

VERWALTUNGSGERICHT FRANKFURT AM MAIN

BESCHLUSS

In dem Verwaltungsstreitverfahren

wegen Beförderung

hat das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main – 9. Kammer – durch

Richterin am VG Vorschulze,

als Berichterstatterin am 3. Januar 2022 beschlossen:

Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, die Stelle als Sachbearbeiter/in Neuaufnahmestelle beim Finanzamt Bad Homburg von der Höhe (Besoldungsgruppe A 9Z), Stellenausschreibung 2021 Nr. xxx, bis zur Durchführung eines neuen Auswahlverfahrens unter Einbeziehung der Antragstellerin mit dem Beigeladenen zu besetzen.

Die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, die dieser selbst trägt, hat der Antragsgegner zu tragen.

Der Streitwert wird auf 11.879,55 Euro festgesetzt.

Gründe

I

Die Antragstellerin wendet sich gegen eine Beförderungsentscheidung des Antragsgegners.

Die im Jahr 1967 geborene Antragstellerin steht nach ihrem Wechsel aus Berlin seit April 2013 im Dienst des Landes Hessen, seit 1.10.2019 im Amt einer Steueramtsinspektorin (A 9).

Der im Jahre 1988 geborene Beigeladene steht seit August 2006 im Dienst des Landes Hessen, seit 01.04.2016 ebenfalls im Amt eines Steueramtsinspektor (A 9).

Am 31.3.2021 schrieb der Antragsgegner den hier streitgegenständlichen Dienstposten eines/einer Sachbearbeiter/in (m/w/d) Neuaufnahme beim Finanzamt Bad Homburg von der Höhe (Besoldungsgruppe A 9Z) aus (wegen der Einzelheiten der Ausschreibung und des Anforderungs- und Dienstpostenprofils wird auf Bl. 1-3 der Beiakte I verwiesen).

Gleichzeitig schrieb er den ebenfalls mit A 9Z bewerteten Dienstposten eines/einer Betriebsprüfer/-in (m/w/d) für Kleinbetriebe beim Finanzamt Bad Homburg vor der Höhe aus.

Mit Schreiben vom 12.4.2021 bewarb sich die Antragstellerin auf beide Dienstposten. Neben der Antragstellerin bewarben sich der Beigeladene sowie zwei weitere Bewerber auf den hier streitgegenständlichen Dienstposten.

Die aktuellen dienstlichen Beurteilungen der Antragstellerin und des Beigeladenen für den Beurteilungszeitraum vom 1.2.2018 bis 31.1.2021 schließen jeweils mit dem Gesamturteil 4 Punkte. In der dienstlichen Beurteilung über den Beurteilungszeitraum vom 1.2.2015 bis 31.1.2018 erhielt die Antragstellerin in der Besoldungsgruppe A 8 4 Punkte, der Beigeladene in der Besoldungsgruppe A 9 3 Punkte.

Das Finanzamt Bad Homburg erachtete in seiner Stellungnahme vom 5.5.2021 die Antragstellerin für den ausgeschriebenen, hier streitgegenständlichen Dienstposten für gut geeignet, den Beigeladenen für geeignet (wegen der Einzelheiten wird auf Bl. 18 der Beiakte I verwiesen).

Ausweislich des Auswahlvermerks vom 8.7.2021 wurde die Antragstellerin in das weitere Auswahlverfahren nicht einbezogen, da sie bereits die Stellenausschreibung Betriebsprüfer/-in für Kleinbetriebe bei dem Finanzamt Bad Homburg vor der Höhe für sich habe entscheiden können. Die Auswahlentscheidung entfiel auf den Beigeladenen.

Mit Schreiben vom 26.07.2021 wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass sie für den ausgeschriebenen Dienstposten Betriebsprüfer/-in für Kleinbetriebe beim Finanzamt Bad Homburg vor der Höhe ausgewählt worden sei. Mit Schreiben vom selben Tag wurde ihr mitgeteilt, dass sie im Rahmen der Auswahl für den Dienstposten Sachbearbeiter/-in Neuaufnahme beim Finanzamt Bad Homburg keine Berücksichtigung gefunden habe (wegen der Einzelheiten der Anschreiben wird auf Bl. 98 und 100 der Beiakte II verwiesen).

Gegen die Mitteilung der Ablehnung ihrer Bewerbung für den hier streitgegenständlichen Dienstposten erhob die Antragstellerin mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 9.8.2021 Widerspruch.

Am 18.8.2021 hat sie den vorliegenden Eilantrag erhoben.

Sie vertritt die Ansicht, sie habe auch in das Auswahlverfahren der hier streitgegenständlichen Stelle einbezogen werden müssen. Sie verweist hierzu auf einen Beschluss des OVG Lüneburg vom 6.8.2019 (5 ME 116/19). Auf beide mit A 9Z bewertete Dienstposten habe sie sich bewerben müssen, weil nicht regelmäßig viele Stellen dieser Besoldungsgruppe zur Ausschreibung gelangten. Den hier streitgegenständlichen Dienstposten habe sie seit einem Jahr inne. Aufgrund der ihr erteilten Zusage für den Dienstposten Betriebsprüfer/-in für Kleinbetriebe bei dem Finanzamt Bad Homburg vor der Höhe sei ihr noch kein anderes Amt übertragen worden und sie sei bereit, diese Bewerbung zurückzuziehen. Gerade weil sie keinen Anspruch auf Umsetzung innerhalb der Behörde habe, müsse ihr im Rahmen der Bewerbungsverfahren die Wahlmöglichkeit eingeräumt werden, welcher Dienstposten ihr übertragen werden solle. Zu berücksichtigen sei hier, dass sie jeweils besser beurteilt worden sei als der Beigeladene und der Antragsgegner schließlich nicht das abstrakte, sondern das konkret-funktionelle Amt ausgeschrieben habe.

Sie beantragt,

dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 VwGO zu untersagen, den ausgewählten Mitbewerber hinsichtlich der Besetzung des Dienstpostens als Sachbearbeiter/-in Neuaufnahmestelle beim Finanzamt Bad Homburg vor der Höhe, Besoldungsgruppe A 9Z, Stellenausschreibung 2021 Nr. 2 Z.1, bis zum Abschluss eines neuen Auswahlverfahrens zu befördern,

hilfsweise im Wege der einstweiligen Anordnung dem Antragsgegner zu untersagen, denjenigen oder diejenige ausgewählten Mitbewerber zu befördern, die bei ordnungsgemäßer Anwendung der Auswahlkriterien den letzten Rang unter den Mitbewerbern innehält bzw. innehalten.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Er vertritt die Ansicht, es liege bereits ein Anordnungsgrund nicht vor. Die Antragstellerin habe die Zusage für die Übertragung eines mit A 9Z bewerteten Dienstpostens in derselben Dienststelle. Diesen habe sie antreten und später ihre Umsetzung betreiben können. Mit Rücknahme ihrer Bewerbung habe sie selbst die Eilbedürftigkeit herbeigeführt. Damit habe sie auch sich selbst die Chance genommen, sich erfolgreich in einen mit A 9Z bewerteten Dienstposten einzuarbeiten. Eine Priorisierung der Bewerbungen sei ihren Bewerbungen ebenso wenig zu entnehmen, wie ihrem Vorgehen im Bewerbungsverfahren. Diese deute eher darauf hin, dass es ihr vordergründig um den Erhalt irgendeiner Beförderungsstelle nach A 9Z gegangen sei. Soweit sie auf eine Entscheidung des OVG Lüneburg vom 6.8.2019 Bezug nehme, sei der dortige Sachverhalt mit dem hiesigen nicht vergleichbar. Dort sei es um eine Versetzung gegangen, hier um eine Umsetzung. Er verweist darauf, dass dem Dienstherrn bei der Auswahl und Besetzung der Dienstposten Organisationsmessen und ein Beurteilungsspielraum zustehe. Nach der gegenwärtigen Erlasslage bestehe die Bestrebung, besonders qualifiziertes Personal im Außendienst einzusetzen. Vor diesem Hintergrund sei die Auswahl für den ihr zugesprochenen Dienstposten auf die Antragstellerin entfallen, da sie die am besten geeignete Bewerberin gewesen sei. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass sie mit einem A 9Z bewerteten Dienstposten jederzeit auf einen anderen Dienstposten dieser Besoldungsgruppe umgesetzt werden könne und Dienstposten dieser Besoldungsgruppe regelmäßig zur Ausschreibung gelangten.

Der Beigeladene hat keinen Antrag gestellt und auch keine Stellungnahme abgegeben.

Drei Hefter Behördenunterlagen waren dem Verfahren beigezogen und lagen ebenso der Entscheidung zu Grunde wie die bei Gericht eingereichten Schriftsätze der Beteiligten nebst Anlagen.

II

Mit Einverständnis der Beteiligten kann die Entscheidung durch die Berichterstatterin anstelle der Kammer ergehen (§ 87 Abs. 2, 3 VwGO).

Der Antrag auf Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung zur Sicherung des so genannten Bewerbungsverfahrensanspruchs ist gemäß § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO zulässig und begründet.

Nach § 123 Absatz 1 S. 1 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Sicherung eines bestehenden Zustandes treffen, wenn die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Anordnungsgrund, d.h. die drohende Gefahr einer Rechtsverletzung und Anordnungsanspruch, d.h. der materielle Anspruch, für den um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht wird, sind gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.Vm. § 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft zu machen. Im Verfahren der vorliegenden Konstellation wird das einstweilige Anordnungsverfahren nach § 123 VwGO den sich aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ergebenden Anforderungen nur gerecht, wenn das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes die Funktion des Hauptsacheverfahrens übernimmt, d.h. nicht auf eine summarische Prüfung beschränkt bleibt, sondern eine umfassende tatsächliche und rechtliche Überprüfung der Bewerberauswahl vorgenommen wird (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 4. November 2010, 2 C 16/09).

Ein Anordnungsgrund ist gegeben.

Der Antragsgegner hat sich in dem streitgegenständlichen Auswahlverfahren für den Beigeladenen entschieden und beabsichtigt, ihm den mit A 9Z bewerteten Dienstposten als Sachbearbeiter Neuaufnahmestelle beim Finanzamt Bad Homburg vor der Höhe zu übertragen. Die Übertragung würde die Durchsetzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs der Antragstellerin unmöglich machen.

Dem kann der Antragsgegner nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass die Antragstellerin selbst die Eilbedürftigkeit herbeigeführt habe, indem sie ihre Bewerbung für den ebenfalls mit A 9Z bewerteten Dienstposten, zurückgezogen habe, denn jedes Stellenbesetzungsverfahren ist grundsätzlich getrennt zu betrachten. Schreibt der Dienstherr einen bestimmten Dienstposten aus, so hat er das hierauf bezogene Auswahlverfahren nach allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen durchzuführen.

Zudem hat die Antragstellerin einen Anordnungsanspruch hinreichend glaubhaft gemacht. Ihr Ausschluss aus dem hier streitgegenständlichen Stellenbesetzungsverfahren ist aus Rechtsgründen zu beanstanden.

Ein Anordnungsanspruch ist gegeben, wenn das Auswahlverfahren und die darauf beruhende Auswahlentscheidung zu Gunsten eines Beigeladenen einen Anspruchsteller in seinem verfassungsrechtlich durch Art. 33 Abs. 2 GG und einfachgesetzlich durch § 10 Abs. 1 HBG i.V.m § 9 BeamtStG gewährleisteten Recht auf gleichen Zugang zu einem öffentlichen Amt nach Maßgabe von Eignung, Befähigung und Leistung verletzt und die Auswahl des Antragstellers zumindest als möglich erscheint.

Gemäß Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Öffentliche Ämter sind nach Maßgabe des Grundsatzes der Bestenauslese zu besetzen. Die von Art. 33 Abs. 2 GG erfassten Auswahlentscheidungen können grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen. Art. 33 Abs. 2 GG dient zum einen dem öffentlichen Interesse der bestmöglichen Besetzung des öffentlichen Dienstes. Zum anderen trägt Art. 33 Abs. 2 GG dem berechtigten Interesse der Beamten an einem angemessenen Fortkommen dadurch Rechnung, dass er ein grundrechtsgleiches Recht auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet, den sogenannten Bewerbungsverfahrensanspruch.

Die im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens des Dienstherrn stehende Beurteilung von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ist ein Akt wertender Erkenntnis, der vom Gericht nur beschränkt darauf zu überprüfen ist, ob die anzuwendenden Begriffe verkannt, der Beurteilung ein unrichtiger Sachverhalt zu Grunde gelegt, allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachwidrige

Erwägungen angestellt wurden. Auch die Gewichtung der einzelnen Merkmale liegt in der gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfbarer Beurteilung des Dienstherrn.

Für den Art. 33 Abs. 2 GG erforderlichen Vergleich der Bewerber anhand der Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung hat der Dienstherr vorrangig auf dienstliche Beurteilungen, die über die Bewerber erstellt worden sind, abzustellen (Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 20. März 2007, 2 BvR 2470/06). Maßgeblich ist hierbei in erster Linie das abschließende Gesamturteil, welches anhand einer Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen leistungsbezogenen Gesichtspunkte gebildet wird (Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 16. Dezember 2015, 2 BvR 1958/13).

Einen solchen Vergleich der Bewerber anhand des Gesamturteils der aktuellen dienstlichen Beurteilungen um den hier streitgegenständlichen Dienstposten hat der Antragsgegner nicht vorgenommen, denn er hat die Antragstellerin bereits vor einer Auswahlentscheidung aus dem Stellenbesetzungsverfahren ausgeschlossen.

Zwar sind grundsätzlich abgestufte Auswahlentscheidungen, bei denen auf einer ersten Stufe Bewerber ausgeschlossen werden, die die allgemeinen Ernennungsvoraussetzungen bzw. laufbahnrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllen oder einem vom Dienstherrn ohne Rechtsverstoß aufgestelltem Anforderungsprofil, das zwingend auf bestimmte Dienstposten bezogene Anforderungen vorsieht, nicht genügen, möglich. Ein solches spezifisches, nicht statusamts-, sondern dienstpostenbezogenes Anforderungsprofil ist als Einengung des Kreises der nach Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zu vergleichenden Bewerber um ein öffentliches Amt im Hinblick auf Art. 33 Abs. 2 GG allerdings rechtfertigungsbedürftig (Hessischer VG, Beschluss vom 3. März 2016, 1 B 1064/15 und Beschluss vom 8. Februar 2018, 1 B 1830/17).

Der von dem Antragsgegner am 31.3.2021 hier streitgegenständliche ausgeschriebene Dienstposten Sachbearbeiter/-in Neuaufnahme beim Finanzamt Bad Homburg vor der Höhe einschließlich des hierzu festgelegten Anforderungs- und Dienstpostenprofils enthält keine konstitutiven Anforderungsmerkmale. Zudem richtete sich die Ausschreibung des Dienstpostens an Beamte/-innen, die sich in der Besoldungsgruppe A 9 (gegebenenfalls mit Zulage) befinden. Aus der Ausschreibung des Dienstpostens ergibt sich mithin kein Gesichtspunkt, unter dem die Antragstellerin zulässigerweise aus dem Stellenbesetzungsverfahren hätte ausgeschlossen werden dürfen. Ausweislich des Auswahlvermerks des Antragsgegners vom 8.7.2021 bewarben sich auf den hier streitgegenständlichen Dienstposten neben der Antragstellerin der Beigeladene und zwei weitere Bewerber. Die Auswahl stützte sich nach den Darlegungen im Auswahlvermerk maßgeblich auf die letzten Beurteilungen, erforderlichenfalls unter Berücksichtigung der aktuellen Stellungnahme des Dienstvorgesetzten. In dem Auswahlvermerk heißt es weiter, dass die Antragstellerin für die Besetzung des ausgeschriebenen Dienstpostens nicht mehr zur Verfügung stehe, da sie bereits die Stellenausschreibung Betriebsprüfer/-in für Kleinstbetrieb, A 9Z, bei dem Finanzamt Bad Homburg vor der Höhe für sich habe entscheiden können, so dass sie in das Auswahlverfahren nicht einbezogen werde.

Ihr Ausschluss aus dem Auswahlverfahren lässt sich anhand der im Lichte des Art. 33 Abs. 2 GG maßgeblichen Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung nicht rechtfertigen. Insbesondere rechtfertigt der Umstand, dass sie (behördenintern) für die ebenfalls mit A 9Z bewertete Stelle der Betriebsprüferin für Kleinstbetriebe ausgewählt worden war, nicht ihren Ausschluss aus dem Stellenbesetzungsverfahren am Maßstab von Eignung, Befähigung und Leistung. Auch wenn sich ein Bewerber zeitgleich auf mehrere ausgeschriebene Dienstposten bewirbt, muss jedes Bewerbungsverfahren für sich genommen nach leistungsbezogenen Kriterien behandelt und entschieden werden. Seinem Bewerbungsverfahrensanspruch wird nicht schon damit Genüge getan, dass er sich in einem anderen Auswahlverfahren gegenüber dem Bewerberkreis nach Maßgabe des Leistungsgrundsatz durchsetzen konnte (OVG Lüneburg, Beschluss vom 6. August 2019, 5 E 116/19 mit weiteren Nachweisen). Das OVG Lüneburg hat sich in dem vorgenannten Beschluss auch mit den

Argumenten des Antragsgegners gegen eine solche Verfahrensweise bei der Bewerberauswahl im Falle laufender Parallelbewerbungen auseinandergesetzt. Unter Bezugnahme auf die Argumente der Entscheidung der Vorinstanz (VG Lüneburg, Beschluss vom 5. Juni 2019, 8 B 45/19) hat das OVG Lüneburg ausgeführt, dass nicht ersichtlich sei, weshalb allein der Aspekt der Mehrfachbewerbung zu einer nicht mehr hinnehmbaren Stellenblockade auf Seiten des Antragsgegners führen sollte und hat darauf verwiesen, dass es dem Antragsgegner in dem jeweiligen Auswahlverfahren möglich sei, in Anwendung des Leistungsgrundsatzes Reihungen zu bilden und dementsprechend zunächst durch Abfrage der vorrangig Platzierten zu klären, ob sie den Dienstposten, für den sie ausgewählt sind, antreten möchten. Ebenso hat das OVG Lüneburg die Argumentation der dortigen Antragsgegnerin zurückgewiesen, dass ein Bewerber, der sich auf mehrere Beförderungsdienstposten gleichzeitig bewirbt, zum Ausdruck bringen sollte, dass er an der Übernahme jedes dieser Dienstposten Interesse habe und er sich deshalb auf den erfolgten Zuspruch verweisen lassen müsse. Das OVG Lüneburg hebt in seinem Beschluss heraus, dass dies unberücksichtigt lasse, dass es einem Beamten regelmäßig – wie offenbar auch hier – nicht allein um Beförderung an sich geht, sondern dass bei einer Bewerbung um einen Beförderungsdienstposten die konkrete Dienstpostenausgestaltung gleichfalls von besonderem Interesse ist. In diesem Zusammenhang geht eine Interpretation der einzelnen Bewerbungsschreiben der Antragstellerin an der Sache vorbei. Dass sie im Zuge der jeweiligen Bewerbung ihre besondere Qualifikation für den ausgeschriebenen Dienstposten herausstellt, liegt in der Natur einer Bewerbung und ist nicht geeignet, ihren Ausschluss aus einzelnen Auswahlverfahren unter Hinweis auf die andere Bewerbung zu rechtfertigen. Soweit in dem Beschluss darauf verwiesen wird, dass dies insbesondere dann gilt, wenn bei einer Bundesverwaltung Dienstposten an unterschiedlichen, im ganzen Bundesgebiet liegenden Standorten liegen, sondern macht die Entscheidung lediglich deutlich, dass dies erst recht für solche Posten gilt.

Schließlich kann der Antragsgegner die Antragstellerin auch nicht darauf verweisen, dass sie behördenintern ihre Umsetzung auf die von ihr erstrebte Stelle betreiben könne. Schreibt der Dienstherr einen konkreten Dienstposten aus, so muss er sich hieran festhalten lassen, denn einen Anspruch auf behördeninterne Umsetzung hat die Antragstellerin – wovon die Beteiligten auch übereinstimmend ausgehen – in der Regel nicht.

Eine Auswahl der Antragstellerin für den hier streitgegenständlichen Dienstposten erscheint auch zumindest als möglich. Sowohl die Antragstellerin als auch der Beigeladene haben in ihren aktuellen dienstlichen Beurteilungen das Gesamturteil 4 Punkte erreicht. In den vorangegangenen dienstlichen Beurteilungen hat die Antragstellerin im Statusamt A 8 4 Punkte und der Beigeladene im Statusamt A 9 3 Punkte erzielt. Da die Antragstellerin im niedrigeren Statusamt 4 Punkte erhalten hat, ist sie nicht zwingend als besser beurteilt als der Beigeladene anzusehen, der im höheren Statusamt (lediglich) 3 Punkte erreicht hat, und bedarf es vor diesem Hintergrund einer weiteren Ausschärfung der dienstlichen Beurteilungen für den erforderlichen Qualifikationsvergleich.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO i.V.m. §§ 162 Abs. 3, 154 Abs. 3 VwGO. Dem Antragsgegner sind als unterliegendem Beteiligten die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen (§ 154 Abs. 1 VwGO). Da der Beigeladene Sachanträge nicht gestellt hat, ist er am Kostenrisiko nicht zu beteiligen (§ 154 Abs. 3 VwGO).

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG i.V.m. § 52 Abs. 1, Abs. 6 S. 1 Nr. 1 GKG. Nach der aktuellen Rechtsprechung des Hessischen VGH (Beschluss vom 20. Juni 2014, 1 E 970/14) beträgt der Streitwert $\frac{1}{4}$ des Jahresbetrages der für ein Kalenderjahr zu zahlenden Bezüge für den angestrebten Dienstposten. Hierbei wurde von monatlichen Bezügen im Kalenderjahr 2021 in der Besoldungsgruppe A 9 mit Zulage in Höhe von 3.959,85 Euro ausgegangen.