

Az.: 2 A 475/08  
11 K 2023/06



# SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

## Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn

prozessbevollmächtigt:  
Rechtsanwälte

- Kläger -  
- Antragsteller -

gegen

die Bundesrepublik Deutschland  
vertreten durch das Zollkriminalamt  
Bergisch-Gladbacher-Straße 837, 51069 Köln

- Beklagte -  
- Antragsgegnerin -

wegen

Beurteilung  
hier: Antrag auf Zulassung der Berufung

hat der 2. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Dr. Grünberg, den Richter am Oberverwaltungsgericht Dehoust und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Hahn

am 1. März 2010

### **beschlossen:**

Der Antrag des Klägers auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Dresden vom 16. Mai 2008 - 11 K 2023/06 - wird abgelehnt.

Der Kläger trägt die Kosten des Zulassungsverfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Zulassungsverfahren auf 5.000,00 € festgesetzt.

### **Gründe**

Der Antrag des Klägers auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Dresden vom 16.5.2008 ist abzulehnen, weil weder die geltend gemachten ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) noch der geltend gemachte Verfahrensmangel (Nr. 5) vorliegt.

Der Kläger begehrt mit seiner Klage, ihn für den Beurteilungszeitraum vom 16.11.2002 bis zum 1.9.2005 neu zu beurteilen. Während des Beurteilungszeitraums war er bis 31.7.2003 als Ermittlungsbeamter in herausgehobener Stellung im Arbeitsbereich Zölle (A 9m/A 9m + Z) tätig. Am 1.8.2003 begann er einen Lehrgang zum Aufstieg in den gehobenen Dienst. Gleichzeitig wurde er als Ermittlungsbeamter im Arbeitsbereich Zölle auf einem Dienstposten des gehobenen Dienstes (A 9g/A 11) beschäftigt. Nachdem er Ende März 2005 nach einer Erkrankung erklärt hatte, er werde nicht weiter am Aufstiegsverfahren teilnehmen, wurde er wieder als Ermittlungsbeamter in herausgehobener Stellung im Arbeitsbereich Marktordnung (A 9m/A 9m + Z) eingesetzt. Während er in der vorangegangenen Beurteilung vom 15.11.2002 mit „tritt hervor“ beurteilt worden war, enthält die angegriffene Beurteilung vom 9.2.2006 die Gesamtbewertung „entspricht voll den Anforderungen“. Die nach ergebnisloser Durchführung des Widerspruchsverfahrens vom Kläger erhobene Klage blieb vor dem Verwaltungsgericht Dresden ohne Erfolg. Das Verwaltungsgericht führte zur Begründung aus, dass der Kläger bei gleicher Leistung und Befähigung diesmal schlechter beurteilt worden sei, sei kein ausreichender Hinweis für eine willkürliche oder sachwidrige

Beurteilung. Zum einen habe sich die Zusammensetzung der Vergleichsgruppe im Hinblick auf die Anzahl und Leistungsfähigkeit der ihr zugehörenden Beamten geändert, so dass die Konkurrenz größer und der Vergleichsmaßstab strenger geworden sei. Hinzu gekommen seien Beamte des aufgelösten Zollfahndungsamts Erfurt und Beamte, die wegen guter Leistungen in die Vergleichsgruppe aufgestiegen seien. Es sei nachvollziehbar, dass nach organisatorischen Umstrukturierungen und der Übertragung neuer Aufgaben die Leistungsanforderungen gestiegen seien. Deshalb könne bei gleichbleibenden Leistungen die früher erzielte Gesamtnote nicht mehr erreicht werden. Dies gelte insbesondere dann, wenn der Beamte in der Vergangenheit nicht stets die Note „tritt hervor“ erreicht, sondern - wie der Kläger - jeweils im Wechsel mit „tritt hervor“ und mit „entspricht voll den Anforderungen“ beurteilt worden sei. Auch die Teilnahme des Klägers am Aufstiegsverfahren und die zeitweise Verwendung auf einem höherwertigen Dienstposten zwingen nicht dazu, zu dem Ergebnis zu kommen, dass der Kläger in der Vergleichsgruppe hervortrete. Andere Beamte hätten aus persönlichen Gründen auf den Aufstieg verzichtet. Zudem sei Maßstab für den Vergleich das Amt im statusrechtlichen Sinne, nicht die Bewertung des ausgeübten Dienstpostens. Dass die an den Kläger im Aufstiegsverfahren gestellten höheren Leistungsanforderungen nicht berücksichtigt worden seien, sei nicht ersichtlich. Darüber hinaus sei der Vortrag der Beklagten, dass sich am Schwierigkeitsgrad der dem Kläger während des Aufstiegsverfahrens übertragenen Aufgaben nichts geändert habe, weil die Schwierigkeit eines Verfahrens zum Beginn der Ermittlungen oftmals gar nicht erkennbar sei und eine Trennung bei der Übertragung von Ermittlungsverfahren auf Beamte des mittleren oder des gehobenen Dienstes nicht vorgenommen würde, ebenso nachvollziehbar wie die Argumentation, an einen Beamten des mittleren Dienstes im Spitzenamt seiner Laufbahn seien mindestens die gleichen Anforderungen zu stellen, wie an einen Beamten im Eingangsamt des gehobenen Dienstes. Auch könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Krankheit des Klägers bei der Gremiumsbesprechung und bei der Beurteilung negativ bewertet worden sei. Auch in der vorangegangenen Regelbeurteilung seien Krankheitstage gesondert erwähnt worden und hätten dort die Bewertung „tritt hervor“ nicht verhindert.

Hiergegen wendet der Kläger in der Begründung seines Zulassungsantrags ein, es bestünden ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils. Das Verwaltungsgericht verkenne bei seiner Entscheidung, dass nicht nur der unmittelbare Vorgesetzte, sondern auch der Beurteiler dem Kläger gegenüber mitgeteilt habe, dass dessen Leistungen in der Gesamtschau ein „tritt hervor“ rechtfertigten. Der Kläger habe sich auf diese Aussagen verlassen und sei dem Rat

gefolgt, dass er sich gesundheitlich auskurieren solle. Er sei davon ausgegangen, dass er auf jeden Fall die Beförderung und damit die höhere Besoldungsgruppe A 9m + Z erreichen würde, die betragsmäßig der Besoldungsgruppe A 10 des gehobenen Dienstes entspreche. Hätte der Kläger nach seiner Lungenentzündung die Prüfung wiederholt, wäre er automatisch aufgrund seiner zweijährigen Bewährung für den gehobenen Dienst befördert worden. Mit dem fehlerhaften Hinweis habe der Dienstherr seine Fürsorgepflichten verletzt. Ernstliche Zweifel beständen darüber hinaus auch deshalb, weil das Verwaltungsgericht der pauschalen und bestrittenen Behauptung des Beklagten, dass in der Vergleichsgruppe von 13 Beamten acht Beamte einen Leistungsschub an dem Kläger vorbei bewiesen hätten, nicht näher nachgegangen sei. Aufgrund seiner Amtsermittlungspflicht hätte das Gericht hier entsprechende Angaben zu den Vergleichsbeamten anfordern müssen. Eine ungeprüfte Übernahme des Vortrags des Antragsgegners verstoße dagegen gegen das Rechtsstaatsgebot und das Willkürverbot. Das Gericht habe zudem nicht berücksichtigt, dass die angeblichen Konkurrenten, die gerade erst befördert worden seien, nach den Beurteilungsrichtlinien zunächst ein geringeres Prädikat als ein „tritt hervor“ hätten erhalten müssen. Er habe sich mit derselben Zuverlässigkeit, Selbstständigkeit und demselben Engagement wie zuvor seiner Arbeit gewidmet. Gleichwohl werde er in der angegriffenen Beurteilung nur noch als interessiert und willig bewertet, was auch den Rückschluss zulasse, dass bei der Beurteilung die 109 Fehltage wegen Krankheit eine Rolle gespielt hätten. Bei der Bewertung sei zudem ersichtlich nicht berücksichtigt worden, dass der Kläger Tätigkeiten verrichtet habe, die denen des gehobenen Dienstes entsprochen hätten. Er sei für Ermittlungstätigkeiten mit schweren Sachverhalten eingesetzt worden. Auch sein Fachwissen entspreche dem des gehobenen Dienstes.

Darüber hinaus werde ein Verfahrensmangel geltend gemacht. Das Verwaltungsgericht habe den Amtsermittlungsgrundsatz verletzt. Zum Beweis für den Vorschlag des Klägers durch den Vorgesetzten mit „tritt hervor“ sowie das Gespräch mit dem Beurteiler seien diese Personen auch als Zeugen benannt worden. Das Gericht habe indes eine Zeugeneinvernahme nicht vorgenommen. In einer Zeugenbefragung hätte auch ermittelt werden können, dass kein Beamter einen Leistungsschub an dem Kläger vorbei genommen hätte.

1. Das Urteil begegnet nicht den an seiner Richtigkeit geltend gemachten ernstlichen Zweifeln (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO).

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung bestehen dann, wenn der Antragsteller des Zulassungsverfahrens tragende Rechtssätze oder erhebliche Tatsachenfeststellungen mit schlüssigen Gegenargumenten so in Frage gestellt, dass der Ausgang des Berufungsverfahrens als ungewiss zu beurteilen ist (SächsOVG, Beschl. v. 16.4.2008, SächsVBl. 2008, 191, 192; st. Rspr.).

Hier ist das Verwaltungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass dem Dienstherrn grundsätzlich bei Beurteilungen ein Beurteilungsspielraum zukommt. Die gerichtliche Kontrolle hat sich deshalb darauf zu beschränken, ob die Verwaltung gegen Verfahrensvorschriften verstoßen, den gesetzlichen Rahmen oder anzuwendende Begriffe verkannt, einen unrichtigen Sachverhalt zugrunde gelegt, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat (vgl. z. B. SächsOVG, Urt. v. 22.9.2008 - 2 B 557/07 -, juris).

Nach diesen Maßstäben ist die Beurteilung nicht zu beanstanden. Der Kläger hatte entgegen seiner Auffassung keine verbindliche Zusage seiner Vorgesetzten, dass er wieder ein „tritt hervor“ erhält. Eine die Personalführung bindende Zusicherung liegt nur dann vor, wenn eine entsprechende Erklärung als hoheitliche Selbstverpflichtung mit Bindungswillen zu dem entsprechenden Verhalten in der Zukunft von einem Vorgesetzten abgegeben wird, der zu dieser Erklärung aufgrund der Handlungszuständigkeit seiner Dienststelle selbst und aufgrund seiner eigenen Stellung in dieser Dienststelle befugt war. Erforderlich ist, dass eine eindeutige, auf ein bestimmtes Verhalten gerichtete Erklärung von einem zuständigen Vorgesetzten mit Bindungswille abgegeben worden ist. Nur dann, wenn diese Voraussetzung zur Überzeugung des Gerichts feststeht, kann der Dienstherr zu einem entsprechenden Verhalten verpflichtet sein (vgl. z. B. BVerwG, Beschl. v. 22.3.1995 - 1 WB 81.94 -, juris).

Hier fehlt es sowohl bei der Aussage des Vorgesetzten als auch der des Beurteilers am nötigen Bindungswillen. Nach der schriftlichen Erklärung des unmittelbaren Vorgesetzten hat dieser dem Kläger geantwortet, dass er nicht mit einem „tritt erheblich hervor“ rechnen könne, sich aber ansonsten um seine Beurteilung keine Sorgen machen müsse. Der Beurteiler selbst hatte ihm -unüberlegt, wie er nunmehr in seiner schriftlichen Stellungnahme einräumt - erklärt, dass er durch sein „tritt hervor“ bei der letzten Regelbeurteilung auf der „Beförderungsliste“

stehe und insofern durch die Amtszulage zu gegebener Zeit zumindest finanziell in etwa mit einem Zollobersinspektor gleichziehen werde. Aus diesen Äußerungen konnte der Kläger aus seiner Sicht zwar die begründete Erwartung ableiten, dass er mit „tritt hervor“ beurteilt werde. Er konnte aber nicht davon ausgehen, dass er mit Sicherheit ein solches Prädikat bekommen würde, weil die Beklagte sich bereits zu diesem Zeitpunkt durch die Aussagen seiner Vorgesetzten auf eine entsprechende Beurteilung rechtsverbindlich festgelegt hätte. Vielmehr musste dem Kläger bei verständiger Würdigung klar sein, dass die Vorgesetzten mit ihren Aussagen nur eine vorläufige Einschätzung äußerten, sie ihm aber nicht ein bestimmtes Prädikat mit Bindungswillen zusicherten. Der unmittelbare Vorgesetzte wäre zu einer solchen Zusicherung nach seiner Stellung auch gar nicht berechtigt gewesen.

Lag aber keine bindende Zusicherung vor, war bei der späteren Erstellung der Beurteilung der volle Beurteilungsspielraum eröffnet. Der Beurteiler konnte und musste ungeachtet seiner Aussage dem Kläger gegenüber alle Bewerber nach denselben Maßstäben in gleicher Weise beurteilen. Dies ergibt sich aus Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 91 Abs. 2 SächsVerf sowie dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 18 Abs. 1 SächsVerf).

Das Urteil des Verwaltungsgerichts ist auch nicht deshalb zu beanstanden, weil es den Vortrag der Beklagten, dass in der Vergleichsgruppe von 13 Beamten acht Beamte einen Leistungsschub an dem Kläger vorbei bewiesen hätten, nicht näher überprüft hat.

Es besteht kein allgemeiner Rechtssatz, dass der Dienstherr verpflichtet ist, die Berechtigung einer von ihm erstellten dienstlichen Beurteilung im Streitfall durch Offenbarung der der Beurteilung zugrunde liegenden Tatsachen darzulegen und unter Beweis zu stellen. Bei der Beurteilung handelt es sich um einen Akt wertender Erkenntnis. Tatsächliche Grundlagen, auf denen Werturteile beruhen, sind nicht notwendig in die dienstliche Beurteilung aufzunehmen. Vielmehr kann sich der Dienstherr auch auf die Angabe zusammenfassender Werturteile aufgrund einer unbestimmten Vielzahl nicht benannter Einzeleindrücke und Einzelbeobachtungen während des Beurteilungszeitraumes beschränken. Soweit der Dienstherr historische Einzelvorgänge ausdrücklich in der dienstlichen Beurteilung erwähnt oder in der Beurteilung enthaltene wertende Schlussfolgerungen auf bestimmte konkrete Tatsachen stützt, muss er im Streitfall diese Tatsachen darlegen und trägt das Risiko ihres Beweises. Sind dagegen Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Prüfung auf einer Vielzahl von Eindrücken und Beobachtungen beruhende (reine) Werturteile des Dienstherrn über den

Beamten, so kann und muss das Verwaltungsgericht nicht die Darlegung und den Nachweis der einzelnen „Tatsachen“ verlangen, die diesen Werturteilen in ihrem Ursprung auch zugrunde liegen. Es reicht, wenn der Dienstherr die Wertungen durch nähere schriftliche Darlegungen erläutert, konkretisiert und plausibel macht (vgl. BVerwG, Urt. v. 26.6.1980 - 2 C 8.78 -; SächsOVG, Urt. v. 22.9.2008 - 2 B 557/07 -; beide juris).

Hier hat die Beklagte ihre Wertung, dass in der Vergleichsgruppe von 13 Beamten acht Beamte einen Leistungsschub an dem Kläger vorbei bewiesen hätten, nachvollziehbar und plausibel erläutert. So trägt die Beklagte im Widerspruchsverfahren vor, im Zollfahndungsdienst seien nach der Umstrukturierung und der Abgabe der Ermittlungszuständigkeit für Kleinfälle sowie der Konzentration auf schwere und organisiert begangene Kriminalität die Leistungsanforderungen gestiegen. Zudem habe sich die Vergleichsgruppe vergrößert. Diese Erwägungen sind ohne Weiteres plausibel und nachvollziehbar und werden vom Kläger auch nicht substantiiert in Frage gestellt. Vor diesem Hintergrund ist es weder willkürlich (Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 18 Abs. 1 SächsVerf) noch verletzt es das Gebot des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 78 Abs. 3 SächsVerf), wenn das Gericht keine weitere Darlegung und Plausibilisierung von der Beklagten verlangt. Insbesondere musste das Verwaltungsgericht entgegen der Auffassung des Klägers von der Beklagten keine anonymisierte Leistungsdarstellung der Vergleichsbeamten anfordern.

Hinzu kommt, dass ein Gericht seine Pflicht zur erschöpfenden Aufklärung des Sachverhaltes grundsätzlich nicht verletzt, wenn es von einer Beweiserhebung absieht, die durch eine durch einen Rechtsanwalt vertretene Partei nicht ausdrücklich beantragt ist. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich eine Beweiserhebung offensichtlich hätte aufdrängen müssen (vgl. Sächs-OVG, Beschl. v. 20.11.2000, SächsVBl. 2001, 94). Hier hätte es somit vornehmlich dem anwaltlich vertretenen Kläger obliegen, auf die seiner Meinung nach unterbliebene Beweiserhebung durch Stellung eines Beweisantrages in der mündlichen Verhandlung hinzuwirken. Einen entsprechenden Antrag hat er jedoch ausweislich der Niederschrift über die öffentliche Verhandlung vom 16.5.2008 nicht gestellt.

Auch aus den übrigen vom Kläger geschilderten Umständen kann nicht darauf geschlossen werden, dass die Beklagte bei der Beurteilung von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist oder allgemein gültige Bewertungsmaßstäbe verletzt hat. So sind die

Einzelwertungen in der angegriffenen Beurteilung und in der Vorbeurteilung weitgehend wortgleich. Soweit die zusammenfassende Wertung der Leistung und Eignung in der angegriffenen Beurteilung etwas zurückhaltender ausfällt als in der Vorbeurteilung, lässt sich dies bei einem gleichbleibenden Leistungsstand des Klägers mit den inzwischen gewachsenen Anforderungen und der Änderung der Vergleichsgruppe erklären.

Auch hat der Dienstherr in der angegriffenen Beurteilung berücksichtigt, dass der Kläger im Zeitraum vom 1.8.2003 bis 31.3.2005 als Sachbearbeiter im Arbeitsbereich Zölle auf einem Dienstposten des gehobenen Dienstes eingesetzt war. Dies wird in der Beurteilung unter Ziffer II, wo die dienstlichen Verwendungen des Klägers angegeben sind, dargestellt. Auch im Widerspruchsbescheid setzt sich die Beklagte mit dieser Tatsache ausdrücklich auseinander.

Kommt die Beklagte danach zu dem Ergebnis, dass der Kläger nach seiner Eignung und Leistung in jeder Hinsicht zufriedenstellende Ergebnisse erzielt und damit voll den Anforderungen entspricht, ist dies weder sachfremd noch evident fehlerhaft. Auf eine weitergehende gerichtliche Kontrolle hat der Kläger keinen Anspruch. Ihr würde auch der Wertungs- und Beurteilungsspielraum der Beklagten entgegenstehen. Dieser verbietet es, dass das Gericht die fachliche und persönliche Beurteilung des Klägers durch seinen Dienstvorgesetzten in vollem Umfang nachvollzieht oder diese gar durch eine eigene Beurteilung ersetzt (vgl. BVerwG, Urt. v. 26.6.1980 a. a. O.).

2. Auch der geltend gemachten Verfahrensmangel (§ 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO) liegt nicht vor.

Wie bereits ausgeführt, oblag es vorrangig dem anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer, auf die nunmehr beanstandete unterlassene Beweiserhebung des Verwaltungsgerichts durch Stellung eines Beweisantrages in der mündlichen Verhandlung hinzuwirken. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass sich hier dem Verwaltungsgericht eine weitere Beweiserhebung hätte aufdrängen müssen. Zu den Äußerungen der Vorgesetzten des Klägers, die bei ihm die Erwartung erweckten, wieder ein „tritt hervor“ zu erhalten, lagen ausführliche schriftliche Stellungnahmen der Vorgesetzten vor. Die dort geschilderten Sachverhalte wurden vom Kläger nicht substantiiert in Zweifel gezogen. Vor diesem Hintergrund musste sich dem Verwaltungsgericht eine Einvernahme der Vorgesetzten als Zeugen nicht aufdrängen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 62 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1, Abs. 3, § 52 Abs. 2 GKG.

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:

Grünberg

Dehoust

Hahn