
Datum: 08.05.2024
Gericht: Arbeitsgericht Bonn
Spruchkörper: 4. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 Ga 18/24
ECLI: ECLI:DE:ARBGBN:2024:0508.4GA18.24.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Bonn, 4 Ga 18/24
Sachgebiet: Arbeitsrecht

Tenor:

1. Den Verfügungsbeklagten wird untersagt, die unter der Ausschreibungskennziffer 24_40_01 ausgeschriebene Stelle als „Bereichsleitung (w/m/d) GUS/Südosteuropa“ der Entgeltgruppe EG15 TVöD-Bund mit einem anderen Bewerbungskandidaten zu besetzen, bis ein neu durchgeführtes Auswahlverfahren abgeschlossen ist, spätestens bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache.
2. Die Kosten des Verfahrens tragen die Verfügungsbeklagten als Gesamtschuldner.
3. Der Streitwert wird auf 8.135,61 € festgesetzt.

Tatbestand

Streitgegenständlich ist die Untersagung einer Stellenbesetzung. 1

Die am 1972 geborene Verfügungsklägerin ist als Tarifbeschäftigte mit einer Dienstzugehörigkeit seit dem 01.06.1999 bei der Verfügungsbeklagten zu 1. in Vollzeit angestellt und seit dem 01.01.2009 auf Grundlage des Gesetzes über das Personal der B für A (BfAIPG) dauerhaft der Verfügungsbeklagten zu 2. zugewiesen (§ 2 BfAIPG). Die Verfügungsklägerin wurde in der Zeit vom 01.12.2012 bis zum 30.11.2023 auf der streitgegenständlichen Stelle eingesetzt. Ihre Personalverantwortung erstreckte sich regelmäßig auf 13 – 15 Mitarbeitende. Die Tätigkeiten haben eine tarifliche Wertigkeit nach 2

3

der EG15 TVöD-Bund. Ihr wurde ab dem 01.12.2023 die Leitung des Bereichs „R“ Rohstoffe“ in der Abteilung Markterschließung übertragen. Ob es sich um eine rechtmäßige Versetzung handelt, ist zwischen den Parteien streitig.

Gemäß § 2 Abs. 2 des BfAIP lässt die Zuweisung zur Verfügungsbeklagten zu 2) die Dienst- und Arbeitsverhältnisse mit dem Bund unberührt. Gemäß § 3 des BfAIP stehen der Verfügungsbeklagten zu 2) Entscheidungs- und Weisungsbefugnisse zu, soweit die Dienstausbübung oder Tätigkeit bei ihr es erfordern. Die Geschäftsführung und von dieser benannte Beschäftigte der Verfügungsbeklagten üben insoweit die Befugnisse von Vorgesetzten aus. Die Dienstvorgesetztenbefugnisse nach § 3 Abs. 2 Satz 1 des Bundesbeamtengesetzes liegen bei der Präsidentin oder dem Präsidenten des B und Ausfuhrkontrolle. Weitere Einzelheiten der Ausübung der Entscheidungs- und Weisungsbefugnisse sind vertraglich zwischen dem B und Ausfuhrkontrolle und der G mbH zu regeln. 4

Die Verfügungsbeklagte zu 2. steht im 100%-igen Anteilseigentum der Verfügungsbeklagten zu 1.. Nach § 2.1 des Gesellschaftsvertrags betraut die BRD die Verfügungsbeklagte zu 2) mit der der zentralen Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben der Außenwirtschaftsförderung des Bundes (vgl. Anlage Ast, Bl. 257 d. A.). 5

Es ist unstrittig, dass nach einer erfolgreichen Bewerbung eines Mitarbeiters der Verfügungsbeklagten zu 1 auf eine Stelle bei der Verfügungsbeklagten zu 2, die Verfügungsbeklagte zu 1 weiterhin Arbeitgeber dieses Mitarbeiters bleibt. 6

Bei der Verfügungsbeklagten zu 1) gilt eine Dienstvereinbarung über die Richtlinien für die dienstliche Beurteilung vom 17.07.2019 (Anlage Ast 19, Bl. 68 ff. d. A.). Ziffer 4.2.1 der Dienstvereinbarung gibt hinsichtlich der Begründung der Gesamtbewertung folgende Vorgaben: 7

Die Herleitung der Gesamtbewertung aus der Bewertung der Einzelkriterien muss in der Regel textlich begründet werden. Die dabei erforderliche Begründungstiefe ist umso größer je näher sich die oder der zu Beurteilende im Grenzbereich zu einer benachbarten Gesamtnote befindet. Beruht die dienstliche Beurteilung vollständig oder teilweise auf Beurteilungsbeiträgen Dritter, umfasst die Pflicht zur Plausibilisierung der Beurteilung auch eine Erläuterung, wie aus diesen Beiträgen die in der dienstlichen Beurteilung enthaltenen Werturteile entwickelt wurden. Abweichungen von in Beurteilungsbeiträgen enthaltenen Tatsachen oder Wertungen sind zu begründen. 8

Die Bewertungsskala ergibt sich aus Ziffer 4.2.3, auf welche Bezug genommen wird (Bl. 76 d. A.). 9

Die Verfügungsklägerin erhielt dienstliche Regelbeurteilungen unter dem 19.12.2018, 17.03.2021/25.03.2021 und zuletzt die vorliegend beanstandete Regelbeurteilung vom 06.03.2023/24.04.2023, welcher ein Beurteilungsbeitrag des zuständigen Abteilungsleiters für den Zeitraum vom 01.10.2020 bis zum 31.03.2021 beigefügt war (Anlage Ast 20, Bl. 91 ff. d. A., Beurteilungsbeitrag Anlage Ast 33, Bl. 252 d. A.). Sie monierte den Inhalt und das Ergebnis der dienstlichen Beurteilung unmittelbar im Eröffnungsgespräch und widersprach am 30.08.2023 mit schriftlicher Begründung. 10

Der der Verfügungsklägerin zur Verfügung gestellte Beurteilungsbeitrag bewertete die Einzelleistungen „Zusammenarbeit innerhalb der eigenen Arbeitseinheit“ mit B, „Konfliktverhalten“ mit B, „Mitarbeiterführung und –förderung“ mit B, „Information und 11

Kommunikation“ als Führungsaufgabe mit A (Anl. Ast 33, Bl. 252 d. A.). Dies entspricht der im März 2021 erstellten vorherigen Regelbeurteilung (Zeitraum 1.10.2018 – 30.09.2020), wobei dort die „Information und Kommunikation als Führungsaufgabe“ noch mit B bewertet worden ist (vgl. Anlage Ast12, Bl. 47 ff. d. A.). Die Regelbeurteilung vom 19.12.2018 entspricht bzgl. der benannten Einzelkriterien der nachfolgenden Bewertung aus dem Jahr 2021 (vgl. Anlage Ast11 Bl. 39 ff. d. A.)

Die sodann erstellte und beanstandete Regelbeurteilung, welcher der Beurteilungszeitraum 01.10.2020 bis 30.09.2022 zugrunde lag, bewertet die benannten vier Einzelleistungen mit D. 12

Die Begründung der Gesamtbewertung mit B lautet sodann wie folgt: 13

*Die Gesamtbewertung folgt aus der einheitlichen Gewichtung aller Einzelkriterien und ihrer Bewertung, die ein klares Leistungs- und Eignungsprofil ergeben. Sie spiegelt wieder, dass das Leistungs- und Eignungsprofil von Frau W überwiegend von Arbeitsleistungen geprägt ist, die der Beschreibung der *Bewertungsstufe entsprechen. Die bessere Bewertung mehrerer Einzelkriterien rechtfertigt keine bessere Gesamtbewertung. Sie belegt, dass die Leistungen von Frau W im oberen Spektrum der Gesamtbewertung liegen. Sie prägen aber das Leistungs- und Eignungsprofil insbesondere deshalb nicht, weil diesen Einzelkriterien in ihrer Würdigung und bei der Abwägung kein besonderes Gewicht zukommt, sondern alle Einzelkriterien gleich gewichtet werden.* 14

Der dann folgende Verwendungsvorschlag lautet: 15

Frau W sollte ein Posten angeboten werden, der mit wenig oder keiner Personalführung verbunden ist, bei dem aber ihre besondere Expertise, ihr kundenorientiertes Handeln und hervorragendes Engagement nützlich ist. 16

Die Begründung der Gesamtbewertung deckt sich fast wörtlich mit der Begründung der Gesamtbewertung aus den vorherigen Regelbeurteilungen (vgl. Bl. 51 d. A.; Bl. 43 d. A.). 17

Der Verwendungsvorschlag bezüglich des Beurteilungszeitraums 01.10.2018 – 30.09.2020 lautete noch wie folgt: 18

Frau W führt den Bereich GUS/Südosteuropa erfolgreich und sollte weiterhin in dieser Funktion eingesetzt werden. 19

Am 25.01.2024 schrieb die Verfügungsbeklagte zu 2) die streitgegenständliche Stelle intern aus (Ausschreibung Anlage Ast24, Bl. 126 ff. d. A.). Die Bewerbung der Verfügungsklägerin vom 10.02.2024 wurde mit Schreiben der Verfügungsbeklagten zu 1) unter dem 27.03.2024 abgelehnt (Anlage Ast25, Bl. 167 d. A.). Der Bewerbungsverfahrensanspruch der Verfügungsklägerin wurde am 10.04.2024 vorgerichtlich geltend gemacht. 20

Die Verfügungsbeklagte zu 2) begründete die Ablehnungsentscheidung mit E-Mail vom 12.04.2024 wie folgt (Anlage Ast28, Bl. 167 d. A.): 21

Frau W ist ausweislich des beigefügten Anforderungsprofils nicht die am besten geeignete Kandidatin für die Position. Der ausgewählte Kandidat wurde in der Beurteilungsrunde mit der Gesamtbewertung A beurteilt, Frau W mit der Gesamtnote B. 22

Frau W erfüllt bereits das Anforderungsmerkmal „Sie verfügen über die Fähigkeit, ein Team von Mitarbeitenden zu motivieren“ unzureichend. Denn wie aus ihrer als Anlage beigefügten aktuellen Beurteilung vom 10.08.2023 für den Beurteilungszeitraum vom 01.10.2020 bis 23

30.09.2022 ersichtlich, ist im Abschnitt Führungsverhalten das Kriterium der Mitarbeiterführung- und -förderung mit der Note D bewertet. „D“ bedeutet, dass die Leistungen der Beschäftigten nur mit Einschränkungen den Anforderungen entsprechen. Dies dokumentiert, dass Frau W das Anforderungsprofil nicht hinreichend erfüllt und sie damit nicht die geeignete Kandidatin für die Position ist.

Mit der am 19.04.2024 beim Arbeitsgericht Bonn eingegangenen einstweiligen Verfügung begehrt die Verfügungsklägerin die Unterlassung der Stellenbesetzung. 24

Die Verfügungsklägerin bestreitet mit Nichtwissen, dass am 13.02.2023 eine Beurteiler- und Maßstabskonferenz stattgefunden habe, auf deren Basis die streitgegenständliche Beurteilung erstellt worden sein soll. Insbesondere würden die maßgeblichen dienstlichen Beurteilungen der Mitkonkurrenten nicht zugänglich gemacht. Für die Verfügungsklägerin sei deshalb nicht überprüfbar, inwieweit die von den Verfügungsbeklagten nur durch Vorlage der „Excel-Tabelle: Ausschärfung“ behaupteten Bewertungsergebnisse, die an dieser Stelle vorsorglich mit Nichtwissen bestritten werden, ihrerseits aus einem formell ordnungsgemäßen Beurteilungsverfahren hervorgegangen und die dort festgestellten Bewertungsergebnisse hinreichend plausibilisiert und auf einer hinreichend belastbaren Tatsachengrundlage erstellt worden seien. 25

Sie bestreitet, dass die letztendliche Entscheidung der Stellenbesetzung allein von der Verfügungsbeklagten zu 2 getroffen werde, was sich auch daraus ergebe, dass die Absage auf dem Briefkopf der Verfügungsbeklagten zu 1 erfolgt sei und dies im Ergebnis auch so sein müsse, wenn sich bei den Bewerbern Beschäftigte der Verfügungsbeklagten zu 1 befänden. 26

Die Verfügungsklägerin ist der Auffassung, dass sich der Antrag gegen die Verfügungsbeklagte zu 1. aufgrund ihrer Rechtsstellung als Vertragsarbeitgeber der Verfügungsklägerin und gegen die Verfügungsbeklagte zu 2. als die ausschreibende Beschäftigungsdienststelle richten müsse. Auch der Verfügungsbeklagten zu 2. sei eine ausdrückliche anderweitige Stellenbesetzung (vorläufig) zu untersagen, weil nicht auszuschließen sei, dass die Besetzungsentscheidung auf einen Kandidaten/eine Kandidatin falle der/die nicht der personalrechtlichen Verantwortung der Verfügungsbeklagten zu 1. unterstehe. 27

Mit dem Inhalt der Regelbeurteilung vom 06.03.2023/24.04.2023 könnten die Verfügungsbeklagten ihre Bewerbung nicht ablehnen, weil Inhalt und ihr Zustandekommen nicht den Anforderungen der Rechtsprechung an Leistungsbeurteilungen in Auswahlverfahren des öffentlichen Dienstes und ebenso nicht der einschlägigen Beurteilungsrichtlinie der Verfügungsbeklagten zu 1. genügten. Sie beanstandete, dass es sich bei der Erstbeurteilerin, Frau Dr. V, der Vizepräsidentin des B, in ihrem Fall um keine belastbare Erkenntnisquelle für eine Beurteilung ihrer Befähigungen und Leistungen handele. Frau Dr. V sei am Hauptsitz des B in B dienstansässig. Es bestehe kein persönlicher und/oder dienstlicher Kontakt. Insoweit fehle es an einem persönlichen Kennen und Erleben. Dass Frau Dr. V möglicherweise Bearbeitungsvorgänge der Verfügungsklägerin aus den Akten kenne, werde mit Nichtwissen bestritten. Soweit die Verfügungsbeklagten hinsichtlich ihrer Auswahlentscheidung weiterhin maßgeblich auf Teile der mit der Note „D“ bewerteten Einzelkriterien der streitgegenständlichen dienstlichen Beurteilung der Verfügungsklägerin abstellten, werde dieses in keiner Art und Weise plausibilisierte Beurteilungsergebnis zusätzlich dadurch erschüttert, dass der nicht berücksichtigte Beurteilungsbeitrag in allen vier von der Verfügungsklägerin beanstandeten Einzelkriterien deutlich bessere Beurteilungsergebnisse ausweise (5.2: „B“; 5.5: „B“; 6.1: „B“ u. 6.2: „A“) (vgl. 28

Beurteilungsbeitrag vom 25.03.2021, Ast 33 Bl. 252 ff. d. A.). Darüber hinaus würden die Abweichungen um jeweils zwei bzw. drei Notenstufen in der dienstlichen Beurteilung nicht begründet. Die Verschlechterung einer Beurteilung im Rahmen einer dienstlichen Bewertung bedürfe nach der einschlägigen Rechtsprechung einer gesonderten Begründung. Auch fehle es an einer Begründung des Gesamtergebnisses. Im Rahmen der dienstlichen Beurteilung sei die Gesamtbewertung ausschließlich arithmetisch aus den bewerteten Einzelkriterien ermittelt worden, was unzulässig sei.

Der unstreitig zwischenzeitlich bestehende interkollegiale Konflikt dürfe nicht zu ihren Lasten berücksichtigt werden. Dies ergebe sich auch aus dem Schreiben der Verfügungsbeklagten zu 1, nach der das unbegründete Beschwerdeverfahren eingestellt worden sei. Insoweit wird auf das Schreiben der Beklagten vom 30.11.2023 (Anlage Ast29, Bl. 172 d. A.) Bezug genommen. 29

Ihr sei eine vollständige und abschließende Überprüfung der Auswahlentscheidung nicht möglich, solange ihr nicht alle Angaben zum Auswahlverfahren und den angegebenen Mitbewerbenden vollständig und in einer Art und Weise offengelegt hat, die ihr eine vollständige und abschließende Überprüfung der Auswahlentscheidung möglich mache. 30

Die Verfügungsklägerin beantragt, 31

den Verfügungsbeklagten zu untersagen, die unter der Ausschreibungskennziffer 24_40_01 ausgeschriebene Stelle als „Bereichsleitung (w/m/d) GUS/Südosteuropa“ der Entgeltgruppe EG15 TVöD-Bund mit einem anderen Bewerbungskandidaten zu besetzen, bis ein neu durchgeführtes Auswahlverfahren abgeschlossen ist, spätestens bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache. 32

Die Verfügungsbeklagten beantragten, 33

den Antrag zurückzuweisen. 34

Die Verfügungsbeklagten behaupten, dass die seinerzeitigen Beurteilenden und Berichterstatter für die der Verfügungsbeklagten zu 2. zugewiesenen Personen mit Dienstvereinbarung vom 13.05.2020 festgelegt worden seien. Danach seien im Rahmen der Regelbeurteilungsrunde zum Stichtag 01.10.2022 für die Vergleichsgruppe der Verfügungsklägerin als Beurteilende die Vizepräsidentin der Verfügungsbeklagten zu 2., Frau Dr. A V und als Berichterstatter der Abteilungsleiter "M", Herr E v U, bestimmt worden. Namentlich die Einholung eines schriftlichen Beurteilungsbeitrages für den Zeitraum vom 01.04.2021 bis 31.07.2021 sei entgegen dem Vortrag der Verfügungsklägerin nicht erforderlich, da schriftliche Beurteilungsbeiträge gemäß Ziff. 3.3 der Beurteilungsrichtlinien in der Regel nicht vor Ablauf von vier Monaten seit der letzten Regelbeurteilung oder seit dem letzten Beurteilungsbeitrag erstellt würden. 35

Sie beruft sich darauf, dass der Bewerbungsverfahrensanspruch vorliegend gewahrt worden sei. Die Verfügungsbeklagte zu 2 habe in einem ersten Schritt festgestellt, welche Bewerber die unter „Profil“ in der in Rede stehenden Ausschreibung (ASt 23) benannten zentralen Elemente des Anforderungsprofils erfüllten und welche Gesamtbewertung der Bewerber in der jeweils letzten Regelbeurteilung erhalten habe. Das Ergebnis habe die Verfügungsbeklagte zu 2) in einer Excel-Tabelle „Ausschärfung“ niedergelegt (vgl. im Einzelnen Excel-Tabelle Bl. 220 ff. d. A.). Die Verfügungsbeklagte zu 2 habe festgestellt, dass mit Ausnahme der Verfügungsklägerin alle Kandidaten sämtliche Punkte des Anforderungsprofils erfüllten. Die Verfügungsklägerin erfülle zwar die übrigen Punkte, jedoch 36

nicht das Anforderungsmerkmal „Gestaltungswillen und die Fähigkeit, ein Team von Mitarbeitenden zu motivieren und für ein wertschätzendes und gleichstellungsförderndes Arbeitsklima zu sorgen“, was sich aus der letzten Regelbeurteilung ergebe. Bei den Bewertungen seien die aktuellen Regelbeurteilungen (jeweils Beurteilungszeitraum bis 30.09.2022) zugrunde gelegt worden, welche bei der Verfügungsklägerin gemäß der vorgelegten Dienstvereinbarung erstellt worden seien. Es seien weder formelle noch materielle Fehler bei der Erstellung der dienstlichen Beurteilung erkennbar.

Die ausgeschriebene Stelle sei der Verfügungsbeklagten zu 2 angesiedelt. Die Ausschreibung und die Auswahl treffe eine Bereichsleiterin der Verfügungsbeklagten zu 2. Fünf Personen hätten sich beworben mit Ausnahme von Frau W seien die anderen Bewerber Angestellte unmittelbar bei der Verfügungsbeklagten zu 2. Nachdem die Auswahlentscheidung getroffen worden sei, sei den übrigen Bewerbern, die unmittelbar bei der Verfügungsbeklagten 2 angestellt seien, von der Verfügungsbeklagten zu 2 abgesagt worden. Darüber hinaus hat sich dann die Bereichsleitung mit der zuständigen Person bei der Verfügungsbeklagten zu 1 in Verbindung gesetzt und dieser dann mitgeteilt, dass die Verfügungsklägerin nicht ausgewählt worden sei, sodass von dieser die Absage erfolgt sei. 37

Die Verfügungsbeklagten sind der Auffassung, dass auf das vorliegende Bewerbungsverfahren Art. 33 Abs. 2 GG nicht anwendbar sei, da die Verfügungsbeklagte zu 2) als GmbH privatrechtlich organisiert sei. Der TVöD werde lediglich arbeitsvertraglich einbezogen. Bei einer solchen privatrechtlichen Organisation sei der Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG nur für solche Positionen ausnahmsweise eröffnet, in denen äquivalent zu einem originären öffentlichen Amt öffentliche Aufgaben wahrgenommen würden. Das Tätigkeitsfeld der Verfügungsbeklagten zu 2. bestehe insbesondere im Standortmarketing sowie in der Investorenanwerbung. Sie informiere ausländische Unternehmen über Investitionsmöglichkeiten in Deutschland und begleite sie in allen Stadien vom Markteintritt bis zur Ansiedlung in Deutschland. Bei der in Rede stehenden Position handele es sich nicht um ein öffentliches Amt handelt. Die Tätigkeiten umfassten Marketing, Kommunikation, Networking sowie das Publizieren von Texten und Bildern. 38

Unzutreffend sei nach alledem der klägerische Vortrag, dass die Gesamtbeurteilung in der letzten Regelbeurteilung der Verfügungsklägerin rein arithmetisch aus den Einzelkriterien berechnet worden sei. Selbst wenn die dienstliche Beurteilung nicht in Ordnung gewesen sei, wäre es nicht sachfremd gewesen, die Auswahl in der Weise zu treffen, da wie sich auch aus den Anlagen aus der Akte ergebe, es Konflikte zwischen den Mitarbeitern und der Verfügungsklägerin gegeben habe. Frau S habe aus eigener Anschauung aufgrund der in dem Zusammenhang geführten Gespräche einen eigenen Eindruck erlangen können, dass kein wertschätzendes Klima in dem Bereich zwischen der Verfügungsklägerin und ihren Mitarbeitern geherrscht hätte. Dies bezog sich genau auf diese Stelle, die hier im Streit steht, auf der die Verfügungsklägerin vorher eingesetzt war. 39

Im Übrigen wird auf die ausgetauschten Schriftsätze, das Kammerterminsprotokoll vom 08.05.2024 sowie die eidesstattlichen Versicherungen Bl. 99 ff. und Bl. 238 d. A. Bezug genommen. 40

Entscheidungsgründe 41

Die einstweilige Verfügung ist zulässig und begründet. Der für die einstweilige Verfügung erforderliche Verfügungsanspruch und der Verfügungsgrund sind gegeben. Die Verfügungsklägerin hat ein Recht auf die vorläufige Sicherung ihres Bewerbungsverfahrensanspruchs nach Art. 33 Abs. 2 GG. 42

I.	43
Gemäß §§ 62 Abs. 2 S. 1 ArbGG, 935 ZPO sind einstweilige Verfügungen in Bezug auf den Streitgegenstand zulässig, wenn zu besorgen ist, dass durch die Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Im Arbeitsrecht ist die Statthaftigkeit einer Konkurrentenklage sowie Statthaftigkeit einer einstweiligen Verfügung in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt (vgl. im Einzelnen Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 28. Februar 2020 – 4 SaGa 22/19 –, juris Rn 57 f. mwN.).	44
II.	45
Die einstweilige Verfügung ist begründet.	46
1.	47
Vorliegend ist nach Auffassung der Kammer die Passivlegitimation von beiden Verfügungsbeklagten gegeben.	48
Dieser Anspruch richtet sich gegen den zukünftigen Arbeitgeber. Nur dieser wird durch den Vertragsschluss, den der abgelehnte Bewerber im Wege der Konkurrentenklage erstrebt, gebunden (BAG, Urteil vom 11. Juni 2013 – 9 AZR 668/11 –, juris Rn. 16 mwN.).	49
Die Verfügungsbeklagte zu 2 schrieb die Stelle intern aus. Unstreitig ist, dass die Mitarbeiter der Verfügungsbeklagte zu 1 bei einer erfolgreichen Stellenbewerbung bei der Verfügungsbeklagten zu 2 die Verfügungsbeklagte zu 1 als Vertragsarbeitgeber behalten (anders als bei dem Sachverhalt, der dem Urteil des BAG vom 19.5.2015 – 9 AZR 837/13, juris - zugrunde lag, bei welchem Voraussetzung für die Konkurrentenklage gewesen wäre, dass der Bewerber bereit ist, den Vertragsarbeitgeber zu wechseln). Vertragsarbeitgeber für die Verfügungsklägerin ist damit die Verfügungsbeklagte zu 1, da diese durch den Vertragsschluss verpflichtet würde. Diese hat auch der Verfügungsklägerin die Absage zu der Stellenbewerbung erteilt. Nach Vortrag der Verfügungsbeklagten zu 2 haben sich jedoch ebenfalls Mitarbeiter der Verfügungsbeklagten zu 2 beworben und sie trägt selbst vor, dass diesen gegenüber jedenfalls kein Weisungsrecht der Verfügungsbeklagten zu 1 bestehe, sodass sie die streitgegenständliche Stelle mit eigenen Mitarbeitern besetzen könne.	50
2.	51
Nach Auffassung der Kammer handelt es sich vorliegend um ein öffentliches Amt im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG.	52
Nach dieser Vorschrift hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Daraus folgt, dass Art. 33 Abs. 2 GG nur dann Anwendung findet, wenn es um die Besetzung eines öffentlichen Amtes geht. Dieser Begriff ist entsprechend dem Art. 33 Abs. 2 GG zugrunde liegenden Zweck weit auszulegen. Er geht über den Bereich des öffentlichen Dienstes iSd. Art. 33 Abs. 4 und Abs. 5 GG hinaus . Umfasst sind grundsätzlich sämtliche vom Staat (Bund, Länder, Gemeinden; unmittelbare und mittelbare Staatsverwaltung) bereitgestellten Positionen. Dabei ist gleichgültig, ob diese mit Beamten oder Arbeitnehmern zu besetzen sind. Erforderlich ist aber, dass die Stelle der öffentlichen Gewalt und damit der Staatsorganisation zuzuordnen ist. Das ist der Fall, wenn sie der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient. Auf die Organisationsform, in der der Staat tätig wird, kommt es nicht an. Dies folgt aus dem Sinn	53

und Zweck des Art. 33 Abs. 2 GG (BAG, Urteil vom 12. April 2016 – 9 AZR 673/14 –, BAGE 155, 29-43, juris Rn. 16).

Aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt sich ausdrücklich, dass der Verfügungsbeklagten zu 2 von der Verfügungsbeklagten zu 1 als Alleingesellschafterin die Gesellschaft mit der zentralen Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben der Außenwirtschaftsförderung des Bundes übertragen werden. Welche Aufgaben hiervon umfasst werden, wird sodann als Gegenstand des Unternehmens aufgeführt. Wie sich aus der Aufgabenbeschreibung der Stelle aus den Beurteilungen ergibt, sind diese auch dem Unternehmensgegenstand zuzuordnen. 54

3. 55

Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Öffentliche Ämter im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG sind nicht nur Beamtenstellen, sondern auch solche Stellen, die ein öffentlicher Arbeitgeber mit Arbeitnehmern zu besetzen beabsichtigt. Der unbeschränkt und vorbehaltlos gewährte Grundsatz der Bestenauslese dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes. Zum anderen trägt die Verfassungsnorm dem berechtigten Interesse der Bediensteten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass sie grundrechtsgleiche Rechte auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet. Beamten und Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst steht deshalb bei der Besetzung von Ämtern des öffentlichen Dienstes ein verfassungsrechtlicher Bewerbungsverfahrensanspruch zu. Daraus folgt angesichts der Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung in Art. 33 Abs. 2 GG ein subjektives Recht jedes Bewerbers auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren. Bei Verfahrensfehlern kann sich ein Anspruch des abgelehnten Bewerbers ergeben, dass die Auswahlentscheidung unter Vermeidung des rechtlichen Fehlers wiederholt wird. Der Anspruch auf Zugang zu einem öffentlichen Amt setzt eine freie Stelle voraus. Das grundrechtsgleiche Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Artikel 33 Abs. 2 Grundgesetz kann nur vor einer Besetzung der Stelle mit dem ausgewählten Konkurrenten verwirklicht werden. Wegen des Gebots des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG bedarf der Bewerbungsverfahrensanspruch deshalb ggf. der Sicherung durch eine einstweilige Verfügung nach §§ 935 ff ZPO gegen eine anderweitige Stellenbesetzung. Dem Gebot effektiven Rechtsschutzes ist genügt, wenn dem abgelehnten Bewerber die Möglichkeit gewährt wird, vorläufigen Rechtsschutz vor der Besetzung des Amtes in Anspruch zu nehmen (Landesarbeitsgericht Hamm (Westfalen), Urteil vom 12. Juli 2018 – 11 SaGa 9/18 –, juris Rn. 31 f. mwN.). 56

Dienstliche Beurteilungen können nur darauf kontrolliert werden, ob der Beurteiler allgemeine Beurteilungsmaßstäbe beachtet, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt und ein fehlerfreies Verfahren eingehalten hat (vgl. Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 28. Februar 2020 – 4 SaGa 22/19 –, juris 64 mwN). 57

Bei Auswahlentscheidungen, die [...] den Prinzipien des Art. 33 Abs. 2 GG genügen müssen, ist der für die Bewerberauswahl maßgebende Leistungsvergleich grundsätzlich anhand aktueller dienstlicher Beurteilungen vorzunehmen. Diese müssen auf das Statusamt bezogen und inhaltlich aussagekräftig sein. Maßgebend für den Leistungsvergleich ist in erster Linie das abschließende Gesamturteil, das durch eine Würdigung, Gewichtung und Abwägung der leistungsbezogenen Gesichtspunkte zu bilden ist. Dazu gehören für die Bewertung der Leistungen ein einheitlicher Bewertungsmaßstab sowie ein möglichst gemeinsamer Stichtag für die Durchführung der Bewertung. Ferner muss der Leistungsvergleich zeitnah zur 58

Auswahlentscheidung erfolgen, dass noch eine sachgerechte Prognoseentscheidung, wer von den Bewerbern für die künftigen Aufgaben am besten geeignet sein wird, getroffen werden kann (vgl. LAG Köln aaO, juris Rn. 65 mwN.).

In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, der vorliegend wegen Art. 33 Abs. 2 GG zu folgen ist, sind im Falle sog. Ankreuzbeurteilungen folgende Maßstäbe anerkannt: Jedenfalls bei dienstlichen Beurteilungen die - wie hier - im sog. Ankreuzverfahren erstellt worden sind (d.h. durch formularmäßiges Ankreuzen einer bestimmten Stufe der Notenskala bei der Bewertung der Einzelmerkmale, ohne zusätzlich textlich zu erläutern, warum das Merkmal mit dieser Note bewertet wurde), bedarf das Gesamturteil in der Regel einer von den Einzelbewertungen gesonderten Begründung. Nur so kann die Bildung des Gesamturteils auch für eine eventuell nachfolgende gerichtliche Überprüfung nachvollzogen und zugleich die Einhaltung gleicher Maßstäbe gewährleistet werden. Inhaltlich muss die Begründung insbesondere plausibel erkennen lassen, wie sich das Gesamturteil in dem jeweiligen Beurteilungsfall aus den Einzelbewertungen herleitet. Das Gesamturteil ist - jeweils statusamtsbezogen - durch eine Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen bestenauswahlbezogenen Gesichtspunkte zu bilden. Es darf sich nicht auf die Bildung des arithmetischen Mittels aus den einzelnen Leistungsmerkmalen beschränken. Da es Sache des Dienstherrn ist, im Rahmen des ihm insoweit eröffneten, allerdings nicht unbegrenzten Ermessens (Wertungsspielraums) festzulegen, welches Gewicht er den einzelnen Merkmalen einer dienstlichen Beurteilung zumessen will, muss die Begründung des Gesamturteils insbesondere auch die entsprechende - innerhalb des Geltungsbereichs einer Beurteilungslinie einheitlich vorzunehmende - Gewichtung nachvollziehbar erläutern. Die Anforderungen an die Begründung des Gesamturteils sind, was Umfang und Tiefe betrifft, nicht in jedem Falle gleich, sondern hängen wesentlich auch von den Umständen des Einzelfalles ab. Einer - ggf. kurzen - Begründung bedarf es insbesondere dann, wenn die Beurteilungsrichtlinien für die Einzelbewertungen einerseits und für das Gesamturteil andererseits unterschiedliche Bewertungsskalen vorsehen, die für die Gesamtbewertung zunächst zueinander in Beziehung gesetzt werden müssen. Im Übrigen sind die Anforderungen an die Begründung des Gesamturteils umso geringer, je einheitlicher das Leistungsbild bei den Einzelbewertungen ist. Gänzlich entbehrlich ist eine Begründung für das Gesamturteil jedoch nur dann, wenn im konkreten Fall eine andere Note nicht in Betracht kommt, weil sich die vergebene Note- vergleichbar einer Ermessensreduzierung auf Null - geradezu aufdrängt.

Das Begründungserfordernis für das Gesamturteil bei uneinheitlichem Leistungsbild erschöpft sich ferner nicht darin, dass dem Gesamturteil überhaupt ein Begründungstext beigelegt wird, also eine Begründung formal vorhanden ist. Die hier maßgebliche Begründungspflicht zielt nämlich wesentlich auf die Herstellung einer materiell-richtigen Entscheidung und nicht nur auf deren Darstellung. Dienstliche Beurteilungen können dementsprechend ihre Funktion, eine verlässliche Grundlage für an Art. 33 Abs. 2 GG zu messende Auswahlentscheidungen des Dienstherrn bzw. die nachfolgende Ämtervergabe zu sein nur dann hinreichend erfüllen, wenn die Begründung, wie das Gesamturteil aus den Einzelbewertungen hergeleitet wurde, "richtig" ist. Die Begründung muss sich daher an den (materiellen) Maßstäben orientieren, anhand derer das Gesamturteil zutreffend zu bilden ist. Diesen Anforderungen nicht gerecht wird beispielsweise eine (formal vorhandene) Begründung, aus der sich ergibt, dass die Gewichtung der Einzelmerkmale auf der Grundlage des unzutreffenden Maßstabs der Anforderungen des konkret wahrzunehmenden Dienstpostens anstelle der Anforderungen des Statusamtes vorgenommen wurde.

Diese Rechtsprechung beruht - auch im Hinblick auf dienstliche Beurteilungen im Ankreuzverfahren - auf der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung folgt dem angesichts von Art. 33 Abs. 2 GG zurecht (vgl. Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 28. Februar 2020 – 4 SaGa 22/19 –, juris Rn. 66 – 70 mwN.).

4. 62

Diesen Grundsätzen folgend ist die Kammer der Auffassung, dass die zur Begründung der Auswahlentscheidung herangezogene Regelbeurteilung den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung und auch den Vorgaben aus der eigenen Dienstvereinbarung nicht entspricht, sodass ihr Anspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt wird. 63

Vorliegend ist eine dienstliche Beurteilung im Ankreuzverfahren gegeben. Diese enthält zwar formal eine Begründung, diese entspricht jedoch fast deckungsgleich den Begründung aus den vorherigen Beurteilungen und benennt ein klares Leistungs- und Eignungsprofil, obwohl in dieser Beurteilung in vier Einzelkriterien eine um zwei Bewertungsstufen schlechtere Bewertung erfolgte. Darüber hinaus ist für den beurteilten Zeitraum u.a. ein Beurteilungsbeitrag des zu diesem Zeitpunkt zuständigen Abteilungsleiter erstellt worden, welcher ebenfalls in den Einzelkriterien eine deutlich bessere und den vorherigen Regelbeurteilungen entsprechende Bewertung beinhaltet hat. Eine Begründung der deutlichen Verschlechterung bei den vier Einzelkriterien enthält die Begründung der Gesamtbewertung nicht (vgl. hierzu auch LAG Köln, aaO, juris, Rn. 71). Auch passt die Begründung nicht zu dem völlig uneinheitlichen Bild der Einzelkriterien welche von X (regelmäßig herausragende Leistungen) bis D (Leistungen entsprechen nur mit Einschränkungen den Anforderungen reicht) und dann sogar mit dem nicht verbindlichen Verwendungsvorschlag endet, welcher vorschlägt, dass der Verfügungsklägerin lediglich Posten mit wenig oder keiner Personalführung angeboten werden sollten. Auch die Dienstvereinbarung gibt vor, dass die Gesamtbewertung textlich in der Regel begründet werden muss. Die Beurteilung beruht auf Beurteilungsbeiträgen Dritter, die zumindest teilweise deutlich abweichen, sodass auch nach der Dienstvereinbarung eine Plausibilisierung in der Begründung des Gesamturteils hätte erfolgen müssen. Die Abweichungen sind nicht begründet worden. Die Begründung beinhaltet die Angabe, dass die Verfügungsklägerin im oberen Spektrum der Gesamtbewertung liege, sodass ebenfalls nach der Dienstvereinbarung die Begründungstiefe umso größer ist, je näher sich die zu Beurteilende im Grenzbereich zu der benachbarten Gesamtnote befinde. Diese Begründung ist Inhalt der Regelbeurteilung nach Ziffer 4 der Dienstvereinbarung. 64

5. 65

Es erscheint zudem möglich, dass die Verfügungsklägerin bei einer erneuten Auswahlentscheidung ausgewählt wird. 66

Die Beurteilung, ob die Auswahl eines erfolglosen Bewerbers bei erneuter, rechtsrichtiger Auswahlentscheidung möglich erscheint oder aber vollkommen ausgeschlossen ist, setzt eine wertende Betrachtung der Umstände des Einzelfalles voraus. Sie kann einerseits nicht schon im Falle einer - grundsätzlich immer gegebenen - theoretischen Chance des erfolglosen Bewerbers, ausgewählt zu werden, in dessen Sinne ausfallen. Andererseits haben die Gerichte bei dieser Beurteilung zu beachten, dass es im Hinblick auf den dem Dienstherrn bei der Auswahlentscheidung zustehenden Ermessens- und Beurteilungsspielraum grundsätzlich nicht ihre Aufgabe ist, den besser geeigneten Bewerber zu bestimmen und eine eigene Prognose der Erfolgsaussichten der Bewerbung 67

vorzunehmen (vgl. Landesarbeitsgericht Köln, aaO Rn. 81 mwN.).

Die Verfügungsklägerin wurde bereits mit B bewertet. Wie sich aus der Begründung ergibt, soll sie im oberen Bereich angesiedelt sein. Darüber hinaus hat sie die Tätigkeit mehrere Jahre ausgeführt. 68

6. 69

Der für die beantragte einstweilige Verfügung erforderliche Verfügungsgrund ist auch gegeben. Das grundrechtsgleiche Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Art. 33 Abs. 2 GG lässt sich nur vor einer - endgültigen - Besetzung der Stelle mit dem ausgewählten Konkurrenten verwirklichen. Der Bewerbungsverfahrensanspruch der Verfügungsklägerin würde durch die beabsichtigte Besetzung - und Beförderung - mit dem [...] ausgewählten Mitbewerber endgültig untergehen, so dass ein Verfügungsgrund zur Sicherung des geltend gemachten Verfügungsanspruchs besteht (vgl. Landesarbeitsgericht Köln, aaO Rn. 83 mwN.) 70

III. 71

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Verfügungsbeklagten, da diese in dem Rechtsstreit unterliegen nach §§ 46 Abs. 2 ZPO, 91 Abs. 1 S. 1 ZPO. 72

Der Streitwert ist in Höhe eines Bruttomonatseinkommens festgesetzt worden. Nach dem Streitwertkatalog der Arbeitsgerichtsbarkeit, an dem sich die Kammer orientiert hat, sind nach Ziffer I.19.2 bei einer Neubescheidung zwei Monatsgehälter zugrunde zu legen. Hier handelt es sich um die einstweilige Regelung bis zur Entscheidung in der Hauptsache über die Übertragung bzw. Neubescheidung, sodass die Kammer nach Ziffer I.16.2 ein Bruttomonatsgehalt zugrunde gelegt hat, §§ 61 Abs. 1 ArbGG, 3 ff. ZPO, 39 ff. GKG. 73