

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Übersetzung: nein

Allgemeines Beamtenrecht

Rechtsquelle/n:

GG Art. 33 Abs. 2 und Art. 95 Abs. 1

VwGO § 44a

VwVfG § 9

BrbRiG § 9

Leitsätze:

1. Die dienstliche Beurteilung eines Richters eines Landes obliegt auch im Falle seiner Abordnung an einen Obersten Gerichtshof des Bundes im Sinne von Art. 95 Abs. 1 GG regelmäßig dem Dienstherrn.

2. Erstellt der Präsident des Bundesgerichts, an das der Richter abgeordnet ist, für die Dauer der Abordnung eine "Beurteilung", so handelt es sich regelmäßig lediglich um einen Beurteilungsbeitrag für die dem Land obliegende dienstliche Beurteilung des Richters. Diesen Beurteilungsbeitrag kann der betroffene Richter wegen § 44a VwGO nicht isoliert verwaltungsgerichtlich überprüfen lassen.

3. Der Begriff der Verfahrenshandlungen i. S. v. § 44a Satz 1 VwGO ist nicht auf solche im Rahmen eines behördlichen Verfahrens i. S. v. § 9 VwVfG beschränkt.

Beschluss des 2. Senats vom 20. Juni 2022 - BVerwG 2 B 45.21

I. VG Potsdam vom 18. Januar 2018

Az: 11 K 1304/16

II. OVG Berlin-Brandenburg vom 29. Juli 2021

Az: 4 B 9/21



Bundesverwaltungsgericht

BESCHLUSS

BVerwG 2 B 45.21
OVG 4 B 9/21

In der Verwaltungsstreitsache



ECLI:DE:BVerwG:2022:200622B2B45.21.0

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 20. Juni 2022
durch die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. von der Weiden
und Dr. Hartung sowie die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Hampel

beschlossen:

Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der
Revision in dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts
Berlin-Brandenburg vom 29. Juli 2021 wird zurückgewie-
sen.

Der Kläger trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerde-
verfahren auf 5 000 € festgesetzt.

G r ü n d e :

- 1 Die auf sämtliche Gründe des § 132 Abs. 2 VwGO gestützte Beschwerde des Klägers ist teilweise unzulässig und im Übrigen unbegründet.

- 2
 1. Der Kläger steht als Richter am Sozialgericht im Dienst des Landes Brandenburg. In den Jahren 2014 und 2015 war er als wissenschaftlicher Mitarbeiter an das Bundessozialgericht abgeordnet. Unter dem 6. Januar 2016 erteilte der Präsident des Bundessozialgerichts dem Kläger eine "dienstliche Beurteilung" nach Maßgabe der Beurteilungsrichtlinie des Bundessozialgerichts vom 18. Dezember 2008. Der Kläger beanstandete die ihm eröffnete Beurteilung und legte gegen diese Widerspruch ein, den der Präsident des Bundessozialgerichts zurückwies. In dem vor dem Verwaltungsgericht geführten Klageverfahren hob der Präsident des Bundessozialgerichts aufgrund eines Hinweises des Verwaltungsgerichts die Beurteilung vom 6. Januar 2016 samt den ergangenen Bescheiden auf und eröffnete dem Kläger nach Anhörung die "dienstliche Beurteilung" vom 2. August 2017. Der Kläger bezog diese Beurteilung in das Klageverfahren ein. Das Verwaltungsgericht hat die Beklagte verurteilt, die "dienstliche Beurteilung" vom 2. August 2017 aufzuheben und den Kläger für den Beurteilungszeitraum vom 1. Januar 2014 bis zum 31. Dezember 2015 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu beurteilen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Zur Begründung hat das Verwaltungsgericht darauf verwiesen, dass die Beurteilungsbeiträge der drei Senatsvorsitzenden des Bundessozialgerichts nicht der dortigen Beurteilungsrichtlinie entsprechen, weil sie Aspekte offenließen. Dieser teilweise Beurteilungsausfall erstreckte sich auf die Gesamtbeurteilung durch den Präsidenten des Bundessozialgerichts.

- 3 Soweit das Verwaltungsgericht der Klage stattgegeben hat, hat das Oberverwaltungsgericht die Berufung der Beklagten zugelassen. In dem ersten Berufungsverfahren hat das Oberverwaltungsgericht mit Beschluss vom 9. Juni 2020 das Urteil des Verwaltungsgerichts, soweit die Berufung zugelassen worden ist, geändert und die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Klage des Klägers sei nach § 44a Satz 1 VwGO unzulässig. Bei der "dienstlichen Beurteilung" handele es sich lediglich um einen Beurteilungsbeitrag im Vorfeld einer dienstlichen Beurteilung durch den Dienstherrn. Dementsprechend gehe es lediglich um eine vorbereitende Maßnahme. Diesen Beschluss hat das Bundesverwaltungsgericht mit Beschluss vom 21. Dezember 2020 - 2 B 63.20 - (Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 104) aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen.
- 4 Auch im zweiten Berufungsverfahren hat das Oberverwaltungsgericht das Urteil des Verwaltungsgerichts geändert und die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Weder Bundes- noch Landesrecht sähen vor, dass der Präsident des Bundessozialgerichts eine dienstliche Beurteilung für einen im Dienst des Landes Brandenburg stehenden Richter erteile. Die dienstliche Beurteilung erfolge aus dem Dienstverhältnis heraus und sei auf dieses bezogen. Dementsprechend obliege die dienstliche Beurteilung eines Richters dem Dienstherrn. Bei der streitbefangenen "Beurteilung" handele es sich vielmehr um einen Beurteilungsbeitrag, den der Kläger wegen § 44a VwGO nicht isoliert zur verwaltungsgerichtlichen Prüfung stellen könne.
- 5 2. Die Sache hat nicht die grundsätzliche Bedeutung (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO), die ihr der Kläger beimisst.

- 6 a) Die Beschwerde des Klägers sieht die grundsätzliche Bedeutung der Rechts-
sache zunächst in der Frage,

"welche Beurteilungszuständigkeit im Rahmen einer
- nicht seltenen - Abordnung von Richterinnen und Rich-
tern des Landes an das Bundesverfassungsgericht oder an
einen Obersten Gerichtshof des Bundes besteht, wenn sich
der handelnde Dienstvorgesetzte weder auf Bundesrecht
noch auf verfassungskonformes Landesrecht stützen
kann."

- 7 Diese Frage führt nicht zur Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Be-
deutung der Rechtssache, weil sie auf der Basis der bestehenden Rechtspre-
chung ohne Durchführung eines Revisionsverfahrens i. S. d. Berufungsurteils zu
beantworten ist.

- 8 Die Beurteilung eines in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhält-
nis stehenden Bediensteten ist Sache des Dienstherrn (BVerwG, Beschluss vom
21. Dezember 2016 - 2 VR 1.16 - BVerwGE 157, 168 Rn. 31). Die Beurteilung der
von dem Bediensteten erbrachten Leistung nach den Kriterien des Art. 33 Abs. 2
GG der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung ist ein von der Rechtsord-
nung dem Dienstherrn vorbehalten Akt wertender Erkenntnis (BVerwG, Ur-
teil vom 27. November 2014 - 2 A 10.13 - BVerwGE 150, 359 <360 f.>). Es ist
zwar nicht ausgeschlossen, dass sich der Bedienstete aufgrund der dienstlichen
Beurteilung auch bei einem anderen Dienstherrn um das bereits innegehabte
oder um ein höheres Statusamt bewirbt. Hauptfunktion der dienstlichen Beur-
teilung ist es aber, die optimale Verwendung des Bediensteten durch seinen
Dienstherrn zu gewährleisten und auf diese Weise die im öffentlichen Interesse
liegende Erfüllung hoheitlicher Aufgaben bestmöglich zu sichern. Dementspre-
chend hat die dienstliche Beurteilung von Bediensteten die Aufgabe, die allein
an Art. 33 Abs. 2 GG ausgerichtete Auswahlentscheidung des Dienstherrn für
die Vergabe eines öffentlichen Amtes vorzubereiten und damit der Klärung ei-
ner Wettbewerbssituation beizutragen. Als eine die persönlichen Angelegenhei-
ten des Bediensteten betreffende Maßnahme wird sie grundsätzlich vom Dienst-
vorgesetzten, der vom Dienstherrn bestimmt wird, wahrgenommen (BVerwG,
Urteil vom 13. Mai 1965 - 2 C 146.62 - BVerwGE 21, 127 <129 f.>).

- 9 Die Abordnung des Klägers an das Bundessozialgericht hat das zwischen dem Kläger und dem Land Brandenburg bestehende Dienstverhältnis grundsätzlich unberührt gelassen; Dienstherr des Klägers war auch während seiner Abordnung an das Bundessozialgericht das Land Brandenburg. Dementsprechend ist grundsätzlich auch das Recht des Landes Brandenburg für die dienstliche Beurteilung des Klägers für den Zeitraum vom 1. Januar 2014 bis zum 31. Dezember 2015 maßgeblich. Nur wenn es das Recht des Dienstherrn ausdrücklich vorsieht, dass im Fall der Abordnung eines Landesrichters an das Bundesverfassungsgericht oder an einen Obersten Gerichtshof des Bundes i. S. v. Art. 95 Abs. 1 GG der Präsident des betreffenden Gerichts des Bundes die dienstliche Beurteilung für den Zeitraum der Abordnung zu erstellen hat, liegt die Zuständigkeit für die dienstliche Beurteilung nicht beim Dienstherrn.
- 10 Dies entspricht nach den tatsächlichen Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts auch der Handhabung der Vorgaben für die Erstellung von "dienstlichen Beurteilungen" durch den Präsidenten des Bundessozialgerichts (UA S. 10). Diese stellen darauf ab, ob das betreffende Land als Dienstherr die Zuständigkeit für die dienstliche Beurteilung für den Zeitraum der Abordnung eines Landesrichters auf den Präsidenten des Bundesgerichts delegiert hat. Im Falle der Delegation der Beurteilungszuständigkeit handelt es sich bei der "dienstlichen Beurteilung" tatsächlich um eine solche, in den Fällen des Verbleibs der Zuständigkeit beim jeweiligen Land als dem Dienstherrn handelt es sich demgegenüber lediglich um einen Beurteilungsbeitrag.
- 11 b) Ferner sieht die Beschwerde des Klägers als grundsätzlich bedeutsam die Frage an,
- "ob § 9 BrbRiG in Verbindung mit der hierauf gestützten Verwaltungsvorschrift (BeurtAV) im Land Brandenburg - nicht nur für eine Übergangszeit - als taugliche Rechtsgrundlage für die Beurteilung von Richterinnen und Richtern anzusehen ist."
- 12 Diese Frage führt nicht zur Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache, weil sie sich im angestrebten Revisionsverfahren nicht stellen würde.

- 13 Wegen der Bedeutung von dienstlichen Beurteilungen für die allein nach Maßgabe des Art. 33 Abs. 2 GG zu treffenden Auswahlentscheidungen müssen die grundlegenden Vorgaben für die Erstellung von dienstlichen Beurteilungen in Rechtsnormen geregelt werden. Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber, die für die Verwirklichung des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 33 Abs. 2 GG maßgeblichen Regelungen im Wesentlichen selbst zu treffen und diese nicht dem Handeln und der Entscheidungsmacht der Exekutive, insbesondere durch bloße Verwaltungsvorschriften, zu überlassen. Das öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis rechtfertigt als solches keine Abstriche von den allgemein geltenden rechtlichen Anforderungen für die Verwirklichung eines grundrechtsgleichen Rechts (BVerwG, Urteil vom 7. Juli 2021 - 2 C 2.21 - NVwZ 2021, 1608 Rn. 32 f.).
- 14 Als für eine dienstliche Beurteilung wesentlich sind die Entscheidung über das Beurteilungssystem (Regelbeurteilungen oder bloße Anlassbeurteilungen ggf. Letztere als Ausnahme der Regelbeurteilung) und die Vorgabe der Bildung des abschließenden Gesamturteils unter Würdigung aller Einzelmerkmale der drei Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG anzusehen (BVerwG, Urteile vom 17. September 2020 - 2 C 2.20 - BVerwGE 169, 254 Rn. 16 und vom 7. Juli 2021 - 2 C 2.21 - NVwZ 2021, 1608 Rn. 34).
- 15 Dem Bundesrecht sind keine normativen Vorgaben für die Erstellung von dienstlichen Beurteilungen oder bloßen Beurteilungsbeiträgen für solche Richter eines Landes zu entnehmen, die vorübergehend an das Bundesverfassungsgericht oder an einen der Obersten Gerichtshöfe des Bundes i. S. v. Art. 95 Abs. 1 GG abgeordnet worden sind. Für den Bereich des Landes Brandenburg bestimmt § 9 Abs. 1 BrbRiG immerhin, dass Richterinnen und Richter regelmäßig zu beurteilen sind. Neben dem Vorrang der Regelbeurteilung regelt das Gesetz auch die Möglichkeit der Anlassbeurteilung. Die Festlegung der Fälle für eine Anlassbeurteilung bleibt dabei ebenso der Bestimmung der obersten Dienstbehörde - durch eine Richtlinie - überlassen, wie die Frage, welche Richterinnen und Richter nicht mehr regelmäßig beurteilt werden. Die Vorgabe für die zu beurteilenden Kriterien (§ 9 Abs. 2 Satz 1 BrbRiG) decken sich mit Art. 33 Abs. 2 GG. § 9 Abs. 3 BrbRiG schließlich überlässt die näheren Bestimmungen

für die Erstellung von dienstlichen Beurteilungen von Richterinnen und Richtern bloßen, von der obersten Dienstbehörde zu erlassenden Beurteilungsrichtlinien. Defizite weist die gesetzliche Regelung in Brandenburg danach zumindest im Bereich der Bildung des Gesamturteils der dienstlichen Beurteilung auf. Die vorhandenen Rechtsnormen sowie die auf sie gestützten Verwaltungsvorschriften können aber für einen Übergangszeitraum weiterhin angewendet werden, um einen der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferneren Zustand zu vermeiden (BVerwG, Urteil vom 7. Juli 2021 - 2 C 2.21 - NVwZ 2021, 1608 Rn. 40).

16 Der hier in Rede stehende Zeitraum der Abordnung des Klägers an das Bundessozialgericht in den Jahren 2014 und 2015 liegt weit vor der Verkündung des Senatsurteils vom 7. Juli 2021 (2 C 2.21) und ist damit dem Übergangszeitraum zuzurechnen. Damit sind, weil nicht entscheidungserheblich, im Revisionsverfahren Ausführungen zur Frage, ob § 9 BrbRiG und die hierauf gestützten Beurteilungsrichtlinien auch nach Ablauf der Übergangszeit als Grundlagen ausreichen, ausgeschlossen.

17 c) Als grundsätzlich bedeutsam bezeichnet der Kläger schließlich die Frage,

"ob übergangsweise bis zu einer Neuregelung verfassungswidriges Landesrecht und hierauf gestützte Verwaltungsvorschriften unverändert oder in verfassungskonformer Auslegung anzuwenden sind, um sicherzustellen, dass die Anforderungen des Senats u.a. an die zu beurteilenden Einzelmerkmale, den Beurteilungsmaßstab und die Bildung des Gesamturteils eingehalten werden."

18 Auch diese Frage führt nicht zur Zulassung der Revision nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO, weil sie in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts – allerdings für dienstliche Beurteilungen – geklärt ist.

19 Eine dienstliche Beurteilung muss verschiedenen inhaltlichen Anforderungen genügen, insbesondere muss sie ein abschließendes Gesamturteil unter Berücksichtigung sämtlicher Einzelmerkmale der drei Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG enthalten. Die aus Art. 33 Abs. 2 GG abgeleiteten Anforderungen bestehen ungeachtet der Frage, ob die Vorgaben für die Erstellung dienstlicher Beurteilungen ausreichend normativ geregelt sind (BVerwG, Urteil vom 7. Juli 2021 - 2 C 2.21 - NVwZ 2021, 1608 Rn. 41 ff.).

- 20 d) Die weiteren Ausführungen unter I) der Beschwerdebegründung legen nicht die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dar, sondern beschränken sich auf das Vorbringen, das Berufungsgericht hätte die Beurteilung des Klägers durch den Präsidenten des Bundessozialgerichts nicht zu einem bloßen Beurteilungsbeitrag herabstufen dürfen. Die in der Art eines zulassungsfreien oder bereits zugelassenen Rechtsmittels vorgebrachte Rüge der inhaltlichen Unrichtigkeit der angegriffenen Entscheidung erfüllt nicht die Anforderungen an die Darlegung der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache.
- 21 3. Die erhobene Rüge der Divergenz (§ 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) ist unzulässig.
- 22 Eine die Revision eröffnende Divergenz ist nur dann i. S. d. § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO hinreichend bezeichnet, wenn die Beschwerde einen inhaltlich bestimmten, die angefochtene Entscheidung tragenden abstrakten Rechtssatz benennt, mit dem die Vorinstanz einem in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts oder des Bundesverwaltungsgerichts aufgestellten, ebensolchen die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts oder des Bundesverwaltungsgerichts tragenden Rechtssatz in Anwendung derselben Rechtsvorschrift widersprochen hat. Das Aufzeigen einer fehlerhaften oder unterbliebenen Anwendung von Rechtssätzen, die das Bundesverfassungsgericht oder das Bundesverwaltungsgericht in seiner Rechtsprechung aufgestellt hat, genügt nicht den Zulässigkeitsanforderungen einer Divergenzrüge (vgl. BVerwG, Beschluss vom 17. Januar 1995 - 6 B 39.94 - Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 342 S. 55). Diesen Anforderungen genügt die Beschwerdebegründung des Klägers nicht.
- 23 a) In Bezug auf die Argumentation des Berufungsgerichts zum Gesichtspunkt der normativen Vorgaben für die Erstellung von dienstlichen Beurteilungen ist die Beschwerde unzulässig. Es wird kein die angefochtene Entscheidung tragender abstrakter Rechtssatz benannt, mit dem das Berufungsgericht einem in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aufgestellten, ebensolchen die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts tragenden Rechtssatz in Anwendung derselben Rechtsvorschrift widersprochen hat. Denn das Bundesverwaltungsgericht geht, wie dargelegt, davon aus, dass eine Rechtslage, die hinter den aus Art. 33 Abs. 2 GG abzuleitenden Anforderungen zurückbleibt, für einen

Übergangszeitraum hinzunehmen ist. Diese Aussage bezieht sich allerdings auf die für dienstliche Beurteilungen geltenden rechtlichen Anforderungen; das Berufungsgericht hat die Beurteilung durch den Präsidenten des Bundessozialgerichts lediglich als einen Beurteilungsbeitrag für die vom Land Brandenburg zu erstellende dienstliche Beurteilung des Klägers gewertet.

- 24 b) Ob das Oberverwaltungsgericht von Rechtssätzen des Bundesverwaltungsgerichts zur Auslegung von § 19 LBG BB abgewichen ist, ist nicht relevant. Diese Vorschrift ist für die Bewertung der Leistungen des Klägers, die er als Richter in den Jahren 2014 und 2015 beim Bundessozialgericht erbracht hat, nicht maßgeblich.
- 25 c) Ferner macht die Beschwerde des Klägers geltend, das Urteil des Oberverwaltungsgerichts weiche in Bezug auf den Anwendungsbereich des § 44a VwGO von Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts und des Oberverwaltungsgerichts für das Land Schleswig-Holstein ab. Diese beschränkten die Anwendung des § 44a VwGO auf Verwaltungsverfahren i. S. v. § 9 VwVfG. Auch insoweit ist die Divergenzrüge unzulässig.
- 26 Die Beschwerde des Klägers führt zutreffend aus, dass eine dienstliche Beurteilung keinen Verwaltungsakt darstellt. Allerdings folgt aus den in der Beschwerdebegründung angeführten Entscheidungen nicht, dass diese Gerichte den Anwendungsbereich des § 44a VwGO auf noch nicht abgeschlossene Verwaltungsverfahren i. S. v. § 9 VwVfG mit der Folge beschränkt hätten, dass behördliche Handlungen im Verfahren zur Erstellung einer dienstlichen Beurteilung nicht von § 44a VwGO erfasst werden.
- 27 Zwar enthält der Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Mai 2019 - 4 VR 1.19 - (Buchholz 310 § 44a VwGO Nr. 17 Rn. 17) im Zusammenhang mit dem Begriff der Verfahrenshandlung i. S. v. § 44a Satz 1 VwGO – in einer Klammer – den Verweis auf § 9 VwVfG. Die weiteren Ausführungen des 4. Senats des Bundesverwaltungsgerichts im Beschluss vom 9. Mai 2019 machen aber deutlich, dass dieser Senat den Begriff der Verfahrenshandlung nicht auf solche im Rahmen eines behördlichen Verfahrens i. S. v. § 9 VwVfG beschränkt hat. Die

dort zitierten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts enthalten die einschränkende Bezugnahme auf § 9 VwVfG – mit einer Ausnahme – nicht. Gegenstand des vom 4. Senat genannten Senatsurteils vom 22. September 2016 - 2 C 16.15 - (Buchholz 310 § 44a VwGO Nr. 13 Rn. 19) war ein Anspruch auf Gewährung von Akteneinsicht. Diese sollte auch der Durchsetzung eines Schadenersatzanspruchs wegen Nichtbeförderung – schuldhaft Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs – dienen, sodass § 44a VwGO auch auf Verfahren angewendet wird, die nicht zu den i. S. v. § 9 VwVfG zu zählen sind. Der von der Beschwerde ferner herangezogene Beschluss des Oberverwaltungsgerichts für das Land Schleswig-Holstein vom 22. Dezember 2020 - 14 MB 2/20 - (NordÖR 2021, 307 Rn. 36) nennt die Beschränkung auf Verfahren i. S. v. § 9 VwVfG nicht.

- 28 d) Im Hinblick auf den Beschluss des 1. Wehrdienstsenats des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. August 1988 - 1 WB 69.88 - fehlt es an der Darlegung, dass das Oberverwaltungsgericht in Anwendung derselben Rechtsvorschrift von einem tragenden Rechtssatz dieses Beschlusses rechtssatzmäßig abgewichen ist. Im Beschluss vom 4. August 1988 hat das Gericht als Grundlage seiner Überlegungen zur Unzulässigkeit des Antrags im Übrigen nicht eine konkrete Rechtsnorm, sondern lediglich eine Zentrale Dienstvorschrift der Bundeswehr benannt.
- 29 e) Auch in Bezug auf den Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Oktober 1990 - 1 BvR 1028/90 - (NJW 1991, 415 Rn. 27) legt die Beschwerde des Klägers nicht dar, dass das Berufungsgericht rechtssatzmäßig von dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts abgewichen ist. Der Sache nach wird lediglich geltend gemacht, das Berufungsurteil genüge nicht der dortigen Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts für die Auslegung des § 44a VwGO, wonach der Ausschluss einer gerichtlichen Überprüfung von Verfahrenshandlungen für die Rechtsuchenden nicht zu unzumutbaren Nachteilen führen dürfe, die in einem späteren Prozess nicht mehr vollständig zu beseitigen seien. Das Aufzeigen einer fehlerhaften oder unterbliebenen Anwendung von Rechtssätzen, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung aufgestellt hat, genügt nicht den Zulässigkeitsanforderungen einer Divergenzrüge. Das Entsprechende gilt für die weiteren Divergenzrügen des Klägers, das Berufungsurteil

weiche i. S. v. § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO vom Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Juli 2004 - 6 B 30.04 - und vom Beschluss des Oberverwaltungsgerichts für das Land Schleswig-Holstein vom 22. Dezember 2020 - 14 MB 2/20 - (NordÖR 2021, 307 Rn. 39) ab.

- 30 f) Die Rüge der Abweichung des Berufungsurteils i. S. v. § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO vom Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. August 2000 - 11 VR 10.00 - (Buchholz 316 § 73 VwVfG Nr. 32 Rn. 10) genügt ebenfalls nicht den Vorgaben für die Darlegung einer rechtssatzmäßigen Abweichung in Anwendung derselben Rechtsvorschrift.
- 31 Die Beschwerde macht geltend, die Anwendung des § 44a VwGO sei auch in Fällen ausgeschlossen, in denen die den Betroffenen beschwerende materielle Entscheidung womöglich gar nicht mehr ergehe. Der herangezogene Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. August 2000 befasst sich demgegenüber mit der Konstellation, dass der Rechtsschutz gegen die abschließende Verwaltungsentscheidung – dort ein Planfeststellungsbeschluss – nicht ausreicht, um die geltend gemachte Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung effektiv abzuwehren, weil sich die Verletzung dieses Rechts bereits in der Weitergabe der Einwendungen an den Vorhabensträger realisiert hat.
- 32 g) Unzureichend sind auch die Darlegungen zu einer – angeblichen – Divergenz des Berufungsurteils vom 13. November 2019 - 2 C 35.18 - (BVerwGE 167, 77 Rn. 23). Denn in diesem Urteil hat der Senat nicht den Rechtssatz aufgestellt, dass eine verfassungskonforme – erweiternde – Auslegung des § 44a Satz 2 VwGO bereits dann geboten ist, wenn die behördliche Verfahrenshandlung – hier die Beurteilung des Klägers durch den Präsidenten des Bundessozialgerichts – auch die Bewertung der Leistungen eines Bediensteten für einen bestimmten Zeitraum umfasst.
- 33 h) Unzulässig ist die Divergenzrüge in Bezug auf die Ausführungen im Senatsurteil vom 7. Juli 2021 - 2 C 2.21 - (NVwZ 2021, 1608 Rn. 12) zum Aspekt, ob und inwieweit zurückliegende dienstliche Beurteilungen gerichtlich angegriffen werden können. Denn das Berufungsgericht hat nicht den dem Senatsurteil wider-

sprechenden Rechtssatz aufgestellt, dass, sobald eine aktuelle dienstliche Beurteilung vorliegt, eine frühere dienstliche Beurteilung nicht mehr gerichtlich überprüft werden kann. Auch hat das Oberverwaltungsgericht im angegriffenen Urteil nicht den dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Dezember 2015 - 2 BvR 1958/13 - (BVerfGE 141, 56 Rn. 58) entgegenstehenden Rechtssatz formuliert, dass Beurteilungen, soweit sie aussagekräftig sind, nicht in ihrer Gesamtheit zugrunde zu legen sind.

- 34 4. Das Berufungsurteil leidet nicht an den vom Kläger geltend gemachten Verfahrensmängeln (§ 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO).
- 35 a) Die Rüge, das Berufungsurteil verletze § 44a VwGO, ist unbegründet.
- 36 Ein Verfahrensfehler i. S. v. § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO kann darin bestehen, dass ein Gericht durch Prozessurteil anstatt durch Sachurteil entscheidet. Die Annahme eines solchen Verfahrensfehlers setzt voraus, dass das Berufungsgericht die den Verfahrensablauf betreffenden Vorschriften oder die Sachentscheidungsvoraussetzungen einer Klage unzutreffend handhabt und deshalb nicht zur Sache entscheidet. § 44a VwGO ist eine prozessrechtliche Vorschrift, deren Anwendung durch das Berufungsgericht einen Verfahrensmangel i. S. v. § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO begründen kann. Denn die fehlerhafte Handhabung kann zur Folge haben, dass das Gericht zu Unrecht aufgrund von § 44a Satz 1 VwGO von der Unzulässigkeit der Klage ausgeht und nicht in der Sache über das Klagebegehren entscheidet (BVerwG, Beschluss vom 18. Januar 2022 - 6 B 21.21 - NVwZ 2022, 551 Rn. 10 m. w. N.).
- 37 § 44a VwGO schreibt vor, dass Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden können, es sei denn, behördliche Verfahrenshandlungen können vollstreckt werden oder ergehen gegen einen Nichtbeteiligten.
- 38 Unter einer Verfahrenshandlung ist jede behördliche Maßnahme zu verstehen, die im Zusammenhang mit einem schon begonnenen und noch nicht abge-

schlossenen Verwaltungsverfahren steht und die der Vorbereitung einer regelnden Sachentscheidung dient. Aus dem Gegensatz des Begriffs der Verfahrenshandlung zu dem in § 44a Satz 1 VwGO gleichfalls verwendeten Begriff der Sachentscheidung folgt, dass sich der Ausschluss selbstständiger Rechtsbehelfe auf solche behördlichen Maßnahmen beschränkt, die Teil eines konkreten Verwaltungsverfahrens sind, ohne selbst Sachentscheidung zu sein, ohne also ihrerseits in materielle Rechtspositionen einzugreifen (BVerwG, Urteil vom 1. September 2009 - 6 C 4.09 - BVerwGE 134, 368 Rn. 21). Unerheblich für die Einordnung als Verfahrenshandlung ist dabei, welche Rechtsform der vorbereitende Akt hat. Neben Realakten können auch Verwaltungsakte Verfahrenshandlungen i. S. d. § 44a Satz 1 VwGO sein. Ebenso ist davon auszugehen, dass eine Verfahrenshandlung nicht nur eine anfechtbare Handlung ist, die in Rechte des Beteiligten eingreift, sondern dass auch sogenannte Negativakte, d. h. die behördliche Verweigerung der erstrebten Verfahrenshandlung, von der Norm erfasst werden (BVerwG, Urteile vom 30. Januar 2002 - 9 A 20.01 - BVerwGE 115, 373 <377> und vom 22. September 2016 - 2 C 16.15 - Buchholz 310 § 44a VwGO Nr. 13 Rn. 19; Beschluss vom 6. April 2006 - 2 VR 2.05 - Buchholz 11 Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 33 Rn. 10).

- 39 Für § 44a Satz 1 VwGO ist der Begriff des Verfahrens des § 9 VwVfG nicht maßgeblich (Stelkens/Schenk, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 44a Rn. 9; Ziekow, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 44a Rn. 27). Der Anwendungsbereich des § 44a Satz 1 VwGO ist aus der Verwaltungsgerichtsordnung heraus zu entwickeln. Entscheidend ist, ob das betreffende Verwaltungsverfahren zu einer Sachentscheidung führt, hinsichtlich derer der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Damit fallen auch behördliche Handlungen im Vorfeld einer dienstlichen Beurteilung, die nicht den Charakter eines Verwaltungsakts haben, unter § 44a Satz 1 VwGO. Rechtsfolge des § 44a Satz 1 VwGO ist die Unzulässigkeit eines Rechtsbehelfs gegen die behördliche Verfahrenshandlung (BVerwG, Urteil vom 13. November 2019 - 2 C 35.18 - BVerwGE 167, 77 Rn. 35 f.).
- 40 Die behördliche Verfahrenshandlung muss einen Bezug zu einem Verwaltungsverfahren aufweisen, das bereits begonnen hat, aber noch nicht abgeschlossen ist. Unerheblich ist aber, ob es zu der abschließenden Sachentscheidung tat-

sächlich kommt. Entscheidend ist, dass die Verfahrenshandlung hierauf gerichtet ist, d. h. in einem Verwaltungsverfahren stattfindet, das als Ziel den Erlass der Einzelentscheidung hatte (Stelkens/Schenk, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 44a Rn. 8 und 13). Diese Voraussetzungen sind hinsichtlich der Beurteilung des Klägers durch den Präsidenten des Bundessozialgerichts für den Zeitraum der Abordnung erfüllt.

- 41 Abschließende Sachentscheidung i. S. v. § 44a Satz 1 VwGO in der hier vorliegenden Fallgestaltung ist die "dienstliche Beurteilung" des Klägers. § 9 Abs. 1 Satz 1 BrbRiG schreibt vor, dass Richter regelmäßig zu beurteilen sind. Dementsprechend ist auch die Zeit der Abordnung des Klägers an das Bundessozialgericht bei der diesen Zeitraum betreffenden Regelbeurteilung zu berücksichtigen. Anlassbeurteilungen treten nach § 9 Abs. 1 Satz 2 BrbRiG zu den Regelbeurteilungen hinzu. Das Gesetz bestimmt, dass Richter zudem zu beurteilen sind, wenn es die dienstlichen oder persönlichen Verhältnisse erfordern.
- 42 Wie oben dargelegt, sind die aufgrund von § 9 Abs. 3 BrbRiG erlassenen Beurteilungsrichtlinien maßgeblich, hier die Gemeinsame Allgemeine Verfügung der Ministerin der Justiz und der Ministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Familie "Dienstliche Beurteilung der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte" vom 20. Juni 2005 (JMBl/11 <Sondernummer I> S. 4), zuletzt geändert durch Allgemeine Verfügung vom 29. August 2011, JMBl/11, S. 107 – BeurAV).
- 43 Die Bewertung der vom Kläger angegriffenen "Beurteilung" vom 2. August 2017 als Regelbeurteilung (§ 2 Abs. 1 Satz 1 BeurAV) scheidet aus. Aber auch die Einstufung als Anlassbeurteilung ist ausgeschlossen. Denn nach § 2 Abs. 4 Satz 2 Buchst. d) BeurAV ist eine Anlassbeurteilung bei Beendigung einer Abordnung geboten, wenn die tatsächliche Abordnungsdauer mindestens sechs Monate betragen hat und die Abordnung im Geltungsbereich dieser Allgemeinen Verfügung oder der Allgemeinen Verfügung der Senatsverwaltung für Justiz und der Senatsverwaltung für Wirtschaft, Arbeit und Frauen vom 16. Juni 2005 in ihrer jeweils gültigen Fassung erfolgt ist. Der Kläger ist jedoch an ein Gericht des Bundes abgeordnet worden. Nach § 5 Abs. 2 Satz 1 BeurAV wird eine Anlassbeurteilung im Falle der Abordnung eines Richters durch den unmittelbaren

Dienstvorgesetzten erstellt, an dessen Dienststelle die Abordnung erfolgt ist. Demgegenüber verbleibt die Zuständigkeit für die Erstellung einer Anlassbeurteilung nach Satz 2 bei dem Leiter der Stammdienststelle, wenn die Abordnung – wie hier das Bundessozialgericht – an eine Dienststelle außerhalb des Geltungsbereichs dieser Allgemeinen Verfügung oder der Allgemeinen Verfügung der Senatsverwaltung für Justiz und der Senatsverwaltung für Wirtschaft, Arbeit und Frauen vom 16. Juni 2005 in ihrer jeweils gültigen Fassung erfolgt. Die vom Kläger während der Abordnung an das Bundessozialgericht erbrachte Leistung ist in der nach § 9 Abs. 1 Satz 1 BrbRiG vorgeschriebenen Regelbeurteilung zu würdigen. Die Beurteilung des Klägers durch den Präsidenten des Bundessozialgerichts ist als Beurteilungsbeitrag zu werten (§ 6 Satz 2 BeurAV). Die von der Allgemeinen Verfügung abweichende – wohl frühere – Praxis im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit, Dienstleistungszeugnisse eines Bundesgerichts über dorthin abgeordnete Landesrichter als Anlassbeurteilungen zu bewerten, ist als "Ausreißer" für die Auslegung der Allgemeinen Verfügung nicht relevant (BVerwG, Urteil vom 17. September 2020 - 2 C 2.20 - BVerwGE 169, 254 Rn. 31).

- 44 b) Ein Verstoß gegen das Prinzip des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, § 138 Nr. 1 VwGO) liegt nicht vor.
- 45 aa) Nach § 4 Satz 1 VwGO und § 21g Abs. 1 Satz 1 GVG werden die Geschäfte innerhalb des mit mehreren Richtern besetzten Spruchkörpers durch Beschluss aller dem Spruchkörper angehörenden Berufsrichter auf die Mitglieder verteilt. § 4 Satz 1 VwGO und § 21g Abs. 2 GVG schreibt vor, dass der Beschluss vor Beginn des Geschäftsjahres für dessen Dauer bestimmt, nach welchen Grundsätzen die Mitglieder an den Verfahren mitwirken; der Beschluss kann nur geändert werden, wenn es wegen Überlastung, ungenügender Auslastung, Wechsels oder dauernder Verhinderung einzelner Mitglieder des Spruchkörpers nötig wird. Vor der Beschlussfassung ist nach § 4 Satz 1 VwGO und § 21g Abs. 6 GVG den Berufsrichtern Gelegenheit zur Äußerung zu geben, die von dem Beschluss betroffen werden.
- 46 Nach § 4 Satz 1 VwGO und § 21e Abs. 1 Satz 2 GVG konnte das Präsidium des Berufungsgerichts den Wechsel der Richter R. und Dr. J. zum Ablauf des

31. März 2021 bereits in dem Geschäftsverteilungsplan für das Geschäftsjahr 2021 vorsehen. Die Vorgaben des § 4 Satz 1 VwGO und § 21e Abs. 3 GVG gelten für einen solchen Wechsel nicht, weil die Anordnungen nach § 21e Abs. 1 GVG über die Besetzung der Spruchkörper für das Jahr feststehen und nicht "im Laufe des Geschäftsjahres" geändert werden (Lückemann, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl., § 21e GVG Rn. 42).

- 47 Da der Beschluss über die Verteilung der Geschäfte des 4. Senats des Berufungsgerichts für das Geschäftsjahr 2021 vor Beginn dieses Jahres zu fassen war, konnte an diesem Beschluss der erst am 1. April 2021 eintretende Richter Dr. J. nicht mitwirken. Aus Anlass des Eintritts des Richters Dr. J. in den 4. Senat des Berufungsgerichts zum 1. April 2021 bedurfte es auch keines gesonderten Beschlusses der zu diesem Zeitpunkt dem Senat angehörenden Berufsrichter über die Verteilung der Geschäfte für den Rest des Jahres 2021. Denn die Verteilung der Geschäfte ab dem 1. April 2021 war bereits im Beschluss des senatsinternen Geschäftsverteilungsplans vom 21. Dezember 2020 geregelt. Die Interessen des von diesem Beschluss betroffenen Berufsrichters Dr. J. sind dadurch gewahrt worden, dass ihm gemäß § 4 Satz 1 VwGO und § 21g Abs. 6 GVG vor der Beschlussfassung Gelegenheit zur Äußerung gegeben worden ist. Dieses Anhörungsrecht steht insbesondere denjenigen Berufsrichtern zu, die dem Spruchkörper erst für das neue Geschäftsjahr zugewiesen werden (vgl. Pabst, in: Münchner Kommentar, ZPO, 6. Aufl., § 21g GVG Rn. 25; Lückemann, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl., § 21g GVG Rn. 16; Jacobs, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl., § 21g GVG Rn. 9). Für die Anwendung des § 21g Abs. 6 GVG macht es keinen Unterschied, ob der dem Gericht bereits angehörende Richter dem Spruchkörper ab dem 1. Januar des Kalenderjahrs zugewiesen wird oder – wie hier – erst im Laufe des Jahres in den Spruchkörper eintritt.
- 48 bb) Die Regelungen im senatsinternen Mitwirkungsplan für das Geschäftsjahr 2021 vom 21. Dezember 2020 genügen dem Gebot des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Er regelt für den überbesetzten Senat abstrakt den Berichterstatter sowie die für die einzelne Sache zuständige Sitz- oder Spruchgruppe (vgl. BVerfG, Beschluss des Plenums vom 8. April 1997 - 1 PBvU 1/95 - BVerfGE 95, 322 <328 ff.>; BVerwG, Urteil vom 16. Juni 2020 - 2 C 2.19 - Buchholz 300 § 21g GVG Nr. 3 Rn. 8).

- 49 Der Mitwirkungsplan bestimmt unter Nr. III 2 d, dass Zurückverweisungen wie ein Neueingang nach Maßgabe der fortlaufend vergebenen Endziffer auf die Berichterstatter I bis IV verteilt werden; die Mitwirkung regelt generell Nr. IV des Geschäftsverteilungsplans ausgehend vom jeweiligen Berichterstatter der Sache.
- 50 c) Das Land Brandenburg als Dienstherr des Klägers war nicht nach § 65 Abs. 2 VwGO zu dem Verfahren zwischen dem Kläger und der beklagten Bundesrepublik Deutschland beizuladen.
- 51 Die gerichtliche Entscheidung über den Antrag des Klägers auf Aufhebung der "dienstlichen Beurteilung" des Präsidenten des Bundessozialgerichts vom 2. August 2017 und die Verpflichtung der Beklagten, ihn für den Zeitraum vom 1. Januar 2014 bis zum 31. Dezember 2015 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu beurteilen, kann getroffen werden, ohne dass dadurch gleichzeitig unmittelbar Rechte des Landes Brandenburg gestaltet, bestätigt, festgestellt, verändert oder aufgehoben werden (BVerwG, Urteil vom 19. Januar 1984 - 3 C 88.82 - Buchholz 310 § 121 VwGO Nr. 49 S. 12 und Beschluss vom 9. Januar 1999 - 11 C 8.97 - NVwZ 1999, 296).
- 52 5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 47 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 sowie § 52 Abs. 2 GKG.

Dr. von der Weiden

Dr. Hartung

Hampel