
THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



- 2. Senat -

2 EO 524/17

Verwaltungsgericht Weimar

- 1. Kammer -

1 E 1283/16 We

Beschluss

In dem Verwaltungsstreitverfahren

des Richters am Verwaltungsgericht _____ F _____,

A _____, _____ W _____

Antragsteller und Beschwerdegegner

bevollmächtigt:

Rochlitz Kriegsmann Wurl

Rechtsanwälte,

Hagenstraße 73, 19230 Hagenow

gegen

den Freistaat Thüringen,

vertreten durch den Thüringer Minister für Migration, Justiz und Verbraucherschutz,

Werner-Seelenbinder-Straße 5, 99096 Erfurt

Antragsgegner und Beschwerdeführer

beigeladen:

1. Richterin am Verwaltungsgericht _____ M _____,

M _____, _____ E _____

2. Richter am Oberverwaltungsgericht _____ T _____,

E _____, _____ S _____

Beigeladene

zu 2 bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Weber u. a.,

Charlottenstraße 3, 98617 Meiningen

wegen

Beförderungen,

hier: Beschwerde nach § 123 VwGO

hat der 2. Senat des Thüringer Oberverwaltungsgerichts durch die Vorsitzende Richterin am Oberverwaltungsgericht Hampel, den Richter am Oberverwaltungsgericht Gravert und den an das Oberverwaltungsgericht abgeordneten Richter am Sozialgericht Dr. Meisel

am 28. November 2017 **beschlossen** :

Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 9. Juni 2017 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat der Antragsgegner zu tragen, mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst zu tragen haben.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 20.742,72 € festgesetzt.

G r ü n d e

I.

Der Antragsteller ist Richter am Verwaltungsgericht (BesGr R 1 ThürBesG). Er bewarb sich zusammen mit acht weiteren Richterinnen und Richtern desgleichen Statusamts auf eine der beiden im Justiz-Ministerialblatt Nr. 4/2015 vom 16. Dezember 2015 ausgeschriebenen Stellen als Richter/in am Oberverwaltungsgericht (BesGr R 2 ThürBesG). Durch Auswahlvermerk vom 3. November 2016, gebilligt durch den Thüringer Minister für Migration, Justiz und Verbraucherschutz (im Folgenden: Justizminister) am 8. November 2016, wurde entschieden, die ausgeschriebenen Stellen mit den Beigeladenen als bestgeeigneten Bewerbern zu besetzen. Nachdem dem Antragsteller die Erfolglosigkeit seiner Bewerbung mitgeteilt worden war, legte er dagegen Widerspruch ein und stellte am 15. Dezember 2016 einen Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes.

Der Beigeladene zu 2) wurde durch Urkunde des Justizministers vom 4. April 2017 mit Wirkung zum 18. April 2017 zum Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht ernannt, ihm mit Wirkung vom selben Tag das Amt eines Vorsitzenden Richters am Verwaltungsgericht M_____ übertragen und er in die entsprechende Planstelle eingewiesen. Die Stelle war zuvor im Justiz-Ministerialblatt Nr. 3/2016 vom 17. November 2016 ausgeschrieben worden. Durch Erlass vom 24. Mai 2017 wurde der Beigeladene zu 2) mit Wirkung vom 1. August 2017 an das Thüringer Obergerverwaltungsgericht versetzt, ihm mit Wirkung vom selben Tag das Amt eines Richters am Obergerverwaltungsgericht beim Thüringer Obergerverwaltungsgericht übertragen und er in die entsprechende Planstelle eingewiesen. Die Stelle war zuvor im Justiz-Ministerialblatt Nr. 1/2017 vom 23. März 2017 ausgeschrieben worden. Über diese Personalentscheidung informierte der Antragsgegner das Verwaltungsgericht nicht.

Das Verwaltungsgericht hat dem Antragsgegner durch Beschluss vom 9. Juni 2017 vorläufig im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, die beiden, im Justiz-Ministerialblatt Nr. 4/2015 ausgeschriebenen Stellen als Richter/in am Obergerverwaltungsgericht mit den Beigeladenen zu besetzen, bis über die Bewerbung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist. Im Übrigen hat es den darüber hinausgehenden Antrag des Antragstellers, die Beigeladenen auf den ausgeschriebenen Stellen nicht zu verwenden, abgelehnt. Der Antragsgegner hat gegen den ihm am 15. Juni 2016 zugestellten Beschluss mit am 27. Juni 2016 beim Verwaltungsgericht eingegangenen Schriftsatz Beschwerde erhoben und sie zugleich begründet.

II.

Die Beschwerde bleibt ohne Erfolg.

Die Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet, soweit sie sich gegen die vom Verwaltungsgericht hinsichtlich der Beigeladenen zu 1) erlassene einstweilige Anordnung richtet.

Die innerhalb der Monatsfrist des § 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO geltend gemachten Gründe, auf deren Prüfung der Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, rechtfertigen insoweit nicht die Änderung des Beschlusses des Verwaltungsge-

richts. Mit dem Beschwerdevorbringen zeigt der Antragsgegner keine Gründe auf, aus denen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts keinen Bestand haben kann. Er stellt die Richtigkeit der erstinstanzlichen Annahme, der Antragsteller habe einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht (§ 123 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO), mit der Beschwerde nicht in Frage.

Das Verwaltungsgericht hat zu Recht entschieden, dass die Entscheidung des Antragsgegners, bei der Besetzung der streitbefangenen Stellen der Beigeladenen zu 1) den Vorzug zu geben, den Antragsteller in seinem aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt, weil er dem Leistungsvergleich keine in zeitlicher Hinsicht vergleichbare Beurteilungslage zugrunde gelegt und damit sein Auswahlermessen fehlerhaft ausgeübt hat.

Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Danach sind öffentliche Ämter nach Maßgabe des Leistungsgrundsatzes zu besetzen. Die Geltung dieses Grundsatzes wird durch Art. 33 Abs. 2 GG unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet. Art. 33 Abs. 2 GG vermittelt ein grundrechtsgleiches Recht auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl. Ein Bewerber um ein öffentliches Amt kann verlangen, dass seine Bewerbung nur aus Gründen zurückgewiesen wird, die durch den Leistungsgrundsatz gedeckt sind (sog. Bewerbungsverfahrensanspruch). Der von Art. 33 Abs. 2 GG geforderte Leistungsvergleich der Bewerber um ein Beförderungsamtsamt muss anhand aussagekräftiger, d. h. aktueller, hinreichend differenzierter und auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhender dienstlicher Beurteilungen vorgenommen werden (stRspr, vgl. nur BVerfG, 2. Senat, 1. Kammer, Nichtannahmebeschluss vom 9. August 2016 - 2 BvR 1287/16 -; BVerwG, Beschluss vom 21. Dezember 2016 - 2 VR 1/16 -; Beschluss vom 19. Dezember 2014 - 2 VR 1/14 -; Beschluss vom 22. November 2012 - 2 VR 5/12 -; jeweils juris m. w. N.). Deren Eignung als Instrument zur „Klärung einer Wettbewerbssituation“ erfordert die Gewährleistung ihrer Vergleichbarkeit auch in zeitlicher Hinsicht und setzt aus Gründen der Chancengleichheit voraus, dass keinem der Bewerber ein nennenswerter Aktualitätsvorsprung erwächst. Für die Vergleichbarkeit dienstlicher Beurteilungen ist daher von größerer Bedeutung, dass der von ihnen abgedeckte Zeitraum zum gleichen Zeitpunkt oder zumindest nicht zu erheblich auseinander fallenden Zeitpunkten endet, als dass der jeweils erfasste Beurteilungszeitraum zum gleichen Datum beginnt

(vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 12. April 2013 - 1 WDS-VR 1/13 - und vom 24. Mai 2011 - 1 WB 59.10 - jeweils juris; Urteil vom 18. Juli 2001 - 2 C 41/00 - NVwZ-RR 2002, 201; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 7. November 2016 - 6 B 1091/16 - juris).

Wie vom Verwaltungsgericht zutreffend festgestellt, sind in Thüringen Unterschiede im Beginn und Ende der Beurteilungszeiträume der dienstlichen Beurteilungen von Richtern durch das in der Richtlinie „Dienstliche Beurteilung von Richtern und Staatsanwälten“ vom 1. Juli 1994 (2000-4/94, JMBl. S. 104, im Folgenden: Beurteilungsrichtlinie) festgelegte System der Richterbeurteilungen bedingt. Im Gegensatz zu Beamten finden keine Regelbeurteilungen an datumsmäßig einheitlich festgelegten Stichtagen statt, sondern nach Ablauf von zwei, sieben und zwölf Jahren nach der Lebenszeiternennung des jeweils zu Beurteilenden (Ziffer 3.1 Beurteilungsrichtlinie). Daneben sind Beurteilungen aus besonderem Anlass, etwa aus Anlass der Beendigung einer Abordnung (vgl. Ziffer 3.2, Satz 2, Spiegelstrich 1 der Beurteilungsrichtlinie) oder aus Anlass der Bewerbung um ein Beförderungsamtsamt (vgl. Nr. 3.2, Satz 2 Spiegelstrich 2 der Beurteilungsrichtlinie) vorzunehmen. Ein solches Beurteilungssystem, das Regelbeurteilungen zu festgelegten, aber individuell verschiedenen Zeitpunkten (vgl. Beschluss des Senats vom 10. März 2014 - 2 EO 511/13 - ThürVGRspr 2014, 149) und in bestimmten Fallgestaltungen ergänzend dazu Anlassbeurteilungen vorsieht, führt zwangsläufig zu unterschiedlichen Beurteilungszeiträumen und nimmt dies in Kauf (vgl. im Einzelnen: Beschlüsse des Senats vom 16. August 2012 - 2 EO 868/11 - ThürVBl. 2013, 85, und vom 15. April 2014 - 2 EO 641/12 - ThürVBl. 2015, 58 m. w. N.; s. a. OVG NRW, Beschluss vom 2. Juli 2014 - 10 B 10320/14 - NVwZ-RR 2014, 809). Die Auswahl der Bewerber um ein Beförderungsamtsamt ist dadurch aber nicht gehindert. Die unterschiedliche Länge von Beurteilungszeiträumen schließt die Vergleichbarkeit dienstlicher Beurteilungen nicht aus, solange auf der Grundlage dieser Beurteilungen ein Qualifikationsvergleich nach dem Bestenauslesegrundsatz ohne ins Gewicht fallende Benachteiligung eines Bewerbers möglich bleibt (vgl. Beschlüsse des Senats, ebenda; s. a. BVerfG, 2. Senat, 1. Kammer, Nichtannahmebeschluss vom 9. August 2016 - 2 BvR 1287/16 - NVwZ 2017, 13; HessVGH, Beschluss vom 15. Februar 2013 - 1 B 1191/12 - juris; OVG RP, Beschluss vom 2. Juli 2014 - 10 B 10320/14 - NVwZ-RR 2014, 809). Es ist grundsätzlich ausreichend, wenn die Beurteilungen im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung für sich genommen

hinreichend aktuell sind, die ihnen jeweils zugrunde liegenden Beurteilungszeiträume ausreichend lang sind, um eine verlässliche Aussage zur Eignung, Leistung und Befähigung der Beurteilten zuzulassen, die dem Leistungsvergleich zugrunde liegenden Beurteilungen zeitlich hinreichend miteinander vergleichbar sind und keine sachlichen Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich gerade die unterschiedlichen Beurteilungszeiträume zum Vor- oder Nachteil eines Bewerbers ausgewirkt haben. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist eine Frage, die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu entscheiden ist (vgl. ebenda). Dabei wird bei dem hier in Rede stehenden Vergleich von Richterbeurteilungen Folgendes zu berücksichtigen sein:

Unterschiede in den Beurteilungszeiträumen werden umso mehr an Bedeutung verlieren, je mehr sich der vergleichsweise kürzere Beurteilungszeitraum an einen Zeitraum von fünf Jahren annähert, diesem entspricht oder darüber hinausgeht. Einen solchen Orientierungsrahmen geben die in der Beurteilungsrichtlinie des Antragsgegners festgelegten Zeiträume für periodische Beurteilungen (Regelbeurteilungen) von Richtern vor. Bei Richtern auf Lebenszeit, die für eine Beförderung vornehmlich in Betracht kommen, beträgt der Beurteilungszeitraum fünf Jahre. Nach Ziffer 3.1 der Beurteilungsrichtlinie ist eine periodische Beurteilung von Richtern auf Lebenszeit nach Ablauf von zwei, sieben und zwölf Jahren nach der Lebenszeiternennung zu erstellen. Da Regelbeurteilungen im Grundsatz die Grundlage für Auswahlentscheidungen des Dienstherrn bilden (sollen), wäre in einem solchen Fall - ihre Aktualität unterstellt - ohne weiteres davon auszugehen, dass sie eine hinreichend verlässliche Aussage über Eignung, Befähigung und fachliche Leistung des zu beurteilenden Richters bezogen auf einen ausreichend langen Zeitraum abgeben. Nichts anderes kann für einen Überschneidungszeitraum in ähnlicher Länge gelten, wenn bei der Auswahl Regelbeurteilungen und/oder Anlassbeurteilungen mit unterschiedlich langen Beurteilungszeiträumen zusammentreffen.

Dagegen gewinnen Unterschiede in den Beurteilungszeiträumen umso mehr an Bedeutung, je mehr der vergleichsweise kürzere Beurteilungszeitraum einen erheblich kleineren Zeitraum als den des Regelbeurteilungszeitraums abbildet. Auch insofern ergibt sich aus dem Beurteilungssystem des Antragsgegners eine Orientierung in zeitlicher Hinsicht. Nach der in der Beurteilungsrichtlinie zum Ausdruck kommenden Einschätzung des Dienstherrn kann ein Zeitraum von mindestens zwei Jahren in der Regel ein aussagekräftiges Bild über eine Leistungsentwicklung eines Richters ab-

geben. In Ziffer 3.2, Satz 2, Spiegelstrich 3 der Beurteilungsrichtlinie ist ergänzend zur Regelbeurteilung vorgesehen, dass bei einer wesentlichen Änderung der dienstlichen Leistungen des zu Beurteilenden eine Anlassbeurteilung zu erstellen ist, sofern seit der letzten Regelbeurteilung mindestens zwei Jahre vergangen sind.

Kommt der Dienstherr danach zu dem Schluss, dass die aktuellen Beurteilungszeiträume der Bewerber jeweils für sich genommen und im Vergleich untereinander einen hinlänglichen Erkenntniszeitraum abdecken, ist für den Qualifikationsvergleich nach dem Bestenauslesegrundsatz - wie oben dargestellt - weiter entscheidend, dass die Festlegung auf diesen Erkenntniszeitraum nach den Umständen des Einzelfalls nicht zu einer ins Gewicht fallenden Benachteiligung eines Bewerbers führt.

Sind die aktuellen dienstlichen Beurteilungen der Bewerber nach diesen Maßgaben nicht hinreichend vergleichbar, ist der Dienstherr nach Art. 33 Abs. 2 GG gehalten, die Beurteilungszeiträume anzugleichen und zur Bewertung des Leistungs-, Eignungs- und Befähigungsbildes der Bewerber frühere Beurteilungen einzubeziehen (stRspr des Senats, vgl. Beschluss vom 13. April 2006 - 2 EO 1065/05 -; Beschluss vom 24. September 2007 - 2 EO 581/06 -; jeweils juris; Beschluss vom 25. August 2010 - 2 EO 735/09 - n. v.; Beschluss vom 16. August 2012 - 2 EO 868/11 - ThürVBl. 2013, 85, Beschluss vom 15. April 2014 - 2 EO 641/12 - ThürVBl. 2015, 58). Ältere dienstliche Beurteilungen können als zusätzliche Erkenntnismittel berücksichtigt werden. Sie geben über Eignung, Befähigung und fachliche Leistung des Beurteilten Aufschluss. Zwar verhalten sie sich nicht zu dessen aktuell erreichtem Leistungsstand in seinem derzeitigen statusrechtlichen Amt. Gleichwohl können sie vor allem bei einem Vergleich von Bewerbern bedeutende Rückschlüsse und Prognosen über die künftige Bewährung in einem Beförderungsdienst ermöglichen, insbesondere wenn frühere Beurteilungen positive oder negative Aussagen über Charaktereigenschaften, Kenntnisse, Fähigkeiten, Verwendungen und Leistungen sowie deren voraussichtliche weitere Entwicklung enthalten. Derartige Äußerungen, insbesondere bei einer Gesamtwürdigung der vorhandenen dienstlichen Beurteilungen erkennbare positive oder negative Entwicklungstendenzen, können vor allem, aber nicht nur bei gleichwertigen aktuellen Beurteilungen von Bewerbern den Ausschlag geben (vgl. BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 2002 - 2 C 31/01 - Buchholz 237.9 § 20 SaarLBG Nr. 1); auf sie kann auch zurückzugreifen sein, um eine Angleichung unterschiedlicher Beurteilungszeiträume zu er-

möglichen (vgl. HessVGH, Beschluss vom 7. Juni 2016 - 1 B 559/16 - juris, nachfolgend BVerfG, 2. Senat, 1. Kammer, Nichtannahmebeschluss vom 9. August 2016 - 2 BvR 1287/16 - NVwZ 2017, 13). Dabei wird einer vorangegangenen Beurteilung umso mehr Bedeutung beizumessen sein, je kürzer der Beurteilungszeitraum der aktuellen Beurteilung ist, wenn zwischen der vorangegangenen und der aktuellen Beurteilung eine Leistungsverbesserung oder ein Leistungsabfall liegt oder wenn es andere Umstände des Einzelfalls angezeigt erscheinen lassen, Wertigkeit und Aussagekraft der aktuellen Beurteilung durch Heranziehung der früheren Beurteilung(en) ergänzend zu würdigen und abzusichern (vgl. Beschlüsse des Senats vom 16. August 2012 - 2 EO 868/11 - und vom 15. April 2014 - 2 EO 641/12 - a. a. O.).

Entgegen der Annahme der Beschwerde bedeutet dies nicht, dass die Beurteilungszeiträume der Bewerber zeitlich exakt anzupassen sind, indem bei allen Bewerbern so viele ältere dienstliche Beurteilungen herangezogen werden müssen, bis bei jedem Bewerber der in der konkreten Konkurrenzsituation vorliegende längste Beurteilungszeitraum eines der Bewerber erreicht worden ist. Es reicht aus, einen hinreichend langen Erkenntniszeitraum zu finden, wenn ein zuverlässiger Leistungsvergleich nach Art. 33 Abs. 2 GG bei einer isolierten Betrachtung aktueller, aber voneinander zeitlich abweichender Beurteilungen in Frage gestellt ist. Es ist die Leistungsentwicklung des Bewerbers mit dem vergleichsweise kurzen Beurteilungszeitraum in den Blick zunehmen, um die Aussagekraft der Leistungseinschätzung in der aktuellen Beurteilung sicher beurteilen und vergleichend würdigen zu können (s. a. HessVGH, Beschluss vom 7. Juni 2016 - 1 B 559/16 -, nachfolgend BVerfG, 2. Senat, 1. Kammer, Nichtannahmebeschluss vom 9. August 2016 - 2 BvR 1287/16 - juris). In dieser Weise ist der Antragsgegner im Übrigen im Fall des Bewerbers Nr. 4 bei der Auswahl vorgegangen.

Zuzustimmen ist der Beschwerde aber darin, dass der Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht zu folgen ist, der Dienstherr könne die Beurteilungslage auch dadurch angleichen, dass er bei der Erstellung von Beurteilungen aus Anlass einer Bewerbung um ein Beförderungsamts nach Ziffer 3.2, Satz 2, Spiegelstrich 2 der Beurteilungsrichtlinie nicht nur das Ende des Beurteilungszeitraums, sondern auch seinen Beginn frei wähle, weil dabei entstehende „doppelbeurteilte“ Zeiträume - auch bei einem bereits von einer Regelbeurteilung erfassten Zeitraum - unschädlich seien. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist zwar der Zeit-

raum, der von einer Anlassbeurteilung erfasst ist, bei der nachfolgenden Regelbeurteilung einzubeziehen, nicht aber umgekehrt. Die Ausnahme von dem Grundsatz, dass für ein und denselben Zeitraum nur eine dienstliche Beurteilung erstellt werden kann, findet ihre Rechtfertigung im unterschiedlichen Rechtscharakter der Beurteilungsarten. Eine während eines Regelbeurteilungszeitraums erstellte Anlassbeurteilung trifft gegenüber der späteren Regelbeurteilung nur eine eingeschränkte Aussage. Ihr ist nicht zu entnehmen, ob und inwieweit die während des Anlassbeurteilungszeitraums zutage getretene Eignung, Befähigung und fachliche Leistung des Beurteilten für dessen Vergleichbarkeit mit anderen im gemeinsam fixierten Regelbewertungszeitpunkt von Bedeutung ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 18. Juli 2001 - 2 C 41/00 - NVwZ-RR 2002, 201). Die einer Regelbeurteilung nachfolgende Anlassbeurteilung darf folglich auch nicht den Beurteilungszeitraum der Regelbeurteilung überschneiden, sondern hat grundsätzlich daran anzuknüpfen; sie darf die Regelbeurteilung lediglich fortentwickeln. Der Befugnis des Dienstherrn, Beförderungen auf der Grundlage von Anlassbeurteilungen vorzunehmen, wenn Regelbeurteilungen nicht mehr hinreichend aktuell sind, korrespondiert seine Verpflichtung, Anlassbeurteilungen lediglich in einem die Regelbeurteilung fortentwickelnden Sinne zu erstellen. Das bedeutet für das Verhältnis von Regelbeurteilung und Anlassbeurteilung, dass Ausgangspunkt der Anlassbeurteilung die in der vorherigen Regelbeurteilung enthaltenen Feststellungen und Bewertungen zu Eignung, Leistung und Befähigung sind und die Anlassbeurteilung ihren Schwerpunkt darin hat aufzuzeigen, inwieweit bei einzelnen Feststellungen und Bewertungen Veränderungen zu verzeichnen sind (vgl. BVerwG, Beschluss vom 22. November 2012 - 2 VR 5/12 - BVerwGE 145, 112). Das im Allgemeinen bestehende Gebot der Anknüpfung des von einer Anlassbeurteilung erfassten Beurteilungszeitraums an den vorangegangenen Beurteilungszeitraum - sei es einer Regelbeurteilung oder einer vorherigen Anlassbeurteilung - entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats (vgl. nur etwa Beschlüsse vom 10. März 2014 - 2 EO 511/13 - ThürVGRspr 2014, 149 und vom 16. Februar 2016 - 2 EO 319/15 - ThürVBl. 2017, 199; ebenso: BVerwG, Urteile vom 26. August 1993 - 2 C 37.91 - Buchholz 232.1 § 40 BLV Nr. 15; vom 3. Juli 2001 - 1 WB 23.01 - Buchholz 236.11 § 1a SLV Nr. 17 und vom 18. Juli 2001 - 2 C 41/00 - NVwZ-RR 2002, 201; OVG Nds., Urteil vom 28. November 2000 - 2 C 3264/00 - RiA 2001, 94; OVG NRW, Urteil vom 15. Mai 1995 - 1 A 2881/91 - IÖD 1995, 268; OVG RP, Beschluss vom 14. September

2017 - 2 B 11352/17 - juris; Bodanowitz, in: Schnellenbach/ders., Die dienstliche Beurteilung der Beamten und der Richter, Loseblattkomm., 3. Aufl. Stand Juni 2017, Rn. 352 m. w. N.; zur hier sich nicht stellenden Frage der lückenlosen Anknüpfung: SächsOVG, Beschluss vom 1. Dezember 2015 - 2 B 257/15 - juris).

Gemessen an den dargestellten Grundsätzen genügt die Auswahlentscheidung des Antragsgegners nicht den nach Art. 33 Abs. 2 GG an den Leistungsvergleich zu stellenden Anforderungen.

Die dem Leistungsvergleich zugrunde liegenden aktuellen Anlassbeurteilungen der neun Bewerber um die ausgeschriebenen Stellen als Richter/in am Obergericht (BesGr R 2), erstellt zum Stichtag 29. Februar 2016, weisen erhebliche Unterschiede in den Beurteilungszeiträumen auf. Die Anlassbeurteilungen von sechs Bewerbern erstrecken sich auf einen Beurteilungszeitraum von 28 bis 31 Monaten (Anlassbeurteilungszeitraum Bewerber/in Nr. 1: 29 Monate; Anlassbeurteilungszeitraum Bewerber/in Nr. 2: 31 Monate; Anlassbeurteilungszeitraum Bewerber/in Nr. 5: 28 Monate; Anlassbeurteilungszeitraum Bewerber/in Nr. 6: rund 30 Monate; Anlassbeurteilungszeitraum Bewerber/in Nr. 7: rund 30 Monate; Anlassbeurteilungszeitraum Bewerber/in Nr. 8: rund 30 Monate), die Anlassbeurteilung eines Bewerbers auf einen Beurteilungszeitraum von rund 62 Monaten (Bewerber Nr. 9, Beigeladener zu 2), die Anlassbeurteilung eines Bewerbers (Bewerber Nr. 4) auf einen Beurteilungszeitraum von 9 Monaten und die Anlassbeurteilung des Antragstellers auf einen Beurteilungszeitraum von 19 Monaten. Diese Anlassbeurteilung des Antragstellers zum Stichtag 29. Februar 2016 schließt mit dem Gesamturteil „übertrifft die Anforderungen erheblich“. Die vorangegangene, aus Anlass der Beendigung einer Abordnung an das TMMJV erstellte Anlassbeurteilung vom 27. November 2014, die den Zeitraum vom 16. April 2008 bis zum 31. Juli 2014 umfasst, lautet auf das Gesamturteil „hervorragend - unter Grenze“. In der Auswahlentscheidung hat der Antragsgegner zur Vergleichbarkeit der aktuellen Anlassbeurteilungen ausgeführt, dass bei dem Bewerber Nr. 4 nicht nur die aktuelle Anlassbeurteilung in den Leistungsvergleich einzubeziehen sei, sondern auch die vorangegangene Regelbeurteilung für den Zeitraum Juni 2010 bis Mai 2015, weil der aktuelle Beurteilungszeitraum für eine verlässliche Beurteilung zu kurz sei. Der von der Anlassbeurteilung des Antragstellers erfasste Beurteilungszeitraum von 19 Monaten stelle dagegen „noch eine hinreichend verlässliche Grundlage für die zu treffende Auswahlentscheidung“ dar.

Diese Verfahrensweise des Antragsgegners wird dem Gebot der Chancengleichheit nicht gerecht. Er hat übersehen, dass es nicht nur darauf ankommt, ob - in einem ersten Schritt - der der aktuellen Anlassbeurteilung zugrunde liegende Beurteilungszeitraum ausreichend lang ist, um eine verlässliche Aussage zum Leistungsbild des Beurteilten zuzulassen, und - in einem weiteren Schritt - ob die der konkreten Auswahl-situation zugrunde liegenden Beurteilungen miteinander zeitlich hinreichend vergleichbar sind, sondern auch darauf, ob bei dem im Einzelfall gewählten Vergleichszeitraum ein Qualifikationsvergleich ohne ins Gewicht fallende Benachteiligungen möglich bleibt. Das vom Antragsgegner gewählte Vorgehen trägt dem nicht Rechnung. Es beschränkt sich auf die Würdigung des Leistungsbildes, das der Antragsteller in dem kurzen und gegenüber den Mitbewerbern vergleichsweise erheblich kürzeren Beurteilungszeitraum gezeigt hat, und blendet damit das im vorangegangenen Zeitraum gezeigte, im Gesamturteil besser bewertete Leistungsbild vollkommen aus. Mit dieser Leistungsentwicklung hätte sich der Antragsgegner aber in der Auswahlentscheidung auseinandersetzen müssen, um Wertigkeit und Aussagekraft der im Gesamturteil schlechteren aktuellen Anlassbeurteilung zu würdigen und abzusichern (vgl. Beschluss des Senats vom 15. April 2014 - 2 EO 641/12 - ThürVBl. 2015, 58). Eine solche Vorgehensweise hat sich geradezu vor dem Hintergrund aufgedrängt, dass der Antragsgegner die Einordnung der aktuellen Anlassbeurteilung des Antragstellers als alleinige Auswahlgrundlage nach den Ausführungen in der Auswahlentscheidung selbst als Grenzfall ansieht („noch“ eine hinreichend verlässliche Grundlage, vgl. S. 25 des Auswahlvermerks). Hinzu kommt, dass sich die im Gesamturteil bessere Vorbeurteilung des Antragstellers vom 27. November 2014 auf einen deutlich längeren Beurteilungszeitraum als die aktuelle Anlassbeurteilung erstreckt (75,5 Monate gegenüber 19 Monate). Ohne Erfolg bleibt der in diesem Zusammenhang erhobene Einwand des Antragsgegners in der Beschwerde, die vorangegangene Anlassbeurteilung vom 27. November 2014 sei keine taugliche Betrachtungsgrundlage, weil sie sich auf eine andere dienstliche Verwendung des Antragstellers als die Anlassbeurteilung zum Stichtag 29. Februar 2016 beziehe. Etwaige Unterschiede, die sich nach den Bewertungsmaßstäben des Dienstherrn aus der unterschiedlichen dienstlichen Verwendung ergeben, hätte er bei der Auswahlentscheidung berücksichtigen können und gegebenenfalls müssen.

Der Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers ist auch sicherungsfähig. Auch wenn in einem Konkurrentenstreitverfahren aufgrund eines bestehenden Beur-

teilungsabstands eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür sprechen mag, dass der Dienstherr in einer neuen Entscheidung dem bisher Ausgewählten oder einem anderen Mitbewerber zulässigerweise den Vorzug geben kann oder wird, so sind dem Gericht regelmäßig Grenzen gesetzt, einem unterlegenen Bewerber die Sicherungsfähigkeit seines subjektiven Rechts aus Art. 33 Abs. 2 GG abzusprechen. Streitgegenstand ist nicht ein möglicher Anspruch auf Beförderung, sondern allein das dahinter zurückbleibende Recht auf fehlerfreie Entscheidung über die Bewerbung. Wird dieses subjektive Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung des Dienstherrn verletzt, folgt daraus, dass der unterlegene Bewerber eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung zumindest dann beanspruchen kann, wenn seine Aussichten, beim zweiten Mal ausgewählt zu werden, offen sind, d. h. wenn seine Auswahl möglich erscheint. An der Glaubhaftmachung des Anordnungsanspruchs fehlt es ausnahmsweise nur dann, wenn der Rechtsschutzsuchende auch bei Vermeidung der Rechtsverstöße in einem neuen Auswahlverfahren von vornherein zweifelsfrei chancenlos wäre (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Januar 2004 - 2 VR 3/03 -; BVerfG, 2. Senat, 1. Kammer, vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - jeweils Juris; Beschluss des Senats vom 15. April 2014 - 2 EO 641/12 - ThürVBl. 2015, 58). Vorliegend kann nicht mit einem derart hohen Grad an Sicherheit bzw. Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass die Auswahl des Antragstellers objektiv ausgeschlossen ist; die Erfolgsaussichten sind vielmehr als offen zu beurteilen. Im Hinblick auf den dem Dienstherrn zustehenden Beurteilungs- und Ermessensspielraum ist es dem Gericht verwehrt, in mehr oder weniger treffende Wahrscheinlichkeitsüberlegungen darüber einzutreten, mit welchem Ergebnis die Auswahlentscheidung des Dienstherrn ausgegangen wäre, wenn er sein Ermessen fehlerfrei betätigt hätte. Hinzu kommt, dass die Erfolgsaussichten eines unterlegenen Bewerbers nicht in jedem Fall lediglich rückblickend zu beurteilen sind, d. h. nicht nur nach dem mutmaßlichen Ausgang einer erneuten Auswahlentscheidung auf der bestehenden Beurteilungsgrundlage. Es ist dem Dienstherrn auch möglich und für ihn bei entsprechendem Zeitablauf gegebenenfalls sogar geboten, aktuelle Beurteilungen einzuholen und einer erneuten Auswahlentscheidung zugrunde zu legen.

Im Übrigen sei angemerkt: Soweit der Antragsgegner im Beschwerdeverfahren rügt, das Verwaltungsgericht habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt, ist dem nicht weiter nachzugehen. Ein etwaiger - im Übrigen fernlie-

gender - Gehörsverstoß im erstinstanzlichen Verfahren ist jedenfalls dadurch geheilt, dass der Antragsgegner seine Einwände im Beschwerdeverfahren vorbringen konnte. Denn dem Senat steht - innerhalb des durch § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO gezogenen Rahmens - eine vollumfängliche Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis zu (stRspr, vgl. zuletzt etwa OVG NRW, Beschluss vom 8. Juni 2017 - 4 B 307/17 - NWVBl. 2017, 431 m. w. N.; VGH Ba.-Wü., Beschluss vom 11. April 2016 - 11 S 393/16 - InfAuslR 2016, 281 m. w. N.).

Dagegen ist die Beschwerde unzulässig, soweit sie sich gegen die vom Verwaltungsgericht hinsichtlich des Beigeladenen zu 2) erlassene einstweilige Anordnung richtet. Sie genügt nicht dem Darlegungsgebot des § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO. Danach muss die Beschwerde einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die angefochtene Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen. Zur Erfüllung dieser in § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO genannten Darlegungsanforderungen müssen die der angefochtenen Entscheidung zugrunde liegenden tragenden Überlegungen, die ein Beschwerdeführer in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht für falsch oder unvollständig hält, genau bezeichnet und im Einzelnen ausgeführt werden, warum diese unrichtig sind, welche rechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben und was richtigerweise zu gelten hat. Diese Anforderungen verfehlt die Beschwerdebegründung.

Der Antragsgegner legt in der Beschwerdebegründung nicht dar, welches Rechtsschutzziel die Beschwerde insoweit (weiter)verfolgt. Der Erlass der einstweiligen Anordnung hinsichtlich des Beigeladenen zu 2) ist gegenstandslos. Der mit Wirkung vom 18. April 2017 zum Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht ernannte Beigeladene zu 2) ist mit Erlass des Justizministers vom 24. Mai 2017 auf die im Justiz-Ministerialblatt Nr. 1/2017 vom 23. März 2017 ausgeschriebene Stelle eines Richters am Oberverwaltungsgericht mit Wirkung vom 1. August 2017 versetzt worden. Der Antragsgegner benennt zwar in der Beschwerdebegründung das erledigende Ereignis. Er legt aber nicht dar, welche rechtlichen Konsequenzen er daraus zieht. Er beschränkt sich darauf, in der Beschwerdebegründung den Sachantrag zu stellen und diesen in der Sache zu begründen, ohne auf die prozessuale und materielle Bedeutung, die die eingetretene Erledigung hat, einzugehen. Die Beschwerdebegründung lässt nicht erkennen, welche nachteiligen Wirkungen von dem Beschluss des Verwaltungsgerichts bezogen auf den Beigeladenen zu 2) trotz des Eintritts der Erledigung

noch ausgehen sollen, die ein Rechtsschutzbedürfnis für die Beschwerde begründen könnten. Soweit in der obergerichtlichen Rechtsprechung *zum Teil* vertreten wird, dass für eine nach Eintritt der Erledigung eingelegte Beschwerde mit dem Ziel, das Verfahren für erledigt zu erklären und auf diese Weise eine günstigere Kostent-scheidung zu erhalten, ein Rechtsschutzbedürfnis bestehe (vgl. SächsOVG, Be-schluss vom 20. August 2009 - 5 B 265/09 - SächsVBl. 2010, 287; OVG NRW, Be-schlüsse vom 26. März 2003 - 8 B 82/03 - NVwZ-RR 2003, 701 und vom 27. Oktober 2009 - 19 B 1400/09 - DVBl. 2010, 62; a. A.: zur Nichtzulassung der Beschwerde HessVGH, Beschluss vom 25. Juli 1997 - 14 TZ 1391/97 - DVBl. 1998, 243; OVG Berlin, Beschluss vom 15. September 1997 - 2 SN 11.97 - NVwZ 1998, 85; zur Unzu-lässigkeit der Beschwerde mangels Rechtsschutzbedürfnis: OVG Bln-Brdbg, Be-schluss vom 26. August 2016 - OVG 12 S 37.16 - juris; OVG Saarl, Beschluss vom 19. Januar 2016 - 2 B 223/15 - NVwZ-RR 2016, 528; Beschluss des Senats vom 29. August 2010 - 2 EO 1079/10 - n. v.; OVG Bremen, Beschluss vom 23. März 2010 - 2 B 449/09 - NordÖR 2010, 369; BayVGH, Beschluss vom 25. Februar 2009 - 9 CS 08.2162 - juris; VGH Ba.-Wü., Beschluss vom 7. Dezember 2009 - 1 S 1342/09 - NVwZ-RR 2010, 416; OVG NRW, Beschluss vom 31. Mai 2002 - 21 B 931/02 - NVwZ-RR 2002, 895), lässt sich der Beschwerdebegründung nicht entnehmen, dass der Antragsgegner mit der Beschwerde, soweit sie den Bei-geladenen zu 2) betrifft, ein solches Ziel gerade verfolgen will. Er hat mit der Be-schwerdeerhebung nicht zugleich das Verfahren hinsichtlich des Beigeladenen zu 2) für erledigt erklärt und einen Kostenantrag gestellt oder eine solche Erklärung bei entsprechender Erledigungserklärung des Antragstellers in Aussicht gestellt (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 26. März 2003 - 8 B 82/03 - NVwZ-RR 2003, 701).

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass es Sache des Antragsgegners war, als Ver-fahrensbeteiligter die Veränderungen im Statusamt des Beigeladenen zu 2) dem Verwaltungsgericht von sich aus und umgehend mitzuteilen. Auch im Verwaltungsprozess, der vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird, muss ein Prozessbetei-ligter ihm bekannte neue Tatsachen dem Gericht mitteilen, wenn er nicht Gefahr lau-fen will, dass das Gericht keine Kenntnis oder nicht rechtzeitig Kenntnis davon er-langt und diese Unkenntnis zu seinen Lasten gehen kann (so bereits BVerwG, Urteil vom 2. Dezember 1971 - III C 104.69 - Buchholz 310 § 86 Abs. 1 VwGO Nr. 82).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Es entspricht nicht der Billigkeit, dem Antragsgegner auch die außergerichtlichen Kosten der - auf seiner Seite stehenden - Beigeladenen aufzuerlegen. Diese haben im Verfahren weder einen Antrag gestellt noch in der Sache Stellung genommen und sich keinem Kostenrisiko ausgesetzt (vgl. §§ 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO).

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47, 53 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. § 52 Abs. 1, Abs. 6 Satz 1 Nr. 1, Satz 4 des Gerichtskostengesetzes (GKG) i. V. m. Nr. 10.3 der Empfehlung des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013. Grundlage der Streitwertfestsetzung ist das 12fache monatliche Grundgehalt Besoldungsgruppe R 2 Erfahrungs(end)stufe 12 zzgl. der allgemeinen, nach §§ 1 Abs. 2, 12 Abs. 1 Nr. 4 ThürBeamtVG ruhegehaltsfähigen Zulage. Im Übrigen wird auf die Begründung des Verwaltungsgerichts Bezug genommen.

Hinweis:

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

Hampel

Gravert

Dr. Meisel