
THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



- 2. Senat -

2 EO 641/12

Verwaltungsgericht Weimar

- 4. Kammer -

4 E 1420/11 We

Beschluss

In dem Verwaltungsstreitverfahren

des Richters am Landgericht _____ B_____,
A_____, _____ W_____

Antragsteller und Beschwerdeführer

bevollmächtigt:
Rechtsanwälte Wieland und Wieland,
Rheinweg 23, 53113 Bonn

gegen

den Freistaat Thüringen,
vertreten durch den Thüringer Justizminister,
Werner-Seelenbinder-Straße 5, 99096 Erfurt

Antragsgegner und Beschwerdegegner

beigeladen:

Richter am Landgericht _____ A_____,
H_____, _____ E_____

Beigeladener

wegen

Beförderungen,
hier: Beschwerde nach § 123 VwGO

hat der 2. Senat des Thüringer Oberverwaltungsgerichts durch den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Prof. Dr. Schwan, den Richter am Oberverwaltungsgericht Gravert und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Dr. Jung

am 15. April 2014 **beschlossen**:

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Weimar vom 16. August 2012 - Az. 4 E 1420/11 We - geändert und dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig untersagt, die Stelle als Vorsitzende/r Richter/in am Landgericht Erfurt, ausgeschrieben im Justizministerialblatt für Thüringen Nr. 2/2011 vom 28. April 2011, zu besetzen, bis über die Bewerbung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist.

Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens im ersten und zweiten Rechtszug zu tragen, mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, die dieser selbst zu tragen hat.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 20.081,13 Euro festgesetzt.

G r ü n d e

I.

Der Antragsteller begehrt einstweiligen Rechtsschutz gegen die beabsichtigte Beförderung des Beigeladenen zum Vorsitzenden Richter am Landgericht.

Der Antragsgegner schrieb im Justizministerialblatt für Thüringen vom 28. April 2011 eine Stelle als Vorsitzende/r Richter/in am Landgericht bei dem Landgericht Erfurt aus. Hierauf bewarben sich insgesamt neun Richterinnen und Richter, darunter der

Antragsteller und der Beigeladene. In dem vom Leiter des Personalreferats vorbereiteten und vom Justizminister gezeichneten Auswahlvermerk vom 30. August 2011 stellte der Antragsgegner fest, dass von allen Bewerbern der Beigeladene sowie zwei weitere Bewerber die beste aktuelle Gesamtbeurteilung erhalten hätten; ihnen sei in ihrer aktuellen dienstlichen Beurteilung das Prädikat „übertrifft die Anforderungen erheblich“ zuerkannt worden. Die übrigen Bewerber erreichten in ihren aktuellen Beurteilungen lediglich das um eine ganze Stufe schwächere Gesamtprädikat „entspricht voll den Anforderungen“. Diese Bewerber könnten die ausgeschriebene Stelle im Auswahlverfahren nicht erreichen. Sie nähmen an dem detaillierteren Leistungsvergleich in Form eines Vergleichs der Einzelbewertungen innerhalb der Spitzengruppe unter den Bewerbern bereits nicht mehr teil. Vor dem weiterführenden Vergleich der verbleibenden drei Bewerber seien im Interesse der Vergleichbarkeit der Beurteilungen zunächst vergleichbare Beurteilungszeiträume herzustellen. Zu diesem Zweck wurden im Auswahlvermerk sodann bei zwei Bewerbern zu den aktuellen Beurteilungen auch die Vorbeurteilungen zurückgehend bis zum Jahr 2003 herangezogen, weil bei dem dritten Bewerber die aktuelle Beurteilung bis zum Jahr 2003 zurückreichte. Aus den einbezogenen Vorbeurteilungen und der aktuellen Beurteilung wurde ein arithmetischer Mittelwert gebildet, um einen Vergleich der Einzelbewertungen vornehmen zu können. Im Weiteren stellte der Antragsgegner fest, dass der Beigeladene und ein anderer der drei Bewerber im Wesentlichen gleich beurteilt seien; dem Beigeladenen sei aber unter Berücksichtigung von Hilfskriterien der Vorzug zu geben. Nachdem sich der Präsidialrat bei dem Oberlandesgericht gegen die beabsichtigte Maßnahme ausgesprochen hatte und eine Einigung nicht zustandekam, entschied der Antragsgegner gemäß § 49 Abs. 2 ThürRiG, die Stelle mit dem Beigeladenen zu besetzen. Mit Schreiben vom 13. Dezember 2011 teilte der Antragsgegner dem Antragsteller mit, dass beabsichtigt sei, die ausgeschriebene Stelle mit dem Beigeladenen zu besetzen. Hiergegen ließ der Antragsteller mit Schreiben seines Bevollmächtigten vom 22. Dezember 2011, eingegangen am 27. Dezember 2011, Widerspruch erheben.

Am 22. Dezember 2011 hat der Antragsteller beim Verwaltungsgericht um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Das Verwaltungsgericht hat den Antrag durch Beschluss vom 16. August 2012 abgelehnt und zur Begründung ausgeführt:

Der Antragsteller könne sich nicht auf einen Anordnungsanspruch berufen. Zwar erweise sich die getroffene Auswahlentscheidung als rechtsfehlerhaft. Die Aussichten des Antragstellers, in einem neuen rechtmäßigen Verfahren ausgewählt zu werden, seien aber nicht offen.

Der Auswahlentscheidung liege keine rechtswidrige Beurteilung des Antragstellers zugrunde. Er könne zwar nicht mit den gegen seine Anlassbeurteilung vom 15. Juni 2011 vorgebrachten Einwendungen durchdringen. Unter Berücksichtigung der eingeschränkten gerichtlichen Kontrollrechte habe die Anlassbeurteilung vom 15. Juni 2011 Bestand. Rechtsgrundlage der dienstlichen Beurteilung sei § 11 Abs. 1 des ThürRiG i. V. m. der Verwaltungsvorschrift des Thüringer Justizministeriums vom 1. Juli 1994 "Dienstliche Beurteilung von Richtern und Staatsanwälten" (JMBl. S. 104). Das Vorbringen des Antragstellers gegen die Anlassbeurteilung könnte seinem Antrag nicht zum Erfolg verhelfen (wird ausgeführt). Die Rüge, dass die Beurteilung hinsichtlich des Beurteilungsmerkmals "Ausdrucksvermögen mündlich" auf einer unzureichenden Tatsachengrundlage beruhe, weil weder der Direktor des Amtsgerichts Arnstadt während der Abordnungszeit noch die Präsidentin des Landgerichts Erfurt als Beurteilerin während einer seiner mündlichen Verhandlungen anwesend gewesen sei, sei ebenfalls nicht erfolgreich. Die Abfassung einer dienstlichen Beurteilung setze nicht voraus, dass der Beurteiler die Eignung und Leistung des Beurteilten aus eigener Anschauung während des gesamten Beurteilungszeitraums kenne. Der Beurteiler könne sich die notwendigen Kenntnisse verschaffen und sich u. a. auf Arbeitsplatzbeschreibung, schriftliche Arbeiten des Beamten bzw. Richters und vor allem auf Berichte von dritter Seite stützen.

Der Antragsgegner sei jedoch bei der Auswahlentscheidung unrichtig verfahren, weil er die Vorauswahl auf fehlerhafter Grundlage getroffen habe, indem er sie allein auf die aus Anlass der Bewerbungen um die streitige Beförderungsstelle erstellten letzten dienstlichen Beurteilungen gestützt habe. Diese aktuellen Anlassbeurteilungen der Bewerber wichen in zeitlicher Hinsicht erheblich voneinander ab, teilweise bis ins Jahr 2003 zurückreichend, bei der kürzesten umfasse sie dagegen nur ca. 1 Jahr. Trotzdem habe er auf dieser unzureichenden Auswahlgrundlage eine Vorauswahl getroffen, mit der auch der Antragsteller von der weiteren Auswahl ausgeschieden worden sei. Der Antragsgegner habe damit auf

unzureichender Beurteilungsgrundlage u. a. auch dem Beigeladenen nach dem Gesamturteil seiner aktuellen Anlassbeurteilung rechtsfehlerhaft einen Qualifikationsvorsprung gegenüber dem Antragsteller beigemessen, wobei selbst diese beiden Beurteilungszeiträume erheblich divergierten. Die Auswahl eines Bewerbers mit einem höheren Gesamturteil entspreche zwar grundsätzlich dem das Beförderungsverfahren bestimmenden Leistungsgrundsatz des Artikel 33 Abs. 2 GG; sie setze aber eine vergleichbare Beurteilungslage voraus. Daher sei der Dienstherr verpflichtet, eine ausreichende, vergleichbare Beurteilungsgrundlage zu schaffen. Insoweit sei von einer Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs auszugehen, wenn Beurteilungen verglichen würden, die auf erheblich voneinander abweichenden Beurteilungszeiträumen basierten. Wichen die Zeiträume der aktuellen Beurteilungen der im Auswahlverfahren konkurrierenden Beamten in erheblicher Weise voneinander ab, beruhten die Beurteilungen der Leistungsfähigkeit der Beamten auf unterschiedlichen Maßstäben. In einem solchen Fall sei es im Interesse einer gleichgewichtigen Beurteilungslage geboten, auch ältere dienstliche Beurteilungen der Bewerber zum Leistungsvergleich heranzuziehen - wie es der Antragsgegner vorliegend auch getan habe, allerdings lediglich für die in die engere Auswahl genommenen Bewerber. Der Antragsgegner trage nichts dafür vor, dass die Berücksichtigung unterschiedlicher Beurteilungszeiträume bei den aktuellen Anlassbeurteilungen der Bewerber, die zwischen acht und einem Jahr differierten, hier ausnahmsweise sachlich gerechtfertigt sei. Solche Umstände seien auch objektiv nicht erkennbar.

Trotz des festgestellten Verfahrensfehlers sei kein Anordnungsanspruch gegeben, da die Auswahl des Antragstellers in einem neuen rechtmäßigen Auswahlverfahren nicht möglich erscheine. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts könne ein unterlegener Bewerber, der um einstweiligen Rechtsschutz gegen eine fehlerhafte Auswahlentscheidung nachsuche, eine neue fehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung bereits dann beanspruchen, wenn seine Aussichten, beim zweiten Mal ausgewählt zu werden, offen seien, d. h. wenn seine Auswahl möglich erscheine. Dabei sei es im Hinblick auf den dem Dienstherrn bei der Auswahlentscheidung zustehenden Beurteilungs- und Ermessensspielraum grundsätzlich nicht Aufgabe des Gerichts, eine eigene Prognose der Erfolgsaussichten der Bewerbung vorzunehmen. Die geltend gemachte Rechtsposition sei darauf beschränkt, dass der Dienstherr die Bewerbung unter

Vermeidung eines etwa vorgekommenen Rechtsfehlers fehlerfrei neu bescheide. Eine solche Neubescheidung mache jedoch keinen Sinn, wenn praktisch keinerlei Raum mehr bestehe, das Ermessen in Richtung auf eine Auswahl des im Blick stehenden Bewerbers auszuüben. Davon ausgehend erscheine die Auswahl für den Antragsteller im Vergleich zum Beigeladenen in einem neuen Auswahlverfahren nicht möglich. Selbst bei Schaffung einer vergleichbaren Beurteilungslage durch den Antragsgegner - wie er sie bei der engeren Auswahlentscheidung aufgrund des längsten Zeitraumes der Anlassbeurteilung eines Bewerbers bis in das Jahr 2003 zurückgehend geschaffen habe - wäre der Antragsteller chancenlos, da er auch bei Einbeziehung seiner vorhergehenden Beurteilungen nicht über das Gesamturteil "entspricht voll den Anforderungen" hinauskomme, da sämtliche Beurteilungen über diesen Zeitraum auf dieses Gesamturteil lauteten und sich auch bei den für das Anforderungsprofil als maßgeblich herangezogenen Einzelmerkmalen dadurch kein anderes Bild ergebe.

Der Antragsteller hat gegen den am 20. August 2012 zugestellten Beschluss des Verwaltungsgerichts mit Schriftsatz vom 30. August 2012, der am selben Tage einging, Beschwerde eingelegt und sie mit weiterem Schriftsatz vom 20. September 2012, ebenfalls am selben Tage eingegangen, begründet. Darin macht er geltend: Das Verwaltungsgericht habe zutreffend festgestellt, dass die Auswahlentscheidung fehlerhaft gewesen sei, weil die Anlassbeurteilungen der Bewerber nicht vergleichbar gewesen seien. Die Beurteilungszeiträume hätten Zeiträume zwischen einem und acht Jahren umfasst und seien daher zeitlich so voneinander abgewichen, dass keine vergleichbare Beurteilungsgrundlage vorhanden gewesen sei. Die Beurteilungszeiträume des Antragstellers (2 Jahre und 11 Monate) und des Beigeladenen (4 Jahre und 2 Monate) hätten sich um 15 Monate und damit erheblich unterschieden. Der Antragsgegner habe gleichwohl eine Vorauswahl zu Lasten des Antragstellers und anderer Bewerber getroffen und erst dann für die drei restlichen Bewerber eine Angleichung der Beurteilungszeiträume vorgenommen und frühere Beurteilungen einbezogen. Jedoch sei die umgekehrte Reihenfolge geboten gewesen. Der Antragsgegner hätte zunächst eine vergleichbare Grundlage schaffen, für alle Bewerber ältere Beurteilungen einbeziehen müssen und erst dann eine Vorauswahl treffen dürfen.

Das Verwaltungsgericht habe trotz des Fehlers in der Auswahlentscheidung den Anordnungsanspruch zu Unrecht abgelehnt. Bei der Beförderungsauswahl bestehe ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum des Dienstherrn. Daher könne der unterlegene Bewerber die Auswahlentscheidung nur dahin gerichtlich überprüfen lassen, ob der Dienstherr ermessens- und fehlerfrei über die Bewerbung entschieden habe. Entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts sei die Auswahl des Antragstellers in einem erneuten Auswahlverfahren auf einer vergleichbaren Beurteilungsgrundlage möglich. Wenn der Antragsgegner auch die älteren Beurteilungen des Antragstellers einbezüge, flösse auch der Zeitraum in die Auswahlentscheidung ein, in der er acht Jahre lang den Vorsitz der Kammer für Handelssachen geführt und Fähigkeiten gezeigt habe, die ein Vorsitzender Richter benötige. Dies gebe ihm einen Vorsprung vor dem Beigeladenen, der sich auf einem solchen Posten noch nicht habe bewähren können. Dem Verwaltungsgericht könne auch nicht gefolgt werden, soweit es ausführe, dass er auch bei einer Auswahl mit Einbeziehung der älteren Beurteilungen chancenlos wäre, weil er auch dann das Gesamtergebnis des Beigeladenen nicht übertreffen könne. Auf Grund des Beurteilungs- und Ermessensspielraums des Dienstherrn dürfe das Gericht keine eigene Prognose der Erfolgsaussichten vornehmen und die Auswahlentscheidung nicht vorwegnehmen. Dies aber habe das Verwaltungsgericht getan. Die Schlussfolgerung, der Antragsteller sei chancenlos, sei nicht zwingend. Das Verwaltungsgericht übersehe, dass der Antragsgegner nicht gezwungen sei, eine Neuentscheidung durch Einbeziehung der älteren Beurteilungen vorzunehmen. Der Beschwerdeführer habe ein Recht darauf, dass eine fehlerfreie Neuentscheidung vorgenommen werde. Wie der Dienstherr dieses neue Auswahlverfahren durchführe, werde nicht vorgegeben. Er könne den Dienstposten völlig neu ausschreiben oder für das bestehende Bewerberfeld aktualisierte Beurteilungen anfordern, so dass sich eine andere Beurteilungsgrundlage ergebe. Dagegen stelle das Verwaltungsgericht auf die älteren Beurteilungen ab und überspanne die Anforderungen an die Möglichkeit, in einem erneuten Auswahlverfahren ausgewählt zu werden. Daher habe das Verwaltungsgericht, das selbst die Rechtsfehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung wegen nicht vergleichbarer Beurteilungen bestätigt habe, den Antrag zu Unrecht abgelehnt.

Der Beschluss sei auch im Hinblick auf die Einzelbeurteilung fehlerhaft, weil das Verwaltungsgericht nicht ausführe, wie die Präsidentin des Landgerichts ihre

Kenntnisse über die mündliche Ausdrucksweise des Antragstellers anderweitig habe erlangen können. Schriftliche Arbeiten des Antragstellers könnten keine Grundlage für die Bewertung der mündlichen Ausdrucksweise darstellen.

Der Antragsteller beantragt,

unter Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Weimar vom 16. August 2012 dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, die im Justizministerialblatt für Thüringen Nr. 2/2011 vom 28. April 2011 ausgeschriebene Stelle als Vorsitzende/r Richter/in am Landgericht Erfurt so lange nicht mit einem Mitbewerber/einer Mitbewerberin zu besetzen, solange nicht über die Bewerbung des Antragstellers unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er verteidigt die angegriffene Entscheidung. Das Verwaltungsgericht habe zunächst fehlerfrei festgestellt, dass der Antragsteller mit seinen Einwänden gegen seine Anlassbeurteilung nicht gehört werden könne. Im Hinblick auf das Beurteilungsmerkmal „Ausdrucksvermögen mündlich“ habe die Präsidentin des Landgerichts bestätigt, dass sie ihre Bewertung auf eigene persönliche Erkenntnisse gestützt habe, auf Gespräche mit dem Kammervorsitzenden, mit Kollegen, Prozessbevollmächtigten und Bediensteten des Gerichts.

Die Auswahlentscheidung leide nicht an einem Rechtsfehler, weil die Anlassbeurteilungen der Bewerber, auf Grund deren eine Vorauswahl zugunsten des Beigeladenen und zweier weiterer Bewerber getroffen worden sei, nicht vergleichbar gewesen seien. Diese Vorauswahl bewege sich im rechtlich zulässigen Rahmen des Auswahlmessens. Denn zwischen dem Bewerberfeld, das in die Endauswahl gelangt sei, und den Bewerbern, die vor der Auswahl herausgenommen wurden, habe eine Differenz von einer vollen Notenstufe bestanden. Ein entsprechender Unterschied bestehe bei den Einzelwertungen. Im Konkurrenzverhältnis zwischen dem Antragsteller und dem Beigeladenen bestehe nur ein geringfügiger Unterschied in den Beurteilungszeiträumen von 1 $\frac{1}{4}$ Jahren. Die gerügten erheblichen

Abweichungen bei den Beurteilungszeiträumen betreffen andere Bewerber und seien für das vorliegende Verfahren irrelevant. Es sei nicht dargelegt, weshalb die aktuelle Anlassbeurteilung mit einem Beurteilungszeitraum von fast drei Jahren für sich genommen keine ausreichende Grundlage für eine verlässliche Leistungsbeurteilung herbeigebe. Auch der wertende Vergleich der Gesamtprädikate der aktuellen Anlassbeurteilungen des Beschwerdeführers und des Beigeladenen mit ihren früheren Beurteilungen lasse keine signifikanten Leistungsveränderungen erkennen, weder einen Leistungsabfall noch eine Leistungssteigerung. Es sei davon auszugehen, dass der fast dreijährige Beurteilungszeitraum der Anlassbeurteilung des Antragstellers vom 15. Juni 2011 angesichts des stabilen Notenunterschieds von einer Notenstufe im Gesamtprädikat eine verlässliche Leistungseinschätzung ermögliche. Die Rüge, das Verwaltungsgericht habe unzulässigerweise eine eigene Prognose der Erfolgsaussichten vorgenommen, treffe nicht zu. Vielmehr habe es zu Recht festgestellt, dass eine Auswahl des Antragstellers nicht möglich erscheine.

Der Antragsgegner hat im laufenden Beschwerdeverfahren einen ergänzenden Auswahlvermerk zu den Akten gereicht. Darin hat er unter Bezugnahme auf einen zwischenzeitlich ergangenen Beschluss des Senats vom 16. August 2012 (2 EO 868/11 - Juris) „vorsorglich eine ergänzende Klarstellung“ des Auswahlvermerks vom 30. August 2011 vorgenommen. Demzufolge ändere sich an der im Auswahlvermerk vom 30. August 2011 getroffenen Vorauswahl der sechs weniger gut beurteilten Bewerber auch dann nichts, wenn man wegen der erheblich differierenden Zeiträume zur Herstellung einheitlicher zeitlicher Beurteilungsgrundlagen auch frühere Beurteilungen mit geringerem Gewicht, d. h. nicht arithmetisch, in den wertenden Leistungsvergleich einbeziehe. Weder nach den Gesamtprädikaten noch nach den Einzelbewertungen der Anlassbeurteilungen und der teilweise einzubeziehenden früheren Beurteilungen sei es möglich, einen dieser Bewerber auszuwählen.

Der Antragsteller hat hierauf repliziert, dass der Antragsgegner nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Gründe für seine Auswahlentscheidung nicht im verwaltungsgerichtlichen Verfahren und erst recht nicht in zweiter Instanz ergänzen könne. Maßgebend seien allein die im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung niedergelegten Auswählerwägungen. Auch in der Sache könnten die Erwägungen den Fehler nicht heilen.

Der Beigeladene hat keinen Antrag gestellt und sich zur Sache nicht geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Gerichtsakte (zwei Bände), die beigezogenen Personalakten (zwei Bände Hefungen) sowie die Verwaltungsvorgänge (fünf Hefungen) Bezug genommen; diese waren Gegenstand der Beratung.

II.

Die Beschwerde hat Erfolg. Der Antragsteller hat aus den in der Beschwerde dargelegten Gründen (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO) einen Anspruch darauf, dass dem Antragsgegner die Beförderung des Beigeladenen bis zu einer erneuten Auswahlentscheidung untersagt wird.

Im Interesse der Gewährung effektiven Rechtsschutzes gilt im Rahmen der beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren ein herabgestufter Prüfungsmaßstab. Ein Anordnungsanspruch ist gegeben, wenn nach dem im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung erkennbaren Sach- und Streitstand nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass die vom Dienstherrn getroffene Auswahlentscheidung zu Lasten des Antragstellers rechtsfehlerhaft ist, weil dessen Bewerbungsverfahrensanspruch keine hinreichende Beachtung gefunden hat (vgl. Beschluss des Senats vom 17. Juni 2009 - 2 EO 222/08 - Juris; BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2003 - 2 BvR 311/03 - NVwZ 2004, 1524; grundlegend BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16/09 - NJW 2011, 695).

Wird der Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung des Dienstherrn verletzt, ergibt sich daraus regelmäßig kein Anspruch auf Beförderung oder Vergabe des begehrten Dienstpostens; der unterlegene Bewerber kann aber eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung beanspruchen, wenn seine Aussichten, beim zweiten Mal ausgewählt zu werden, offen sind, d. h. wenn seine Auswahl bei rechtsfehlerfreiem Verlauf zumindest möglich erscheint (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - NVwZ 2003, 200; BVerwG, Urteil vom 4. November 2010, a. a. O., m. w. N.).

Aus Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG folgt daher die Möglichkeit des unterlegenen Bewerbers, in einem gerichtlichen Verfahren überprüfen zu lassen, ob er durch die Auswahlentscheidung in seinem subjektiv-öffentlichen Recht auf fehlerfreie Auswahl verletzt worden ist. Die gerichtliche Prüfung ist wegen der dem Dienstherrn eingeräumten Beurteilungsermächtigung für seine Einschätzung der fachlichen Leistung, Befähigung und Eignung beschränkt. Das Gericht ist nur befugt zu prüfen, ob der Dienstherr den gesetzlichen Rahmen und die anzuwendenden Rechtsbegriffe zutreffend gewürdigt hat, ob er von einem richtigen Sachverhalt ausgegangen ist, ob er allgemeingültige Wertmaßstäbe beachtet hat und ob er sich schließlich nicht von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen. Dem Dienstherrn bleibt es unbenommen, welchen der zur Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zuzurechnenden Umständen er das größere Gewicht beimisst. Die Auswahlkriterien als solche sind allerdings durch die Verfassung vorgegeben. Der Dienstherr ist insoweit verpflichtet, alle entscheidungserheblichen Tatsachen festzustellen, zu gewichten und seiner Entscheidung zu Grunde zu legen (vgl. Beschluss des Senats vom 17. Juni 2009 - 2 EO 222/08 - Juris; BVerwG, Urteil vom 22. September 1988 - 2 C 35/86 - Juris).

Der Senat teilt zunächst die Feststellung des Verwaltungsgerichts, dass die Auswahlentscheidung an einem Ermessensfehler leidet und den Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers verletzt. Der Antragsgegner hat das Auswahlermessen fehlerhaft ausgeübt, weil er dem Leistungsvergleich keine vergleichbare Beurteilungslage zugrundegelegt hat.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist zur Ermittlung des Leistungsstandes konkurrierender Bewerber in erster Linie auf die zum maßgeblichen Zeitpunkt der Auswahlentscheidung aktuellsten Beurteilungen abzustellen; deshalb kommt der letzten dienstlichen Beurteilung regelmäßig eine ausschlaggebende Bedeutung zu (st. Rspr., vgl. etwa Beschluss vom 18. Oktober 2007 - 1 WB 6/07 - Juris, Rn. 23; Urteil vom 4. November 2010, a. a. O.). Zur abgerundeten Bewertung des Leistungs-, Eignungs- und Befähigungsbildes und seiner Kontinuität ist es darüber hinaus zulässig, in die Auswahlentscheidung auch frühere Beurteilungen bis zu den beiden letzten planmäßigen Beurteilungen vor der aktuellen Beurteilung einzubeziehen. Ältere Beurteilungen stellen nicht lediglich

Hilfskriterien für eine zu treffende Auswahlentscheidung dar. Dabei darf nicht aus dem Blick geraten, dass für die Auswahlentscheidung der aktuelle und nicht ein in der Vergangenheit liegender Leistungsstand maßgeblich ist. Die vorletzten und vorvorletzten Beurteilungen sind deshalb nicht isoliert, sondern in Bezug auf das durch die letzte Beurteilung dokumentierte aktuelle Leistungsbild zu sehen. Dementsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht im Hinblick auf frühere Beurteilungen betont, dass es sich hierbei um Erkenntnisse handelt, die bei einem Bewerbervergleich bedeutsame Rückschlüsse und Prognosen über die künftige Bewährung ermöglichen; das kommt namentlich dann in Betracht, wenn frühere Beurteilungen positive oder negative Aussagen über Charaktereigenschaften, Kenntnisse, Fähigkeiten, Verwendungen und Leistungen sowie deren voraussichtliche weitere Entwicklung enthalten (vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. März 2010 - 1 WB 27.09 - BVerwGE 136, 198 [199, 201]; Beschluss vom 18. Oktober 2007, a. a. O.). Derartige Äußerungen, insbesondere bei einer Gesamtwürdigung der vorhandenen dienstlichen Beurteilungen erkennbare positive oder negative Entwicklungstendenzen, können vor allem bei gleichwertigen aktuellen Beurteilungen von Bewerbern den Ausschlag geben. Ihre zusätzliche Berücksichtigung bei der Auswahl ist deswegen mit Blick auf Art. 33 Abs. 2 GG geboten, wenn eine Stichentscheidung unter zwei oder mehr aktuell im Wesentlichen gleich beurteilten Beamten zu treffen ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 27. Februar 2003 - 2 C 16/02 - Juris, Rn. 15; Urteil vom 19. Dezember 2002 - 2 C 31/01 - Juris, Rn. 15).

Auch wenn eine ältere dienstliche Beurteilung nicht zeitnah zu dem erreichten Leistungsstand des Beurteilten Stellung beziehen kann und daher in erster Linie aktuelle Beurteilungen maßgebend sind, können gleichwohl weitere objektive Umstände gebieten, ältere Beurteilungen in den Leistungsvergleich einzubeziehen. So verletzt der Dienstherr den Anspruch auf Chancengleichheit im Bewerbungsverfahren und mithin den Bewerbungsverfahrensanspruch, wenn Beurteilungen verglichen werden, die auf erheblich abweichenden Beurteilungszeiträumen beruhen. Es ist ohne sachlichen Grund nicht gerechtfertigt, in der Auswahlentscheidung allein Beurteilungen mit erheblich divergierenden Beurteilungszeiträumen für ansonsten in der maßgeblichen Beschäftigungszeit statusrechtlich gleich geordneten, also den gleichen Beurteilungsbedingungen unterliegenden Beamten bzw. Richtern zu berücksichtigen. Etwas anderes würde die

Bedeutung, die den Beurteilungszeiträumen zukommt, verkennen. Die Feststellungen zu den Einzelmerkmalen und die Gesamturteile in den Beurteilungen haben die innerhalb des ganzen Beurteilungszeitraums gezeigten Leistungen und Fähigkeiten des Beamten bzw. Richters zu erfassen (vgl. Nr. 5.1 Satz 2 der Beurteilungsrichtlinie). Weichen aber die Zeiträume der aktuellen Beurteilungen der im Auswahlverfahren konkurrierenden Beamten bzw. Richter in erheblicher Weise voneinander ab, beruhen die Beurteilungen der Leistungsfähigkeit der Beamten bzw. Richter auf unterschiedlichen Maßstäben. Es liegt auf der Hand, dass die Bewertungen davon abhängig sind, welcher Zeitraum der Tätigkeit des Beamten bzw. Richters ihnen zugrundeliegt. Unterschiede in den Beurteilungszeiträumen der periodischen Beurteilungen sind durch das System der Richterbeurteilungen in Thüringen bedingt. Im Gegensatz zu Beamten finden aufgrund der richterrechtlichen Besonderheiten keine Regelbeurteilungen zu für alle Beschäftigten einheitlich festgelegten Zeitpunkten statt, sondern nach Ablauf von zwei, sieben und zwölf Jahren nach der Lebenszeiternennung (Nr. 3.1 Beurteilungsrichtlinie). In der Folge dieses Beurteilungssystems ergeben sich zwangsläufig unterschiedliche Beurteilungszeiträume. Liegen solche Unterschiede der Beurteilungszeiträume vor, so hindert dies nicht eine Auswahl; vielmehr muss der Dienstherr dies erfassen und andere Leistungseinschätzungen ergänzend heranziehen, die nach Art, Inhalt und betrachtetem Zeitraum eine Vergleichbarkeit ermöglichen. Daher kann es geboten sein, im Interesse einer gleichgewichtigen Beurteilungslage auch ältere dienstliche Beurteilungen jedenfalls des Bewerbers heranzuziehen, für den nur eine aktuelle Beurteilung mit einem gegenüber seinem Konkurrenten kürzeren Beurteilungszeitraum vorliegt (vgl. Beschluss des Senats vom 16. August 2012 - 2 EO 868/11 - Juris, Rn. 36; Beschluss vom 25. August 2010 - 2 EO 735/09 - n. v.; Beschluss vom 24. September 2007 - 2 EO 581/06 - Juris, Rn. 37; Beschluss vom 13. April 2006 - 2 EO 1065/05 - Juris, Rn. 81 ff.).

Im vorliegenden Streitfall ist nicht entscheidungserheblich, ob die Pflicht zur Berücksichtigung in etwa gleichmäßig langer Beurteilungszeiträume in *allen* Fällen verlangt, zurückliegende Beurteilungen einzubeziehen, auch wenn sie erheblich über den Regelbeurteilungszeitraum hinausgehen. Inwiefern der Dienstherr eine frühere Beurteilung berücksichtigen darf oder berücksichtigen muss, hängt vielmehr vom Einzelfall ab und lässt sich nicht einheitlich für alle Fälle beantworten. Da nach der

höchstrichterlichen Rechtsprechung in erster Linie auf die aktuellsten Beurteilungen abzustellen ist, verlieren Unterschiede bei den Beurteilungszeiträumen um so mehr an Bedeutung, je eher auch der vergleichsweise kürzere Beurteilungszeitraum für sich genommen als Grundlage für eine verlässliche Leistungsbeurteilung ausreicht. Umgekehrt wird neben den Fällen eines annähernden Gleichstands bei den aktuellen Beurteilungen und erheblich unterschiedlicher Beurteilungszeiträume einer vorangegangenen Beurteilung um so 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. Beschluss des Senats vom 16. August 2012 - 2 EO 868/11 - Juris, Rn. 37 f.).

Die vorstehenden Ausführungen gelten im Wesentlichen auch für den Leistungsvergleich auf Grund einer Anlassbeurteilung. Die Funktion der Beurteilung in der Auswahlentscheidung erfordert die Gewährleistung einer Vergleichbarkeit der beurteilten Beamten oder Richter. Gleichwohl gehören zu den im Rahmen einer Auswahlentscheidung heranzuziehenden Beurteilungen nicht nur die planmäßigen Beurteilungen, sondern auch andere Beurteilungsarten, wie hier die Beurteilung aus besonderem Anlass (Nr. 3.2 Beurteilungsrichtlinie; zur Bedarfsbeurteilung der Beamten vgl. Nr. 8.4 der Verwaltungsvorschrift zu § 53 Abs. 7 ThürLbVO vom 20. November 2001, ThürStAnz 2001, S. 2803). Die Besonderheiten der jeweiligen Beurteilungsart sind bei der erforderlichen Gesamtbetrachtung zu gewichten (vgl. BVerwG, Beschluss vom 18. Oktober 2007 - 1 WB 6/07 - Juris, Rn. 24; vgl. auch Beschluss vom 22. November 2012 - 2 VR 5/12 - Juris, Rn. 28 ff., zum Verhältnis von Regel- und Anlassbeurteilungen). Allein aus der Art der Beurteilung als Regel- oder Anlassbeurteilung ergeben sich keine Einschränkungen der Vergleichbarkeit. Eine Anlassbeurteilung ist vielmehr oftmals erforderlich, um bei fehlender aktueller oder vergleichbarer Regelbeurteilung eine Vergleichbarkeit der Bewerber herzustellen (vgl. OVG NW, Beschluss vom 8. Juni 2006 - 1 B 195/06 - Juris, Rn. 6; VGH BW, Beschluss vom 15. März 2007 - 4 S 339/07 - Juris, Rn. 5). Dabei sind an die Anlassbeurteilung nicht dieselben strengen Anforderungen zu stellen, die das Bundesverwaltungsgericht für die Vergleichbarkeit von Regelbeurteilungen bei der Übereinstimmung der Beurteilungszeiträume entwickelt hat. Nach dieser

Rechtsprechung wird die höchstmögliche Vergleichbarkeit bei planmäßigen Beurteilungen grundsätzlich durch den gemeinsamen Stichtag und den gleichen Beurteilungszeitraum erreicht (vgl. BVerwG, Urteil vom 18. Juli 2001 - 2 C 41/00 - Juris, Rn. 16; Beschluss vom 18. Oktober 2007, a. a. O.). Allerdings kann eine Beurteilung, die aus besonderem Anlass erforderlich geworden ist und damit zu einem willkürlichen Zeitpunkt erstellt wird, naturgemäß nicht denselben Beurteilungszeitraum abdecken wie eine nach Ablauf einer feststehenden Zeitperiode erstellte Regelbeurteilung. Dies bedeutet andererseits nicht, dass bei einer zum Vergleich herangezogenen Anlassbeurteilung die Dauer des zugrundeliegenden Beurteilungszeitraums gänzlich vernachlässigt werden könnte. Ihre wesentliche Aussagekraft erhält eine dienstliche Beurteilung erst aufgrund ihrer Relation zu den Bewertungen in anderen dienstlichen Beurteilungen der Mitbewerber. Dem Gebot, dass der Leistungsvergleich zwischen Bewerbern auf der Grundlage weitestmöglich vergleichbarer dienstlicher Beurteilungen zu erfolgen hat, ist daher auch bei Anlassbeurteilungen grundsätzlich Rechnung zu tragen, soweit dies mit Rücksicht auf deren Besonderheiten möglich ist. Im Hinblick darauf dürfen Abstriche gemacht werden, was die Übereinstimmung der Beurteilungszeiträume angeht (vgl. OVG NW, Beschluss vom 8. Juni 2006, a. a. O., Rn. 9 ff.; VGH BW, Beschluss vom 15. März 2007, a. a. O.). Unterschiedlich lange Beurteilungszeiträume schließen die Vergleichbarkeit dienstlicher Beurteilungen nicht aus, solange im Einzelfall ein Qualifikationsvergleich auf der Grundlage dieser Beurteilungen ohne ins Gewicht fallende Benachteiligung eines Bewerbers nach Bestenauslesegrundsätzen möglich bleibt. Die Beurteilungszeiträume müssen dazu so lang bemessen sein, dass über jeden Bewerber verlässliche, auch langfristige Aussagen getroffen werden können und deshalb für alle Bewerber im Wesentlichen gleichermaßen aussagekräftige Beurteilungen der Auswahlentscheidung zugrundegelegt werden (vgl. Beschluss des Senats vom 16. August 2012 - 2 EO 868/11 - Juris, Rn. 39; Hamb. OVG, Beschluss vom 25. April 2008 - 1 Bs 52/08 u. a. - Juris, Rn. 4; OVG NW, Beschluss vom 22. September 2011 - 6 A 1284/11 - Juris, Rn. 20; OVG MV, Beschluss vom 30. April 2012 - 2 M 41/12 - Rn. 16; vgl. auch BVerwG vom 22. November 2012 - 2 VR 5/12 - Juris, Rn. 29).

Der Antragsgegner hat dies zwar gesehen und diesen Anforderungen ausweislich des Auswahlvermerks Rechnung tragen wollen. Allerdings hat er die Herstellung

vergleichbarer Beurteilungszeiträume auf die Spitzengruppe derjenigen Bewerber beschränkt, die in ihrer letzten Beurteilung das höhere Gesamtprädikat „übertrifft die Anforderungen erheblich“ erhielten. Die übrigen Bewerber, die in der aktuellen Beurteilung lediglich das Gesamtprädikat „entspricht voll den Anforderungen“ erreichten, wurden - wie der Antragsgegner im Beschwerdeverfahren nochmals bestätigt - schon in der Vorauswahl herausgenommen. An einem Leistungsvergleich unter gleichen Beurteilungsmaßstäben nahmen sie nicht mehr teil. Nach den ausdrücklichen Ausführungen im Auswahlvermerk wurden erst für den weiterführenden Vergleich der verbliebenen drei Bewerber vergleichbare Beurteilungszeiträume in Ansatz gebracht.

Zwar kann der Dienstherr über die Eignung des Bewerberfeldes auch in einem gestuften Auswahlverfahren befinden. Bewerber, die die allgemeinen Ernennungsbedingungen, die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen, zwingende Vorgaben eines rechtmäßigen Anforderungsprofils nicht erfüllen oder die aus sonstigen Eignungsgründen für die Ämtervergabe von vornherein nicht in Betracht kommen, können in einer ersten Auswahl ausgeschlossen und müssen nicht mehr in den Leistungsvergleich einbezogen werden (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1/13 - Juris, Rn. 23). Ansonsten aber muss der Dienstherr den Leistungsvergleich aller in die Auswahl einzubeziehenden Bewerber auf der Grundlage vergleichbarer dienstlicher Beurteilungen vornehmen.

Bei der zugrundeliegenden Auswahlentscheidung weicht der Beurteilungszeitraum der Anlassbeurteilung des Antragstellers nicht nur vom Beurteilungszeitraum der Anlassbeurteilung des Beigeladenen erheblich ab. Während der Beurteilungszeitraum im Fall des Antragstellers nur 2 Jahre und 11 Monate (insgesamt 35 Monate) beträgt, liegt der Beurteilung des Beigeladenen ein Zeitraum von 4 Jahren und 2 Monaten (insgesamt 50 Monate), mithin fast die eineinhalbfache Zeitspanne zugrunde. Eine erhebliche Differenz besteht auch zu den Anlassbeurteilungen der zwei weiteren Bewerber der Spitzengruppe, deren Beurteilungszeiträume im einen Fall lediglich 12,5 Monate und im anderen Fall 145,5 Monate betragen. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners können die Beurteilungen dieser Bewerber schon deshalb nicht außer Betracht bleiben, weil dem Antragsteller durch die Vorauswahl insgesamt der Zugang zur eigentlichen Auswahlentscheidung versperrt blieb. Die isolierte Betrachtung aktueller, aber derart

voneinander abweichender Anlassbeurteilungen mit zum Teil verhältnismäßig kurzen Beurteilungszeiträumen wird einem hinreichend zuverlässigen Leistungsvergleich nicht gerecht. Dies würde beispielsweise dann deutlich, wenn ein knapp führender Bewerber seine Leistungseinschätzung auf Grund eines besonders kurzen Beurteilungszeitraums erhalten und sich gegenüber einer zuvor erteilten Beurteilung auffällig gesteigert hätte. Dementsprechend kann auch eine „Vorauswahl“ nicht allein anhand der aktuellsten Gesamtbeurteilung vorgenommen werden, ohne die Dauer des Beurteilungszeitraums, die Leistungsentwicklung oder weitere Begleitumstände in den Blick zu nehmen und die Aussagekraft der aktuellen Beurteilungen ergänzend abzusichern.

Der Mangel des Leistungsvergleichs wird nicht dadurch geheilt, dass der Antragsgegner im Beschwerdeverfahren einen ergänzenden Auswahlvermerk vorgelegt hat, in dem niedergelegt ist, dass sich an der im Auswahlvermerk vom 30. August 2011 getroffenen Vorauswahl der sechs weniger gut beurteilten Bewerber auch dann nichts ändere, wenn man wegen der erheblich differierenden Zeiträume zur Herstellung einheitlicher zeitlicher Beurteilungsgrundlagen auch frühere Beurteilungen mit geringerem Gewicht, d. h. nicht arithmetisch, in den wertenden Leistungsvergleich einbeziehe. Dieser Auswahlvermerk stellt sich nicht lediglich als klarstellende Ergänzung der ursprünglichen Auswahlentscheidung dar, sondern stützt die Bewerberauswahl auf eine abweichende, erweiterte Beurteilungsgrundlage. Der Antragsgegner ergänzt nicht nur bereits in der ursprünglichen Auswahlentscheidung enthaltene Gründe, sondern stellt bei seiner Auswahl erstmals auf einen umfassenden Leistungsvergleich unter Einschluss der Vorbeurteilungen der Bewerber ab. Mit einer solchen neuen Begründung der Auswahlentscheidung kann der Antragsgegner jedoch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen eines anhängigen Konkurrentenstreitverfahrens nicht durchdringen (vgl. BVerfG, 1. Kammer des Zweiten Senats, Beschluss vom 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - Juris, Rn. 20 ff.).

Gemäß § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2 ZPO hat der unterlegene Mitbewerber im gerichtlichen Eilverfahren Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch glaubhaft zu machen. Ihm obliegt daher die Darlegungslast für die von ihm behauptete Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung. Grundlage hierfür können allein die in den Akten niedergelegten Auswahlerwägungen sein. Andere

Erkenntnisse stehen dem unterlegenen Bewerber nicht zur Seite und können von ihm auch nicht beschafft werden. Aus Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG folgt deshalb auch die Verpflichtung, die wesentlichen Auswählerwägungen schriftlich niederzulegen. Nur durch eine schriftliche Fixierung der wesentlichen Auswählerwägungen - deren Kenntnis sich der unterlegene Bewerber gegebenenfalls durch Akteneinsicht verschaffen kann - wird der Mitbewerber in die Lage versetzt, sachgerecht darüber befinden zu können, ob er die Entscheidung des Dienstherrn hinnehmen soll oder ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen den Anspruch auf faire und chancengleiche Behandlung seiner Bewerbung bestehen und er daher gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen will. Darüber hinaus eröffnet erst die Dokumentation der maßgeblichen Erwägungen auch dem Gericht die Möglichkeit, die angegriffene Entscheidung eigenständig nachzuvollziehen. Die Annahme, die Auswählerwägungen könnten auch erstmals im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Eilverfahrens dargelegt werden, mindert die Rechtsschutzmöglichkeiten in unzumutbarer Weise. Dies gilt nicht nur im Hinblick darauf, dass ohne die Kenntnis der Entscheidungsgrundlagen eine substantiierte Begründung und Glaubhaftmachung des Anordnungsanspruchs kaum - oder jedenfalls nur sukzessive auf die Erwiderung des Dienstherrn hin - möglich ist. Vielmehr ist es dem unterlegenen Bewerber insbesondere nicht zuzumuten, die Auswahlentscheidung seines Dienstherrn gewissermaßen "ins Blaue hinein" in einem gerichtlichen Eilverfahren angreifen zu müssen, um die tragenden Erwägungen der Auswahlentscheidung zu erfahren. Im Übrigen stellt nur die schriftliche Dokumentation der Auswählerwägungen sicher, dass die Bewertungsgrundlagen der entscheidenden Stelle vollständig zur Kenntnis gelangt sind, und erweist sich damit als verfahrensbegleitende Absicherung der Einhaltung der Maßstäbe des Art. 33 Abs. 2 GG (vgl. BVerfG, 1. Kammer des Zweiten Senats, Beschluss vom 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - Juris, Rn. 20 ff.; Beschluss des Senats vom 24. September 2007 - 2 EO 581/06 - Juris, Rn. 40 ff.).

Einen weiteren Fehler in der Auswahlentscheidung hat der Antragsteller dagegen nicht mit der Rüge darzutun vermocht, dass seine Anlassbeurteilung hinsichtlich des Beurteilungsmerkmals "Ausdrucksvermögen mündlich" auf einer unzureichenden Tatsachengrundlage beruhe. Nach der zutreffenden Feststellung des Verwaltungsgerichts setzt die Abfassung einer dienstlichen Beurteilung nicht voraus, dass der Beurteiler die Eignung und Leistung des Beurteilten aus eigener

Anschauung während des gesamten Beurteilungszeitraumes kennt. Es genügt, dass sich der Beurteiler die notwendigen Kenntnisse verschaffen und sich u. a. auf Arbeitsplatzbeschreibungen, schriftliche Arbeiten des Beamten und auf Berichte von dritter Seite stützen kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 27. Oktober 1988 - 2 A 2/87 - Juris, Rn. 15, m. w. Nw.). Die Anlassbeurteilung des Antragstellers vom 15. Juni 2011 weist aus, dass ihr - außer dem Beurteilungsbeitrag des Direktors des Amtsgerichts - ein Beurteilungsbeitrag des Vorsitzenden der 8. Zivilkammer zugrundelag; dieser war aus eigener Anschauung in der Lage, sich gegenüber der Präsidentin des Landgerichts über das mündliche Ausdrucksvermögen des Antragstellers zu äußern. Des Weiteren hat die Präsidentin des Landgerichts in ihrem Schreiben vom 30. Januar 2012 auf den Widerspruch des Antragstellers klargestellt, dass sie ihre Bewertung außerdem auf eigene persönliche Erkenntnisse sowie auf Gespräche mit weiteren Personen gestützt habe.

Die Auswahlentscheidung leidet allerdings an einem weiteren Mangel, weil der Antragsgegner den Leistungsvergleich zwischen dem letztlich ausgewählten Beigeladenen und dem nach dem Auswahlvermerk zweitplatzierten Bewerber - zumindest in einem Zwischenschritt - ausdrücklich auch darauf gestützt hat, dass er aus den Bewertungen der Einzelmerkmale in der letzten, d. h. aktuellen, und in den vorangegangenen Beurteilungen mathematisch genaue Durchschnittswerte gebildet hat. Damit hat er allerdings der jeweils vorangegangenen, weniger aktuellen Vorbeurteilung exakt das gleiche Gewicht beigemessen wie der aktuellen Beurteilung und nicht, wie es geboten ist, in erster Linie auf die aktuellsten Beurteilungen abgestellt (vgl. dazu Beschluss des Senats vom 16. August 2012 - 2 EO 868/11 - Juris, Rn. 40 ff.). Allerdings hat sich dieser Fehler in der Auswahlentscheidung nicht mehr zu Lasten des Antragstellers ausgewirkt, weil er bereits durch die Vorauswahl aus dem Leistungsvergleich herausgenommen wurde.

Erweist sich die Auswahlentscheidung nach den vorstehenden Ausführungen als fehlerhaft, so ist der Einschätzung des Verwaltungsgerichts nicht beizupflichten, der Anordnungsanspruch sei gleichwohl zu verneinen, weil die Auswahl des Antragstellers in einer neuen rechtmäßigen Auswahl als nicht möglich erscheine. Der Antragsteller beanstandet mit dem Beschwerdevorbringen zu Recht, dass sich eine

solche Prognose angesichts der begrenzten gerichtlichen Prüfungskompetenz in einer Konstellation wie der vorliegenden nicht treffen lässt.

Der Maßstab, der an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs und damit des zu sichernden Rechts, dessen Verwirklichung ohne den Erlass einer einstweiligen Anordnung vereitelt oder wesentlich erschwert würde, anzulegen ist, hat sich an dem Rechtsschutzziel zu orientieren, das der Beschwerdeführer mit seinem Begehren verfolgt. Ist die geltend gemachte materielle Rechtsposition grundsätzlich sicherungsfähig, hängt die Bejahung eines Anordnungsanspruchs regelmäßig davon ab, welche Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren bestehen.

Im Rahmen einer auf Art. 33 Abs. 2 GG gestützten Bescheidungsklage, mit der sich der unterlegene Beamte gegen die Ablehnung seiner Bewerbung richtet, ist die gerichtliche Überprüfung der Auswahlentscheidung - verfassungsrechtlich unbeanstandet - regelmäßig darauf beschränkt, ob der Dienstherr ermessens- und beurteilungsfehlerfrei über die Bewerbung entschieden hat. Dagegen kann der unterlegene Bewerber - von dem unwahrscheinlichen Fall einer Reduzierung des Beurteilungsspielraumes bzw. des Ermessens auf Null abgesehen - unter Berufung auf Art. 33 Abs. 2 GG nicht gerichtlich feststellen lassen, dass er an Stelle des ihm vorgezogenen Konkurrenten hätte ausgewählt werden müssen. Streitgegenstand ist mithin 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 Beamte 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. Dementsprechend wird der Dienstherr mit einer der Klage stattgebenden Entscheidung verpflichtet, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut über die Bewerbung des Klägers zu entscheiden.

Derselbe Maßstab wie im Hauptsacheverfahren ist auch anzulegen, wenn der bei der Auswahl eines Beförderungsbewerbers unterlegene Beamte verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutz zur vorläufigen Sicherung seines Anspruchs aus Art. 33 Abs. 2 GG begehrt. Da hier effektiver Rechtsschutz letztlich nur im Wege einer einstweiligen Anordnung zu leisten ist, dürfen die Anforderungen an die

Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG nicht über das hinausgehen, was für ein Obsiegen des unterlegenen Bewerbers im Hauptsacheverfahren gefordert werden könnte (vgl. insgesamt zum Vorstehenden BVerfG, 1. Kammer des Zweiten Senats, Beschluss vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - Juris, Rn. 12 ff.).

Auch wenn in einem Konkurrentenstreitverfahren auf Grund eines bislang bestehenden Beurteilungsabstands 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 Anspruchs auf ein fehlerfreies Auswahlverfahren abzusprechen. So hat das Bundesverfassungsgericht durchgängig die eigenständige Bedeutung und Verfahrensabhängigkeit des sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden subjektiven Rechts betont (vgl. u. a. BVerfG, 1. Kammer des Zweiten Senats vom 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - Juris, Rn. 16 ff.; Beschluss vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - Juris, Rn. 10 ff.). Diese notwendig als *Verfahrensanspruch* ausgeprägte Rechtsposition würde aber erheblich eingeschränkt, wenn sich ein unterlegener Bewerber regelmäßig auf eine prognostische Erörterung seiner Beförderungsaussichten einlassen müsste, die zu einem erheblichen Teil mit Unwägbarkeiten versehen sind. Zudem ist es den Verwaltungsgerichten angesichts des dem Dienstherrn zustehenden Beurteilungs- und Ermessensspielraums verwehrt, hinsichtlich der Frage, ob die Auswahl des unterlegenen Antragstellers als möglich erscheint, eine Prognose über eine neu zu treffende Auswahlentscheidung zu treffen und der gerichtlichen Entscheidung zu Grunde zu legen. Hierfür ist allein der Dienstherr zuständig (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - Juris, Rn. 16; BVerwG, Urteil vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - NJW 2011, 695). Das Gericht ist weder verpflichtet noch ist es ihm rechtlich möglich, in mehr oder weniger treffende Wahrscheinlichkeitsüberlegungen darüber einzutreten, mit welchem Ergebnis die Auswahlentscheidung des Dienstherrn ausgegangen wäre, wenn er sein Ermessen fehlerfrei betätigt hätte. Daran ändert auch nichts, wenn der Dienstherr - wie hier - nachträglich Erwägungen anstellt, wie er sein Ermessen unter anderen Prämissen ausgeübt hätte. Denn ungeachtet dessen, dass - wie ausgeführt - der Berücksichtigung solcher nachträglichen Erwägungen Grenzen gesetzt sind, ist zu bedenken, dass die

Erfolgsaussichten eines unterlegenen Bewerbers nicht lediglich rückblickend zu beurteilen sind, d. h. nicht nur nach dem mutmaßlichen Ausgang einer erneuten Auswahlentscheidung auf der bestehenden Beurteilungsgrundlage. Es ist dem Dienstherrn möglich und für ihn bei entsprechendem Zeitablauf ggf. auch geboten, aktuelle Beurteilungen einzuholen, um sie der erneuten Auswahlentscheidung zugrunde zu legen. Der Antragsteller hat zu Recht darauf hingewiesen, dass es der Antragsgegner auch im vorliegenden Fall in der Hand hat, eine neue Beurteilungsgrundlage zu schaffen, indem er aktuelle Anlassbeurteilungen erstellen lässt. Hieraus wird deutlich, dass bei Erwägungen des Gerichts, wie eine erneute Auswahlentscheidung ausgehen könnte, große Zurückhaltung geboten ist. Die Voraussage, das mit einem Eilantrag letztlich verfolgte Ziel, dass der Dienstherr das Auswahlermessen zugunsten des Antragstellers ausübt, sei unerreichbar, ist nur in zweifelsfreien Ausnahmefällen denkbar (vgl. dazu Beschluss des Senats vom 19. Dezember 2011 - 2 EO 594/09 - n. v.; OVG NW, Beschluss vom 10. März 2009 - 1 B 1518/08 - Juris, Rn. 55 f.; Beschluss vom 8. September 2008 - 1 B 910/08 - Juris, Rn. 29).

Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben. Dass der Antragsteller in einer erneuten, rechts- und ermessensfehlerfrei getroffenen Auswahlentscheidung wiederum unterliegen würde, kann nicht mit einem derartigen, an Sicherheit grenzenden Grad an Wahrscheinlichkeit vorausgesagt werden, dass deswegen der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes unter dem Gesichtspunkt fehlender Sicherungsfähigkeit des Bewerbungsverfahrensanspruchs scheitern müsste. Dabei sind die Erfolgsaussichten des Antragstellers nicht nur im Hinblick auf den Beigeladenen in den Blick zu nehmen. Angesichts eines Abstands in der Gesamtbeurteilung von einer Stufe auf die in die engere Auswahl genommenen Bewerber ist nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass er bei einer erneuten Auswahlentscheidung gar chancenlos wäre. Hinzu kommt, dass dem Antragsteller in der letzten Beurteilung vom 15. Juni 2011 bescheinigt wurde, in vier Einzelmerkmalen weit überdurchschnittliche Anforderungen zu erfüllen. Nichts anderes gilt, sollte der Antragsgegner nicht nur eine neue Auswahlentscheidung treffen, sondern ein erneutes Auswahlverfahren durchführen, bei dem der Antragsteller möglicherweise mit anderen Mitbewerbern zu vergleichen wäre.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 1 VwGO. Es entspricht nicht der Billigkeit, dem Antragsgegner auch die außergerichtlichen Kosten des - auf seiner Seite stehenden - Beigeladenen aufzuerlegen. Dieser hat 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).

Der Streitwert beruht auf § 63 Abs. 2 i. V. m. §§ 47, 53 Abs. 2 Nr. 1 sowie § 52 Abs. 1, Abs. 5 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 GKG in der bis zum 31. Juli 2013 gültigen und hier noch anzuwendenden Fassung. Zur Begründung wird auf die erstinstanzliche Festsetzung Bezug genommen.

Hinweis:

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

Prof. Dr. Schwan

Gravert

Dr. Jung