

1. Senat  
1 B 1893/15  
9 L 2896/15.F

**proT-in**  
Bundesvorstand  
Kellerbergstr. 16  
57319 Bad Berleburg  
eMail bundesvorstand@proT-in.de  
Tel. (0 27 51) 95 91 96



## HESSISCHER VERWALTUNGSGERICHTSHOF

### BESCHLUSS

In dem Verwaltungsstreitverfahren

der Postamtsrätin :

Antragstellerin und Beschwerdegegnerin,

bevollmächtigt: Rechtsanwalt Erwin Falk und Kollegen,  
Friedensplatz 6, 64283 Darmstadt,

gegen

die Bundesrepublik Deutschland,  
vertreten durch die Deutsche Telekom AG SBR, BRS Rechtsservice Dienstrecht,  
Gradestraße 18, 30163 Hannover,

Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin,

beigeladen: 1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8. |

|

9. |

|

10. |

,

wegen Beförderung

hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof - 1. Senat - durch

Vorsitzenden Richter am Hess. VGH Dr. Dittmann,  
Richter am Hess. VGH Metzner,  
Richterin am Hess. VGH Dörr

am 10. November 2015 beschlossen:

Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 2. Oktober 2015 - 9 L 2896/15.F - wird zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

Außergerichtliche Kosten der Beigeladenen sind nicht erstattungsfähig.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 7.659,62 € festgesetzt.

### GRÜNDE:

Die zulässige Beschwerde der Antragsgegnerin ist nicht begründet. Das Verwaltungsgericht hat der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung aufgegeben, aus der Beförderungsliste „Beteiligung intern\_VCS“ Beförderungen der Beigeladenen oder anderer Personen in ein Amt der Besoldungsgruppe A 13 BBesO bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Bekanntgabe einer neuen Auswahlentscheidung an die Antragstellerin zu unterlassen.

Nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO prüft das Beschwerdegericht grundsätzlich nur die fristgemäß dargelegten Gründe, aus denen die Entscheidung nach der Auffassung des Beschwerdeführers zu ändern oder aufzuheben ist. Ergibt diese Prüfung, dass das Beschwerdevorbringen die Begründung des Verwaltungsgerichts in erheblicher Weise erschüttert, so hat das Beschwerdegericht darüber hinaus wie ein erstinstanzliches Gericht zu prüfen, ob der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung Erfolg hat.

Die Antragstellerin wird durch die Art und Weise des Auswahlverfahrens und durch die Auswahl der Beigeladenen für das angestrebte höhere Statusamt in ihrem durch Art. 33 Abs. 2 GG gewährleisteten grundrechtsgleichen Recht auf chancengleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Maßgabe von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung verletzt.

Durch die Art und Weise des Auswahlverfahrens und die Ablehnung ihrer Bewerbung ist die Antragstellerin in ihrem von Art. 33 Abs. 2 Grundgesetz gewährleisteten grundrechtsgleichen Recht auf chancengleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Maßgabe von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung verletzt worden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 19. September 1989 - 2 BvR 1576/88 - DVBl 1989, 1247, Beschluss vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - DVBl 2002, 1633 f. und Beschluss vom 25. November 2011 - 2 BvR 2305/11 - NVwZ 2012, 368 ff.; Hess. StGH, Urteil vom 13. Mai 1992 - P.St. 1126 - NVwZ-RR 1993, 201 f.; Hess. VGH, Beschluss vom 26. Oktober 1993 - 1 TG 1585/93 - DVBl. 1994, 593 mit weiteren Nachweisen).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des beschließenden Senats kann ein Bewerber, der eine Verletzung seines Verfahrensrechts durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung des Dienstherrn geltend macht, nur dann eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung beanspruchen, wenn die Erfolgsaussichten in dem Sinne offen sind, dass seine Auswahl bei rechtsfehlerfreiem Verfahren möglich erscheint; diese Möglichkeit ist zusätzlich zu den geltend gemachten Auswahlfehlern positiv festzustellen (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 24. September 2002, a. a. O., vom 29. Juli 2003 - 2 BvR 311/03 - ZBR 2004, 45, vom 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - NVwZ 2007, 1178 und vom 20. September 2007 - 2 BvR 1586/07 - ZBR 2008, 167; Senatsbeschlüsse vom 4. September 2007 - 1 TG 1208/07 - und vom 18. Februar 2010 - 1 B 41/10 -).

Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Danach sind öffentliche Ämter nach Maßgabe des Bestenauslesegrundsatzes zu besetzen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und des beschließenden Senats dient Art. 33 Abs. 2 GG zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung des öffentlichen Dienstes. Zum anderen trägt er dem berechtigten Interesse der Beamten und Richter an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass er grundrechtsgleiche Rechte auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet. Die von Art. 33 Abs. 2 GG erfassten Auswahlentscheidungen können grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen. Mit den Begriffen „Eignung, Befähigung und fachliche Leistung“ eröffnet Art. 33 Abs. 2 GG bei Entscheidungen über Beförderungen einen Be-

urteilungsspielraum des Dienstherrn. Dieser unterliegt schon von verfassungswegen einer begrenzten gerichtlichen Kontrolle. Art. 33 Abs. 2 GG i. V. m. Art. 19 Abs. 4 GG verleiht Beamten und Richtern in diesem Rahmen das Recht, eine Auswahlentscheidung dahingehend überprüfen zu lassen, ob der Dienstherr ermessens- und beurteilungsfehlerfrei über ihre Bewerbung entschieden hat. Die materiellen Auswahlkriterien von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung sind dem Dienstherrn mit bindender Wirkung unmittelbar durch die Verfassung vorgegeben. Bei seiner Auswahlentscheidung hat er auf der Grundlage des gesamten für die persönliche und fachliche Einschätzung von Eignung und Leistung der Bewerber bedeutsamen Inhalts der Personalakten, wobei der letzten aktuellen Beurteilung wesentliche Bedeutung zukommt, die persönliche und fachliche Eignung der Bewerber einem Vergleich zu unterziehen und eine wertende Abwägung und Zuordnung vorzunehmen. Die wesentlichen Auswahlerwägungen sind schriftlich niederzulegen. Damit wird nicht nur eine Selbstkontrolle des Auswählenden ermöglicht, sondern es werden auch die nicht berücksichtigten Bewerber in die Lage versetzt, aufgrund einer Einsichtnahme in die entsprechenden Auswahlvorgänge sachgerecht darüber zu befinden, ob sie die zu ihren Ungunsten ausgefallene Auswahlentscheidung hinnehmen oder gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen wollen. Die Begründung der Auswahlentscheidung muss inhaltlich den Bedingungen rationaler Abwägung genügen, d.h. in sich schlüssig und für das Gericht nachvollziehbar sein (Hess. VGH, Beschluss vom 17. Juni 1997 - 1 TG 2183/97 - juris).

Gemessen an diesen Grundsätzen ist die Ablehnung der Bewerbung der Antragstellerin nicht frei von Rechtsfehlern erfolgt und ist die angefochtene Entscheidung des Verwaltungsgerichts zu Recht ergangen. Das Vorbringen der Antragsgegnerin rechtfertigt keine andere Entscheidung.

Die Antragsgegnerin trägt im Wesentlichen vor, zwischenzeitlich sei höchstrichterlich entschieden (BVerwG, Beschluss vom 24. Mai 2011 - 1 WB 59/10 - juris), dass dann, wenn in der relevanten Beurteilungsrichtlinie eine Regelbeurteilung vorgesehen sei, der Zeitraum der Beurteilung noch hinreichend aktuell für die Auswahlentscheidung sei. Die Regelbeurteilungszeiträume beliefen sich überwiegend auf drei Jahre. Dementsprechend gingen die meisten Gerichte davon aus, dass zumindest ein Zeitraum von drei Jahren noch eine hinreichende Aktualität der dienstlichen Beurteilungen gewährleiste. Die Auffassung des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main, die im Zeitpunkt der Aus-

wahlentscheidung ca. 21 Monate alten Regelbeurteilungen der Beigeladenen seien nicht mehr hinreichend aktuell gewesen, sei daher unzutreffend.

Dieses Vorbringen rechtfertigt nicht den Erfolg der Beschwerde. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sich der von der Antragsgegnerin zitierten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts nicht entnehmen lässt, dass ein Alter von drei Jahren noch eine hinreichende Aktualität der Beurteilung gewährleistet. Das Bundesverwaltungsgericht hat in der von der Antragsgegnerin zitierten Entscheidung (a.a.O. Rdnr. 35) gerade offen gelassen, welche Anforderungen an die Aktualität einer dienstlichen Beurteilung im Einzelnen zu stellen seien und hat sich begnügt darzulegen, dass jedenfalls eine Beurteilung, die im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung sechseinhalb Jahre alt ist, als Grundlage für eine Auswahlentscheidung schlechterdings nicht mehr brauchbar ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Übrigen mehrfach entschieden, dass eine ca. eineinhalb Jahre alte Beurteilung jedenfalls dann nicht mehr hinreichend aktuell ist, wenn der jeweilige Bewerber um einen Beförderungsdienstposten nach dem Stichtag der Beurteilung andere Aufgaben wahrgenommen hat als zuvor (BVerwG, Urteil vom 30. Juni 2011 - 2 C 19/10 - und Urteil vom 11. Februar 2009 - 2 A 7/06 - jeweils juris). Dem Vorbringen der Antragsgegnerin und den vorgelegten Akten lässt sich nicht entnehmen, ob diese vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Voraussetzungen bezüglich der Beurteilungen der Beigeladenen gewahrt sind. Im Übrigen dürfen nach der ständigen Rechtsprechung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs (Beschlüsse vom 30. Juli 2015 - 1 B 970/15 -, vom 21. Oktober 2013 - 1 A 1512/13.Z - juris, Rdnr. 8, und bereits vom 19. Dezember 2000 - 1 TG 2902/00 - juris; ebenso OVG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 7. Juni 1999 - 3 M 18/99 - juris) dienstliche Beurteilungen im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung nicht älter als ein Jahr sein. Schon aus diesem Grund kann die Beschwerde der Antragsgegnerin keinen Erfolg haben.

Das Verwaltungsgericht hat seine Entscheidung überdies selbständig tragend auch darauf gestützt, dass die Antragsgegnerin für die Antragstellerin keine Anlassbeurteilung erstellt hat. Die Antragstellerin hatte im Zeitpunkt des Beurteilungsstichtages für die Regelbeurteilungen (31. Oktober 2013) nicht einmal zwei Monate Dienst geleistet und war zuvor beschäftigungslos gewesen. Demgemäß konnte für sie keine Regelbeurteilung erstellt werden. Das Verwaltungsgericht hat zu Recht herausgearbeitet, dass für die Antragstellerin, die im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung mehr als 22 Monate Dienst geleistet hatte, eine Anlassbeurteilung hätte erstellt werden müssen.

Die Antragsgegnerin trägt in diesem Zusammenhang vor, das Verwaltungsgericht lasse außer Betracht, dass bei der Antragsgegnerin über 20.000 Beamte zu beurteilen seien, was nur dann zu verwertbaren Ergebnissen führen könne, wenn die Beurteilungen vergleichbar seien. Zur Vergleichbarkeit gehöre wesentlich auch der gleiche Beurteilungszeitraum. Würden bei einer Beurteilungsaktion Regelbeurteilungen mit vorgegebenem Beurteilungszeitraum und Anlassbeurteilungen mit völlig anderem Beurteilungszeitraum nebeneinander gestellt, so würde dies einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 des Grundgesetzes darstellen. Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen habe in seinem Beschluss vom 7. November 2013 (6 B 1035/10 - juris) ausgeführt: „In diesem Zusammenhang erscheint zur Vermeidung weiterer Rechtsstreitigkeiten der Hinweis veranlasst, dass es nicht ausreicht, allein für die Antragstellerin eine Anlassbeurteilung zu erstellen und diese mit den zum Beurteilungsstichtag 01. Juli 2011 gefertigten Regelbeurteilungen der Mitkonkurrenten zu vergleichen. Die Enddaten der Beurteilungszeiträume würden um mehr als 2 ¼ Jahre auseinander fallen. Diese Aktualitätsdifferenz würde die anzustrebende größtmögliche Vergleichbarkeit nicht gewährleisten.“ Wenn für die Antragstellerin im Frühjahr 2015 eine Anlassbeurteilung erstellt worden wäre, so würden auch hier die Enddaten der Beurteilungszeiträume erheblich auseinanderfallen. Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main sei daher im vorliegenden Fall eine Anlassbeurteilung nicht angezeigt gewesen.

Dieses Vorbringen ist nicht schlüssig. Der von der Antragsgegnerin zitierten Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen ist zu entnehmen, dass dann, wenn für einen Bewerber eine Anlassbeurteilung notwendig ist, auch für die anderen Bewerber zeitnah Beurteilungen zu erstellen sind. Den gegenteiligen Schluss, die Anlassbeurteilung für den einen Bewerber könne unterbleiben, wenn sonst auch für die anderen Bewerber erneut Beurteilungen erstellt werden müssten, zieht das Oberverwaltungsgericht gerade nicht. Vielmehr hat das Oberverwaltungsgericht in der von der Antragsgegnerin zitierten Entscheidung dem Eilantrag einer Beamtin stattgegeben, deren Regelbeurteilung nicht hinreichend aktuell war und für die die daher erforderliche Anlassbeurteilung fehlte. Im Übrigen sind Anlassbeurteilungen im Verhältnis zu periodisch erteilten Regelbeurteilungen grundsätzlich als gleichwertig anzusehen (Hess. VGH, Beschluss vom 30. Juli 2015 - 1 B 970/15; Bay. VGH, Beschluss vom 28. Februar 2014 - 3 C 14.32 - juris, Rdnr. 32 bis 35; OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 28. November 2013 - 2 A 10804/13 - juris; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschlüsse vom 22. September 2011 - 6 A 1284/11 - und vom 9. Januar 2013 - 6 B 1125/12 - jeweils juris). Soweit die

Antragsgegnerin mit ihrem Vorbringen zum Ausdruck bringen will, dass für die Vielzahl der von ihr zu beurteilenden Beamten Anlassbeurteilungen nicht erfolgen könnten, ist ihr entgegen zu halten, dass sie dann zur Gewährleistung hinreichender Aktualität jährlich Regelbeurteilungen erstellen müsste, wie dies in der zwischenzeitlich außer Kraft getretenen Beurteilungsrichtlinie vom 23. Oktober 2014 vorgesehen war. Danach steht fest, dass die Beschwerde der Antragsgegnerin keinen Erfolg hat.

Ob die weitere Annahme des Verwaltungsgerichts zutrifft, dass die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen sei, für die Antragstellerin eine Fortschreibung früher getroffener Qualitätseinstufungen vorzunehmen, kann dahinstehen. Von entscheidender Bedeutung ist, dass die Antragsgegnerin jedenfalls verpflichtet war, für die Antragstellerin eine aktuelle dienstliche Beurteilung, gegebenenfalls als Anlassbeurteilung zu erstellen, die hier jedoch fehlt. Dementsprechend hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin nicht ordnungsgemäß in das streitige Beförderungsauswahlverfahren einbezogen.

Da die Beschwerde erfolglos bleibt, hat die Antragsgegnerin gemäß § 154 Abs. 2 VwGO die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Zu einer Billigkeitsentscheidung gemäß § 162 Abs. 3 VwGO hinsichtlich außergerichtlicher Kosten der Beigeladenen besteht kein Anlass, da diese keine Anträge gestellt und somit kein Kostenrisiko übernommen haben (vgl. § 154 Abs. 3 VwGO).

Die Festsetzung des Streitwertes für das Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 47 Abs. 1, 52 Abs. 1 und 5, 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

Dr. Dittmann

Dörr

Metzner

**Beglaubigt:**

Kassel, den 11.11.2015  
Spitzer  
Justizbeschäftigte  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

