

**Titel:**

**Nichteröffnete Anlassbeurteilung als Grundlage einer Auswahlentscheidung**

**Normenketten:**

GG Art. 19 Abs. 4, Art. 33 Abs. 2

BLV § 50 Abs. 3

**Leitsatz:**

**Der Dienstherr darf eine Beurteilung nur dann als Grundlage einer Auswahlentscheidung heranziehen, wenn sie dem Beamten zuvor eröffnet worden ist. Denn wenngleich es sich bei dienstlichen Beurteilungen nicht um Verwaltungsakte handelt, erlangen sie gegenüber dem Beamten erst Wirksamkeit, wenn sie ihm bekanntgegeben werden. Das folgt aus einer entsprechenden Anwendung des § 43 VwVfG. Vor dem Zeitpunkt der Bekanntgabe sind Beurteilungen rechtlich betrachtet nicht existent und demgemäß nicht verwendbar. (Rn. 39) (Rn. 42) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Rechtswidrige Entscheidung über Vergabe eines Dienstpostens, nicht eröffnete Anlassbeurteilung als Grundlage der Auswahlentscheidung, Anlassbeurteilung, Auswahlentscheidung, Beamte, Besoldungsgruppe, Bewerber, Dienstherr, dienstliche Beurteilung, Dienstposten, Regelbeurteilung, Statusamt, Stellenbesetzung, Bewerbungsverfahrenanspruch, Dienstliche Beurteilung, Eröffnungspflicht, Konkurrentenstreit, Unterzeichnet, Dienstgruppenleiter, EPHK

**Tenor**

1. Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, bis zur rechts- bzw. bestandskräftigen Entscheidung über den Widerspruch des Antragstellers für diesen zumindest einen Dienstposten Dienstgruppenleiter, Besoldungsgruppe ..., am Dienstort ... frei zu halten.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens. Die Beigeladenen tragen ihre außergerichtlichen Kosten selbst.
3. Der Streitwert wird auf 2.500 Euro festgesetzt.

**Gründe**

I.

1

Der am ... geborene Antragsteller steht als Erster Polizeihauptkommissar (EPHK), gehobener Dienst, Besoldungsgruppe A13, im Dienst der Antragsgegnerin. Er begehrt im Wege der einstweiligen Anordnung die Verpflichtung der Antragsgegnerin, die Beförderung eines Konkurrenten für wenigstens einen Dienstposten Dienstgruppenleiter (Besoldungsgruppe A11-A13gZ der Bundesbesoldungsordnung - BBesO) am Dienstort ... bis zu einer rechts- oder bestandskräftigen Entscheidung in der Hauptsache nicht zu vollziehen.

2

1. Mit Stellenausschreibung BPOLD M Nr. ... schrieb die Antragsgegnerin zwei Stellen für den Dienstposten des Dienstgruppenleiters (Besoldungsgruppe A11-A13gZ BBesO), gehobener Dienst, am Dienstort ... aus. Neben der Beschreibung der Aufgabengebiete enthielt die Stellenausschreibung auch ein Anforderungsprofil mit fünf konstitutiven und vier fakultativen Anforderungen. Auf diesen Dienstposten bewarben sich neben dem Antragsteller auch noch die beiden Beigeladenen sowie vier weitere Beamte.

3

Die Antragsgegnerin hatte für den Antragsteller für den Zeitraum 01.10.2019 bis 11.06.2021 in seinem aktuellen Statusamt (letzte Ernennung: 12.06.2020) in der Funktion als Dienstgruppenleiter A11-A13gD eine Anlassbeurteilung erstellt (vermerkter Anlass: Auswahlentscheidung der Ausschreibung bei der AKA ...). Er erzielte darin eine Gesamtwertung von B3. Der Erstbeurteiler unterzeichnete die Beurteilung am

06.09.2021, der Zweitbeurteiler am 04.10.2021. Das Feld „VII. Eröffnung“ enthält keine Eintragung. Die Anlassbeurteilung für diesen Beurteilungszeitraum war als „aktuelle Regel-/Anlassbeurteilung“ in dem dem Bewerberblatt des Antragstellers angefügten Datenblatt vermerkt (vgl. Bl. 6 der Behördenakte).

**4**

Eine weitere - in den Akten nicht enthaltene - Anlassbeurteilung für den Zeitraum 01.10.2019 bis 31.08.2021 wurde nach übereinstimmenden Angaben von Antragsteller- und Antragsgegnerseite von Erst- und Zweitbeurteiler am 01.09.2021 bzw. 18.10.2021 unterzeichnet und dem Antragsteller am 12.11.2021 auf dem Postweg zugestellt.

**5**

Gegen beide Anlassbeurteilungen habe der Antragsteller Widerspruch eingelegt, über den wohl jeweils noch nicht entschieden ist.

**6**

Der am ... geborene Beigeladene zu 1, auch im Statusamt eines EPHK, Besoldungsgruppe A13g (letzte Beförderung: 12.06.2020), bewarb sich mit Datum vom 02.05.2021 ebenfalls auf die ausgeschriebene Stelle. Er erhielt in der aktuellen Anlassbeurteilung vom ... die Note B3. In der vorangegangenen Regelbeurteilung erzielte er mit Datum vom 01.10.2016 das Gesamtergebnis B1 im Statusamt eines Polizeihauptkommissars.

**7**

Mit Auswahlvermerk vom 20.08.2021 stellte die Antragsgegnerin fest, dass EPHK ..., der sich ebenfalls beworben hatte, ebenso wie der Antragsteller die konstitutiven Anforderungskriterien erfülle, aber aktuell um zwei Noten besser beurteilt sei als dieser. Er wurde daher für den ersten der beiden ausgeschriebenen Dienstposten vorgeschlagen. Die übrigen Bewerber, darunter der Antragsteller, seien im selben Statusamt nur zwei Noten schlechter beurteilt als der nunmehr zum Zuge gekommene Bewerber. Bei Betrachtung des Beigeladenen zu 1 werde im Vergleich zu seinen Mitbewerbern im Rahmen der Beurteilung der nicht konstitutiven Anforderungskriterien deutlich, dass er in den Kriterien „g) Eignung oder Befähigung zum Führen von Mitarbeitern“, „h) organisatorische Fähigkeit“ und „i) Fähigkeit zum konzeptionellen Arbeiten“ aktuell gegenüber dem Beigeladenen zu 2 in den Kriterien g) und h) gleich beurteilt, aber im Kriterium i) um eine Note besser beurteilt sei. Gegenüber dem Antragsteller, der sich ebenfalls im selben statusrechtlichen Amt befinde, sei er in den Kriterien g), h), i) um jeweils eine Note besser beurteilt. Man schlage daher den Beigeladenen zu 1 für den zweiten der ausgeschriebenen Dienstposten vor. Welche der beiden Anlassbeurteilungen des Antragstellers dieser Auswertung zugrunde lag, geht aus dem Vermerk nicht hervor.

**8**

Mit Schreiben vom 13.09.2021 stimmte der Gesamtpersonalrat diesen Personalmaßnahmen zu.

**9**

Jeweils mit Schreiben vom 15.09.2021 wurden dem Beigeladenen zu 1 sowie EPHK ... die positive Auswahlentscheidung mitgeteilt. Der Antragsteller erhielt mit Schreiben vom selben Tag die Mitteilung, dass er nicht zum Zuge gekommen sei.

**10**

Mit Schreiben vom 23.09.2021 teilte EPHK ... mit, dass er aus persönlichen Gründen seine Bewerbung auf die streitgegenständliche Stelle zurückziehe und den Dienstposten nicht annehmen werde.

**11**

Mit neuem Auswahlvermerk vom 08.10.2021 stellte die Antragsgegnerin daher fest, dass in Bezug auf den Beigeladenen zu 2 im Vergleich zu seinen Mitbewerbern im Rahmen der Beurteilung der nicht konstitutiven Anforderungskriterien deutlich werde, dass der Beigeladene zu 2 in den Kriterien g), h) und i) aktuell gegenüber dem Antragsteller im gleichen statusrechtlichen Amt in den Kriterien g) und h) jeweils um eine Note besser und im Kriterium i) gleich beurteilt sei. Zwar erfülle der Antragsteller im Vergleich zum Beigeladenen zu 2 das Kriterium f), dies könne allerdings den Leistungsvorsprung des Beigeladenen zu 2 bei einer Gesamtbetrachtung der nicht konstitutiven Anforderungskriterien nicht aufheben. Daher werde der Beigeladene zu 2 für den zweiten der ausgeschriebenen Dienstposten vorgeschlagen. Welche der beiden Anlassbeurteilungen des Antragstellers dieser Auswertung zugrunde lag, geht aus dem Vermerk wiederum nicht hervor.

**12**

Der Gesamtpersonalrat stimmte mit Schreiben vom 16.11.2021 dieser Stellenbesetzung zu.

**13**

Mit Schreiben vom 17.11.2021 teilte die Antragsgegnerin dem Beigeladenen zu 2 die Auswahlentscheidung mit. Dem Antragsteller teilte sie mit einem mit Rechtsbehelfsbelehrung versehenen Schreiben vom selben Tag mit, dass er erneut nicht zum Zuge gekommen sei.

**14**

Mit Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 01.12.2021 ließ der Antragsteller gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 17.11.2021 Widerspruch erheben, über den bislang nicht entschieden ist.

**15**

2. Mit Schriftsatz vom 01.12.2021 beantragte der Antragsteller über seine Bevollmächtigte:

**16**

Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO bis zur bestands- bzw. rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache untersagt, die Beförderung wenigstens eines Konkurrenten des Antragstellers nach Besoldungsgruppe A 11-13gZ durch Aushändigung der Ernennungsurkunde zu vollziehen und bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens für den Antragsteller eine Beförderungsstelle nach Besoldungsgruppe A 11-13gZ freizuhalten.

**17**

Zur Begründung ließ er zunächst ausführen, dass ihm zum vorliegenden Bewerbungsverfahren keine Anlassbeurteilung vorliege. Dem Antragsteller sei jedoch bekannt, dass im Rahmen der Stellenbesetzung eine Anlassbeurteilung für ihn erstellt worden sei. Dass er von dieser Beurteilung keine Kenntnis habe, habe der Antragsteller der Antragsgegnerin bereits mit Schreiben vom 23.09.2021 mitgeteilt. Eine Rückmeldung habe er nicht erhalten. Auch auf das Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 11.10.2021 an die Antragsgegnerin, mit dem rein vorsorglich Widerspruch gegen die Anlassbeurteilung erhoben worden sei, sei bislang keine Reaktion erfolgt. Man habe am 02.11.2021 lediglich telefonisch mitgeteilt, dass der Vorgang nach ... zur dortigen Bundespolizeidirektion weitergeleitet würde. Die Anlassbeurteilung weiche mit einem Gesamtergebnis von B3 erheblich vom Gesamturteil der vorangegangenen periodischen Beurteilung 2019 von B1 ab.

**18**

Ein Anordnungsgrund sowie ein Anordnungsanspruch seien gegeben. Insbesondere ergebe sich ein Anordnungsanspruch aus der Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs des Antragstellers. Es sei bereits nicht bekannt, ob und welche Beurteilung die Antragsgegnerin ihrer Auswahlentscheidung zugrunde gelegt habe. Darin liege ein Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 des Grundgesetzes (GG) sowie § 50 Abs. 3 der Bundeslaufbahnverordnung (BLV).

**19**

Die Auswahlentscheidung sei auch deshalb fehlerhaft, weil der Bescheid nicht erkennen lasse bzw. begründe, anhand welcher Kriterien die Auswahl erfolgt sei.

**20**

Mit Schriftsatz vom 02.12.2021 sicherte die Antragsgegnerin zunächst zu, bis zu einer Entscheidung des Gerichts über den streitgegenständlichen Antrag von „(weiteren) Vollzugs- und Vollstreckungsmaßnahmen“ abzusehen und teilte auf gerichtliche Anfrage mit weiterem Schreiben vom 06.12.2021 die Daten sämtlicher Bewerber auf die streitgegenständliche Stellenausschreibung als zu dem Verfahren Beizuladende mit.

**21**

Die Antragsgegnerin beantragte mit Schriftsatz vom 13.12.2021, den Antrag abzulehnen.

**22**

Der Antragsteller habe die Voraussetzungen eines Anordnungsanspruchs nicht glaubhaft gemacht. Die angegriffene Auswahlentscheidung sei nicht zu beanstanden. Die wesentlichen Auswahlerwägungen seien mit Blick auf Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG schriftlich in den Stellenbesetzungsberichten vom 20.08.2021 und 08.10.2021 niedergelegt. Danach ergebe sich in materiell-rechtlich nicht zu beanstandender Weise ein deutlicher Leistungsvorsprung der ausgewählten Bewerber

gegenüber dem Antragsteller. Dem Antragsteller sei zudem zwischenzeitlich die Anlassbeurteilung für den Zeitraum 01.10.2019 bis 11.06.2021 eröffnet worden. Insofern sei von einer Heilung auszugehen.

### **23**

Mit Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts Bayreuth vom 20.12.2021 wurden die beiden zum Zuge gekommenen Bewerber zum Verfahren beigelegt. Sie haben sich zum Verfahren nicht geäußert und keine Anträge gestellt.

### **24**

Ergänzend teilte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 28.12.2021 mit, dass kein Anordnungsgrund in Bezug auf den Beigeladenen zu 1 bestehe, weil dem Antragsteller bereits mit Bescheid vom 15.09.2021, ihm ausgehändigt am 16.09.2021, die Auswahl des Beigeladenen zu 1 mitgeteilt worden sei. Dieser Bescheid sei inzwischen bestandskräftig geworden. Nur gegen die Nachauswahl mit Bescheid vom 17.11.2021 habe der Antragsteller am 01.12.2021 Widerspruch erhoben.

### **25**

Die Antragstellerseite wiederholte und vertiefte mit Schriftsatz vom 30.12.2021 zunächst ihre bereits im Antragschriftsatz geäußerte Rechtsauffassung. Sie wies weiter darauf hin, dass die Antragsgegnerin in den Stellenbesetzungsberichten nicht ausführe, ob oder welche Beurteilung den jeweiligen Stellenbesetzungsberichten zugrunde gelegt worden sei. Es gebe keine Aktennotiz, aus der sich ergebe, dass dem Antragsteller inzwischen die Anlassbeurteilung für den Zeitraum 01.10.2019 bis 11.06.2021 eröffnet worden sei. Eine nachträgliche Eröffnung der Beurteilung bewirke zudem nicht deren Heilung.

### **26**

Neben den formellen Fehlern weise diese Beurteilung auch materielle Fehler auf. Die Anlassbeurteilung stelle eine erhebliche Verschlechterung zur letzten periodischen Beurteilung dar und bedürfe daher einer entsprechenden Begründung.

### **27**

Die Antragsgegnerin erwiderte mit Schriftsatz vom 10.01.2022, dass Anlassbeurteilungen, die für Stellenauswahlentscheidungen erstellt würden, auch für andere Stellenausschreibungen Wirkung entfalten würden. Dies ergebe sich durch die Verfügung des Polizeipräsidioms vom 27.06.2018. Die nunmehr ins Spiel gebrachte weitere Anlassbeurteilung sei ausschließlich für Beförderungsauswahlentscheidungen erstellt worden und dürfe nicht für Stellenausschreibungen herangezogen werden. Durch die Eröffnung am 12.11.2021 sei ein eventueller Verfahrensfehler auch geheilt. Die Verschlechterung der Gesamtnote des Antragstellers gegenüber der letzten periodischen Beurteilung ergebe sich daraus, dass der Antragsteller am 12.06.2020 zum EPHK befördert worden sei. Er habe sich damit im neuen Statusamt in einer neuen Vergleichsgruppe bewähren müssen.

### **28**

Die Bevollmächtigte des Antragstellers verwies abschließend mit Schriftsatz vom 20.01.2022 auf die Ziffer 5.8 der Richtlinien für die Beurteilung der Beamtinnen und Beamten der Bundespolizei des Bundesministeriums des Inneren vom 10.12.2015. Eine dienstliche Beurteilung sei vor ihrer Eröffnung und Besprechung keine voll geeignete Grundlage für eine Auswahlentscheidung nach dem Leistungsgrundsatz.

### **29**

3. Ergänzend wird auf die Gerichts- und Behördenakten Bezug genommen.

II.

### **30**

Der Antrag ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

### **31**

1. Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) kann das Gericht, gegebenenfalls bereits vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert wird. § 123 Abs. 1 VwGO setzt ein besonderes Bedürfnis für die Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes (Anordnungsgrund) im Interesse der Wahrung des behaupteten Rechts (Anordnungsanspruch) voraus. Beides ist vom Antragsteller glaubhaft zu machen, § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 der Zivilprozessordnung (ZPO).

### 32

Maßgebend für die Beurteilung sind die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung. Ist die geltend gemachte materielle Rechtsposition grundsätzlich sicherungsfähig, hängt die Bejahung eines Anordnungsanspruchs regelmäßig davon ab, welche Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren bestehen. Die gerichtliche Überprüfung der hier streitgegenständlichen Auswahlentscheidung(en) ist im Hauptsacheverfahren - verfassungsrechtlich unbeanstandet - grundsätzlich 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 den fraglichen Dienstposten, 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, das heißt wenn seine Auswahl möglich erscheint. Derselbe Maßstab wie im Hauptsacheverfahren ist auch anzulegen, wenn der bei der Auswahl eines Beförderungsbewerbers unterlegene Bewerber 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 (BVerfG, B.v. 24.9.2002 - 2 BvR 857/02 - BayVBl 2003, 240).

### 33

2. Der Antragsteller hat nach diesen Maßstäben sowohl einen Anordnungsanspruch (dazu sogleich unter a) als auch einen Anordnungsgrund (dazu unter b) glaubhaft gemacht.

### 34

a) Ein Anordnungsgrund ergibt sich in beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitigkeiten wie der vorliegenden in der Regel bereits daraus, dass die einmal vollzogene Beförderung von Konkurrenten wegen des Grundsatzes der Ämterstabilität regelmäßig nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Lediglich in Fällen, in denen der unterlegene Bewerber unter Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes (GG) daran gehindert worden ist, seine Rechtsschutzmöglichkeiten effektiv wahrzunehmen, besteht die Möglichkeit der Aufhebung einer erfolgten Ernennung (BVerwG, U.v. 4.11.2010, Az.: 2 C 16/09, BVerwGE 138, 102 - juris Rn. 27). Entsprechend dem Regelfall hat der Antragsteller vorliegend einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Insbesondere geht weder aus den Akten noch aus den Äußerungen der Antragsgegnerin hervor, ob die vom Antragsteller nicht angefochtene erste Auswahlentscheidung - der jedoch eine angefochtene und nicht eröffnete Anlassbeurteilung zugrunde liegt (zu dieser Problematik siehe sogleich unter b)) - durch Aushändigung der Ernennungsurkunde an den Beigeladenen zu 1 bereits irreversibel vollzogen wurde.

### 35

b) Der Antragsteller hat zudem einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht, da die von der Antragsgegnerin getroffene Auswahlentscheidung nach summarischer Prüfung unter Verletzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs ergangen ist. Insbesondere die der Auswahlentscheidung zugrundeliegende Anlassbeurteilung des Antragstellers weist durch die fehlende Eröffnung nach summarischer Prüfung einen erheblichen Rechtsfehler auf.

### 36

Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen das grundrechtsgleiche Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt entsprechend seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung, sodass für öffentliche Ämter die Besetzung nach dem Leistungsprinzip gilt. Ein Beförderungsbewerber hat dementsprechend einen Bewerbungsverfahrensanspruch, d.h. einen Anspruch darauf, dass der Dienstherr über seine Bewerbung beurteilungs- und ermessensfehlerfrei entscheidet (BVerwG, B.v. 22.11.2012, Az.: 2 VR 5.12, BVerwGE 145, 112 - juris Rn. 23). Ein abgelehnter Bewerber, dessen subjektives Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG durch eine fehlerhafte Auswahlentscheidung des Dienstherrn verletzt worden ist, kann eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung zumindest dann beanspruchen, wenn seine Erfolgsaussichten bei

einer erneuten Auswahl offen sind, seine Auswahl also möglich erscheint. Dieser Prüfungsmaßstab gilt sowohl im Hauptsacheverfahren als auch im Verfahren über den Erlass einer einstweiligen Anordnung, wobei die Anforderungen an die Glaubhaftmachung ebenfalls nicht über das hinausgehen dürfen, was für ein Obsiegen im Hauptsacheverfahren genügt (BVerwG, a.a.O, Rn. 22; BVerfG-K, B.v. 24.9.2002 - 2 BvR 857/02 - NVwZ 2003, 200 - Rn. 14). Im Rahmen der vom Dienstherrn unter Beachtung des Art. 33 Abs. 2 GG zu treffenden Auswahlentscheidung muss der Leistungsvergleich anhand aussagekräftiger, d.h. aktueller, hinreichend differenzierter und auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhender dienstlicher Beurteilungen vorgenommen werden. Maßgeblich ist in erster Linie das abschließende Gesamturteil, welches anhand einer Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen leistungsbezogenen Gesichtspunkte gebildet wurde (vgl. BVerwG, B.v. 27.9.2011, Az.: 2 VR 3.11 - NVwZ-RR 2012, 71/72; BayVGh, B.v. 27.10.2015, Az.: 6 CE 15.1849 - juris Rn. 10; BayVGh, B.v. 17.4.2013, Az.: 6 CE 13.119 - juris Rn. 11 m.w.N.). Im Streit über die Auswahl für ein Beförderungsamts hat das Gericht daher auch die der Auswahl zugrundeliegenden dienstlichen Beurteilungen zu überprüfen. Einwendungen gegen eine dienstliche Beurteilung, die als solche kein Verwaltungsakt und deshalb auch nicht der Bestandskraft fähig ist, können unmittelbar in einem Bewerbungsverfahren wie auch in einem anschließenden verwaltungsgerichtlichen Konkurrentenstreit geltend gemacht werden (vgl. BVerwG, B.v. 20.1.2004, Az.: 2 VR 3/03 - juris Rn. 10).

### **37**

Dabei ist die gerichtliche Inzidentprüfung der dienstlichen Beurteilung auf denjenigen Maßstab beschränkt, der auch sonst für die Überprüfung einer Beurteilung als Akt wertender Erkenntnis gilt: Um den Beurteilungsspielraum des Dienstherrn zu wahren, ist das Gericht darauf beschränkt, zu überprüfen, ob der anzuwendende Begriff oder der gesetzliche Rahmen, in dem sich der Beurteilende bewegen kann, verkannt wurde, ob ein unrichtiger Sachverhalt zugrunde gelegt oder allgemeine Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt wurden. Soweit der Beurteilung Richtlinien zugrunde liegen, wird auch überprüft, ob sich der Beurteilende an die Richtlinien gehalten hat, die Richtlinien im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung bleiben und sie auch sonst mit höherrangigem Recht in Einklang stehen (vgl. BVerwG, U.v. 26.6.1980 - 2 C 8/78 - BVerwGE 60, 245/246; BayVGh, B.v. 29.1.1997 - 3 B 95.1662; U.v. 22.5.1985 - 3 B 94 A.1993).

### **38**

Gemessen hieran waren die Auswahlentscheidungen der Antragsgegnerin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit rechtswidrig und dürften den Bewerberverfahrensanspruch des Antragstellers verletzt haben. Die Auswahlentscheidungen wurden nämlich aufgrund einer fehlerhaften Erkenntnisgrundlage getroffen. Dabei wirkt es sich im Ergebnis nicht aus, dass der Antragsteller gegen die erste Negativmitteilung keinen Widerspruch eingelegt hat und ob diesbezüglich bereits eine Ernennung und Urkundenaushändigung stattgefunden hat. Es kann außerdem dahinstehen, welche der beiden im Verfahren zur Sprache gekommenen Anlassbeurteilungen des Antragstellers den Auswahlentscheidungen zugrunde gelegt wurde. Es kann schließlich ebenso offen bleiben, ob die Anlassbeurteilungen inhaltliche Beurteilungsfehler aufweisen, weil ihre Zugrundelegung an sich bereits zur Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung führt.

### **39**

Maßgeblich für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung ist grundsätzlich die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung, denn es kommt auf die Erwägungen an, die der Dienstherr hierfür in Ausübung seines Auswahlermessens und des ihm vorbehaltenen Beurteilungsspielraums hinsichtlich der Eignung der Kandidaten angestellt hat (vgl. BVerwG, U.v. 26.1.2012 - 2 A 7.09 -; B.v. 16.12.2008 - 1 WB 19.08 -; U.v. 25.4.2007 - 1 WB 31.06 - alle juris). An diesem Tage sind Eignung, Befähigung und fachliche Leistung aller Kandidaten zu bewerten und miteinander zu vergleichen. Demgemäß fehlt es vorliegend an einer tragfähigen Auswahlgrundlage. Der Dienstherr darf eine Beurteilung nämlich nur dann als Grundlage einer Auswahlentscheidung heranziehen, wenn sie dem Beamten zuvor eröffnet worden ist. Denn wenngleich es sich bei dienstlichen Beurteilungen nicht um Verwaltungsakte handelt, erlangen sie gegenüber dem Beamten erst Wirksamkeit, wenn sie ihm bekanntgegeben werden. Das folgt aus einer entsprechenden Anwendung des § 43 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG). Vor dem Zeitpunkt der Bekanntgabe sind Beurteilungen rechtlich betrachtet nicht existent und demgemäß nicht verwendbar (vgl. BVerwG, B.v. 24.5.2011 - 1 WB 59.10 - juris Rn. 10; OVG NW, B.v. 11.2.2016 - 1 B 1206/15 - juris Rn. 13; B.v. 16.10.2014 - 1 B 856/14 - juris Rn. 6 ff.).

**40**

Von der Antragsgegnerin war als erster Auswahlstichtag der 20.08.2021 durch Erstellung des Auswahlvermerks und für die Nachauswahl der 08.10.2021 festgelegt worden.

**41**

Es spricht nach Aktenlage vieles dafür, dass für beide Auswahlentscheidungen die in den Akten befindliche Anlassbeurteilung für den Zeitraum 01.10.2019 bis 11.06.2021 maßgeblich war. Zwar moniert die Antragstellerseite zu Recht, dass sich dies aus dem Besetzungsvermerk nicht ergebe. Das dem Bewerberblatt des Antragstellers beigefügte Datenblatt bezieht sich bei dem Punkt „aktuelle Regel-/Anlassbeurteilung“ jedoch auf diesen Beurteilungszeitraum und auch die Antragsgegnerin legte im gerichtlichen Verfahren im Schriftsatz vom 10.01.2022 dar, dass sie diese Beurteilung ihrer Auswahlentscheidung zugrunde gelegt habe. Diese Anlassbeurteilung wurde dem Antragsteller nach Aktenlage aber bis heute nicht eröffnet.

**42**

Ungeachtet der Frage ihrer Eröffnung war die Anlassbeurteilung des Antragstellers überdies zum ersten Auswahlstichtag noch nicht einmal vom Erst- und Zweitbeurteiler unterzeichnet. Dies geschah erst am 06.09.2021 bzw. 04.10.2021. Damit stand zum Stichtag 20.08.2021 noch nicht einmal der Inhalt der Beurteilung unabrückbar fest (vgl. VG Stuttgart, B.v. 19.2.2014 - 12 K 4747/13 - beck-online). Ausweislich der in den Akten der Antragsgegnerin befindlichen Auswahlvermerke wurde die Entscheidung über die faktische Stellenvergabe durch die Auswahlentscheidungen am 20.08.2021 bzw. am 08.10.2021 getroffen. Am 13.09.2021 lag bereits für die erste Besetzungsentscheidung die Zustimmung des Personalrats vor, am 16.11.2021 diejenige für die Nachauswahl. Bekanntgegeben wurden beide Auswahlentscheidungen am 15.09.2021 bzw. am 17.11.2021. Spätestens hiermit hat sich die Antragsgegnerin auf die zu befördernden Personen endgültig festgelegt. Bislang hatte der Antragsteller aber keinerlei Möglichkeit, sich mit dem Inhalt seiner Anlassbeurteilung auch nur auseinanderzusetzen, geschweige denn diese mit einem Rechtsbehelf anzugreifen. Die „inoffiziellen“ Noten fanden vielmehr „vorab“ Eingang in die Beförderungsrangliste, nämlich indem die Antragsgegnerin diese durch Vermerk in der Liste der Bewerber für die ausgeschriebenen Dienstposten ihrem Ranking zugrunde legte, noch bevor der Erst- bzw. Zweitbeurteiler sein Votum abgegeben hatte. Dieses Vorgehen ist auch mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar, weil der Antragsteller vor der Bekanntgabe der Beurteilung keine Möglichkeit hat, sich damit differenziert auseinanderzusetzen und Einwände gegen sie zu erheben (vgl. OVG NW, U.v. 27.6.2013 - 6 A 63/12 - juris Rn. 40). Insgesamt stützte sich die Auswahlentscheidung damit auf eine rechtlich noch nicht existente Beurteilung. Hierin liegt jedenfalls keine tragfähige Erkenntnisgrundlage für die Entscheidung über die Bewerbung des Antragstellers.

**43**

Selbst für den eher unwahrscheinlichen Fall, dass die inzwischen immerhin per Post zugestellte, aber nicht einmal in den Akten enthaltene Anlassbeurteilung für den Zeitraum 01.10.2019 bis 31.08.2021 maßgeblich gewesen sein sollte, hätte dies auf die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Stellenbesetzungsentscheidung keine Auswirkung. Denn diese Beurteilung wurde dem Antragsteller nach übereinstimmendem Vortrag von Antragsteller und Antragsgegnerin erst am 12.11.2021, also knapp drei Monate bzw. mehr als einen Monat nach den Auswahlentscheidungen, übersandt und niemals persönlich eröffnet. Letzteres stellt einen Verstoß gegen § 50 Abs. 3 Satz 1 BLV dar, wonach die dienstliche Beurteilung der Beamtin oder dem Beamten in ihrem vollen Wortlaut zu eröffnen und mit ihr oder ihm zu besprechen ist. Nach Satz 2 ist die Eröffnung aktenkundig zu machen und mit der Beurteilung zu den Personalakten zu nehmen. Die Besprechung der Beurteilung, die nicht bereits deshalb entfallen kann, weil schon zuvor im Rahmen eines Beurteilungsgesprächs eine Erörterung des Beurteilungsentwurfs stattgefunden hatte, „gibt dem Dienstherrn Gelegenheit, dem Beamten die ... (Beurteilungs-)Ergebnisse sowie einzelne Werturteile und ihre Grundlagen näher zu erläutern“. Ziel der „Erläuterung“ eines Werturteils muss es sein, dass dieses „keine formelhafte Behauptung bleibt, sondern dass es für den Beamten einsichtig ... wird“; der Beamte soll „die Gründe und Argumente des Dienstherrn erfahren“, „der Weg, der zu dem Urteil geführt hat“, soll für ihn „sichtbar“ werden. Ein „allgemein und pauschal formuliertes Werturteil“ kann „durch Anführung von tatsächlichen Vorgängen, aber auch von weiteren (Teil-)Werturteilen“ erläutert werden (Schnellenbach/Bodanowitz BeamtenR, § 11 Dienstliche Beurteilung Rn. 32, beck-online). Somit hat die Antragsgegnerin dem Antragsteller auch die zweite Anlassbeurteilung nicht in ausreichender Form eröffnet.

**44**

Weil die angegriffenen Auswahlentscheidungen auf einer fehlerhaften Erkenntnisgrundlage getroffen wurden, erscheint es nicht ausgeschlossen, dass der Antragsteller für die Einweisung in ein Amt der Besoldungsgruppe A11-A13gZ in Betracht kommt, da er ausweislich des Auswahlvermerks auch die konstitutiven Anforderungsmerkmale erfüllt.

**45**

Dem Antrag war daher stattzugeben.

**46**

3. Die Antragsgegnerin hat als unterlegene Beteiligte die Kosten des Verfahrens nach § 154 Abs. 1 VwGO zu tragen. Es entspricht der Billigkeit, dass die Beigeladenen, die sich mangels eigener Antragstellung keinem Kostenrisiko ausgesetzt haben (§ 154 Abs. 3 Satz 1 VwGO), ihre außergerichtlichen Kosten selbst tragen, § 162 Abs. 3 VwGO.

**47**

4. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 52 Abs. 2 GKG. Dieser Streitwert ist hier nach Ziffer 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (vgl. <https://www.bverwg.de/medien/pdf/streitwertkatalog.pdf>) zu halbieren.