



02.02.2016

Wichtige neue Entscheidung

Fiktive Leistungsfeststellung bei Personalräten: Beurteilungsnachzeichnung durch Bildung einer Vergleichsgruppe; möglicher Zeitraum für eine Laufbahnnachzeichnung

Art. 33 Abs. 2 GG, Art. 8 BayPVG, Art. 16 Abs. 1, 2, Art. 17a Abs. 2, 1 LlbG

Konkurrentenstreit
Auswahlentscheidung
Freigestelltes Personalratsmitglied
Laufbahnnachzeichnung
Gültigkeitszeitraum bis 9 Jahre
Nichtkompensierbarer Vorsprung

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 25.01.2016, Az. 3 CE 15.2014 u.a.

Orientierungssätze der LAB:

1. Es ist allgemein anerkannt, dass die Bildung einer Vergleichsgruppe mit der fiktiven Nachzeichnung des beruflichen Werdegangs und des Leistungsbilds ein geeignetes Mittel ist, eine Benachteiligung eines freigestellten Personalratsmitglieds zu verhindern.

Hinweis: Diese Entscheidung wird gleichzeitig auf unserer Internetseite eingestellt.

www.landesanwaltschaft.bayern.de

2. Eine sich über den Zeitraum von drei Beurteilungszeiträumen, hier 9 Jahre, erstreckende fiktive Laufbahnfortzeichnung beruht noch auf einer hinreichend belastbaren Tatsachengrundlage.

Hinweis:

Der 3. Senat des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs hatte in diesem Beschwerdeverfahren und drei weiteren Parallelfällen über vier im Wege des Konkurrentenstreits angegriffene Stellenbesetzungsentscheidungen des Freistaats zu entscheiden. Beschwerdeführer war in allen Verfahren ein freigestellter Personalrat, der geltend machte, die Auswahlentscheidungen seien fehlerhaft, weil seine Eignung, fachliche Leistung und Befähigung unzureichend berücksichtigt worden seien. Die vom Dienstherrn zur fiktiven Nachzeichnung seines beruflichen Werdegangs und Leistungsbilds herangezogene Vergleichsbeamtengruppe sei als Grundlage der Auswahlentscheidung ungeeignet.

Der Senat hat die der Auswahlentscheidung zugrunde gelegte fiktive Nachzeichnung des beruflichen Werdegangs und des Leistungsbilds des Antragstellers bemängelt und auch die im Verfahren erfolgte Nachbesserung durch eine neuerliche Vergleichsbetrachtung auf der Grundlage des Art. 17a LlbG für nicht möglich erachtet.

Allerdings hat er inzident geprüft, ob der Antragsteller im Falle einer neuerlichen Auswahlentscheidung auf der Basis der aktuellen fiktiven Nachzeichnung überhaupt als aussichtsreicher Bewerber in Betracht käme. In diesem Rahmen hat er festgestellt, dass der mittlerweile erreichte Nachzeichnungszeitraum von 9 Jahren noch keinen Anlass bietet, dieses Verfahren grundsätzlich in Frage zu stellen. Der „Gültigkeitszeitraum“ der einer fiktiven Nachzeichnung zugrunde liegenden Ursprungsbeurteilung erweist sich damit als deutlich länger als der einer regulären Beurteilung. Für den Interessierten sei hier auf die Zusammenstellung der deutschlandweiten Rechtsprechung zu dieser Frage bei Wolff „Die Aktualität der dienstlichen Beurteilung“ in ZBR 2016, 7 ff. verwiesen.

Den Rechtsmitteln blieb ein Erfolg im Ergebnis nur verwehrt, weil die ausgewählten Bewerber jeweils einen sehr deutlichen Eignungsvorsprung gegenüber der fiktiven Leistungsfortschreibung des Antragstellers aufweisen konnten.

Die hier behandelten Rechtsfragen zeigen, mit welchen Hindernissen Beamtinnen und

Beamten selbst dann noch rechnen müssen, wenn sie sich in einem Stellenbesetzungsverfahren gegen Mitbewerber durchgesetzt haben. Im Falle eines Konkurrentenstreits hängt ihre zeitnahe Beförderungsaussicht ggf. von Umständen ab, die in der Sphäre der formal oder materiell streitigen Beurteilung eines Mitbewerbers liegen. Es bleibt zu hoffen, dass die für den Verwaltungsrichtertag 2016 unter Beteiligung von Mitgliedern des beamtenrechtlichen Revisionssenats des Bundesverwaltungsgerichts angekündigte Diskussion über die Neuausrichtung des beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahrens tatsächlich neue Lösungsansätze hervorbringt.

Steiner
Oberlandesanwältin

3 CE 15.2014
M 5 E 15.2609

*Großes Staats-
wappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

In der Verwaltungsstreitsache

***** *****,
***** ** , ***** ***** ,

- ***** -

*****.
***** ***** , ***** ** ***** ,
***** * ***** ,

gegen

Freistaat Bayern,
vertreten durch die Landesrechtsanwaltschaft Bayern,
Ludwigstr. 23, 80539 München,

- Antragsgegner -

beigefügt:

***** *****
***** ** ** ***** *****

wegen

Stellenbesetzung

(Antrag nach § 123 VwGO);

hier: Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 19. August 2015,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 3. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Läßle,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Neumüller,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Vicinus

ohne mündliche Verhandlung am **25. Januar 2016**
folgenden

Beschluss:

- I. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
- II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens. Der Beigeladene trägt seine außergerichtlichen Kosten selbst.
- III. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 5.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Der Antragsteller begehrt, dem Antragsgegner die Besetzung des Dienstpostens als Leiterin/Leiter Verfügungsgruppe bei der VPI S*****_***** (A 12/A 13) mit dem Beigeladenen vorläufig zu untersagen.
- 2 Der Antragsteller steht als Beamter auf Lebenszeit als Polizeihauptkommissar (BesGr. A 12) im Dienst des Antragsgegners. Er ist seit 1. August 2006 freigestellter Personalrat. In der letzten für den Beamten vorliegenden dienstlichen Beurteilung für den Zeitraum vom 1. Juni 2003 bis 31. Mai 2006 erzielte er ein Gesamturteil von 9 Punkten. Für die Zeiträume 1. Juni 2009 bis 31. Mai 2012 und 1. Juni 2012 bis 31. Mai 2015 wurde er nicht periodisch beurteilt.
- 3 Der Beigeladene steht ebenfalls als Beamter auf Lebenszeit als Polizeihauptkommissar (BesGr A 12) im Dienst des Antragsgegners. In der Beurteilung für den Zeitraum vom 1. Juni 2009 bis 31. Mai 2012 erzielte er im Gesamtergebnis 14 Punkte, für den Zeitraum 1. Juni 2012 bis 31. Mai 2015 im Gesamtergebnis ebenfalls 14 Punkte.
- 4 Im Besetzungsvermerk vom 26. März 2015 stellte das Bayerische Staatsministerium des Innern, für Bau und Verkehr (Staatsministerium) fest, dass sich der Beigeladene nach Auswertung der dienstlichen Beurteilungen der zu vergleichenden Beamten als leistungsstärkster Bewerber darstelle. Die Bewerbung des Antragstellers könne nicht

berücksichtigt werden. Er sei als freigestellter Personalrat im Jahr 2012 nicht periodisch beurteilt worden. Über seine Bewerbung sei anhand einer Laufbahnnachzeichnung zu entscheiden. Es gebe aber keinen Vergleichsbeamten, der bereits auf einen Dienstposten mit der Bewertung A 12/A 13 bestellt worden sei.

5 Gegen die Mitteilung des Staatsministeriums vom 1. Juni 2015, dass seine Bewerbung nicht habe berücksichtigt werden können, hat der Antragsteller am 22. Juni 2015 Klage zum Verwaltungsgericht erhoben (Az. M 5 K 15.2607), über die noch nicht entschieden ist.

6 Am 23. Juni 2015 hat der Antragsteller beim Verwaltungsgericht beantragt,

7 dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zu untersagen, den ausgeschriebenen Dienstposten als Leiterin/Leiter Verfügungsgruppe bei der VPI S*****_***** (BesG A 12/13) mit einem Mitbewerber zu besetzen, solange über die Bewerbung des Antragstellers nicht bestandskräftig entschieden ist.

8 Die letzte dienstliche Beurteilung des Antragstellers sei für den Zeitraum 1. Juni 2003 bis 31. Mai 2006 erstellt worden, seit 1. August 2006 sei er freigestellter Personalrat. Seither gehöre er ununterbrochen dem Personalrat an, zuletzt dem örtlichen Personalrat des Polizeipräsidiums M*****. Da die letzte Beurteilung länger als neun Jahre zurückliege, komme keine fiktive Nachzeichnung in Betracht. Der Antragsteller könne daher nicht anhand dienstlicher Beurteilungen mit den übrigen Bewerbern verglichen werden. Daher sei nach der Rechtsprechung auf die im Leistungslaufbahngesetz genannten Hilfskriterien abzustellen. Es sei offen, ob sich der Antragsteller in einem wissenschaftlich fundierten Auswahlverfahren als der bestgeeignete Bewerber hätte darstellen können. Daher sei die getroffene Auswahlentscheidung rechtswidrig. Der Antragsteller beabsichtige auch, den streitgegenständlichen Dienstposten nach dem Ende der Amtsperiode des Personalrats anzutreten. Bei der vorübergehenden Wahrnehmung des Dienstpostens durch den ausgewählten Beamten hätte dieser bei einem erneuten Auswahlverfahren besondere Kenntnisse, die er zum Nachteil des Antragstellers bei einem wissenschaftlich fundierten Auswahlverfahren einbringen könnte.

9 Der Antragsgegner beantragte,

10 den Antrag abzulehnen.

- 11 Es fehle an einem Anordnungsgrund. Der Antragsteller beabsichtige nicht, den Dienstposten tatsächlich anzutreten. Sollte in einem Hauptsacheverfahren sich herausstellen, dass die Entscheidung, den Antragsteller nicht auf diesen Dienstposten zu bestellen, rechtswidrig sei, werde dieser unverzüglich bestellt. Es liege auch kein Anordnungsanspruch vor. Die Formulierung im Besetzungsvermerk werde dahin klargestellt, dass keiner der vorhandenen Vergleichsbeamten des Antragstellers (also in dessen letzter dienstlicher Beurteilung gleich gut oder schlechter beurteilt) inzwischen einen entsprechend bewerteten Dienstposten innehatte. Auch nach einer Beurteilungsnachzeichnung käme der Antragsteller nicht zum Zuge. Bei dieser Methode werde mit Beginn des Zeitraums, in dem ein Personalratsmitglied über keine verwertbare aktuelle Beurteilung mehr verfüge, eine Vergleichsgruppe gebildet. Der Zielsetzung der Nachzeichnung entsprechend würden dazu alle Beamte derselben Fachlaufbahn und Qualifikationsebene, die zum Stichtag der letzten Beurteilung des Personalratsmitglieds dasselbe Gesamtergebnis erzielt hätten, in einer Vergleichsgruppe zusammengefasst. Dies seien beim Antragsteller 111 Beamte. Der arithmetische Mittelwert der von allen Beamten der Gruppe in der für den Leistungsvergleich heranzuziehenden periodischen Beurteilung erzielten Gesamtergebnisse stelle den Leistungsvergleich für den nicht beurteilten Antragsteller dar. Der Durchschnittswert ergebe 10,30 Punkte, im Ergebnis also 10 Punkte.
- 12 Mit Beschluss vom 19. August 2015 hat das Verwaltungsgericht den Antrag abgelehnt. Ein Anordnungsgrund sei glaubhaft gemacht. Sollte der Beigeladene mit der Wahrnehmung des Dienstpostens betraut werden, sei zu besorgen, dass diesem im Verhältnis zum Antragsteller daraus ein Vorsprung erwachsen könnte. Insoweit sei diese Situation mit der kommissarischen Wahrnehmung des Dienstpostens durch den ausgewählten Beamten vergleichbar. Der Antragsteller habe jedoch keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Nach Art. 8 BayPVG dürfe die Freistellung eines Personalratsmitglieds vom Dienst nicht zu einer Beeinträchtigung des beruflichen Werdegangs führen. Daher folge aus dem Benachteiligungsverbot, dass der Dienstherr freigestellten Personalratsmitgliedern diejenige berufliche Entwicklung ermöglichen müsse, die sie ohne die Freistellung voraussichtlich genommen hätten. Um diese gesetzliche Verpflichtung zu erfüllen, müsse der Dienstherr eine Prognose darüber anstellen, wie der berufliche Werdegang ohne die Freistellung verlaufen wäre. Dies wiederum hänge von der voraussichtlichen Entwicklung der dienstlichen Leistungen ab (fiktive Nachzeichnung der Laufbahn). Es sei allgemein anerkannt, dass die Bildung einer Vergleichsgruppe ein geeignetes Mittel zur fiktiven Nachzeichnung darstelle. Die Formulierung im Auswahlvermerk vom 26. März 2015, es gebe keinen Vergleichsbeamten, der bereits auf einen Dienstposten A 12/A 13 bestellt worden sei, sei mit Schriftsatz vom 5. August 2015 ergänzt worden. Tatsächlich

habe keiner der vergleichbaren Beamten in der Besoldungsgruppe des Antragstellers, der in dessen letzter dienstlichen Beurteilung gleich gut beurteilt gewesen sei, inzwischen einen entsprechenden bewerteten Dienstposten. Dies sei eine zulässige Ergänzung der Auswählerwägungen. Dies gelte auch für die Erwägungen hinsichtlich der fiktiven Fortschreibung der dienstlichen Beurteilung des Klägers aus dem Jahr 2006 und der dazu gebildeten Vergleichsgruppe. Es werde eine vertiefte Darstellung der Problematik der Laufbahnnachzeichnung vorgenommen, die im Vermerk vom 16. März 2015 angelegt sei. Zur Darlegung in dieser Tiefe und in diesem Umfang hätte zu diesem Zeitpunkt noch kein Anlass bestanden. Die fiktive Laufbahnnachzeichnung sei auch vom Zeitablauf her rechtlich nicht zu beanstanden. Für die Auswahlentscheidung seien die dienstlichen Beurteilungen zum Stichtag 31. Mai 2012 maßgeblich, denn zum Zeitpunkt des Auswahlvermerks vom 26. März 2015 sei die bis zum 31. Mai 2015 laufende Beurteilungsperiode noch nicht abgelaufen. Entsprechend sei eine fiktive Laufbahnfortschreibung zum Stichtag 31. Mai 2012 für den Antragsteller anzustellen und maßgeblich. Eine Laufbahnnachzeichnung über zwei Beurteilungsperioden sei zulässig und beruhe auf einer hinreichenden Tatsachengrundlage. Die Bildung der Vergleichsgruppe anhand der letzten periodischen Beurteilung für den mit dem Antragsteller gleich beurteilten Beamten sei rechtlich nicht zu beanstanden und mit 111 Beamten auch hinreichend umfangreich. Auch der Blick auf die Beurteilungsergebnisse dieser Gruppe zum Stichtag 31. Mai 2012 zeige die Leistungsentwicklung dieser Beurteilungskohorte und ergebe einen Durchschnittswert von 10 Punkten. Damit könne die durchschnittliche Leistungsentwicklung nachgezeichnet werden, ohne dass der Antragsteller besonders bevorzugt oder benachteiligt werde. An die Leistungsfähigkeit des Beigeladenen, der ein Gesamtergebnis von 14 Punkten vorzuweisen habe, könne die Leistungsfortschreibung für den Antragsteller bei Weitem nicht heranreichen.

- 13 Mit der Beschwerde verfolgt der Antragsteller sein Begehren weiter. Es sei nicht zu erkennen, wie das Staatsministerium eine fiktive Laufbahnnachzeichnung vorgenommen habe, insbesondere, wie es die Vergleichsgruppe ermittelt habe. Dem Antragsteller gegenüber habe das Staatsministerium mit Schreiben vom 3. Dezember 2012 das in seinem Fall angewendete Verfahren zur fiktiven Nachzeichnung beschrieben. Damals seien sechs vergleichbare Beamte verblieben. Auf dieser Grundlage seien bisher Eignung, fachliche Leistung und Befähigung des Antragstellers ermittelt worden. Dies gelte auch für vergleichbare andere Fälle. Insofern sei festzustellen, dass im vorliegenden Verfahren anders vorgegangen worden sei, so dass die Gleichbehandlung des Antragstellers nicht mehr gewährleistet sei. Konkret sei festzustellen, dass die dem Antragsteller mitgeteilte Vergleichsgruppe in dieser Form nicht herangezogen werden könne. Einige seien ausgeschieden, so dass die Ver-

gleichsgruppe nicht mehr ausreichend groß gewesen sei. Damit bestünde keine Möglichkeit, den Antragsteller konkret mit den anderen Bewerbern, die über eine aktuelle dienstliche Beurteilung verfügten, zu vergleichen. In diesem Fall müsste, entsprechend der Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, die Auswahl unter den Bewerbern aufgrund eines wissenschaftlich fundierten Auswahlverfahrens stattfinden. Ein solches Verfahren habe hier jedoch nicht stattgefunden.

14 Der Antragsgegner beantragte mit Schriftsatz vom 7. Oktober 2015,

15 die Beschwerde zurückzuweisen.

16 Nach dem bisher praktizierten Verfahren seien für Personalmaßnahmen sog. Vergleichsbeamte ermittelt worden. Gemeinsamer Ausgangspunkt der Gruppe möglicher Vergleichsbeamter sei die Laufbahn-/Qualifikationsprüfung gewesen. Sobald der erste aus dieser Gruppe von Vergleichsbeamten auf einen höherwertigen Dienstposten bestellt worden sei, habe er als Vergleichsbeamter herangezogen werden können und das betreffende Personalratsmitglied hätte sodann, bei Bewerbung auf einen höherwertigen Dienstposten, auf diesen bestellt und in der Folge befördert werden können. In künftigen Verfahren erfolge eine fiktive Beurteilungsfortschreibung entsprechend der Neuregelung in Art. 17a LlbG. Inzwischen sei für den Antragsteller eine Beurteilungsnachzeichnung förmlich vorgenommen worden und diesem mit Schreiben vom 4. September 2015 mitgeteilt worden. Zum Stichtag 31. Mai 2015 sei darin eine fiktive Beurteilung mit einem Gesamturteil von 11 Punkten in der BesGr A 12 festgesetzt worden, zum Stichtag 31. Mai 2012 eine solche mit einem Gesamturteil von 10 Punkten in der BesGr A 12. Im Fall des Antragstellers sei kein Vergleichsbeamter vorhanden, der inzwischen einen entsprechend bewerteten Dienstposten, der eine Beförderung nach A 13 ermögliche, innehabe. Selbst bei Anwendung des künftig praktizierten neuen Verfahrens der fiktiven Beurteilungsnachzeichnung ergäbe sich für den Antragsteller für das streitgegenständliche Besetzungsverfahren nichts anderes. Bei einem Gesamturteil von 10 Punkten in der fiktiven Beurteilung 2012 läge er jeweils deutlich hinter dem Beigeladenen, welcher in der dienstlichen Beurteilung 2012 ein Gesamtprädikat von 14 Punkten erreicht habe.

17 Hierauf entgegnete der Antragsteller, die Praxis des Staatsministeriums, auch schlechter beurteilte Beamte mit in die Vergleichsgruppe hineinzunehmen, dürfte unzulässig sein. Zumindest sei festzustellen, dass die Vergleichsgruppe für die Durchführung eines echten Vergleichs zu klein sei. Anhand der übersandten Listen sei festzustellen, dass aus der ursprünglich dem Antragsteller mitgeteilten Vergleichsgruppe nur drei tatsächlich vergleichbare Beamte noch vorhanden seien. Hinsichtlich

der Vergleichsgruppe zur Beurteilungsnachzeichnung von 111 Beamten sei diese auch nicht genau festgelegt, da dem Antragsteller selbst eine Liste mit insgesamt 121 Personen übermittelt worden sei. Aufgrund dessen hätte auf ein wissenschaftlich fundiertes Auswahlverfahren gemäß Art. 16 LlbG zurückgegriffen werden müssen. Das Verwaltungsgericht gehe davon aus, der Auswahlvermerk sei durch den Schriftsatz des Staatsministeriums vom 5. August 2015 im Rahmen des vorliegenden Eilverfahrens nur ergänzt worden. Dies treffe nicht zu. Das Staatsministerium habe in seinen Ausführungen im Auswahlvermerk völlig andere Überlegungen zugrunde gelegt. Das Verwaltungsgericht hätte feststellen müssen, dass die Auswahlentscheidung aufgrund eines rechtswidrigen Verfahrens gefallen sei, so dass die Entscheidung selbst rechtswidrig sei. Durch Ersetzung des Nachzeichnungsverfahrens durch die Beurteilungsnachzeichnung im Gerichtsverfahren habe dieser Rechtsfehler nicht geheilt werden können.

18 Der Beigeladene hat sich nicht geäußert.

19 Zur Ergänzung wird auf die Gerichts- und Behördenakten verwiesen.

II.

20 Die zulässige Beschwerde des Antragstellers hat keinen Erfolg. Der Antragsteller hat keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Das vom Antragsgegner durchgeführte Stellenbesetzungsverfahren lässt - ausgehend von den vom Antragsteller dargelegten Gründen (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO) - erkennen, dass die Grundsätze der Bestenauslese dergestalt eingehalten worden sind, dass im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes davon auszugehen ist, dass der Antragsteller mit seinem Begehren im Hauptsacheverfahren voraussichtlich keinen Erfolg haben wird.

21 Die im Rahmen der Stellenbesetzung vorzunehmende Auswahlentscheidung ist nach dem Verfassungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 94 Abs. 2 BV (vgl. § 9 BeamtStG, Art. 16 Abs. 1 LlbG) nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu treffen. Kommen mehrere Bewerber für einen höherwertigen Dienstposten in Betracht, muss der am besten Geeignete ausfindig gemacht werden. Diese Regeln der Bestenauslese dienen vornehmlich dem öffentlichen Interesse an einer bestmöglichen Besetzung von Stellen, berücksichtigen aber zugleich das berechnete Interesse eines Bewerbers an einem angemessenen beruflichen Fortkommen. Der Bewerber hat daher Anspruch auf eine rechtsfehlerfreie Anwendung (BVerwG, B.v. 20.6.2013 –

2 VR 1/13 – juris Rn. 20; BayVGh, B.v. 17.5.2013 – 3 CE 12.2470 – juris Rn. 30).

- 22 Ist unter mehreren Bewerbern eine Auswahl für die Besetzung eines Beförderungsdienstpostens zu treffen, so sind die Feststellungen über Eignung, Befähigung und fachliche Leistungen in erster Linie auf aktuelle dienstliche Beurteilungen zu stützen (BVerwG, B.v. 20.6.2013 a.a.O. Rn. 21; BayVGh, B.v. 17.5.2013 a.a.O. Rn. 32). Maßgeblich hierfür ist primär das abschließende Gesamturteil der Beurteilung, das durch Würdigung, Gewichtung und Abwägung der einzelnen leistungsbezogenen Gesichtspunkte zu bilden ist (BVerwG, B.v. 22.11.2012 – 2 VR 5/12 – juris Rn. 25). Hierbei ist darauf zu achten, dass die dem Vergleich der Konkurrenten zugrunde gelegten Beurteilungen auch untereinander vergleichbar sind; das ist in der Regel der Fall, wenn die Beurteilungen - wie hier - im gleichen Statusamt erzielt worden sind (BayVGh, B.v. 18.6.2012 – 3 CE 12.675 – juris Rn. 108). Bei gleichem Gesamturteil hat der Dienstherr die Beurteilungen zunächst inhaltlich auszuwerten und dabei Differenzierungen in der Bewertung einzelner Leistungskriterien oder in der verbalen Gesamtwürdigung zu bewerten (Binnendifferenzierung, vgl. BVerwG, U.v. 30.6.2011 – 2 C 19/10 – juris Rn. 20). Bei einer im Wesentlichen gleichen Beurteilungslage kann der Dienstherr die Auswahl nach weiteren sachgerechten Merkmalen treffen. Sind die Bewerber als im Wesentlichen gleich geeignet einzustufen, kann er auf einzelne Gesichtspunkte abstellen. So kann er beispielsweise der dienstlichen Erfahrung, der Verwendungsbreite oder der Leistungsentwicklung, wie sie sich insbesondere aus dem Vergleich der aktuellen mit früheren Beurteilungen ergibt, besondere Bedeutung beimessen (BVerwG, B.v. 22.11.2012 a.a.O.).
- 23 Nach Art. 8 BayPVG darf die Freistellung eines Personalratsmitglieds vom Dienst nicht zu einer Beeinträchtigung des beruflichen Werdegangs führen. Das Benachteiligungsverbot soll sicherstellen, dass die Mitglieder des Personalrats ihre Tätigkeit unabhängig wahrnehmen können. Darüber hinaus soll es verhindern, dass Bedienstete von einer Mitarbeit im Personalrat, insbesondere von einer Freistellung vom Dienst, aus Sorge um ihre berufliche Perspektiven Abstand nehmen. Daher folgt aus dem Benachteiligungsverbot, dass der Dienstherr freigestellten Personalratsmitglieder diejenige berufliche Entwicklung ermöglichen muss, die sie ohne Freistellung voraussichtlich genommen hätten. Die Freistellung darf die Chancen, sich in einem Auswahlverfahren um ein höheres Amt nach Art. 33 Abs. 2 GG durchzusetzen, nicht verbessern, aber auch nicht beeinträchtigen (BVerwG, B.v. 30.6.2014 – 2 B 11/14 – juris Rn. 12; U.v. 21.9.2006 – 2 C 13.05 – juris Rn. 13).
- 24 Um diese gesetzliche Verpflichtung zu erfüllen, muss der Dienstherr eine Prognose darüber erstellen, wie der berufliche Werdegang ohne die Feststellung verlaufen wä-

re. Dies wiederum hängt von der voraussichtlichen Entwicklung der dienstlichen Leistungen ab (fiktive Nachzeichnung der Laufbahn). Der Dienstherr hat einen Einschätzungsspielraum hinsichtlich der Wahl der Methode und des Verfahrens zur Erstellung der Prognose. Das Regelungskonzept für die fiktive Nachzeichnung ist geeignet, eine Benachteiligung zu vermeiden, wenn seine Anwendung zu nachvollziehbaren, weil durch Tatsachen fundierten Aussagen über die fiktive Leistungsentwicklung und den sich daraus ergebenden Werdegang führt (BVerwG, U.v. 30.6.2014 – 2 B 11/14 – juris Rn. 14).

- 25 Es ist allgemein anerkannt, dass die Bildung einer Vergleichsgruppe ein geeignetes Mittel zur fiktiven Nachzeichnung darstellt. Der Dienstherr darf eine Gruppe aus Personen zusammenstellen, deren beruflicher Werdegang und Leistungsbild mit demjenigen des freigestellten Personalratsmitglieds vergleichbar sind. Es wird fingiert, dass das freigestellte Personalratsmitglied eine berufliche Entwicklung genommen hätte, die der durchschnittlichen Entwicklung der Mitglieder der Vergleichsgruppe entspricht.
- 26 Entscheidet sich der Dienstherr für die fiktive Nachzeichnung durch Bildung einer Vergleichsgruppe, muss er sicherstellen, dass sowohl die generellen Kriterien für die Gruppenbildung als auch deren personelle Zusammensetzung im Einzelfall dem gesetzlichen Benachteiligungsverbot Rechnung tragen. Von der Zusammensetzung der konkreten Vergleichsgruppe hängt entscheidend ab, wie groß die Chancen des freigestellten Personalratsmitglieds sind, aufgrund der Vergleichsbetrachtung mit den anderen Gruppenmitgliedern befördert zu werden. Daher darf der Dienstherr die Vergleichsgruppe nicht so zusammenstellen, dass eine Beförderung des freigestellten Personalratsmitglieds unabhängig von dem durchschnittlichen beruflichen Werdegang der anderen Gruppenmitglieder ausgeschlossen ist. Gegebenfalls muss er plausibel darlegen, dass das Personalratsmitglied auch ohne Freistellung nicht befördert worden wäre (BVerwG, B.v. 30.6.2014 – 2 B 11/14 – juris Rn. 14, 15).
- 27 Das durchgeführte Stellenbesetzungsverfahren entspricht in formaler Hinsicht den Erfordernissen der Rechtsprechung, wonach die mutmaßlichen Auswählerwägungen vor Abschluss des Verwaltungsverfahrens schriftlich niedergelegt werden müssen (BVerfG, B.v. 9.7.2007 – 2 BvR 206/07 – juris Rn. 20). Die maßgeblichen Auswählerwägungen sind im Besetzungsakt des Staatsministeriums ausreichend dokumentiert. Darin ist dargestellt, warum der Beigeladene anhand seiner Beurteilung zum Zuge kommt. Hinsichtlich des Antragstellers ist ausgeführt, dass er als freigestellter Personalrat 2012 periodisch nicht beurteilt wurde. Über seine Bewerbung ist anhand einer Laufbahnnachzeichnung zu entscheiden. Für ihn gibt es keinen Ver-

gleichsbeamten, der bereits auf einen Dienstposten mit der Bewertung A 12/A 13 bestellt ist, so dass seine Bewerbung nicht berücksichtigt werden konnte.

- 28 Damit hat der Antragsgegner zum Ausdruck gebracht, dass er das bisherige Verfahren durch Ermittlung eines Vergleichsbeamten, wie im Schriftsatz des Staatsministeriums vom 5. Oktober 2015 dargestellt, angewandt hat. Der Antragsgegner geht selbst davon aus, dass dieses Verfahren, jedenfalls bezogen auf den Antragsteller, unzutreffend ist (vgl. Schriftsatz d. Staatsministeriums v. 5.8.2015 und v. 13.11.2015) und hat es mit Schriftsatz vom 5. August 2015 durch das neue Verfahren der Beurteilungsnachzeichnung ersetzt. Durch die Erklärung vom 5. August 2015 unter Ziffer I hat der Antragsgegner auch nicht plausibel dargelegt, dass der Antragsteller auch ohne Freistellung nicht befördert worden wäre (vgl. BVerwG, B.v. 30.6.2014 a.a.O. Rn. 15). Dafür reicht die pauschale Erklärung nicht aus, zumal nicht eindeutig erkennbar ist, welche Vergleichsbeamten damit gemeint sind.
- 29 Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts können die Auswählerwägungen im gerichtlichen Verfahren zwar ergänzt werden, jedoch das Nachzeichnungsverfahren nicht durch ein anderes System ersetzt werden (vgl. BVerfG, B.v. 9.7.2007 – 2 BvR 206/07 juris Rn. 20 ff.). Maßgeblich ist dabei der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung, also der Entscheidung über die Stellenbesetzung durch den dafür zuständigen Amtsträger. Zeitlich danach liegende Vorgänge können wegen des bestehenden Gebots, aus Gründen der Transparenz des Besetzungsverfahrens die wesentlichen Auswählerwägungen schriftlich niederzulegen, regelmäßig nicht mehr berücksichtigt werden. Insbesondere ist ein Nachschieben der für die Auswahl maßgeblichen Gründe im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren verspätet (BayVG, B.v. 21.11.2007 – 3 CE 07.2274 – juris Rn. 51; B.v. 21.1.2005 – 3 CE 04.2899 – juris). Insofern ist auch die Möglichkeit zur Ergänzung der Auswählerwägungen begrenzt (§ 114 S. 2 VwGO; BayVG, B.v. 6.11.2007 – 3 CE 07.2163 – juris Rn. 36). Der Antragsgegner kann zwar hinsichtlich des ursprünglichen Verfahrens (Ermittlung eines Vergleichsbeamten) die Erwägungen ergänzen, nicht jedoch durch eine fiktive Beurteilungsfortschreibung ersetzen. In Art. 17a LlbG ist für eine fiktive Laufbahnnachzeichnung ein System der Beurteilungsnachzeichnung geschaffen worden, das am 1. August 2015 in Kraft getreten ist. Danach soll, wenn keine dienstliche Beurteilung vorliegt, ausgehend von der letzten periodischen Beurteilung eines Beamten unter Berücksichtigung des seinerzeit angelegten Maßstabs und der durchschnittlichen Entwicklung vergleichbarer Beamter diese fiktiv fortgeschrieben werden. Dies gilt auch bei Freistellung von der dienstlichen Tätigkeit wegen Mitgliedschaft im Personalrat (Art. 17a Abs. 2 LlbG).

- 30 Die zugunsten des Beigeladenen getroffene Entscheidung leidet zwar an einem Mangel, denn der Auswahlentscheidung wurde ein Verfahren zur Laufbahnnachzeichnung zugrunde gelegt, das nicht den Vorgaben der Rechtsprechung entspricht (BVerwG, B.v. 11.12.2014 – 1 WB 6/13 – juris). Insoweit beruht die Auswahlentscheidung auf einer fehlerhaften Grundlage, die aber nicht zugleich zur Rechtswidrigkeit des Auswahlverfahrens führt, da die Auswahl des Antragstellers in einem erneuten Auswahlverfahren wegen des von ihm nicht kompensierbaren Leistungsvorsprungs des Beigeladenen im Gesamturteil nicht möglich erscheint, so dass sich der festgestellte Fehler im Rahmen der Auswahlentscheidung nicht auf das Ergebnis des Auswahlverfahrens ausgewirkt haben kann.
- 31 Erweist sich eine Laufbahnnachzeichnung, die Grundlage eines Vergleichs zwischen Bewerbern um ein Beförderungsamtsamt ist, als fehlerhaft, hat das Gericht den Dienstherrn auf die Klage des unterlegenen Beamten hin zu einer Neubescheidung zu verpflichten, wenn das Ergebnis des Auswahlverfahrens auf der fehlerhaften Grundlage beruhen kann. Dementsprechend ist die fehlerhafte Laufbahnnachzeichnung bereits im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu beachten, wenn sie Einfluss auf den Ausgang des Hauptsacheverfahrens haben kann (BVerwG, B.v. 20.1.2004 – 2 VR 3/03 – juris Rn. 11 zur dienstlichen Beurteilung). Derselbe Maßstab wie im Hauptsacheverfahren ist daher 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 nur im Wege einer einstweiligen Anordnung zu leisten ist, dürfen die Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Anordnungsanspruchs mit Blick auf § 19 Abs. 4 GG nicht über das hinausgehen, was für ein Obsiegen des unterlegenen Bewerbers im Hauptsacheverfahren gefordert werden könnte. Der unterlegene Beamte kann eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung zumindest dann beanspruchen, wenn seine Aussichten, beim zweiten Mal ausgewählt zu werden, offen sind, d.h. wenn seine Auswahl möglich erscheint (BVerfG, B.v. 24.9.2002 – 2 BvR 857/02 – juris Rn. 14).
- 32 In diesem Rahmen ist zu berücksichtigen, dass eine Laufbahnnachzeichnung grundsätzlich möglich ist. Im Rahmen einer dann neu zu treffenden Auswahlentscheidung kommt es auf einen Zeitpunkt nach dem 1. Oktober 2015 (vgl. Art. 56 Abs. 4 Satz 1 LlbG i.V.m. dem als Verwaltungsvorschrift einzustufenden Schreiben des Staatsministeriums vom 25.3.2015 unter 1.3, worin der Verwendungsbeginn der dienstlichen Beurteilung 2015 auf den 1.10.2015 festgelegt wurde) an, so dass bei der erneuten Auswahlentscheidung die dienstlichen Beurteilungen zum Stichtag 31. Mai 2015 maßgeblich sind. Dementsprechend war eine fiktive Laufbahnfortschreibung

zum Stichtag 31. Mai 2015 für den Antragsteller anzustellen. Die Laufbahnnachzeichnung betrifft drei Beurteilungszeiträume mit insgesamt neun Jahren. Eine fiktive Fortschreibung einer vergangenen Beurteilung setzt eine belastbare Tatsachengrundlage voraus. Diese fehlt jedenfalls dann, wenn zwischen der letzten Beurteilung und dem Stichtag, zu dem die fiktive Fortschreibung zu erstellen ist, mehr als 16 Jahre liegen (BVerwG, U.v. 16.12.2010 – 2 C 11/09 – juris –Rn. 8). Hier geht es jedoch um einen wesentlich kürzeren Zeitraum von neun Jahren. Bisher ist die Rechtsprechung von einer hinreichenden Tatsachengrundlage bei der Nachzeichnung der Beurteilung von bis zu acht Jahren ausgegangen (OVG Hamburg, B.v. 25.9.2013 – 1 Bs 240/13 –juris Rn. 6: acht Jahre; VG Regensburg, B.v. 15.12.2011 – RN 1 E 11.1615 juris Rn. 25: siebeinhalb Jahre; VG Berlin, B.v. 11.12.2012 – 5 L 86.12 – juris Rn. 20: sieben Jahre). Der Senat hat keine rechtlichen Bedenken, diesen Zeitraum auf drei Beurteilungsperioden auszudehnen, hier also auf neun Jahre. Er sieht noch eine belastbare Tatsachengrundlage als gegeben an, auch wenn die letzte dienstliche Beurteilung bereits neun Jahre zurückliegt. Damit ist im konkreten Fall eine fiktive Nachzeichnung der Beurteilung aufgrund einer hinreichenden Tatsachengrundlage möglich. Ist aber eine Fortschreibung der Beurteilung möglich, ist ein Leistungsvergleich anhand der dienstlichen Beurteilungen der Bewerber vorzunehmen. Die Rechtsprechung des Senats vom 28. Juli 2014 (Az. 3 ZB 13.1642 – juris) bezieht sich auf solche Fallkonstellationen, in denen eine fiktive Fortschreibung vergangener Beurteilungen nicht möglich ist, da es an einer belastbaren Tatsachengrundlage mangelt. Dies hat der Senat für eine fiktive Nachzeichnung der letzten dienstlichen Beurteilung im Hinblick auf die seither vergangenen mehr als 25 Jahre verneint. Nur für den Fall, dass eine Nachzeichnung nicht möglich ist, hat der Senat angenommen, dass sich dann der Dienstherr an den Hilfskriterien des Art. 16 Abs. 1 Satz 3 LlbG orientieren muss. Dazu hat er unter Rn. 18 ausgeführt: „Das mag auf den ersten Blick unbefriedigend erscheinen, weil allein aufgrund einer „Momentaufnahme“ eine Auswahlentscheidung zu treffen ist und (hier) zudem die mit 15 Punkten herausragende dienstliche Beurteilung der Mitbewerberin ausgeblendet wird. Dies ist aber als Konsequenz der Konkurrenz zwischen einem langjährig freigestellten Personalratsmitglied und einer „aktiven“ Beamtin, des Umstands, dass hier die letzte Regelbeurteilung nicht fortgeschrieben werden konnte (vgl. BVerwG, U.v. 16.12.2010 – 2 C 11/09 – BayVBI 2011, 508 – juris) und sich die Tätigkeit eines vom Dienst freigestellten Personalratsmitglieds einer dienstlichen Beurteilung entzieht (vgl. BVerwG, B.v. 7.11.1991 – 1 WB 160/90 – BverwGE 93, 188 – juris) hinzunehmen.“ Ein solcher Ausnahmefall liegt hier jedoch nicht vor, da eine Nachzeichnung der Beurteilung möglich ist.

zum hier maßgeblichen Stichtag 31. Mai 2015 zu einer Beurteilung mit einem Gesamturteil von 11 Punkten. Ob die Vergleichsgruppe nunmehr aus 111 Beamten oder entsprechend der dem Antragsteller mit Bescheid vom 4. September 2015 übermittelten Liste aus 121 Beamten besteht, ist für das Ergebnis der Beurteilungsfortschreibung nicht von wesentlicher Bedeutung. Der Antragsgegner hat die unterschiedliche Zahl der Mitglieder der Vergleichsgruppe auch nachvollziehbar erklärt. Diese wurde zunächst händisch mit 111 Beamten und dann durch eine später programmierte und dann erfolgte Computerauswertung mit 121 Beamten ermittelt.

- 34 Der Beigeladene hat zum Stichtag 31. Mai 2015 im Gesamtergebnis 14 Punkte erhalten. Damit hat der Beigeladene gegenüber dem Antragsteller einen Vorsprung von drei Punkten, den der Antragsteller auch nicht dadurch kompensieren kann, dass er im Widerspruchsverfahren ein höheres Ergebnis der Beurteilungsfortschreibung begehrt. Auch wenn die Beurteilungsfortschreibung durch Bescheid vom 4. September 2015 vom Antragsteller angefochten wurde, kann ausgeschlossen werden, dass der Antragsteller mit dem Beigeladenen im Rahmen der Beurteilungsfortschreibung gleichziehen kann. Wie bereits dargelegt, ist die Beurteilungsfortschreibung auch für den Beurteilungsstichtag 31. Mai 2015 möglich. Es ist kein rechtlicher Gesichtspunkt erkennbar, dass der Antragsteller im Rahmen des Widerspruchs- bzw. eines anschließenden Klageverfahrens eine dem Beigeladenen entsprechende Punktezahl erreichen kann.
- 35 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2, § 162 Abs. 3 VwGO. Da der Beigeladene keinen Antrag gestellt hat, entspricht es der Billigkeit, wenn er seine Kosten selbst trägt.
- 36 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2, 47 GKG, wobei der Senat im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes um eine Stellenbewertung den Auffangwert in voller Höhe festsetzt.