
Datum: 20.05.2025
Gericht: Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper: 1. Senat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 1 B 234/25
ECLI: ECLI:DE:OVGNRW:2025:0520.1B234.25.00

Vorinstanz: Verwaltungsgericht Köln, 15 L 2195/24

Schlagworte: Fiktive Fortschreibung Beurteilungssurrogat anlasslos freigestellt
Personalratsmitglied Dienstliche Beurteilung

Normen: BLV §33 Abs.3 Nr.3; BPersVG §10; BPersVG §52 Abs.1 S.2

Leitsätze:

Es gibt kein Erfordernis einer ständigen oder periodischen anlasslosen fiktiven Fortschreibung der letzten dienstlichen Beurteilung eines nach § 33 Abs. 3 Satz 1 BLV freigestellten Beamten.

Bei der fiktiven Fortschreibung kann die Gesamtnote des freigestellten Beamten ermessensfehlerfrei nach dem Durchschnitt der Gesamtnoten der Mitglieder der (rechtsfehlerfrei zusammengestellten) Vergleichsgruppe gebildet werden.

Der freigestellte Beamte hat kein subjektives Recht darauf, dass das Gericht die der fiktiven Fortschreibung zugrunde gelegten Gesamturteile bzw. die entsprechenden Regelbeurteilungen der – als solche an dem Konkurrentenstreit nicht beteiligten – Vergleichsgruppenmitglieder einer inzidenten Rechtmäßigkeitskontrolle unterzieht.

Die Frage, ob der neuen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu den Anforderungen an die Regelbeurteilung eines im Beurteilungszeitraum beförderten Beamten gefolgt werden kann, kann offenbleiben, wenn es an der Kausalität des unterstellten Beurteilungsfehlers für das Ergebnis fehlt.

Tenor:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit Ausnahme etwaiger außergerichtlicher Kosten der Beigeladenen, die diese selbst zu tragen hat.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 20.412,39 Euro festgesetzt.

-
- | | |
|--|---|
| Die Beschwerde hat keinen Erfolg. | 1 |
| Das – fristgerecht vorgelegte – Beschwerdevorbringen der Antragstellerin, auf dessen Prüfung der Senat im Beschwerdeverfahren nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, rechtfertigt es nicht, die angefochtene Entscheidung des Verwaltungsgerichts zu ändern und dem mit der Beschwerde weiterverfolgten Antrag der Antragstellerin zu entsprechen, | 2 |
| der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, die bei ihr ausgeschriebene Planstelle (Stabsstelle 010 – Bereich Sachbearbeitung Öffentlichkeitsarbeit) nach A 13g mit Amtszulage nach Fußnote 1 BBesO zur Besoldungsgruppe A 13 (A 13g+Z) mit der Beigeladenen zu besetzen, bis über ihre Bewerbung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist. | 3 |
| A. Das Verwaltungsgericht hat seine ablehnende Entscheidung – soweit mit Blick auf das Beschwerdevorbringen noch von Interesse – im Kern wie folgt begründet. Der Antrag sei unbegründet. Die Antragstellerin habe keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Es sei ausgeschlossen, dass die Antragstellerin bei einer erneuten Auswahlentscheidung im Rahmen eines Leistungsvergleichs mit der Beigeladenen obsiegen könne. Die Beigeladene habe, wie ohne Eingriff in den Beurteilungs- und Ermessensspielraum der Antragsgegnerin festgestellt werden könne, gegenüber der Antragstellerin einen nicht einholbaren Leistungsvorsprung. Während nämlich die Beigeladene in ihrer aktuellen Regelbeurteilung 2022 die Spitzennote („120“) erhalten habe, laute das der Antragstellerin nach der fiktiven Nachzeichnung zuerkannte Gesamturteil (nur) auf die Note „110“ (die zweitbeste von insgesamt nur fünf Notenstufen, vgl. Nr. 3.2.3 der Dienstvereinbarung zwischen der Präsidentin des Bundesamtes für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben und dem dortigen Gesamtpersonalrat vom 21. November 2018). Ohne Erfolg bleibe der Einwand der Antragstellerin, die dienstlichen Beurteilungen der Beigeladenen und der Vergleichsgruppenmitglieder stünden nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, nach der im Falle einer Beförderung des Beamten während des Beurteilungszeitraums der Teilzeitraum vor der Beförderung weder in die Leistungsbewertung noch in die Gesamtnote einfließen solle. Diese Rechtsprechung könne nicht zur Rechtswidrigkeit der 2022 eröffneten dienstlichen Beurteilungen führen, weil sie erst vom 12. Oktober 2023 datiere und zuvor allgemein anerkannt gewesen sei, dass auch die Leistungen des Beamten vor einer Beförderung im Beurteilungszeitraum zulässiger Gegenstand der Regelbeurteilung und am Maßstab des am Beurteilungsstichtag innegehabten Statusamts zu messen seien. | 4 |
| B. Das hiergegen gerichtete Beschwerdevorbringen greift insgesamt nicht durch. Auch mit ihm ist die behauptete Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs der Antragstellerin nicht aufgezeigt. | 5 |

I. Die Antragstellerin, die seit dem 1. September 2018 nach § 52 BPersVG in vollem Umfang von ihrer dienstlichen Tätigkeit freigestellt ist, macht ohne Erfolg geltend, das Verwaltungsgericht habe einen klaren, für sie uneinholbaren Leistungsvorsprung der Beigeladenen schon deshalb zu Unrecht angenommen, weil die für sie erstellte, dieser Bewertung zugrunde gelegte fiktive Fortschreibung ihrer letzten, auf 110 Punkte lautenden Regelbeurteilung (Stichtag 1. September 2016) vom 19. September 2024, die die Antragsgegnerin anlässlich des vorliegenden Auswahlverfahrens auf der Grundlage einer siebenköpfigen Vergleichsgruppe zum Stichtag des 31. August 2022 (Stichtag der aktuellen Regelbeurteilungen) erstellt hat, entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts rechtswidrig sei.

6

1. Insoweit trägt die Antragstellerin zunächst vor, erforderlicher „wesentlicher Zwischenschritt zu der (...) fiktiven Laufbahnnachzeichnung zum Regelbeurteilungsstichtag 01.09.2022“ sei eine fiktive Nachzeichnung der Regelbeurteilung zu dem vorhergehenden Stichtag des 1. September 2019 nach Maßgabe der unter dem 24. August 2018 festgelegten (seinerzeit vierköpfigen, nachfolgend auf zwei Mitglieder geschrumpften) Vergleichsgruppe. Eine solche Nachzeichnung sei aber wohl unterblieben. Dies wäre rechtswidrig, weil bei einer kleineren Vergleichsgruppe eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür bestehe, dass sie als freigestelltes Personalratsmitglied sich notentechnisch verbessere. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass sie bei einer Nachzeichnung zum Stichtag des 1. September 2019 die Gesamtnote „120“ erhalten hätte (bzw. erhalten würde). In einem solchen Fall wäre aber die Vergleichsgruppe für den nachfolgenden Stichtag des 31. August 2022 fehlerhaft zusammengestellt worden, weil Beamte „nur“ mit der Gesamtnote „110“ dann aus der Vergleichsgruppe herausgefallen wären. Der mögliche Einwand, dass eine fiktive Laufbahnnachzeichnung immer erst dann zu erstellen sei, wenn sich freigestellte Personalratsmitglieder auf ausgeschriebene Beförderungsdienstposten bewürben, verfange nicht. Die fiktive Laufbahnnachzeichnung sei nämlich „ein fortwährender Prozess“. Es bedürfe unabhängig von Bewerbungen und von dem Vorhandensein von Beförderungsplanstellen fiktiver Nachzeichnungen „parallel zu den Beurteilungsstichtagen“. Ansonsten entstünden nämlich „automatisch zu lange“ nachzuzeichnende Zeiträume bzw. Beurteilungslücken, und die Nachzeichnung erhalte eher den Charakter einer den Regelbeurteilungen schlechter vergleichbaren Anlassbeurteilung.

7

Dieses Vorbringen überzeugt nicht. Es gibt kein Erfordernis einer ständigen oder periodischen anlasslosen fiktiven Fortschreibung der letzten dienstlichen Beurteilung zur Vermeidung von „Beurteilungslücken“ oder zu langer Zeiträume der Nichtbeurteilung. Namentlich ergibt sich ein solches Erfordernis nicht aus der vorliegend einschlägigen Regelung des § 33 Abs. 3 Nr. 3 BLV. Diese Regelung bestimmt, soweit hier von Interesse, dass bei Freistellungen von der dienstlichen Tätigkeit wegen einer Mitgliedschaft im Personalrat, wenn die dienstliche Tätigkeit weniger als 25 Prozent der Arbeitszeit beansprucht, die letzte regelmäßige dienstliche Beurteilung unter Berücksichtigung der Entwicklung vergleichbarer Beamtinnen und Beamter fiktiv fortzuschreiben ist, wenn keine aktuelle dienstliche Beurteilung vorliegt.

8

§ 33 Abs. 3 Nr. 3 BLV ordnet damit eine fiktive Fortschreibung nur aus Anlass einer Auswahlentscheidung an, in deren Rahmen die fiktive Fortschreibung die Funktion einer aktuellen dienstlichen Beurteilung des freigestellten Personalratsmitglieds übernehmen soll, die dem Bewerbervergleich an sich zugrunde zu legen wäre, aus Rechtsgründen aber schon nicht erstellt werden darf. Die fiktive Fortschreibung nach dieser Norm ist ein anlassbezogenes Beurteilungssurrogat. Aus § 33 Abs. 3 Nr. 3 BLV kann deshalb gerade nicht abgeleitet werden, es bedürfe, solange ein Personalratsmitglied nach Maßgabe des

9

§ 33 Abs. 3 Nr. 1 BLV freigestellt sei, regelmäßiger, an die Regelbeurteilungsstichtage anknüpfender anlassloser fiktiver Fortschreibungen dessen letzter dienstlicher Beurteilung.

Zum Ganzen schon VG Düsseldorf, Beschluss vom 3. Juli 2020 – 2 L 3208/19 –, juris, 10
Rn. 29, und auch OVG S.-A., Beschluss vom 30. Mai 2000 – B 3 S 391/99 –, juris, Rn. 21;
ebenso Peters/Grune-wald/Lösch, Handbuch zum Laufbahnrecht des Bundes, 2009, Rn. 359,
Lorse, Die dienstliche Beurteilung, 7. Aufl. 2020, Rn. 90 (S. 165), und – zu § 9 Abs. 1 LVO
NRW – Schrapper/Günther, LBG NRW, 3. Aufl. 2021, LBG NRW § 92 Rn. 21.

Die Regelung lässt schon dadurch, dass sie das Erfordernis einer fiktiven Fortschreibung an 11
das Fehlen einer aktuellen dienstlichen Beurteilung knüpft, ohne weiteres ihren Sinn und
Zweck erkennen, lediglich die Einbeziehung des freigestellten Personalratsmitglieds in
laufbahnrelevante Auswahlentscheidungen zu ermöglichen. Deutlich wird dies zudem durch
ihre systematische Stellung innerhalb des § 33 BLV. Diese Vorschrift trifft nämlich insgesamt
nur solche Regelungen, die eine(Beförderungs-)Auswahl steuern sollen. Das ergibt sich
schon aus ihrer amtlichen Überschrift („Auswahlentscheidungen“), aber vor allem aus ihren
sonstigen Bestimmungen, die wesentliche Eckpunkte für Auswahlentscheidungen festlegen
und insbesondere regeln, auf welcher Grundlage und unter Berücksichtigung welcher
Gegebenheiten „Feststellungen über Eignung, Befähigung und fachliche Leistung“ (§ 33
Abs. 1 Satz 1 BLV) zu treffen sind.

Vgl. Traub, in: Lemhöfer/Leppek, Das Laufbahnrecht der Bundesbeamten, Stand: Oktober 12
2024, BLV V§ 33 Rn. 8, und Peters/Grunewald/Lösch, Handbuch zum Laufbahnrecht des
Bundes, 2009, Rn. 344.

Die Einwände der Antragstellerin hiergegen greifen, soweit sie nicht bloß die eigenen 13
Chancen im Einzelfall wägen, sondern abstrakter Natur und damit allein relevant sind, nicht
durch. Das gilt zunächst für die Befürchtung der Antragstellerin, die erst aus Anlass einer
Auswahlentscheidung erstellte fiktive Fortschreibung nehme den Charakter einer
grundsätzlich problematischen, weil dienstherrnseitig leichter manipulierbaren
Anlassbeurteilung an. Die Antragsgegnerin hat mit ihrer Beschwerdeerwiderung vom 7. April
2025 (S. 3) insoweit vorgetragen, dass dem Dienstherrn bei der fiktiven Fortschreibung
gerade kein ebenso weitreichender Spielraum und insbesondere kein Beurteilungsspielraum
wie bei der Anlassbeurteilung zustehe. Diese Erwägung trifft zu, weil bei der fiktiven
Fortschreibung lediglich der Durchschnitt der Gesamturteile der aktuellen Regelbeurteilungen
der Mitglieder der Vergleichsgruppe ermittelt und als das Gesamturteil des freigestellten,
nicht beurteilbaren Personalratsmitglieds in die Auswahlentscheidung eingestellt wird.

Die erst aus Anlass einer Auswahlentscheidung erstellte fiktive Fortschreibung führt auch 14
nicht zu einem Aktualitätsgefälle im Rahmen der Auswahlentscheidung, weil der Stichtag der
Fortschreibung (Endpunkt der Nachzeichnung) dem Stichtag der insoweit zu
berücksichtigenden aktuellen Regelbeurteilungen der Konkurrenten entspricht. Die von der
Antragstellerin geforderte periodische fiktive Fortschreibungsböte, wie die Antragsgegnerin
ferner zu Recht geltend macht, keinen Mehrwert an Erkenntnis. Vor allem aber wäre sie,
worauf die Antragsgegnerin ebenfalls zutreffend hingewiesen hat, rechtlich problematisch,
weil sie sich mit jeder einzelnen Nachzeichnung weiter von dem zuletzt, d. h. zum Stichtag
der letzten Regelbeurteilung des freigestellten Personalratsmitglieds (Startpunkt der
Nachzeichnung), tatsächlich beobachteten Leistungs- und Befähigungsbild lösen würde.
Angeknüpft würde dann nämlich an das Ergebnis der jeweils letzten fiktiven Fortschreibung.
Das aber hätte zur Folge, dass der hypothetischen Aussage über die Entwicklung des
freigestellten Beamten Aussagen über die tatsächliche Entwicklung (auch) solcher Beamten
zugrunde lägen, die sich zum Startpunkt der Nachzeichnung bezogen auf das Statusamt

und/oder die Gesamtnote gerade nicht in einer vergleichbaren Lage wie der freigestellte Beamte befunden haben.

2. Ferner meint die Antragstellerin, das Verwaltungsgericht habe verkannt, dass die Antragsgegnerin bei der fiktiven Laufbahnnachzeichnung zu ihren Lasten gegen das Benachteiligungsverbot der §§ 10, 52 Abs. 1 Satz 2 BPersVG verstoßen habe. Sie habe nämlich ein Berechnungsmodell gewählt, bei dem die Antragstellerin nie zum Zuge kommen könne. Das bloße Abstellen auf den aktuellen Notendurchschnitt (hier von 114,29, abgerundet 110) einer größeren, hier aus sieben Beamten gebildeten Vergleichsgruppe werde bei realitätsgerechter Betrachtung nämlich schon mit Blick auf bestehende Regelungen i. S. v. § 50 Abs. 2 BLV nie zu einem Gesamturteil der fiktiven Nachzeichnung führen können, das eine Beförderung ermögliche. Geboten sei es vielmehr, entsprechend der Übung der überwiegenden Anzahl der Dienststellen des Bundes das Gesamturteil der fiktiven Nachzeichnung daran zu orientieren, „ob exakt die Hälfte oder knapp mehr als die Hälfte“ (der Vergleichsgruppenmitglieder) „mit der Bestnote beurteilt“ bzw. befördert worden seien, was hier der Fall sei, da vier Personen der Vergleichsgruppe die Höchstnote erhalten hätten. Nur eine solche Berechnungsweise führe weder zu einer Benachteiligung noch zu einer Bevorzugung des freigestellten Personalratsmitglieds.

15

Auch dieses Vorbringen greift nicht durch.

16

Dem Dienstherrn steht bei der im Wege der fiktiven Nachzeichnung zu leistenden Prognose, wie die berufliche Entwicklung des freigestellten Personalratsmitglieds ohne die Freistellung bis zum maßgeblichen Stichtag verlaufen wäre, hinsichtlich der Wahl der Methoden und des Verfahrens zur Erstellung der Prognose ein Ermessens- bzw. Einschätzungsspielraum zu.

17

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 30. Juni 2014– 2 B 11.14 –, juris, Rn. 13 f., OVG NRW, Beschlüsse vom 7. März 2017 – 1 B 1355/16 –, juris, Rn. 19 f. und Rn. 27 f., m. w. N., und vom 22. August 2018– 1 B 951/18 –, juris, Rn. 28, sowie Bay. VGH, Beschluss vom 17. August 2023 – 6 CE 23.846 –, juris, Rn. 31; zu den (etwa) möglichen Modellen vgl. BVerwG, Beschluss vom 3. März 2025– 2 VR 4.24 –, juris, Rn. 61.

18

Er darf dabei in typisierender Weise vorgehen und den Verwaltungsaufwand zur Ermittlung einer fiktiven Laufbahnentwicklung in praktikablen Grenzen halten.

19

Vgl. BVerwG, Urteil vom 10. April 1997 – 2 C38.95 –, juris, Rn. 28, OVG NRW, Beschlüsse vom 5. Oktober 2012 – 1 B 681/12 –, juris, Rn. 18 f., m. w. N., und vom 4. April 2007 – 6 B 57.07 –, juris, Rn. 15, m. w. N., und Peters/Grunewald/Lösch, Handbuch zum Laufbahnrecht des Bundes, 2009, Rn. 359.

20

Dabei ist es grundsätzlich sachgerecht, eine (hinreichend große) Gruppe vergleichbarer Beamter zu bilden und ausgehend davon zu unterstellen, dass der freigestellte Beamte sich beruflich wie der Durchschnitt dieser Vergleichsgruppe entwickelt,

21

vgl. OVG NRW, Beschluss vom 7. März 2017– 1 B 1355/16 –, juris, Rn. 27 f., m. w. N.

22

weil eine Durchschnittsbetrachtung – schon begrifflich – weder eine unzulässige Begünstigung noch eine ebenso unzulässige Benachteiligung bewirkt. Dementsprechend kann eine fiktive Gesamtnote ermessensfehlerfrei nach dem Durchschnitt der Gesamtnoten der Vergleichsgruppe gebildet werden.

23

24

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 7. März 2017– 1 B 1355/16 –, juris, Rn. 29, und vom 22. August 2018 – 1 B 951/18 –, juris, Rn. 30 und Rn. 48 bis 50 (dort auch dazu, dass eine kleinere Vergleichsgruppe im Vergleich zu einer größeren Vergleichsgruppe zu einem schlechter gesicherten Durchschnittswert führt, weil sich „Ausreißer“ nach oben wie nach unten stärker auswirken).

Diesen Durchschnitt der Gesamtnoten durfte die Antragsgegnerin – wie geschehen – rein rechnerisch ermitteln; namentlich ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen es allein ermessensgerecht sein könnte, stattdessen die von der Antragstellerin favorisierte, weil ihr günstigere Betrachtung nach der Kopfzahl der mit dem besten Gesamturteil bewerteten Mitglieder der Vergleichsgruppe zu wählen. Das gilt umso mehr, als die von der Antragstellerin für allein richtig gehaltenen Berechnungsmethode Notenverschlechterungen von Vergleichsgruppenmitgliedern (hier: die 2008 zur Regierungsoberamtsrätin ernannte Beamtin C., von „110“ in 2016 auf „100“ in 2022) ausblendet und damit die Vorgabe verlässt, die Fortentwicklung der Leistungen des freigestellten Beamten entsprechend dem durchschnittlichen beruflichen Werdegang einer Gruppe vergleichbarer Beamter zu fingieren.

25

Vgl. insoweit auch OVG NRW, Beschluss vom 24. September 2024 – 6 B 599/24 –, juris, Rn. 22, m. w. N.: „Ein freigestellter Beamter kann gerade nicht beanspruchen, im Wege der Laufbahnnachzeichnung von den herausragenden Leistungen einzelner Beamter seiner Vergleichsgruppe zu profitieren“.

26

3. Weiter macht die Antragstellerin geltend: „Soweit dem Verfahren Beurteilungen von Beamtinnen und Beamten zugrunde“ lägen, „die während des Beurteilungszeitraums befördert“ worden seien, so seien „diese Beurteilungen rechtswidrig“, weil der Zeitraum vor der Beförderung nach der neuen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 12. Oktober 2013 – 2 A 7.22 –) nicht in die Leistungsbewertung und in die Gesamtnote einfließen dürfe, dies aber bei den in Rede stehenden Regelbeurteilungen (entsprechend der seinerzeit allgemein als rechtmäßig angesehenen Praxis) geschehen sei. Dieses Vorbringen bezieht sich ersichtlich (auch) auf die für die sieben Vergleichsgruppenmitglieder zum Stichtag 1. September 2022 erstellten dienstlichen Regelbeurteilungen, deren Gesamturteile in die Prognose des entsprechenden Gesamturteils der Antragstellerin eingeflossen sind.

27

Auch dieses Beschwerdevorbringen führt nicht zum Erfolg. Die Antragstellerin hat schon kein subjektives Recht darauf, dass das Gericht die der fiktiven Fortschreibung zugrunde gelegten Gesamturteile bzw. die entsprechenden Regelbeurteilungen der – als solche an dem vorliegenden Verfahren nicht beteiligten – Vergleichsgruppenmitglieder einer inzidenten Rechtmäßigkeitskontrolle unterzieht. Zwar wirken sich diese Beurteilungen in Gestalt der ausgeworfenen Gesamturteile auf die Beförderungschancen der Antragstellerin aus, weil aus ihnen das Gesamturteil der fiktiven Fortschreibung ermittelt wird. Die Antragstellerin verkennt insoweit, wie die Antragsgegnerin zutreffend entgegnet hat (Beschwerdeerwiderung S. 6, dritter Absatz), aber das Wesen der fiktiven Fortschreibung als bloßes Beurteilungssurrogat. Dieses fingiert die Entwicklung einer im Dienst gezeigten Qualifikation, die bei dem freigestellten Beamten ab der Freistellung nicht mehr festgestellt werden darf, prognostisch, indem die tatsächliche Entwicklung der Qualifikation der Vergleichsgruppenmitglieder, an der der freigestellte Beamte gleichsam teilhaben soll, anhand der von diesen Mitgliedern zum Stichtag (hier: 1. September 2022) erzielten Gesamturteile in den Blick genommen wird. Diese tatsächliche Entwicklung ist aber unabhängig davon, ob das Gesamturteil einer dieser Regelbeurteilungen, was die Antragstellerin allein begünstigen könnte, (hypothetisch) aus Rechtsgründen anzuheben wäre.

28

So in einem vergleichbaren Fall im Ergebnis auch schon VG Köln, Beschluss vom 2. August 2024 – 15 L 880/24 –, n. v., BA S.5 f.

4. Die Antragstellerin macht ferner geltend, ihre (erstinstanzlichen) Einwendungen gegen die Zusammensetzung der Vergleichsgruppe, die der fiktiven Fortschreibung zugrunde gelegt worden sei, seien nicht verwirkt. „Ihre konkrete fiktive Laufbahnnachzeichnung“ sei ihr nämlich nicht schon mit dem Schreiben der Antragsgegnerin vom 7. März 2023 mitgeteilt worden, in dem nur die Kriterien für Aktualisierung der Vergleichsgruppe und die Namen der Vergleichsgruppenmitglieder genannt worden seien, sondern erst im Zusammenhang mit ihrer Bewerbung auf die nach A 13g+Z ausgeschriebenen Dienstposten. 30

Dieses Vorbringen dürfte in der Sache fehlgehen, ist aber jedenfalls unerheblich. Das Verwaltungsgericht hat eine solche Verwirkung nicht angenommen (vgl. BA S. 5, vorletzter Absatz: „Unabhängig davon, ob diese Einwände verwirkt sind, greifen sie in der Sache jedenfalls nicht durch“). Die Frage, ob und ggf. welche Einwendungen der Antragstellerin, die nicht erst die Gesamturteile 2022 der Vergleichsgruppenmitglieder und das aus diesen Urteilen ermittelte Ergebnis der fiktiven Fortschreibung, sondern schon die dem zugrunde gelegte Vergleichsgruppe betreffen, verwirkt sind, kann außerdem angesichts des Vorstehenden auch vorliegend offenbleiben. 31

Allgemein zu der Frage der Verwirkung von Einwänden gegen die Vergleichsgruppenbildung vgl. BVerwG, Beschluss vom 25. Juni 2014 – 2 B 1.13 –, juris, Rn. 27. 32

II. Die Antragstellerin macht ferner (sinngemäß) geltend, das Verwaltungsgericht habe einen klaren, für sie uneinholbaren Leistungsvorsprung der Beigeladenen auch deshalb zu Unrecht angenommen, weil die dieser erteilte, auf das Spitzengesamturteil lautende Regelbeurteilung 2022 rechtswidrig sei. (Jedenfalls) aktuelle dienstliche Beurteilungen müssten der neuen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aus dessen Urteil vom 12. Oktober 2023 – 2 A 7.22 – genügen, nach der bei einer Beförderung des Beamten während des Beurteilungszeitraums der Zeitraum vor der Beförderung nicht in die Leistungsbewertung und in die Gesamtnote einfließen dürfe. Dies sei in der fraglichen Regelbeurteilung indes geschehen, obwohl die Beigeladene am 1. Februar 2021 und damit während des Beurteilungszeitraums zur Regierungsoberamtsrätin ernannt worden sei. 33

Auch mit diesem Vortrag ist (weiterhin) nicht glaubhaft gemacht, dass die Antragsgegnerin mit ihrer zu Lasten der Antragstellerin getroffenen Auswahlentscheidung deren Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt hat und der Antragstellerin daher der behauptete Anordnungsanspruch zusteht. 34

Zwar ist es zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes i. S. v. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG geboten, dass das Gericht dienstliche Beurteilungen, die der Auswahlentscheidung zugrunde gelegt (und von dem jeweiligen Antragsteller angegriffen) worden sind, einer Inzidentprüfung unterzieht, die sich nicht auf offensichtliche Fehler beschränkt, sondern ihrem Umfang und ihrer Intensität nach einer Prüfung im Hauptsacheverfahren entspricht. 35

Vgl. aus der Senatsrechtsprechung etwa die Beschlüsse vom 20. Juli 2017 – 1 B 1417/16 –, juris, Rn. 8 f., und vom 6. Mai 2008 – 1 B 1786/07 –, juris, Rn. 45 f., jeweils m. w. N.; ferner Bay. VGH, Beschluss vom 1. Dezember 2015 – 3 CE 15.1947 –, juris, Rn. 29, und OVG NRW, Beschluss vom 5. Oktober 2017 – 6 B 1112/17 –, juris, Rn. 18 f., ebenfalls jeweils m. w. N.; aus der Literatur etwa Günther, in: Plog/Wiedow, BBG, Werkstand: April 2025, BBG § 22 Rn. 38a (Kontrolldichte) und Rn. 39 (Rügefähigkeit von Rechtsfehlern, die in der Qualifikationsbeurteilung des erfolgreichen Konkurrenten liegen). 36

Auch dürfte es zutreffen, dass sich die der Beigeladenen erteilte Regelbeurteilung 2022 nach Maßgabe der angeführten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts als rechtswidrig erweist, weil in ihr – entsprechend der im Zeitpunkt ihrer Erstellung und Eröffnung weitgehend geübten und von den Verwaltungsgerichten einhellig gebilligten Praxis der Behörden – auch die von der Beigeladenen noch vor ihrer Beförderung zur Regierungsoberamtsrätin im Statusamt einer Regierungsamtsrätin gezeigte Qualifikation anhand des Maßstabs des Beförderungsamts bewertet und nicht nur (mit Ausführungen etwa zu den Gründen von „Verschlechterungen in der Beurteilung“) „erfasst“ worden ist. 37

Vgl. BVerwG, Urteil vom 12. Oktober 2023– 2 A 7.22 –, juris, Rn. 39 bis 42, und dessen jüngst erfolgte Erläuterung im Beschluss vom 3. März 2025– 2 VR 4.24 –, juris, Rn. 30 bis 41. 38

Richtig dürfte zudem das (sinngemäße) Beschwerdevorbringen sein, diese neue Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts betreffe von den bereits eröffneten Regelbeurteilungen (zumindest) all jene, die noch im Streit stünden (stehen könnten), und die Verwaltungsgerichte seien entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts nicht befugt, die dieser Rechtsprechung zu entnehmende Rechtserkenntnis erst auf nach Bekanntwerden der Begründung des Urteils vom 12. Oktober 2023 eröffnete Regelbeurteilungen und damit gleichsam erst nach einer „Übergangszeit“ anzuwenden. 39

Vgl. insoweit auch schon Neuhäuser, Das Bundesverwaltungsgericht als Verfassungsorgan? Fortgeltungsanordnungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit trotz erkannter Verfassungswidrigkeit im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG, NVwZ 2023, 634 ff., der in für eine Übergangszeit ausgesprochenen „Fortgeltungsanordnungen“ des Bundesverwaltungsgerichts mit beachtlichen Argumenten die Usurpierung einer Normsetzungskompetenz sieht, mit der das Bundesverwaltungsgericht insbesondere gegen Art. 20 Abs. 2 und 3 GG verstoße (konkret zu der Fortgeltungsanordnung, die der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts im Zusammenhang mit dem von ihm angenommenen Verstoß auch noch des § 21 BBG i. d. F. vom 28. Juni 2021 gegen den Parlamentsvorbehalt kreiert hat); zu dieser Problematik auch Domgörgen, Gegenstand einer Regelbeurteilung nach Beförderung während des Beurteilungszeitraums, NVwZ 2025, 535 ff. (539). 40

Gleichwohl kann der Senat hier offenlassen, ob der neuen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gefolgt werden kann. 41

Es sei allerdings darauf hingewiesen, dass diese Rechtsprechung im Kern allein auf der (Rechts-)Behauptung beruht, die Qualifikation, die ein Beamter im maßgeblichen Beurteilungszeitraum vor seiner Beförderung gezeigt habe, könne (trotz insoweit durchaus möglicher Abstraktionsleistung des jeweiligen Beurteilers) und dürfe (trotz Fehlens eines entsprechenden normativen Grundsatzes) nicht „nachträglich“ anhand des (lediglich graduell verschärften) Maßstabs des am Stichtag innegehabten (höheren) Statusamtes beurteilt werden, weil dieser Maßstab während der entsprechenden Dienstleistung noch nicht gegolten habe und insoweit durch die Beförderung „Überholung“ eingetreten sei. Diese durch Verweis auf Art. 33 Abs. 2 GG gleichsam „immunisierte“ (Schein)Begründung ist indes keinesfalls zwingend. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Ergebnis ohne Not eine funktionierende, weithin geübte Beurteilungspraxis verworfen und die dadurch ausgelösten erheblichen Auswirkungen in Kauf genommen, die auch nach dem Beschluss vom 3. März 2025 – 2 VR 4.24 –, juris –, der zwar manches klarstellt, aber auf die in ihm bloß zitierte Kritik nicht eingeht, in der Gestalt ungeklärter Folgeprobleme und misslicher Folgen (etwa der Stärkung von Anlassbeurteilungen und der Einschränkung der Vergleichbarkeit von Regelbeurteilungen in zeitlicher Hinsicht) bestehen. 42

Kritisch schon zu dem Urteil vom 12. Oktober 2023 Ott, Urteilsanmerkung, NVwZ 2024, 339 f., und Bracher, Urteilsanmerkung, DVBl. 2024, 423 ff. (424 bis 426), der die neue Konzeption als unzureichend begründet ansieht und als grundsätzlich verfehlt bezeichnet; kritisch ferner OVG S.-A., Beschluss vom 21. Mai 2024 – 1 M 23/24 –, juris, Rn. 21 f., und Hess. VGH, Beschluss vom 2. Juli 2024 – 1 B 649/24 –, juris, Rn. 34; grundsätzlich zustimmend Bodanowitz, in: Schnellenbach/Bodanowitz, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und Richter, Werkstand: April 2025, Rn. 352a mit Fn. 16.02, und Lorse, Rechtsfragen der Festlegung des maßstabsrelevanten Zeitraums in dienstlichen Beurteilungen, ZTR 2024, 430 ff.; zustimmend zu der Ausgangsentscheidung vom 12. Oktober 2023 und dem Beschluss vom 3. März 2025 – 2 VR 4.24 – auch der frühere Vorsitzende des 2. Senats, Domgörgen, Gegenstand einer Regelbeurteilung nach Beförderung während des Beurteilungszeitraums, NVwZ 2025, 535 ff. (535 bis 538).

Es ist fraglich, ob der Hinweis, die an der Ausgangsentscheidung geübte Kritik, die neue Konzeption sei nicht erläutert worden, sei „wohlfeil“, weil bei „gehörigem 'Weiterdenken' Vieles von dem, was nun ausdrücklich klargestellt“ werde, auch schon der Ausgangsentscheidung zu entnehmen gewesen wäre, 44

so Domgörgen, NVwZ 2025, 535 ff. (536), 45

der Funktion und dem Anspruch eines Bundesgerichts noch gerecht wird. 46

Der Senat ist auch nicht an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gebunden. Höchstrichterliche Rechtsprechung erzeugt keine dem Gesetzesrecht gleichkommende Rechtsbindung. 47

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 2. Mai 2012 – 2 BvL 5/10 –, juris, Rn. 81. 48

Auch ihr kommt lediglich Bindungswirkung nach Maßgabe des § 121 VwGO zu. Der Senat teilt vor diesem Hintergrund auch die Annahme nicht, dass das Verhalten von Bundesbehörden, die ihre Beurteilungspraxis nicht entsprechend umstellten, „an behördlichen Ungehorsam“ grenze, „der sich der Bindung an Recht und Gesetz (...) zu entziehen“ suche. 49

So aber Domgörgen, NVwZ 2025, 535 ff. (538). 50

Es kommt auf die neue Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vorliegend deshalb nicht an, weil ausgeschlossen ist, dass die Beigeladene bei unterstelltem Erfordernis einer erneuten, dieser Rechtsprechung Rechnung tragenden Beurteilung ein schlechteres Gesamturteil als „120“ erhalten könnte. Der Beigeladenen ist bezogen auf den (gesamten, 36monatigen) Beurteilungszeitraum vom 1. September 2019 bis zum 31. August 2022 die Spitzennote zuerkannt worden, obwohl sie bis zum Ablauf des 31. Januar 2021 und damit während der ersten 17 Monate des Beurteilungszeitraums eine gemessen am angelegten Maßstab (Statusamt nach A 13BBesO) unterwertige Tätigkeit ausgeübt hat. Da dieser Umstand allein geeignet sein konnte, das zu erteilende Gesamturteil schlechter ausfallen zu lassen, ist der Schluss zwingend, dass die nach der Beförderung gezeigte Qualifikation als alleiniger Gegenstand der Bewertung nur mit der Spitzennote bedacht werden würde und könnte. 51

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 2, 162 Abs. 3 VwGO. Es entspricht nicht der Billigkeit, etwaige außergerichtliche Kosten der Beigeladenen für erstattungsfähig zu erklären, weil diese (auch) im Beschwerdeverfahren keinen Antrag gestellt und sich deshalb keinem 52

Kostenrisiko ausgesetzt hat (vgl. § 154 Abs. 3 VwGO).

Die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf den §§ 40, 47 Abs. 1 Satz 1, 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG sowie § 52 Abs. 1, Abs. 6 Satz 4 i. V m. Satz 1 Nr. 1, Satz 2 und 3 GKG. Auszugehen ist nach § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 GKG von dem Jahresbetrag der Bezüge, die dem jeweiligen Antragsteller nach Maßgabe des im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung (hier: 10. März 2025) bekanntgemachten, für Bundesbeamte geltenden Besoldungsrechts fiktiv für das angestrebte Amt im Kalenderjahr der Beschwerdeerhebung zu zahlen sind. Nicht zu berücksichtigen sind dabei die nach § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 und Satz 3 GKG ausgenommenen Besoldungsbestandteile. Der nach diesen Maßgaben zu bestimmende Jahresbetrag ist wegen § 52 Abs. 6 Satz 4 GKG und wegen der im Eilverfahren nur begehrten vorläufigen Sicherung auf ein Viertel zu reduzieren. Der nach den vorstehenden Grundsätzen zu ermittelnde Jahresbetrag beläuft sich hier angesichts des angestrebten Amtes der Besoldungsgruppe A 13+Z BBesO und Zugrundelegung der Erfahrungsstufe 8 für das maßgebliche Jahr 2025 auf 81.649,56 Euro (6.427,89 Euro + 376,24 Euro = 6.804,13 Euro; 6.804,13 Euro x 12). Ein Viertel dieses Jahresbetrages entspricht dem festgesetzten Wert von 20.412,39 Euro.

Dieser Beschluss ist hinsichtlich der Streitwertfestsetzung nach §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG und im Übrigen gemäß § 152 Abs. 1 VwGO unanfechtbar.