

1 B 1160/17
15 L 2798/17 Köln

Beglaubigte Abschrift

B e s c h l u s s

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

der Frau

Antragstellerin,

Prozessbevollmächtigte: Wieland Rechtsanwälte GbR, Rheinweg 23,
53113 Bonn, Az.: 00149/17 fw/dh,

g e g e n

die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, Personal und Service,
Graurheindorfer Straße 108, 53117 Bonn,

Antragsgegnerin,

wegen Abbruch eines Stellenbesetzungsverfahrens;
hier: Beschwerde im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

hat der 1. Senat des

OBERVERWALTUNGSGERICHTS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

am 12. Juli 2018

durch

die Vorsitzende Richterin am Obergerverwaltungsgericht K e l l e r ,
den Richter am Obergerverwaltungsgericht S c h u l t z e - R h o n h o f ,
den Richter am Verwaltungsgericht S c h m i d e t z k i

auf die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln vom 28. August 2017

beschlossen:

- 2 -

Der angefochtene Beschluss wird geändert.

Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung aufgegeben, das im Mai 2017 abgebrochene, die Besetzung der Stelle „Ständige Vertretung der Abteilungsleitung Z I (Personal und Service) mit gleichzeitiger Leitung eines Referats der Abteilung“ in der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht betreffende Stellenbesetzungsverfahren (Ausschreibung vom 28. Dezember 2015) fortzusetzen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren und – unter entsprechender Änderung der erstinstanzlichen Festsetzung von Amts wegen – für das erstinstanzliche Verfahren jeweils auf 5.000 Euro festgesetzt.

Gründe

Die Beschwerde hat Erfolg.

Das fristgerecht vorgebrachte Beschwerdevorbringen der Antragstellerin, auf dessen Prüfung der Senat im Beschwerdeverfahren nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, stellt die angefochtene Entscheidung des Verwaltungsgerichts durchgreifend in Frage. Der dem Tenor entsprechende, sinngemäße Antrag ist zulässig und begründet.

Das Verwaltungsgericht hat den Antrag der Antragstellerin mit der Begründung abgelehnt, die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Auswahlverfahren abzubrechen, genüge den an sie zu stellenden formellen und materiellen Anforderungen. In materieller Hinsicht bestünden zunächst keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür, dass die Entscheidung darauf ziele, die Antragstellerin zu benachteiligen oder die im abgebrochenen Auswahlverfahren ausgewählte Bewerberin zu bevorzugen. Es gebe keine begründeten Zweifel daran, dass die Antragsgegnerin entsprechend ihrer Erklärung im vorliegenden Verfahren eine Bewerbung der Antragstellerin in einem neuen Auswahlverfahren annehmen und anschließend die Auswahlentscheidung nach dem

- 3 -

Leistungsgrundsatz treffen werde. Die Entscheidung über den Abbruch des Auswahlverfahrens beruhe auch auf sachlichen Gründen, die mit Art. 33 Abs. 2 GG in Übereinstimmung stünden. Die Antragsgegnerin habe sich ermessensfehlerfrei dafür entscheiden können, das Auswahlverfahren abubrechen, um den Beförderungsdienstposten mit einem geänderten Anforderungsprofil erneut ausschreiben zu können. Auch sei die Erwägung ermessensgerecht, das Auswahlverfahren abubrechen, um anderen Beamtinnen und Beamten aus dem zwischenzeitlich geänderten Bewerberfeld die Möglichkeit zu eröffnen, sich auf den streitbefangenen Beförderungsdienstposten zu bewerben. Die Frage, ob die Entscheidung über den Abbruch des Auswahlverfahrens auf einem sachlichen Grund beruhe, hänge nicht davon ab, ob und in welchem Umfang sich die Antragsgegnerin bei der Ausschreibung des Beförderungsdienstpostens in einem Irrtum über die Bedeutung des Anforderungsprofils in der Ausschreibung befunden habe. Aufgrund der rechtskräftigen Entscheidungen im Verfahren 15 L 2238/16 stehe fest, dass die Antragsgegnerin auf der Grundlage des Anforderungsprofils jedenfalls eine rechtmäßige Auswahlentscheidung nicht getroffen habe. Wenn die Antragsgegnerin auf dieser Grundlage keine erneute Auswahlentscheidung mehr treffen wolle, weil sie einzelne Kriterien des Anforderungsprofils anders habe gewichten wollen, als die Gerichte dies im Verfahren 15 L 2238/16 zu Grunde gelegt hätten, sei dies sachgemäß. Es sei nämlich rechtlich zweifelhaft, ob einige der oberhalb der „Von-Vorteil-Kriterien“ im Ausschreibungstext platzierten Anforderungen an dieser Stelle im Anforderungsprofil hätten aufgenommen werden dürfen, wenn man davon ausgehe, dass durch diese Platzierung zum Ausdruck habe gebracht werden sollen, dass es sich um zwingende Anforderungen habe handeln sollen. Nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sei bei einer Vergabe eines Beförderungsdienstpostens eine Einengung des Bewerberfeldes aufgrund der besonderen Anforderungen eines bestimmten Dienstpostens grundsätzlich nicht mit Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar. Denn der Bezugspunkt der Auswahlentscheidung nach Art. 33 Abs. 2 GG sei nicht die Funktionsbeschreibung des konkreten Dienstpostens, sondern das angestrebte Statusamt. Ausnahmen hiervon seien nur zulässig, wenn die Wahrnehmung der Aufgaben eines Dienstpostens zwingend besondere Kenntnisse oder Fähigkeiten voraussetze, die ein Laufbahnbewerber regelmäßig nicht mitbringe und sich in angemessener Zeit und ohne unzumutbare Beeinträchtigung der Aufgabenwahrnehmung auch nicht verschaffen könne. Diese Voraussetzungen habe der Dienstherr darzulegen, sie unterlägen voller gerichtlicher

- 4 -

Kontrolle. Im Ausschreibungstext zum streitbefangenen Dienstposten sei nicht konkret dargelegt, warum für die Wahrnehmung der Aufgaben des Dienstpostens eine mehrjährige Erfahrung als Referatsleitung und eine Einstufung mit mindestens „B“ in der aktuellen Beurteilung bei ausgewählten Kriterien der Sozial-, Methoden- und Persönlichkeitskompetenz zwingend erforderlich sein sollten. Aufgrund dieser Zweifel an der Zulässigkeit des gewählten Anforderungsprofils sei es sachgemäß, dass die Antragsgegnerin das Auswahlverfahren abbricht und über die Kriterien einer erneuten Ausschreibung eine neue Entscheidung trifft. Hierbei sei es auch sachgerecht, die Entscheidung für einen neuen Bewerberkreis zu öffnen. Denn es sei nicht ausgeschlossen, dass die erfolgte Ausschreibung mit dem – rechtlich zweifelhaften – Ausschreibungstext einzelne Beamtinnen und Beamte davon abgehalten habe, sich seinerzeit auf die streitbefangene Stelle zu bewerben, weil sie sich aufgrund des Anforderungsprofils als chancenlos eingestuft hätten. Ihnen müsse die Möglichkeit eingeräumt werden, sich auf der Grundlage eines geänderten Anforderungsprofils zu bewerben.

Entgegen diesen Annahmen des Verwaltungsgerichts kann sich die Antragstellerin sowohl auf einen Anordnungsanspruch (dazu 1.) als auch auf einen Anordnungsgrund (dazu 2.) berufen, vgl. § 123 Abs. 1 und 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO.

1. Die Antragstellerin hat einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Sie kann die Fortsetzung des Stellenbesetzungsverfahrens verlangen. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Stellenbesetzungsverfahren abubrechen, verletzt ihren Bewerbungsverfahrenanspruch.

Der aus Art. 33 Abs. 2 GG folgende Bewerbungsverfahrenanspruch gibt Bewerbern um ein öffentliches Amt ein grundrechtsgleiches Recht auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl. Die Bewerbung darf nur aus Gründen abgelehnt werden, die durch Art. 33 Abs. 2 GG gedeckt sind. Der Bewerbungsverfahrenanspruch ist auf ein konkretes Stellenbesetzungsverfahren für die Vergabe eines bestimmten höheren Statusamtes gerichtet, das möglichst zeitnah nach der Auswahlentscheidung durch Beförderung des ausgewählten Bewerbers besetzt werden soll. Dementsprechend erlischt der Anspruch, wenn das Verfahren rechtmäßig beendet wird. Das Verfahren endet, wenn der ausgewählte Bewerber ernannt wird oder wenn

- 5 -

das Stellenbesetzungsverfahren ohne Ergebnis, das heißt ohne Ernennung eines Bewerbers in rechtmäßiger Weise abgebrochen wird.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 29. November 2012 – 2 C 6.11 –, juris, Rn. 10 f.

Der Dienstherr ist bei der Entscheidung, ob er ein nach den Grundsätzen der Bestenauswahl begonnenes Auswahlverfahren zur Besetzung einer Beförderungsstelle abbricht, in unterschiedlichem Maße rechtlich gebunden, je nachdem, ob die konkrete Stelle – auf der Grundlage eines neuen Auswahlverfahrens – weiter besetzt werden soll oder nicht.

Soll die konkrete Stelle nach dem Abbruch nicht mehr besetzt werden, ist der Dienstherr auch, wenn er das Stellenbesetzungsverfahren bereits begonnen hatte, keinen strengeren Bindungen unterworfen, als bei den sonstigen personalwirtschaftlichen Entscheidungen, ob und welche Ämter geschaffen oder wie Dienstposten zugeschnitten werden sollen. Eine solche Entscheidung unterfällt dem weiten, dem Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG vorgelagerten Organisationsermessen des Dienstherrn. Die gerichtliche Kontrolle ist insoweit regelmäßig darauf beschränkt zu prüfen, ob die Abbruchentscheidung willkürlich oder rechtsmissbräuchlich ist.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 3. Dezember 2014 – 2 A 3.13 –, juris, Rn. 26, 37; OVG NRW, Beschluss vom 26. April 2018 – 6 B 355/18 –, juris, Rn. 11.

Die Entscheidung des Dienstherrn – wie hier –, das Stellenbesetzungsverfahren abzubrechen, um die Stelle danach auf der Grundlage eines neuen Auswahlverfahrens zu vergeben, betrifft dagegen nicht mehr nur den Zuschnitt und die Gestaltung des Amtes, sondern stellt bereits die wesentlichen Weichen für die organisatorische Ausgestaltung der nachfolgenden Auswahlentscheidung. Sie muss daher selbst auch den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG Rechnung tragen und bedarf eines dem entsprechenden sachlichen Grundes.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. Mai 2016 – 2 VR 2.15 –, juris, Rn. 16 ff.; Urteile vom 3. Dezember 2014 – 2 A 3.13 –, juris Rn. 17 ff., und vom 29. November 2012 – 2 C 6.11 –, juris, Rn. 16 f.; OVG NRW, Beschlüsse vom 26. April 2018 – 6 B 355/18 –

- 6 -

, juris, Rn. 13, sowie vom 5. Februar 2018 – 1 B 1146/17 –, juris, Rn. 10.

Bei der Prüfung, ob ein solcher sachlicher Grund für den Abbruch vorliegt, ist wie auch sonst bei Ermessensentscheidungen allein auf die in der – in der Regel schriftlich zu dokumentierenden – Begründung angegebenen Erwägungen abzustellen. Ob diese die wahren Beweggründe des Dienstherrn wiedergibt, ist ebenso ohne Belang wie die Frage, ob sich der Abbruch durch einen anderen Sachgrund rechtfertigen ließe.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 26. April 2018 – 6 B 355/18 –, juris, Rn. 17.

Auch vor diesem Hintergrund muss der Dienstherr die Bewerber in formeller Hinsicht rechtzeitig und in geeigneter Form von dem Abbruch in Kenntnis setzen. Er muss dabei unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass er das Stellenbesetzungsverfahren ohne Stellenbesetzung endgültig beenden will.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 29. November 2012 – 2 C 6.11 –, juris, Rn. 19.

In Anwendung der vorstehenden Grundsätze erweist sich die von der Antragsgegnerin getroffene Entscheidung, das Verfahren zur Besetzung des im Tenor genannten, mit A 16 BBesO bewerteten Dienstpostens abubrechen, als rechtswidrig.

a) Zwar hat die Antragsgegnerin unstreitig (vgl. die entsprechende Äußerung der Antragstellerin in ihrer Beschwerdebegündungsschrift vom 28. September 2017, Seite 1, letzter Absatz) der formellen Vorgabe entsprochen, die Bewerber über den Abbruch des Besetzungsverfahrens zu informieren. Denn sie hat der Antragstellerin und den weiteren Bewerbern jeweils mit Schreiben vom 22. Mai 2017 mitgeteilt, dass und aus welchen Gründen das Stellenbesetzungsverfahren abgebrochen worden sei.

b) Der Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens ist aber materiell rechtswidrig, weil sich der Begründung, die die Antragsgegnerin zu dem Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens gegeben hat, keine sachlichen, nach Art. 33 Abs. 2 GG gerechtfertigten Gründe entnehmen lassen. Diese Begründung, die – wie ausgeführt – der

- 7 -

nachfolgenden Prüfung der in Rede stehenden Ermessensentscheidung grundsätzlich allein zugrunde zu legen ist, lautet wie folgt:

„Der Abbruch beruht im Wesentlichen auf der Tatsache, dass die örtlich zuständige Verwaltungsgerichtsbarkeit die im vorliegenden Verfahren getroffene Auswahlentscheidung beanstandet hat. In einem solchen Fall liegt ein sachlicher Grund vor, der den Abbruch eines laufenden Ausschreibungsverfahrens rechtfertigt (vgl. BVerwG, Urteil vom 31.03.2011 – 2 A 2/09). Nach der Feststellung des Verwaltungsgerichts konnte das der Ausschreibung zugrundeliegende Anforderungsprofil hinsichtlich der Gewichtung einzelner Kriterien von potentiellen Bewerbern/innen anders verstanden werden, als es vom Dienstherm gemeint war. Da die BaFin an ihrer ursprünglichen Gewichtung festhalten will, ist es zur Vermeidung einer von der Intention des Dienstherm abweichenden Auslegung der Anforderungskriterien geboten, den Ausschreibungstext anders zu formulieren. Dies bedingt den Abbruch des vorliegenden Auswahlverfahrens. Zudem liegt die Veröffentlichung der in Rede stehenden Ausschreibung schon über ein Jahr zurück. Durch den langen Verfahrensgang ist damit zu rechnen, dass sich zwischenzeitlich die Bewerberlage geändert hat.“

Nicht maßgeblich für die nachfolgende Prüfung ist das in dem ansonsten inhaltlich weitgehend identischen Aktenvermerk vom 11. Mai 2017 zusätzlich enthaltene Argument, es fehle möglicherweise an einer hinreichenden Aktualität und Vergleichbarkeit der zugrunde gelegten Beurteilungen. Denn diese Erwägung in dem die Ermessensentscheidung nur vorbereitenden Aktenvermerk („Vorschlag“) hat die Antragsgegnerin gerade nicht in ihre später im Wege der Abbruchmitteilungen verlaublichste Ermessensentscheidung aufgenommen.

aa) Ein sachlicher Grund für den Abbruch des Besetzungsverfahrens ergibt sich nicht schon aus dem von der Antragsgegnerin zunächst angeführten bloßen Umstand, dass die getroffene Auswahlentscheidung verwaltungsgerichtlich beanstandet worden ist (vgl. die Beschlüsse des Verwaltungsgerichts Köln vom 15. Dezember 2016 – 15 L 2238/16 – und des Senats vom 31. März 2017 – 1 B 6/17 –, jeweils in juris).

- 8 -

(1) Nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der sich der Senat anschließt, kann der Dienstherr ein Auswahlverfahren bei weiterhin beabsichtigter Stellenbesetzung sachlich gerechtfertigt, d. h. den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG genügend abbrechen, wenn das Auswahlverfahren fehlerhaft ist und nicht mehr zu einer ordnungsgemäßen Auswahlentscheidung führen kann oder wenn - was hier nicht in Betracht komme - eine erneute Ausschreibung erforderlich wird, um eine hinreichende Anzahl leistungsstarker Bewerber zu erhalten. Genügt die Abbruchentscheidung diesen Vorgaben nicht, ist sie unwirksam und das in Gang gesetzte Auswahlverfahren fortzuführen.

BVerwG, Beschluss vom 10. Mai 2016 – 2 VR 2.15 –, juris, Rn. 18, m. w. N.; vgl. ferner von der Weiden, Der beamtenrechtliche Konkurrentenstreit in der neueren Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht, Bundesverwaltungsgericht und Thüringer Oberverwaltungsgericht, in: ThürVBl. 2017, 210 ff. (220).

Eine ordnungsgemäße Auswahlentscheidung kann dann nicht mehr getroffen werden, wenn der gerichtlich festgestellte Mangel in dem in Gang gesetzten Auswahlverfahren nicht geheilt werden kann. Ein Mangel, der in dem Auswahlverfahren behoben werden kann, rechtfertigt einen Abbruch zum Zwecke der Neuausschreibung daher nicht. Es ist sachgerecht, die (früher) in der Rechtsprechung vielfach verwendete – undifferenzierte – Formulierung, dass die gerichtliche Beanstandung einer Auswahlentscheidung grundsätzlich einen sachlichen Grund für den Abbruch des Auswahlverfahrens darstelle, sofern die Ausführungen des Gerichts dem Dienstherrn berechtigten Anlass gäben, seine Entscheidungsfindung zu überdenken,

im jeweiligen Ausgangspunkt so etwa OVG NRW, Beschluss vom 13. September 2012 – 6 B 596/12 –, juris, Rn. 17, OVG M.-V., Urteil vom 28. Oktober 2009 – 2 L 209/06 –, juris, Rn. 70 a. E., Nds. OVG, Beschluss vom 14. September 2006 – 5 ME 219/06, juris, Rn. 15, und Sächs. OVG, Beschluss vom 14. Mai 2004 – 3 BS 265/03 –, juris, Rn. 11,

in dieser Weise einzuschränken. Dies dient der effektiven Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs, indem sie bezogen auf die noch immer anstehende Stellenbesetzung zuverlässig und im rechtlich weitest möglichen Umfang eine Benachtei-

- 9 -

ligung des im Auswahlverfahren unterlegenen, im Eilverfahren aber erfolgreichen Bewerbers verhindert. Dessen Erfolg vor Gericht ist bei Abbruch des Besetzungsverfahrens und Neuausschreibung vielfachen Gefährdungen ausgesetzt. So ist denkbar und in der Praxis nicht selten, dass sich im Falle der Neuausschreibung das Bewerberfeld zu Lasten dieses Beamten verändert oder dass dieser auf der Grundlage inzwischen vorliegender neuer (ggf. an die personalpolitischen Vorstellungen des Dienstherrn angepasster) dienstlicher Beurteilungen nicht mehr zum Zuge kommt. Außerdem kann die Gefahr bestehen, dass der Dienstherr die gerichtliche Beanstandung der getroffenen Auswahlentscheidung für eine seinen personalpolitischen Zielsetzungen entgegenkommende, etwa den Kreis der möglichen Bewerber durch Änderung des Anforderungsprofils abweichend steuernde Neuausschreibung ausnutzt, obwohl die Erwägungen des Gerichts eine Behebung des Mangels im bisherigen Auswahlverfahren ermöglichen.

Zu Letzterem schon BayVGH, Beschluss vom 29. September 2005 – 3 CE 05.1705 –, juris, Rn. 24 bis 26; ferner von Glasenapp, Konkurrentenstreit und Schadensersatz im beamtenrechtlichen Beförderungsverfahren, in: NordÖR 2011, 253 ff. (255 f.), sowie – eingehend – Lorse, Rechtsfragen des Abbruchs von internen Stellenausschreibungen im öffentlichen Dienst, in: DVBl. 2017, 1143 ff. (1146 f.).

Gerade den zuletzt angeführten Gefährdungen könnte bei Zugrundelegung der bisherigen Rechtsprechung, die einem Abbruch des Besetzungsverfahrens nach verwaltungsgerichtlicher Beanstandung des Auswahlverfahrens im Wesentlichen nur für den Fall eine Grenze setzt, wenn der Abbruch allein der Benachteiligung oder Bevorzugung eines Bewerbers dient,

vgl. BVerwG, Urteil vom 29. November 2012
– 2 C 6.11 –, juris, Rn. 20 f.,

nur unzureichend entgegengewirkt werden. Denn es wäre dann jeweils zu belegen, dass der Abbruch allein der Benachteiligung oder Bevorzugung eines Bewerbers dient; dies wird aber nicht immer möglich sein.

- 10 -

(2) Nach Maßgabe der vorstehenden Grundsätze ist ein Mangel des Auswahlverfahrens, der bei dessen Fortführung nicht geheilt werden könnte, nicht in der Abbruchmitteilung angeführt, und ist ein solcher Mangel im Übrigen auch sonst nicht ersichtlich.

Nicht auf einen nicht heilbaren Mangel führt der von der Antragsgegnerin insoweit herangezogene Aspekt, dass das Anforderungsprofil nach der Feststellung des Verwaltungsgerichts hinsichtlich der Gewichtung einzelner Kriterien von potentiellen Bewerbern/innen anders als von ihr gemeint verstanden werden könne und folglich einer Klarstellung durch Neuausschreibung bedürfe.

Die Ausführungen des Verwaltungsgerichts in dem Beschluss vom 15. Dezember 2016 – 15 L 2238/16 – sind hier schon nicht maßgeblich. Bei der Prüfung, ob das Auswahlverfahren noch rechtsfehlerfrei zu Ende geführt werden kann, ist auf den Inhalt der insoweit zuletzt ergangenen gerichtlichen Sachentscheidung abzustellen. Liegt – wie hier – eine sich zu Fehlern des Auswahlverfahrens äußernde Sachentscheidung des Beschwerdegerichts vor, sind grundsätzlich dessen Ausführungen und nicht die der Vorinstanz maßgebend, und zwar auch dann, wenn schon Letztere die Auswahlentscheidung beanstandet hat.

Unabhängig davon begründen die Ausführungen des Verwaltungsgerichts nicht einmal ansatzweise die Annahme, dass es zwingend eines neuen Auswahlverfahrens bedürfte, um die fragliche Stelle zu besetzen. Danach leidet die (in Auswertung auch der in den aktuellen dienstlichen Beurteilungen zuerkannten Einzelnoten zutreffend einen Leistungsgleichstand annehmende) Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin (nur) daran, dass die Antragsgegnerin bei ihrer Abwägung fehlerhaft nicht den sich bei zutreffender Auslegung des in der Ausschreibung formulierten Anforderungsprofils ergebenden Vorrang der zwingenden Kriterien („mehrjährige Erfahrung als Referatsleitung“; Einzelnoten in Bezug auf 10 Merkmale der aktuellen dienstlichen Beurteilungen) vor den „Von-Vorteil-Kriterien“ beachtet habe und aus diesem Grund zur ermessensfehlerhaften Annahme eines durchschlagenden Erfahrungsvorsprungs der Beigeladenen vor dem sich insoweit ergebenden (leichten) Leistungsvorsprung der Antragstellerin gelangt sei.

- 11 -

Weitere Rügen lassen sich der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung nicht entnehmen. Namentlich hat es entgegen der sinngemäßen Behauptung der Antragsgegnerin weder angenommen, das Anforderungsprofil sei missverständlich formuliert und habe deshalb potentielle Bewerber von einer Bewerbung abhalten können,

zu einem solchen Fall vgl. OVG NRW, Beschluss vom 23. Juni 2008 – 6 B 560/08 –, juris, Rn. 12,

noch die Auswahlentscheidung wegen eines unzulässigen zwingenden Anforderungsmerkmals beanstandet, das eine Neuausschreibung unumgänglich machen würde.

Vgl. dazu allgemein: Lorse, Rechtsfragen des Abbruchs von internen Stellenausschreibungen im öffentlichen Dienst, in: DVBl. 2017, 1143 ff. (1146), auch unter Hinweis auf Hess. VGH, Beschluss vom 10. November 2015 – 1 B 286/15 –, juris, Rn. 14 a. E.

Für die Antragsgegnerin würde sich bei – hier nur unterstellter – Maßgeblichkeit der erstinstanzlichen Entscheidung nur das Erfordernis ergeben, eine den Maßgaben des Verwaltungsgerichts folgende erneute Abwägung unter Ausschöpfung der unbeanstandeten dienstlichen Beurteilungen vorzunehmen, bei der die Antragstellerin nach Einschätzung des Verwaltungsgerichts auch nicht chancenlos wäre.

Zu Letzterem vgl. VG Köln, Beschluss vom 15. Dezember 2016 – 15 L 2238/16 –, juris, Rn. 24 und 30.

Der Senat hat in seinem Beschluss vom 31. März 2017 – 1 B 6/17 –, juris, Rn. 30 ff., der nach dem Vorstehenden hier heranzuziehen ist, keinen nicht behebbaren und damit einer Fortführung des Auswahlverfahrens entgegenstehenden Mangel angenommen. Er hat allein gerügt, dass die Antragsgegnerin ihre Auswahlentscheidung letztlich ausschlaggebend rechtswidrig auf dienstpostenbezogene, die zu besetzende Stelle (Ständige Vertretung der Abteilungsleitung Z I – Personal und Service – mit gleichzeitiger Leitung eines Referats der Abteilung) betreffende Von-Vorteil-Kriterien gestützt habe, anstatt die Vorbeurteilungen heranzuziehen und deren Unterschiede zu berücksichtigen. Ferner hat er ausgeführt, dass die Antragstellerin bei Berücksich-

- 12 -

tigung ihrer (besseren) Vorbeurteilung zwar nicht zwingend ausgewählt werden müsse, aber auch nicht chancenlos sei (juris, Rn. 45 und Rn. 31). Gefordert war nach alledem allein eine erneute, den aufgezeigten Rechtsfehler meidende Abwägung auf der Grundlage des vorhandenen, nicht zu beanstandenden Materials.

Lediglich ergänzend sei ausgeführt, dass der Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens wohl auch nicht nach Maßgabe der (früheren) Rechtsprechung zu rechtfertigen wäre, wonach ein Abbruch des Besetzungsverfahrens grundsätzlich schon dann sachlich gerechtfertigt ist, wenn dem Dienstherrn im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt worden ist, den von ihm ausgewählten Bewerber zu ernennen. Denn es spricht hier Erhebliches dafür, dass der insoweit anerkannte Ausnahmefall vorliegt, dass der Abbruch allein der Benachteiligung oder Bevorzugung eines Bewerbers dient. Die Antragsgegnerin hat erstinstanzlich unter Bezugnahme auf ihre zwischenzeitlich geänderten „Grundsätze der Personalauswahl“ vorgetragen (Schriftsatz vom 12. Juli 2017, S. 5), durch Änderung oder Ergänzung des Anforderungsprofils klarstellen zu wollen, dass den zwingenden Kriterien des Profils nach dem Willen der Dienststelle keine herausgehobene Bedeutung gegenüber den (im Umfang ihrer Dienstpostenbezogenheit allerdings rechtswidrigen, s. o.) Von-Vorteil-Kriterien zukommen soll. Ferner hat sie mit Schriftsatz vom 22. August 2017 (dort auf S. 2) gegenüber dem Verwaltungsgericht dargelegt, dass dem Kriterium „Mehrjährige Erfahrung als Referatsleitung“ trotz dessen Aufführung als zwingendes, mit der Mindestanforderung „dreijährig“ versehenes Anforderungsmerkmal kein höheres Gewicht beigemessen werden sollte als anderen im Anforderungsprofil genannten wichtigen Erfahrungskriterien. Vor dem Hintergrund, dass die Antragstellerin ausweislich des Auswahlvermerks vom 21. März 2016 (S. 12 f.) und der Feststellungen des Verwaltungsgerichts eine wesentlich längere Erfahrung als Referatsleiterin hat als die Beigeladene, dürfte jedenfalls auf der Hand liegen, dass die beabsichtigten Klarstellungen tendenziell zu ihren Lasten gehen würden.

bb) Ein nicht behebbarer Mangel des Auswahlverfahrens lässt sich auch nicht aus der Erwägung der Antragsgegnerin ableiten, wegen der langen Verfahrensdauer sei mit einer zwischenzeitlichen Änderung der Bewerberlage zu rechnen. Eine solche Annahme widerspräche schon grundsätzlich dem Anspruch des im Auswahlverfahren unterlegenen, vor Gericht aber erfolgreichen Bewerbers auf Gewährung effekti-

- 13 -

ven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG. Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes in Konkurrentenstreitverfahren, die regelmäßig über zwei Instanzen geführt werden, werden häufig einen Zeitraum erfordern, in dem sich die Bewerberlage ändern kann. Würde man einen Abbruch des zugunsten des unterlegenen Bewerbers gerichtlich beanstandeten Auswahlverfahrens schon angesichts einer solchen Sachlage zulassen, so würde dessen doch zu schützender Bewerbungsverfahrensanspruch in der Praxis im Ergebnis häufig entwertet. Denn eine erneute Auswahlentscheidung nach Neuausschreibung der Stelle wird – wie oben dargestellt – vielfach eher zu Lasten des Betroffenen ausgehen als eine erneute, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts ergehende Auswahlentscheidung im fortgesetzten Auswahlverfahren.

Vgl. hierzu Lorse, Rechtsfragen des Abbruchs von internen Stellenausschreibungen im öffentlichen Dienst, in: DVBl. 2017, 1143 ff. (1147).

Das wäre mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG nicht vereinbar, zumal der unterlegene Bewerber regelmäßig nicht für die Verfahrensdauer verantwortlich ist.

cc) Die Erwägung schließlich, bei Fortführung des Stellenbesetzungsverfahrens fehle es möglicherweise an einer hinreichenden Aktualität und Vergleichbarkeit der zugrunde gelegten Beurteilungen, ist hier, wie oben ausgeführt wurde, ohne Relevanz, weil die Antragsgegnerin sie nicht zur Begründung ihrer Abbruchentscheidung herangezogen hat. Lediglich ergänzend sei aber insoweit ausgeführt, dass der hier nun zu treffenden erneuten Auswahlentscheidung die Regelung des § 22 Abs. 1 Satz 2 BBG noch nicht entgegensteht, nach der das Ende des letzten Beurteilungszeitraums zum Zeitpunkt der Beförderungsauswahlentscheidung höchstens drei Jahre zurückliegen darf. Dieser Zeitraum ist hier noch nicht überschritten, da der Beurteilungsstichtag der hier zugrunde zu legenden dienstlichen Regelbeurteilungen der 2. September 2015 ist. Die Antragsgegnerin ist gehalten, die geschuldete Auswahlentscheidung vor diesem Datum zu treffen.

2. Der Antragstellerin steht entgegen der von der Antragsgegnerin in der Beschwerdeerwiderung geäußerten Auffassung auch ein Anordnungsgrund gemäß § 123

- 14 -

Abs. 1 Satz 2 VwGO für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Seite.

Ein – wie vorliegend – rechtswidriger Abbruch des Auswahlverfahrens verletzt den grundrechtsgleichen Bewerbungsverfahrensanspruch. Die Bewerber können bereits diese Maßnahme, obwohl sie nur vorbereitenden Charakter besitzt, einer gerichtlichen Kontrolle zuführen. Effektiver Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) gegen den unberechtigten Abbruch eines Auswahlverfahrens kann nur im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erlangt werden. Das Begehren auf zeitnahe Fortführung des begonnenen Auswahlverfahrens kann durch eine Hauptsacheklage nicht erreicht werden. Der Anordnungsgrund für einen Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO ergibt sich aus dem Inhalt des Rechtsschutzbegehrens selbst, das auf eine sofortige Verpflichtung des Dienstherrn gerichtet ist und deshalb bereits aus strukturellen Gründen nur im Wege des Eilrechtsschutzes verwirklicht werden kann.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. Mai 2016 – 2 VR
2.15 –, juris, Rn. 10 bis 12.

Ein Anordnungsgrund besteht allerdings nur, wenn der Bewerber, der sich aufgrund des Abbruchs eines Stellenbesetzungsverfahrens in seinem Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt sieht, diese potentielle Rechtsverletzung zeitnah gerichtlich geltend macht. Der Antrag ist innerhalb eines Monats zu stellen. Die Frist wird mit Zugang der Mitteilung über den Abbruchgrund in Lauf gesetzt. Stellt ein Bewerber nicht innerhalb eines Monats nach Zugang der Abbruchmitteilung einen Antrag nach § 123 VwGO, darf der Dienstherr darauf vertrauen, dass der Bewerber den Abbruch des Auswahlverfahrens nicht angreift, sondern sein Begehren im Rahmen einer neuen Ausschreibung weiterverfolgt.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. Mai 2016 – 2 VR
2.15 –, juris, Rn. 13, und Urteil vom 3. Dezember
2014 – 2 A 3.13 –, juris, Rn. 22 ff.

Die Antragstellerin hat die Monatsfrist zur Stellung des Antrages vorliegend gewahrt. Zugegangen ist ihr die schriftliche Mitteilung der Antragsgegnerin über den Abbruch des Auswahlverfahrens ausweislich ihres Empfangsbekennnisses (Beiakte Heft 1,

- 15 -

Blatt 233) am 29. Mai 2017; am 27. Juni 2017 hat sie beim Verwaltungsgericht einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Festsetzung des Streitwerts für das erstinstanzliche Verfahren, welche der Senat in Anwendung der Regelung des § 63 Abs. 3 GKG unter Änderung der durch das Verwaltungsgericht erfolgten Festsetzung vornimmt, beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG. In Fällen der vorliegenden Art nicht einschlägig ist § 52 Abs. 6 GKG. Denn das Begehren ist noch nicht auf eine Entscheidung über die Stellenbesetzung gerichtet, sondern zielt lediglich (auf der Vorstufe) auf die Überwindung des mit der Abbruchentscheidung geschaffenen Hindernisses für die Fortführung des Stellenbesetzungsverfahrens ab. Eine den grundsätzlich vorläufigen Charakter des Eilverfahrens berücksichtigende Verminderung des danach anzusetzenden Auffangwertes nimmt der Senat nicht vor, weil der für die Streitwertbemessung maßgebliche Rechtsschutzantrag hier auf die zumindest vorläufige Vorwegnahme der Hauptsache gerichtet ist.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. Mai 2016 – 2 VR 2.15 –, juris, Rn. 34, das § 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG i. V. m. § 52 Abs. 1 und 2 GKG anwendet und hierbei, wie der Beschlusstenor (nicht bei juris, aber in der Veröffentlichungsfassung von www.bverwg.de) zeigt, den vollen Auffangwert zugrunde legt; ferner OVG NRW, Beschlüsse vom 26. April 2018 – 6 B 355/18 –, juris, Tenor und Rn. 40, und vom 30. Mai 2017 – 6 B 403/17 –, Tenor und Rn. 35; vgl. auch schon OVG NRW, Beschluss vom 15. Januar 2003 – 1 B 2230/02 –, juris, Tenor, und die – in juris nicht veröffentlichte – Begründung, nach der der Streitwert „– wie in Fällen vorliegender Art regelmäßig – in Höhe der Hälfte des Auffangstreitwertes nach § 13 Abs. 1 Satz 2 GKG festzusetzen“ ist.

An der abweichenden, maßgeblich auf § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 bis 4 GKG abstellenden Rechtsprechung des Senats

– Senatsbeschlüsse vom 5. Februar 2018 – 1 B 1146/17 –, juris, Tenor und Rn. 33, vom 20. Juli 2016 – 1 B 628/16 –, juris, Tenor, und vom

- 16 -

14. Januar 2013 – 1 A 2534/12 –, n. v., BA Seite 1
und 4 –

wird aus den vorgenannten Gründen nicht mehr festgehalten.

Die die vorstehenden Erwägungen ebenfalls berücksichtigende Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 47 Abs. 1 Satz 1, 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG.

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

Keller

Schultze-Rhonhof

Schmidetzki



Beglaubigt
Urkundsbeamter/in
der Geschäftsstelle des
Oberverwaltungsgerichts
für das Land Nordrhein-Westfalen