



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 2 B 176/22

VG: 6 V 380/22

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

– Antragstellerin und Beschwerdeführerin –

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

die Stadtgemeinde Bremen, vertreten durch die Senatorin für Kinder und Bildung,
Rembertiring 8 - 12, 28195 Bremen,

– Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin –

Prozessbevollmächtigter:

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 2. Senat - durch den
Vizepräsidenten des Oberverwaltungsgerichts Dr. Maierhöfer, den Richter am
Oberverwaltungsgericht Traub und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Stybel am 28.
November 2022 beschlossen:

**Der Beschluss des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt
Bremen – 6. Kammer – vom 4. Juli 2022 wird mit Ausnahme der
Streitwertfestsetzung aufgehoben.**

**Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung
verpflichtet, das mit der Ausschreibung im Januar 2021 begonnene
Stellenbesetzungsverfahren für die Jahrgangsstufe für die mit
Klasse 5 begonnene Jahrgangsstufe im Schuljahr 2019/2020 an der
... fortzusetzen.**

Die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen trägt die Antragsgegnerin.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 5.000 Euro festgesetzt.

Gründe

I. Die Antragstellerin wendet sich im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes gegen den Abbruch des Verfahrens zur Besetzung der Stelle der Jahrgangsstufe für die mit Klasse 5 im Schuljahr 2019/2020 an der begonnene Jahrgangsstufe.

Die Antragsgegnerin schrieb im Januar 2021 die streitgegenständliche Stelle (bewertet mit Besoldungsgruppe A 14) aus. Auf die Stelle bewarben sich die Antragstellerin und ein weiterer Bewerber. Mit Schreiben vom 12.08.2021 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass nach Eignung, Leistung und Befähigung der Mitbewerber ausgewählt worden sei. Die Antragstellerin erhob hiergegen Widerspruch und führte beim Verwaltungsgericht ein Konkurrentenstreitverfahren durch, zu dem der Mitbewerber beigelegt wurde (6 V 1907/21). In diesem Verfahren wies das Verwaltungsgericht darauf hin, dass die Auswahl rechtswidrig sei, weil der ausgewählte Bewerber noch Beamter auf Probe sei und weil seine dienstliche Beurteilung einen unzulässigen vordienstlichen Zeitraum umfasse. Die Antragsgegnerin erklärte daraufhin, dass sie das Besetzungsverfahren abbrechen werde; die streitgegenständliche Stelle werde „nicht abschließend besetzt“. Das Gerichtsverfahren wurde nach übereinstimmenden Erledigungserklärungen der Beteiligten eingestellt. Ausweislich der Behördenakte wurde seitens der Antragsgegnerin zunächst nichts weiter veranlasst.

Am 03.03.2022 hat die Antragstellerin beim Verwaltungsgericht beantragt, die Antragsgegnerin zur Fortführung des Stellenbesetzungsverfahrens zu verpflichten. Zur Begründung hat sie vorgetragen, dass ihr Gründe für den Abbruch nicht genannt worden seien. Ein sachlicher Grund für den Abbruch sei nicht ersichtlich; offensichtlich solle sie aus leistungsfremden Erwägungen von der Auswahl ausgeschlossen werden. Mit Schreiben vom 02.03.2022 wandte sich die Antragstellerin auch direkt an die Antragsgegnerin und rügte, dass sie bislang keine mit Gründen versehene Mitteilung über den Verfahrensabbruch erhalten habe. Auf diesem Schreiben vermerkte eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter der Antragsgegnerin zunächst, es könne „ignoriert werden“. Am 10.03.2022 leitete die Antragsgegnerin dann die Mitbestimmung zum Abbruch des Auswahlverfahrens ein. Mit Bescheid vom 04.05.2022 verfügte sie den Abbruch. Dieser erfolge „aufgrund eines formalen Fehlers“. Die Gründe für den Abbruch lägen nicht in der Person der Antragstellerin. Die Stelle werde in Kürze neu ausgeschrieben werden. Im

gerichtlichen Verfahren hat die Antragsgegnerin in erster Instanz zur Begründung des Abbruchs des Weiteren ausgeführt, aus dem Hinweis des Verwaltungsgerichts im Konkurrentenstreitverfahren hätten sich bislang nicht gesehene Probleme und Rechtsfragen ergeben, die geklärt werden müssten. Das begonnene Auswahlverfahren sei nicht mehr rechtssicher, ordnungsgemäß und fehlerfrei gewesen. Der Eilantrag sei zudem rechtsmissbräuchlich. Indem die Antragstellerin das Konkurrentenstreitverfahren für erledigt erklärt hat, habe sie sich ihres Bewerbungsverfahrensanspruchs für dieses Auswahlverfahren begeben. Gegen den Bescheid vom 04.05.2022 hat die Antragstellerin einen Widerspruch erhoben, über den soweit ersichtlich noch nicht entschieden wurde.

Das Verwaltungsgericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit Beschluss vom 04.07.2022 abgelehnt. Zwar sei der Antrag zulässig. Mit der Erledigungserklärung im Konkurrentenstreitverfahren habe sich die Antragstellerin nicht ihres Bewerbungsverfahrensanspruchs begeben. Zu diesem Zeitpunkt seien weder die Gründe für den beabsichtigten Abbruch des Verfahrens bekannt noch sei klar gewesen, ob die Stelle überhaupt noch einmal neu ausgeschrieben oder ob sie endgültig nicht mehr besetzt werden sollte. Vor diesem Hintergrund sei es nachvollziehbar gewesen, dass die Antragstellerin damals das auf Freihaltung der Stelle bezogene Eilverfahren nicht fortsetzen wollte. Es gebe in der Rechtsprechung auch keinen Anhaltspunkt für die Auffassung der Antragsgegnerin, in einer solchen Konstellation könne einstweiliger Rechtsschutz gegen den Abbruch nur durch Umstellung des Konkurrentenstreitverfahrens in ein Fortführungsbegehren begehrt werden. Das Bundesverwaltungsgericht verlange lediglich, dass der Fortführungsantrag binnen eines Monats nach der Abbruchentscheidung gestellt werden muss. Weiteren formalen Voraussetzungen unterliege er nicht. Die Frist habe die Antragstellerin gewahrt. Maßgeblich sei insoweit nicht die Ankündigung der Antragsgegnerin im Konkurrentenstreitverfahren, sondern der Bescheid vom 04.05.2022, aus dem sich erst die Gründe für den Abbruch ergäben. Dass die Antragstellerin den Eilantrag schon vorher gestellt habe, stehe der Zulässigkeit ebenfalls nicht entgegen. Die Antragsgegnerin habe die Antragstellerin nach der schriftsätzlichen Ankündigung des Abbruchs im Ungewissen gelassen, ob und aus welchem Grund das Verfahren nun tatsächlich abgebrochen wurde. Erst unmittelbar nachdem die Antragstellerin den Eilantrag gestellt hatte, habe die Antragsgegnerin das Mitbestimmungsverfahren zum Abbruch eingeleitet und den Abbruch verfügt. Jedoch sei der Eilantrag unbegründet. Der Abbruch des Auswahlverfahrens sei rechtmäßig. Da die Antragsgegnerin nach wie vor beabsichtige, die Stelle zu besetzen, bedürfe es für den Abbruch eines sachlichen Grundes, der den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG genüge. Es sei nicht zu beanstanden, wenn der Dienstherr ein Auswahlverfahren abbreche, um im Rahmen einer Neuausschreibung auf ein breiteres Bewerberfeld zu treffen. Falls die

Antragsgegnerin dabei auch beabsichtigt haben sollte, dem ursprünglich ausgewählten Bewerber die Möglichkeit einer erneuten Bewerbung einzuräumen, verletze dies Rechte der Antragstellerin nicht. Die Beförderungsreife dieses Bewerbers, der zum 01.08.2019 zum Beamten auf Probe ernannt worden sei, sei inzwischen zeitlich nicht mehr so weit entfernt, dass der Abbruch sich als willkürlich darstelle. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass der Abbruch allein deshalb erfolgt sei, um die Antragstellerin aus leistungsfremden Gründen zu benachteiligen.

Mit ihrer fristgerecht eingelegten und begründeten Beschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr erstinstanzliches Begehren weiter.

II. Die Beschwerde hat mit den dargelegten Gründen (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO) Erfolg. Der Antragsgegnerin ist im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, das streitgegenständliche Stellenbesetzungsverfahren fortzusetzen. Der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ist zulässig. Er ist auch begründet, denn die Antragstellerin hat einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht.

1. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zulässig. Insbesondere ist er weder rechtsmissbräuchlich noch hat die Antragstellerin ihr Antragsrecht verwirkt. Zur Begründung verweist der Senat auf die Ausführungen des Verwaltungsgerichts unter Ziff. II.1. des angefochtenen Beschlusses (§ 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO).

2. Die Antragstellerin hat einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Der Abbruch des Auswahlverfahrens ist rechtswidrig und verletzt die Antragstellerin in ihrem Bewerbungsverfahrensanspruch (Art. 33 Abs. 2 GG).

a) Will der Dienstherr – wie hier – unbeschadet der getroffenen Abbruchentscheidung die Stelle weiterhin vergeben, hält hierfür aber ein neues Auswahlverfahren für erforderlich, bleibt Art. 33 Abs. 2 GG Prüfungsmaßstab. Denn die Stelle soll in diesem Fall unverändert bestehen bleiben und auch besetzt werden. Deswegen bedarf es in einem solchen Fall für die Abbruchentscheidung eines sachlichen Grundes, der den Vorgaben aus Art. 33 Abs. 2 GG genügt. Der Dienstherr kann das Auswahlverfahren abbrechen, wenn es fehlerhaft ist und nicht mehr zu einer ordnungsgemäßen Auswahlentscheidung führen kann oder wenn eine erneute Ausschreibung erforderlich wird, um eine hinreichende Anzahl leistungsstarker Bewerber zu erhalten (BVerwG, Beschl. v. 10.05.2016 - 2 VR 2.15, juris Rn. 16 - 18 m.w.N.; OVG Bremen, Beschl. v. 18.07.2018 – 2 B 87/18, juris Rn. 20 [Hervorhebung nicht in den Originalen]). Nach dieser Rechtsprechung ist also der bloße

Umstand, dass die getroffene Auswahlentscheidung verwaltungsgerichtlich beanstandet wurde, nicht *per se* ein sachlicher Grund für den Abbruch des Besetzungsverfahrens. Hinzukommen muss, dass der gerichtlich festgestellte Mangel bei einer Fortführung des Auswahlverfahrens nicht mehr behoben werden könnte (vgl. auch OVG NW, Beschl. v. 12.07.2018 – 1 B 1160/17, juris Rn. 22, 25). Das bisherige Verfahren muss an nicht behebbaren Mängeln leiden, mit der Folge, dass eine den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG gerecht werdende Auswahlentscheidung allein in einem weiteren Auswahlverfahren denkbar erscheint (BVerwG, Beschl. v. 10.12.2018 – 2 VR 4.18, juris Rn. 18). Der Abbruch soll dann sicherstellen, dass die Bewerbungsverfahrensansprüche der Bewerber in einem weiteren, neuen Verfahren gewahrt werden (BVerwG, Urt. v. 29.11.2012 – 2 C 6/11, juris Rn. 17).

In formeller Hinsicht setzt die Rechtmäßigkeit einer Abbruchentscheidung voraus, dass die Bewerber hiervon rechtzeitig und in geeigneter Form Kenntnis erlangen und der wesentliche Abbruchgrund schriftlich dokumentiert wird (BVerwG, Beschl. v. 10.5.2016 – 2 VR 2/15, juris Rn. 19; Urt. v. 29.11.2012 - 2 C 6.11, juris Rn. 19 f.). Bei der Prüfung, ob ein sachlicher Grund für den Abbruch vorliegt, ist allein auf die schriftlich dokumentierten Erwägungen abzustellen. Ob sich der Abbruch durch einen anderen Sachgrund rechtfertigen ließe, ist ohne Belang (OVG NW, Beschl. v. 12.07.2018 – 1 B 1160/17, BeckRS 2018, 17103 Rn. 10). Die erstmalige Darlegung der Gründe für den Abbruch im gerichtlichen Eilverfahren genügt nicht (BVerfG, Beschl. v. 28.11.2011 – 2 BvR 1181/11, juris Rn. 23).

Genügt die Abbruchentscheidung diesen Vorgaben nicht, ist sie unwirksam und das in Gang gesetzte Auswahlverfahren fortzuführen. Eine Neuausschreibung darf nicht erfolgen (BVerfG, Beschl. v. 28.11.2011 - 2 BvR 1181/11, juris Rn. 22; OVG Bremen, Beschl. v. 18.07.2018 – 2 B 87/18, juris Rn. 20).

b) Nach diesen Maßstäben erweist sich der Abbruch des Auswahlverfahrens vorliegend als rechtswidrig.

In dem Schreiben der Antragsgegnerin vom 04.05.2022, mit dem der Antragstellerin der Abbruch mitgeteilt wurde, wird als einziger Grund ein „formaler Fehler“ des Auswahlverfahrens genannt. Nach den Gesamtumständen des Sachverhalts konnte ein objektiver Empfänger in der Situation der Antragstellerin dies nur so verstehen, dass auf den richterlichen Hinweis vom 19.01.2022 im Konkurrentenstreitverfahren Bezug genommen wird. Das Verwaltungsgericht hatte dort vor allem bemängelt, dass der dortige Beigeladene überhaupt beim Leistungsvergleich berücksichtigt wurde. Denn der

Beigeladene befinde sich noch in der Probezeit und unterliege daher einem Beförderungsverbot (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 2 BremBG); seine Beförderung käme frühestens mehr als zwei Jahre nach der Auswahlentscheidung in Betracht und würde daher keinen engen zeitlichen Zusammenhang mehr zur Auswahlentscheidung aufweisen. Auf eventuelle Mängel in der Beurteilung des Beigeladenen ging das Verwaltungsgericht hingegen nur cursorisch und ergebnisoffener ein („Daneben sieht die Kammer als problematisch an...“). Darauf kam es aus seiner Sicht auch nicht mehr entscheidungserheblich an.

Der Mangel der Auswahlentscheidung, den das Verwaltungsgericht in seinem Hinweisschreiben aufgezeigt und auf den die Antragsgegnerin zur Begründung des Verfahrensabbruchs Bezug genommen hat, schließt es nicht aus, im laufenden Verfahren noch eine den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG gerecht werdende Auswahlentscheidung zu treffen. Darf der Beigeladene des Konkurrentenstreitverfahrens mangels Beförderungsreife gar nicht in den Leistungsvergleich einbezogen werden, besteht kein Bedarf, für ihn eine neue Beurteilung zu erstellen. Sein Bewerbungsverfahrensanspruch würde nicht verletzt, wenn das begonnene Auswahlverfahren ohne seine Berücksichtigung fortgesetzt und zu Ende geführt würde. Da der Abbruch nicht damit begründet wurde, dass die Antragstellerin für die ausgeschriebene Stelle ungeeignet sei (stattdessen heißt es im Schreiben vom 04.05.2022 ausdrücklich, der Abbruchgrund liege nicht in ihrer Person; in dem begründeten Auswahlvorschlag der Schulleiterin nach § 74a BremSchVwG wurde die Antragstellerin als „geeignet“ bewertet), ist im vorliegenden Verfahren ferner davon auszugehen, dass eine Auswahl der Antragstellerin als einzige andere Bewerberin eine den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG genügende Entscheidung wäre. Damit ist der vom Verwaltungsgericht im Konkurrentenstreitverfahren aufgezeigte Mangel kein sachlich gerechtfertigter Grund für einen Abbruch des Auswahlverfahrens.

Die vom Verwaltungsgericht im angefochtenen Beschluss zur Rechtfertigung des Abbruchs herangezogenen Erwägungen, es solle durch Neuausschreibung ein breiteres Bewerberfeld erzielt und eventuell auch dem im ersten Verfahren fehlerhaft ausgewählten Bewerber die Möglichkeit gegeben werden, sich nach Erlangung der Beförderungsreife neu zu bewerben, sind von der Antragsgegnerin im Schreiben vom 04.05.2022 nicht als Gründe für den Abbruch angeführt worden. Sie können daher nicht berücksichtigt werden.

Weitere, erst im vorliegenden Eilverfahren vorgetragene Abbruchgründe können nach den oben dargelegten Maßstäben ebenfalls nicht berücksichtigt werden. Soweit die Antragsgegnerin in ihrer Beschwerdeerwiderung die Richtigkeit der Hinweise, die das

Verwaltungsgericht im Konkurrentenstreitverfahren gegeben hat, bezweifelt, dringt sie damit nicht durch. Ein Dienstherr, der ein Auswahlverfahren unter Berufung auf Verfahrensmängel abbricht, kann später dem um Rechtsschutz gegen den Abbruch nachsuchenden Bewerber nicht entgegenhalten, es habe überhaupt keine Verfahrensmängel gegeben. Ein solches Verhalten ist in sich widersprüchlich und treuwidrig. Sollte es die Mängel der Auswahlentscheidung, die das Verwaltungsgericht in seinem Hinweis gerügt und mit denen die Antragsgegnerin den Verfahrensabbruch begründet hat, gar nicht geben, würde erst recht kein sachlicher Grund für den Abbruch vorliegen. In der allein maßgeblichen Nennung des Abbruchgrundes im Schreiben vom 04.05.2022 kommt überdies nicht im Mindesten zum Ausdruck, dass die Antragsgegnerin an der Richtigkeit der Hinweise des Verwaltungsgerichts zweifelte. Sollte dies doch der Fall gewesen sein, hätte es der Antragstellerin frei gestanden, in dem Konkurrentenstreitverfahren auf einer gerichtlichen Sachentscheidung zu bestehen, anstatt es nach dem richterlichen Hinweis für erledigt zu erklären.

3. Der Anordnungsgrund ergibt sich in Fällen, in denen der Antragsteller sich gegen den Abbruch eines Auswahlverfahrens wendet, aus dem Inhalt des Rechtsschutzbegehrens selbst (BVerwG, Urt. v. 03.12.2014 – 2 A 3.13, juris Rn. 22; OVG Bremen, Beschl. v. 18.07.2018 – 2 B 87/18, juris Rn. 15).

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

5. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1, § 52 Abs. 2, § 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG. Der Regelstreitwert ist angemessen, weil der Antrag lediglich auf die Fortsetzung des Auswahlverfahrens und nicht bereits auf bzw. gegen die Vergabe der Stelle an einen bestimmten Bewerber gerichtet ist. Eine Halbierung des Streitwerts scheidet ungeachtet des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes aus. Denn für das Begehren auf Fortführung des abgebrochenen Auswahlverfahrens kommt allein der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung in Betracht (BVerwG, Beschl. v. 29.07.2020 – 2 VR 3/20, juris Rn. 22; Beschl. v. 10.12.2018 – 2 VR 4/18, juris Rn. 23; VGH BW, Beschl. v. 08.11.2021 – 4 S 1431/21, juris Rn. 44; Bay. VGH, Beschl. v. 21.02.2022 – 3 CE 21.3087, juris Rn. 15; OVG NW, Beschl. v. 08.11.2022 – 6 B 781/22, juris Rn. 35; OVG Berlin-Bbg, Beschl. v. 15.12.2021 – OVG 4 S 48/21, juris Rn. 14; Hess. VGH, Beschl. v. 23.07.2020 – 1 B 1730/20, juris Rn. 6). Soweit der Senat in seiner früheren Rechtsprechung (vgl. Beschl. v. 18.07.2018 – 2 B 87/18, juris Rn. 32) den Streitwert von Eilanträgen gegen den Abbruch von Auswahlverfahren nach § 52 Abs. 6 GKG bestimmt hat, hält er daran nicht fest.

Dr. Maierhöfer

Traub

Stybel