



VERWALTUNGSGERICHTSHOF BADEN-WÜRTTEMBERG

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

- Antragsteller -
- Beschwerdeführer -

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwälte Früh & Martinek,
Uhlandstraße 11, 70182 Stuttgart, Az: 09/20,

gegen

Land Baden-Württemberg,
vertreten durch
das Ministerium der Justiz und für Europa Baden-Württemberg,
Schillerplatz 4, 70173 Stuttgart, Az: 220-StA Heilbronn -208,

- Antragsgegner -
- Beschwerdegegner -

beigeladen:

wegen Stellenbesetzung;
hier: Antrag nach § 123 VwGO

hat der 4. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Prof. Dr. Bergmann, den Richter am Verwaltungsgerichtshof Jerxsen und die Richterin am Verwaltungsgericht Dr. Binninger

am **10. September 2020** beschlossen:

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 28. April 2020 - 9 K 1146/20 - geändert.

Dem Antragsgegner wird im Wege einstweiliger Anordnung untersagt, die Stelle „einer Staatsanwältin/eines Staatsanwalts (w/m/d) bei der Staatsanwaltschaft Heilbronn, Bes.Gr. R 1, Ausschreibungsnummer 4522,“ mit der Beigeladenen zu besetzen, bevor über die Bewerbung des Antragstellers erneut entschieden wurde und zwei Wochen seit der Mitteilung dieser Entscheidung vergangen sind.

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst trägt.

Der Streitwert für das erstinstanzliche Verfahren wird ebenso wie für das Beschwerdeverfahren auf jeweils 42.994,32 EUR festgesetzt.

Gründe

Die fristgerecht eingelegte (§ 147 Abs. 1 VwGO) und begründete (§ 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO) Beschwerde des Antragstellers ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat zu Unrecht erkannt, dass der 1960 geborene Antragsteller, der bei einer Staatsanwaltschaft (Bes.Gr. R 1) verwendet wird, zwar einen Anordnungsgrund, nicht aber einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht habe. Die Ausführungen des Verwaltungsgerichts überzeugen nicht, die Auswahl der 1988 geborenen Beigeladenen, die bei einem Amtsgericht als Richterin kraft Auftrags verwendet wird, für die ausgeschriebene Stelle verletze nicht das aus Art. 33 Abs. 2 GG folgende Recht des Antragstellers auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung.

Nach Prüfung der mit der Beschwerde dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO auch in einem Konkurrentenstreit beschränkt ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 04.07.2018 - 2 BvR 1207/18 -, Juris Rn. 18; Senatsbeschluss vom 10.09.2020 - 4 S 1326/20 -), ist festzustellen, dass die Ablehnung des Eilantrags des Antragstellers zu Unrecht erfolgte. Eine Verletzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs ist gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft gemacht.

Die Rüge des Antragstellers, wonach die Auswahlentscheidung von Anfang an festgestanden hätte, weil die Stelle aktenkundig „für“ die Beigeladene ausgeschrieben worden sei, greift im Ergebnis durch. Die der Sache nach vom

Antragsteller geltend gemachte Besorgnis der Befangenheit des für die Auswahlentscheidung zuständigen Personalreferenten nach § 21 LVwVfG erweist sich als berechtigt. Die im Aktenvermerk vom 05.08.2019 dokumentierte Äußerung des Mitarbeiters X des Antragsgegners, wonach er der Beigeladenen in Aussicht gestellt habe, „dass kurzfristig eine Stelle als Staatsanwältin bei der Staatsanwaltschaft ... für sie ausgeschrieben“ werde, lässt nicht mehr den Schluss zu, dass die hernach von ihm mit verantwortete Auswahlentscheidung neutral bzw. ergebnisoffen getroffen worden ist.

Liegt ein Grund vor, der geeignet ist, Misstrauen gegen eine unparteiische Amtsausübung zu rechtfertigen, oder wird von einem Beteiligten das Vorliegen eines solchen Grundes behauptet, so hat nach § 21 Abs. 1 Satz 1 LVwVfG derjenige, der in einem Verwaltungsverfahren für eine Behörde tätig werden soll, den Leiter der Behörde oder den von diesem Beauftragten zu unterrichten und sich auf dessen Anordnung der Mitwirkung zu enthalten. Diese Vorschrift beansprucht bezüglich der angestrebten Ernennung im hier vorliegenden Verwaltungsverfahren Geltung (vgl. §§ 1, 9 LVwVfG; Senatsbeschluss vom 24.07.2014 - 4 S 298/14 -, BeckRS 2014, 48942 Rn. 5; Hess. VGH, Beschluss vom 18.03.2009 - 1 B 2642/08 -, Juris Rn. 2 f.; Steinkühler in Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG 2. Auflage 2019, § 21 Rn. 16; anders grundsätzlich mangels Verwaltungsaktsqualität bei dienstlichen Beurteilungen: BVerwG, Urteile vom 12.03.1987 - 2 C 36.86 -, Juris Rn. 13 und vom 23.09.2004 - 2 A 8.03 -, Juris Rn. 26, wonach es insoweit auf die tatsächliche Voreingenommenheit ankommt; vgl. in diesem Sinne auch Senatsbeschluss vom 10.09.2020 - 4 S 1326/20 -).

Das Stellenbesetzungsverfahren ist auf den Erlass eines Verwaltungsakts, nämlich die mit der Auswahlentscheidung nach Art. 33 Abs. 2 GG zu rechtfertigende Ernennung des ausgewählten Bewerbers gerichtet. Diese stellt einen Verwaltungsakt dar, der (auch) darauf gerichtet ist, unmittelbare Rechtswirkungen für die durch Art. 33 Abs. 2 GG gewährleisteten Bewerbungsverfahrensansprüche der unterlegenen Bewerber zu entfalten. Die Ernennung greift in deren Rechte aus Art. 33 Abs. 2 GG ein, weil sie in einem untrennbaren rechtlichen Zusammenhang mit der Entscheidung des

Dienstherrn über die Bewerberauswahl steht und deren rechtliches Schicksal teilt. Die Ernennung des ausgewählten Bewerbers ist Ziel und Abschluss des Auswahlverfahrens (vgl. BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 - 2 C 16.09 -, Juris Rn. 19), weshalb § 21 LVwVfG insoweit anwendbar ist.

Die nach § 21 LVwVfG beachtliche „Besorgnis der Befangenheit“ verlangt einen gegenständlichen, vernünftigen Grund, der die Beteiligten von ihrem verobjektivierten Standpunkt aus befürchten lassen kann, dass der Amtsträger nicht unparteiisch sachlich, insbesondere nicht mit der gebotenen Distanz, Unbefangenheit und Objektivität entscheidet, sondern sich von persönlichen Vorurteilen oder sonstigen sachfremden Erwägungen leiten lassen könnte (vgl. hierzu auch Senatsbeschluss vom 24.07.2014 - 4 S 298/14 -, BeckRS 2014, 54948Rn. 6 m.w.N.).

Gemessen daran muss derzeit von einer begründeten Besorgnis der Befangenheit gegenüber X ausgegangen werden. Der Antragsteller äußert berechtigte Zweifel daran, dass die die Ernennung vorbereitende Auswahlentscheidung neutral und unvoreingenommen getroffen worden ist. X hat die streitbefangene Auswahlentscheidung primär zu verantworten und insbesondere auch die maßgebliche inhaltliche Ausschöpfung der Beurteilungskriterien vorgenommen (vgl. Aktenvermerk vom 16.12.2019). Die im Auswahlverfahren zu wahrende Neutralität und Gleichbehandlung der Bewerber schließt es aus, dass jemand, der das Auswahlverfahren persönlich verantwortet, eine Ausschreibung für einen konkreten Bewerber - aus Sicht eines objektiven Dritten hinreichend verbindlich (vgl. Hess. VGH, Beschluss vom 18.03.2009 - 1 B 2642/08 -, Juris Rn. 3) - verspricht. Eine Ausschreibung darf nicht für einen bestimmten Kandidaten, sondern muss ergebnisoffen erfolgen. Dass dies vorliegend der Fall war, bezweifelt der Antragsteller überzeugend.

Anders mag es zu beurteilen sein, wenn eine Stellenausschreibung erfolgt, um dem Lebenszeitprinzip, das heißt dem Erfordernis Rechnung zu tragen, dass bei ernennungsreifen Proberichtern oder Probebeamten auf ihre erste

Lebenszeitstelle keine Ernennungsverzögerung eintritt. Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

Es ist vorliegend auch nicht ausgeschlossen, dass ein Amtsträger, gegenüber dem die Besorgnis der Befangenheit nicht vorliegt, den dem Antragsgegner bei der Auswahlentscheidung zukommenden Beurteilungsspielraum anders ausgeübt hätte. Ein unterlegener Beamte kann nach höchstrichterlicher Rechtsprechung (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.09.2002 - 2 BvR 857/02 -, juris Rn. 13) trotz einer sein subjektives Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzenden Auswahlentscheidung eine erneute Entscheidung über seine Bewerbung dann beanspruchen, wenn seine Aussichten, beim zweiten Mal ausgewählt zu werden, offen sind, d.h. wenn seine Auswahl möglich erscheint. Dies kann im vorliegenden Einzelfall bejaht werden. Vor dem Hintergrund, dass die Anlassbeurteilungen von Antragsteller und Beigeladener übereinstimmend das Gesamturteil „entspricht den Anforderungen voll“ festhalten und die Anlassbeurteilung des Antragstellers in allen Bewertungskriterien („quantitative Arbeitsergebnisse“, „Befähigung und fachliche Leistung“, „persönliche Eignung“ sowie „Führungskompetenz“) auch sehr positive Beschreibungen aufweist (z.B. positive Rückmeldung der Richter nach Sitzungsdiensten; sehr sorgfältige Vorbereitung der Sitzungen; versierter Ansprechpartner für die Polizei; gute Rechtskenntnisse und sehr gutes Judiz; übernimmt Abteilungsverantwortung im Vertretungsfall; regelmäßige und engagierte Betreuung der Rechtsreferendare; Tagungsleiter bei Fortbildungsveranstaltung; engagierter und pflichtbewusster Mitarbeiter; routinierter Umgang mit Verfahrensbeteiligten; reichhaltige Erfahrung, fundierte Lösungen bei Fragen von Assessoren, Beurteiler arbeitet gerne mit ihm zusammen), ist eine Auswahl des Antragstellers - ggf. bei Änderung der Schwerpunktsetzung im Rahmen der Ausschärfung - jedenfalls nicht unmöglich.

Der Antragsteller hat auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Er ist auf die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes angewiesen, um die bevorstehende Ernennung der Beigeladenen und damit einen endgültigen Rechtsverlust zu verhindern (vgl. BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 - 2 C 16.09 -

, Juris Rn. 31 ff.). Es besteht hingegen kein Grund, die einstweilige Anordnung wie beantragt bis zur rechtskräftigen Entscheidung über seine Bewerbung zu erstrecken. Der Antragsteller kann und muss vielmehr erneut gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen, wenn der Antragsgegner über seine Bewerbung erneut entschieden hat, sollte die Entscheidung wiederum zu Lasten des Antragstellers ausfallen. Sein Eilantrag ist deshalb insoweit abzulehnen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 1 und 3, § 162 Abs. 3 VwGO. Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt; sie kann daher keine Kostenerstattung beanspruchen (§ 162 Abs. 3 VwGO) und hat auch keine Kosten zu tragen (§ 154 Abs. 3 VwGO).

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1 und 2, § 53 Abs. 2 Nr. 1 und § 52 Abs. 1, 6 Satz 1 Nr. 1, Satz 4 GKG (angestrebtes Amt in R 1 im Zeitpunkt der Eilantragsstellung besoldet mit 7.165,72 Euro x 6 Monate), die Änderung der erstinstanzlichen Festsetzung auf § 63 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GKG; eine über § 52 Abs. 6 Satz 4 GKG hinausgehende Halbierung scheidet nach ständiger Senatsrechtsprechung in Konkurrenteneilverfahren wegen Vorwegnahme der Hauptsache aus.

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

Prof. Dr. Bergmann

Jerxsen

Dr. Binninger

Beglaubigt:



Kessler

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle