

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Fachpresse: ja

Allgemeines Beamtenrecht

Rechtsquelle/n:

GG Art. 33 Abs. 2

GKG § 52 Abs. 2

Titelzeile:

Abbruch eines Auswahlverfahrens wegen Umorganisation der inneren Behördenstruktur

Stichworte:

Beamter; Auswahlverfahren; Dienstposten; förderliche Besetzung; Stellenausschreibung; Anforderungsprofil; dreijährige Führungserfahrung; maßgeblicher Zeitpunkt; Auswahlentscheidung; Abbruch; Abbruchgrund; Dokumentation; behebbare Mängel; organisatorische Gründe; Zuschnitt des Dienstpostens; Umstrukturierung; Umorganisation; Behördenstruktur; Organisationsermessen; Prüfungsmaßstab; Einschränkung; Willkürkontrolle; Missbrauchskontrolle; Streitwert; Regelstreitwert; Fortsetzung des Auswahlverfahrens.

Leitsatz:

Bricht der Dienstherr ein Auswahlverfahren für einen förderlichen Dienstposten ab, weil er den ausgeschriebenen Dienstposten nicht mehr mit dem ursprünglich festgelegten Zuschnitt und der ursprünglichen besoldungsrechtlichen Einstufung besetzen will, ist die gerichtliche Kontrolle auf die Prüfung beschränkt, ob sich die Entscheidung zum Abbruch als willkürlich oder rechtsmissbräuchlich erweist.

Beschluss des 2. Senats vom 10. Dezember 2018 - BVerwG 2 VR 4.18







Bundesverwaltungsgericht

## **BESCHLUSS**

BVerwG 2 VR 4.18

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 10. Dezember 2018  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen  
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hartung und Dollinger

beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 5 000 € festgesetzt.

### G r ü n d e :

#### I

- 1 Die Antragstellerin beansprucht die Fortsetzung eines vom Bundesnachrichtendienst (BND) abgebrochenen Auswahlverfahrens für die förderliche Besetzung eines Dienstpostens.
- 2 Die ... geborene Antragstellerin steht als Oberregierungsrätin (Besoldungsgruppe A 14 BBesO) im Dienst der Antragsgegnerin und ist seit Ende ... beim BND tätig. Derzeit ist sie Leiterin des Sachgebiets XBBB.
- 3 Am 25. Juli 2017 schrieb der BND den mit der Besoldungsgruppe A 15 BBesO bewerteten Dienstposten Referatsleiter XBB am Dienstort B. förderlich für die Statusgruppe der Beamten aus. Innerhalb der BND-Abteilung X ist das Referat XBB zuständig für die Produktion von Nachrichten aus informationstechnologischen Operationen und die Wahrnehmung der begleitenden juristischen Überwachung von ITO-Maßnahmen sowie deren Auftragssteuerung und Kontrolle. Dabei komme diesem Referat innerhalb der Unterabteilung XB eine zentrale Schnittstellenfunktion zu. Als Bewerbungsschluss war der 5. September 2017 genannt.
- 4 In der Stellenausschreibung wird als zwingende Anforderung u.a. "mindestens dreijährige Führungserfahrung als Sachgebietsleiter" genannt. Mit der Begründung, die Antragstellerin könne bis zur Auswahlentscheidung am 7. September 2017 lediglich eine Führungserfahrung als Sachgebietsleiterin von zwei Jahren und vier Monaten vorweisen, wurde sie nicht in den engeren Leistungsvergleich einbezogen. Die für den Dienstposten zunächst ausgewählte Bewerberin stand

für die Besetzung des hier maßgeblichen Dienstpostens nicht mehr zur Verfügung, nachdem sie bereits im Rahmen einer anderen Ausschreibung im Bereich des BND auf einen anderen Dienstposten förderlich umgesetzt worden war. Die vom BND zunächst beabsichtigte Besetzung des Dienstpostens mit dem nach seiner Ansicht zweitbesten Bewerber wurde wegen des Abbruchs des Ausschreibungsverfahrens am 3. Mai 2018 nicht mehr vollzogen. Mit Schreiben vom 3. Mai 2018 teilte der BND der Antragstellerin mit, dass die "Ausschreibung aus organisatorischen Gründen" habe geschlossen werden müssen. Gegen den Abbruch des Verfahrens erhob die Antragstellerin am 1. Juni 2018 Widerspruch.

5 Zur Begründung ihres am 4. Juni 2018 eingegangenen Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel der Fortsetzung des Auswahlverfahrens trägt die Antragstellerin vor: Der Abbruch sei schlicht mit "organisatorischen Gründen" gerechtfertigt worden. Dadurch sei ihr Bewerbungsverfahrenanspruch verletzt, weil die maßgeblichen Gründe für den Abbruch nicht ordnungsgemäß schriftlich dokumentiert seien. Die Antragstellerin hätte über die wesentlichen Gründe in Kenntnis gesetzt werden müssen. Die nachträgliche Fixierung der Gründe des Abbruchs sei unzulässig. Die Ausführungen des BND in der Mitteilung vom 3. Mai 2018 an innerdienstliche Gremien, wie den Gesamtpersonalrat und die Gleichstellungsbeauftragte, reichten zur Dokumentation der Gründe für den Abbruch nicht aus. Denn diese knappen Darlegungen hätten der Antragstellerin keine sachgerechte Prüfung ermöglicht. Die vom BND zur Begründung angeführten organisatorischen Untersuchungen und Entscheidungen seien bereits vor Einleitung des Verfahrens bekannt gewesen und hätten keinen begründeten Anlass geboten, von der Besetzung des Dienstpostens Abstand zu nehmen. Zudem habe zu keinem Zeitpunkt die festgelegte Wertigkeit des Dienstpostens auf dem Prüfstand gestanden oder sei ein wesentlicher Neuzuschnitt der Aufgaben bereits erfolgt oder absehbar. Der Abbruch des Verfahrens sei auch materiell rechtswidrig und verletze den Bewerbungsverfahrenanspruch der Antragstellerin. Seit Anfang Mai 2018 verfüge sie auch über die vom BND geforderte dreijährige Führungserfahrung als Leiterin eines Sachgebiets.

6 Die Antragstellerin beantragt,

der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, das durch Mitteilung vom 3. Mai 2018

abgebrochenen Auswahlverfahren ... "höherer Dienst"  
- Referatsleiter <m/w> "Leitung XBB" ... mit der Antragstellerin als Bewerberin fortzusetzen.

- 7 Die Antragsgegnerin beantragt,  
  
den Antrag abzulehnen.
- 8 Der Antrag sei unbegründet, weil das Auswahlverfahren rechtmäßig abgebrochen worden sei. Der BND habe den Abbruch des Verfahrens unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, habe die Bewerber über die maßgeblichen Gründe des Abbruchs informiert und die Beweggründe am selben Tag im Verwaltungsvorgang schriftlich dokumentiert. Der erforderliche sachliche Grund liege in der beabsichtigten erheblichen Umorganisation der Unterabteilung XB. Die Struktur des Referats XBB und die Wertigkeit des ausgebrachten Dienstpostens sollten im Rahmen der geplanten organisatorischen Veränderungen überprüft werden. Der NSA-Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages habe in seinem Abschlussbericht vom 23. Juni 2017 Defizite in der Organisation und Führung innerhalb der Abteilung X des BND festgestellt. Dabei sei die Organisation der Nachrichtenbearbeitung innerhalb dieser Abteilung ein zentraler Aspekt der Kritik gewesen. Daraufhin sei die Nachrichtenbearbeitung in der Abteilung kritisch untersucht worden. Diese Untersuchung habe ergeben, dass die bisherige dezentrale Bearbeitung der Nachrichten an vier verschiedenen Standorten zukünftig einer einheitlichen Nachrichtenbearbeitung am Standort P. weichen und dort zentral in der Unterabteilung XA zusammengefasst werden solle. Zum Zeitpunkt des Abbruchs habe bereits festgestanden, dass von der beabsichtigten Zentralisierung auch die Nachrichtenbearbeitung der Unterabteilung XB, die als zentraler Bestandteil des Referats XBB im Sachgebiet XBBB verordnet sei, betroffen sein werde. Erfasst seien 12 von 16 Dienstposten des Sachgebiets XBBB und damit  $\frac{1}{4}$  der Dienstposten des gesamten Referats XBB, die in den Bereich der Unterabteilung XA verlagert werden sollen. Daraus ergebe sich die Notwendigkeit der organisatorischen Neubetrachtung des Referats XBB. Demzufolge müssten sowohl die Aufgaben als auch die Struktur des Referats XBB neu ausgerichtet und die Wertigkeit des ausgebrachten Dienstpostens der Leitung des Referats überprüft werden. Diese Maßnahmen machten den Abbruch des Besetzungsverfahrens notwendig.

- 9 Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Beteiligten sowie auf die vom Bundesnachrichtendienst übersandten Verwaltungsvorgänge verwiesen.

## II

- 10 Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, über den der Senat gemäß § 123 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO in erster und letzter Instanz entscheidet, ist zulässig. Die Monatsfrist für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach Zugang der Mitteilung über den Abbruch des Verfahrens ist eingehalten (vgl. zur Monatsfrist: BVerwG, Urteil vom 3. Dezember 2014 - 2 A 3.13 - BVerwGE 151, 14 Rn. 24).
- 11 Der Antrag ist aber unbegründet. Zwar folgt der erforderliche Anordnungsgrund aus dem Umstand, dass im Interesse der Rechtssicherheit umgehend zu klären ist, ob die betreffende Stelle doch in dem vom Dienstherrn abgebrochenen Auswahlverfahren zu vergeben ist oder ein weiteres Verfahren eingeleitet werden darf (BVerwG, Urteil vom 3. Dezember 2014 - 2 A 3.13 - BVerwGE 151, 14 Rn. 22 ff.). Der Antrag ist jedoch unbegründet, weil die Antragstellerin die tatsächlichen Voraussetzungen des Anordnungsanspruchs auf Fortsetzung des abgebrochenen Auswahlverfahrens nicht glaubhaft gemacht hat (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO).
- 12 Dabei lässt es der Senat offen, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, dass die Antragstellerin aus der ursprünglichen Auswahlentscheidung bereits deshalb ausgeschlossen worden ist, weil sie zum Zeitpunkt dieser Entscheidung am 7. September 2017 nicht die in der Ausschreibung als zwingende Anforderung genannte mindestens dreijährige Führungserfahrung als Sachgebietsleiterin aufweisen konnte. Für die Frage, ob eine Auswahlentscheidung die Rechte eines Bewerbers aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt, kommt es allein auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Ausgangsentscheidung an. Eine erst nach dem Zeitpunkt der Auswahlentscheidung, etwa im Verlauf des Widerspruchsverfahrens eingetretene tatsächliche Veränderung ist für die Rechtmäßigkeit der Entscheidung über die Vergabe des höherwertigen Dienstpostens nach Maßgabe

von Art. 33 Abs. 2 GG nicht von Bedeutung (BVerwG, Beschluss vom 12. Dezember 2017 - 2 VR 2.16 - NVwZ-RR 2018, 395 Rn. 32).

- 13 Wegen seines Organisationsermessens kann der Dienstherr ein eingeleitetes Bewerbungs- und Auswahlverfahren aus sachlichen Gründen jederzeit beenden (BVerfG, Kammerbeschluss vom 12. Juli 2011 - 1 BvR 1616/11 - RiA 2012, 29 Rn. 24; BVerwG, Urteil vom 3. Dezember 2014 - 2 A 3.13 - BVerwGE 151, 14 Rn. 16 ff.). Liegt kein solcher Grund für den Abbruch vor, so darf von Verfassungen wegen keine Neuausschreibung erfolgen. Durch eine Auswahlentscheidung in einem neuen Auswahlverfahren werden die Bewerber des ursprünglichen Auswahlverfahrens in ihrem Bewerbungsverfahrenanspruch verletzt (BVerfG, Kammerbeschluss vom 28. November 2011 - 2 BvR 1181/11 - NVwZ 2012, 366 Rn. 22 f.).
- 14 1. Bei der Entscheidung über den Abbruch eines eingeleiteten Auswahlverfahrens unterliegt der Dienstherr unterschiedlichen rechtlichen Bindungen.
- 15 a) Der Dienstherr kann ein Auswahlverfahren abbrechen, wenn er zu der Einschätzung gelangt, der konkrete Dienstposten solle mit dem ursprünglich festgelegten Zuschnitt und der ursprünglichen besoldungsrechtlichen Einstufung nicht mehr besetzt werden. Die Entscheidung über den Zuschnitt von Dienstposten unterfällt dem weiten, dem Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG vorgelagerten Organisationsermessen des Dienstherrn. Subjektive Rechte des Beamten gegen den neuen Zuschnitt eines Dienstpostens bestehen nicht. Die Schaffung und Bewirtschaftung von Planstellen und der Zuschnitt von Dienstposten dienen allein dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Erfüllung der öffentlichen Aufgaben (BVerwG, Urteile vom 22. Juli 1999 - 2 C 14.98 - Buchholz 237.2 § 12 BlnLBG Nr. 3 S. 5 und vom 3. Dezember 2014 - 2 A 3.13 - BVerwGE 151, 14 Rn. 26).
- 16 Das Organisationsermessen des Dienstherrn wird durch den bloßen Umstand der Eröffnung eines Auswahlverfahrens nicht eingeschränkt. Denn die Ausschreibung begründet nicht das schutzwürdige Vertrauen der Betroffenen, dass sich der Dienstherr mit der Ausschreibung hinsichtlich seiner Organisationsge-



walt unwiderruflich bindet (BVerwG, Beschluss vom 15. Juli 1977 - 2 B 36.76 - Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 66 S. 11).

- 17 Da die Entscheidung, einen bereits ausgeschriebenen Dienstposten nicht mehr wie ursprünglich geplant besetzen zu wollen, der personalwirtschaftlichen Entscheidung darüber gleichgestellt ist, ob und welche Ämter geschaffen und wie Dienstposten zugeschnitten werden sollen, ist die gerichtliche Kontrolle insoweit auf die Prüfung beschränkt, ob sich die Entscheidung zum Abbruch als willkürlich oder rechtsmissbräuchlich erweist.
- 18 b) Der Dienstherr kann das Auswahlverfahren auch dann abbrechen, wenn er den unverändert bleibenden Dienstposten weiterhin vergeben will, aber den Ausgang des ersten Auswahlverfahrens als unbefriedigend empfindet oder das bisherige Verfahren nach seiner Einschätzung an nicht behebbaren Mängeln mit der Folge leidet, dass eine den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG gerecht werdende Auswahlentscheidung allein in einem weiteren Auswahlverfahren denkbar erscheint. Insoweit geht es nicht um das dem Art. 33 Abs. 2 GG vorgelegte Organisationsermessen des Dienstherrn, sondern bereits um das Auswahlverfahren, für das die aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Bewerbungsverfahrensansprüche maßgebend sind. Der vom Dienstherrn für den Abbruch vorgebrachte Grund muss in diesem Fall den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG genügen (BVerfG, Kammerbeschluss vom 28. Februar 2007 - 2 BvR 2494/06 - BVerfGK 10, 355 <358>; BVerwG, Urteile vom 29. November 2012 - 2 C 6.11 - BVerwGE 145, 185 Rn. 17 und vom 3. Dezember 2014 - 2 A 3.13 - BVerwGE 151, 14 Rn. 19). Die Rechtmäßigkeit des Abbruchs setzt dann ferner voraus, dass die Bewerber hiervon rechtzeitig und in geeigneter Form Kenntnis erlangen und der wesentliche Abbruchgrund schriftlich dokumentiert wird (BVerwG, Urteile vom 26. Januar 2012 - 2 A 7.09 - BVerwGE 141, 361 Rn. 27 f. und vom 3. Dezember 2014 - 2 A 3.13 - BVerwGE 151, 14 Rn. 20).
- 19 2. Der hier vorliegende Fall ist der erstgenannten Fallkonstellation zuzurechnen. Der Abbruch betrifft die der Organisationsgewalt des Dienstherrn vorbehaltene Entscheidung, ob und welche Ämter er schaffen und wie er die Dienstposten zuschneiden will. Der BND hat den Abbruch des streitgegenständlichen Auswahlverfahrens mit der beabsichtigten erheblichen Umorganisation der Un-

terabteilung XB begründet. Diese organisatorische Veränderung betrifft auch das Referat XBB, dem der konkrete Dienstposten ... zugeordnet sein sollte.

- 20 Die Entscheidung zum Abbruch des Auswahlverfahrens erweist sich nicht als willkürlich oder rechtsmissbräuchlich. Sie beruht auf den dem BND zustehenden Erwägungen zur Neustrukturierung der Abteilung X und rechtfertigt sich vor dem Hintergrund, dass eine Umorganisation der bisher dezentralen Bearbeitung hin zu einer einheitlichen Nachrichtенbearbeitung geplant ist, die auch das Referat XBB erfassen soll. Angesichts des Umstands, dass es hier lediglich um das dem Bereich des Art. 33 Abs. 2 GG vorgelagerte Organisationsermessen des Dienstherrn geht, reicht auch die Dokumentation des Grundes für den Abbruch des Auswahlverfahrens aus. In der Mitteilung an den Gesamtpersonalrat und die Gleichstellungsbeauftragte vom 3. Mai 2018, von der die Antragstellerin durch Akteneinsicht Kenntnis erlangt hat, wird in inhaltlicher Übereinstimmung mit dem weiteren Vortrag des BND auch im gerichtlichen Verfahren darauf abgestellt, dass die betreffende Unterabteilung XB des BND erheblichen Umstrukturierungsmaßnahmen unterliegen wird, die auch den konkreten Dienstposten ... erfassen.
- 21 Dass bereits im Sommer 2016 im Anschluss an eine Untersuchung der betreffenden Abteilung des BND durch einen externen Berater Überlegungen zur Umorganisation angestellt wurden, schließt den Abbruch des im Juli 2017 begonnen Auswahlverfahrens nicht aus. Auch im Zuge seiner weiteren Überlegungen - hier im Zusammenhang mit den Schlussfolgerungen aus der Arbeit des NSA-Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages (BT-Drs. 18/12850) - kann der Dienstherr zu dem Schluss kommen, dass die Besetzung des Dienstpostens mit dem bisherigen Zuschnitt wegen einer generellen Vorgabe - hier die Einführung einer flächendeckenden einheitlichen Nachrichtенbearbeitung am Standort P. - personalwirtschaftlich nicht mehr in Betracht kommt. Die Ausschreibung des Dienstpostens bewirkt gerade keine unwiderrufliche Bindung des Dienstherrn hinsichtlich der Ausgestaltung des Dienstpostens, seiner besoldungsrechtlichen Bewertung und seiner Örtlichkeit.
- 22 Der Annahme, der Abbruch des Auswahlverfahrens sei missbräuchlich oder willkürlich vorgenommen worden, um einen - unmittelbar bevorstehenden -

Erfolg der Antragstellerin zu verhindern, steht auch entgegen, dass der BND vor dem Abbruch im Mai 2018 bereits eine Auswahlentscheidung zugunsten einer Mitbewerberin getroffen hatte, diese jedoch wegen ihres Erfolgs in einer anderen Ausschreibung für den hier umstrittenen Dienstposten nicht mehr zur Verfügung stand.

- 23 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 52 Abs. 2 GKG. 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. Der Regelstreitwert ist angemessen, weil der Antrag lediglich auf die Fortsetzung des Auswahlverfahrens und nicht bereits auf die Vergabe des Dienstpostens an einen bestimmten Bewerber gerichtet ist.

Domgörgen

Dr. Hartung

Dollinger