
1 L 1135/18.MZ

Gericht	VG Mainz	Aktenzeichen	1 L 1135/18.MZ
Entscheidungsart	Beschluss	Datum	19.12.2018
veröffentlicht in		rechtskräftig	Ja

Leitsatz Der generelle Ausschluss eines Bewerbers von dem Auswahlverfahren auf eine befristete Stelle aufgrund einer Vorbeschäftigung ist jedenfalls dann kein sachgerechtes Auswahlkriterium, wenn gänzlich unberücksichtigt bleibt, dass diese etwa sehr lange zurückliegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist (hier: eine 33 Jahre zurückliegende Vorbeschäftigung für die Dauer von 21 Monaten bei der Bundesanstalt für Arbeit).

Die Entscheidung ist rechtskräftig.

Rechtsgebiete Recht des öffentlichen Dienstes

Schlagworte Angestellter, Arbeitgeber, Arbeitsamt, Arbeitsrecht, Arbeitsverhältnis, Auswahl, Auswahlkriterium, Auswahlverfahren, Befristung, Berufsfreiheit, Bestenauslese, Bestenauswahl, Bestimmtheit, Bundesagentur für Arbeit, Bundesanstalt für Arbeit, Dienstrecht, Grundrechtsbindung, Konkurrentenklage, Leistungsgrundsatz, öffentlicher Dienst, Qualifikation, Recht des öffentlichen Dienstes, Sachgrund, sachgrundlose Befristung, Verfahren, Verfahrensanspruch, Verweisung, Vorbeschäftigung

Normen BVerfGG § 31, GG Art 1, GG Art 1 Abs 3, GG Art 12, GG Art 12 Abs 1, GG Art 19, GG Art 19 Abs 4, GG Art 33, GG Art 33 Abs 2, GVG § 17a, GVG § 17a Abs 3, GVG § 17a Abs 3 S 3, TzBfG § 14, TzBfG § 14 Abs 2, TzBfG § 14 Abs 2 S 2, VwGO § 44a

Volltext

Tenor

Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung vorläufig – bis zur rechtskräftigen Entscheidung über einen bis spätestens zum 21. Januar 2019 zu erhebenden Rechtsbehelf in der Hauptsache – untersagt, den Antragsteller für die von der Antragsgegnerin unter der

Referenznummer XXXX88 ausgeschriebene und noch nicht besetzte Stelle alleine deshalb nicht im Auswahlverfahren zu berücksichtigen, weil er vom 15. April 1985 bis 31. Dezember 1986 bei der Bundesanstalt für Arbeit beschäftigt war.

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens zu 4/5 und die Antragsgegnerin zu 1/5.

Der Wert des Verfahrensgegenstandes wird auf 12.217,34 € festgesetzt.

Gründe

I.

1

Der Antragsteller wendet sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Nichtberücksichtigung bei der Vergabe von Stellen bei der Antragsgegnerin.

2

Der am XX.XX.1962 geborene Antragsteller ist deutscher Staatsangehöriger und war in der Zeit vom 15. April 1985 bis 31. Dezember 1986 bei der Bundesanstalt für Arbeit zunächst befristet als „Hilfskraft in der Leistungsabteilung“ (15. April 1985 bis 31. Mai 1985) und „Hilfsarbeiter für Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe“ (1. Juni 1985 bis 31. Mai 1986) sowie dann unter Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis ab dem 1. Juni 1986 als „Hilfsarbeiter für Kindergeld“ beschäftigt (Beendigung durch Auflösungsvertrag zum 1. Dezember 1986). Danach war er vom 1. Januar 1987 bis 31. März 2016 bei der H. tätig. Zunächst arbeitete er dort als Mitarbeiter in der Geschäftsstelle B. und übernahm ab 1. März 1992 die Funktion des Vertrauensmannbetreuers in der Geschäftsstelle W. Seit dem 1. April 2016 ist er arbeitssuchend.

3

Er bewarb sich im Zeitraum vom 20. November 2017 bis zum 5. Juli 2018 auf insgesamt 22 Stellenausschreibungen der Antragsgegnerin; darunter 21 Mal auf befristete Stellen (Bl. 9 der Gerichtsakte – GA –).

Seine Bewerbungen umfassen eine große Bandbreite an Tätigkeiten, vom „Assistenten Familienleistungsausgleich“ in der Tätigkeitsebene (TE) VI über den „Fachassistenten RIM“, „Fachassistenten Kindergeld“, „Fachassistenten Familienkasse“ in der TE V sowie den „Arbeitsvermittler“, die „Fachkraft Rechtsangelegenheiten“, die „Fachkraft Bußgeld“ oder den „Sachbearbeiter Leistungsgewährung“ jeweils in der Tätigkeitsebene IV.

4

Mit Schreiben vom 4. Juni 2018 teilte die Antragsgegnerin dem Antragsteller mit, dass er nicht berücksichtigt werde, da er schon in der Vergangenheit bei der Bundesagentur für Arbeit in einem Arbeitsverhältnis gestanden habe. Mit Schreiben vom 1. August 2018 informierte die Antragsgegnerin den Antragsteller darüber, dass er auch für die Stelle XXXX26 wegen seiner Vorbeschäftigung nicht einbezogen werde.

5

Am 13. August 2018 hat der Antragsteller einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bei dem Arbeitsgericht Mainz gestellt (Az. ...), das das Verfahren mit Beschluss vom 15. August 2018 an das Verwaltungsgericht Mainz verwiesen und mit Schreiben vom 8. November 2018 zur Übernahme übersandt hat. Ein Hauptsacheverfahren hat der Antragsteller bisher nicht eingeleitet.

6

Der Antragsteller verfolgt sein Begehren im einstweiligen Rechtsschutz vor dem erkennenden Gericht ausdrücklich weiter und beantragt wörtlich,

7

1. der Antragsgegnerin aufzugeben, es zu unterlassen, die von ihr ausgeschriebene Position des Fachassistenten im Regionalen Infrastrukturmanagement (RIM) im Internen Service der Agentur für Arbeit A. mit Dienstort A. – Referenzcode: XXXX26 – mit einem Mitbewerber oder einer Mitbewerberin des Antragstellers zu besetzen, bis zum Abschluss eines Hauptsacheverfahrens;

8

2. der Antragsgegnerin aufzugeben, es zu unterlassen, weitere von ihr ausgeschriebene befristete Stellen, auf welche sich der Antragsteller beworben hat oder noch bewirbt, insbesondere die Stellen mit den Kennziffern XXXX94 und XXXX88, mit Mitbewerbern des Antragstellers zu besetzen, ohne die jeweilige Bewerbung des Antragstellers ohne Berücksichtigung der Tatsache, dass der Antragsteller in der Vergangenheit bereits einmal bei der Bundesanstalt für Arbeit beschäftigt

war, berücksichtigt zu haben, bis zum Abschluss eines Hauptsacheverfahrens;

9

3. für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen diese Verfügung wird der Antragsgegnerin ein Ordnungsgeld von bis zu 250.000,00 €, ersatzweise bis zu 6 Monate Ordnungshaft, zu vollstrecken an deren Vorstandsvorsitzenden D. S., angedroht.

10

Die Antragsgegnerin beantragt,

11

1. den Antrag abzulehnen;

12

2. hilfsweise, den Antragsteller zu verpflichten, innerhalb einer Frist bis zum 20. Dezember 2018 das Hauptsacheverfahren anzustrengen.

13

Sie trägt vor, dass der Antragsteller bei vielen seiner Bewerbungen schon das Anforderungsprofil nicht erfüllt habe. Die Tätigkeit bei der H. sei zu den Tätigkeiten bei dem Antragsgegner grundlegend verschieden. Der Antragsteller habe auch teilweise falsche Angaben zu seiner Vorbeschäftigung gemacht.

14

Die Stelle mit dem Referenzcode XXXX26 sei bereits ab dem 1. August 2018 mit der am besten geeigneten Bewerberin Frau S. besetzt worden. Gleiches gelte für die Stellenausschreibung XXXX94 (Sachbearbeiter Leistung), die ebenso dem bestgeeignetsten Bewerber, Herrn P., übertragen worden sei. Eine weitere Stellenausschreibung XXXX88 (Sachbearbeiter Leistung) sei frei und bisher aufgrund des Rechtsstreits nicht besetzt worden.

15

Der Antrag des Antragstellers auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat hinsichtlich des Antrags zu 2. teilweise Erfolg. Im Übrigen war der Antrag abzulehnen.

16

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach der gemäß § 17a Abs. 3 Satz 3 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) für das erkennende Gericht – trotz erheblicher Zweifel der Kammer an der Rechtswegzuständigkeit – bindenden Verweisung als eröffnet anzusehen.

17

Die Zulässigkeit eines Antrags nach § 123 Abs. 1 VwGO hängt grundsätzlich nicht davon ab, dass das Klageverfahren, auf das er sich bezieht, bereits anhängig gemacht worden ist (vgl. Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Auflage 2017, Rn. 278 f. m.w.N.).

18

Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen notwendig erscheint. Dabei ist grundsätzlich eine Vorwegnahme der Hauptsache unzulässig. Im Hinblick auf die in Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete Garantie effektiven Rechtsschutzes ist dies nur dann möglich, wenn der geltend gemachte Anspruch hinreichend wahrscheinlich (Anordnungsanspruch) und es schlechthin unzumutbar ist, das Ergebnis des Hauptsacheverfahrens abzuwarten (Anordnungsgrund).

19

Diese Voraussetzungen für eine Regelungsanordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO hat der Antragsteller nur hinsichtlich des Antrags zu 2. glaubhaft gemacht (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO). Hierbei bedarf es im Unterschied zur Sicherungsanordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO nicht der vollen Prüfung und Glaubhaftmachung des behaupteten Rechtes, vielmehr kann auch bei offener Erfolgsaussicht des Verfahrens in der Hauptsache eine vorläufige Regelung für die Dauer des Verfahrens ergehen, sofern diese sich unter Abwägung der privaten Interessen mit den öffentlichen Interessen als geboten erweist. Läuft die beantragte einstweilige Anordnung auf eine vollständige oder zeitweilige Vorwegnahme der Hauptsache hinaus, so kann wegen des verfassungsrechtlichen Gebotes effektiver Rechtsschutzgewährung eine

einstweilige Anordnung ausnahmsweise nur dann ergehen, wenn bei einer Ablehnung des Antrags auf Gewährung von vorläufigen Rechtsschutz und einer Verweisung auf das Hauptsacheverfahren den Rechtsuchenden nicht ausgleichbare Nachteile entstehen, deren Hinnahme ihm nicht zuzumuten ist (vgl. OVG RP, Beschluss vom 4. November 2003 – 8 B 11220/03 –, NVwZ 2004, 363). Die Anforderungen an den Nachweis des geltend gemachten Anspruchs sind dabei umso höher, je stärker sich das mit der Anordnung Begehrte mit dem Ziel der Hauptsache deckt (vgl. OVG RP, Beschluss vom 4. November 2003 – 8 B 11220/03 –, NVwZ 2004, 363; Beschluss vom 15. März 1978 – 2 B 154/78 –, NJW 1978, 2355).

20

Der Antrag zu 1. ist – nach summarischer Prüfung – durch die zwischenzeitlich erfolgte Stellenbesetzung als erledigt anzusehen (vgl. zur beamtenrechtlichen Konkurrentenklage: BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2003 – 2 BvR 311/03 –, juris, Rn. 11; BVerwG, Urteil vom 25. August 1988 – 2 C 62/85 –, juris, Rn. 22; dies für die arbeitsrechtliche Konkurrentenklage übernehmend: BAG, Urteil vom 2. Dezember 1997 – 9 AZR 445/96 –, juris, Rn. 25 ff.). Dementsprechend kann der Antrag zu 1. jedenfalls im vorläufigen Rechtsschutz keine Aussicht auf Erfolg haben, da die insoweit angestrebte Auswahlentscheidung gegenstandslos geworden ist. Eine Feststellung, ob der Antragsteller hätte vorrangig berücksichtigt und eingestellt werden müssen, kann nur noch in einem etwaigen Hauptsacheverfahren erfolgen.

21

Der Antrag zu 2. ist zulässig. Der Antrag ist insoweit – ohne an dessen Wortlaut gebunden zu sein (§ 88 VwGO) – einschränkend dahingehend zu verstehen, dass ausschließlich die Stellen mit den Referenzcodes XXXX94 und XXXX88 streitgegenständlich sein sollen. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass der Verfahrensbevollmächtigte auch nur insoweit die relevanten Stellenausschreibungen zu den Akten gereicht hat mit dem Hinweis, dass es sich dabei um „die hier streitgegenständlichen Stellenausschreibungen“ handele (Bl. 139 d. GA); nicht hingegen für die dem Wortlaut nach im Antrag darüber hinaus erfassten Stellen. Zum anderen wird im Schriftsatz des Verfahrensbevollmächtigten vom 20. November 2018 hinsichtlich der Ausführungen zu § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG vorgetragen, dass der Antragsteller „in allen drei Stellenbesetzungsverfahren allein deshalb nicht berücksichtigt worden sei, weil dieser [...] bei der Bundesanstalt für Arbeit beschäftigt war“ (Hervorhebung durch die Kammer). Mit diesen „drei Stellenbesetzungsverfahren“ dürften wohl die ausdrücklich bezeichneten Stellen XXXX26, XXXX94 und XXXX88 gemeint sein. Daraus folgt insgesamt, dass auch der Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers davon auszugehen scheint, dass jedenfalls im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren nur diese Stellen tatsächlich streitgegenständlich sein sollen. So verstanden ist der Antrag auch hinreichend bestimmt. Es ist zudem davon auszugehen, dass der verwaltungsgerichtliche Beschluss auch ohne die formale Erstreckung auf zukünftige Auswahlverfahren seitens der Antragsgegnerin auch dort Beachtung findet. Im Übrigen dürfte der Antragsteller hinsichtlich der weiteren vom Wortlaut des Antrags erfassten

Auswahlverfahren einen Anordnungsanspruch und ein insoweit notwendiges Rechtsschutzinteresse auch nicht hinreichend glaubhaft gemacht haben.

22

Mit dem Antrag zu 2. zielt der Antragsteller erkennbar darauf ab, nicht alleine deshalb im Auswahlverfahren unberücksichtigt zu bleiben, weil eine Vorbeschäftigung im Zeitraum vom 15. April 1985 bis 31. Dezember 1986 bei der Antragsgegnerin bestanden hatte. Insbesondere war dem Antrag auch nicht zu entnehmen, dass eine Besetzung dieser spezifisch bezeichneten Stellen generell vorläufig unterbleiben soll, sondern nur, dass bei einer Besetzung der Stelle ein Auswahlverfahren voranzugehen hat, bei dem die Bewerbung des Antragstellers „ohne Berücksichtigung der Tatsache, dass der Antragsteller in der Vergangenheit bereits einmal bei der Bundesanstalt für Arbeit beschäftigt war“, einzubeziehen war. Anderenfalls würde sich auch der Unterschied im Wortlaut zum Antrag zu 1. nicht erklären, der ausdrücklich auf eine generelle Unterlassung der Stellenbesetzung gerichtet ist. Jedenfalls hinsichtlich der konkret in Bezug genommenen Stellen, „auf welche sich der Antragsteller beworben hat oder noch bewirbt, insbesondere die Stellen mit den Kennziffern XXXX94 und XXXX88“, ist der Antrag auch hinreichend bestimmt. Denn es geht ihm erkennbar um die Feststellung der fehlerhaften Nichtberücksichtigung aufgrund einer konkreten Vorbeschäftigung, die die Antragsgegnerin wohl – ausweislich des Schreibens vom 4. Juni 2018 – als generellen Ausschlussgrund zu sehen scheint.

23

Hinsichtlich der streitgegenständlichen Stelle mit der Referenznummer XXX94, die offenbar schon mit einem Mitbewerber besetzt ist (vgl. Bl. 186 d. GA), gelten die obigen Ausführungen zum Antrag zu 1. entsprechend, sodass der Antragsteller insoweit auf ein Hauptsache- bzw. Schadensersatzverfahren zu verweisen wäre. Die Kammer hat auch keine Anhaltspunkte, an dem Vorbringen der Antragsgegnerin in dieser Hinsicht zu zweifeln.

24

Obwohl sich der Antrag zu 2. damit auch auf ein offenes Auswahlverfahren bezieht, in dem der Antragsteller offenbar noch keine (formale) Absage erhalten hat (XXXX88; vgl. Bl. 21 d. GA), steht der Zulässigkeit insoweit § 44a VwGO, der auch im Rahmen von § 123 VwGO Anwendung findet, nicht entgegen. Demnach können Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen grundsätzlich nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden. Es handelt sich um Verwaltungsverfahren im weiteren Sinne, an dessen Ende eine Sachentscheidung in Form der Bewerberauswahl steht und daraufhin ein privatrechtlicher Arbeitsvertrag geschlossen wird, sodass § 44a Satz 1 VwGO wohl – bei hier unterstellter Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs – tatbestandlich Anwendung findet. Es geht dem

Antragsteller zudem erkennbar darum, dass er nicht bereits deshalb bei der Stellenbesetzung bei der Bundesagentur für Arbeit unberücksichtigt bleibt, weil er im konkreten Fall bei der Vorgängerin der Antragsgegnerin – der Bundesanstalt für Arbeit – beschäftigt gewesen war. Damit zielt sein Antrag vornehmlich darauf ab, ein einzelnes Auswahlkriterium gerichtlich überprüfen zu lassen. Dies dürfte den isolierten Angriff einer behördlichen Verfahrenshandlung darstellen (vgl. für Beamte: SaarOVG, Beschluss vom 29. Mai 2013 – 1 B 314/13 –, juris, Rn. 20 m.w.N.). Die ausdrücklich in § 44a Satz 2 VwGO normierten Ausnahmeregelungen greifen nicht ein.

25

Allerdings ist aus teleologischen Gründen sowie zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) hier eine weitere (ungeschriebene) Ausnahme geboten. Sinn und Zweck des § 44a VwGO ist es nämlich, zum einen Verzögerungen und Erschwerungen des anhängigen Verwaltungsverfahrens und zum anderen die Einlegung von Rechtsbehelfen bei Gericht zu verhindern, bei denen noch nicht feststeht, ob der Betroffene überhaupt beschwert ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 27. Mai 1981 – 8 C 13/80, NJW 1982, 120; Urteil vom 12. April 1978 – 8 C 7/77 –, NJW 1979, 177; Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 24. Auflage 2018, § 44a, Rn. 1 m.w.N.). Da hier die Antragsgegnerin bereits unter anderem hinsichtlich des vorliegenden Bewerbungsverfahrens zum Ausdruck gebracht hat, dass sie den Antragsteller alleine deshalb nicht berücksichtigen würde, weil dieser zuvor bei der Bundesanstalt für Arbeit beschäftigt gewesen ist, und dies ein absoluter (formaler) Ausschlussgrund sein dürfte, steht auch bei Annahme der Unzulässigkeit des Kriteriums eine Rechtsverletzung (Art. 33 Abs. 2 GG) schon von vornherein fest. Es wäre daher unzumutbar, den Antragsteller hier darauf zu verweisen, zunächst die formale Ablehnung im Einzelfall abzuwarten, wobei es für ihn von vornherein eindeutig abzusehen ist, dass sie aus dem von ihm gerügten Grund mit Sicherheit erfolgen wird. Dies dürfte auch vor dem Hintergrund eines effektiven Rechtsschutzes nicht hinnehmbar sein (vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 24. Oktober 1990 – 1 BvR 1028/90 –, NJW 1991, 415 [416]), da der Antragsteller nur auf diesem Weg auch in angemessener Zeit eine inhaltliche Prüfung seiner Bewerbung erreichen kann. Jedenfalls der insoweit entstehende zeitliche Nachteil wäre irreparabel und dem Antragsteller vor dem Hintergrund der sicheren Ablehnung nicht zumutbar.

26

Der Antrag ist insoweit auch begründet. Der Antragsteller hat eine von ihm gerügte Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs gemäß Art. 33 Abs. 2 GG, der sowohl auf Beamte als auch – wie hier – auf Angestellte im öffentlichen Dienst Anwendung findet (BAG, Urteil vom 21. Januar 2003 – 9 AZR 72/02 –, juris, Rn. 28; LAG RP, Urteil vom 15. Dezember 2015 – 7 Sa 134/15 –, BeckRS 2016, 66616, Rn. 55 ff.), zumindest in dem Sinne glaubhaft machen können, dass die ausnahmslose Beschränkung des Anforderungsprofils in der Stellenausschreibung auf Bewerber, die bisher nicht bei der Antragsgegnerin beschäftigt waren, im konkreten Fall unzulässig war. Daher war auszusprechen, dass vorläufig, also bis zur rechtskräftigen Entscheidung in einem etwaigen Hauptsacheverfahren, die Bewerbung

XXXX88 des Antragstellers nicht bereits deshalb keine Berücksichtigung finden darf, weil er bereits im Zeitraum vom 15. April 1985 bis 31. Dezember 1986 bei der Antragsgegnerin beschäftigt gewesen ist. Weitergehenden Rechtsschutz begehrt der anwaltlich vertretene Antragsteller – ausweislich des Antrags und seines weiteren Vorbringens – insoweit offenbar nicht (s.o.). Dem Antragsteller kommt dahingehend auch ein entsprechender Anspruch darauf zu, dass dieses Kriterium im Auswahlverfahren nicht mehr verwendet wird.

27

Der Bewerbungsverfahrensanspruch umfasst das Recht eines Bewerbers um eine Stelle auf eine faire und chancengleiche Behandlung unter Einhaltung des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens sowie darauf, dass der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber über die Bewerbung ermessens- und beurteilungsfehlerfrei und unter Beachtung des in Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 19 der Verfassung für Rheinland-Pfalz (LV) niedergelegten Grundsatzes der Bestenauslese („Leistungsgrundsatz“) allein nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung entscheidet (vgl. OVG RP, Beschlüsse vom 16. März 2017 – 10 B 11626/16 –, juris, Rn. 9 f., vom 2. Juli 2014 – 10 B 10320/14 –, juris, Rn. 4 ff., vom 14. September 2017 – 2 B 11207/17 –, juris, Rn. 10 m.w.N. und vom 29. August 2016 – 2 B 10648/16 –, juris, Rn. 5; insgesamt kürzlich auch VG Mainz, Beschluss vom 16. Juli 2018 – 4 L 587/18.MZ –, juris, Rn. 5). Der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber verfügt bei seiner Einschätzung der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung der Bewerber über einen nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbaren Beurteilungsspielraum. Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle ist insoweit auf die Prüfung beschränkt, ob die einschlägigen Verfahrensvorschriften beachtet worden sind, ob der gesetzliche Rahmen und die anzuwendenden Rechtsbegriffe zutreffend gewürdigt worden sind, ob von einem richtigen Sachverhalt ausgegangen worden ist, ob die allgemein gültigen Wertungsmaßstäbe beachtet worden sind und ob sich der Arbeitgeber nicht von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen (vgl. OVG RP, Beschluss vom 2. Juli 2014 – 10 B 10320/14.OVG –, juris, Rn. 5).

28

Der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes hat vor der Besetzung jeder Stelle zwingend ein Anforderungsprofil festzulegen (BAG, Urteil vom 21. Januar 2003 – 9 AZR 72/02 –, juris, Rn. 33). Dieses allein ermöglicht eine sachgerechte Prognose, wer von den Bewerbern die zukünftigen Aufgaben am besten erfüllen wird (BAG, a.a.O.). Durch die Bestimmung des Anforderungsprofils werden zugleich die Leistungskriterien für die Auswahl der Bewerber näher konkretisiert. Das Auswahlprofil stellt damit die Verbindung zwischen dem vom Arbeitgeber im öffentlichen Dienst zu bestimmenden Charakter der Stelle und den von den Bewerbern zu erfüllenden Voraussetzungen her (LAG RP, Urteil vom 15. Dezember 2015 – 7 Sa 134/15 –, BeckRS 2016, 66616, Rn. 57). Die Antragsgegnerin hat dahingehend ausgeführt, dass die bestehende Vorbeschäftigung ohne Ausnahme ein sachgerechtes Kriterium im Anforderungsprofil und bei der Bewerberauswahl sei. Dies sei daraus zu folgern, dass anderenfalls die Gefahr bestünde, dass die Fachgerichte eine Befristung im Einzelfall als

unwirksam ansähen und infolgedessen dann ein – nicht gewünschtes – unbefristetes Arbeitsverhältnis entstehe.

29

Vor dem Hintergrund der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung kann die Vorgehensweise der Antragsgegnerin nicht als sachgerecht eingeordnet werden, sodass insoweit eine Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs festzustellen ist. Das sich sonst aus § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ergebende Verbot der sachgrundlosen Befristung des Arbeitsvertrags kann für die Beteiligten insbesondere unzumutbar sein, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lange zurückliegt, ganz anders geartet war oder von sehr kurzer Dauer gewesen ist (BVerfG, Beschluss vom 6. Juni 2018 – 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14 –, NZA 2018, 774, Rn. 63). Dies folgert das Bundesverfassungsgericht aus der Berufsfreiheit, die hier nur für den Antragsteller Anwendung finden kann. Gerade diese grundrechtlichen Wertungen und der daran orientierte einfachgesetzliche Rahmen (insb. § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG) sind von der Antragsgegnerin nicht zutreffend gewürdigt worden.

30

Insgesamt stellte hier der ausnahmslose Ausschluss bei einer Vorbeschäftigung in seiner Pauschalität einen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG sowie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der konkreten Rechtsanwendung dar. Die Antragsgegnerin hätte jedenfalls den sehr lange zurückliegenden Zeitpunkt der Vorbeschäftigung (etwa 33 Jahre) würdigen müssen. Dabei dürfte die hier zurückliegende Zeit wohl unzweifelhaft als „sehr lange“ einzuordnen sein, da sie sich fast auf eine gesamte Erwerbstätigkeitsphase eines Menschen erstreckt. Ein viel längerer Zeitraum wäre derzeit kaum realistisch. Zudem handelte es sich auch um eine recht kurze Beschäftigung (21 Monate). Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 6. Juni 2018 (– 1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14 –, NZA 2018, 774) dahingehend mit gemäß § 31 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (BVerfGG) bindender Wirkung entschieden, dass es einen Verstoß gegen die in Art. 12 Abs. 1 GG verbürgte Berufswahlfreiheit darstellt, sofern eine weitere sachgrundlose Befristung ausnahmslos – auch etwa bei lange zurückliegenden Vorbeschäftigungen – ausgeschlossen ist.

31

Nach alledem stand § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG einer befristeten Einstellung offensichtlich nicht entgegen. Zwar mag ein Schutzbedürfnis der Antragsgegnerin bei weniger eindeutigen Fällen dahingehend anzuerkennen sein, dass sie – unbeabsichtigten – unbefristeten Arbeitsverhältnissen vorbeugen möchte. In dem hier vorliegenden Fall bedarf die Antragsgegnerin aber offensichtlich keines derartigen Schutzes. Gerade durch die von der Antragsgegnerin praktizierte Vorgehensweise wird die Berufswahlfreiheit des Antragstellers wesentlich und unverhältnismäßig eingeschränkt. Im Gegensatz zu einem privaten

Arbeitgeber ist die öffentliche Hand bei ihrer Auswahlentscheidung unmittelbar an die Grundrechte gebunden (Art. 1 Abs. 3 GG). Daher können nur derartige Auswahlkriterien und Anforderungsprofile zulässig sein, die im Einklang mit diesen Wertungen stehen.

32

Im Übrigen hat der Antragsteller eine Verletzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs nicht glaubhaft machen können. Der Vortrag des Antragstellers erschöpft sich dahingehend vornehmlich in pauschalen Darlegungen, warum er das Anforderungsprofil erfüllen solle. Die Aussage des Verfahrensbevollmächtigten des Antragstellers, dass die Ausführungen in dem Zeugnis des Antragstellers für seine Tätigkeit bei der H. für sich sprächen, dürfte insoweit noch keine substantiierte Darlegung der Erfüllung des Anforderungsprofils ersetzen. Insbesondere dürfte durchaus fraglich sein, inwieweit die vertriebsorientierte Tätigkeit in einem Unternehmen mit der Tätigkeit als Sachbearbeiter in einer Behörde prima facie vergleichbar sein soll. Vertiefte Ausführungen sind dazu nicht erfolgt. Zudem dürfte auch die Tätigkeit als „Hilfsarbeiter“ nicht unbedingt mit der eines – eigenständig arbeitenden – Sachbearbeiters gleichwertig sein, auch wenn sich die Begrifflichkeiten wohl nicht mehr vollständig vergleichen lassen. Zumindest ist aber anzumerken, dass die etwaigen Kenntnisse des Antragstellers im Bereich der Arbeitslosenhilfe nunmehr 33 Jahre zurückliegen. Daraus folgt einerseits, dass der Antragsteller wohl kaum noch vertieft mit den internen Abläufen in einer Behörde vertraut sein dürfte. Andererseits haben insbesondere im Sozialrecht innerhalb der letzten 33 Jahre erhebliche und zahlreiche Veränderungen stattgefunden, sodass aus dieser Vorbeschäftigung eine in die Tiefe gehende Kenntnis des aktuellen Rechts nicht zu erwarten ist; unabhängig davon, ob dies bei der jeweiligen Stelle erforderlich ist.

33

Schließlich kann diese Frage aber im Ergebnis offenbleiben, da sich der Antrag zu 2. – nach obiger Auslegung durch die Kammer – ausschließlich auf die Rüge der Nichtberücksichtigung (alleine) aufgrund der Vorbeschäftigung bezieht. Die Erfolgsaussichten sind hinsichtlich der Stellenbesetzung insgesamt – nach summarischer Prüfung – als offen zu beurteilen. In einem etwaigen weiteren (Klage-)Verfahren wäre dann abschließend darüber zu befinden, ob der Antragsteller anstatt eines Konkurrenten hätte eingestellt werden müssen (vgl. zu einem Anspruch auf Schadensersatz: BAG, Urteil vom 12. Dezember 2017 – 9 AZR 152/17 –, NZA 2018, 515, Rn. 25). Der hiesige Antrag im vorläufigen Rechtsschutz wäre hier nur dann mangels Rechtsschutzbedürfnis abzulehnen gewesen, wenn eine Einstellung ansonsten evident aussichtslos wäre, der Antragsteller die Anforderungen im Übrigen also offensichtlich nicht erfüllen würde (vgl. dazu OVG NRW, Beschluss vom 7. Juni 2018 – 1 B 1381/17 –, juris, Rn. 41 ff.). Dies ist hier aber nicht anzunehmen. Zwar hat die Antragsgegnerin mehrere Aspekte dahingehend vorgetragen, dass der Antragsteller die Voraussetzungen aus der Stellenausschreibungen im Übrigen nicht erfüllt. Allerdings können diese nach summarischer Prüfung noch nicht den Schluss rechtfertigen, dass der Antragsteller offensichtlich ungeeignet für die ausgeschriebenen Stellen ist. Dies wäre unter

Umständen in einem etwaigen weiteren Verfahren ebenso abschließend zu klären, wie der Vergleich mit den anderen Bewerberinnen und Bewerbern, sodass insoweit auch eine förmliche Beziehung der Bewerbungsunterlagen der übrigen Bewerberinnen und Bewerber nicht geboten war.

34

Insgesamt war daher zur hinreichenden Wahrung der Interessen des Antragstellers und zur Verhinderung der Schaffung von vollendeten Tatsachen eine einstweilige Anordnung dahingehend auszusprechen, dass bei der Besetzung der streitgegenständlichen nicht bereits besetzten Stelle mit der Referenznummer XXXX88 (Antrag zu 2.) vorläufig bis zum rechtskräftigen Abschluss eines etwaigen Hauptsacheverfahrens die Vorbeschäftigung des Antragstellers bei der Bundesanstalt für Arbeit im Zeitraum vom 15. April 1985 bis 31. Dezember 1986 nicht alleine eine Nichtberücksichtigung rechtfertigen kann. Dies war notwendig, um dem Antragsteller möglichst effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) und damit ein ordnungsgemäßes Auswahlverfahren zu gewährleisten. Gleichzeitig war aber eine Frist zur Erhebung des Rechtsbehelfs in der Hauptsache auszusprechen, um die Interessen der Antragsgegnerin hinreichend zu wahren. Vor dem Hintergrund der hier mit weit überwiegender Wahrscheinlichkeit geltend gemachten Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs im Hinblick auf den Ausschluss wegen der Vorbeschäftigung war auch eine wohl jedenfalls vorläufige Vorwegnahme der Hauptsache gerechtfertigt.

35

Auch die Eilbedürftigkeit hat der Antragsteller hinreichend glaubhaft machen können. Voraussetzung ist grundsätzlich, dass dem Antragsteller unter Berücksichtigung seiner Interessen sowie der öffentlichen Interessen und der Interessen Dritter nicht zumutbar ist, die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten (vgl. etwa HessVGH, Beschluss vom 5. Februar 1993 – 7 TG 2479/92 –, NVwZ-RR 1993, 387 [389]; Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 24. Auflage 2018, § 123, Rn. 26). Dies ist hier der Fall, da anderenfalls weiter vollendete Tatsachen durch eine zwischenzeitliche Stellenbesetzung geschaffen werden können, ohne dass der Antragsteller überhaupt formal in einen Leistungsvergleich mit den anderen Bewerberinnen und Bewerbern einbezogen würde.

36

Dem Antrag zu 3. war nicht stattzugeben, da der Antragsteller dahingehend kein Rechtsschutzbedürfnis glaubhaft gemacht hat. Denn – wie hier – bei einer öffentlichen Körperschaft als Antragsgegnerin ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sie einem vollziehbaren verwaltungsgerichtlichen Beschluss auch ohne Androhung von Vollstreckungsmaßnahmen nachkommen wird (vgl. dazu BGH, Urteil vom 9. Juni 1983 – III ZR 74/82 –, NJW 1984, 1118 [1119]). Der Antragsteller hat insoweit keine Anhaltspunkte dafür dargetan, dass es in diesem Fall

notwendig wäre, bereits vorsorglich Zwangsmittel gegenüber der Antragsgegnerin anzudrohen.

37

Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 VwGO. Dabei ist in Ansatz zu bringen, dass der Antragsteller hinsichtlich des Antrags zu 1. unterliegt und bei dem Antrag zu 2. nur zur Hälfte obsiegt. Daraus ergibt sich die im Tenor ausgewiesene Kostenquote. Das Unterliegen in Bezug auf die Androhung von Vollstreckungsmaßnahmen (Antrag zu 3.) ist insoweit nur von untergeordneter Bedeutung (§ 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO; vgl. für die Anfechtung einer behördlichen Zwangsgeldandrohung: BayVGh, Beschluss vom 25. Oktober 2017 – 21 CS 17.1077 –, juris, Rn. 16).

38

Die Festsetzung des Wertes des Verfahrensgegenstandes für den Antrag zu 1. mit 7.217,34 € ergibt sich aus §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 1 und 6 GKG. Demnach war bei der hier begehrten vorläufigen Aussetzung des Besetzungsverfahrens ein Viertel der für ein Kalenderjahr zu zahlenden Bezüge (hier laut Stellenausschreibung 2.405,78 € monatlich) anzusetzen (vgl. § 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. Ziffer 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013). Mangels weiterer Anhaltspunkte und aufgrund der Tatsache, dass es sich nur um einen einzelnen Aspekt des Auswahlverfahrens (und nicht – wie bei Antrag zu 1. – um die „Begründung“ eines Anstellungsverhältnisses insgesamt) handelte, war für den Antrag zu 2. gemäß §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG der Auffangstreitwert in voller Höhe von 5.000,00 € festzusetzen. Zwar handelt es sich ausdrücklich um einen vorläufigen Antrag („bis zum Abschluss eines Hauptsacheverfahrens“), allerdings kann der Antragsteller die ihm insoweit zukommende Rechtsposition für die gesamte Dauer des etwaigen Hauptsacheverfahrens vollumfänglich nutzen, was schließlich auch (anders als bei dem Antrag zu 1.) in vollendete Tatsachen durch eine zwischenzeitlich erfolgende Stellenbesetzung unter Nichtberücksichtigung des gerügten Kriteriums münden kann.

39

Für den Antrag zu 3. als Teil des Vollstreckungsverfahrens war kein Streitwert festzusetzen, weil sich die dortigen Gerichtsverfahrenskosten nicht nach einem Streitwert bemessen, sondern in einer Festgebühr erschöpfen (vgl. HambOVG, Beschluss vom 7. Juli 2016 – 5 So 110/15 –, juris, Rn. 25 ff.).