

Aktenzeichen: 7 AZR 529/02
Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Urteil vom 2. Juli 2003
- 7 AZR 529/02 -

I. Arbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 5. Dezember 2001
- 18 Ca 249/00 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 26. Juli 2002
- 6 Sa 22/02 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichwort:

Befristeter Arbeitsvertrag

Gesetze:

BGB § 620; BErzGG § 21; BAT § 2 SR 2y Protokollnotiz Nr. 4; GG Art. 33 Abs. 2

Leitsätze:

1. Die Befristung des Arbeitsvertrags mit einem Arbeitnehmer, der zur Vertretung eines zeitweilig verhinderten Arbeitnehmers eingestellt wird, ist in der Regel sachlich gerechtfertigt. Dies ist ausnahmsweise dann nicht der Fall, wenn der zu vertretende Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber bereits vor dem Abschluß des Arbeitsvertrags mit der Vertretungskraft verbindlich erklärt hat, daß er die Arbeit nicht wieder aufnehmen werde.
2. Die Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2y BAT enthält kein Anstellungsgebot, sondern schränkt nur das Ermessen des öffentlichen Arbeitgebers bei der Auswahl von Bewerbern für die Besetzung von Dauerarbeitsplätzen ein.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 529/02
6 Sa 22/02
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
2. Juli 2003

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 2. Juli 2003 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dörner, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am Bundesarbeitsgericht Pods sowie die ehrenamtlichen Richter Prof. Dr. Zachert und Wilke für Recht erkannt:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 26. Juli 2002 - 6 Sa 22/02 - wird zurückgewiesen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob ihr Arbeitsverhältnis auf Grund Befristung am 31. Oktober 2000 geendet hat. Hilfsweise begehrt die Klägerin den Abschluß eines befristeten Arbeitsvertrags, hilfsweise Schadensersatz.

Die Klägerin war von 1989 bis 1994 bei der Beklagten beschäftigt. Zum 15. Februar 1996 wurde sie erneut eingestellt und war bis zum 31. Oktober 2000 auf der Grundlage von sechs aufeinander folgenden befristeten Arbeitsverträgen als Sachbearbeiterin im Finanz- und Rechnungswesen für ambulante zahnärztliche Leistungen tätig. In dem zuletzt abgeschlossenen Arbeitsvertrag vom 12. Oktober 1999 heißt es, die Klägerin werde als vollbeschäftigte Angestellte „auf bestimmte Zeit nach Sonderregelung (SR) 2 y zum Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) ... als Aushilfsangestellte ... für die Zeit der Beurlaubung der Stelleninhaberin Frau C, längstens bis zu deren Rückkehr, spätestens jedoch bis zum 31.10.2000 weiterbeschäftigt“. Der Stelleninhaberin C war für die Zeit vom 1. November 1997 bis einschließlich 31. Oktober 2000 Sonderurlaub zur Betreuung ihres Kindes bewilligt worden. Mit Schreiben vom 12. September 2000 wandte sich die Vorgesetzte der Klägerin an die Personalabteilung der Beklagten und bat um den Abschluß eines unbefristeten Arbeitsvertrags mit der Klägerin, da nunmehr feststehe, daß Frau C nach Ablauf des Sonderurlaubs nicht an ihren Arbeitsplatz zurückkehren werde. Die Klägerin wurde jedoch nicht über den 31. Oktober 2000 hinaus weiterbeschäftigt. Vielmehr wurde die Stelle zum 1. Januar 2001 mit der Arbeitnehmerin O besetzt, die bereits zuvor bei der Beklagten tätig war.

Mit der am 20. November 2000 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat die Klägerin geltend gemacht, die Befristung zum 31. Oktober 2000 sei unwirksam, weil die Beklagte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 12. Oktober 1999 keine Prognose darüber erstellt habe, ob die Stelleninhaberin C nach Ablauf der Beurlaubung an ihren Arbeitsplatz zurückkehren werde. Die Beklagte habe gewußt, daß dies nicht der Fall sein werde. Frau C habe der Klägerin im Juni oder Juli 1999 erklärt, sie werde die Arbeit nicht wieder aufnehmen. Dies sei auch der Beklagten bekannt gewesen. Zumindest sei die Beklagte nach der Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2y BAT zum Abschluß



eines unbefristeten Arbeitsvertrags verpflichtet. Die Beklagte habe seit dem Abschluß des letzten befristeten Arbeitsvertrags zahlreiche Arbeitsplätze der VergGr. V b, V c und VI b BAT ausgeschrieben, bei deren Besetzung sie vorrangig hätte berücksichtigt werden müssen. Da die Beklagte gegen diese Verpflichtung verstoßen habe, schulde sie im Wege des Schadensersatzes den Abschluß eines entsprechenden unbefristeten Arbeitsvertrags, zumindest aber Schadensersatz in Höhe der nicht erhaltenen Vergütung.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt

1. festzustellen, daß das zwischen den Parteien bis zum 31. Oktober 2000 befristete Arbeitsverhältnis über diesen Zeitpunkt hinaus unbefristet fortbesteht;

für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 1)

2. die Beklagte zu verurteilen, mit der Klägerin einen unbefristeten Arbeitsvertrag als vollbeschäftigte Angestellte der VergGr. V b BAT mit Wirkung ab dem 1. des Monats, welcher der Verkündung des Berufungsurteils nachfolgt, abzuschließen;

für den Fall des Unterliegens mit den Anträgen zu 1) und 2)

hilfsweise

3. die Beklagte zu verurteilen, mit der Klägerin einen unbefristeten Arbeitsvertrag als vollbeschäftigte Angestellte der VergGr. V c BAT mit Wirkung ab dem 1. des Monats, welcher der Verkündung des Berufungsurteils nachfolgt, abzuschließen;

für den Fall des Unterliegens mit den Anträgen zu 1), zu 2) und zu 3)

hilfsweise

4. die Beklagte zu verurteilen, mit der Klägerin einen unbefristeten Arbeitsvertrag als vollbeschäftigte Angestellte der VergGr. VI b BAT mit Wirkung ab dem 1. des Monats, welcher der Verkündung des Berufungsurteils nachfolgt, abzuschließen;

für den Fall des Unterliegens mit den Anträgen zu 1), zu 2), zu 3) und zu 4)

hilfsweise

5. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 27.951,72 Euro brutto zu zahlen;

für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1)

6. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin entsprechend ihrem Arbeitsvertrag zu unveränderten Bedingungen mit Tätigkeiten der VergGr. V b bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag zu 1) weiterzubeschäftigen,



7. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 27.951,71 Euro brutto zu zahlen nebst jährlich 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz nach § 1 des Diskontsatzüberleitungsgesetzes vom 9. Juni 1998 (BGBl. I, 1242) bzw. nach § 247 BGB auf
- a) jeweils 1.008,64 Euro seit dem 15. November 2000 und seit dem 15. Dezember 2000,
 - b) 1.054,12 Euro seit dem 15. Januar 2001,
 - c) 1.421,19 Euro seit dem 15. Februar 2001,
 - d) jeweils 1.330,17 Euro seit dem 15. März 2001, seit dem 15. Mai 2001, seit dem 15. Juli 2001, seit dem 15. August 2001, seit dem 15. Oktober 2001 und seit dem 15. Dezember 2001,
 - e) jeweils 1.360,51 Euro seit dem 15. April 2001, seit dem 15. Juni 2001, seit dem 15. September 2001 und seit dem 15. November 2001,
 - f) jeweils 1.498,71 Euro seit dem 15. Januar 2002 und seit dem 15. März 2002,
 - g) 1.590,36 Euro seit dem 15. Februar 2001,
 - h) 1.529,26 Euro seit dem 15. April 2002,
 - i) 1.959,94 Euro seit dem 1. Dezember 2000,
 - j) 1.997,32 Euro seit dem 1. Dezember 2001.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und die Auffassung vertreten, die Befristung sei wirksam. Bei Abschluß des letzten Arbeitsvertrags am 12. Oktober 1999 seien keine Anhaltspunkte dafür erkennbar gewesen, daß die Stelleninhaberin C ihre Arbeit nach Beendigung des Sonderurlaubs nicht mehr aufnehmen werde. Die Klägerin habe auch keinen Anspruch auf Abschluß eines unbefristeten Arbeitsvertrags oder auf Schadensersatz in Geld.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter mit der Maßgabe, daß die Verurteilung hinsichtlich der Klageanträge zu 2), zu 3) und zu 4) mit Wirkung ab dem 1. des Monats, welcher der Verkündung des Revisionsurteils nachfolgt, begehrt wird. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die im Arbeitsvertrag vom 12. Oktober 1999 vereinbarte Befristung ist wirksam und hat das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 31. Oktober 2000 beendet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Abschluß eines unbefristeten Arbeitsvertrags. Ihr steht auch kein Schadensersatz wegen der Nichtberücksichtigung bei der Besetzung freier Stellen zu. Die Anträge zu 1) bis 5) sind daher unbegründet. Die Anträge zu 6) und 7) sind dem Senat nicht zur Entscheidung angefallen.

I. Der zulässige Klageantrag zu 1) ist unbegründet. Die im Arbeitsvertrag vom 12. Oktober 1999 vereinbarte Befristung ist sachlich gerechtfertigt.

1. Bei dem Klageantrag zu 1) handelt es sich nicht um eine allgemeine Feststellungsklage iSv. § 256 Abs. 1 ZPO, sondern um eine Befristungskontrollklage nach § 1 Abs. 5 Satz 1 BeschFG in der hier maßgeblichen, bis zum 31. Dezember 2000 geltenden Fassung (jetzt: § 17 Satz 1 TzBfG), mit der die Feststellung begehrt wird, daß das Arbeitsverhältnis nicht auf Grund der vereinbarten Befristung am 31. Oktober 2000 geendet hat. In diesem Sinne ist der Klageantrag zu 1) auszulegen. Andere Beendigungstatbestände oder -zeitpunkte sind zwischen den Parteien nicht im Streit.

2. Die Befristung zum 31. Oktober 2000 ist wirksam. Sie ist nach § 21 Abs. 1 BErzGG gerechtfertigt.

a) Nach § 21 Abs. 1 BErzGG besteht ein sachlicher Grund für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses, wenn ein Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers für Zeiten eines Erziehungsurlaubs oder einer auf Tarifvertrag beruhenden Arbeitsfreistellung zur Betreuung eines Kindes eingestellt wird. § 21 Abs. 1 BErzGG normiert damit ua. für die tariflich geregelte Arbeitsfreistellung zur Betreuung eines Kindes den bereits nach den allgemeinen Grundsätzen der Befristungskontrolle anerkannten Sachgrund der Vertretung und hat insoweit bestätigende, klarstellende Bedeutung (vgl. etwa BAG 27. September 2000 - 7 AZR 412/99 - AP LPVG Brandenburg § 61 Nr. 1 = EzA BeschFG 1985 § 1 Nr. 21, zu B II 1 a der Gründe; 6. Dezember 2000 - 7 AZR 262/99 - BAGE 96, 320 = AP BAT § 2 SR 2y Nr. 22 = EzA BGB § 620 Nr. 172, zu B II 2 a der Gründe mwN). Der sachliche Rechtfertigungsgrund für die Befristungsabrede liegt in Vertretungsfällen darin, daß der Arbeitgeber bereits zu einem vorüber-



gehend wegen Krankheit, Urlaubs oder aus sonstigen Gründen ausfallenden Mitarbeiter in einem Rechtsverhältnis steht und mit der Rückkehr dieses Mitarbeiters rechnet. Damit besteht für die Wahrnehmung der an sich dem ausfallenden Mitarbeiter obliegenden Arbeitsaufgaben durch eine Vertretungskraft von vornherein nur ein zeitlich begrenztes Bedürfnis (*BAG 5. Juni 2002 - 7 AZR 201/01 - AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 235 = EzA BGB § 620 Nr. 192, zu 2 a der Gründe*). Teil des Sachgrunds ist daher eine Prognose des Arbeitgebers über den voraussichtlichen Wegfall des Vertretungsbedarfs durch die Rückkehr des zu vertretenden Mitarbeiters. Davon kann grundsätzlich ausgegangen werden, weil in der Regel damit zu rechnen ist, daß der Vertretene nach Beendigung des Urlaubs oder der Erkrankung seine arbeitsvertraglichen Pflichten wieder erfüllen wird (*BAG 11. Dezember 1991 - 7 AZR 431/90 - AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 141 = EzA BGB § 620 Nr. 110, zu II 2 a der Gründe*). Auch eine wiederholte Befristung wegen der mehrfachen Verhinderung der zu vertretenden Stammkraft steht der Prognose des künftigen Wegfalls des Vertretungsbedarfs nicht entgegen. Der Arbeitgeber kann auch bei mehrfacher Krankheits- oder Urlaubsvertretung davon ausgehen, daß die zu vertretende Stammkraft an ihren Arbeitsplatz zurückkehren wird. Er ist daher nicht gehalten, vor Abschluß des befristeten Vertrags mit der Vertretungskraft Erkundigungen über die gesundheitliche Entwicklung des erkrankten oder die Planungen des beurlaubten Arbeitnehmers einzuholen. Nur wenn der Arbeitgeber im Ausnahmefall auf Grund ihm vorliegender Informationen erhebliche Zweifel daran haben muß, daß die zu vertretende Stammkraft überhaupt wieder zurückkehren wird, kann dies dafür sprechen, daß der Sachgrund der Vertretung nur vorgeschoben ist. Dann kann die Befristung unwirksam sein (*BAG 21. Februar 2001 - 7 AZR 200/00 - BAGE 97, 86 = AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 226 = EzA BGB § 620 Nr. 174, zu II 1 a der Gründe mwN; 27. Juni 2001 - 7 AZR 326/00 - EzA BGB § 620 Nr. 178, zu 2, 4 der Gründe; 23. Januar 2002 - 7 AZR 440/00 - AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 231 = EzA BGB § 620 Nr. 187, zu I der Gründe*). Dies setzt voraus, daß der zu vertretende Arbeitnehmer dem Arbeitgeber bereits vor dem Abschluß des befristeten Arbeitsvertrags mit der Vertretungskraft verbindlich erklärt hat, daß er die Arbeit nicht wieder aufnehmen werde. Ansonsten muß der Arbeitgeber mit dessen Rückkehr an den Arbeitsplatz rechnen. Eine unverbindliche Ankündigung reicht nicht aus. Auch wenn die beurlaubte oder erkrankte Stammkraft beabsichtigt, nach dem Urlaubsende oder der Wiedergenesung die Arbeit nicht wieder aufzunehmen und dies dem Arbeitgeber gegenüber unverbindlich äußert, können später eintretende Umstände oder unvorhergesehene Ereignisse im persönlichen Bereich



dazu führen, daß die Stammkraft entgegen ihren ursprünglichen Planungen an ihren Arbeitsplatz zurückkehrt. Solange die Stammkraft einen Anspruch darauf hat, die Tätigkeit wieder aufzunehmen, muß und darf der Arbeitgeber daher mit deren Rückkehr rechnen.

b) Nach diesen Grundsätzen ist die Befristung zum 31. Oktober 2000 sachlich gerechtfertigt. Die Beschäftigung der Klägerin erfolgte zur Vertretung der Arbeitnehmerin C. Dieser war bis zum 31. Oktober 2000 Sonderurlaub zur Betreuung eines Kindes nach § 50 Abs. 1 BAT bewilligt worden. Die Klägerin verrichtete deren Tätigkeiten bereits seit 1998. Die Beklagte konnte bei Abschluß des Arbeitsvertrags mit der Klägerin am 12. Oktober 1999 davon ausgehen, daß die Arbeitnehmerin C ab dem 1. November 2000 ihre arbeitsvertraglichen Pflichten wieder erfüllen und der Vertretungsbedarf damit wegfallen würde. Die Klägerin hat zwar behauptet, der Beklagten sei bei Abschluß des letzten befristeten Arbeitsvertrags bekannt gewesen, daß die Arbeitnehmerin C nicht an ihren Arbeitsplatz zurückkehren wolle. Sie hat jedoch nicht dargelegt, daß die Arbeitnehmerin C dies der Beklagten zum damaligen Zeitpunkt bereits verbindlich, zB durch Ausspruch einer Kündigung, erklärt hatte. Ihr Vortrag in der Klageschrift, die Arbeitnehmerin C habe das Arbeitsverhältnis gekündigt, ist ohne Datumsangabe. Ihm läßt sich nicht entnehmen, daß dies bereits vor dem 12. Oktober 1999 erfolgt sein soll. Das Landesarbeitsgericht hat daher zu Recht von einer Beweisaufnahme abgesehen. Die insoweit erhobene Verfahrensrüge der Klägerin ist unbegründet.

II. Die Klageanträge zu 2) bis 5) sind ebenfalls unbegründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Abschluß eines unbefristeten Arbeitsvertrags. Ihr steht auch kein Schadensersatzanspruch zu, weil sie bei der Besetzung von Stellen der VergGr. V b, V c und VI b BAT nicht berücksichtigt wurde.

1. Die Anträge zu 2) bis 4), mit denen die Klägerin den Abschluß eines unbefristeten Arbeitsvertrags geltend macht, sind zulässig. Sie sind hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die Klägerin begehrt mit diesen Anträgen die Abgabe einer Willenserklärung durch die Beklagte, nämlich die Annahme des in den Klageanträgen enthaltenen Angebots der Klägerin auf Abschluß eines unbefristeten Arbeitsvertrags (vgl. dazu BAG 23. Februar 2000 - 7 AZR 891/98 - AP MTL II § 62 Nr. 1 = EzA TVG § 4 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 1, zu A der Gründe; 14. November 2001 - 7 AZR 568/00 - BAGE 99, 326 = AP MTA § 2 SR 2a Nr. 1 = EzA TVG § 4 Wiedereinstellungs-



anspruch Nr. 2, zu B II 1 der Gründe; 19. Februar 2003 - 7 AZR 67/02 - zur Veröffentlichung vorgesehen, zu III 1 der Gründe). In diesem Sinne sind die Anträge zu verstehen. Aus ihnen ergibt sich auch hinreichend deutlich, welche Bedingungen für das zu begründende Arbeitsverhältnis gelten sollen.

Die Klägerin hat die Anträge zu 2), zu 3) und zu 4) zwar in der Revision dahingehend geändert, daß nunmehr der Arbeitsvertrag nicht mehr ab dem ersten Monat, der der Verkündung des Berufungsurteils nachfolgt, abgeschlossen werden soll, sondern ab dem ersten Monat nach Verkündung des Revisionsurteils. Darin liegt jedoch keine in der Revision unzulässige Klageänderung. Vielmehr handelt es sich um eine Einschränkung der Klageanträge iSv. § 264 Nr. 2 ZPO, die noch in der Revisionsinstanz vorgenommen werden kann.

2. Die Klageanträge zu 2), zu 3) und zu 4) sind unbegründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Abschluß eines unbefristeten Arbeitsvertrags.

a) Die Beklagte ist nicht auf Grund einer vertraglichen Zusage verpflichtet, mit der Klägerin einen unbefristeten Arbeitsvertrag abzuschließen. Nach den mit Verfahrensrügen nicht angegriffenen und damit für den Senat bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts wurde der Klägerin vom Verwaltungsleiter der Beklagten keine Wiedereinstellungszusage erteilt.

b) Die Klägerin hat auch keinen aus einer arbeitsvertraglichen Nebenpflicht folgenden Wiedereinstellungsanspruch. Der Sachgrund für die Befristung ist zwar noch vor dem vereinbarten Vertragsende am 31. Oktober 2000 weggefallen. Dies begründet aber keinen Anspruch auf Abschluß eines unbefristeten Arbeitsvertrags. Im Anschluß an eine wirksam vereinbarte Befristung besteht, sofern nicht tarifvertraglich oder einzelvertraglich etwas anderes geregelt ist, kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Wiedereinstellung (*BAG 20. Februar 2002 - 7 AZR 600/00 - BAGE 100, 304 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 11 = EzA BGB § 620 Nr. 189*).

c) Eine Verpflichtung der Beklagten, mit der Klägerin einen unbefristeten Arbeitsvertrag abzuschließen, ergibt sich auch nicht aus Art. 33 Abs. 2 GG iVm. der Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2y BAT.

aa) Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, daß allein die Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2y BAT als Anspruchsgrundlage für den Abschluß eines



unbefristeten Arbeitsvertrags nicht in Betracht kommt, sondern daß sich ein solcher Anspruch nur aus Art. 33 Abs. 2 GG ergeben kann.

(1) Nach der Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2y BAT sind Angestellte, die unter die Nr. 1 der Sonderregelung fallen, bei der Besetzung von Dauerarbeitsplätzen bevorzugt zu berücksichtigen, wenn die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Bestimmung begründet für den Arbeitgeber kein allgemeines Anstellungsgebot, sondern schränkt nur sein Ermessen bei der Auswahl der Bewerber für Dauerarbeitsplätze ein (*BAG 31. Oktober 1974 - 2 AZR 483/73 - AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 39 = EzA BGB § 620 Nr. 25; 8. Mai 1985 - 7 AZR 182/84 - EzBAT SR 2y Besetzung von Dauerarbeitsplätzen Nr. 4; 27. April 1988 - 7 AZR 593/87 - BAGE 58, 183 = AP BeschFG 1985 § 1 Nr. 4 = EzA BeschFG § 1 Nr. 4; BVerwG 7. Dezember 1994 - 6 P 35.92 - AP BAT § 2 SR 2y Nr. 13 = EzBAT SR 2y Besetzung von Dauerarbeitsplätzen Nr. 10*). Anspruchsgrundlage für die Einstellung in den öffentlichen Dienst ist daher auch im Anwendungsbereich der Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2y BAT ausschließlich Art. 33 Abs. 2 GG. Danach hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Für den einzelnen Bewerber ergeben sich hieraus unmittelbare Rechte. Jeder kann verlangen, bei einer Bewerbung nach den in Art. 33 Abs. 2 GG aufgestellten Merkmalen beurteilt zu werden. Bei der Feststellung der Qualifikation nach diesen Maßstäben steht dem Arbeitgeber ein weiter Beurteilungsspielraum zu. Die Entscheidung über die Einstellung eines Bewerbers und die Auswahl unter mehreren Bewerbern liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Dienstherrn. Seinem pflichtgemäßen Ermessen ist es auch überlassen, welchen sachlichen Umständen er bei seiner Auswahlentscheidung das größere Gewicht beimißt und in welcher Weise er das grundrechtsgleiche Zugangsrecht verwirklicht, sofern nur das Prinzip selbst nicht in Frage gestellt wird. Führt dieser Leistungsvergleich zu einer im wesentlichen gleichen Eignung der Bewerber für das zu besetzende Amt, kann der Dienstherr die Auswahl nach weiteren sachgerechten Merkmalen treffen (*BAG 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - BAGE 98, 164 = AP BPersVG § 46 Nr. 23 = EzA BPersVG § 46 Nr. 1, zu B II 1 b aa der Gründe; 19. Februar 2003 - 7 AZR 67/02 - zur Veröffentlichung vorgesehen, zu III 2 c aa der Gründe*). In diesem Fall gewinnt die Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2y BAT Bedeutung im Sinne einer Ermessensreduzierung (*vgl. BAG 19. September 2001 - 7 AZR 333/00 - EzA BGB § 620 Nr. 181, zu 5 der Gründe zur gleichlautenden Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2a MTA; BVerwG 7. Dezember 1994 - 6 P 35.92 - aaO*).



(2) Hat der öffentliche Arbeitgeber bei seiner Auswahlentscheidung zwischen mehreren Bewerbern die Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG nicht beachtet, hat der übergangene Bewerber grundsätzlich nur einen Anspruch auf Neuvernahme der Auswahlentscheidung. Ein unmittelbarer Anspruch auf Einstellung kann sich nur ausnahmsweise ergeben, wenn nach den Verhältnissen im Einzelfall jede andere Entscheidung rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft wäre und die Berücksichtigung dieses Bewerbers die einzig rechtmäßige Entscheidung darstellt (*ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BAG 9. November 1994 - 7 AZR 19/94 - BAGE 78, 244 = AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 33 = EzA GG Art. 33 Nr. 15, zu I 1 der Gründe mwN; 5. März 1996 - 1 AZR 590/92 - BAGE 82, 211 = AP GG Art. 3 Nr. 226 = EzA GG Art. 3 Nr. 52, zu A I der Gründe; 2. Dezember 1997 - 9 AZR 668/96 - BAGE 87, 171 = AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 41 = EzA GG Art. 3 Nr. 78, zu II 1 der Gründe; 19. Februar 2003 - 7 AZR 67/02 - zur Veröffentlichung vorgesehen, zu III 2 a der Gründe*). So verhält es sich, wenn der Bewerber absolut und im Verhältnis zu den Mitbewerbern der in jeder Hinsicht am besten geeignete ist (*BAG 5. März 1996 - 1 AZR 590/92 - aaO; 2. Dezember 1997 - 9 AZR 668/96 - aaO*). Eine weitere Ermessensreduzierung ergibt sich im Anwendungsbereich der Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2y BAT. Die danach bestehende Verpflichtung des Arbeitgebers zur bevorzugten Berücksichtigung eines befristet beschäftigten Arbeitnehmers bei der Besetzung von Dauerarbeitsplätzen führt zu einem Einstellungsanspruch, wenn dieser Arbeitnehmer in jeder Hinsicht zumindest gleich geeignet ist wie die Mitbewerber und jede andere Entscheidung des Arbeitgebers als dessen Einstellung ermessensfehlerhaft wäre. Die Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2y BAT hindert den Arbeitgeber jedoch nicht, die Stelle mit einem Bewerber zu besetzen, der ihm besser geeignet erscheint als der befristet Beschäftigte. Andernfalls verletzte der Arbeitgeber seine Verpflichtungen aus Art. 33 Abs. 2 GG gegenüber jenem Bewerber.

(3) Voraussetzung für einen Einstellungsanspruch nach Art. 33 Abs. 2 GG ist, daß der zu besetzende Arbeitsplatz im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch frei ist. Ist die Stelle bereits mit einem anderen Bewerber besetzt, kommen grundsätzlich nur noch Schadensersatzansprüche in Geld in Betracht (*BAG 14. November 2001 - 7 AZR 568/00 - BAGE 99, 326 = AP MTA § 2 SR 2a Nr. 1 = EzA TVG § 4 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 2, zu B II 2 b aa der Gründe mwN*).

bb) Nach diesen Grundsätzen hat die Klägerin schon deshalb keinen Anspruch auf Abschluß eines unbefristeten Arbeitsvertrags, weil die Arbeitsplätze, für die sie sich



beworben hat, unstreitig besetzt sind. Bei der Besetzung von Arbeitsplätzen, für die sie sich nicht beworben hatte, brauchte die Beklagte sie nicht zu berücksichtigen. Ein Arbeitgeber kann bei der Stellenbesetzung eine Auswahlentscheidung nur unter Personen treffen, die bereit sind, die Stelle zu übernehmen. Diesen Personenkreis hat er in geeigneter Weise zu ermitteln, zB - wie hier - durch die Ausschreibung von Stellen, auf die sich Interessenten bewerben können. Die Klägerin hat sich um die Stelle einer Personalsachbearbeiterin der VergGr. V c BAT und die Stelle einer Büroangestellten der VergGr. V c BAT beworben. Diese Stellen sind unstreitig zwischenzeitlich besetzt. Auch die Stelle, die die Klägerin bis zum 31. Oktober 2000 innehatte, wurde inzwischen anderweitig vergeben.

3. Der Klageantrag zu 5) ist ebenfalls unbegründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Schadensersatz in Geld, weil sie bei der Besetzung der vorgenannten Stellen nicht berücksichtigt wurde. Dabei kann dahinstehen, ob sich die Verpflichtung des Arbeitgebers, den befristet beschäftigten Arbeitnehmer nach der Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2y BAT bei der Besetzung von Dauerarbeitsplätzen bevorzugt zu berücksichtigen, nur auf gleichwertige Arbeitsplätze bezieht, die im zeitlichen Zusammenhang mit dem Ablauf der Vertragslaufzeit besetzt werden und ob die Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2y BAT dem befristet beschäftigten Arbeitnehmer nur einen Vorteil gegenüber externen Bewerbern einräumt, nicht aber gegenüber bereits unbefristet bei dem Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmern, die sich um dieselbe Stelle beworben haben. Denn die Beklagte war nicht verpflichtet, eine der Stellen, auf die sich die Klägerin beworben hatte, mit ihr zu besetzen. Die Klägerin hat keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich ergibt, daß sie für diese Stellen in jeder Hinsicht zumindest gleich geeignet war wie die bevorzugten Bewerber und daß die von der Beklagten getroffenen Entscheidungen zugunsten der Mitbewerber ermessensfehlerhaft waren. Die Klägerin hat nur behauptet, die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen für diese Stellen zu erfüllen. Sie hat außerdem bestritten, daß die Bewerber, für die sich die Beklagte entschieden hat, geeigneter waren als sie selbst. Das reicht jedoch zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs wegen der Verletzung ihrer Rechte aus Art. 33 Abs. 2 GG iVm. der Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2y BAT durch die Beklagte nicht aus.

III. Da die Klägerin mit dem Klageantrag zu 1) unterlegen ist, sind die Klageanträge zu 6) und zu 7) dem Senat nicht zur Entscheidung angefallen.



IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Dörner Gräfl Pods

U. Zachert Wilke



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)