

Aktenzeichen: 7 AZR 568/00  
Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Urteil vom 14. November 2001  
- 7 AZR 568/00 -

I. Arbeitsgericht  
Freiburg Kammer Vill-Schwenn

Urteil vom 12. Mai 1999  
- 8 Ca 649/98 -

II. Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg (Freiburg)

Urteil vom 8. Dezember 1999  
- 9 Sa 34/99 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein  
Für die Fachpresse: Ja

---

Entscheidungsstichwort:

Tarifvertraglicher Einstellungsanspruch

Gesetz:

Sonderregelungen für Zeitangestellte, Angestellte für Aufgaben von begrenzter Dauer und für Aushilfsangestellte der Bundesanstalt für Arbeit (SR 2a MTA) Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1

Leitsatz:

Der Anspruch nach der Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2a MTA auf bevorzugte Berücksichtigung bei der Besetzung eines Dauerarbeitsplatzes setzt voraus, daß zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung ein freier zu besetzender Arbeitsplatz vorhanden ist.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 568/00  
9 Sa 34/99  
Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
14. November 2001

## URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 14. November 2001 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dörner, die Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Steckhan und Linsenmaier sowie die ehrenamtlichen Richter Prof. Dr. Zachert und Dr. Zumpe für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 8. Dezember 1999 - 9 Sa 34/99 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

## Von Rechts wegen!

### Tatbestand

Der Kläger verlangt von der Beklagten im Revisionsverfahren noch die Einstellung auf dem Arbeitsplatz eines Bürosachbearbeiters.

Der Kläger war bei der Beklagten auf Grund von zwei befristeten Arbeitsverträgen vom 19. Juli 1995 bis 31. Dezember 1998 als Bürosachbearbeiter für Angelegenheiten des Außendienstes in der Sonderprüfgruppe Bau tätig. Das Arbeitsverhältnis bestimmte sich nach dem Manteltarifvertrag für die Angestellten der Bundesanstalt für Arbeit vom 21. April 1961 (MTA) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der jeweils geltenden Fassung. Die Eingruppierung erfolgte in die VergGr. V c MTA.

Im August 1998 schrieb das Landesarbeitsamt Baden-Württemberg zum 1. Januar 1999 zwei Dienstposten für Sachbearbeiter (VergGr. IV b), zwei Dienstposten für Bürosachbearbeiter (VergGr. V c) und einen Dienstposten für Bearbeiter (VergGr. VII) aus. Die Bewerbungen des Klägers auf diese Stellen blieben erfolglos. Die beiden Sachbearbeiterstellen wurden mit Frau K. und Herrn R., die Bürosachbearbeiterstellen mit Frau M. und Herrn B. sowie die Bearbeiterstelle mit Frau L. besetzt.

Mit der am 9. Dezember 1998 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger die Unwirksamkeit der Befristung seines Arbeitsvertrags zum 31. Dezember 1998 geltend gemacht. Hilfsweise hat er die Übernahme auf eine der Stellen verlangt, auf die er sich beworben hatte. Er sei nicht nur geeigneter als die anderen Arbeitnehmer gewesen, sondern habe auch nach der Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 der Sonderregelungen für Zeitangestellte, Angestellte für Aufgaben von begrenzter Dauer und für Aushilfsangestellte (SR 2a MTA) einen Anspruch auf bevorzugte Berücksichtigung.



Der Kläger hat zuletzt beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien zu den seitherigen Arbeitsbedingungen über den 31. Dezember 1998 hinaus fortbesteht,
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger über den 31. Dezember 1998 hinaus zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen,
3. hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, den Kläger auf einen Dauerarbeitsplatz ab 1. Januar 1999 zu übernehmen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Kläger sei weniger geeignet gewesen als die zum Zuge gekommenen Bewerber.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Senat lediglich hinsichtlich des Hilfsantrags zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch auf Übertragung des von der Mitarbeiterin M. seit 1. Januar 1999 besetzten Dauerarbeitsplatzes weiter.

### Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist unbegründet. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, mit dem Kläger einen Arbeitsvertrag als Bürosachbearbeiter zu schließen.

A. Die Revision ist zulässig. Wie sich aus der Revisionsbegründung ergibt, beschränkt sich die Revision auf das Verlangen des Klägers, von der Beklagten statt der Mitarbeiterin M. zum 1. Januar 1999 unbefristet eingestellt zu werden.

B. In der Sache hat die Revision keinen Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat den Hilfsantrag jedenfalls im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

I. Obwohl das Urteil des Landesarbeitsgerichts keinen ordnungsgemäßen Tatbestand enthält, ist der Senat an einer Sachentscheidung nicht gehindert.



1. Berufungsurteile, gegen welche die Revision stattfindet, bedürfen nach § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO iVm. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG eines Tatbestands. Dieser soll eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf der Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien enthalten. Eine Bezugnahme auf das angefochtene Urteil sowie auf Schriftsätze, Protokolle und andere Unterlagen ist nach § 543 Abs. 2 Satz 2 ZPO nur zulässig, soweit hierdurch die Beurteilung des Parteivorbringens durch das Revisionsgericht nicht wesentlich erschwert wird. In der Regel kann das Berufungsgericht den Tatbestand nicht völlig durch eine Bezugnahme auf das erstinstanzliche Urteil ersetzen, da dieses nur den erstinstanzlichen Sach- und Streitstand, nicht aber dessen Fortentwicklung in der Berufungsinstanz wiedergeben kann. Daher sind Berufungsurteile, die keinen Tatbestand enthalten, auch ohne entsprechende Rüge grundsätzlich aufzuheben (*BAG 28. Mai 1997 - 5 AZR 632/96 - AP ZPO 1977 § 543 Nr. 9 = EzA ZPO § 543 Nr. 9, zu 3 a der Gründe mit zahl. Nachw.*). Ausnahmsweise kann das Revisionsgericht aber von einer Aufhebung und Zurückverweisung absehen, wenn sich der maßgebliche Sach- und Streitstand einschließlich des Vorbringens im zweiten Rechtszug aus dem in Bezug genommenen erstinstanzlichen Urteil und den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils in einem für eine Sachentscheidung ausreichenden Umfang ergeben (*vgl. BGH 25. April 1991 - I ZR 232/89 - NJW 1991, 3038, zu 1 der Gründe*). Dabei kann auch berücksichtigt werden, ob die Parteien im Revisionsverfahren das Fehlen eines ordnungsgemäßen Tatbestands beanstanden oder ob sie übereinstimmend ausdrücklich oder konkludent die tatsächlichen Feststellungen in dem vom Landesarbeitsgericht in Bezug genommenen erstinstanzlichen Urteil bestätigen.

2. Vorliegend genügt das Urteil des Landesarbeitsgerichts den Anforderungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht. Vielmehr hat das Landesarbeitsgericht in der Annahme, gegen das Urteil finde eine Revision nicht statt, unter Hinweis auf § 543 Abs. 1 ZPO von der Darstellung des Tatbestands abgesehen. Diese Annahme hat sich auf Grund der eingeschränkten Zulassung der Revision durch den Senat als unzutreffend erwiesen. Der Verweis des Landesarbeitsgerichts auf den Tatbestand des arbeitsgerichtlichen Urteils vermag die nach § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO erforderliche Darstellung eines eigenen Tatbestands nicht vollständig zu ersetzen. Gleichwohl führt dieser Mangel nicht zur Aufhebung und Zurückverweisung. Denn aus den Entscheidungsgründen des Urteils des Landesarbeitsgerichts und dem in Bezug genommenen Urteil des Arbeitsgerichts ergeben sich die im "Tatbestand" des vorliegenden Urteils dargestellten unstreitigen tatsächlichen Feststellungen. Diese werden durch das Vorbringen der



Parteien im Revisionsverfahren bestätigt und ermöglichen dem Senat die revisionsrechtliche Überprüfung auch in der Sache.

II. Der auf Verurteilung der Beklagten zur Übernahme des Klägers auf einen Dauerarbeitsplatz gerichtete Klagantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Antrag ist zulässig. Er ist insbesondere hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Wie die gebotene Auslegung des Antrags ergibt, soll die Beklagte verurteilt werden, das in dem Klagantrag enthaltene Angebot des Klägers auf Abschluß eines Arbeitsvertrags anzunehmen (*vgl. hierzu BAG 23. Februar 2000 - 7 AZR 891/98 - AP MTL II § 62 Nr. 1 = EzA TVG § 4 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 1, zu A der Gründe*). Dabei reklamiert der Kläger, wie sich aus der Revisionsbegründungsschrift ergibt, nur noch die Bürosachbearbeiterstelle der VergGr. V c, die mit der Mitarbeiterin M. besetzt wurde. Der Arbeitsvertrag soll erkennbar rückwirkend zum 1. Januar 1999, hilfsweise mit Jetzt-Wirkung zu den tariflichen Bedingungen zustandekommen.

2. Der Antrag ist unbegründet.

a) Der Kläger hat keinen Anspruch auf den Abschluß eines auf den 1. Januar 1999 zurückwirkenden Arbeitsvertrags. Die Verurteilung zum Abschluß eines Arbeitsvertrags für die Vergangenheit ist nach der ständigen Senatsrechtsprechung nicht möglich, da ein solcher Vertrag auf eine zumindest für den Arbeitnehmer unmögliche Leistung gerichtet und daher gemäß § 306 BGB nichtig wäre (*BAG 28. Juni 2000 - 7 AZR 904/98 - AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 6 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 5, zu I B der Gründe mwN*).

b) Jedenfalls im Ergebnis zu Recht hat das Landesarbeitsgericht den Hilfsantrag auch insoweit abgewiesen, als er auf den Abschluß eines Arbeitsvertrags mit Wirkung für die Zukunft gerichtet ist. Dabei kann dahinstehen, ob die in der Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2a MTA normierte Verpflichtung des Arbeitgebers, Zeitangestellte bei der Besetzung von Dauerarbeitsplätzen bevorzugt zu berücksichtigen, auch im Verhältnis zu Mitbewerbern gilt, die bereits unbefristet beim Arbeitgeber beschäftigt sind, oder ob sie sich nach Sinn und Zweck der Norm auf das Verhältnis zu externen Mitbewerbern beschränkt. Denn ein Einstellungsanspruch des Klägers scheitert bereits daran, daß die von ihm beanspruchte Stelle durch die Mitarbeiterin M. besetzt ist.



aa) Ein Anspruch eines Zeitangestellten nach der Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2a MTA auf bevorzugte Berücksichtigung setzt ebenso wie ein Einstellungsanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG voraus, daß im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung der reklamierte vom Arbeitgeber zu besetzende Dauerarbeitsplatz vorhanden ist (vgl. hierzu BAG 9. November 1994 - 7 AZR 19/94 - BAGE 78, 244 ff. = AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 33, zu I 1 der Gründe; 2. Dezember 1997 - 9 AZR 445/96 - BAGE 87, 165 ff. = AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 40, zu I 3 der Gründe; 23. Februar 2000 - 7 AZR 891/98 - AP MTL II § 62 Nr. 1 = EzA TVG § 4 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 1, zu B II 5 a und b der Gründe). Ist dagegen die Stelle bereits mit einem anderen Bewerber besetzt, kommen grundsätzlich nur noch Schadensersatzansprüche in Betracht. Dabei ist es dem öffentlichen Arbeitgeber auch dann nicht verwehrt, sich auf die bereits erfolgte Besetzung der Stelle zu berufen, wenn er diese in Kenntnis des (Wieder-) Einstellungsverlangens des Arbeitnehmers vorgenommen hat. Allerdings hat der Senat zu einem Wiedereinstellungsanspruch nach § 62 Abs. 5 Satz 1 und 2 MTL II (in der bis 31. Dezember 1984 geltenden Fassung) entschieden, dem Arbeitgeber könne ausnahmsweise die Berufung auf das Fehlen eines geeigneten freien Arbeitsplatzes wegen des in § 162 Abs. 1 und 2 BGB normierten allgemeinen Rechtsgedankens dann verwehrt sein, wenn er diesen Zustand wider Treu und Glauben selbst herbeigeführt habe (23. Februar 2000 - 7 AZR 891/98 - aaO, zu B II 5 b der Gründe). Diese Erwägung läßt sich jedoch nicht auf einen Anspruch auf bevorzugte Berücksichtigung nach der Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2a MTA oder auf einen Einstellungsanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG übertragen. Der tarifliche Wiedereinstellungsanspruch nach § 62 Abs. 5 Satz 1 und 2 MTL II (aF) war notwendiger Ausgleich für die tarifliche Beseitigung des gesetzlichen Kündigungsschutzes. Nur durch ihn ließ sich die tarifliche, an eine Zeitrente anknüpfende auflösende Bedingung des § 62 Abs. 1 Satz 1 MTL II (aF) überhaupt rechtfertigen (BAG 23. Februar 2000 - 7 AZR 891/98 - aaO, zu B II 1 b bb der Gründe). Der auf Grund der auflösenden Bedingung ausgeschiedene Arbeitnehmer war bereits in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis mit dem öffentlichen Arbeitgeber gestanden. Dieser schon einmal vorhandene, durch das Kündigungsschutzgesetz geschützte und durch die auflösende Bedingung beseitigte Besitzstand rechtfertigt es, unter besonderen Umständen dem Arbeitgeber die Berufung auf die von ihm vorgenommene Neubesetzung eines zeitweilig freien Arbeitsplatzes zu verwehren. Dem entspricht es, daß der Senat auch für den Wiedereinstellungsanspruch nach betriebsbedingter Kündigung entschieden hat, dem Arbeitgeber könne die Berufung auf die anderweitige Wiederbesetzung des für den Arbeitnehmer geeigneten Arbeitsplatzes



dann verwehrt sein, wenn er den Arbeitsplatz in Kenntnis des Wiedereinstellungsverlangens des Arbeitnehmers treuwidrig mit einem anderen Arbeitnehmer besetzt habe (28. Juni 2000 - 7 AZR 904/98 - AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 6 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 5, zu II B 3 c aa der Gründe). Denn auch hier geht es um die Erhaltung des durch das Kündigungsschutzgesetz bereits geschützten, durch die Kündigung beseitigten Besitzstandes. Einen derartigen Besitzstand besitzt aber der Bewerber, der seinen Einstellungsanspruch auf die Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2a MTA oder auf Art. 33 Abs. 2 GG stützt, gerade nicht. Daher verbleibt es hier bei dem Grundsatz, nach dem die Besetzung der Stelle dem Einstellungsanspruch entgegensteht.

bb) Vorliegend war zum Zeitpunkt der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts die vom Kläger beanspruchte Bürosachbearbeiterstelle der VergGr. V c mit der Mitarbeiterin M. besetzt. Dies gilt im übrigen auch für die weiteren Stellen, auf die sich der Kläger beworben hatte.

C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Dörner  
zugleich für den an der Unterschriftenleistung wegen Urlaubs verhinderten  
Richter Dr. Steckhan

Linsenmaier

Ulrich Zachert

Zumpe



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile

**(mobile App)**



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)