

Aktenzeichen: 9 AZR 277/08
Bundesarbeitsgericht 9. Senat

Urteil vom 24. März 2009
- 9 AZR 277/08 -

I. Arbeitsgericht
Freiburg

Urteil vom 7. März 2007
- 1 Ca 150/06 -

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg (Freiburg)

Urteil vom 24. Oktober 2007
- 10 Sa 18/07 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Konkurrentenklage - Wiederherstellungsanspruch

Gesetze:

GG Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 3, Art. 33 Abs. 2; BGB §§ 133, 135, 136, 157, 162 Abs. 2; BRRG § 126; ZPO §§ 935 ff.

Leitsätze:

1. Der öffentliche Arbeitgeber kann dem Anspruch des unterlegenen Mitbewerbers auf Besetzung der Stelle nicht entgegenhalten, er habe die Stelle endgültig einem Konkurrenten übertragen, wenn er hierdurch dessen einstweiligen Rechtsschutz vereitelt hat, Art. 19 Abs. 4 GG. Der unterlegene Bewerber hat Anspruch darauf, dass der öffentliche Arbeitgeber bis zum Abschluss des Verfahrens vorläufigen Rechtsschutzes jede Maßnahme unterlässt, die geeignet ist, vollendete Tatsachen zu schaffen.

2. Es ist sachlich gerechtfertigt, ein Stellenbesetzungsverfahren abubrechen, wenn die Stellenausschreibung wesentliche Fehler enthält. Mit dem berechtigten Abbruch des Verfahrens erledigen sich auch die Verfahrensrechte der Bewerber nach Art. 33 Abs. 2 GG.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 277/08

10 Sa 18/07

Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. März 2009

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

beklagtes, berufungsbeklagtes und revisionsbeklagtes Land,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. März 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell, den Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer, die



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner sowie die ehrenamtlichen Richter Preuß und Dr. Benrath für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Freiburg - vom 24. Oktober 2007 - 10 Sa 18/07 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten im Revisionsverfahren noch über die Besetzung der Stelle eines wissenschaftlichen Mitarbeiters in der Funktion eines Kurators bei der Universität F des beklagten Landes.

Der Kläger war seit 1996 wissenschaftlicher Angestellter der Universität F. Er habilitierte sich und wurde seit 2002 auf der Grundlage mehrerer befristeter Arbeitsverträge für drittmittelfinanzierte wissenschaftliche Aktivitäten im Bereich der Archäologischen Sammlung am Archäologischen Institut der Universität beschäftigt. Nachdem die Drittmittelfinanzierung auslief, wurde dem Kläger mitgeteilt, das Beschäftigungsverhältnis ende mit der vereinbarten Befristung zum 31. Juli 2005. Im Zuge der Berufungsverhandlungen mit Herrn Prof. Dr. H, der seine Tätigkeit zunächst kommissarisch im Wintersemester 2005/2006 aufnahm, wurden dem Institut zwei A 13- und eine BAT IIa/Ib-Stelle zugesagt. Die Einzelheiten der Zusage sind streitig. Eine der zugesagten Stellen betraf die Archäologische Sammlung. Am 10. Februar 2006 gab der neue Institutsleiter Prof. Dr. H für die Stellenbörse eine Stellenausschreibung an die Personalabteilung weiter. Diese wurde von der Personalverwaltung freigegeben und befand sich ab dem 11. Februar 2006 an der Stellenbörse der Universität F und ab dem 22. Februar 2006 auf der Internetseite des Deutschen



Archäologen-Verbands e.V. Nach Behauptung des beklagten Landes fand eine nähere inhaltliche Kontrolle durch die Personalverwaltung nicht statt. Ausgeschrieben wurde die unbefristete Stelle eines wissenschaftlichen Mitarbeiters in der Funktion eines Kurators in Vollzeit bei Vergütung nach BAT Ib, verbunden mit dem Hinweis, dass mit einer internen Bewerbung zu rechnen sei. Es gingen zwölf Bewerbungen ein. Am 31. März 2006 teilte Prof. Dr. H dem Kläger im Rahmen eines persönlichen Gesprächs mit, dass er sich nach Durchführung notwendiger universitätsinterner Konsultationen für ihn entschieden habe. Das Archäologische Institut stellte daraufhin beim Rektorat der Universitätsverwaltung einen Antrag auf unbefristete Weiterbeschäftigung des Klägers ab dem 1. Mai 2006.

Diesem Antrag entsprach das Rektorat nicht. In einem Beanstandungsschreiben des Rektorats an Herrn Prof. Dr. H vom 7. April 2006 wurde ausgeführt, es sei absprachewidrig nicht zu einer offenen Stellenausschreibung gekommen, die Ausschreibung sei zu Unrecht als BAT Ib-Stelle ausgeschrieben, und es sei derzeit keine Dauerbesetzung möglich. Der Kläger erfülle zudem nicht die persönlichen Voraussetzungen einer befristeten Stellenbesetzung. Wegen der Vorbeschäftigung könne die Beschäftigung nicht mehr nach dem HRG befristet werden und eine Ernennung als Zeitbeamter (*Akademischer Rat*) sei wegen der überschrittenen Altersgrenze nicht zulässig.

Die ausgeschriebene Stelle wurde nicht besetzt. Am 20. Juni 2006 wurde eine zweite Stellenausschreibung für dieselbe Stelle an der Stellenbörse der Universität veröffentlicht. Gesucht wurde ein/e Akademische/r Rätin/Rat in der Funktion einer/s Kuratorin/s. Die Stelle wurde als A 13-Stelle mit der Möglichkeit der Beförderung nach A 14 ausgeschrieben. Während der Probezeit sollte ein Beamtenverhältnis auf Zeit oder ein Probearbeitsverhältnis nach BAT IIa begründet werden können. Die Aufgabe sollte „auf Dauer angelegt“ sein. Es war deshalb eine unbefristete Stelle ausgeschrieben. Im Unterschied zu der ersten Stellenausschreibung wurde die Mitarbeit an Verwaltungsaufgaben verlangt. Der Zusatz, dass mit einer internen Bewerbung zu rechnen sei, fehlte. Der Kläger bewarb sich mit Schreiben vom 10. Juli 2006 um die jetzt neu ausgeschriebene Kuratorenstelle beim Archäologischen Institut der Universität.



Es gingen insgesamt 42 Bewerbungen ein. Mitte September 2006 teilte Prof. Dr. H dem Kläger mit, dass für ihn kein erneuter Einstellungsantrag bei der Personalabteilung gestellt werde. Ende September 2006 erhielt der Kläger die Nachricht, dass seine Konkurrentin Frau Dr. S für die Beamtenstelle vorgesehen sei.

Im Oktober 2006 machte der Kläger im einstweiligen Verfügungs-/Anordnungsverfahren beim Arbeitsgericht und beim Verwaltungsgericht ua. die Untersagung der Besetzung der Stelle geltend. Am 22. Dezember 2006 wurde Frau Dr. S mit Wirkung vom 16. April 2007 zur Akademischen Rätin auf Zeit (*drei Jahre*) ernannt. Dies wurde dem Kläger mit Schreiben vom 15. Januar 2007 mitgeteilt. Im März 2007 lehnte das Verwaltungsgericht es ab, vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren; das Arbeitsgericht wies die im einstweiligen Verfügungsverfahren gestellten Anträge des Klägers zurück. Das Verwaltungsgericht begründete seine Entscheidung damit, dass die Stelle besetzt sei. Das Arbeitsgericht stützte sich darauf, dass vom beklagten Land eine Stellenbesetzung mit einem Angestellten nicht beabsichtigt sei.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, selbst bei der Besetzung der Stelle als Beamtenstelle stehe ihm zumindest ein Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands zu. Das beklagte Land habe die erstausgeschriebene BAT Ib-Stelle zu schaffen und mit ihm zu besetzen. Es habe seinen Rechtsschutz gezielt dadurch verhindert, dass es die Stelle besetzt habe, ohne die Entscheidungen im vorläufigen Rechtsschutzverfahren abzuwarten.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien geschlossene Arbeitsverhältnis vom 26. Juli 2002 aus dem Gerichtsvergleich vom gleichen Tage - 4 Ca 390/02 - am 31. Juli 2005 nicht geendet hat, sondern darüber hinaus unbefristet fortbesteht;
2. für den Fall, dass das Berufungsgericht diesen Antrag im Berufungsverfahren nicht für begründet erachten sollte, hilfsweise, das beklagte Land zu verurteilen, dem Kläger die Stelle eines Akademischen Rates in der Funktion eines Kurators am



Archäologischen Institut der Universität F in der Form zuzuweisen, dass ihm ein entsprechendes unbefristetes Arbeitsvertragsangebot mit Wirkung ab dem 1. Mai 2006 (*Vergütung BAT Ib*) zu unterbreiten ist.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Das zunächst eingeleitete Besetzungsverfahren sei zu Recht abgebrochen worden, weil die Ausschreibung in verschiedenen Punkten fehlerhaft gewesen sei. So sei der Hinweis auf eine interne Bewerbung falsch gewesen. Der Kläger als Privatdozent sei zwar kooperationsrechtlich Mitglied der Universität, eine interne Bewerbung liege jedoch nicht vor, da er nicht in einem Beschäftigungsverhältnis gestanden habe. Durch den Hinweis auf eine interne Bewerbung würden zudem erfahrungsgemäß potenzielle Bewerber abgeschreckt, was tatsächlich dadurch bestätigt worden sei, dass zwölf Bewerbungen nach der fehlerhaften ersten Ausschreibung und 42 Bewerbungen nach erneuter Ausschreibung eingegangen seien. Zudem sei ein offenes Verfahren abgesprochen gewesen. Dem Institutsleiter sei auch lediglich eine befristete Stelle zugesagt worden mit einem Anteil der Lehre von ca. 40 %. Bei der Dienstaufgabenbeschreibung sei dieser Anteil nicht korrekt angesetzt worden. Die in der ersten Ausschreibung genannte Stelle habe zu keinem Zeitpunkt bestanden. Dass die Stelle dennoch ausgeschrieben worden sei, ergebe sich aus den üblichen Abläufen an der Universität. Die Detailüberprüfung sei erst anhand des Besetzungsvorschlags erfolgt. Am 5. Mai 2006 sei mit Herrn Prof. Dr. H geklärt worden, dass die fragliche Stelle nur als A 13-Beamtenstelle auf Zeit zur Verfügung stehe. Die Stelle habe attraktiv ausgeschrieben werden müssen, weshalb man in der zweiten Ausschreibung eine Beamtenstelle mit Lebenszeitverbeamtung und Beförderungsmöglichkeit nach A 14 in Aussicht gestellt habe. Das Rektorat habe daher die im Ausschreibungsverfahren bestbewertete Kandidatin, Frau Dr. S, mit Wirkung vom 16. April 2007 zur Akademischen Rätin auf Zeit ernannt. Die Maßnahme sei erforderlich geworden, da Frau Dr. S der Universität eine Frist zur Entscheidung gesetzt habe. In dieser Situation habe man sich für deren Ernennung entschieden, zumal auch der Kläger die vorläufigen Rechtsschutzverfahren seinerseits um zwei bis drei Wochen zu zögerlich betrieben

8

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

habe. Man habe mit Frau Dr. S eine hervorragend qualifizierte Nachwuchswissenschaftlerin für den „Mittelbau“ gewinnen wollen.

Das Arbeitsgericht hat das im Hauptantrag erhobene Verlangen auf Fortbestand des Arbeitsverhältnisses und die hilfsweise geltend gemachten Ansprüche aus Art. 33 Abs. 2 GG abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen das erstinstanzliche Urteil zurückgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Revision hinsichtlich des hilfsweise vom Kläger geltend gemachten Einstellungsanspruchs zugelassen.

9

Entscheidungsgründe

A. Mit der Revision ist entsprechend der beschränkten Zulassung durch das Landesarbeitsgericht nur die Entscheidung über den hilfsweise geltend gemachten prozessualen Anspruch angefallen, ob der Kläger Anspruch auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses als Angestellter mit Wirkung vom 1. Mai 2006 in der Funktion als Kurator in der Vergütungsgruppe BAT Ib hat. Die gegen die Abweisung des Hilfsantrags gerichtete Revision des Klägers ist zulässig und begründet. Sie führt insoweit zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung durfte der Hilfsantrag nicht abgewiesen werden. Aufgrund der festgestellten Tatsachen kann der Senat nicht abschließend darüber entscheiden, ob der Kläger Anspruch auf Abschluss des begehrten Arbeitsvertrags hat.

10

Der erstmals in der mündlichen Revisionsverhandlung erklärte Beitritt der Universität zum Rechtsstreit ist nicht wirksam erfolgt (§ 70 Abs. 1 ZPO).

11

B. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger habe schon deshalb keinen Anspruch auf Besetzung der begehrten Stelle und Zuweisung des Dienstpostens eines Kurators, weil das beklagte Land vollendete Verhältnisse geschaffen habe. Ob der Rektor der Universität als Leiter der Dienststelle das Bewerbungsverfahren berechtigt abgebrochen hat, ist zu Unrecht offen-

12



geblieben. Das Berufungsgericht hat nicht im Einzelnen geprüft, ob die vom beklagten Land behaupteten Gründe geeignet sind, den Abbruch sachlich zu rechtfertigen, und auch tatsächlich vorgelegen haben. Es hat im Wesentlichen darauf hingewiesen, die sachlichen Gründe könnten sich aus dem Be-anstandungsschreiben vom 7. April 2006 ergeben. Das reicht nicht aus.

I. Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, der Kläger 13
begehre nicht die Ernennung zum Beamten. Hierfür wäre ausschließlich der
Rechtsweg zur Verwaltungsgerichtsbarkeit nach § 126 BRRG eröffnet. Zwar
lautet der Klageantrag dahingehend, ihm die Stelle eines „Akademischen
Rates“ zuzuweisen. Dabei handelt es sich um die Amtsbezeichnung für einen
Beamten im höheren Dienst. Jedoch ergibt sich aus seinem weiteren Antrag,
dass der Kläger kein Beamtenverhältnis, sondern ein Angestelltenverhältnis
anstrebt. Es soll ihm ein unbefristetes Arbeitsvertragsangebot mit Vergütung
nach BAT Ib unterbreitet werden. Das entspricht der ersten Ausschreibung.

II. Ein Anspruch auf Einstellung in den öffentlichen Dienst kann sich 14
unmittelbar aus Art. 33 Abs. 2 GG ergeben, sofern sämtliche Einstellungs-
voraussetzungen in der Person des Bewerbers erfüllt sind und dessen Ein-
stellung die einzig rechtmäßige Entscheidung der Behörde ist, weil jede andere
Entscheidung sich als rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft darstellen würde
(BAG 9. November 1994 - 7 AZR 19/94 - zu I 1 der Gründe, BAGE 78, 244).

1. Gemäß Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, 15
Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen
Amt. Jede Bewerbung muss nach diesen Kriterien beurteilt werden. Dies gilt
nicht nur für Einstellungen, sondern auch für den beruflichen Aufstieg innerhalb
des öffentlichen Dienstes. Öffentliche Ämter iSd. Art. 33 Abs. 2 GG sind sowohl
Beamtenstellen als auch solche Stellen, die von Arbeitnehmern besetzt werden
können. Art. 33 Abs. 2 GG dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der
bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes, dessen fach-
liches Niveau und rechtliche Integrität gewährleistet werden sollen. Zum ande-
ren trägt Art. 33 Abs. 2 GG dem berechtigten Interesse des Bewerbers an
seinem beruflichen Fortkommen Rechnung (st. Rspr., zuletzt Senat 19. Februar



2008 - 9 AZR 70/07 - Rn. 23 f., AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 69 = EzA GG Art. 33 Nr. 34). Die Bestimmung begründet ein grundrechtsgleiches Recht auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und auf deren Durchführung anhand der in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Auswahlkriterien (*Senat 23. Januar 2007 - 9 AZR 492/06 - Rn. 39 mwN, BAGE 121, 67; vgl. BVerwG 25. November 2004 - 2 C 17.03 - BVerwGE 122, 237*). Die Bewerber können verlangen, dass die Auswahlentscheidung nach den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien erfolgt. Nur der am besten geeignete Bewerber für die ausgeschriebene Stelle hat einen Besetzungsanspruch (*Senat 21. Januar 2003 - 9 AZR 72/02 - zu A II 2 a aa (1) der Gründe, BAGE 104, 295*).

2. Das Landesarbeitsgericht hat keine ausreichenden Feststellungen dazu getroffen, ob die Einstellung des Klägers nach ordnungsgemäß abgeschlossenem Auswahlverfahren gemäß Art. 33 Abs. 2 GG die einzig rechtmäßige Entscheidung gewesen wäre. Diese hat es nachzuholen. 16

a) Bei einem abgebrochenen Stellenbesetzungsverfahren kann der Bewerber regelmäßig nur beanspruchen, dass das Stellenbesetzungsverfahren fortgeführt wird (*Bewerberverfahrensanspruch*). Wurde einem Bewerber bereits eine Auswahlentscheidung mitgeteilt, so ist das Stellenbesetzungsverfahren auf der Grundlage der ihn begünstigenden Auswahlentscheidung fortzuführen (*Sächsisches OVG 14. Mai 2004 - 3 BS 265/03 - zu 1 der Gründe, DÖD 2005, 116*). Der Kläger hat keinen Antrag auf Fortsetzung des Stellenbesetzungsverfahrens gestellt. Ein solches Rechtsschutzbegehren lässt sich seinem Antrag auch nicht durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB entnehmen. Der Antrag ist auf Zuweisung der Kuratorenstelle gerichtet. Dies ist ein anderes Begehren als die Fortsetzung des Stellenbesetzungsverfahrens. 17

b) Der Bewerberverfahrensanspruch verdichtet sich nur dann zum Besetzungsanspruch, wenn das Auswahlverfahren ordnungsgemäß abgeschlossen war und die Auswahl nach den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG zugunsten des Anspruchstellers ausgefallen ist oder hätte ausfallen müssen. 18



Zwar stellte der Direktor des Archäologischen Instituts Prof. Dr. H am 5. April 2006 den Antrag, den Kläger auf der Stelle des Kurators weiterzu-
beschäftigen. Hieraus lässt sich nicht ohne Weiteres schlussfolgern, dies sei
Ergebnis einer abschließenden Bestenauslese gemäß Art. 33 Abs. 2 GG.
Zudem ist nicht festgestellt, dass der Direktor des Archäologischen Instituts zu
einer solchen abschließenden verbindlichen Bestenauslese befugt war. Ein
Einstellungsanspruch des Klägers kann nur gegeben sein, wenn zum Zeitpunkt
des Abbruchs des Stellenbesetzungsverfahrens für die Stelle des Kurators im
Angestelltenverhältnis mit der Vergütungsgruppe BAT Ib die Bestenauslese
ohne Verletzung der Bewerberverfahrensansprüche der anderen Bewerber
gemäß Art. 33 Abs. 2 GG zugunsten des Klägers abgeschlossen war und nur
der Abbruch des Besetzungsverfahrens seine Einstellung verhinderte. Hierzu
wird das Landesarbeitsgericht noch Feststellungen treffen müssen.

19

3. Dem Anspruch kann weiter entgegenstehen, dass das beklagte Land
das Bewerbungs- und Auswahlverfahren vor der Besetzung der Stelle zu Recht
abbrach.

20

a) Entgegen der Auffassung des Klägers wurde das Auswahlverfahren
hinsichtlich der Besetzung der als Angestelltenstelle ausgeschriebenen Position
des Kurators abgebrochen. Mit der Neuausschreibung einer Stelle wird ein
neues Auswahlverfahren eingeleitet, was zugleich den Abbruch des noch
laufenden früheren Stellenbesetzungsverfahrens zur Folge hat (vgl. OVG
Nordrhein-Westfalen 20. November 2008 - 6 A 1136/08 - juris Rn. 6). Dem steht
nicht entgegen, dass dem Kläger bereits durch den Institutsleiter mitgeteilt
worden war, man habe sich für ihn entschieden. Entschließt sich der Dienstherr
zum Abbruch eines Auswahlverfahrens, nachdem er den Bewerbern bereits
eine Auswahlentscheidung mitgeteilt hat, so bringt er durch die Mitteilung über
den Abbruch zugleich zum Ausdruck, dass er an der zuvor mitgeteilten Aus-
wahlentscheidung nicht mehr festhält. Der von einem sachlichen Grund ge-
tragene Abbruch des Auswahlverfahrens hat zwangsläufig zur Folge, dass die
zuvor mitgeteilte Auswahlentscheidung gegenstandslos wird (*Sächsisches OVG*
14. Mai 2004 - 3 BS 265/03 - DÖD 2005, 116).

21



- b) Ein Einstellungsanspruch kann nur dann bestehen, wenn die begehrte Stelle besetzt werden soll. Bei einem Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens gehen die Bewerberverfahrensrechte der Bewerber nach Art. 33 Abs. 2 GG unter, wenn das Stellenbesetzungsverfahren aus einem sachlich nachvollziehbaren Grund abgebrochen wurde. Die Durchführung einer Stellenausschreibung zwingt den Dienstherrn nicht, den Dienstposten mit einem der Auswahlbewerber zu besetzen. Die Ausschreibung ist lediglich ein Hilfsmittel zur Gewinnung geeigneter Bewerber. Der Dienstherr darf ein eingeleitetes Bewerbungs- und Auswahlverfahren aus sachlichen Gründen jederzeit beenden und von einer ursprünglich geplanten Einstellung oder Beförderung absehen (*vgl. BVerwG 22. Juli 1999 - 2 C 14.98 - juris Rn. 26, NVwZ-RR 2000, 172*). Das für den Abbruch des Auswahlverfahrens maßgebliche organisations- und verwaltungspolitische Ermessen ist ein anderes als das bei einer Stellenbesetzung zu beachtende Auswahlermessen (*BVerwG 22. Juli 1999 - 2 C 14.98 - aaO*). Erst in dem sich an die Ausschreibung und Bewerbung anknüpfenden Auswahlverfahren ist die ausschreibende Behörde an das Gebot der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG gebunden (*LAG Hamm 14. August 2003 - 11 Sa 1743/02 - juris Rn. 44, NZA-RR 2004, 335*). 22
- c) Der Abbruch des Besetzungsverfahrens beseitigt die Ansprüche nach Art. 33 Abs. 2 GG nur, wenn er aus sachlichen Gründen erfolgte. Die konkrete Stellenausschreibung dient der verfahrensmäßigen Absicherung des Bewerberverfahrensanspruchs potenzieller Bewerber. Aus diesem Grund darf das Auswahlverfahren nur aus sachlichen Gründen abgebrochen werden (*BVerfG 28. Februar 2007 - 2 BvR 2494/06 - zu II 1 b der Gründe, ZTR 2007, 586*). Anderenfalls könnte der Abbruch lediglich der Vereitelung des Bewerberverfahrensanspruchs aus Art. 33 Abs. 2 GG dienen. 23
- d) Der Senat kann wegen fehlender Feststellungen nicht abschließend prüfen, ob der Abbruch des Bewerbungs- und Auswahlverfahrens aus sachlichen Gründen erfolgte. 24
- aa) Das beklagte Land beruft sich ohne Erfolg darauf, der Hinweis im Ausschreibungstext „mit einer internen Bewerbung ist zu rechnen“ sei falsch, da 25



der Kläger kein interner Bewerber gewesen sei. Zudem sei ein solcher Hinweis geeignet, Bewerber abzuschrecken.

Das rechtfertigt nicht den Abbruch des Besetzungsverfahrens. Der Hinweis beschreibt nur, womit bei zu besetzenden Stellen im öffentlichen Dienst ohnehin regelmäßig zu rechnen ist; nämlich, dass sich auch bereits Beschäftigte (*Angestellte und Beamte*) bewerben könnten. Deshalb ist er nicht falsch, selbst wenn der Kläger nach Auffassung des beklagten Landes kein interner Bewerber gewesen wäre. Externe Bewerber werden auch nicht „abgeschreckt“. Der Hinweis deutet nicht darauf hin, dass entgegen dem Grundsatz der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG interne Bewerber bevorzugt werden sollen.

bb) Das beklagte Land meint weiter, der für die zu besetzende Stelle genannte Anteil der Lehre mit „ca. 40 %“ sei falsch, tatsächlich seien es 40 % bis 50 %. Diese Sichtweise ist für den Senat nicht nachvollziehbar. 40 % bis 50 % sind auch ca. 40 %. Jedenfalls ist der Unterschied nicht so gravierend, dass von einer unrichtigen Angabe ausgegangen werden kann, die als Sachgrund geeignet wäre, den Abbruch zu rechtfertigen.

cc) Ein sachlicher Grund für den Abbruch könnte allerdings darin bestehen, dass die Stelle, wie das beklagte Land behauptet, entgegen der Ausschreibung nicht im Angestelltenverhältnis und aufgrund haushaltsrechtlicher Vorgaben nicht unbefristet zu besetzen war.

(1) Unstreitig sollte die Stelle des Kurators besetzt werden, nach dem Vortrag des beklagten Landes allerdings nur als Beamtenstelle mit der Besoldungsgruppe A 13. Dann wäre die Ausschreibung einer Angestelltenstelle mit einer Vergütung nach BAT Ib unrichtig gewesen. Ein solcher Fehler rechtfertigt es, ein Bewerbungsverfahren abubrechen und die Stelle neu auszuschreiben. Der öffentliche Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, ein Auswahlverfahren für eine Stelle fortzuführen, die nicht zur Verfügung steht. Das Auswahlverfahren wäre sinnlos, denn es könnte nicht zur Besetzung der Stelle führen. Zudem hätte die falsche Ausschreibung geeignete Bewerber, die nur eine



Tätigkeit im Status eines Beamten anstreben, von der Bewerbung abhalten können.

(2) Dieser Differenzierung zwischen Stellen für Beamte und Stellen für Angestellte steht nicht entgegen, dass Art. 33 Abs. 2 GG ein Vorzugsrecht für eine bestimmte Gruppe von Bediensteten verbietet und deshalb außerhalb hoheitlicher Aufgaben (*Art. 33 Abs. 4 GG*) eine Bevorzugung von Beamten gegenüber Angestellten im Auswahlverfahren unzulässig ist (*Senat 5. November 2002 - 9 AZR 451/01 - zu A II 2 b der Gründe, BAGE 103, 212*). Das betrifft nur die Zulässigkeit der Differenzierung nach dem Status der Bewerber. Vorliegend geht es aber um den Status der zu besetzenden Stelle.

dd) Diese Grundsätze kommen auch in Betracht, wenn eine Stelle aufgrund von haushaltsrechtlichen Vorgaben nur befristet besetzt werden soll, irrtümlich aber unbefristet ausgeschrieben war. Der öffentliche Arbeitgeber kann nicht gezwungen werden, allein wegen eines fehlerhaften Ausschreibungstextes eine Stelle unbefristet zu besetzen.

Geht es dem öffentlichen Arbeitgeber nicht darum, Bewerberverfahrensansprüche zu vereiteln, sondern erforderliche Korrekturen vorzunehmen, so können diese durch den Abbruch des Verfahrens und eine fehlerfreie Neuausschreibung bewirkt werden. Das Landesarbeitsgericht wird deshalb aufzuklären haben, ob der Sachvortrag des beklagten Landes zutrifft.

III. Der Anspruch scheitert nicht daran, dass die Aufgabe des/der Kurators/Kuratorin durch Ernennung von Frau Dr. S am 22. Dezember 2006 mit Wirkung vom 16. April 2007 besetzt ist.

1. Der Anspruch des Bewerbers nach Art. 33 Abs. 2 GG auf Übertragung der ausgeschriebenen Stelle setzt voraus, dass diese noch nicht besetzt wurde. Ist eine mit dem Amt verbundene Stelle rechtlich verbindlich anderweitig vergeben, kann das Amt nicht mehr besetzt werden. Dann ist der subjektive Anspruch des Bewerbers aus Art. 33 Abs. 2 GG erschöpft (*st. Rspr., vgl. Senat 19. Februar 2008 - 9 AZR 70/07 - Rn. 25, AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 69 = EzA GG Art. 33 Nr. 34; 18. September 2007 - 9 AZR 672/06 - Rn. 21, AP GG Art. 33*



Abs. 2 Nr. 64 = EzA GG Art. 33 Nr. 33; 28. Mai 2002 - 9 AZR 751/00 - zu A II 2 a der Gründe, BAGE 101, 153). Diese Beeinträchtigung der Rechte der Bewerber nach Art. 33 Abs. 2 GG wird dadurch kompensiert, dass sie die endgültige Besetzung der Stelle durch Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes zeitweilig verhindern können. Ist die im Streit stehende Stelle allerdings in einem geordneten Verfahren besetzt worden, bleibt dem unterlegenen Bewerber danach sowohl die erfolgreiche Inanspruchnahme gerichtlichen Eilrechtsschutzes als auch Rechtsschutzes in der Hauptsache versagt (*BVerfG 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - zu B I 1 a der Gründe, ZBR 2002, 427*). Art. 33 Abs. 2 GG verpflichtet den öffentlichen Arbeitgeber nicht dazu, ein Amt mehrfach zu vergeben.

2. Vorliegend ist nicht die vom Kläger begehrte Stelle als Angestellter in Vergütungsgruppe BAT Ib vergeben worden, sondern eine Stelle als Beamtin mit der Besoldungsgruppe A 13. Allerdings macht der Kläger gleichzeitig die Übertragung der Aufgabe des Kurators geltend. Diese Aufgabe war der Mitbewerberin mit der Ernennung ebenfalls übertragen worden. Das verhindert, dem Kläger die Aufgabe (*den Dienstposten*) des Kurators zu übertragen. Der Dienstherr darf grundsätzlich das ausgeschriebene statusrechtliche Amt mit der ihm zugeordneten Planstelle und dem Dienstposten nicht nochmals vergeben (*BVerwG 9. März 1989 - 2 C 4.87 - juris Rn. 18, ZBR 1989, 281*).

3. Das beklagte Land ist hier jedoch gehindert, dem Anspruch des Klägers die erfolgte endgültige Besetzung der Funktion des Kurators entgegenzuhalten. Einem zu Unrecht übergangenen Bewerber kann ausnahmsweise ein Anspruch auf Wiederherstellung zustehen, wenn durch das Verhalten der Verwaltung ein effektiver Rechtsschutz verhindert worden ist oder wenn ein öffentlicher Arbeitgeber und ein eingestellter Bewerber kollusiv zusammenwirken (*Senat 28. Mai 2002 - 9 AZR 751/00 - zu A II 5 der Gründe, BAGE 101, 153*).

a) Das grundrechtsgleiche Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Art. 33 Abs. 2 GG lässt sich nur vor einer Besetzung der Stelle mit dem ausgewählten Konkurrenten verwirklichen. Es bedarf deshalb der Sicherung durch eine einstweilige Verfügung nach §§ 935 ff. ZPO. Dieser

35

36

37



Verfahrensabhängigkeit der Grundrechtsdurchsetzung ist bei der Anwendung und Auslegung der Vorschriften über den einstweiligen Rechtsschutz Rechnung zu tragen (vgl. *BVerfG 29. Juli 2003 - 2 BvR 311/03 - zu B I 1 a und b der Gründe, ZBR 2004, 45*). Hieraus folgt das Gebot effektiven Rechtsschutzes. Diesem Anspruch ist grundsätzlich genügt, wenn dem abgelehnten Bewerber die Möglichkeit gewährt wird, vorläufigen Rechtsschutz vor der Besetzung des Amts in Anspruch zu nehmen (*BVerfG 19. September 1989 - 2 BvR 1576/88 - zu 1 der Gründe, NJW 1990, 501; Senat 18. September 2007 - 9 AZR 672/06 - Rn. 28, AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 64 = EzA GG Art. 33 Nr. 33*).

b) Daraus folgt aber auch, dass der einstweilige Rechtsschutz durch den öffentlichen Arbeitgeber nicht vereitelt werden darf. Art. 19 Abs. 4 GG garantiert nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch eine tatsächliche und wirksame gerichtliche Kontrolle (*BVerfG 29. Juli 2003 - 2 BvR 311/03 - Rn. 12, ZBR 2004, 45*). Mit diesen Vorgaben aus Art. 19 Abs. 4 GG iVm. Art. 33 Abs. 2 GG ist die Annahme unvereinbar, der Bewerberverfahrensanspruch gehe auch dann unter, wenn der öffentliche Arbeitgeber unter Verstoß gegen eine den Anspruch sichernde einstweilige Verfügung einen Konkurrenten einstellt oder befördert. Denn Art. 33 Abs. 2 iVm. Art. 19 Abs. 4 sowie Art. 20 Abs. 3 GG verbieten dem öffentlichen Arbeitgeber, durch Schaffung vollendeter Tatsachen statusverändernde Maßnahmen zu treffen. Der Betroffene hat einen Anspruch auf Wiederherstellung. Nach den Rechtsgedanken aus § 162 Abs. 2 BGB sowie §§ 135, 136 BGB kann der Dienstherr einem zu Unrecht übergangenen Bewerber nicht mit Erfolg entgegenhalten, er könne dessen Bewerberverfahrensanspruch nicht mehr erfüllen, weil die Stelle schon besetzt sei. Der Betroffene kann vielmehr verlangen, verfahrensrechtlich und materiellrechtlich so gestellt zu werden, als sei die einstweilige Verfügung beachtet und das Bewerbungsverfahren noch nicht beendet worden (*Senat 18. September 2007 - 9 AZR 672/06 - Rn. 30, AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 64 = EzA GG Art. 33 Nr. 33*).

c) Diese Grundsätze zwingen den einstellenden öffentlichen Arbeitgeber, folgendes Verfahren einzuhalten:

38

39



- aa) Vor der endgültigen Besetzung mit einem Bewerber hat er die unterlegenen Konkurrenten hierüber rechtzeitig zu informieren. Das dem gerichtlichen Rechtsschutzverfahren vorgelagerte Verfahren darf nicht so ausgestaltet sein, dass es den gerichtlichen Rechtsschutz vereitelt oder unzumutbar erschwert. Dies wäre aber etwa der Fall, wenn die unterlegenen Mitbewerber erst nach der Ernennung des Konkurrenten vom Ausgang des Stellenbesetzungsverfahrens erführen. Aus Art. 33 Abs. 2 iVm. Art. 19 Abs. 4 GG folgt deshalb eine Verpflichtung des Arbeitgebers, den unterlegenen Bewerbern rechtzeitig vor der Ernennung des erfolgreichen Konkurrenten durch eine Mitteilung Kenntnis vom Ausgang des Auswahlverfahrens zu geben. Aus denselben Erwägungen folgt aber auch eine Verpflichtung, vor rechtsverbindlicher Einstellung einen ausreichenden Zeitraum abzuwarten, um dem unterlegenen Mitbewerber die Möglichkeit zu geben, Eilantrag, Beschwerde oder Verfassungsbeschwerde zu erheben, weil nur so die Möglichkeit der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht. Durch die umgehende Einstellung/Ernennung des Konkurrenten wird dem unterlegenen Bewerber faktisch die Möglichkeit genommen, die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle durch eine verfassungsgerichtliche Eilentscheidung zu verhindern. Eine Frist von zwei Tagen genügt den Anforderungen nicht (*BVerfG 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - Rn. 17 f., ZTR 2007, 707*).
- bb) Wendet sich der unterlegene Bewerber im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Besetzung eines Amtes mit einem Konkurrenten, hat er auch ohne ausdrückliche gerichtliche Entscheidung einen Anspruch darauf, dass die Verwaltung bis zum Abschluss des Verfahrens vorläufigen Rechtsschutzes jede Maßnahme unterlässt, die geeignet ist, vollendete Tatsachen zu schaffen (*Senat 28. Mai 2002 - 9 AZR 751/00 - zu A II 5 der Gründe, BAGE 101, 153*).
- d) Gegen diese Grundsätze hat das beklagte Land mit der Ernennung der Mitbewerberin vor Abschluss der einstweiligen Verfügungsverfahren verstoßen.
- e) Der Kläger kann deshalb verlangen, verfahrens- und materiellrechtlich so gestellt zu werden, als wäre der Rechtsschutz nicht vereitelt worden. Das



beklagte Land hat mit der endgültigen Besetzung des Dienstpostens der Kuratorin die Rechte des Klägers nach Art. 33 Abs. 2 iVm. Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 3 GG verletzt. Die Besetzung der Stelle während eines laufenden einstweiligen Verfügungsverfahrens vereitelt effektiven Rechtsschutz. Der Betroffene hat einen Anspruch auf Wiederherstellung, wenn die Verwaltung durch ihr Verhalten rechtzeitigen vorläufigen Rechtsschutz verhindert oder sich über dessen erfolgreiche Inanspruchnahme hinweggesetzt hat (vgl. BVerwG 21. August 2003 - 2 C 14.02 - juris Rn. 19, BVerwGE 118, 370).

4. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, der Wiederherstellungsanspruch scheitere daran, dass die der Konkurrentin übertragene Aufgabe einer Kuratorin nicht teilbar sei und wegen der Ernennung auch nicht wieder entzogen werden könne. Damit hat es verkannt, dass der öffentliche Arbeitgeber, der vorläufigen Rechtsschutz verhindert, einem zu Unrecht übergangenen Bewerber gerade nicht entgegenhalten kann, er könne dessen Bewerberverfahrensanspruch nicht mehr erfüllen.

44

Düwell

Gallner

Krasshöfer

Preuß

Benrath



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)