

Aktenzeichen: 9 AZR 445/96

Bundesarbeitsgericht 9. Senat

Urteil vom 02. Dezember 1997

- 9 AZR 445/96 -

I. Arbeitsgericht

Berlin

Urteil vom 18. September 1995

- 93 Ca 33961/94 -

II. Landesarbeitsgericht

Berlin

Urteil vom 24. April 1996

- 14 Sa 3/96 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Für die Fachpresse : Ja

Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Arbeitsrechtliche Konkurrentenklage

Gesetz:

BGB § 134; Grundgesetz Art. 33 Abs. 2; VwGO § 113 Abs. 5

Leitsätze:

1. Macht ein Bewerber um eine für Angestellte ausgeschriebene Stelle des öffentlichen Dienstes geltend, er sei unter Verletzung der in Art. 33 Abs. 2 festgelegten Kriterien abgewiesen worden, kann er arbeitsgerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen (sogenannte arbeitsrechtliche Konkurrentenklage).

2. Abweichend von der beamtenrechtlichen Konkurrentenklage bedarf es dazu im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren nicht der Aufhebung des ablehnenden Bescheides. Prozeßziel der arbeitsrechtlichen Konkurrentenklage ist nicht die Neubescheidung im Sinne von § 113 Abs. 5 VwGO, sondern die Wiederholung der Auswahlentscheidung unter Beachtung der Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG.

3. Die Erledigung der arbeitsrechtlichen Konkurrentenklage tritt ein, wenn die erstrebte Wiederholung der Auswahlentscheidung gegenstandslos wird, weil das Bewerbungsverfahren durch die endgültige Besetzung der Stelle abgeschlossen ist.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

9 AZR 445/96

14 Sa 3/96 Berlin

Verkündet am
2. Dezember 1997

Brüne,
Regierungssekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 2. Dezember 1997 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Leinemann, den Richter Düwell und die Richterin Reinecke sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Weiss und Prof. Hammer für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 24. April
1996 - 14 Sa 3/96 - aufgehoben.

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil
des Arbeitsgerichts Berlin vom 18. September 1995
- 93 Ca 33961/94 - abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte (Land) zu Unrecht die Bewerbung des Klägers für die Stelle des Leiters/der Leiterin des Amtes zur Regelung offener Vermögensfragen III (K) abgelehnt und deshalb zu einer neuen Auswahlentscheidung verpflichtet sei.

Der Kläger ist seit Juni 1984 als Beamter im höheren Dienst der Senatsverwaltung für Finanzen tätig. Er war Hauptsachgebietsleiter für die Einkommens- und Gewerbesteuer mit Nebengebieten, Koordinator im organisatorischen und personellen Bereich der Veranlagungsstelle, Ausbildungsleiter und Sachgebietsleiter für die Betriebsprüfungsstelle. Dabei war er auch mit Leitungsaufgaben für mehr als 100 Mitarbeiter betraut. Bis März 1993 war er als Oberregierungsrat (Besoldungsgruppe A 14) beim Finanzamt W tätig. Am 30. Dezember 1992 schrieb die Senatsverwaltung für Finanzen folgende Stellen aus:



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



Ämter zur Regelung offener Vermögensfragen

**Bezeichnung: Leitende Regierungsdirektorin/Leitender Regierungsdirektor -
BesGr. A 16**

oder

Angestellte/Angestellter - Vergütungsgruppe I - mehrere Stellen -

Besetzbar: demnächst

Kennzahl: B-182/92

In Berlin werden zum 1. März 1993 sechs örtliche Ämter zur Regelung offener Vermögensfragen gebildet. Das bisherige Amt zur Regelung offener Vermögensfragen wird mit gleicher Wirkung aufgelöst.

Arbeitsgebiet: Leitung eines örtlichen Amtes zur Regelung offener Vermögensfragen.

Anforderungen: Es kommen vorrangig Bewerberinnen und Bewerber in Betracht, die

- a) als Beamtinnen/Beamte die Befähigung zum höheren nichttechnischen Verwaltungsdienst haben. Erwünscht ist ein abgeschlossenes Hochschulstudium der Rechtswissenschaft (2. Staatsexamen). Die Bewerber (-innen) sollten ferner über umfassende Rechts- und Verwaltungskennntnisse sowie über langjährige Verwaltungserfahrungen in Leitungsfunktionen des höheren Dienstes verfügen.
- b) als Angestellte/Angestellter über ein abgeschlossenes Hochschulstudium der Rechtswissenschaft (2. Staatsexamen) oder über gleichwertige Fähigkeiten und Erfahrungen verfügen. Die Bewerber (-innen) sollten ferner über umfassende Rechts- und Verwaltungskennntnisse sowie über langjährige Verwaltungserfahrungen in Leitungsfunktionen verfügen, die vergleichbar mit denen der Beamtinnen/Beamten des höheren Dienstes sind.

Auf diese Stellenausschreibung gingen 30 Bewerbungen ein. Darunter befand sich auch die des Klägers, der darauf hinwies, er sei auch an einer Beschäftigung im Angestelltenverhältnis interessiert. Die Senatsverwaltung für Finanzen lud den Kläger und weitere 18 Mitbewerberinnen und Mitbewerber im Februar 1993 zu Vor-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

stellungsgesprächen ein. In dem für die Personalkommission des Senats niedergelegten Vermerk sind fehlende Kenntnisse und Erfahrungen beanstandet worden. Der Kläger hat jedoch den Eindruck erweckt, "in ihm ... einen Kandidaten für die noch zu besetzende Referatsleiter- und stellvertretende Amtsleiterstelle (Regierungsdirektor, Besoldungsgruppe A 15) für das Amt zur Regelung offener Vermögensfragen II (H) gefunden zu haben". Am 25. März 1993 lehnte die Senatsverwaltung die Bewerbung des Klägers für die Leiterstellen ab, übertrug dem Kläger jedoch mit Wirkung zum 29. März 1993 unter Beförderung zum Regierungsdirektor (Besoldungsgruppe A 15) die Stelle des Referatsleiters und Stellvertreters des Amtsleiters bei dem örtlichen Amt zur Regelung offener Vermögensfragen II. Für die Leitung des Amtes zur Regelung offener Vermögensfragen III hat das Land die Angestellte J H ausgewählt und ihr die kommissarische Amtsleitung mit Wirkung zum 1. März 1993 übertragen.

Die Mitbewerberin H ist nach Ablegung des Zweiten juristischen Staatsexamens im März 1991 als Angestellte der VergGr. II a in den Dienst der Beklagten getreten. Sie war seit Januar 1992 als Referatsleiterin in dem damals für Gesamtberlin zuständigen Amt zur Regelung offener Vermögensfragen tätig. Der Kläger hat gegen die ablehnende Auswahlentscheidung mit der Begründung Widerspruch eingelegt, er sei besser qualifiziert als die Mitbewerberin H . Der Widerspruch ist zurückgewiesen worden. Der Kläger hat darauf am 20. Juni 1994 bei dem Verwaltungsgericht Berlin beantragt, im Wege der einstweiligen Anordnung dem beklagten Land zu untersagen, die Stelle der Amtsleite-



rin der Mitbewerberin H endgültig zu übertragen. Nach dem das Land erklärt hat, diese Stelle nur noch mit Angestellten zu besetzen, hat das Verwaltungsgericht das Eilverfahren an das Arbeitsgericht Berlin verwiesen. Das hat mit Urteil vom 7. Dezember 1994 den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung abgelehnt. Mit der am 12. Dezember 1994 erhobenen Klage zur Hauptsache hat der Kläger beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, dem Kläger den Abschluß eines Arbeitsvertrages anzubieten, wobei der Kläger in die VergGr. BAT I einzugruppieren ist,

hilfsweise,

den Beklagten zu verurteilen, über die Bewerbung des Klägers um die Stelle des Leiters/der Leiterin des Amtes III zur Regelung offener Vermögensfragen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Nachdem das Arbeitsgericht das Rechtskraftzeugnis für das einstweilige Verfügungsverfahren erteilt hat, ist das Stellenbesetzungsverfahren für die Leiterin des Amtes zur Regelung offener Vermögensfragen III abgeschlossen und der Mitbewerberin H die Aufgabe unter Eingruppierung in die VergGr. I, am 22. Mai 1995 endgültig übertragen worden.

Das Arbeitsgericht hat im Hauptsacheverfahren den Hauptantrag auf Abschluß eines Arbeitsvertrages des Leiters des Amtes



zur Regelung offener Vermögensfragen abgewiesen und seinem Hilfsantrag auf erneute Bescheidung entsprochen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Landes zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verlangt das Land die vollständige Abweisung der Klage.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

I. Die Revision des Landes ist begründet. Mit der endgültigen Übertragung der Aufgaben der Leitung des Amtes zur Regelung offener Vermögensfragen III auf die Mitbewerberin H hat sich ein etwaiger Anspruch des Klägers auf erneute Entscheidung über seine Bewerbung vom Januar 1993 erledigt. Damit ist die Klage insgesamt unbegründet.

1. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist nur der hilfsweise gestellte Antrag auf "Neubescheidung". Die Abweisung des Hauptantrages auf Abschluß eines Arbeitsvertrages für die ausgeschriebene Leiterstelle ist rechtskräftig durch das Arbeitsgericht abgewiesen worden.

2. Die angefallene Klage auf "Neubescheidung" ist zulässig.

a) Die Antragsfassung ist § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO nachgebildet. Der Kläger geht davon aus, daß der die Beförderung versagende Bescheid des beklagten Landes rechtswidrig sei. Aber - wie das Arbeitsgericht erkannt hat -, könne die angegriffene Beurteilung



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



nicht durch eine gerichtliche Beurteilung ersetzt, sondern nur der Beklagte angehalten werden, über die Bewerbung des Klägers entsprechend Art. 33 Abs. 2 GG nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung erneut zu entscheiden. Der Hilfsantrag entspricht insoweit der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur beamtenrechtlicher Konkurrenzklage (BVerfGE 39, 334, 354; BVerwGE 75, 133, 135; BVerwGE 68, 109, 110). Anders als im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bedarf es im bürgerlich-rechtlichen Rechtsstreit, der mit dem Ziel der Übertragung einer Angestelltentätigkeit geführt wird, jedoch nicht der Aufhebung eines belastenden Verwaltungsaktes. Prozeßziel des Klägers ist die Wiederholung der Auswahlentscheidung zwischen den verbliebenen Bewerbern (BAG Urteil vom 5. März 1996 – 1 AZR 590/92 (A) – AP Nr. 226 zu Art. 3 GG).

b) Für diese bürgerlich-rechtliche Leistungsklage auf Neuauswahl (Günther, ZTR 1993, 281, 282) besteht ein Rechtsschutzbedürfnis. Denn für die Erhebung einer Leistungsklage wird stets eine berechtigtes Interesse anerkannt (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 53. Aufl., Grundzüge § 253 Rz 36).

3. Die Klage ist unbegründet.

Mit der endgültigen Übertragung der Aufgaben der Leiterin des Amtes zur Regelung offener Vermögensfragen III auf die Angestellte H ist das Auswahlverfahren am 22. Mai 1995 beendet worden. Die Wiederholung der Auswahlentscheidung war nur solange möglich, wie der Angestellten H die Aufgabe der Leiterin



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



kommissarisch übertragen war. Nach Abschluß der Stellenbesetzung könnte nur eine erneute Ausschreibung und ein erneutes Bewerbungsverfahren mit der Möglichkeit weiterer Bewerbungen zu der angestrebten arbeitsvertraglichen Übertragung der höherwertigen Tätigkeit führen. Das wird jedoch nicht mehr vom Antrag auf "Neubescheidung" erfaßt (vgl. BAG Urteil vom 5. März 1996 - 1 AZR 590/92 (A) - AP Nr. 226 zu Art. 3 GG).

a) Art. 33 Abs. 2 GG eröffnet jedem Deutschen nach seiner Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Daraus ergeben sich subjektive Rechte einer jeden Bewerberin und eines jeden Bewerbers. Jeder kann verlangen, bei seiner Bewerbung nach den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien beurteilt zu werden. Das gilt nicht nur für Einstellungen, sondern auch für Beförderungen innerhalb des öffentlichen Dienstes. Aus dem Verbot unzulässiger Differenzierung ergibt sich im Regelfall für den benachteiligten Bewerber nur das Recht, daß seine Bewerbung neu zu beurteilen ist. Der weitergehende Anspruch auf Einstellung oder Beförderung setzt voraus, daß sich jede andere Auswahlentscheidung als rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft darstellt, weil die Auswahl zugunsten dieses Bewerbers die einzig rechtmäßige Entscheidung wäre (vgl. BAGE 28, 62 = AP Nr. 2 zu Art. 33 Abs. 2 GG; BAGE 40, 1 = AP Nr. 18 zu Art. 33 Abs. 2 GG; BAG Urteil vom 5. März 1996 - 1 AZR 590/90 (A) - AP Nr. 226 zu Art. 3 GG; sowie das Senatsurteil vom 2. Dezember 1997 - 9 AZR 668/96 - zur Veröffentlichung vorgesehen). Diesen Anspruch hat das Arbeitsgericht bereits rechtskräftig abgewiesen.



- b) Eine beamtenrechtliche Konkurrentenklage erledigt sich mit der endgültigen Übertragung des Beförderungsamtes auf den Mitbewerber. Die Stelle ist damit nicht mehr verfügbar. Eine nochmalige Vergabe des Amtes mit der ihm zugeordneten Planstelle und dem Dienstposten ist nicht möglich. Die Beförderung oder Ernennung des erfolgreichen Bewerbers kann beamtenrechtlich nicht rückgängig gemacht werden. Abgelehnten Bewerbern ist deshalb die Auswahlentscheidung rechtzeitig mitzuteilen. Ihnen wird damit Gelegenheit gegeben, vorläufigen Rechtsschutz zu erreichen (vgl. BVerwG Urteil vom 25. August 1988 - 2 C 62.85 - BVerwGE 80, 127, 130 f.; BVerwG Urteil vom 9. März 1989 - 2 C 4.87 - ZBR 1990, 79). Dem verfahrensfehlerhaft zurückgewiesenen Bewerber stehen deshalb Schadenersatzansprüche zu, wenn ihm richtigerweise die Stelle hätte übertragen werden müssen (vgl. BGH Urteil vom 6. April 1995 - III ZR 183/94 - NJW 1995, 2344).
- Verfassungsrechtlich bestehen hiergegen keine Bedenken (BVerfG, 3. Kammer des Zweiten Senats, Beschluß vom 19. September 1989 - 2 BvR 1576/88 - NJW 1990, 501).
- c) Diese Grundsätze sind auch auf die arbeitsrechtliche Konkurrentenklage anzuwenden.

Das Bundesarbeitsgericht hat zum möglichen Einstellungsanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG bereits entschieden, daß dieser das Vorhandensein einer besetzungsfähigen und haushaltsrechtlich abgesicherten Stelle voraussetzt (Urteil vom 9. November 1994 - 7 AZR 19/94 - BAGE 78, 224 = AP Nr. 33 zu Art. 33 Abs. 2 GG).



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



Hieran ist auch für arbeitsrechtliche Konkurrentenklagen festzuhalten (so auch Maunz-Dürig, GG, Art. 33 Rz 17; Seitz, Die arbeitsrechtliche Konkurrentenklage, S. 56 ff., 63, 85; Schiek, Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder, 1996, Rz 817; Düwell, Der Personalrat 1993, 251, 253; LAG Hamm Urteil vom 13. Mai 1993 - 17 Sa 1598/92 - ZTR 1993, 339; LAG Baden-Württemberg Urteil vom 26. April 1989 - 3 Sa 9/89 - LAGE Art. 33 GG Nr. 3; anderer Ansicht LAG Berlin Urteil vom 12. Juli 1993 - 9 Sa 67/93 - ZTR 1994, 33 f.; Günther, ZTR 1993, 281).

Art. 33 Abs. 2 GG läßt keine Differenzierung zwischen den Gruppen der Beamten oder Angestellten zu (vgl. BVerwG Beschluß vom 7. Dezember 1994 - 6 P 35.92 - AP Nr. 13 zu § 2 BAT SR 2y). Gesichert wird der Zugang zum Amt, der Bewerbungsverfahrenanspruch. Der Begriff des Amtes im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG betrifft die konkrete Tätigkeit mit einem bestimmten Aufgabenkreis, den konkreten Arbeitsplatz. Dieser steht mit der Übertragung auf einen Dritten nicht mehr zur Verfügung.

Soweit Günther (ZTR 1993, 281) die Möglichkeit sieht, den Arbeitsvertrag mit dem bevorzugten Konkurrenten wegen Nichtigkeit nach § 134 BGB zu lösen, ist dem nicht zu folgen. Zwar sind Rechtsgeschäfte, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, nach § 134 BGB nichtig. Art. 33 Abs. 2 GG gebietet auch dem Beklagten, die Auswahl nach den dort genannten Kriterien zu treffen. Arbeitsverträge, die unter Verstoß gegen diese Kriterien geschlossen werden, sind jedoch nicht unwirksam. Ist ein Rechtsgeschäft nämlich nur für einen Teil verboten, ist das verbotswi-



drige Rechtsgeschäft in der Regel gültig (BGHZ 46, 26; 78, 271; 89, 373; Palandt/Heinrichs, BGB, 56. Aufl., § 134 Rz 9).

d) Etwas anderes folgt nicht aus der Ablehnung der einstweiligen Verfügung durch das Arbeitsgericht. Die rechtsfehlerhafte Ansicht des Arbeitsgerichts, die Stellenbesetzung sei unbeachtlich, bindet nicht.

II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Leinemann

Weiss

Reinecke

Düwell

Düwell in Vertretung
für den urlaubsabwesenden
Vorsitzenden für den
ausgeschiedenen Richter
Prof. Hammer



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





JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)