

Aktenzeichen: 9 AZR 492/06
Bundesarbeitsgericht 9. Senat

Urteil vom 23. Januar 2007
- 9 AZR 492/06 -

I. Arbeitsgericht
Potsdam

Urteil vom 13. Oktober 2005
- 1 Ca 1702/05 -

II. Landesarbeitsgericht
Brandenburg

Urteil vom 4. April 2006
- 2 Sa 635/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Fehlende Antragstellung - Säumnis - Konkurrentenklage

Gesetze:

GG Art. 33 Abs. 2; ZPO § 137, § 160 Abs. 3, § 220 Abs. 2, §§ 297, 300, 308, 333, 335, 336; PersVG Brandenburg §§ 66, 70

Leitsätze:

1. Ergibt sich der Wille des Prozessvertreters des (Rechtsmittel-) Beklagten zur Abwehr des Sachantrags des (Rechtsmittel-) Klägers aus seinem Vorbringen in der mündlichen Verhandlung, so liegt keine Säumnis des (Rechtsmittel-) Beklagten vor, wenn dessen Prozessbevollmächtigter erklärt, er trete nunmehr nicht mehr für den (Rechtsmittel-) Beklagten auf.
2. Das (Rechtsmittel-) Gericht darf in einem solchen Falle auch dann durch kontradiktorisches Urteil zu Gunsten des (Rechtsmittel-) Klägers entscheiden, wenn dieser nur den Erlass eines Versäumnisurteils gegen den (Rechtsmittel-) Beklagten beantragt hatte.
3. Art. 33 Abs. 2 GG gewährleistet den gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern. Der öffentliche Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, stets alle Stellen auszuschreiben und nach den Kriterien der Bestenauswahl zu besetzen. Vielmehr ist der Arbeitgeber frei, zwischen Umsetzungen, Versetzungen oder Beförderungen zu wählen. Soweit Beförderungsbewerbungen zugelassen sind, hat eine Auswahl nach den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG stattzufinden.
4. Durch eine Dienstvereinbarung kann das sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebende grundrechtsgleiche Recht auf rechtsfehlerfreie Durchführung des Bewerberauswahlverfahrens nicht eingeschränkt werden.



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](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 492/06
2 Sa 635/05
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. Januar 2007

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

beklagtes, berufungsklagendes und revisionsbeklagtes Land,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 23. Januar 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Reinecke, den Richter am Bundesarbeitsgericht Böck sowie die ehrenamtlichen Richter Hintloglou und Dr. Klosterkemper 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 Brandenburg vom 4. April 2006 - 2 Sa 635/05 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob das beklagte Land verpflichtet ist, den Kläger in den Bewerberkreis mit einzubeziehen, aus dem eine ausgeschriebene Referentenstelle besetzt wird. 1

Der Kläger ist in dem zum Geschäftsbereich des Ministeriums für Ländliche Entwicklung, Umwelt und Verbraucherschutz (MLUV) gehörenden Landeslabor beschäftigt. Er ist in die Vergütungsgruppe IIa BAT-O eingruppiert. 2

Für den Bereich des MLUV (früher: MLUR) besteht eine Dienstvereinbarung vom 19. Mai 2003/30. April 2003 „zur Durchführung von Stellenbesetzungsverfahren im Geschäftsbereich des MLUR“ (geändert durch eine Dienstvereinbarung vom 17. Mai 2005/11. Mai 2005) (im Folgenden: DV). 3

Die DV lautet - auszugsweise -: 4

„III. Grundsätze und Zuständigkeiten beim Besetzungsverfahren

1. Freie und besetzbare Stellen sind grundsätzlich öffentlich zur Besetzung auszuschreiben.
2. Solange haushaltsrechtliche Einschränkungen bestehen (z.B. durch Ausbringen von KW-Vermerken im Geschäftsbereich) oder andere sachliche Gründe vorliegen, die eine Besetzung gemäß Nr. 1 dieses Abschnitts nicht zulassen, ist wie folgt zu verfahren (dies gilt auch für Stellenbesetzungen, die im Rahmen einer Zielvereinbarung freigegeben worden sind):
 - a) Zur Besetzung freigegebene Stellen sind vorrangig mit Reformbetroffenen wertgleich zu besetzen (§ 68 Abs. 1 Nr. 4 PersVG Bbg.). Die dienststellenübergreifende Vermittlung



dieses Personenkreises mit dem Ziel der Versetzung wird vom MLUR vorgenommen (§ 63 Abs. 1 Nr. 13 + 11 PersVG Bbg.).

- b) Ist sowohl die dienststelleninterne als auch die ressortinterne Vermittlung von Reformbetroffenen nicht möglich, sind freigegebene Stellen im Rahmen eines Rotationsverfahrens zunächst innerhalb der Dienststelle entweder bekannt zu machen oder im Rahmen der Personalbörse interessierten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern anzubieten, die einen wertgleichen Arbeitsplatzwechsel anstreben.
- c) Sofern hierdurch vakante Stellen nicht besetzt werden können, entscheidet das MLUR, ob ein ressortinternes Rotationsverfahren, eine dienststelleninterne oder ressortinterne Stellenausschreibung durchgeführt wird.
- d) Sofern in begründeten Ausnahmefällen von einer Stellenausschreibung abgesehen werden soll, kann dies nur im Einvernehmen mit der jeweils zuständigen Personalvertretung, Gleichstellungsbeauftragten und Schwerbehindertenvertretung erfolgen

...

Am 1. Februar 2005 beschloss die Landesregierung die Personalbedarfsplanung für 2009. Diese sah einen Stellenabbau als Beitrag zur Haushaltskonsolidierung vor. Für den gesamten Geschäftsbereich des MLUV sollte danach grundsätzlich ein Nachbesetzungsstopp gelten. Alle Auswirkungen teilte der Minister am 1. März 2005 den Behördenleitern und dem Personalrat des Ministeriums sowie dem Hauptpersonalrat mit.

5

Das MLUV schrieb Anfang 2005 die mit Besoldungsgruppe A 14 bzw. VergGr. Ib BAT-O dotierte Stelle einer Referentin/eines Referenten für das Referat 33 - Referat Rückstände und Kontaminaten, Arzneimittel, Trinkwasser und Badegewässer - in der Abteilung Verbraucherschutz (Kenn-Nr. MLUV - 05/12/33) aus. Diese Ausschreibung enthielt folgende Hinweise:

6

„Es können sich nur Angestellte im Dauerarbeitsverhältnis oder Beamtinnen und Beamte aus dem Geschäftsbereich des MLUV bewerben.

Das Stellenbesetzungsverfahren richtet sich nach der Dienstvereinbarung zwischen dem MLUV und dem HPR zur Durchführung von Stellenbesetzungsverfahren des MLUV.



Folgendes vierstufiges Verfahren zur Besetzung von Stellen findet Anwendung:

1. Stufe - Dienststelleninterne Rotation

Es werden nur dienststelleninterne, wertgleichen Bewerbungen berücksichtigt von:

- Angestellten, die entsprechend der oben angegebenen Vergütungs- und Fallgruppe eingruppiert sind bzw. seit mindestens sechs Monaten eine persönliche Zulage nach der oben angegebenen Vergütungsgruppe gem. § 24 Abs. 1 BAT-O erhalten. Unberücksichtigt bleiben die Bewerbungen von Angestellten, die im Rahmen des Bewährungsaufstiegs lediglich die o.g. Vergütungsgruppe erhalten. Bei einem evtl. Fallgruppenwechsel sind die tarif- und ggf. arbeitsrechtlichen Auswirkungen zu beachten.
- Beamten, die nach der oben angegebenen Besoldungsgruppe besoldet werden sowie
- Beamten, die in einer niedrigeren Besoldungsgruppe sind, jedoch einen höherbewerteten Dienstposten entsprechend der oben angegebenen Bewertung dauerhaft wahrnehmen.

2. Stufe - Ressortinterne Rotation

Es werden alle ressortinternen, wertgleichen Bewerbungen berücksichtigt von:

- Angestellten, die entsprechend der oben angegebenen Vergütungs- und Fallgruppe eingruppiert sind bzw. seit mindestens sechs Monaten eine persönliche Zulage nach der oben angegebenen Vergütungsgruppe gem. § 24 Abs. 1 BAT-O erhalten. Unberücksichtigt bleiben die Bewerbungen von Angestellten, die im Rahmen des Bewährungsaufstiegs lediglich die o.g. Vergütungsgruppe erhalten. Bei einem evtl. Fallgruppenwechsel sind die tarif- und ggf. arbeitsrechtlichen Auswirkungen zu beachten.
- Beamten, die nach der oben angegebenen Besoldungsgruppe besoldet werden sowie
- Beamten, die in einer niedrigeren Besoldungsgruppe sind, jedoch einen höherbewerteten Dienstposten entsprechend der oben angegebenen Bewertung dauerhaft wahrnehmen.

3. Stufe - Dienststelleninterne Stellenausschreibung

Es werden alle dienststelleninternen Bewerbungen berücksichtigt.



4. Stufe - Ressortinterne Stellenausschreibung

Es werden alle ressortinternen Bewerbungen berücksichtigt.“

Zur Dotierung enthält die Ausschreibung:

7

„Entsprechend der Erfüllung der besoldungs- bzw. tarifrechtlichen Voraussetzungen BesGr. A 14 BBesO bzw. Vergütungsgruppe Ib BAT-O.“

Der Kläger bewarb sich auf diese ausgeschriebene Stelle. Mit Schreiben vom

8

13. Mai 2005 teilte ihm das MLUV mit:

”

Sie haben sich auf die Stelle MLUV - 05/12/33 ‚Referent/in Trinkwasser im Referat 33‘ mit Schreiben vom 22.03.2005 beworben.

Im Ergebnis des Auswahlverfahrens muss ich Ihnen jedoch leider mitteilen, dass für die zu besetzende Stelle ein Bewerber im Rahmen der vorrangig zu berücksichtigenden Stufe 2 des Auswahlverfahrens ‚Ressortinterne Rotation‘ ausgewählt wurde. Aufgrund Ihrer Eingruppierung wären Sie erst in Stufe 4 ‚Ressortinterne Stellenausschreibung‘ einzubeziehen gewesen.

“

Der Kläger meint, diese Nichteinbeziehung in den Bewerberkreis stelle einen Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG dar.

9

In einem Vergleich, den die Parteien im Rahmen eines vom Kläger eingeleiteten einstweiligen Verfügungsverfahrens am 6. Juni 2005 vor dem Arbeitsgericht Potsdam geschlossen hatten, verpflichtete sich das beklagte Land, für den Fall der Klageerhebung zur Hauptsache bis zum 20. Juni 2005 auf die endgültige Stellenbesetzung bis zum Eintritt der Rechtskraft im Hauptsacheverfahren zu verzichten.

10

Mit seiner am 17. Juni 2005 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger beantragt, das beklagte Land zur erneuten Durchführung des Auswahlverfahrens zu verurteilen und die Auswahlentscheidung unter Beachtung der Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG zu treffen. Vor dem Arbeitsgericht hat der Kläger zuletzt beantragt,

11

das beklagte Land zu verurteilen,

12

ihn in den Kreis der Bewerber um die Stelle des MLUV - 05/12/33 einzubeziehen, unter dem derjenige ausgewählt wird,



der die o.g. Stelle besetzen wird,
hilfsweise,

die im Rahmen der Ausschreibung der Stelle des MLUV - 05/12/33 getroffene Auswahlentscheidung unter Beachtung der Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ermessensfehlerfrei zu wiederholen und über die Bewerbung des Klägers entsprechend Art. 33 Abs. 2 GG nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu entscheiden.

Das beklagte Land hat Klageabweisung beantragt. Es macht geltend, es habe sich entschieden, nur sog. Versetzungsbewerber zuzulassen und bei der Auswahlentscheidung keine Leistungskriterien zu berücksichtigen, sondern nur eine Überprüfung des Interessierten bezüglich der Übereinstimmung mit dem Anforderungsprofil der ausgeschriebenen Stelle im erforderlichen Umfang vorzunehmen. Diese Vorgehensweise entspreche Abschn. III Nr. 2 der DV. Für die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle sei der ressortinterne Bewerber G vorgesehen, der bereits nach VergGr. Ib BAT-O vergütet werde.

13

Das Arbeitsgericht hat das beklagte Land entsprechend dem Hauptantrag des Klägers verurteilt. Gegen dieses Urteil hat das beklagte Land am 21. November 2005 Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 6. Februar 2006 begründet. Bereits mit Schriftsatz vom 28. November 2005 hatte der klägerische Prozessbevollmächtigte mitgeteilt, dass er „mit dem Antrag **die Berufung zurückzuweisen**“ die Interessen des Klägers auch im Berufungsverfahren vertrete. In der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht am 4. April 2006 hat nach dem Inhalt des Protokolls eine Erörterung der Sach- und Rechtslage stattgefunden. Dabei ist mit dem Klägervertreter insbesondere die Fassung seiner erstinstanzlichen Anträge erörtert worden. Sachanträge waren bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht gestellt. Nach Abschluss der Erörterungen gab der klägerische Prozessbevollmächtigte folgende Erklärung ab:

14

„Ich trete nunmehr nicht auf für den Kläger.“

Der Beklagtenvertreter hat daraufhin beantragt, das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen und ein entsprechendes Versäumnisurteil zu erlassen.

15

Das Landesarbeitsgericht hat mit streitigem Urteil das arbeitsgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen sowie die Revision zugelassen. Mit dieser er-

16



strebt der Kläger die Aufhebung des landesarbeitsgerichtlichen Urteils und die Zurückweisung der Berufung des beklagten Landes gegen das Urteil des Arbeitsgerichts. Er macht geltend, das Landesarbeitsgericht habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör und auf ein faires Verhalten dadurch verletzt, dass es gegen ihn kein Versäumnisurteil, sondern ein kontradiktorisches Urteil erlassen habe. Ferner habe es nicht ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es eine von der Vorinstanz abweichende Rechtsauffassung vertrete.

Entscheidungsgründe

- Die Revision des Klägers ist unbegründet. 17
- I. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des beklagten Landes die Klage durch ein streitiges Urteil abgewiesen. Es hat eine Säumnis des Klägers in der mündlichen Verhandlung vom 4. April 2006 verneint. Der klägerische Prozessbevollmächtigte habe vor seiner Erklärung, nicht mehr für den Kläger aufzutreten, zur Sach- und Rechtslage mit dem Ziel verhandelt, die Berufung zurückweisen zu lassen. Das Nichtstellen von Sachanträgen führe nicht zu einer Säumnis iSd. § 333 ZPO. Obwohl der Vertreter des beklagten Landes den Erlass eines Versäumnisurteils gegen den Kläger beantragt habe, sei daher durch kontradiktorisches Endurteil zu entscheiden gewesen. Die sachlichen und formellen Voraussetzungen nach § 300 ZPO hätten vorgelegen. 18
- Der Leistungsantrag des Klägers sei unbegründet. Das beklagte Land habe im Rahmen der ihm zustehenden Organisationsfreiheit den „wertgleichen“ Versetzungsbewerber G im Wege der Versetzung/Umsetzung als Bewerber der Stufe 2 des Auswahlverfahrens „Ressortinterne Rotation“ zur Besetzung der ausgeschriebenen Stelle vorgesehen. Die Bewerbung des Klägers sei dabei gemäß den Regelungen der DV nicht zu berücksichtigen gewesen. Das beklagte Land habe dadurch Art. 33 Abs. 2 GG nicht verletzt. 19
- Das landesarbeitsgerichtliche Urteil hält im Ergebnis einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 20
- II. Das Berufungsurteil beruht entgegen der Ansicht der Revision auf keinem Verfahrensfehler. 21



1. Das Landesarbeitsgericht durfte über die Berufung des beklagten Landes durch ein kontradiktorisches Endurteil (§ 300 Abs. 1 ZPO) entscheiden. 22
- a) Der Kläger und Berufungsbeklagte war im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht nicht säumig. Er war durch seinen Prozessbevollmächtigten im Termin vertreten und galt damit zunächst als „erschienen“ iSd. § 330 ZPO. Nach § 333 ZPO ist ausnahmsweise als „nicht erschienen“ auch die Partei anzusehen, die im Verhandlungstermin zwar erscheint, aber nicht verhandelt. So war es hier nicht. Der Prozessbevollmächtigte hat „verhandelt“. 23
- aa) „Verhandeln“ bedeutet eine aktive Beteiligung an der Erörterung des Rechtsstreits vor Gericht, gleichgültig, ob es sich um Tat- oder Rechtsfragen handelt. Nur die völlige Verweigerung der Einlassung zur Sache stellt demnach ein „Nichtverhandeln“ iSd. § 333 ZPO dar (*BAG 4. Dezember 2002 - 5 AZR 556/01 - BAGE 104, 86; BGH 27. Mai 1986 - IX ZR 152/85 - NJW-RR 1986, 1252, 1253*). Dem Erfordernis des „Verhandelns“ genügen die Parteien stets, wenn sie Sachanträge nach § 137 Abs. 1, § 297 ZPO stellen. Nach der Auffassung des Fünften Senats liegt ohne einen Sachantrag kein „Verhandeln“ iSd. § 333 ZPO vor (*BAG 4. Dezember 2002 - 5 AZR 556/01 - aaO*). Der Fünfte Senat hat das für den Fall eines Berufungsklägers damit begründet: „Die Vorschriften des § 137 Abs. 1, § 297 ZPO tragen der Notwendigkeit Rechnung, den Gegenstand des Prozesses durch eine konkrete Antragstellung zu bestimmen; denn das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist (§ 308 Abs. 1 ZPO). Dem kann nicht durch eine bloße Streitige Erörterung der Sach- und Rechtslage Genüge getan werden. Aus Gründen der prozessualen Klarheit und wegen der Notwendigkeit, die Sachentscheidungsbefugnis des Gerichts abzugrenzen, bedarf es einer konkreten, auf die Sachentscheidung des Gerichts ausgerichteten Antragstellung ...“ 24
- bb) Das vom Fünften Senat für den Rechtsmittelkläger aufgestellte Erfordernis der Antragstellung gilt nicht für den hier zu beurteilenden Fall des „Verhandelns“ eines Berufungsbeklagten. Das steht nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung des Fünften Senats; denn dieser hat ausdrücklich hervorgehoben, dass der Fall anders beurteilt werden könne, in dem lediglich die Abwehr der Klage oder des Rechtsmittels begehrt werde (*BAG 1. Dezember 2004 - 5 AZR 121/04 -; 4. Dezember 2002 - 5 AZR 556/01 - BAGE 104, 86*). 25



Aus Gründen der prozessualen Klarheit ist es nötig, dass jede Partei, die im Rechtsstreit Ansprüche geltend macht, durch ihre Antragstellung eindeutig erklärt, welches Prozessziel sie verfolgt. Dies ist schon deshalb geboten, weil § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO dem Gericht verbietet, einer Partei mehr zuzusprechen als diese verlangt. Damit das Prozessziel beweiskräftig festgestellt wird, schreibt § 297 ZPO für die konkrete Sachantragstellung eine bestimmte Form und nach § 160 Abs. 3 Nr. 2 ZPO deren Aufnahme in das Sitzungsprotokoll vor.

26

Diese mit dem Begriff des „Verhandelns“ iSd. § 333 ZPO zwingend verbundene Klärung setzt allerdings nicht stets das Stellen eines Antrags voraus. Das Erfordernis der Antragstellung kann dann entfallen, wenn sich das Verhalten einer Partei als derartige Teilnahme am Prozessgeschehen darstellt, dass sie auf eine bestimmte Entscheidung des Gerichts in der Sache gerichtet ist (vgl. OLG Bamberg 24. August 1995 - 2 UF 56/95 - NJW-RR 1996, 317 mwN).

27

Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn auf Grund der Antragstellung der anderen Partei, in der Regel der klagenden Partei, deren Prozessziel eindeutig klar ist, und die Gegenseite durch ihr Auftreten im Verhandlungstermin und ihre bisherige Beteiligung am Rechtsstreit für Gericht und Gegenpartei auch ohne Antragstellung unzweifelhaft klargestellt hat, dass sie sich gegen die beantragte Verurteilung zur Wehr setzen will. Hinzu kommt, dass durch die Negation der Streitgegenstand nicht bestimmt wird (§ 308 ZPO). Von daher genügt es, wenn sich der Wille zur Abwehr des Antrags des Gegners aus dem Vorbringen ergibt, ohne dass eine nach den Ordnungsvorschriften der §§ 137, 297 ZPO an sich gebotene Antragstellung erfolgt (so zutreffend OLG Bamberg 24. August 1995 - 2 UF 56/95 - aaO mwN). Dies gilt nicht nur für das erstinstanzliche, sondern auch für das Rechtsmittelverfahren.

28

cc) Im Streitfall vertrat der Prozessbevollmächtigte, der keinen Antrag stellte, den Berufungsbeklagten und hatte bereits im Schriftsatz vom 28. November 2005 erklärt, er beantrage, die Berufung zurückzuweisen. In der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht hat er sich ausweislich der Sitzungsniederschrift an der „Erörterung der Sach- und Rechtslage“ beteiligt. Dass diese Beteiligung an der Erörterung mit dem eindeutigen Ziel erfolgte, das Landesarbeitsgericht zur Zurückweisung der Berufung des beklagten Landes zu veranlassen, ist unstreitig und ergibt sich auch aus dem Schriftsatz vom 18. April 2006, mit dem er die Kammer des Landesarbeitsgerichts nach Verkündung der angefochtenen Entscheidung abgelehnt hat. Die dort geschilderten erfolglosen Bemühungen des klägerischen Prozessbevollmächtigten, das Landesar-

29



beitsgericht zur Einräumung einer Schriftsatzfrist zu veranlassen, dienten erkennbar einzig dem Ziel, durch neues Vorbringen eine Zurückweisung der Berufung des beklagten Landes zu erreichen. Auch ohne förmliche Beantragung der Zurückweisung der Berufung in der mündlichen Verhandlung war allen Beteiligten das Rechtsschutzziel des Berufungsbeklagten klar erkennbar. Zu vergleichbaren Situationen hat der Bundesgerichtshof (23. November 1964 - II ZR 200/62 - NJW 1965, 397) eine schriftliche Feststellung des Antrags zur Niederschrift und Verlesung (oder Bezugnahme) seines Inhalts nach dem Zweck des § 297 ZPO als nicht erforderlich angesehen. Dem stimmt im Ergebnis auch die herrschende Meinung zu (vgl. *MünchKommZPO-Prütting* 2. Aufl. § 333 Rn. 3; *Stein/Jonas/Grunsky ZPO* 22. Aufl. § 333 Rn. 7; *Musielak/Stadler ZPO* 5. Aufl. § 333 Rn. 2; *Zöller/Herget ZPO* 26. Aufl. § 333 Rn. 1; *Treber Anm. zu BAG* 1. Dezember 2004 - 5 AZR 121/04 - *jurisPR-ArbR* 17/2005 Anm. 2).

dd) Die Erklärung des klägerischen Prozessbevollmächtigten: „Ich trete nunmehr nicht auf für den Kläger“, hat ebenfalls nicht zur Säumnis geführt. 30

Die Erklärung eines Prozessbevollmächtigten, „nicht aufzutreten“ bedeutet, 31 dass er trotz seiner körperlichen Anwesenheit wie ein nicht Anwesender behandelt werden möchte (BGH 9. Oktober 1985 - IVb ZR 59/84 - NJW-RR 1986, 286). Hat ein Prozessbevollmächtigter vor Abgabe dieser Erklärung - auch ohne Stellen der Sachanträge - zur Hauptsache verhandelt, so tritt durch diese Erklärung keine Versäumung des Termins iSd. § 220 Abs. 2 ZPO ein. Nach dieser Vorschrift gilt ein Termin nur dann als versäumt, wenn eine Partei bis zum Schluss des Termins nicht verhandelt hat. Ist im Termin einmal verhandelt, kann aus der Verweigerung weiterer Erklärungen keine Säumnisfolge abgeleitet werden (Zöller/Herget § 333 Rn. 1). Der Bundesgerichtshof (9. Oktober 1974 - VIII ZR 215/73 - BGHZ 63, 94) hat deshalb einen Fall der Säumnis verneint, in dem ein Anwalt nach Stellen der Sachanträge, der Verhandlung zur Hauptsache und nach der Vernehmung eines Zeugen erklärt hatte, er trete nicht mehr auf.

b) Das Landesarbeitsgericht durfte durch kontradiktorisches Urteil entscheiden, 32 obwohl das beklagte Land den Erlass eines Versäumnisurteils beantragt hatte (aA LAG Rheinland-Pfalz 4. März 1997 - 6 Sa 1235/96 - LAGE ArbGG 1979 § 68 Nr. 1; *Musielak/Stadler Vorbemerkung* § 330 Rn. 8; *Stein/Jonas/Grunsky Vorbemerkung* § 330 Rn. 11; *MünchKommZPO-Prütting* § 330 Rn. 25; OLG Koblenz 21. Juni 1990 - 5 U 86/90 - NJW-RR 1991, 1087).



Daran ändert § 336 Abs. 1 Satz 1 ZPO nichts. Diese Bestimmung verlangt, dass die Zurückweisung eines Antrags auf Erlass eines Versäumnisurteils durch Beschluss erfolgen muss. § 336 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist auf den Streitfall nicht anzuwenden. Er betrifft insbesondere den Fall, dass ein Versäumnisurteil nach § 335 Abs. 1 ZPO nicht erlassen werden darf, weil Hinderungsgründe für ein Versäumnisurteil nach § 335 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 ZPO vorliegen. Diese Fallgestaltung lag im Streitfall nicht vor. Im Übrigen greift § 336 Abs. 1 ZPO nur dann ein, wenn das Gericht den Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils zurückgewiesen hat und es zu keiner Sachentscheidung gegen die säumige Partei kommt. § 336 ZPO dient der zügigen Fortsetzung des Verfahrens und der Prozesswirtschaftlichkeit (*Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 65. Aufl. § 336 Rn. 2*). Würde § 336 ZPO auf die vorliegende Fallgestaltung angewandt, führte dies zu einer vom Gesetz nicht gewollten Verzögerung des Rechtsstreits.

2. Die Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist unbegründet.

Die Revision meint, das Landesarbeitsgericht hätte die Parteien darauf hinweisen müssen, dass es der Auffassung des Arbeitsgerichts nicht folgen wolle und dem Kläger Gelegenheit geben müssen, auf diesen Hinweis zu reagieren und seinen Tatsachenvortrag zu ergänzen sowie ggf. auch Beweis anzutreten. Dies habe das Landesarbeitsgericht unterlassen. Wäre der Hinweis erfolgt, dann hätte der Kläger das vorgetragen, was er in seinem Schriftsatz vom 18. April 2006 „zu Ziff. B. II. 3 ‚Begründung‘ Nr. 3 sowie Ziff. C. 10.“ dargelegt habe.

Diese Rüge hat keinen Erfolg, weil das Berufungsurteil die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (15. März 2005 - 9 AZR 142/04 - BAGE 114, 80), auf die sich der Kläger zur Stützung seiner Rechtsansicht im Schriftsatz vom 18. April 2006 bezieht, in seiner Entscheidung berücksichtigt hat.

III. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht auf die Berufung des beklagten Landes das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert. Das beklagte Land war nicht nach Art. 33 Abs. 2 GG verpflichtet, die Bewerbung des Klägers um die Referentenstelle für das Referat 33 in der Abteilung Verbraucherschutz im MLUV zu berücksichtigen.

1. Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Jede Bewerbung muss nach diesen genannten Kriterien beurteilt werden. Dies gilt nicht nur für Einstel-



lungen, sondern auch für Beförderungen innerhalb des öffentlichen Dienstes (*st. Rspr. vgl. Senat 15. März 2005 - 9 AZR 142/04 - BAGE 114, 80 mwN*).

Art. 33 Abs. 2 GG dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes, dessen fachliches Niveau und rechtliche Integrität gewährleistet werden sollen (*BVerwG 25. November 2004 - 2 C 17.03 - BVerwGE 122, 237*). Zum anderen trägt Art. 33 Abs. 2 GG dem berechtigten Interesse des Bewerbers an seinem beruflichen Fortkommen Rechnung (*vgl. Senat 15. März 2005 - 9 AZR 142/04 - BAGE 114, 80*). Er begründet ein grundrechtsgleiches Recht auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und auf deren Durchführung anhand der in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Auswahlkriterien (sog. Bewerbungsverfahrensanspruch) (*vgl. für Beamte: BVerfG 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - DVBl. 2002, 1633; BVerwG 25. November 2004 - 2 C 17.03 - aaO; für Arbeitnehmer: Senat 17. Januar 2006 - 9 AZR 226/05 - AP BAT-O § 24 Nr. 6; 15. März 2005 - 9 AZR 142/04 - aaO; 2. Dezember 1997 - 9 AZR 445/96 - BAGE 87, 165*).

Der Bewerbungsverfahrensanspruch bedarf einer Abgrenzung zur Organisationsfreiheit des öffentlichen Arbeitgebers (*vgl. Senat 15. März 2005 - 9 AZR 142/04 - BAGE 114, 80*). So ist der öffentliche Arbeitgeber nicht verpflichtet, offene Stellen ausschließlich auf Grund von Ausschreibungen und Auswahlverfahren zu besetzen. Er hat insbesondere das Recht, zwischen Umsetzungen, Versetzungen oder Beförderungen zu wählen (*BVerwG 25. November 2004 - 2 C 17.03 - BVerwGE 122, 237*). Nur soweit es um den beruflichen Aufstieg von Bewerbern mit der Rangordnung nach niedrigeren Besoldungsgruppen geht (sog. Beförderung), ist zwingend eine Auswahl nach den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG geboten (*BVerwG 16. August 2001 - 2 A 3.00 - BVerwGE 115, 58*). Wie er seine Organisationsfreiheit nutzt, steht im pflichtgemäßen Ermessen des öffentlichen Arbeitgebers (*vgl. Senat 17. Januar 2006 - 9 AZR 226/05 - AP BAT-O § 24 Nr. 6; BVerwG 25. November 2004 - 2 C 17.03 - aaO mwN*).

2. Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat, sind bei dem Stellenbesetzungsverfahren die einschlägigen Bestimmungen der DV eingehalten worden.

Abschn. III Nr. 2 der DV regelt die Besetzung freier Stellen solange haushaltsrechtliche Einschränkungen bestehen (zB durch Ausbringen von kw-Vermerken im Geschäftsbereich) oder wenn andere sachliche Gründe vorliegen, die eine Besetzung gemäß Nr. 1 des Abschn. III der DV, dh. durch eine öffentliche Ausschreibung, nicht zulassen. Der auf Grund der Personalbedarfsplanung des beklagten Landes für 2009 für den Geschäftsbereich des MLUV verhängte Nachbesetzungsstopp stellt einen sol-



chen sachlichen Grund dar, der einer öffentlichen Ausschreibung der zu besetzenden Stelle entgegensteht. Ziel der Personalbedarfsplanung war ein Stellenabbau im Geschäftsbereich des MLUV. Dieser war im Regelfall nur dadurch zu erreichen, dass frei werdende oder neu geschaffene Stellen mit Bewerbern aus dem Geschäftsbereich des MLUV besetzt werden, um die Möglichkeit zu eröffnen, die frei werdende Stelle des ausgewählten Bewerbers einzuziehen. Demnach war das beklagte Land nach Abschn. III Nr. 4 iVm. Abschn. IV Nr. 1 der DV zur ressortinternen Stellenausschreibung verpflichtet. Dem ist das beklagte Land durch die erfolgte Ausschreibung nachgekommen. Unstreitig entsprach diese dem Ausschreibungsmuster der Anlagen zu Abschn. IV Nr. 1 der DV.

Nach Abschn. III Nr. 2 Buchst. a der DV sind zur Besetzung freigegebene Stellen vorrangig mit Reformbetroffenen zu besetzen. Dies sind nach der Begriffsbestimmung des Abschn. I Nr. 5 der DV Beschäftigte, die im Rahmen der Verwaltungsmodernisierung künftig nicht mehr in ihrem gegenwärtigen Arbeitsbereich eingesetzt werden können. Bei dem vom beklagten Land für die Besetzung der Stelle ins Auge gefassten Bewerber handelt es sich unstreitig nicht um einen solchen aus diesem Personenkreis. Dass solche Bewerber überhaupt vorhanden waren, ist weder vom Landesarbeitsgericht festgestellt noch von den Parteien behauptet worden. Der für die Stellenbesetzung vorgesehene Bewerber kommt aus dem Kreis der unter Abschn. III Nr. 2 Buchst. c der DV fallenden sog. ressortinternen wertgleichen Bewerber, da er bereits in die VergGr. Ib BAT-O eingruppiert ist. Nach Abschn. III Nr. 2 Buchst. c der DV war das beklagte Land berechtigt, sich für das sog. ressortinterne Rotationsverfahren zu entscheiden und in Stufe 2 des Besetzungsverfahrens nur ressortinterne wertgleiche Bewerbungen zu berücksichtigen. Demnach war das beklagte Land nicht verpflichtet, den Kläger in die Bewerberauswahl mit einzubeziehen. Es durfte vorrangig seine Auswahl aus dem Kreis der Abschn. III Nr. 2 der DV iVm. der 2. Stufe des Besetzungsverfahrens unterfallenden Bewerber treffen, zu denen der Kläger nicht gehört, da er kein „wertgleicher“ Bewerber ist. Dies sind nur solche, die bereits eine Tätigkeit ausüben, die nach Vergütungs- und Fallgruppe oder Besoldungsgruppe der ausgeschriebenen Stelle entspricht (vgl. Abschn. I Nr. 4 der DV). Zu diesen zählt der Kläger nicht. Dieser ist auf einem mit VergGr. IIa BAT-O bewerteten Arbeitsplatz beschäftigt, während die ausgeschriebene Stelle mit VergGr. Ib BAT-O bewertet ist.

43

3. Bei der Prüfung, ob hier der Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt ist, darf nicht allein darauf abgestellt werden, ob das beklagte Land die Bestimmungen der DV,

44



die eine Einschränkung des Bewerberkreises vorsehen, eingehalten hat. Durch eine Dienstvereinbarung nach § 70 iVm. § 66 Nr. 15 PersVG Brandenburg kann nämlich ein sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebender Anspruch des Klägers auf rechtsfehlerfreie Durchführung des Bewerberauswahlverfahrens nicht eingeschränkt werden. Das grundrechtsgleiche Recht unterliegt als höherrangiges Recht nicht der Beschränkung durch eine Dienstvereinbarung. Soweit kein höherrangiges Recht durch die DV verletzt wird, hat sich das beklagte Land an das in der DV geregelte Verfahren zu halten. Durch den Abschluss der Dienstvereinbarung hat sich das beklagte Land nämlich dahingehend gebunden, das Besetzungsverfahren für freie Stellen nur gemäß dem in dieser Dienstvereinbarung geregelten Verfahren durchzuführen. Auf die Einhaltung eines solchen Verwaltungsverfahrens durch das beklagte Land kann sich der Kläger berufen (vgl. BAG 19. Februar 2003 - 7 AZR 67/02 - BAGE 105, 161; 12. April 1984 - 2 AZR 348/82 -).

4. Die in der Dienstvereinbarung getroffene verwaltungsinterne Regelung verstößt nicht gegen Art. 33 Abs. 2 GG. Sie ist durch die Organisationsfreiheit des beklagten Landes gerechtfertigt. Danach steht es dem öffentlichen Arbeitgeber grundsätzlich frei, Stellen im Wege der Umsetzung oder der Versetzung zu besetzen (st. Rspr. Senat 17. Januar 2006 - 9 AZR 226/05 - AP BAT-O § 24 Nr. 6; BVerwG 25. November 2004 - 2 C 17.03 - BVerwGE 122, 237).

Von diesem Recht hat das beklagte Land dadurch Gebrauch gemacht, dass es nur sog. wertgleiche Bewerber in die Auswahl mit einbezogen hat.

Anhaltspunkte dafür, dass diese Vorgehensweise des beklagten Landes nicht der Ausübung pflichtgemäßen Ermessens entspricht, sind nicht erkennbar. So entspricht es insbesondere einem berechtigten Interesse des MLUV, eine Höhergruppierung oder Beförderung im Zusammenhang mit der Besetzung der ausgeschriebenen Stelle zu vermeiden. Dadurch werden höhere Personalkosten vermieden, weil die Möglichkeit besteht, durch eine Um- oder Versetzung des ausgewählten Bewerbers die freigewordene Stelle nicht mehr wertgleich zu besetzen.

Das Recht, die Stelle im Wege der Organisationsfreiheit vorrangig durch Um- oder Versetzung zu besetzen, ist auf Grund der erfolgten Ausschreibung nicht ausgeschlossen. Ein dem Art. 33 Abs. 2 GG entsprechendes Auswahlverfahren ist nur dann durchzuführen, wenn der öffentliche Arbeitgeber die zu besetzende Stelle unbeschränkt ausgeschrieben hat. Dann muss eine Gleichbehandlung zwischen Beförderungs- und Versetzungsbewerbern erfolgen (st. Rspr. vgl. BVerwG 25. November 2004



- 2 C 17.03 - BVerwGE 122, 237; Senat 17. Januar 2006 - 9 AZR 226/05 - AP BAT-O § 24 Nr. 6). Dies war vorliegend nicht der Fall. Die Ausschreibung enthält den ausdrücklichen Hinweis darauf, dass das Auswahlverfahren in vier Stufen erfolgen werde und wertgleiche dienststellen- und ressortinterne Bewerbungen vor anderen Bewerbungen berücksichtigt werden.

IV. Der Kläger hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten des erfolglosen Revisionsverfahrens zu tragen.

49

Düwell

Reinecke

Böck

Hintloglou

Klosterkemper

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