

Aktenzeichen: 9 AZR 554/09
Bundesarbeitsgericht 9. Senat

Urteil vom 12. Oktober 2010
- 9 AZR 554/09 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 29. August 2008
- 58 Ca 10541/08 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 4. Dezember 2008
- 18 Sa 2121/08 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Konkurrentenklage - kirchliche Hochschule

Gesetze:

GG Art. 1 Abs. 3, Art. 33 Abs. 2, Art. 140; WRV Art. 137 Abs. 3; BGB § 280 Abs. 1, § 823 Abs. 2; GVG § 17a Abs. 5; HRG § 70 Abs. 3; Berliner Hochschulgesetz (BerlHG) § 123 Abs. 1, § 124 Abs. 1

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 554/09
18 Sa 2121/08
Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
12. Oktober 2010

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. Oktober 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Düwell, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

und Dr. Suckow sowie die ehrenamtlichen Richter Preuß und Ropertz für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 4. Dezember 2008 - 18 Sa 2121/08 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Der Kläger begehrt von der Beklagten, das Auswahlverfahren zur Besetzung einer Professorenstelle zu wiederholen, hilfsweise, ihm Schadenersatz zu leisten. 1

Die Beklagte ist eine Hochschule in kirchlicher Trägerschaft. Mit Bescheid vom 17. Februar 1972 stimmte der Senator für Wissenschaft und Kunst von Berlin der Errichtung der Beklagten zu und verlieh ihr die Rechtsform einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Die Beklagte bekommt ihre persönlichen Ausgaben vom Land Berlin erstattet. Der Haushaltsplan des Landes Berlin wies hierfür in den Haushaltsjahren 2008 und 2009 unter dem Titel mit der Nummer 68540 einen Betrag iHv. jeweils 3.502.000,00 Euro aus. 2

Die Verfassung der Beklagten in der Fassung vom 11. Mai 1990 (*Verf*) sah auszugsweise folgende Bestimmungen vor: 3

„Artikel 1

Name, Sitz, Rechtsform

...

- (3) Die Fachhochschule ist eine Einrichtung der Evangelischen Kirche. Sie ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts im Bereich der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg und als Fachhochschule für Sozialarbeit und Sozialpädagogik im Sinne des



Berliner Hochschulgesetzes staatlich anerkannt.

Artikel 2

Auftrag

- (1) Alle Arbeit der Fachhochschule soll sich am Evangelium ausrichten.
- (2) Die Fachhochschule vermittelt durch anwendungsbezogene Forschung und Lehre eine auf wissenschaftlicher Grundlage beruhende fachliche Bildung, die zur Anwendung wissenschaftlicher Methoden und Erkenntnisse im Beruf befähigt.
- (3) Die Fachhochschule wirkt an der Fort- und Weiterbildung mit.

Artikel 3

Kuratorium

- (1) Das Kuratorium ist das oberste Leitungsorgan.
- (2) Dem Kuratorium gehören der Bischof der Evangelischen Kirche in Berlin-Brandenburg als Vorsitzender und acht weitere von der Kirchenleitung zu berufende Personen an

Artikel 4

Aufgaben des Kuratoriums

- (1) Das Kuratorium wacht über die evangelische Zielsetzung der Fachhochschule und übt die Rechtsaufsicht aus.
- (2) Das Kuratorium stellt den Haushaltsplan der Fachhochschule im Rahmen der von der Evangelischen Kirche in Berlin-Brandenburg und sonstigen Dritten zur Verfügung gestellten Mittel fest.
- (3) Die im Rahmen der Selbstverwaltung der Fachhochschule erlassenen Rechtsvorschriften bedürfen der Bestätigung durch das Kuratorium. Die Bestätigung ist zu versagen, wenn die evangelische Zielsetzung nicht gewährleistet ist.

“

Im Jahr 2008 schrieb die Beklagte in einer Regionalzeitung eine bis zum 30. September 2011 befristete Teilzeitstelle als Professor für den Studien-

4



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



gang Sozialarbeit/Sozialpädagogik im Angestelltenverhältnis aus. Die Vergütung sollte in Anlehnung an die Dienstbezüge eines Beamten der Besoldungsgruppe W 2 erfolgen.

Im Mai 2008 bewarb sich der Kläger, ein Rechtsanwalt mit fünf Jahren forensischer Erfahrung auf dem Gebiet des Sozialrechts, um die Stelle. 5

Mit Schreiben vom 27. Mai 2008 teilte die Rektorin der Beklagten, Frau Prof. Dr. T, dem Kläger mit, der Nominierungsausschuss habe ihn zu einer Teilnahme am weiteren Bewerbungsverfahren ausgewählt. 6

Am 11. Juni 2008 hielten der Kläger und weitere Bewerber in Anwesenheit der Mitglieder des Nominierungsausschusses Probevorlesungen. 7

Am 24. Juni 2008 teilte die Prorektorin Frau Prof. H, die dem Nominierungsausschuss der Beklagten angehörte, dem Kläger mit, die Beklagte gebe drei besser qualifizierten Bewerbern den Vorzug. Aus diesem Grund werde sie ihn nicht auf die Vorschlagsliste setzen, anhand derer das Kuratorium über die Stellenbesetzung befinde. 8

Die von dem Kläger unter dem 25. Juni 2008 geäußerte Bitte, die Auswahlentscheidung zu begründen, lehnte Frau Prof. H ab. 9

Mit Schriftsatz vom 25. Juni 2008, der am Folgetag beim Arbeitsgericht Berlin einging, beantragte der Kläger ua., der Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung zu untersagen, die Stelle bis zum Abschluss eines erneuten Auswahlverfahrens anderweitig zu besetzen. Das Verfahren führte das Arbeitsgericht Berlin unter dem Aktenzeichen - 58 Ga 10479/08 -. 10

Unter dem 26. Juni 2008 teilte die Beklagte dem Arbeitsgericht mit, sie werde die ausgeschriebene Stelle nicht vor dem 31. August 2008 besetzen. 11

Mit Beschluss vom 27. Juni 2008, der dem Kläger am 1. Juli 2008 zugestellt wurde, wies das Arbeitsgericht Berlin den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurück. Der Kläger legte gegen die Entscheidung nicht sofortige Beschwerde ein. 12



In einem Schreiben vom 8. Juli 2008 teilte die Rektorin der Beklagten dem Kläger mit, der Nominierungsausschuss habe ihn nicht auf die Berufungsliste „gesetzt“.

Auf der Grundlage eines vom 6. Oktober 2008 datierenden Arbeitsvertrags besetzte die Beklagte die Stelle zum 1. November 2008 mit Frau Dr. D, einer Mitkonkurrentin des Klägers.

Der Kläger hat die Rechtsauffassung vertreten, die Beklagte habe bei der Besetzungsentscheidung die Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG missachtet. Als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung unterliege die Beklagte, die an der Verwirklichung des staatlichen Bildungsauftrags mitwirke, den Bindungen des staatlichen Rechts. Als öffentliche Arbeitgeberin, die ein öffentliches Amt, das aus öffentlichen Steuergeldern finanziert werde, öffentlich ausschreibe, habe sie das Prinzip der Bestenauslese zu beachten. Die Besetzungsentscheidung sei das Resultat eines intransparenten Besetzungsverfahrens. Der Kläger behauptet, keiner der übrigen Stellenbewerber sei besser qualifiziert als er.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, das Auswahlverfahren zur Besetzung der öffentlich ausgeschriebenen W 2-Professur für Sozialrecht unter seiner Beteiligung und unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts nach den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG zu wiederholen,

hilfsweise festzustellen, dass die Beklagte ihn finanziell so zu stellen hat, als wäre er entsprechend der öffentlichen Ausschreibung zum Wintersemester 2008/2009 als W 2-Professor eingestellt worden.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie ist der Ansicht, als Formalkörperschaft sei sie nicht an Art. 33 Abs. 2 GG gebunden. Die staatliche Anerkennung als Hochschule führe nicht dazu, dass sie Adressat grundrechtsgleicher Verpflichtungen werde. Im Übrigen sei der vermeintliche Anspruch des Klägers infolge der zwischenzeitlichen Besetzung der Stelle untergegangen.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit seiner vom Senat



mit Beschluss vom 21. Juli 2009 zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

- Die zulässige Revision ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts zu Recht zurückgewiesen. 19
- A. Die Klage ist zulässig. 20
- I. Es liegt eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vor, für die der Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten eröffnet ist. 21
1. Einer Rechtswegprüfung durch den Senat steht die Regelung des § 17a Abs. 5 GVG nicht entgegen. Danach prüft das Gericht, das über ein Rechtsmittel in der Hauptsache entscheidet, nicht, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist. Diese Norm bestimmt nur das Verhältnis der verschiedenen staatlichen Gerichtsbarkeiten untereinander (*BAG 16. September 2004 - 2 AZR 447/03 - Rn. 64, AP BGB § 611 Kirchendienst Nr. 44 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 5*). Das Verhältnis der staatlichen Gerichtsbarkeit zu den von einer Kirche im Rahmen ihrer Selbstbestimmung errichteten Kirchengerichten regelt die Vorschrift nicht (*vgl. BVerwG 28. April 1994 - 2 C 23.92 - zu 2 der Gründe, BVerwGE 95, 379*). 22
2. Nach Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 3 WRV ordnet und verwaltet jede Religionsgesellschaft ihre Angelegenheiten selbstständig innerhalb der Schranken der für alle geltenden Gesetze. Sie verleiht ihre Ämter ohne Mitwirkung des Staates und der bürgerlichen Gesellschaft. Deshalb ist bei Streitigkeiten in innerkirchlichen Angelegenheiten infolge des den Kirchen verfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstbestimmungsrechts der Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten nicht eröffnet (*BAG 16. September 2004 - 2 AZR 447/03 - Rn. 65, AP BGB § 611 Kirchendienst Nr. 44 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 5*). Ob 23



ein Handeln dem innerkirchlichen Bereich zuzurechnen ist, entscheidet sich danach, was inhaltlich, der Natur der Sache oder der Zweckbeziehung nach als eigene Angelegenheit der Kirche anzusehen ist (vgl. BAG 7. Februar 1990 - 5 AZR 84/89 - zu I 1 der Gründe, BAGE 64, 131). Bedienen sich die Religionsgesellschaften zur Erfüllung ihrer Aufgaben der Gestaltungsmittel des staatlichen Rechts, sind die staatlichen Gerichte zur Entscheidung berufen. Insoweit kann das den Religionsgesellschaften durch das Grundgesetz eingeräumte Recht, ihre Angelegenheiten selbstständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes zu ordnen und zu verwalten, nur den Inhalt des anwendbaren materiellen Arbeitsrechts beeinflussen (vgl. BAG 11. März 1986 - 1 ABR 26/84 - zu B 1 der Gründe, BAGE 51, 238).

Das Klagebegehren ist nicht den innerkirchlichen Angelegenheiten zuzurechnen. Es ist bürgerlich-rechtlicher Natur. Ausweislich der Ausschreibung sollte der erfolgreiche Bewerber im Angestelltenverhältnis tätig werden. Dementsprechend stützt der Kläger sein Begehren auf Art. 33 Abs. 2 GG und § 280 Abs. 1 BGB, zwei außerhalb des kirchlichen Rechts liegende Rechtsnormen.

II. Auch der Hilfsantrag, mit dem der Kläger die Feststellung eines Schadensersatzanspruchs begehrt, ist zulässig.

1. Das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse liegt vor. Der Kläger hat ein rechtliches Interesse, alsbald feststellen zu lassen, ob die Beklagte ihm gegenüber verpflichtet ist, Schadensersatz zu leisten. Die Schadensersatzverpflichtung einer Partei ist ein Rechtsverhältnis iSd. § 256 Abs. 1 ZPO (vgl. BAG 21. November 2000 - 3 AZR 13/00 - zu A 1 der Gründe, AP BetrAVG § 1 Auskunft Nr. 1 = EzA BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 61).

2. Der grundsätzlich geltende Vorrang der Leistungsklage (vgl. Senat 11. Dezember 2001 - 9 AZR 435/00 - zu I der Gründe, EzA ZPO § 256 Nr. 59) steht der Zulässigkeit des Feststellungsantrags nicht entgegen.

a) Soweit der Kläger eine Schadensersatzverpflichtung für den Zeitraum vom Beginn des Wintersemesters bis zum Tag der Revisionsverhandlung festgestellt begehrt, folgt dies aus den Grundsätzen, die das Bundesarbeitsge-



richt zur Einschränkung des Vorrangs der Leistungsklage entwickelt hat. Der Vorrang dient dem Zweck, Rechtsstreitigkeiten prozesswirtschaftlich sinnvoll zu erledigen (*vgl. Senat 15. März 2005 - 9 AZR 142/04 - zu III 1 der Gründe, BAGE 114, 80*). Deshalb ist eine Feststellungsklage zulässig, wenn mit ihr eine sachgerechte, einfache Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte zu erreichen ist und prozesswirtschaftliche Überlegungen gegen einen Zwang zur Leistungsklage sprechen (*Senat 16. Dezember 2008 - 9 AZR 985/07 - Rn. 19, BAGE 129, 72*).

Diese Erfordernisse sind gewahrt. Das der Vollstreckung nicht zugängliche Feststellungsurteil ist geeignet, den rechtlichen Konflikt der Parteien endgültig zu lösen und weitere Prozesse zu vermeiden. Zwischen den Parteien besteht lediglich Streit über den Grund der Schadensersatzverpflichtung, nicht über die Ausgestaltung der Leistungspflicht.

29

b) Soweit der Kläger ein Feststellungsurteil hinsichtlich der zukünftig fällig werdenden Ansprüche auf Schadensersatz begehrt, gilt der Grundsatz des Vorrangs der Leistungsklage vor der Feststellungsklage ohnehin nicht. Auf Klagen, die zukünftige Ansprüche zum Gegenstand haben, ist der Grundsatz nicht anwendbar (*vgl. Senat 20. Januar 2004 - 9 AZR 43/03 - zu A I der Gründe, AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 65 = EzA BetrAVG § 1 Betriebliche Übung Nr. 5*). Gegenüber Klagen nach § 257 ZPO ist ein Feststellungsantrag nicht subsidiär (*BAG 19. Juni 2001 - 1 AZR 463/00 - zu I 2 a der Gründe, BAGE 98, 76*); die klagende Partei kann zwischen einer Feststellungsklage und einer Klage auf zukünftige Leistung frei wählen (*vgl. BAG 7. November 1995 - 3 AZR 952/94 - zu A 2 a der Gründe, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bühnen Nr. 1*).

30

B. Die Klage ist nicht begründet. Das haben die Instanzgerichte im Ergebnis zu Recht festgestellt. Selbst wenn die Beklagte an das Prinzip der Bestenauslese gebunden wäre, wäre sie weder verpflichtet, das Bewerbungsverfahren zu wiederholen, noch, dem Kläger Schadensersatz wegen einer rechtswidrigen Besetzungsentscheidung zu leisten.

31



- I. Der Kläger hat keinen Anspruch darauf, dass das Auswahlverfahren zur Besetzung der ausgeschriebenen Stelle wiederholt wird. Die Besetzung der Stelle steht dem vom Kläger erhobenen Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG entgegen. Auch im einfachen Gesetzesrecht findet das Klagebegehren keine Rechtfertigung. 32
1. Gemäß Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. 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 fachliches Niveau und rechtliche Integrität gewährleistet werden sollen. Zum anderen trägt Art. 33 Abs. 2 GG dem berechtigten Interesse des Bewerbers an seinem beruflichen Fortkommen Rechnung. 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 24. März 2009 - 9 AZR 277/08 - Rn. 15, BAGE 130, 107*). 33
2. Der auf Art. 33 Abs. 2 GG gestützte Klageanspruch scheitert daran, dass die Beklagte die Stelle am 1. November 2008 endgültig besetzt hat. 34
- a) Der Anspruch des Bewerbers nach Art. 33 Abs. 2 GG auf Übertragung einer Stelle setzt dem Grundsatz nach voraus, dass diese noch nicht besetzt ist. Für eine Neubescheidung ist kein Raum, wenn die begehrte Stelle dem erfolgreichen Konkurrenten rechtswirksam auf Dauer übertragen worden ist (*Senat 18. September 2007 - 9 AZR 672/06 - Rn. 22, BAGE 124, 80*). Da Art. 33 Abs. 2 GG den öffentlichen Arbeitgeber nicht verpflichtet, ein Amt mehrfach zu vergeben (*vgl. Senat 18. September 2007 - 9 AZR 672/06 - Rn. 20 f., aaO*), lässt sich der Eingriff in das Recht des unterlegenen Bewerbers auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nicht mehr korrigieren (*vgl. BVerfG 9. Juli 2002 - 2 BvQ 25/02 - zu II 2 a der Gründe, ZBR 2002, 395*). Art. 33 Abs. 2 GG liegt eine Abgrenzung zwischen den Zugangsrechten von Bewerbern um öffentliche Ämter einerseits und der Organisationsgewalt der öffentli- 35



chen Hand andererseits zugrunde (*Senat 28. Mai 2002 - 9 AZR 751/00 - zu A II 2 a der Gründe, BAGE 101, 153*). Es obliegt allein dem Haushaltsgesetzgeber, darüber zu bestimmen, wie viele Planstellen im öffentlichen Dienst geschaffen werden (*Senat 15. März 2005 - 9 AZR 142/04 - zu III 2 a der Gründe, BAGE 114, 80*). Mit einer Doppelbesetzung der Stelle würde in die Organisationsgewalt der öffentlichen Hand unzulässig eingegriffen (*Senat 28. Mai 2002 - 9 AZR 751/00 - zu A II 2 a der Gründe, aaO*).

b) Diese Grundsätze gelten auch für die Beklagte. Als Körperschaft des öffentlichen Rechts verfügt sie - ähnlich der öffentlichen Hand als Träger der Staatsgewalt - über eine Organisationsgewalt, die als Ausfluss des durch Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 5 Satz 1 und 2 WRV geschützten Selbstbestimmungsrechts gegen den Zugriff Dritter gesichert ist. Der Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts nach Art. 140 GG, Art. 137 WRV vermittelt der Religionsgemeinschaft bestimmte öffentlich-rechtliche Befugnisse, zu denen die Organisationsgewalt gehört (*BVerwG 10. April 2008 - 7 C 47.07 - Rn. 14, NVwZ 2008, 1357*). Dies gilt sowohl für die organisierte Kirche als auch für deren rechtlich selbstständige Teile (*vgl. BVerfG 25. März 1980 - 2 BvR 208/76 - zu C I 2 a der Gründe, BVerfGE 53, 366*). Gemäß Art. 4 Abs. 2 Verf stellt das Kuratorium der Beklagten einen Haushaltsplan im Rahmen der von der Evangelischen Kirche in Berlin-Brandenburg und sonstigen Dritten zur Verfügung gestellten Mittel fest. Die Verpflichtung, eine ausgeschriebene Stelle mit zwei Bewerbern zu besetzen, griffe in unzulässiger Weise in dieses von Verfassungs wegen garantierte Haushaltsrecht ein.

c) Die Beklagte hat die Stelle, auf die sich der Kläger beworben hat, mit Frau Dr. D, einer Mitbewerberin, besetzt. Wann ein öffentliches Amt iSd. Art. 33 Abs. 2 GG besetzt ist, richtet sich nach der Ausgestaltung dieses Amts (*Senat 18. September 2007 - 9 AZR 672/06 - Rn. 26, BAGE 124, 80*). Eine Besetzung des Amts ist erfolgt, wenn dem ausgewählten Bewerber eine gesicherte Rechtsposition eingeräumt ist, die der so vorgenommenen Ausgestaltung des Amts entspricht (*vgl. Senat 28. Mai 2002 - 9 AZR 751/00 - zu A II 4 der Gründe, BAGE 101, 153*). Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor. Unter dem

36

37



6. Oktober 2008 schloss die Beklagte mit Frau Dr. D einen Arbeitsvertrag, der die rechtliche Grundlage für eine Beschäftigung bis zum Befristungsende am 30. September 2011 bildet.

d) Das von der Revision angeführte verfassungsrechtliche Gebot effektiven Rechtsschutzes fordert kein Freimachen der Stelle. 38

aa) Das Gebot effektiven Rechtsschutzes garantiert nicht nur das Recht, die Gerichte anzurufen, sondern auch eine tatsächliche und wirksame gerichtliche Kontrolle. Mit diesen Vorgaben ist die Annahme unvereinbar, der Bewerbungsverfahrensanspruch gehe auch dann unter, wenn der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber unter Verstoß gegen eine den Anspruch sichernde einstweilige Verfügung einen Konkurrenten einstellt (*Senat 18. September 2007 - 9 AZR 672/06 - Rn. 30, BAGE 124, 80*). Einem zu Unrecht übergangenen Bewerber kann deshalb ausnahmsweise ein Anspruch auf Wiederherstellung zustehen, wenn durch das Verhalten der Verwaltung ein effektiver Rechtsschutz verhindert worden ist (*vgl. Senat 28. Mai 2002 - 9 AZR 751/00 - zu A II 5 der Gründe, BAGE 101, 153; so auch BVerwG 4. November 2010 - 2 C 16.09 -*). Der Justizgewährleistungspflicht genügt die öffentliche Verwaltung, wenn sie dem abgelehnten Bewerber rechtzeitig mitteilt, er sei abgelehnt worden (*vgl. BVerfG 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - Rn. 18, ZTR 2007, 707*), und diesem vor der Besetzung des Amts die Möglichkeit gewährt, vorläufigen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen (*vgl. BVerfG 9. Juli 2009 - 2 BvR 706/09 - Rn. 3, NVwZ 2009, 1430*). 39

bb) Nach diesen Maßstäben besteht der Bewerbungsverfahrensanspruch des Klägers im Streitfall nicht fort. Die Beklagte informierte den Kläger rechtzeitig über die Ablehnung seiner Bewerbung und gewährte ihm ausreichend Zeit, vorläufigen Rechtsschutz zu suchen. Am 24. Juni 2008 teilte die Prorektorin der Beklagten, Frau Prof. H, dem Kläger mit, die Beklagte werde nicht ihn, sondern drei Mitbewerber auf die Vorschlagsliste setzen. Mit Schriftsatz vom 25. Juni 2008 beantragte der Kläger einstweiligen Rechtsschutz. Mit Beschluss vom 27. Juni 2008 (- 58 Ga 10479/08 -), der dem Kläger am 1. Juli 2008 zugestellt wurde, wies das Arbeitsgericht Berlin den Antrag des Klägers ab, der Beklagten 40



zu untersagen, die Stelle bis zum Abschluss eines erneuten Auswahlverfahrens anderweitig zu besetzen. Der Kläger legte gegen die Entscheidung des Arbeitsgerichts kein Rechtsmittel ein. Nach Ablauf der zweiwöchigen Beschwerdefrist am 15. Juli 2008, § 569 Abs. 1 Satz 1 ZPO, erwuchs der Zurückweisungsbeschluss in Rechtskraft. Das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes war beendet, bevor die Beklagte und die erfolgreiche Bewerberin, Frau Dr. D, unter dem 6. Oktober 2008 einen Arbeitsvertrag schlossen und Frau Dr. D am 1. November 2008 die Stelle antrat.

e) Der Rechtsgedanke des widersprüchlichen Verhaltens zwingt die Beklagte nicht, die ausgeschriebene Stelle freizumachen, um das Besetzungsverfahren fortzusetzen. Indem die Beklagte mit Schreiben vom 26. Juni 2008 zusagte, die Stelle zunächst nicht zu besetzen, schuf sie auf Seiten des Klägers kein schützenswertes Vertrauen. 41

Im Einzelfall kann die Durchsetzung einer Rechtsposition gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen. Dies kommt unter dem Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens in Betracht, wenn besondere Umstände die Rechtsausübung als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen (vgl. Senat 3. April 2007 - 9 AZR 313/06 - Rn. 53). Die Rechtsprechung nimmt einen Fall des Rechtsmissbrauchs an, wenn durch das Verhalten der einen Seite - bewusst oder unbewusst - für die andere ein schützenswertes Vertrauen auf den Fortbestand des Bisherigen geschaffen worden ist (vgl. BAG 23. August 2006 - 4 AZR 417/05 - Rn. 13, BAGE 119, 205). 42

Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Mit Schreiben vom 26. Juni 2008 teilte die Beklagte dem Arbeitsgericht mit, sie werde die ausgeschriebene Stelle nicht vor dem 31. August 2008 besetzen. Der Kläger konnte nicht darauf vertrauen, dass die Beklagte die Stelle über den bezeichneten Termin hinaus, etwa bis zum Abschluss des Verfahrens in der Hauptsache, freihalten werde. 43

3. Im Übrigen neigt der Senat zu der Auffassung, dass die Beklagte nicht Adressat der öffentliche Arbeitgeber verpflichtenden Regelung des Art. 33 Abs. 2 GG ist. 44



Gemäß Art. 1 Abs. 3 GG binden die Grundrechte - und in gleicher Weise die grundrechtsgleichen Rechte wie das Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG - Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung. Adressat ist die öffentliche Gewalt. Nicht öffentliche Gewalt unterliegt - abgesehen von dem Sonderfall des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG - keiner Grundrechtsbindung (vgl. *Herdegen in Maunz/Dürig GG Stand Oktober 2010 Art. 1 Abs. 3 Rn. 92*). Es spricht vieles dafür, dass die Beklagte nicht dem Bereich der öffentlichen Gewalt zuzurechnen ist.

45

a) Nach dem kirchenpolitischen System des Grundgesetzes ordnet und verwaltet jede Religionsgesellschaft ihre Angelegenheiten selbstständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes. Sie verleiht ihre Ämter ohne Mitwirkung des Staates oder der bürgerlichen Gemeinde, Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 1 und 3 WRV. Diese Vorschriften bezwecken die institutionelle Sicherung der von der Verfassung geforderten Staatsfreiheit der Kirchen (vgl. *BVerfG 9. Dezember 2008 - 2 BvR 717/08 - Rn. 4, NJW 2009, 1195*). Der Staat erkennt die Kirchen als Institutionen mit dem Recht der Selbstbestimmung an, die ihrem Wesen nach unabhängig vom Staat sind und ihre Gewalt nicht von ihm ableiten (vgl. *BVerfG 21. September 1976 - 2 BvR 350/75 - zu B II 1 der Gründe, BVerfGE 42, 312*).

46

b) Die Rechtssubjektqualität der Beklagten als Körperschaft des öffentlichen Rechts führt nicht dazu, dass die Beklagte in die verfassungsrechtliche Pflichtenstellung des Art. 33 Abs. 2 GG einrückt.

47

Die Kirchen, die eine „Sonderstellung innerhalb der staatlichen Rechtsordnung“ (*BVerfG 9. Dezember 2008 - 2 BvR 717/08 - Rn. 4, NJW 2009, 1195*) einnehmen, sind ungeachtet ihrer Anerkennung als Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht dem Staat inkorporiert, also auch nicht im weitesten Sinn „staatsmittelbare“ Organisationen oder Verwaltungseinrichtungen (vgl. *BVerfG 21. September 1976 - 2 BvR 350/75 - zu B II 1 der Gründe, BVerfGE 42, 312*). Die Stellung der Kirchen bedeutet keine Gleichstellung mit anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und unterwirft sie keiner besonderen Kirchenhoheit des Staates. Infolge dieser öffentlichen Rechtsstellung und öffentlichen Wirk-

48



samkeit der Kirchen, die sie aus ihrem besonderen Auftrag herleiten und durch die sie sich von anderen gesellschaftlichen Gebilden unterscheiden, ist die kirchliche Gewalt keine staatliche Gewalt (vgl. BVerfG 9. Dezember 2008 - 2 BvR 717/08 - Rn. 5, aaO); sie umfasst keine hoheitlichen Handlungsmöglichkeiten (Korioth in Maunz/Dürig GG Art. 140 Art. 137 WRV Rn. 83). Die Kirchen sind als Körperschaften des öffentlichen Rechts sui generis Träger der in der Verfassung gewährleisteten Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte, nicht deren Bindungsadressaten (vgl. Höfling in Bonner Kommentar zum GG Stand Oktober 2010 Art. 33 Abs. 1 bis 3 Rn. 113).

c) Die grundgesetzlich garantierte Staatsfreiheit streitet nicht nur für die Kirche als solche, sondern auch für die Beklagte als Einrichtung der Evangelischen Kirche in Berlin-Brandenburg.

49

Der Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts nach Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 5 Satz 1 oder 2 WRV vermittelt der Religionsgemeinschaft bestimmte öffentlich-rechtliche Befugnisse, zu der die Organisationsgewalt gehört (vgl. BVerwG 10. April 2008 - 7 C 47.07 - Rn. 14, NVwZ 2008, 1357). Diese verleiht den Kirchenkörperschaften das Recht, neue rechtsfähige Anstalten, Stiftungen oder Körperschaften einzurichten (vgl. Korioth in Maunz/Dürig GG Art. 140 Art. 137 WRV Rn. 87). Nach Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 3 WRV sind nicht nur die organisierte Kirche und deren rechtlich selbstständigen Teile, sondern alle der Kirche in bestimmter Weise zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform Objekte, bei deren Ordnung und Verwaltung die Kirche grundsätzlich frei ist, wenn die Einrichtungen nach kirchlichem Selbstverständnis ihrem Zweck oder ihrer Aufgabe entsprechend berufen sind, ein Stück des Auftrags der Kirche wahrzunehmen und zu erfüllen (BVerfG 25. März 1980 - 2 BvR 208/76 - zu C I 2 a der Gründe, BVerfGE 53, 366). Maßstab für das Vorliegen dieser Voraussetzungen sind das Ausmaß der institutionellen Verbindung mit einer Religionsgemeinschaft und die Art der mit der Vereinigung verfolgten Ziele (vgl. BVerfG 11. Oktober 1977 - 2 BvR 209/76 - zu B II 2 a der Gründe, BVerfGE 46, 73). In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass nach diesen Kriterien insbesondere

50



Hochschulen in kirchlicher Trägerschaft in den Schutzbereich des Art. 140 GG iVm. Art. 137 Abs. 3 WRV fallen (vgl. *Bayerischer VGH 7. April 1992 - 7 CE 92.10001 - zu 2 der Gründe, NVwZ 1992, 1225*).

Die Voraussetzungen, unter denen das Staatskirchenrecht den Schutz der Art. 140 GG, Art. 137 WRV auf kirchliche Einrichtungen erstreckt, liegen im Streitfall vor. Dies folgt aus der in der Verfassung der Beklagten festgeschriebenen Zweckbestimmung und aus der organisatorischen Struktur der Beklagten. Die Beklagte nimmt als Einrichtung der Evangelischen Kirche, Art. 1 Abs. 3 Satz 1 Verf, ein Stück des Auftrags der Kirche in der Welt wahr. Die Programmatik der Beklagten beschreibt Art. 2 Abs. 1 Verf: „Alle Arbeit der Fachhochschule soll sich am Evangelium ausrichten.“ Nach Art. 4 Abs. 1 Verf wacht das Kuratorium, das oberste Leitungsorgan der Beklagten, Art. 3 Abs. 1 Verf, über die evangelische Zielsetzung der Beklagten. Das Kuratorium versagt den im Rahmen der Selbstverwaltung der Fachhochschule erlassenen Rechtsvorschriften die gemäß Art. 4 Abs. 3 Satz 1 Verf erforderliche Bestätigung, wenn die evangelische Zielsetzung nicht gewährleistet ist. Lehrkräfte, die sich um eine Berufung an die Beklagte bewerben, müssen die evangelische Zielsetzung bejahen, Art. 5 Abs. 4 Satz 1 Verf. Darüber hinaus ist die Beklagte mit der Evangelischen Kirche in Berlin-Brandenburg sowohl institutionell als auch personell eng verflochten. Dem Kuratorium gehören gemäß Art. 3 Abs. 2 Verf der Bischof der Evangelischen Kirche in Berlin-Brandenburg als Vorsitzender und acht weitere von der Kirchenleitung zu berufende Personen an. Diese Verflechtungen spiegelt das Berliner Hochschulgesetz (*BerlHG*) wieder. So heißt es in § 124 Abs. 1 Satz 2 BerlHG, die Beklagte sei eine Körperschaft des öffentlichen Rechts „im Bereich der Evangelischen Kirche Berlin-Brandenburg“.

51

d) Die Beklagte ist nicht schon deswegen dem Bereich der staatlichen Gewalt zuzurechnen, weil sie als staatlich anerkannte Hochschule die Berechtigung hat, Prüfungen abzuhalten und Zeugnisse mit gleicher Geltungskraft zu erteilen wie die staatlichen Hochschulen (vgl. *Bayerischer VGH 7. April 1992 - 7 CE 92.10001 - zu 1 der Gründe, NVwZ 1992, 1225*). Die Anerkennung der nicht staatlichen Hochschule verändert den Rechtsstatus der Hochschule nicht,

52



sie führt nicht zu einer Inkorporation in den staatlichen Bereich. Es verbleibt bei der grundlegenden Unterscheidung zwischen staatlichen Hochschulen, die als Teil der mittelbaren Staatsgewalt Adressaten staatlicher Pflichten sind, einerseits und staatlich anerkannten Hochschulen, die Berechtigte, nicht aber Verpflichtete staatsgerichteter Normen sind, andererseits. Weder Sinn und Zweck der Anerkennung noch die Voraussetzungen, unter denen eine Hochschule in privater Trägerschaft staatlich anerkannt werden kann, deuten darauf hin, dass eine staatlich anerkannte Hochschule wie die Beklagte der Bindung an Art. 33 Abs. 2 GG unterliegt.

aa) Sinn und Zweck der staatlichen Anerkennung ergibt sich aus § 70 Abs. 3 Satz 1 des Hochschulrahmengesetzes (*HRG*) idF der Bekanntmachung vom 19. Januar 1999 (*BGBI. I S. 18*), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes zur Änderung arbeitsrechtlicher Vorschriften in der Wissenschaft vom 12. April 2007 (*BGBI. I S. 506*). Danach kann eine nicht staatliche Hochschule, die aber staatlich anerkannt ist, nach näherer Bestimmung des Landesrechts Hochschulprüfungen abnehmen und Hochschulgrade verleihen. Die staatliche Anerkennung ermöglicht es damit Personen, die an einer nicht staatlichen Hochschule studiert haben, eine Abschlussprüfung abzulegen. Das an einer staatlich anerkannten Hochschule abgeschlossene Studium ist ein abgeschlossenes Hochschulstudium, ohne dass sich die Studierenden einer externen Staatsprüfung unterziehen müssen, § 70 Abs. 3 Satz 2 HRG. Die besonderen Befugnisse, die der Staat durch die staatliche Anerkennung einräumt, erfassen nicht den gesamten Lehrbetrieb, sondern beschränken sich auf die das Studium abschließende Prüfungsphase. Da vorliegend nicht Rechtspositionen im Zusammenhang mit von der Beklagten abgenommenen Prüfungen im Streit sind, braucht der Senat über die Rechtsnatur eines solchen Prüfungsverhältnisses nicht abschließend zu entscheiden.

53

bb) Die Voraussetzungen, an welche die staatliche Anerkennung geknüpft ist, geben keinen Aufschluss über die Geltung des Prinzips der Bestenauslese. Dies gilt sowohl für die bundesgesetzlichen als auch für die Vorschriften des Berliner Landesrechts.

54



(1) Nach § 70 Abs. 1 HRG können Einrichtungen des Bildungswesens, die nach Landesrecht nicht staatliche Hochschulen sind, nach näherer Bestimmung des Landesrechts die Eigenschaft einer staatlich anerkannten Hochschule erhalten, wenn gewährleistet ist, dass das Studium an dem in § 7 HRG genannten Ziel ausgerichtet ist, § 70 Abs. 1 Nr. 1 HRG. Danach soll das Studium Studenten auf ein berufliches Tätigkeitsfeld vorbereiten und ihnen die dafür erforderlichen fachlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Methoden dem jeweiligen Studiengang entsprechend so vermitteln, dass sie zu wissenschaftlicher oder künstlerischer Arbeit und zu verantwortlichem Handeln in einem freiheitlichen, demokratischen und sozialen Rechtsstaat befähigt werden. Weiterhin setzt eine staatliche Anerkennung grundsätzlich voraus, dass eine Mehrzahl von nebeneinander bestehenden oder aufeinanderfolgenden Studiengängen an der Einrichtung allein oder im Verbund mit anderen Einrichtungen des Bildungswesens vorhanden oder im Rahmen einer Ausbauplanung vorgesehen ist, § 70 Abs. 1 Nr. 2 HRG. Außerdem müssen die Studienbewerber die Voraussetzungen für die Aufnahme in eine entsprechende staatliche Hochschule erfüllen, § 70 Abs. 1 Nr. 3 HRG. Zusätzlich haben die hauptberuflich Lehrenden die Einstellungsvoraussetzungen zu erfüllen, die für entsprechende Tätigkeiten an staatlichen Hochschulen gefordert werden, § 70 Abs. 1 Nr. 4 HRG. Schließlich hängt eine staatliche Anerkennung davon ab, dass die Angehörigen der Einrichtung an der Gestaltung des Studiums in sinngemäßer Anwendung der für staatliche Hochschulen geltenden Grundsätze mitwirken, § 70 Abs. 1 Nr. 5 HRG. Keine der genannten Vorschriften verpflichtet die Hochschule, die Bewerber um eine Stelle als Hochschullehrer nach den in Art. 33 Abs. 2 GG festgelegten Kriterien auszuwählen.

55

(2) Aus den Regelungen des 14. Abschnitts des Berliner Hochschulgesetzes folgt nichts anderes. Das Gesetz unterscheidet zwischen Hochschulen, die nicht in der Trägerschaft des Landes Berlin stehen, und Hochschulen, die in kirchlicher Trägerschaft stehen. Während erstere nach § 123 Abs. 1 Satz 1 BerlHG von dem für Hochschulen zuständigen Mitglied des Senats staatlich anerkannt werden können, gilt für Hochschulen in kirchlicher Trägerschaft die spezielle Regelung des § 124 BerlHG. Gemäß § 124 Abs. 1 Satz 1 BerlHG ist

56



die Beklagte staatlich anerkannt. Eines besonderen Aktes staatlicher Anerkennung, die von rechtlichen oder tatsächlichen Voraussetzungen abhängt, bedarf es nicht.

e) Der Umstand, dass Kirchen in Teilbereichen ihres Wirkens einer Bindung an die Grundrechte unterliegen, ist für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht von Bedeutung. 57

Kirchen können staatliche Gewalt ausüben (so bereits BVerfG 17. Februar 1965 - 1 BvR 732/64 - zu II 1 der Gründe, BVerfGE 18, 385). Nur soweit sie die vom Staat verliehenen Befugnisse ausüben oder soweit ihre Maßnahmen den kirchlichen Bereich überschreiten oder in den staatlichen Bereich hineinreichen, betätigen die Kirchen mittelbar auch staatliche Gewalt (vgl. BVerfG 9. Dezember 2008 - 2 BvR 717/08 - Rn. 5, NJW 2009, 1195). Dies gilt vornehmlich für das kirchliche Steuerprivileg, bei dessen Ausgestaltung die Kirche rechtsstaatliche Grundsätze zu beachten hat (vgl. BVerfG 19. August 2002 - 2 BvR 443/01 - zu B 2 b aa der Gründe, NVwZ 2002, 1496). Die Mitwirkung an der Fort- und Weiterbildung, der sich die Beklagte gemäß Art. 4 Abs. 3 Verf verschrieben hat, gehört nicht zu den Materien, die auf die Ausübung staatlicher Gewalt schließen lassen. 58

f) Selbst wenn man zugunsten des Klägers davon ausgeht, dass Beliehene einer - gegebenenfalls modifizierten - Grundrechtsbindung unterliegen, verhilft dies dem Klageantrag nicht zum Erfolg. Die durch die staatliche Anerkennung bewirkte Gleichstellung des Ausbildungsangebots mit dem einer staatlichen Fachhochschule genügt nicht, die Tätigkeit einer nicht staatlichen Fachhochschule rechtlich als die einer beliebigen Unternehmerin zu qualifizieren (vgl. OVG des Saarlandes 18. September 1995 - 1 W 6/95 - NVwZ 1996, 1237). Eine Beleihung unterstellt, berührt diese allenfalls die Rechtsverhältnisse zwischen der Beklagten und den der Prüfungspflicht unterliegenden Studenten, nicht aber das Rechtsverhältnis der Parteien im Streitfall. 59



g) Das von dem Kläger bemühte Argument, die staatliche Finanzierung der Beklagten erfordere die Geltung des Art. 33 Abs. 2 GG, vermag eine abweichende Entscheidung nicht zu rechtfertigen. 60

Nach § 124 Abs. 1 Satz 4 Halbs. 1 BerlHG hat die Beklagte Anspruch auf Erstattung ihrer persönlichen Ausgaben. Der Haushaltsplan des Landes Berlin wies in den Haushaltsjahren 2008 und 2009 unter dem Titel 68540 einen Betrag iHv. jeweils 3,502 Millionen Euro aus. Eine Fachhochschule in nicht staatlicher Trägerschaft, die - wie die Beklagte - laufende staatliche Zuschüsse erhält, ist nicht aufgrund ihrer Finanzverfassung Träger öffentlicher Interessen. Die staatliche Zuwendung ist regelmäßig ein Akt der staatlichen Grundrechtsvorsorge, dient also der Realisierung grundrechtlicher Freiheit und nicht ihrer Beschränkung und Überführung in eine grundrechtliche Bindung der Empfänger (vgl. BVerfG 17. Oktober 2007 - 2 BvR 1095/05 - Rn. 101, DVBl 2007, 1555). Die staatlichen Zuschüsse verlieren mit der Ausschüttung an den Empfänger ihren Charakter als öffentliche Mittel und werden Teil der Finanzausstattung des Empfängers (vgl. OVG des Saarlandes 18. September 1995 - 1 W 6/95 - NVwZ 1996, 1237). Die weitgehende finanzielle Förderung durch den Staat führt deshalb nicht dazu, dass der Zuwendungsempfänger Adressat von Teilhabeansprüchen wird, die ihrer Natur nach gegen den Staat gerichtet sind (vgl. Bayerischer VGH 7. April 1992 - 7 CE 92.10001 - zu 2 der Gründe, NVwZ 1992, 1225). 61

4. Ebenso wenig rechtfertigen einfachgesetzliche Vorschriften das Klagebegehren. 62

a) Die Besetzung der Stelle schließt die Wiederholung des Besetzungsverfahrens aus. Dies gilt unabhängig davon, auf welche Anspruchsgrundlage der Kläger den Bewerbungsverfahrensanspruch stützt. 63

b) Im Übrigen sind die von dem Kläger angeführten Anspruchsgrundlagen nicht geeignet, dem Klageantrag zum Erfolg zu verhelfen. 64

aa) Die Kirchen sind ungeachtet ihres verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts an das für alle geltende Recht gebunden, Art. 140 65



GG iVm. Art. 137 Abs. 3 Satz 1 WRV. Der nicht lediglich den Staat, sondern auch die Subjekte des Privatrechts verpflichtende Normenbestand des bürgerlichen Rechts kennt allerdings das Gebot der Bestenauslese nicht.

bb) Der Kläger kann den erhobenen Bewerbungsverfahrensanspruch nicht erfolgreich auf den Umstand stützen, dass die Beklagte die zu besetzende Stelle öffentlich ausgeschrieben hat. Vorbehaltlich besonderer Umstände erklärt ein Arbeitgeber durch die Ausschreibung einer Stelle den Stellenbewerbern gegenüber nicht, die Stelle mit dem bestqualifizierten Bewerber besetzen zu wollen. Mit der Ausschreibung einer Stelle verfolgt der Arbeitgeber erkennbar den Zweck, einen Überblick über den Bewerbermarkt zu erlangen. Abgesehen von den Fällen, in denen der Arbeitgeber in der Ausschreibung die Kriterien offenlegt, an denen er seine Auswahlentscheidung orientieren will, können die Bewerber nicht darauf vertrauen, der Beste der Bewerber werde eingestellt. Eine Erklärung, der zufolge sie die ausgeschriebene Stelle unter Beachtung des Prinzips der Bestenauslese besetzen werde, hat die Beklagte im Streitfall nicht abgegeben.

66

II. Auch der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag ist unbegründet. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, den Kläger finanziell so zu stellen, als wäre ihm die ausgeschriebene Stelle übertragen worden. Selbst wenn Art. 33 Abs. 2 GG anzuwenden wäre, hätte der Kläger die vom Senat aufgestellten Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nicht hinreichend dargelegt.

67

1. Vergibt ein Arbeitgeber, der bei seiner Auswahlentscheidung an die Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG gebunden ist, eine zu besetzende Stelle zu Unrecht an einen Konkurrenten, kann er dem Stellenbewerber gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet sein. Dem zurückgewiesenen Bewerber stehen allerdings nur dann Schadensersatzansprüche zu, wenn ihm anstelle des Konkurrenten das Amt hätte übertragen werden müssen (vgl. Senat 2. Dezember 1997 - 9 AZR 445/96 - zu I 3 b der Gründe, BAGE 87, 165). Hierfür muss festgestellt werden, dass ein hypothetischer Kausalverlauf bei rechtmäßigem Vorgehen des Arbeitgebers zu einer Entscheidung geführt hätte, die für die Schadensersatz begehrende Partei günstiger gewesen wäre (vgl. BVerwG 17. August 2005

68



- 2 C 37.04 - Rn. 36, BVerwGE 124, 99). Der Bewerbungsverfahrensanspruch verlangt nicht, dass, abweichend von sonst geltenden haftungsrechtlichen Grundsätzen, ein Schadensersatzanspruch unabhängig von adäquater Kausalität zwischen Rechtsverletzung und Schaden eingeräumt wird (vgl. BVerfG 13. Januar 2010 - 2 BvR 811/09 - Rn. 9, BayVBl 2010, 303). Das Verhalten des Arbeitgebers im Bewerbungsverfahren ist für den Schaden eines zurückgewiesenen Bewerbers nur ursächlich, wenn sich jede andere Besetzungsentscheidung des Arbeitgebers als rechtsfehlerhaft erwiesen hätte. Dies erfordert eine Reduktion des dem Arbeitgeber zustehenden Auswahlermessens auf Null. Eine solche Reduktion ist nur anzunehmen, wenn der zurückgewiesene Bewerber nach den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien der bestqualifizierte Bewerber ist. Erst wenn die klagende Partei ihrer diesbezüglichen Darlegungslast genügt, obliegt es dem Arbeitgeber, dem Vortrag substantiiert entgegenzutreten. Dies gilt unabhängig davon, ob der Bewerber seinen Anspruch auf § 280 Abs. 1 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB iVm. Art. 33 Abs. 2 GG stützt (vgl. Senat 19. Februar 2008 - 9 AZR 70/07 - Rn. 27 ff., BAGE 126, 26).

2. Mit seinem Vortrag, es sei nicht vorstellbar, dass „nicht wenigstens einer der drei gelisteten Bewerber schlechter ist als der Kläger“ (Seite 5 der Klageschrift vom 25. Juni 2008), genügt der Kläger der ihm obliegenden Darlegungslast ebenso wenig wie mit seinem Vortrag, er halte es für „nahezu ausgeschlossen, dass drei andere Bewerber insgesamt besser geeignet gewesen sein sollen“ (Seite 1 seines an die Beklagte gerichteten Schreibens vom 10. Juli 2008). Gleiches gilt für seinen Vortrag, er bestreite eine vergleichbare Qualifikation Frau Dr. D (Seite 1 seines Schriftsatzes vom 2. Dezember 2008). Denn der Kläger hat nicht dargetan, dass er nach den Kriterien Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung der Bestqualifizierte unter den Bewerbern um die ausgeschriebene Stelle war. Wird der Vortrag des Klägers als richtig unterstellt, kann nicht ausgeschlossen werden, dass andere über dieselben Qualifikationen verfügten wie der Kläger. Unter Gleichqualifizierten kann der Arbeitgeber auswählen.

69



C. Der Kläger hat die Kosten der ohne Erfolg eingelegten Revision zu 70
tragen, § 97 Abs. 1 ZPO.

Düwell

Krasshöfer

Suckow

Preuß

Ropertz



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)