

Aktenzeichen: 9 AZR 668/96

Bundesarbeitsgericht 9. Senat

Urteil vom 02. Dezember 1997

- 9 AZR 668/96 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 10. Januar 1996

- 19 Ca 22236/95 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 08. August 1996

- 14 Sa 32/96 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Für die Fachpresse : Ja

Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Konkurrentenklage wegen Nichtbeachtung einer landesrechtlichen Regelung zur Frauenförderung - Besetzung der ausgeschriebenen Stelle mit einem Mitbewerber

Gesetz:

GG Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 2; LGG Berlin § 8 Abs. 2

Leitsätze:

1. § 8 Abs. 2 Landesgleichstellungsgesetz Berlin (LGG) verstößt weder gegen Gemeinschaftsrecht noch gegen Art. 3 Abs. 3 GG.
2. § 8 Abs. 2 LGG Berlin begründet keinen über Art. 33 Abs. 2 GG hinausgehenden Anspruch der nicht berücksichtigten Bewerberin auf Übertragung des Beförderungsamtes, wenn die Besetzungsentscheidung nicht nur zwischen ihr und dem vom Arbeitgeber ausgewählten Bewerber getroffen worden ist, sondern auch andere Bewerber/Bewerberinnen als besser qualifiziert beurteilt worden sind. In diesen Fällen kommt nur ein Anspruch auf Neubescheidung in Betracht.
3. Ein Anspruch auf Neubescheidung wird gegenstandslos, wenn die Stelle zwischenzeitlich besetzt ist.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

9 AZR 668/96

14 Sa 32/96 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](#)

- 2 -

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 8. August 1996 - 14 Sa 32/96 - aufgehoben.

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 10. Januar 1996 - 19 Ca 22236/95 - abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

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 über einen Anspruch der Klägerin auf Übertragung der Angestelltenstelle einer Verwaltungsleiterin des F .

Das F ist eine im Bezirk B gelegene kulturelle Einrichtung. Auf die 1994 mit der VergGr. III/II a BAT ausgeschriebene Leitungsstelle bewarben sich u.a. die Klägerin und der später von dem Land ausgewählte B. Die 1948 geborene Klägerin ist Frauenbeauftragte des Bezirks C (§ 24 LGG). Diese Stelle ist mit VergGr. IV a/III BAT bewertet; die Klägerin erhält VergGr. III. Am 31. Januar 1995 entschied das Bezirksamt, dem Land die Besetzung der Stelle mit dem 1962 geborenen B. vorzuschlagen. Dieser war bis dahin als Beamter im Bezirksamt S in der Besoldungsgruppe A 9 tätig. Platz 2 und Platz 3 der vom Bezirksamt aufgestellten Auswahlliste nahmen eine Frau und ein Mann ein; die Klägerin war an vierter Stelle pla-



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



- 3 -

ziert. Nachdem die gewählte Frauenvertreterin des Bezirks R -
(\$ 16 LGG) gegenüber dem Bezirksamt unter Hinweis auf
§ 8 Abs. 2 LGG vergeblich die Auswahl des männlichen Bewerbers
beanstandet hatte, erklärte die von ihr eingeschaltete Senatsver-
waltung für Arbeit und Frauen die Beanstandung hinsichtlich der
beiden nicht berücksichtigten Frauen für begründet. Das Bezirks-
amt wurde um Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung
der Senatsverwaltung gebeten. Mit Beschluß vom 14. Juli 1995 be-
stätigte das Bezirksamt seine Auswahlentscheidung vom 31. Januar
1995 zugunsten von B. Eine von der Klägerin noch im Juli 1995
beim Arbeitsgericht beantragte einstweilige Verfügung, mit der
dem Land die Besetzung der Stelle bis zur rechtskräftigen Ent-
scheidung über ihren Anspruch auf Berücksichtigung ihrer Bewer-
bung untersagt werden sollte, wurde vom Arbeitsgericht zurückge-
wiesen. Die Klägerin legte hiergegen kein Rechtsmittel ein. Das
Land entließ daraufhin B. aus dem Beamtenverhältnis, schloß mit
ihm einen Arbeitsvertrag über eine Tätigkeit als Angestellter mit
der VergGr. III BAT und übertrug ihm die Verwaltungsleitung des
F

Mit ihrer am 21. Juli 1995 bei dem Arbeitsgericht eingegan-
genen Klage hat die Klägerin geltend gemacht, ihre Qualifikation
sei derjenigen von B. zumindest gleichwertig. Hierzu hat sie sich
u.a. auf ihre höhere Vergütung und die Ergebnisse der 1989 er-
teilten Gesamtnoten berufen. Sie sei deshalb nach § 8 Abs. 2 LGG
vorrangig zu befördern. Unstreitig sind im Bezirksamt R

Frauen in der VergGr. III/II a BAT unterrepräsentiert.



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



Die Klägerin hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, ihr die im Amtsblatt von Berlin unter der Kennziffer 813 ausgeschriebene Angestelltenstelle der Verwaltungsleiterin des F (VergGr. III/II a BAT) zu übertragen,

hilfsweise

den Beklagten zu verurteilen, die Bewerbung der Klägerin um die Stelle einer Verwaltungsleiterin/eines Verwaltungsleiters des F (VergGr. III/II a BAT) unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Die Auswahlentscheidung sei nicht zu beanstanden; B. sei besser qualifiziert als die Klägerin..

Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht haben dem Hauptantrag der Klägerin stattgegeben. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

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

Die Revision des Beklagten (Land) ist begründet. Die Klägerin kann nicht verlangen, daß ihr die Verwaltungsleitung des F übertragen wird. Das Land ist auch nicht verpflichtet, die Bewerbung der Klägerin neu zu bescheiden.

A. Ein Anspruch der Klägerin auf Übertragung der Angestelltenstelle ist unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt gegeben.



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



I. Die Klage ist mit dem Hauptantrag zulässig.

1. Der Klageantrag ist hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Die Bezeichnung des Klageziels mit "Übertragung der Angestelltenstelle" entspricht einer im öffentlichen Dienst geläufigen Formulierung. Sie bringt zum Ausdruck, daß die Klägerin ihre tatsächliche Beschäftigung auf der ausgeschriebenen Stelle anstrebt. Der Klageantrag umfaßt damit die vom Land hierfür zu schaffenden rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen einschließlich der ggf. erforderlichen Vertragsänderung.

2. Der Klage fehlt entgegen der Auffassung der Revision nicht das Rechtsschutzbedürfnis. Es ergibt sich bereits aus dem von der Klägerin behaupteten materiell-rechtlichen Leistungsanspruch. Ob eine zwischenzeitliche Besetzung der Stelle, das Haushaltsrecht, Beteiligungsrechte des oder der Personalräte oder die Zuständigkeit der Bezirksämter einer Entscheidung im Sinne der Klägerin entgegenstehen, betrifft die Begründetheit der Klage, nicht ihre Zulässigkeit.

II. Die Klage ist nicht begründet.

1. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht einen Anspruch der Klägerin aus Art. 33 Abs. 2 GG verneint.

Art. 33 Abs. 2 GG eröffnet deutschen Staatsangehörigen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichem Amt. Die Vorschrift betrifft den gesamten öf-



öffentlichen Dienst, damit auch die Einstellung und die Beförderung von Arbeitnehmern. Für den einzelnen Bewerber ergeben sich hieraus unmittelbar Rechte. Jeder kann verlangen, bei einer Bewerbung nach den in Art. 33 Abs. 2 GG aufgestellten Merkmalen beurteilt zu werden. Ein Anspruch auf Einstellung oder Beförderung wächst dem Bewerber indessen nur zu, wenn sich nach den Verhältnissen im Einzelfall jede andere Entscheidung als rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft darstellt und mithin die Berücksichtigung dieses Bewerbers die einzig rechtmäßige Entscheidung ist, weil er absolut und im Verhältnis zu den Mitbewerbern der in jeder Hinsicht am besten geeignete ist (ständige Rechtsprechung, vgl. zuletzt BAG Urteil vom 5. März 1996 - 1 AZR 590/92 (A) - AP Nr. 226 zu Art. 3 GG sowie das Senatsurteil vom 2. Dezember 1997 - 9 AZR 445/96 - zur Veröffentlichung vorgesehen).

Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts erfüllt die Klägerin diese Voraussetzungen im Verhältnis zum Mitbewerber B. nicht.

2. Die Klägerin hat auch keinen Anspruch auf Übertragung der Verwaltungsleitung des F nach § 8 LGG.

a) Die vom Geltungsbereich des Landesgleichstellungsgesetzes erfaßte Berliner Verwaltung (§ 1 LGG) ist gesetzlich zur Frauenförderung verpflichtet. Für den beruflichen Aufstieg wird diese Verpflichtung in § 8 Abs. 2 LGG konkretisiert. Frauen mit einer dem männlichen Mitbewerber gleichwertigen Qualifikation sind unter Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit solange bevorzugt zu



befördern, bis in den höheren Besoldungs-, Vergütungs- oder Lohngruppen der betreffenden Laufbahn der Anteil der Frauen mindestens 50 v.H. beträgt. Die Gleichwertigkeit der Qualifikation bestimmt sich, wie der Zusatz in § 8 Abs. 1 LGG für den Bereich der Einstellung verdeutlicht, nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung, damit nach den auch für die Auswahlentscheidung im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG maßgeblichen Merkmalen.

b) Der Text der Vorschrift läßt keinen Raum für die Auffassung des Landes, es handele sich bei § 8 Abs. 2 LGG lediglich um eine interne Anweisung an die Verwaltung ohne Außenwirkung. Vielmehr verdeutlicht die Regelung, daß Frauen ein justitiabler Anspruch verschafft werden soll. Etwas anderes ergibt sich entgegen der Revision auch nicht aus den der gewählten Frauenvertreterin i.S. von § 16 LGG und dem für Frauenpolitik zuständigen Mitglied des Senats nach § 18 LGG zustehenden Beanstandungs- und Beschwerderechten. Diese gehören vielmehr zu dem im Landesgleichstellungsgesetz vorgesehenen Katalog von Maßnahmen, mit denen die Gleichstellung von Frauen im öffentlichen Dienst verwirklicht werden soll. Die Einbindung in das Stellenbesetzungsverfahren bezweckt erkennbar, die Chancen von Frauen bereits im Vorfeld personeller Entscheidungen zu verbessern. Deren Individualrechte bleiben hiervon unberührt. Frauenförderung setzt auch nicht erst, wie das Land meint, im höheren Dienst ein. § 8 Abs. 2 LGG betrifft vielmehr alle Besoldungs-, Vergütungs- und Lohngruppen in ihrer jeweiligen Wertigkeit und Laufbahn, wie der Wortlaut der Vorschrift unmißverständlich verdeutlicht. Angesichts der aufeinander aufbauenden Vergütungsgruppen des Bundes-Angstellentarifvertrags



handelt es sich deshalb immer bereits dann um ein Beförderung-
amt, wenn die angestrebte Tätigkeit nach den Tätigkeitsmerkmalen
höhere Anforderungen als die bisher ausgeübte Tätigkeit stellt.
Maßgebend ist deshalb nicht die im Wege des Bewährungsaufstiegs
mögliche Vergütungsgruppe, sondern die Vergütungsgruppe, aus wel-
cher der Bewährungsaufstieg folgt. Auch das hat das Landesar-
beitsgericht zutreffend beurteilt und insoweit trotz der Vergü-
tung der Klägerin nach VergGr. III BAT einen möglichen Anspruch
auf Beförderung zu Recht bejaht.

c) Der Senat stimmt dem Landesarbeitsgericht in seiner Beurtei-
lung der Rechtswirksamkeit von § 8 Abs. 2 LGG zu.

Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom
11. November 1997 (C - 409/95 - Marschall zu § 25 Abs. 5 Satz 2
des Beamtengesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen in der Fas-
sung der Bekanntmachung vom 1. Mai 1981 (GV NW S. 234) geändert
durch Art. 1 des 7. Gesetzes zur Änderung dienstrechtlicher Vor-
schriften vom 7. Februar 1995 (GV NW S. 102) verstößt auch die
vergleichbare Berliner Regelung nicht gegen das Gemeinschafts-
recht. Der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts (Beschuß vom
22. Juni 1993 - 1 AZR 590/92 - BAGE 73, 269 = AP Nr. 193 zu
Art. 3 GG) hat leistungsabhängige Quoten mit Öffnungsklausel be-
reits als verfassungskonform beurteilt. Hieran ist festzuhalten.

d) Die Klage hat gleichwohl keinen Erfolg.

aa) Das Landesarbeitsgericht hat die Klägerin und den Mitbewer-
ber B. als gleichwertig qualifiziert beurteilt. Deshalb sei der



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Klägerin das Beförderungsamts zu übertragen. Ihr Anspruch beschränke sich nicht nur auf eine neue Auswahlentscheidung. Der in Art. 33 Abs. 2 GG festgelegte Grundsatz der Bestenauslese sei nicht verletzt. § 8 Abs. 2 LGG begründe bei gleichwertiger Qualifikation der Frau einen hiervon unabhängigen Anspruch. Deshalb sei von der zu Unrecht übergangenen Frau auch nicht darzulegen, daß sie gegenüber den anderen in die enge Wahl der Verwaltung gekommenen Bewerberinnen besser oder gegenüber den Bewerbern jedenfalls gleichwertig qualifiziert sei. Vielmehr sei entsprechend der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung zur Vergabe von Studienplätzen eine Auswahl nur unter den im Verfahren verbliebenen Bewerbern zu treffen.

bb) Diesen Rechtsausführungen stimmt der Senat nicht zu.

Nach Art. 12 Abs. 1 GG hat an sich jeder hochschulreife Studienbewerber unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes und des Sozialstaatsprinzips Anspruch auf Zulassung zum Studium seiner Wahl (BVerfGE 33, 304, 329 ff.). Die Zulassungsbeschränkung durch Rangziffern rechtfertigt sich deshalb nur durch die begrenzte Zahl der zur Verfügung stehenden Plätze und der Zahl der Studienbewerber. Die vorhandenen Studienplätze sollen möglichst gerecht verteilt werden. Diese allein aus der "Not des Mangels" vertretbare Vorgabe verliert ihren Sinn, wenn im Verwaltungsprozeß freie Studienplätze festgestellt werden. Diese sind deshalb ausschließlich unter den Klägern zu verteilen (BVerfGE 39, 258, 271 ff.; BVerwGE 60, 25, 31).



Damit ist die Konkurrenz um ein Amt im öffentlichen Dienst nicht vergleichbar (anderer Ansicht Seitz, Die arbeitsrechtliche Konkurrentenklage, S. 56 ff.). Art. 33 Abs. 2 GG gewährleistet nicht nur das Zugangsrecht des einzelnen. Vielmehr dient es insbesondere auch dem Interesse des Gemeinwohls an einer funktionierenden Verwaltung. Der Grundsatz der Bestenauslese wird deshalb durch eine einfachrechtliche Besetzungsregelung nicht verdrängt. Das von der Klägerin angezogene Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 5. März 1996 (- 1 AZR 590/92 (A) - BAGE 82, 211 = AP Nr. 226 zu Art. 3 GG) ist nicht einschlägig. Dort waren die beiden Beschäftigten, die um die Leitungsstelle konkurrierten, von vornherein auf Platz eins und Platz zwei gesetzt. Die Dienststelle hatte die Auswahl zugunsten dieser beiden Bediensteten vorentschieden.

Demgegenüber hat das Land die Klägerin in der Rangfolge auf Platz vier gesetzt. Damit hat es nicht nur eine Entscheidung zwischen der Klägerin und B. getroffen, sondern auch zwischen der Klägerin und dem Bewerber und der Bewerberin auf Platz zwei und Platz drei. Zwar ist bei der Beurteilung, ob eine Auswahlentscheidung zu beanstanden ist, auf die vom Land berücksichtigten Qualifikationsmerkmale zwischen der abgelehnten Bewerberin und dem erfolgreichen Bewerber und das hierbei beobachtete Verfahren abzustellen. Hieraus ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte für die Richtigkeit oder Fehlerhaftigkeit der weiteren Auswahlentscheidung. Im übrigen fehlten tatsächliche Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, daß die Bewerber von Platz 2 und Platz 3 aus dem Verfahren ausgeschieden sind.



Es kann deshalb offenbleiben, ob das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen hat, die Klägerin verfüge über eine dem B. gleichwertige Qualifikation.

B. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Neubescheidung ihrer Bewerbung. Mit der auf Dauer erfolgten Übertragung der Aufgaben der Verwaltungsleitung des F auf B. ist das Auswahlverfahren abgeschlossen; ein etwaiger Anspruch auf Neubescheidung ist gegenstandslos geworden.

I. Die Klage ist zulässig.

1. Das Landesarbeitsgericht hat sich - nach seiner Auffassung folgerichtig - mit dem von der Klägerin gestellten Hilfsantrag nicht befaßt. Dieser ist dem Senat zur Entscheidung angefallen, ohne daß es insoweit eines besonderen Antrags bedurft hätte (vgl. BAG Urteil vom 18. Dezember 1980 - 2 AZR 1006/78 - BAGE 34, 309 = AP Nr. 22 zu § 102 BetrVG 1972).

2. Die Antragsfassung ist § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO nachgebildet. Er entspricht insoweit der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur beamtenrechtlichen Konkurrentenklage (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 ist die Wiederholung der Auswahlentscheidung (BAG Urteil vom 5. März 1996 - 1 AZR 590/92 (A) - AP Nr. 226 zu Art. 3 GG).



II. Die Klage ist unbegründet.

1. Ein Anspruch auf erneute Auswahl wird im öffentlichen Dienst in Anlehnung an das Verwaltungsrecht auch im Arbeitsrecht anerkannt, wenn sich aufgrund einer Konkurrentenklage die Auswahlentscheidung des Arbeitgebers als rechtsfehlerhaft erweist und die ausgeschriebene Beförderungsstelle noch nicht besetzt ist (BAG Urteil vom 5. März 1996 - 1 AZR 590/92 (A) - AP Nr. 226 zu Art. 3 GG sowie das Senatsurteil vom 2. Dezember 1997 - 9 AZR 445/96 - zur Veröffentlichung vorgesehen). Das Ergebnis der erneut zu treffenden Besetzungsentscheidung ist offen. Der Arbeitgeber ist allerdings verpflichtet, bei seiner Entscheidung die vom Gericht festgestellten Auswahlfehler zu unterlassen; er ist an die Rechtsauffassung des Gerichts gebunden. Dem abgewiesenen Bewerber/der abgewiesenen Bewerberin bleibt damit die Chance erhalten, aufgrund der erneuten Entscheidung nunmehr ausgewählt zu werden.

2. Für eine Neubescheidung ist jedoch kein Raum, wenn die Beförderungsstelle dem erfolgreichen Konkurrenten rechtswirksam auf Dauer übertragen worden ist.

a) Entgegen der Behauptung der Klägerin in der Revision steht fest, daß das Land B. die Verwaltungsleitung des Kulturhauses auf Dauer übertragen hat. Denn tatsächliche Feststellungen im Sinne von § 561 ZPO können auch in den Entscheidungsgründen getroffen werden.



Das Landesarbeitsgericht hat zwar im Tatbestand nur die Entlassung von B. aus dem Beamtenverhältnis und den mit ihm auf der Grundlage der VergGr. III BAT geschlossenen Arbeitsvertrag erwähnt. In den Entscheidungsgründen hat es aber ausdrücklich hervorgehoben, daß die zwischenzeitliche Besetzung der Stelle dem Anspruch der Klägerin auf Übertragung nicht entgegenstehe. Damit hat es diese bindend festgestellt.

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 um ein Beförderungsamt anzuwenden.



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



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).

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; 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). Dabei kommt es nicht darauf an, ob die fehlerhafte Auswahlentscheidung auf einer Verkennung des Leistungsprinzips des Art. 33 Abs. 2 GG beruht oder - wie hier zugunsten der Klägerin unterstellt wird - darauf, daß die Einstellungsbehörde eine normative Vorrangregel wie § 8 Abs. 2 LGG nicht berücksichtigt hat. Denn das Landesgleichstellungsgesetz enthält hierzu keine eigenständige Konfliktlösung. Es beschränkt sich vielmehr auf die Vorgabe der leistungsabhängigen Quote zugunsten von Frauen und sichert deren Einhaltung über die Verfahrensregelungen in §§ 17 f. LGG.

Art. 33 Abs. 2 GG und § 8 Abs. 2 LGG unterscheiden nicht zwischen den verschiedenen Beschäftigtengruppen des öffentlichen Dienstes. Die Vorschriften gelten sowohl für Beamte wie auch für



Angestellte und Arbeiter. Art. 33 Abs. 2 GG läßt eine Differenzierung auch nicht 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 Bewerbungsverfahrensanspruch. Der Begriff des Amtes im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG und der Begriff der "Stelle" im Sinne von § 8 LGG sind weit zu verstehen. Sie betreffen die konkrete Tätigkeit mit einem bestimmten Aufgabenkreis, den konkreten Arbeitsplatz. Dieser steht mit der Übertragung auf einen Dritten nicht mehr zur Verfügung.

Soweit in der Literatur (Günther, ZTR 1993, 281) eine Lösungsmöglichkeit in § 134 BGB, nämlich der Nichtigkeit des Arbeitsvertrages mit dem Konkurrenten sieht, so ist dem nicht zu folgen. Danach sind Rechtsgeschäfte, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, nichtig. Zwar gebietet § 8 Abs. 2 LGG dem Beklagten, die Auswahl zwischen den Bewerbern nach den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG zu treffen und bei gleichwertiger Qualifikation die Frau vorrangig zu berücksichtigen. Rechtsgeschäfte, die nur gegen ein solches einseitiges Verbot verstoßen, sind jedoch regelmäßig gültig (Palandt/Heinrichs, BGB, 56. Aufl., § 134 Rz 9, m.w.N.).

3. Etwas anderes gilt nicht deshalb, weil das Arbeitsgericht in dem Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung die Auffassung vertreten hat, die Stellenbesetzung sei unbeachtlich. Ggf. sei das Land verpflichtet, das Arbeitsverhältnis mit B. zu kündigen oder ihn zu versetzen. Die rechtsfehlerhafte Ansicht des Arbeitsgerichts bindet nicht.



III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Leinemann

Düwell

Reinecke

Weiss

Leinemann

zugleich für den
ausgeschiedenen

Richter Prof. Hammer



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)