

Aktenzeichen: 9 AZR 70/07
Bundesarbeitsgericht 9. Senat

Urteil vom 19. Februar 2008
- 9 AZR 70/07 -

I. Arbeitsgericht
Trier

Urteil vom 11. April 2006
- 3 Ca 187/06 -

II. Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Urteil vom 14. September 2006
- 4 Sa 428/06 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Konkurrentenklage - Schadensersatz

Gesetze:

GG Art. 33 Abs. 2, Art. 19 Abs. 4; BGB §§ 133, 135, 136, 157, § 162 Abs. 2, § 280, § 823 Abs. 2; ZPO § 253 Abs. 2, § 264 Nr. 3

Leitsätze:

1. Nach Beendigung des Auswahlverfahrens und verbindlicher Stellenbesetzung können dem unterlegenen Bewerber Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 2 BGB iVm. Art. 33 Abs. 2 GG zustehen. Diese setzen voraus, dass der öffentliche Arbeitgeber bei fehlerfreier Auswahl nach den Grundsätzen des Art. 33 Abs. 2 GG dem unterlegenen Bewerber das Amt hätte übertragen müssen.

2. Die Art des vom Bewerber praktizierten Führungsstils kann ein geeignetes Auswahlkriterium gem. Art. 33 Abs. 2 GG sein. Die Berücksichtigung dieses Kriteriums setzt voraus, dass die zu besetzende Stelle mit Personalführungsaufgaben verbunden ist. Der Arbeitgeber bestimmt die Art des Führungsstils, die er von seinen Führungskräften verwirklicht sehen möchte. Er darf bei fachlicher Gleichwertigkeit den Bewerber mit dem bevorzugten (hier: kooperativen) Führungsstil auswählen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 70/07

4 Sa 428/06

Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. Februar 2008

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

beklagtes, berufungsbeklagtes und revisionsbeklagtes Land,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 19. Februar 2008 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell, den Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer,



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner sowie die ehrenamtlichen Richter Hintloglou und Pfelzer für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 14. September 2006 - 4 Sa 428/06 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Der Kläger begehrt, so gestellt zu werden, als wäre ihm die vom be- 1
klagten Land ausgeschriebene Stelle an der Universität T mit Wirkung vom
1. April 2006 übertragen worden.

Der im November 1953 geborene Kläger hat als Schulabschluss an 2
einem Aufbaugymnasium die mittlere Reife erworben. Nach einer Berufsaus-
bildung als Fernmeldemonteur arbeitete er in diesem Beruf bei den Stadt-
werken T. Später absolvierte er Ausbildungen zum Flugzeugfunkgeräte-
mechaniker, zum Flugzeugfunkgerätemeister, zum Technischen
Betriebswirt und zum Bürokaufmann. Im Anschluss daran studierte er Elektro-
technik an der Fachhochschule R, Abteilung T. Nach dem Diplomabschluss war
er als Entwicklungsingenieur in einem Industrieunternehmen tätig. Seit 1990 ist
er an der Universität T beschäftigt. 1993 wurde er zum Leiter der Haus- und
Betriebstechnik/Bauangelegenheiten in der technischen Abteilung und zum
stellvertretenden Abteilungsleiter der technischen Abteilung bestellt. Seine
Vergütung erfolgte nach der VergGr. Ib BAT. In einem von Herrn Prof. Dr.-Ing.
W, Technische Universität K, erstellten Gutachten wurde dem Kläger für die
Frage der tariflichen Eingruppierung bescheinigt, dass er „gleichwertige Fähig-



keiten und Erfahrungen mit einem Diplomingenieur einer Universität oder Technischen Hochschule“ aufweise.

Das beklagte Land schrieb die zum 1. April 2006 zu besetzende Stelle der Leiterin/des Leiters der technischen Abteilung (A 15 BBesG/VergGr. Ia BAT) aus. Dort heißt es auszugsweise:

3

„Für die vielseitige und verantwortungsvolle Tätigkeit suchen wir eine engagierte, kooperative und durchsetzungsfähige Persönlichkeit mit mehrjähriger einschlägiger und fachrichtungs-übergreifender Berufserfahrung und ausgeprägter Führungskompetenz.

Einstellungsvoraussetzungen sind ein abgeschlossenes Studium an einer Universität oder Technischen Hochschule im Bereich Ingenieurwissenschaften oder Wirtschaftsingenieurwesen; nachgewiesene Erfahrungen im Flächenmanagement, FM und KLR sind erwünscht.“

Nach der Stellenbeschreibung vom 23. November 2005 erfordert die Stelle:

4

”

Schwerpunkte:

Personelle Leitung

Personalplanung, -führung und -entwicklung

Fachliche Leitung:

1 b Abgeschlossenes wissenschaftliches Hochschulstudium an einer Universität oder technischen Hochschule im Bereich der Ingenieurwissenschaften oder Wirtschaftsingenieurwesen

“

Am 16. Januar 2006 führte das beklagte Land mit dem Kläger und weiteren vier Bewerbern Vorstellungsgespräche. Für die Universität nahmen deren Präsident, der stellvertretende Kanzler, die Personalleiterin, der Abteilungsleiter Haushalt und Finanzen, ein Mitarbeiter der Personalabteilung, ein

5



Mitglied des Personalrats, die Schwerbehindertenvertretung sowie als externer Berater der Leiter der Zentralen Betriebseinheit Technik der Technischen Universität K teil. Unter dem 24. Januar 2006 fertigte der stellvertretende Kanzler der Universität T einen Vermerk über die Auswahlentscheidung zur Besetzung der ausgeschriebenen Stelle. Dort heißt es auszugsweise:

„...“

Die Vorstellungsgespräche liefen in standardisierter Form ab.

Als zentrale Auswahlkriterien sind herauszuheben:

- breit gefächerte und übergreifende Fachkenntnisse ingenieurmäßiger und betriebswirtschaftlicher Art;
- ausgeprägte Führungskompetenz.

Alle fünf Kandidaten wurden zunächst um persönliche Vorstellung einschließlich Motivation zur Bewerbung und Eignungsprofil für die zu besetzende Stelle gebeten; danach wurden Fragen zu vier Themenbereichen (mit Fallbeispielen) gestellt:

1. Fachkenntnisse ingenieurmäßiger/betriebswirtschaftlicher Art mit den Fallbeispielen ‚Senkung der Strom-/Wärmekosten‘, ‚Reduzierung der Kosten des technischen Gebäudemanagements‘, ‚Haushaltsrecht‘ und ‚Ausschreibungsverfahren am Beispiel Strom und Gas‘ bzw. ‚Baufaufträge‘.
2. Führungskompetenz mit Fallbeispiel ‚Umgang mit kritischem Mitarbeiter‘.
3. Beratungskompetenz sowie Kooperationsfähigkeit innerhalb der Universität mit Fallbeispielen aus der Praxis der Bewerber.
4. Managementkompetenz mit einem Fallbeispiel zur Lösung einer neuen umfangreichen Aufgabe ohne zusätzliche personelle Ressourcen.

Alle Kandidaten hatten zudem Gelegenheit, selbst Fragen zu stellen.

...

Mit der Eingruppierung von Herrn G in die Gruppe der



Beschäftigten mit Tätigkeiten, die eine abgeschlossene wissenschaftliche Hochschulausbildung voraussetzen (Entgeltgruppe 13 TVöD) ist er vom HMI einem Universitäts-TU-Abschluss gleichgestellt.

...

Als für die Besetzung in Frage kommende Bewerber bleiben nach den geschilderten Eindrücken nunmehr nur noch Herr Ba und Herr G. Der als externer Berater auf Empfehlung des Kanzlers der Universität M hinzugezogene Leiter der Zentralen Betriebseinheit der Technischen Universität K, Herr Dr. Ing. Bo, trägt die bisher vorgenommene Reduzierung und Eingrenzung des Bewerberfeldes und deren Begründung in vollem Maße mit.

Auf die verbliebenen Bewerber ist im folgenden nochmals gesondert einzugehen. Dabei ist als erstes festzuhalten, dass - sowohl nach Einschätzung des Unterzeichners als auch des externen Beraters, Herrn Dr. Bo - hinsichtlich der geforderten Fachkompetenzen ingenieurmäßiger/betriebswirtschaftlicher Art und bei den gewünschten Zusatzqualifikationen Leistung und Befähigung der beiden Bewerber Ba und G als absolut gleichwertig einzuschätzen sind. Beide sind demnach in gleichem Maße für die Stelle nach diesen Kriterien geeignet.

Die Reihenfolge für den Einstellungsvorschlag muss sich dementsprechend nach den anderen, eingangs genannten Kriterien, d.h. insbesondere Führungskompetenz sowie gegebenenfalls ergänzend Beratungs-, Kooperations- sowie Managementkompetenz und sonstigen Erwägungen ergeben. Dabei ist daran zu erinnern, dass die Universitätsleitung im Rahmen der Personalentwicklungsdebatte seit 2000 den ‚kooperativen Führungsstil‘ als angemessen für die Universität mehrfach herausgehoben und ihn in ihren Grundsätzen zur Führung und Zusammenarbeit auch verankert hat.

Bei der Suche nach ausgeprägter Führungskompetenz stehen sich beide Bewerber, obwohl in Lebensalter und den Berufsjahren mit Führungserfahrungen sehr unterschiedlich, auf den ersten Blick gleichwertig gegenüber. Sowohl der Bewerber Ba als auch der Bewerber G er-



scheinen als ausgeprägte Führungsnaturen, die gewohnt sind, Mitarbeiter anzuleiten, ihnen Weisungen zu geben und Mitarbeiter zu organisieren, um einen gewünschten Arbeitserfolg zu erreichen.

Bei genauerer Betrachtung unterscheiden sich die Führungsstile jedoch erheblich:

Herr Ba führt trotz des Eingangsstatements, er ‚habe seinen Führungsstil in den letzten Jahren deutlich verändert‘, nach vielen Jahren an der Universität immer noch erkennbar direktiv von oben nach unten.

Dagegen lässt Herr G erwarten, im klassischen Sinne kooperativ zu führen, also mit Überzeugung und Motivation. Er verweist zudem auf eigene Erfahrungen mit direktiven Führungsstilen im Rahmen der Führungsschulung und -umsetzung bei der Hotelgruppe R, die er innerlich abgelehnt habe, da sie ihm ‚zu manipulativ‘ und im Ergebnis nicht erfolgreich waren.

...“

Diesen Auswahlvermerk leitete die Personalabteilung dem Personalrat am 25. Januar 2006 mit der Bitte um Zustimmung zu. Der Personalrat teilte der Personalabteilung mit Schreiben vom 27. Januar 2006 seine Zustimmung mit. Am 31. Januar 2006 schrieb die Universität dem Kläger, dass sie beabsichtige, die ausgeschriebene Stelle nicht mit ihm zu besetzen.

6

Bereits am 27. Januar 2006 beantragte der Kläger beim Arbeitsgericht den Erlass einer einstweiligen Verfügung, um zu verhindern, dass die ausgeschriebene Stelle mit dem Mitbewerber G besetzt würde. Der Kläger war im einstweiligen Verfügungsverfahren in beiden Instanzen unterlegen. Das beklagte Land besetzte die Stelle daraufhin zum 1. September 2006 mit dem Mitbewerber G.

7

Nach Abschluss des Mitbestimmungsverfahrens holte die Universität T ein Fachgutachten bei der Technischen Universität K darüber ein, ob der Bewerber G über Kenntnisse und Erfahrungen verfüge, die einem abgeschlossenen wissenschaftlichen Hochschulstudium entsprächen. In dem darauf am 13. Februar 2006 erstellten Gutachten wird dem Mitbewerber G die Befähigung attestiert, wie ein Absolvent einer wissenschaftlichen Hochschule

8



Zusammenhänge zu überschauen und Ergebnisse entwickeln zu können. Weiter wird eine ähnlich gründliche Beherrschung eines entsprechenden Wissensgebiets, vergleichbar einem Angestellten mit abgeschlossener wissenschaftlicher Hochschulbildung, bescheinigt.

Der Kläger hat zunächst beantragt,

9

das beklagte Land zu verurteilen, die ausgeschriebene Stelle ausschließlich mit dem Kläger zu besetzen,

hilfsweise,

über die Bewerbung des Klägers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

Nach der Besetzung der ausgeschriebenen Stelle mit dem Mitbewerber G hat der Kläger seinen Antrag im Berufungsverfahren neu gefasst. Er hat zuletzt beantragt:

10

Das beklagte Land wird verurteilt, den Kläger so zu stellen, als wäre ihm die ausgeschriebene Stelle als Leiter der technischen Abteilung (VergGr. Ia BAT) mit Wirkung vom 1. April 2006 übertragen worden.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen.

11

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Schadensersatzanspruch weiter.

12

Entscheidungsgründe

A. Die Revision des Klägers ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage im Ergebnis zu Recht nicht stattgegeben. Die zulässige Klage ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf den geltend gemachten Schadensersatz.

13

I. Die Klage ist zulässig.

14



1. Sie ist hinreichend bestimmt. 15
- a) Gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag enthalten. Der Streitgegenstand und der Umfang der gerichtlichen Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis müssen klar umrissen sein (*BAG 19. März 2003 - 4 AZR 271/02 - BAGE 105, 275, zu II 2 der Gründe*). Für das Verständnis eines Klageantrags ist nicht an dem buchstäblichen Wortlaut der Antragsfassung zu haften. Bei Zweifeln ist der Antrag auszulegen. Das Gericht hat den erklärten Willen zu erforschen, wie er aus der Klagebegründung, dem Prozessziel und der Interessenlage hervorgeht. Die für Willenserklärungen geltenden Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) sind für die Auslegung von Klageanträgen heranzuziehen. Das gilt auch im Revisionsverfahren (*Senat 23. Januar 2007 - 9 AZR 557/06 - Rn. 20, AP BGB § 611 Mobbing Nr. 4; 3. April 2001 - 9 AZR 301/00 - BAGE 97, 241, zu I 1 a der Gründe*). 16
- b) Nach der danach gebotenen Auslegung genügt der Antrag des Klägers den Anforderungen an die hinreichende Bestimmtheit iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 17
- Der Kläger begehrt im Wege der Leistungsklage, so gestellt zu werden, als wäre ihm die ausgeschriebene Stelle als Leiter der technischen Abteilung (VergGr. Ia BAT) mit Wirkung vom 1. April 2006 übertragen worden. Mit diesem Inhalt wäre der Antrag mangels vollstreckbaren Inhalts zu unbestimmt. Es wird nicht deutlich, in welchem Umfang der Kläger wie ein Leiter der technischen Abteilung behandelt werden will. Der Antrag kann vom Senat konkretisierend dahingehend ausgelegt werden, dass es ihm allein um die finanzielle Gleichstellung in der Vergütung geht. Zwar beschränkt sich sein Antrag nicht ausdrücklich auf die Differenz zwischen seiner bisherigen VergGr. Ib BAT und der angestrebten VergGr. Ia BAT. Der Kläger gibt in der Klagebegründung jedoch keine anderen Nachteile durch die entgangene Beförderung an. Mit dieser Beschränkung, ihn ab dem 1. April 2006 vergütungsmäßig „so zu stellen“, als wäre er befördert worden, ist die Klage hinreichend bestimmt und als Feststellungsklage zulässig (*vgl. im Ergebnis auch BAG 19. April 2005 - 3 AZR* 18



128/04 - AP TVG § 1 Tarifverträge: Deutsche Post Nr. 7; 27. Januar 1998 - 3 AZR 432/96 -, zu B I und II der Gründe). Der Kläger hat auf den Hinweis des Senats in der mündlichen Revisionsverhandlung klargestellt, dass er lediglich die Schadensersatzpflicht des beklagten Landes in Höhe der Vergütungs-differenz feststellen lassen wolle. Diese Klarstellung im Revisionsverfahren beinhaltet keine unzulässige Antragsänderung. Es handelt sich lediglich um eine zulässige Beschränkung. Diese ist jedenfalls dann unbedenklich, wenn sie sich - wie hier - auf einen Sachverhalt stützt, der vom Tatrichter bereits fest-gestellt worden ist (vgl. Zöller/Gummer ZPO 26. Aufl. § 559 Rn. 10).

2. Der Feststellungsklage steht hier nicht der grundsätzliche Vorrang einer möglichen Leistungsklage entgegen. Der Kläger hat ein rechtliches Interesse, alsbald feststellen zu lassen, in welcher Höhe er künftig dauerhaft Vergütung beanspruchen kann. Er darf nicht auf monatliche Leistungsklagen für zukünftige Zeiträume verwiesen werden (vgl. BAG 27. Januar 1998 - 3 AZR 432/96 -, zu B III 2 der Gründe).

3. Entgegen der Auffassung des beklagten Landes war auch in der Be- rufungsinstanz über den vom Kläger geänderten Klageantrag zu entscheiden. Als das beklagte Land die ausgeschriebene Stelle nach Abschluss des einst- weiligen Verfügungsverfahrens mit dem Konkurrenten G besetzte, konnte der Kläger den ursprünglich auf Besetzung der Stelle gerichteten Antrag dahin- gehend ändern, ihn so zu stellen, als wäre ihm die ausgeschriebene Stelle übertragen worden. Diese Änderung war nach § 264 Nr. 3 ZPO zulässig. Die Besetzung der Stelle stellt sich als eine „später eingetretene Veränderung“ iSv. § 264 Nr. 3 ZPO dar. Der Kläger verlangt wegen der Veränderung nicht mehr Erfüllung in Form seiner Beförderung, sondern den Ersatz des Schadens, der durch den unterbliebenen beruflichen Aufstieg entstanden ist. Dies stellt einen typischen Fall von § 264 Nr. 3 ZPO dar (vgl. Zöller/Greger § 264 Rn. 5), der in der ersten und zweiten Instanz ohne Weiteres eine Klageänderung zulässt (vgl. Reichold in Thomas/Putzo ZPO 28. Aufl. § 264 Rn. 1).

4. Diese im Laufe des Berufungsverfahrens vollzogene Klageänderung führt entgegen der Auffassung des beklagten Landes nicht zur Unzulässigkeit

19

20

21



der Berufung. Zwar ist eine Berufung unzulässig, wenn ihr alleiniges Ziel die bloße Erweiterung oder Änderung der Klage in zweiter Instanz ist (vgl. BAG 10. Februar 2005 - 6 AZR 183/04 - EzA ArbGG 1979 § 64 Nr. 40, zu 1 a der Gründe). Das ist hier nicht der Fall. Das Arbeitsgericht hatte sowohl den erstinstanzlichen Haupt- als auch den Hilfsantrag abgewiesen. Damit war der Kläger formell beschwert. Für den Kläger genügt stets eine formelle Beschwer, um ein Rechtsschutzbedürfnis für das Rechtsmittel zu begründen (*Reichold in Thomas/Putzo Vorbem. § 511 Rn. 17, 18*).

II. Die Klage ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch darauf, im Hinblick auf seine Vergütung so gestellt zu werden, als wäre ihm die ausgeschriebene Stelle übertragen worden. Er hatte nach Art. 33 Abs. 2 GG keinen Anspruch auf Übertragung der ausgeschriebenen Stelle. 22

1. Gem. 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 Kriterien beurteilt werden. Dies gilt nicht nur für Einstellungen, sondern auch für den beruflichen Aufstieg innerhalb des öffentlichen Dienstes. Öffentliche Ämter iSd. Art. 33 Abs. 2 GG sind sowohl Beamtenstellen als auch solche Stellen, die von Arbeitnehmern besetzt werden können (*st. Rspr., vgl. Senat 15. März 2005 - 9 AZR 142/04 - BAGE 114, 80, zu III 2 a der Gründe mwN*). 23

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 (*Senat 23. Januar 2007 - 9 AZR 492/06 - Rn. 39, AP ZPO 1977 § 233 Nr. 83 = EzA GG Art. 33 Nr. 30*). 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 (*sog. Bewerbungsverfahrensanspruch; vgl. BVerfG 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - DVBl 2002, 1633, zu B I 1 a der* 24



Gründe; Senat 23. Januar 2007 - 9 AZR 492/06 - aaO mwN; BVerwG 25. November 2004 - 2 C 17.03 - aaO).

2. Der Anspruch des Bewerbers nach Art. 33 Abs. 2 GG auf Übertragung der ausgeschriebenen Stelle setzt voraus, dass diese noch nicht besetzt ist. Ist eine mit dem Amt verbundene Stelle rechtlich verbindlich anderweitig vergeben, kann das Amt nicht mehr besetzt werden. Dann ist der subjektive Anspruch des Bewerbers aus Art. 33 Abs. 2 GG erschöpft (*Senat 18. September 2007 - 9 AZR 672/06 - Rn. 21, MDR 2008, 576; 28. Mai 2002 - 9 AZR 751/00 - BAGE 101, 153, zu A II 2 a der Gründe mwN auch zur Gegenmeinung; vgl. 2. Dezember 1997 - 9 AZR 445/96 - BAGE 87, 165, zu I 3 c der Gründe; 2. Dezember 1997 - 9 AZR 668/96 - BAGE 87, 171, zu B II 2 der Gründe*). 25

Durch die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle zum 1. September 2006 ist der zunächst geltend gemachte Anspruch des Klägers auf die Besetzung der Stelle mit seiner Person oder Wiederholung der Auswahlentscheidung erloschen. Der unterlegene Bewerber hat regelmäßig keinen Anspruch auf „Wiederfreimachung“ oder Doppelbesetzung der Stelle. Nur wenn der öffentlich-rechtliche Dienstherr den effektiven Rechtsschutz des Bewerbers vereitelt, gilt eine Ausnahme. Dann ist es ihm entsprechend den Rechtsgedanken aus § 162 Abs. 2 BGB sowie aus §§ 135, 136 BGB verwehrt, dem übergangenen Bewerber die anderweitige Stellenbesetzung entgegenzuhalten (*vgl. Senat 18. September 2007 - 9 AZR 672/06 - Rn. 30, MDR 2008, 576*). 26

3. Da kein Ausnahmefall der schuldhaften Vereitelung seines Rechtsschutzes vorliegt, hat sich der Kläger zu Recht auf die Geltendmachung des ihm durch die Stellenbesetzung mit dem Konkurrenten entstandenen Vergütungsausfalls beschränkt. Die Voraussetzungen für diesen Schadensersatzanspruch liegen jedoch nicht vor. Dem zurückgewiesenen Bewerber stehen nur dann Schadensersatzansprüche zu, wenn ihm anstelle des Konkurrenten das Amt hätte übertragen werden müssen (*Senat 2. Dezember 1997 - 9 AZR 668/96 - BAGE 87, 171, zu B II 2 b und c der Gründe*). 27



- a) Im Beamtenrecht ist anerkannt, dass ein übergangener Bewerber unter bestimmten Voraussetzungen Schadensersatz wegen einer Amtspflichtverletzung iSd. § 839 BGB iVm. Art. 34 GG verlangen kann (*vgl. BGH 6. April 1995 - III ZR 183/94 - BGHZ 129, 226, zu 3 f der Gründe*). Einem Beamten kann danach wegen Unterlassens seiner Beförderung ein Schadensersatzanspruch zustehen, wenn der Dienstgeber verpflichtet war, ihn zu befördern, die Verletzung dieser Pflicht auf Verschulden beruht und das Unterbleiben der Beförderung durch die Pflichtverletzung adäquat verursacht worden ist (*BVerwG 27. Februar 2003 - 2 C 16.02 - Rn. 10, DVBl 2003, 1548*). 28
- b) Für nicht beamtete Bewerber kommen als Anspruchsgrundlagen § 280 Abs. 1 BGB (*vgl. LAG Brandenburg 3. November 2005 - 9 Sa 379/05 -, zu A II der Gründe*) sowie § 823 Abs. 2 BGB iVm. Art. 33 Abs. 2 GG als Schutzgesetz in Betracht (*vgl. Seitz Die arbeitsrechtliche Konkurrentenklage S. 95*). Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch scheitert hier bereits daran, dass das beklagte Land seine Pflichten aus Art. 33 Abs. 2 GG nicht verletzt hat. 29
- c) Der Kläger hat keinen Verstoß des beklagten Landes gegen Art. 33 Abs. 2 GG und eine dadurch adäquat kausal unterbliebene Beförderung dargelegt (*zur Darlegungs- und Beweislast vgl. BGH 6. April 1995 - III ZR 183/94 - BGHZ 129, 226, zu 5 a der Gründe; LAG Niedersachsen 28. Juni 2005 - 1 Sa 2131/04 -, zu 1 b der Gründe; LAG Mecklenburg-Vorpommern 11. September 2000 - 5 Sa 172/99 -*). 30
- aa) Der Kläger beruft sich ohne Erfolg darauf, das beklagte Land habe sich bei seiner Auswahlentscheidung nicht an das Anforderungsprofil in der Stellenbeschreibung gehalten. Der ausgewählte Mitbewerber verfüge ebenso wie er selbst nicht über ein abgeschlossenes Hochschulstudium. 31
- (1) Der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes hat vor der Besetzung jeder Stelle zwingend ein Anforderungsprofil festzulegen. Nur der am besten geeignete Bewerber für die ausgeschriebene Stelle hat nach Art. 33 Abs. 2 GG einen Besetzungsanspruch. Eine leistungsbezogene Auswahl setzt im Verfahren voraus, dass zuvor für die zu besetzende Stelle ein konkretes An- 32



forderungsprofil festgelegt wird. Dieses allein ermöglicht eine sachgerechte Prognose, wer von den Bewerbern die zukünftigen Aufgaben am besten erfüllen würde. Durch die Bestimmung des Anforderungsprofils werden zugleich die Leistungskriterien für die Auswahl der Bewerber näher konkretisiert (*Senat 21. Januar 2003 - 9 AZR 72/02 - BAGE 104, 295, zu A II 2 a aa (1) der Gründe; BVerwG 16. August 2001 - 2 A 3.00 - BVerwGE 115, 58*). Das Auswahlprofil stellt damit die Verbindung zwischen dem vom öffentlichen Arbeitgeber zu bestimmenden Charakter der Stelle und den von den Bewerbern zu erfüllenden Voraussetzungen her (*Senat 15. März 2005 - 9 AZR 142/04 - BAGE 114, 80, zu III 2 b aa der Gründe mwN*). Ein bloßer Hinweis auf die vorgesehene Vergütungsgruppe ist unzureichend, wenn sich die konkreten Anforderungen der zu besetzenden Stelle aus ihr nicht feststellen lassen. Das Anforderungsprofil muss zur Gewährleistung eines hinreichenden Rechtsschutzes des unterlegenen Bewerbers nach Art. 19 Abs. 4 GG so dokumentiert sein, dass die Auswahlentscheidung nach den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG überprüft werden kann (*Senat 21. Januar 2003 - 9 AZR 72/02 - BAGE 104, 295, zu A II 2 a aa (1) und (2) der Gründe*).

(2) Diesen Anforderungen genügt das in der Stellenausschreibung beschriebene Anforderungsprofil. Danach wurde neben der wissenschaftlichen Ausbildung und mehrjährigen Berufserfahrung insbesondere eine ausgeprägte Führungskompetenz erwartet. Entgegen der Auffassung des Klägers hat sich das beklagte Land bei seiner Auswahlentscheidung auch an das Anforderungsprofil gehalten, obwohl weder der Kläger noch der Mitbewerber G ein abgeschlossenes Hochschulstudium vorweisen konnten. Im Laufe des Einstellungsverfahrens hat das beklagte Land dieses Erfordernis zulässigerweise modifiziert. Danach sollten auch „sonstige Angestellte, die aufgrund gleichwertiger Fähigkeiten und ihrer Erfahrungen entsprechende Tätigkeiten ausüben“ (Vergütungsgruppe Ia Fallgruppe 1a BAT) das Anforderungsprofil erfüllen können. Im Übrigen kann sich der Kläger nicht mit Erfolg auf die fehlende wissenschaftliche Hochschulausbildung des Mitbewerbers G berufen. Er verfügt selbst nicht über diese Qualifikation.

33

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



- (3) Der erfolgreiche Mitbewerber G erfüllte entgegen der Auffassung des Klägers die Voraussetzungen gleichwertiger Fähigkeiten und Erfahrungen. Seine vom beklagten Land angenommene Gleichstellung mit einem Hochschulabsolventen hält sich im Rahmen des dem beklagten Land zustehenden Beurteilungsspielraums. 34
- (a) Die gerichtliche Kontrolldichte einer Auswahlentscheidung iSv. Art. 33 Abs. 2 GG ist eingeschränkt. Zu prüfen ist, ob der Arbeitgeber den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen, in dem er sich bewegen kann, verkannt hat, ob er von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet, sachwidrige Erwägungen angestellt oder gegen Verfahrensvorschriften verstoßen hat. 35
- (b) Diesem Prüfungsmaßstab hält die Beurteilung des beklagten Landes, den Mitbewerber als einem Hochschulabsolventen „gleichwertig“ anzusehen, stand. 36
- (aa) Allerdings kann die Einstufung des Mitbewerbers G als „sonstiger Angestellter“ nicht schematisch auf Grund seiner bisherigen Eingruppierung beim H-M-Institut GmbH (HMI) in Entgeltgruppe 13 des TVöD erfolgen. Unabhängig von der Frage, ob das HMI dem öffentlichen Dienst angehört, könnte die frühere tarifliche Eingruppierung fehlerhaft gewesen sein. 37
- (bb) Die Auswahlentscheidung kann sich ebenso wenig auf das erst nach Abschluss des Auswahlverfahrens eingeholte Gutachten von Prof. Dr.-Ing. H stützen, da dieses zum Beurteilungszeitpunkt noch nicht vorlag. Bei der gerichtlichen Kontrolle ist auf den Zeitpunkt der Auswahlentscheidung abzustellen. Für die Kontrolle sind dabei die Umstände zum Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblich (*Senat 17. Januar 2006 - 9 AZR 226/05 - Rn. 62, AP BAT-O § 24 Nr. 6*). Das ergibt sich schon daraus, dass die gerichtlich zu überprüfende Personalentscheidung der Verwaltung obliegt und diese einen Beurteilungsspielraum hat. Sie kann nur das beurteilen, was zum Zeitpunkt der Beurteilung schon bekannt ist. Zudem würde die Einbeziehung späterer Entwicklungen die Gefahr heraufbeschwören, dass letztlich nie eine endgültige Entscheidung getroffen 38



werden könnte (*Senat 7. September 2004 - 9 AZR 537/03 - BAGE 112, 13, zu B I 3 b bb (1) der Gründe*).

(cc) Die Universität T durfte die Gleichstellung des Mitbewerbers G anhand der eingereichten Bewerbungsunterlagen sowie ergänzend anhand des Vorstellungsgesprächs selbst beurteilen. Dies ist ausweislich des Vermerks über die Auswahlentscheidung vom 24. Januar 2006 auch geschehen. Danach wurden der Kläger und der Mitbewerber G auch nach Einschätzung des hinzugezogenen externen Beraters hinsichtlich der geforderten Fachkompetenzen als gleichwertig eingestuft. Das beklagte Land war nicht verpflichtet, vom Mitbewerber G ein (Vorab-)Gutachten über die Gleichstellung zu verlangen, nur weil der Kläger ein solches vorgelegt hatte. Nach dem Anforderungsprofil war nicht die gutachterlich nachgewiesene Gleichstellung mit einem Hochschulabsolventen Voraussetzung für die ausgeschriebene Stelle. Die Gleichstellung muss nur objektiv gerechtfertigt sein. Der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber kann sich im Rahmen der ihm obliegenden Pflicht zur Prüfung der Eignung eines Bewerbers auch durch ein Vorstellungsgespräch ein Bild von einer Qualifikation verschaffen, wenn diese nach dem Anforderungsprofil nicht in einer bestimmten Form nachgewiesen werden muss oder ein bestimmtes Verfahren vorgeschrieben ist (*vgl. Senat 21. Januar 2003 - 9 AZR 72/02 - BAGE 104, 295, zu A II 2 b aa der Gründe*).

39

(dd) Soweit das beklagte Land den Mitbewerber G als einem Hochschulabsolventen gleichgestellt beurteilt hat, hat es seinen Beurteilungsspielraum nicht verletzt. Die zur Prüfung durchgeführten Vorstellungsgespräche fanden in standardisierter Form statt. Dabei wurden allen Bewerbern ua. Fragen zu vier Themenbereichen mit Fallbeispielen gestellt, die Fachkenntnisse „ingenieurmäßiger“ und betriebswirtschaftlicher Art, Führungskompetenz, Beratungskompetenz und Managementkompetenz betrafen.

40

bb) Die Einschätzung des beklagten Landes, dass sich der Kläger und der Mitbewerber G hinsichtlich der geforderten Fachkompetenzen als absolut gleichwertig gegenüberstanden, hält sich ebenfalls im Rahmen seines Beurteilungsspielraums.

41



- cc) Es ist nicht zu beanstanden, dass das beklagte Land bei gleichwertiger fachlicher Eignung seine Auswahl maßgeblich auf Grund der unterschiedlichen Führungsstile beider Bewerber getroffen hat. 42
- (1) Ausweislich der Stellenausschreibung obliegt dem Leiter der technischen Abteilung der Universität T die personelle Leitung von etwa 60 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern. Damit kommt der Personalplanung, -führung und -entwicklung erhebliche Bedeutung zu. Bei einem solchen Stellenzuschnitt ist nicht zu beanstanden, wenn der Arbeitgeber seine Auswahlentscheidung maßgeblich mit Unterschieden im Führungsstil der in Betracht kommenden Bewerber begründet. Der Arbeitgeber ist frei zu bestimmen, welchen Führungsstil er von seinen Führungskräften erwartet. Da bereits in der Stellenausschreibung darauf hingewiesen worden war, gesucht werde eine „kooperative“ Persönlichkeit, war das beklagte Land nicht gehindert, die im Auswahlgespräch zutage getretenen Fähigkeiten zu bewerten, um den kooperativen Führungsstil zu verwirklichen. 43
- (2) Die Beurteilung des beklagten Landes, warum vom Mitbewerber G eher ein kooperativer Führungsstil zu erwarten sei als vom Kläger, ist nachvollziehbar. Die Beurteilung erfolgte insbesondere auf Grund der Antworten beider Bewerber auf die im Auswahlgespräch gestellte Frage zu dem Umgang mit einem kritischen Mitarbeiter. Im Unterschied zum Kläger zeigte der Mitbewerber konkrete Maßnahmen auf, wie er versuchen würde, das Gespräch zu suchen, Mitarbeiter zu stärken und ihnen Anreize zur Mitarbeit zu geben. Eine auf dieser Grundlage getroffene Bewertung ist nicht rechtswidrig. Zwar handelt es sich insoweit um eine von der Revision gerügte „Momentaufnahme“. Bei einer Auswahl unter Einschluss von externen Bewerbern hat der Arbeitgeber jedoch nur diese Möglichkeit, sich selbst unmittelbar ein Bild zu machen. Sonst muss er auf Bewertungen anderer mit der Folge zurückgreifen, dass die Vergleichbarkeit nicht gewährleistet ist. 44
- dd) Das beklagte Land hat seine Auswahlentscheidung auch hinreichend dokumentiert. Die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes sind verpflichtet, die Leistungsbewertungen und die wesentlichen Auswählerwägungen schriftlich 45



niederzulegen. Diese Pflicht folgt aus Art. 33 Abs. 2 GG iVm. Art. 19 Abs. 4 GG. Sie gilt sowohl für Beamte als auch für Arbeiter und Angestellte (*Senat 21. Januar 2003 - 9 AZR 72/02 - BAGE 104, 295, zu A II 2 b bb der Gründe*). In dem Auswahlvermerk vom 24. Januar 2006 sind die Leistungsbewertungen und die wesentlichen Auswählerwägungen nachvollziehbar festgehalten.

B. Der Kläger hat die Kosten seiner erfolglosen Revision nach § 97 Abs. 1 ZPO zu tragen. 46

Düwell

Gallner

Krasshöfer

Hintloglou

Pfelzer

