

Aktenzeichen: 9 AZR 751/00
Bundesarbeitsgericht 9. Senat

Urteil vom 28. Mai 2002
- 9 AZR 751/00 -

I. Arbeitsgericht
Halle

Urteil vom 23. November 1999
- 5 Ca 1345/99 -

II. Landesarbeitsgericht
Sachsen-Anhalt

Urteil vom 9. November 2000
- 7 Sa 129/00 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Konkurrentenklage im öffentlichen Dienst

Gesetz:

GG Art. 19 Abs. 4, 33 Abs. 2

Leitsätze:

1. Die öffentliche Verwaltung ist verpflichtet, die Besetzung eines öffentlichen Amtes bis zum Abschluß eines Verfahrens vorläufigen Rechtsschutzes zu unterlassen, das ein Mitbewerber gegen die Stellenbesetzung angestrengt hat.
2. Ein öffentliches Amt wird dann besetzt, wenn dem ausgewählten Bewerber eine gesicherte Rechtsposition eingeräumt wird, die der Ausgestaltung dieses Amtes entspricht.
3. Werden nach der Besetzung eines öffentlichen Amtes Fehler festgestellt, die das Ergebnis des Auswahlverfahrens beeinflussen haben können, so besteht kein Anspruch des abgelehnten Bewerbers aus Art. 33 Abs. 2 GG, das Auswahlverfahren zu wiederholen, wenn ihm ausreichend Gelegenheit für die Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes gewährt worden war.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDEsarBEITSGERICHT



9 AZR 751/00
7 Sa 129/00
Landesarbeitsgericht
Sachsen-Anhalt

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
28. Mai 2002

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 28. Mai 2002 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Reinecke, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Zwanziger, die ehrenamtlichen Richter Fox und Dr. Gaber für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 9. November 2000 - 7 Sa 129/00 - wird zurückgewiesen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Besetzung einer Fachseminarleiterstelle.

Der Kläger ist seit dem 1. Oktober 1991 beim beklagten Land im Angestelltenverhältnis als Fachlehrer für Englisch und Sport tätig. Er erhält Vergütung nach der VergGr. II a BAT-O. Im Jahr 1998 schrieb das beklagte Land im Schulverwaltungsblatt die mit VergGr. I a BAT-O bewertete Stelle einer "Fachseminarleiterin/eines Fachseminarleiters für das Lehramt an Gymnasien im Fach Englisch" aus. In der Ausschreibung heißt es ua.:

"Es können sich Lehrkräfte im Angestellten- und Beamtenverhältnis bewerben, die im Schuldienst des Landes an Gymnasien, Gesamtschulen, Schulen des zweiten Bildungsweges (Abendgymnasien, Kollegs) tätig sind.

Beamtinnen und Beamte müssen die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen der Verordnung über die Laufbahn des Schul- und Schulaufsichtsdienstes des Landes Sachsen-Anhalt vom 20.09.1992 (GVBl. LSA S. 698), geändert durch Verordnung vom 04.06.1997 (GVBl. LSA S. 548), erfüllen."

Neben dem Kläger bewarb sich ua. noch Frau O. Die Mitbewerberin war seit dem 31. August 1985 als Angestellte zunächst als Lehrerin an der polytechnischen Oberschule und der erweiterten Oberschule, ab dem 1. August 1991 am Gymnasium tätig. Sie erhält Vergütung nach der VergGr. II a BAT-O.

Das zuständige Referat im Kultusministerium schlug dem Minister vor, die Mitbewerberin zu bestellen. Der Minister folgte dem Vorschlag. Die Bestellung wurde zum 1. Januar 1999 durchgeführt. Auf Antrag des Klägers gab das Arbeitsgericht Halle dem beklagten Land durch einstweilige Verfügung vom 12. Januar 1999 - 5 Ga 40/98 - auf, die Stelle nicht endgültig mit einer anderen Person als dem Kläger zu besetzen und die Mitbewerberin bis zum Abschluß einer neu zu treffenden Auswahlentscheidung von diesem Posten zu entfernen. Das Land befolgte die einstweilige Verfügung.



Das zuständige Fachreferat erstellte am 11. Mai 1999 einen erneuten Besetzungsvorschlag. Es kam wiederum zu dem Ergebnis, die Mitbewerberin sei besser geeignet als der Kläger. Mit Leitungsvorlage vom 9. Juni 1999 machte es dem Kultusminister einen entsprechenden Besetzungsvorschlag. Der Minister zeichnete am 10. Juni 1999 diese Leitungsvorlage ab. Bereits am 26. Mai 1999 hatte das Kultusministerium dem Kläger mitgeteilt, auch im erneuten Auswahlverfahren sei die Entscheidung auf die Mitbewerberin gefallen. Es sei beabsichtigt, sie mit Wirkung vom 1. Juli 1999 zur Fachleiterin zu bestellen. Der Kläger beantragte beim Arbeitsgericht am 7. Juni 1999 erneut eine einstweilige Verfügung. Diesen Antrag hat das Arbeitsgericht Halle mit einem am 24. Juni 1999 verkündeten Urteil abgewiesen (- 5 Ga 12/99 -).

Mit Schreiben, das am 15. Juli 1999 zuing, teilte das beklagte Land der Mitbewerberin mit, das Auswahlverfahren sei zu ihren Gunsten abgeschlossen. Es bestellte sie zur Fachseminarleiterin mit VergGr. I a BAT-O. Außerdem führte es aus, bei "Vorliegen der laufbahnrechtlichen und sonstigen Voraussetzungen" erfolge eine "Höhergruppierung in die nächst höhere Vergütungsgruppe". Damit nahm das beklagte Land seine beamtenrechtlichen Vorschriften in Bezug, nach denen eine Beförderung in ein höheres Amt erst nach einer halbjährigen Erprobung möglich ist. Die Mitbewerberin trat ihre neue Tätigkeit am 15. Juli 1999 an.

Mit Schriftsatz vom 20. Juli 1999 legte der Kläger gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Berufung ein. Das Urteil wurde ihm am 18. August 1999 zugestellt. Das Arbeitsgericht führte in den Gründen aus, das Auswahlverfahren sei frei von Fehlern. Das Landesarbeitsgericht Sachsen-Anhalt hat die Berufung des Klägers mit Urteil vom 27. Oktober 1999 zurückgewiesen (- 7 Sa 558/99 -).

Mit der Klage erstrebt der Kläger eine erneute Auswahlentscheidung. Er ist der Ansicht, auch eine eventuelle Besetzung der Stelle mit seiner Mitbewerberin stünde dem nicht entgegen.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

das beklagte Land zu verurteilen, es zu unterlassen, die Stelle eines (einer) Fachseminarleiters/in für das Fach Englisch an Gymnasien im Bereich des Staatlichen Schulamtes Halle mit Frau O zu besetzen, und Frau O von dieser Stelle durch Umsetzung bzw. Änderungskündigung bis zu einer zu treffenden Auswahlentscheidung zu entfernen,

hilfsweise,

das beklagte Land zu verurteilen, seine Auswahlentscheidung bezüglich der Besetzung der Stelle eines (einer) Fachseminar-



leiters/Fachseminarleiterin für das Fach Englisch an Gymnasien im Bereich des Staatlichen Schulamtes Halle aufzuheben und über die Bewerbung des Klägers auf die vorbezeichnete Fachseminarleiterstelle unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Nachdem der gegen die erste Auswahlentscheidung gerichtete Klageantrag bereits in der ersten Instanz übereinstimmend für erledigt erklärt worden ist, ist allein noch die zweite Auswahlentscheidung Gegenstand des Rechtsstreits. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Mit der Revision verfolgt der Kläger weiterhin das Ziel eines erneuten Auswahlverfahrens.

Entscheidungsgründe

A. Die Revision ist unbegründet. Die zulässige Klage ist unbegründet.

I. Der Haupt- und der Hilfsantrag bedürfen der Auslegung.

Hauptziel des Klägers ist es, das beklagte Land zu verurteilen, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts über seine Bewerbung um die Fachseminarleiterstelle zu entscheiden. Für den Fall, daß dem die Besetzung der Stelle mit der Mitbewerberin entgegenstehen sollte, verfolgt der Kläger das Ziel, die Besetzung der Fachseminarleiterstelle mit der Mitbewerberin zu verhindern oder eine eventuell erfolgte Stellenbesetzung wieder rückgängig zu machen. Die Antragsfassung ist insoweit widersprüchlich. Die Verhinderung der Besetzung einer Stelle setzt nämlich voraus, daß sie noch nicht besetzt ist, während umgekehrt die Entfernung der Mitbewerberin voraussetzt, daß die Stelle bereits an sie vergeben ist. Die Auslegung ergibt, daß die Entfernung nur hilfsweise für den Fall begehrt wird, die Stelle sei bereits besetzt.

2. Der so verstandene Antrag ist als Leistungsantrag ohne weiteres zulässig (vgl. *Senat 2. Dezember 1997 - 9 AZR 445/96 - BAGE 87, 165*). Dem Kläger steht es frei, eine neue Entscheidung über seine Bewerbung auch für den Fall anzustreben, daß die streitbefangene Stelle bereits besetzt sein sollte. Ob es einen derartigen Anspruch gibt,



ist eine Frage der Begründetheit der Klage (*Senat 2. Dezember 1997 - 9 AZR 668/96 - BAGE 87, 171*).

II. Die Klage ist insgesamt unbegründet.

Nachdem das beklagte Land die ausgeschriebene Fachseminarleiterstelle endgültig anderweitig besetzt hat, ist der Kläger nicht mehr berechtigt, eine erneute Auswahlentscheidung zu fordern. Denn der Kläger hat keinen Anspruch darauf, daß das beklagte Land die Stelle wieder freimacht. Ein derartiger Anspruch käme nur in Betracht, wenn dem Kläger die Möglichkeit effektiven Rechtsschutzes genommen worden wäre. Das ist hier nicht geschehen.

1. Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Jede Bewerbung muß nach den genannten Kriterien beurteilt werden. Das gilt nicht nur für Einstellungen, sondern auch für Beförderungen innerhalb des öffentlichen Dienstes (*Senat 2. Dezember 1997 - 9 AZR 445/96 - aaO*). Öffentliche Ämter in diesem Sinne sind nicht nur Beamtenstellen, sondern auch solche Stellen, die von Arbeitnehmern besetzt werden können (*Senat 2. Dezember 1997 - 9 AZR 445/96 - aaO; BVerwG 7. Dezember 1994 - 6 P 35.92 - AP BAT § 2 SR 2 y Nr. 13; 26. Oktober 2000 - 2 C 31/99 - ZTR 2001, 191 f.*).

Die Festlegung auf die in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gibt jedem Bewerber ein subjektives Recht auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren (*Senat 2. Dezember 1997 - 9 AZR 445/96 - aaO*). Sie dient nicht nur dem Interesse des einzelnen Bewerbers, sondern als Prinzip der sog. Bestenauslese auch dem öffentlichen Interesse an einer funktionierenden Verwaltung (*Senat 2. Dezember 1997 - 9 AZR 668/96 - aaO; ähnlich bereits BVerwG 4. November 1976 - II C 59.73 - ZBR 1978, 33; Hess/StGH 13. Mai 1992 - P.St. 1126 - ZBR 1992, 346; allgemeine Meinung in der Literatur vgl. Dreier/Lübbe-Wolf GG Art. 33 Rn. 32 und BK/Höfling Stand 30. April 2002 GG Art. 33 Abs. 1 bis 3 Rn. 48 mit ausführlichen Nachweisen*).

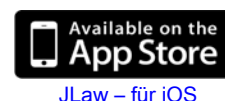
2. Art. 33 Abs. 2 GG verpflichtet den öffentlichen Arbeitgeber nicht dazu, ein Amt mehrfach zu vergeben, wenn nach der Stellenbesetzung festgestellt wird, daß ein Bewerber benachteiligt worden ist.



a) Der Anspruch eines Bewerbers nach Art. 33 Abs. 2 GG setzt voraus, daß es ein öffentliches Amt gibt, das 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 2. Dezember 1997 - 9 AZR 445/96 - und - 9 AZR 668/96 - aaO; ebenso BAG 14. November 2001 - 7 AZR 568/00 - AP MTA SR 2 a § 2 Nr. 1 = EzA TVG § 4 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 2 und 21. Juni 2000 - 5 AZR 805/98 - ZTR 2001, 25; BVerwG 25. August 1998 - 2 C 62.85 - BVerwGE 80, 127; 9. März 1998 - 2 C 4.87 - ZBR 1989, 281; 30. Juli 1993 - 2 B 64.93 - Buchholz 232 § 8 BBG Nr. 49 sowie 21. November 1996 - 2 A 3.96 - nv.; davon möglicherweise in den nicht tragenden Entscheidungsgründen abweichend BVerwG 13. September 2001 - 2 C 39.00 - BVerwGE 115, 89; kritisch auch Huber JZ 1996, 149; offengelassen Dreier/Lübbe-Wolf GG Art. 33 Rn. 50*). Art. 33 Abs. 2 GG liegt eine Abgrenzung zwischen den Zugangsrechten von Bewerbern um öffentliche Ämter einerseits und der Organisationsgewalt der öffentlichen Hand andererseits zugrunde. Es obliegt allein dem Haushaltsgesetzgeber, darüber zu bestimmen, wie viele Planstellen im öffentlichen Dienst geschaffen werden. Die Verwaltung als vollziehende Gewalt hat dann zu entscheiden, ob und wie die Stellen besetzt werden sollen (*BVerfG 18. Juni 1986 - 1 BvR 787/80 - BVerfGE 73, 280; BAG 9. November 1994 - 7 AZR 19/94 - BAGE 78, 244; BVerwG 16. Oktober 2000 - 2 C 31.99 - ZTR 2001, 191; 22. Juli 1999 - 2 C 14.98 - ZTR 1999, 576*). Mit einer Doppelbesetzung der Stelle würde in die Organisationsgewalt der öffentlichen Hand unzulässig eingegriffen.

b) Der Revision ist zuzugestehen, daß allein haushaltsrechtliche Gründe nicht geeignet sind, Rechtsansprüche zu beseitigen. Dem stünde der Grundsatz entgegen, daß der Haushaltsplan weder Rechte begründet noch nimmt (Art. 3 Abs. 2 HGrG; § 2 Abs. 2 LHO LSA). Allerdings verkennt die Revision, daß sich aus Art. 33 Abs. 2 GG kein Recht auf Schaffung einer zusätzlichen Stelle ergibt, um einen Auswahlfehler zu heilen.

c) Soweit die Revision auf die rechtlichen Möglichkeiten verweist, nach denen der Bedienstete, mit dem die Stelle besetzt worden ist, im öffentlichen Dienst anderweitig eingesetzt werden könnte (Versetzung und Abordnung gem. § 12 BAT/BAT-O bzw. §§ 17, 18 BRRG; §§ 26, 27 BG LSA), vermag sie damit nicht durchzudringen. Soweit diese Beschäftigungsmöglichkeiten Teil des Amtes sind, das der ausgewählte Bewerber ausübt, würde dadurch das Amt nicht frei. Ansonsten würde das Amt zwar



frei, aber ein anderes besetzt, ohne daß die Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG beachtet würden. Denn der Einsatz des zunächst ausgewählten nunmehr verdrängten Mitbewerbers in einem anderen Amt müßte zwangsläufig ohne Auswahl anhand dieser Kriterien erfolgen (vgl. *BVerwG 9. März 1989 - 2 C 4.87 - und 25. August 1988 - 2 C 62.85 - aaO*).

3. Das Recht auf gleichen Zugang zum Amt erfordert nicht, die Wirksamkeit der Besetzung eines Amtes mit dem ausgewählten Bewerber davon abhängig zu machen, daß die Auswahlentscheidung fehlerfrei war. Dieses Recht wird auch gewährleistet, wenn für abgelehnte Bewerber die Möglichkeit der Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes zur Sicherung ihres Anspruchs auf Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung besteht.

a) Weitergehenden Ansprüchen steht das öffentliche Interesse an einer effizienten Verwaltung entgegen. Art. 33 Abs. 2 GG dient - wie bereits oben erläutert - nicht nur dem Interesse des einzelnen Bewerbers, sondern auch dem Interesse der öffentlichen Verwaltung an ihrer Leistungsfähigkeit. Auch wenn man davon ausgeht (so *BK/Höfling Stand 30. April 2001 GG Art. 33 Abs. 1 bis 3 Rn. 58*), es könnten die subjektiven Rechte der Bewerber vorrangig sein, dürfen die Erfordernisse effizienten Verwaltungshandelns nicht vollständig vernachlässigt werden. Zudem ist praktische Konkordanz mit dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 3 GG) herzustellen. Diese Prinzipien schützen die wirksame Erfüllung des Amtsauftrages. Die dafür erforderlichen personellen, organisatorischen und sonstigen innerdienstlichen Bedingungen müssen sach- und zeitgerecht geschaffen werden (vgl. *BVerfG 24. Mai 1995 - 2 BvF 1/92 - BVerfGE 93, 37*).

Die Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung setzt voraus, daß Ämter in absehbarer Zeit endgültig besetzt werden können. Alles andere würde zu einer Demotivation der von den Entscheidungen betroffenen Beschäftigten führen. Das wiederum würde die Aufgabenerfüllung der öffentlichen Verwaltung unzumutbar behindern. Dabei können sich die Auswirkungen nicht nur auf die konkrete Stelle und ihr Umfeld erstrecken, sondern auch noch auf weitere Stellen erfassen.

Zu berücksichtigen ist auch das Kontinuitätsinteresse der öffentlichen Verwaltung. Nur durch eine kontinuierliche Aufgabenerfüllung können die Erfahrungen gewonnen werden, die für eine ordnungsgemäße Amtsführung erforderlich sind. Dieser Gesichtspunkt, der im Beamtenrecht unter dem Begriff der "Amtskontinuität" zusam-



mengefaßt wird (*dazu BVerwG 20. Februar 1985 - 1 WB 37/83, 113/84 - BVerwGE 76, 336 mwN*), gilt gleichermaßen auch für die Besetzung von Verwaltungsämtern durch Arbeitnehmer (*aA Günther ZTR 1993, 281, 284*). Für den Bereich der Schulverwaltung gelten insoweit keine Besonderheiten.

Schließlich ist noch zu berücksichtigen, daß sich hochqualifizierte Bewerber nicht auf die jahrelange Unsicherheit einlassen, die mit dem Abwarten eines über drei Instanzen laufenden Hauptsacheverfahrens verbunden wäre. Sie werden sich anderweitig beruflich orientieren. Im Ergebnis würde dann keine Auswahl zwischen den Leistungsstärksten, sondern zwischen den Prozeßfreudigsten bestehen.

b) Auch das von der Revision angeführte verfassungsrechtliche Gebot effektiven Rechtsschutzes iSv. Art. 33 Abs. 2 GG fordert kein Freimachen der Stelle. Es genügt, daß dem nicht ausgewählten Bewerber vor der Stellenbesetzung die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes gewährt wird.

Das Gebot effektiven Rechtsschutzes gilt auch für den Zugang zum öffentlichen Dienst. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob in einer Einstellung Ausübung öffentlicher Gewalt iSv. Art. 19 Abs. 4 GG zu sehen ist. Das Gebot folgt nämlich sowohl aus dieser Bestimmung (*BVerfG 16. Mai 1995 - 1 BvR 1087/91 - BVerfGE 93, 1*) als auch aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG (*BVerfG 12. Februar 1992 - 1 BvL 1/89 - BVerfGE 85, 337*). Beide Vorschriften garantieren den Justizgewährleistungsanspruch (*BVerfG 9. Mai 1989 - 1 BvL 35/86 - BVerfGE 80, 103*). Dieser Anspruch ist erfüllt, wenn dem abgelehnten Bewerber die Möglichkeit vorläufigen Rechtsschutzes vor der Besetzung des Amtes in Anspruch zu nehmen gewährt wird (*BVerfG 2. Senat 3. Kammer 19. September 1989 - 2 BvR 1576/88 - NJW 1990, 501*). Das setzt voraus, daß die öffentliche Verwaltung dem abgelehnten Bewerber rechtzeitig mitteilt, er sei abgelehnt worden. Eine solche Verpflichtung ist für Arbeitsverhältnisse aus § 242 BGB herzuleiten (*Thüringer LAG 13. Januar 1997 - 8 Sa 232/96 - AP ArbGG 1979 § 62 Nr. 10*). Damit besteht - ebenso wie im Beamtenrecht mit dem einstweiligen Anordnungsverfahren nach § 123 VwGO (*BVerwG 9. März 1989 - 2 C 4.87 - und 25. August 1988 - 2 C 62.85 - aaO*) - im Bereich des Arbeitsrechts mit dem einstweiligen Verfügungsverfahren nach § 62 Abs. 2 ArbGG auch diese Möglichkeit der Inanspruchnahme effektiven Rechtsschutzes (*Senat 2. Dezember 1997 - 9 AZR 445/96 - aaO*). Unschädlich ist, daß im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes lediglich zwei und nicht - wie im Hauptsacheverfahren - drei Instanzen eingeräumt sind. Die Verfassung fordert keinen

weiteren Instanzenzug (vgl. *BVerfG 8. Februar 1994 - 1 BvR 765, 766/89 - BVerfGE 89, 381*).

Soweit damit eine Beschränkung verbunden ist, die Entscheidung der Verwaltung in einem Hauptsacheverfahren überprüfen zu lassen, verstößt das nicht gegen das Gebot wirksamen Rechtsschutzes. Zwar ist es unzulässig, den Parteien den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise zu erschweren (*BVerfG 1. Senat 2. Kammer 26. März 2001 - 1 BvR 383/00 - AP GG Art. 20 Nr. 33 = EzA ZPO § 551 Nr. 9*). Durch den Verweis auf das Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes wird der Zugang zum Hauptsacheverfahren jedoch nicht in unzumutbarer Weise erschwert. Für die Erlangung vorläufigen Rechtsschutzes reicht es aus, wenn der dem Antrag zugrunde liegende Anspruch glaubhaft gemacht wird. Das ergibt sich aus § 920 Abs. 2 ZPO, der im arbeitsgerichtlichen Verfahren nach § 62 Abs. 2 ArbGG iVm. § 936 ZPO ebenso wie im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nach § 123 Abs. 3 VwGO Anwendung findet. Damit ist es dem antragstellenden Bewerber sogar unter - gegenüber einem Hauptsacheverfahren - erleichterten Bedingungen möglich, eine für ihn günstige Entscheidung zu erwirken.

c) Weitergehende Rechte ergeben sich für einen abgelehnten Bewerber auch nicht aus einer Zusammenschau von Art. 33 Abs. 2 GG mit dem Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes nach Art. 12 GG. Art. 33 Abs. 2 GG ist eine ergänzende Regelung (*BVerfG 8. Juli 1997 - 1 BvR 1934/93 - BVerfGE 96, 189*). Die Freiheit der Berufswahl für den Einzelnen wird durch den grundsätzlich gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern gem. Art. 33 Abs. 2 GG gewährleistet (*BVerfG 2. Senat 3. Kammer 25. Juli 1997 - 2 BvR 1088/97 - ZBR 1997, 397*). Sie geht nicht weiter, als Art. 33 Abs. 2 GG bestimmt.

d) Die Rechtsprechung des Senats bewirkt nicht, daß bei einer wirksamen und endgültigen Besetzung eines öffentlichen Amtes die Verletzung der in Art. 33 Abs. 2 GG bestimmten Auswahlkriterien folgenlos bleibt. Bei schuldhaftem Verstoß können dem zu Unrecht übergangenen Bewerber Schadenersatzansprüche zustehen, die sich auf Geldersatz richten (vgl. *BGH 6. April 1995 - III ZR 183/94 - BGHZ 129, 226; BVerwG 14. August 1998 - 2 B 34.98 - ZBR 2001, 34 und 29. August 1996 - 2 C 23.95 - BVerwGE 102, 33*). Das gilt nach der Rechtsprechung des Senats auch im Arbeitsrecht (*Senat 2. Dezember 1997 - 9 AZR 445/96 - aaO*). Allerdings ist der abgelehnte Bewerber auf eine Entschädigung in Geld beschränkt. Das ist in den vergleich-



baren Bestimmungen von § 81 Abs. 2 Nr. 2 SGB IX und § 611 a Abs. 2 BGB ausdrücklich so geregelt.

4. Im Streitfall hat das beklagte Land die Fachseminarleiterstelle der Mitbewerberin übertragen, die es im Bewerbungsverfahren ausgewählt hatte. Darin ist der endgültige Abschluß des Auswahlverfahrens durch die Besetzung des öffentlichen Amtes zu sehen. Der subjektive Anspruch des Klägers auf chancengleiche Berücksichtigung seiner Bewerbung im Auswahlverfahren ist damit erschöpft.

Wann ein öffentliches Amt iSd. Art. 33 Abs. 2 GG besetzt ist, richtet sich zunächst nach der Ausgestaltung dieses Amtes. Welche Anforderungen der öffentliche Arbeitgeber an ein zu besetzendes Amt stellt, kann er im Rahmen der ihm obliegenden Organisationsgewalt selbst bestimmen. Eine Besetzung des Amtes ist dann erfolgt, wenn dem ausgewählten Bewerber eine gesicherte Rechtsposition eingeräumt ist, die der so vorgenommenen Ausgestaltung des Amtes entspricht. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

Das beklagte Land hatte sich - entsprechend seinen Laufbahnbestimmungen - dafür entschieden, die Stelle auf Probe zu besetzen und sie der erprobten Person ohne zeitliche Befristung zu übertragen, sofern diese sich bewähren würde. Es hat mit der Aushändigung des Bestellungsschreibens am 15. Juli 1999 sein Direktionsrecht im Einvernehmen mit der Bewerberin dahin ausgeübt, daß diese die mit dem Amt verbundene Tätigkeit als Fachseminarleiterin aufzunehmen hatte. Die Übertragung dieser höherwertigen Tätigkeit konnte nur noch im Rahmen billigen Ermessens nach § 315 BGB rückgängig gemacht werden. Im übrigen war das beklagte Land daran gebunden, die Vergütung nach VergGr. I a BAT-O einzuräumen, falls die Bewährung erfolgreich abgeschlossen würde. Das beklagte Land konnte sich dem nicht entziehen, ohne sich widersprüchlich zu verhalten.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit sieht in der Betrauung eines ausgewählten beamteten Bewerbers mit der Ausübung eines höher bewerteten Amtes im funktionalen Sinne noch keine endgültige Stellenbesetzung. Gefordert wird auch eine Beförderung im statusrechtlichen Sinne (*Hess. VGH 27. November 1990 - 1 TG 2527/90 - DÖV 1991, 698*). Das folgt allein aus der im Beamtenrecht herrschenden Unterscheidung zwischen Amt im funktionalen und Amt im statusrechtlichen Sinne. Sie ist auf das Arbeitsrecht - insbesondere im Fall vorvertraglicher Bindungen - nicht übertragbar.

5. Eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß nach Besetzung des Amtes nur noch eine Entschädigung in Geld in Betracht kommt, ist nicht geboten. Einem zu Unrecht übergangenen Bewerber kann ausnahmsweise dann ein Anspruch auf Wiederherstellung zustehen, wenn durch das Verhalten der Verwaltung ein effektiver Rechtsschutz verhindert worden ist (so zB BK/Höfling Stand 30. April 2002 GG Art. 33 Abs. 1 bis 3 Rn. 301; FöBer DÖV 1997, 816 ff.) oder wenn öffentlicher Arbeitgeber und eingestellter Bewerber kollusiv zusammenwirken (Seitz/Reitze Anm. zu BAG AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 40 und 41) ist offenzulassen. So ist es hier nicht.

Der Kläger hatte die Möglichkeit der Inanspruchnahme effektiven vorläufigen Rechtsschutzes. Das beklagte Land hat dem Kläger mehr als einen Monat vor der Besetzung des Amtes angekündigt, daß es beabsichtige, der Mitbewerberin die Stelle zu übertragen. Damit hatte der Kläger ausreichend Zeit, vorläufigen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Nach dem Ergebnis des einstweiligen Verfügungsverfahrens war die Auswahl der Mitbewerberin nicht zu beanstanden.

Dabei ist unschädlich, daß das beklagte Land die Fachseminarleiterstelle der Mitbewerberin übertragen hat, bevor das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes abgeschlossen worden ist. Zwar hat ein Bewerber, der sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Besetzung eines Amtes mit einem Konkurrenten wendet, auch ohne ausdrückliche gerichtliche Entscheidung einen Anspruch darauf, daß die Verwaltung bis zum Abschluß des Verfahrens vorläufigen Rechtsschutzes jede Maßnahme unterläßt, die geeignet ist, vollendete Tatsachen zu schaffen (Hess.VGH 31. März 1994 - 1 TG 479/94 - ZBR 1995, 310; 18. Februar 1991 - 1 TG 85/91 - ArbuR 1992, 123). Die vorzeitige Bestellung war hier im Ergebnis aber ohne Bedeutung. Das Landesarbeitsgericht hat sich in der Berufungsentscheidung im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht darauf zurückgezogen, vorläufiger Rechtsschutz könne nicht gewährt werden, weil die Stelle bereits endgültig besetzt sei. Es hat vielmehr die Fehlerfreiheit des Auswahlverfahrens bestätigt.



B. Der Kläger hat gem. § 97 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen.

Düwell Richter am BAG Reinecke Zwanziger
ist infolge Erkrankung an der
Unterschrift gehindert.

Düwell

Die ehrenamtlichen Richter Fox und Dr. Gaber sind
ausgeschieden.

Düwell



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 751/00

7 Sa 129/00

Landesarbeitsgericht

Sachsen-Anhalt

BESCHLUSS

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

beklagtes, berufungsbeklagtes und revisionsbeklagtes Land,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts am 11. Dezember 2002 beschlossen:

Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 28. Mai 2002 - 9 AZR 751/00 - wird wegen offensichtlicher Unrichtigkeit gemäß § 319 ZPO dahingehend berichtigt, daß in den Entscheidungsgründen auf S 11 im ersten Absatz der zweite Satz richtig wie folgt lauten muß:

"Einem zu Unrecht übergangenen Bewerber kann ausnahmsweise dann ein Anspruch auf Wiederherstellung zustehen, wenn durch das Verhalten der Verwaltung ein effektiver Rechtsschutz verhindert worden ist (so zB BK/Höfling Stand 30. April 2002 GG Art. 33 Abs. 1 bis 3 Rn. 301; Füßer DÖV 1997, 816 ff.) oder wenn ein öffentli-



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

Über 100.000 Urteile



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

cher Arbeitgeber und ein eingestellter Bewerber kollusiv zusammenwirken (*Seitz/Reitze Anm. zu BAG AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 40 und 41*)."

Düwell

Reinecke

Zwanziger



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)