

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 12. Dezember 2017
- 9 AZR 152/17 -
ECLI:DE:BAG:2017:121217.U.9AZR152.17.0

I. Arbeitsgericht Zwickau

Endurteil vom 19. Juli 2016
- 3 Ca 261/16 -

II. Sächsisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 21. Februar 2017
- 3 Sa 443/16 -

Entscheidungsstichworte:

Bewerbungsverfahrensanspruch - Schadensersatzanspruch des nicht berücksichtigten Bewerbers - Primärrechtsschutz gegen Abbruch eines Auswahlverfahrens

Leitsatz:

Verlangt der nicht berücksichtigte Bewerber Schadensersatz wegen Abbruchs des Auswahlverfahrens, muss er zuvor die Fortführung des abgebrochenen Auswahlverfahrens im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes geltend gemacht haben, wenn ihm dies zumutbar und möglich war.

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 152/17
3 Sa 443/16
Sächsisches
Landesarbeitsgericht

Verkündet am
12. Dezember 2017

Münchberg, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

URTEIL

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. Dezember 2017 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer und Zimmermann sowie den ehrenamtlichen Richter Winzenried und die ehrenamtliche Richterin Lipphaus für Recht erkannt:

Vermerk
Entscheidungsgründe
(Rn. 33) berichtigt durch
Beschluss vom 27. Februar
2019.

Gerling
OAR als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 21. Februar 2017 - 3 Sa 443/16 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Der Kläger begehrt Schadensersatz wegen der Verletzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs durch Abbruch des Auswahlverfahrens. 1

Die Beklagte schrieb im August 2014 unter der Nr. 01/2014 die auf die Zeit vom 1. Januar 2015 bis zum 31. Dezember 2018 befristete Stelle als „Sachgebietsleiter/in Bauverwaltung (m/w)“ mit 39 Wochenstunden und einer Vergütung nach der Entgeltgruppe 10 TVöD aus. Das Anforderungsprofil für die Stelle sah ua. ein abgeschlossenes Ingenieurstudium bzw. die Qualifikation als Verwaltungswirt/in (FH) oder eine vergleichbare Ausbildung sowie einschlägige Berufserfahrung einschließlich umfassender Kenntnisse im Bereich des öffentlichen Baurechts bzw. der kommunalen Bauverwaltung vor. 2

Neben dem Kläger, der die in der Ausschreibung genannten Anforderungen erfüllte, stellten sich nach einer Vorauswahl und Vorstellungsgesprächen noch drei weitere Bewerber am 24. November 2014 dem aus 16 Mitgliedern bestehenden Gemeinderat der Beklagten vor, der gemäß § 28 Abs. 4 der Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen (SächsGemO) im Einvernehmen mit dem Bürgermeister ua. über die Einstellung der Gemeindebediensteten entscheidet. Bei der Abstimmung des Gemeinderats erhielt die Bewerberin M neun, der Kläger sieben und die übrigen Bewerber keine Stimmen. Nach Herstellung des Einvernehmens mit dem Bürgermeister unterrichtete dieser am Folgetag die Bewerber über die getroffene Auswahlentscheidung. Der Kläger erklärte, die Entscheidung nicht zu akzeptieren. 3

Am 1. Dezember 2014 schrieb die Beklagte die Stelle als „Sachgebietsleiter/in Bauverwaltung (m/w)“ unter der Nr. 02/2014 neu aus. Im Unterschied zur vorherigen Ausschreibung wurde die Anforderung „einschlägige Berufserfahrung einschließlich umfassender Kenntnisse im Bereich des öffentlichen Baurechts/der kommunalen Bauverwaltung“ nicht mehr als Voraussetzung, sondern nur noch als „wünschenswert“ bezeichnet. Der Kläger bewarb sich auch auf diese Ausschreibung und forderte die Beklagte gleichzeitig erfolglos auf, das Stellenbesetzungsverfahren 01/2014 fortzusetzen. 4

Das Arbeitsgericht Zwickau verurteilte die Beklagte am 22. April 2015 (- 9 Ca 146/15 -), das abgebrochene Stellenbesetzungsverfahren 01/2014 fortzuführen und über die Bewerbung des Klägers erneut zu entscheiden. Die hiergegen eingelegte Berufung der Beklagten wies das Sächsische Landesarbeitsgericht mit Urteil vom 3. November 2015 (- 3 Sa 315/15 -) zurück. 5

Innerhalb des Stellenbesetzungsverfahrens 01/2014 wurde der Kläger für den 30. November 2015 zu einem weiteren Gespräch in die Sitzung des Gemeinderats geladen. Der Kläger erklärte mit anwaltlichem Schreiben vom 27. November 2015, der Einladung nicht zu folgen, und machte gegenüber der Beklagten dem Grunde nach Schadensersatz für die Monate Januar bis November 2015 in Höhe der ihm entgangenen Vergütung geltend. Am 30. November 2015 stimmte der Gemeinderat der Beklagten erneut über die Besetzung der Stelle ab. Zu diesem Zeitpunkt war der Kläger der einzige noch zur Wahl stehende Kandidat. Die zwölf anwesenden Mitglieder des Gemeinderats votierten einstimmig gegen die Besetzung der Stelle mit dem Kläger. Mit Schreiben vom 4. Dezember 2015 informierte die Beklagte den Kläger unter Zurückweisung der geltend gemachten Schadensersatzansprüche darüber, dass er der einzige noch zur Auswahl stehende Bewerber gewesen sei und der Gemeinderat am 30. November 2015 einstimmig beschlossen habe, die Stelle nicht mit ihm zu besetzen. Sie schrieb die Stelle unter dem 21. Januar 2016 erneut aus. Hierauf bewarb sich der Kläger nicht. Nach einer Entscheidung des Gemeinderats der Beklagten vom 2. Mai 2016 wurde am 5. Mai 2016 mit einem Bewerber ein Arbeitsvertrag für die Zeit ab dem 1. Juli 2016 geschlossen. Dieser nahm seine Tätigkeit auf. 6

Mit seiner am 24. Februar 2016 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger sein Schadensersatzbegehren weiterverfolgt. Er hat die Rechtsauffassung vertreten, er sei im Wege des Schadensersatzes vergütungsmäßig so zu stellen, als wäre ihm die Stelle als Sachgebietsleiter Bauverwaltung mit Wirkung zum 1. Januar 2015 übertragen worden. Die Beklagte hätte die Stelle mit ihm besetzen müssen. Spätestens als er am 30. November 2015 der einzig verbliebene Bewerber gewesen sei, habe sich das Auswahlermessen der Beklagten auf null reduziert. Mit der ablehnenden Entscheidung des Gemeinderats sei das Stellenbesetzungsverfahren endgültig abgeschlossen worden. Durch die Vereitelung seines Einstellungsanspruchs sei die Beklagte zum Schadensersatz verpflichtet. Ihm habe es nicht obliegen, gegen die erneut ablehnende Entscheidung rechtlich vorzugehen und in der weiteren Folge die endgültige Stellenbesetzung zu verhindern.

7

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

8

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 32.014,10 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 2.976,04 Euro brutto seit 2. Januar 2015, aus 2.215,29 Euro brutto seit 2. Februar 2015, aus 2.081,04 Euro brutto seit 2. März 2015, aus 2.125,79 Euro brutto seit 2. April 2015, aus 2.081,04 Euro brutto seit 2. Mai 2015, aus 2.125,79 Euro brutto seit 2. Juni 2015, aus jeweils 468,29 Euro brutto seit 2. Juli 2015, 2. August 2015, 2. September 2015 sowie 2. Oktober 2015, aus 2.662,79 Euro brutto seit 2. November 2015 und aus jeweils 3.468,29 Euro brutto seit 2. Dezember 2015, 2. Januar 2016, 2. Februar 2016 sowie 2. März 2016 zu zahlen;
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, sämtliche zukünftigen materiellen Schäden zu ersetzen, die ihm aus der unterlassenen Einstellung bei der Beklagten als „Sachgebietsleiter/in Bauverwaltung (m/w), Stellenbesetzungsverfahren 01/2014“ entstehen werden.

Die Beklagte hat ihren Klageabweisungsantrag darauf gestützt, der Bewerbungsverfahrensanspruch des Klägers sei nicht verletzt. Der Kläger habe nicht verlangen können, dass die ausgeschriebene Stelle zu einem bestimmten

9

Zeitpunkt besetzt werde. Bis zum 2. Mai 2016 sei keine Entscheidung über die Besetzung der Stelle getroffen worden. Einem Schadensersatzanspruch stehe weiterhin entgegen, dass der Kläger seiner Schadensminderungspflicht nicht nachgekommen sei. Er hätte im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die endgültige Besetzung der Stelle verhindern können und müssen.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. 10

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage zu Recht nicht stattgegeben. Die zulässige Klage ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf den geltend gemachten Schadensersatz. 11

I. Die Klage ist zulässig. Dies gilt auch für den zu 2. erhobenen Feststellungsantrag. 12

1. Dieser ist nach gebotener Auslegung hinreichend bestimmt. 13

a) Gemäß § 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. Februar 2008 - 9 AZR 70/07 - Rn. 16, BAGE 126, 26*). 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 (*BAG 27. Juni 2017 - 9 AZR 120/16 - Rn. 11; 19. Februar 2008 - 9 AZR 70/07 - aaO mwN*). 14

- b) Nach der danach gebotenen Auslegung genügt der Feststellungsantrag des Klägers den Anforderungen an die hinreichende Bestimmtheit iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Kläger begehrt die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, sämtliche zukünftigen materiellen Schäden zu ersetzen, die ihm aus der unterlassenen Einstellung bei der Beklagten als „Sachgebietsleiter/in Bauverwaltung (m/w), Stellenbesetzungsverfahren 01/2014“ entstehen werden. Er möchte so gestellt werden, als wäre ihm die ausgeschriebene Stelle übertragen worden. Mit diesem Inhalt wäre der Antrag mangels vollstreckbaren Inhalts zu unbestimmt. Es wird nicht deutlich, in welchem Umfang der Kläger wie ein Sachgebietsleiter Bauverwaltung behandelt werden will. Der Antrag kann vom Senat konkretisierend dahin gehend ausgelegt werden, dass es ihm allein um die finanzielle Gleichstellung in der Vergütung geht. Zwar beschränkt sich sein Antrag nicht ausdrücklich hierauf. Der Kläger gibt in der Klagebegründung jedoch keine anderen Nachteile durch die unterbliebene Einstellung an, sondern verweist darauf, dass die Schadensersatzansprüche für die Zukunft (anders als die mit dem Leistungsantrag geltend gemachten Entgelt(differenz-)ansprüche) der Höhe nach „noch nicht absehbar“ seien. Mit dieser Auslegung, ihn ab dem 1. April 2016 vergütungsmäßig so zu stellen, als wäre er eingestellt worden, ist die Klage hinreichend bestimmt und als Feststellungsklage zulässig (*vgl. BAG 19. Februar 2008 - 9 AZR 70/07 - Rn. 18, BAGE 126, 26*).
2. 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 (*BAG 12. Oktober 2010 - 9 AZR 554/09 - Rn. 26 mwN*).
3. Der grundsätzlich geltende Vorrang der Leistungsklage steht der Zulässigkeit des Feststellungsantrags nicht entgegen.
- a) Der Vorrang dient dem Zweck, Rechtsstreitigkeiten prozesswirtschaftlich sinnvoll zu erledigen (*BAG 12. Oktober 2010 - 9 AZR 554/09 - Rn. 28*). Deshalb ist eine Feststellungsklage zulässig, wenn mit ihr eine sachgerechte, einfache Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte zu erreichen ist und pro-

zesswirtschaftliche Überlegungen gegen einen Zwang zur Leistungsklage sprechen (*BAG 12. Oktober 2010 - 9 AZR 554/09 - aaO; 16. Dezember 2008 - 9 AZR 985/07 - Rn. 19, BAGE 129, 72*).

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. 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. 19

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 (*BAG 12. Oktober 2010 - 9 AZR 554/09 - Rn. 30 mwN*). 20

II. Die Klage ist unbegründet. Dem Kläger steht wegen der Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung kein Schadensersatzanspruch mit dem Inhalt zu, ihn finanziell so zu stellen, als wäre ihm die ausgeschriebene Stelle mit Wirkung zum 1. Januar 2015 übertragen worden. 21

1. Ein übergangener Bewerber kann Schadensersatz wegen der Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung verlangen, wenn 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 vergibt, die bei ordnungsgemäßer Auswahl ihm hätte übertragen werden müssen, und der Bewerber es nicht unterlassen hat, den Schaden durch den Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwehren (*vgl. BVerwG 29. November 2012 - 2 C 6.11 - Rn. 9, BVerwGE 145, 185*). Der Schadensersatzanspruch folgt - unabhängig vom Amtshaftungsanspruch (§ 839 Abs. 1 Satz 1 BGB, Art. 34 Satz 1 GG; *vgl. hierzu BGH 6. April 1995 - III ZR 183/94 - zu 3 f der Gründe, BGHZ 129, 226*) - aus § 280 Abs. 1 BGB sowie § 823 Abs. 2 BGB iVm. Art. 33 Abs. 2 GG als Schutzgesetz (*vgl. BAG 12. Oktober 2010 - 9 AZR 554/09 - Rn. 68; 19. Februar 2008 - 9 AZR 70/07 - Rn. 27 ff., BAGE 126, 26*). 22

2. Die Beklagte hat es nicht rechtswidrig unterlassen, eine Auswahlentscheidung bereits mit Wirkung zum 1. Januar 2015 zugunsten des Klägers zu treffen. 23
- a) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, der Kläger habe nicht dargelegt, dass er zum Zeitpunkt der ersten Auswahlentscheidung des Gemeinderats der Beklagten am 24. November 2014 der am besten geeignete Bewerber war. 24
- aa) Dem zurückgewiesenen Bewerber stehen nur dann Schadensersatzansprüche zu, wenn ihm anstelle des Konkurrenten das Amt hätte übertragen werden müssen (*BAG 12. Oktober 2010 - 9 AZR 554/09 - Rn. 68; 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 (*BAG 12. Oktober 2010 - 9 AZR 554/09 - aaO; vgl. auch BVerwG 17. August 2005 - 2 C 37.04 - zu II 3 der Gründe, BVerwGE 124, 99*). Der Bewerbungsverfahrenanspruch 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*). 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 (*BAG 12. Oktober 2010 - 9 AZR* 25

554/09 - aaO; vgl. auch BAG 19. Februar 2008 - 9 AZR 70/07 - Rn. 27 ff., BAGE 126, 26).

bb) Aus dem Sachvortrag des Klägers und den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ergibt sich nicht, dass der Kläger unter den Kandidaten, die am 24. November 2014 zur Auswahl standen, der bestqualifizierte Bewerber war. Der Kläger hat lediglich ausgeführt, dass die ausgewählte Frau M nicht das Anforderungsprofil der Stelle erfüllt habe. Zu den beiden weiteren Bewerbern verhält sich sein Sachvortrag nicht. 26

b) Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, dass die Beklagte zudem nicht verpflichtet gewesen sei, die Stelle bereits zum 1. Januar 2015 zu besetzen, hält einer revisionsrechtlichen Prüfung stand. 27

aa) Ob, in welcher Gestalt und zu welchem Zeitpunkt eine Stelle besetzt werden soll, entscheidet der Dienstherr in Ausübung seiner Organisationsgewalt nach seinen Bedürfnissen. Die Schaffung und Besetzung von Planstellen dient grundsätzlich allein dem öffentlichen Interesse an einer bestmöglichen Erfüllung der öffentlichen Aufgaben. Sie erfolgt nicht in Wahrnehmung der Fürsorgepflicht des öffentlichen Arbeitgebers gegenüber seinen Beschäftigten (vgl. BVerwG 17. November 2016 - 2 C 27.15 - Rn. 34, BVerwGE 156, 272). Subjektive Rechte etwaiger Bewerber auf den Erlass einer solchen Entscheidung bestehen grundsätzlich nicht, sondern setzen sie voraus. Dies gilt auch für die vorgelagerte Frage, wann eine hierauf bezogene Auswahlentscheidung getroffen wird (BVerwG 17. November 2016 - 2 C 27.15 - aaO). 28

Aus der Art. 33 Abs. 2 GG vorgelagerten Organisationsgewalt des öffentlichen Arbeitgebers folgt, dass es ihm im Grundsatz obliegt, nicht nur darüber zu entscheiden, ob und wann er welche Statusämter vorhält, sondern - im Rahmen einer angemessenen Ausgestaltung des Auswahlverfahrens - auch, wann er diese endgültig besetzen will (vgl. BVerwG 17. November 2016 - 2 C 27.15 - Rn. 35 mwN, BVerwGE 156, 272). Die organisatorische Entscheidungshoheit des öffentlichen Arbeitgebers über die zeitliche Dimension der Stellenbesetzung wird somit - abgesehen von Missbrauchsfällen - nicht durch subjektive 29

Rechtspositionen des Bewerbers eingeschränkt. Es gibt keinen Anspruch auf die vom Kläger erstrebte zügige Durchführung des Bewerbungsverfahrens oder auf eine Entscheidung über die Bewerbung zu einem bestimmten Zeitpunkt. Dies beruht darauf, dass bereits kein Anspruch auf Bereitstellung einer Stelle besteht (*vgl. BVerwG 17. November 2016 - 2 C 27.15 - aaO*).

Die Ausgestaltung des Auswahlverfahrens muss aber dem grundgesetzlich verbürgten Bewerbungsverfahrensanspruch Rechnung tragen und darf dessen Inanspruchnahme nicht vereiteln oder unangemessen erschweren (*BVerwG 17. November 2016 - 2 C 27.15 - Rn. 36, BVerwGE 156, 272; vgl. auch BVerwG 3. Dezember 2014 - 2 A 3.13 - Rn. 18, BVerwGE 151, 14*). Der Dienstherr darf seine Organisationsgewalt nicht gezielt und manipulativ einsetzen, um eine Auswahlentscheidung zugunsten oder zulasten einzelner Bewerber zu steuern (*BVerwG 17. November 2016 - 2 C 27.15 - aaO*). 30

bb) Anhaltspunkte für eine manipulativ-verzögernde Gestaltung des Auswahlverfahrens liegen hier nicht vor. Der Abbruch des Auswahlverfahrens durch die Neuausschreibung (Nr. 02/2014) vom 1. Dezember 2014 war nach der Entscheidung des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 3. November 2015 (- 3 Sa 315/15 -) zwar rechtsunwirksam. Aus der damit verbundenen Verletzung von Art. 33 Abs. 2 GG kann der Kläger indes keinen Einstellungsanspruch zu einem bestimmten Zeitpunkt herleiten. Er hatte lediglich einen Anspruch auf Fortführung des ursprünglichen Auswahlverfahrens nach dessen Maßgaben. Dieser Verpflichtung ist die Beklagte im November 2015 nachgekommen. 31

3. Ein Schadensersatzanspruch steht dem Kläger auch unter dem Gesichtspunkt nicht zu, dass ihm bei der Fortsetzung des Stellenbesetzungsverfahrens 01/2014 als zuletzt noch einzigem Bewerber der Posten als Sachgebietsleiter Bauverwaltung hätte übertragen werden müssen. 32

a) Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Öffentliche Ämter im Sinne dieser Vorschrift sind nicht nur Beamtenstellen, sondern auch solche Stellen, die ein öffentlicher Arbeitgeber mit Arbeitnehmern 33

zu besetzen beabsichtigt. Der unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistete Grundsatz der Bestenauslese dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes. Zum anderen trägt die Verfassungsnorm dem berechtigten Interesse der Bediensteten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass sie grundrechtsgleiche Rechte auf ermessens- und beurteilungsfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet. Beamten und Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst steht deshalb bei der Besetzung von Ämtern des öffentlichen Dienstes ein verfassungsrechtlicher Bewerbungsverfahrenanspruch zu. Daraus folgt angesichts der Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung in Art. 33 Abs. 2 GG ein subjektives Recht jedes Bewerbers auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren (*st. Rspr., zB BAG 19. Mai 2015 - 9 AZR 837/13 - Rn. 16 mwN*).

b) Der aus Art. 33 Abs. 2 GG folgende Bewerbungsverfahrenanspruch setzt dem Grundsatz nach voraus, dass die begehrte Stelle noch nicht besetzt ist. Für eine Neubescheidung ist kein Raum, wenn die Stelle dem erfolgreichen Konkurrenten rechtswirksam auf Dauer übertragen worden und damit nicht mehr verfügbar ist (*BAG 12. April 2016 - 9 AZR 673/14 - Rn. 28, BAGE 155, 29; 12. Oktober 2010 - 9 AZR 554/09 - Rn. 35*). Der unterlegene Bewerber hat regelmäßig keinen Anspruch auf „Wiederfreimachung“ oder Doppelbesetzung der Stelle (*BAG 12. April 2016 - 9 AZR 673/14 - aaO; 19. Februar 2008 - 9 AZR 70/07 - Rn. 26, BAGE 126, 26*). Nur wenn der öffentliche Arbeitgeber 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 (*BAG 12. April 2016 - 9 AZR 673/14 - aaO mwN*). Der Bewerbungsverfahrenanspruch kann auch dadurch erlöschen, dass das Stellenbesetzungsverfahren ohne Ergebnis, das heißt ohne Besetzung der Stelle, abgebrochen wird. Wie eine Übertragung der Stelle an einen Konkurrenten (*vgl. zum Begriff der Besetzung des Amtes BAG 12. April 2016 - 9 AZR 673/14 - Rn. 29, aaO*) zieht auch ein Abbruch diese Rechtsfolge nur dann nach sich, wenn er rechtsbeständig ist (*vgl. BVerfG 28. November*

34

2011 - 2 BvR 1181/11 - Rn. 22 f.; BVerwG 29. November 2012 - 2 C 6.11 - Rn. 11, BVerwGE 145, 185; vgl. auch BAG 12. April 2016 - 9 AZR 673/14 - Rn. 31, BAGE 155, 29).

- c) Der Abbruch kann aus der Art. 33 Abs. 2 GG vorgelagerten Organisationsgewalt des öffentlichen Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Danach hat der öffentliche Arbeitgeber darüber zu entscheiden, ob und wann er welche Statusämter zur Besetzung bereithält. Deshalb kann er das Verfahren abbrechen, weil er die Stelle, die dem erfolgreichen Bewerber übertragen werden sollte, nicht mehr besetzen will. Ebenso stellt es einen sachlichen, dem Organisationsermessen zugehörigen Grund für einen Abbruch dar, wenn der öffentliche Arbeitgeber sich entschlossen hat, die Stelle neu zuzuschneiden (vgl. BVerwG 29. November 2012 - 2 C 6.11 - Rn. 16, BVerwGE 145, 185). 35
- d) Im Übrigen bedarf der Abbruch eines Auswahlverfahrens eines sachlichen Grundes, der den Vorgaben aus Art. 33 Abs. 2 GG genügt (BVerfG 28. Februar 2007 - 2 BvR 2494/06 - Rn. 6 f., BVerfGK 10, 355). Der öffentliche Arbeitgeber kann demnach das Auswahlverfahren zum Beispiel abbrechen, wenn es fehlerhaft ist und nicht mehr zu einer ordnungsgemäßen Auswahlentscheidung führen kann (vgl. BVerwG 3. Dezember 2014 - 2 A 3.13 - Rn. 19, BVerwGE 151, 14; 29. November 2012 - 2 C 6.11 - Rn. 17, BVerwGE 145, 185). Genügt die Abbruchentscheidung diesen Vorgaben nicht, ist sie unwirksam und das in Gang gesetzte Auswahlverfahren nach dessen Maßgaben fortzuführen. Eine Neuausschreibung darf dann nicht erfolgen (BVerfG 28. November 2011 - 2 BvR 1181/11 - Rn. 22; BVerwG 3. Dezember 2014 - 2 A 3.13 - aaO). 36
- e) In formeller Hinsicht müssen die Bewerber von dem Abbruch rechtzeitig und in geeigneter Form Kenntnis erlangen. Der öffentliche Arbeitgeber muss unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass er das Stellenbesetzungsverfahren ohne Stellenbesetzung endgültig beenden will. Der für den Abbruch maßgebliche Grund muss, sofern er sich nicht evident aus dem Vorgang selbst ergibt, schriftlich dokumentiert werden (BVerfG 28. November 2011 - 2 BvR 37

1181/11 - Rn. 23 mwN; BVerwG 29. November 2012 - 2 C 6.11 - Rn. 19, BVerwGE 145, 185).

- f) Ein rechtswidriger Abbruch des Auswahlverfahrens verletzt den grundrechtsgleichen Bewerbungsverfahrensanspruch. Die Bewerber können daher bereits diese Maßnahme, obwohl sie nur vorbereitenden Charakter besitzt, einer gerichtlichen Kontrolle zuführen. 38
- aa) Effektiver Rechtsschutz (*Art. 19 Abs. 4 GG*) gegen den unberechtigten Abbruch eines Auswahlverfahrens kann nur im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erlangt werden. Der Bewerber begehrt die zeitnahe Fortführung des begonnenen Auswahlverfahrens mit dem bestehenden Bewerberkreis. Dies kann selbst im Erfolgsfall durch eine Hauptsacheklage nicht erreicht werden. Der Verfügungsgrund für einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach §§ 935 ff. ZPO ergibt sich daher aus dem Inhalt des Rechtsschutzbegehrens, das auf eine sofortige Verpflichtung des öffentlichen Arbeitgebers gerichtet ist und daher bereits aus strukturellen Gründen nur im Wege des Eilrechtsschutzes verwirklicht werden kann (*vgl. für das verwaltungsgerichtliche Verfahren BVerwG 3. Dezember 2014 - 2 A 3.13 - Rn. 22, BVerwGE 151, 14*). 39
- bb) Das Erfordernis einer zeitnahen Klärung folgt auch aus dem Gebot der Rechtssicherheit. Sowohl der öffentliche Arbeitgeber als auch die Bewerber brauchen Klarheit darüber, in welchem Auswahlverfahren die Stelle vergeben wird. Der zeitliche Parallellauf mehrerer auf dieselbe Stelle bezogener Verfahren mit unterschiedlichen Bewerbern würde zu schwierigen Vergabe- und Rückabwicklungsproblemen führen. Die Rechtmäßigkeit des Abbruchs muss daher geklärt sein, bevor in einem weiteren Auswahlverfahren eine Entscheidung getroffen und das Amt vergeben wird. Primärrechtsschutz ist mithin im Wege eines Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Verfügung geltend zu machen (*vgl. BVerwG 3. Dezember 2014 - 2 A 3.13 - Rn. 23, BVerwGE 151, 14*). 40
- cc) Stellt ein Bewerber nicht innerhalb eines Monats nach Zugang der Abbruchmitteilung einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, darf der 41

Dienstherr nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts darauf vertrauen, dass der Bewerber den Abbruch des Auswahlverfahrens nicht angreift, sondern sein Begehren im Rahmen einer neuen Ausschreibung weiterverfolgt (vgl. *BVerwG 3. Dezember 2014 - 2 A 3.13 - Rn. 24, BVerwGE 151, 14*). Das Bundesverwaltungsgericht hat die Monatsfrist für das öffentliche Dienstrecht aus dem für Beamte generell geltenden Rechtsmittelsystem (vgl. *§ 126 Abs. 2 BBG, § 54 Abs. 2 BeamStG, § 74 Abs. 1 Satz 1 VwGO*) abgeleitet (*BVerwG 3. Dezember 2014 - 2 A 3.13 - aaO*). Sie folgt damit anderen Grundsätzen als die dem Dienstherrn bzw. dem öffentlichen Arbeitgeber vor der endgültigen Besetzung der begehrten Stelle mit einem Konkurrenten auferlegte Wartefrist, mit der die Gewährung effektiven Rechtsschutzes für die unterlegenen Bewerber erst ermöglicht werden soll (vgl. *BVerfG 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - Rn. 18, BVerfGK 11, 398*). Nach Ablauf der Monatsfrist ist die Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit des Abbruchs des Auswahlverfahrens mit einer Hauptsacheklage überprüfen zu lassen, verwirkt (*BVerwG 3. Dezember 2014 - 2 A 3.13 - aaO*). Im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erscheint es sachgerecht, die Monatsfrist in der Regel auch im Bereich des Arbeitsrechts anzuwenden. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass sich Arbeitnehmer und Beamte zeitgleich um dasselbe öffentliche Amt bewerben können. Die Annahme unterschiedlicher Handlungsobliegenheiten, um nach Rechtsschutz nachzusuchen, für die Bewerber um dasselbe öffentliche Amt stände dem Erfordernis entgegen, dass sowohl der öffentliche Arbeitgeber als auch die Bewerber Klarheit darüber brauchen, in welchem Auswahlverfahren die Stelle vergeben wird. Letztlich muss der Senat aber nicht entscheiden, ob die Monatsfrist auch für den Bereich des Arbeitsrechts stets ausreichend und angemessen ist, um eine zeitnahe Klärung darüber herbeizuführen, ob der Bewerber eine einstweilige Verfügung gegen den Abbruch des Auswahlverfahrens beantragen will. Hat der Bewerber von der Möglichkeit, um einstweiligen Rechtsschutz nachzusuchen, überhaupt keinen Gebrauch gemacht, ist er von anschließenden Schadensersatzansprüchen in Anwendung des Rechtsgedankens aus *§ 839 Abs. 3 BGB* ausgeschlossen (*BVerwG 29. November 2012 - 2 C 6.11 - Rn. 12, BVerwGE 145, 185*).

g) Gemessen an diesen Grundsätzen kann der Kläger keinen Schadensersatz beanspruchen, weil ihm als zuletzt einzigem Bewerber der Posten als Sachgebietsleiter Bauverwaltung nicht übertragen worden ist. Der mit seiner Bewerbung um die ausgeschriebene Stelle entstandene Bewerbungsverfahrensanspruch des Klägers ist durch Abbruch des Auswahlverfahrens 01/2014 erloschen. Der Kläger kann sich nicht auf die Verletzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs berufen, weil er nicht mit Rechtsmitteln gegen den Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens vorgegangen ist, obwohl ihm dies möglich und zumutbar war. 42

aa) Die Beklagte hat das Auswahlverfahren dadurch abgebrochen, dass sie entschieden hat, die Stelle dem Kläger als einzig verbliebenem Bewerber nicht zu übertragen. In dem konkreten Stellenbesetzungsverfahren konnte damit - vorbehaltlich einer Inanspruchnahme von Rechtsmitteln durch den Kläger - eine Stellenbesetzung nicht mehr stattfinden. Es endete mithin ergebnislos. Für die weiterhin beabsichtigte Besetzung der Stelle hat die Beklagte sodann ein neues Auswahlverfahren eingeleitet. Diesbezüglich stand dem Kläger kein Bewerbungsverfahrensanspruch zu, weil er sich auf die Neuausschreibung nicht erneut beworben hat. 43

bb) Der Senat muss nicht entscheiden, ob für den Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens 01/2014 die formellen (Unterrichtung und schriftliche Dokumentation) und materiellen (sachlicher Grund) Wirksamkeitsvoraussetzungen vorgelegen haben. Denn der Kläger hat den Abbruch des Verfahrens nicht im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes angegriffen und kann sich deshalb in einem nachgelagerten Rechtsstreit über Sekundäransprüche auch nicht auf dessen Unwirksamkeit berufen. Die Beklagte hat den Kläger mit Schreiben vom 4. Dezember 2015 über den Abbruch des Verfahrens informiert. Sie hat darauf hingewiesen, dass der Gemeinderat beschlossen habe, die Stelle nicht mit ihm als einzig verbliebenem Bewerber zu besetzen, das heißt ihn nicht einzustellen. Damit war auch für den Kläger eindeutig erkennbar, dass das Verfahren ohne Stellenbesetzung beendet und damit abgebrochen worden ist. Nach den oben dargestellten Grundsätzen hätte es nunmehr dem Kläger obliegen, gegen den 44

Abbruch des Auswahlverfahrens um einstweiligen Rechtsschutz (auf Fortführung des bisherigen Verfahrens) nachzusuchen. Dies hat er in vorwerfbarer Weise unterlassen. Die Obliegenheit, gegen den Abbruch durch einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vorzugehen, ist spätestens aus der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. November 2012 (- 2 C 6.11 - BVerwGE 145, 185) ablesbar. Die darin entwickelten Grundsätze können deshalb als Maßstab für die vom anwaltlich vertretenen Kläger zu beachtende Sorgfalt herangezogen werden. Der gerügte Abbruch des Auswahlverfahrens erfolgte zeitlich nach der oben genannten Entscheidung und deren Fortentwicklung (durch BVerwG 3. Dezember 2014 - 2 A 3.13 - BVerwGE 151, 14).

cc) Der Kläger kann nicht mit Erfolg einwenden, es sei ihm unzumutbar gewesen, erneut gegen den Abbruch des Auswahlverfahrens vorzugehen, nachdem er sich bereits zuvor schon einmal gegen den ersten Abbruch desselben Verfahrens gerichtlich zur Wehr setzen musste. Die Beklagte hat das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 3. November 2015 (- 3 Sa 315/15 -) beachtet, indem sie das Stellenbesetzungsverfahren fortgesetzt und den Kläger neu beschieden hat. Der damit einhergehende Abbruch des Verfahrens erfolgte in einem völlig anderen Zusammenhang als der erste. Im Dezember 2014 brach die Beklagte das Verfahren durch Neuausschreibung der Stelle mit einem geänderten Anforderungsprofil ab. Bei der Entscheidung im November 2015, die Stelle nicht mit dem Kläger als einzig verbliebenem Bewerber zu besetzen, war die Situation - auch für den Kläger erkennbar - eine andere. Die letzten beiden Mitbewerber des Klägers hatten ihre Bewerbungen kurzfristig zurückgezogen, sodass dem Gemeinderat eine echte Auswahlentscheidung nicht mehr möglich war. Ferner hat der Kläger das gewünschte weitere Vorstellungsgespräch abgesagt. Er konnte somit nicht von vornherein ausschließen, dass der Gemeinderat den Abbruch des Verfahrens für erforderlich hielt, weil dieser ihn nicht mehr für persönlich geeignet erachtete, nachdem er der Einladung zum erneuten Vorstellungsgespräch nicht gefolgt war. Im Rahmen eines Rechtsstreits über die Fortsetzung des Auswahlverfahrens hätte geklärt werden können und müssen, worauf die Beklagte den Abbruch des Verfahrens tatsächlich gestützt hat und ob die formellen und materiellen Voraussetzungen hierfür

45

vorgelegen haben, insbesondere ein sachlicher Grund für den Abbruch gegeben war. Denn der Anspruch auf Fortführung des Auswahlverfahrens nach Maßgabe der Entscheidung des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 3. November 2015 (- 3 Sa 315/15 -) hat dem Kläger zu keinem Zeitpunkt einen Anspruch vermittelt, dass das Auswahlverfahren zu Ende geführt oder er gar ausgewählt wird (vgl. *BVerfG* 28. November 2011 - 2 BvR 1181/11 - Rn. 27; *BVerwG* 17. November 2016 - 2 C 27.15 - Rn. 31, *BVerwGE* 156, 272).

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

Brühler

Krasshöfer

Zimmermann

Winzenried

Lipphaus

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 152/17
3 Sa 443/16
Sächsisches
Landesarbeitsgericht

BESCHLUSS

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts am 27. Februar 2019 beschlossen:

Das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - wird gemäß § 319 Abs. 1 ZPO in den Entscheidungsgründen (*Rn.* 33) berichtigt. Statt der Formulierung „ermessens- und beurteilungsfreie Einbeziehung“ muss es richtig heißen „ermessens- und beurteilungsf~~er~~freie Einbeziehung“.

Kiel

Weber

Zimmermann