

## Der Konkurrentenschutz der Angestellten im öffentlichen Dienst

bearbeitet von Rechtsanwalt G. Brüggem, Staatsminister a.D.

Der arbeitsgerichtliche Rechtsschutz konkurrierender Bewerber um die Besetzung einer Angestelltenstelle im öffentlichen Dienst richtet sich - von einigen Ausnahmen abgesehen - ganz überwiegend nach den gleichen Grundsätzen, wie sie die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung für die beamtenrechtliche Konkurrentenklage aufgestellt hat<sup>1</sup>. 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 i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG sind sowohl Beamtenstellen als auch solche Stellen, die von Arbeitnehmern (angestellte und Arbeiter) besetzt werden können<sup>2</sup>.

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<sup>3</sup>. Zum anderen trägt Art. 33 Abs. 2 GG dem berechtigten Interesse des Bewerbers an seinem beruflichen Fortkommen Rechnung<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>. Das BAG erkennt - anders als die beamtenrechtliche Rechtsprechung - einen Anspruch auf Einstellung in den öffentlichen Dienst an, wenn sämtliche Einstellungsvoraussetzungen in der Person des Bewerbers erfüllt sind und dessen Einstellung die einzig rechtmäßige Entscheidung der Behörde ist, weil jede andere Entscheidung sich als rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft darstellen würde<sup>6</sup>.

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<sup>7</sup>. 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

<sup>1</sup> Lansnicker, NJW 2481, 2483.

<sup>2</sup> BAG v. 19.02.2008 - Az.: 9 AZR 70/07 - Rn. 23 - zitiert nach juris (eingesehen am 09.01.2009) unter Berufung auf st. Rspr. BAG vgl. v. 15.03.2005 - 9 AZR 142/04 - BAGE 114, 80, zu III 2 a der Gründe m.w.N.

<sup>3</sup> BVerwG v. 25.11.2004 - 2 C 17.03 - BVerwGE 122, 237.

<sup>4</sup> BAG v. 23.01.2007 - 9 AZR 492/06 - Rn. 39, AP ZPO 1977 § 233 Nr. 83 = EzA GG Art. 33 Nr. 30.

<sup>5</sup> BAG v. 19.02.2008 - Az.: 9 AZR 70/07 - Rn. 24 - zitiert nach juris (eingesehen am 09.01.2009) unter Berufung auf sog. Bewerbungsverfahrenanspruch; vgl. BVerfG v. 24.09.2002 - 2 BvR 857/02 - DVBl 2002, 1633, zu B I 1 a der Gründe; Senat v. 23.01.2007 - 9 AZR 492/06 - a.a.O. m.w.N.; BVerwG v. 25.11.2004 - 2 C 17/03 - a.a.O.

<sup>6</sup> BAG, BAGE 87, 244 (247) = NZA 1995, 781 = AP Nr. 33 zu Art. 33 II GG.

<sup>7</sup> BAG v. 19.02.2008 - Az.: 9 AZR 70/07 - Rn. 25 - zitiert nach juris (eingesehen am 09.01.2009) unter Berufung auf BAG v. 18.09.2007 - 9 AZR 672/06 - Rn. 21, MDR 2008, 576; 28.05.2002 - 9 AZR 751/00 - BAGE 101, 153, zu A II 2 a der Gründe m.w.N. auch zur Gegenmeinung; vgl. 02.12.1997 - 9 AZR 445/96 - BAGE 87, 165, zu I 3 c der Gründe; 02.12.1997 - 9 AZR 668/96 - BAGE 87, 171, zu B II 2 der Gründe.

den Rechtsgedanken aus § 162 Abs. 2 BGB sowie aus §§ 135, 136 BGB verwehrt, dem übergangenen Bewerber die anderweitige Stellenbesetzung entgegenzuhalten<sup>8</sup>.

Dem zurückgewiesenen Bewerber stehen nur dann Schadensersatzansprüche zu, wenn ihm anstelle des Konkurrenten das Amt hätte übertragen werden müssen<sup>9</sup>. Im Beamtenrecht ist anerkannt, dass ein übergangener Bewerber unter bestimmten Voraussetzungen Schadensersatz wegen einer Amtspflichtverletzung i.S.d. § 839 BGB iVm. Art. 34 GG verlangen kann<sup>10</sup>. 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<sup>11</sup>.

Für nicht beamtete Bewerber kommen als Anspruchsgrundlagen § 280 Abs. 1 BGB<sup>12</sup> sowie § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GG als Schutzgesetz in Betracht<sup>13</sup>. Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch scheidet hier bereits daran, dass das beklagte Land seine Pflichten aus Art. 33 Abs. 2 GG nicht verletzt hat<sup>14</sup>.

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 Anforderungsprofil 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<sup>15</sup>. 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<sup>16</sup>. 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<sup>17</sup>.

<sup>8</sup> BAG v. 19.02.2008 - Az.: 9 AZR 70/07 - Rn. 26 - zitiert nach juris (eingesehen am 09.01.2009) unter Berufung auf vgl. BAG v. 18.09.2007 - 9 AZR 672/06 - Rn. 30, MDR 2008, 576.

<sup>9</sup> BAG v. 19.02.2008 - Az.: 9 AZR 70/07 - Rn. 27 - zitiert nach juris (eingesehen am 09.01.2009) unter Berufung auf BAG v. 02.12.1997 - 9 AZR 668/96 - BAGE 87, 171, zu B II 2 b und c der Gründe.

<sup>10</sup> Vgl. BGH v. 06.04.1995 - III ZR 183/94 - BGHZ 129, 226, zu 3 f der Gründe.

<sup>11</sup> BAG v. 19.02.2008 - Az.: 9 AZR 70/07 - Rn. 28a - zitiert nach juris (eingesehen am 09.01.2009) unter Berufung auf BVerwG v. 27.02.2003 - 2 C 16.02 - Rn. 10, DVBl 2003, 1548.

<sup>12</sup> Vgl. LAG Brandenburg v. 03.11.2005 - 9 Sa 379/05 -, zu A II der Gründe).

<sup>13</sup> Vgl. Seitz, Die arbeitsrechtliche Konkurrentenklage, S. 95.

<sup>14</sup> BAG v. 19.02.2008 - Az.: 9 AZR 70/07 - Rn. 29b - zitiert nach juris (eingesehen am 09.01.2009).

<sup>15</sup> Senat v. 21.01.2003 - 9 AZR 72/02 - BAGE 104, 295, zu A II 2 a aa (1) der Gründe; BVerwG v. 16.08.2001 - 2 A 3.00 - BVerwGE 115, 58.

<sup>16</sup> BAG v. 15.03.2005 - 9 AZR 142/04 - BAGE 114, 80, zu III 2 b aa der Gründe m.w.N.

<sup>17</sup> BAG v. 19.02.2008 - Az.: 9 AZR 70/07 - Rn. 30 - zitiert nach juris (eingesehen am 09.01.2009) unter Berufung auf BAG v. 21.01.2003 - 9 AZR 72/02 - BAGE 104, 295, zu A II 2 a aa (1) und (2) der Gründe.