

technischer Einrichtungen anbelangt, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung des Beschäftigten zu überwachen, ist dieser durch **Standard-Internetprogramme** (MS Internet Explorer, MS Outlook Express etc.) eröffnet: Die Programme enthalten Überwachungskomponenten (History/Verlaufsfunktion, Cache), wobei es unerheblich ist, ob der Arbeitgeber eine Überwachung beabsichtigt (vgl. ErfK/Kania, 13. Aufl. 2013, § 87 BetrVG Rn. 62).

### III. Fazit

Angesichts der Vielzahl von rechtlichen Risiken, die mit einer erlaubten Privatnutzung des Emailsystems einhergehen, kann die grundsätzliche Empfehlung an Arbeitgeber nur darin bestehen, die Nutzung dieser Betriebsmittel zu **privaten Zwecken zu untersagen**.

**Praxistipp:** Wenn dies in der Praxis – zB deshalb, weil der Arbeitgeber eine dahingehende Erwartungshaltung seiner Mitarbeiter nicht enttäuschen will oder das Verbot einer Privatnutzung in der jeweiligen Branche völlig atypisch ist – faktisch nicht umsetzbar sein sollte, empfiehlt es sich gleichwohl, den Arbeitnehmern für private E-mailkorrespondenz ein separates Account einzurichten oder sie auf die Nutzung von privaten Accounts (gmx, hotmail etc.) zu verweisen. Nur auf diese Weise ist es dem Arbeitgeber (zumindest) möglich, den Emailverkehr über die dienstliche Emailadresse des Mitarbeiters einzusehen. Diese Möglichkeit kann – unabhängig von Fragen einer inhaltlichen „Überwachung“ – ua dann von wesentlicher Bedeutung sein, wenn der Mitarbeiter plötzlich erkrankt oder aus anderen Gründen ausfällt und ein Zugriff auf die dienstliche Korrespondenz hergestellt werden muss. ■

## Bewerbersauswahl im öffentlichen Dienst

RA, FAArbR Georg Kalenbach, Ruge · Krömer Fachanwälte für Arbeitsrecht, Hamburg

Die Freiheit, darüber zu entscheiden, mit wem man einen Arbeitsvertrag schließen möchte und mit wem nicht, ist bereits für den privaten Arbeitgeber durch zahlreiche gesetzliche Regelungen eingeschränkt. Diese Vorschriften dienen insbesondere dem Schutz vor Diskriminierung (zB §§ 6 ff. AGG, § 81 SGB IX). Der öffentliche Arbeitgeber ist bei der Bewerbersauswahl jedoch in weit größerem Maße gebunden, indem Art. 33 II GG dem öffentlichen Arbeitgeber Auswahlkriterien (Eignung, Befähigung und fachliche Leistung) vorgibt, deren Beachtung der unterlegene Bewerber im Rahmen einer Konkurrentenklage gerichtlich überprüfen lassen kann. Hat der öffentliche Arbeitgeber dabei nicht bereits im Rahmen der Bewerbersauswahl die notwendigen Verfahrensanforderungen beachtet, wird er den Prozess nicht gewinnen können. In diesem Fall wird das Gericht den öffentlichen Arbeitgeber zum Abschluss eines Arbeitsvertrages mit einer Person verurteilen, die er niemals einstellen wollte. Das zu beachtende Verfahren bei der Bewerbersauswahl, um ein solches Ergebnis zu verhindern, ist ebenso Gegenstand des nachfolgenden Beitrages, wie die Grundsätze der Konkurrentenklage.

### I. Grundsatz der Bestenauslese

Gemäß Art. 33 II GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Bei Art. 33 II GG handelt es sich um ein grundrechtsgleiches Recht. Die Vorschrift dient jedoch nicht nur dem Interesse des einzelnen Bewerbers, sondern als **Prinzip der Bestenauslese** auch dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes, dessen fachliches Niveau und rechtliche Integrität gewährleistet werden sollen (BAG, NZA 2009, 901).

### II. Anwendungsbereich des Art. 33 II GG

Der Anwendungsbereich des Art. 33 II GG ist nur eröffnet, wenn der Zugang zu einem öffentlichen Amt betroffen ist und der Arbeitgeber tatsächlich an Art. 33 II GG gebunden ist.

#### 1. Zugang zu öffentlichen Ämtern

Öffentliche Ämter im Sinne des Art. 33 II GG sind nicht nur Beamtenstellen, sondern auch solche Stellen, die von Arbeitnehmern besetzt werden können. Daraus folgt, dass der öffentliche Arbeitgeber bei jeder Stellenbesetzung, unabhängig davon ob es sich um ein Beamtenverhältnis oder ein **Arbeitsverhältnis** handelt, die Auswahlkriterien des Art. 33 II GG zu beachten hat.

Das gilt nicht nur für Einstellungen, sondern auch für **Beförderungen** innerhalb des öffentlichen Dienstes.

#### 2. Bindung an Art. 33 II GG

Gemäß Art. 1 III GG binden die Grundrechte – und in gleicher Weise die grundrechtsgleichen Rechte wie Art. 33 II GG – Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung. Adressat ist die **öffentliche Gewalt**. Nicht öffentliche Gewalt unterliegt grundsätzlich keiner Grundrechtsbindung und damit auch nicht den Anforderungen des Art. 33 II GG.

Das BAG neigt der Auffassung zu, dass eine **staatlich anerkannte Hochschule in kirchlicher Trägerschaft** nicht Adressat der öffentliche Arbeitgeber verpflichtenden Regelung des Art. 33 II GG ist (BAG, NZA-RR 2011, 216; siehe dazu auch *Liebscher*, öAT 2011, 60). Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die Hoch-

schule als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisiert ist und ihre Personalkosten aufgrund landesrechtlicher Regelungen aus öffentlichen Haushaltsmitteln erstattet bekommt. Letztlich hat das BAG diese Rechtsfrage zwar offen gelassen, da sie im konkreten Fall nicht entscheidungserheblich war. Das Urteil gibt jedoch Anlass, in jedem Einzelfall sorgfältig zu prüfen, ob eine Bindung an Art. 33 II GG tatsächlich vorliegt.

### III. Bewerbungsverfahrensanspruch

Art. 33 II GG begründet ein subjektives Recht auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und auf deren Durchführung anhand der in Art. 33 II GG genannten Auswahlkriterien (Eignung, Befähigung und fachliche Leistung). Dieser Anspruch wird **Bewerbungsverfahrensanspruch** genannt.

Der Anspruch des Bewerbers ist demnach grundsätzlich nicht auf Einstellung oder Beförderung gerichtet, sondern lediglich auf eine ermessens- und beurteilungsfreie Entscheidung über die Bewerbung.

Demgemäß wird der unterlegene Bewerber im einstweiligen Rechtsschutzverfahren und im Hauptsacheverfahren die erneute Durchführung des Auswahlverfahrens unter Beachtung der Kriterien des Art. 33 II GG beantragen.

### IV. Beurteilungsspielraum

Bei der Feststellung der in Art. 33 II GG genannten Auswahlkriterien (Eignung, Befähigung und fachliche Leistung) steht dem öffentlichen Arbeitgeber ein von der Verfassung gewährleisteter Beurteilungsspielraum zu, der nur einer **eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle** unterliegt. Die gerichtliche Überprüfung beschränkt sich darauf, ob der Arbeitgeber bei seiner wertenden Entscheidung alle wesentlichen Umstände berücksichtigt, allgemeine Bewertungsmaßstäbe beachtet und ein fehlerfreies Verfahren eingehalten hat. Die Gewichtung der einzelnen Qualifikationsmerkmale ist wesentlicher Bestandteil des Beurteilungsspielraums des Arbeitgebers. Nur der öffentliche Arbeitgeber soll durch die für ihn handelnden Organe über die Auslese nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ein persönlichkeitsbezogenes Werturteil darüber abgeben, ob und inwieweit der Bewerber den fachlichen und persönlichen Anforderungen des konkreten Amtes entspricht. Dagegen ist es grundsätzlich nicht die Aufgabe des Gerichts, den besser geeigneten Bewerber zu bestimmen (BAG, NZA 2005, 879).

### V. Einstellungsanspruch

Im Einzelfall kann sich dennoch aus Art. 33 II GG ein Anspruch des Bewerbers auf Einstellung ergeben. Dieser **Einstellungsanspruch** setzt voraus, dass sämtliche Einstellungsvoraussetzungen in der Person des Bewerbers erfüllt sind und darüber hinaus eine **Ermessensreduktion auf Null** vorliegt. Die Einstellung des Bewerbers muss die einzig rechtmäßige Entscheidung sein. Jede andere Entscheidung muss sich als rechtswidrig

und ermessensfehlerhaft darstellen. Dies setzt voraus, dass der Anspruchsteller im Verhältnis zu den Mitbewerbern der in jeder Hinsicht am besten Geeignete ist.

Bei der Prüfung, ob ein Einstellungsanspruch gegeben ist, ist nicht nur ein Vergleich mit dem ausgewählten Bewerber vorzunehmen, sondern auch ein Vergleich mit den anderen abgelehnten Bewerbern, soweit diese ebenfalls besser beurteilt wurden als der Anspruchsteller. Das Prinzip der Bestenauslese erfordert den Vergleich auch mit den Bewerbern, die gegen die Ablehnung ihrer Bewerbung nicht gerichtlich vorgegangen sind (LAG Nürnberg, NZA-RR 2006, 273).

Liegen diese Voraussetzungen vor, ist der Anspruchsteller also tatsächlich der am besten geeignete Bewerber, kann ausnahmsweise direkt auf Übertragung der ausgeschriebenen Stelle geklagt werden.

### VI. Erlöschen des Anspruchs mit endgültiger Stellenbesetzung?

Der Anspruch des Bewerbers nach Art. 33 II GG auf Übertragung einer Stelle setzt dem Grundsatz nach voraus, dass diese noch nicht besetzt ist. Für eine Neubescheidung ist kein Raum, wenn die begehrte Stelle dem erfolgreichen Konkurrenten rechtswirksam auf Dauer übertragen worden ist. Da Art. 33 II GG den öffentlichen Arbeitgeber nicht verpflichtet, ein Amt mehrfach zu vergeben, lässt sich der Eingriff in das Recht des unterlegenen Bewerbers auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nicht mehr korrigieren. Art. 33 II 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. Mit einer Doppelbesetzung der Stelle würde in die Organisationsgewalt der öffentlichen Hand unzulässig eingegriffen (BAG, NZA-RR 2011, 216).

Aus dieser Rechtsprechung folgt, dass sowohl der Bewerbungsverfahrensanspruch als auch der Einstellungsanspruch **erlöschen, sobald** der öffentliche Arbeitgeber die **Stelle endgültig besetzt** hat.

Dies gilt jedoch nicht, wenn der öffentliche Arbeitgeber den Rechtsschutz des unterlegenen Bewerbers vereitelt, indem er diesem die Möglichkeit nimmt, vor der endgültigen Stellenbesetzung einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Dies gilt auch nicht, wenn der öffentliche Arbeitgeber ein von dem Bewerber angestrebtes einstweiliges Verfügungsverfahren nicht abwartet, sondern die Stelle vor dem Ergehen einer Sachentscheidung besetzt oder die Besetzung unter Verstoß gegen eine ergangene Sachentscheidung erfolgt. In all diesen Fällen kommt dem **Gebot des effektiven Rechtsschutzes** des Bewerbers Vorrang vor der Organisationsgewalt des öffentlichen Arbeitgebers zu und die Ansprüche des unterlegenen Bewerbers aus Art. 33 II GG bestehen trotz bereits erfolgter Stellenbesetzung fort.

## VII. Verfahrensanforderungen

Da effektiver Rechtsschutz maßgeblich auch durch die Gestaltung von Verfahren bewirkt wird, muss das Auswahlverfahren so ausgestaltet sein, dass eine materiell-rechtlich korrekte Entscheidung über die Bewerbung nach dem Prinzip der Bestenauslese gewährleistet werden kann. Nachfolgend werden die Verfahrensanforderungen beschrieben, die der öffentliche Arbeitgeber im Rahmen der Stellenbesetzung zu beachten hat. Werden die Verfahrensanforderungen nicht beachtet, wird ein unterlegener Bewerber bereits deshalb in einem gerichtlichen Verfahren mit seinem Anspruch aus Art. 33 II GG obsiegen.

### 1. Erstellung eines Anforderungsprofils und Dokumentation

Eine leistungsbezogene Auswahl setzt nach der Rechtsprechung des BAG verfahrensmäßig voraus, dass zuvor für die zu besetzende Stelle ein konkretes **Anforderungsprofil** festgelegt wird. Dies allein ermöglicht eine sachgerechte Prognose, wer von den Bewerbern die zukünftigen Aufgaben am besten erfüllen wird. Durch die Bestimmung des Anforderungsprofils werden zugleich die Leistungskriterien für die Auswahl der Bewerber näher konkretisiert. Der Leistungs- und Befähigungsvergleich kann nämlich nur im Hinblick auf die Anforderungen der zu besetzenden Stelle vorgenommen werden. Dabei muss das Anforderungsprofil zur Gewährleistung eines hinreichenden Rechtsschutzes des unterlegenen Bewerbers nach Art. 19 IV GG so **dokumentiert** sein, dass die Auswahlentscheidung nach den Kriterien des Art. 33 II GG (Eignung, Befähigung und fachliche Leistung) überprüft werden kann (BAG, AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 59).

Ein bloßer Hinweis auf die vorgesehene Vergütungsgruppe ist unzureichend, wenn sich die konkreten Anforderungen der zu besetzenden Stelle aus ihr nicht feststellen lassen (BAG, AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 59). Im konkreten Fall hat das BAG den Hinweis auf die Vergütungsgruppe V b BAT für die im Auswahlverfahren zu besetzende Stelle für nicht ausreichend erachtet, weil die Eingruppierungsmerkmale dieser Vergütungsgruppe insgesamt 21 verschiedene Fallgruppen mit den verschiedensten Qualifizierungsmerkmalen umfasst hat.

Nach Ansicht des BAG ist es sinnvoll, jedoch nicht zwingend erforderlich, das Anforderungsprofil bereits mit der Stellenausschreibung zu verbinden. Dem Schutzzweck des Art. 33 II GG werde Genüge getan, wenn das Anforderungsprofil **vor der getroffenen Auswahlentscheidung** festgelegt und ausreichend dokumentiert wird (BAG, AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 59).

Da die Dokumentation auch den Zweck hat, dem abgelehnten Bewerber die für ein eventuelles Klageverfahren notwendigen Informationen zu geben, muss sie **dem abgelehnten Bewerber zugänglich gemacht** werden (LAG Nürnberg, NZA-RR 2006, 273).

Wird eine Stelle gleichermaßen für Beamte und für Beschäftigte ausgeschrieben, dürfen im Anforderungsprofil ohne sachlichen Grund keine Anforderungen ge-

stellt werden, die nur von Beamten, nicht aber von Beschäftigten erfüllt werden können (BAG, NZA 2002, 271).

### 2. Auswahlentscheidung

Eine Auswahl nach den Kriterien des Art. 33 II GG (Eignung, Befähigung und fachliche Leistung) setzt als Entscheidungsgrundlage neben einem entsprechend dokumentierten Anforderungsprofil eine **Bewertung der Bewerber** im Hinblick auf ihre Eignung für die zu besetzende Stelle voraus. Diese kann durch dienstliche Beurteilungen, Zeugnisse und aktuelle Leistungsberichte vorgenommen werden (BAG, AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 59).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht fordert das BAG für die Bewertung der Leistungen einen einheitlichen Bewertungsmaßstab sowie einen möglichst gemeinsamen Stichtag für die Durchführung der Bewertung. Ferner muss der Leistungsvergleich zeitnah zur Auswahlentscheidung erfolgen (BAG, AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 59).

Der öffentliche Arbeitgeber ist verpflichtet, die **Leistungsbewertungen und die wesentlichen Auswahl-erwägungen schriftlich niederzulegen**. Die fehlende schriftliche Dokumentation der Auswahl-erwägungen stellt nach der Rechtsprechung des BAG einen nicht heilbaren erheblichen Verfahrensmangel dar (BAG, NZA 2011, 516).

Aus der vorgenannten Entscheidung ergibt sich auch, dass die wesentlichen Auswahl-erwägungen **dem unterlegenen Bewerber zugänglich zu machen** sind, da ansonsten sein gerichtlicher Rechtsschutz vereitelt oder unzumutbar erschwert würde. Insbesondere ist es dem unterlegenen Bewerber nach Auffassung des BAG nicht zuzumuten, die Auswahlentscheidung „ins Blaue hinein“ in einem gerichtlichen Verfahren angreifen zu müssen, um überhaupt nur die tragenden Erwägungen der Auswahlentscheidung zu erfahren (BAG, NZA 2011, 516).

### 3. Rechtzeitige Information des unterlegenen Bewerbers vor der Stellenbesetzung

Der öffentliche Arbeitgeber darf nach Abschluss des Auswahlverfahrens keine vollendeten Tatsachen schaffen. Da der Anspruch des unterlegenen Bewerbers untergeht, sobald die Stelle endgültig besetzt ist, folgt aus dem Gebot effektiven Rechtsschutzes, dass der öffentliche Arbeitgeber den unterlegenen Bewerber vor der endgültigen Stellenbesetzung über den Ausgang des Auswahlverfahrens **informieren und eine hinreichende Zeit abwarten muss**, um dem unterlegenen Bewerber die Möglichkeit der Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes einzuräumen. Als hinreichender Zeitraum sind in der Regel **14 Tage** anzusehen.

### 4. Abwarten bis zum rechtskräftigen Abschluss des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens

Beantragt der unterlegene Bewerber eine einstweilige Verfügung beim Arbeitsgericht und obsiegt der öffentliche Arbeitgeber in erster Instanz, bedeutet dies nicht,

dass dieser die Stellenbesetzung nunmehr vornehmen dürfte. Vielmehr hat der öffentliche Arbeitgeber abzuwarten, ob der unterlegene Bewerber hiergegen Rechtsmittel einlegt, und die endgültige Besetzung der Stelle bis zum rechtskräftigen Abschluss des einstweiligen Verfügungsverfahrens zu unterlassen.

### VIII. Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens

Der öffentliche Arbeitgeber kann ein Auswahlverfahren zur Besetzung einer Stelle aus sachlichen Gründen abbrechen. Rechtsfolge eines solchen Vorgehens ist, dass die Verfahrensrechte des Bewerbers aus Art. 33 II GG untergehen. Ein sachlicher Grund für den Abbruch eines Stellenbesetzungsverfahrens liegt insbesondere vor, wenn ein Gericht das Auswahlverfahren beanstandet und die gerichtlichen Erwägungen zumindest bedenkenswert erscheinen (BAG, NZA 2011, 516).

### IX. Fazit

Dem öffentlichen Arbeitgeber ist zu empfehlen, die Anforderungen des BAG bei der Stellenbesetzung zu beachten, insbesondere ein Anforderungsprofil zu erstellen, die Auswahlentscheidung zu dokumentieren und unterlegene Bewerber mindestens 14 Tage vor der Stellenbesetzung vom Ausgang des Bewerbungsverfahrens zu informieren. Beachtet der öffentliche Arbeitgeber diese Anforderungen nicht und stellt sich im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens heraus, dass das Auswahlverfahren fehlerhaft war, ist es für den öffentlichen Arbeitgeber unter Umständen ratsam, das Stellenbesetzungsverfahren abzubreaken, sodass der Bewerbungsverfahrensanspruch des Klägers untergeht. Der öffentliche Arbeitgeber kann dann entscheiden, ob er die Stelle neu ausschreibt oder gegebenenfalls von der geplanten Einstellung oder Beförderung absieht. ■