

• Öffentlicher Arbeitgeber – Konkurrentenklage – Wiederherstellungsanspruch – ordnungsgemäßes Auswahlverfahren

Leitsatz

1. Art. 33 Abs. 2 GG begründet für jeden Bewerber auf öffentliche Ämter ein grundrechtsgleiches Recht auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und auf deren Durchführung anhand der in Art. 33 Abs. 2 genannten Auswahlkriterien im Sinne der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes. Das gilt auch für Stellen, die von Arbeitnehmern besetzt werden können (mit BAG vom 12.10.2010 - 9 AZR 554/09).

2. Der Bewerbungsverfahrensanspruch geht regelmäßig unter, wenn der öffentliche Arbeitgeber die Stelle besetzt hat, es sei denn, dieser hat durch sein Verhalten verhindert, dass der unberücksichtigte Bewerber vor der Einstellung einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch nehmen konnte (mit BAG vom 28.05.2002 - 9 AZR 751/00).

3. Ein dem gerichtlichen Auswahlverfahren vorgeschaltetes Auswahlverfahren darf nicht so ausgestaltet sein, dass es den gerichtlichen Rechtsschutz vereitelt oder unzumutbar erschwert (mit BVerfG vom 19.09.1989 - 2 BvR 1576/88 und BAG vom 28.05.2002 - 9 AZR 751/00). Das ist u.a. der Fall, wenn dem unterlegenen Bewerber erst nach der Stellenbesetzung der Ausgang des Stellenbesetzungsverfahrens mitgeteilt wird.

4. Zur notwendigen ordnungsgemäßen Unterrichtung gehört auch für Arbeitnehmer, dass der unterlegene Bewerber innerhalb einer für seine Rechtsschutzentscheidung ausreichenden Zeitspanne vor der Einstellung des Mitbewerbers (sog. Wartefrist) durch eine Mitteilung des öffentlichen Arbeitgebers vom Ausgang des Auswahlverfahrens und dem Kern der maßgebenden Gründe Kenntnis erlangt.

5. Das Dokumentations- und Transparenzgebot gebietet auch im arbeitsrechtlichen Bewerbungsverfahren den Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes, die Leistungsbewertung und die wesentlichen Auswahlerwägungen schriftlich niederzulegen, da der unterlegene Bewerber nur so effektiven (Eil-)Rechtsschutz erlangen kann (mit BAG vom 18.09.2007 - 9 AZR 672/06).

6. Die tragenden Auswahlerwägungen können nicht erstmals im gerichtlichen Verfahren schriftlich niedergelegt werden. Einem Bewerber ist nicht zuzumuten, die Auswahlentscheidung "ins Blaue hinein" im gerichtlichen (Eil-)Verfahren angreifen zu müssen (mit BVerfG vom 09.07.2007 - 2 BvR 210/07 und BAG vom 17.08.2010 - 9 AZR 347/09).

weitere Fundstellen

BB 2016, 2932 (Leitsatz)

Verfahrensgang

vorgehend ArbG Kiel, 18. November 2015, Az: öD 3 Ca 1171 b/15, Urteil

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen 1. Senat, 24. November 2015, Az: 1 B 884/15

Vergleiche OVG Lüneburg 5. Senat, 25. November 2014, Az: 5 LB 7/14

Vergleiche BAG 9. Senat, 12. Oktober 2010, Az: 9 AZR 554/09

Vergleiche BAG 9. Senat, 17. August 2010, Az: 9 AZR 347/09

Vergleiche BAG 9. Senat, 18. September 2007, Az: 9 AZR 672/06

Vergleiche BVerfG 2. Senat 1. Kammer, 9. Juli 2007, Az: 2 BvR 206/07

Vergleiche BVerfG, 9. Juli 2007, Az: 2 BvR 210/07

Vergleiche BVerwG 2. Senat, 1. April 2004, Az: 2 C 26/03

Vergleiche BAG 9. Senat, 28. Mai 2002, Az: 9 AZR 751/00

Vergleiche BVerfG 2. Senat 3. Kammer, 19. September 1989, Az: 2 BvR 1576/88

Tenor

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 18.11.2015 – öD 3 Ca 1171 b/15 – abgeändert:

Das beklagte Land wird verurteilt, über die Auswahl der Bewerber der am 28.05.2015 ausgeschriebenen Stelle einer Volljuristin/eines Volljuristen im Dekanat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der CAU neu zu entscheiden.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Besetzung der Stelle einer Volljuristin/eines Volljuristen an der C...-A...-U...zu K... (im Folgenden: CAU). Die Klägerin begehrt, über die Auswahl der Bewerber neu zu entscheiden, hilfsweise ihr Schadensersatz zu leisten.

Die Klägerin ist 1976 geboren und hat zwei minderjährige Kinder. Sie ist seit dem 15.04.2014 als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für osteuropäisches Recht der CAU beschäftigt und in Entgeltgruppe 13 TV-L eingruppiert. Der Vertrag ist befristet (Anlage A 1, Bl. 7 ff. d. A.), gegenwärtig bis zum 30.09.2016.

Die promovierte Klägerin ist Volljuristin und hat seit 2008 diverse Tätigkeiten ausgeübt. Sie war vor ihrer Beschäftigung als wissenschaftliche Mitarbeiterin

beispielsweise als Rechtsanwältin, Projektmanagerin und wissenschaftliche Referentin tätig. Sie hat sich u.a. auch in Fragen Prüfungsrecht der CAU sowie Teamführung weitergebildet. Wegen der Einzelheiten wird auf Anlage A 3, K 8 und K 9, (Bl. 11 bis 45 und Bl. 60 f d. A.) verwiesen.

Mit Stellenausschreibung vom 28.05.2015 suchte die CAU für das Dekanat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät ab dem 20.07.2015 eine Volljuristin/einen Volljuristen im Prüfungsamt. Es handelte sich um eine halbe Stelle, die unbefristet zu besetzen war (Anlage A 2. Bl. 9 d. A.). In der Stellenausschreibung heißt es u.a.:

„Vorausgesetzt werden:

- Erste und zweite Juristische Staatsprüfung
- ausgeprägte Teamfähigkeit und Kommunikationsfähigkeit als unerlässliche Voraussetzungen,
- Bereitschaft und Fähigkeit zur selbständigen Einarbeitung in die genannte spezielle Rechtsmaterie
- zeitliche Flexibilität im Hinblick auf die Teilnahme an den Sitzungen der Fakultätsorgane

Da die Tätigkeit funktional eng mit dem Prüfungsamt, dem Studiendekan sowie den Lehrenden der Fakultät verzahnt ist, stehen die persönlichen und sozialen Kompetenzen Teamfähigkeit und Kommunikationsfähigkeit - neben der Qualifikation als Volljurist/-in - an erster Stelle. Hinzutreten sollten, gerade auch im Hinblick auf die Aufgabe der Weiterentwicklung des Studienangebots, Eigeninitiative und Organisationstalent. Berufserfahrung, insbesondere auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts und/oder im Hochschulbereich, ist von Vorteil, aber nicht Bedingung.“ (Bl. 9 d.A.).

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage Bezug genommen.

Die Auswahlgespräche fanden am 08.07.2015 statt. Das Gespräch mit der Klägerin dauerte, wie bei anderen Bewerbern auch, ca. 10 Minuten. Die Kommission zur Besetzung der Stelle entschied sich noch am 08.07.2015 für Frau M..

Am 09.07.2015 vereinbarte die Klägerin, das Ergebnis ahnend, mit dem Sekretariat einen Gesprächstermin mit dem Dekan, der aber erst für den 16.07.2015 gefunden werden konnte.

Am 10.07.2015 beantragte das beklagte Land bei dem zuständigen Personalrat und der Schwerbehindertenvertretung die Erteilung der Zustimmung zur Einstellung der ausgewählten Bewerberin ab dem 01.08.2015 (Anlage B 3, Bl. 76 ff d. A.). In diesem Zusammenhang wurde, datiert auf den 10.07.2015, eine Begründung zum Einstellungsantrag erstellt, die als Anlage B 5 (Bl. 90 d. A.) zur Akte gereicht wurde und die Unterschrift des Dekans trägt. Darin heißt es u.a.:

„Im Rahmen der Vorstellungsgespräche hatten die Bewerberinnen und der Bewerber Gelegenheit zur Präsentation ihrer fachlichen und persönlichen Vorstellungen und Qualifikationen. Die anwesenden Fakultätsmitglieder legten hier besonderes Augenmerk darauf zu erfahren, ob die Bewerberinnen die in der Ausschreibung geforderte Team- und Kommunikationsfähigkeit mitbringen. Leider gelang es einigen Bewerberinnen und dem (schwerbehinderten) Bewerber nicht, deutlich zu machen,

dass sie sich in das Team des Prüfungsamtes, welches kollegial und nicht hierarchisch strukturiert ist, gerne würden einfügen können (Herr ..., Frau ..., Frau Dr. ... und Frau). Bei einigen Bewerberinnen bestanden Zweifel, ob sie ihr berufliches Engagement vorrangig und – soweit planbar – zuverlässig und dauerhaft in die Fakultät einzubringen bereit sind (Frau ..., Frau und Frau ...).

Unter den genannten Aspekten überzeugten umfassend nur zwei Bewerberinnen und zwar Frau M... und Frau M. Bei der nun vorzunehmenden Reihung dieser beiden Bewerberinnen war auch die Tatsache zu berücksichtigen, dass Frau M. als intern befristet Beschäftigte eine besondere Fürsorgepflicht der Dienststelle genießt.

..... Die Einstellung wird hiermit beantragt.“ (Anlage B 5 , Bl. 90 d. A.).

Am 16.07.2015 fand das Gespräch zwischen der Klägerin und dem Dekan statt. Der Dekan bestätigte der Klägerin, dass die Wahl nicht auf sie sondern auf Frau M. gefallen sei. Er verwies die Klägerin an den Personalrat. Der weitere Inhalt des Gesprächs ist streitig. Die Klägerin wandte sich noch am gleichen Tag per Mail an den Personalrat und bat um genauen Qualifikationsvergleich der nicht berücksichtigten Bewerber im Verhältnis zu Frau M. . Der Personalrat verwies sie darauf, er habe insoweit keine Beurteilungskompetenz (Bl. 135 d. A.).

Vom 20.07.2015 bis zum 01.08.2015 war die Klägerin urlaubsbedingt abwesend.

Mit Schreiben vom 23.07.2015 teilte die CAU der ausgewählten Bewerberin mit, dass sie ab dem 01.08.2015 als Volljuristin weiterbeschäftigt werde und bat um Unterzeichnung des gleichzeitig übermittelten unbefristeten Arbeitsvertrages (Bl. 84 und Anlage B 4, Bl. 88 ff d. A.).

Am 27.07.2015 stimmten Schwerbehindertenvertretung und Gleichstellungsbeauftragte der Einstellung zu, am 30.07.2015 erteilte der Personalrat die Zustimmung (Bl. 87 d. A.).

Seit Montag, dem 03.08.2015 arbeitet die ausgewählte Bewerberin als Volljuristin im Dekanat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät.

Mit Schreiben vom 03.08.2015, zugegangen am 04.08.2015, erhielt die Klägerin ein Absageschreiben. Dieses hat folgenden Wortlaut:

„Sehr geehrte Frau Dr.

Sie hatten sich auf eine Juristenstelle (halbtags) im Dekanat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät beworben. Ich muss Ihnen hiermit leider mitteilen, dass Sie für die Besetzung der Stelle nicht berücksichtigt werden konnten. Ihre Bewerbungsunterlagen senden wir Ihnen anliegend zu unserer Entlastung zurück.

Für Ihren weiteren Werdegang wünsche ich Ihnen alles Gute.

Mit freundlichen Grüßen

.....“ (Anlage A 4, Bl. 46 d. A.)

Am 05.08.2015 beehrte die Klägerin im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens, dem beklagten Land zu untersagen, die Stelle zu besetzen (Arbeitsgericht Kiel, Az. 3 Ga 7 b/15). Den Antrag nahm sie in der mündlichen Verhandlung angesichts der bereits erfolgten Besetzung zurück. Mit der

vorliegenden, am 10.08.2015 erhobenen Klage begehrt sie die Wiederholung der Auswahlentscheidung, hilfsweise Schadensersatz.

Die Klägerin hat stets die Ansicht vertreten, mit der Einstellung der Mitbewerberin M. sei gegen das Prinzip der Bestenauslese gemäß Art. 33 Abs. 2 GG verstoßen worden, denn sie habe einen besseren Notendurchschnitt und mehr Berufserfahrung. Sie sei die besser geeignete Bewerberin. Auch habe das beklagte Land eine Vielzahl von formellen Fehlern im Auswahlverfahren gemacht. Das Vorstellungsgespräch sei mit ca. 10 Minuten zu kurz gewesen, um die Qualifikation der Klägerin seitens des Gremiums zu erkennen. Teamarbeit und -fähigkeit sei nicht Gesprächsgegenstand gewesen. Die Auswahlentscheidung sei nicht hinreichend dokumentiert. Die Begründung zum Einstellungsantrag der Frau M. gemäß Anl. B 5 (Bl. 90 d. A.) erfülle nicht die Dokumentationspflicht der Entscheidung. Denn die Entscheidung sei nicht nachvollziehbar und transparent dargelegt worden. Ihre Beschäftigungsmöglichkeit sei treuwidrig vereitelt worden. Die Stelle habe von vornherein mit der ausgewählten Mitbewerberin besetzt werden sollen, und zwar zunächst sogar ohne Ausschreibung. Die Personalratsbeteiligung sei nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden. Ihr durch Art. 19 Abs. 4 GG garantiertes Recht auf effektiven Rechtsschutz sei durch die erst nachträgliche schriftliche Benachrichtigung von der erfolgten Stellenbesetzung vereitelt worden. Die Klägerin habe damit einen Anspruch auf Wiederholung des Auswahlverfahrens unter Beachtung der Kriterien des Art. 33 GG. Soweit dieser Antrag nicht begründet sei, habe sie einen Anspruch auf Schadensersatz, mit dem sie so zu stellen sei, als ob ihr die Stelle übertragen worden sei.

Das beklagte Land hat stets vertreten, alles sei formal und inhaltlich korrekt verlaufen. Die Klägerin sei nicht die geeignetere Bewerberin gewesen. Die Klägerin habe nämlich nicht deutlich machen können, dass sie ausgeprägt teamfähig sei, wie dies in der Stellenbeschreibung gefordert werde. Mit der Anl. B 5 sei auch die Dokumentationspflicht erfüllt worden. Danach sei nachvollziehbar dargelegt worden, aufgrund welcher Kriterien die Auswahlentscheidung gefallen sei. Im Übrigen habe die Klägerin bereits am 09.07.2015, als sie bei der Sekretärin einen Termin mit dem Dekan verlangt habe, gewusst, dass die Wahl nicht auf sie gefallen sei. Der Dekan habe ihr das dann auch noch einmal in dem Gespräch mitgeteilt. Dennoch habe sie innerhalb von 14 Tagen keinen Eilantrag gestellt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Urteil vom 18.11.2015 abgewiesen. Das ist im Wesentlichen mit der Begründung geschehen, der Hauptantrag sei unbegründet, da die Stelle bereits endgültig besetzt sei. Ein Wiederherstellungsanspruch bestehe nicht, da der Klägerin bereits am 09.07.2015 zu Ohren gekommen sei, dass ihr eine andere Mitbewerberin vorgezogen wurde. Das habe der Dekan in dem späteren Gespräch bestätigt. Das reiche aus. Die Klägerin habe dem Dekan nicht signalisiert, dass sie das nicht akzeptiere. Daher habe die Beklagte die Stelle besetzen dürfen. Sie habe darauf vertrauen dürfen, dass die Klägerin rechtliche Schritte nicht ergreifen werde. Ein Schadensersatzanspruch sei nicht gegeben, da die Klägerin nicht habe darlegen können, dass nur ihr anstelle der anderen Bewerber die Stelle haben übertragen werden müssen. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf Tatbestand, Anträge und Entscheidungsgründe des Urteils verwiesen.

Gegen diese der Klägerin am 05.01.2016 zugestellte Entscheidung hat sie am 06.01.2016 Berufung eingelegt, die am 03.03.2016 begründet wurde.

Die Klägerin ergänzt und vertieft im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie trägt vor, ihr sei vor Erhalt des Schreibens vom 03.08.2015 nicht gesagt worden, dass und aus welchen Erwägungen man sich nicht für sie entschieden habe. Sie habe aufgrund der innerbetrieblichen „Strukturen“ nur eine Vorahnung gehabt. Sie habe daher vor Einleitung gerichtlicher Schritte auf eine Absage gewartet. Teamfähigkeit sei in dem Auswahlgespräch nicht angesprochen worden. Die Auswahl sei schon mangels Dokumentation nicht überprüfbar. Ein Protokoll der Gespräche liege nicht vor. Sie habe daher keine Chance gehabt, vor der Stellenbesetzung ein gerichtliches Verfahren mit einer entsprechenden inhaltlichen Auseinandersetzung des Vorgangs zu führen.

Die Klägerin beantragt zuletzt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 18.11.2015 – Az. 3 Ca 1171 b/15 – abzuändern und das beklagte Land zu verurteilen, über die Auswahl der Bewerber der am 28.05.2015 ausgeschriebenen Stelle einer Volljuristin/eines Volljuristen im Dekanat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der CAU neu zu entscheiden;

hilfsweise,

die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin so zu stellen, als wäre ihr die von der Beklagten ausgeschriebene Stelle einer Volljuristin/eines Volljuristen an der Universität CAU K... mit Wirkung vom 01.08.2015 übertragen worden.

Das beklagte Land beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Es hält das angefochtene Urteil sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht für zutreffend. Die erfolgte Stellenbesetzung stehe dem Hauptantrag bereits entgegen. Das Gebot effektiven Rechtsschutzes sei nicht verletzt. Die Klägerin habe bereits am 09.07.2015 gewusst, dass die Auswahl nicht auf sie gefallen sei. Das sei ihr zudem in dem Gespräch mit dem Dekan am 16.07.2015 bestätigt und erläutert worden. Es sei ihr selbst zuzuschreiben, dass sie nicht rechtzeitig Eilrechtsschutz beantragt habe. Die Auswahl leide nicht an formellen Mängeln. Der Grundsatz des fairen Verfahrens sei eingehalten. Ein Dokumentationsmangel bestehe nicht. Die Anlage B 5 vom 10.07.2015 sei der Auswahlvermerk und gleichzeitig das Protokoll über den Verlauf der Auswahlgespräche. Die Auswahlentscheidung sei auch inhaltlich nicht zu beanstanden. Die Klägerin sei nicht die am besten geeignete Bewerberin gewesen. Zwar sei zweifelsfrei davon auszugehen, dass auch die Klägerin die in der Ausschreibung geforderten fachlichen und Flexibilitätsvoraussetzungen erfüllt. Sie habe aber, anders als zwei Mitbewerberinnen, in dem Auswahlgespräch am 08.07.2015 nicht die geforderte Teamfähigkeit vorweisen können, was u.a. an einer von ihr in dem Bewerbungsgespräch gestellten Frage deutlich sichtbar geworden sei. Die Hintergründe habe der Dekan in seinem Schreiben vom 14.10.2015 an den diesen Rechtsstreit erstinstanzlich führenden Geschäftsbereich Personal der CAU näher ausgeführt (Anlage B 6, Bl. 103f d. A.).

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle verwiesen.

Entscheidungsgründe

I. Die Berufung ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt und innerhalb der Berufungsbegründungsfrist auch begründet worden (§§ 64, 66 Abs. 1 ArbGG).

II. Die Berufung ist auch begründet. Das Arbeitsgericht hat den auf Wiederherstellung des Bewerbungsverfahrens gerichteten Hauptantrag der Klägerin trotz der bereits erfolgten Stellenbesetzung zu Unrecht abgewiesen. Das vom beklagten Land durchgeführte Auswahl- und Stellenbesetzungsverfahren leidet an gravierenden Verfahrensmängeln. Mit der endgültigen Besetzung der Stelle vor der förmlichen Unterrichtung der Klägerin hat das beklagte Land vereitelt, dass diese die Schaffung von Fakten im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verhindern konnte. Dadurch ist die Klägerin in ihren Rechten aus Art. 33 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 4 GG verletzt. Sie hat den Wiederherstellungsanspruch auch nicht verwirkt.

1. Die Klägerin hat gegenüber dem beklagten Land als Bewerberin auf die ausgeschriebene Stelle einer Volljuristin/eines Volljuristen in der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der CAU einen verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf Durchführung eines Auswahlverfahrens, das dem Prinzip der Bestenauslese Rechnung trägt und die Grundrechte der Klägerin beachtet.

a) Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Öffentliche Ämter i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG sind sowohl Beamtenstellen als auch solche Stellen, die von Arbeitnehmern besetzt werden können (BAG vom 28.05.2002 – 9 AZR 751/00 – Juris, Rz. 23 m.w.N.; BAG vom 18.09.2007 – 9 AZR 672/06 – Juris, Rz. 19). 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. Zum anderen trägt Art. 33 Abs. 2 GG dem berechtigten Interesse des Bewerbers an seinem beruflichen Fortkommen Rechnung. 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 (BAG vom 12.10.2010 – 9 AZR 554/09 – Juris, Rz. 33 m.w.N.).

b. Das beklagte Land, handelnd durch den Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der CAU, ist zweifelsfrei ein Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes und damit an das in Art. 33 Abs. 2 GG festgelegte Prinzip der Bestenauslese gebunden.

2. Der Klageanspruch auf Verfahrenswiederherstellung scheidet nicht daran, dass die Stelle zum 1. August 2015 bereits endgültig besetzt wurde.

a) Der auf Art. 33 Abs. 2 GG gestützte Klageanspruch eines Bewerbers 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 (BAG vom 12.10.2010 - 9 AZR 554/09, Rz. 35 mit einer Vielzahl von Nachweisen). Eine

Konkurrentenklage erledigt sich dann, da die Stelle nicht mehr verfügbar ist (BAG vom 18.09.2007 – 9 AZR 672/06 – LS 1 und Rz. 22). Dem – verfahrensfehlerhaft – unterlegenen Bewerber stehen bei Vorliegen der Voraussetzungen in der Regel allenfalls Schadensersatzansprüche zu, wenn ihm die Stelle hätte übertragen werden müssen (BAG a.a.O).

b) Eine Stelle ist endgültig besetzt, wenn dem ausgewählten Bewerber eine gesicherte Rechtsposition eingeräumt ist, die der so vorgenommenen Ausgestaltung des Amtes entspricht (BAG vom 12.10.2010 – 9 AZR 554/09 – Rz. 37 m.w.N.).

c) Die von der Klägerin begehrte Stelle ist besetzt. Das beklagte Land hat die Stelle, auf die sich die Klägerin beworben hat, zum 01.08.2015 rechtlich verbindlich vergeben. Der Arbeitsvertrag ist unterzeichnet. Die ausgewählte Mitbewerberin hat die Arbeit am Montag, den 03.08.2015 aufgenommen.

3. Der Bewerbungsverfahrensanspruch der Klägerin ist im Streitfall gleichwohl nicht untergegangen. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Verfahrenswiederherstellung. Das beklagte Land und das Arbeitsgericht haben die verfassungsrechtlichen Besonderheiten des Konkurrentenverfahrens nicht ausreichend berücksichtigt. Das beklagte Land hat durch sein Verhalten verhindert, dass die Klägerin vor Einstellung der ausgewählten Bewerberin einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch nehmen konnte. Der Bewerbungsverfahrensanspruch der Klägerin ist bereits dadurch verletzt worden, dass ihr das Auswahlergebnis nicht ordnungsgemäß bekanntgegeben worden ist. Das beklagte Land hat die Klägerin weder rechtzeitig noch ordnungsgemäß unterrichtet. Auch durch die Ausgestaltung des Auswahlverfahrens wurde ihr Anspruch auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz vereitelt, jedenfalls unzumutbar erschwert.

a) Der sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebende Anspruch eines Bewerbers auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung lässt sich nur vor Besetzung der Stelle mit dem ausgewählten Bewerber verwirklichen. Es bedarf deshalb der Sicherung durch einstweiligen Rechtsschutz (BVerfG vom 09.07.2007 – 2 BvR 206/07 – Juris, Rz. 15; BAG vom 18.09.2007 9 AZR 672/06 – Rz. 28). Im Streit um den Zugang zu einem öffentlichen Amt bedeutet dies, dass der unter Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG abgelehnte Bewerber grundsätzlich die Möglichkeit haben muss, vor Gericht die Beachtung seines Rechts aus Art. 33 Abs. 2 GG durchzusetzen (BVerfG vom 19.09.1989 - 2 BvR 1576/88 – NJW 1990, 501 (501).

b) Einem zu Unrecht übergebenen Bewerber kann deshalb ausnahmsweise dann ein Anspruch auf Wiederherstellung des Auswahlverfahrens zustehen, wenn durch das Verhalten der Verwaltung ein effektiver Rechtsschutz verhindert worden ist (BAG vom 28.05.2002 – 9 AZR 751/00 – Juris, Rz. 43). Gleiches gilt, wenn die Berufung auf die erfolgte Stellenbesetzung auf Grund besonderer Umstände unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens rechtsmissbräuchlich erscheint. Das ist z.B. dann der Fall, wenn durch das Verhalten der Arbeitgeberin – bewusst oder unbewusst - für die andere Seite ein schützenswertes Vertrauen auf den Fortbestand des Bisherigen geschaffen worden ist. Dann kann im Einzelfall nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) die Berufung auf die Besetzung der Stelle unzulässig sein (BAG vom 12.10.2010 – 9 AZR 554/09 – Rz. 42, m.w.N.).

c) Ein dem gerichtlichen Rechtsschutzverfahren vorgelagertes Auswahlverfahren darf nicht so ausgestaltet sein, dass es den gerichtlichen Rechtsschutz vereitelt oder unzumutbar erschwert (BVerfG vom 19.09.1989 - 2 BvR 1576/88, a.a.O.; BVerfG vom 09.07.2007, – 2 BvR 206/07 – Juris, LS 2a und Rz. 17; BAG vom 28.05.2002 – 9 AZR 751/00 Juris, Rz.36). Das ist der Fall, wenn der unterlegene Mitbewerber erst nach der Stellenbesetzung vom Ausgang des Stellenbesetzungsverfahrens erfährt (BVerfG a.a.O.).

d) Der unterlegene Bewerber muss innerhalb einer für seine Rechtsschutzentscheidung ausreichenden Zeitspanne vor der Ernennung des Mitbewerbers durch eine Mitteilung seines Dienstherrn vom Ausgang des Auswahlverfahrens Kenntnis erlangen. Das folgt aus Art. 33 Abs. 2 i.V.m. Art.19 Abs. 4 GG (BVerfG vom 19.09.1989 – 2 BvR 1576/88, a.a.O., BVerfG vom 09.07.2007 a.a.O.; BVerfG vom 01.04.2004 – 2 C 26/03 – LS 1 und Rz. 15). Eine solche Verpflichtung ist für Arbeitnehmer aus § 242 BGB herzuleiten (BAG vom 28.05.2002 – 9 AZR 751/00 – Rz. 35 m.w.N.).

e) Die Mitteilung des Dienstherrn muss das Ergebnis der Auswahlentscheidung und die maßgebenden Gründe enthalten (OVG Lüneburg vom 25.11.2014 – 5 LB 7/14 – Juris, Rz. 44).

aa) Denn der unterlegene Bewerber hat stets Anspruch auf eine verbindliche Information durch den Dienstherrn, damit er nicht Gefahr läuft, ein Rechtsmittel auf ungesicherter tatsächlicher oder rechtlicher Grundlage zu ergreifen (OVG Lüneburg a.a.O., Rz. 44). Diese Pflicht folgt aus Art. 33 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG (BVerfG vom 09.07.2007 – 2 BvR 206/07 – Rz. 20). Sie gilt sowohl für Beamte als auch für Arbeiter und Angestellte (BAG vom 17.08.2010 – 9 AZR 347/09 – Juris, Rz. 26 m.w.N.).

bb) Die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes sind verpflichtet, die Leistungsbewertungen und die wesentlichen Auswahlerwägungen schriftlich niederzulegen. Ein dem späteren Konkurrentenklageverfahren vorgelagertes Auswahlverfahren darf nicht so ausgestaltet sein, dass es den gerichtlichen Rechtsschutz vereitelt oder unzumutbar erschwert. Das wäre aber dann der Fall, wenn der unterlegene Bewerber keine oder nur eine lückenhafte Kenntnis über die Entscheidungsgrundlagen hätte. Das Dokumentationsgebot ist für die Transparenz der Auswahlentscheidung unverzichtbar (BAG vom 18.09.2007 – 9 AZR 672/06 – Orientierungssatz 2 und Rz. 48). Die fehlende schriftliche Dokumentation der Auswahlerwägungen stellt einen nicht heilbaren erheblichen Verfahrensmangel dar (BAG vom 17.08.2010 – 9 AZR 347/09 – Rz. 26).

cc) Nur durch die schriftliche Fixierung der wesentlichen Auswahlerwägungen - von denen der Mitbewerber Kenntnis erlangen können muss – wird dieser in die Lage versetzt, sachgerecht darüber befinden zu können, ob er die Entscheidung hinnehmen soll oder ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen den Anspruch auf faire und chancengleiche Behandlung seiner Bewerbung bestehen und er daher gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch nehmen will. Darüber hinaus eröffnet erst die Dokumentation der maßgeblichen Erwägungen auch dem Gericht die Möglichkeit, die angegriffene Entscheidung eigenständig nachzuvollziehen. Unterbleiben solche Informationen, kann dem Bewerber nicht vorgeworfen werden, er habe die Inanspruchnahme primären Rechtsschutzes schuldhaft versäumt

(BVerfG vom 09.07.2007 – 2 BvR 210/07 – Rz. 22; BVerwG vom 01.04.2004, Rz. 15).

dd) Die Beachtung der vorstehend dargelegten Verfahrensgrundsätze im Bewerbungsverfahren des öffentlichen Dienstes wird auch nicht dadurch entbehrlich, dass durch Negativmitteilungen an jeden Bewerber die Abwicklung des Besetzungsverfahrens erschwert wird. Das ist angesichts des verfassungsrechtlichen Gebots hinzunehmen (BVerwG vom 01.04.2004 – 2 C 26/03 – Rz. 15).

4. Gemessen an diesen Voraussetzungen hat das beklagte Land durch sein Verhalten den Anspruch der Klägerin auf effektiven Rechtsschutz vereitelt, jedenfalls unzumutbar erschwert. Damit hat es mit der endgültigen Besetzung der Stelle ihre Rechte nach Art. 33 Abs. 2 GG iVm. Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 20 Abs. 3 GG verletzt. Es hat die Klägerin nicht ordnungsgemäß unterrichtet und auch das Ergebnis der Auswahlentscheidung nicht ordnungsgemäß dokumentiert.

a) Die ordnungsgemäße Unterrichtung erfordert eine Mitteilung des Dienstherrn. Die Annahme des Arbeitsgerichts und des beklagten Landes, es sei auf den 09.07.2015 abzustellen, ist falsch. Am 09.07.2015 hatte die Klägerin allenfalls eine Vorahnung. Eine Vorahnung ist aber zweifelsfrei keine Mitteilung des Dienstherrn, allenfalls ein subjektives Gefühl. Unstreitig hat ihr bis zu zum 09.07.2015 der Dienstherr nichts mitgeteilt.

b) Das Gespräch vom 16.07.2015 mit dem Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der CAU stellt ebenfalls keine - ordnungsgemäße - Mitteilung im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung dar. Es fehlt schon die Schriftform. Insoweit kann dahingestellt bleiben, was der Dekan gesagt hat und vor allem ob er der Klägerin Gründe genannt hat. Abgesehen davon hat selbst das beklagte Land nicht behauptet, der Klägerin gesagt zu haben, bei ihr habe die geforderte Teamfähigkeit nicht festgestellt werden können. Ein derartiger Gesprächsinhalt ist dem Vorbringen des beklagten Landes nicht zu entnehmen.

c) Schriftlich hat das beklagte Land die Klägerin erst mit Schreiben vom 03.08.2015 unterrichtet. Das war nach Besetzung der Stelle, auf die sich die Klägerin beworben hat. Die ordnungsgemäße Unterrichtung hat jedoch nach der Rechtsprechung vor der Stellenbesetzung zu erfolgen.

d) Auswählerwägungen wurden der Klägerin zu keinem Zeitpunkt schriftlich mitgeteilt. Das nach der Stellenbesetzung verfasste Ablehnungsschreiben des beklagten Landes vom 03.08.2015 erfüllt nicht ansatzweise das Dokumentations- und Transparenzgebot. Es enthält keinerlei inhaltliche Begründung. Auswählerwägungen sind ihm nicht zu entnehmen. Das Absageschreiben enthält nur das Auswahlresultat. Es hat mit Ausnahme der Erwähnung der Absagetatsache keinen eigenen Inhalt.

e) Das als Anlage B 5 zur Akte gereichte Schriftstück ist ebenfalls nicht geeignet, das Fehlen des notwendigen, mit Inhalten versehenen und vor der Stellenbesetzung zu übermittelnden Absageschreibens zu ersetzen. Auch stellt es keine dem Dokumentationsgebot entsprechende Niederlegung der Leistungsbewertungen und Auswählerwägungen dar. Seine Existenz hat auf den Ausgang des vorliegenden Verfahrens keinen Einfluss.

(1) Die Klägerin hatte vor der vollzogenen Stellenbesetzung keine Kenntnis vom Inhalt der Anlage B 5.

(2) Die Anlage B 5 enthält auch keine wesentlichen Auswählerwägungen. Es wird nur das Ergebnis der Entscheidung mitgeteilt. Es sind keinerlei Fakten dokumentiert, die eine inhaltliche Auseinandersetzung und damit eine Überprüfung der Auswahlentscheidung ermöglichen. Das Schreiben enthält keine Tatsachen, die die Erfüllung des Anforderungsprofils überprüfbar machen. Damit ist das Ergebnis der Entscheidung nicht justiziabel. Auch einem Gericht fehlt somit jede Möglichkeit, die angegriffene Entscheidung eigenständig nachzuvollziehen. Das aber ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes unerlässlich (vgl. nur BVerfG vom 09.07.2007 – 2 BvR 210/07 – Rz. 22).

(3) Vor diesem Hintergrund kann dahingestellt bleiben, was die Anlage B 5 wirklich ist. Der entscheidenden Kammer fällt auf, dass es sich bei diesem Dokument nur um einen Teil der Personalratsanhörung handelt, auch wenn der zweitinstanzliche Prozessbevollmächtigte sie als eigenständigen Auswahlvermerk zu deklarieren versucht. Außerdem ist es nur ein Auszug aus der Personalratsanhörung. Es kann auch dahingestellt bleiben, wer ursprünglich diese Personalratsanhörung nebst Begründung unterschrieben hat und wann vom Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät seine Unterschrift unter diese Anlage B 5 gesetzt wurde.

(4) Andere rechtlich berücksichtigungsfähige Unterlagen des beklagten Landes über das Bewerbungsgespräch und die Auswählerwägungen existieren nicht. Noch in der Berufungsverhandlung hat das beklagte Land durch seinen zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten erklärt, bei der Anlage B 5 handele es sich um den Auswahlvermerk und gleichzeitig um das Protokoll des Auswahlgesprächs. Damit steht zur Überzeugung der Kammer fest, dass das beklagte Land den Inhalt des Auswahlgesprächs unter Außerachtlassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht justiziabel dokumentiert hat. Überprüfbare Fakten, Fragestellungen und/oder Erwägungen wurden nicht schriftlich niedergelegt. Die getroffene Entscheidung ist mithin nicht überprüfbar. Dem Justizgewährleistungsanspruch der Klägerin ist mit der Vorgehensweise des beklagten Landes unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt Rechnung getragen worden.

f) Auf die am 14.10.2015 erstellte Stellungnahme des Dekans der Rechtswissenschaftlichen Universität CAU (Anlage B 6, Bl. 103 f d. A) kann nicht abgestellt werden. Diese Stellungnahme ist rechtlich unbeachtlich.

(1) Die Stellungnahme ist erst mehrere Monate nach der Besetzung der ausgeschriebenen Stelle erstellt worden und der Klägerin auch nicht im Zusammenhang mit der Mitteilung über das Ergebnis des Auswahlverfahrens, vielmehr erst im Rahmen des vorliegenden Hauptsacheverfahrens zugänglich geworden.

(2) Die Auswählerwägungen können nicht erstmals im gerichtlichen Eilverfahren dargelegt werden. Das vermindert die Rechtsschutzmöglichkeiten des Beschwerdeführers in unzumutbarer Weise. Ohne die Kenntnis der Entscheidungsgrundlagen ist eine substantiierte Begründung und Glaubhaftmachung des Anspruchs kaum, oder allenfalls nur sukzessive möglich. Einem Bewerber ist jedoch nicht zuzumuten, die Auswahlentscheidung seines Dienstherrn

gewissermaßen „ins Blaue hinein“ im gerichtlichen Eilverfahren angreifen zu müssen, um die tragenden Auswählerwägungen zu erfahren (BVerfG a.a.O. Rz. 22; BAG vom 17.08.2010 – Rz. 28 m.w.N.).

5. Der Geltendmachung einer Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs der Klägerin kann auch nicht der Gesichtspunkt der Verwirkung entgegengehalten werden.

a) Der Rechtsgedanke der Verwirkung ist ein Unterfall des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und auch im Bereich der Arbeitsverhältnisse des öffentlichen Arbeitgebers anwendbar (vgl. nur BAG vom 12.10.2010 – 9 AZR 554/09 – Rz. 42 m.w.N.). Der Einwand der Verwirkung setzt neben dem Ablauf eines längeren Zeitraums voraus, dass der Inhaber eines materiellen und prozessualen Anspruchs oder Gestaltungsrechts innerhalb dieses Zeitraums unter Verhältnissen untätig geblieben ist, unter denen er vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts zu unternehmen pflegt. Es müssen also besondere Umstände hinzutreten, welche die verspätete Geltendmachung als treuwidrig erscheinen lassen. Der jeweilige Gegner muss in rechtlich schützenswerter Weise darauf vertraut und sich darauf eingestellt haben, dass ein bestimmtes Recht nicht mehr geltend gemacht wird (OVG NRW vom 24.11.2015 – 1 B 884/15, Juris, Rz.4 f).

b) Ein schützenswertes Vertrauen des beklagten Landes existiert nicht. Die Klägerin ist auch nicht über eine längere Zeit untätig geblieben. Das beklagte Land hat bereits gehandelt und Fakten geschaffen, bevor – noch dazu bei ihm - überhaupt ein Vertrauenstatbestand entstehen konnte.

aa) Das beklagte Land hat der Klägerin keine Wartezeit genannt. Es hätte jedoch vor der Stellenbesetzung, d.h. vor der Aushändigung des Arbeitsvertrages an die Mitbewerberin (BAG vom 12.10.2010 – 9 AZR 554/09 – Rz. 37), ab der ordnungsgemäßen Mitteilung des Ergebnisses des Auswahlverfahrens eine ausreichende Zeitspanne abgewartet werden müssen (BVerfG vom 19.09.1989 – 2 BvR 1576/88, a.a.O., BVerfG vom 09.07.2007 a.a.O.; BVerwG vom 01.04.2004 – 2 C 26/03 – LS 1 und Rz. 15). Dieser Grundsatz gilt auch für Arbeitnehmer (BAG vom 28.05.2002 – 9 AZR 751/00 – Rz. 35 m.w.N.). Das gebietet das Gebot des effektiven Rechtsschutzes. Zu Gunsten des beklagten Landes sei hier unterstellt, die Dauer einer Wartezeit von zwei Wochen sei ausreichend. Selbst dann muss der Bewerber jedoch auf die Wartezeit hingewiesen werden (OVG NRW, a.a.O, Rz. 17).

bb) Über eine Wartezeit ist mit der Klägerin unstreitig nicht kommuniziert worden. Das beklagte Land hat mit der Klägerin als Bewerberin nicht bzw. nicht ordnungsgemäß kommuniziert. Das Handeln des beklagten Landes war von einer bemerkenswerten Eile geprägt, um schnellstmöglich die Stelle zu besetzen. Es hat dabei noch nicht einmal den Eingang der Personalratszustimmung abgewartet, der ausgewählten Bewerberin den Arbeitsvertrag vielmehr bereits vorher ausgehändigt. Bei einer solchen Vorgehensweise des beklagten Landes konnte unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ein schutzwürdiges Vertrauen darauf, die Klägerin werde ihren Bewerbungsverfahrensanspruch nicht mehr verfolgen, nicht entstehen.

Die rechtlichen Voraussetzungen eines Verwirkungstatbestandes sind damit unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt erfüllt. Das verkennt das Arbeitsgericht.

6. Im neuen Auswahlverfahren wird das beklagte Land sich nicht darauf berufen dürfen, die eingestellte Mitbewerberin habe einen Einarbeitungsvorsprung. Ein solcher ist rechtswidrig herbeigeführt worden.

7. Aus den genannten Gründen ist die Klage zu Unrecht abgewiesen worden. Auf die Berufung war das Urteil abzuändern. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Wiederherstellung des Bewerbungsverfahrens. Ihrem Hauptantrag war daher stattzugeben.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

Die Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 ArbGG liegen nicht vor, so dass die Revision nicht zuzulassen war.

■