

10 SaGa 14/16
8 Ga 77/16
(ArbG München)

Verkündet am: 16.11.2016

Birkhold
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

A.
A-Straße, A-Stadt

- Verfügungskläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtsanwalt A.
B-Straße, A-Stadt

gegen

C.
C-Straße, A-Stadt

- Verfügungsbeklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtsanwälte D.
D-Straße, A-Stadt

- 2 -

hat die 10. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 16. November 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Dick und die ehrenamtlichen Richter Kastner und Berger

für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 29.06.2016 – 8 Ga 77/16 – wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten im Verfahren zur Einstweiligen Verfügung im Rahmen eines Konkurrentenrechtsstreits um die Untersagung einer Stellenbesetzung bei der Beklagten bzw. um Rückgängigmachung einer unter Umständen bereits erfolgten Stellenbesetzung.

Die Verfügungsbeklagte veröffentlichte Mitte April 2016 in der Jobbörse der Agentur für Arbeit eine Anzeige einer Stelle als „Senior Spezialist HR Recht (m/w) (Jurist/in)“. Wegen des genauen Wortlauts der Stellenausschreibung wird auf die Anlage A1 (Bl. 27 ff. d.A.) Bezug genommen.

Der Verfügungskläger bewarb sich mit Schreiben vom 15.04.2016 auf diese Stelle. Mit dem Verfügungskläger haben sich 5 weitere Interessenten beworben. Der Verfügungskläger legte seiner Bewerbung einen Lebenslauf bei, der unter der Bezeichnung „Beruf“ als erstes in der chronologischen Reihenfolge „seit 20.07.2015 arbeitslos“ enthält und bis dahin seine Tätigkeit als selbständiger Rechtsanwalt und HR-Business Consultant sowie als HR-Manager und ein Trainee-Programm an bundesweiten Standorten wiedergibt. Zu

den Einzelheiten der Bewerbung und des Lebenslaufs wird auf die Anlage A2 (Bl. 30 ff. d.A.) verwiesen.

Unter dem 06.05.2016 erhielt der Verfügungskläger eine Ablehnung durch die Verfügungsbeklagte. Zum Wortlaut dieses Ablehnungsschreibens wird auf die Anlage A3 (Bl. 33 d.A.) verwiesen. Unter dem 18.05.2016 forderte der Verfügungskläger die Verfügungsbeklagte auf, ihn die dem Auswahlprozess zugrunde liegende Dokumentation zukommen zu lassen. Hierfür setzte der Verfügungskläger eine Frist bis 25.05.2016.

Unter dem 01.06.2016 (Zugang beim Arbeitsgericht München am gleichen Tag) begehrte der Verfügungskläger die Unterlassung einer Stellenbesetzung sowie ggf. Rückgängigmachung zunächst vom E.. Nachdem das Landesamt für Finanzen unter dem 08.06.2016 mitteilte, dass der E. in diesem Verfahren nicht passiv legitimiert sei, weil es sich bei der Verfügungsbeklagten um eine Anstalt des öffentlichen Rechts handle, die in eigenem Namen handle, beantragte der Verfügungskläger Rubrumsberichtigung auf die jetzige Verfügungsbeklagte, was zunächst mit Beschluss vom 13.06.2016 zurückgewiesen wurde. Aufgrund der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht München vom 20.06.2016 wurde die Verfügungsklage der jetzigen Verfügungsbeklagten am 21.06.2016 zugestellt.

In der mündlichen Verhandlung am 27.06.2016 legte die Verfügungsbeklagte eine Synopse sowohl zum Verfügungskläger als auch zu den zum Erstgespräch eingeladenen 4 Bewerbern zur Einsicht vor.

Der Kläger ist der Ansicht, dass keine nachvollziehbare Dokumentation des Auswahlprozesses stattgefunden habe. Der Personalrat hätte zudem beteiligt werden müssen. Bei zutreffender Entscheidung wäre die Stelle mit ihm zu besetzen.

Der Verfügungskläger beantragte erstinstanzlich:

Dem Verfügungsbeklagten wird im Wege der Einstweiligen Verfügung vorläufig, längstens bis 2 Wochen nach erneuter Entscheidung über die Bewer-

berauswahl, untersagt, die ihm zu besetzende Stelle als „Senior Spezialist HR Recht (m/w)“ zu besetzen;

hilfsweise

eine bereits erfolgte Besetzung rückgängig zu machen.

Die Verfügungsbeklagte beantragte,

die Klageabweisung.

Die Verfügungsbeklagte ist der Auffassung, dass auf sie Art. 33 Abs. 2 GG nicht anwendbar sei. Es würde sich vorliegend auch nicht um ein öffentliches Amt handeln. Die Bewerbung des Klägers sei auch nicht ernsthaft, was sich daraus ergebe, dass er fehlerhaft den E. zunächst verklagt habe. Auch wenn man von einer Dokumentationspflicht ausgehen wollte, sei dieser nachgekommen worden. Bei der Auswahl sei zunächst auf die Examennote und, wenn diese unter den Anforderungen der Stelle gelegen habe, auf kompensatorische andere Fähigkeiten oder Kenntnisse geachtet worden. Die Entscheidung gegen den Verfügungskläger sei aufgrund dessen Noten und mangelnder Spezialkenntnisse erfolgt.

Wegen des weiteren erstinstanzlichen Vortrags wird auf die Schriftsätze der Parteien vom 01.06.2016, 24.06.2016 und 27.06.2016 sowie auf die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 20.06.2016 und 27.06.2016 Bezug genommen.

Mit dem Verfügungskläger jedenfalls ausweislich des Empfangsbekennnisses am 14.07.2016 zugestellten Urteil vom 29.06.2016 hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen.

Zur Begründung führte das Arbeitsgericht aus, dass eine Dokumentation erfolgt sei. In der mündlichen Verhandlung vom 27.06.2016 habe die Verfügungsbeklagte diese vorgelegt. Diese Dokumentation genüge den Erfordernissen. Sie definiere klare Kriterien. Sie be-

rücksichtigte die nach Art. 33 Abs. 2 GG zu beachtenden Leistungsgesichtspunkte und folge dem in der Ausschreibung genannten Anforderungssystem. Diesen so definierten Anforderungen stelle sie in Synopsenform die Angaben der Bewerber gegenüber. In einer letzten Rubrik werde dann die Auswahlentscheidung in Zusammenfassung der Aufstellung getroffen. Eine Personalratsbeteiligung sei nicht erforderlich gewesen. Es könne deswegen dahingestellt bleiben, ob Art. 33 Abs. 2 GG auf den vorliegenden Fall überhaupt anwendbar sei. Darüber hinaus hat es das Erstgericht offen gelassen, ob eventuell vorliegend der Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG deshalb nicht eröffnet sei, weil es dem Verfügungskläger möglicherweise gar nicht um den Zugang zu öffentlichen Ämtern, sondern allein um den Bewerberstatus gegangen sei.

Hiergegen wendet sich der Verfügungskläger mit seiner am 03.08.2016 beim LAG München eingegangenen Berufung und begründet diese mit am 08.09.2016 eingegangenem Schriftsatz wie folgt:

Die Dokumentation sei verspätet vorgelegt worden. Ihm sei bis zum jetzigen Tag noch keine Dokumentation vorgelegt worden. Er wisse deswegen nicht, wer seine Mitkonkurrenten seien, über welche Qualifikationen diese verfügten und warum und weshalb er nicht einmal zum Vorstellungsgespräch eingeladen worden sei. Die vom Arbeitsgericht erwähnte Synopse der anderen Bewerber liege ihm nicht vor. Er bestreite daher nach wie vor in zulässiger Weise mit Nichtwissen das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Dokumentation. Der Personalrat sei zu beteiligen gewesen. Das von der Verfügungsbeklagten und dem Erstgericht zur Anwendung gebrachte Anforderungsprofil sei fehlerhaft im Hinblick auf die geforderte Examensnote. Nachdem ihm die Dokumentation nicht vorgelegt worden sei, bestreite er auch mit Nichtwissen, dass sich die Verfügungsbeklagte bei der Personalauswahl an das von ihr darstellte Anforderungsprofil gehalten habe.

Sein Anspruch könne auch nicht dadurch unterlaufen werden, dass die Verfügungsbeklagte möglicherweise die Stelle mittlerweile besetzt habe. Zu Unrecht berufe sich die Beklagte auf die Entscheidung des EuGH vom 28.07.2016 (C-423/15). Sein Anspruch könne allenfalls dann scheitern, wenn ihm eine „rechtsmissbräuchliche Bewerbung“ vorgeworfen werden könnte. Hierfür bestünde eine hohe Hürde. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trage die Verfügungsbeklagte. Die Ernsthaftigkeit seiner Bewerbung erge-

be sich auch daraus, dass er vor dem Arbeitsgericht auch im Hauptsacheverfahren um die gegenständliche Stelle streite. Würde die Verfügungsbeklagte ihm die Stelle anbieten, so würde er sie auch annehmen, was sich aus seiner Eidesstattlichen Versicherung ergebe. Wegen des Wortlauts der Eidesstattlichen Versicherung wird auf Bl. 283 d.A. verwiesen.

Der Verfügungskläger habe im August dieses Jahres ein Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages als Sachbearbeiter der zentralen Ausländerbehörde in Deggendorf angenommen. Der dortige Verdienst belaufe sich auf € 3.024,00 brutto, was deutlich weniger wäre als die Dotierung der Personal-Trainee-Stelle bei der Verfügungsbeklagten, die sich auf ungefähr € 4.100,00 brutto pro Monat belaufe. Art. 33 Abs. 2 GG sei auf die Verfügungsbeklagte anwendbar.

Es werde mit Nichtwissen bestritten, dass die Stelle zwischenzeitlich endgültig besetzt worden sei. Zur Sicherung eines effektiven Rechtsschutzes sei ein Wiederherstellungsanspruch gegeben. Die nunmehr von der Verfügungsbeklagten im Berufungsverfahren vorgelegt Aufstellung (Anlage AG 11) werde vollumfänglich mit Nichtwissen bestritten. Darüber hinaus ergäbe sich aus ihr nicht, welche konkrete Gewichtung der Anforderungskriterien vorgenommen worden sei. Niemand wisse vorliegend, warum welcher Bewerber zum Vorstellungsgespräch eingeladen worden sei und warum beispielsweise der Verfügungskläger nicht. Die Anlage erwecke den Eindruck, dass die Verfügungsbeklagte diese im Nachgang explizit für dieses Verfahren erstellt habe, um sich mit ihr im Verfahren zu verteidigen. Es werde daher mit Nichtwissen bestritten, dass die vorgelegte Anlage tatsächlich dem Auswahlverfahren zugrunde gelegen habe.

Der Verfügungskläger beantragt in der Berufungsinstanz:

Dem Verfügungsbeklagten wird im Wege der Einstweiligen Verfügung vorläufig, längstens bis 2 Wochen nach erneuter Entscheidung über die Bewerberauswahl, untersagt, die ihm zu besetzende Stelle als „Senior Spezialist HR Recht (m/w)“ zu besetzen;

hilfsweise

im Falle der zwischenzeitlich erfolgten endgültigen Besetzung der Stelle eine bereits erfolgte Besetzung rückgängig zu machen.

Die Verfügungsbeklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Berufung sei zu spät eingelegt worden. Der Verfügungsbeklagten sei das Urteil des Arbeitsgerichts München am 30.06.2016 zugestellt worden. Es stünde daher zu vermuten, dass dies auch beim Verfügungskläger der Fall gewesen sei, obwohl das von ihm übermittelte Empfangsbekanntnis den 14.07.2016 aufweise.

Art. 33 Abs. 2 GG sei auf die Beklagte nicht anwendbar, das gelte insbesondere für die zu vergebende Stelle, die keinen öffentlich-rechtlichen Auftrag aufweise. Der Verfügungskläger sei ein bundesweit bekannter „AGG-Hopper“. Der Verfügungskläger habe sich gleichzeitig sowohl auf die gegenständliche Stelle als auch auf eine weitere Stelle als Personal-Trainee in einer Großbank bei der Beklagten am 15.04.2016 per Email beworben. Bereits das begründe den Verdacht, dass sich der Verfügungskläger nicht bewerbe, um Zugang zu einem öffentlichen Amt im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG zu erlangen. Die Auswahlentscheidung sei zutreffend. Eine Verletzung der Dokumentationspflicht liege nicht vor. Die dem Erstgericht bereits in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Dokumentation werde auch in das vorliegende Verfahren eingeführt. Wegen des Wortlauts dieser so eingeführten Dokumentation wird auf die Anlage AG11 (Bl. 235 ff. d.A.) verwiesen. Die eingehenden Bewerbungen seien insgesamt geprüft und das Ergebnis der Prüfung dokumentiert worden.

Die Stelle sei mittlerweile besetzt. Bereits aus diesem Grund sei der geltend gemachte Antrag abzuweisen. Der Personalrat sei in diesem Stadium des Verfahrens nicht zu beteiligen gewesen. Auch bei einer Wiederholung der Auswahlentscheidung könne der Verfü-

gungskläger nicht zum Zuge kommen, weil die Stelle mit dem geeignetsten Bewerber besetzt worden sei. Darüber hinaus habe Verfügungskläger seinen Lebenslauf ausweislich desselben zuletzt am 30.11.2015 aktualisiert, obwohl darin die Behauptung aufgestellt werde, dass der Verfügungskläger seit dem 20.07.2015 arbeitslos sei. Auch das zeige eine untypische Vorgehensweise bei der Bewerbung durch den Kläger.

Wegen des weiteren Vorbringens im Berufungsrechtszug wird auf die Schriftsätze der Parteien vom 08.09.2016, 29.09.2016, 21.10.2016 sowie über die Niederschrift über die öffentliche Sitzung vor dem LAG München vom 16.11.2016 verwiesen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthaft sowie frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO).

Die Verfügungsbeklagte merkt zwar zu Recht an, dass der Verfügungskläger die Empfangsbestätigung zum erstinstanzlichen Urteil erst geraume Zeit nach Übermittlung durch das Landesarbeitsgericht zurückgesandt hat, und dass sie auch ein dementsprechend spätes Empfangsdatum (14.07.2016) aufweist, ohne dass vom Verfügungskläger dies näher erläutert wird. Allerdings kann vorliegend daraus weder geschlossen werden, dem Verfügungskläger sei das Urteil wie der Verfügungsbeklagten bereits rund zwei Wochen früher zugegangen, noch kann daraus geschlossen werden, bei Zugang der Berufung beim Landesarbeitsgericht am 03.08.2016 sei die Berufungsfrist bereits abgelaufen gewesen, bzw. bei Zugang der Berufungsbegründung am 08.09.2016 sei die Berufungsbegründungsfrist versäumt. Tatsächliche Anhaltspunkte für so eine weitreichende Annahme lassen sich dem späten Empfangsdatum nicht entnehmen. Dieses gibt vorliegend allenfalls Anlass darüber nachzudenken, ob künftig Zustellungen an den Verfügungskläger noch mit Empfangsbestätigungen oder mit PZU vorgenommen werden sollen.

II.

Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Der Verfügungskläger hat nicht glaubhaft gemacht, dass sein Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt ist, dass er also einen Anspruch darauf hat, in den Bewerberkreis einbezogen zu werden und am weiteren Bewerbungsverfahren teilzunehmen, und dass infolgedessen zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes schon vor der Entscheidung in einem Hauptsacheverfahren eine vorläufige Eilentscheidung veranlasst ist. Daher kann er auch nicht im Eilverfahren verlangen, eine bereits erfolgte Besetzung rückgängig zu machen.

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, welcher die Kammer folgt, kann sich ein Anspruch auf Einstellung in den öffentlichen Dienst unmittelbar aus Art. 33 Abs. 2 GG ergeben, sofern 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 (BAG v. 24.03.2009, 9 AZR 277/08).

Gemäß 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 im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG sind sowohl Beamtenstellen als auch solche Stellen, die von Arbeitnehmern besetzt werden können. 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. Nur der am besten geeignete Bewerber für die ausgeschriebene Stelle hat einen Besetzungsanspruch (BAG v. 24.03.2009, 9 AZR 277/08).

Da der Grundrechtsschutz auch durch die Gestaltung des Auswahlverfahrens bewirkt wird, muss das Auswahlverfahren so ausgestaltet sein, dass es eine materiell-rechtlich

korrekte Entscheidung über die Bewerbung nach dem Bestenausleseprinzip gewährleisten kann. Hierzu hat der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes vor der Besetzung jeder Stelle zwingend ein Anforderungsprofil festzulegen. 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. 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. 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.

Eine Auswahl nach den Kriterien von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung setzt als Entscheidungsgrundlage eine Bewertung der Bewerber im Hinblick auf ihre Eignung für die zu besetzende Stelle voraus. Diese kann durch dienstliche Beurteilung, Zeugnisse oder aktuelle Leistungsberichte vorgenommen werden. Nur auf dieser Grundlage ist es dem Arbeitgeber möglich, eine Auswahlentscheidung zu treffen, die den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG gerecht wird. In welcher Form der Arbeitgeber den zur Erreichung dieser Ziele notwendigen Leistungsvergleich unter den Bewerbern vornimmt, bleibt so lange seiner Gestaltung überlassen, wie ihm nicht gesetzliche Vorschriften ein bestimmtes Verfahren vorschreiben. Die Bestenauslese und Chancengleichheit sämtlicher Bewerber verlangen allerdings ein Mindestmaß an verfahrensrechtlichen Vorkehrungen. Dazu gehören für die Bewertung der Leistung ein einheitlicher Bewertungsmaßstab sowie ein möglichst gemeinsamer Stichtag für die Durchführung der Bewertung. Ferner muss der Leistungsvergleich zeitnah zur Auswahlentscheidung erfolgen, sodass noch eine sachgerechte Prognoseentscheidung, wer von den Bewerbern für die künftigen Aufgaben am besten geeignet sein wird, getroffen werden kann.

Der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes ist verpflichtet, die Leistungsbewertungen und die wesentlichen Auswahlerwägungen schriftlich niederzulegen. Diese Pflicht folgt aus Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG. Sie gilt sowohl für Beamte als auch für Arbeiter und Angestellte. Ein dem späteren Konkurrentenklageverfahren vorgelagertes Auswahlverfahren darf nicht so ausgestaltet sein, dass es den gerichtlichen Rechtsschutz vereitelt oder unzumutbar erschwert. Das wäre der Fall, wenn der unterlegene Bewerber

keine oder nur lückenhafte Kenntnis über die Entscheidungsgrundlagen hätte. Er könnte nicht sachgerecht darüber entscheiden, ob er die Auswahlentscheidung hinnehmen oder gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen soll. Das Dokumentationsgebot ist für die Transparenz der Auswahlentscheidung unverzichtbar. Es ist für eine Konkurrentenklage zwingende Voraussetzung zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes, denn nur die schriftliche Dokumentation gewährleistet eine gleiche und zuverlässige Information (zum Ganzen BAG v. 21.01.2003, 9 AZR 72/02).

Aufgrund der Verfahrensabhängigkeit des sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden subjektiven Rechts sind die Gerichte im Konkurrentenstreit gehalten, den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes gerade im Eilverfahren besonders Rechnung zu tragen. Art. 19 Abs. 4 GG garantiert nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle. Droht dem Antragsteller bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine erhebliche und irreversible Verletzung in seinen Grundrechten, so ist - erforderlichenfalls unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung des im Hauptverfahren geltend gemachten Anspruchs, einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren, wenn nicht ausnahmsweise gewichtige Gründe entgegenstehen. Hierbei muss das Gericht das Verfahrensrecht in einer Weise auslegen und anwenden, die dem Gebot effektiven Rechtsschutzes Rechnung trägt (BVerfG v. 09.07.2007, 2 BvR 206/07).

Auch die Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs dürfen deshalb nicht überspannt und über die Darlegung der Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung und die Möglichkeit einer günstigeren Entscheidung im Falle der Wiederholung des Bewerbungsverfahrens hinaus ausgedehnt werden. Hierzu hat der Antragsteller die den Anordnungsanspruch begründenden Tatsachen so darzulegen, dass das Gericht von ihrer überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausgehen kann (BVerfG v. 29.07.2003, 2 BvR 311/03).

Bei Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich das Folgende:

2. Zur Überzeugung der Kammer ergibt sich keine überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass der oben dargestellte grundsätzlich bestehende Bewerbungsverfahrensanspruch des Verfügungsklägers besteht.

2.1 Auch für den Bewerbungsverfahrensanspruch nach Art. 33 Abs. 2 GG gilt, dass nur derjenige, der eine Stelle tatsächlich erhalten will, in den Schutzbereich der Norm fällt und nicht derjenige, dem es lediglich darum geht, den formalen Status als Bewerber zu erhalten, mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung geltend zu machen.

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. Eine Bewerbung mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung geltend zu machen dient weder dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes, dessen fachliches Niveau und rechtliche Integrität gewährleistet werden sollen, noch resultiert daraus ein berechtigtes Interesse des Bewerbers im Hinblick auf sein berufliches Fortkommen.

Dabei geht es vorliegend nicht um die Verwirkung eines Grundrechts, wie der Verfügungskläger in der mündlichen Verhandlung vom 16.11.2016 behauptete, sondern darum, ob die vorliegende Bewerbung überhaupt geeignet ist, den Schutz des Grundrechts zu eröffnen, bzw. ob die Voraussetzungen hierzu vom Verfügungskläger zur überwiegenden Wahrscheinlichkeit dargelegt sind.

2.2 Der Verfügungskläger hat sich am gleichen Tag, als er sich um die gegenständliche Stelle als „Senior Spezialist HR Recht (m/w)“ beworben hat, bei der Verfügungsbeklagten auch um eine Beschäftigung als Personaltrainee beworben. Dabei hat der Verfügungskläger nicht nur ein Traineeprogramm bereits durchlaufen, sondern auch schon als HR-Manager gearbeitet. Die gleichzeitige Bewerbung auf eine Traineeestelle (die sich typischerweise an Interessenten wendet, deren berufliche Laufbahn noch nicht weit fortgeschritten ist) und auf eine Senior Spezialistenstelle (die ausweislich der Stellenausschreibung ausdrücklich Berufserfahrung erfordert) , also auf Stellen, die einen ganz unterschiedlichen persönlichen Entwicklungsstand und eine völlig unterschiedliche Wertigkeit widerspiegeln, lässt nachhaltige Zweifel daran aufkommen, dass der Verfügungskläger mit seiner Stellenbewerbung wirklich die betreffende Stelle erhalten möchte. Dieses Verhalten weist deutlich darauf hin, dass es dem Verfügungskläger allein darum geht, den formalen Status als Bewerber zu erlangen mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung geltend zu machen, wie es die Verfügungsbeklagte unter Rückgriff auf die Entscheidung des EUGH vom 28.07.2016 (C-423/15, „A.“) meint.

Darüber hinaus gibt der Verfügungskläger in dem seiner Bewerbung beigefügten Lebenslauf an, von Juni 2014 bis Juli 2015 als selbstständiger Rechtsanwalt und HR-Business Consultant tätig gewesen und seit 20.07.2015 arbeitslos zu sein. Entgegen dieser Angabe im Lebenslauf betreibt er seine Anwaltskanzlei in der F.-straße in A-Stadt aber weiterhin. Durch diese wahrheitswidrige Angabe im Lebenslauf, die er im vorliegenden Verfahren durch nichts erläutert (der Hinweis, er müsse mangels anderer Einkünfte bis zum Erhalt einer Stelle weiterhin seine Kanzlei betreiben, erläutert nur seine Motivation zur Tätigkeit als Rechtsanwalt, aber nicht die wahrheitswidrige Angabe im Lebenslauf), begründet der Verfügungskläger weitere ganz erhebliche Zweifel. Hinzu kommt, dass der Lebenslauf das Datum 30.11.2015 aufweist, also zum Zeitpunkt der Versendung an die Verfügungsbeklagte den aktuellen Stand nicht erkennen ließ.

Es ist daher nicht überwiegend wahrscheinlich sondern im Gegenteil äußerst unwahrscheinlich, dass der Verfügungskläger sich auf die gegenständliche Stelle beworben hat mit dem Ziel, diese auch anzutreten. Seine Bewerbung war – auch für den Verfügungskläger (ausweislich seines Lebenslaufs bereits als HR-Business Consultant sowie als HR-Manager tätig gewesen) erkennbar – so gestaltet, dass seine Erfolgchancen von Anfang an minimiert waren.

Daran ändert sich nichts dadurch, dass der Verfügungskläger jetzt vorträgt (und mit einer eidesstattlichen Versicherung glaubhaft machen will), er habe sich um weitere Stellen beworben, u.a. um eine Stelle in H., die geringer dotiert sei, als die Stellen bei der Verfügungsbeklagten, und dass er das darauf abstellende Arbeitsvertragsangebot angenommen habe. Daraus ließe sich allenfalls schließen, dass sich der Verfügungskläger um die dortige Stelle ernsthaft beworben hat. Rückschlüsse auf die gegenständliche Stelle ergeben sich daraus für die Kammer nicht. Die Kammer wirft dem Verfügungskläger nicht vor, er habe sich in der Vergangenheit ausschließlich um Stellen beworben, um den formalen Status als Bewerber zu erlangen und zwar mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung geltend zu machen, noch geht die Kammer davon aus, dass das für alle Zukunft der Fall sein wird. Die Kammer entscheidet über eine konkrete Bewerbung und ein konkretes Stellenbesetzungsverfahren und nicht über eine generelle Vorgehensweise des Verfügungsklägers.

2.3 Der Verfügungskläger hat deshalb nicht glaubhaft gemacht, dass sein Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt ist.

3. Aus diesem Grund ist auch der Hilfsantrag des Verfügungsklägers, eine eventuell erfolgte Stellenbesetzung rückgängig zu machen, unbegründet.

Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass allein die Tatsache einer Stellenbesetzung den Ausspruch der beantragten einstweiligen Verfügung nicht hindern könnte (vgl. LAG Berlin-Brandenburg v. 28.06.2012, 25 SaGa 863/12). Die Verfügungsbeklagte trägt nämlich keinen einzigen Gesichtspunkt vor, wonach es ihr nicht möglich sein sollte, sich vom erfolgreichen Bewerber wieder zu trennen, oder diesen zu versetzen ohne vertragsbrüchig zu werden.

Aber auch dann, wenn dem so wäre, hätte sie dieses selbst zu verantworten. Die Verfügungsbeklagte handelte im vollen Bewusstsein, dass das gegenständliche Verfahren anhängig ist. Sofern sie dies dem erfolgreichen Bewerber nicht mitgeteilt und zur Vertragsgrundlage gemacht haben sollte, mag sie dafür einstehen.

4. Damit ist die Klage und im Ergebnis auch die Berufung unbegründet.

Entscheidungserheblich ist daher nicht, dass die Verfügungsbeklagte und auch die gegenständliche Stelle durchaus in den Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 2 GG fällt. Die von der Verfügungsbeklagten für ihre Ansicht herangezogene Entscheidung betrifft den Fall, dass sich die öffentliche Hand einer privatrechtlichen Organisationsform bedient. Das ist hier offensichtlich nicht gegeben. Das Gesetz über die Bayerische Landesbank sieht in Art. 2 darüber hinaus durchaus öffentliche Aufgaben der Verfügungsbeklagten vor.

Entscheidungserheblich ist ebenso nicht, dass der Vortrag der Verfügungsbeklagten zur Dokumentation der Auswahlentscheidung nicht genügt, worauf bereits mit Beschluss hingewiesen wurde. Soweit eine Dokumentation in das Verfahren eingeführt wurde, lässt diese nicht erkennen, wer diese wann vorgenommen hat und wer wann welche darauf basierende Entscheidung getroffen hat. Trotz des klaren Bestreitens des Verfügungsklägers hierzu, übergeht die Verfügungsbeklagte wortreich sowohl mit ihrem Vortrag als auch mit den vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen diese Problemzone. Der Verfügungskläger kann aus den in der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung angesehenen

- 15 -

Unterlagen und den darin dargestellten Ablehnungsgründen daher nicht erkennen und beurteilen, ob eine Klage Aussicht auf Erfolg haben kann. Auf weitere Bedenken im Hinblick auf die Dokumentation soll verzichtet werden, da sie letztlich keine entscheidungserhebliche Auswirkung hat.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 64 Abs. 6 ArbGG, § 97 Abs. 1 ZPO.

IV.

Gegen diese Entscheidung ist kein Rechtsmittel gegeben (§ 72 Abs. 4 ArbGG).

Dr. Dick

Kastner

Berger