



LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn B. M., I.-H.-Str. 111, E.,

- Antragsteller und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte T., O., T.,
L. straße 8, E.,

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland, vertr. d. d. Bundesminister des Inneren, dieser
vertreten durch den Präsidenten des Bundesamtes für Migration und
Flüchtlinge, Frankenstraße 210, 90461 Nürnberg,

- Antragsgegnerin und Verfügungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte I., L., M., X.,
L. damm 32, C.,

hat die 11. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 16.06.2017
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Höwelmeyer als Vor-
sitzenden sowie den ehrenamtlichen Richter Heise und den ehrenamtlichen
Richter Schlingloff

für R e c h t erkannt:

- 1. Auf die Berufung des Verfügungsklägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Essen vom 27.04.2017 - 1 Ga 16/17 teilweise abgeändert:**

Der Verfügungsbeklagten wird untersagt, im Auswahlverfahren zur Umsetzung der Entfristung von Tarifbeschäftigten (Infoport - Info

vom 28.02.2017 - Abteilung 1 Informiert-Nr. 03/2017), innerhalb der ersten Tranche (Verträge mit Beendigungstermin zwischen dem 30.06.2017 und dem 31.01.2018) bezogen auf die Organisationseinheiten 530 und 531 andere Beschäftigte des mittleren Dienstes als den Verfügungskläger in unbefristete Anstellungsverhältnisse zu übernehmen, bis im Hauptsacheverfahren über die Berücksichtigung des Verfügungsklägers als Kandidat im Auswahlverfahren rechtskräftig entschieden ist.

2. Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger und die Beklagte zu je ½.

Tatbestand:

Von der Darstellung des Tatbestandes wird nach § 69 Abs. 2 ArbGG in Verbindung mit § 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO abgesehen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung des Verfügungsklägers ist zulässig.

Sie ist nach Maßgabe der §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG form- und fristgemäß eingelegt und begründet worden. Sie ist auch statthaft im Sinne des § 64 Abs. 1, 2 ArbGG.

II.

In der Sache hat die Berufung – soweit sie nach der Teilrücknahme vom 16.06.2017 noch anhängig ist – Erfolg. In dem Kammertermin vom 16.06.2017 hat der Verfügungskläger gemäß § 64 Abs. 6 ArbGG, § 525 ZPO und § 269 Abs. 1 ZPO den Hauptantrag zu Ziffer 1 aus der Berufungsbegründung vom 22.05.2017 zurückgenommen. Dies war im einstweiligen Verfügungsverfahren auch ohne Zustimmung des Verfügungsbeklagten möglich (vgl. OLG Düsseldorf vom 13.07.1982 – 2 U 54/82 in NJW 1982, 2452; Musielak/Voit § 269 ZPO Rdnr. 22), da die beschränkte Rechtskraft einer erzwungenen Entscheidung im einstweiligen Verfügungsverfahren ein Hauptsacheverfahren in der Regel nicht verhindern wird.

Die Formulierung des Antrages zu Ziffer 3 aus der Berufungsbegründung vom 22.05.2017 als Hauptantrag stellt gemäß § 64 Abs. 6 ArbGG in Verbindung mit § 533 Ziffer 1 ZPO eine zulässige Klageänderung dar, denn in diese hatte die Verfügungsbeklagte dadurch eingewilligt, dass sie sich mit dem Antrag auf Zurückweisung der Berufung auf diese eingelassen hatte. Dies gilt auch dafür, dass der Verfügungskläger neben der Organisationseinheit 530 zusätzlich die Organisationseinheit 531 in seinen Klageantrag aufgenommen hat.

Der Hauptantrag des Verfügungsklägers ist zulässig und begründet. Der weiter als Hilfsantrag gestellte Antrag zu Ziffer 2 aus der Berufungsbegründungsschrift vom 22.05.2017 fällt damit nicht zur Entscheidung an.

1. Für den von dem Verfügungskläger gestellten Hauptantrag, der Verfügungsbeklagten zu untersagen, im Auswahlverfahren zur Umsetzung der Entfristung von Tarifbeschäftigten (Infoport-Info vom 28.02.2017 – Abteilung 1 Informiert-Nr. 03/2017), innerhalb der ersten Tranche (Verträge mit Beendigungstermin zwischen dem 30.06.2017 und dem 31.01.2018) bezogen auf die Organisationseinheiten 530 und 531 andere Beschäftigte des mittleren Dienstes als den Verfügungskläger in unbefristete Anstellungsverhältnisse zu übernehmen, bis im Hauptsacheverfahren über die Berücksichtigung des Verfügungsklägers als Kandidat im Auswahlverfahren rechtskräftig entschieden ist, ist ein Verfügungsgrund gegeben.

a) Nach den Bestimmungen der §§ 935 ff ZPO kommt der Erlass einer einstweiligen Verfügung nur in Betracht, wenn es sich um eine dringliche Angelegenheit handelt und deswegen die Entscheidung im Eilverfahren erforderlich ist. Bei der hier vorliegenden Sicherungsverfügung gemäß den §§ 935, 940 ZPO muss die objektive Gefahr bestehen, dass durch die Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechtes vereitelt oder wesentlich erschwert wird. Insoweit muss der Erlass einer einstweiligen Verfügung notwendig sein. Für die Verfügung muss eine Dringlichkeit bzw. Eilbedürftigkeit bestehen. Daran fehlt es, wenn dem Verfügungskläger auch mit einer späteren Verwirklichung seines Rechts im ordentlichen Prozessweg gedient ist.

b) Vorgenannte Grundsätze führen zu dem Ergebnis, dass hier eine Eilbedürftigkeit gegeben ist. Denn wenn die 184 Stellen in der ersten Tranche bis zum 30.01.2018 vergeben sind, kann der Verfügungskläger die Vergabe einer unbefristeten Stelle im mittleren Dienst an ihn nicht mehr verlangen.

Dies beruht darauf, dass von dem Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung angenommen wird, dass der Anspruch eines Bewerbers nach Art. 33 Abs. 2 GG voraussetzt, dass es ein öffentliches Amt gibt, das 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. Art. 33 Abs. 2 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. Die Verwaltung als vollziehende Gewalt hat dann zu entscheiden, ob und wie die Stellen besetzt werden sollen. Mit einer Doppelbesetzung der Stelle würde in die Organisationsgewalt der öffentlichen Hand unzulässig eingegriffen werden (vgl. BAG vom 28.05.2002 – 9 AZR 751/00 in NZA 2003, 324; BAG vom 14.11.2001 – 7 AZR 568/00 in NZA 2002, 392; BAG vom 02.12.1997 – 9 AZR 668/96 in NZA 1998, 882; BAG vom 02.12.1997 – 9 AZR 445/96 in NZA 1998, 884).

Bis zum 30.01.2018 und der damit verbundenen endgültigen Vergabe der 184 Stellen wird ein erst- und zweitinstanzliches Hauptsacheverfahren auf Beteiligung des Verfügungsklägers an dem Auswahlverfahren zur Umsetzung der Entfristung von Tarifbeschäftigten innerhalb der ersten Tranche (30.06.2017 bis 30.01.2018) nicht beendet sein. Darüber hinaus muss auch berücksichtigt werden, dass die unterlegene Partei die Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 72a ArbGG einlegen kann und dann möglicherweise noch im Hauptsacheverfahren ein Revisionsverfahren zu führen sein wird.

2. Für den von dem Verfügungskläger gestellten Hauptantrag besteht auch ein Verfügungsanspruch.

a) Der Verfügungsanspruch des Verfügungsklägers ergibt sich für den in dem Kammertermin vom 16.06.2017 gestellten Hauptantrag aus einer analogen Anwendung des § 1004 BGB. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 33 Abs. 2 GG hat ein unter Verstoß gegen die Grundsätze der Bestenauslese abgelehnter Bewerber grundsätzlich die Möglichkeit, vor Gericht die Beachtung seines Rechts aus Art 33 Abs. 2 GG effektiv durchzusetzen (vgl. BVerfG vom 20.03.1952 – 1 BvR 267/51 in BVerfGE 1, 167, 184; BVerfG vom 19.09.1989 – 2 BvR 1576/88 in NJW 1990, 501; BAG vom 22.06.1999 – 9 AZR 541/98 in NZA 2000, 606). Dazu gehört auch, dass ein benachteiligter Bewerber zur Abwehr einer drohenden Vergabe des Amtes an einen

Konkurrenten analog § 1004 Abs. 1 BGB auf Unterlassung klagen kann. Denn ein öffentlicher Dienstherr, der das Recht auf gleichen Zugang zum Amt verletzt oder zu verletzen droht, ist wie ein Störer i.S.v. § 1004 Abs. 1 BGB zu behandeln (vgl. BAG vom 05.11.2002 – 9 AZR 451/01 in NZA 2003, 798; BAG vom 22.06.1999 – 9 AZR 541/98 a.a.O.; Korinth Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren XV Rdnr. 286).

Der Unterlassungsanspruch setzt nicht voraus, dass der übergangene Bewerber darlegt, dass er bei einem den Grundsätzen des Art. 33 Abs. 2 GG entsprechenden Auswahlverfahren die ausgeschriebene Stelle auch tatsächlich erhalten hätte. Es reicht aus, dass seine Auswahl zumindest als möglich erscheint (vgl. BVerfG vom 13.01.2010 – 2 BvR 811/09 in BayVBI 2010, 303-304; Korinth Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren XV Rdnr. 286).

Dies war bei dem Verfügungskläger der Fall. Dieser hat von der Verfügungsbeklagten unwidersprochen vorgetragen, dass er bei Aufnahme in den Bewerberkreis gute Aussichten habe, zu den entfristeten Beschäftigten zu gehören. Der Verfügungskläger hat insoweit dargetan und mit seiner eidesstattlichen Versicherung vom 07.04.2017 gemäß den §§ 936, 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft gemacht, dass sein Vorgesetzter T. ihm aufgrund seiner bisherigen Leistungen die Erteilung einer durchweg exzellenten Expertise in Aussicht gestellt habe. Außerdem verweist er auf das ihm unter dem 09.03.2017 erteilte Zwischenzeugnis (Anlage Ast 10 zu der Antragsschrift), welches dem Kläger unter anderem bestätigt, dass er sehr gute Fachkenntnisse hat, diese erfolgreich anwenden kann und dass er durch seine schnelle und effiziente Arbeitsweise gute Ergebnisse erzielte, mit denen die Verfügungsbeklagte stets außerordentlich zufrieden war.

Darüber hinaus ist dem Verfügungskläger mit Schreiben der Verfügungsbeklagten vom 28.10.2016 (Anlage Ast 11 zu der Antragsschrift) eine Leistungsprämie in Höhe von 1.400 € brutto gewährt worden, welche die Verfügungsbeklagte in diesem Schreiben selbst auf die vorbildlichen Leistungen des Verfügungsklägers stützt. Die Verfügungsbeklagte hat demgegenüber weder erst- noch zweitinstanzlich eingewandt, dass die Arbeitsleistungen des Verfügungsklägers einem entfristeten Arbeitsvertrag entgegenstehen würden.

b) Mit dem von der Verfügungsbeklagten beabsichtigten Stellenbesetzungsverfahren gemäß der Infoport-Info vom 28.02.2017 – Abteilung 1 Informiert-Nr. 03/2017 hinsichtlich der ersten Tranche (Verträge mit Beendigungstermin zwischen dem 30.06.2017 und dem 31.01.2018) verstößt die Verfügungsbeklagte gegen die Grundsätze des Auswahlverfahrens gemäß Art. 33 Abs. 2 GG.

aa) 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 (vgl. BAG vom 06.05.2014 – 9 AZR 724/12 in NZA 2015, 446; BAG vom 12.10.2010 – 9 AZR 518/09 in BAGE 136, 36). Die Geltung des Grundsatzes der Bestenauslese wird durch Art. 33 Abs. 2 GG unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistet. Das dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes. Zum anderen trägt Art. 33 Abs. 2 GG dem berechtigten Interesse der Bediensteten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass er grundrechtsgleiche Rechte auf eine ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet (vgl. BVerfG 25.11.2011 – 2 BvR 2305/11 in NVwZ 2012, 368; BAG vom 06.05.2014 – 9 AZR 724/12 a.a.O.; BAG vom 23.01.2007 – 9 AZR 492/06 in NZA 2007, 1450).

Öffentliche Ämter i.S.v. Art. 33 Abs. 2 GG sind nicht nur Beamtenstellen, sondern auch solche Stellen, die von Arbeitnehmern besetzt werden können (vgl. BAG vom 06.05.2014 – 9 AZR 724/12 a.a.O.; BAG 19.02.2008 – 9 AZR 70/07 in BAGE 126, 26; BAG vom 18.09.2007 – 9 AZR 672/06 in BAGE 124, 80).

Art. 33 Abs. 2 GG gilt auch bei der Entscheidung des öffentlichen Arbeitgebers, welche Arbeitnehmer in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen werden (vgl. BAG vom 19.02.2003 – 7 AZR 67/02 in AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 58).

Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst steht nach Art. 33 Abs. 2 GG bei der Besetzung von Ämtern des öffentlichen Dienstes ein Bewerbungsverfahrensanspruch 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 (vgl. BAG vom 06.05.2014 – 9 AZR 724/12 a.a.O.; BAG vom 12.10.2010 – 9 AZR 518/09 a.a.O.; BAG vom 07.04.2011 – 8 AZR 679/09 in NZA 2011, 1184; BAG vom 07.09.2004 – 9 AZR 537/03 in BAGE 112, 13).

Grundsätzlich steht es dem Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes im Rahmen seiner Organisationsgewalt frei, für zu besetzende Stellen ein Anforderungsprofil aufzustellen, dessen Erfüllung Voraussetzung für die Teilnahme am Bewerbungsverfahren ist (vgl. BAG vom 06.05.2014 – 9 AZR 724/12 a.a.O.; BAG vom 07.04.2001 – 8 AZR 679/09 a.a.O.; BAG 15.03.2005 – 9 AZR 142/04 in BAGE 114, 80). Durch die Bestimmung eines Anforderungsprofils für einen Dienstposten legt der Dienstherr die Kriterien für die Auswahl der Bewerber im

Voraus fest. Die im Anforderungsprofil genannten leistungsbezogenen Auswahlkriterien müssen in einem engen inhaltlichen Zusammenhang mit den Anforderungen der zu besetzenden Stelle stehen (vgl. BAG vom 06.05.2014 – 9 AZR 724/12 a.a.O.; BVerwG vom 26.01.2012 - 2 A 7.09 in BVerwGE 141, 361). Durch das Anforderungsprofil sollen ungeeignete Bewerber aus dem Kreis der in das engere Auswahlverfahren einzubeziehenden Bewerber ausgeschlossen werden (vgl. BAG vom 06.05.2014 – 9 AZR 724/12 a.a.O.; BAG vom 12.09.2006 – 9 AZR 807/05 in BAGE 119, 262). Mit dem Anforderungsprofil wird somit die Zusammensetzung des Bewerberfeldes gesteuert und eingeeengt.

Fehler im Anforderungsprofil führen grundsätzlich zur Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens, weil die Auswahlerwägungen dann auf sachfremden, nicht am Leistungsgrundsatz orientierten Gesichtspunkten beruhen (vgl. BVerfG vom 25.11.2011 - 2 BvR 2305/11 a.a.O.; BAG vom 06.05.2014 – 9 AZR 724/12 a.a.O.).

Die Grenzen der Gestaltungsfreiheit des Dienstherrn bei der Festlegung des Anforderungsprofils und der Eignungsmerkmale ergeben sich daraus, dass das Prinzip der „Bestenauslese“ für die zu besetzende Stelle gewährleistet werden soll. Die Festlegung des Anforderungsprofils muss deshalb im Hinblick auf die Anforderungen der zu besetzenden Stelle sachlich nachvollziehbar sein (vgl. BAG vom 12.09.2006 – 9 AZR 807/05 in NZA 2007, 507). Dem Anforderungsprofil dürfen keine sachfremden Erwägungen zugrunde liegen (vgl. BAG vom 06.05.2014 – 9 AZR 724/12 a.a.O.; BAG vom 17.01.2006 – 9 AZR 226/05 in NZA 2006, 1064). Durch das Stellen von Anforderungen an den Bewerber, die nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsanschauung durch die Erfordernisse der wahrzunehmenden Aufgabe unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt gedeckt sind, darf der öffentliche Arbeitgeber die Vergleichbarkeit der Situation nicht willkürlich gestalten (vgl. BAG vom 07.04.2011 – 8 AZR 679/09 a.a.O.). Insoweit unterliegt das Anforderungsprofil auch trotz eines dem Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes von Verfassungswegen gewährten Beurteilungsspielraums einer gerichtlichen Kontrolle (vgl. BAG vom 06.05.2014 – 9 AZR 724/12 a.a.O.; BAG 12.09.2006 – 9 AZR 807/05 a.a.O.). Mit dieser gerichtlichen Kontrolle soll sichergestellt werden, dass mit dem festgelegten Anforderungsprofil das Prinzip der Bestenauslese für die zu besetzende Stelle eingehalten ist, also nur Merkmale der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung der Auswahlentscheidung zugrunde gelegt werden und diese im Hinblick auf die Anforderungen der zu besetzenden Stelle sachlich nachvollziehbar sind (vgl. BAG vom 07.04.2011 – 8 AZR 679/09 a.a.O.; BAG vom 12.09.2006 – 9 AZR 807/05 a.a.O.).

Streiten der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes über einen Anspruch auf Teilhabe an dem Bewerbungsverfahren, trifft den Arbeitgeber die Darlegungslast hinsichtlich des gestellten Anforderungsprofils. Er hat sachlich nachvollziehbar vorzutragen, dass seine Festlegung des Anforderungsprofils den Anforderungen der zu besetzenden Stelle entspricht und den gestellten Anforderungen keine sachfremden Erwägungen zugrunde liegen (vgl. BAG vom 06.05.2014 – 9 AZR 724/12 a.a.O.).

bb) Diese Grundsätze führen zu dem Ergebnis, dass mit der Infoport-Info vom 28.02.2017 – Abteilung 1 Informiert-Nr. 03/2017 in ihrer aktualisierten Fassung, welche die Verfügungsbeklagte als Anlage AG 1 (Bl. 105 d.A.) mit ihrem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 19.04.2017 vorgelegt hat, die Grundsätze der Bestenauslese nicht eingehalten werden und der Verfügungskläger damit in seinem grundrechtsgleichen Recht auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl verletzt wird.

Die Verfügungsbeklagte hat mit der Beschränkung des Anforderungsprofils der Bewerber, dass diese bereits in der Organisationseinheit beschäftigt sein müssen, in welcher die Entfristungen erfolgen, ihren Beurteilungsspielraum überschritten. Die Beschränkung der Bewerber auf die Organisationseinheit, in welcher sie gerade beschäftigt sind, hat keinen Bezug bzw. sachlichen Zusammenhang zu den Anforderungen der zu besetzenden Stelle. Dies wäre nur dann anders, wenn die zu entfristenden Stellen des mittleren Dienstes, bei welchen es sich um das Aufgabengebiet eines Bürosachbearbeiters im Asylverfahrenssekretariat handelt, in den verschiedenen Organisationseinheiten mit unterschiedlichen Anforderungen versehen sind.

Dies ist aber nicht der Fall. Nach der Darstellung des Verfügungsklägers sind die Arbeitsabläufe in den einzelnen Asylverfahrenssekretariaten in den Organisationseinheiten identisch und alle Mitarbeiter gleich eingruppiert. Auch würden sich die Mitarbeiter wechselseitig vertreten. Der Auflistung der Aufgaben des Verfügungsklägers auf Seite 1 seines Zwischenzeugnisses vom 09.03.2017 (Bl. 76 d.A.), welches der Verfügungskläger als Anlage Ast 10 vorgelegt hat, kann entnommen werden, dass die Arbeiten in dem Scannen und Aufbereiten der Verfahrenspost, der allgemeinen Post- und Aktenbearbeitung, der persönlichen Asylantragsannahme und Aktenanlage, der Durchführung der erkenntnisdienlichen Behandlung von Asylsuchenden, der Dokumentenüberprüfung im Zusammenhang mit der persönlichen Antragsannahme, der Durchführung aller Arbeiten im Zusammenhang mit der Bescheidzustellung und der Aktenabschlussarbeiten bei bestands- und rechtskräftig abgeschlossenen Asylverfahren bestehen. Es handelt sich demnach um Verwaltungsarbeiten, die sich fortlaufend wiederholen

und hinsichtlich derer bezüglich der Arbeitsabläufe kein nennenswerter Spielraum erkennbar ist. Maßgebend ist, dass die Arbeiten für die Dokumentation der Vorgänge zügig und zugleich sorgfältig ausgeführt werden. Dafür, dass die Arbeiten in den Organisationseinheiten unterschiedlich ausfallen und damit unterschiedliche Anforderungen an die Mitarbeiter in den Asylverfahrenssekretariaten bestehen, sind keine Anhaltspunkte ersichtlich. In dem Kammertermin vom 16.06.2017 hat demgemäß auch die Verfügungsbeklagte erklärt, dass die Arbeiten, soweit die Außenstellen betroffen sind, identisch sind. Nur in der Zentrale sei dies anders.

Soweit in der Infoport-Info vom 28.02.2017 – Abteilung 1 Informiert-Nr. 03/2017 und dort unter der Überschrift „Ziel“ erklärt wird, dass Ziel der Vorgehensweise ist, möglichst in jeden Referat einen soliden Unterbau an Dauerbeschäftigten zu erhalten, kann dem ebenfalls nicht entnommen werden, dass dies nur dann möglich sein soll, wenn die Bewerber um die unbefristeten Stellen aus der Organisationseinheit kommen, in der sie bereits beschäftigt sind. Da die Aufgaben in den Organisationseinheiten identisch sind, kann der solide Unterbau auch dann erreicht werden, wenn die Bewerber aus einer anderen Organisationseinheit stammen.

Die Verfügungsbeklagte trifft als Arbeitgeberin die Darlegungslast hinsichtlich des gestellten Anforderungsprofils. Sie hat sachlich nachvollziehbar vorzutragen, dass die Festlegung des Anforderungsprofils den Anforderungen der zu besetzenden Stelle entspricht und den gestellten Anforderungen keine sachfremden Erwägungen zugrunde liegen (vgl. BAG vom 06.05.2014 – 9 AZR 724/12 a.a.O.). Die Verfügungsbeklagte hat nicht näher ausgeführt, warum bei identischen Arbeitsaufgaben der Bürosachbearbeiter in den Asylverfahrenssekretariaten und bei gleicher Eingruppierung der Mitarbeiter ein solider Unterbau nur erreicht werden kann, wenn die Bewerber aus derselben Organisationseinheit kommen. Zwar hat der Prozessbevollmächtigte der Verfügungsbeklagten in dem Kammertermin vom 16.06.2017 erklärt, dass es auch um die persönliche Zusammenarbeit in den Organisationseinheiten geht. Dass diese aber in einer Weise gestört ist, dass ein solider Unterbau nicht mehr erreicht werden kann, wenn ein Mitarbeiter aus einer anderen Organisationseinheit eine unbefristete Stelle erhält, ist von der Verfügungsbeklagten nicht näher ausgeführt worden. Hiergegen spricht vorliegend schon, dass in den einzelnen Organisationseinheiten die Mitarbeiter nicht bereits seit langer Dauer zusammenarbeiten und deswegen die persönliche Zusammenarbeit nicht bereits sehr weit hinsichtlich der Funktionsfähigkeit der Organisationseinheit verfestigt sein kann, denn alle Mitarbeiter sind aufgrund der Flüchtlingswelle im Jahre 2015 erst im Herbst 2015 oder später eingestellt worden. Hinzu kommt, dass das Merkmal der persönlichen Zusammenarbeit wohl

nicht zu den gemäß Art. 33 Abs. 2 GG maßgebenden Bewertungsfaktoren der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gehört, denn dies würde dazu führen, dass losgelöst von den eigentlichen Stellenanforderungen immer nur die Bewerber zum Zuge kommen könnten, die bereits an dem Ort arbeiten, an welchem die Stelle zu vergeben ist, selbst wenn andere Bewerber nach den gemäß Art. 33 Abs. 2 GG maßgebenden Faktoren von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung höher qualifiziert sind.

Die von der Verfügungsbeklagten für die Beschränkung des Bewerbungsverfahrens auf die einzelnen Organisationseinheiten angeführte Entscheidung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes vom 21.07.2015 (vgl. Hessischer Verwaltungsgerichtshof vom 21.07.2015 – 1 B 460/15 in ZBR 2016, 172) lässt keine andere rechtliche Bewertung zu, denn unter Rdnr. 34 dieser Entscheidung führt der Hessische Verwaltungsgerichtshof aus, dass das grundsätzlich weite Organisationsermessen des Dienstherrn umso mehr der Darlegung der sachlichen Gründe bedarf, je weiter der Bewerberkreis eingeschränkt wird. Insbesondere eine nur auf bestimmte örtliche Dienststellen beschränkte Zulassung von Bewerbern erfordere eine nachvollziehbare und plausible Begründung. An einer solchen plausiblen Begründung fehlt es nach bisher Geprüften jedoch.

Auch die weiteren von der Verfügungsbeklagten vorgetragenen Gesichtspunkte vermögen keine sachlich nachvollziehbare Begründung für die Einengung des Bewerberkreises auf die einzelnen Organisationseinheiten zu geben. Die Verfügungsbeklagte will einen Verdrängungswettbewerb durch stärkere Bewerber anderer Standorte vermeiden. Dies verstößt gegen Art. 33 Abs. 2 GG, denn dieser sieht nun gerade die Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung vor, deren Begleiterscheinung aber ist, dass schwächere Bewerber sich nicht durchsetzen können.

Die Verfügungsbeklagte fürchtet, dass eine Verzerrung des Rankings eintritt, da die jeweiligen Voten der Referatsleiter der verschiedenen Organisationseinheiten unterschiedlich ausfallen werden und inflationär gute Beurteilungen bei den nicht berücksichtigten Organisationseinheiten die Folge sein könnten. Ob dies tatsächlich der Fall sein wird, was der Verfügungskläger bestreitet, hatte die Verfügungsbeklagte näher darzulegen. Anhaltspunkte sind von ihr in dieser Hinsicht nicht vorgetragen worden. Auch fehlt es an der gemäß den §§ 936, 920 Abs. 2 ZPO erforderlichen Glaubhaftmachung. Die Beklagte ist dafür beweispflichtig, dass die Festlegung des Anforderungsprofils den Anforderungen der zu besetzenden Stelle entspricht und den gestellten Anforderungen keine sachfremden Erwägungen zugrunde liegen (vgl. BAG vom 06.05.2014 – 9 AZR 724/12 a.a.O.).

Der Einwand der Verfügungsbeklagten, dass eine unternehmensweite und damit bundesweite Auswahl organisatorisch nicht durchsetzbar wäre, da in der ersten Tranche vom 30. Juni 2017 bis zum 31. Januar 2018 515 befristete Verträge auslaufen und dem 183 Entfristungsmöglichkeiten gegenüber stehen und auch eine Erweiterung des Kreises der zu berücksichtigenden Bewerber/innen auf ein ganzes Bundesland wie Nordrhein-Westfalen nicht handhabbar sei, weil hier dieselben Probleme wie bei einer bundesweiten Auswahl entstehen würden, vermag nicht dazu zu führen, dass der Beurteilungsspielraum eingehalten ist. Denn organisatorische Schwierigkeiten in der Umsetzung stehen in keinem engen inhaltlichen Zusammenhang mit den Anforderungen der zu besetzenden Stelle. Diese bestimmen sich nach Art. 33 Abs. 2 GG nach der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung des Bewerbers im Hinblick auf die Anforderungen der zu besetzenden Stelle. Organisatorische Gesichtspunkte hinsichtlich der Bearbeitung der Bewerbungen spielen hier keine Rolle.

Hinzu kommt, dass es nach dem von dem Verfügungskläger zuletzt gestellten Hauptantrag, mit dem dieser durchdringt, nicht mehr um ein bundesweites Bewerbungsverfahren geht, denn der Verfügungskläger hat den Hauptantrag nur noch auf die Organisationseinheiten 530 und 531 gerichtet, welche nach dem Organigramm der Verfügungsbeklagten gemäß der von dieser mit der Berufungsbeantwortung vom 08.06.2017 vorgelegten Anlage BE 2 in der Abteilung 5 angesiedelt sind. Nach der von der Beklagten mit der Berufungsbeantwortung als weiteres vorgelegten Anlage BE 1, die Angaben über die Entfristungsmöglichkeiten in der 1. Tranche enthält, sind in der Abteilung 5 22 Entfristungsmöglichkeiten gegeben. Dem stehen im mittleren Dienst, in welchem der Kläger tätig ist, 115,8 auslaufende Verträge gegenüber. Dass auch bei dieser statistischen Konstellation, die von einer deutlich geringeren Anzahl von Bewerbern und freien Stellen gekennzeichnet ist, ein nicht zu bewältigender Organisationsaufwand entsteht, hat die für die für die Rechtmäßigkeit des Anforderungsprofils darlegungs- und beweispflichtige Verfügungsbeklagte nicht näher dargelegt. Hierfür reicht es nicht aus, dass auf Seite 6 unten der Berufungsbeantwortung vom 08.06.2017 darauf verwiesen wird, dass bei einer Erweiterung des Kreises der Bewerber auf ein Bundesland dieselben Probleme wie bei einer bundesweiten Berücksichtigung der Bewerber entstehen werden.

Dem Anspruch des Verfügungsklägers steht nicht entgegen, dass es keinen Anspruch auf Verlängerung eines gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages gibt (vgl. BAG vom 13.08.2008 – 7 AZR 513/07 in NZA 2009, 27). Der Verfügungskläger macht einen solchen Anspruch nicht gelten, denn er verlangt mit dem Hauptsacheverfahren, welches durch die vorliegende einstweilige Verfügung abgesichert werden soll, lediglich nach den in Art. 33 Abs. 2 GG

geregelten Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung chancengleich an dem Bewerbungsverfahren teilnehmen zu können (vgl. BAG vom 06.05.2014 – 9 AZR 724/12 a.a.O.; BAG vom 12.10.2010 – 9 AZR 518/09 a.a.O.; BAG vom 07.04.2011 – 8 AZR 679/09 in NZA 2011, 1184; BAG vom 07.09.2004 – 9 AZR 537/03 in BAGE 112, 13).

cc) Der gegenüber der Verfügungsbeklagten ausgesprochenen Untersagungsverfügung steht nicht entgegen, dass sie nicht nur eine, sondern sämtliche in den Organisationseinheiten 530 und 531 zu besetzende Stellen des mittleren Dienstes betrifft, die in der Zeit vom 30.06.2017 bis 31.01.2018 zur Entfristung anstehen. Nach der von der Verfügungsbeklagten vorgelegten Anlage BE 1, die sie mit der Berufungsbeantwortung vom 08.06.2017 zu den Akten gereicht hat, geht es in den Organisationseinheiten 530 und 531 um insgesamt 18 Stellen im mittleren Dienst.

Das Verbot der vorläufigen Stellenbesetzung bezieht sich auch dann auf alle zu besetzende Planstellen, wenn nur ein unterlegener Bewerber einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung erfolgreich gestellt hat und eine Vielzahl von Stellen zu besetzen ist. Bewirbt sich ein Bewerber auf mehrere Stellen mit gleichem Anforderungsprofil, kann er sämtliche Stellen blockieren, auf die er sich bewerben will (vgl. Hessischer Verwaltungsgerichtshof vom 19.04.1995 – 1 TG 2801/94 in NVwZ-RR 1996, 49; Korinth Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren XV Rdnr. 307; Groeger Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, Teil 2 Rz. 165 f.). In diesem Fall besteht der Bewerbungsverfahrensanspruch gegenüber jedem Ausgewählten und nicht nur in Bezug auf einen Mitkonkurrenten. Ist das Anforderungsprofil der ausgeschriebenen Stellen identisch, wird der öffentliche Arbeitgeber unter den konkurrierenden Bewerbern eine Reihung vornehmen, die dazu führt, dass sich für den unterlegenden Bewerber und Antragsteller im Eilverfahren die Konkurrenzsituation zu den ihm vorgezogenen Bewerbern unterschiedlich stellt. Zwar kann der Antragsteller im Eilverfahren von den zu besetzenden Stellen nur eine für sich beanspruchen. Dies ändert aber nichts daran, dass er zu mehreren Konkurrenten im Wettbewerb steht, so dass von vornherein nicht mit Sicherheit vorhergesagt werden kann, wie die rechtmäßige Reihung unter allen Konkurrenten aussieht.

Der Kläger will sich auf identische Stellen des mittleren Dienstes bewerben, welche in der Infoport-Info vom 28.02.2017 – Abteilung 1 Informiert-Nr. 03/2017 ausgeschrieben sind und die innerhalb der ersten Tranche (Verträge mit Beendigungstermin zwischen dem 30.06.2017 und dem 31.01.2018) besetzt werden sollen. Es handelt sich um die Stellen des mittleren Dienstes. Die Anforderungen

an diese Stellen sind identisch. Gegenteiliges kann der Stellenausschreibung gemäß der Infoport-Info vom 28.02.2017 – Abteilung 1 Informiert-Nr. 03/2017 nicht entnommen werden und ist auch von der Verfügungsbeklagten nicht eingewandt worden.

Mit der Untersagungsverfügung gemäß den §§ 935, 940 ZPO entsteht für die Verfügungsbeklagte keine unverhältnismäßige Belastung, denn sie kann ihr Stellenkonzept im Wesentlichen dennoch weiterführen, denn von der Untersagungsverfügung sind lediglich 18 von 184 Stellen, welche in der ersten Tranche besetzt werden sollen, betroffen.

III.

Die Kostenentscheidung erfolgte gemäß den §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 525, 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO, 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Da der Kläger den Antrag zu 1 aus der Berufungsbegründung zurückgenommen hat, hat er die Hälfte der Kosten zu tragen.

IV.

Das Urteil ist, da im Einstweiligen Verfügungsverfahren die Revision nicht eröffnet ist, nicht anfechtbar (§ 72 Abs. 4 ArbGG; vgl. auch BAG vom 16.12.2004 – 9 AZN 969/04 in AP ArbGG § 72 Nr. 50).

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.
Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72a ArbGG verwiesen.

Höwelmeyer

Heise

Schlingloff

Beglaubigt

Gollin
Regierungsbeschäftigte

