



LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

der Frau U. M., O.-H.-Straße 41, E.,

- Klägerin, Berufungsbeklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt E. T.,
T. weg 14, F.,

g e g e n

das **Land Nordrhein-Westfalen**, vertreten durch die Bezirksregierung Düsseldorf, Fischerstraße 10, 40477 Düsseldorf,

- Beklagter, Berufungskläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte T. & Partner,
X. Straße 25, E.,

hat die 11. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 24.04.2008 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Prof. Dr. Vossen als Vorsitzenden sowie den ehrenamtlichen Richter Welters und den ehrenamtlichen Richter Schmerbach

für R e c h t erkannt:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Duisburg vom 18.10.2007 – 2 Ca 1513/07 – wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Duisburg vom 18.10.2007 – 2 Ca 1513/07 – teilweise abgeändert und zur Klarstellung insgesamt wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass allein die rechtskräftige Verurteilung der Klägerin wegen Bafög-Betruges in zwei Fällen – Strafbefehl des Amtsgerichts Essen vom 30.10.2006, Akz. 47 Cs 302 Js 307/04 – 749/06 – keinen Zweifel an ihrer charakterlichen Eignung begründet, welche den Beklagten zur Nichteinstellung der Klägerin in den öffentlichen Schuldienst berechtigt.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung des Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 2/3 und der Beklagte zu 1/3.

Die Revision wird nur für den Beklagten zugelassen.

TATBESTAND:

Die Parteien streiten hauptsächlich über einen Anspruch der Klägerin gegen das beklagte Land auf Abschluss eines Arbeitsvertrages.

Die Klägerin bewarb sich beim beklagten Land auf die von diesem ausgeschriebene und im Klageantrag näher bezeichnete Stelle als Lehrerin. Nachdem sie das Auswahlverfahren durchlaufen hatte, übermittelte die Bezirksregierung ihr ein Schreiben vom 05.06.2007. Dort hieß es u. a., dass die Einstellung der Klägerin zum 06.08.2007 auf der ausgeschriebenen Stelle „in Aussicht genommen“ werde, und zwar entweder im Beamtenverhältnis, sofern die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen vorlägen, oder anderenfalls im Angestelltenverhältnis, voraussichtlich mit der Entgeltgruppe 13 TV-L. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Schreiben vom 05.06.2007 Bezug genommen.

Dem vorgenannten Schreiben war eine „Annahmeerklärung“ beigelegt, die die Klägerin mit ihrer Unterschrift versehen zurücksenden sollte. Hierin heißt es u. a.:

„Ich nehme die in Aussicht genommene Einstellung ohne Vorbehalt an.

Ich versichere, dass ich mich nicht bereits in einem Dauerbeschäftigungs- oder Beamtenverhältnis im öffentlichen Schuldienst oder Ersatzschuldienst des Landes NRW oder eines anderen Bundeslandes befinde.

Ich erkläre, dass ich in geordneten wirtschaftlichen Verhältnissen lebe. Ich versichere, dass ich nicht vorbestraft bin und dass gegen mich kein gerichtliches Strafverfahren und kein Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft anhängig ist oder innerhalb der letzten drei Jahre anhängig gewesen ist.

Ich verpflichte mich, den Dienst auf Dauer anzutreten.

Ich versichere, dass ich noch keine andere Einstellung in den öffentlichen Schuldienst des Landes NRW zugesagt habe und dass ich an keinen weiteren Verfahren zur Einstellung in den öffentlichen Schuldienst des Landes NRW teilnehmen werde.“

Die Klägerin kreuzte das hierfür vorgesehene, auf gleicher Höhe mit der ersten Zeile platzierte Feld an und machte am zweiten Absatz einen „Sternchen-Zusatz“. In diesem verwies sie am Ende der Seite der „Annahmeerklärung“ auf eine Anlage, die einen Strafbefehl des Amtsgerichts Essen vom 30.10.2006 - 47 Cs 302 Js 30/04 - betraf. Darin war gegen die Klägerin wegen Betruges in zwei Fällen am 05.07.2000 und 02.08.2001 (wahrheitswidrige Erklärungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz - BAföG -) eine Gesamtgeldstrafe von 80 Tagessätzen zu je 15,00 Euro festgesetzt worden. Einspruch legte die Klägerin gegen diesen Strafbefehl nicht ein.

Mit Schreiben vom 03.07.2007 zog das beklagte Land die der Klägerin mit Schreiben vom 05.06.2007 zum 06.08.2007 in Aussicht gestellte Einstellung unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe zurück. Zur Begründung führte es an, aufgrund des Strafbefehls des Amtsgerichts Essen vom

30.10.2006 würden Zweifel an der charakterlichen Eignung der Klägerin für die Einstellung in den Schuldienst bestehen.

Mit ihrer beim Arbeitsgericht Duisburg anhängig gemachten Klage begehrt die Klägerin hauptsächlich die ihr ursprünglich in Aussicht gestellte Einstellung.

Die Klägerin hat im Wesentlichen geltend gemacht:

Das beklagte Land habe sich bereits mit der Inaussichtnahme vom 05.06.2007 bezüglich ihrer Einstellung gebunden. Es habe keinesfalls ihre charakterliche Eignung überprüfen dürfen, da diese lediglich für die Beamtenernennung maßgeblich sei. Ihrer charakterlichen Eignung stehe nicht der ihr gegenüber erlassene Strafbefehl entgegen.

Die Klägerin hat beantragt,

1. das beklagte Land zu verurteilen, die an dem kaufmännischen Berufskolleg X. S. in Duisburg, unter der Ausschreibungs-Nr.: 1-B 962/191784 ausgeschriebene Stelle eines Studienrats/einer Studienrätin (Besoldungsgruppe A 13 BBesO) bzw. eines Tarifbeschäftigten/einer Tarifbeschäftigten (Entgeltgruppe 13 TV-L) unbefristet mit ihr zu besetzen;

hilfsweise,

das beklagte Land zu verurteilen, über ihre Einstellung als Tarifbeschäftigte (Entgeltgruppe 13 TV-L) in den Schuldienst des Landes NRW und ihrem Einsatz an dem kaufmännischen Berufskolleg X. S. in Duisburg, auf der ausgeschriebenen Stelle, Ausschreibungsnummer: 1-B-962/191784, erneut unter Beachtung der Rechtserfassung des Gerichts zu entscheiden.

2. festzustellen, dass allein ihre rechtskräftige Verurteilung wegen Bafög-Betruges in zwei Fällen – Strafbefehl des Amtsgerichts Essen vom 30.10.2006, Az.: 47 Cs 302 Js 307/04-749/06 – keinen erheblichen Zweifel an ihrer charakterlichen Eignung begründet, welche das beklagte Land zu ihrer Nichteinstellung in den öffentlichen Schuldienst berechtigt.

Das beklagte Land hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Mit der Inaussichtnahme der Einstellung habe es sich gerade noch nicht binden wollen. Im Übrigen würde auch von Tarifbeschäftigten die Anerkennung der geltenden Rechtsordnung gefordert mit der Folge, dass die Straftaten der Klägerin für ihre Eignung berücksichtigt werden müssten.

Mit seinem am 18.10.2007 verkündeten Urteil hat das Arbeitsgericht der Klage nur teilweise stattgegeben und dies im Wesentlichen wie folgt begründet:

Der Hauptantrag der Klägerin sei unbegründet. Weder aus dem Schreiben der Bezirksregierung vom 05.06.2007 noch aus Art. 33 Abs. 2 GG könne die Klägerin einen Einstellungsanspruch herleiten. Allerdings sei ihr Hilfsantrag begründet. Das beklagte Land habe im Hinblick auf die pauschale Nichtberücksichtigung der Klägerin aufgrund der von ihr angegebenen Vorstrafe ermessensfehlerhaft entschieden mit der Folge, dass sie einen Anspruch auf Wiederholung der Auswahlentscheidung ohne diesen Fehler und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts habe. Zwar sei eine Verurteilung wegen Betrug zu Lasten der öffentlichen Hand grundsätzlich geeignet, Zweifel an der charakterlichen Eignung einer Lehrerin zu begründen. Die Berücksichtigung der Strafe der Klägerin stelle sich jedoch im Lichte von § 53 BZRG als ermessensfehlerhaft dar. Es würde nämlich einen Wertungswiderspruch bedeuten, wenn die Klägerin sich zwar im Rechtsverkehr unter Berufung auf die genannte Norm als unverurteilt bezeichnen dürfte, die Behörde jedoch auf die von ihr - ungeachtet von § 53 BZRG - mitgeteilte Verurteilung ihre Entscheidung bezüglich der Nichtbesetzung der Stelle mit der Klägerin stützen könnte. Aus der Begründung für die Stattgabe des Hilfsantrages folge ohne weiteres die Begründetheit des Feststellungsbegehrens der Klägerin.

Gegen das dem beklagten Land am 09.11.2007 bzw. der Klägerin am 12.11.2007 zugestellte Urteil haben beide Parteien mit einem bei Gericht am 29.11.2007 (beklagtes Land) bzw. am 10.12.2007 (Klägerin) eingegangenen

Schriftsatz Berufung eingelegt. Das beklagte Land hat seine Berufung – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 07.02.2008 – mit einem bei Gericht am 07.02.2008 eingereichten Schriftsatz begründet. Die Klägerin hat ihre Berufung - nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 08.02.2008 - mit einem hier am 08.02.2008 eingereichten Schriftsatz begründet.

Das beklagte Land macht unter teilweiser Wiederholung seines erstinstanzlichen Vorbringens im Wesentlichen geltend:

Die streitbefangene Stelle sei am 06.08.2007 – unstreitig – durch Herrn B. T. unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Probe als Studienrat z. A. nachbesetzt worden. Im Übrigen seien die Zugangsrechte der Klägerin zu einem öffentlichen Amt, welche sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergeben würden, durch die von ihm getroffene Ermessensentscheidung entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht verletzt worden. Insbesondere sei das Verwertungsverbot gemäß § 51 Abs. 1 BZRG i. V. m. §§ 46 Abs. 1 Nr. 1 a, 47 Abs. 1, 36 Satz 1 BZRG beachtet worden. Maßgeblich sei der Zeitpunkt des Erlasses des Strafbefehls, nicht der Zeitpunkt der Tatbegehung. Man habe sich innerhalb seiner Bezirksregierungen auf eine einheitliche Ermessensausübung dahingehend verständigt, bei Verurteilungen in Bafög-Betrugsfällen zu einer Geldstrafe von unter 90 Tagessätzen von einer charakterlichen Ungeeignetheit der Bewerberin bzw. des Bewerbers für die Dauer von drei Jahren auszugehen. Der Fristbeginn orientiere sich an § 36 BZRG.

Das beklagte Land beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Duisburg vom 18.10.2007 – 2 Ca 1513/07 – teilweise abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

1. die Berufung des beklagten Landes zurückzuweisen.
2. das beklagte Land unter Abänderung des am 18.10.2007 verkündeten Urteils des Arbeitsgerichts Duisburg - 2 Ca 1513/07 -

zu verurteilen, die an dem kaufmännischen Berufskolleg X. S. in Duisburg, unter der Ausschreibungs-Nr.: 1-B 962/191784 ausgeschriebene Stelle eines Studienrats/einer Studienrätin (Besoldungsgruppe A 13 BBesO) bzw. eines Tarifbeschäftigten/einer Tarifbeschäftigten (Entgeltgruppe 13 TV-L) unbefristet mit ihr zu besetzen;

hilfsweise,

das beklagte Land zu verurteilen, über ihre Einstellung als Tarifbeschäftigte (Entgeltgruppe 13 TV-L) in den Schuldienst des Landes NRW und ihrem Einsatz an dem kaufmännischen Berufskolleg X. S. in Duisburg, auf der ausgeschriebenen Stelle, Ausschreibungsnummer: 1-B-962/191784, erneut unter Beachtung der Rechtserfassung des Gerichts zu entscheiden.

3. festzustellen, dass allein ihre rechtskräftige Verurteilung wegen Bafög-Betruges in zwei Fällen – Strafbefehl des Amtsgerichts Essen vom 30.10.2006, Az.: 47 Cs 302 Js 307/04-749/06 – keinen erheblichen Zweifel an ihrer charakterlichen Eignung begründet, welche zu ihrer Nichteinstellung in den öffentlichen Schuldienst berechtigt.

In ihrer Berufungsbegründung legt sie unter teilweiser Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens näher dar, wieso das Schreiben der Bezirksregierung vom 05.06.2007 eine Einstellungszusage enthalte bzw. sich zu ihren Gunsten ein unmittelbarer Anspruch auf Einstellung aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebe.

Das beklagte Land beantragt noch,

die Anschlussberufung der Klägerin zurückzuweisen.

Wegen des sonstigen Vorbringens der Parteien im Einzelnen wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der Akte ergänzend Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

A.

Die Berufung des beklagten Landes, gegen deren Zulässigkeit keinerlei Bedenken bestehen, ist nur teilweise begründet.

I. Begründet ist die Berufung insofern, als sie sich gegen die der Klägerin erstinstanzlich zugesprochene Neubescheidung richtet.

1. Richtig hat die Vorinstanz erkannt, dass ein Bewerber bzw. eine Bewerberin um eine Stelle im öffentlichen Dienst Anspruch auf erneute Durchführung des Auswahlverfahrens nach Maßgabe des Art. 33 Abs. 2 GG hat, sofern dem öffentlichen Dienstherrn Fehler beim Auswahlverfahren unterlaufen sind (vgl. z. B. BAG 21.01.2003 – 9 AZR 72/02 – EzA Art. 33 GG Nr. 25; BAG 07.09.2004 – 9 AZR 537/03 – EzA Art. 33 GG Nr. 27).

2. Nach 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 den genannten Kriterien beurteilt werden (BAG 02.12.1997 – 9 AZR 445/96 – EzA Art. 33 GG Nr. 17). Öffentliche Ämter in diesem Sinne sind nicht nur Beamtenstellen, sondern auch solche Stellen, die von Arbeitnehmern besetzt werden können (BAG 28.05.2002 – 9 AZR 751/00 – EzA Art. 33 GG Nr. 23; BVerwG 26.10.2000 – 2 C 31.99 – ZTR 2001, 191).

a) Dieser Anspruch auf Zugang zu einem öffentlichen Amt setzt eine freie Stelle voraus. 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 (BAG 28.05.2002 – 9 AZR 751/00 – Rz. 26 a. a. O.; BAG 18.09.2007 – 9 AZR 672/06 – Rz. 21 juris; vgl. auch BVerwG 21.08.2003 – 2 C 14.02 – BVerwGE 118, 370; OVG NRW 05.06.2003 – 6 A 4750/01 – ZBR 2004, 177). Eine Kon-

kurrentenklage erledigt sich deshalb mit der endgültigen Übertragung des Amtes auf den Mitbewerber. Die Stelle ist damit nicht mehr verfügbar.

b) Auch für eine Neubescheidung ist kein Raum, wenn die begehrte Stelle dem erfolgreichen Konkurrenten rechtswirksam auf Dauer übertragen worden ist. Der Eingriff in das Recht des unterlegenen Bewerbers auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt lässt sich nicht mehr korrigieren (BVerfG 09.07.2002 – 2 BVQ 25/02 – ZBR 2002, 395). Dem verfahrensfehlerhaft zurückgewiesenen Bewerber stehen allenfalls Schadensersatzansprüche zu, wenn ihm die Stelle hätte übertragen werden müssen (BAG 02.12.1997 – 9 AZR 668/96 – EzA Art. 3 GG Nr. 78; BAG 18.09.2007 – 9 AZR 672/06 – Rz. 22 juris).

c) Die Stelle, auf die sich die Klägerin beworben hat, ist mit dem Mitbewerber C. T. durch die am 07.08.2007 erfolgte Aushändigung der Ernennungsurkunde vom 23.07.2007 zur Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Probe mit Wirkung vom 06.08.2007 erfolgt. Damit ist eine Besetzung des Amtes erfolgt, die dem Bewerber T. eine gesicherte Rechtsposition eingeräumt hat, die der so vorgenommenen Ausgestaltung des in Streit stehenden Amtes entspricht (vgl. BAG 28.05.2002 – 9 AZR 751/00 – a. a. O.; BAG 18.09.2007 – 9 AZR 672/06 – Rz. 26 juris).

II. Dagegen ist die Berufung des beklagten Landes unbegründet, soweit sie sich gegen den Feststellungsausspruch der ersten Instanz richtet.

1. Das Feststellungsbegehren der Klägerin ist gemäß § 256 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 495 ZPO, § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG zulässig.

a) Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann die gerichtliche Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses beantragt werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse an einer entsprechenden alsbaldigen richterlichen Entscheidung hat. Rechtsverhältnis i. S. von § 256 Abs. 1 ZPO ist jedes durch die Herrschaft einer Rechtsnorm über einen konkreten Sachverhalt entstandene rechtliche Verhältnis einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache (BAG 03.05.2006 – 1 ABR 63/04 – AP Nr. 61 zu § 81 ArbGG 1979). Dabei sind ein-

zelne Rechte und Pflichten ebenso Rechtsverhältnisse wie die Gesamtheit eines einheitlichen Schuldverhältnisses (BAG 24.04.2007 – ABR 27/06 – Rz. 15 EzA § 256 ZPO 2002 Nr. 8). Kein Rechtsverhältnis i. S. von § 256 Abs. 1 ZPO sind dagegen abstrakte Rechtsfragen, bloße Elemente eines Rechtsverhältnisses oder rechtliche Vorfragen (BAG 03.05.2006 – 1 ABR 63/04 – a. a. O.; BAG 24.04.2007 – 1 ABR 27/06 – Rz. 15 a. a. O.).

b) Im Streitfall ist Gegenstand des Feststellungsbegehrens der Klägerin ein einzelnes Recht des beklagten Landes, nämlich die Frage, ob dieses allein im Hinblick auf die rechtskräftige Verurteilung der Klägerin wegen Bafög-Betruges in zwei Fällen und die damit aus Sicht des beklagten Landes verbundenen Zweifel an ihrer charakterlichen Eignung berechtigt war, die Klägerin nicht in den öffentlichen Schuldienst einzustellen. Diese hat auch im Hinblick darauf, dass es nach ihrem unwidersprochenem Vorbringen im Kammertermin vom 24.04.2008 nicht ausgeschlossen ist, dass sie sich künftig wieder bei dem beklagten Land um eine Stelle als Lehrerin bewirbt, ein Interesse an der verlangten Feststellung.

2. Das Feststellungsbegehren der Klägerin ist auch begründet. Zutreffend ist die Vorinstanz davon ausgegangen, dass das beklagte Land Zweifel an der charakterlichen Eignung der Klägerin für die ausgeschriebene Stelle an dem kaufmännischen Berufskolleg X. S. in Duisburg nicht allein mit dem von ihr vorgelegten Strafbefehl des Amtsgerichts Essen vom 30.10.2006 wegen Betruges in zwei Fällen begründen durfte.

a) Soweit es um die Einstellung in den öffentlichen Dienst geht, trifft Art. 33 Abs. 2 GG eine Regelung, die das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG auf freie Wahl des Arbeitsplatzes ergänzt. Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Die Einstellung von Bewerbern um ein öffentliches Amt wird damit an besondere Anforderungen (Eignung, Befähigung und fachliche Leistung) geknüpft. Geeignet i. S. von Art. 33 Abs. 2 GG ist nur, wer dem angestrebten Amt in körperlicher, psychischer und charakterlicher Hinsicht gewachsen ist. Zur Eignung gehören darüber hinaus die Fähigkeit und die innere

Bereitschaft, die dienstlichen Aufgaben nach den Grundsätzen der Verfassung wahrzunehmen, insbesondere die Freiheitsrechte der Bürger zu wahren und rechtsstaatliche Regeln einzuhalten (BVerfG 08.07.1997 – 1 BvR 1934/93 – AP Nr. 67 zu Einigungsvertrag Anlage I Kap. IXX; BVerfG 21.02.1995 – 1 BvR 1397/93 – AP Nr. 44 zu Einigungsvertrag Anlage I Kap. IXX; BAG 20.05.1999 – 2 AZR 320/98 – Rz. 16 EzA § 123 BGB Nr. 52; BAG 27.07.2005 – 7 AZR 508/04 – EzA Art. 33 GG Nr. 29).

b) Der öffentliche Arbeitgeber darf einen Bewerber um ein öffentliches Amt bei der Einstellung nicht nur nach Vorstrafen befragen, wenn und soweit die Art des zu besetzenden Arbeitsplatzes dies erfordert, sondern auch nach anhängigen Straf- und Ermittlungsverfahren, sofern daran ein berechtigtes Interesse besteht. Dies ist der Fall, wenn auch ein Ermittlungsverfahren oder ein noch nicht abgeschlossenes Strafverfahren Zweifel an der persönlichen Eignung des Bewerbers für die in Aussicht genommene Tätigkeit begründen kann (BAG 27.07.2005 – 7 AZR 508/04 – a. a. O.). Dem steht die in Art. 6 Abs. 2 EMRK verankerte Unschuldsvermutung nicht entgegen. Diese bindet unmittelbar nur den Richter, der über die Begründetheit der Anklage zu entscheiden hat. Daraus ergibt sich nicht, dass aus einem Ermittlungsverfahren oder einem anhängigen Strafverfahren für den Beschuldigten überhaupt keine Nachteile entstehen dürfen (BAG 20.05.1999 – 2 AZR 320/98 – a. a. O.; BAG 27.07.2005 – 7 AZR 508/04 – a. a. O.).

c) Im Streitfall durfte das beklagte Land zur Prüfung der charakterlichen Eignung der Klägerin für die mit der ausgeschriebenen Stelle verbundene geschuldete Tätigkeit nicht nach Vorstrafen fragen, die in das Bundeszentralregister nicht eingetragen werden dürfen, und auch nicht nach einem in den letzten drei Jahren, gerechnet ab der Fragestellung, anhängigen Ermittlungsverfahren, das derartige Vorstrafen betraf. Demzufolge durfte das beklagte Land aus einer wahrheitsgemäßen Antwort der Klägerin keine für diese nachteilige Schlüsse ziehen.

aa) Seit Inkrafttreten des Bundeszentralregistergesetzes ist das Fragerecht auch des öffentlichen Dienstherrn bei der Einstellung eines Bewerbers für einen

zu besetzenden Arbeitsplatz eingeschränkt. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, auf die es vorliegend alleine ankommt, da es um den Abschluss eines Arbeitsvertrages und nicht, wie in dem vom beklagten Land vorgelegten Urteil des VG Düsseldorf vom 08.12.2006 – 2 K 3762/06 -, um eine Beamtenernennung geht, braucht eine Vorstrafe nicht nach § 53 Abs. 1 Nr. 1 BZRG offenbart zu werden, wenn sie nicht gemäß § 32 Abs. 2 BZRG in ein polizeiliches Führungszeugnis nach § 30 Abs. 1 Satz 1 BZRG einzutragen ist (BAG 21.02.1991 – 2 AZR 449/90 – AP Nr. 35 zu § 123 BGB; ebenso *Adam*, ZTR 2003, 158, 162; *MünchArbR/Buchner*, 2. Aufl. 2000, § 41 Rz. 151; *Schaub/Schaub*, ArbR Hdb., 12. Aufl. 2007, § 26 Rz. 29; offengelassen von BAG 27.07.2005 – 7 AZR 508/04 – a. a. O.). Dann braucht aber auch eine Frage nach einer derartigen Vorstrafe nicht richtig beantwortet zu werden bzw. wenn sie richtig beantwortet wird, darf der Arbeitgeber die nun offenbarte Vorstrafe nicht zu Ungunsten des Bewerbers berücksichtigen. Eine Ausnahme hiervon wird allenfalls dann zu machen sein, wenn die Vorstrafe auf einem Gebiet liegt, das mit der laut Arbeitsvertrag vom Arbeitnehmer zu verrichtenden Tätigkeit unmittelbar zusammenhängt (vgl. früher BAG 07.02.1964 – 1 AZR 251/63 – BAG, 261, 263; vgl. auch schon BAG 05.12.1957 – 1 AZR 594/56 – AP Nr. 2 zu § 123 BGB).

bb) Gegen die Klägerin war durch Strafbefehl des Amtsgerichts Essen vom 30.10.2006 wegen Bafög-Betrugs, begangen am 05.07.2000 und 02.08.2001, eine Gesamtgeldstrafe von 80 Tagessätzen zu je 15,-- Euro festgesetzt worden. Diese Strafe durfte gemäß § 32 Abs. 2 Nr. 5 lit. a BZRG nicht in ein Führungszeugnis gemäß § 30 Abs. 1 Satz 1 BZRG eingetragen werden. Die Frage des beklagten Landes nach einer Vorstrafe war insoweit unzulässig mit der Folge, dass die wahrheitsgemäße Beantwortung dieser Frage durch die Klägerin ihr nicht zum Nachteil bei einer Einstellung in den Dienst des beklagten Landes gereichen darf.

cc) Ein ausnahmsweise weitergehendes Fragerecht der angedeuteten Art bestand im Streitfall nicht. Denn die Geldstrafe wegen Bafög-Betrugs lag nicht auf einem Gebiet, das mit der laut Arbeitsvertrag der Klägerin zu verrichtenden Lehrtätigkeit zusammenhing. Dieser Betrug betraf die Ausbildungsphase der

Klägerin und hindert sie nicht zuletzt unter Berücksichtigung des Resozialisierungsgedankens (vgl. hierzu schon BAG 05.12.1957 – 1 AZR 594/56 – a. a. O.) – die Tatbegehung lag zum Zeitpunkt der Bewerbung der Klägerin schon lange zurück (2000 bzw. 2001) – der vom beklagten Land angesprochenen Vorbildfunktion bei der Unterrichtung bzw. Erziehung von Kindern nachzukommen. Anders wäre es allerdings, wenn die Vorstrafe z. B. ein Sittlichkeitsdelikt betroffen hätte und es nicht zu einer Eintragung ins Führungszeugnis der Klägerin nach § 32 Abs. 2 BZRG gekommen wäre (vgl. BAG 27.07.2005 – 7 AZR 508/04 – a. a. O.; früher schon BAG 05.12.1957 – 1 AZR 594/56 – a. a. O.).

dd) Im Hinblick auf das hier eingeschränkte Fragerecht der Beklagten durfte diese auch nicht nach einem in den letzten drei Jahren anhängigen Ermittlungsverfahren fragen. Denn hiermit hätte sie die Unzulässigkeit der Frage nach der Vorstrafe der Klägerin wegen Bafög-Betruges in zwei Fällen unterlaufen.

B.

Die Berufung der Klägerin, gegen deren Zulässigkeit keinerlei Bedenken bestehen, ist unbegründet.

Die Klägerin kann weder aus dem Schreiben der Bezirksregierung vom 05.06.2007 noch aus Art. 33 Abs. 2 GG von dem beklagten Land verlangen, mit ihr die an dem kaufmännischen Berufskolleg X. S. in Duisburg unter der Ausschreibungsnummer: 1-B 962/191784 ausgeschriebene Stelle eines Studienrats/einer Studienrätin (Besoldungsgruppe A13 BBesO) bzw. eines Tarifbeschäftigten/einer Tarifbeschäftigten (Entgeltgruppe 13 TV-L) unbefristet zu besetzen. Dahinstehen kann, ob in dem Schreiben der Bezirksregierung vom 05.06.2007 eine Einstellungszusage lag. Denn in jedem Fall ist die von der Klägerin begehrte Stelle inzwischen endgültig besetzt mit der Folge, dass das Bewerbungsverfahren beendet ist. Insoweit kann auf die Ausführungen zur Berufung des beklagten Landes unter A. I. 2. verwiesen werden.

C.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1 Satz 1, 92 Abs. 1 Satz 1, 97 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG.

Die Kammer hat der Rechtssache, soweit diese das Feststellungsbegehren der Klägerin betrifft, grundsätzliche Bedeutung zugemessen und deshalb für das beklagte Land die Revision an das Bundesarbeitsgericht gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zugelassen. Für eine weitergehende Revisionszulassung bestand kein gesetzlicher Grund (vgl. § 72 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 ArbGG).

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von dem beklagten Land

REVISION

eingelegt werden.

Für die Klägerin ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss

innerhalb einer Notfrist von einem Monat

nach der Zustellung dieses Urteils schriftlich beim

**Bundesarbeitsgericht,
Hugo-Preuß-Platz 1,
99084 Erfurt,
Fax: (0361) 2636 - 2000**

eingelegt werden.

Die Revision ist gleichzeitig oder

innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils

schriftlich zu begründen.

Die Revisionschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

gez.: Prof. Dr. Vossen

gez.: Welters

gez.: Schmerbach