Landesarbeitsgericht Düsseldorf, 6 (3) Sa 1763/04

Datum:	25.01.2005
Gericht:	Landesarbeitsgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	6. Kammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	6 (3) Sa 1763/04
ECLI:	ECLI:DE:LAGD:2005:0125.6.3SA1763.04.00

Vorinstanz:	Arbeitsgericht Düsseldorf, 3 (14) Ca 4867/04
Schlagworte:	"Bestenauslese", Unzulässigkeit einer Wartefrist bei Bewerbungen von Lehrern im öffentlichen Dienst
Normen:	Artikel 33 Abs. 2 GG, § 894 ZPO, § 311 a Nr. 1 BGB
Sachgebiet:	Arbeitsrecht
Leitsätze:	1. Die Regelung in ministeriellen Runderlässen, dass Lehrkräfte mit der Befähigung für Lehrämter der Sekundarstufen I und II, die im gehobenen Dienst beschäftigt sind, sich erst nach einer Mindestbeschäftigungszeit von 5 Jahren im Dauerbeschäftigungsverhältnis im aktiven Schuldienst auf ausgeschriebene Stellen des höheren Dienstes (Verg.Gr II a BAT/Bes.Gr A 13 Z BBesG) bewerben können, verstößt gegen Artikel 33 Abs. 2 GG und ist unwirksam. 2. In Anlehnung an LAG Düsseldorf, Urteil vom 25.02.2004 - 12 Sa 1750/03 - Revision mittlerweile zurückgewiesen: BAG, Urteil vom 15.03.2005 - 9 AZR 142/04 -.

Tenor:

1. Die Berufung des beklagten Landes gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 12.10.2004 - 3 (14) Ca 4867/04 - wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

2. Die Revision wird für das beklagte Land zugelassen.

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten über die Verpflichtung des beklagten Landes, den Kläger im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens als von der Auswahlkommission ausgewählten besten Bewerber zu berücksichtigen und einen entsprechenden geänderten Arbeitsvertrag abzuschließen, obwohl der Kläger die nach ministeriellem Erlass notwendige Wartezeit von 5 Jahren nicht erfüllt hat. 2

Der Kläger ist ausgebildeter Lehrer und im Besitz der Lehramtsbefähigung für die Sekundarstufe II und für die Sekundarstufe I und weist die Fächerkombinationen Deutsch/Pädagogik auf. Seit dem 01.02.2000 ist der Kläger im Schuldienst des beklagten Landes tätig und war zuletzt an der C.-Gesamtschule in E. im Dauerbeschäftigungsverhältnis mit 24 Wochenstunden (volle Pflichtstundenzeit) bei Eingruppierung in die Vergütungsgruppe BAT III. Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist der schriftliche Arbeitsvertrag vom 08.08.2001 in der Fassung des Änderungsvertrages vom 05./17.07.2002. 3

Als im Frühjahr für die C.-Gesamtschule in E. zur Ausschreibungsnummer 1-GE-555 eine Stelle für die Sekundarstufe II (Eingruppierung in die Vergütungsgruppe BAT II a) ausgeschrieben wurde mit den Fächerkombinationen Pädagogik und Deutsch bewarb sich der Kläger am 15.03.2004 auf diese Stelle. Mit Schreiben vom 30.03.2004 teilte die Bezirksregierung Düsseldorf dem Kläger mit, dass er sich an dem schulscharfen Ausschreibungsverfahren nicht beteiligen könne, da er die zwingend vorgeschriebene fünfjährige Beschäftigungszeit nicht erfüllt habe. Gemäß dem Erlass des Ministeriums für Schule, Jugend und Kinder des Landes Nordrhein-Westfalen (MSJK NW) vom 16.12.2003. 4

In diesem Runderlass wurde festgelegt, dass Lehrkräfte mit der Befähigung für die Lehrämter der Sekundarstufen II und I, die in einer Laufbahn des gehobenen Dienstes beschäftigt sind, sich erst nach einer Mindestbeschäftigungszeit von 5 Jahren im Dauerbeschäftigungsverhältnis im aktiven Schuldienst des Landes Nordrhein-Westfalen bei allen ausgeschriebenen A 13 Z-Stellen beteiligen können. 5

A 13 Z-Stellen entsprechen für den beamteten Bereich BAT-Stellen der Vergütungsgruppe II a. 6

Nachdem der Kläger aufgrund eines einstweiligen Verfügungsverfahrens vor dem Arbeitsgericht Düsseldorf - 3 Ga 28/04 - seine Teilnahme an dem Auswahlverfahren erstritten hatte, wurde er von der Auswahlkommission der C.-Gesamtschule eingeladen und von dieser unter den Bewerbern auf Platz 1 gesetzt. 7

Mit Schreiben vom 05.05.2004 teilte das beklagte Land dem Kläger durch den Schulleiter mit, dass es in Aussicht genommen habe, ihm zum 01.08.2004 eine Stelle der Vergütungsgruppe BAT II a an der C.-Gesamtschule in E. zu übertragen. Das Schreiben enthält den Vorbehalt der Zustimmung der Bezirksregierung nach Überprüfung des Auswahlverfahrens. 8

Mit Schreiben vom 08.06.2004 teilte die Bezirksregierung Düsseldorf dem Kläger mit, dass die in Aussicht genommene Stellenbesetzung im Hinblick auf die Erlasslage zurückgenommen werde. 9

Durch mittlerweile rechtskräftiges Urteil in einem einstweiligen Verfügungsverfahren ist dem beklagten Land aufgegeben worden, die von dem Kläger angestrebte Stelle mit keiner anderen Bewerberin/keinem anderen Bewerber zu besetzen, bis im Hauptsacheverfahren rechtskräftig über Versetzung des Klägers auf diese Stelle bzw. die Übertragung dieser Stelle 10

auf den Kläger und die Höhergruppierung in Vergütungsgruppe BAT II a entschieden ist (Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 29.06.2004 - 3 Ga 46/04 -; Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 04.01.2004 - 6 Sa 1303/04 -).

Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger den Abschluss eines geänderten Arbeitsvertrages unter Eingruppierung in die Vergütungsgruppe BAT II a. Er hat vorgetragen, dass ihm unter dem Gesichtspunkt der Bestenauslese die ausgeschriebene Stelle zu übertragen ist mit der Konsequenz, dass sein Arbeitsvertrag entsprechend hinsichtlich der Höhergruppierung zu ändern ist. Der ministerielle Erlass vom 16.12.2003 sei hinsichtlich der fünfjährigen Wartezeit rechtswidrig. 11

Der Kläger hat beantragt, 12

> das beklagte Land zu verurteilen, ihm gegenüber folgende Willenserklärung abzugeben: 13
> Ich unterbreite dem Kläger ein Angebot auf Abschluss eines Änderungsvertrages zum Arbeitsvertrag vom 08.08.2001 in der Fassung des Änderungsvertrages vom 05./17.07.2002, in welchem geregelt wird, dass der geschlossene Arbeitsvertrag vom 08.08.2001 wie folgt geändert wird: Ab 01.08.2004 erfolgt die Eingruppierung in die Vergütungsgruppe BAT II a (Ziffer 6.1 des Runderlasses des Kultusministeriums des Landes NRW vom 16.11.1981 - BASS 21 - 21 Nr. 52). Die übrigen Bestimmungen des Arbeitsvertrages vom 08.08.2001 in der Fassung des Änderungsvertrages vom 05./17.07.2002 sind weiter Bestandteil dieses Vertrages.

Das beklagte Land hat beantragt, 14

> die Klage abzuweisen. 15

Es hat die Auffassung vertreten, dass in zulässiger Weise durch den Erlass vom 16.12.2003 zur Zeit ein Laufbahnwechsel des Klägers nicht vorgenommen werden müsse. 16

Das Arbeitsgericht Düsseldorf hat durch Urteil vom 12.10.2004 der Klage antragsgemäß stattgegeben. 17

Gegen das am 02.11.2004 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf, auf dessen Entscheidungsgründe Bezug genommen wird, hat das beklagte Land am 08.11.2004 Berufung eingelegt und die Berufung am 28.11.2004 begründet. Das beklagte Land macht geltend, dass die in Anlehnung an die - nicht rechtskräftige Entscheidung - des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 25.02.2004 18

- 12 Sa 1750/03 - vertretene Auffassung, die streitgegenständliche Fünfjahresfrist verstoße gegen Artikel 33 Abs. 2 GG, fehlerhaft sei. Die Festlegung der Fünfjahresfrist sei unter Berücksichtigung der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte im Lande Nordrhein-Westfalen vom Auswahlermessen und seiner Organisationshoheit umfasst. Durch die festgelegte Wartezeit von 5 Jahren solle eine Planungssicherheit erreicht werden. 19

Darüber hinaus sei zu berücksichtigen, da die Bewerber, die regelmäßig über die Lehramtsbefähigung sowohl für die Sekundarstufe I als auch für die Sekundarstufe II verfügten, generell bei den Bewerbungen chancenlos gewesen wären, wenn ihre Examensnoten zugrunde gelegt worden wären. Deshalb hätten sich derartige Bewerber notgedrungen auf eine Anstellung im Sek. I Bereich beworben. Das Prinzip der Bestenauslese würde verletzt, wenn eine Einstellung ohne Berücksichtigung der Examensnoten erfolgen müsste. 20

Schließlich sei die vollstreckungsrechtliche Vorschrift des § 894 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen, die eine Verurteilung zu einer Willenserklärung mit Rückwirkung zum 01.08.2004 ausschließe. 21

Das beklagte Land beantragt, 22

das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 12.10.2004 23

- 3 (14) Ca 4867/04 - abzuändern und die Klage abzuweisen. 24

Der Kläger beantragt, 25

die Berufung zurückzuweisen. 26

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil und widerspricht insbesondere den Ausführungen des beklagten Landes zur Bestenauslese. Er trägt vor, dass zum Einstellungszeitpunkt es im gesamten Land Nordrhein-Westfalen für die Fächerkombination lediglich zwei ausgeschriebene Sek. II Stellen gegeben habe. Von diesen beiden Stellen habe er nach dem Prinzip der Bestenauslese eine Stelle erhalten. Da es sich um eine Stelle in N. gehandelt habe, er jedoch in L. wohne, habe er diese Stelle nicht angetreten, da er als Vater von zwei Kindern nicht nach N. habe umziehen wollen/können. Daraufhin habe er sich auf eine Sek. I Stelle beworben. 27

Nachdem er von der Auswahlkommission auf die erste Stelle gesetzt worden sei, habe er auch einen Anspruch auf Übertragung der Stelle und eine entsprechende Höhergruppierung und insoweit einen Anspruch auf den Abschluss eines geänderten Arbeitsvertrages. 28

Wegen der weiteren Einzelheiten des zugrundeliegenden Sachverhaltes sowie des widerstreitenden Sachvortrages und der unterschiedlichen Rechtsauffassungen der Parteien wird ergänzend Bezug genommen auf die in beiden Instanzen zu den Akten gereichten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen. 29

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e : 30

A. 31

Die Berufung des beklagten Landes gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 12.10.2004 ist zulässig. Sie ist nach Maßgabe der §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG in Verbindung mit § 520 ZPO form- und fristgemäß eingelegt und begründet worden. Sie ist auch statthaft im Sinne von § 64 Abs. 1, 2 ArbGG. 32

B. 33

Die Berufung des beklagten Landes ist jedoch unbegründet. Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Arbeitsgericht im Urteil vom 12.10.2004 der Klage stattgegeben und das beklagte Land zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt. 34

I. 35

Die Klage ist zulässig. 36

1. Der auf Abgabe eines Angebots gerichtete Antrag des Klägers bedarf jedoch der Auslegung. Der Kläger erstrebt mit diesem Antrag den Abschluss eines geänderten Arbeitsvertrages unter Eingruppierung in die Vergütungsgruppe BAT II a, die entsprechend 37

dem anwendbaren Runderlass des Kultusministeriums des Landes vom 16.11.1981 (BASS 21-21 Nr. 52) die überwiegende Verwendung in der Sekundarstufe II erfordert. Ein geänderter Arbeitsvertrag kommt jedoch nicht durch Abgabe eines Angebots des beklagten Landes zustande, sondern durch Annahme des in der Klage liegenden Angebots des Klägers durch das beklagte Land. In diesem Sinne ist der Antrag zu verstehen (vgl. BAG, Urteil vom 19.02.2003 - 7 AZR 67/02 - NZA 2003, 1271, III 1 der Gründe).

2. Zu Recht hat das Arbeitsgericht darauf hingewiesen, dass der Antrag hinreichend bestimmt ist im Sinne von § 253 Abs. 2 Ziffer 2 ZPO. Der Kläger verlangt mit seiner Klage die oben beschriebene Vertragsänderung im Hinblick darauf, dass er von der Auswahlkommission als Bester für die an der C.-Gesamtschule in E. zur Ausschreibungsnummer 1-GE-555 ausgeschriebene Stelle ausgewählt worden ist. Ist das beklagte Land verpflichtet, dem Kläger die ausgeschriebene Stelle zu übertragen, so hat er auch einen Anspruch auf die damit einhergehende Höhergruppierung und Vertragsänderung aufgrund des Laufbahnwechsels. Der Kläger bringt mit seinem Klagebegehren zum Ausdruck, dass er ab 01.08.2004 die Abgabe einer Willenserklärung im Hinblick auf die erforderliche Vertragsänderung wünscht. Daraus ergeben sich rechtliche und tatsächliche vom Land zu schaffende Voraussetzungen für deren Umsetzung (vgl. zum weitergehenden Antrag auf Übertragung der Angestelltenstelle BAG, Urteil vom 02.12.1997 - 9 AZR 668/96 - NZA 1998, 882, I 1 der Gründe). 38

3. Dem Klagebegehren steht auch entgegen der Auffassung des beklagten Landes nicht die vollstreckungsrechtliche Vorschrift des § 894 Abs. 1 ZPO entgegen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Abgabe einer rückwirkenden Willenserklärung. 39

§ 894 Abs. 1 ZPO fingiert für die Zwangsvollstreckung, dass mit Rechtskraft der Entscheidung eine Willenserklärung abgegeben ist. Der Schuldner muss deshalb nicht etwa durch Zwangsmittel gemäß § 888 ZPO zur Abgabe einer Willenserklärung angehalten werden. 40

Dies schließt jedoch nicht aus, dass materiellrechtlich die Abgabe einer Willenserklärung zu einem rückwirkenden Abschluss eines Vertrages führt. 41

Nach § 306 BGB a. F. war die Verurteilung zur Eingehung eines rückwirkenden Vertragsverhältnisses ausgeschlossen. Die Rechtslage hat sich mit Inkrafttreten des § 311 a Abs. 1 BGB i. d. F. des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (vom 26.11.2001,BGBL I, Seite 3138) ab dem 01.01.2002 geändert. Der Wirksamkeit eines Vertrages steht nicht mehr entgegen, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 BGB n. F. nichts zu leisten braucht, auch wenn das Leistungshindernis schon bei Vertragsschluss vorliegt. Nach § 275 Abs. 1 BGB n. F. ist der Anspruch auf die Leistung ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für Jedermann unmöglich ist. Der rückwirkende Abschluss eines Vertrages ist nicht mehr nichtig. Damit ist auch eine dahingehende Verurteilung möglich. Das Gesetz gilt seit dem 01.01.2003 auch in seiner neuen Fassung (Artikel 229 § 5 Satz 2 EGBGB, Urteil vom 27.04.2004 - 9 AZR 522/03 - NZA 2004, 1225 = AP Nr. 12 zu § 8 Teilzeitbefristungsgesetz; Palandt/Heinrichs, 63. Aufl., § 311 a BGB Rdnr. 5). 42

II. 43

Das Klagebegehren des Klägers ist begründet. Der Kläger hat Anspruch gegenüber dem beklagten Land auf Annahme des Vertragsangebotes und damit auf Abschluss eines geänderten Arbeitsvertrages, der zum Inhalt hat, dass der Kläger im Rahmen eines Laufbahnwechsels bei überwiegender Verwendung als Lehrer für das Lehramt der 44

Sekundarstufe II an der C.-Gesamtschule in E., in der er bereits tätig ist, nach Vergütungsgruppe BAT II a einzugruppieren ist. Dieser Anspruch ergibt sich aus Artikel 33 Abs. 2 GG. Die in Nummer 5.2 des Runderlasses vom 16.12.2003 statuierte Wartefrist von 5 Jahren verstößt gegen die Prinzipien der Bestenauslese. Bei Berücksichtigung dieser Prinzipien ist der Kläger als best geeigneter auf die ausgeschriebene Stelle an der C.-Gesamtschule in E. zu versetzen.

1. Artikel 33 Abs. 2 GG eröffnet jedem Deutschen nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Daraus ergeben sich subjektive Rechte eines jeden Bewerbers, ohne dass es auf die Art des zu begründenden Rechtsverhältnisses ankommt. Denn ein öffentliches Amt strebt auch der auf arbeitsvertraglicher Grundlage Beschäftigte an. Daher kann der angestellte Kläger verlangen, bei seiner Bewerbung ausschließlich nach den in Artikel 33 Abs. 2 GG genannten Merkmalen beurteilt zu werden. Das hat das beklagte Land als Arbeitgeber bereits bei der Festlegung der konkreten Anforderungen zu beachten, die es für die Stellenbewerber aufstellt. Danach ist es unzulässig, Anforderungen aufzustellen, die geeignete und befähigte Bewerber ausschließen. Verstößt der öffentliche Arbeitgeber dagegen, so kann der übergangene Bewerber seinen Anspruch auf Beteiligung am Auswahlverfahren durchsetzen. Wird das Stellenbesetzungsverfahren fortgesetzt oder erneut eingeleitet, ist der übergangene Bewerber entsprechend der Rechtsauffassung des Gerichts zu berücksichtigen. Hatte nach Auffassung des Gerichts der Dienstherr seiner Ausschreibung eine unzulässige Anforderung zugrundegelegt, so ist bei der Fortsetzung des Auswahlverfahrens dieses Merkmal künftig außer acht zu lassen (vgl. BAG, Urteil vom 19.08.2001 45

- 9 AZR 410/00 - a. a. O.). 46

Art. 33 Abs. 2 GG enthält die spezielle Regelung, nach welchen Kriterien bei der Einstellung von Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes zu verfahren ist. Danach hat die Einstellung nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu erfolgen. In diesem Rahmen bleibt es dem pflichtgemäßen Ermessen des Dienstherrn überlassen, welchen einzelnen sachlichen Umständen bei der Auswahlentscheidung eine größere Bedeutung beigemessen und in welcher Weise der Grundsatz des gleichen Zugangs zu jedem öffentlichen Amt verwirklicht werden soll, sofern nicht das Prinzip selbst in Frage gestellt wird. Der Dienstherr kann sein Ermessen durch Verwaltungsvorschriften binden, um sicher zu stellen, dass die Bewerber sachgemäß ausgewählt und dabei einheitlich und gleichmäßig behandelt werden (BAG, Urteil vom 19.02.2003 - 7 AZR 67/02 - NZA 2003, 1271/1273). 47

Ein Anspruch auf Einstellung oder Beförderung wächst einem Bewerber indessen nur zu, wenn sich nach den Verhältnissen im Einzelfall jede andere Entscheidung als rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft darstellt und mithin die Berücksichtigung dieses Bewerbers die einzig rechtmäßige Entscheidung ist, weil er absolut und im Verhältnis zu den Mitbewerbern der in jeder Hinsicht am Besten geeignete ist (ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. BAG Urteil vom 02.12.1997 - 9 AZR 668/96 - NZA 1998, 882 = AP Nr. 41 zu Artikel 33 Abs. 2 GG, BAG Urteil vom 19.02.2003 - 7 AZR 67/02 - a. a. O., III 2 a der Gründe). 48

2. Die erkennende Kammer ist mit dem Arbeitsgericht und insbesondere auch mit dem Landesarbeitsgericht Düsseldorf im Urteil vom 25.02.2004 49

- 12 Sa 1750/03 - und dem Arbeitsgericht Düsseldorf im Urteil vom 25.02.2004 50

- 14 Ca 6287/03 - der Auffassung, dass das beklagte Land diesen Grundsätzen nicht gerecht geworden ist. Die fünfjährige Wartefrist in dem Runderlass vom 16.12.2003 verstößt gegen 51

die Prinzipien des Artikel 33 Abs. 2 GG und verletzt den Kläger in seinem subjektiven Recht auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren und Zugang zu einem öffentlichen Amt, weil das Zugangskriterium der Wartefrist von externen Bewerbern nicht erfüllt werden muss.

a) Zwischen den Parteien besteht kein Streit, dass die fünfjährige Wartezeit im Streitfall keine Konkretisierung des Leistungsgrundsatzes im Sinne von Artikel 33 Abs. 2 GG im Sinne einer Mindestbewährungszeit darstellt. Solche Mindestbewährungszeiten, wie sie in den Laufbahnvoraussetzungen des Bundes und der Länder geregelt sind, sind als zulässige Auswahlkriterien anerkannt, da sie der Verwirklichung des Leistungsprinzips dienen. 52

Der vorliegende Runderlass beschränkt hier jedoch die Bewerbungsmöglichkeiten von bereits angestellten Lehrern bei Versetzungsbewerbern bzw. Beförderungsbewerbern im Vergleich zu den neu einzustellenden Lehrern. Daraus folgt ohne weiteres, dass der Leistungsgesichtspunkt der Bewährung nicht Kriterium für den Erlass ist. Hintergrund ist nach dem Sachvortrag des beklagten Landes auch lediglich eine gewisse Planungssicherheit bei der Unterrichtsversorgung. 53

b) Das beklagte Land kann sich für die vorgenommene Differenzierung bei der Festlegung des Bewerberkreises weder im Hinblick auf das Ziel einer ausreichenden Unterrichtsversorgung noch im Hinblick auf ein Organisationsermessen berufen. Die Kammer folgt insoweit den zutreffenden Ausführungen der 12. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf im Urteil vom 25.02.2004 54

- 12 Sa 1750/03 - und macht sie sich zu eigen. 55

Die 12. Kammer hat insbesondere unter Bezugnahme auf das Urteil des Arbeitsgerichts vom 13.10.2003 - 14 Ca 6287/03 - ausgeführt: 56

Zum einen stellt die streitgegenständliche Regelung des Runderlasses keine Auswahlentscheidung in dem Sinne dar, dass der Bewerberkreis auf eine bestimmte Gruppe von Bewerbern, nämlich Versetzungsbewerber, Beförderungsbewerber oder Neubewerber, festgelegt wurde. Die Fünfjahresfrist stellt vielmehr bereits eine inhaltliche Beschränkung innerhalb der Gruppe der Versetzungs- und Beförderungsbewerber dar. Hat der Dienstherr jedoch einmal sowohl Beförderungsbewerber als auch Neubewerber für eine Stellenausschreibung zugelassen, kann eine Auswahl innerhalb dieser Gruppen nur noch nach den Kriterien der Bestenauslese des Art. 33 Abs. 2 GG erfolgen. Ein für alle Bewerber gleichberechtigtes Auswahlverfahren ist nur dann in verfassungsrechtlich gebotener Art und Weise gewährleistet, wenn jeder interessierte Bewerber an jedem Einstellungsverfahren teilnehmen kann und dabei ausschließlich anhand der Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG beurteilt wird. 57

Zum anderen ist auch nicht ersichtlich, dass das beklagte Land die Festlegung der fünfjährigen Wartezeit im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens vorgenommen hat. Hier stellt sich die Frage, warum zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Unterrichtsversorgung eine Wartezeit von fünf Jahren der Versetzungs- und Beförderungsbewerber erforderlich ist. Offensichtlich ging das beklagte Land nach alter Erlasslage selbst davon aus, dass eine Wartezeit von drei Jahren verbunden mit einer Freigabeerklärung der betroffenen Schule Sicherheit in der Planung und eine Unterrichtsversorgung hinreichend gewährleiste. Auch unter Berücksichtigung der normalen Fluktuationen der Beschäftigten an einer Schule im Hinblick auf Mutterschutz und Elternzeit, Krankheitsausfälle und Erreichen der Altersgrenze ist nicht ersichtlich, warum gerade ein 58

Fünfjahreszeitraum als erforderlicher Planungszeitraum sichergestellt werden muss. Darüber hinaus ist nicht nachvollziehbar, inwiefern bei Ablauf der fünfjährigen Wartezeit das beklagte Land im Hinblick auf den konkreten Bewerber die Unterrichtsversorgung besser gewährleisten kann, obwohl auch in diesem Fall eine konkrete Neubesetzung und Planung erst vorgenommen werden kann, wenn der bereits fünf Jahre beschäftigte Lehrer sich tatsächlich bewirbt und im Rahmen des Auswahlverfahrens erfolgreich ist. Im Übrigen könnte das beklagte Land organisatorische Vorkehrungen treffen, um die Stelle eines Versetzungsbewerbers rechtzeitig anderweitig zu besetzen. Unter diesem Gesichtspunkt ist der Ausschluss von bereits angestellten Lehrern von Versetzung und Beförderung auch unter dem Aspekt der Berufswahlfreiheit nicht zu rechtfertigen.

Mit der 12. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf ist die Kammer der Auffassung, dass ausreichende dienstliche Gründe einer mit einem Laufbahnwechsel verbundenen Versetzung des Klägers nicht entgegen stehen. 59

Soweit die Versetzung mit dem Interesse des Landes an Planungssicherheit und an Kontinuität der Stellenbesetzung kollidiert und sich aus ihr die Notwendigkeit der Wiederbesetzung der Stelle und Einarbeitung des neuen Stelleninhabers ergibt, macht das beklagte Land Gründe geltend, die üblicherweise mit jeder Versetzung verbunden sind und per se nicht ausreichen, um eine von den Auswahlkriterien des Artikel 33 Abs. 2 GG abweichende Auswahlentscheidung zu rechtfertigen oder einen Versetzungsbewerber von vornherein nicht in das Auswahlverfahren einzubeziehen (BAG, Urteil vom 05.11.2002 - 9 AZR 451/01 - AP Nr. 57 zu Artikel 33 Abs. 2 GG = NZA 2003, 798). 60

Richtig ist, dass ein pädagogisches Interesse an Unterrichtskontinuität besteht. Wenn dieses Interesse durch einen Lehrerwechsel während der Unterrichtsperiode beeinträchtigt wird, so rechtfertigt es allerdings gerade und nur den Ausschluss von Versetzungen im Laufe der Unterrichtsperiode bzw. die Bindung an eine Freigabeerklärung und keine Wartezeit von 5 Jahren. 61

c) Auch in Auseinandersetzung mit den von dem beklagten Land zu den Akten gereichten Entscheidungen der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, Urteil vom 07.07.2004 - 1 K 2772/04 - und Urteil des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 09.09.2004 - 2 K 4199/04 -) kommt die Kammer zu keinem anderen Ergebnis. 62

Die Verwaltungsgerichte gehen davon aus, dass es grundsätzlich im freien - gerichtlich nur sehr eingeschränkt überprüfbaren - organisatorischen Ermessen des Dienstherrn stehe, ob er eine freie Stelle im Wege der Versetzung, der Umsetzung, der Beförderung oder auf sonstige Weise besetzen will. Er sei insbesondere frei in der Entscheidung darüber, ob er den Teilnehmerkreis auf Versetzungs- oder auf Beförderungsbewerber beschränken oder auf beide Bewerbergruppen erstrecken wolle. Auf dieser ersten Stufe des Auswahlverfahrens ergehe die Entscheidung nach Maßgabe organisatorischer Belange. Erst auf der zweiten Stufe, wenn innerhalb des nach den oben genannten Kriterien festgelegten Bewerberkreises die eigentliche Auswahlentscheidung erfolge, finde der Leistungsgrundsatz mit dem Ziel der Bestenauslese Anwendung. Dies gelte jedenfalls dann, wenn nicht nur Versetzungsbewerber, sondern ausschließlich Beförderungsbewerber oder - wie hier - Versetzungs- und Beförderungsbewerber gleichermaßen zugelassen worden sind. Erst auf dieser zweiten Stufe seien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung die anzuwendenden Auswahlkriterien. Könne der Dienstherr aber auf der ersten Stufe des Auswahlverfahrens bestimmte Bewerbergruppen ganz vom Besetzungsverfahren ausschließen, so könne er erst recht auch den Ausschluss solcher Versetzungsbewerber vorsehen, für die sich die Versetzung zugleich als ein Laufbahnwechsel darstellen würde und die noch nicht über eine bestimmte 63

Mindestbeschäftigungszeit verfügen.

Dieser Rechtsprechung vermag die Kammer nicht zu folgen. Nach der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat das beklagte Land als Arbeitgeber bereits bei der Festlegung der konkreten Anforderungen die Grundsätze des Artikel 33 Abs. 2 GG zu beachten, die es für die Stellenbewerber aufstellt. Danach ist es unzulässig, Anforderungen aufzustellen, die geeignete und befähigte Bewerber ausschließen (BAG, Urteil vom 18.09.2001 64

- 9 AZR 410/00 - II 1 der Gründe). Da das beklagte Land unstreitig keine Bewährungszeiten definieren wollte, stellt die fünfjährige Wartefrist ein zusätzliches Kriterium auf, das nicht unter die Voraussetzungen der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung eines Bewerbers einzuordnen sind. Mit dem Arbeitsgericht und auch der 12. Kammer des Landesarbeitsgerichts ist die Kammer deshalb gleichwohl der Auffassung, dass das beklagte Land durch den hier streitigen Erlass grundsätzlich geeignete Versetzungsbewerber oder Beförderungsbewerber durch die Wartezeit von 5 Jahren wieder von der Bewerbungsmöglichkeit ausschließt. Das Land hat Versetzungsbewerber, Beförderungsbewerber und Neubewerber auf die ausgeschriebene Stelle zugelassen. Die Mindestbeschäftigungszeit ist deshalb ein zusätzliches Kriterium, das aus der Natur der Sache nur von bereits bei dem beklagten Land beschäftigten Lehrern erfüllt werden kann. Der Runderlass lässt Versetzungsbewerber grundsätzlich zu, unterscheidet dann aber nochmals nach der Dauer des Bestandes eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses. Hierbei handelt es sich demnach um die Festlegung von zusätzlichen Anforderungsmerkmalen, die grundsätzlich geeignete und befähigte Bewerber, wie den Kläger, von der Bewerbungsmöglichkeit ausschließen. Damit wird eine weitere Voraussetzung postuliert, die den Kläger in seinem subjektiven Recht auf chancengleichen Zugang zu einem öffentlichen Amt beeinträchtigt. Wie schon oben dargelegt stellt die Fünfjahresfrist demnach eine bereits inhaltliche Beschränkung innerhalb der Gruppe der Versetzungs- und Beförderungsbewerber dar. Bei der Festlegung der hierfür notwendigen Differenzierungskriterien ist das Land eben nicht frei, sondern darf nur zulässige Kriterien, die einer Überprüfung anhand des Grundsatzes des Artikels 33 Abs. 2 GG standhalten, verwenden. Dies ist im Streitfall nach Einschätzung der Kammer nicht geschehen. 65

Entgegen der vom beklagten Land vertretenen Auffassung wäre das beklagte Land auch nicht berechtigt, die Stellen im Sekundarbereich II ausschließlich mit externen Bewerbern und Bewerberinnen zur Besetzung auszuschreiben. Das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit dem beklagten Land stellt nämlich kein zulässiges Kriterium im Sinne des Artikel 33 Abs. 2 GG dar und wäre deshalb unbeachtlich. Es würde nämlich ansonsten gegen das Recht aus Artikel 33 Abs. 2 GG auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt allein unter Berücksichtigung der Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung verstoßen. 66

Ergänzend ist zu berücksichtigen, dass § 10 Abs. 1 LGG NRW die möglichen Auswahlkriterien für die Besetzung von Stellen, insbesondere die nach § 8 LGG NRW auszuschreibenden Stellen, auf die Qualifikation begrenzt. Nach § 10 Abs. 1 LGG NRW sind nämlich für die Beurteilung von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ausschließlich die Anforderungen des zu besetzenden Arbeitsplatzes oder des zu vergebenden Amtes maßgeblich. Andere Auswahlkriterien scheiden damit kraft Gesetzes aus, so dass bei einer Bewerbung auf eine ausgeschriebene Stelle Anspruch darauf besteht, dass nur nach Maßgabe des § 10 LGG NRW ausgewählt wird, nicht aber nach anderen Kriterien, die mit der Qualifikation für den zu besetzenden Arbeitsplatz nichts zu tun haben (vgl. auch Anmerkung Roetteken in Juris, Praxisreport, Arbeitsrecht 32/2004 vom 11.08.2004). 67

Die Kammer teilt auch die Auffassung der 12. Kammer des Landesarbeitsgerichts in dem Urteil vom 25.02.2004, dass im Licht des Artikel 33 Abs. 2 GG es keine Kompensation für die Wartefrist darstellt, das Lehrkräfte, die in der Sekundarstufe I die fünfjährige Wartefrist absolviert haben, bei Bewerbungen von der Auswahlkommission gemeinsam mit anderen Bewerbern einzuladen sind (Nr. 5.2, letzter Satz des Runderlasses vom 16.12.2003). Zum Einen begründet die Einladung nicht mehr als eine rechtlich ungesicherte Chance auf die Stelle. Zum Anderen bleibt das Land verpflichtet, den am Besten geeigneten und befähigten Bewerber auszuwählen. Es darf nicht ohne weiteres aus der zurückgelegten Wartezeit Rückschlüsse auf eine bessere Eignung des internen (Laufbahnwechsel-) Bewerbers gegenüber den externen Bewerbern ziehen (vgl. BAG, Urteil vom 18.09.2001 - 9 AZR 410/00 - a. a. O., BAG, Urteil vom 19.02.2003 - 7 AZR 67/02, NZA 2003, 1271). Es würde ansonsten gegen das Gebot der Bestenauslese verstoßen, auf das sich wiederum andere Neubewerber berufen könnten, für die die Zulassung zum Bewerbungsverfahren unter Berücksichtigung der Examensnote zunächst abgewickelt wird. Allein die Tatsache der Zurücklegung einer bestimmten Beschäftigungszeit kann, wie auch schon oben dargestellt, kein Kriterium für die Bestenauslese sein. 68

3. Ist nach alledem davon auszugehen, dass der Kläger ohne die in dem Runderlass vom 16.12.2003 angeordnete Wartefrist an dem Auswahl- und Besetzungsverfahren hinsichtlich der ausgeschriebenen Stelle 1-GE-555 an der C.-Gesamtschule in E. zu beteiligen ist, so ist davon auszugehen, dass der Kläger für diese ausgeschriebene Stelle der best geeignete ist. Die Auswahlkommission hat den Kläger auf die erste Stelle unter den Bewerbern gesetzt. Die Kammer hatte davon auszugehen, dass die Entscheidung der Auswahlkommission sich als rechtmäßige Entscheidung darstellt, weil er absolut und im Verhältnis zu den Mitbewerbern der in jeder Hinsicht am Besten geeignete ist (vgl. BAG, Urteil vom 02.12.1997 - 9 AZR 668/96 - a. a. O.). Zumindest hat das beklagte Land insoweit konkret bezogen auf den Kläger keine konkreten Einwendungen erhoben. Soweit das beklagte Land pauschal vorgetragen hat, dass die Bewerber, die die Unterrichtsbefähigung sowohl für die Sekundarstufe I als auch für die Sekundarstufe II haben, nicht über die Güte der Examensnoten verfügten, welche im Rahmen des Einstellungsverfahrens bei Berücksichtigung der Noten zum Erfolg geführt hätten, so mag dies in Einzelfällen so gewesen sein. Konkret auf den Kläger bezogen hat das beklagte Land jedoch hinsichtlich der Güte der Noten keinerlei Sachvortrag eingereicht. Vielmehr hat der Kläger unbestritten vorgetragen, dass er sich bei seiner Einstellung im Jahre 2000 ursprünglich um zwei ausgeschriebene Sek. II Stellen für seine Fächerkombination beworben habe und sogar eine Stelle erhalten habe. Wegen der örtlichen Entfernung zu seinem Wohnsitz und aufgrund der Tatsache, dass er Vater von zwei Kindern ist, hatte er diese Stelle nicht angetreten und sich schließlich um eine Sek. I Stelle beworben. Daraus ergibt sich aber, dass der Kläger unter Berücksichtigung seiner Examensnoten bereits als bester für eine ausgeschriebene Sek. II Stelle berücksichtigt worden ist. 69

Nachdem die Auswahlkommission den Kläger als besten Bewerber ausgewählt hat, wäre es demnach Sache des beklagten Landes gewesen, Tatsachen vorzutragen, aus denen sich ergibt, dass einem anderen - gegebenenfalls externen - Bewerber aufgrund einer besseren Eignung der Vorzug vor dem Kläger hätte gegeben werden müssen. Daran fehlt es im Streitfall. 70

III. 71

Die Kostenentscheidung folgt aus § 64 Abs. 6 ArbGG in Verbindung mit § 97 Abs. 1 ZPO. 72

Die Kammer hat eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache gemäß § 72 Abs. 2 Ziffer 1 ArbGG angenommen und deshalb die Revision zugelassen. 73

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von dem beklagten Land

REVISION

eingelegt werden.

Für den Kläger 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 Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Goeke Novak Frank

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE