
Datum: 25.05.2007
Gericht: Arbeitsgericht Siegen
Spruchkörper: 2. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 Ga 8/07
ECLI: ECLI:DE:ARBGSI:2007:0525.2GA8.07.00

Schlagworte: Bewerberverfahrensanspruch, Unterlassungsverfügung

Normen: Art. 33 Abs. 2 GG, §935, § 940 ZPO

Leitsätze:

1. Der Bewerberverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG kann im Wege der einstweiligen Verfügung auf Unterlassung der Stellenbesetzung bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens über die Klage auf Durchführung einer erneuten Auswahlentscheidung gesichert werden.
2. Ein Verfügungsanspruch besteht in einem solchen Fall nicht nur dann, wenn bereits feststeht, dass die Auswahlentscheidung fehlerhaft ist, d. h. die Stelle entweder mit dem abgelehnten Mitbewerber zu besetzen ist oder er zumindest einen Anspruch auf eine erneute Auswahl besitzt. Ausreichend für eine vorläufige Sicherung des Bewerberverfahrensanspruches ist es, wenn nach dem unstreitigen bzw. glaubhaft gemachten Sachverhalt zumindest eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die getroffene Auswahlentscheidung ermessensfehlerfrei zu wiederholen und über die Bewerbung entsprechend Art. 33 Abs. 2 GG nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung erneut zu entscheiden ist.
3. Eine solche hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, wenn ein dokumentiertes Anforderungsprofil nicht feststellbar ist, der Arbeitgeber des Öffentlichen Dienstes sich an die aus der Stellenausschreibung ersichtlichen Anforderungskriterien bei der Einladung von Bewerbern nicht in vollem Umfang hält oder einen für die Art der auszuübenden Tätigkeit nicht erforderlichen

Qualifikationsnachweis fordert.

4. Ein materiellrechtlicher Unterlassungsanspruch ist für eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung der Stellenbesetzung nicht erforderlich. Es kommt allein auf den zu sichernden Verfügungsanspruch an, welcher hier der Bewerberverfahrensanspruch ist.

Tenor:

Der Beklagten wird aufgegeben, die bei ihr zu besetzende Stelle einer Akademischen Direktorin/eines Akademischen Direktors (Besoldungsgruppe A 15) als Leiterin/Leiter des Zentrums für Studienberatung nicht mit einer anderen Bewerberin bzw. einem anderen Bewerber bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Klage der Klägerin in dem Verfahren vor dem Arbeitsgericht Siegen - 2 Ca 511/07 - zu besetzen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 14.340,00 € festgesetzt.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Verpflichtung der Beklagten, die Besetzung einer Stelle vorläufig zu unterlassen.

Die am 19. April 1950 in S. (N.) geborene Klägerin bestand 1969 die Reifeprüfung und studierte zunächst Psychologie an der Universität O., von 1972 bis 1977 an der Universität M.. Sie bestand die Diplomhauptprüfung, ihr wurde der akademische Grad einer Diplom-Psychologin verliehen. Seit dem 15. März 1978 ist die Klägerin bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin, dem Land N.-W., tätig. Sie wurde zunächst mit Vertrag vom 4. April 1978 (vgl. Anlage zur Antragsschrift, Bl. 21 d. A.) als Regierungsangestellte unter Eingruppierung in die Vergütungsgruppe II a BAT eingestellt. Mit Vertrag vom 14. November/2. Dezember 1980 (vgl. Anlage zur Antragsschrift, Bl. 22. d. A.) wurde die Klägerin unbefristet als wissenschaftliche Angestellte weiterbeschäftigt. Unter dem 7. August 1984 vereinbarten die Parteien die Eingruppierung der Klägerin in die Vergütungsgruppe I b BAT (vgl. Anlage zur Antragsschrift, Bl. 23 d. A.).

Die Klägerin ist seit Beginn des Arbeitsverhältnisses als Psychologische Beraterin in der Zentralen Studienberatungsstelle der Beklagten tätig. Im Jahr 1988 erwarb sie die Anerkennung als Gesprächspsychotherapeutin in der Gesellschaft für wissenschaftliche Gesprächspsychotherapie (GwG). Seit 1996 ist die Klägerin stellvertretende Leiterin der Zentralen Studienberatungsstelle. Seit diesem Jahr erhält sie im Rahmen einer genehmigten

1

2

3

4

Nebentätigkeit regelmäßig Lehraufträge der Beklagten.

Wegen einer angestrebten Verbeamtung der Klägerin wandte sich der Rektor der Beklagten an das Ministerium für Wissenschaft und Forschung des Landes N.-W. mit Schreiben vom 15. August 1990 und bat um die Erteilung von Ausnahmegenehmigungen wegen der fehlenden deutschen Staatsangehörigkeit, der Überschreitung der Höchstaltersgrenze und der fehlenden Promotion gemäß § 66 b Abs. 1 Nr. 2 LVO (vgl. wegen der Einzelheiten Anlage zur Antragsschrift, Bl. 24 f. d. A.). Mit Schreiben vom 31. August 1990 (vgl. Anlage zur Antragsschrift, Bl. 26 f. d. A.) teilte das Ministerium mit, dass angesichts des unbefristeten Beschäftigungsverhältnisses der Klägerin kein dringendes dienstliches Bedürfnis an einer Verbeamtung bestehe. Im Übrigen könne in der Art der Aufgaben als Psychologische Beraterin in der Zentralen Studienberatungsstelle keine wissenschaftliche Dienstleistung in Forschung und Lehre erkannt werden. 5

Bei der Zentralen Studienberatungsstelle handelt es sich um eine zentrale Betriebseinheit gemäß § 42 der Grundordnung der Beklagten. In ihr sind neben dem bisherigen Leiter und der Klägerin ein weiterer promovierter Berater sowie zwei Verwaltungs- und Bürokräfte tätig. Die Zentrale Studienberatung ist zuständig für die allgemeine Studienberatung, daneben haben die Fachbereiche die Zuständigkeit für die Fachstudienberatung. Eine in § 42 Abs. 2 Grundordnung als mögliche Aufgabe vorgesehene Übertragung von Forschungs- und Lehraufgaben durch das Rektorat an die Zentrale Studienberatung ist während der Tätigkeit der Klägerin nicht erfolgt. Die Zentrale Studienberatung ist auch zuständig für die Betreuung von sogenannten Promotionsstudiengängen. Ziel dieser Studiengänge ist der Abschluss einer Promotion. 6

Die Leitung der Betriebseinheiten "Universitätsbibliothek" und "Sport- und Bewegung" sind mit Personen besetzt, die nicht über eine Promotion verfügen. 7

Der bisherige promovierte Leiter der Zentralen Studienberatung schied zum 28. Februar 2007 wegen Erreichens der Altersgrenze aus. Nach Zustimmung des Ministeriums mit Erlass vom 2. Oktober 1975 (vgl. Anlage zur Antragserwiderung, Bl. 64 d. A.) war er zum 1. November 1975 zum Akademischen Rat ernannt worden. Mit Wirkung vom 1. August 1976 wurde er zum Leiter der Zentralen Studienberatung bestimmt. Am 24. Februar 1982 erfolgte die Ernennung zum Akademischen Direktor. Aufgrund des bevorstehenden Ausscheidens schrieb die Beklagte Anfang 2007 die Stelle einer Akademischen Direktorin/eines Akademischen Direktors wie folgt aus (vgl. Anlage zur Antragserwiderung, Bl. 65 d. A.): 8

"An der U. ist die Stelle einer/eines 9

Akad. Direktorin/Akad. Direktors 10

(Bes.-Gr. A 15) 11

als 12

Leiterin/Leiter 13

des Zentrums für Studienberatung 14

zu besetzen. 15

Zu Ihren **Aufgaben** gehört neben der Leitung der Einrichtung vorwiegend sowohl die Studienwahl-, Studierenden- und Absolventenberatung als auch der Aufbau einer 16

netzbasierenden Studienberatung. Sie kooperieren mit hochschulinternen wie –externen Einrichtungen und konzipieren innovative Projekte mit Schulen wie auch an der Schnittstelle Hochschule/Berufseinstieg.

Neben den allgemeinen beamtenrechtlichen Voraussetzungen müssen 17

- a. ein abgeschlossenes wissenschaftliches Hochschulstudium, 18
- b. die Promotion und eine Beraterausbildung,
- c. eine qualifizierte hauptberufliche Tätigkeit von mindestens dreieinhalb Jahren nach Abschluss des Studiums oder einem Jahr nach Abschluss der Promotion

nachgewiesen werden. 19

Voraussetzung ist eine langjährige Beratungstätigkeit im tertiären Bildungsbereich. Sie sollten ferner über umfassende Kenntnisse des Hochschulwesens, Führungs- und Leitungserfahrung und fundierte Projektmanagement-Kenntnisse verfügen. Sie führen Ihr Team kollegial und erkennen und fördern die Potentiale Ihrer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. 20

An die Stelle der Promotion (b) kann ein Zweites Staatsexamen für eine Laufbahn des höheren Dienstes treten. 21

Sofern die allgemeinen beamtenrechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllt werden, kommt eine Beschäftigung im Angestelltenverhältnis in Betracht. 22

Die Universität Siegen strebt eine Erhöhung des Anteils von Frauen in Forschung und Lehre an. Entsprechend qualifizierte Frauen werden um ihre Bewerbung gebeten. 23

Bewerbungen geeigneter Schwerbehinderter sind erwünscht..." 24

Mit Schreiben vom 25. Februar 2007 bewarb sich die Klägerin um die ausgeschriebene Stelle (vgl. wegen der Einzelheiten zu dieser Bewerbung Anlage zur Antragsschrift, Bl. 30 ff. d. A.). Sie wurde nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Eine Einladung erhielten dagegen auch solche Bewerberinnen und Bewerber, die nicht über eine Beraterausbildung verfügten. Mit Schreiben vom 25. April 2007 (vgl. Anlage zur Antragsschrift, Bl. 41 d. A.) teilte die Beklagte der Klägerin Folgendes mit: 25

"Sehr geehrte Frau H., 26

inzwischen wurde über die Besetzung der Stelle entschieden. 27

Unsere Wahl fiel leider nicht auf Sie. 28

Ich danke Ihnen für das bekundete Interesse an der Stelle und sende Ihnen die Bewerbungsunterlagen als Anlage zurück." 29

Die Klägerin hat mit ihrer Klage vom 30. April 2007 (Arbeitsgericht Siegen – 2 Ca 511/07) die (erneute) Entscheidung über ihre Bewerbung für die ausgeschriebene Leitungsstelle unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts geltend gemacht. In diesem Verfahren ist Kammertermin auf den 22. August 2007 bestimmt worden. Vorliegend verlangt die Klägerin im Wege der einstweiligen Verfügung die Unterlassung der Stellenbesetzung bis zum Abschluss des vorgenannten Verfahrens. 30

Die Klägerin ist der Auffassung, dass sie die Voraussetzungen der Stellenausschreibung bis auf die nicht vorliegende Promotion erfülle. Letzteres sei jedoch unschädlich. Eine Promotion sei nur für wissenschaftliche Mitarbeiter erforderlich, denen wissenschaftliche Dienstleistungen in Forschung, Lehre und Krankenversorgung oblägen. Solche Forschungs- und Lehraufgaben fielen in der Zentralen Studienberatung auch nicht in der Leitung nicht an. Gemäß § 44 Abs. 4 HG bestehe für die Einstellung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in solchen Einheiten kein Promotionserfordernis. Folglich könne die Beklagte dies nicht gesetzwidrig fordern. Die Ausschreibung der Stelle als Akademische Direktorin bzw. Akademischer Direktor habe ausschließlich dazu dienen sollen, die Klägerin aus dem Bewerberkreis auszuschließen. Das Verhalten der Beklagten sei zudem unter dem Aspekt, dass die Klägerin seit 1996 Lehraufträge wahrnehme, nicht nachzuvollziehen. Im Übrigen seien etwa ein bis zwei Fälle, manchmal auch bis zu fünf Fälle im Jahr in der Zentralen Studienberatung behandelt worden, bei denen es um Studierende gegangen sei, die eine Promotion angestrebt hätten. Hierbei sei es im Wesentlichen um allgemeine Informationen über Promotionsstudiengänge an der Universität gegangen.

Die Klägerin **beantragt**,

der Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung aufzugeben, die an der Universität Siegen zu besetzende Stelle einer/eines akad. Direktorin/akad. Direktors (Bes.-Gr. A 15) als Leiterin/Leiter des Zentrums für Studienberatung mit keiner anderen Bewerberin/keinem anderen Bewerber zu besetzen, bis bestandskräftig über die Bewerbung der Klägerin auf die vorgenannte Stelle im Hauptsacheverfahren entschieden ist.

Die Beklagte **beantragt**,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abzulehnen.

Die Beklagte ist der Ansicht, dass die Klägerin aufgrund der fehlenden Promotion die Anforderungen, wie sie sich aus der Stellenausschreibung ergeben, für eine Besetzung der Stelle nicht erfüllt. § 44 Abs. 4 HG stelle nur Mindestvoraussetzungen auf. Es bleibe dem Arbeitgeber unbenommen, selbst zu entscheiden, ob er über die gesetzlich geregelten Mindesteinstellungsvoraussetzungen hinaus zusätzliche Qualifikationen verlange. Darüber hinaus bleibe das Laufbahnrecht unberührt. Gemäß § 66 b Abs. 1 Nr. 2 LVO sei für die Befähigung für die Laufbahn des Akademischen Rates eine Promotion erforderlich, Entsprechendes gelte für die zu besetzende Stelle einer Akademischen Direktorin bzw. eines Akademischen Direktors. Für eine Beschäftigung im Angestelltenverhältnis dürften aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes keine Unterschiede gemacht werden. Zudem erbringe die Leiterin bzw. der Leiter des Zentrums für Studienberatung wissenschaftliche Dienstleistungen im Sinne des § 44 Abs. 1 Satz 1 HG. Hierzu gehörten auch Tätigkeiten in der Studien- und Prüfungsorganisation, der Studienberatung und den anderen Aufgabenbereichen der Hochschule. Ein Schwerpunkt der Tätigkeit der künftigen Leitung solle im Bereich der Promotionsstudiengänge liegen. Die Beklagte sei der Auffassung, dass eine gezielte allgemeine Beratung von Studierenden in Promotionsstudiengängen nur durch eine Person erfolgen könne, die selbst bereits ein Promotionsverfahren erfahren habe. Die Promotion sei ein Schwerpunkt der Anforderungen, während die Beraterausbildung etwas in den Hintergrund trete. Daraus erkläre sich die Einladung von Bewerbern ohne abgeschlossene Beraterausbildung. Die Besetzung anderer Betriebseinheiten mit nicht promovierten Leiterinnen und Leitern resultiere letztlich aus den unterschiedlichen Aufgabenbereichen und (auch laufbahnrechtlichen) Anforderungen. Für die Stelle der Leiterin bzw. des Leiters des Zentrums für Studienberatung existiere im Übrigen eine Stellebeschreibung, die anlässlich der Ausschreibung jedoch nicht aktualisiert worden sei. Im

Übrigen ergebe sich das Anforderungsprofil grundsätzlich aus der Stellenausschreibung.

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Sach- und Streitstand wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der Sitzung vom 25. Mai 2007 Bezug genommen. 37

Entscheidungsgründe 38

Der Antrag ist begründet. 39

Der Beklagten war aufzugeben, eine endgültige Besetzung der Stelle als Leiterin/Leiter des Zentrums für Studienberatung bis zum Abschluss des zwischen den Parteien anhängigen Hauptsacheverfahrens 2 Ca 511/07 zu unterlassen. 40

1. Für die begehrte einstweilige Verfügung besteht ein Verfügungsanspruch im Sinne des § 935 ZPO. Die Klägerin besitzt ein Recht auf vorläufige Sicherung ihres Bewerberverfahrensanspruches aus Art. 33 Abs. 2 GG. 41

a) Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Bewerber können verlangen, dass die Auswahlentscheidung nach diesen Kriterien erfolgt. Dieser Grundsatz der Bestenauslese gilt nicht nur für Beamte, sondern auch für Arbeiter und Angestellte im Öffentlichen Dienst. Nach Art. 33 Abs. 2 GG haben alle Beschäftigtengruppen Anspruch auf Zugang zu einem öffentlichen Amt, sofern nicht ein ausdrücklicher Funktionsvorbehalt zur Wahrnehmung Hoheitlicher Aufgaben besteht (vgl. BAG, Urt. v. 18. September 2001 – 9 AZR 410/00 = AP Nr. 52 zu Art. 33 Abs. 2 GG). Aus Art. 33 Abs. 2 GG folgt nicht nur ein Anspruch auf Übertragung einer bestimmten Stelle, wenn der Anspruchsteller als bester Bewerber die Voraussetzungen für deren Besetzung erfüllt. Vielmehr besteht auch ein Anspruch auf erneute Auswahl, wenn sich die Auswahlentscheidung des Arbeitgebers als rechtsfehlerhaft erweist und die ausgeschriebene Stelle noch nicht besetzt ist. Dabei hat der Arbeitgeber bei seiner erneuten Auswahlentscheidung die vom Gericht festgestellten Auswahlfehler zu unterlassen und ist insoweit an die Rechtsauffassung des Gerichts gebunden (vgl. BAG, Urt. v. 5. November 2002 – 9 AZR 451/01 = AP Nr. 57 zu Art. 33 Abs. 2 GG; Urt. v. 21. Januar 2003 – 9 AZR 72/02 = AP Nr. 59 zu Art. 33 Abs. 2 GG). 42

Gegenstand eines einstweiligen Verfügungsverfahrens im Rahmen einer Konkurrentenklage ist nicht die Auswahlentscheidung selbst, sondern der Anspruch des abgelehnten Mitbewerbers auf die vorläufige Sicherung seines Bewerberverfahrensanspruchs (vgl. BVerfG, Bes. v. 20. März 2007 – 2 BVR 2470/06 = DVBl. 2007, 563). Es geht um die Sicherung des Anspruchs auf Durchführung eines fairen Auswahlverfahrens (Germelmann/Mattes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, § 62 Rn. 95). Dabei besteht ein Verfügungsanspruch nicht nur dann, wenn bereits feststeht, dass die Auswahlentscheidung fehlerhaft ist, d. h. die Stelle entweder mit dem abgelehnten Mitbewerber zu besetzen ist oder er zumindest einen Anspruch auf eine erneute Auswahl besitzt. Eine solche Feststellung wird sich im Rahmen der bloß summarischen Prüfung im einstweiligen Verfügungsverfahren in der Regel nicht treffen lassen. Zudem steht ein solches Erfordernis dem Sinn und Zweck einer einstweiligen Verfügung entgegen, da es der Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes nicht Rechnung trägt, eine vorläufige Sicherung von Rechten bzw. Sicherheit vor Nachteilen in einem Rechtsverhältnis zu gewähren. Im Stellenbesetzungsverfahren konkretisiert sich dies dahin, dass der abgelehnte Bewerber seine Chance wahren können soll und muss, mit seiner Bewerbung nach der 43

Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes tatsächlich auch zum Zuge zu kommen, was bei einer endgültigen Besetzung des Stelle mit dem erfolgreichen Bewerber jedoch nicht mehr möglich ist (vgl. BAG, Urt. v. 2. Dezember 1997 – 9 AZR 668/96 = AP Nr. 41 zu Art. 33 Abs. 2 GG; Urt. v. 21. Januar 2003, a. a. O.; LAG Hamm, Urt. v. 1. Juni 2001 – 5 Sa 778/01 = LAGReport 2002, S. 14). Auf der anderen Seite reicht es nicht, dass der abgelehnte Bewerber überhaupt an einem Bewerbungsverfahren teilgenommen hat. Eine vorläufige Sicherung des Bewerberverfahrensanspruches erfordert nach dem unstreitigen bzw. glaubhaft gemachten Sachverhalt zumindest eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür, dass die getroffene Auswahlentscheidung ermessensfehlerfrei zu wiederholen und über die Bewerbung entsprechend Art. 33 Abs. 2 GG nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung erneut zu entscheiden ist (vgl. LAG Hamm, Urt. v. 1. Juni 2001, a. a. O.).

b) Bei Anwendung dieser Grundsätze im vorliegenden Fall besteht eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür, dass ein erneutes Auswahlverfahren für die Besetzung der Stelle einer Leiterin/eines Leiters des Zentrums für Studienberatung erforderlich wird, weil die von der Klägerin angegriffene Auswahlentscheidung rechtsfehlerhaft ist. 44

aa) Da der Grundrechtsschutz auch durch die Gestaltung von Verfahren bewirkt wird, muss das Auswahlverfahren so ausgestaltet sein, dass es eine materiellrechtlich korrekte Entscheidung über die Bewerbung nach dem Bestenausleseprinzip gewährleistet (vgl. BAG, Urt. v. 21. Januar 2003, a. a. O.). Die Festlegung auf die in Art. 33 Abs. 2 GG genannte Kriterien von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gibt jedem Bewerber ein subjektives Recht auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren (vgl. BAG, Urt. v. 28. Mai 2002 – 9 AZR 751/00 = AP Nr. 56 zu Art. 33 Abs. 2 GG; Urt. v. 7. September 2004 – 9 AZR 537/00 = AP Nr. 61 zu Art. 33 Abs. 2 GG). Dabei hat der Arbeitgeber des Öffentlichen Dienstes vor der Besetzung jeder Stelle zwingend ein Anforderungsprofil festzulegen. Eine leistungsbezogene Auswahl setzt verfahrensmäßig voraus, dass zuvor für die zu besetzende Stelle ein konkretes Anforderungsprofil festgelegt wird. Dieses allein ermöglicht eine sachgerechte Prognose, wer von den Bewerbern die zukünftigen Aufgaben am Besten erfüllen wird. Durch die Bestimmung des Anforderungsprofils werden zugleich die Leistungskriterien für die Auswahl der Bewerber näher konkretisiert. Der Leistungs- und Befähigungsvergleich kann nämlich nur im Hinblick auf die Anforderungen der zu besetzenden Stelle vorgenommen werden. Dabei muss das Anforderungsprofil zur Gewährleistung eines hinreichenden Rechtsschutzes der unterlegenen Bewerber nach Art. 19 Abs. 4 GG so dokumentiert sein, dass die Auswahlentscheidung nach den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG überprüft werden kann (vgl. BAG, Urt. v. 21. Januar 2003, a. a. O.; Urt. v. 7. September 2004, a. a. O.; Urt. v. 15. März 2005 – 9 AZR 142/04 = AP Nr. 62 zu Art. 33 Abs. 2 GG). Es ist aber nicht erforderlich, dass bereits die Stellenausschreibung ein konkretes Anforderungsprofil für die zu besetzende Stelle enthält. Es ist zwar sinnvoll, jedoch nicht zwingend erforderlich, das Anforderungsprofil bereits mit der Stellenausschreibung zu verbinden (vgl. BAG, Urt. v. 21. Januar 2003, a. a. O.). 45

Bei Anwendung dieser Grundsätze im vorliegenden Fall ist bislang nicht ersichtlich, dass ein solches Anforderungsprofil vor der Besetzung festgelegt worden ist. Die bisher bestehende Stellenbeschreibung wurde trotz der von der Beklagten herausgestellten Änderung des Schwerpunkts der Tätigkeit im Hinblick auf die Promotionsstudiengänge nicht aktualisiert. Die Stellenausschreibung selbst enthält nur grundsätzlich die Anforderungen, die an die Bewerber gestellt werden. Das konkrete Anforderungsprofil ergibt sich daraus nicht. Dies beweist allein der Umstand, dass die Beklagte zu den Vorstellungsgesprächen auch solche Bewerber eingeladen hat, die nicht über die in der Stellenausschreibung geforderte Beraterausbildung verfügten. Im Hinblick auf das Gebot des effektiven Rechtsschutz 46

einerseits, den Zweck einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung des Bewerberverfahrensanspruchs andererseits muss die Kammer daher davon ausgehen, dass ein klares Anforderungsprofil, das die Auswahlentscheidung der Beklagten nachvollziehbar macht, nicht besteht. Schon dies macht eine fehlerhafte Auswahlentscheidung hinreichend wahrscheinlich.

bb) Im Übrigen spricht eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür, dass die in der Stellenausschreibung geforderte Promotion kein Auswahlkriterium für die Besetzung der Stelle der Leiterin/des Leiters des Zentrums für Studienberatung sein darf. 47

(1) Anforderungsprofile dienen dazu, für bestimmte Arbeitsplätze auszuweisen, welchen Anforderungen fachlicher, persönlicher oder sonstiger Art ein potentieller Stelleninhaber genügen muss, um die dem Arbeitsplatz durch die Stellenbeschreibung zugewiesene Aufgaben erfüllen zu können (vgl. BAG, Bes. v. 31. Mai 1983 – 1 ABR 6/80 = AP Nr. 2 zu § 95 BetrVG 1972). Jedenfalls der öffentliche Arbeitgeber ist im Hinblick auf die Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG nicht frei, das Anforderungsprofil nach eigenem Gutdünken festzulegen (vgl. BAG, Urt. v. 12. September 2006 – 9 AZR 807/05 = DB 2007, S. 747). Zwar steht dem Arbeitgeber bei der Anwendung des Art. 33 Abs. 2 GG und damit bei der Festlegung des Anforderungsprofils und der Eignungsmerkmale ein von der Verfassung gewährter Beurteilungsspielraum zu, der nur eingeschränkter gerichtlicher Kontrolle unterliegt. Da Personalentscheidungen zum Kernbereich der Exekutive gehören, setzt sich die Begrenzung des Prüfungsmaßstabs auch bei arbeitsgerichtlicher Kontrolle derartiger Entscheidungen durch (vgl. BAG, Urt. v. 3. Dezember 2002 – 9 AZR 457/01 = AP Nr. 2 zu § 1 TVG Altersteilzeit; Urt. v. 12. September 2006, a. a. O.). Dieser Spielraum besteht allerdings nur insoweit, als 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, Urt. v. 18. September 2001 – 9 AZR 410/00 = AP Nr. 52 zu Art. 33 Abs. 2 GG; Urt. v. 12. September 2006, a. a. O.). Dem entspricht es, wenn in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung gefordert wird, dass das Anforderungsprofil sich in sachgerechter Weise an den Aufgaben des zu besetzenden Dienstpostens orientieren muss (vgl. Hess. VGH, Bes. v. 20. September 1994 – 1 TG 1261/94, Juris). Der öffentliche Arbeitgeber ist gehalten, das Anforderungsprofil ausschließlich nach objektiven Kriterien festzulegen. Daher ist es unzulässig, einen für die Art der auszuübenden Tätigkeit nicht erforderlichen Ausbildungsabschluss mit einer bestimmten Hochschulart zu verlangen (vgl. BAG, Urt. v. 12. September 2006, a. a. O.). Die Festlegung einer formalen Ausbildungsqualifikation kommt die Aufgabe zu, die durch eine Prüfung nachgewiesene Befähigung zur Erledigung bestimmter Aufgaben abstrakt zu beschreiben. Der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes ist aber gehindert, aus subjektiven Erwägungen die Inhaber von gleichwertigen oder höherwertigen Qualifikationen auszuschließen (vgl. BAG, Urt. v. 12. September 2006, a. a. O.). Eine formale Qualifikation muss zur Erledigung der anfallenden Aufgaben der Stelle erforderlich sein. Ansonsten ist der abstrakte Nachweis einer Befähigung nicht notwendig. Dies gilt auch für eine Promotion, die die Befähigung zum wissenschaftlichen Arbeiten belegen soll. Sie muss eine objektiv notwendige Anforderung für die Erfüllung des vom Bewerber zu übernehmenden Aufgabenbereiches sein. 48

(2) Eine solche Notwendigkeit ergibt sich aufgrund des derzeit vorliegenden Sachverhalts nicht für die Leitung einer Zentralen Studienberatungsstelle. Diese soll die Studierenden losgelöst von den konkreten fachlichen Anforderungen des Studienfaches allgemein beraten, wobei dies auch die Beratung in persönlichen Krisensituationen mit umfasst. Der Leiter dieser Stelle hat darüber hinaus sie verwaltungsmäßig zu leiten. Wie sich aus der Mitteilung des Ministeriums aus dem Jahr 1990 zu der beabsichtigten Verbeamtung der Klägerin ergibt, ist 49

die Tätigkeit als psychologische Beraterin keine wissenschaftliche Dienstleistung. Ebenso wenig ist für Verwaltungstätigkeiten bei der Leitung einer mit fünf Personen, davon drei Beratern und zwei Verwaltungs- und Bürokräften besetzten Einrichtung erkennbar, dass hier in irgendeiner Form wissenschaftliche Dienstleistungen erbracht werden. Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang darauf verweist, dass die künftige Leitung einen Schwerpunkt bei der Betreuung von Studierenden in Promotionsstudiengängen setzen soll, mag eine Promotion als eigene Erfahrung des Ablaufs eines solchen Verfahrens zwar hilfreich sein. Eine objektive Notwendigkeit besteht hierfür nicht. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin aufgrund ihrer fast 30jährigen Erfahrung sowohl in der Beratung als auch aufgrund ihrer übrigen Tätigkeiten im Hochschulbereich wie z. B. beim Organisationsentwicklungsprozess der Universität nicht über hinreichende Erfahrungen verfügt, die die persönliche Selbsterfahrung einer Promotion ersetzen.

Soweit die Beklagte unter Hinweis auf § 44 Abs. 1 HG vorträgt, die Leiterin oder der Leiter des Zentrums für Studienberatung erbringe wissenschaftliche Dienstleistungen im Sinne dieser Vorschrift, vermag dies das Promotionserfordernis nicht zu begründen. Gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 HG sind wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter an Universitäten die an den Fachbereichen, den wissenschaftlichen Einrichtungen oder den Betriebseinheiten der Universitäten zugeordneten Beamtinnen, Beamten und Angestellten, denen nach Maßgabe ihres Dienstverhältnisses wissenschaftliche Dienstleistungen in Forschung, Lehre und Krankenversorgung obliegen. Gemäß § 44 Abs. 1 Satz 3 HG gehört zu den Dienstleistungen auch die Tätigkeit in der Verwaltung der wissenschaftlichen Einrichtungen oder Betriebseinheiten, in der Studien- und Prüfungsorganisation, der Studienberatung und den anderen Aufgaben der Hochschule. Abgesehen davon, dass angesichts der Formulierung der gesetzlichen Vorschrift das Verständnis näher liegt, dass durch § 44 Abs. 1 Satz 3 HG über die Obliegenheit zur wissenschaftlichen Dienstleistung im Sinne des § 44 Abs. 1 Satz 1 HG hinaus weitere nicht-wissenschaftliche Dienstleistungen von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern verlangt werden können, fallen – wie bereits ausgeführt – solche wissenschaftlichen Dienstleistungen in der Studienberatungsstelle auch im Leitungsbereich nicht an. Die in § 42 Abs. 2 Satz 2 der Grundordnung der Beklagten vorgesehene Möglichkeit, dass das Rektorat Betriebseinheiten in besonderen Fällen und vorübergehend Forschungs- und Lehraufgaben übertragen kann, wenn der Dienstleistungsbetrieb einer Betriebseinheit dadurch nicht eingeschränkt oder behindert wird, ist während der gesamten Dauer der Tätigkeit der Klägerin nie praktisch geworden. Für die Bestimmung der Anforderungskriterien kommt es aber auf die konkret zu besetzende Stelle an, nicht auf lediglich theoretisch denkbare und nie praktisch gewordene Aufgaben an.

Ebenso wenig kann der Gleichbehandlungsgrundsatz, auf den sich die Beklagte beruft, das Promotionserfordernis rechtfertigen. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet dem Arbeitgeber, Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in vergleichbarer Lage befinden, gleich zu behandeln. Der Arbeitgeber verletzt diesen Grundsatz, wenn sich für die unterschiedliche Behandlung kein vernünftiger, aus der Natur der Sache sich ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund finden lässt (vgl. BAG, Urt. v. 15. November 1995 – 4 AZR 489/94 = AP Nr. 44 zu § 22 BAT Lehrer; Urt. v. 15. Februar 2005 – 9 AZR 116/04 = AP Nr. 15 zu § 612 a BGB). Selbst wenn man diesen Gleichbehandlungsgrundsatz auf das Verhältnis zwischen Angestellten und Beamten anwendet, folgt daraus nicht, dass im vorliegenden Fall durch die Ausschreibung einer Stelle als Akademische Direktorin bzw. Akademischer Direktor ein Promotionserfordernis auch von solchen Bewerbern verlangt werden kann, die aufgrund mangelnder Erfüllung der beamtenrechtlichen Ernennungsvoraussetzungen laut

Stellenausschreibung in einem Angestelltenverhältnis beschäftigt werden sollen. Für wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in Betriebseinheiten von Hochschulen ist der Nachweis einer Promotion gerade nicht eine der Einstellungsvoraussetzungen. Diese sind in § 44 Abs. 4 HG definiert. Neben den allgemeinen dienstrechtlichen Voraussetzungen bei der Einstellung in das Beamtenverhältnis auf Probe oder auf Lebenszeit oder in ein unbefristetes Angestelltenverhältnis ist ein den Anforderungen der dienstlichen Aufgaben entsprechendes abgeschlossenes Hochschulstudium in einem Studiengang mit einer Regelstudienzeit von mindestens sechs Semestern und, soweit die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nicht in Betriebseinheiten tätig werden, die Promotion oder ausnahmsweise eine gleichwertige wissenschaftliche Leistung oder eine zweite Staatsprüfung notwendig; ausnahmsweise kann auch auf eine Promotion verzichtet werden. Da die Klägerin in einer Betriebseinheit beschäftigt ist sowie als Leiterin weiterhin beschäftigt sein würde und die Leitungsstelle auch für eine Angestelltentätigkeit ausgeschrieben wurde, ergibt sich gesetzlich als Einstellungsvoraussetzung nicht das Erfordernis einer Promotion, was eine Ungleichbehandlung ausschließt. Etwas Anderes folgt nicht aus § 66 b LVO, der gemäß § 44 Abs. 4 Satz 2 HG Anwendung findet. Richtig an der Auffassung der Beklagten ist, dass die Ernennung zum Akademischen Direktor bzw. Direktorin eine Promotion voraussetzen würde. Dies betrifft aber allein die Übernahme in das Beamtenverhältnis und nicht die Anforderungen der Leitungsstelle. Das Anforderungsprofil für die Besetzung ist jedoch allein aus Letzterem zu bestimmen. Insbesondere kann nicht durch eine möglicherweise zweifelhafte Zuweisung eines bestimmten beamtenrechtlichen Status losgelöst von den inhaltlichen Anforderungen der Stelle das Anforderungsprofil bestimmt werden. Solche Zweifel ergeben sich daraus, dass in der zentralen Studienberatung wissenschaftliche Aufgaben nicht anfallen. Deshalb besteht kein vergleichbarer Sachverhalt, der eine Promotion sowohl für eine Tätigkeit im Angestelltenverhältnis als auch im Beamtenverhältnis rechtfertigen könnte.

cc) Zusammenfassend ist festzustellen, dass ein fehlerhaftes Auswahlverfahren hinreichend wahrscheinlich ist. Ein dokumentiertes Anforderungsprofil ist nicht feststellbar. An die sich aus der Stellenausschreibung ersichtlichen Anforderungskriterien hat sich die Beklagte durch die Einladung von Bewerbern ohne Beraterausbildung nicht in vollem Umfang gehalten. Schließlich ist derzeit keine objektive Notwendigkeit einer Promotion für die Ausübung der Tätigkeit in der Leitung der Studienberatungsstelle erkennbar. 52

2) Für die begehrte einstweilige Verfügung besteht auch ein Verfügungsgrund. Ohne den Erlass der einstweiligen Verfügung wäre die erneute Durchführung des Auswahlverfahrens gefährdet. Eine endgültigen Besetzung der Leitungsstelle schliesse es aus, dass die Klägerin ihren Anspruch im Hauptsacheverfahren noch durchsetzen könnte. Für eine erneute Auswahlentscheidung ist kein Raum, wenn die Beförderungsstelle dem erfolgreichen Mitbewerber rechtswirksam auf Dauer übertragen worden ist (vgl. BAG, Urt. v. 2. Dezember 1997, a. a. O.; Urt. v. 21. Januar 2003, a. a. O.; LAG Hamm, Urt. v. 1. Juni 2001, a. a. O.). Die Beklagte hat im Hinblick auf das Ausscheiden des bisherigen Stelleninhabers ein erhebliches Interesse an einer baldigen Neubesetzung der Stelle und dies auch entsprechend in der mündlichen Verhandlung vom 25. Mai 2007 bekundet. Es ist davon auszugehen, dass sie eine endgültige Besetzung vornimmt, wenn die einstweilige Verfügung nicht erlassen wird. 53

Es ist nicht erforderlich, dass im Rahmen des Verfügungsgrundes für die von der Klägerin begehrte Unterlassung der Besetzung ein materieller Unterlassungsanspruch gemäß § 1004 BGB analog besteht (a. A. LAG Hamm, Urt. v. 1. Juni 2001, a. a. O.). Dies widerspricht der Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes. Der Gläubiger braucht nach materiellem Recht keinen Anspruch auf die im einstweiligen Verfügungsverfahren erstrebte Regelung 54

haben (vgl. Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 940 Rn. 2; Zöller/Vollkommer, ZPO, § 940 Rn. 2). Es kommt allein auf den bestehenden Verfügungsanspruch an, welcher hier der Bewerberverfahrensanspruch ist. Das Gericht bestimmt dazu gemäß § 938 ZPO die für die Erreichung des Sicherungszwecks erforderlichen Anordnungen nach freiem Ermessen. Ein materieller Unterlassungsanspruch muss nicht bestehen, um eine Unterlassungsverfügung zur Sicherung eines Rechts bzw. Regelung eines einstweiligen Zustandes bezogen auf ein streitiges Rechtsverhältnis zu erlangen (vgl. für den Anspruch des Betriebsrates auf Sicherung von Mitbestimmungsrechten: ErfK-Eisenmann, § 85 Rn. 5; Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, a. a. O., § 85 Rn. 34; allgemein Thomas/Putzo/Reichold, a. a. O., § 938 Rn. 1; Zöller/Vollkommer, a.a.O., § 935 Rn. 2, § 940 Rn. 1). Im vorliegenden Fall kann ein endgültiger Verlust des Rechts der Klägerin, das Auswahlverfahren ggf. erneut durchzuführen, nur dadurch verhindert werden, dass der Beklagte eine Besetzung der Stelle bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens untersagt wird. Dies rechtfertigt im Rahmen des § 938 ZPO die verfügte Unterlassung.

3) Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

55

Der gemäß § 61 Abs. 1 ArbGG festzusetzende Streitwert bemisst sich nach dem Vierteljahreseinkommen der Klägerin bei einer Übertragung der Leitungsstelle in entsprechender Anwendung der für eine Streitwertfestsetzung bei einer Änderungskündigung bestehenden Grundsätze (vgl. dazu: BAG, Bes. v. 23. März 1989 – 7 AZR 527/85 = AP Nr. 1 zu § 17 GKG 1975). Danach ist grundsätzlich vom Wert des Dreijahresbezuges der Differenz zwischen der von der Klägerin bislang bezogenen Vergütung und der mit dem erstrebten Amt verbundenen Vergütung maßgeblich, jedoch begrenzt durch den Wert des Vierteljahreseinkommens auf der angestrebten Stelle. Die Klägerin erhält derzeit Vergütung nach Entgeltgruppe 14 in Höhe von 4.360,00 € brutto. Bei Übertragung des Amtes würde sie 4.780,00 € brutto gemäß Entgeltgruppe 15, Stufe 5, erhalten. Die monatliche Differenz beläuft sich auf 420,00 €, der Wert des Dreijahresbezuges auf 15.120,00 €. Das Vierteljahreseinkommen bei der neuen Stelle beträgt 14.340,00 €, dieses war maßgeblich.

56

Henssen

57