
Datum: 01.06.2017
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 11. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 Sa 1023/16
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2017:0601.11SA1023.16.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Dortmund, 1 Ca 1184/16
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 9 AZR 423/17
Schlagworte: Bewerbungsverfahrensanspruch Auswahlkommission, paritätische Besetzung
Normen: GG Art. 33 Abs. 2; LGG NRW § 9 Abs. 2
Leitsätze:

1. Nach § 9 Abs. 2 LGG NRW sollen Auswahlkommissionen zur Hälfte mit Frauen besetzt werden. Ist dies aus zwingenden Gründen nicht möglich, sind die Gründe aktenkundig zu machen.

2. Bei dieser Vorschrift über die Besetzung der Auswahlkommission handelt es sich um eine zwingende Regelung.

3. Wird eine Bewerberin für ein öffentliches Amt nach einem Verstoß gegen § 9 Abs. 2 LGG NRW abgelehnt, so kann sie gemäß Art. 33 Abs. 2 GG beanspruchen, dass über ihre Bewerbung unter Vermeidung des Verfahrensfehlers neu entschieden wird (Bewerbungsverfahrensanspruch).

Tenor:

Das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund 03.08.2016 - 1 Ca 1184/16 - wird auf die Berufung der Klägerin teilweise abgeändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst.

Das beklagte Land wird verurteilt, über die Bewerbung der Klägerin auf die ausgeschriebene Stelle der „Arbeitsbereichsleitung 3 bei dem Landesprüfungsamt für Beamte an Schulen (LPA)“ erneut zu entscheiden.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Klägerin trägt 1/10, das beklagte Land 9/10 der Kosten des Rechtsstreits.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand	1
Die Parteien streiten über die Besetzung einer Stelle als Leitende Regierungsdirektorin bei dem Landesprüfungsamt für Lehrämter an Schulen NRW in E.	2
Die 1956 geborene Klägerin ist Regierungsbeschäftigte in der Entgeltgruppe 15 TV-L und bei dem Landesprüfungsamt für Lehrämter an Schulen NRW (LPA) in E tätig. Die Klägerin ist die Gleichstellungsbeauftragte ihrer Dienststelle.	3
Am 08.06.2015 bewarb sich die Klägerin auf eine bei dem Landesprüfungsamt für Lehrämter an Schulen NRW (LPA) ausgeschriebene „Stelle der Leiterin / des Leiters des Arbeitsbereichs 3 – Qualitätssicherung/Qualitätsentwicklung“. Es handelte sich um die Stelle eines/r Leitenden Regierungsdirektors/in der Besoldungsgruppe A 16 LBesO oder eines vergleichbaren Entgelts nach TV-L. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Ausschreibungstext verwiesen (Kopie Internetausdruck 20.05.2015 in „STELLA Stellenausschreibungen“ / Schulministerium NRW“, Bl. 6, 7 GA).	4
Die Dienstliche Beurteilung der Klägerin vom 04./07.08.2015 für den Beurteilungszeitraum vom 1.10.2011 bis zum 30.9.2014 schließt mit der Gesamtnote der Leistungsbeurteilung: „Im Beurteilungszeitraum wurde eine Leistung erbracht, die die Anforderungen in besonderem Maße übertrifft und mit fünf Punkten bewertet wird.“ (das ist die Bestnote). Hinsichtlich des weiteren Inhalts der Dienstlichen Beurteilung wird auf Bl. 40 ff. GA verwiesen. Die Klägerin hat ferner eine frühere dienstliche Anlassbeurteilung vom 16.6.2004 vorgelegt (Bl. 52 ff. GA).	5
Außer der Klägerin bewarben sich der Regierungsschuldirektor F, der Regierungsschuldirektor N und der Regierungsschuldirektor S, alle Besoldungsgruppe A 15. Wegen der Dienstlichen Beurteilung des Bewerbers F, welche ebenfalls mit der Bestnote schließt, wird auf Bl. 85 ff GA Bezug genommen.	6
Im Besetzungsvermerk des Ministeriums vom 22.12.2015 ist ausgeführt, die Beurteilungen der Bewerberin und der Bewerber wiesen jeweils das Gesamturteil „5 Punkte“, mithin die Bestnote, aus. Der Dienstherr sei bei vergleichbaren aktuellen Beurteilungen zu einer Ausschärfung verpflichtet, d.h. es sei ein Qualifikations-vergleich anhand der Einzelmerkmale vorzunehmen. In der Gesamtschau der Merkmale bestünden zwischen den vorliegenden Beurteilungen keine Unterschiede im Sinne eines eindeutigen Eignungsvorsprungs. „Im Ergebnis“ wird im Vermerk vorgeschlagen, ein Vorstellungsgespräch mit allen Bewerberinnen und Bewerbern als zusätzliche Erkenntnisquelle und zur Abrundung des Eindrucks der Beurteilungen im Rahmen der Bestenauslese heranzuziehen (Kopie des Vermerks, Bl. 97 – 100 GA).	7

Nach Durchführung des Vorstellungstermins mit der Klägerin und den weiteren Bewerbern am 02.02.2016 kam es „zur Entscheidung der Auswahlkommission, die Stelle der Leitung des Arbeitsbereichs 3 bei dem LPA mit Herrn RSD F zu besetzen“. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den „Entwurf“ zur Stellenbesetzung Bezug genommen (Bl. 101 – 109 GA).	8
Ausweislich dieses Schreibens setzte sich die Auswahlkommission am 02.02.2016 wie folgt zusammen (Bl. 106 GA).	9
- Leitung Herr LMR C / Ministerium	10
- Herr LMR Dr. G / Ministerium	11
- Herr C1 / Direktor des LPA	12
- Frau T / HPR Verwaltung	13
- Frau X / stellv. Gleichstellungsbeauftragte	14
- Frau N1 – Hauptschwerbehindertenvertreterin	15
- Herr T1 – SB Ref. 215	16
Die Klägerin behauptet, ursprünglich sei (auch) die stellvertretende Direktorin des LPA zu dem Gesprächstermin geladen gewesen, die Einladung sei dann kurz vor dem 02.02.2016 zurückgezogen worden (s.u.). Für die Schwerbehindertenvertretung habe entgegen der schriftlichen Unterlage keine Frau sondern ein Mann teilgenommen (s.u.).	17
Unter dem 14.3.2016 erhielt die Klägerin eine negative Konkurrentenmitteilung. Wegen des Inhalts wird auf Bl. 61 ff. GA verwiesen. Am 15.03.2016 wurde der Hauptpersonalrat durch persönliche Übergabe eines entsprechenden Schreibens um Zustimmung gem. § 72 Abs. 1 Nr. 2 LPVG zur Besetzung der Stelle mit Herrn F gebeten.	18
Mit Antrag vom 24.3.2016 an das Arbeitsgericht Dortmund hat die Klägerin im Wege der einstweiligen Verfügung beantragt, dem beklagten Land zu untersagen, die ausgeschriebene Stelle mit dem Mitbewerber zu besetzen und ihm diese auf Dauer zu übertragen. Die Parteien haben im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes am 18.5.2016 einen Vergleich dahingehend geschlossen, dass die Stelle bis zur rechtskräftigen Entscheidung nicht mit dem ausgewählten Mitbewerber besetzt wird (ArbG Dortmund - 1 Ga 10/16 – , Bl. 139 R / Verfahrensakte beigezogen).	19
Mit Schreiben vom 25.5.2016 wurden die Klägerin und die Mitbewerber darüber informiert, dass die Beteiligung des Hauptpersonalrats Verwaltung wegen eines Formfehlers nachgeholt werden müsse und dass die Konkurrentenmitteilungen vom 14.3.2016 als gegenstandslos zu betrachten seien. Am 30.5.2015 wurde dem Hauptpersonalrat eine erneute Mitbestimmungsvorlage zugestellt (Bl. 187 f. GA). Der Hauptpersonalrat stimmte der Maßnahme in seiner Sitzung vom 1.6.2016 zu (Bl. 170 GA). Am 17.6.2016 wurden erneut Konkurrentenmitteilungen an die Klägerin und die weiteren nicht berücksichtigten Mitbewerber übersandt (Bl. 171 ff. GA).	20
Die Klägerin hat vorgetragen, sie sei die am besten beurteilte Bewerberin, zwar nicht nach dem Gesamtergebnis, bei dem ein Gleichstand bestehen könne, jedoch nach der Bewertung der Einzelergebnisse. Es habe eine Ausschärfung zu erfolgen Der ausgewählte Konkurrent	21

erfülle nicht das Anforderungsprofil, wie es aus der Stellenbeschreibung ersichtlich sei. Er habe die geforderten Akkreditierungen nicht durchgeführt und sei in naher Zukunft für solche nicht vorgesehen. In ihren – der Klägerin - Verantwortungsbereich der Klägerin seien die Vorbereitung und Auswertung einer empirischen Untersuchung zum Stand der Alphabetisierung in Deutschland gefallen, sie sei dort als wissenschaftliche Mitarbeiterin beim Deutschen Volkshochschulverband tätig gewesen. Sie rüge einen Verstoß gegen den Frauenförderungsgrundsatz. In der Auswahlkommission sei die Gleichstellungsbeauftragte nicht ordnungsgemäß vertreten worden. Insofern habe die Gleichstellungsbeauftragte des Landesjustizprüfungsamtes bzw. deren Stellvertreterin am Vorstellungsgespräch teilnehmen müssen. Das Auswahlgespräch sei von vornherein unzulässig gewesen. Sie, die Klägerin, habe über die beste Beurteilung verfügt und habe damit einen Qualifikationsvorsprung gehabt. Auswahlgespräche dürften nur in absoluten Ausnahmefällen zulässig sein, denn sie stellten nur eine Momentaufnahme dar.

Die Klägerin hat beantragt, 22

den Beklagten zu verurteilen, über die Bewerbung der Klägerin auf die ausgeschriebene Stelle der „Arbeitsbereichsleitung 3 bei dem Landesprüfungsamt für Beamte an Schulen (LPA)“ erneut zu entscheiden sowie die beabsichtigte Übertragung an Herrn Regierungsschuldirektor F nicht vorzunehmen, diese Stelle freizuhalten und nicht zu besetzen, längstens bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren. 23

Das beklagte Land hat beantragt, 24

die Klage abzuweisen. 25

Das beklagte Land hat vorgetragen, bei der Klägerin und dem Mitbewerber F hätte nach den aktuellen dienstlichen Beurteilungen im Wesentlichen ein Qualifikationsgleichstand vorgelegen. Die denselben Beurteilungszeitraum abdeckenden Regelbeurteilungen wiesen das gleiche Gesamturteil mit fünf Punkten aus. Auch aus dem weiteren Inhalt der Beurteilungen hätten sich keine Anhaltspunkte für einen Qualifikationsvorsprung der Klägerin ergeben. Es treffe zwar zu, dass in der dienstlichen Beurteilung des Herrn F die Einzelmerkmale „Arbeitseinsatz“, „Arbeitserfolg“ und „Führungsverhalten b)“ jeweils nur mit vier Punkten bewertet worden seien. Bei der Beurteilung der Klägerin seien jedoch die Einzelmerkmale „Soziale Kompetenz b)“ und „Führungsverhalten a)“ jeweils nur mit vier Punkten bewertet worden. Für die Klägerin ergebe sich kein Eignungsvorsprung dadurch, dass sie in zwei und Herr F in drei Einzelmerkmalen nur mit vier Punkten bewertet worden seien. Bei der Festlegung der Gesamtnote könne bestimmten Einzelnoten ein besonderes Gewicht beigemessen werden. Auch eine inhaltliche Ausschärfung der Beurteilungen lasse keine relevanten Unterschiede erkennen, die die Annahme eines Qualifikationsvorsprungs der Klägerin rechtfertigen könnten. Dem Dienstherrn obliege es, die Einzelfeststellungen in ihrer Wertigkeit zu gewichten. Er könne bestimmte Einzelfeststellungen zur Begründung eines Qualifikationsvorsprungs heranziehen oder ihnen keine Bedeutung beimessen. Bei der zu besetzenden Stelle der Arbeitsbereichsleitung 3 im LPA handele es sich um eine Stelle mit Führungsverantwortung. Die Arbeitsbereichsleiterinnen und –leiter seien Vorgesetzte aller Beschäftigten ihres Arbeitsbereichs. Insofern seien bei der zu treffenden Auswahlentscheidung die Bewertungen der in der Leistungsbeurteilung unter Nr. 6 (Soziale Kompetenz) und 7 (Führungsverhalten) aufgeführten Einzelmerkmale von entscheidender Bedeutung. In diesem Komplex seien zwei Merkmale in der Beurteilung der Klägerin mit nur vier Punkten bewertet worden. Die Beurteilung des Herrn F1 habe hier nur in einem Merkmal vier Punkte ergeben. Daneben seien zwei weitere für die konkrete Stelle weniger bedeutende Einzelmerkmale mit vier Punkten bewertet worden. Über die Auswertung der dienstlichen 26

Beurteilung sei unter dem 22.12.2015 ein Vermerk gefertigt worden (s.o. u. Bl. 97 ff. GA). Da die Beurteilungen der Bewerber keine relevanten Unterschiede aufgewiesen hätten, habe man als weitere Erkenntnisquelle zur Feststellung der Eignung gemäß § 2 Satz 2 LVO strukturierte Interviews geführt. Diese Interviews seien auch deshalb geführt worden, weil das Ministerium für Schule und Weiterbildung als zuständige Ernennungsbehörde die Bewerber nicht gekannt habe und einen persönlichen Eindruck habe gewinnen wollen. Der Ablauf der strukturierten Interviews sei in einem Vermerk vom Februar 2016 dargestellt worden (s.o. u. Bl. 101 ff. GA). Danach sei die Auswahlkommission nach dem Eindruck des Interviews mehrheitlich zu dem Ergebnis gekommen, dass Herr F über einen Eignungsvorsprung verfüge, so dass die Stelle mit ihm besetzt werden solle. Der Bewerber F erfülle das Anforderungsprofil, die Erfahrungen im Akkreditierungsverfahren seien lediglich wünschenswert. Der Bewerber verfüge unabhängig davon über entsprechende Erfahrungen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Urteil vom 03.08.2016 abgewiesen. Die Klägerin habe 27 keinen Anspruch auf Neubescheidung. Die gerichtliche Kontrollbreite einer Auswahlentscheidung im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG sei eingeschränkt. Die vorliegende Auswahlentscheidung sei nicht rechtsfehlerhaft. Den formellen Anforderungen sei genügt. Es sei nicht zu beanstanden, dass das beklagte Land im Wege der inhaltlichen Ausschöpfung der Beurteilungen keinen Eignungsvorsprung zugunsten eines Bewerbers festgestellt habe. In einer solchen Situation sei es nicht zu beanstanden, wenn der öffentliche Arbeitgeber entscheidend auf das Ergebnis eines Vorstellungsgesprächs abstelle. Das Ergebnis des Auswahlgesprächs habe das beklagte Land zureichend dokumentiert.

Das Urteil ist der Klägerin am 17.08.2016 zugestellt worden. Die Klägerin hat am 25.08.2016 28 Berufung eingelegt und die Berufung nach Fristverlängerung bis zum 31.10.2016 am 31.10.2016 begründet.

Die Klägerin wendet ein, unzutreffend habe das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen. Zu 29 Unrecht gehe das Arbeitsgericht von einer ordnungsgemäßen Beteiligung des Personalrats aus. Die Mitbestimmung müsse vor Erlass der Konkurrentenmitteilungen erfolgen. Es sei unbehelflich, dass das beklagte Land im weiteren Verlauf die Konkurrentenmitteilungen vom 14.03.2016 dann für gegenstandslos erklärt habe. Es hätte eine neue Auswahlentscheidung unter Einhaltung der Mitbestimmung erfolgen müssen. Durch Austausch der Konkurrentenmitteilung und Nachholung der Beteiligung des Personalrats sei der Fehler nicht heilbar. Die Gleichstellungsbeauftragte sei nicht ordnungsgemäß beteiligt worden. Die Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten des übergeordneten Ministeriums sei nicht ausreichend. Es hätte die Gleichstellungsbeauftragte der Dienststelle beteiligt werden müssen, in diesem Fall ihre – der Klägerin - Vertreterin. Darüber hinaus sei die Auswahlentscheidung auch materiell rechtlich zu beanstanden. Ihre Beurteilung sei aus den aufgezeigten Gründen besser als die des Konkurrenten F (nur zwei Einzelmerkmale mit vier Punkten gegenüber drei Einzelmerkmalen mit vier Punkten bei dem Konkurrenten F). Das Ergebnis der inhaltlichen Ausschöpfung sei insoweit eindeutig. Fehlerhaft habe das beklagte Land die Beurteilungen als gleichwertig eingestuft. Es sei deshalb zu beanstanden, dass die Entscheidung anhand des Ergebnisses des Auswahlgesprächs getroffen worden sei. Das Arbeitsgericht habe unzutreffend nicht berücksichtigt, dass Herr F nicht über die notwendigen Erfahrungen in Akkreditierungsverfahren verfüge. Die Berufung sei begründet, weil gegen § 9 Abs. 2 LGG NRW verstoßen worden sei. Die Auswahlkommission sei entgegen dem Gesetz nicht zur Hälfte mit Frauen besetzt worden. Dem stehe nicht entgegen, dass es im Gesetz „sollen“ heiße. Gründe für die gesetzeswidrige Besetzung seien nicht vorhanden und nicht aktenkundig gemacht, so dass ein Nachschieben derartiger Gründe ausgeschlossen sei. Teilgenommen hätten die Gleichstellungsbeauftragte Frau X, die Vorsitzende des

Hauptpersonalrats Verwaltung Frau T sowie die Herren Dr. G, Herr C, Herr T2 und Herr C1 sowie die Schwerbehindertenvertretung in beratender Funktion. Entgegen der von der Beklagtenseite vorgelegten Unterlage sei für die Schwerbehindertenvertretung ebenfalls ein Mann dabei gewesen. Größer sei die Fehlbesetzung noch dadurch geworden, dass Frau H als stellvertretende Leiterin des Prüfungsamts nach ursprünglicher Einladung durch das Ministerium in der zweiten Januarhälfte (per e-mail) anschließend etwa eine Woche später mündlich durch Herrn C1 eine Absage erhalten habe. Frau H könne bestätigen, dass sie wegen dieser Absage - wiederum per e-mail - bei Herrn Dr. G nachgefragt habe und von diesem telefonisch die Bestätigung der Absage erhalten habe. Einen sachgerechten Grund für die Nichtteilnahme von Frau H habe es zu keinem Zeitpunkt gegeben, zumal der Leiter des Landesprüfungsamtes C1 damals kurz vor dem Eintritt in den Ruhestand gestanden habe (31.07.2016) und ab dem 10.03.2016 seinen Resturlaub habe abwickeln wollen. Frau H hätte als künftige Leiterin sehr wohl an der Auswahlentscheidung beteiligt werden müssen. Auch Herr C1 könne den entsprechenden Ablauf bestätigen. Herr H1 der Vertreter der Frau N1 bei der Hauptschwerbehindertenvertretung, könne bestätigen, dass das Protokoll unzutreffend Frau N1 als Gesprächsteilnehmerin ausweise. Im Hinblick auf § 9 Abs. 2 LGG NRW hätte Frau H zwingend teilnehmen müssen, ggf. sogar anstatt des Herrn C1.

Die Klägerin beantragt,

30

die Beklagte unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Dortmund vom 03.08.2016 – zugestellt am 17.08.2016 – 1 Ca 1184/16 – zu verurteilen, über die Bewerbung der Klägerin auf die ausgeschriebene Stelle der „Arbeitsbereichsleitung 3 bei dem Landesprüfungsamt für Beamte an Schulen (LPA)“ erneut zu entscheiden sowie die beabsichtigte Übertragung an Herrn Regierungsschuldirektor F nicht vorzunehmen, diese Stelle freizuhalten und nicht zu besetzen, längstens bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren.

31

Das beklagte Land beantragt,

32

die Berufung zurückzuweisen.

33

Das beklagte Land verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts. Der Teil des Berufungsantrags, mit dem die Nichtvornahme der Stellenübertragung begehrt werde, sei unzulässig wegen des Prozessvergleichs im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vom 18.05.2016 (ArbG Dortmund 1 Ga 10/16). Ein Verstoß gegen § 72 Abs. 1 Nr. 2 LPVG liege nicht vor. Das Mitbestimmungsrecht beziehe sich nicht auf die Auswahlentscheidung sondern habe vor der Ernennung des in Aussicht genommenen Bewerbers zu erfolgen. Das sei hier der Fall. Personalvertretungs-rechtlich sei die beabsichtigte Beförderung von Herrn F nicht zu beanstanden. Zutreffend habe das Arbeitsgericht erkannt, dass die Gleichstellungsbeauftragte des Ministeriums zu beteiligen gewesen sei, da es sich um eine Auswahlentscheidung und ein Vorstellungsgespräch des Ministeriums gehandelt habe. Die Auswahlentscheidung sei auch nach Art. 33 Abs. 2 GG nicht zu beanstanden. Die Klägerin übersehe, dass dem öffentlichen Arbeitgeber bei der Beförderungsentscheidung ein Beurteilungsspielraum zustehe. Die gerichtliche Kontrolle beschränke sich darauf, ob von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen worden sei, ob allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet worden seien oder ob sachwidrige Erwägungen angestellt worden seien oder gegen Verfahrensvorschriften verstoßen worden sei. Die Ausschöpfung habe ergeben, dass kein Qualifikationsvorsprung gegeben sei (weitere Einzelheiten S. 6, 7 der Berufungsbegründung = Bl. 259, 260 GA). Die Klägerin erkenne, dass Herr F auch die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen des ausgeschriebenen Stellenprofils aufweise (Einzelheiten S. 7, 8 Berufungsbegründung = Bl. 260, 261 GA). Die Auswahlkommission sei so besetzt gewesen, wie es die schriftliche Unterlage ausweise: Herr LMR C als Leiter, Herr

34

LMR Dr. G aus dem zuständigen Fachreferat des Ministeriums, Frau X für die Gleichstellung, Frau T vom Hauptpersonalrat, Frau N1 für die Hauptschwerbehindertenvertretung, Herr T1 als Sachbearbeiter, zuständig für die Abwicklung des Verfahrens. Entgegen der Behauptung der Klägerin sei für die Schwerbehindertenvertretung eine Frau anwesend gewesen und nicht ein Mann. Sachgerecht sei es, alle Mitglieder, die in irgendeiner Form Einfluss auf das Auswahlergebnis haben könnten, als Teil der Auswahlkommission zu werten. Herr T2 sei zuständig gewesen für die ordnungsgemäße Verfahrensabwicklung und habe keinen Einfluss auf das Ergebnis der Kommission genommen. Vor diesem Hintergrund sei von einer paritätischen Besetzung der Kommission auszugehen. Im Übrigen lasse das Gesetz offen, wie bei sieben Teilnehmern eine „Parität“ hergestellt werden solle. Wenn man den Begriff der Kommission auf die stimmberechtigten Mitglieder beschränke, liege kein Verstoß gegen die Wertungen des Gesetzgebers aus § 9 LGG vor. Es seien die Maßstäbe wie zu § 12 LGG zugrunde zu legen: wenn nicht genügend weibliche Funktionsträgerinnen zur Verfügung stünden sei von einer durch die Soll-vorschrift gedeckten Ausnahme auszugehen. An Auswahlkommissionen für Stellen des nachgeordneten Bereichs nehme ein Vertreter des federführenden Referats teil, regelmäßig sei dann eine Vertreterin der/des Gleichstellungsbeauftragten stimmberechtigtes Mitglied. Der jeweils zuständige Personalrat werde ebenfalls beteiligt. Die Besetzung erfolge funktionsbezogen, Vertretungen kämen nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen in Betracht. Es werde bestritten, dass es eine Einladung und anschließende Ausladung an Frau H gegeben habe. Im Verwaltungsvorgang fänden sich darauf keine Hinweise. Eine Zuziehung von Frau H wäre auch nicht sachdienlich gewesen. Ihr fehle die fachliche Nähe zur ausgeschriebenen Position. Zudem sei die Funktion der Behördenleitung kompetent besetzt gewesen. Subjektive Rechte der Klägerin im Rahmen eines Auswahlverfahrens nach Art. 33 Abs. 2 GG könnten sich aus § 9 LGG NRW nicht ergeben.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird Bezug genommen auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze. 35

Die Verfahrensakte des Arbeitsgerichts Dortmund 1 Ga 10/16 ist beigezogen worden. 36

Entscheidungsgründe 37

A. Die Berufung der Klägerin ist statthaft und zulässig, §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1, Abs. 2 b) ArbGG. Die Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO. 38

B. Die Berufung hat in der Sache überwiegend Erfolg. Der Antrag der Klägerin, das beklagte Land zu einer erneuten Entscheidung über ihre Bewerbung zu verurteilen, ist begründet (I.). Der weitere Antrag auf Freihalten und Nichtbesetzen der ausgeschriebenen Stelle ist unzulässig (II.). 39

I. Der Anspruch der Klägerin auf eine neue Entscheidung über ihre Bewerbung folgt aus Art. 33 Abs. 2 GG. Der Anspruch besteht, weil die am 02.02.2016 zusammengetretene Auswahlkommission entgegen § 9 Abs. 2 LGG NRW nicht mit ebenso vielen Frauen wie Männern besetzt war. Der Verfahrensfehler führt zu einem Anspruch der Klägerin auf Neubescheidung unter Vermeidung des Fehlers. 40

1. Gemäß Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Öffentliche Ämter in diesem Sinne sind Beamtenstellen wie auch Stellen, die mit Arbeitnehmern besetzt werden können (*BAG 19.05.2015 AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 77; BAG 19.02.2003 AP GG Art. 33 Abs.* 41

2 Nr. 58). Nach Art. 33 Abs. 2 GG sind öffentliche Ämter und Stellen nach Maßgabe des Leistungsgrundsatzes zu besetzen (Bestenauslese). Das gilt sowohl für Einstellungen in den öffentlichen Dienst wie auch für Beförderungsentscheidungen. Die Vorschrift dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes; dessen fachliches Niveau und rechtliche Integrität sollen gerade durch die ungeschmälernte Anwendung des Leistungsgrundsatzes gewährleistet werden. Zum anderen trägt Art. 33 Abs. 2 GG dem berechtigten Interesse der Beamten und auch der Tarifbeschäftigten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass er grundrechtsgleiche Rechte auf eine ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Durchführung des Auswahlverfahrens begründet. Ein Anspruch auf Übertragung der begehrten Stelle ergibt sich aus Art. 33 Abs. 2 GG allerdings nur dann, wenn sämtliche Voraussetzungen in der Person der Bewerberin / des Bewerbers erfüllt sind und die Stellenübertragung auf sie / ihn die einzig denkbare rechtmäßige Entscheidung der Behörde ist, da sich jede andere Entscheidung als rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft darstellt, weil die Bewerberin / der Bewerber aufgrund ihrer / seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung der Vorzug gegenüber den Mitbewerberinnen und Mitbewerbern hätte eingeräumt werden müssen (BAG 19.02.2003 AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 58). Nur die am besten geeignete Bewerberin / der am besten geeignete Bewerber hat einen Besetzungsanspruch für die ausgeschriebene Stelle (BAG 21.01.2003 AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 59). Daneben garantiert Art. 33 Abs. 2 GG jeder Stellenbewerberin und jedem Stellenbewerber ein subjektives Recht auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren (Bewerbungsverfahrensanspruch) (BAG 19.05.2015 AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 77). Der Bewerbungsverfahrensanspruch ist auf eine fehlerfreie Entscheidung des Dienstherrn / öffentlichen Arbeitgebers über die Bewerbung unter Einhaltung des gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens gerichtet. Erweist sich die vom öffentlichen Arbeitgeber getroffene Auswahlentscheidung als fehlerhaft, so können die nicht berücksichtigte Bewerberin und der nicht berücksichtigte Bewerber die Wiederholung der Auswahlentscheidung unter Beachtung der gerichtlichen Vorgaben verlangen (BAG 12.10.2010 AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 72).

2. Da innerhalb des Bewerbungsverfahrens ein Auswahlgespräch stattgefunden hat, ist bei der Anwendung des Art. 33 Abs. 2 GG die Regelung in § 9 Abs. 2 LGG NRW zu berücksichtigen. Nach dieser Bestimmung sollen Auswahlkommissionen zur Hälfte mit Frauen besetzt werden. Ist dies aus zwingenden Gründen nicht möglich, sind die Gründe aktenkundig zu machen. Ungeachtet der Verwendung des Wortes „sollen“, handelt es sich um eine zwingende Regelung (Burkholz, *Landesgleichstellungsgesetz NRW, 2007, § 9 LGG NRW Rn. 12; ebenso VG Frankfurt 10.01.2008 – 9 G 3464/07 – PersR 2008, 278 Rn. 20, 21 [zur entsprechenden Regelung in § 12 Hessisches Gleichstellungsgesetz – HGIG]*). Auswahlkommissionen sind Gremien, die für den Dienstherrn oder Arbeitgeber Entscheidungen über die Besetzung von Stellen treffen oder jedenfalls maßgebend vorbereiten, also z.B. die Qualifikationen der Bewerberinnen und Bewerber vergleichend abwägen, ein Vorstellungsgespräch durchführen oder einen Auswahlvorschlag vorbereiten (Burkholz, aaO, § 9 LGG NRW Rn. 10; v. Roetteken, *BGleiG*, 59. Aktualisierung April 2017, § 7 BGleiG Rn. 158 [Wortlaut § 7 Abs. 3 BBleiG: „Auswahlkommissionen sollen geschlechtssparitätisch besetzt sein. Ist eine paritätische Besetzung aus triftigen Gründen nicht möglich sind die jeweiligen Gründe aktenkundig zu machen.“]). Der Vorschrift des § 9 Abs. 2 LGG NRW liegt das Ziel zugrunde, bei der Bewertung der Qualifikation der Bewerberinnen und Bewerber den Vorstellungen auch von Angehörigen des weiblichen Geschlechts gleichgewichtig Rechnung zu tragen, zugleich soll die Akzeptanz von Besetzungsentscheidungen verbessert werden (Burkholz, aaO, § 9 LGG NRW Rn. 11; v. Roetteken, aaO, § 7 BGleiStG Rn. 165 – 167; VG Frankfurt 10.01.2008 – 9 G 3464/07 –

PersR 2008, 278 Rn. 7 [zu § 12 HGIG]). Bevor von der gesetzlichen Vorgabe „aus zwingenden Gründen“ abgewichen wird, ist zu prüfen, ob die Parität der Frauen durch eine Verkleinerung der Kommission oder die Hinzuziehung weiterer Beschäftigter hergestellt werden kann (*Burkholz, aaO, § 9 LGG NRW Rn. 13; v. Roetteken, aaO, § 7 BGleiG Rn. 181*). Ein Verstoß gegen die Verfahrensvorgabe des § 9 Abs. 2 LGG NRW verletzt eine abgelehnte Bewerberin in ihrer verfassungs-rechtlich geschützten Position aus Art. 33 Abs. 2, Art. 3 Abs. 2 GG und damit in ihrem Bewerbungsverfahrensanspruch und begründet einen Anspruch der abgelehnten Bewerberin auf eine neue fehlerfreie Durchführung des Auswahlverfahrens (VG Frankfurt 26.02.2008 – 9 G 3556/07 – Rn. 21; VG Frankfurt 10.01.2008 – 9 G 3464/07 – *PersR 2008, 278 Rn. 8 [jeweils zu § 12 HGIG]; v. Roetteken, aaO, § 7 BGleiG Rn. 169*).

3. Die am 02.02.2016 zusammengetretene Kommission war nicht paritätisch besetzt. 43
Auf der Seite des beklagten Landes nahmen dessen Darstellung zufolge vier Männer und drei Frauen an den Auswahlgesprächen mit den drei männlichen Bewerbern und der Klägerin teil. Nach der unter Beweisantritt aufgestellten Behauptung der Klägerin waren es fünf Männer und zwei Frauen. Der fachlich in besonderer Weise maßgebende Teil der Kommission war dabei ausschließlich männlich repräsentiert, zwei leitende Beamte des zuständigen Ministeriums (LMR C, LMR Dr. G) und der (seinerzeitige) Direktor des Landesprüfungsamtes (Herr C1). Der von der Klägerin geltend gemachte Verstoß gegen § 9 Abs. 2 LGG ist durch das weitere Vorbringen des beklagten Landes nicht ausgeräumt. Der Einwand, der ministerielle Sachbearbeiter T1 sei nur für die Abwicklung des Verfahrens beigezogen gewesen und habe keinen Einfluss auf das Ergebnis der Kommission genommen, ist nicht hinreichend substantiiert. Das beklagte Land zeigt nicht auf, dass und mit welchem Inhalt innerhalb der Auswahlkommission oder von einer übergeordneten Stelle Festlegungen zur Stimmberechtigung der anwesenden Personen getroffen und kommuniziert worden wären. Mangels eines solchen Sachvortrags kann ferner nicht davon ausgegangen werden, dass die anwesende stellvertretende Gleichstellungsbeauftragte auf die Parität anzurechnen ist; im Zweifel nimmt die Gleichstellungsbeauftragte aus eigenem Recht am Auswahlgespräch teil und ist wegen dieser Funktion keine auf die Parität anzurechnende Repräsentantin der Dienststelle (*v. Roetteken, aaO, § 7 BGleiG Rn. 171; vgl. auch OVG Münster 09.01.2013 – 6 B 1125/12 – RiA 2013, 186*). Unerheblich ist, ob die Schwerbehindertenvertretung durch eine Frau oder, wie die Klägerin behauptet, durch einen Mann vertreten war. Das Teilnahmerecht der Schwerbehindertenvertretung vermittelt nicht den Status eines vollwertigen Mitglieds der Auswahlkommission. Der Repräsentant der Schwerbehindertenvertretung ist nicht auf die Parität anzurechnen (*v. Roetteken, aaO, § 7 BGleiG Rn. 172*). Es verbleibt dabei, dass die Auswahlkommission am 02.02.2016 entgegen § 9 Abs. 2 LGG NRW mit mehr Männern als Frauen besetzt war. Dass eine paritätische Besetzung aus zwingenden Gründen nicht möglich gewesen wäre, behauptet das beklagte Land nicht. Dass solche Gründe aktenkundig gemacht worden wären, lässt sich der Darstellung des beklagten Landes nicht entnehmen.

4. Entsprechend den oben dargestellten Grundsätzen ist die Klägerin durch den 44
Verstoß gegen die gesetzliche Vorschrift zur Besetzung der Auswahlkommission in ihrem Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt worden. Die Klägerin hat Anspruch darauf, dass die Entscheidung über ihre Bewerbung unter Vermeidung des Verfahrensfehlers wiederholt wird.

II. Der Antrag auf Freihalten und Nichtbesetzen der ausgeschriebenen Stelle ist 45
unzulässig. Für diesen Antrag fehlt das Rechtsschutzinteresse. Das beklagte Land hat sich bereits im Prozessvergleich vom 18.05.2016 im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes verpflichtet, die Stelle bis zur rechtskräftigen Entscheidung des vorliegenden Verfahrens nicht

mit Herrn F zu besetzen und ihm diese Stelle nicht auf Dauer zu übertragen (ArbG Dortmund 1 Ga 10/16). Diese Verpflichtung besteht weiterhin. Der vorliegende Rechtsstreit ist nicht rechtskräftig abgeschlossen; die Kammer hat die Revision zum Bundesarbeitsgericht zugelassen. Ein Prozessvergleich ist gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ein Vollstreckungstitel. Da die Klägerin für die Verfolgung ihrer Rechtsposition eines weiteren Vollstreckungstitels nicht bedarf, ist ihr Klagebegehren insoweit unzulässig (vgl. *Zöller-Greger, ZPO, 31. Aufl. 2016, Vorbem. §§ 253 – 299 ZPO Rn. 18 a*).

C. Die Kosten des Rechtsstreits waren den Parteien gemäß § 92 Abs. 1 ZPO entsprechend dem Ausmaß ihres Obsiegens und Unterliegens jeweils anteilig aufzuerlegen. Wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache hat die Kammer gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG die Revision zum Bundesarbeitsgericht zugelassen.

46