

---

**Datum:** 04.09.2015  
**Gericht:** Arbeitsgericht Köln  
**Spruchkörper:** 17. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 17 Ga 77/15  
**ECLI:** ECLI:DE:ARBGK:2015:0904.17GA77.15.00

---

**Nachinstanz:** Landesarbeitsgericht Köln, 10 SaGa 18/15  
**Sachgebiet:** Arbeitsrecht

---

**Tenor:**

- 1. Der Beklagten wird aufgegeben, die .....aufzuheben und bei Vermeidung eines Ordnungsgeldes bis zu EUR 250.000,- nicht mit einer anderen Bewerberin bzw. einem anderen Bewerber als der Klägerin bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Hauptsacheverfahrens zu besetzen.
- 2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.
- 3. Der Wert des Streitgegenstands wird auf EUR 3.333,33 festgesetzt.

---

**Tatbestand**

Die Verfügungsklägerin (im Folgenden: Klägerin) begehrt Konkurrentenschutz im Wege der einstweiligen Verfügung. 1 2

Die Klägerin ist schwerbehindert mit einem Grad der Behinderung von 50 und war seit dem 26.04.2013 bei der Verfügungsbeklagten (im Folgenden: Beklagten) zunächst befristet bis zum 31.12.2013, und dann nochmals verlängert bis zum 31.05.2015 als ..... in ..... beschäftigt. 3

Seit dem 22.08.2014 galt für die Klägerin ein ärztliches Beschäftigungsverbot aufgrund Schwangerschaft. Am 13.03.2015 brachte die Klägerin ihr zweites Kind zur Welt. Am 01.04.2015 beantragte die Klägerin bei der Beklagten für die Zeit vom 01.06.2015 bis zum 01.04.2016 Elternzeit, „sollte der Vertrag verlängert werden“ (Bl. 35 d.A.). Zu einer Verlängerung des Vertrags kam es nicht.

Während ihrer Beschäftigung erhielt die Klägerin durchwegs sehr gute Leistungsbeurteilungen. Auf das Zwischenzeugnis vom 31.07.2014 (Bl. 32 d.A.) und das Endzeugnis vom 31.05.2015 (Bl. 34 d.A.) wird Bezug genommen. 5

Im Mai 2015 schrieb die Beklagte die von der Klägerin noch bis zum 31.05.2015 besetzte Stelle erneut aus. Auf die Stellenausschreibung (Bl. 39 d.A.) wird Bezug genommen. Die Klägerin bewarb sich am 25.05.2015 auf die ausgeschriebene Stelle. 6

Mit Wirkung vom 01.07.2015 übernahm die Beklagte ..... in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis und übertrug ihr die ausgeschriebene Stelle zum selben Zeitpunkt (Bl. 120 f. d.A.). 7

Mit Schreiben vom 04.08.2015 (Bl. 45 d.A.) teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie sich für eine andere Bewerberin entschieden habe. Weitere Angaben zur Person oder Qualifikation der anderen Bewerberin erfolgten nicht. 8

Die Klägerin bezweifelt die ordnungsgemäße Durchführung des Auswahlverfahrens, da eine Auskunft über die Ablehnungsentscheidung durch die Beklagte nicht erfolgte. Sie selbst erfülle sämtliche Anforderungen der ausgeschriebenen Stelle, insbesondere, da sie die ausgeschriebene Stelle unstreitig nunmehr bereits seit rund zwei Jahren innegehabt und ihre Tätigkeit überdurchschnittlich gut bewertet worden sei. Im Übrigen rügt sie das Auswahlverfahren insoweit, als sie von ihrer Ablehnung und der Stellenbesetzung erst erfahren habe, als diese bereits vollzogen worden sei. Auch hätte man ihr die Entscheidungsgrundlagen der Ablehnung mitteilen müssen. 9

Mit Schreiben vom 19.08.2015, bei Gericht am selben Tage eingegangen, hat die Klägerin einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit dem Ziel der einstweiligen Untersagung der Stellenbesetzung anhängig gemacht. Nach Klarstellung des Antrags im Kammertermin am 04.09.2015 10

**beantragt die Klägerin:** 11

Der Beklagten wird aufgegeben, die....., Stellenausschreibung ....., Besoldungsgruppe ....., Tätigkeitsebene ....., in ..... aufzuheben und bei Vermeidung eines Ordnungsgeldes bis zu EUR 250.000,- nicht mit einer anderen Bewerberin bzw. einem anderen Bewerber als der Klägerin bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Hauptsacheverfahrens zu besetzen. 12

**Die Beklagte beantragt,** 13

die Klage abzuweisen. 14

Sie ist der Ansicht, dass die Klägerin im einstweiligen Verfügungsverfahren keinen Erfolg haben könne, da sie, die Beklagte, die fragliche Stelle bereits zuvor dauerhaft besetzt habe. Im Rahmen des Auswahlverfahrens seien vier Bewerber/innen – unter ihnen die Klägerin – zu Auswahlgesprächen eingeladen worden. Im Ergebnis der Auswahlgespräche sei die Antragstellerin nicht als die bestgeeignetste Bewerberin einzuordnen gewesen. Näheres zum 15

Auswahlverfahren solle erst im Hauptsacheverfahren dargelegt werden.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Parteien  
gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 16

**Entscheidungsgründe** 17

Die zulässige Klage ist begründet. 18

I. 19

Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung entsprechend des § 62 Abs. 2  
ArbGG i.V.m. §§ 935, 940 ZPO ist das Vorliegen eines Verfügungsanspruches, also eines  
materiell-rechtlichen Anspruches in der Sache, sowie eines Verfügungsgrundes, d.h. eines  
besonderen Bedürfnisses für die Eilbedürftigkeit der Sache. 20

1. 21

Die Klägerin hat nach Auffassung der erkennenden Kammer im Rahmen der im einstweiligen  
Verfügungsverfahren vorzunehmenden summarischen Prüfung hinreichend glaubhaft  
gemacht, dass das Auswahlverfahren fehlerhaft war und ein Anspruch auf Wiederholung  
besteht. Dem ist die Beklagte nicht substantiiert entgegengetreten. 22

a. 23

Gemäß Art. 33 Abs. 2 GG gilt, dass jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und  
fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt hat. Öffentliche Ämter im  
Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG sind nicht nur Beamtenstellen, sondern auch solche, die von  
Arbeitnehmern besetzt werden können. Art. 33 Abs. 2 GG begründet ein grundrechtsgleiches  
Recht auf ermessenfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl sowie ein subjektives  
Recht eines jeden Bewerbers auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren (vgl.  
nur BAG, Urt. v. 06.05.2014 – 9 AZR 724/12). 24

Aus Art. 19 Abs. 4 GG folgt hierbei, dass einem abgelehnten Bewerber die Möglichkeit einer  
gerichtlichen Kontrolle der Auswahlentscheidung offensteht. Dem öffentlichen Arbeitgeber  
steht jedoch bei der Anwendung des Art. 33 Abs. 2 GG ein verfassungsrechtlich gewährter  
Beurteilungsspielraum zu. Die Auswahlentscheidung unterliegt daher nur beschränkt einer  
gerichtlichen Kontrolle. Grundsätzlich ist es nicht Aufgabe der Gerichte, den am besten  
geeigneten Bewerber zu ermitteln. Eine solche Auswahlentscheidung steht vielmehr dem  
öffentlichen Arbeitgeber und den für ihn handelnden Organen zu. Diesen obliegt es  
festzustellen, ob ein Bewerber über die notwendigen fachlichen Leistungen, Befähigungen  
und die notwendige Eignung verfügt. Die gerichtliche Kontrolle beschränkt sich hierbei darauf,  
ob der öffentliche Arbeitgeber diesen gesetzlichen Rahmen beachtet hat, oder ob er von  
einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemeingültige Wertungsmaßstäbe nicht  
beachtet, sachwidrige Erwägungen angestellt oder gegen Verfahrensvorschriften verstoßen  
hat (vgl. LAG Nürnberg, Urt. v. 06.12.2005 – 7 Sa 192/05, Rn. 43; zitiert nach juris). 25

Da der abgelehnte Bewerber nicht in der Lage ist, die entscheidungserheblichen Tatsachen  
selbst vorzutragen, hat er einen Auskunftsanspruch gegen die Behörde über Namen und  
Qualifikation des Mitbewerbers gemäß Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG bzw. § 242  
BGB (vgl. BAG, Urt. v. 28.05.2002 – 9 AZR 751/00). Dem unterlegenen Bewerber ist binnen  
einer Frist von zwei bis vier Wochen vor der Stellenbesetzung mitzuteilen, aufgrund welcher  
Umstände die Wahl nicht auf ihn gefallen ist (*Korinth*, Einstweiliger Rechtsschutz im 26

Arbeitsgerichtsverfahren, 3. Aufl., 2015, I Rn. 292 jeweils m.w.Nachw.). Die Problemlage ist im Grunde die gleiche wie bei der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG im Rahmen einer betriebsbedingten Kündigung. Auch dort hat die Rechtsprechung eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast für den Fall entwickelt, dass der Arbeitnehmer keine Kenntnis von den Gründen hat, die den Arbeitgeber zu der getroffenen sozialen Auswahl bewogen haben (vgl. BAG, Urt. v. 24.03.1983 – 2 AZR 21/82; *Korinth*, Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren, 3. Aufl., 2015, I Rn. 305). Kommt der Arbeitgeber dieser Darlegungslast nicht nach und gibt er keine oder keine vollständige Auskunft über seine subjektiven Erwägungen betreffend die soziale Auswahl, dann kann der Arbeitnehmer seiner Substantiierungspflicht nicht genügen. In diesem Fall ist der der fehlenden Kenntnis des Arbeitnehmers entsprechende Vortrag, es seien sozial stärkere Arbeitnehmer als er vorhanden, schlüssig und ausreichend. Der Vortrag, der Arbeitgeber habe soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend beachtet, ist zugleich unstrittig, wenn der Arbeitgeber bei seiner die Auskunft verweigernden Haltung verbleibt, denn er hat damit nach § 138 Abs. 2 ZPO nicht hinreichend bestritten (LAG Thüringen, Urt. v. 13.01.1997 – 8 Sa 232/96). Folglich hat der öffentliche Arbeitgeber im Konkurrentenschutzverfahren konkret zum Auswahlverfahren und den Auswahlgründen vorzutragen und sein Vorbringen glaubhaft zu machen. Geschieht dies nicht, ist der Vortrag des Bewerbers, die Durchführung des Verfahrens sei fehlerhaft gewesen, als zutreffend zu unterstellen.

b. 27

Die Beklagte ist der soeben skizzierten Darlegungslast – auf die bereits die Klägerin in ihrer Antragschrift hingewiesen hat – nicht nachgekommen. Sie hat vielmehr erst eine Darlegung im Hauptsacheverfahren in Aussicht gestellt. Inwiefern ..... geeigneter, leistungsstärker oder befähigter als die Klägerin im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG sein soll, konnte die Kammer aufgrund des Beklagtenvortrags nicht erkennen. 28

c. 29

Die bereits erfolgte Besetzung der fraglichen Stelle steht dem vorliegend nicht entgegen. 30

aa. 31

Grundsätzlich setzt der Anspruch auf Zugang zu einem öffentlichen Amt eine freie Stelle voraus. Art. 33 Abs. 2 GG verpflichtet den Arbeitgeber nicht, ein Amt mehrfach zu vergeben. Daher erledigt sich eine Konkurrentenklage grundsätzlich mit der endgültigen Übertragung des Amtes auf den Mitbewerber, dem unterlegenen Bewerber stehen allenfalls Schadensersatzansprüche zu (vgl. BAG, Urt. v. 18.09.2007 – 9 AZR 672/06, m.w.Nachw.). Danach wäre der Anspruch der Klägerin mit der Stellenbesetzung durch ..... am 01.07.2015 erschöpft. 32

bb. 33

Anderes gilt aber entsprechend der soeben zitierten Rechtsprechung, wenn der öffentliche Arbeitgeber den Anspruch des Arbeitnehmers auf effektiven Rechtsschutz vereitelt. 34

(1) 35

Die Gerichte müssen das Verfahrensrecht in einer Weise auslegen und anwenden, die dem Gebot effektiven Rechtsschutzes genügt. Art. 19 Abs. 4 GG garantiert nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch eine 36

tatsächliche und wirksame gerichtliche Kontrolle. Mit diesen Vorgaben aus Art. 19 Abs. 4 GG i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GG ist die Annahme unvereinbar, der Bewerbungsverfahrensanspruch gehe auch dann unter, wenn der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber unter Verstoß gegen einen Anspruch sichernde einstweilige Verfügung einen Konkurrenten einstellt oder befördert. Denn Art. 33 Abs. 2 GG iVm. Art. 19 Abs. 4 GG sowie Art. 20 Abs. 3 GG verbieten dem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber, durch Schaffung vollendeter Tatsachen statusverändernde Maßnahmen zu treffen. Der Betroffene hat einen Anspruch auf Wiederherstellung. Nach den Rechtsgedanken aus § 162 Abs. 2 BGB sowie §§ 135, 136 BGB kann der Dienstherr einem zu Unrecht übergangenen Bewerber nicht mit Erfolg entgegenhalten, er könne dessen Bewerbungsverfahrensanspruch nicht mehr erfüllen, weil die Stelle schon besetzt sei. Der Betroffene kann vielmehr verlangen, verfahrensrechtlich und materiellrechtlich so gestellt zu werden, als sei die einstweilige Verfügung beachtet und das Bewerbungsverfahren noch nicht beendet worden (BAG, a.a.O., m.w.Nachw.).

(2) 37

Die gleichen Erwägungen gelten, wenn der Arbeitgeber es – wie im vorliegenden Fall – entgegen seiner Auskunftspflicht bereits unterlässt, den unterlegenen Arbeitnehmer vor der Einstellung des ausgewählten Bewerbers über diesen Ausgang des Verfahrens zu informieren, damit vollendete Tatsachen schafft und dem Arbeitnehmer somit die Möglichkeit des effektiven Rechtsschutzes abschneidet (ebenso LAG Niedersachsen, Urt. v. 08.11.2004 – 5 Sa 576/04). 38

c. 39

Folglich kann die Klägerin im Rahmen des soeben skizzierten Wiederherstellungsanspruchs verlangen, dass die Beklagte denjenigen Zustand wieder herstellt, der bestehen würde, wenn sie die Klägerin rechtzeitig über ihr Unterliegen im Bewerbungsverfahren unterrichtet hätte. Dann hätte sie vor der Besetzung einstweiligen Rechtsschutz erwirken können und die Stelle wäre erst gar nicht besetzt worden, so dass die Klägerin einerseits die Aufhebung der Besetzung verlangen kann. Andererseits kann sie verlangen, dass bis zur Klärung der Frage, ob das Bewerbungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde, die Stelle nicht neu besetzt wird. 40

2. 41

Auch ein Verfügungsgrund ist gegeben. Der Bewerbungsverfahrensanspruch der Klägerin ist durch die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle durch ..... unmittelbar gefährdet. Denn durch die Besetzung der Stelle mit ..... hat diese die Möglichkeit, einen Erfahrungsvorsprung gegenüber der Klägerin zu erwerben, der ihr bei einem eventuell nach Abschluss des Hauptsacheverfahrens durchzuführenden neuen Bewerbungsverfahren zugutekommen könnte. Das Abwarten des Hauptsacheverfahrens kann daher nicht abgewartet werden. 42

3. 43

Die Androhung des Ordnungsgelds hat ihre rechtliche Grundlage in § 890 Abs. 1 ZPO. Jene kann bereits im gegebenenfalls zu vollstreckenden Titel selbst erfolgen (vgl. Stöber, in: Zöller, ZPO, 30. Aufl., 2014, § 890 Rn. 12 a). 44

II. 45

46

Die Kostenentscheidung beruht auf § 46 Abs. 2 S. 1 ArbGG i.V.m. §§ 495, 91 Abs. 1 S. 1 ZPO.

III. 47

Der Wert des Streitgegenstands war gemäß § 61 Abs. 1 ArbGG im Urteil festzusetzen. Die Kammer hat ihn auf 2/3 des Hilfsstreitwerts gemäß § 23 Abs. 3 S. 2 RVG festgesetzt (vgl. *Korinth*, Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren, 3. Aufl., 2015, I Rn. 317). 48