
Datum: 08.04.2021
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 6. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 SaGa 6/20
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2021:0408.6SAGA6.20.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Bonn, 4 Ga 29/20
Schlagworte: Konkurrentenklage; Überqualifikation
Normen: Art 33 Abs. 2 GG
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:

1. Grundsätzlich ist der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes im Rahmen seiner Organisationsgewalt inhaltlich frei, für die zu besetzende Stelle ein Anforderungsprofil aufzustellen, dessen Erfüllung Voraussetzung für die Teilnahme am Bewerbungsverfahren ist.
2. Diese Freiheit in der Gestaltung des Anforderungsprofils ist nicht auf die Festlegung von Mindestanforderungen beschränkt. Es ist gleichfalls zulässig, das Bewerberfeld „nach oben“ zu begrenzen, indem höher qualifizierte Bewerberinnen und Bewerber von vornherein vom Bewerbungsverfahren ausgeschlossen werden.
3. Der Ausschluss von solchen „Überqualifizierten“ aus dem Bewerbungsverfahren verstößt nicht gegen Art 33 Abs. 1 GG, wenn er mit den folgenden sachlichen Kriterien begründet wird und das Anforderungsprofil zuvor zumindest behördenintern dokumentiert wurde: Gefahr des Verdrängungswettbewerbs „von oben nach unten“; Gefahr von Rangordnungskämpfen; Motivationsprobleme der Überqualifizierten („Bore Out“); Subordinationsprobleme des höher qualifizierten Untergebenen; Einfügungsprobleme in den Kreis gleichrangiger, aber geringer ausgebildeter Kolleginnen und Kollegen; drohende Fluktuation auf den zu besetzenden Stellen.

4. Bei der so begründeten Entscheidung, Überqualifizierte aus dem Bewerbungsverfahren auszuschließen, geht es um personalpolitische Erwägungen, die die Mitarbeiterzufriedenheit und eine nachhaltige Personalplanung zum Ziel haben, die damit unmittelbar die Eignung der Bewerberinnen und Bewerber betreffen und die folglich nach dem Maßstab des Art 33 Abs. 2 GG sachgerecht sind.

Tenor:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bonn [„Bonn“ statt „Köln“ berichtigt durch Beschluss vom 12.04.2021] vom 07.10.2020 – 4 Ga 29/20 – wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten der Berufung hat der Kläger zu tragen.

Tatbestand

Die Parteien streiten im Eilverfahren um die Besetzung einer Stelle mit einem Konkurrenten des Klägers und dabei insbesondere um die Frage, ob die Rechte des Klägers aus Art 33 Abs. 2 GG verletzt sind, weil er mit der Begründung abgelehnt worden war, er sei überqualifiziert.

Der Kläger ist 45 Jahre alt. Er ist Diplom-Wirtschaftsingenieur für Seeverkehr (FH). Sein Fachhochschulabschluss erfolgte am 03.05.2011 bei der Hochschule B . Sechs Jahre später, am 26.07.2017, bestand er erfolgreich die Prüfung zum Master of Science im Studiengang „Operation and Management of Maritime Systems“ an der Hochschule in W . Seit Mai 2013 ist der Kläger am Institut für Sicherheitstechnik/Schiffssicherheit e.V. in R als Projektingenieur tätig.

Im Geschäftsbereich des Bu für Verkehr und digitale Infrastruktur der Bun (VI) schrieb die beklagte Bun unter dem Referenzcode 20200770_0002 für das Referat WS 23 (Sicherheit in der Seeschifffahrt) eine Stelle aus für eine/einen „Nautikerin/Nautiker (w/m/d) (FH-Diplom/Bachelor) als Sachbearbeiterin/Sachbearbeiter am Dienstsitz in Bo .“ Auf seine Bewerbung vom 05.06.2020 erhielt der Kläger unter dem Datum 15.06.2020 eine Ablehnung mit der Begründung, seine Bewerbung habe aus personalpolitischen Gründen wegen seines höheren Bildungsanschlusses nicht berücksichtigt werden können.

Ob die beklagte Bun die Rechte des Klägers aus Art 33 Abs. 2 GG verletzt hat, indem Sie mit dieser Begründung die Bewerbung des Klägers unberücksichtigt gelassen hat, ist der Kern des Streits zwischen den Parteien.

Gut vier Monate vor dem hier streitigen Bewerbungsverfahren entwarf das Personalreferat des BMVI Z10 unter dem Datum 28.01.2020 eine Abteilungsleitervorlage (Anlage AG 1, Bl. 69 d.A.). In dieser Vorlage heißt es auszugsweise:

Bewerberauswahlgrundsätze

- hier: Sachbearbeiter-Dienstposten im Referat E 22

1

2

3

4

5

6

7

8

[...]	9
Auf Ausschreibungen des VI für Bürosachbearbeiter- bzw. Sachbearbeiter-Dienstposten gehen immer wieder auch neben Bewerbungen mit den in den Ausschreibungen geforderten Abschluss Bewerbungen von sogenannten „überqualifizierten“ Bewerbern/Bewerberinnen ein. Für die oben genannte Ausschreibung z.B. war ein Bachelor-Abschluss gefordert, beworben haben sich aber auch Bewerber mit einem Master-Abschluss. Um, wie bei der hier vorliegenden konkreten Ausschreibung, nur die Bewerbungen mit dem geforderten Bachelor-Abschluss in die engere Auswahl nehmen bzw. Master-Abschlüsse ausschließen zu können, bedarf es einer Grundsatzentscheidung des BM in personalpolitischer Hinsicht, damit der Grundsatz der Bestenauslese gewahrt bzw. eine unmittelbare Benachteiligung wegen Behinderung vermieden wird, und somit eine rechtmäßige Entscheidung getroffen werden kann.	10
Bei oben genannter Ausschreibung sollten grundsätzlich nur die Bewerbungen in die engere Auswahl genommen werden, die den in der konkreten Ausschreibung geforderten Abschluss nachweisen. Ein universitärer (Master-) Abschluss ist für Stellen des „höheren“, nicht aber für Stellen des „gehobenen“ Dienstes erforderlich. Er ist für Stellen des „gehobenen“ Dienstes auch nicht erwünscht, da die Gefahr einer Frustration der Bewerber selbst, sowie die Gefahr eines Veränderungswettbewerbes („von oben nach unten“) sowie von „Rangordnungskämpfen“ unter den Beschäftigten - mithin Mitarbeiterunzufriedenheit - zu erwarten ist, dem anders nicht wirksam begegnet werden kann. „Überqualifizierte“ Bewerbungen könnten somit aus Erwägungen unberücksichtigt bleiben, die nicht die fachliche Eignung der Bewerber betrifft. Personalpolitischen Erwägungen, die die Mitarbeiterzufriedenheit und eine nachhaltige Personalplanung zum Ziel haben, sind - insbesondere auch nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (siehe BAG Urteil Rz. 49 a.E.) - nicht sachwidrig. Dies bezieht auch die Nichtberücksichtigung von Schwerbehinderten „überqualifizierten“ Bewerbern/Bewerberinnen mit ein.	11
Auf die oben genannte konkrete Ausschreibung haben sich sowohl Bewerber/Bewerberinnen mit Bachelor- als auch mit Master-Abschluss beworben. Für beide Kategorien liegen auch Bewerbungen schwerbehinderter Menschen vor. Es liegen auch ausreichende und qualifizierte Bewerbungen mit Bachelor-Abschluss vor, sodass eine erfolgreiche Auswahl auch nach Ausschluss der Masterabschlüsse zu erwarten ist.	12
Um in diesen Fällen rechtssichere Entscheidungen treffen zu können, wird vorgeschlagen, aus oben genannten personalpolitischen Erwägungen für die hier genannte konkrete Ausschreibung, als auch für alle zukünftigen Ausschreibungen für den mittleren und gehobenen Dienst (für Tarifbeschäftigte analog) im Grundsatz zu beschließen:	13
<ul style="list-style-type: none"> • Auf entsprechende Ausschreibung des BM werden in Auswahlverfahren nur die Bewerbungen berücksichtigt, die über den im Ausschreibungstext zwingend geforderten Abschluss/Qualifikation verfügen. 	115
<ul style="list-style-type: none"> • „Überqualifizierte“ Bewerberinnen/Bewerber werden aus personalpolitischen Erwägungen nicht in das Auswahlverfahren aufgenommen. Dies schließt „überqualifizierte“ Bewerbungen schwerbehinderter Menschen mit ein. 	117
[...]	18

Der Abteilungsleiter Z zeichnete diese Vorlage unter anderem mit dem handschriftlichen Kommentar „diese wird von mir befürwortet“ am 07.02.2020 ab (Bl. 69 d.A.) und verfügte „Voraussetzungen bitte mit den Interessenvertretungen besprechen.“ Die Mitbestimmungsgremien haben der Vorlage nicht widersprochen.	19
Mit Blick auf die drei Monate später zu besetzende, im vorliegenden Eilverfahren streitige Stelle hatte die Ausschreibung mit dem Referenzcode 20200770_0002, auf die sich der Kläger beworben hatte, auszugsweise den folgenden Wortlaut:	20
Das M für Verkehr und digitale Infrastruktur (BM) sucht für das Referat WS 23 (Sicherheit in der Seeschifffahrt [Nautiker, Technik, Seeleute, Funk]) der Abteilung WS (Wasserstraßen, Schifffahrt) zum nächstmöglichen Zeitpunkt unbefristet eine/einen	21
Nautikerin/Nautiker (m/w/d) (FH-Diplom/Bachelor) als	22
Sachbearbeiterin/Sachbearbeiter	23
Der Dienstort ist Bo .	24
Referenzcode der Ausschreibung	25
Ihre Aufgaben	26
<ul style="list-style-type: none"> • Fortschreibung und Umsetzung der nationalen, europäischen und internationalen Vorschriften zu Schiffsführung und Kollisionsverhütung 	27
<ul style="list-style-type: none"> • Fortschreibung und Umsetzung der nationalen, europäischen und internationalen Vorschriften zu Schifffahrt zur Routenführung 	29
<ul style="list-style-type: none"> • Grundsatzangelegenheiten im Bereich der Zulassungsvorschriften und zur Marktüberwachung von Schiffsausrüstung einschließlich der Weiterentwicklung des europäischen Rechtsrahmens 	30
<ul style="list-style-type: none"> • Grundsatzfragen der Landungsbeförderung mit Seeschiffen einschließlich der Weiterentwicklung der internationalen Sicherheitsvorschriften 	31
<ul style="list-style-type: none"> • Vertretung des BM in nationalen, europäischen und internationalen Organisationen und Gremien 	32
<ul style="list-style-type: none"> • Koordinierung mit Ressorts, Bundesbehörden, Küstenländern und Verbänden bei der Entwicklung und Durchsetzung von Vorschriften 	33
<ul style="list-style-type: none"> • Zusammenarbeit im Verbänden und Interessenvertretungen auf nationaler und internationaler Ebene 	34
<ul style="list-style-type: none"> • Mitwirkung bei der Fachaufsicht über die Dienststelle Schiffssicherheit der BG Verkehr und das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie 	35
Ihr Profil	36
Zwingende Anforderungskriterien:	37

• Abgeschlossenes Hochschulstudium der Fachrichtung Nautiker (FH-Diplom/Bachelor)	389
• Gute Kenntnisse der englischen Sprache (wird im Rahmen des Auswahlverfahrens überprüft)	40
Wichtige Anforderungskriterien	41
• Grundkenntnisse in allgemeinen Schifffahrtsthemen	42
• Kenntnisse über Organisation und Verfahren bei dem Internationalen Seeschiffahrtsorganisationen und der EU	44
• [...]	45
Unser Angebot	46
Die Vergütung erfolgt nach Entgeltgruppe 13.	47
Im Bu für Verkehr und digitale Infrastruktur wird eine Zulage für oberste Bundesbehörden (Ministerialzulage) gezahlt.	48
Eine Verbeamtung ist bei Vorliegen der persönlichen Voraussetzungen möglich.	49
Nachdem der Kläger die Ablehnung mit der Begründung, er sei für die Stelle überqualifiziert, erhalten hatte, hat er zunächst am 25.06.2020 Widerspruch erhoben, der dann am 10.07.2020 zurückgewiesen worden ist. Daraufhin hat der Kläger zunächst beim Verwaltungsgericht ein Eilverfahren eingeleitet, das den Rechtsstreit an das Arbeitsgericht Bonn verwiesen hat.	50
Die beklagte Bundesrepublik hat zugesichert, die streitgegenständliche Stelle bis zum rechtskräftigen Abschluss des einstweiligen Rechtsschutzes nicht zu besetzen.	51
Der Kläger hat zur Begründung seines Eilantrages vorgetragen, das von der Bun durchgeführte Bewerbungsverfahren verletze ihn nach seiner Auffassung in seinen Rechten aus Art 33 Abs. 2 GG, indem es überqualifizierte Bewerber aus dem Verfahren ausschließe.	52
Der Kläger hat beantragt,	53
der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung bis zur bestands- bzw. rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache zu untersagen, die Stelle „Nautikerin/Nautiker (m/w/d) (FH-Diplom/Bachelor), Referenzcode “ mit einem Konkurrenten des Antragstellers zu besetzen.	54
Die beklagte Bun hat beantragt,	55
die Verfügungsklage abzuweisen.	56
Sie hat vorgetragen, nach ihrer Auffassung sei die Entscheidung, überqualifizierte Bewerberinnen und Bewerber nicht zu berücksichtigen, sachgerecht und von ihrer Organisationshoheit umfasst. Der Grundsatz der Nichtberücksichtigung überqualifizierter	57

Bewerberinnen und Bewerber sei schon vor Unterzeichnung der Abteilungsleitervorlage praktiziert worden. In der Zeit danach sei dies erst recht geschehen. Auch alle beteiligten (Mitbestimmungs-)Gremien hätten die Entscheidung für richtig befunden.

Das Arbeitsgericht Bonn hat mit Urteil vom 07.10.2020 die Verfügungsklage abgewiesen. Der Kläger habe keinen Verfügungsanspruch auf Unterlassung der Stellenbesetzung, insbesondere folge ein solcher Anspruch nicht aus Art. 33 Abs. 2 GG. Die beklagte Bun habe den Kläger vielmehr zurecht aus dem Bewerbungsverfahren ausgeschlossen. Der Entscheidung liege ein zulässiges Anforderungsprofil mit zulässigen Differenzierungskriterien zu Grunde. Das Anforderungsprofil mit den Worten „zwingende Anforderungskriterien“ mache (mangels einer Öffnungsklausel) deutlich, dass auch eine Abweichung „nach oben“ nicht in Betracht komme. Die Erwägungen „Mitarbeiterzufriedenheit“ und „nachhaltige Personalpolitik“ seien nachvollziehbare sachliche Kriterien, die der nach Art 33 Abs. 2 GG gebotenen „Bestenauslese“ nicht entgegenstünden. 58

Gegen dieses ihm am 13.10.2020 zugestellte Urteil hat der Kläger am 04.11.2020 Berufung eingelegt und er hat diese nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist am 07.12.2020 begründet. 59

Der Kläger trägt nun zur Begründung seiner Berufung vor, er bleibe bei seiner Auffassung, die Beklagte habe seine Rechte aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt, indem sie ihn nur deshalb aus dem Auswahlverfahren ausgeschlossen habe, weil er nicht etwa nur einen Bachelorabschluss sondern im gleichen Fache einen Masterabschluss vorweisen könne. Unstreitig erfülle er doch die von der beklagten Bun geforderte zwingende Voraussetzung eines Bachelorabschlusses. Die Formulierung „zwingend“ verstehe er so, dass die genannte Voraussetzung in jedem Falle zumindest vorliegen müsse, dass hier also von einer Mindestqualifikation die Rede sei. Bei Beurteilung der Unterstellung der beklagten Bun, eine höhere Qualifikation führe zu „Boreout“, Subordinationsproblemen, hoher Fluktuation auf der Stelle usw., habe das Arbeitsgericht die Tatsache unberücksichtigt gelassen, dass es ggfls. noch im Rahmen des Auswahlverfahrens überprüft werden könne, ob sich die durch eine höhere Vorbildung vermeintlich bedingte Überqualifikation nachhaltig auf die Eignung auswirke. In dieser Hinsicht berufe er sich ausdrücklich auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 02.04.2014 - 10 K 3549/13. Das Arbeitsgericht habe außerdem die mögliche Verletzung seines Grundrechts aus Art 12 unberücksichtigt gelassen. 60

Der Kläger beantragt, 61

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Bonn zum Aktenzeichen 4 Ga 29/20 der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung bis zur bestands- bzw. rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache zu untersagen, die Stelle „Nautikerin/Nautiker (m/w/d) (FH-Diplom/Bachelor), Referenzcode “ mit einem Konkurrenten des Antragstellers zu besetzen. 62

Die Beklagte beantragt, 63

die Berufung zurückzuweisen. 64

Sie verteidigt die Entscheidung des Arbeitsgerichts und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Die in der Berufungsbegründung geäußerte Rechtsauffassung des Klägers, der zufolge sich der öffentliche Arbeitgeber in jedem Falle einen persönlichen Eindruck vom Bewerber machen müsse, sei nach ihrer Auffassung falsch. Eine solche Pflicht wäre sogar einschneidender als der Normappell des § 165 SGB IX, der nur für schwerbehinderte Menschen gelte. Das widerspreche dem § 165 SGB IX in seinem 65

Charakter als Ausnahmevorschrift.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsniederschriften Bezug genommen. 66

Entscheidungsgründe 67

Die zulässige Berufung ist nicht begründet. 68

I. Die Berufung des Klägers ist zulässig, weil sie statthaft (§ 64 Abs. 1 und 2 ArbGG) und frist- sowie formgerecht eingelegt und begründet worden ist (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO). 69

II. Das Rechtsmittel bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg. Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht und mit zutreffender Begründung mangels eines Verfügungsanspruches abgewiesen. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf einstweilige Unterlassung der Stellenbesetzung. Ein solcher Anspruch folgt weder aus allgemeinen zivilrechtlichen Erwägungen noch aus einem Verstoß gegen ein spezifisches, das Bewerbungsverfahren betreffende Verbot, noch aus Art 33 Abs. 2 GG. 70

1. Ein Unterlassungsanspruch aus einer privatrechtlichen vorvertraglichen Rechtsbeziehung kommt nicht in Betracht. Der private Arbeitgeber ist bei der Auswahl derjenigen Personen, die er als Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer beschäftigen möchte, grundsätzlich frei. Solange er nicht gegen Verbote verstößt, kann er sich bei der Auswahl auch unsachlicher Kriterien bedienen, also solcher Kriterien, die mit der Stelle, der Bewerberin/dem Bewerber oder mit einem ggfls. existierenden Anforderungsprofil nichts zu tun haben. So kann er z.B. nach dem Alphabet vorgehen, nach der Reihenfolge des Posteingangs oder er kann einem anderen Zufallsprinzip folgen. Er kann damit erst recht im Bewerberfeld ganz spezifische Ausbildungsgänge bevorzugen, andere Bildungsabschlüsse aus der Auswahl ausschließen, bestimmte Universitätswahlfächer priorisieren, oder bestimmte Vorbeschäftigungen bei konkreten Vorarbeitgebern zur Voraussetzung einer Einstellung machen. 71

2. Ein Unterlassungsanspruch ergibt sich auch nicht aus dem Verstoß gegen ein spezifisches, das vorvertragliche Rechtsverhältnis des Bewerbungsverfahrens betreffendes Verbot. Insbesondere ist ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot aus § 7 AGG nicht ersichtlich. Der Kläger selbst macht nicht geltend, er sei wegen eines der in § 1 AGG genannten Merkmale benachteiligt worden, also z.B. wegen seiner ethnischen Herkunft, seines Geschlechts, seiner Religion, seiner Weltanschauung, seiner Behinderung, seines Alters oder seiner sexuellen Identität. 72

Soweit er die Auffassung vertritt, die beklagte Bun sei verpflichtet, ihn zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, um dort zu ermitteln, ob die von ihr befürchteten Folgen einer „Überqualifizierung“ bei ihm konkret tatsächlich zum Tragen kommen könnten, macht er einen Anspruch geltend, den das Gesetz nur im Falle einer Schwerbehinderung und nur bei Stellenbesetzungen im öffentlichen Dienst kennt, nämlich nach § 165 SGB IX. Nach dieser Vorschrift ist der öffentliche Arbeitgeber verpflichtet, nicht offensichtlich ungeeignete schwerbehinderte Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen. Ziel der Vorschrift ist es, den schwerbehinderten Menschen gegenüber den nicht schwerbehinderten Menschen - die den Anspruch auf Einladung grundsätzlich nicht haben - besser zu stellen. Der Kläger ist aber nicht schwerbehindert und hat deshalb keinen Anspruch darauf, besser gestellt zu 73

werden, als seine Mitbewerberinnen und Mitbewerber.

Ein Verstoß gegen eine weitere, das Bewerbungsverfahren betreffende Norm ist nicht ersichtlich und vom Kläger nicht vorgetragen. Das gilt auch für ggfls. zu beachtende Mitbestimmungstatbestände und damit für die Beteiligung des Personalrats – ganz unabhängig von der (zu verneinenden) Frage, ob aus einer Verletzung eines Beteiligungsrechts ein Unterlassungsanspruch eines nicht berücksichtigten Bewerbers folgen könnte. 74

3. Auch aus einer Verletzung des § 33 Abs. 2 GG i.V.m. § 1004 BGB hat der Kläger keinen Unterlassungsanspruch gegen die beklagte Bun, denn die Beklagte hat mit ihrer Entscheidung, den Kläger im Bewerbungsverfahren unberücksichtigt zu lassen, nicht gegen Art. 33 Abs. 2 GG verstoßen. 75

Bei einer Bewerbung auf eine Stelle des öffentlichen Dienstes haben die Bewerberinnen und Bewerber grundsätzlich einen Anspruch auf Berücksichtigung ihrer Rechte aus Art. 33 Abs. 2 GG und bei deren Verletzung einen Anspruch auf Unterlassung der Stellenbesetzung mit einer Konkurrentin oder einem Konkurrenten (a). Vorliegend sind diese Rechte des Klägers aber nicht verletzt, denn die beklagte Bun hat ein Anforderungsprofil erstellt, dieses hinreichend dokumentiert und es mit einem zulässigen Inhalt versehen, der weder die Rechte der Bewerberinnen und Bewerber aus Art. 33 Abs. 2 GG noch aus Art. 12 GG verletzt. Der Kläger erfüllt die Voraussetzungen dieses Anforderungsprofils nicht (b). 76

a. Bei einer Bewerbung auf eine Stelle des öffentlichen Dienstes hat die Bewerberin oder der Bewerber - anders als in der Privatwirtschaft (s.o.) - grundsätzlich einen Anspruch auf Berücksichtigung der Rechte aus Art. 33 Abs. 2 GG (1.) und bei deren Verletzung einen Anspruch auf Unterlassung der Stellenbesetzung mit einer anderen Bewerberin oder einem anderen Bewerber (2.). 77

(1.) Aus Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Jede Bewerbung im öffentlichen Dienst muss nach diesen Kriterien beurteilt werden. Das dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes. Zum anderen trägt die Regelung in Art 33 Abs. 2 GG dem berechtigten Interesse der Bediensteten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass sie grundrechtsgleiche Rechte auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet. Öffentliche Ämter im vorgenannten Sinn sind nicht nur Beamtenstellen, sondern auch solche Stellen, die von Angestellten besetzt werden können. Aus dem Vorgesagten und angesichts der Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung in Art. 33 Abs. 2 GG folgt ein subjektives Recht aller Bewerberinnen und Bewerber auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren (BAG v. 10.02. 2015 - 9 AZR 554/13), das für Beamtinnen und Beamte vor den Verwaltungsgerichten und für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor den Arbeitsgerichten geltend gemacht werden kann. Konkret haben die Bewerberinnen und Bewerber insbesondere ein subjektives Recht darauf, dass sie nicht aufgrund von sachwidrigen Erwägungen, die nichts mit den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien zu tun haben, im Bewerbungsverfahren unterliegen, oder gar ganz aus dem Bewerbungsverfahren ausgeschlossen werden. Der Kläger macht vorliegend mit seinem Eilantrag dieses subjektive Recht geltend, indem er die Auffassung vertritt, dass eine Überqualifizierung, selbst wenn sie vorläge und selbst wenn sie Gegenstand des Anforderungsprofils gewesen wäre, keinen sachlichen Grund für einen Ausschluss aus dem Bewerbungsverfahren rechtfertigen könne. 78

(2.) Bei einer Verletzung des aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Verfahrensanspruchs haben die nicht berücksichtigten Bewerberinnen und Bewerber einen Anspruch auf Unterlassung der Besetzung der Stelle durch eine Konkurrentin oder einen Konkurrenten. Das verfassungsrechtlich geschützte Bewerbungsverfahren aus Art 33 Abs. 2 GG ist als ein nach § 1004 geschütztes Recht zu betrachten. Der dieses subjektive Verfahrensrecht verletzende Arbeitgeber der öffentlichen Hand ist als Störer iSd. § 1004 Abs. 1 BGB anzusehen. Die im Bewerbungsverfahren unterlegenen oder sogar gar nicht berücksichtigten Bewerber haben folglich einen Anspruch darauf, dass die vom öffentlichen Arbeitgeber angekündigte sie in ihrem Bewerbungsverfahren aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzende endgültige Übertragung des Dienstpostens auf die Konkurrentin oder den Konkurrenten als Störung im Sinne des § 1004 BGB unterlassen wird (BAG v. 05.11.2002 – 9 AZR 451/01 –).

b. Vorliegend sind die Rechte des Klägers aus Art. 33 Abs. 2 GG nicht verletzt, denn die beklagte Bun hat ein Anforderungsprofil erstellt (1.), dieses hinreichend dokumentiert (2.) und es mit einem zulässigen Inhalt versehen, der weder die Rechte der Bewerber aus Art. 33 Abs. 2 noch aus Art. 12 GG verletzt (3.). Der Kläger erfüllt die Voraussetzungen dieses Anforderungsprofils nicht (4.). 80

(1.) Die beklagte Bun hat ein Anforderungsprofil erstellt mit dem Inhalt der sich aus der Ausschreibung einerseits und dem internen Vermerk vom 28.01.2020 andererseits ergibt. Mit diesem Anforderungsprofil hat sie bestimmt, dass überqualifizierte Bewerber, nämlich diejenigen, deren Qualifikation höher ist als der im Ausschreibungstext als „zwingend“ geforderte Abschluss, nicht in das Auswahlverfahren aufgenommen werden sollen. 81

Über die Einrichtung und nähere Ausgestaltung von Dienstposten entscheidet grundsätzlich der Dienstherr nach seinen organisatorischen Bedürfnissen und Möglichkeiten. Es obliegt daher auch seinem organisatorischen Ermessen, wie er einen Dienstposten zuschneiden will und welche Anforderungen demgemäß der Bewerberauswahl zugrunde zu legen sind. Erst aus diesem Zuschnitt des Dienstpostens werden daher die Anforderungen bestimmt, an denen konkurrierende Bewerberinnen und Bewerber zu messen sind. Mit der Bestimmung eines Anforderungsprofils für die zu vergebende Stelle legt der Dienstherr gleichzeitig die Kriterien für die Auswahl der Bewerberinnen und Bewerber fest, an ihm werden die Eigenschaften und Fähigkeiten der Bewerberinnen und Bewerber gemessen (vgl. BVerfG 8. 10. 2007 – 2 BvR 1846/07). Aufgrund des Anforderungsprofils sollen einerseits geeignete Bewerberinnen und Bewerber gefunden, andererseits ungeeignete Bewerberinnen und Bewerber schon im Vorfeld der eigentlichen Auswahlentscheidung aus dem Kreis der in das engere Auswahlverfahren einzubeziehenden Bewerberinnen und Bewerber ausgeschlossen werden. Der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes ist daher nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, für die zu besetzende Stelle ein Anforderungsprofil festzulegen (BAG v. 12. 9. 2006 – 9 AZR 807/05 –). 82

Zu dem von der beklagten Bun vorliegend erstellten Anforderungsprofil gehörte es somit, dass die Bewerberinnen und Bewerber keinen höheren Bildungsabschluss erreicht haben als einen Bachelor. Das ergibt sich einerseits ausdrücklich aus dem internen Vermerk vom 28.01.2020, in dem es heißt „... werden in Auswahlverfahren nur die Bewerbungen berücksichtigt, die über den im Ausschreibungstext zwingend geforderten Abschluss/Qualifikation verfügen ... Überqualifizierte Bewerberinnen/Bewerber werden aus personalpolitischen Erwägungen nicht in das Auswahlverfahren aufgenommen;“ in Verbindung damit ergibt sich dies andererseits aus dem Ausschreibungstext in dem es heißt „Zwingende Anforderungskriterien: Abgeschlossenes Hochschulstudium der Fachrichtung Nautiker (FH-Diplom/Bachelor)“. Dieser Inhalt des Anforderungsprofils ist zwischen den 83

Parteien nicht streitig, der Kläger macht lediglich geltend, dass sich dieses Anforderungsprofil nicht hinreichend deutlich aus dem Text der Ausschreibung ergebe und dass es einen unzulässigen Inhalt habe.

(2.) Der vorgenannte Inhalt des Anforderungsprofils ist mit der Kombination des internen Vermerks einerseits und dem Text der Ausschreibung andererseits hinreichend dokumentiert. Schon aus dem Text der Ausschreibung „Zwingende Anforderungskriterien ...“ lässt sich schließen, dass nur Bewerberinnen und Bewerber mit Bachelor-Abschlüssen gefragt sind - und nur diese, also keine Bewerberinnen und Bewerber mit einem höherwertigen Abschluss und keine mit einem geringerwertigen. Für das Erfordernis der Dokumentation kommt es allerdings nicht allein auf den Text der Ausschreibung an. 84

Das vom Kläger andeutungsweise zum Ausdruck gekommene gegenteilige Verständnis gibt Anlass darauf hinzuweisen, dass es vorliegend den Geboten von Transparenz und Fairness entsprochen hätte, die Ausschreibung entsprechend eindeutig zu fassen. Wird bei der Erstellung der Ausschreibung entsprechende Sorgfalt zugrunde gelegt, könnten Rechtsstreite wie der vorliegende möglicherweise verhindert werden. So wäre es hier ohne weiteres möglich gewesen, den zweiten Punkt aus der Abteilungsleitervorlage vom 28.01.2020 in den Text der Ausschreibung aufzunehmen: „Überqualifizierte Bewerberinnen/Bewerber werden aus personalpolitischen Erwägungen nicht in das Auswahlverfahren aufgenommen. Dies schließt überqualifizierte Bewerbungen schwerbehinderter Menschen mit ein“ oder schlichter und kürzer, aber ebenso verständlich: „überqualifizierte Bewerberinnen/Bewerber werden nicht berücksichtigt“. Mit einer derart eindeutig gefassten Formulierung wäre es den Bewerberinnen und Bewerbern, insbesondere aber dem Kläger, von vornherein möglich gewesen, ihre Bewerbungschancen realistisch einzuschätzen. 85

Dass es für das Erfordernis der Dokumentation nicht allein auf den Text der Ausschreibung ankommt, ergibt sich zum einen aus der Tatsache, dass die Ausschreibung und das Anforderungsprofil verschiedene Dinge sind und zum anderen daraus, dass außerhalb des Beamtenrechts die Ausschreibung einer freien Stelle nicht einmal zwingend ist. Eine Ausschreibung ist eine - an eine nicht bekannte Vielzahl von Personen gerichtete - Aufforderung, sich auf eine bei einem Arbeitgeber zu besetzende Stelle zu bewerben (BAG v. 16.12.2015 - 5 AZR 567/14 -; BAG v. 15.12.2016 BAG - 8 AZR 454/15 -; BAG v. 23.11.2017 - 8 AZR 372/16). Wie konkret der Arbeitgeber diese Ausschreibung fasst, steht in seinem freien Ermessen, solange er dabei keine Diskriminierung vermuten lässt (§ 11 AGG). Zwar ist mitunter von einem „Anforderungsprofil in einer Stellenausschreibung“ zu lesen (vgl. z.B. VG Düsseldorf v. 02.04.2014 – 10 K 3549/13 – Rn. 37) und tatsächlich kann das *in einer Stellenausschreibung zum Ausdruck kommende Anforderungsprofil* die Bewerberin oder den Bewerber in ihrem oder seinem Verfahrensrecht verletzen. Dennoch sind die Begriffe nicht deckungsgleich. Außerhalb des Beamtenrechts (vgl. § 8 BBG) ist eine Pflicht zur Stellenausschreibung nicht einmal ausdrücklich geregelt und damit erst recht nicht der *Inhalt* einer solchen Stellenausschreibung (Conze/Karb/Wölk/Reidel PersB, Stellenausschreibung Rn. 2814, beck-online mwN). 86

Die Mindestanforderung, nämlich die vor Beginn des Bewerbungsverfahrens erfolgte *interne* Dokumentation des Anforderungsprofils, ist vorliegend durch den Vermerk erfüllt. Zur Gewährleistung des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 19 Abs. 4 GG ist eine solche Dokumentation notwendig (BAG, Urteil vom 21.01.2003 – 9 AZR 72/02; BAG v. 12. 9. 2006 – 9 AZR 807/05). Nur so ist es der unterlegenen Bewerberin oder dem unterlegenen Bewerber möglich, rechtssicher die Nichteinhaltung eines Anforderungsprofils geltend zu machen, ohne 87

auf möglicherweise vergessliche oder gar sich widersprüchlich äussernde Behördenangehörige zu stoßen.

(3.) Das von der beklagten Bun erstellte Anforderungsprofil hatte einen zulässigen Inhalt. Insbesondere war es zulässig, Bewerberinnen und Bewerber mit einem höheren Bildungsabschluss als einem Bachelorabschluss aus dem Bewerbungsverfahren auszuschließen. Das Anforderungsprofil verstößt weder gegen die Vorgaben aus Art. 33 Abs. 2 GG noch verletzt es die nicht berücksichtigten Bewerberinnen und Bewerber in ihren Rechten aus Art. 12 GG. Grundsätzlich ist der Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes im Rahmen seiner Organisationsgewalt inhaltlich frei, für die zu besetzende Stelle ein Anforderungsprofil aufzustellen, dessen Erfüllung Voraussetzung für die Teilnahme am Bewerbungsverfahren ist (BAG v. 10.02.2015 – 9 AZR 554/13; BAG v. 06.05.2014 – 9 AZR 724/12). Durch die Bestimmung eines Anforderungsprofils für einen Dienstposten legt der Dienstherr die Kriterien für die Auswahl der Bewerberinnen und Bewerber im Voraus fest. Die im Anforderungsprofil genannten leistungsbezogenen Auswahlkriterien müssen in einem engen inhaltlichen Zusammenhang mit den Anforderungen der zu besetzenden Stelle stehen. Durch das Anforderungsprofil sollen ungeeignete Bewerberinnen und Bewerber aus dem Kreis der in das engere Auswahlverfahren einzubeziehenden Bewerberinnen und Bewerber ausgeschlossen werden. Mit dem Anforderungsprofil wird somit die Zusammensetzung des Bewerberfeldes gesteuert und eingengt. Fehler im Anforderungsprofil führen grundsätzlich zur Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens, weil die Auswählerwägungen dann auf sachfremden, nicht am Leistungsgrundsatz orientierten Gesichtspunkten beruhen (BAG v. 10.02.2015 – 9 AZR 554/13; BAG v. 06.05.2014 – 9 AZR 724/12). Die Grenze der Gestaltungsfreiheit des Dienstherrn bei der Festlegung des Anforderungsprofils und der Eignungsmerkmale ergibt sich daraus, dass das Prinzip der Bestenauslese für die zu besetzende Stelle gewährleistet werden soll. Die Festsetzung des Anforderungsprofils muss deshalb im Hinblick auf die Anforderungen der zu besetzenden Stelle sachlich nachvollziehbar sein, das heißt es dürfen keine sachfremden Erwägungen zugrunde liegen. Insoweit unterliegt das Anforderungsprofil trotz eines dem Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes von Verfassung wegen gewährten Beurteilungsspielraums einer gerichtlichen Kontrolle.

Hieran gemessen erweist sich das Anforderungsprofil für die ausgeschriebene Stelle nicht als sachwidrig. Es verstößt nicht gegen Art. 33 Abs. 2 GG. Der Festlegung einer formalen Ausbildungsqualifikation, wie sie hier gefordert ist, kommt die Aufgabe zu, die durch eine Prüfung nachgewiesene Befähigung zur Erledigung bestimmter Aufgaben abstrakt zu beschreiben. Das ist für die Bezeichnung konkreter Bildungsabschlüsse als Mindestanforderung in rechtlicher Hinsicht zwischen den Parteien nicht streitig und auch unmittelbar einleuchtend. Zulässig ist es aber darüber hinaus – wie hier – nicht nur eine Mindestqualifikation festzulegen, sondern das Bewerberfeld auch „nach oben“ zu begrenzen, indem höher qualifizierte Bewerberinnen und Bewerber von vornherein vom Bewerbungsverfahren ausgeschlossen werden. Die Erwägungen, die eine solche abstrakte Begrenzung des Bewerberfeldes als sachgerecht erscheinen lassen, hat das Arbeitsgericht in der angegriffenen Entscheidung überzeugend dargelegt. Sie werden hier daher nur in Stichworten wiederholt:

- Gefahr des Verdrängungswettbewerbs „von oben nach unten“; 901
- Gefahr von Rangordnungskämpfen; 92
- 93

Motivationsprobleme der Überqualifizierten („Bore Out“);	
• Subordinationsprobleme des höher qualifizierten Untergebenen;	94
• Einfügungsprobleme in den Kreis gleichrangiger, aber geringer ausgebildeter Kolleginnen und Kollegen;	95
• Drohende Fluktuation auf den zu besetzenden Stellen.	96
 Gerade die Abstraktheit der vorgenannten Punkte betont ihre Sachgerechtigkeit. Sie haben unmittelbar Bezug zu der ausgeschriebenen Position und zur Arbeitswirklichkeit in der Dienststelle. Es geht um personalpolitische Erwägungen, die die Mitarbeiterzufriedenheit und eine nachhaltige Personalplanung zum Ziel haben (vgl. BAG v. 20.01.2016 – 8 AZR 194/14), die damit unmittelbar die Eignung der Bewerberinnen und Bewerber betreffen und die folglich nach dem Maßstab des Art 33 Abs. 2 GG sachgerecht sind.	97
 Dies alles steht nicht im Widerspruch zu der vom Kläger zitierten Entscheidung des Verwaltungsgerichts Düsseldorf (VG Düsseldorf v. 02.04.2014 – 10 K 3549/13), denn dort ging es um einen anderen Sachverhalt. Gegenstand der Prüfung war dort ein Anforderungsprofil, das den gesetzlichen Vorgaben mit Blick auf Art. 12 GG nicht gerecht wurde. Es ging nämlich um den Zugang zum Vorbereitungsdienst in der Beamtenlaufbahn. In Frage stand damit nicht nur der Zugang zu einer konkreten Stelle, sondern der Zugang zum Beruf als solchem. Dieser darf wegen der „Wesentlichkeit“ nur durch Gesetz oder Verordnung reglementiert werden. Die höherrangigen Normen sahen aber im dort entschiedenen Fall nur eine Mindestqualifikation vor und eben keinen Ausschluss von Höherqualifizierten. Ein solcher Ausschluss war wegen des Vorrangs der gesetzlichen Grundlage nach Auffassung des Verwaltungsgerichts unzulässig. Dieser Unterschied zum vorliegenden Fall zeigt gleichfalls auf, wieso sich der Kläger hier nicht auf eine Verletzung des Art 12 GG berufen kann: Es geht nicht allgemein um den Zugang zum Beruf, sondern es geht um eine konkrete Stelle und um die Beschränkung des Bewerberfeldes für selbige.	98
 (4.) Der Kläger erfüllt die Voraussetzungen des von der beklagten Bundesrepublik erstellte Anforderungsprofil nicht. Sein Bildungsabschluss beschränkt sich nicht auf einen Bachelorabschluss. Er ist im Sinne des Anforderungsprofils der Beklagten überqualifiziert. Die Beklagte hat ihn daher zu Recht im Bewerbungsverfahren unberücksichtigt gelassen.	99
 III. Nach allem bleibt es somit bei der klageabweisenden erstinstanzlichen Entscheidung. Als unterliegende Partei hat der Kläger gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Berufung zu tragen.	100