



Landesarbeitsgericht Bremen

1 SaGa 5/17

4 Ga 410/17

Verkündet am 20.03.2018

*gez.
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle*

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

Verfügungsklägerin und Berufungsklägerin,

Proz.-Bev.:

gegen

Verfügungsbeklagte und Berufungsbeklagte,

Proz.-Bev.:

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Bremen aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. März 2018

durch
den Präsidenten des Landesarbeitsgerichts
den ehrenamtlichen Richter
den ehrenamtlichen Richter

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Verfügungsklägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Bremen-Bremerhaven vom 17.10.2017 - 4 Ga 410/17 - abgeändert und die Verfügungsbeklagte im Wege der einstweiligen Verfügung verurteilt,

1. bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens das abgebrochene Stellenbesetzungsverfahren zur Besetzung der unter der Kennziffer 2017-03 ausgeschriebenen Stelle als Mitarbeiter/in für das betriebliche Gesundheits- und Entwicklungsmanagement bei der W. Bremen mit dem bestehenden Bewerberkreis fortzusetzen;
2. es zu unterlassen, die unter der Kennziffer 2017-03 ausgeschriebene Stelle als Mitarbeiter/in für das betriebliche Gesundheits- und Entwicklungsmanagement bei der W. Bremen zu besetzen, solange das Hauptsacheverfahren am Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven über die Besetzung der Stelle nicht rechtskräftig beendet ist.

Die Kosten des Verfahrens hat die Verfügungsbeklagte zu tragen.

TATBESTAND:

Die Verfügungsklägerin begehrt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Verurteilung der Verfügungsbeklagten zur Fortsetzung eines abgebrochenen Stellenbesetzungsverfahrens sowie die Unterlassung der endgültigen Besetzung der zu besetzenden Stelle.

Die Verfügungsklägerin ist seit dem 15. August 2006 bei der Beklagten im Bereich der W. Bremen, Trägerin der Werkstatt für behinderte Menschen W. und weiterer berufsfördernder Angebote, auf der Grundlage des Arbeitsvertrags vom 15. Juli 2009 (Anl. A 5, Bl. 15 d.A.) als Ergotherapeutin beschäftigt.

Über die Tätigkeit der Verfügungsklägerin wurde zuletzt das Zwischenzeugnis vom 28. August 2017 ausgestellt (Anl. A 11, Bl. 43 d.A.). Aus dem zur Akte gereichten Lebenslauf der Verfügungsklägerin vom 30. März 2006 (Anl. A 8, Bl. 19 f. d.A.), auf den wegen aller Einzelheiten Bezug genommen wird, geht ihr Ausbildungs- und beruflicher Werdegang hervor. Sie verfügt insbesondere über ein Zertifikat der Universität B. (Anl. A 4, Bl. 14 d.A.), wonach sie das viersemestrige Weiterbildende Fernstudium Angewandte Gesundheitswissenschaften erfolgreich abgeschlossen hat und zur Führung der Bezeichnung „Gesundheitsmanagerin“ berechtigt ist. Ferner verfügt sie über einen Abschluss als Master of Science im Studiengang Public Health vom 25. Oktober 2016 (Anl. A 3, Bl. 13 d.A.).

Unter der Kennziffer 2017-03 schrieb die Verfügungsbeklagte eine Stelle für ein/e Mitarbeiter/in für das betriebliche Gesundheits- und Entwicklungsmanagement aus (Anl. A 1, Bl. 11 d.A.). Zu den darin genannten Voraussetzungen gehören an erster und zweiter Stelle:

- Tätigkeitsbezogene abgeschlossene Hochschulbildung oder tätigkeitsbezogene Berufsausbildung und eine gesundheitsbezogene Weiterbildung
- Berufserfahrung und Erfahrungen im Aufgabengebiet

Auf diese Stelle bewarb sich die Verfügungsklägerin mit Schreiben vom 20. April 2017 (Anl. A 2, Bl. 12 d.A.). Neben der Verfügungsklägerin bewarb sich Frau K. , die ehemalige Personalratsvorsitzende der Verfügungsbeklagten, auf diese Stelle.

In einem Gespräch mit Vertretern der Verfügungsbeklagten am 1. August 2017 erfuhr die Verfügungsklägerin, dass die Verfügungsbeklagte beabsichtige, die Stelle mit der anderen Bewerberin zu besetzen.

In dem daraufhin von der Verfügungsklägerin vor dem Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven zum Az. 4 Ga 408/17 geführten Verfahren verständigten sich die Parteien in einem Vergleich vom 8. August 2017 darauf, dass die Verfügungsbeklagte der Verfügungsklägerin bis zum 1. September 2017 die Gründe für die Auswahl zur Besetzung der in Rede stehenden Stelle und die entscheidenden Wertungsfaktoren, die der Auswahl zugrunde gelegen haben, mitteilen und es vorläufig bis zu drei Wochen nach Zugang der genannten Informationen und Unterlagen unterlassen werde, die Stelle endgültig zu besetzen. Am 1. September 2017 erhielt die Verfügungsklägerin mit dem Faxschreiben der Verfügungsbeklagten vom 31. August 2017 die Unterlagen, auf die sich der Vergleich bezieht. Frau K. erfüllt die an erster Stelle genannte Einstellungs Voraussetzung nicht. Die Verfügungsbeklagte teilte sowohl der Verfügungsklägerin als auch Frau K. - weitere Bewerberinnen oder Bewerber gab es nicht - mit Schreiben vom 25. September 2017 (Anl. VB 1, Bl. 111, und VB 2, Bl. 112 ff. d.A.) mit, dass sie nach erneuter Prüfung der Bewerbungsunterlagen aller Bewerber zu der Auffassung gelangt sei, dass alle zu berücksichtigenden Bewerber nicht die Stellenanforderungen erfüllten, die getroffene Auswahlentscheidung deshalb aufgehoben und das Stellenbesetzungsverfahren abgebrochen werde.

Die Verfügungsklägerin hat gemeint, dass sie alle Voraussetzungen der ausgeschriebenen Stelle erfülle und sie die nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bestqualifizierte Bewerberin sei. Insbesondere verfüge sie über Berufserfahrung und Erfahrungen im Aufgabengebiet, wie aus ihren Abschlüssen zur

Gesundheitsmanagerin und als Master of Science im Studiengang Public Health folge, denn damit sei durchgehend der praxisbezogene Wissenstransfer gegeben; außerdem folge dies aus ihrer durch den Lebenslauf belegten Praxiserfahrung. Im Zusammenhang mit dem Begriff der „Erfahrung“ sei nicht einmal aufgenommen worden, dass zwingend praktische Erfahrungen vorliegen müssten; praktische Erfahrungen seien mithin nicht zwingend erforderlich. Gleichwohl verfüge sie über diese, weil sie seit Jahren im Bereich des Gesundheitswesens tätig sei und durch die unterschiedlichen Aus- und Fortbildungen Erfahrungen gesammelt habe. Abgesehen davon sei die Voraussetzung praktischer Erfahrung im Rahmen der konkreten Aufgaben ein Verstoß gegen den Grundsatz der Bestenauslese, weil nur Voraussetzungen verlangt werden dürften, welche für die ordnungsgemäße Durchführung der ausgeschriebenen Stelle auch tatsächlich erforderlich seien; dies seien praktische Erfahrungen im Bereich des Gesundheitsmanagements nicht zwingend. Der Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens sei unzulässig und verletze die Verfügungsklägerin in ihrem Bewerbungsverfahrensanspruch, weil ein sachlicher Grund für den Abbruch fehle.

Die Verfügungsklägerin hat beantragt,

1. der Verfügungsbeklagten im Wege der einstweiligen Verfügung aufzugeben, bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens das abgebrochene Stellenbesetzungsverfahren zur Besetzung der unter der Kennziffer 2017-03 ausgeschriebenen Stelle als Mitarbeiter/in für das betriebliche Gesundheits- und Entwicklungsmanagement bei der W. Bremen mit dem bestehenden Bewerberkreis fortzusetzen;
2. der Verfügungsbeklagten im Wege der einstweiligen Verfügung aufzugeben, es zu unterlassen, die unter der Kennziffer 2017-03 ausgeschriebenen Stelle als Mitarbeiter/in für das betriebliche Gesundheits- und Entwicklungsmanagement bei der W. Bremen zu besetzen, solange das Hauptsacheverfahren am Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven über die Besetzung der Stelle nicht rechtskräftig beendet ist.

Die Verfügungsbeklagte hat beantragt,

die Verfügungsklage abzuweisen.

Die Verfügungsbeklagte hat gemeint, der Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens sei rechtmäßig erfolgt. Ein sachlicher Grund für den Abbruch bestehe darin, dass keine Bewerberin die von der Stelleninhaberin berechtigterweise zu verlangenden Voraussetzungen erfülle. Die ordnungsgemäße Beendigung des Verfahrens sei damit ausgeschlossen. Mit dem Abbruch sei der Bewerberverfahrensanspruch der Verfügungsklägerin erloschen. Der Verfügungsklägerin fehle Berufserfahrung und Erfahrung im Aufgabengebiet. Hierbei handele es sich um eine zulässige konstitutive

Voraussetzung, da die Verfügungsbeklagte für die Aufgabenerfüllung eine/n routinierte/n Praktiker/in für notwendig erachte. Nur dadurch könne eine verzögerungsfreie kontinuierliche Wahrnehmung der in der Ausschreibung genannten Aufgabengebiete sichergestellt werden. Diese Anforderung stehe in engem inhaltlichem Zusammenhang mit dem Gesichtspunkt der Befähigung. Dafür ausreichend seien gerade nicht allgemeine Erfahrungen im Gesundheitswesen oder die von der Verfügungsklägerin absolvierten Aus- und Fortbildungen. Ein weiterer sachlicher Grund für den Abbruch des Besetzungsverfahrens bestehe in dem Umstand, dass der Mitbewerberin Frau K. das Auswahlergebnis bereits mitgeteilt worden sei.

Das Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven hat durch Urteil vom 17. Oktober 2017 - 4 Ga 410/17 - Bl. 126 ff. d. A. - die Verfügungsklage als unbegründet abgewiesen. Es fehle bereits an einem Verfügungsanspruch für den Antrag zu 1. Denn die Verfügungsklägerin habe keinen Anspruch auf Fortsetzung des abgebrochenen Stellenbesetzungsverfahrens. Ein entsprechender Bewerbungsverfahrensanspruch sei nicht gegeben. Denn es liege ein sachlicher Grund für den Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens vor. Denn keine der Bewerberinnen habe die Ausschreibungskriterien erfüllt. Dies sei hinsichtlich der Bewerberin Frau K. unstrittig. Die Verfügungsklägerin erfülle aber nicht die Voraussetzung der „Berufserfahrung und Erfahrungen im Aufgabengebiet“. Denn „Erfahrungen“ seien gleichzusetzen mit praktischen Erfahrungen. Die Anwendung erworbenen Wissens im Rahmen einer Aus-, Fort- oder Weiterbildung sei damit nicht gemeint. Zudem müssten Erfahrungen nach dem Abschluss der vorgenannten Bildungsmaßnahmen erworben worden sein. Ein konkreter Vortrag zu Erfahrungen im betrieblichen Gesundheits- und Entwicklungsmanagement seitens der Verfügungsklägerin seien nicht erfolgt. Selbst wenn - wie die Verfügungsklägerin meine - die Stellenanforderung unzulässig wäre, würde dies erst recht einen sachlichen Grund für den Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens darstellen. Ob ein weiterer sachlicher Grund darin gesehen werden könne, dass Frau K. die Auswahlentscheidung bereits vor Abschluss des Verfahrens mitgeteilt worden sei, könne nach allem dahinstehen. Auch für den Antrag zu 2. fehle ein Verfügungsanspruch. Denn - wie dargelegt - sei das Besetzungsverfahren mit Sachgrund abgebrochen worden.

Gegen dieses Urteil, das der Verfügungsklägerin am 2. November 2017 zugestellt wurde (Bl. 133 d.A.), hat sie mit Schriftsatz vom 1. Dezember 2017, beim Landesarbeitsgericht eingegangen am selben Tage (Bl. 136 d.A.), Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 27. Dezember 2017, der am selben Tage beim Landesarbeitsgericht einging (Bl. 145 d.A.), begründet.

Die Verfügungsklägerin hält das Urteil des Arbeitsgerichts für rechtsfehlerhaft. Die Verfügungsklägerin verfüge tatsächlich über Berufserfahrungen und Erfahrungen im Aufgabengebiet. Zudem sei die Verfügungsklägerin ja unstreitig zum Vorstellungsgespräch am 29. Mai 2017 von der Verfügungsbeklagten eingeladen worden. Auch aus dem Protokoll der Auswahlentscheidung vom 29. Mai 2017 (Anl. BK 5, Bl. 260 f. d.A.) ergebe sich, dass die Verfügungsklägerin die formalen Anforderungen der Stellenausschreibung erfülle bzw. sogar übererfülle. Auch sei darauf zu verweisen, dass die Verfügungsklägerin immerhin eine berufliche Tätigkeit von über 20 Jahren im Gesundheitswesen aufweise. Hinsichtlich der Erfahrungen im Aufgabengebiet verweist die Verfügungsklägerin auf ihre einschlägige Magisterarbeit (Anl. BK 1, Bl. 157 ff. d.A.), ein Studienmodul, das sich ausdrücklich mit Qualitätssicherung und Management im Gesundheitswesen befasse sowie ein Studienmodul zur Prävention (Anl. BK 2, Bl. 208 ff. d.A.). Auch sollten die Anforderungen nicht überspannt werden, zumal Erfahrungen im Aufgabengebiet nicht zugleich im Sinne von Berufserfahrungen erworben sein müssten. Außerdem verweist die Verfügungsklägerin auf ihre Erfahrungen beim Aufbau der Ergotherapie in Ingolstadt. Jedenfalls sei der Abbruch des Bewerbungsverfahrens rechtswidrig, da dieser ohne Sachgrund erfolgt sei.

Die Verfügungsklägerin beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Bremen vom 17. Oktober 2017, Az. 4 Ga 410/17 abzuändern

1. und der Verfügungsbeklagten im Wege der einstweiligen Verfügung aufzugeben, bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens das abgebrochene Stellenbesetzungsverfahren zur Besetzung der unter der Kennziffer 2017-03 ausgeschriebenen Stelle als Mitarbeiter/in für das betriebliche Gesundheits- und Entwicklungsmanagement bei der W. Bremen mit dem bestehenden Bewerberkreis fortzusetzen;
2. der Verfügungsbeklagten im Wege der einstweiligen Verfügung aufzugeben, es zu unterlassen, die unter der Kennziffer 2017-03 ausgeschriebenen Stelle als Mitarbeiter/in für das betriebliche Gesundheits- und Entwicklungsmanagement bei der W. Bremen zu besetzen, solange das Hauptsacheverfahren am Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven über die Besetzung der Stelle nicht rechtskräftig beendet ist.

Die Verfügungsbeklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Verfügungsbeklagte verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts. Sie habe das Auswahlverfahren rechtmäßig aus sachlichen Gründen abgebrochen. Denn die Verfügungsklägerin verfüge nicht über „Berufserfahrung und Erfahrungen im

Aufgabengebiet“. Damit seien praktische Berufserfahrungen gemeint. Erfahrungen resultierten schließlich erst aus der Anwendung erworbenen Wissens. Es komme auf erlangte Routinen an. Die Masterarbeit der Verfügungsklägerin sei insoweit unerheblich, gleiches gelte für die von ihr ins Feld geführten Studienmodule. Der Vortrag der Verfügungsklägerin hinsichtlich ihrer Einsatzzeit in Ingolstadt sei unklar und ohnehin nur auf Ergotherapie bezogen. Aus der Einladung der Verfügungsklägerin zum Vorstellungsgespräch könne nicht gefolgert werden, dass die Verfügungsklägerin aus Sicht der Verfügungsbeklagten alle Anforderungen der Stellenausschreibung erfülle. Die Verfügungsbeklagte bestreitet, dass die Auswahlkommission vom Bestehen der formalen Qualifikationen im Falle der Verfügungsklägerin ausgegangen sei. Aus dem Protokoll vom 31. August 2017 folge gerade das Gegenteil (Anl. 2, Bl. 57 ff. d.A.). Die Abbruchentscheidung der Verfügungsbeklagten sei wegen der bei beiden Bewerberinnen fehlenden Qualifikation zu Recht erfolgt. Mit dem Abbruch des Besetzungsverfahrens sei der Bewerbungsverfahrensanspruch der Verfügungsklägerin untergegangen.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien, ihrer Beweisantritte und der von ihnen überreichten Unterlagen sowie wegen ihrer Rechtsausführungen im Übrigen wird ergänzend auf den gesamten Akteninhalt Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die Berufung der Verfügungsklägerin ist zulässig und begründet.

I.

Die Berufung ist gemäß § 64 Abs. 1 und 2 ArbGG statthaft. Sie ist im Sinne der §§ 64 Abs. 6, 66 Abs. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden und damit zulässig.

II.

Die Berufung ist begründet. Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund für die Anträge der Verfügungsklägerin sind gegeben. Die Verfügungsbeklagte war im Wege der einstweiligen Verfügung zu verurteilen, bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens das abgebrochene Stellenbesetzungsverfahren zur Besetzung der unter Kennziffer 2017-

03 ausgeschriebenen Stelle als Mitarbeiter/in für das betriebliche Gesundheits- und Entwicklungsmanagement bei der W. Bremen mit dem bestehenden Bewerberkreis fortzusetzen sowie es zu unterlassen, die ausgeschriebene Stelle bei der W. Bremen zu besetzen, solange das Hauptsacheverfahren am Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven über die Besetzung der Stelle nicht rechtskräftig beendet ist.

A 1. Der Antrag der Verfügungsklägerin zu 1. ist begründet. Ein Verfügungsanspruch ist gegeben. Die Verfügungsklägerin hat bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens einen Anspruch gegen die Verfügungsbeklagte auf Fortsetzung des Stellenbesetzungsverfahrens, der aus ihrem Bewerbungsverfahrensanspruch als Ausprägung des Art. 33 Abs. 2 GG folgt.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der die Kammer folgt, gilt Folgendes: Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Öffentliche Ämter im Sinne dieser Vorschrift sind nicht nur Beamtenstellen, sondern auch solche Stellen, die ein öffentlicher Arbeitgeber mit Arbeitnehmern zu besetzen beabsichtigt. Der unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistete Grundsatz der Bestenauslese dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes. Zum anderen trägt die Verfassungsnorm dem berechtigten Interesse der Bediensteten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass sie grundrechtsgleiche Rechte auf ermessens- und beurteilungsfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet (ständige Rechtsprechung des BAG s. zuletzt BAG v. 12.12.2017, 9 AZR 152/17). Beamten und Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst steht deshalb bei der Besetzung von Ämtern des öffentlichen Dienstes ein verfassungsrechtlicher Bewerbungsverfahrensanspruch zu. Daraus folgt angesichts der Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung in Art. 33 Abs. 2 GG ein subjektives Recht jedes Bewerbers auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren (ständige Rechtsprechung s. z.B. BAG v. 19.05.2015, 9 AZR 837/13).

Der aus Art. 33 Abs. 2 GG folgende Bewerbungsverfahrensanspruch setzt dem Grundsatz nach voraus, dass die begehrte Stelle noch nicht besetzt ist. Denn für eine Neubescheidung ist kein Raum, wenn die Stelle dem erfolgreichen Konkurrenten rechtswirksam auf Dauer übertragen worden und damit nicht mehr verfügbar ist (BAG v. 12.04.2016, 9 AZR 673/14).

Der Bewerbungsverfahrensanspruch kann allerdings auch dadurch erlöschen, dass das Stellenbesetzungsverfahren ohne Ergebnis, d.h. ohne Besetzung der Stelle, abgebrochen wird (BAG v. 12.12.2017, a.a.O.). Wie eine Übertragung der Stelle an einen Konkurrenten zieht auch ein Anbruch diese Rechtsfolge nur dann nach sich, wenn er rechtsbeständig ist (BVerfG v. 28.11.2011, 2 BvR 1181/11; BAG v. 12.04.2016, a.a.O.).

Der Abbruch kann aus der aus Art. 33 Abs. 2 GG vorgelagerten Organisationsgewalt des öffentlichen Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Danach hat der öffentliche Arbeitgeber darüber zu entscheiden, ob und wann er welche Statusämter zur Besetzung bereithält. Deshalb kann er das Verfahren abbrechen, weil er die Stelle, die dem erfolgreichen Bewerber übertragen werden sollte, nicht mehr besetzen will. Ebenso stellt es einen sachlichen dem Organisationsermessen zugehörigen Grund für einen Abbruch dar, wenn der öffentliche Arbeitgeber sich entschlossen hat, die Stelle neu zuzuschneiden (BAG v. 12.12.2017, a.a.O.).

Im Übrigen bedarf jedoch der Abbruch eines Auswahlverfahrens eines sachlichen Grundes, der den Vorgaben aus Art. 33 Abs. 2 GG genügt (BVerfG v. 28.02.2007, 2 BvR 2494/06). Der öffentliche Arbeitgeber kann demnach das Auswahlverfahren z.B. abbrechen, wenn es fehlerhaft ist und nicht mehr zu einer ordnungsgemäßen Auswahlentscheidung führen kann. Genügt die Abbruchentscheidung diesen Vorgaben nicht, ist sie unwirksam und das in Gang gesetzte Auswahlverfahren nach dessen Maßgaben fortzuführen (BAG v. 12.12.2017, a.a.O.). Eine Neuausschreibung darf dann nicht erfolgen (BVerfG v. 28.11.2011, a.a.O.).

In formeller Hinsicht müssen die Bewerber von dem Abbruch rechtzeitig und in geeigneter Form Kenntnis erlangen. Der öffentliche Arbeitgeber muss unmissverständlich zum Ausdruck bringen, dass er das Stellenbesetzungsverfahren ohne Stellenbesetzung endgültig beenden will. Der für den Abbruch maßgebliche Grund muss, sofern er sich nicht evident aus dem Vorgang selbst ergibt, schriftlich dokumentiert werden (BVerfG v. 28.11.2011, a.a.O.).

Ein rechtswidriger Abbruch des Auswahlverfahrens verletzt den grundgesetzlichen Bewerbungsverfahrensanspruch (BAG v. 12.12.2017, a.a.O.). Die Bewerber können daher bereits diese Maßnahme, obwohl sie nur vorbereitenden Charakter besitzt, einer gerichtlichen Kontrolle zuführen.

Effektiver Rechtsschutz gegen den unberechtigten Abbruch eines Auswahlverfahrens kann nur im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erlangt werden (BAG v. 12.12.2017, a.a.O.). Der Bewerber begehrt die zeitnahe Fortführung des begonnenen Auswahlverfahrens mit dem bestehenden Bewerberkreis. Dies kann selbst im Erfolgsfall durch eine Hauptsacheklage nicht erreicht werden.

Stellt ein Bewerber nicht innerhalb eines Monats nach Zugang der Abbruchmitteilung einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, darf der Dienstherr nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts darauf vertrauen, dass der Bewerber den Abbruch des Auswahlverfahrens nicht angreift, sondern sein Begehren im Rahmen einer neuen Ausschreibung weiterverfolgt (BVerwG v. 03.1.2014, 2 A 3.13). Das Bundesverwaltungsgericht hat die Monatsfrist für das öffentliche Dienstrecht aus dem für Beamte generell geltenden Rechtsmittelsystem abgeleitet. Sie folgt damit anderen Grundsätzen als die dem Dienstherrn bzw. dem öffentlichen Arbeitgeber vor der endgültigen Besetzung der begehrten Stelle mit einem Konkurrenten auferlegte Wartefrist, mit der die Gewährung effektiven Rechtsschutzes für die unterlegenen Bewerber erst ermöglicht werden soll. Im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erscheint es sachgerecht, die Monatsfrist in der Regel auch im Bereich des Arbeitsrechts anzuwenden (BAG v. 12.12.2017, a.a.O.).

- b)** Im Streitfall ist der Verfügungsklägerin mit Schreiben der Verfügungsbeklagten vom 25. September 2017 mitgeteilt worden, dass alle Bewerberinnen die Stellenanforderungen nicht erfüllten und das Stellenbesetzungsverfahren abgebrochen wird. Gegen den Abbruch des Besetzungsverfahrens ist sie mit einem Antrag ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 2. Oktober 2017, der am selben Tage beim Arbeitsgericht einging, vorgegangen. Sie hat diesen Antrag auch zutreffend im einstweiligen Verfügungsverfahren vor dem Arbeitsgericht mit dem Az. 4 Ga 410/17 gestellt. Damit ist die Monatsfrist gegen den unberechtigten Abbruch eines Auswahlverfahrens im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durch die Verfügungsklägerin gewahrt worden.
- c)** Dem Verfügungsanspruch der Verfügungsklägerin steht auch nicht entgegen, dass der Abbruch des Besetzungsverfahrens etwa aus der aus Art. 33 Abs. 2 GG vorgelagerten Organisationsgewalt des öffentlichen Arbeitgebers gerechtfertigt wäre. Danach kann ein öffentlicher Arbeitgeber ein Besetzungsverfahren abbrechen, weil er die Stelle, die dem erfolgreichen

Bewerber übertragen werden soll, nicht mehr besetzen will oder er diese Stelle neu zuschneiden will.

Der Vertreter der Verfügungsbeklagten hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht am 20. März 2018 zu Protokoll erklärt, dass die in Rede stehende Stelle mit demselben inhaltlichen Zuschnitt weiterhin besetzt werden soll. Damit steht auch die Organisationsgewalt des öffentlichen Arbeitgebers der Fortsetzung des Stellenbesetzungsverfahrens nicht entgegen. Zudem ist die Stelle auch tatsächlich bislang nicht durch eine andere Bewerberin besetzt worden.

- d)** Ein sachlicher Grund zum Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens stand der Verfügungsbeklagten im Gegensatz zur Auffassung des Arbeitsgerichts jedoch nicht zur Seite.

Zutreffend hat das Arbeitsgericht ausgeführt, dass ein den Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens rechtfertigender sachlicher Grund insbesondere in dem Umstand bestehen kann, dass keine Bewerberperson die an die Stelleninhaberin oder den Stelleninhaber gerichteten Anforderungen erfüllt. Zwar hat sich im Laufe des Verfahrens als unstrittig herausgestellt, dass Frau K. die in der Stellenausschreibung genannte Voraussetzung „tätigkeitsbezogene abgeschlossene Hochschulbildung oder tätigkeitsbezogene Berufsausbildung und eine gesundheitsbezogene Weiterbildung“ nicht erfüllt. Doch lässt sich demgegenüber nicht sagen, dass die Verfügungsklägerin, die die vorgenannte Voraussetzung unstrittig erfüllt, die weitere Voraussetzung „Berufserfahrung und Erfahrungen im Aufgabengebiet“ nicht erfüllt.

In der dokumentierten Auswahlentscheidung hinsichtlich der in Rede stehenden Stelle vom 29. Mai 2017 (Anl. BK 5, Bl. 260 f. d.A.), die als solche zwischen den Parteien unstrittig ist, heißt es in Bezug auf die Verfügungsklägerin:

„Frau B. hat neben ihrer langjährigen Berufserfahrung als Ergotherapeutin und MA im Begleitdienst für Menschen mit erhöhtem Hilfebedarf berufsbegleitend Studiengänge in angewandten Gesundheitswissenschaften, Ergotherapie und Public Health erfolgreich absolviert. Die formalen Anforderungen der Stellenausschreibung sind erfüllt bzw. übererfüllt. Der Abschluss als Master of Science für den Studiengang Public Health ist ein wissenschaftlicher Hochschulabschluss, der für die ausgeschriebene Stelle nicht relevant bzw. erforderlich ist. Im Vorstellungsgespräch konnte Frau B. bzgl. der theoretischen Ansätze und einer umfassenden Darstellung zur Umsetzung eines BGM-Systems überzeugen. Auch für die Aufgabe einer zukünftigen Übernahme einer

Fortbildungsorganisation wurden umfassende Vorstellungen für einen Erhebungs-, Planungs- und Umsetzungsprozess dargestellt.“

In dieser - offensichtlich noch am Tag der Vorstellungsgespräche der Bewerberinnen am 29. Mai 2017 - dokumentierten Auswahlentscheidung findet sich mit keinem Wort ein Hinweis darauf, dass die Verfügungsklägerin etwa die Anforderungen der Stellenausschreibung nicht erfülle. Im Gegenteil, es ist davon die Rede, dass sie die formalen Anforderungen erfülle bzw. sogar übererfülle. Die gleiche Formulierung findet sich auch in der Dokumentation der Auswahlentscheidung vom 31. August 2017 (Anl. 2, Bl. 57 ff. d.A.). Doch heißt es hier erstmalig: „Praktische Berufserfahrung im Aufgabengebiet betriebliches Gesundheits- und Entwicklungsmanagement wurden von Frau B. nicht nachgewiesen.“ Für die Berufungskammer ist nicht nachvollziehbar, warum erst in der drei Monate später erstellten Dokumentation erstmalig vom Nichtvorliegen der Ausschreibungsvoraussetzungen in der Person der Verfügungsklägerin die Rede ist. Allerdings ist insoweit darauf hinzuweisen, dass die Verfügungsklägerin unstreitig vorgetragen hat, dass sie vor Erstellung des zweiten Protokolls, nämlich am 1. August 2017, davon Kenntnis erlangt hat, dass ihre Mitbewerberin Frau K. den Vorzug erhalten solle. Jedenfalls sind die beiden Dokumentationen der Auswahlentscheidung vom 29. Mai 2017 und 31. August 2017 widersprüchlich. Dass die Auswahlkommission von einem Nichtvorliegen der Stellenanforderungen bei der Verfügungsklägerin ausgegangen ist, lässt sich daraus jedenfalls nicht nachvollziehen.

Dass die Verfügungsklägerin über allgemeine Berufserfahrung im Gesundheitswesen, insbesondere im Umgang mit behinderten Menschen, verfügt, ist durch ihren Lebenslauf hinreichend nachgewiesen (Anl. A 8, Bl. 19 f. d.A.). Denn sie ist nach ihrer Ausbildung zur Ergotherapeutin jedenfalls seit 1997 - und damit seit über 20 Jahren - im Gesundheitswesen und insbesondere mit behinderten Menschen tätig. Dabei ist sie auch zeitweise als Führungskraft in der Form einer Gruppenleitung im Einsatz gewesen. Zudem ist die Klägerin seit August 2006 bei der Verfügungsbeklagten als Ergotherapeutin tätig und hat überdies berufsbegleitend ein weiterbildendes Fernstudium Angewandte Gesundheitswissenschaften erfolgreich abgeschlossen mit dem Titel „Gesundheitsmanagerin“. Des Weiteren hat sie einen Abschluss als Master im Studiengang Public Health, wobei ihre Masterarbeit zum Thema „Ist-Stand-Analyse von Maßnahmen zur Gesundheitsförderung in Werkstätten für Menschen mit Behinderungen“ erstellt worden ist. Insoweit lässt sich in der Tat

von einem praxisbezogenen Wissenstransfer sprechen. Die wissenschaftliche Ausbildung der Verfügungsklägerin ist offenbar auch Anlass dafür, dass die Auswahlkommission der Meinung gewesen ist, die formalen Stellenanforderungen würden von ihr „übererfüllt“. Jedenfalls aber sollte diese wissenschaftliche Ausbildung, die ja nach langjähriger Berufspraxis erworben worden ist, der von der Verfügungsklägerin unstreitig erbrachten praktischen Berufserfahrung nicht entgegen gehalten werden.

Soweit die „Erfahrungen im Aufgabengebiet“ in Rede stehen, ist auch diesbezüglich festzustellen, dass die Verfügungsklägerin die Stellenanforderung erfüllt. Zwar könnte man auf den ersten Blick meinen, dass damit jedenfalls praktische Erfahrungen gemeint seien; doch zeigt die Gegenüberstellung von „Erfahrungen im Aufgabengebiet“ mit der weiteren Stellenvoraussetzung „Praktische Erfahrungen in administrativen Tätigkeiten“, dass der Verfasser der Stellenausschreibung insoweit differenziert und mit „Erfahrungen im Aufgabengebiet“ jedenfalls nicht notwendigerweise praktische Erfahrungen meint. Dass die Verfügungsklägerin schon aufgrund ihrer wissenschaftlichen Ausbildung zur „Gesundheitsmanagerin“ über Erfahrungen im betrieblichen Gesundheits- und Entwicklungsmanagement verfügt, lässt sich nicht bestreiten. Wenn die Verfügungsbeklagte - wie sie vorträgt - für die Stelle nur solche Personen gesucht hat, die bereits praktische Berufserfahrung als betriebliche Gesundheits- und Entwicklungsmanagerin aufzuweisen haben, hätte sie dies jedenfalls in der Stellenausschreibung deutlicher zum Ausdruck bringen müssen.

- e) Ein sachlicher Grund zum Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens kann im Gegensatz zur Auffassung der Verfügungsbeklagten auch nicht darin gesehen werden, dass diese der Mitbewerberin Frau K. bereits mitgeteilt hat, dass die Auswahlentscheidung zu ihren Gunsten ausgefallen ist.

Denn nach der Rechtsprechung dürfen während eines laufenden Stellenbesetzungsverfahrens keine sachlichen Gründe für einen Abbruch selbst geschaffen werden, um eine Entscheidung zu Gunsten eines bestimmten Bewerbers zu verhindern (LAG Sachsen v. 03.11.2015, 3 Sa 315/15). Die Vereitelung des Bewerberverfahrensanspruchs eines Bewerbers aus Art. 33 Abs. 2 GG ist unzulässig. Ein Verfahrensabbruch, der gegen diese Grundsätze verstößt, ist rechtswidrig (BAG v. 07.08.2010, 9 AZR 347/09).

Die Verfügungsbeklagte kann nicht durch einen von ihr selbst verursachten Fehler - hier die Mitteilung der Auswahlentscheidung zu Gunsten einer

Bewerberin, die unstreitig nicht die Voraussetzungen der Stellenausschreibung erfüllt - einen sachlichen Grund für den Abbruch des Besetzungsverfahrens selbst erzeugen. Dass die Auswahlentscheidung zu Gunsten der Mitbewerberin der Verfügungsklägerin rechtswidrig war, ist mittlerweile zwischen den Parteien auch nicht mehr streitig. Die rechtswidrige Mitteilung an Frau K. kann aber den Bewerbungsverfahrensanspruch der Verfügungsklägerin nicht zu Fall bringen. Dies widerspricht im Übrigen auch dem Rechtsgrundsatz aus § 162 BGB. Hinzu kommt, dass der Fehler auch korrigierbar ist und eine ordnungsgemäße Auswahlentscheidung nach wie vor möglich ist.

2. Auch ein Verfügungsgrund ist gegeben.

Der Verfügungsgrund ergibt sich aus der Notwendigkeit der Sicherung des Anspruchs, also der Besorgnis, dass eine Gefährdung der Vollstreckungsmöglichkeit eintreten könnte (Germelmann u.a., ArbGG, 9. Aufl., § 62 Rn 96). Hierzu gehört, dass eine Eilbedürftigkeit gegeben ist, die den Erlass einer einstweiligen Verfügung rechtfertigt. Dabei sind die Tatsachen glaubhaft zu machen.

Vorliegend hat die Verfügungsklägerin zur Glaubhaftmachung eine eidesstattliche Versicherung unter dem Datum des 18. März 2018 eingereicht. Der Verfügungsgrund für einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach den §§ 935 ff. ZPO ergibt sich in diesen Fällen nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Inhalt des Rechtsschutzbegehrens, das auf eine sofortige Verpflichtung des öffentlichen Arbeitgebers gerichtet ist und daher bereits aus strukturellen Gründen nur im Wege des Eilrechtsschutzes verwirklicht werden kann (BAG v. 12.12.2017, a.a.O.; BVerwG v. 03.12.2014, a.a.O.).

- B 1.** Der Antrag der Verfügungsklägerin zu 2. ist ebenfalls begründet. Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund sind zu bejahen. Die Verfügungsbeklagte war zu verurteilen, es zu unterlassen, die unter der Kennziffer 2017-03 ausgeschriebene Stelle als Mitarbeiter/in für das betriebliche Gesundheits- und Entwicklungsmanagement bei der W. Bremen zu besetzen, solange das Hauptsacheverfahren am Arbeitsgericht über die Besetzung der Stelle nicht rechtskräftig beendet ist.
- a)** Zur Sicherung des Anspruchs auf Durchführung eines fairen Auswahlverfahrens kann im Wege der Sicherungsverfügung dem Arbeitgeber aufgegeben werden, bis zum Abschluss des Hauptverfahrens eine Stellenbesetzung nicht

durchzuführen (LAG Hamm v. 18.11.2014, 15 SaGa 29/14; LAG Berlin-Brandenburg v. 28.06.2012, 25 SaGa 863/12; LAG Schleswig-Holstein v. 16.08.2011, 1 SaGa 8 a/11; Germelmann u.a., a.a.O., § 62 Rn 117). Dieser Anspruch kann geltend gemacht werden, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür von dem Mitbewerber vorgetragen werden, aus denen sich ergibt, dass ein korrektes Auswahlverfahren nicht durchgeführt worden ist. Für den einstweiligen Rechtsschutz zur Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs genügt es, dass die Aussichten des Bewerbers, im Falle eines ordnungsgemäß durchgeführten Verfahrens zum Zuge zu kommen, offen sind, seine Auswahl muss lediglich möglich erscheinen (BVerfG v. 01.08.2006, 2 BvR 2364/03; Germelmann u.a., a.a.O.). Jedenfalls müssen konkrete Tatsachen vorliegen, die darauf hindeuten, dass das Auswahlverfahren unkorrekt gelaufen ist.

- b)** Diese Voraussetzungen sind im Streitfall gegeben. Denn - wie dargelegt - war es fehlerhaft, der Mitbewerberin der Verfügungsklägerin die zu deren Gunsten erfolgte Auswahlentscheidung mitzuteilen, obwohl - mittlerweile unstrittig - in deren Person die Stellenanforderungen für die in Rede stehende Stelle gar nicht erfüllt gewesen sind. Zudem erfolgte - wie ausgeführt - der Abbruch des Besetzungsverfahrens ohne sachlichen Grund. Von daher ist auch der von der Verfügungsklägerin geltend gemachte Unterlassungsantrag begründet.

III.

Die unterlegene Verfügungsbeklagte hat gemäß § 91 Abs. 1 ZPO die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Gemäß § 72 Abs. 4 ArbGG ist gegen diese Entscheidung kein Rechtsmittel gegeben.