

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 6 Sa 475/11

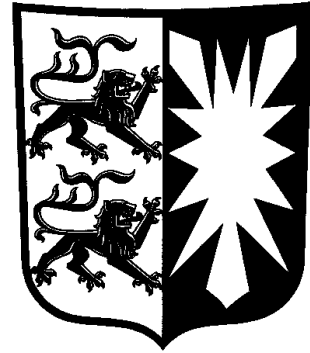
ö. D. 3 Ca 1486 b/11 ArbG Lübeck

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 07.11.2012

gez...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In pp.

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 07.11.2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und die ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin und dem ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 08.11.2011 - 3 Ca 1486 b/11 - teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut über die Besetzung der Stelle eines/einer Bereichsleiters/Bereichsleiterin
– Entgeltgruppe 13 TVöD / Vollzeit - im Fachbereich Bürgermeister / Bereich Rechnungsprüfungsamt gemäß Stellenausschreibung B 10/2011 vom 10.01.2011 zu entscheiden.

2. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.
3. Von den Kosten des Rechtsstreits - beide Rechtszüge - tragen die Parteien jeweils die Hälfte.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Besetzung der Stelle des Leiters des Rechnungsprüfungsamtes.

Der schwerbehinderte Kläger ist seit 1987 bei der Beklagten beschäftigt. Seit dem Jahr 1996 arbeitet er als Sachbearbeiter im Bereich Steuern in der Abteilung Passivbesteuerung.

Die Beklagte schrieb im Jahr 2010 die seinerzeit mit der Besoldungsgruppe A 15 Bundesbesoldungsordnung dotierte Stelle des Leiters des Bereiches Rechnungsprüfungsamt intern aus (Stellenausschreibung B 9/2010; Anlage XV = Bl. 51–53 d. A.). Der Kläger bewarb sich auf diese Stelle. Nachdem die Beklagte zur Auffassung gelangte, es gebe keinen geeigneten Bewerber, schrieb sie die Stelle öffentlich aus (Anlage XVI = Bl. 54 d. A.). In diesem Besetzungsverfahren wurde der Kläger zum Vorstellungsgespräch geladen. Die Beklagte brach das Verfahren später ab. Sie schrieb die Stelle dann am 20.01.2011 mit einer Dotierung gemäß EG 13 TVöD und mit geändertem Anforderungsprofil erneut aus (Stellenausschreibung B 10/2011; Anlage I = Bl. 15–17 d. A.). Ein Hochschulstudium war danach nicht mehr ausnahmslos erforderlich. Neben dem Kläger bewarben sich Herr K. M. sowie ein weiterer Mitarbeiter auf diese Stelle.

In dem Besetzungsverfahren wurde die dienstliche Beurteilung des Klägers vom 23.03.2010 herangezogen. Die Beurteilung bezieht sich auf den Zeitraum ab 1996 und seine nach der Entgeltgruppe 14 TVöD vergütete Tätigkeit. Sie schließt mit dem Ergebnis „übertrifft in besonderem Maße die Anforderungen“ und einem Notenschnitt von 1,28 (Anlage XVIII = Bl. 56 ff. d. A.). Die in dem Verfahren herangezogene Beurteilung von Herrn M. stammt vom 07.02.2011 und bezieht sich auf den Zeitraum 02.01.2010 bis 07.02.2011. Herr M. ist in seiner nach der Entgeltgruppe 11 TVöD vergüteten Tätigkeit eines Abteilungsleiters mit der Gesamtnote 1,26 sowie dem Ergebnis „übertrifft in besonderem Maße die Anforderungen“ beurteilt worden (Anlage XIX = Bl. 63 ff. d. A.). In beiden Beurteilungen ist ausdrücklich angemerkt, dass der Mitarbeiter an den Anforderungen gemessen wird, die an seinem konkreten Arbeitsplatz an ihn gestellt werden. Wegen des weiteren Inhalts der Beurteilungen wird auf die Anlagen XVIII und XIX verwiesen.

Am 04.04.2011 führte die Beklagte mit dem Kläger und Herrn K. M. Auswahlgespräche. Daran nahmen neben dem Bürgermeister die Bereichsleiterin Personal- und Organisationsservice, die Bereichsleiter Bürgermeisterkanzlei sowie Haushalt und Steuerung, ein Mitarbeiter aus dem Personal- und Organisationsservice, ein Mitglied des Personalrates, der Vertrauensmann der Schwerbehinderten im Fachbereich Bürgermeister und eine externe Personalberaterin teil.

Der Leiter des Rechnungsprüfungsamtes wird gemäß § 115 Abs. 2 Gemeindeordnung Schleswig-Holstein durch die Gemeindevertretung bestellt. Das ist bei der Beklagten die Bürgerschaft. Der Bürgermeister unterbreitete der Bürgerschaft mit Vorlage vom 10.05.2011 (Anlage XIV = Bl. 33–50 d. A.) den Beschlussvorschlag, Herrn K. M. zum nächstmöglichen Zeitpunkt zum Leiter des Bereiches Rechnungsprüfungsamt zu bestellen und ihn auf die ausgeschriebene Planstelle bei gleichzeitiger Eingruppierung in Entgeltgruppe 13 TVöD umzusetzen. Wegen des Inhalts des Beschlussvorschlags im Einzelnen wird auf Anlage XIV Bezug genommen.

Neben dem Auswahlvermerk des Bürgermeisters lag der Bürgerschaft der den Auswahlgesprächen zu Grunde liegende Fragekatalog mit Antwortspektrum, die Lebensläufe der Bewerber und das Anforderungsprofil vor.

Die Bürgerschaft folgte mit ihrem Beschluss vom 26.05.2011 dem Beschlussvorschlag des Bürgermeisters.

In einem vom Kläger angestregten Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung schlossen die Parteien einen Vergleich, in dem sich die Beklagte verpflichtete, die Stelle des Leiters des Rechnungsprüfungsamtes bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens nicht mit einer anderen Person als dem Kläger zu besetzen (6 SaGa 16/11).

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, Herr M. sei allenfalls gleich geeignet wie er. Deshalb müsse die Beklagte ihm, dem Kläger, als Schwerbehinderten, die Stelle übertragen.

Zumindest aber müsse das Auswahlverfahren wiederholt werden. Es leide an erheblichen Mängeln. Bereits das offenbar auf Herrn M. zugeschnittene Anforderungsprofil sei sachwidrig. Die Beklagte habe die Fähigkeit zur Leitung nicht zum maßgebenden Kriterium erheben dürfen. Denn die Stellenausschreibung fordere diese Fähigkeit nicht zwingend.

Die Beurteilungen der Bewerber seien nicht vergleichbar, weil sich die beurteilten Zeiträume kaum deckten. Überdies seien die Beurteilungen trotz annähernd gleicher Endnote nicht gleichwertig, denn er, der Kläger, sei bei Ausübung einer höher bewerteten Tätigkeit beurteilt worden. Die Beklagte habe bei ihrer Entscheidung nicht maßgeblich auf das Beurteilungsgespräch abstellen dürfen. Solche Gespräche dürften nur der „Abrundung“ dienen. Zu bemängeln sei außerdem, dass die Bürgerschaft auf der Grundlage des Vorlagebeschlusses des Bürgermeisters habe beraten und entscheiden müssen. Diese Vorlage sei jedoch tendenziös und vermenge Tatsachen und Wertungen. So werde der unzutreffende Eindruck erweckt, alle Teilnehmer der Auswahlgespräche hätten Herrn M. besser beurteilt als den Kläger. Das gesamte Verfahren lasse die Absicht des Bürgermeisters erkennen, die Stelle mit Herrn M. zu besetzen.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, Herr M. sei der bessere Bewerber. Folglich habe sie ihm und nicht dem Kläger die Stelle übertragen müssen. Alle Teilnehmer der Auswahlgespräche seien sich einig darüber gewesen, dass Herr M. der geeignetere Bewerber sei. Auch Herr H., der Vertreter des Personalrates, habe das auf ausdrückliche Frage der Zeugin H. bestätigt. Herr G., der Schwerbehindertenvertreter, habe von sich aus geäußert, dass der Kläger der Aufgabe wohl nicht gewachsen sei. Von einer falschen Information der Bürgerschaft könne keine Rede sein, denn ihr hätten die Stellungnahmen des Personalrats (Anlage XII = Bl. 31 d. A.) und des Schwerbehindertenvertreters (Anlage XIII = Bl. 32 d. A.) bei ihrer Entscheidung vorgelegen.

Herr M. habe alle erforderlichen Fähigkeiten und Qualifikationen im Laufe seiner langjährigen Geschäftsführertätigkeit erworben und erfülle sämtliche Voraussetzungen für die Stelle. Ein volkswirtschaftliches oder betriebswirtschaftliches Studium sei ebenso wenig erforderlich wie steuerrechtliche Kenntnisse. Der Leiter des Rechnungsprüfungsamtes müsse nicht selbst prüfen. Seine vorrangige Aufgabe sei es, den Bereich zu leiten und die Ergebnisse nach außen zu kommunizieren. Herr M. sei dem Kläger in den Bereichen Führungs- und Kommunikationskompetenz deutlich überlegen.

Der Kläger könne eine Wiederholung des Auswahlverfahrens nicht verlangen. Erhebliche Verfahrensfehler lägen nicht vor. Das Anforderungsprofil sei alleine Sache des Dienstherrn. Dadurch, dass die Stelle nunmehr so ausgeschrieben worden sei, dass sich auch Personen wie Herr M. bewerben konnten, sei der Kläger nicht benachteiligt worden. Es hätten keine neuen Beurteilungen eingeholt werden müssen. Den herangezogenen Anlassbeurteilungen habe ein einheitliches Beurteilungssystem zugrunde gelegen. Die Beurteilungen seien vergleichbar und nicht überholt. Das Auswahlgespräch habe bei im Wesentlichen gleicher Beurteilung den Ausschlag geben dürfen. Die Bürgerschaft sei hinreichend informiert worden. Eines Wortprotokolls habe es nicht bedurft.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien und ihrer im ersten Rechtszug gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angegriffenen Urteils verwiesen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Dem auf Übertragung der Stelle des Bereichsleiters gerichteten Antrag hat es nicht entsprochen, weil der Kläger nicht dargetan habe, dass er gleich geeignet sei, wie sein Konkurrent. Zwar verfüge der Kläger, anders als Herr M., über steuerrechtliche Kenntnisse. Auf diese komme es für die streitgegenständliche Position aber nicht entscheidend an. Hierfür seien die besseren Führungs- und Kommunikationsfähigkeiten des Konkurrenten wichtiger.

Das Besetzungsverfahren sei nicht zu wiederholen. Zwar dränge sich der Eindruck auf, dass die Ausschreibung gezielt auf Herrn M. zugeschnitten worden sei, um ihm die Bewerbung zu ermöglichen. Es sei jedoch Sache des Arbeitgebers, die Anforderungen an die Stelle festzulegen. Die herangezogenen Beurteilungen seien hinreichend vergleichbar. Daran ändere auch der unterschiedliche Beurteilungszeitraum nichts. Die Beklagte habe maßgebend auf die Erkenntnisse aus dem Auswahlgespräch abstellen dürfen. Das Gespräch und auch der auf seiner Grundlage gefertigte Auswahlvermerk seien nicht zu beanstanden. Zwar treffe es zu, dass der Bürgermeister in nicht unerheblichem Umfang Wertungen eingebracht habe, die nicht im Einzelnen mit Tatsachen belegt seien. Für die hier entscheidende Führungs- und Kommunikationsfähigkeit bestehe jedoch eine ausreichende Tatsachengrundlage.

Wertungen seien insoweit hinzunehmen, als sie auf den Eindrücken der Teilnehmer an einem Auswahlgespräch beruhten. Immerhin hätten acht Personen nach dem Gespräch einen gemeinsamen Eindruck gewonnen oder zumindest sechs von ihnen, wenn man den Personalratsvorsitzenden sowie den Schwerbehindertenvertreter außer Acht lasse. Dass der Auswahlvermerk möglicherweise ein falsches Abstimmungsergebnis vorspiegle, sei unschädlich, weil sich das auf die Abstimmung der Bürgerschaft nicht ausgewirkt habe. Denn der Bürgerschaft hätten die (abweichenden) Stellungnahmen des Personalrats und des Vertrauensmanns der Schwerbehinderten vorgelegen.

Gegen das ihm am 06.12.2011 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat der Kläger am 14.12.2011 Berufung eingelegt und diese innerhalb der verlängerten Berufungsbegründungsfrist begründet.

Der Kläger meint, ihm müsse die Stelle übertragen werden. Er sei ebenso geeignet wie sein Konkurrent und zudem schwerbehindert. Nach den Notenspiegeln seien die Beurteilungen der Konkurrenten annähernd gleich. Deshalb hätte bei der Abwägung der Umstand, dass der Kläger auf einer höherwertigen Position beurteilt worden ist, den Ausschlag geben müssen.

Er, der Kläger, verfüge über die besseren steuerrechtlichen und betriebswirtschaftlichen Kenntnisse und damit über das bessere Fachwissen. Herr M. möge zwar auf Grund seiner langjährigen Tätigkeit als Geschäftsführer die erforderlichen betriebswirtschaftlichen Kenntnisse besitzen. Im Hinblick auf die steuerrechtlichen Fachkenntnisse habe er, der Kläger, jedoch aufgrund seiner jahrelangen Tätigkeit im Steueramt deutliche Vorteile, was auch das Arbeitsgericht erkenne.

Einen Vorteil habe Herr M. höchstens betreffend die Führungseigenschaften und die Kommunikationsfähigkeiten. Da die Stellenausschreibung derartige Erfahrungen jedoch nicht gefordert habe, lasse sich die bessere Eignung Herrn M. damit nicht begründen. Zu Unrecht ziehe das Arbeitsgericht ein in der Ausschreibung nicht genanntes Merkmal (Führungsfähigkeit) heran, während es ein ausdrücklich genanntes Merkmal (steuerrechtliche Kenntnisse) für weniger bedeutsam halte.

Im Übrigen komme es bei der Leitung des Rechnungsprüfungsamtes nicht so sehr auf die Führungs-, sondern vielmehr auf die Sachkompetenz an. Der Leiter habe nur 15 Personen unter sich. Seine Aufgabe liege weniger in der Leitung des Bereiches, sondern vielmehr neben der verantwortlichen Prüfung des Jahresabschlusses darin, dafür zu sorgen, dass die Mitarbeiter ihre Prüfungsaufgaben erfüllen.

Die Beklagte habe alleine aus dem Auswahlgespräch auf die bessere Eignung Herrn M. geschlossen. Das sei unzulässig. Auswahlgespräche dürften nur der Abrundung des Bildes dienen. Das Protokoll des Gesprächs sei unbrauchbar, es beruhe im Wesentlichen auf Wertungen des Bürgermeisters. Zu den Punkten „Führungsfähigkeit“ und „Kommunikationsfähigkeit“ enthalte es keine hinreichenden Tatsachen. Dem Konkurrenten werde stets breiterer Raum eingeräumt. Es werde im Protokoll der falsche Eindruck erzeugt, alle Teilnehmer des Gesprächs hätten Herrn M. für den besseren Bewerber gehalten.

Im Bewerbungsverfahren seien zahlreiche Fehler gemacht worden. Es sprächen viele Indizien dafür, dass es darum gegangen sei, Herrn M. und nicht dem Kläger die Stelle zu geben.

Das der internen Stellenausschreibung B 10/2011 zu Grunde gelegte und gegenüber den ersten Ausschreibungen geänderte Anforderungsprofil erscheine als sachwidrig und interessengesteuert. Es sei, wie ein Vergleich mit den Stellenausschreibungen aus dem Jahr 2010 belege, offensichtlich auf die Person Herrn M. zugeschnitten. Nur so sei erklärlich, dass nunmehr auch ein sozialwissenschaftliches Fachhochschulstudium, jedenfalls bei gleichzeitiger langjähriger Berufserfahrung als Geschäftsführer größerer Gesellschaften, ausreichen solle. Diese Voraussetzungen lägen bei keinem anderen Mitarbeiter der Beklagten in dieser Kombination vor. Das Anforderungsprofil sei nicht an der Stelle orientiert. Es müsse sich aber nach den Aufgaben des Leiters des Rechnungsprüfungsamtes richten, damit der Stelleninhaber die Position ausfüllen könne. Stattdessen orientiere sich das (geänderte) Profil an der Person, der man die Stelle übertragen wolle.

Der Kläger bezweifelt, ob Herr M. die notwendigen Qualifikationen für die Stelle überhaupt mitbringe, etwa in verwaltungsrechtlicher, betriebswirtschaftlicher sowie steuerrechtlicher Hinsicht.

Die Hauptaufgabe des Stelleninhabers bestehe in der verantwortlichen Leitung der Prüfungen der Jahresrechnungen bzw. des künftigen doppelischen Jahresabschlusses. Das setze zwingend besondere betriebswirtschaftliche und steuerrechtliche Kenntnisse voraus, die lediglich im Rahmen eines volks- oder betriebswirtschaftlichen Hochschulstudiums oder durch entsprechende Erfahrungen erworben werden könnten.

Die Trennung zwischen inhaltlichen/fachlichen und Leitungsaufgaben sei unzulässig. Im Gegensatz zu ihm sei Herr M. fachlich zur Leitung der Prüfungen der Jahresrechnung bzw. des künftigen doppelischen Jahresabschlusses nicht in der Lage. Rudimentäre Grundkenntnisse des Rechnungswesens, wie er sie als Geschäftsführer erworben haben mag, genügten nicht.

Das Auswahlverfahren sei auch deswegen zu wiederholen, weil die Beklagte eine Beurteilung des Klägers herangezogen habe, die elf Monate älter als die des Herrn M. sei, und weil sich die Beurteilungszeiträume überhaupt nur über einen Zeitraum von etwa sechs Wochen deckten. Das erlaube keinen zuverlässigen, aktuellen Vergleich der Eignung und der Leistungen. Auch könne nicht von der Gleichwertigkeit der Beurteilungen ausgegangen werden. Tatsächlich wiege die sehr gute Beurteilung des Klägers schwerer, weil sie sich auf eine im Vergleich zu Herrn M. tariflich deutlich höher bewertete Tätigkeit bezogen habe.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 08.11.2011 – 3 Ca 1486b/11 – abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger die Stelle eines Bereichsleiters – Entgeltgruppe 13 TVÖD/Vollzeit – im Fachbereich Bürgermeister/Bereich Rechnungsprüfungsamt gemäß Stellenausschreibung B 10/2011 vom 10.01.2011 zu übertragen,

hilfsweise,

die Beklagte zu verurteilen, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut über die Besetzung der Stelle eines/r Bereichsleiters/Bereichsleiterin – Entgeltgruppe 13 TVÖD/Vollzeit – im Fachbereich Bürgermeister/Bereich Rechnungsprüfungsamt gemäß Stellenausschreibung B 10/2011 vom 10.01.2011 zu entscheiden.

Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts. Herr M. verfüge über die für die Leitungsfunktion entscheidende hohe Führungs- und Kommunikationskompetenz, die dem Kläger fehle. Daher sei Herr M. besser geeignet. Die steuerlichen Kenntnisse dürften nicht überbewertet werden. Sie dienten nur der Abrundung des Profils. Dagegen sei die Führungsfähigkeit einer Leitungsfunktion wie der hier in Rede stehenden immanent und müsse nicht ausdrücklich im Stellenprofil genannt werden. Der Kläger missverstehe nach wie vor den Aufgabenbereich des Leiters eines Rechnungsprüfungsamtes. Entscheidend sei, dass der Stelleninhaber die Leitung wahrnehme und nicht die Prüfung in Person erledige.

Durch die Gestaltung des Auswahlverfahrens sei eine objektive Bewertung sichergestellt worden. Nicht nur aus dem Auswahlgespräch, sondern auch aus den Lebensläufen sei auf die Führungskompetenzen der Bewerber geschlossen worden. Der Beschlussvorschlag sei vom Bürgermeister mit vier weiteren Teilnehmern des Auswahlgesprächs abgestimmt worden. Wenn Herrn M. mehr Raum eingeräumt worden sei, liege das daran, dass er inhaltlich mehr vorgetragen habe.

Die Beklagte bestreitet, dass es darum gegangen sei, dem Kläger die Stelle vorzuenthalten. Das Anforderungsprofil sei objektiv formuliert und sachgerecht. Durch ein Hochschulstudium vermittelte Kenntnisse auf verwaltungs-, betriebswirtschaftlichem und steuerrechtlichem Gebiet seien nicht zwingend erforderlich, wie ein Blick auf die vorigen Stelleninhaber zeige.

Die Beteiligten des Auswahlgesprächs hätten Herrn M. auch in fachlicher Hinsicht für geeigneter gehalten. Denn der Leiter des Rechnungsprüfungsamtes müsse die Jahresabschlüsse nicht selbst prüfen, sondern die Ergebnisse kommunizieren und den Prüfungsprozess leiten. Auch die Führung von 15 Personen sei anspruchsvoll, gerade vor dem Hintergrund eingeschränkter Weisungsrechte.

Die Beurteilungen seien hinreichend vergleichbar, da es sich um die jeweils aktuellen gehandelt habe. Eine neue Bewertung des Klägers hätte zu keinem anderen Ergebnis geführt. Auch seien die Beurteilungen noch aktuell und auf Grundlage eines einheitlichen Beurteilungssystems erfolgt.

Es könne nicht festgestellt werden, ob das Auswahlgespräch für die Entscheidung der Bürgerschaft überhaupt maßgebend gewesen sei. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts dürfe dem Gespräch aber Bedeutung beigemessen werden. Ein Wortprotokoll des Auswahlgesprächs könne nicht verlangt werden und diene auch nicht der besseren Information. Gewisse Wertungen in der Darstellung seien unschädlich. Die Bürgerschaft sei nicht darüber getäuscht worden, dass alle Teilnehmer des Gesprächs Herrn M. für den besseren Kandidaten gehalten haben.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien in der Berufung wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

A. Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist statthaft (§ 64 Abs. 2 b ArbGG) und frist- sowie formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO).

B. Die Berufung gegen das klagabweisende Urteil des Arbeitsgerichts ist nur teilweise begründet. Den auf Übertragung der streitgegenständlichen Stelle gerichteten Antrag hat das Arbeitsgericht zu Recht zurückgewiesen (II.). Dagegen kann der Kläger verlangen, dass unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut über die Stellenbesetzung entschieden wird (III.)

I.

Die Klage ist zulässig. Der Hauptantrag auf Übertragung der Stelle ist hinreichend bestimmt. Der Kläger strebt mit seinem Antrag an, dass er auf der ausgeschriebenen Stelle tatsächlich beschäftigt wird. Der Klageantrag umfasst damit die von der Be-

klagten hierfür zu schaffenden rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen einschließlich der gegebenenfalls erforderlichen Vertragsänderung.

Mit seinem Hilfsantrag begehrt der Kläger in zulässiger Weise die erneute Durchführung der Auswahlentscheidung ohne die von ihm geltend gemachten Auswahlfehler (vgl. BAG 07.09.2004 – 9 AZR 537/03 -).

II.

Der Kläger hat aus seinem Arbeitsvertrag i. V. m. Art. 33 Abs. 2 GG keinen Anspruch auf Übertragung der begehrten Stelle.

1. Gemäß Artikel 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Jede Bewerbung muss nach diesen Kriterien beurteilt werden. Die gilt nicht nur für Einstellungen, sondern auch für den beruflichen Aufstieg innerhalb des öffentlichen Dienstes. Öffentliche Ämter im Sinne der Norm sind sowohl Beamtenstellen, als auch solche Stellen, die von Arbeitnehmern besetzt werden können. Artikel 33 Abs. 2 GG dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes, dessen fachliches Niveau und rechtliche Integrität gewährleistet werden sollen. Zum anderen trägt die Vorschrift dem berechtigten Interesse des Bewerbers an seinem beruflichen Fortkommen Rechnung (BAG 24.03.2009 – 9 AZR 277/08 – m.w.N.). Die Bestimmung begründet ein grundrechtgleiches Recht auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und auf deren Durchführung anhand der in Artikel 33 Abs. 2 GG genannten Auswahlkriterien (BAG 23.01.2007 – 9 AZR 492/06 -). Die Bewerber können verlangen, dass die Auswahlentscheidung nach den in Artikel 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien erfolgt. Der öffentliche Arbeitgeber hat dabei ein Anforderungsprofil zu erstellen und festzustellen, welcher der Bewerber diesem Profil am besten entspricht (BAG 07.09.2004 – 9 AZR 537/03 – BAGE 112, 13). Die rechtlichen Anforderungen an den öffentlichen Arbeitgeber entsprechen denen, die er als Dienstherr anzuwenden hat, wenn sich (auch) Beamte um eine Stelle bewerben (BAG 07.09.2004 – a.a.O.).

Einen Besetzungsanspruch hat aber nur der für die ausgeschriebene Stelle am besten geeignete Bewerber (BAG 21.01.2003 – 9 AZR 72/02 -; 24.03.2009 – 9 AZR 277/08 -).

Erforderlich ist, dass sämtliche Einstellungsvoraussetzungen in der Person des Bewerbers erfüllt sind und dessen Einstellung die einzig rechtmäßige Entscheidung der Behörde ist, weil jede andere Entscheidung sich als rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft darstellen würde (BAG 24.03.2009 – 9 AZR 277/08 -; 09.11.1994 – 7 AZR 19/94 – BAGE 78, 244.) Der Bewerberverfahrensanspruch verdichtet sich also nur dann zum Besetzungsanspruch, wenn das Auswahlverfahren ordnungsgemäß abgeschlossen worden ist und die Auswahl nach den Kriterien des Artikel 33 Abs. 2 GG zu Gunsten des Anspruchstellers ausgefallen ist oder hätte ausfallen müssen.

2. Mit der Vorinstanz ist die Berufungskammer der Ansicht, dass sich der Bewerberverfahrensanspruch des Klägers noch nicht zu einem Besetzungsanspruch verdichtet hat. Denn es ist nicht feststellbar, dass die Auswahl nach den Kriterien des Artikel 33 Abs. 2 GG zu seinen Gunsten hätte ausfallen müssen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem öffentlichen Arbeitgeber bei der Stellenbesetzung ein von der Verfassung gewährleisteter Beurteilungsspielraum zusteht, der nur beschränkt gerichtlicher Kontrolle unterliegt. Personalentscheidungen gehören zum Kernbereich der Exekutive. Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe des Gerichts, den besser geeigneten Bewerber zu bestimmen. Nur der öffentliche Arbeitgeber soll durch die für ihn handelnden Organe über die Auslese nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung ein persönlichkeitsbezogenes Werturteil darüber abgeben, ob und inwieweit der Bewerber den fachlichen und persönlichen Anforderungen des konkreten Amtes entspricht. Deshalb hat sich die gerichtliche Kontrolle darauf zu beschränken, ob der öffentliche Arbeitgeber den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen, in dem er sich frei bewegen kann, verkannt hat, ob er von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet, sachwidrige Erwägungen angestellt oder gegen Verfahrensvorschriften verstoßen hat (BAG 07.09.2004 – 9 AZR 537/03 -).

Ausgangspunkt der Kontrolle ist das der Auswahlentscheidung zugrunde gelegte konkrete Anforderungsprofil, das die Kriterien des Artikel 33 Abs. 2 GG konkretisiert, festlegt und schriftlich dokumentiert (vgl. BAG 21.01.2003 – 9 AZR 72/02 -). Dem öffentlichen Arbeitgeber steht es grundsätzlich frei, für die zu besetzende Stelle ein

Anforderungsprofil aufzustellen, dessen Erfüllung Voraussetzung für die Teilnahme am Bewerbungsverfahren ist.

Durch die Bestimmung des Anforderungsprofils legt der Dienstherr die Kriterien für die Auswahl der Bewerber fest. Anhand dieses Profils hat er dann festzustellen, welcher Bewerber diesem am besten entspricht. Die rechtlichen Anforderungen an den öffentlichen Arbeitgeber entsprechen – wie oben ausgeführt – denen, die er als Dienstherr anzuwenden hat, wenn sich (auch) Beamte um eine Stelle bewerben. Die Funktionsbeschreibung des Dienstpostens bestimmt objektiv die Kriterien, die der Inhaber erfüllen muss. An ihnen werden die Eigenschaften und Fähigkeiten der Bewerber um den Dienstposten gemessen, um eine bestmögliche Besetzung zu gewährleisten. Das vom öffentlichen Arbeitgeber geforderte Bewerberprofil strukturiert den Bewerberkreis, indem es in persönlicher und fachlicher Hinsicht Qualifikationsanforderungen an Stellenbewerber beschreibt. Die Erstellung eines derartigen konstitutiven Anforderungsprofils ist demnach Ausdruck der Anwendung der in Artikel 33 Abs. 2 GG für die Personalentscheidung genannten Kriterien.

Im vorliegenden Fall ergibt sich das Anforderungsprofil aus der Stellenausschreibung B 10/2011 (Anlage I = Bl. 15-17 d. A.). Ihm sind die Kriterien des Artikel 33 Abs. 2 GG – Eignung, Befähigung und fachliche Leistung – zu entnehmen. Die „Befähigung“ ist vorhanden, wenn das handwerkliche Rüstzeug beherrscht wird, was in der Regel durch die vorgeschriebene Ausbildung und durch Ablegung der entsprechenden Prüfungen nachgewiesen wird. „Fachliche Leistung“ bezieht sich dagegen in erster Linie auf die praktische Bewährung. Der Begriff „Eignung“ ist wesentlich weiter und schließt die beiden anderen Begriffe praktisch ein; er bezieht sich auf die ganze Persönlichkeit des Bewerbers über die fachlichen Aspekte hinaus (vgl. Maunz/Dürig/Herzog GG Art. 33 Rdnr. 19).

3. Entgegen seiner Auffassung ist der Kläger gemessen am Anforderungsprofil nicht der einzige geeignete Bewerber. Er verfügt auch nicht über einen relevanten Eignungsvorsprung gegenüber dem Bewerber M..

a) Für den mit dem Hauptantrag geltend gemachten Übertragungsanspruch kommt es für die Beurteilung der Eignung des Klägers und seines Konkurrenten allein auf das Stellenprofil gemäß der internen Ausschreibung B 10/2011 an.

Das den Ausschreibungen im Jahr 2010 zugrunde gelegte Anforderungsprofil spielt dagegen keine Rolle mehr.

Der Kläger wird durch das geänderte Profil nicht benachteiligt. Er erfüllt nach seiner Darstellung sowohl die Eignungsvoraussetzungen der früheren als auch der aktuellen Stellenausschreibung. Der Umstand, dass der Konkurrent Herr M. gemessen an dem Anforderungsprofil der ersten internen Stellenausschreibung nicht über die erforderliche Eignung verfügt hätte, berührt das aktuelle Besetzungsverfahren nicht. Spräche das Gericht dem Kläger allein wegen der Änderung des Profils in diesem Verfahren die streitgegenständliche Stelle zu, wäre der Bewerberverfahrensanspruch des Herrn M. aus Artikel 33 Abs. 2 GG in diesem Verfahren verletzt. Dem Kläger ist zuzugeben, dass die Gestaltung der internen Ausschreibung B 10/2011 darauf hindeutet, dass damit (auch) Herr M. angesprochen werden sollte. Aber selbst wenn dies – wie der Kläger behauptet – gezielt geschehen sein sollte, führt dies noch nicht dazu, dass sich deshalb das Auswahlermessen zu seinen Gunsten auf null reduziert.

b) Von einer Reduzierung des Auswahlermessens auf null wäre auszugehen, wenn von allen Bewerbern nur der Kläger über die nach dem Anforderungsprofil vorausgesetzte Eignung, Befähigung und fachliche Leistung verfügen würde.

aa. In der internen Stellenausschreibung B 10/2011 wird das Anforderungsprofil wie folgt umrissen:

Wenn Sie

- ein wirtschafts-, sozial- oder geisteswissenschaftliches Hochschulstudium abgeschlossen haben oder
- ein Fachhochschulstudium auf den genannten Gebieten abgeschlossen haben und daneben auf langjährige Berufserfahrung z. B. im Finanz- und Rechnungswesen, im Controlling oder der verantwortlichen Leitung oder Geschäftsführung größerer Gesellschaften, Unternehmen oder Körperschaften zurückblicken können

- breite verwaltungsrechtliche, betriebswirtschaftliche sowie idealerweise steuerrechtliche Kenntnisse Ihr Kompetenzprofil abrunden
- sich durch Einsatzfreude, Engagement und hohe Kommunikationsfähigkeit auszeichnen und durch sicheres Auftreten überzeugen
- den Ausbau einer auf die Doppik ausgerichteten Prüfungsinstanz als Herausforderung sehen und es verstehen, sich für die Weiterentwicklung unserer Stadtverwaltung engagiert mit neuen Ideen einzubringen,

dann könnten Sie die richtige Mitarbeiterin / der richtige Mitarbeiter für folgende zu besetzende Planstelle sein.

bb. Gemessen an dieser (geänderten) Stellenausschreibung ist Herr M. kein ungeeigneter Bewerber.

Herr M. hat ein sozialwissenschaftliches Fachhochschulstudium abgeschlossen und kann auf eine langjährige Berufserfahrung als Geschäftsführer des Kreisverbandes der A. sowie der gemeinnützigen A. GmbH der Stadt L. zurückblicken. Damit verfügt er über die nach den Punkten eins und zwei der Stellenausschreibung erforderliche fachliche Eignung.

Unabhängig davon, dass nach dem Profil kein volks- oder betriebswirtschaftliches Studium verlangt wird, kann nicht festgestellt werden, dass nur derjenige befähigt ist, ein Rechnungsprüfungsamt zu leiten, der ein volks- oder betriebswirtschaftliches Studium abgeschlossen oder entsprechendes Erfahrungswissen erlangt hat. Denn die fragliche Stelle war zuletzt mit einem Juristen besetzt. Dessen Vorgänger im Amt war ohne Hochschulstudium als Beamter aus dem gehobenen in den höheren Dienst aufgestiegen.

Die nach dem Stellenprofil erforderlichen verwaltungsrechtlichen- und betriebswirtschaftlichen Kenntnisse spricht der Kläger Herrn M. nicht ab. Der Kläger meint jedoch, dass die steuerrechtlichen Kenntnisse des Herrn M. für die zu besetzende Stelle nicht ausreichen. Das überzeugt nicht.

Festzuhalten ist, dass die Stellenausschreibung keine vertieften steuerrechtlichen Kenntnisse verlangt, sondern davon spricht, dass sie idealerweise das Profi abrunden. Das Fehlen steuerrechtlicher Kenntnisse ist danach kein Ausschlusskriterium. Aber selbst wenn man das mit dem Kläger für nicht sachgerecht hält, ist Herr M. nicht ungeeignet, denn er verfügt durchaus über steuerrechtliche Kenntnisse, die er im Zuge seiner langjährigen Tätigkeit als Geschäftsführer erlangt hat. Auch wenn der Kläger über umfangreichere steuerrechtliche Kenntnisse verfügt als Herr M., kann keine Rede davon sein, dass bei Herrn M. gar keine Kenntnisse vorhanden wären.

c) Gemessen an dem Anforderungsprofil aus der Stellenausschreibung verfügt der Kläger über keinen relevanten Eignungsvorsprung gegenüber dem Bewerber M..

Sowohl der Kläger als auch Herr M. erfüllen die unter den ersten drei Punkten der Stellenausschreibung beschriebenen Anforderungen. Da die steuerrechtlichen Kenntnisse nur zur Abrundung des Kompetenzprofils dienen, ergibt sich insoweit kein Eignungsvorsprung des Klägers. Hinsichtlich der weiteren Auswahlkriterien (4. und 5. Punkt) hat das Arbeitsgericht zutreffend auf die Beurteilungen und die Auswahlgespräche abgestellt.

Einsatzfreude, Engagement, Kommunikationsfähigkeit und Auftreten lassen sich sowohl anhand der Beurteilungen als auch auf Grundlage der Auswahlgespräche beurteilen. Wenn nach dem letzten Punkt des Anforderungsprofils „Verständnis für den Ausbau einer auf die Doppik ausgerichteten Prüfungsinstanz“ verlangt und „Engagement für die Weiterentwicklung der Stadtverwaltung“ gefordert wird, kommt es maßgeblich auf die Darstellung der Bewerber im Auswahlgespräch an.

Was die Beurteilung anbelangt, liegen der Kläger und sein Konkurrent praktisch gleichauf. Das zeigen die Gesamtbeurteilungen (Kläger: 1,28; Herr M.: 1,26). Auch hinsichtlich der einzelnen Merkmale gibt es keine signifikanten Unterschiede. Das gilt für die hier bedeutsamen Merkmale „Belastbarkeit/ Ausdauer/ Konzentrationsvermögen“, „Dienstauffassung/Einsatzbereitschaft“ sowie „Selbständigkeit“. Diese Merkmale weisen einen Bezug zu der geforderten Einsatzfreude und dem verlangten Engagement

auf. Hier gibt es zwischen dem Kläger und Herrn M. keine Unterschiede. Dafür, dass der Kläger als Leiter des Rechnungsprüfungsamtes besser geeignet ist, lässt sich aus diesen, auf die bisher ausgeübte Tätigkeit bezogenen Beurteilungen, jedenfalls nichts schließen.

Deshalb ist es an dieser Stelle auch nicht bedeutsam, dass die Beurteilung des Klägers in einer höheren Entgeltgruppe erfolgt und damit eine höherwertige Tätigkeit beurteilt worden ist. Dies führt, wie der Kläger selbst zugesteht, nicht automatisch dazu, dass eine bessere Eignung anzunehmen wäre.

Hinsichtlich der Kommunikationsfähigkeit musste die Beklagte nicht allein auf die Beurteilung abstellen, sondern durfte auch die aus den Auswahlgesprächen gewonnenen Erkenntnisse heranziehen. Das ist schon deshalb naheliegend, weil die kommunikativen Fähigkeiten sich am besten auf Grundlage eines Gesprächs beurteilen lassen. Entgegen der Auffassung des Klägers dienen derartige Gespräche nicht nur der Abrundung des gewonnenen Eindrucks.

Der öffentliche Arbeitgeber kann sich im Rahmen der ihm obliegenden Pflicht zur Prüfung der Eignung eines Bewerbers auch durch ein Vorstellungsgespräch ein Bild von dessen Persönlichkeit verschaffen. Soweit er sich der Eignung – sei es insgesamt, sei es hinsichtlich eines bestimmten Eignungsmerkmals – in einem Vorstellungsgespräch vergewissern will und sein eigenes Urteil von dessen Ergebnis abhängig macht, kommt es gerade auf den persönlichen Eindruck an, der aufgrund der Äußerung des Bewerbers und dessen Verhaltensweise im Verlaufe des Gesprächs gewonnen wird (vgl. BAG 07.09.2004 – 9 AZR 537/03 – BAGE 112, 13). Das gilt hier umso mehr, als die unter den Punkten vier und fünf genannten Eignungsmerkmale anderenfalls nur unvollständig bewertet werden könnten. Ihr Vorliegen musste daher geradezu im Rahmen der Auswahlgespräche überprüft werden. Die Gespräche haben damit wesentliche Beurteilungsgrundlagen geliefert. Die Fähigkeits- und Leistungsmerkmale der dienstlichen Beurteilungen erfassen die Kriterien wie Einsatzfreude, Engagement, Kommunikationsfähigkeit und sicheres Auftreten allenfalls ansatzweise. Erst Recht wird das im letzten Punkt des Anforderungsprofils angespro-

chene Verständnis für den Ausbau einer auf die Doppik ausgerichteten Prüfungsin-
stanz und das weiter angesprochene Engagement mit neuen Ideen von den Beurtei-
lungsmerkmalen nicht erfasst.

Wenn die Beklagte nach den Auswahlgesprächen die Kommunikationskompetenz des Herrn M. höher eingeschätzt hat als die des Klägers und ihn deshalb als geeigneter angesehen hat, hält sie sich nach Auffassung der Berufungskammer noch im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums. Auf die in der Stellenausschreibung nicht ausdrücklich angesprochene Führungskompetenz kommt es danach nicht entscheidend an. Es spricht allerdings viel für die auch vom Arbeitsgericht vertretene Ansicht, dass bei der Besetzung einer Leitungsposition Führungskompetenz stets erforderlich ist. Im beschriebenen Aufgabengebiet ist deshalb auch unter den ersten zwei Spiegelstrichen jeweils von der verantwortlichen Leitung die Rede, die zum Aufgabengebiet gehört.

Dass die kommunikativen Fähigkeiten des Herrn M. den Ausschlag gegeben haben, wird aus der zusammenfassenden Bewertung (Seite 10 und 11 des Auswahlvermerks) deutlich. An dieser Stelle wird ausgeführt, Herr M. habe im Gegensatz zu Herrn S. verdeutlichen können, wie er konkret Konfliktgespräche führen wolle.

Demgegenüber habe der Kläger auf Nachfrage, wie er Konflikte lösen wolle, wenn diese nicht weiter führten, angegeben, mit Anweisungen und disziplinarrechtlichen Maßnahmen komme man dann auch nicht weiter. Anders als Herr M. habe der Kläger nicht darstellen können, wie er sich eine Kommunikationskultur im Rechnungsprüfungsamt vorstelle, wie er den Organisationsfluss organisieren wolle, in welchem Umfang es Dienstgespräche geben solle und ob Teamgespräche abgehalten werden sollten. Der Kläger habe damit keine Instrumente zur Konfliktbewältigung benannt. Diese Punkte beziehen sich auf die im Anforderungsprofil ausdrücklich angesprochene hohe Kommunikationsfähigkeit. Damit klingt zumindest an, dass es Herrn M. besser gelungen ist, seine Vorstellung von einer Kommunikationskultur im Rechnungsprüfungsamt zu vermitteln.

III.

Der Kläger hat jedoch einen Anspruch auf Wiederholung der Auswahlentscheidung. Denn die Durchführung des Auswahlverfahrens war nicht fehlerfrei.

1. Bei der gerichtlichen Kontrolle ist auf den Zeitpunkt der Auswahlentscheidung abzustellen.

Das folgt daraus, dass die nur rechtlich zu überprüfende Personalentscheidung dem öffentlichen Arbeitgeber obliegt und dieser einen Beurteilungsspielraum hat. Er kann nur das beurteilen, was zum Zeitpunkt der Beurteilung schon bekannt ist.

Der Anspruch auf Wiederholung der Auswahlentscheidung ist begründet, wenn der Arbeitgeber den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen, in dem er sich frei bewegen kann, verkannt hat, er von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemein gültige Wertmaßstäbe nicht beachtet, sachwidrige Erwägungen angestellt oder gegen Verfahrensvorschriften verstoßen hat (vgl. LAG Thüringen 13.01.1997 – 8 Sa 232/96 -). Von einem unrichtigen Sachverhalt ist auch dann auszugehen, wenn wesentliche Tatsachen unberücksichtigt geblieben sind.

2. Über die Besetzung der Stelle hat die Bürgerschaft entschieden. Zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung lag ihr ein zumindest unvollständiger Sachverhalt vor, der keine korrekte Entscheidung zuließ. Gegenüber der Bürgerschaft durfte in der Beschlussvorlage nicht der Eindruck erweckt werden, die Beurteilung des Klägers sei mit der des Herrn M. in jeder Hinsicht vergleichbar. Auch die Darstellung der Auswahlgespräche ist nicht hinnehmbar.

Es kann offen bleiben, ob die Vergleichbarkeit der Beurteilungen bereits deshalb fehlte, weil sich die Beurteilungszeiträume nur geringfügig überschneiden und der Zeitraum des Klägers wesentlich länger war als der des Herrn M.. Aus der der Bürgerschaft zugeleiteten Vorlage ist dieser Unterschied jedenfalls nicht erkennbar. Mitgeteilt werden lediglich die Note und in der Diskussion die Einzelnoten. Unerwähnt bleibt dagegen, auf welchen Beurteilungszeitraum und auf welche Stelle sich die Beurteilungen der Bewerber beziehen. Letzteres ist aber entscheidend. Denn es macht einen Unterschied, auf welche Stelle und Vergütungsgruppe sich die Bewertung der Bewerberleistungen mit „übertrifft in besonderem Maße die Anforderungen“ bezieht. Die Anforderungen richten sich nach dem konkreten Arbeitsplatz und sind beim höher dotierten Arbeitsplatz schwerer zu erfüllen. Das geht aus der Beurteilung selbst

hervor. Denn dort heißt es, dass der Mitarbeiter an den Anforderungen gemessen wird, die an seinem konkreten Arbeitsplatz an ihn gestellt werden.

Verwunderlich ist, dass kein Mitglied der Bürgerschaft vor der Besetzungsentscheidung nachgefragt hat und die Vorlage der Beurteilungen verlangt hat. Auf der anderen Seite ergaben sich aus der Vorlage keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beurteilungen möglicherweise nicht vergleichbar sind. Jedenfalls waren damit der entscheidenden Bürgerschaft wesentliche Tatsachen unbekannt.

Erforderlich wäre gewesen, in der Vorlage für die Bürgerschaft zumindest die Beurteilungszeiträume und die Stellen zu benennen, auf denen die Bewerber beurteilt worden sind. Noch naheliegender wäre es gewesen, die Beurteilungen der Vorlage als weitere Anlage beizufügen.

Die Beschlussvorlage erweist sich auch insoweit als problematisch, als sie maßgeblich auf die Auswahlgespräche abstellt, diese aber nur zusammenfassend wiedergibt.

Selbst wenn in einem solchen Fall nicht zwingend ein Wortprotokoll beigelegt werden muss, genügt das im Auswahlvermerk enthaltene Ergebnisprotokoll nicht. Denn zum einen ist nicht erkennbar, wer es gefertigt hat und ob es sich um ein von allen Gesprächsteilnehmern der Auswahlgespräche genehmigtes Protokoll handelt.

Ein Außenstehender konnte auf Grundlage der der Beschlussvorlage als Anlage 1 beigelegten Begründung davon ausgehen, es handle sich um eine von allen Gesprächsteilnehmern gebilligte Darstellung des Gesprächsverlaufs. Unstreitig handelte es sich aber nicht um ein zwischen allen Gesprächsteilnehmern abgestimmtes Protokoll. Die Bürgerschaft ging bei ihrer Entscheidung also auch insoweit von einem falschen Sachverhalt aus.

IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung, der die vom 9. Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgestellten Rechtsgrundsätze zugrunde gelegt worden sind.

gez...

gez...

gez...