

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 3. Dezember 2019
- 9 AZR 78/19 -
ECLI:DE:BAG:2019:031219.U.9AZR78.19.0

I. Arbeitsgericht Erfurt

Urteil vom 1. April 2016
- 9 Ca 17/16 -

II. Thüringer Landesarbeitsgericht

Urteil vom 27. September 2018
- 4 Sa 231/16 -

Entscheidungsstichworte:

Beschäftigungsanspruch - schwerbehinderte Arbeitnehmer

Leitsatz:

Ein öffentlicher Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, eine ermessensfehlerfrei unbeschränkt ausgeschriebene Stelle außerhalb des nach Art. 33 Abs. 2 GG durchzuführenden Bewerbungs- und Auswahlverfahrens vorab einem schwerbehinderten Arbeitnehmer zuzuweisen, um dessen Anspruch auf Beschäftigung nach § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX zu gewährleisten.

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 78/19
4 Sa 231/16
Thüringer
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
3. Dezember 2019

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungskläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 3. Dezember 2019 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber und den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Suckow sowie die ehrenamtlichen Richter Winzenried und Stang für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Thüringer Landesarbeitsgerichts vom 27. September 2018 - 4 Sa 231/16 - teilweise aufgehoben, soweit es die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Erfurt vom 1. April 2016 - 9 Ca 17/16 - zurückgewiesen hat.
2. Im Umfang der Aufhebung wird das Urteil des Arbeitsgerichts Erfurt vom 1. April 2016 - 9 Ca 17/16 - abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen.
3. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Klägerin verlangt vom beklagten Freistaat, sie - unter Ausschluss einer Tätigkeit als Lehrerin im Schuldienst - zu beschäftigen. 1

Die 1955 geborene Klägerin wurde von der Rechtsvorgängerin des Beklagten zum 1. August 1979 als Lehrerin eingestellt. Von Ende 2008 bis Juli 2012 war sie an das E abgeordnet. Seit September 2012 ist die Klägerin arbeitsunfähig krank. Wiedereingliederungsversuche vom 24. Juni bis zum 12. Juli 2013 und vom 23. Juni bis zum 17. Juli 2014 blieben ohne Erfolg. Am 20. Januar 2013 fand ein Präventionsgespräch statt. Nach einer amtsärztlichen Untersuchung der Klägerin am 22. April 2015 stellte der Amtsärztliche Dienst in einer Stellungnahme vom 7. August 2015 fest, dass mit einer Wiederherstellung ihrer Arbeitsfähigkeit als Lehrerin nicht zu rechnen sei; die Klägerin könne leichte Tätigkeiten ohne besondere Anforderungen an die nervliche Belastung, Umstellungs- und Anpassungsfähigkeit sowie Verantwortung für andere Personen ausüben. 2

Die Klägerin bewarb sich erfolglos auf verschiedene Stellen, die der Beklagte innerhalb und außerhalb des Geschäftsbereichs des M (im Folgenden TMBJS) ausgeschrieben hatte. Mit Schreiben vom 8. Dezember 2015 über- 3

sandte der Beklagte der Klägerin eine Ausschreibung des TMBJS, mit der für die Tätigkeit als „Lehrer-Kulturagent/Kulturagentin“ zehn Stellen ausgeschrieben wurden und bat sie, sich „bis zum 16. Dezember 2015 zu positionieren“, ob sie in der Lage sei, „die Tätigkeit als Kulturagentin unter der Maßgabe auszuüben, dass es sich um eine Teilzeittätigkeit mit einem Beschäftigungsumfang von 80% eines Vollzeitbeschäftigten ohne Unterrichtsverpflichtung“ handele, und sich ggf. zu bewerben. Parallel werde der amtsärztliche Dienst um eine Einschätzung gebeten, ob einer Übertragung der Tätigkeit an die Klägerin gesundheitliche Gründe entgegenstünden. Die Klägerin bewarb sich daraufhin auf die ausgeschriebenen Stellen und unterzog sich am 4. Januar 2016 erneut einer amtsärztlichen Untersuchung. Der Amtsärztliche Dienst führte in seiner Stellungnahme vom 15. Januar 2016 aus, die Klägerin habe bei der Untersuchung keine wesentlichen gesundheitlichen Beschwerden angegeben; ihre gesundheitliche Eignung für die geplante Tätigkeit entsprechend der Stellenbeschreibung sei gegeben. Mit Bescheid vom 14. März 2016 stellte die Stadtverwaltung E - Amt für Soziales und Gesundheit - mit Wirkung ab dem 13. Januar 2016 einen Grad der Behinderung (GdB) der Klägerin von 30 fest.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, der Beklagte sei verpflichtet, sie leidens- und behinderungsgerecht innerhalb oder außerhalb des Geschäftsbereichs des TMBJS zu beschäftigen. Der Beklagte habe pflichtwidrig ein betriebliches Eingliederungsmanagement und ein Präventionsverfahren unterlassen und könne sich deshalb nicht darauf beschränken, das Bestehen einer Beschäftigungsmöglichkeit zu bestreiten. Sie sei in der Lage, Tätigkeiten der Wertigkeit der Entgeltgruppe 11 TV-L auf Grundlage ihrer Ausbildung und Qualifikation sowie ihrer beruflichen Erfahrung auszuüben, insbesondere die Aufgaben einer Kulturagentin wahrzunehmen. Damit existiere jedenfalls ein freier und geeigneter Arbeitsplatz, auf dem sie beschäftigt werden könne. Auf zwischenzeitlich erfolgte Stellenbesetzungen könne sich der Beklagte nicht berufen.

Die Klägerin hat - soweit für die Revision noch von Bedeutung - beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, sie leidensgerecht - unter Ausschluss einer Tätigkeit als Lehrerin im Schuldienst - zu

beschäftigen im Bereich der Schulaufsicht im TMBJS oder an einem der staatlichen Schulämter oder anderweitig im Geschäftsbereich eines anderen Ministeriums (Ressorts) als Mitarbeiterin am E oder als Mitarbeiterin bei der A oder als Kulturagentin.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat die Auffassung vertreten, der Klageantrag sei nur zulässig, soweit die Klägerin eine Beschäftigung als Kulturagentin verlange. Im Übrigen sei der Antrag unzulässig, weil die begehrte Beschäftigung nicht hinreichend konkret bezeichnet sei. Für die Stelle als Kulturagentin scheide ein Beschäftigungsanspruch der Klägerin schon wegen des noch laufenden Auswahlverfahrens und des nach Art. 33 Abs. 2 GG bei der Auswahlentscheidung zu beachtenden Grundsatzes der Bestenauslese aus. Außerdem sei die Klägerin gesundheitlich und fachlich für die Tätigkeit nicht geeignet.

6

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Nach Verkündung des erstinstanzlichen Urteils stellte die Agentur für Arbeit E die Klägerin mit Bescheid vom 20. September 2016 mit Wirkung ab dem 18. März 2016 einem schwerbehinderten Menschen gleich. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Der Beklagte hat die Stellen für Kulturagenten inzwischen mit anderen Mitarbeitern besetzt. Dagegen wendet sich die Klägerin mit einer beim Arbeitsgericht Erfurt eingereichten Klage vom 31. August 2018. Das Arbeitsgericht Erfurt hat die Klage mit Urteil vom 3. Januar 2019 (- 5 Ca 1537/18 -) abgewiesen. Über die Berufung der Klägerin hat das Thüringer Landesarbeitsgericht noch nicht entschieden.

7

Entscheidungsgründe

- Die Revision ist begründet. Die Vorinstanzen haben der Klage zu Unrecht stattgegeben. Die Klage ist teilweise unzulässig und im Übrigen unbegründet. 8
- I. Der Klageantrag ist entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts nur teilweise zulässig. Er genügt den Bestimmtheitsanforderungen von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nur, soweit die Klägerin eine Beschäftigung als Kulturagentin begehrt. Im Übrigen ist die von der Klägerin gekehrte Beschäftigung nicht hinreichend bestimmt bezeichnet. 9
1. Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag enthalten. Die Klagepartei muss eindeutig festlegen, welche Entscheidung sie begehrt. Dazu hat sie den Streitgegenstand so genau zu bezeichnen, dass der Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) keinem Zweifel unterliegt und die eigentliche Streitfrage mit Rechtskraftwirkung zwischen den Parteien entschieden werden kann (§ 322 ZPO). Sowohl bei einer der Klage stattgebenden als auch bei einer sie abweisenden Sachentscheidung muss zuverlässig feststellbar sein, worüber das Gericht entschieden hat (*BAG 24. September 2014 - 5 AZR 593/12 - Rn. 18, BAGE 149, 169*). Unklarheiten über den Inhalt der Verpflichtung dürfen nicht aus dem Erkenntnisverfahren ins Vollstreckungsverfahren verlagert werden. Dessen Aufgabe ist es zu klären, ob der Schuldner einer festgelegten Verpflichtung nachgekommen ist, nicht aber worin diese besteht (*BAG 15. April 2009 - 3 AZB 93/08 - Rn. 16, BAGE 130, 195*). 10
2. Bei einem auf Beschäftigung gerichteten Klageantrag muss einerseits für den Prozessgegner aus rechtsstaatlichen Gründen erkennbar sein, in welchen Fällen er bei Nichterfüllung der ausgerichteten Verpflichtung mit einem Zwangsmittel zu rechnen hat. Andererseits erfordern das Rechtsstaatsprinzip und das daraus folgende Gebot effektiven Rechtsschutzes (*BVerfG 12. Februar* 11

1992 - 1 BvL 1/89 - zu C I der Gründe, BVerfGE 85, 337), dass materiell-rechtliche Ansprüche effektiv durchgesetzt werden können. Begehrt der Arbeitnehmer ihn leidens- und behinderungsgerecht zu beschäftigen, kann aus materiell-rechtlichen Gründen nicht verlangt werden, dass der Klageantrag auf eine ganz bestimmte im Einzelnen beschriebene Tätigkeit oder Stelle zugeschnitten ist. Darauf hat der Arbeitnehmer regelmäßig keinen Anspruch, denn weder die vertragliche Rücksichtnahmepflicht noch das Schwerbehindertenrecht begründen einen Anspruch des Arbeitnehmers auf einen selbst bestimmten Arbeitsplatz. Verlangte man für einen zulässigen Beschäftigungsantrag die Angabe eines einzigen konkreten Arbeitsplatzes, so liefe der klagende Arbeitnehmer stets Gefahr, dass die so konkretisierte Klage zwar zulässig, aber unbegründet wäre, weil der Arbeitgeber ihm auch einen anderen behinderungsgerechten Arbeitsplatz zuweisen dürfte (vgl. BAG 10. Mai 2005 - 9 AZR 230/04 - zu B I 2 b ff der Gründe mwN, BAGE 114, 299). Um beiden Gesichtspunkten gerecht zu werden, muss zumindest die Art der begehrten Beschäftigung durch Auslegung des Antrags ggf. unter Heranziehung der Klageschrift und des sonstigen Vorbringens der klagenden Partei feststellbar sein (vgl. BAG 27. Mai 2015 - 5 AZR 88/14 - Rn. 44, BAGE 152, 1; siehe auch 17. März 2015 - 9 AZR 702/13 - Rn. 25; 13. Juni 2006 - 9 AZR 229/05 - Rn. 14, BAGE 118, 252; 10. Mai 2005 - 9 AZR 230/04 - zu B I 2 a der Gründe mwN, BAGE 114, 299). Erforderlich und ausreichend ist die Bezeichnung des Berufsbilds, mit dem der Arbeitnehmer beschäftigt werden soll, wenn sich damit hinreichend bestimmt feststellen lässt, worin die ihm zuzuweisende Tätigkeit bestehen soll. Einzelheiten hinsichtlich der Art der Beschäftigung oder sonstigen Arbeitsbedingungen muss der Antrag nicht enthalten (vgl. zur hinreichenden Bestimmtheit eines Beschäftigungstitels nach § 322 Abs. 1 ZPO: BAG 27. Mai 2015 - 5 AZR 88/14 - Rn. 40, 44, 46, aaO; 15. April 2009 - 3 AZB 93/08 - Rn. 20, BAGE 130, 195).

3. Unter Beachtung dieser Grundsätze genügt der Klageantrag den Anforderungen von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nur, soweit die Klägerin eine Beschäftigung als Kulturagentin begehrt.

12

- a) Der Inhalt der Tätigkeit als Kulturagentin ist mit hinreichender Bestimmtheit der von der Klägerin vorgelegten Stellenbeschreibung zu entnehmen. Mit dem Klageziel „Beschäftigung“ geht es der Klägerin ersichtlich um die Zuweisung einer leidens- und behinderungsgerechten Tätigkeit. Der Beklagte soll verpflichtet werden, ihr einen Arbeitsplatz als Kulturagentin zur Verfügung zu stellen (*BAG 10. Mai 2005 - 9 AZR 230/04 - zu B I 2 b bb der Gründe mwN, BAGE 114, 299*), dh. ihr Zutritt zum Betrieb gewähren, die mit dem Arbeitsplatz verbundenen Aufgaben übertragen und den Zugriff auf die sachlichen und personellen Mittel eröffnen, die zur tatsächlichen Ausübung der Arbeitsleistung als Kulturagentin erforderlich sind (*vgl. BAG 13. Juni 2006 - 9 AZR 229/05 - Rn. 18, BAGE 118, 252*). 13
- b) Im Übrigen ist der Klageantrag unzulässig, weil die Art der von der Klägerin begehrten Beschäftigung nicht iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt bezeichnet ist. 14
- aa) Dem Antrag ist lediglich zu entnehmen, dass die Klägerin eine Beschäftigung unter Ausschluss einer Tätigkeit als Lehrerin im Schuldienst begehrt. Soweit er sich auf eine Beschäftigung im Bereich der Schulaufsicht oder an einem der staatlichen Schulämter oder als Mitarbeiterin am E oder als Mitarbeiterin bei der A bezieht, ist der Klageantrag weder auf konkret bezeichnete Stellen noch auf ein bestimmtes Berufsbild oder eine der Klägerin zuzuweisende Tätigkeit gerichtet. Auch unter Heranziehung der Klageschrift und des sonstigen Vorbringens der Klägerin ist nicht feststellbar, welche Art von Beschäftigung sie begehrt. Dies ergibt sich auch nicht aus dem Vortrag der Klägerin, es gehe ihr um „Tätigkeiten der Wertigkeit der Entgeltgruppe 11 TV-L auf Grundlage ihrer Ausbildung und Qualifikation sowie ihrer beruflichen Erfahrung, in Bereichen ohne Unterrichtsverpflichtung“, denn die Entgeltordnung zum TV-L nennt zahlreiche Beispiele für Tätigkeiten in der Entgeltgruppe 11 in verschiedenen Bereichen. 15
- bb) Es bedarf keiner abschließenden Entscheidung, ob es zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes für schwerbehinderte Arbeitnehmer oder ihnen gleichgestellte Arbeitnehmer geboten sein kann, die Anforderungen an die Be- 16

stimmtheit des Klageantrags iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO abzusenken, wenn der Arbeitgeber weder ein betriebliches Eingliederungsmanagement iSv. § 84 Abs. 2 SGB IX aF bzw. iSv. § 167 Abs. 2 SGB IX noch ein Präventionsverfahren iSv. § 84 Abs. 1 SGB IX aF bzw. iSv. § 167 Abs. 1 SGB IX durchgeführt hat.

(1) Verletzt der Arbeitgeber seine aus § 84 Abs. 1 SGB IX aF bzw. § 167 Abs. 1 SGB IX und/oder § 84 Abs. 2 SGB IX aF bzw. iSv. § 167 Abs. 2 SGB IX resultierenden Verpflichtungen können zugunsten des für die Voraussetzungen einer behinderungsgerechten Beschäftigungsmöglichkeit primär darlegungsbelasteten Arbeitnehmers die Grundsätze der sekundären Behauptungslast eingreifen (*vgl. hierzu im Einzelnen BAG 4. Oktober 2005 - 9 AZR 632/04 - Rn. 30, BAGE 116, 121 zu § 84 Abs. 1 SGB IX aF; BAG 13. Mai 2015 - 2 AZR 565/14 - Rn. 28 mwN zu § 84 Abs. 2 SGB IX aF*). Die Erleichterungen der sekundären Darlegungslast greifen jedoch nur ein, soweit die darlegungspflichtige Partei, obwohl sie alle ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausgeschöpft hat, ihrer primären Darlegungslast nicht nachkommen kann, weil sie außerhalb des für ihren Anspruch erheblichen Geschehensablaufs steht (*vgl. BAG 27. Mai 2015 - 5 AZR 88/14 - Rn. 31, BAGE 152, 1; 25. Februar 2010 - 6 AZR 911/08 - Rn. 53, BAGE 133, 265; 18. September 2014 - 6 AZR 145/13 - Rn. 29*). 17

(2) Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Angaben im Antrag zur Art der begehrten Beschäftigung waren nicht entbehrlich, weil sich weder aus den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts noch nach dem Vortrag der Parteien Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Klägerin unter Ausschöpfung aller ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten nicht in der Lage gewesen wäre, jedenfalls das Berufsbild der von ihr begehrten Beschäftigung oder die ihr zuzuweisenden Tätigkeiten im Klageantrag abstrakt anzugeben. 18

II. Die Klage ist - soweit zulässig - nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, die Klägerin habe nach § 241 Abs. 2 BGB und aufgrund ihrer Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen gemäß § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX aF Anspruch auf die begehrte leidensgerechte Beschäftigung. Sie könne jedenfalls als Kulturagentin beschäftigt wer- 19

den. Dabei hat das Landesarbeitsgericht nicht beachtet, dass einem Anspruch der Klägerin auf Beschäftigung als Kulturagentin die vom Beklagten getroffene Organisationsentscheidung entgegensteht, die Stellen im Rahmen und erst nach Abschluss des durch die Stellenausschreibung eingeleiteten Auswahlverfahrens zu besetzen, und der Beklagte bei der Stellenbesetzung an Art. 33 Abs. 2 GG gebunden ist. Die Sache ist dennoch nicht zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Der Senat kann nach § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst abschließend entscheiden, weil die für eine Endentscheidung erforderlichen Feststellungen getroffen sind.

1. Der Beklagte ist nicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet, die Klägerin unter Ausschluss einer Tätigkeit als Lehrerin im Schuldienst als Kulturagentin zu beschäftigen. 20

a) Nach § 241 Abs. 2 BGB ist jede Partei des Arbeitsvertrags zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Dies dient dem Schutz und der Förderung des Vertragszwecks. Ist der Arbeitnehmer aus in seiner Person liegenden Gründen nicht mehr in der Lage, die vom Arbeitgeber aufgrund seines Direktionsrechts nach § 106 Satz 1 GewO näher bestimmte Leistung zu erbringen, kann es die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB gebieten, dass der Arbeitgeber von seinem Direktionsrecht erneut Gebrauch macht und dem leistungsgeminderten Arbeitnehmer innerhalb des arbeitsvertraglich vereinbarten Rahmens eine Tätigkeit überträgt, zu deren Erbringung dieser noch in der Lage ist. Voraussetzung ist, dass dem Arbeitgeber die entsprechende Neubestimmung der auszuübenden Tätigkeit rechtlich möglich und zumutbar ist (vgl. BAG 27. Mai 2015 - 5 AZR 88/14 - Rn. 26 f., 34, 44, 46, BAGE 152, 1; 15. Oktober 2013 - 1 ABR 25/12 - Rn. 24; 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 28 ff., BAGE 134, 296). Eine Verpflichtung zu einer vertragsfremden Beschäftigung begründet das Gebot der Rücksichtnahme nicht. Der Arbeitgeber kann im Rahmen der Rücksichtnahmepflicht lediglich gehalten sein, dem Wunsch des Arbeitnehmers nach einer Vertragsanpassung nachzukommen, insbesondere wenn anderenfalls ein dauerhaftes Unvermögen des Arbeitnehmers droht (vgl. BAG 21. Februar 21

2017 - 1 AZR 367/15 - Rn. 22, BAGE 158, 148; 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 26, BAGE 134, 296; 13. August 2009 - 6 AZR 330/08 - Rn. 31, BAGE 131, 325).

b) Die Klägerin verlangt vorliegend jedoch keine Vertragsänderung, sondern unmittelbar eine vertragsfremde Beschäftigung. Hierfür bietet § 241 Abs. 2 BGB keine Grundlage. Sie wurde als Lehrerin eingestellt. Der Klageantrag ist auf eine Beschäftigung als Kulturagentin unter Ausschluss einer Tätigkeit als Lehrerin im Schuldienst und damit auf eine Beschäftigung außerhalb des vertraglichen Rahmens gerichtet. Die Aufgaben einer Kulturagentin kann der Beklagte der Klägerin nicht in Ausübung seines Direktionsrechts zuweisen. 22

2. Ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Beschäftigung als Kulturagentin besteht auch nicht gemäß § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX aF bzw. nach § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX in der seit dem 1. Januar 2018 geltenden Fassung. 23

a) Nach § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX aF bzw. § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX haben Schwerbehinderte und mit ihnen - wie die Klägerin - gleichgestellte behinderte Arbeitnehmer gegenüber ihrem Arbeitgeber Anspruch auf Beschäftigung, bei der sie ihre Fähigkeiten und Kenntnisse möglichst voll verwerten und weiterentwickeln können. Daraus kann sich ein Anspruch des schwerbehinderten Arbeitnehmers auf anderweitige - auch vertragsfremde - Beschäftigung ergeben, wenn er seine vertraglich geschuldete Tätigkeit wegen seiner Behinderung nicht mehr ausüben kann (vgl. BAG 15. Oktober 2013 - 1 ABR 25/12 - Rn. 24). Der Anspruch besteht nicht, wenn eine anderweitige Beschäftigung zwar in Betracht kommt, sie dem Arbeitgeber aber unzumutbar oder für ihn mit unverhältnismäßig hohen Aufwendungen verbunden ist (§ 81 Abs. 4 Satz 3 SGB IX aF bzw. § 164 Abs. 4 Satz 3 SGB IX). Insbesondere muss der Arbeitgeber keinen zusätzlichen, bisher nicht vorhandenen und nicht benötigten Arbeitsplatz dauerhaft einrichten (st. Rspr. BAG 16. Mai 2019 - 6 AZR 329/18 - Rn. 35; 20. November 2014 - 2 AZR 664/13 - Rn. 25). 24

b) Ein Anspruch der Klägerin gemäß § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX aF bzw. § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB auf Beschäftigung als Kulturagentin scheidet bereits deshalb aus, weil in die Organisationsgewalt des Beklagten unzulässig eingegriffen würde, verlangte man von ihm, der Klägerin die Tätigkeit als Kulturagentin außerhalb des mit der Ausschreibung eingeleiteten Besetzungsverfahrens zuzuweisen. Zudem ist der Beklagte infolge der unbeschränkten Ausschreibung der Stellen für die Tätigkeit als Lehrer-Kulturagent/Kulturagentin bei der Stellenbesetzung an Art. 33 Abs. 2 GG gebunden. 25

aa) Aus der Art. 33 Abs. 2 GG vorgelagerten Organisationsgewalt des öffentlichen Arbeitgebers folgt, dass es ihm im Grundsatz obliegt, darüber zu entscheiden, ob, welche und ggf. wie viele Statusämter er vorhält (vgl. BAG 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - Rn. 29; BAGE 161, 157; BVerwG 13. Dezember 2012 - 2 C 11.11 - Rn. 20, BVerwGE 145, 237). Ob, in welcher Gestalt und zu welchem Zeitpunkt eine Stelle besetzt werden soll, entscheidet der Dienstherr in Ausübung seiner Organisationsgewalt nach seinen Bedürfnissen. Die Schaffung und Besetzung von Planstellen dient grundsätzlich allein dem öffentlichen Interesse an einer bestmöglichen Erfüllung der öffentlichen Aufgaben. Sie erfolgt nicht in Wahrnehmung der Rücksichtnahmepflicht des öffentlichen Arbeitgebers gegenüber seinen Beschäftigten. Subjektive Rechte etwaiger Bewerber auf den Erlass einer solchen Entscheidung bestehen grundsätzlich nicht, sondern setzen sie voraus (vgl. BAG 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - Rn. 28, aaO; BVerwG 17. November 2016 - 2 C 27.15 - Rn. 34, BVerwGE 156, 272). Der öffentliche Arbeitgeber hat aufgrund seiner Organisationsfreiheit das Recht, zwischen verschiedenen Möglichkeiten, eine Stelle zu besetzen, zu wählen. Er ist nicht verpflichtet, offene Stellen ausschließlich auf Grund von Ausschreibungen und Auswahlverfahren zu besetzen und hat das Recht, zwischen Umsetzungen, Versetzungen oder Beförderungen zu wählen. Nur soweit es um den beruflichen Aufstieg von Bewerbern mit der Rangordnung nach niedrigeren Besoldungsgruppen geht (sog. Beförderung), ist zwingend eine Auswahl nach den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG geboten. Ein Art. 33 Abs. 2 GG entsprechendes Auswahlverfahren ist zudem durchzuführen, wenn der öffentliche Arbeitgeber die zu besetzende Stelle ermessensfehlerfrei unbe- 26

schränkt ausgeschrieben hat. Wie der öffentliche Arbeitgeber seine Organisationsfreiheit nutzt, steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen (*vgl. BAG 12. April 2016 - 9 AZR 673/14 - Rn. 25, BAGE 155, 29; 23. Januar 2007 - 9 AZR 492/06 - Rn. 40 mwN, BAGE 121, 67*). Er darf diese insbesondere nicht gezielt und manipulativ einsetzen, um den nach Maßgabe von § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX aF bzw. § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX bestehenden Beschäftigungsanspruch schwerbehinderter und mit ihnen gleichgestellter Arbeitnehmer zu umgehen oder eine Auswahlentscheidung zugunsten oder zulasten einzelner Bewerber zu steuern (*vgl. zum Bewerbungsverfahrensanspruch BAG 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - Rn. 30, BAGE 161, 157*).

bb) Danach war der Beklagte bei der Besetzung der Stellen für Lehrer-Kulturagenten/Kulturagentinnen an Art. 33 Abs. 2 GG gebunden. 27

(1) Bei den Stellen für Lehrer-Kulturagenten/Kulturagentinnen handelt es sich um öffentliche Ämter iSd. Art. 33 Abs. 2 GG (*vgl. hierzu BAG 12. April 2016 - 9 AZR 673/14 - Rn. 16, BAGE 155, 29*). 28

(2) Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Entscheidung des Beklagten, die Stellen auszuschreiben, nicht pflichtgemäßem Ermessen entsprach. Der Annahme, der Beklagte habe - jedenfalls nicht alle - Stellen für Lehrer-Kulturagenten/Kulturagentinnen unbeschränkt ausschreiben dürfen, weil er verpflichtet gewesen sei, die Klägerin auf einer der Stellen zu beschäftigen, steht entgegen, dass § 241 Abs. 2 BGB der Klägerin keinen Anspruch auf die vertragsfremde Beschäftigung als Kulturagentin gewährt und zum Zeitpunkt der Ausschreibung ein Beschäftigungsanspruch der Klägerin gemäß § 81 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX aF bzw. § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX mangels erfolgter Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen noch nicht in Betracht kam. 29

(3) Infolge der unbeschränkten Ausschreibung hatte der Beklagte bei der Auswahlentscheidung und Stellenbesetzung das subjektive Recht eines jeden Bewerbers auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren zu gewährleisten (*vgl. BAG 19. Mai 2015 - 9 AZR 837/13 - Rn. 16 mwN*). Dies steht 30

einem Anspruch auf Zuweisung der Tätigkeit als Kulturagentin unabhängig vom Ausgang des Bewerbungsverfahrens entgegen, wie ihn die Klägerin im vorliegenden Verfahren mit ihrem Beschäftigungsantrag geltend macht (vgl. oben Rn. 13).

(a) Der nach Art. 33 Abs. 2 GG bei der Besetzung öffentlicher Ämter 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 beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet. Beamten und Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst steht deshalb bei der Besetzung von Ämtern des öffentlichen Dienstes ein verfassungsrechtlicher Bewerbungsverfahrensanspruch zu. Angesichts der Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung folgt aus Art. 33 Abs. 2 GG ein subjektives Recht jedes Bewerbers auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren (st. Rspr. zB BAG 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - Rn. 33, BAGE 161, 157; 28. September 2017 - 8 AZR 492/16 - Rn. 39; 19. Mai 2015 - 9 AZR 837/13 - Rn. 16 mwN). Die Verletzung der aus Art. 33 Abs. 2 GG abgeleiteten Verfahrensgrundsätze begründet regelmäßig keinen Einstellungsanspruch, sondern lediglich einen Anspruch des nicht berücksichtigten Bewerbers auf Fortführung des ursprünglichen Auswahlverfahrens nach Maßgabe von Art. 33 Abs. 2 GG. Der Bewerbungsverfahrensanspruch verdichtet sich nur dann zu einem Besetzungsanspruch, wenn das Auswahlverfahren ordnungsgemäß abgeschlossen wurde und die Auswahl nach den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG zugunsten des Anspruchstellers ausgefallen ist oder hätte ausfallen müssen (vgl. BAG 20. März 2018 - 9 AZR 249/17 - Rn. 13; 24. März 2009 - 9 AZR 277/08 - Rn. 18, BAGE 130, 107).

31

(b) Der aus Art. 33 Abs. 2 GG folgende Bewerbungsverfahrensanspruch setzt zudem dem Grundsatz nach voraus, dass die begehrte Stelle noch nicht besetzt ist. Für eine Neubescheidung ist kein Raum, wenn die begehrte Stelle

32

dem erfolgreichen Konkurrenten rechtswirksam auf Dauer übertragen worden ist. Die Stelle ist damit nicht mehr verfügbar. Der unterlegene Bewerber hat regelmäßig keinen Anspruch auf „Wiederfreimachung“ oder Doppelbesetzung der Stelle. Dem verfahrensfehlerhaft zurückgewiesenen Bewerber stehen allenfalls Schadensersatzansprüche zu, wenn ihm die Stelle hätte übertragen werden müssen (vgl. hierzu im Einzelnen BAG 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - Rn. 25, BAGE 161, 157). Nur wenn der öffentliche Arbeitgeber den effektiven Rechtsschutz des Bewerbers vereitelt, gilt eine Ausnahme. Dann ist es ihm entsprechend den Rechtsgedanken aus § 162 Abs. 2 BGB sowie aus §§ 135, 136 BGB verwehrt, dem übergangenen Bewerber die anderweitige Stellenbesetzung entgegenzuhalten (vgl. BAG 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - Rn. 34, aaO; 12. April 2016 - 9 AZR 673/14 - Rn. 28, BAGE 155, 29).

(4) Ausgehend von diesen Grundsätzen besteht kein vom Ausgang des Bewerbungsverfahrens unabhängiger Anspruch der Klägerin auf Zuweisung der Tätigkeit als Kulturagentin. 33

(a) Mit der ermessensfehlerfreien Ausschreibung der Stellen für Lehrer-Kulturagenten/Kulturagentinnen hat der Beklagte die Entscheidung getroffen, die Stellen erst nach Abschluss des Bewerbungsverfahrens zu besetzen. Gleichzeitig hat er die zu treffende Auswahlentscheidung an Art. 33 Abs. 2 GG gebunden. Aus dem Gebot der Rechtssicherheit folgt, dass die Besetzung der ausgeschriebenen Stellen vom Beklagten allein im Rahmen und auf Grundlage des Bewerbungsverfahrens verlangt werden kann. Sowohl der öffentliche Arbeitgeber als auch die Bewerber brauchen Klarheit darüber, in welchem Auswahlverfahren die Stellen vergeben werden. Der zeitliche Parallellauf mehrerer auf dieselbe Stelle bezogener Verfahren mit unterschiedlichen Bewerbern würde zu schwierigen Vergabe- und Rückabwicklungsproblemen führen (vgl. BAG 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - Rn. 40; BAGE 161, 157). Wäre der Beklagte verpflichtet, eine der Stellen außerhalb dieses Rahmens durch Zuweisung der Tätigkeit an die Klägerin zu besetzen, bestünde die Gefahr, dass entweder unter Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG der Anspruch anderer Bewerber auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren (vgl. BAG 19. Mai 34

2015 - 9 AZR 837/13 - Rn. 16 mwN) vereitelt oder mit der Verpflichtung zur - jedenfalls faktischen - Doppelbesetzung unzulässig in die Organisationsgewalt des Beklagten eingegriffen würde (vgl. BAG 28. Mai 2002 - 9 AZR 751/00 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 101, 153).

(b) Im vorliegenden Verfahren ist nicht zu entscheiden, ob der Klägerin im Hinblick auf ihre Bewerbung als Kulturagentin weiterhin ein Bewerbungsverfahrensanspruch nach Art. 33 Abs. 2 GG zusteht, ob der Beklagte durch die zwischenzeitlichen Stellenbesetzungen den Bewerbungsverfahrensanspruch der Klägerin verletzt hat und ggf. welche Rechtsfolgen hieraus resultieren. Dies ist nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens. Gegen die Stellenbesetzung wendet sich die Klägerin allein mit der beim Arbeitsgericht Erfurt eingereichten Klage vom 31. August 2018. Es kann deshalb dahinstehen, ob die Klägerin gesundheitlich in der Lage ist, die Tätigkeit als Kulturagentin mit der Maßgabe auszuüben, dass es sich um eine Beschäftigung ohne Unterrichtsverpflichtung handelt, ob sie über die erforderliche fachliche Eignung verfügt und inwieweit sich die Rechte der Klägerin nach § 164 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 SGB IX auf das Auswahlmessen des Beklagten auswirken. 35

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. 36

Kiel

Suckow

Weber

Winzenried

Stang