

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 27. Juli 2021
- 9 AZR 326/20 -
ECLI:DE:BAG:2021:270721.U.9AZR326.20.0

I. Arbeitsgericht Gera

Urteil vom 16. Februar 2017
- 4 Ca 256/16 -

II. Thüringer Landesarbeitsgericht

Urteil vom 17. Oktober 2019
- 2 Sa 19/18 -

Entscheidungsstichworte:

Bewerbungsverfahrensanspruch - Verhältnis von Primär- und Sekundärrechtsschutz

Leitsätze:

1. Nach der Wertung des § 839 Abs. 3 BGB kann ein zu Unrecht abgelehnter Stellenbewerber einen Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes grundsätzlich nur dann erfolgreich auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, wenn er sich im Vorfeld der Stellenbesetzung bemüht hat, seine Rechte aus Art. 33 Abs. 2 GG durch die Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes zu wahren und dadurch den Eintritt des Schadens abzuwenden.

2. Zur Sicherung ihres Bewerbungsverfahrensanspruchs ist eine mittellose Partei nicht gehalten, auf eigene Kosten ein Eilverfahren zu betreiben, um dem Arbeitgeber die Besetzung der Stelle gerichtlich untersagen zu lassen. Ausreichend, aber auch erforderlich ist die Durchführung eines Prozesskostenhilfeverfahrens, an das sich für den Fall, dass das Gericht Prozesskostenhilfe gewährt, ein Eilverfahren anschließt.

3. Lehnt das Arbeitsgericht die Bewilligung von Prozesskostenhilfe ab, obliegt es dem Bewerber im Regelfall, die Entscheidung im Wege der sofortigen Beschwerde anzufechten.

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 326/20
2 Sa 19/18
Thüringer
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
27. Juli 2021

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungsbeklagter, Revisionskläger und
Anschlussrevisionsbeklagter,

pp.

Kläger, Berufungskläger, Revisionsbeklagter und
Anschlussrevisionskläger,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. Juli 2021 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber und den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Suckow sowie die ehrenamtliche Richterin Pielenz und den ehrenamtlichen Richter Sucher für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Thüringer Landesarbeitsgerichts vom 17. Oktober 2019 - 2 Sa 19/18 - unter Zurückweisung der Anschlussrevision des Klägers aufgehoben, soweit es auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts Gera vom 16. Februar 2017 - 4 Ca 256/16 - abgeändert und der Klage stattgegeben hat.
2. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Gera vom 16. Februar 2017 - 4 Ca 256/16 - wird insgesamt zurückgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Der Kläger verlangt von dem Beklagten Schadensersatz wegen der Verletzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs. 1

Der Kläger ist Volljurist und verfügt über die akademischen Grade „Master of Laws“ und „Master of Public Administration“. Der Beklagte schrieb im April 2016 eine Stelle als „Sachbearbeiter(...)/in Allgemeine Ordnungsbehörde und Personenstandswesen“ mit einer Vergütung nach Entgeltgruppe 9 der Anlage 1 TVöD/VKA bzw. Besoldung nach Besoldungsgruppe A 10 der Anlage 1 ThürBesG aus, auf die sich der Kläger mit Schreiben vom 22. April 2016 bewarb. Der Beklagte lud den Kläger und sieben weitere Bewerber zum Vorstellungsgespräch ein. Auf der Grundlage einer Auswahlmatrix bewertete die von dem Beklagten gebildete Auswahlkommission die Qualifikation des Klägers mit fünf, die seines Mitbewerbers K, mit 14 von 18 möglichen Punkten. 2

Unter dem 28. Juni 2016 teilte der Beklagte dem Kläger ohne Angabe von Gründen mit, seine Bewerbung habe keine Berücksichtigung finden können. Der Personalrat erteilte mit Schreiben vom 29. Juni 2016 die Zustimmung zur beabsichtigten Einstellung des ausgewählten Bewerbers. Mit E-Mail vom 1. Juli 3

2016 bat der Kläger den Beklagten, ihm die Gründe für seine Entscheidung mitzuteilen und vorerst davon abzusehen, die Stelle einem Mitbewerber zu übertragen.

Der Kläger beantragte mit einem am 15. Juli 2016 beim Arbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz, ihm Prozesskostenhilfe für ein beabsichtigtes Eilverfahren zu bewilligen, mit dem er dem Beklagten einstweilen untersagen lassen wolle, die ausgeschriebene Stelle zu besetzen. In der Stellungnahme des Beklagten vom 19. Juli 2016 heißt es ua. wie folgt:

„Es wird darauf hingewiesen ..., dass (das) Ausschreibungsverfahren bereits beendet ist. Es wurde ein verbeamteter Regierungsinspektor aus dem Thüringer Landesverwaltungsamt ausgewählt. Im Versetzungsverfahren sind die entsprechenden Anträge gestellt, bewilligt und der Landrat des S hat unter dem 28.06.2016 gemäß § 12 Abs. 1 ThürBG das Einvernehmen zur Versetzung zum S erklärt. ...

Wir gehen also davon aus, dass wohl nur noch die Feststellung begehrt werden könnte zu prüfen, ob die Prinzipien der Bestenauslese zu dem Ergebnis hätten führen müssen, die Stelle ... mit dem Antragsteller zu besetzen.“

Im Weiteren erläuterte der Beklagte die Auswahlkriterien, den Ablauf des Bewerbungsverfahrens und die Entscheidung der Auswahlkommission. Das Arbeitsgericht wies den Kläger mit Schreiben vom 22. Juli 2016 darauf hin, dem Antrag auf Prozesskostenhilfe drohe Abweisung, da kein Verfügungsgrund mehr gesehen werden könne. Mit Schreiben vom 28. Juli 2016 nahm der Kläger den Prozesskostenhilfeantrag zurück.

Die Versetzung des Regierungsinspektors K vom Thüringer Verwaltungsamt zum Beklagten bei gleichzeitiger Übertragung des Dienstpostens „Sachbearbeiter Allgemeine Ordnungsbehörde und Personenstandswesen“ nach Besoldungsgruppe A 10 erfolgte mit Wirkung zum 17. Oktober 2016.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, der Beklagte schulde ihm im Wege des Schadensersatzes Vergütung. Die Auswahlentscheidung verletze ihn in seinem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG. Der Beklagte sei

verpflichtet gewesen, die Stelle ihm als dem bestqualifizierten Bewerber zu übertragen.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

8

1. den Beklagten zu verurteilen, an ihn für den Monat Juli 2016 2.715,89 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2. Juli 2016 zu zahlen;
2. den Beklagten zu verurteilen, an ihn für den Monat August 2016 2.715,89 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2. August 2016 zu zahlen;
3. den Beklagten zu verurteilen, an ihn für den Monat September 2016 2.715,89 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2. September 2016 zu zahlen;
4. den Beklagten zu verurteilen, an ihn für den Monat Oktober 2016 2.715,89 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2. Oktober 2016 zu zahlen;
5. den Beklagten zu verurteilen, an ihn für den Monat November 2016 2.715,89 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2. November 2016 zu zahlen;
6. den Beklagten zu verurteilen, an ihn für den Monat Dezember 2016 2.715,89 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2. Dezember 2016 zu zahlen;
7. den Beklagten zu verurteilen, an ihn für den Monat Januar 2017 2.715,89 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2. Januar 2017 zu zahlen;
8. den Beklagten zu verurteilen, an ihn für den Monat Februar 2017 2.715,89 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2. Februar 2017 zu zahlen;
9. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, sämtliche künftigen materiellen Schäden zu ersetzen, die dem Kläger aus der unterlassenen Einstellung bei

dem Beklagten als Mitarbeiter „Sachbearbeiter Allgemeine Ordnungsbehörde und Personenstandswesen“ entstehen werden, wobei der Kläger arbeitsrechtlich, entgeltrechtlich und besoldungs-, sowie (zusatz- und) versorgungsrechtlich so zu stellen ist, als wäre ihm am 1. Juli 2016 das öffentliche Amt/die Tätigkeit „Sachbearbeiter Allgemeine Ordnungsbehörde und Personenstandswesen“ nach der Besoldungsgruppe A 10 des ThürBesG übertragen worden;

hilfsweise für den Fall, dass das Gericht in Bezug auf die Klageanträge 1. bis 9. nicht von einer Verbeamtung ausgeht,

10. dass jeweils die Bruttovergütung der tarifvertraglichen Entgeltgruppe 9 b des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst (Bund) Bereich der Vereinigung kommunalen Arbeitgeberverbände (vom 1. Juni 2016 bis 31. Januar 2017 eine Bruttovergütung iHv. 2.648,85 Euro, ab 1. Februar 2017 eine monatliche Bruttovergütung iHv. 2.711,10 Euro), diese jeweils fällig am letzten Tag eines Monats, zu Grunde gelegt wird und sodann eine Verzinsung ab dem jeweils ersten Tag des Folgemonats anfällt;

weiterhin hilfsweise und vorsorglich für den Fall, dass das Gericht in Bezug auf die Klageanträge zu 1. bis 10. nicht von einer Verbeamtung und auch nicht von einer tarifrechtlichen Entgeltgruppe 9 b des TVöD des Bundes ausgehe,

11. dass für die Anträge zu Ziffer 1. bis 9. jeweils die Bruttovergütung der tarifvertraglichen Entgeltgruppe 9 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst der Länder (vom 1. Juni 2016 bis 31. Dezember 2016 eine monatliche Bruttovergütung iHv. 2.611,75 Euro, ab 1. Januar 2017 eine monatliche Bruttovergütung iHv. 2.686,75 Euro), diese jeweils fällig am letzten Tag eines Monats, zu Grunde gelegt wird und sodann eine Verzinsung ab dem jeweils ersten Tag des Folgemonats anfällt.

Der Beklagte hat die Abweisung der Klage ua. mit der Begründung beantragt, der Kläger sei nach dem Rechtsgedanken des § 839 Abs. 3 BGB mit Schadensersatzansprüchen ausgeschlossen. 9

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und den Beklagten verurteilt, an den Kläger für die Monate Juni 2016 bis Januar 2017 Vergütung nach Entgeltgruppe 9 TVöD/VKA abzüglich bestimmter Leistungen nach dem SGB II zu zahlen. Außerdem hat es festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet sei, dem Kläger den materiellen Schaden zu ersetzen, der ihm durch die unterlassene Einstellung vom 1. Juni 2016 bis zum 31. August 2019 entstanden ist. Im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision begehrt der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Soweit das Landesarbeitsgericht seine Berufung zurückgewiesen hat, verfolgt der Kläger seine Ansprüche mit der Anschlussrevision weiter. 10

Entscheidungsgründe

Die Revision des Beklagten hat Erfolg. Die Anschlussrevision des Klägers ist als unzulässig zu verwerfen. 11

A. Die Revision ist zulässig. Entgegen der Ansicht des Klägers setzt sich der Beklagte in der Revisionsbegründung in ausreichendem Maß mit dem angefochtenen Urteil des Landesarbeitsgerichts auseinander, § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a ZPO (*zu den diesbezüglichen Anforderungen vgl. BAG 9. August 2016 - 9 AZR 628/15 - Rn. 7*). Der Beklagte hat nicht nur die Abweichung des Berufungsurteils von der Rechtsprechung des LAG Berlin-Brandenburg detailliert dargestellt, sondern auch ausgeführt, wie das Urteil bei Zugrundelegung der aus seiner Sicht zutreffenden Rechtssätze hätte ausfallen müssen. 12

- B. Die Revision ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts zu Unrecht abgeändert und dem Kläger Schadensersatz zugesprochen. Die zulässige Klage ist unbegründet. 13
- I. Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass die Klage zulässig ist. 14
1. Der Senat ist zur Entscheidung des Rechtsstreits berufen, obwohl Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Rechtsstreit gemäß § 40 Abs. 1 VwGO in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte fällt (*vgl. zu Konkurrentenstreitigkeiten unter Beteiligung von Beamten BVerwG 17. März 2021 - 2 B 3/21 - Rn. 20; siehe ferner BAG 21. Juli 2021 - 9 AZB 19/21 - Rn. 16 f.*). Durch den Erlass des Urteils hat das Arbeitsgericht seine Zuständigkeit bejaht und damit stillschweigend den Rechtsweg vor die Gerichte für Arbeitssachen für eröffnet erachtet (*vgl. hierzu BAG 28. März 2019 - 8 AZR 366/16 - Rn. 22, BAGE 166, 251*). An diese Entscheidung ist der Senat gemäß § 17a Abs. 5 GVG gebunden. 15
2. Der Kläger hat ein rechtliches und wirtschaftliches Interesse daran, alsbald durch richterliche Entscheidung feststellen zu lassen, ob er künftig von dem Beklagten Schadensersatz beanspruchen kann. Die klagende Partei darf in einem solchen Fall nicht auf monatliche Leistungsklagen für zukünftige Zeiträume verwiesen werden (*vgl. BAG 28. Januar 2020 - 9 AZR 91/19 - Rn. 21*). 16
3. Den Feststellungsanträgen steht nicht der grundsätzliche Vorrang der Leistungsklage entgegen. 17
- a) Soweit der Kläger ein Feststellungsurteil hinsichtlich der zukünftig fällig werdenden Zahlungsansprüche begehrt, gilt der Grundsatz des Vorrangs der Leistungsklage gegenüber der Feststellungsklage nicht. Auf Klagen, die zukünftige Ansprüche zum Gegenstand haben, ist der Grundsatz nicht anwendbar. Gegenüber Klagen nach § 257 ZPO ist ein Feststellungsantrag nicht subsidiär; die klagende Partei kann vielmehr zwischen einer Feststellungsklage und einer Klage auf zukünftige Leistung wählen (*BAG 28. Januar 2020 - 9 AZR 91/19 - Rn. 23*). 18

- b) Rechtlich unerheblich ist, dass die begehrte Feststellung zu einem Teil bereits entstandene (Vergütungs-)Schäden zum Gegenstand hat, die der Kläger beziffern könnte. Eine Partei ist nicht gehalten, ihre Klage in eine Leistungs- und eine Feststellungsklage aufzuspalten, wenn ein Teil des Schadens schon entstanden und - wie im Streitfall - mit der Entstehung eines weiteren Schadens zu rechnen ist (*BAG 28. Januar 2020 - 9 AZR 91/19 - Rn. 24; 11. August 2016 - 8 AZR 406/14 - Rn. 41*). Das gilt auch, soweit die Feststellungsklage Zinsforderungen zum Gegenstand hat (*vgl. BAG 29. April 2021 - 6 AZR 232/17 - Rn. 9*). 19
- II. Die Klage ist nicht begründet. Der Beklagte ist nicht verpflichtet, dem Kläger Schadensersatz zu leisten. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts hat der Kläger durch die Rücknahme des Antrags, ihm für ein beabsichtigtes Eilverfahren Prozesskostenhilfe zu gewähren, entsprechend § 839 Abs. 2 BGB die Obliegenheit verletzt, Primärrechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Dies hat zur Folge, dass er mit Schadensersatzansprüchen unabhängig davon ausgeschlossen ist, ob er diese im Wege der Leistungsklage (*Klageanträge zu 1 bis 8*) oder im Wege der Feststellungsklage (*Klageanträge zu 9 bis 11*) verfolgt. 20
1. Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Landesarbeitsgericht angenommen, Art. 33 Abs. 2 GG gewährleiste jedem Deutschen nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Der unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistete Grundsatz der Bestenauslese dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Diensts. 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. Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst steht deshalb bei der Besetzung von Stellen des öffentlichen Diensts 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 (*BAG 1. Dezember 2020 - 9 AZR 192/20 - Rn. 27*). 21

2. Ein übergangener Bewerber kann Schadensersatz wegen der Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung verlangen, wenn ein Arbeitgeber, der bei seiner Auswahlentscheidung an die Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG gebunden ist, eine zu besetzende Stelle zu Unrecht an einen Konkurrenten vergibt, die bei ordnungsgemäßer Auswahl ihm hätte übertragen werden müssen. Der Schadensersatzanspruch folgt - unabhängig vom Amtshaftungsanspruch (§ 839 Abs. 1 Satz 1 BGB, Art. 34 Satz 1 GG) - aus § 280 Abs. 1 BGB sowie § 823 Abs. 2 BGB iVm. Art. 33 Abs. 2 GG als Schutzgesetz (*BAG 1. Dezember 2020 - 9 AZR 192/20 - Rn. 28*). 22
3. Die Verpflichtung des öffentlichen Arbeitgebers, einem zu Unrecht abgelehnten Bewerber, Schadensersatz zu leisten, ist allerdings nach dem Rechtsgedanken des § 839 Abs. 3 BGB eingeschränkt. 23
- a) § 839 Abs. 3 BGB, dem zufolge die in § 839 Abs. 1 BGB normierte Ersatzpflicht nicht eingreift, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden, ist eine besondere Ausprägung des Mitverschuldensprinzips, das in allgemeiner Form in § 254 BGB niedergelegt ist und für das gesamte private und öffentliche Haftungsrecht gilt. Die Vorschrift ist zugleich Ausdruck des Grundsatzes, dass der Primärrechtsschutz Vorrang vor dem Sekundärrechtsschutz hat. Bei rechtswidrigem Handeln des Staats soll der Primärrechtsschutz im Vordergrund stehen. Dem Betroffenen soll die von der Rechtsordnung missbilligte Wahlmöglichkeit genommen werden, entweder das rechtswidrige Verhalten des öffentlichen Arbeitgebers mit ordentlichen Rechtsschutzmitteln anzugreifen oder aber ihn hinzunehmen und zu liquidieren, dh. untätig zu bleiben und sich den Schaden finanziell abgelden zu lassen. Der für rechtmäßige hoheitliche Eingriffe geltende Grundsatz „Dulde und liquidiere“ gilt nicht im Bereich der Haftung für rechtswidrige Eingriffe. Vielmehr soll nach der Wertung des § 839 Abs. 3 BGB nur derjenige Schadensersatz erhalten, der sich in gehörigem und ihm zumutbarem Maß für seine eigenen Belange eingesetzt und damit den Schaden abzuwenden versucht hat (*BAG 1. Dezember 2020 - 9 AZR 192/20 - Rn. 30*). 24

- b) Der § 839 Abs. 3 BGB zugrunde liegende Rechtsgedanke ist auch im Falle einer schuldhaften Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs zu beachten. Der zu Unrecht nicht ausgewählte Bewerber kann Schadensersatz für die Verletzung seines Rechts aus Art. 33 Abs. 2 GG nur dann beanspruchen, wenn er sich bemüht hat, den eingetretenen Schaden dadurch abzuwenden, dass er rechtliche Schritte im Vorfeld der absehbaren Auswahlentscheidung eingeleitet hat (*BVerwG 15. Juni 2018 - 2 C 19.17 - Rn. 25 f., BVerwGE 162, 253*). Ein Wahlrecht des Bewerbers zwischen alsbaldigem Primärrechtsschutz gegen eine seiner Auffassung nach rechtswidrige, seinen Bewerbungsverfahrensanspruch verletzende Auswahlentscheidung und einem späteren Schadensersatzbegehren besteht nicht (*BAG 1. Dezember 2020 - 9 AZR 192/20 - Rn. 31*). Vielmehr hat der zurückgewiesene Bewerber die ihm zu Gebote stehenden Rechtsmittel zu nutzen, um den Eintritt des Schadens, den durch die Besetzung der Stelle bedingten Untergang seines Bewerbungsverfahrensanspruchs, zu verhindern. Dem weit zu verstehende Begriff des Rechtsmittels iSv. § 839 Abs. 3 BGB (*vgl. BGH 4. Juli 2013 - III ZR 201/12 - Rn. 18, BGHZ 197, 375*) unterfallen die in den einschlägigen Verfahrensvorschriften vorgesehenen Behelfe (*vgl. BAG 1. Dezember 2020 - 9 AZR 192/20 - Rn. 30*). 25
- c) In Konkurrentenstreitverfahren obliegt es einer mittellosen Partei nicht, auf eigene Kosten ein Eilverfahren zu betreiben, um dem Arbeitgeber die Besetzung der Stelle gerichtlich untersagen zu lassen. Ausreichend, aber auch erforderlich ist die Durchführung eines Prozesskostenhilfverfahrens, an das sich - für den Fall, dass das Gericht Prozesskostenhilfe gewährt - ein Eilverfahren anschließt. 26
- aa) Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass einem mittellosen Stellenbewerber ein Anspruch auf Schadensersatz nicht mit der Begründung versagt werden kann, er habe es unterlassen, auf eigene Kosten ein einstweiliges Verfügungsverfahren einzuleiten. Die gegenteilige Auffassung des Beklagten steht mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 GG, die der Senat bei der Auslegung der einfachgesetzlichen Norm des § 839 Abs. 3 27

BGB zu beachten hat (vgl. BAG 3. November 2020 - 9 AZB 47/20 - Rn. 16), nicht im Einklang.

(1) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, steht ihm gemäß Art. 19 Abs. 4 GG der Rechtsweg offen. Das Gebot effektiven Rechtsschutzes als Ausfluss des staatlichen Justizgewährleistungsanspruchs garantiert nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch eine tatsächliche und wirksame gerichtliche Kontrolle (BAG 11. Juni 2013 - 9 AZR 668/11 - Rn. 26). Der Grundsatz der sog. „Rechtsschutzgleichheit“ (BVerfG 22. März 2021 - 2 BvR 353/21 - Rn. 5), der diese grundrechtlichen Gewährleistungen ergänzt, verlangt, dass alle Normunterworfenen in grundsätzlich gleicher Weise Zugang zu den Gerichten erhalten (vgl. BVerfG 13. März 1990 - 2 BvR 94/88 ua. - zu C I 3 a der Gründe, BVerfGE 81, 347). 28

(2) Verlangte man von mittellosen Bewerbern, auf eigene Kosten ein Eilverfahren anzustrengen, um die Besetzung einer Stelle mit einem Konkurrenten zu verhindern, verstieße dies gegen das Gebot der Rechtsschutzgleichheit, da für sie der Zugang zu den Gerichten in unzulässigerweise erschwert würde. Eine Partei, die die hierfür erforderlichen Mittel nicht allein aufzubringen in der Lage ist, hätte - anders als andere Parteien - lediglich die theoretische, nicht aber die tatsächliche Möglichkeit, sich gegen eine unrichtige Besetzungsentscheidung zur Wehr zu setzen. 29

bb) Die Mittellosigkeit einer Partei rechtfertigt es allerdings nicht, die Partei von der Obliegenheit des § 839 Abs. 3 BGB insgesamt zu befreien. In Ansehung des Rechts der Prozesskostenhilfe besteht hierzu kein Anlass. Die in den §§ 114 ff. ZPO eröffnete Möglichkeit, auf einen entsprechenden Antrag hin Prozesskostenhilfe für ein Eilverfahren zu erlangen, setzt die mittellose Partei in den Stand, ihren Bewerbungsverfahrensanspruch ebenso zu sichern wie eine wirtschaftlich leistungsfähige Partei. 30

(1) Die Vorschriften über die Prozesskostenhilfe stellen sicher, dass jeder- 31
mann die Möglichkeit hat, seine Rechte unabhängig von seinen finanziellen Mög-
lichkeiten gerichtlich durchzusetzen (*vgl. MüKoZPO/Wache 6. Aufl. § 114 Rn. 1*).
Mit der Schaffung der §§ 114 ff. ZPO ist der Gesetzgeber dem verfassungsrecht-
lichen Gebot nachgekommen, die Situation von Unbemittelten an die Situation
von Bemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes anzugleichen (*vgl.*
BVerfG 11. März 2010 - 1 BvR 3031/08 - Rn. 12). Macht eine Partei, deren per-
sönliche und wirtschaftliche Verhältnisse eine Prozessführung auf eigene Kosten
nicht erlauben, von dem ihr zustehenden Recht auf Prozesskostenhilfe Ge-
brauch, kann sie nach erfolgter Bewilligung einstweiligen Rechtsschutz beantra-
gen, ohne ein finanzielles Risiko zu tragen. Sie steht damit nicht schlechter als
eine Partei, die über ausreichende finanzielle Mittel verfügt, den Prozess auf ei-
gene Kosten zu führen.

(2) Der Antrag eines unterlegenen Bewerbers, ihm für ein beabsichtigtes Eil- 32
verfahren Prozesskostenhilfe zu gewähren, ist geeignet, den Verfahrens-
anspruch solange zu sichern, bis über den Antrag abschließend entschieden wor-
den ist. Der öffentliche Arbeitgeber darf die Stelle auch während des Prozess-
kostenhilfeverfahrens nicht besetzen. Denn der in Art. 19 Abs. 4 GG und dem
Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG garantierte Justizgewährleistungsan-
spruch ist nur dann erfüllt, wenn dem abgelehnten Bewerber die Möglichkeit ge-
währt wird, vorläufigen Rechtsschutz vor der Besetzung des Amtes in Anspruch
zu nehmen (*BVerfG 19. September 1989 - 2 BvR 1576/88 -; BAG 28. Mai*
2002 - 9 AZR 751/00 - zu A II 3 b der Gründe, BAGE 101, 153; BVerwG 4. No-
vember 2010 - 2 C 16.09 - Rn. 31, BVerwGE 138, 102). Ist der abgelehnte Be-
werber mittellos, darf ihm aus dem Umstand, dass er außerstande ist, ein Eilver-
fahren auf eigene Kosten einzuleiten, kein rechtlicher Nachteil erwachsen (*siehe*
B II 3 c aa der Entscheidungsgründe). In Ansehung der verfassungsrechtlichen
Vorgaben hindert bereits das Prozesskostenhilfeverfahren und nicht erst das
nachgelagerte Eilverfahren den öffentlichen Arbeitgeber, die Stelle einem Mitbe-
werber zu übertragen.

- (3) Rechtlich ist in diesem Zusammenhang nicht erheblich, wer Beteiligter am Prozesskostenhilfeverfahren ist (*aA LAG Berlin-Brandenburg 7. März 2018 - 17 Sa 7/18 - Rn. 22*). Maßgeblich ist allein, dass der abgelehnte Bewerber mit Stellung eines entsprechenden Antrags bei Gericht ein förmliches Verfahren einleitet, das darauf abzielt, die Besetzung der Stelle mit einem Konkurrenten zu verhindern. Das Gericht hat dem öffentlichen Arbeitgeber gemäß § 118 Abs. 1 Satz 1 ZPO im Regelfall Gelegenheit zu geben, zu dem Prozesskostenhilfeantrag Stellung zu nehmen (*zu den Ausnahmefällen vgl. HK-ZPO/Kießling 9. Aufl. § 118 Rn. 5*). Auf diese Weise erfährt der öffentliche Arbeitgeber - soweit nicht besondere Gründe iSd. § 118 Abs. 1 Satz 1 ZPO vorliegen -, dass der abgelehnte Bewerber nicht gewillt ist, die Auswahlentscheidung zu akzeptieren, und diese zum Anlass nimmt, Rechtsschutz zu suchen. 33
- d) Soweit das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen ist, der Kläger habe seine Obliegenheiten im Streitfall in nicht vorwerfbarer Weise verletzt, hält dies einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Der Kläger konnte den Prozesskostenhilfeantrag nicht ohne Rechtsverlust zurücknehmen. Um seinen Primäranspruch auf Übertragung der Stelle oder Wiederholung des Auswahlverfahrens zu sichern, war er vielmehr gehalten, den Prozesskostenhilfeantrag durch das Arbeitsgericht entscheiden zu lassen und gegebenenfalls eine für ihn nachteilige Entscheidung mit der sofortigen Beschwerde anzufechten. Der Hinweis des Arbeitsgerichts vom 22. Juli 2016 ändert hieran nichts. 34
- aa) Die mittellose Partei genügt ihrer Obliegenheit, sich um Primärrechtsschutz zu bemühen, im Regelfall, wenn sie rechtzeitig beim zuständigen Gericht einen vollständigen Prozesskostenhilfeantrag und alle für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe erforderlichen Unterlagen einreicht. Lehnt das Arbeitsgericht die Bewilligung ab, steht der mittellosen Partei gemäß § 127 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 ZPO die sofortige Beschwerde zu. Auch diese ist ein Rechtsbehelf iSd. § 839 Abs. 3 BGB, dessen sich eine mittellose Partei bedienen muss, um die Besetzung der Stelle zu verhindern und anschließend die Auswahlentscheidung einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen. Kostenrisiken sind mit ihr ebenso 35

wenig verbunden wie mit dem ursprünglichen Antrag auf Prozesskostenhilfe. Anwaltszwang besteht nicht, § 569 Abs. 3 Nr. 2 ZPO.

bb) Der Kläger nahm den Antrag, ihm für ein auf den Erlass einer einstweiligen Verfügung gerichtetes Verfahren Prozesskostenhilfe zu gewähren, mit Schreiben vom 28. Juli 2016 zu einem Zeitpunkt zurück, zu dem das Arbeitsgericht noch nicht über ihn entschieden hatte. Auf diese Weise setzte er sich außerstande, eine gegebenenfalls zurückweisende Entscheidung des Arbeitsgerichts mit der sofortigen Beschwerde anzufechten. Im Hinblick auf seinen Primäranspruch verzichtete der Kläger faktisch darauf, die Rechtsschutzmöglichkeiten auszuschöpfen, die das Zivilprozessrecht einer mittellosen Partei an die Hand gibt. 36

cc) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts handelte der Kläger zumindest fahrlässig, als er seinen Prozesskostenhilfeantrag nicht weiterverfolgte. 37

(1) Das Verschulden des Geschädigten, an das § 839 Abs. 3 BGB den Anspruchsausschluss knüpft, ist nach den allgemeinen Grundsätzen typisiert zu beurteilen. Nach § 276 Abs. 2 BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Ob es der Verletzte schuldhaft unterlassen hat, ein Rechtsmittel iSd. § 839 Abs. 3 BGB einzulegen, hängt davon ab, welches Maß an Umsicht und Sorgfalt von Angehörigen des Verkehrskreises verlangt werden muss, dem der in seinen Rechten Verletzte angehört. Nur wenn es diesem unzumutbar ist, den Eintritt des Schadens durch die Einlegung eines Rechtsmittels zu verhindern oder zu mildern, handelt er nicht vorwerfbar (*vgl. BAG 1. Dezember 2020 - 9 AZR 192/20 - Rn. 39*). 38

(2) Ob ein Verschulden im konkreten Fall anzunehmen ist, ist eine Frage, deren Entscheidung grundsätzlich den Tatsachengerichten obliegt. Der Begriff der Zumutbarkeit ist ein Rechtsbegriff, dessen Feststellung im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegt. Aus diesem Grund steht dem Landesarbeitsgericht als Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zu. Das Revisionsgericht kann 39

lediglich prüfen, ob der Tatsachenrichter von den richtigen Beurteilungsmaßstäben ausgegangen ist, die wesentlichen Umstände berücksichtigt und Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt hat. Eine Aufhebung des Berufungsurteils darf nur erfolgen, wenn eine Überschreitung des Beurteilungsspielraums durch den Tatsachenrichter festzustellen ist (*vgl. BAG 1. Dezember 2020 - 9 AZR 192/20 - Rn. 39 f.*).

(3) Mit der Annahme, der Abbruch des Versuchs, seine Rechtsposition im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu sichern, sei dem Kläger nicht vorzuwerfen, hat das Landesarbeitsgericht den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum überschritten. 40

(a) Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, dass der Hinweis des Arbeitsgerichts, es sehe keinen Verfügungsgrund, weswegen dem Prozesskostenhilfeantrag die Abweisung drohe, den Kläger entlastet. Damit lässt es außer Acht, dass eine solche Entscheidung des Arbeitsgerichts von dem Kläger mit der sofortigen Beschwerde hätte angegriffen werden können. Das Landesarbeitsgericht hätte den Prozesskostenhilfeantrag erneut vollumfänglich geprüft und dabei gegebenenfalls sowohl neue Tatsachen als auch neue Beweismittel zu berücksichtigen gehabt (§ 571 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Mit der Rücknahme seines Antrags begab sich der Kläger dieses gemäß § 127 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 ZPO vorgesehenen Rechtsbehelfs. 41

(b) Der weitere vom Landesarbeitsgericht angeführte Gesichtspunkt, der Beklagte hätte die Stellenbesetzung auch bei Aufrechterhaltung des Prozesskostenhilfebegehrens weiter betrieben, rechtfertigt es nicht, abweichend zu entscheiden. Zum einen war die Stelle zum in Rede stehenden Zeitpunkt nicht besetzt. Sie wurde dem erfolgreichen Bewerber, Herrn K, erst am 17. Oktober 2016 zugewiesen. Zum anderen berücksichtigt das Landesarbeitsgericht nicht, dass der Kläger den geltend gemachten Schaden, den Untergang seines Bewerbungsverfahrensanspruchs, nicht erlitten hätte, wenn der Beklagte die Stelle während des noch laufenden Prozesskostenhilfverfahren besetzt hätte. In diesem Fall hätte der Beklagte die Rechtsschutzmöglichkeiten des Klägers in unzulässiger Weise 42

verkürzt mit der Folge, dass er sich dem Kläger gegenüber - dem Rechtsgedanken des § 162 BGB entsprechend - nicht auf die Besetzung der Stelle hätte berufen können (vgl. BAG 24. März 2009 - 9 AZR 277/08 - Rn. 38, BAGE 130, 107).

e) Einer Zurückverweisung bedarf es wegen dieses Rechtsfehlers nicht, da der Senat auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen abschließend beurteilen kann (§ 563 Abs. 3 ZPO), dass der Kläger mit der Rücknahme seines Antrags auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe die von einem Bewerber zu fordernde Sorgfalt außer Acht gelassen hat. Hätte der Kläger die Rechtslage unter Anwendung der ihm zuzumutenden Sorgfalt geprüft, hätte er an dem Antrag festgehalten, eine Entscheidung des Arbeitsgerichts abgewartet und im Falle einer Zurückweisung sofortige Beschwerde eingelegt. 43

aa) Der Kläger hat zunächst zutreffend erkannt, dass ein Antrag auf Prozesskostenhilfe zur Durchführung eines Eilverfahrens ein erforderlicher und ausreichender Rechtsbehelf ist, um seinen Bewerbungsverfahrensanspruch zu sichern. Ihm musste bewusst sein, dass die Rücknahme dieses Antrags zu einem Rechtsverlust führen würde. Denn als mittellose Partei würde er damit nicht mehr in der Lage sein, eine endgültige Besetzung der Stelle mit dem im Auswahlverfahren erfolgreichen Bewerber K im Wege einstweiligen Rechtsschutzes zu verhindern. 44

bb) Es bestand kein Anlass den Antrag zurückzunehmen. Mit der Rücknahme des Antrags waren für den Kläger erkennbar keine Vor-, sondern ausschließlich Nachteile verbunden. 45

(1) Der Kläger konnte das Prozesskostenhilfverfahren ohne Kostenrisiko betreiben. Weder die Entscheidung über den Antrag durch das Arbeitsgericht noch die Entscheidung über die sofortige Beschwerde durch das Landesarbeitsgericht hätten Gebühren ausgelöst. 46

(2) Der Hinweis, den das Arbeitsgericht dem Kläger mit Schreiben vom 22. Juli 2016 unter Bezugnahme auf den Schriftsatz des Beklagten vom 19. Juli 2016 erteilte, entlastet den Kläger nicht. Dem Schreiben des Beklagten durfte er 47

nicht entnehmen, die von ihm begehrte Stelle sei zu diesem Zeitpunkt bereits besetzt. Denn der Beklagte teilte nicht mit, er habe die Stelle dem erfolgreichen Bewerber übertragen, sondern beschränkte sich auf die Erklärung, das „Ausschreibungsverfahren“ sei beendet. Der Begriff „Ausschreibung“ bezeichnet im Arbeitsleben die ohne Rücksicht auf ihre Form an eine unbekannte Vielzahl von Adressaten gerichtete Aufforderung eines Arbeitgebers, sich um eine zu besetzende Stelle zu bewerben (vgl. BAG 23. November 2017 - 8 AZR 372/16 - Rn. 26). Mit der Auswahlentscheidung der Besetzungskommission war das Ausschreibungsverfahren, nicht aber das Stellenbesetzungsverfahren abgeschlossen. Allein gegen den Abschluss des letzteren richtete sich der von dem Kläger beabsichtigte Eilantrag respektive das diesem vorgeschaltete Prozesskostenhilfungsverfahren. Die Versetzung von Herrn K erfolgte ausweislich der tatbestandlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts erst zum 17. Oktober 2016.

f) Die Entscheidung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Dem Beklagten ist es nicht verwehrt, sich auf die Vorschrift des § 839 Abs. 3 BGB zu berufen. 48

aa) Die in § 839 Abs. 3 BGB geregelte Obliegenheit steht einem Schadensersatzanspruch ausnahmsweise nicht entgegen, wenn der öffentliche Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht tatsächlich in die Lage versetzt hat, Primärrechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Das ist in Fällen anzunehmen, in denen es der öffentliche Arbeitgeber unterlässt, den Stellenbewerber über die Behandlung seiner Bewerbung und für den Fall, dass er ihn in den Bewerberkreis einbezieht, über den Ausgang des Bewerbungsverfahrens in Kenntnis zu setzen (BVerwG 30. August 2018 - 2 C 10.17 - Rn. 11, BVerwGE 163, 36). Der Arbeitgeber hat dabei den erfolglosen Bewerber - jedenfalls auf sein Verlangen hin - über die für seine Entscheidung wesentlichen Erwägungen zu informieren. Die Mitteilung soll den unterlegenen Bewerber in die Lage versetzen, sachgerecht darüber zu befinden, ob er die Entscheidung des öffentlichen Arbeitgebers hinnehmen soll oder ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen den Anspruch auf faire und chancengleiche Behandlung seiner Bewerbung bestehen (BVerwG 20. Oktober 2016 - 2 C 30.15 - Rn. 32; siehe ferner BVerfG 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - Rn. 20 ff.). 49

Die Mitteilung hat dabei so rechtzeitig vor Ernennung des Mitbewerbers zu erfolgen, dass der unterlegene Bewerber die Möglichkeit hat, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu verhindern, dass die besetzbare Stelle mit einem anderen Bewerber endgültig besetzt wird und infolgedessen für ihn nicht mehr zur Verfügung steht (*BAG 1. Dezember 2020 - 9 AZR 192/20 - Rn. 35*).

bb) Mit Schriftsatz vom 19. Juli 2016 hat der Beklagte dem Kläger ausführlich den Ablauf des Bewerbungsverfahrens geschildert, die zugrunde gelegten Bewerbungskriterien benannt und eine anonymisierte Punktebewertung der Bewerber übermittelt. Anhand dieser Informationen konnte der Kläger sachgerecht darüber entscheiden, ob ein Vorgehen im Eilverfahren Aussicht auf Erfolg haben würde. Bis zu der endgültigen Besetzung der Stelle mit dem erfolgreichen Bewerber, Herrn K, am 17. Oktober 2016 verfügte er über ausreichend Zeit, die Erfolgsaussichten des Prozesskostenhilfverfahrens zu prüfen. 50

cc) Rechtlich unerheblich ist, dass der Kläger über diese Informationen nicht zu Beginn, sondern erst im Laufe des Prozesskostenhilfverfahrens verfügte. Anknüpfungspunkt für den Fahrlässigkeitsvorwurf, der dem Kläger zu machen ist, ist die Rücknahme des Prozesskostenhilfeantrags. Zu diesem Zeitpunkt war der Kläger hinreichend über den Gang des Auswahlverfahrens, die seitens der Auswahlkommission herangezogenen Kriterien und die Besetzungsentscheidung unterrichtet. 51

g) Soweit der Kläger geltend macht, es stehe nicht fest, dass er die Stellenbesetzung verhindert und mit seiner Konkurrentenklage Erfolg gehabt hätte, stellt dies den Erfolg der Revision nicht in Frage. Unterstellt man, der Kläger hätte erfolglos eine Konkurrentenklage erhoben, stände fest, dass er weder Anspruch auf die Übertragung der Stelle noch auf eine Wiederholung des Auswahlverfahrens gehabt hätte. Der unterlegene Bewerber kann den öffentlichen Arbeitgeber aber nur dann erfolgreich auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, wenn ihm die Stelle bei zutreffender Auswahl hätte übertragen werden müssen (*siehe B II 2 der Entscheidungsgründe*). 52

- C. Die Anschlussrevision ist unzulässig, da der Kläger sie nicht fristgerecht eingelegt hat. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Anschlussrevision ist ihm nicht zu gewähren. 53
- I. Der Kläger hat die Notfrist zur Einlegung der Anschlussrevision versäumt. Gemäß § 554 Abs. 2 Satz 2 ZPO iVm. § 72 Abs. 5 ArbGG ist die Anschließung bis zum Ablauf eines Monats nach der Zustellung der Revisionsbegründung zu erklären. Die Revisionsbegründung des Beklagten ist dem Kläger am 28. September 2020 zugestellt worden. Die einmonatige Frist des § 554 Abs. 2 Satz 2 ZPO ist gemäß § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 BGB am 28. Oktober 2020 abgelaufen. Der Schriftsatz vom 23. Dezember 2020, mit dem der Kläger Anschlussrevision eingelegt hat, ist erst am 28. Dezember 2020 vollständig beim Bundesarbeitsgericht eingegangen. 54
- II. Gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Anschlussrevision ist dem Kläger nicht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren (§ 233 ZPO). Der Kläger hat nicht dargelegt, aufgrund welcher Tatsachen es ihm ohne Verschulden nicht möglich gewesen ist, die Anschlussrevision bis zum 28. Oktober 2020 einzulegen. 55
1. Nach § 233 Satz 1 ZPO ist einer Partei, die ohne ihr Verschulden oder ein ihr zuzurechnendes Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten (§ 85 Abs. 2 ZPO) verhindert war, die Frist zur Einlegung der Anschlussrevision einzuhalten, auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Als unverschuldete Verhinderung ist die Bedürftigkeit der Partei nur anzusehen, wenn sie innerhalb der Notfrist einen vollständigen Prozesskostenhilfeantrag stellt sowie alle für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe erforderlichen Unterlagen und das anzufochtende Urteil dem zuständigen Gericht vorlegt (*BAG 28. Januar 2020 - 9 AZR 91/19 - Rn. 16*). 56
2. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Der Kläger hat den Antrag auf Prozesskostenhilfe am 13. Dezember 2020 und damit nach Ablauf der Frist für die Einlegung der Anschlussrevision beim Bundesarbeitsgericht gestellt. Der Antragsbegründung lässt sich nicht entnehmen, warum er ohne sein Verschulden 57

nicht in der Lage war, einen auf die Bewilligung von Prozesskostenhilfe gerichteten Antrag innerhalb der am 28. Oktober 2020 auslaufenden Notfrist beim Bundesarbeitsgericht anzubringen.

D. Der Kläger hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO). 58

Kiel

Weber

Suckow

Pielenz

Sucher