

Bundesarbeitsgericht  
Neunter Senat

Urteil vom 28. Januar 2020  
- 9 AZR 91/19 -  
ECLI:DE:BAG:2020:280120.U.9AZR91.19.0

I. Arbeitsgericht  
Neuruppin

Urteil vom 2. Februar 2017  
- 3 Ca 471/16 -

II. Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 24. Mai 2018  
- 18 Sa 410/17 -

---

Entscheidungsstichworte:

Stellenbesetzung - Schadensersatzanspruch des zurückgewiesenen  
Bewerbers

# BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 91/19  
18 Sa 410/17  
Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
28. Januar 2020

## URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. Januar 2020 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber und den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Suckow sowie den ehrenamtlichen Richter Anthonisen und den ehrenamtlichen Richter Hampel für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 24. Mai 2018 - 18 Sa 410/17 - wird zurückgewiesen.

2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Der Kläger begehrt von der Beklagten Schadensersatz wegen der Verletzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs. Darüber hinaus streiten die Parteien über die tarifliche Bewertung der dem Kläger nicht übertragenen Stelle. 1

Der Kläger ist Volljurist und verfügt über die akademischen Grade „Master of Laws“ und „Master of Public Administration“. Die Beklagte schrieb im Februar 2016 eine Stelle als „Leitende/r Sachbearbeiter/in für Öffentliche Ordnung und Sicherheit“ mit folgendem Anforderungsprofil aus: 2

- Abgeschlossene Ausbildung für den gehobenen allgemeinen nichttechnischen Verwaltungsdienst oder eine gleichwertige Qualifikation oder eine abgeschlossene Ausbildung zur/zum Verwaltungsfachangestellten mit einschlägiger Berufungserfahrung
- Vertiefte Fachkenntnisse in den Bereichen Verwaltungs- und Ordnungsrecht sowie Verwaltungserfahrung
- Ausgeprägte Fähigkeiten in der Koordinierung und Steuerung
- Selbständiges und zuverlässiges Arbeiten mit Innovationsbereitschaft
- Hohes Maß an Verantwortung, Flexibilität, Stressbewältigung, Leistungsbereitschaft
- Fundierte Kenntnisse im Bereich EDV (MS-Office und Spezialsoftware im Ordnungsbehördlichen Bereich)
- Hohe Einsatzbereitschaft auch außerhalb der normalen Arbeitszeiten
- Wünschenswert ist eine aktive Mitgliedschaft in der Freiwilligen Feuerwehr V bzw. eine absolvierte feuertechnische Ausbildung“

Mit Schreiben vom 12. Februar 2016 bewarb sich der Kläger um die Stelle. Eine weitere Bewerberin, die von der Beklagten unter der Nr. 11 geführt wurde, legte im Jahr 2013 vor dem Bundesverwaltungsamt Berlin mit Erfolg die Prüfung zur Verwaltungsfachwirtin ab, sammelte im Anschluss an ihre Ausbildung Erfahrung als Sachbearbeiterin im Abgeordnetenhaus Berlin, bildete sich ua. an der Verwaltungsakademie Berlin fort und verfügt über Kenntnisse in EDV-Programmen wie Word, Excel, Outlook und Powerpoint der Firma Microsoft.

3

Die Beklagte lud drei der insgesamt zwölf Bewerber zu Bewerbungsgesprächen ein, unter ihnen die Bewerberin Nr. 11 und ein Bewerber, der von der Beklagten unter der Nr. 10 geführt wurde. Der Kläger erhielt keine Einladung zum Bewerbungsgespräch.

4

Die Beklagte entschied sich aufgrund der folgenden Auswahlmatrix, in der sie die Qualifikation der Bewerber nach Punkten bewertete, die Stelle dem Bewerber Nr. 10 zu übertragen:

5

”

<b>Bewerbervergleich: Schlussbeurteilung / Ø der Bewertungen (FBL III / Ltg. ID)</b>		
	<b>Bewerber Nr. 11</b>	<b>Bewerber Nr. 10</b>
geforderte Ausbildung /geh.D/VFA mit BE)	3	2,5
zus. Fachkenntnisse (Recht..)	2	2
Verwaltungserfahrung	3	2
allg. Auftreten / Erscheinungsbild	2,5	3
allg. Berufserfahrung	2,5	2
Leitungserfahrung (Steuerung, Koordinierung)	2	2
bisherige Flexibilität im Job/verschl. Aufgaben	2	3
Mobilität - flexible Arbeitszeiten	1	3
Grund/Eigen-Motivation / Selbstverständnis	1,5	3
3 wichtige Kriterien für den Job (Frage)	3	2
Team-/Kontaktfähigkeit (Selbstbild)	2,5	2,5
Verfügbarkeit / Zeitpkt. Beginn	1	2
Lernbereitschaft / Weiterbildung	3	3
<b>Kriterien Bewertung</b>	<b>29</b>	<b>32</b>
Einschätzung FBL III	1	3
Einschätzung Ltg. Innere Dienste	1	3
<b>Gesamteinschätzung</b>	<b>2</b>	<b>6</b>
<b>Gesamtbeurteilung</b>	<b>31</b>	<b>38</b>
sehr gut / Kriterium voll und ganz erfüllt	3 Punkte	
gut / Kriterium erfüllt / Abweichungen	2 Punkte	
ausreichend / Kriterium teilweise erfüllt	1 Punkt	
Kriterium nicht ausreichend erfüllt	0 Punkte	

”

Mit Schreiben vom 12. April 2016 informierte die Beklagte den Kläger darüber, dass sie sich „anderweitig entschieden“ habe. Unter dem 14. April 2016 forderte der Kläger die Beklagte erfolglos auf, ihm die Auswahlentscheidung zu erläutern, ihm die maßgeblichen Akten in Kopie zu übermitteln und von der Besetzung der Stelle vorläufig Abstand zu nehmen. Am 29. April 2016 schloss die Beklagte mit dem Bewerber Nr. 10 einen Arbeitsvertrag mit Wirkung zum 1. Mai 2016. 6

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er sei nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung der bestgeeignete Bewerber gewesen. Da die Beklagte ihn nicht ausreichend über den Ausgang des Besetzungsverfahrens informiert habe, sei es ihm nicht möglich gewesen, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu verhindern, dass die Stelle mit dem erfolgreichen Bewerber besetzt worden sei. Die Stelle sei im Übrigen zutreffenderweise der Entgeltgruppe 10, mindestens aber der Entgeltgruppe 9b zum TVöD-VKA zuzuordnen. 7

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 8

1. die Beklagte zu verurteilen, ihn so zu stellen, als wäre ihm das ausgeschriebene öffentliche Amt als leitender Sachbearbeiter Öffentliche Ordnung und Sicherheit mit Wirkung zum 1. Mai 2016 übertragen worden,
2. festzustellen, dass das von der Beklagten ausgeschriebene öffentliche Amt „leitender Sachbearbeiter Öffentliche Ordnung und Sicherheit“ nach dem am 1. Mai 2016 einschlägigen Tarifvertrag - TVöD VKA - der Entgeltgruppe 10 zugeordnet werden muss, hilfsweise dass eine Zuordnung zur Entgeltgruppe 9b erfolgen muss.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage mit der Begründung beantragt, dem von dem Kläger erhobenen Schadensersatzanspruch stehe entgegen, dass er nicht versucht habe, die Stellenbesetzung mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu verhindern. Im Übrigen sei der Kläger nicht der bestgeeignete Bewerber gewesen. 9

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. 10

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision des Klägers ist nicht begründet. 11

I. Die Revision ist zulässig. Zwar hat der Kläger binnen der gesetzlich bestimmten Fristen weder Revision eingelegt noch sie begründet; ihm war jedoch diesbezüglich Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. 12

1. Der Kläger hat die Fristen für die Einlegung und Begründung der Revision (§ 74 Abs. 1 Satz 1 ArbGG) versäumt. Aufgrund der Zustellung des Berufungsurteils am 9. Oktober 2018 an den Kläger lief die Notfrist für die Einlegung der Revision (§ 548 ZPO, § 72 Abs. 5 ArbGG) am 9. November 2018 und die Frist für die Begründung der Revision am Montag, dem 10. Dezember 2018, ab (§ 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2, § 193 BGB). Die Revision und deren Begründung sind am 20. März 2019 - und damit verspätet - beim Bundesarbeitsgericht eingegangen. 13

2. Dem Kläger war auf seinen Antrag wegen Versäumung der Fristen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren (§ 233 ZPO). 14

a) 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 und/oder zur Begründung der Revision einzuhalten, auf Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Die Wiedereinsetzung in die versäumte Revisionsfrist muss nach § 234 Abs. 1 Satz 1 ZPO innerhalb von zwei Wochen und die in die versäumte Revisionsbegründungsfrist innerhalb eines Monats (§ 234 Abs. 1 Satz 2 ZPO) beantragt werden. Die Antragsfrist beginnt nach § 234 Abs. 2 ZPO mit dem 15

Tag, an welchem das Hindernis behoben ist. Innerhalb der Antragsfrist ist die versäumte Prozesshandlung nachzuholen (§ 236 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

b) Als unverschuldete Verhinderung ist die Bedürftigkeit der Partei anzusehen, wenn die Partei innerhalb der Notfrist einen vollständigen Prozesskostenhilfeantrag stellt sowie alle für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe erforderlichen Unterlagen und das anzufechtende Urteil dem zuständigen Gericht vorlegt. Das Hindernis ist behoben, sobald der bedürftigen Partei Prozesskostenhilfe unter Beiordnung eines Rechtsanwalts bewilligt und der Prozesskostenhilfebeschluss mitgeteilt worden ist (*BAG 25. April 2013 - 8 AZR 287/08 - Rn. 20*). 16

c) Am 22. Oktober 2018 und damit innerhalb der Revisionsfrist ist beim Bundesarbeitsgericht der Antrag des Klägers auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe einschließlich der Anlagen zu seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen und einer Abschrift des Berufungsurteils eingegangen. Nach Zustellung des Prozesskostenhilfe gewährenden Beschlusses vom 18. Februar 2019 am 6. März 2019 an den Kläger hat dessen Prozessbevollmächtigte mit Schriftsatz vom 20. März 2019, am selben Tage beim Bundesarbeitsgericht eingegangen, frist- und formgerecht Wiedereinsetzung in die versäumten Fristen beantragt und zugleich Revision eingelegt und diese begründet. 17

II. Die Revision ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen. Zwar durfte der von dem Kläger erhobene Schadensersatzanspruch nicht mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe auf der Grundlage der von ihr erarbeiteten Auswahlmatrix den Bewerber Nr. 10 dem Kläger vorziehen dürfen, zurückgewiesen werden. Die Entscheidung erweist sich aber aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Der Kläger hat keinen Anspruch auf Schadensersatz. Die Beklagte war nicht verpflichtet, die dem Kläger ausgeschriebene Stelle zu übertragen. Der Kläger hat die Tatsachen für eine entsprechende Reduzierung des Auswahlmessens nicht schlüssig dargelegt. Der Klageantrag zu 2, mit dem der Kläger 18

eine gerichtliche Entscheidung über die zutreffende tarifliche Bewertung der Stelle begehrt, fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an.

1. Der Klageantrag zu 1 ist zulässig. 19
- a) Der Kläger verfolgt sein mit dem Klageantrag zu 1 formuliertes Klagebegehren nicht im Wege der Leistungs-, sondern zulässigerweise im Wege der Feststellungsklage. Dies ergibt die gebotene rechtsschutzgewährende Auslegung des Antrags zu 1 (*vgl. dazu BAG 21. Mai 2019 - 9 AZR 260/18 - Rn. 15*). Der Wortlaut des Antrags („... die Beklagte zu verurteilen, ...“) deutet darauf hin, der Kläger habe eine Leistungsklage erhoben. Eine solche Klage genüge jedoch mangels Bezifferung des Schadens nicht den Bestimmtheitsanforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO (*vgl. zum Erfordernis der Bezifferung BAG 8. November 2017 - 5 AZR 11/17 - Rn. 12, BAGE 161, 33*). Der Klageantrag kann jedoch als Feststellungsantrag ausgelegt werden und ist als solcher hinreichend bestimmt (*vgl. zu einem wortgleichen Klageantrag BAG 19. Februar 2008 - 9 AZR 70/07 - Rn. 18, BAGE 126, 26*). 20
- b) Für den so verstandenen Klageantrag besteht das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse. Der Kläger hat ein rechtliches Interesse daran alsbald feststellen zu lassen, ob er künftig von der Beklagten im Wege des Schadensersatzes Vergütung beanspruchen kann. Die klagende Partei darf in einem solchen Fall nicht auf monatliche Leistungsklagen für zukünftige Zeiträume verwiesen werden (*vgl. BAG 19. Februar 2008 - 9 AZR 70/07 - Rn. 19, BAGE 126, 26*). 21
- c) Dem Feststellungsantrag steht nicht der grundsätzliche Vorrang der Leistungsklage (*vgl. hierzu BAG 23. September 2014 - 9 AZR 827/12 - Rn. 13*) entgegen. 22
- aa) Soweit der Kläger ein Feststellungsurteil hinsichtlich der zukünftig fällig werdenden Ansprüche auf Schadensersatz 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 23



subsidiär; die klagende Partei kann vielmehr zwischen einer Feststellungsklage und einer Klage auf zukünftige Leistung wählen (vgl. BAG 12. Dezember 2010 - 9 AZR 554/09 - Rn. 30).

bb) Dies gilt auch, soweit die begehrte Feststellung 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 ist und - wie im Streitfall - mit der Entstehung eines weiteren Schadens zu rechnen ist (vgl. BAG 11. August 2016 - 8 AZR 406/14 - Rn. 41). 24

2. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung, dem Kläger den geltend gemachten Schadensersatzanspruch abzusprechen, zu Unrecht unter Rückgriff auf die von der Beklagten erarbeitete Auswahlmatrix begründet. Zum einen beinhaltet die Auswahlmatrix Kriterien, die sich im Auswahlprofil der Stelle nicht wiederfinden; zum anderen steht einer Gleichgewichtung sämtlicher Kriterien das in Art. 33 Abs. 2 GG verankerte Leistungsprinzip entgegen. 25

a) Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Öffentliche Ämter im Sinne dieser Vorschrift sind nicht nur Beamtenstellen, sondern auch - wie im Streitfall - solche Stellen, die ein Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes - wie die Beklagte - mit Arbeitnehmern zu besetzen beabsichtigt (vgl. BAG 17. Oktober 2017 - 9 AZR 192/17 - Rn. 20, BAGE 160, 280). 26

aa) Der unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistete Grundsatz der Bestenauslese dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes. Zum anderen trägt die Verfassungsnorm dem berechtigten Interesse der Bediensteten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass sie grundrechtsgleiche Rechte auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet. Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst steht deshalb bei der Besetzung von Stellen des öffentlichen Dienstes ein verfassungsrechtlicher Bewerbungsverfahrensanspruch zu. Daraus folgt angesichts der Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung in Art. 33 Abs. 2 GG ein sub-

jektives Recht jedes Bewerbers auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren (*BAG 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - Rn. 33, BAGE 161, 157*).

bb) 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, und der Bewerber es nicht unterlassen hat, den Schaden durch den Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwehren. 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 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - Rn. 22, BAGE 161, 157*). Er richtet sich gemäß § 249 Abs. 1, § 251 Abs. 1 BGB auf Geldersatz (*vgl. BAG 28. Mai 2002 - 9 AZR 751/00 - zu A II 3 d der Gründe, BAGE 101, 153*).

cc) Grundlage für die Beurteilung der Bewerber um die ausgeschriebene Stelle ist das in der Ausschreibung mitgeteilte Anforderungsprofil, sofern es den Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG hinreichend Rechnung trägt. 29

Im Rahmen seiner Organisationsgewalt steht es dem Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes grundsätzlich frei, für zu besetzende Stellen ein Anforderungsprofil aufzustellen, dessen Erfüllung Voraussetzung für die Teilnahme am Bewerbungsverfahren ist (*vgl. BAG 10. Februar 2015 - 9 AZR 554/13 - Rn. 14*). Der Arbeitgeber ist deshalb dem Grundsatz nach berechtigt, die Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung in Bezug auf den Aufgabenbereich der Stelle im Vorfeld seiner Auswahlentscheidung in einem Anforderungsprofil zu konkretisieren, sofern er das Anforderungsprofil in Übereinstimmung mit den in Art. 33 Abs. 2 GG bestimmten Kriterien erstellt. Dabei fällt die Entscheidung darüber, welchen Zuschnitt eine Stelle haben soll, welche Zuständigkeiten ihr im Einzelnen zugewiesen sind und welche Fachkenntnisse zur Erfüllung der Aufgaben erforderlich sind, in das Organisationsermessen des Arbeitgebers. Festlegungen des Anforderungsprofils entfalten - sofern es den verfassungsrechtlichen Gewährleistungen des Art. 33 Abs. 2 GG entspricht - Bin-

dungswirkung für die Festlegung und Gewichtung der Leistungsmerkmale im Auswahlverfahren. Orientiert der Arbeitgeber seine Auswahlentscheidung nicht an den in einem solchen Anforderungsprofil genannten Voraussetzungen, sondern legt ihr abweichende Kriterien zugrunde, verletzt er den - verfassungsrechtlich verbürgten (vgl. BAG 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - Rn. 30, BAGE 161, 157) - Bewerbungsverfahrensanspruch des Bewerbers. Ob der Arbeitgeber seine Auswahlentscheidung an dem Anforderungsprofil ausgerichtet hat, ist gerichtlich in vollem Umfang überprüfbar (vgl. BVerwG 19. Juli 2018 - 1 WB 3/18 - Rn. 31).

b) An diesem Maßstab gemessen hält die Begründung des Landesarbeitsgerichts einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. 31

aa) Das von der Beklagten festgelegte Anforderungsprofil und die in ihm genannten Kriterien, die ein Bewerber für die ausgeschriebene Stelle zu erfüllen hat, sind rechtlich nicht zu beanstanden. Davon gehen beide Parteien übereinstimmend aus. Die Revision erhebt diesbezüglich keine Einwände. 32

bb) Das Landesarbeitsgericht hat bei der Prüfung, ob das Auswahlermessen der Beklagten zugunsten des Klägers reduziert war, einerseits rechtsfehlerhaft auf Kriterien zurückgegriffen, die nicht zum Anforderungsprofil der Stelle gehören, und andererseits Kriterien nicht herangezogen, obwohl diese im Anforderungsprofil genannt sind. Die Kriterien „allgemeines Auftreten“, „allgemeine Berufserfahrung“, „verschiedene Aufgaben in Jobs“, „Mobilität“, „Grundmotivation“, „Teamfähigkeit“, „Verfügbarkeit“ und „Lernbereitschaft“ sind nicht Bestandteil des Anforderungsprofils, das die Beklagte ihrer Stellenausschreibung zugrunde legte. Nicht berücksichtigt hat das Landesarbeitsgericht die im Anforderungsprofil genannten Kriterien „selbstständiges und zuverlässiges Arbeiten mit Innovationsbereitschaft“, „hohes Maß an Verantwortung, Flexibilität, Stressbewältigung, Leistungsbereitschaft“, „fundierte Kenntnisse im Bereich der EDV“ und „hohe Einsatzbereitschaft auch außerhalb der normalen Arbeitszeiten“. 33

cc) Zudem rügt der Kläger zu Recht, das Landesarbeitsgericht habe die von ihm herangezogenen Kriterien gleich gewichtet, obwohl das verfassungsrechtliche Gebot der Bestenauslese einer solchen Vorgehensweise entgegen- 34

stehe. Unter Rückgriff auf die von der Beklagten entwickelte Auswahlmatrix hat das Landesarbeitsgericht die Ausprägung jedes Kriteriums unterschiedslos mit null bis zu drei Punkten bewertet. Die grundrechtlichen Gewährleistungen des Art. 33 Abs. 2 GG verlangen aber eine dem Leistungsprinzip entsprechende Gewichtung der Auswahlkriterien. Nur so kann der Zweck des Auswahlverfahrens gewährleistet werden, den bestgeeigneten Bewerber für die zu besetzende Stelle zu ermitteln. Stützt der Arbeitgeber seine Auswahlentscheidung - wie im Regelfall - auf mehrere Kriterien, hat er diese entsprechend ihrer Bedeutung für die Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG differenziert zu gewichten. So ist von der Beklagten im Anforderungsprofil genannte „fachliche Qualifikation“ von größerer Bedeutung als die „örtliche Erreichbarkeit“. Wollte man beide Kriterien gleich gewichten, erhielte ein Bewerber, der nicht über die im Anforderungsprofil geforderte Qualifikation verfügt (0 Punkte), aber in unmittelbarer Nähe seines Dienstortes wohnt (3 Punkte), genauso viele Punkte gutgeschrieben wie ein Bewerber, der über die für die ausgeschriebene Stelle erforderliche Qualifikation verfügt (3 Punkte), aber seinen Wohnsitz in erheblicher Entfernung vom Dienstort hat (0 Punkte). Ein solches Ergebnis ist mit dem verfassungsrechtlichen Ziel der Bestenauslese nicht zu vereinbaren und liegt jenseits der Grenzen des dem Arbeitgeber bei der Gewichtung der Merkmale zustehenden Beurteilungsspielraums (vgl. hierzu BAG 21. Januar 2003 - 9 AZR 307/02 - unter A II 2 a aa der Gründe Rn. 32, BAGE 104, 264).

3. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts erweist sich jedoch aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Dem Kläger steht der geltend gemachte Schadensersatzanspruch nicht zu. Der Senat kann offenlassen, ob der von dem Kläger erhobene Anspruch schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil dem Kläger nicht das Recht zusteht, zwischen Primärrechtsschutz und Liquidierung des behaupteten Schadens zu wählen. Jedenfalls hat der Kläger nicht dargelegt, dass er nach den Kriterien Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung der Bestgeeignete unter den Bewerbern um die ausgeschriebene Stelle war. Es fehlt an dem erforderlichen Vortrag, dass der Kläger nicht nur im Vergleich mit dem erfolgreichen Bewerber Nr. 10, sondern auch im Vergleich

35

mit den übrigen Bewerbern, insbesondere im Vergleich mit der Bewerberin Nr. 11 besser geeignet war.

a) Die Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs allein ist nicht ausreichend, um eine Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers zu begründen. Das Verhalten des Arbeitgebers im Bewerbungsverfahren ist für den Schaden eines zurückgewiesenen Bewerbers nur ursächlich, wenn sich jede andere Besetzungsentscheidung des Arbeitgebers als rechtsfehlerhaft erwiesen hätte. Deshalb hat der zurückgewiesene Bewerber nur in den Fällen Anspruch auf Ersatz seines Schadens, in denen ihm anstelle des Konkurrenten das Amt hätte übertragen werden müssen. Die in diesem Zusammenhang erforderliche Reduktion des dem Arbeitgeber zustehenden Auswahlermessens auf null wiederum setzt voraus, dass der erfolglose Bewerber nach den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien der bestqualifizierte Bewerber war (vgl. BAG 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - Rn. 22 und 25, BAGE 161, 157). Der Bewerbungsverfahrensanspruch verlangt nicht, dass dem erfolglosen Bewerber abweichend von sonst geltenden haftungsrechtlichen Grundsätzen ein Schadensersatzanspruch unabhängig von adäquater Kausalität zwischen Rechtsverletzung und Schaden eingeräumt wird (vgl. BAG 12. Oktober 2010 - 9 AZR 554/09 - Rn. 68). 36

b) Für den kausalen Zusammenhang zwischen dem Auswahlfehler des Arbeitgebers und dem eingetretenen Schaden trägt der zurückgewiesene Bewerber die Darlegungs- und Beweislast (vgl. BAG 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - Rn. 25, BAGE 161, 157). Dazu hat er Tatsachen vorzutragen, die es dem Gericht ermöglichen, den hypothetischen Kausalverlauf, der bei rechtmäßigem Vorgehen des Arbeitgebers an die Stelle des tatsächlichen Verlaufs getreten wäre (vgl. BVerwG 30. Oktober 2013 - 2 C 23.12 - Rn. 45, BVerwGE 148, 217), zu ermitteln. Benennt der Arbeitgeber neben dem erfolgreichen Bewerber andere Bewerber, trifft den zurückgewiesenen Bewerber die Obliegenheit, darzulegen und im Bestreitensfalle zu beweisen, dass er nicht nur im Vergleich mit dem erfolgreichen Bewerber, sondern auch im Vergleich mit den übrigen Bewerbern der bestgeeignete Bewerber gewesen ist. Beschränkt der zurückgewiesene Bewerber seinen Vortrag auf den erfolgreichen Bewerber, bleibt offen, ob bei ordnungsgemäßer Auswahl ein anderer Bewerber den Vorzug gegen- 37

über der klagenden Partei erhalten hätte. Erleichterungen hinsichtlich der erforderlichen Darlegungen sind nur in den Fällen zu erwägen, in denen der Arbeitgeber zur Ermittlung des hypothetischen Kausalverlaufs nicht beiträgt, insbesondere wenn er keine oder nicht aussagekräftige Unterlagen vorlegt (*in dieser Richtung BVerwG 26. Januar 2012 - 2 A 7/09 - Rn. 44 f. mwN, BVerwGE 141, 361*).

c) An diesem Maßstab gemessen ist die Klage hinsichtlich des Klageantrags zu 1 un schlüssig. 38

aa) Der Kläger wendet sich im Wesentlichen gegen die konkrete Besetzungsentscheidung der Beklagten. Er macht geltend, er sei unter Zugrundelegung der Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG besser für die Stelle geeignet als der erfolgreiche Bewerber Nr. 10. Es fehlt allerdings an der erforderlichen Darlegung, ob und gegebenenfalls aufgrund welcher Tatsachen oder rechtlichen Erwägungen er besser als die übrigen Bewerber geeignet ist. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Bewerberin Nr. 11, die die Beklagte - anders als den Kläger - zum Vorstellungsgespräch eingeladen und als zweitbestgeeignete Bewerberin ansieht. Den erforderlichen Vergleich zwischen ihm und der Bewerberin Nr. 11 stellt der Kläger nicht an, sondern beschränkt sich auf den allgemeinen Hinweis, seine Verwaltungserfahrung sei der der Bewerberin Nr. 11 gleichwertig. Das reicht nicht. Der Kläger nimmt weder zur beruflichen Qualifikation der Bewerberin Nr. 11, die im Jahr 2013 vor dem Bundesverwaltungsamt mit Erfolg die Prüfung zur Verwaltungsfachwirtin ablegte, noch zu Fortbildungsveranstaltungen Stellung, die die Bewerberin Nr. 11 an der Verwaltungsakademie Berlin belegte. Schließlich fehlt es an einem vergleichenden Vortrag zu den Kenntnissen der Bewerberin Nr. 11 auf dem Gebiet der EDV. 39

bb) Soweit die Revision meint, ein Vergleich mit den anderen Bewerbern sei dem Kläger nicht möglich gewesen, übersieht sie, dass die Beklagte bereits im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens die Daten der Bewerberin Nr. 11 vorgetragen und deren Lebenslauf zu den Akten gereicht hat. Erleichterungen hinsichtlich der den Kläger treffenden Darlegungsobliegenheiten kamen deshalb nicht in Betracht. 40

4. Der Klageantrag zu 2 fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. Der Kläger verfolgt sein Eingruppierungsbegehren in Form eines unechten Hilfsantrags, über den der Senat nur befinden soll, wenn der Klageantrag zu 1 Erfolg hat. Dies ist nicht der Fall. 41

III. Der Kläger trägt die Kosten der erfolglosen Revision (§ 97 Abs. 1 ZPO). 42

Kiel

Weber

Suckow

Hampel

Anthonisen