

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 1. Dezember 2020
- 9 AZR 192/20 -
ECLI:DE:BAG:2020:011220.U.9AZR192.20.0

I. Arbeitsgericht Mainz

Urteil vom 1. August 2018
- 1 Ca 441/18 -

II. Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz

Urteil vom 1. August 2019
- 5 Sa 420/18 -

Entscheidungsstichworte:

Bewerbungsverfahrensanspruch - Schadensersatz

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 192/20
5 Sa 420/18
Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
1. Dezember 2020

URTEIL

Brüne, 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 1. Dezember 2020 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 Vogg und Stietzel für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 1. August 2019 - 5 Sa 420/18 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

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

Die Beklagte beschäftigte den Kläger auf der Grundlage eines befristeten Arbeitsvertrags vom 9. März 2015 bis zum 8. März 2017 als Arbeitsvermittler mit Beratungsaufgaben in der Agentur für Arbeit in F. Die Bruttomonatsvergütung des Klägers belief sich zuletzt auf 3.502,47 Euro. 2

Anfang des Jahres 2017 schrieb die Beklagte intern eine Stelle als Arbeitsvermittler mit Beratungsaufgaben in der Agentur für Arbeit in L aus. Die Ausschreibung richtete sich ausschließlich an Arbeitnehmer mit einem unbefristeten Arbeitsvertrag und an Beamte. Mit einer weiteren internen Ausschreibung vom 13. Februar 2017, mit der sie sich abermals allein an unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer und Beamte wandte, teilte die Beklagte mit, in der Agentur für Arbeit in W sei eine Stelle als „Sachbearbeiter/-in Leistungsgewährung im Bereich SGB II“ zu besetzen. 3

Auf die erstgenannte Stelle bewarb sich der Kläger mit Schreiben vom 10. Februar 2017. Unter dem 14. Februar 2017 wies die Beklagte die Bewerbung des Klägers mit der Begründung zurück, als befristet Beschäftigter erfülle er die in der Ausschreibung genannten formalen Voraussetzungen nicht. Auf das Schreiben des Klägers vom 16. Februar 2017, mit dem er sich um die zweite Stelle bewarb, teilte die Beklagte ihm unter dem 8. März 2017 mit, sie könne 4

seine Bewerbung nicht berücksichtigen, da sich die Ausschreibung ausschließlich an „Dauerkräfte“ richte.

In der Folgezeit bewarb sich der Kläger erfolglos auf mehrere von der Beklagten ausgeschriebene Stellen. Vom 9. März 2017 bis zum 28. Februar 2018 war er arbeitslos und bezog ein monatliches Arbeitslosengeld iHv. 1.376,10 Euro. 5

Am 1. Mai 2017 besetzte die Beklagte die ausgeschriebenen Stellen mit zwei Mitbewerberinnen des Klägers. Unter dem 27. Juni 2017 forderte der Kläger die Beklagte erfolglos auf, ihm eine der ausgeschriebenen Stellen zu übertragen. 6

Im März 2018 trat der Kläger eine Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber an. Sein Bruttomonatsgehalt beträgt seitdem 2.588,62 Euro. 7

Mit seiner Klage begehrt der Kläger von der Beklagten Schadensersatz, den er für die Zeit vom 9. März 2017 bis zum 28. Februar 2018 als Differenz zwischen einem Anspruch auf eine Bruttomonatsvergütung iHv. 3.687,31 Euro und dem von ihm bezogenen Arbeitslosengeld sowie für die Zeit vom 1. März 2018 bis zum 31. Juli 2018 als Entgeltdifferenz zum Arbeitsverdienst berechnet, den er in seinem neuen Arbeitsverhältnis erzielt. 8

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe bei der Stellenvergabe seine Bewerbung berücksichtigen müssen. Der Ausschluss von befristet beschäftigten Bewerbern verstoße gegen das Diskriminierungsverbot des § 4 Abs. 2 TzBfG. Er sei in beiden Besetzungsverfahren der bestgeeignete Bewerber gewesen. Im Hinblick auf die noch laufenden Bewerbungsverfahren sei es ihm nicht zumutbar gewesen, gegen die Beklagte im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vorzugehen. 9

Der Kläger hat zuletzt beantragt 10

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 32.631,53 Euro nebst Zinsen hieraus iHv. fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen und
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, weitere zukünftige Schäden zu zahlen, die ihm aufgrund

der Nichteinstellung auf den von der Agentur für Arbeit M ausgeschriebenen Stellen entstehen.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage mit der Begründung beantragt, als Inhaberin der Organisationsgewalt sei sie dazu befugt, die Ausschreibungen ausschließlich an unbefristet beschäftigte Arbeitnehmer und Beamte zu richten. Ihrer diesbezüglichen Entscheidung lägen gewichtige personalpolitische Erwägungen zugrunde. In den betroffenen Agenturen habe zum Ausschreibungszeitpunkt ein Personalüberhang bestanden. Im Übrigen sei der Kläger mit Schadensersatzansprüchen ausgeschlossen, da er seinen Bewerbungsverfahrensanspruch nicht durch die Einleitung eines auf den Erlass einer einstweiligen Verfügung gerichteten Verfahrens zu sichern versucht habe. 11

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter. 12

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision des Klägers ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts zu Recht zurückgewiesen. Die zulässige Klage ist nicht begründet. Der Kläger hat weder Anspruch auf Schadensersatz in der bezifferten Höhe noch ist die Beklagte verpflichtet, Ersatz für zukünftige Schäden zu leisten, die dem Kläger infolge der Nichteinstellung entstehen werden. 13

I. Die von dem Kläger erhobene Klage ist zulässig. Insbesondere begegnet der Klageantrag zu 2., mit dem der Kläger die Haftung der Beklagten für zukünftig eintretende Schäden festgestellt wissen will, keinen Bedenken. Davon ist das Landesarbeitsgericht zu Recht ausgegangen. 14

1. Der Klageantrag zu 2. ist nach der gebotenen rechtsschutzgewährenden Auslegung des Antrags (*vgl. dazu BAG 21. Mai 2019 - 9 AZR 260/18 - Rn. 15*) hinreichend bestimmt. 15

- a) Gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstands und des Grunds des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag enthalten. Der Streitgegenstand und der Umfang der gerichtlichen Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis müssen klar umrissen sein. Für das Verständnis eines Klageantrags ist nicht an dem buchstäblichen Wortlaut der Antragsfassung zu haften. Bei Zweifeln ist der Antrag auszulegen. Das Gericht hat den erklärten Willen zu erforschen, wie er aus der Klagebegründung, dem Prozessziel und der Interessenlage hervorgeht. Die für Willenserklärungen geltenden Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) sind für die Auslegung von Klageanträgen heranzuziehen. Das gilt auch im Revisionsverfahren (*vgl. BAG 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - Rn. 14, BAGE 161, 157*). 16
- b) Der Kläger begehrt die gerichtliche Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm die in der Zukunft eintretenden Schäden zu ersetzen, die adäquat-kausal auf seine Nichtberücksichtigung in beiden Bewerbungsverfahren zurückzuführen sind. Der Antrag kann vom Senat konkretisierend dahingehend ausgelegt werden, dass es dem Kläger allein um die Gleichstellung in vergütungsrechtlicher Hinsicht geht. Der Kläger führt in der Klagebegründung keine anderen Nachteile, insbesondere nicht solche immaterieller Natur auf, die ihm dadurch entstehen werden, dass die Beklagte die Bewerbungsverfahren durchführte, ohne seine Bewerbungen zu berücksichtigen. 17
2. Bei einer Klage auf Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz künftiger Schäden ist das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse dann gegeben, wenn - wie im Streitfall - Schadensfolgen in der Zukunft wahrscheinlich sind, auch wenn ihre Art, ihr Umfang und sogar ihr Eintritt noch ungewiss sind (*vgl. hierzu BAG 18. Februar 2020 - 3 AZR 206/18 - Rn. 27*). 18
3. Dem Feststellungsbegehren steht nicht der grundsätzliche Vorrang der Leistungsklage (*vgl. hierzu BAG 23. September 2014 - 9 AZR 827/12 - Rn. 13*) entgegen. 19

- a) 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 subsidiär; die klagende Partei kann vielmehr zwischen einer Feststellungsklage und einer Klage auf zukünftige Leistung frei wählen (*vgl. BAG 12. Dezember 2010 - 9 AZR 554/09 - Rn. 30*). 20
- b) Dies gilt auch, soweit die begehrte Feststellung Schäden zum Gegenstand hat, die zwischen dem 1. März 2018 und dem Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht entstanden und deswegen bereits zu diesem Zeitpunkt bezifferbar waren. 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 28. Januar 2020 - 9 AZR 91/19 - Rn. 24*). Dies gilt auch in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem der Kläger einen Teil der Ansprüche im Wege der Leistungs- und einen Teil derselben im Wege der Feststellungsklage verfolgt. 21
- II. Die Klage ist nicht begründet. Die Beklagte ist dem Kläger gegenüber weder zum Ersatz bereits entstandener noch erst zukünftig entstehender Schäden verpflichtet. 22
1. Der von dem Kläger mit dem Klageantrag zu 1. verfolgte Zahlungsanspruch ist nicht begründet. 23
- a) Das Landesarbeitsgericht hat die Klage bezüglich des Leistungsantrags mit der Begründung abgewiesen, der Kläger habe in vorwerfbarer Weise unterlassen, wegen der Nichtberücksichtigung seiner Bewerbungen vom 10. Februar 2017 und 16. Februar 2017 einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. 24

- b) Die von dem Landesarbeitsgericht gegebene Begründung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Kläger hat seiner Obliegenheit, Primärrechtsschutz in Anspruch zu nehmen, nicht genügt. 25
- aa) 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 28. Januar 2020 - 9 AZR 91/19 - Rn. 26*). 26
- (1) 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 subjektives Recht jedes Bewerbers auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren (*vgl. BAG 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - Rn. 33, BAGE 161, 157*). 27
- (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. Er richtet sich gemäß § 249 Abs. 1, § 251 Abs. 1 BGB auf Geldersatz (*vgl. BAG 28. Januar 2020 - 9 AZR 91/19 - Rn. 28*). 28

- (3) Die Schadensersatzpflicht des öffentlichen Arbeitgebers ist jedoch nach dem Rechtsgedanken des § 839 Abs. 3 BGB eingeschränkt. 29
- (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 (*vgl. BVerwG 6. Juni 2014 - 2 B 75/13 - Rn. 12*). Die Vorschrift ist zugleich Ausdruck des Grundsatzes, dass der Primärrechtsschutz Vorrang vor dem Sekundärrechtsschutz hat. Bei rechtswidrigem Handeln des Staates 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 Rechtschutzmitteln anzugreifen oder aber ihn hinzunehmen und zu liquidieren, dh. untätig zu bleiben und sich den Schaden finanziell abgelten 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 (*vgl. BVerwG 15. Juni 2018 - 2 C 19/17 - Rn. 24, BVerwGE 162, 253*). Als Rechtsmittel iSv. § 839 Abs. 3 BGB kommen alle Rechtsbehelfe in Betracht, die sich gegen die Pflichtverletzung des Arbeitgebers richten und sowohl deren Beseitigung oder Berichtigung als auch die Abwendung oder Verringerung des Schadens zum Ziel haben und herbeizuführen geeignet sind (*vgl. BVerwG 15. Juni 2018 - 2 C 19/17 - Rn. 26, aaO*). 30
- (b) Der Rechtsgedanke des § 839 Abs. 3 BGB gilt auch beim Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs. Der zu Unrecht nicht einbezogene und 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 31

dadurch abzuwenden, dass er rechtliche Schritte im Vorfeld der absehbaren Auswahlentscheidung eingeleitet hat (vgl. *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 (vgl. *BVerwG 20. Oktober 2016 - 2 C 30/15 - Rn. 27*). Dasselbe gilt in Fällen, in denen der Arbeitgeber eine Bewerbung im Stellenbesetzungsverfahren aus Gründen in der Person des Bewerbers nicht berücksichtigen will.

(c) Berücksichtigt ein öffentlicher Arbeitgeber die Bewerbung nicht, obwohl er verpflichtet wäre, den Bewerber in den Bewerberkreis mit einzubeziehen, verletzt er den grundrechtsgleichen Bewerbungsverfahrensanspruch. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen ein an Art. 33 Abs. 2 GG gebundener Arbeitgeber einen Bewerber unter Verstoß gegen das in § 4 Abs. 2 Satz 1 TzBfG geregelte Verbot, befristet beschäftigte Arbeitnehmer zu benachteiligen, aus dem Kreis der Stellenbewerber ausschließt. Der Bewerber kann daher bereits gegen diese Maßnahme, obwohl sie nur vorbereitenden Charakter besitzt, einstweiligen gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen. 32

(aa) Effektiver Rechtsschutz (*Art. 19 Abs. 4 GG*) gegen die unberechtigte Nichtberücksichtigung der Bewerbung kann im Wege einer einstweiligen Verfügung nach §§ 935 ff. ZPO erwirkt werden, indem der Bewerber die zeitnahe Fortführung des begonnenen Auswahlverfahrens unter Einbeziehung seiner Person in den bestehenden Bewerberkreis verlangt. Der Verfügungsgrund für einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ergibt sich aus dem Rechtsschutzbegehren, das auf eine sofortige Verpflichtung des öffentlichen Arbeitgebers gerichtet ist und daher bereits aus strukturellen Gründen nur im Wege des Eilrechtsschutzes verwirklicht werden kann (vgl. *zum Abbruch eines Stellenbesetzungsverfahrens BAG 12. Dezember 2017 - 9 AZR 152/17 - Rn. 39, BAGE 161, 157*). 33

(bb) Das Erfordernis einer zeitnahen Klärung folgt auch aus dem Gebot der Rechtssicherheit. Der öffentliche Arbeitgeber braucht Klarheit darüber, unter welchen Bewerbern er die ihm obliegende Auswahlentscheidung zu treffen hat. 34

Gleichzeitig hat der Bewerber ein rechtliches Interesse daran, seinen grundrechtsgleichen Anspruch auf Teilnahme am Auswahlverfahren gerichtlich durchzusetzen, bevor der Arbeitgeber eine Entscheidung getroffen und das Amt an einen Mitbewerber vergeben hat.

(d) § 839 Abs. 3 BGB steht einem Schadensersatzanspruch ausnahmsweise nicht entgegen, wenn der öffentliche Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht tatsächlich in die Lage versetzt hat, Primärrechtsschutz in Anspruch zu nehmen. So greift die in § 839 Abs. 3 BGB geregelte Obliegenheit nicht zu Lasten des Stellenbewerbers ein, wenn 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 (*vgl. 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 (*vgl. BVerwG 20. Oktober 2016 - 2 C 30/15 - Rn. 32; siehe ferner BVerfG 9. Juli 2007 - 2 BvR 206/07 - Rn. 20 ff.*). 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 (*vgl. BVerwG 1. April 2004 - 2 C 26/03 - Rn. 15*).

35

bb) An diesem Maßstab gemessen war der Kläger gehalten, im Hinblick auf die Auswahlentscheidungen der Beklagten vor den Gerichten für Arbeitssachen einstweiligen Rechtsschutz zu suchen. Dies hat er zumindest fahrlässig versäumt.

36

(1) Die Beklagte teilte dem Kläger mit Schreiben vom 14. Februar 2017 und 8. März 2017 mit, sie werde seine Bewerbungen um die beiden ausgeschriebenen Stellen nicht berücksichtigen. Sie begründete ihre Entscheidung damit, der Kläger erfülle nicht die in der Ausschreibung genannten Anforderungen, da er nicht in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zur Beklagten stehe. Diese Mitteilungen versetzten den Kläger sowohl sachlich als auch zeitlich in die Lage, darüber zu entscheiden, wegen des von ihm angenommenen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des § 4 Abs. 2 und § 5 TzBfG gerichtlichen Eilrechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Die Beklagte vergab beide Stellen erst mit Schreiben vom 26. April 2017 an die erfolgreichen Bewerberinnen und besetzte die Stellen mit Wirkung ab dem 1. Mai 2017. 37

(2) Der Kläger hat fahrlässig gehandelt, als er es unterließ, ein auf die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gerichtetes Gerichtsverfahren einzuleiten. Davon ist das Landesarbeitsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise ausgegangen. 38

(a) Das typisierte Verschulden richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen (*Jauernig/Teimann 18. Aufl. BGB § 839 Rn. 24*). 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 im Sinne des § 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 (*vgl. BVerwG 15. Juni 2018 - 2 C 19/17 - Rn. 33, BVerwGE 162, 253*). Ist es diesem nicht zumutbar, den Eintritt des Schadens durch die Einlegung eines Rechtsmittels zu verhindern oder zu mildern, handelt er nicht vorwerfbar. Ob ein Verschulden im konkreten Fall anzunehmen ist, ist eine Frage, deren Entscheidung den Tatsachengerichten obliegt. Der Begriff der Zumutbarkeit ist ein Rechtsbegriff, dessen Feststellung im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegt (*vgl. auch BGH 9. November 1989 - IX ZR 261/88 - unter II der Gründe*). 39

Aus diesem Grunde steht dem Landesarbeitsgericht als Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zu. Das Revisionsgericht kann lediglich prüfen, 40

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 28. November 2019 - 8 AZR 35/19 - Rn. 47).

(b) Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, dem Kläger sei es ungeachtet der laufenden Bewerbungsverfahren zumutbar gewesen, die Entscheidung der Beklagten, ihn aus dem Bewerberkreis auszuschließen, von den Gerichten für Arbeitssachen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes überprüfen zu lassen. Es habe nicht die berechtigte Besorgnis bestanden, die Beklagte werde den Kläger bei weiteren Bewerbungen benachteiligen. 41

(c) Diese Begründung lässt einen revisiblen Rechtsfehler nicht erkennen. 42

(aa) Das Landesarbeitsgericht hat den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum nicht überschritten. Bei der ihm obliegenden Sachverhaltsbewertung hat es berücksichtigt, dass sich der Kläger zum Zeitpunkt der Absage um weitere von der Beklagten ausgeschriebene Stellen beworben und die Beklagte über diese Bewerbungen noch nicht abschließend entschieden hatte. Es hat diesen Umstand wegen des gesetzlichen Maßregelungsverbots - zu Recht - nicht für durchgreifend erachtet. § 612a BGB schützt den Arbeitnehmer in seiner Willensfreiheit bei der Entscheidung darüber, ob er ein Recht ausüben will oder nicht. Eine Rechtsausübung in diesem Sinne kann nicht nur in der Geltendmachung von Ansprüchen bestehen, sondern auch in der Führung eines Rechtsstreits (vgl. BAG 15. Februar 2005 - 9 AZR 116/04 - zu B II 2 b cc der Gründe, BAGE 113, 327). Die verbotene Benachteiligung umfasst auch einseitige Maßnahme des Arbeitgebers (vgl. BAG 14. Februar 2007 - 7 AZR 95/06 - Rn. 21, BAGE 121, 247) wie etwa die Entscheidung über die Vergabe einer ausgeschriebenen Stelle. Das Landesarbeitsgericht hat keine besonderen Umstände festgestellt, die den Schluss rechtfertigten, die Beklagte werde dem Maßregelungsverbot zuwiderhandeln. Weder hat der Kläger solche vorgetragen noch sind sie im Übrigen ersichtlich. 43

(bb) Soweit die Revision geltend macht, es sei zur Schadensminderung ge- 44
boten gewesen, nach Erhalt der beiden Absagen kein gerichtliches Verfahren
anzustrengen, sondern abzuwarten, ob die Beklagte ihm eine andere Stelle an-
bieten werde, übersieht sie, dass die Vorschrift des § 839 Abs. 3 BGB, die den
Schutz der öffentlichen Verwaltung bezweckt, nicht zur Disposition des Stellen-
bewerbers steht. Folgte man der Argumentation des Klägers, hätte es ein Bewer-
ber in der Hand, sich der ihn treffenden Obliegenheiten durch die Einreichung
weiterer Bewerbungen zu entheben. Das hat das Landesarbeitsgericht zu Recht
abgelehnt.

2. Auch der Feststellungsantrag ist unbegründet. Die Beklagte ist nicht ver- 45
pflichtet, Ersatz für zukünftige Schäden zu leisten, die dem Kläger infolge seiner
Nichteinstellung entstehen werden. Dem Schadensersatzanspruch steht entge-
gen, dass der Kläger seiner Obliegenheit nicht nachgekommen ist, die Beklagte
im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes auf die Berücksichtigung seiner Be-
werbung in Anspruch zu nehmen (*§ 839 Abs. 3 BGB entsprechend*).

III. Der Kläger hat die Kosten der erfolglosen Revision zu tragen (*§ 97 Abs. 1 46
ZPO*).

Kiel

Weber

Suckow

Vogg

Stietzel