

# Öffentlicher Dienst

## Bewerbungsverfahrensanspruch: einstweiliger Rechtsschutz

Der Kläger begehrt Schadensersatz wegen der Verletzung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs durch Abbruch des Auswahlverfahrens. Der Gemeinderat der Beklagten, der über die Einstellungen entscheidet, lehnte die Bewerbung des Klägers ab. Wenig später schrieb die Beklagte die Stelle neu und mit geändertem Anforderungsprofil aus. Der Kläger bewarb sich auch auf diese Ausschreibung und forderte die Beklagte gleichzeitig erfolglos auf, das ursprüngliche Stellenbesetzungsverfahren fortzusetzen. Die Beklagte lud ihn daraufhin zu einem Gespräch ein. Diese Einladung lehnte der Kläger ab und machte der Beklagten gegenüber Schadensersatz in Höhe der ihm entgangenen Vergütung geltend. Im Zeitpunkt der erneuten Abstimmung über die Besetzung der Stelle war der Kläger der einzige noch zur Wahl stehende Kandidat, der Gemeinderat votierte einstimmig gegen die Besetzung der Stelle mit ihm. Die Stelle wurde nach erneuter Ausschreibung anderweitig besetzt.

Der Kläger klagte, denn als einzig verbliebener Bewerber habe sich das Auswahlverfahren der Beklagten auf null reduziert. Die Beklagte argumentierte, der Bewerbungsverfahrensanspruch des Klägers sei nicht verletzt. Vor allem aber habe er nicht Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Besetzung der Stelle verhindert.

Dazu stellte das BAG in einem Urteil vom 12.12.2017 (9 AZR 152/17) fest: Verlangt ein nicht berücksichtigter Bewerber Schadensersatz wegen Abbruchs des Auswahlverfahrens, muss er zuvor die Fortführung des abgebrochenen Verfahrens im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes geltend gemacht haben, wenn ihm dies zumutbar und möglich war. Ob, in welcher Gestalt und vor allem zu welchem Zeitpunkt eine Stelle besetzt werden soll, entscheidet der Dienstherr in Ausübung seiner Organisationsgewalt nach seinen Bedürfnissen, also auch, wann er eine vakante Stelle endgültig besetzen will. Solange die Gestaltung des Auswahlverfahrens durch die Beklagte dem grundgesetzlich verbürgten Bewerbungsverfahrenanspruch des Klägers genügt, gibt es keinen Anspruch auf die von ihm erstrebte zügige Durchführung des Bewerbungsverfahrens oder auf eine Entscheidung über die Bewerbung zu einem bestimmten Zeitpunkt.

Auch aus dem Abbruch des Auswahlverfahrens lässt sich kein Schadenersatzanspruch ableiten. Der Abbruch kann aus der Art. 33 Abs. 2 GG vor-

gelagerten Organisationsgewalt des öffentlichen Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Danach hat der öffentliche Arbeitgeber darüber zu entscheiden, ob und wann er welche Statusämter zur Besetzung bereithält. Deshalb kann er das Verfahren abbrechen, weil er die Stelle, die dem erfolgreichen Bewerber übertragen werden sollte, nicht mehr besetzen will. Ebenso stellt es einen sachlichen Grund für einen Abbruch dar, wenn der öffentliche Arbeitgeber sich entschlossen hat, die Stelle neu zuzuschneiden.

Liegt jedoch ein rechtswidriger Abbruch vor, können Bewerber bereits diese Maßnahme einer gerichtlichen Kontrolle zuführen, wobei effektiver Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) nur im Wege des einstweiligen Verfahrens erlangt werden kann. Nach Ablauf der Monatsfrist ist die Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit des Abbruchs des Auswahlverfahrens mit einer Hauptsacheklage überprüfen zu lassen, verwirkt.

## Anzahl der Urlaubstage bei unterjähriger Änderung der Wochenarbeitszeit

Die Parteien stritten auf Grundlage des § 26 TVöD über die Anzahl der der Klägerin im Jahr 2013 zustehenden Urlaubstage. Bis Mitte August 2013 betrug die wöchentliche Regelarbeitszeit der Klägerin, die sich auf vier Wochentage verteilte, 32 Stunden. Danach arbeitete die Klägerin 23,5 Wochenstunden verteilt auf fünf Tage. Die Beklagte gewährte der Klägerin bis zur Änderung ihres Beschäftigungsumfangs ab Mitte August 24 Urlaubstage, danach noch einen Urlaubstag. Die Klägerin klagte einen weitergehenden Urlaubsanspruch von zwei Tagen ein. Sie war der Ansicht, § 26 Abs. 1 TVöD verlange, dass der Urlaub nach Zeitabschnitten berechnet wird: Im Jahr 2013 habe sie einen Urlaubsanspruch von insgesamt 26 Tagen erworben. Bei einer Vier-Tage-Woche habe sie einen Gesamturlaubsanspruch von 24 Tagen. Für den Zeitraum bis Mitte August 2013 hätten ihr 16 Tage zugestanden (8 Monate =  $\frac{2}{3}$  des Jahres  $\times$  24 = 16 Tage). Von Mitte August bis Ende des Jahres in der Fünf-Tage-Woche hätten ihr dann weitere zehn Tage zugestanden (4 Monate =  $\frac{1}{3}$  des Jahres  $\times$  30 = 10 Tage). Insgesamt stehe ihr daher ein Urlaubsanspruch von 26 Tagen zu.

Die Arbeitgeberin sah dies anders. Nach Abzug der bis zur Änderung gewährten Urlaubstage habe der Restanspruch einen Tag umfasst. Dies entspreche einem Vierundzwanzigstel des Jahresurlaubsanspruchs. Nach dem Wechsel in die Fünf-

Tage-Woche habe sich der Restanspruch dem Verhältnis von vier zu fünf Wochenarbeitsdagen entsprechend um ein Viertel auf 1,25 Tage erhöht. Der Bruchteil bleibe gem. § 26 Abs. 1 Satz 5 Halbs. 2 TVöD a. F. unberücksichtigt.

Das BAG (Urt. v. 14.3.2017 – 9 AZR 7/16) urteilte dazu: Im Falle eines unterjährigen Wechsels kann § 26 Abs. 1 TVöD nicht dahin gehend ausgelegt werden, dass der kalenderjährig bestimmte Urlaubsanspruch in Zeitabschnitte fragmentiert und damit als Summe mehrerer (Teil-)Urlaubsansprüche zu berechnen ist. Tariflicher Referenzzeitraum ist das ganze „Kalenderjahr“ und nicht ein Teil desselben. Zudem verfolgt § 26 Abs. 1 TVöD a. F. den Zweck, gleichwertige Urlaubsansprüche unabhängig von der Anzahl der wöchentlichen Arbeitstage sicherzustellen. Kommt es zu einer Änderung der Anzahl der Wochenarbeitstage, wird laut BAG die Anzahl der zum Zeitpunkt des Wechsels noch nicht genommenen Urlaubstage mit dem Quotienten multipliziert, der sich aus der Anzahl der Wochenarbeitstage unter dem neuen Arbeitszeitregime (Divident) und der Anzahl der Wochenarbeitstage unter dem alten Arbeitszeitregime (Divisor) ergibt. Die Klägerin hatte vor der Änderung noch einen Tag Resturlaub. Dieser muss daher durch den Wechsel von der Vier- in die Fünf-Tage-Woche mit fünf Viertel multipliziert werden. Es errechnet sich ein Urlaubstag.

Das BAG trennt klar zwischen dem Tarifurlaub des § 26 TVöD und dem Mindesturlaub nach BUrlG. Dabei wird sich zukünftig die Frage stellen, wie mit Blick auf die EuGH-Entscheidungen „Tirol“ und „Brandes“ umzugehen ist. Denn dort wurde die Fragmentierung zugelassen.

## BEARBEITET UND ZUSAMMENGESTELLT VON



**Sebastian Günther**  
Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
Partner der Kanzlei Hahn | Kroll | Günther  
Rechtsanwälte, Berlin