

# Öffentlicher Dienst

## Bewerbungsverfahrensanspruch gem. Art. 33 GG

Der Arbeitgeber schrieb eine Stelle im Bodenmanagement als Beförderungsstelle (Entgeltgruppe 9a TV-L) aus. Die Bewerberauswahl erfolgte auf der Grundlage schriftlicher Leistungseinschätzungen bzw. dienstlicher Beurteilungen. Als Bewertungsnoten wurden Punktzahlen zwischen 1 und 15 Punkten vergeben. Laut Auswahlvermerk müssen Bewerber einer niedrigeren Entgeltgruppe drei Punkte über dem Bewerber der höheren Entgeltgruppe eingeschätzt werden, um zum Zuge kommen zu können. Der Kläger erhielt im Gesamturteil 9 Punkte, die bevorzugte Bewerberin 10 Punkte.

Der Kläger wehrte sich gegen die Stellenbesetzung im Wege einer einstweiligen Verfügung. Es liege ein Verstoß gegen Art. 33 GG vor. Die ausgewählte Bewerberin sei nicht ordnungsgemäß mit 10 Punkten bewertet worden. Ein Qualifikationsvergleich sei nicht möglich, da sich die Zeiträume der Bewertungen nur unwesentlich überschneiden hätten.

Das Thüringer LAG (Urt. v. 2.7.2024 – 5 SaGa 7/23, rk.) entschied gegen den Kläger. Die gerichtliche Kontrolldichte einer Auswahlentscheidung i. S. v. Art. 33 Abs. 2 GG sei generell eingeschränkt. Zu prüfen sei, ob

- der Arbeitgeber den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen, in dem er sich bewegen kann, verkannt hat,
- er von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet, sachwidrige Erwägungen angestellt oder gegen Verfahrensvorschriften verstoßen hat.

Hier hätte der Kläger erklären müssen, ob und wie sich die Beurteilungen nicht vergleichen lassen. Sein Vortrag gegen die Punktwertung der Mitbewerberin blieb in beiden Instanzen pauschal und unsubstantiiert.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG sollte eine erneute Beurteilung erstellt werden, wenn Beamte nach dem Beurteilungsstichtag der letzten Regelbeurteilung während eines erheblichen Zeitraums wesentlich andere Aufgaben wahrgenommen haben. Der erhebliche Zeitraum wird dabei bei einem Regelbeurteilungszeitraum von drei Jahren mit mindestens zwei Jahren bestimmt. Dieser Rechtsgedanke ist auf die Anlassbeurteilung von Tarifbeschäftigten dahingehend übertragbar, dass eine neue Anlassbeurteilung nur dann erstellt werden muss, wenn seit der letzten

Anlassbeurteilung schon ein mindestens dem Regelbeurteilungszeitraum der Beamten entsprechender Zeitraum vergangen ist oder wenn zumindest während eines erheblichen Teiles des entsprechenden Zeitraums wesentlich andere Aufgaben wahrgenommen wurden, als sie der letzten Anlassbeurteilung zugrunde lagen.

Wichtig: Die Frage der Verletzung von Rechten im Bewerbungsverfahren sollten Bewerberinnen und Bewerber – neben dem Hauptsacheverfahren – im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes klären. Bereits hier sind konkrete Fehler im Bewerbungsverfahren anzubringen.

## Wechselschichtzulage nur bei 24-Stunden-Schichtsystem

Im Streit stand die Frage, ob ein Anspruch auf die Wechselschichtzulage gem. AVR-Caritas besteht. Die Voraussetzungen für den Anspruch auf eine Wechselschichtzulage der AVR-Caritas sind wortgleich mit den entsprechenden Regelungen der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes, so das LAG Berlin-Brandenburg in seinem Urteil vom 27.6.2024 (rk.). Dies umfasse das Erfordernis, dass die wechselnden Arbeitsschichten „ununterbrochen“ i. S. v. § 7 Abs. 1 Satz 2 TVöD stattfinden und das Belegschaftsmitglied in diesen Ablauf integriert sei.

Demnach gilt: Erst der Einsatz in Wechselschichten „rund um die Uhr“ in bestimmten Zeiträumen und die damit einhergehenden Belastungen lösen die Wechselschichtzulage aus. Hingegen bedürfe es keines ununterbrochenen Einsatzes der Pflegehilfskräfte „rund um die Uhr“.

## Bereitschaftszeiten – Darlegungs- und Beweislast

Überstunden können im Falle von Bereitschaftszeiten nur dann entstehen, wenn der Beschäftigte in der Summe aus Vollarbeitszeiten und faktorierten Bereitschaftszeiten mehr als durchschnittlich 39 Stunden in der Woche für den Arbeitgeber tätig war und die weiteren Voraussetzungen des § 7 Abs. 7 TVöD-V vorliegen.

Liege eine typische (Schul-)Hausmeistertätigkeit vor, ist der Anwendungsbereich des Abschnitts A des Anhangs zu § 9 TVöD-V grundsätzlich eröffnet. Damit trete eine Beweislastumkehr ein und der Hausmeister habe darzulegen und im Be-

streitensfall zu beweisen, dass er gleichwohl nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen falle (BAG, Urt. v. 4.7.2024 – 6 AZR 200/23). Dazu könne er sich entweder darauf berufen, dass bei den Tätigkeiten, die typischerweise mit Bereitschaftszeiten verbunden sind, in seinem Fall ausnahmsweise die Zeiten mit Arbeitsleistung überwiegen oder dass bei ihm Bereitschaftszeiten nicht regelmäßig bzw. nur in unerheblichem Umfang anfallen. Er könne sich allerdings auch darauf berufen, dass seine Arbeit nicht durch typische (Schul-)Hausmeistertätigkeiten geprägt sei. Beides habe der Kläger nicht vorgetragen und er sei daher seiner Darlegungslast nicht nachgekommen.

## BEARBEITET UND ZUSAMMENGESTELLT VON



© Carolin Uhl

**Sebastian Günther**  
Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
Partner der Kanzlei  
GÜNTHER · ZIMMERMANN  
Rechtsanwälte, Berlin