

beglaubigte Abschrift

17 SaGa 10/19
2 Ga 2/19
ArbG Paderborn



Verkündet am 03.06.2019:

Weyland
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Landesarbeitsgericht Hamm

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Verfahren

[Redacted]

- Berufungs- und Verfügungskläger -

Verfahrensbevollmächtigte:

DGB Rechtsschutz GmbH, Büro Hamm, Nordenwall 5, 59065 Hamm,

gegen

[Redacted]

- berufungsbeklagtes und verfügungsbeklagtes Land -

[Redacted]

hat die 17. Kammer des Landesarbeitsgerichts Hamm
auf die mündliche Verhandlung vom 03.06.2019
durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Held-Wesendahl
sowie die ehrenamtlichen Richter Dehn und Schröder
für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Verfügungsklägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Paderborn vom 21.02.2019 – 2 Ga 2/19 – abgeändert und wie folgt neu gefasst.

...

Dem verfügungsbeklagten Land wird aufgegeben, die intern ausgeschriebene Stelle als „ausbildende Forstwirtschaftsmeisterin, ausbildender Forstwirtschaftsmeister beim Regionalforstamt Hochstift im Forstbezirk Gellinghausen“ vorläufig nicht zu besetzen, bis über die Bewerbung des Verfügungsklägers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden ist, spätestens bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsacheklage.

Die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens trägt das verfügungsbeklagte Land.

Tatbestand

Die Parteien streiten im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes über den Anspruch des Verfügungsklägers auf Sicherung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs im Rahmen eines Stellenbesetzungsverfahrens des verfügungsbeklagten Landes.

Der 1969 geborene Verfügungskläger absolvierte in der Zeit vom 1. August 1986 bis zum 31. Juli 1988 auf der Grundlage eines Ausbildungsvertrages vom 24. Juli 1986 bei dem verfügungsbeklagten Land seine Ausbildung zum Forstwirt.

Mit Arbeitsvertrag vom 5. August 1988 wurde er mit Wirkung zum 2. Juli 1988 als vollbeschäftigter Waldarbeiter in der Landesforstverwaltung – Forstamt Büren – eingestellt. Gemäß § 2 des Arbeitsvertrages galt für das Arbeitsverhältnis der Manteltarifvertrag für Waldarbeiter der Länder und der Mitglieder der kommunalen Arbeitgeberverbände Rheinland-Pfalz und Saarland sowie die diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträge in der für den Arbeitgeber geltenden Fassung. Nunmehr ist der TV-L- Forst auf das Arbeitsverhältnis anwendbar.

Der Verfügungskläger übt seit dem 2. Juli 1988 seine Tätigkeiten auf den Ländereien des Haus Büren'scher Fonds aus, das ein der alleinigen Verfügungsgewalt des verfügungsbeklagten Landes unterliegendes Sondervermögen ohne eigene Rechtspersönlichkeit darstellt. Am 29. Dezember 2015/7. Januar 2016 schlossen der im Jahre 2005 gebildete Landesbetrieb [REDACTED] und die Bezirksregierung Det-

mold eine Verwaltungsvereinbarung bezogen auf das Sondervermögen Haus Büren'scher Fonds. Danach beschäftigte der Fonds, vertreten durch die Bezirksregierung Detmold, als Waldbesitzer zwei Forstwirtschaftsmeister, sechs Forstwirte und zwei Auszubildende. Aus der Anlage 2 zum Einzelplan 20 – Sondervermögen ohne Rechtspersönlichkeit – zum Haushaltsplan der Bezirksregierung Detmold folgen die auf das Sondervermögen im Bereich Forsten bezogenen Personalausgaben.

Wegen der Einzelheiten des Haushaltsplanes wird auf die von dem verfügungsbeklagten Land mit Schriftsatz vom 30. Januar 2019 vorgelegten Kopien (Bl. 76 – 80 d. A.), wegen der Einzelheiten der Verwaltungsvereinbarung auf die in dem vor dem Arbeitsgericht Münster geführten Verfahren – 3 Ga 38/18 - in Kopie vorgelegten Unterlagen (Bl. 78 – 84 d. A. 3 Ga 38/18) Bezug genommen.

Das verfügungsbeklagte Land schrieb in 2018 eine zum 1. Juli 2019 beim Regionalforstamt Hochstift im Forstbetriebsbezirk Gellinghausen zu besetzende Stelle einer auszubildenden Forstwirtschaftsmeisterin/eines auszubildenden Forstwirtschaftsmeisters aus. Die Interessenbekundung richtete sich aus organisatorischen und betrieblichen Gründen u.a. an unbefristet beschäftigte TV-L Forst- Beschäftigte, welche bereits zur Forstwirtschaftsmeisterin oder zum Forstwirtschaftsmeister bestellt sind. Der Verfügungskläger ist staatlich geprüfter Wirtschaftler für Forstwirtschaft (Bl. 50 d. A.) und legte am 10. Juli 1992 die Meisterprüfung im Ausbildungsberuf Forstwirt ab (Bl. 51 d. A.). Seit dem 1. März 1996 erfüllt er die Aufgaben eines Forstwirtschaftsmeisters (Bl. 52 d. A.).

Er bewarb sich mit Schreiben vom 2. September 2018 auf die ausgeschriebene Stelle. Das verfügungsbeklagte Land sah ihn als externen Bewerber an und lehnte seine Bewerbung ab.

Mit Urteil vom 27. November 2018 in dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung – 3 Ga 38/18 – gab das Arbeitsgericht Münster dem verfügungsbeklagten Land auf, die intern ausgeschriebene Funktion als auszubildender Forstwirtschaftsmeister beim Regionalforstamt Hochstift im Forstbetriebsbezirk Gellinghausen vorläufig nicht zu besetzen, bis über die Bewerbung des Verfügungsklägers unter Be-

achtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist. Das Urteil ist rechtskräftig.

In dem vor dem Arbeitsgericht Paderborn geführten Rechtsstreit- 3 Ca 1436/18 – schlossen die Parteien am 15. Januar 2019 einen Vergleich, in dem sie sich dahin einigten, dass das am 2. Juli 1988 zwischen ihnen begründete Arbeitsverhältnis fortbesteht.

Das verfügungsbeklagte Land brach das Stellenbesetzungsverfahren nach der Entscheidung des Arbeitsgerichts Münster ab und schrieb die Stelle erneut mit folgendem Text aus:

Die Interessenbekundung richtet sich aus organisatorischen und betrieblichen Gründen an unbefristete TV-L-Forst Beschäftigte des Landesbetriebes [REDACTED] die im Stellenplan von [REDACTED] geführt werden ...

Der Verfügungskläger erhielt nach seiner Bewerbung Kenntnis von einer Mitteilung des verfügungsbeklagten Landes an den Personalrat, es werde seine Bewerbung erneut nicht zulassen, da ihm keine Stelle im Haushaltsplan zugewiesen sei; es beabsichtigte, das Auswahlverfahren am 30. Januar 2019 abzuschließen.

Mit seinem am 29. Januar 2019 bei dem Arbeitsgericht Paderborn eingegangenen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung begehrt er, dem verfügungsbeklagten Land aufzugeben, die streitgegenständliche Stelle vorläufig nicht zu besetzen, bis über seine Bewerbung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist.

Er hat die Auffassung vertreten, die Ausschreibung, die sich ausschließlich an Bewerber richte, die stellenplanmäßig beim Landesbetrieb geführt würden, diene allein dazu, ihn aus dem Bewerberkreis auszuschließen. Er hat vorgetragen:

Er bestreite, dass er stellenplanmäßig nicht beim Landesbetrieb, sondern bei der Bezirksregierung Detmold geführt werde. Es sei auch nicht erkennbar, dass die ausgeschriebene Stelle haushaltsplanmäßig besetzt sei. Durch das Ausscheiden des bisherigen Stelleninhabers sei die Stelle haushaltsrechtlich frei geworden.

Im Übrigen sei das Interesse des verfügungsbeklagten Landes an der Stellenbesetzung nicht so wichtig, dass sein Bewerbungsverfahrensanspruch dahinter zurückzutreten habe. Es könne eine entsprechende Haushaltsstelle geschaffen bzw. die bei der Bezirksregierung Detmold geführte Haushaltsstelle dem Landesbetrieb zugeführt werden.

Es sei im Übrigen zu berücksichtigen, dass das verfügungsbeklagte Land die Art und Weise seiner Stellenführung zu vertreten habe.

Der Verfügungskläger hat beantragt,

dem verfügungsbeklagten Land im Wege der einstweiligen Verfügung aufzugeben, die intern ausgeschriebene Stelle als „ausbildende Forstwirtschaftsmeisterin/ausbildender Forstwirtschaftsmeister beim Regionalforstamt Hochstift im Forstbetriebsbezirk Gellinghausen“ vorläufig nicht zu besetzen, bis über seine Bewerbung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden worden ist.

Das verfügungsbeklagte Land hat beantragt,

die Verfügungsklage abzuweisen.

Es hat die Auffassung vertreten, die in der Ausschreibung vorgenommene Beschränkung des Bewerberkreises sei zulässig. Es hat unter Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung vom 02.11.2018 (Bl. 81 d. A.) vorgetragen:

Der Verfügungskläger sei organisatorisch nicht in den Landesbetrieb eingegliedert. Seine Stelle werde im Stellenplan der Bezirksregierung Detmold geführt, die auch personalaktenführende Stelle sei.

Seine Zugehörigkeit zum Landesbetrieb sei zwar durch Vergleich anerkannt worden sei. Seine Stelle sei jedoch nicht im Haushaltsplan des Landesbetriebes verankert. Haushaltspläne hätten Gesetzesrang. Es stelle einen Gesetzesverstoß dar, ihn beim Landesbetrieb auf einer Stelle einzusetzen. Die Stelle könne nur mit einer Person besetzt werden, die bereits im Haushaltsplan des Landesbetriebes geführt werde.

Es habe von seinem Organisationsermessen ohne Willkür Gebrauch gemacht. Der sachliche Grund für die beschränkte Ausschreibung sei darin zu sehen, dass der Verfügungskläger aus haushaltsrechtlichen Gründen auf der ausgeschriebenen Stelle nicht entlohnt werden könne.

Mit Urteil vom 21. Februar 2019 hat das Arbeitsgericht [REDACTED] die Verfügungsklage abgewiesen.

Es hat ausgeführt:

Es bestehe kein Verfügungsanspruch, da der Bewerbungsverfahrensanspruch des Verfügungsklägers nicht verletzt worden sei.

Art. 33 Abs. 2 GG begründe kein Recht auf Einrichtung und Besetzung von Stellen. Die Zahl der im öffentlichen Dienst besetzbaren Stellen werde allein von der Organisationsgewalt der öffentlich-rechtlichen Körperschaft bestimmt. Die verfassungsrechtlich gewährleistete Organisationshoheit ermächtige den Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes, die im Haushaltsplan ausgewiesenen Stellen nach organisations- und verwaltungspolitischen Bedürfnissen zu bewirtschaften. Es liege in seinem organisatorischen Ermessen, bei einem Entschluss zur Besetzung einer Stelle zwischen Umsetzung, Versetzung und Beförderung zu wählen. Die Ermessensausübung sei nur dahingehend überprüfbar, ob für die entsprechende Organisationsgrundentscheidung ein sachlicher Grund vorliege.

Im Rahmen seiner Personal- und Organisationshoheit dürfe der öffentliche Arbeitgeber den Kreis der nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu vergleichenden Bewerber um ein öffentliches Amt aufgrund sachlicher Erwägungen einengen. Einzelne dürften nicht willkürlich ausgeschlossen werden. Als sachliche, eine Beschränkung des Bewerberkreises rechtfertigende Gründe könnten Haushaltszwänge bzw. finanzpolitische Erwägungen in Betracht kommen, wenn etwa „Überhang-Personal“ einer geregelten, dauerhaften Verwendung zugeführt werden solle. Es sei grundsätzlich auch möglich, das Bewerberfeld auf Untereinheiten, bestimmte Dienststellen einer Behörde zu beschränken. Die Organisationsgrundentscheidung sei nachzuweisen, um zu verhindern, dass die Grundlagen der Auswahlentscheidung nachträglich zu Lasten einzelner Bewerber verändert würden. Werde eine Stelle beschränkt ausgeschrieben, sei nachgewiesen, dass zuvor eine entsprechende Organisationsgrundentscheidung getroffen worden sei. Die Begründung für die Organisationsgrundentscheidung müsse zeitlich vor der beschränkten Ausschreibung dokumentiert werden, um zu verhindern, dass sie ohne Bezug auf konkrete Bewerber getroffen werde.

Die Organisationsgrundentscheidung des verfügbarsbeklagten Landes sei wirksam. Sie habe zur Folge, dass der Bewerberkreis auf solche Bewerber beschränkt sei, die in dem genannten Stellenplan geführt würden. Dazu gehöre der Verfügungskläger nicht. Der Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 2 GG sei nicht eröffnet.

Die Organisationsgrundentscheidung sei in der streitgegenständlichen Stellenausschreibung dokumentiert.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass das verfügbarsbeklagte Land die Stelle bereits im Jahre 2018 einschränkungslos ausgeschrieben habe. Es habe in dem vor dem Arbeitsgericht [REDACTED] geführten Verfahren eingewandt, dass der Landesbetrieb für die ausgeschriebene Stelle keine zusätzliche Stelle im Haushaltsplan erhalte und haushaltsrechtlich nur eine Besetzung mit einer Person erfolgen könne, die bereits im Haushaltsplan des Landesbetriebes [REDACTED] geführt werde. Da die Stellenausschreibung im Jahr 2018 eine solche Einschränkung nicht enthalten habe, habe das verfügbarsbeklagte Land nach Erlass der einstweiligen Verfügung das Ausschreibungsverfahren abbrechen dürfen.

Das Verfahren vor dem Arbeitsgericht Münster zeige im Übrigen, dass bereits vor der neuen Stellenausschreibung eine entsprechende Organisationsgrundentscheidung getroffen worden sei. Der Vortrag der Parteien weise die Gründe aus.

Die Beschränkung des Bewerberkreises sei sachlich gerechtfertigt. Es handle sich um Haushaltszwänge bei der Besetzung der streitgegenständlichen Stelle.

Es sei unerheblich, ob der bisherige Stelleninhaber aus dem Beschäftigungsverhältnis ausscheide und seine Stelle „frei“ werde. Maßgeblich sei die Entscheidung, dass haushaltsrechtlich nur eine (Nach-)Besetzung mit Beschäftigten erfolgen könne, die bereits im Haushaltsplan des Landesbetriebes stellenplanmäßig geführt würden. Sollte dies zur Folge haben, dass künftig in dem Haushaltsplan des Landesbetriebes eine Stelle weniger geführt werde, unterliege dies der Entscheidungshoheit des verfügungsbeklagten Landes. Werde dem Arbeitgeber bei Ausscheiden des Stelleninhabers dessen Stelle haushaltsrechtlich nicht zur Nachbesetzung zugewiesen, liege es in der Organisationshoheit des öffentlichen Arbeitgebers, den für die Nachbesetzung in Betracht kommenden Bewerberkreis nur auf solche Beschäftigte zu beschränken, die bereits stellenmäßig in dem maßgeblichen Haushaltsplan geführt würden.

Die von dem verfügungsbeklagten Land getroffene Organisationsgrundentscheidung sei nicht willkürlich.

Die Stelle des Verfügungsklägers werde bei der Bezirksregierung Detmold geführt. Ob die Stellenführung haushaltsrechtlich zutreffend sei, habe das Gericht nicht zu prüfen. Allein aus dem Vergleich in dem Rechtsstreit 3 Ca 1436/18 ergebe sich kein Anspruch des Verfügungsklägers, nunmehr als im Haushaltsplan des Landesbetriebes geführt betrachtet zu werden. Das verfügungsbeklagte Land sei gehindert, sich über haushaltsrechtliche Vorgaben hinwegzusetzen, selbst wenn es diese aus arbeitsrechtlicher Sicht für unzutreffend halten sollte. Es sei auch nicht gehalten gewesen, zunächst von einer Stellenbesetzung abzusehen und zu versuchen, die Stelle des Verfügungsklägers in den Stellenplan des Landesbetriebes zu integrieren. Es dürfe die bestehenden Haushaltspläne als gegeben hinnehmen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Urteils wird auf Bl. 91 – 101 d. A. Bezug genommen.

Gegen das ihm am 5. März 2019 zugestellte Urteil hat der Verfügungskläger am 3. April 2019 bei dem Landesarbeitsgericht eingehend Berufung eingelegt und diese gleichzeitig begründet.

Er rügt das erstinstanzliche Urteil als fehlerhaft und führt aus:

Entgegen der Auffassung des erstinstanzlichen Gerichtes sei es unerheblich, wo die von ihm geführte Stelle haushaltsrechtlich geführt werde.

Sei die Stelle durch Ausscheiden des Vorgängers frei geworden, stünden haushaltsrechtliche Gründe einer Neubesetzung nicht entgegen. Die Annahme des Arbeitsgerichts, bei Ausscheiden des Stelleninhabers werde dessen Stelle zur Nachbesetzung haushaltsrechtlich nicht mehr zugewiesen, sei nicht nachvollziehbar. Das habe das verfügungsbeklagte Land auch nicht behauptet. Es habe sich auf den Vortrag beschränkt, es werde keine zusätzliche Stelle geschaffen. Es habe dagegen nicht vorgebracht, nach Ausscheiden des Stelleninhabers sei der Stellenplan um eine Stelle gekürzt worden. Der Stellenplan des Landesbetriebes sei nicht vorgelegt worden. Nur wenn sich daraus ergebe, dass eine Stelle mit einem Kw-Vermerk versehen sei, komme überhaupt erst die Überlegung des Arbeitsgerichts zum Tragen.

Das verfügungsbeklagte Land vermische in seiner Argumentation die haushaltsrechtliche Planstelle mit der konkreten arbeitsrechtlichen Zuweisung eines Arbeitsplatzes. Die in einem Haushalt ausgewiesenen Planstellen seien nicht personengebunden festgelegt. Durch Ausscheiden des Stelleninhabers gerieten die Stellen nicht haushaltsrechtlich in Wegfall. Es bedürfe gerade nicht einer neuen Planstelle.

Er sei auch nicht als externer Bewerber anzusehen. Er habe seinen Arbeitsvertrag mit der Vorgängerbehörde des Landesbetriebes abgeschlossen. Er sei Beschäftigter des Landesbetriebes.

Im Übrigen werde weiter bestritten, dass seine Stelle im Stellenplan der Bezirksregierung Detmold geführt werde.

Es sei für ihn auch nicht erkennbar, welche vertraglichen Vereinbarungen innerhalb der zuständigen Behörden getroffen worden seien. Es sei naheliegend, dass eine Personalgestellung vorliege. Jedenfalls sei er arbeitsrechtlich dem Landesbetrieb [REDACTED] zugeordnet.

Selbst wenn die Bezirksregierung Detmold seine Stelle führe, beruhe die fehlerhafte Zuordnung auf fehlerhaftem Verwaltungshandeln des verfügungsbeklagten Landes anlässlich der Umstrukturierung der Forstwirtschaft. Es sei deshalb treuwidrig, wenn es die Stelle erneut „maßgeschneidert“ so ausschreibe, dass er ausgeschlossen werde.

Der Verfügungskläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Paderborn vom 21. Februar 2019, Aktenzeichen 2 Ga 2/19, abzuändern und dem verfügungsbeklagten Land im Wege der einstweiligen Verfügung aufzugeben, die intern ausgeschriebene Stelle als „ausbildende Forstwirtschaftsmeisterin/ausbildender Forstwirtschaftsmeister beim Regionalforstamt Hochstift im Forstbezirk Gellinghausen“ vorläufig nicht zu besetzen, bis über seine Bewerbung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden ist, spätestens bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsacheklage.

Das verfügungsbeklagte Land beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Es verteidigt das erstinstanzliche Urteil und führt aus:

Bei der Bildung des Landesbetriebes seien die Beschäftigten im Sondervermögen gar nicht „auf dem Schirm“ gewesen.

Die ausgeschriebene Stelle sei zwar durch den Abgang des Stelleninhabers funktional frei geworden, jedoch nicht haushaltsrechtlich. Im Rahmen eines Forstwirtekon-

zeptes sei die haushaltsrechtliche Stelle verlagert worden. Es sei im Stellenplan des Landesbetriebes eine Stelle abgeschmolzen worden. Gespräche mit der Bezirksregierung Detmold hätten ergeben, dass die von ihr geführte Stelle des Verfügungsklägers aus dem Sondervermögen refinanziert werde.

Es habe zutreffend von seinem Organisationsermessen Gebrauch gemacht und keine Entscheidung ausschließlich bezogen auf die Person des Verfügungsklägers getroffen. Es habe von Anfang an die Absicht bestanden, den Bewerberkreis auf Beschäftigte zu beschränken, die bereits im Haushaltsplan des Landesbetriebes geführt würden. Die wesentlichen Gründe lägen natürlich auf der einen Seite in den geltenden haushaltsrechtlichen Vorgaben, auf der anderen Seite jedoch auch darin, dass im Zuge einer gesunden Personalentwicklung im Betrieb bereits aus dem eingeschränkten Bewerberkreis eine ausreichende Zahl qualifizierter Bewerbungen erreicht werden könne.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsprotokolle Bezug genommen.

Das Landesarbeitsgericht hat die Akten des Arbeitsgerichts Münster – 3 Ga 38/18 – und des Arbeitsgerichts Paderborn – 3 Ca 1436/18 – beigezogen und zum Gegenstand der mündliche Verhandlung gemacht.

Entscheidungsgründe

A.

Die gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1, 64 Abs. 2b, 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO an sich statthafte und form- sowie fristgerecht eingelegte Berufung des Verfügungsklägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Paderborn vom 21. Februar 2019 ist begründet. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig und begründet.

I. Dem Verfügungskläger steht ein Anspruch iSd. §§ 935, 940 ZPO auf Unterlassen der Besetzung der ausgeschriebenen Stelle als ausbildender Forstwirtschaftsmeister bis spätestens zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache zu.

Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Jede Bewerbung muss nach den genannten Kriterien beurteilt werden. Öffentliche Ämter in diesem Sinne sind nicht nur Beamtenstellen, sondern auch solche Stellen, die von Arbeitnehmern besetzt werden können (*BAG 28. Mai 2002 – 9 AZR 751/00 – Rn. 23, BAGE 101, 153*). Der Anspruch eines Bewerbers nach Art. 33 Abs. 2 GG setzt voraus, dass es ein öffentliches Amt gibt, das noch nicht besetzt ist. Ist eine mit dem Amt verbundene Stelle rechtlich verbindlich anderweitig vergeben, kann das Amt nicht mehr besetzt werden. Dann ist der subjektive Anspruch des Bewerbers aus Art. 33 Abs. 2 GG erschöpft (*BAG 28. Mai 2002 aaO. Rn. 26*).

Der endgültigen Stellenbesetzung kann durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung entgegengewirkt werden. Ein Verfügungsanspruch besteht dann, wenn nach dem unstreitigen Sachverhalt, der glaubhaft gemacht ist, eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die getroffene Auswahlentscheidung ermessensfehlerfrei zu wiederholen ist, und die Aussichten des Bewerbers, beim zweiten Mal ausgewählt zu werden, offen sind, d.h. seine Auswahl möglich erscheint (*BVerfG 24. September 2002 – 2 BvR 857/02 – Rn. 13 ff, juris*). Wie ausgeführt, darf die Stelle jedoch nicht endgültig besetzt sein. Gegenstand des einstweiligen Verfügungsverfahrens ist allein der Anspruch des abgelehnten Bewerbers auf vorläufige Sicherung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs (*LAG Berlin-Brandenburg 28. Juni 2012 – 25 SaGa 863/12 – Rn. 38, juris; LAG Hamm 1. Juni 2001 – 5 Sa 778/01 – Rn. 46, 47, juris*).

1. Die streitgegenständliche Stelle ist noch nicht endgültig besetzt.
2. Der Verfügungskläger erfüllt unstreitig das in der Stellenausschreibung aufgestellte fachliche und persönliche Anforderungsprofil. Er ist bereits zum Forstwirtschaftsmeister bestellt. Der TV-L Forst ist unstreitig anwendbar.

3. Er erfüllt jedoch nicht die Anforderung, dass seine Stelle im Stellenplan des Landesbetriebes [REDACTED] geführt wird.

a. Zwischen den Parteien besteht nach dem Vergleich vom 15. Januar 2019 in dem vor dem Arbeitsgericht Paderborn geführten Rechtsstreit 3 Ca 1436/18 kein Streit darüber, dass der Verfügungskläger Arbeitnehmer des verfügbaren Landes und dem Landesbetrieb [REDACTED] zugeordnet ist.

Er bringt seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung jedoch nicht in einem der Regionalbezirke des Landesbetriebs, sondern im Bereich des Sondervermögens des verfügbaren Landes Haus Büren`scher Fonds. Nach Vortrag des verfügbaren Landes und den in dem vor dem Arbeitsgericht Münster geführten Verfahren 3 Ga 38/18 vorgelegten Unterlagen wird die von dem Verfügungskläger besetzte Stelle im Wirtschaftsplan des Haus Büren`scher Fonds geführt, der Anlage 2 zum Einzelplan 20 des bei der Bezirksregierung Detmold aufgestellten Haushaltsplanes ist.

Dem Vorbringen ist jedoch nicht zu entnehmen, auf welcher Rechtsgrundlage der Verfügungskläger dem Sondervermögen zugewiesen ist. Das verfügbare Land hat eingeräumt, dass er bei der Bildung des Landesbetriebes als Beschäftigter in dem Sondervermögen „nicht auf dem Schirm“ gewesen ist. Entsprechend ist er auch nicht in dem Haushalts- und Stellenplan des Landesbetriebes berücksichtigt worden.

In Betracht kommt, dass er gemäß §§ 2 TV-L Forst, 4 Abs. 1 TV-L von dem verfügbaren Land zu dem Sondervermögen abgeordnet wurde. Die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 TV-L für die Zuweisung an einen Dritten liegen schon deshalb nicht vor, weil das Sondervermögen keine eigene Rechtspersönlichkeit hat und der TV-L Forst weiterhin auf das klägerische Arbeitsverhältnis anwendbar ist. Allerdings fehlt es bezüglich einer Abordnung an ausreichendem Sachvortrag des verfügbaren Landes.

Ob eine gegebenenfalls vorgenommene Abordnung einen sachlichen Grund für die Beschränkung des Bewerberkreises darstellen könnte, hatte die Kammer nicht zu entscheiden, weil das Anforderungsprofil darauf nicht abstellt.

b. Die von dem verfügbaren Land in der Stellenausschreibung aufgestellte Voraussetzung, dass die Bewerber in dem Stellenplan des Landesbetriebs geführt werden müssen, hält den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG nicht stand. Damit sind die Aussichten des Verfügungsklägers offen, in einem erneuten Auswahlverfahren ausgewählt zu werden.

Grundsätzlich steht es dem Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes im Rahmen seiner Organisationsgewalt frei, für zu besetzende Stellen ein Anforderungsprofil aufzustellen, dessen Erfüllung Voraussetzung für die Teilnahme am Bewerbungsverfahren ist (*BAG 10. Februar 2015 – 9 AZR 554/13 – Rn. 14, juris; 6. Mai 2014 – 9 AZR 724/12 – Rn. 10, BAGE 148, 123*). Durch die Bestimmung des Anforderungsprofils für eine Stelle legt der öffentliche Arbeitgeber die Kriterien für die Auswahl der Bewerber im Voraus fest. Das Anforderungsprofil stellt damit die Verbindung zwischen dem von dem öffentlichen Arbeitgeber zu bestimmenden Charakter der Stelle und den von den Bewerbern zu erfüllenden Voraussetzungen her (*BAG 10. Februar 2015 aaO. Rn. 15*).

Mit dem Anforderungsprofil wird die Zusammensetzung des Bewerberfeldes gesteuert und eingeschränkt. Fehler im Anforderungsprofil führen grundsätzlich zur Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens, weil die Auswahlerwägungen dann auf sachfremden, nicht am Leistungsgrundsatz orientierten Gesichtspunkten beruhen (*BAG 10. Februar 2015 aaO. Rn. 15; 6. Mai 2014 aaO. Rn. 13*).

Die Grenzen der Gestaltungsfreiheit des öffentlichen Arbeitgebers bei der Festlegung des Anforderungsprofils und der Eignungsmerkmale ergeben sich daraus, dass das Prinzip der Bestenauslese für die zu besetzende Stelle gewährleistet werden soll. Die Festlegung des Anforderungsprofils muss deshalb im Hinblick auf die Anforderungen der zu besetzenden Stelle sachlich nachvollziehbar sein, dh., es dürfen keine sachfremden Erwägungen zugrunde liegen. Insoweit unterliegt das Anforderungspro-

fil einer gerichtlichen Kontrolle (*BAG 10. Februar 2015 aaO. Rn. 16; 6. Mai 2014 aaO. Rn. 14*).

Die Beschränkung des Bewerberkreises auf Beschäftigte, die dem verfügungsbe-
klagten Land, mithin dem Landesbetrieb [REDACTED] nicht nur arbeitsver-
traglich verbunden sind, sondern auch im Stellenplan des Landesbetrieb geführt
werden, ist nicht sachlich gerechtfertigt. Die der Ausschreibung zugrunde liegende
Organisationsentscheidung erscheint vorbehaltlich weiteren Vortrags im Haupt-
sacheverfahren sachfremd.

Grundsätzlich obliegt es zwar – wie das Arbeitsgericht zu Recht ausgeführt hat – al-
lein dem Haushaltsgesetzgeber, darüber zu bestimmen, wieviele Planstellen im öf-
fentlichen Dienst geschaffen werden. Die Verwaltung als vollziehende Gewalt hat
dann zu entscheiden, ob und wie die Stelle besetzt wird (*BAG 28. Mai 2002 – 9 AZR
751/00 – Rn. 26, BAGE 101, 153*).

Hier hat die Verwaltung als vollziehende Gewalt vor Einleitung des Ausschreibungs-
verfahrens entschieden, die funktional frei gewordene Stelle zu besetzen. Das frei
gewordene Amt soll also fortgeführt werden. Die bisher der Stellenbesetzung zu-
grunde liegende Organisationsentscheidung, diese auch haushaltsrechtlich zur Ver-
fügung zu stellen, ist dagegen zugunsten einer Stellenplanreduzierung aufgegeben
worden. Der Stellenplan des Landesbetriebes ist um eine Stelle gekürzt worden mit
der Folge, dass haushaltsrechtlich die Stellenbesetzung erfordert, dass der erfolgrei-
che Bewerber quasi eine Stelle „mitbringt“.

Zwar ist es – wie das Arbeitsgericht ausgeführt hat – zulässig, das Bewerberfeld
auch auf Untereinheiten/bestimmte Dienststellen einer Behörde zu beschränken und
sodann lediglich einen internen Leistungsvergleich durchzuführen. Übt der öffentliche
Arbeitgeber sein Organisationsermessen fehlerfrei aus, ist das auf der Grundlage der
Organisationsentscheidung erstellte Anforderungsprofil fehlerfrei, haben die betref-
fenden Interessenten keinen Anspruch auf eine Auswahl nach Eignung, Befähigung
und fachlicher Leistung. Der Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG ist nicht er-
öffnet (*OVG Lüneburg 3. Dezember 2018 – 5 Me 141/18 – Rn. 24, juris*). Auch
Haushaltszwänge bzw. finanzpolitische Erwägungen können eine bestimmte Organi-

sationsentscheidung sachlich rechtfertigen, etwa wenn Überhangpersonal einer geregelten, dauerhaften Verwendung zugeführt werden soll (*OVG Lüneburg* 3. Dezember 2018 aaO. Rn. 24 mwN.).

Der Stellenplan an sich ist jedoch noch keine rechtfertigende finanzpolitische Erwägung. Die Gründe für die Verlagerung einer Stelle sind von dem verfügungsbeklagten Land nicht weiter ausgeführt worden. Es hat die Grundentscheidung getroffen, trotz einer Stellenkürzung die funktional frei werdende Stelle erneut zu besetzen.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass haushaltsrechtliche Gründe grundsätzlich nicht geeignet sind, Rechtsansprüche zu beseitigen. Dem steht der Grundsatz entgegen, dass der Haushaltsplan weder Rechte begründet noch Rechte nimmt, §§ 3 Abs. 2 HGrG, 3 Abs. 2 LHO [REDACTED]. Hier hat es das verfügungsbeklagte Land bei Einsatz des Verfügungsklägers im Sondervermögen und bei Bildung des Landesbetriebes Wald und Holz NRW verabsäumt, eine haushaltsrechtliche Klärung seiner Stellenplanführung herbeizuführen. Er war nicht „auf dem Schirm“. Wie bereits ausgeführt, ist er Arbeitnehmer des verfügungsbeklagten Landes und als solcher grundsätzlich dem Landesbetrieb zugeordnet mit der Folge, dass für ihn grundsätzlich eine Planstelle hätte bereitgestellt werden müssen. Etwas anderes mag gelten, wenn er tatsächlich abgeordnet wurde. Auch individualrechtlich hätte es einer Klärung seines Einsatzes beim Sondervermögen bedurft. Insofern ist es keine Frage des Stellenplanes, ob der Verfügungskläger als Beschäftigter im Landesbetrieb zu dem Bewerbungsverfahren zuzulassen war, sondern eine Frage seiner Zuordnung. Damit wäre ggf. die hier nicht zu beantwortende Frage verbunden, ob abgeordnete Beschäftigte von einem intern ausgestalteten Besetzungsverfahren ausgeschlossen werden dürfen. Wie das Arbeitsgericht Münster festgestellt hat, ist er gegenwärtig interner Bewerber und als solcher, unabhängig von der Stellenführung, zu behandeln.

II. Es besteht auch ein Verfügungsgrund. Der Bewerbungsverfahrensanspruch des Verfügungsklägers bedarf der Sicherung durch eine gerichtliche Eilentscheidung, weil ihm mit einer Besetzung der streitbefangenen Stelle primärer Rechtsschutz in der Hauptsache wegen deren Erledigung versagt ist. Mit der endgültigen Stellenbesetzung kann von dem übergangenen Bewerber keine neue Auswahlentscheidung

wegen Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Entscheidung verlangt werden, da sein Bewerbungsverfahrensanspruch erschöpft ist (*BAG 28. Mai 2002 aaO. Rn. 29 ff.*).

Daher erfordert das Verfassungsgebot des wirksamen Rechtsschutzes, dass einem aus dem Bewerberkreis ausgeschlossenen Bewerber vor der Stellenbesetzung die Möglichkeit gewährt wird, vorläufigen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.

B.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

Gemäß § 72 Abs. 4 ArbGG ist die Revision gegen Urteile nicht zulässig, durch die über Anordnung, Abänderung oder Aufhebung einer einstweiligen Verfügung entschieden wird.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.

Held-Wesendahl

Dehn

Schröder

/wey.

Beglaubigt.

Hamm, den 04.07.2019

Weyland, Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

