

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Erster Teil: Einleitung	21
Zweiter Teil: Die Bindung des Arbeitgebers an Verfahrensregeln und Auswahlkriterien eines systematischen Beförderungsverfahrens	27
A Grundlagen systematischer Beförderungsverfahren	27
I. Ziel und Zweck systematischer Beförderungsverfahren	27
II. Personalwirtschaftliche Methoden zur Erreichung dieser Ziele	28
III. Wirkung systematischer Beförderungsverfahren	30
B Bindung des Arbeitgebers bis hin zu einem Beförderungsanspruch	30
I. Grundsatz: Auswahlfreiheit des Arbeitgebers hinsichtlich der Beförderungskandidaten	30
1. Privatautonomie im Arbeitsrecht	31
a) Abschlussfreiheit	31
b) Auswahlfreiheit	32
2. Privatautonomie und Beförderungsanspruch	33
3. Ergebnis	33
II. Beförderungsanspruch durch Bindung des Arbeitgebers an Vorgaben eines Beförderungsverfahrens	34
1. Selbstbindung des Arbeitgebers durch Beförderungszusage	34
a) Fallgruppen unterschiedlicher Beförderungsverfahren	34
b) Willenserklärung und Privatautonomie	35
c) Unverbindliche Absichtserklärung oder verbindliche Zusage	37
aa) Auslegungsgrundsätze	37
bb) Auslegungsmaßstab	40
(1) Keine privatautonome Selbstbestimmung bei Vertreterhandeln	40
(2) Fremdnütziges Vertreterhandeln	41
(3) Zwischenergebnis	42
cc) Auslegung des Erklärungsverhaltens	43
(1) Rechtsbindungswille	43
α) Äußeres Erscheinungsbild des Erklärungsverhaltens als Auslegungsgegenstand	43
β) Steigerung der Mitarbeiterbindung als Anzeichen für einen grundsätzlichen Bindungswillen	44

χ)	Vermeidung möglicher Organhaftung als Indiz für eine verbindliche Zusage	47
δ)	Beteiligung des Betriebsrates als Anzeichen für eine verbindliche Zusage	49
ε)	Vorbehalte als Gegenanzeichen für eine Bindung	52
(2)	Subjektiver Tatbestand der Erklärung	53
α)	Mitarbeiterbindung und optimale Stellenbesetzung als Anzeichen für ein wirtschaftliches Interesse des Arbeitgebers an einem verbindlichen Beförderungsverfahren	53
β)	Erklärungsgehalt bei verwendetem Vorbehalt	59
χ)	Erklärungsbedeutung bei Beteiligung des Betriebsrates	60
δ)	Gewollte Vermeidung einer Organhaftung	61
(3)	Zwischenergebnis	62
dd)	Zusage trotz fehlenden Erklärungsbewusstseins?	62
(1)	Subjektive Sichtweise	63
(2)	Objektivierende Sichtweise als systemkonforme Erklärung	63
(3)	Zurechnung als zusätzliches Wirksamkeitskriterium	64
(4)	Zwischenergebnis	64
d)	Reichweite einer Zusage	65
aa)	Formelle und materielle Vorgaben zu Beurteilung und Auswahl	65
bb)	Beförderungsanspruch bei Verfahren der dritten Fallgruppe?	66
(1)	Voraussetzungen für einen Beförderungsanspruch	66
(2)	Keine grundsätzlichen Einwände gegen einen Beförderungsanspruch aufgrund der Privatautonomie	67
cc)	Zwischenergebnis	68
e)	Durchbrechung der Bindung mittels Freiwilligkeitsvorbehalt	68
f)	Ergebnis	72
2.	Bindung des Arbeitgebers aufgrund betrieblicher Übung	72
a)	Wie kommt es zu einer Bindung des Arbeitgebers für die Zukunft?	73
aa)	Normative Ansätze	73
bb)	Vertrauenshaftung als Grundlage der betrieblichen Übung	74
cc)	Rechtsgeschäftliche Begründung der betrieblichen Übung	74

dd)	Rechtsgeschäftliche Zusage als überzeugendere Erklärung der Bindung durch Betriebsübung	75
(1)	Normative Ansätze	75
(2)	Rechtsgeschäftlicher Ansatz als überzeugenderer, schuldrechtlicher Ansatz	76
(3)	Zwischenergebnis	77
b)	Betriebliche Übung im Fall systematischer Beförderungsverfahren	77
aa)	Betriebsübung bei organisatorischen Maßnahmen	77
bb)	Betriebliche Übung bei systematischen Beförderungsverfahren	79
c)	Entstehung einer betrieblichen Übung bei systematischen Beförderungsverfahren	82
d)	Umfang der Bindung durch betriebliche Übung bei systematischen Beförderungsverfahren	86
aa)	Reichweite der Zusage und deren Folgen für die betriebliche Übung	86
bb)	Beförderungsanspruch durch betriebliche Übung?	87
cc)	Zwischenergebnis	87
e)	Beseitigung der Bindung durch Anfechtung der betrieblichen Übung	87
aa)	Anfechtungsrecht bei ungewollter Betriebsübung	88
bb)	Rechtzeitige Anfechtungserklärung	89
f)	Ergebnis	90
3.	Bindung durch den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz	90
a)	Privatautonomie, Gleichbehandlung und Gleichstellung	91
b)	Gleichbehandlungspflicht durch systematische Beförderungsverfahren?	92
aa)	Begründung der Gleichbehandlungspflicht des Arbeitgebers	93
bb)	Keine überzeugende Begründung der Gleichbehandlungspflicht	95
cc)	Ermessensbindung als Grund der Gleichbehandlungspflicht	97
dd)	Zwischenergebnis	100
c)	Gleichbehandlungspflicht bei der Anwendung systematischer Beförderungsverfahren	100
aa)	Reichweite der Gleichbehandlungspflicht	100
(1)	Gleichbehandlungspflicht und Beförderungsanspruch	100
(2)	Gleichbehandlungspflicht gegenüber in- und externen Bewerbern?	102

bb)	Gleichbehandlungspflicht bei der Anwendung abstrakter Auswahlkriterien	105
cc)	Sachgründe für die Ungleichbehandlung als Grenze der Gleichbehandlungspflicht	109
d)	Rechtsfolge von Verstößen gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz	111
e)	Ergebnis	114
III.	Endergebnis	114
C	Möglichkeiten, die Bindung zu durchbrechen	115
I.	Beurteilungsfehler, Beurteilungsspielraum und gerichtliche Kontrolle	115
1.	Beurteilungsfehler bei Personalentscheidungen	115
2.	Beurteilungen und Beurteilungsspielraum	117
a)	Beurteilung im Rahmen systematischer Beförderungsverfahren	117
b)	Eingeschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit der Beurteilung bzw. Bewertung	117
aa)	Wie entstehen Beurteilungsspielräume?	117
bb)	Grundsatz: Rechtsschutz auch bei Auslegung mehrdeutiger Begriffe oder bei Beurteilungen	118
cc)	Wann ist eine Ausnahme geboten?	121
(1)	Wie macht es das Verwaltungsrecht, bei dem Art. 19 Abs. 4 GG gilt?	121
(2)	Kennt auch das Zivilrecht kontrollfreie Beurteilungsspielräume?	122
dd)	Umfang der gerichtlichen Kontrolle bei Beurteilungsspielräumen	126
ee)	Zwischenergebnis	131
c)	Verfahrensverstöße auch bei von Anfang an vorhandenen Verfahrensfehlern?	131
3.	Ergebnis	133
II.	Folgen einer verfahrenswidrigen Beförderung eines Konkurrenten	133
1.	Verfahrenswidrige Beförderungen im Recht des öffentlichen Dienstes	133
2.	Welchen Schutz bietet das private Arbeitsrecht?	134
a)	Verfahrenswidrige Beförderungen als Fall von Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 2 BGB	134
aa)	Vollzogene Beförderungen im Rahmen des § 275 BGB	134
bb)	Unternehmerfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und Privatautonomie als Maßstab der Zumutbarkeit in § 275 Abs. 2 BGB	135

cc) Einfach gesetzliche Wertungen gegen eine Verpflichtung des Arbeitgeber zu einer zweiten Beförderung	136
(1) Wertungen des KSchG	136
(2) Wertungen aus dem besonderen Gleichbehandlungsrecht des SGB IX	137
(3) Keine andere Wertung aufgrund des Wiedereinstellungsanspruchs	137
(4) Wertung des allgemeinen Schuldrechts: Schadensersatz statt der Leistung	138
(5) Zwischenergebnis	139
b) Ämterpatronage und treuwidriges Vereiteln der Beförderung als Ausnahme zu § 275 Abs. 2 BGB?	139
aa) Treuwidriges Vereiteln	140
(1) Grundlagen des Vereitelungsverbots	140
(2) Vereiteln von Beförderungschancen als Schädigung des Bewerbers	142
α) Gewinnchancen als Vermögensgegenstände im schadensrechtlichen Sinn	142
β) Keine treuwidrig vereitelte Beförderungschance wegen der Wertung des § 252 BGB?	144
χ) Zwischenergebnis	145
(3) Keine Unzumutbarkeit bei bewussten Verstößen des Arbeitgebers gegen eine Sicherungsverfügung?	145
(4) Keine Unzumutbarkeit bei unterlassener Auskunft über die Auswahlentscheidung?	147
(5) Zwischenergebnis	148
bb) Ämterpatronage als Fall von Kollusion	148
(1) Grundsatz: Kein Durchgriff auf das Arbeitsverhältnis des Konkurrenten	148
(2) Kollusives Handeln durch Vertreter	149
(3) Wirtschaftlicher Schaden des Arbeitgebers durch Ämterpatronage	151
(4) Folgen eines Missbrauchs der Vertretungsmacht für den Konkurrenten	156
(5) Zwischenergebnis	157
cc) Zwischenergebnis	158
c) Freikündigungsanspruch	158
3. Ergebnis	160
III. Abbruch des Beförderungsverfahrens	160
1. Grundsatz: Abbruchfreiheit	160

2.	Ausnahme: eingeschränkte Abbruchfreiheit	
	bei Ausschreibungen	160
a)	Pflichtenmaßstab aus § 661 BGB als Erklärung	161
aa)	Vergleichbarkeit von Beförderungsverfahren und Ausschreibungen	161
bb)	Eingeschränkte Abbruchfreiheit	162
cc)	Rechtsgedanke des § 661 Abs. 2 BGB und Abbruchfreiheit	163
b)	Sachgrund als weitere Einschränkung der Abbruchfreiheit	164
3.	Ergebnis	164
IV.	Endergebnis	164
D	Gesamtergebnis	165
	 Dritter Teil: Sicherung des Beförderungsanspruchs	 166
A	Dogmatische Begründung rechtlicher Sicherungsmöglichkeiten	166
I.	Lage im öffentlichen Dienst	166
1.	Verfassungsrechtliche Verankerung des Bewerbungsverfahrensanspruchs	166
2.	Ausschreibungspflicht und Anforderungsprofile	167
3.	Akteneinsicht bei Beförderungsverfahren	168
4.	Verfahrens- und Beurteilungsfehler	169
5.	Ergebnis	169
II.	Bietet das private Arbeitsrecht auch solchen Schutz?	169
1.	Allgemeine Schutz- und Rücksichtnahmepflichten als Sicherungsinstrumente?	170
2.	Anforderungsprofile aufgrund bestehender Gleichbehandlungspflicht?	171
a)	Anforderungsprofile als Instrument optimaler Stellenbesetzung	171
b)	Gleichbehandlungspflicht als Rechtsgrundlage für Anforderungsprofile	171
c)	Zwischenergebnis	172
3.	Leistungstreuepflicht	172
4.	Treuepflicht als Sicherungsinstrument?	173
a)	Eingriffe in das Beförderungsverfahren	173
b)	Verpflichtung, das Beförderungsverfahren regelkonform zu vollziehen	173
c)	Zwischenergebnis	173
5.	Umfang der Auskunftspflicht	174
a)	Auskunftspflicht zugunsten der Bewerber?	174
b)	Auskunft durch Einblick in Verfahrensunterlagen	175

	c) Heißt Auskunftspflicht auch Ausschreibungspflicht?	180
	d) Umfasst die Auskunftspflicht Anforderungsprofile?	182
	6. Ergebnis	183
	III. Endergebnis	184
B	Rechtsfolge von Eingriffen in den Beförderungsanspruch	184
	I. Rechtsfolge im Beamten- und im Arbeitsrecht des öffentlichen Dienstes	184
	II. Rechtsfolgen im Arbeitsrecht	185
	1. Neuauswahl	185
	2. Anspruch auf Wiederherstellung auch im privaten Arbeitsrecht?	186
	3. Voller Schadensersatz bei relativer Besteignung?	186
	4. Bewerbungskosten	187
	5. Anteilige Entschädigung bei relativer Besteignung?	188
	6. Zwischenergebnis	188
	III. Höhe des Schadensersatzes	189
	1. Totalreparation	189
	2. Kein Endlosschaden im Arbeitsrecht?	189
	a) Begrenzungsansätze zu § 15 Abs. 1 AGG	190
	aa) Gehaltsdifferenz bis zur ersten Kündigungsmöglichkeit	190
	bb) Nur Ersatz des sog. Verführungsschadens?	190
	b) Übliche Fluktuation als begrenzender Faktor des Schadens	192
	c) Ungeeignete Erklärungsansätze	193
	aa) Lösungsansätze zu § 15 Abs. 1 AGG	193
	bb) Übliche Fluktuation	194
	cc) Wertungswidersprüche durch Endlosschaden bei Beförderungsverfahren	194
	d) §§ 9, 10 KSchG als passende Begründung	195
	e) Zwischenergebnis	196
	3. Konkrete Höhe des Schadens	196
	a) Absolute Höchstgrenze des Verdienstschadens	196
	b) Konkrete Schadenshöhe und Schadensminderungspflicht	197
	aa) Arbeitgeberwechsel als zumutbare Maßnahme	197
	bb) Bestimmung der Zumutbarkeitskriterien durch § 287 Abs. 1 ZPO	198
	cc) Konkreter Schaden	199
	IV. Ergebnis	200
C	Prozessuale Durchsetzung von Rechten aus systematischen Beförderungsverfahren	201
	I. Einstweiliger Rechtsschutz als Sicherungsinstrument	201
	1. Wirkung der Sicherungsverfügung	201

2.	Vollzug der Sicherungsverfügung	202
a)	Notwendige Zustellung der Eilentscheidung durch den Bewerber?	203
b)	Verpflichtungsverbot aus §§ 135, 136 BGB durch Sicherungsverfügung?	205
3.	Zwischenergebnis	206
II.	Umfang der Darlegungs- und Beweislast des Arbeitnehmers	206
1.	Darlegungserleichterungen im Beförderungsprozess	206
a)	Sekundäre Behauptungslast des Arbeitgebers	207
b)	Auskunftsanspruch im Beförderungsprozess	208
2.	Anhaltspunkte für einen Verfügungsanspruch im Beförderungsprozess	209
a)	Geringeres Beweismaß durch § 294 ZPO	209
b)	Anzeichen für eine rechtsgeschäftliche Zusage	210
c)	Anzeichen für eine Bindung durch betriebliche Übung	210
d)	Anzeichen für eine Bindung durch den Gleichbehandlungsgrundsatz	211
3.	Vortrag zum Verfügungsgrund	212
4.	Vortrag zum Schadensersatzanspruch	213
5.	Zwischenergebnis	214
III.	„Räumungsantrag“	215
1.	Ämterpatronage als Räumungsgrund	215
2.	Missbrauch der Vertretungsmacht	216
3.	Zwischenergebnis	217
IV.	§ 101 BetrVG als wirksames Sicherungsinstrument?	218
V.	Ergebnis	218
D	Gesamtergebnis	219
	 Vierter Teil: Zusammenfassung	 220
	 Literaturverzeichnis	 223