



ARBEITSRECHT

2. Oktober 2020

Reuters Welt: Ketten, die auch der große Houdini herausfordernd fände

Sollte es Schule machen, dass Arbeitgeber in Einstellungsverfahren eine „Bestenauslese“ – wie im öffentlichen Dienst – vornehmen müssen, droht den Betroffenen Ungemach. Denn es könnte sie eine „Konkurrentenschutzklage“ des abgelehnten Bewerbers ereilen. Das klingt zwar befremdlich, meint Rechtsanwalt Reuter in Folge 13. Doch so sei sie nun mal: Seine und auch Ihre Welt.

Ich bin ein Freund des öffentlichen Dienstes.

Es ist gut, dass er überhaupt da ist – wie es geht, wenn er wahlweise nicht existent (Großbritannien) oder dysfunktional (Spanien, Italien) ist, hat die Pandemie belegt.

Deshalb schmerzen mich die Ketten, die wir diesem Sektor auferlegen, besonders. Selbst der große Houdini (1874-1926), legendärer Entfesselungskünstler, bekäme Sorgenfalten.

Für das Wochenende eignet sich der Blick auf die "Bestenauslese" als Beispiel besonders:

Es soll eingestellt werden – z.B. ein GKP, eine Ärztin, eine Verwaltungsmitarbeiterin.

Privatwirtschaft: Bewerbungsverfahren, Bewerberauswahl, Willkommen. Bei mehreren Bewerbern erhalten die Erfolglosen ein Absageschreiben.

Öffentlicher Dienst: Genauso. Aber danach kommt noch der Antrag eines Abgelehnten vor dem Arbeitsgericht im "Konkurrentenschutzverfahren". Das Arbeitsgericht möge die Stellenbesetzung untersagen. Der Kläger sei "der Beste" gewesen. Zeitbedarf: Irgendwas

zwischen einem und eineinhalb Jahren, bei Ausschöpfen aller Möglichkeiten. Der eigentlich erfolgreiche Bewerber zieht dann schon mal weiter.

Wie bitte?

Nun, im öffentlichen Dienst gilt Artikel 33 des Grundgesetzes.

Da steht, alle Deutschen hätten den gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern. Sie denken dabei z.B. an das Bürgermeisteramt von Butzelberg. Gemeint ist aber seit jeher jede Stelle im öffentlichen Dienst; nicht nur für Beamte, sondern auch für Arbeitnehmer. Also z.B. auch jede GKP. Die erfolglose Bewerberin kann nach Artikel 33 GG verlangen, dass ihr nachgewiesen wird, warum die erfolgreiche Bewerbung besser sein soll. Das heißt "Bestenauslese", ein, wie ich meine, entsetzliches Wort.

Das ist ein echter Konflikt, wenn man als Arbeitgeber gerade in Einstell-Laune ist (also dringend Personal braucht). Vor allem, weil es bei der "Auslese" nur um objektive, weil gerichtlich nachprüfbare Qualifikationen geht, also Zeugnisse und schriftliche Beurteilungen. Dass Sie im Bewerbungsgespräch eine bestimmte Person am besten fanden, ist nicht objektiv, sondern nur Ihre Meinung. Ein Käfig voller Narren?

Einige mögen sich zurücklehnen und "Ätsch" sagen, weil sie nicht im öffentlichen Dienst Verantwortung tragen.

Nicht so schnell.

Denn – was ist der "öffentliche Dienst"? Dazu gibt es einen gemeinen Gedanken: Soll der Staat sich aus seiner Verantwortung flüchten dürfen, nur weil er die kommunale Einrichtung in eine GmbH (private Rechtsform) einbringt, aber die Kontrolle behält? Das betrifft im Gesundheitswesen eine ganze Menge Arbeitgeber.

Solche Träger sollen nämlich neuerdings nach Meinung einiger (typischerweise arbeitnehmernaher) Fachleute auch an Artikel 33 GG gebunden sein und eine Bestenauslese machen müssen.

Bislang ist die Rechtsprechung zögerlich. In Berlin ist das gerade gescheitert (Aktenzeichen 29 Ga 11689/20). Aber das heißt nichts, die Rechtsfindung steht noch am Anfang.

Ich versichere Ihnen, wenn Sie noch keine Konkurrentenschutzklagen haben, wollen Sie auch keine. Mehr Selbstfesselung ist kaum möglich und bei allem Verständnis für die Intention

gestehe ich: Ich glaube nicht, dass die Bestenauslese funktioniert. Kein Mensch ist nur sein Zeugnis.

Warum der öffentliche Dienst noch nicht daran zusammengebrochen ist? Erstens, Leidenschaft. Zweitens: Die Karte wird selten gezogen, aber in letzter Zeit immer häufiger.

Vielleicht lohnt sich ein Date mit einem echten Houdini in Einzelfällen doch. Derartige Dates waren, zumindest nach der Berliner SARS-CoV-2-Infektionsschutzverordnung (§ 5 Abs. 11 – "Fesselspiele bleiben erlaubt"), auch nie verboten. Meist haben solche Entfesselungskünstler eine Anwaltszulassung – aber ernsthaft, Rechtsbeistand nur, weil man den vermeintlich falschen Bewerber ausgewählt hat? Ich gebe zu: Das klingt auch in meinen Ohren nach weit über 20 Jahren im Job befremdlich. Trotzdem ist es eben meine Welt, und Ihre auch.

Ihnen ein schönes "fesselndes" Wochenende

Ihr

Wolf Reuter

Der Autor: Wolf J. Reuter, LL.M., Fachanwalt für Arbeitsrecht, BEITEN BURKHARDT
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Lützowplatz 10, 10785 Berlin, wolf.reuter@bblaw.com