

Bundesarbeitsgericht  
Neunter Senat

Urteil vom 12. April 2016  
- 9 AZR 673/14 -  
ECLI:DE:BAG:2016:120416.U.9AZR673.14.0

I. Arbeitsgericht  
Berlin

Urteil vom 4. Dezember 2013  
- 48 Ca 5250/13 -

II. Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 24. Juli 2014  
- 18 Sa 682/14 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Ja

---

Entscheidungsstichwort:

Öffentliches Amt iSd. Art. 33 Abs. 2 GG

Bestimmungen:

GG Art. 1 Abs. 3, Art. 33 Abs. 2; BGB §§ 135, 136, 162 Abs. 2; Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien vom 31. August 1991 (Rundfunkstaatsvertrag - RStV) § 35; Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien (Jugendmedienschutz-Staatsvertrag - JMStV) §§ 1, 14, 16, 17 Abs. 1

Leitsatz:

Die Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts hindert jedenfalls dann nicht die Annahme eines öffentlichen Amtes iSd. Art. 33 Abs. 2 GG, wenn ausschließlich öffentlich-rechtliche Anstalten Gesellschafterinnen sind und sich der Gesellschaftszweck in der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben erschöpft.

# BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 673/14  
18 Sa 682/14  
Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
12. April 2016

## URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. April 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Suckow und

Klose sowie den ehrenamtlichen Richter Spiekermann und die ehrenamtliche Richterin Merte für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 24. Juli 2014 - 18 Sa 682/14 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte berechtigt war, die Stelle der Leiterin für den Bereich Kommission für Jugendmedienschutz (KJM) in der Gemeinsamen Geschäftsstelle der Beklagten in Berlin mit einer anderen Person als der Klägerin zu besetzen. 1

Die Beklagte ist eine von den Landesmedienanstalten zur Durchführung der ihnen ua. durch den Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien vom 31. August 1991 (Rundfunkstaatsvertrag - RStV) obliegenden Aufgaben gegründete Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Der Rundfunkstaatsvertrag in der hier maßgeblichen Fassung enthält ua. folgende Bestimmung: 2

#### **„§ 35 Organisation**

(1) Die Aufgaben nach § 36 obliegen der zuständigen Landesmedienanstalt. Sie trifft entsprechend den Bestimmungen dieses Staatsvertrages die jeweiligen Entscheidungen.

(2) Zur Erfüllung der Aufgaben nach Absatz 1 und nach den Bestimmungen des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages bestehen:

...

4. die Kommission für Jugendmedienschutz (KJM).

Diese dienen der jeweils zuständigen Landesmedienanstalt als Organe bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nach § 36.

...

(7) Die Landesmedienanstalten bilden für die Organe nach Absatz 2 eine gemeinsame Geschäftsstelle; unbeschadet dessen verbleiben bis zum 31. August 2013 die Geschäftsstelle der KJM in Erfurt und der KEK in Potsdam.

...“

Der in der Zeit vom 10. bis zum 27. September 2002 unterzeichnete Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien (Jugendmedienschutz-Staatsvertrag - JMStV) enthält ua. folgende Regelungen:

3

**„§ 1  
Zweck des Staatsvertrages**

Zweck des Staatsvertrages ist der einheitliche Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Angeboten in elektronischen Informations- und Kommunikationsmedien, die deren Entwicklung oder Erziehung beeinträchtigen oder gefährden, sowie der Schutz vor solchen Angeboten in elektronischen Informations- und Kommunikationsmedien, die die Menschenwürde oder sonstige durch das Strafgesetzbuch geschützte Rechtsgüter verletzen.

...

**§ 14  
Kommission für Jugendmedienschutz**

- (1) Die zuständige Landesmedienanstalt überprüft die Einhaltung der für die Anbieter geltenden Bestimmungen nach diesem Staatsvertrag. Sie trifft entsprechend den Bestimmungen dieses Staatsvertrages die jeweiligen Entscheidungen.
- (2) Zur Erfüllung der Aufgaben nach Absatz 1 wird die Kommission für Jugendmedienschutz (KJM) gebildet. Diese dient der jeweils zuständigen Landesmedienanstalt als Organ bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nach Absatz 1. Auf Antrag der zuständigen Landesmedienanstalt kann die KJM auch mit nichtländerübergreifenden Angeboten gutachtlich befasst werden. ...

...

## **§ 16 Zuständigkeit der KJM**

Die KJM ist zuständig für die abschließende Beurteilung von Angeboten nach diesem Staatsvertrag. Sie ist unbeschadet der Befugnisse von anerkannten Einrichtungen der Freiwilligen Selbstkontrolle nach diesem Staatsvertrag im Rahmen des Satzes 1 insbesondere zuständig für

1. die Überwachung der Bestimmungen dieses Staatsvertrages,
2. die Anerkennung von Einrichtungen der Freiwilligen Selbstkontrolle und die Rücknahme oder den Widerruf der Anerkennung,
3. die Festlegung der Sendezeit nach § 8,
4. die Festlegung von Ausnahmen nach § 9,
5. die Prüfung und Genehmigung einer Verschlüsselungs- und Versperrungstechnik,
6. die Anerkennung von Jugendschutzprogrammen und für die Rücknahme oder den Widerruf der Anerkennung,
7. die Stellungnahme zu Indizierungsanträgen bei der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien und für Anträge bei der Bundesprüfstelle auf Indizierung und
8. die Entscheidung über Ordnungswidrigkeiten nach diesem Staatsvertrag.

## **§ 17 Verfahren der KJM**

- (1) Die KJM wird von Amts wegen tätig; auf Antrag einer Landesmedienanstalt oder einer obersten Landesjugendbehörde hat sie ein Prüfverfahren einzuleiten. Sie fasst ihre Beschlüsse mit der Mehrheit ihrer gesetzlichen Mitglieder, bei Stimmgleichheit entscheidet die Stimme des Vorsitzenden. Die Beschlüsse sind zu begründen. In der Begründung sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen. Die Beschlüsse der KJM sind gegenüber den anderen Organen der zuständigen Landesmedienanstalt bindend. Sie sind deren Entscheidungen zu Grunde zu legen.

...“

Zweck und Gegenstand der Beklagten, ihre Gremien sowie ihre Geschäftsführung und Vertretung sind in dem Vertrag über die Zusammenarbeit der Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten in der Bundesrepublik Deutschland (ALM) vom 17. Juni 2011, der hier maßgeblichen Fassung, geregelt (ALM-Statut). Dieses ALM-Statut lautet auszugsweise wie folgt:

4

**„§ 2 Zweck und Gegenstand der ALM**

- (1) Allgemeiner Zweck und Aufgaben der ALM sind:
1. Wahrnehmung der Interessen der Landesmedienanstalten auf dem Gebiet des Rundfunks auf nationaler und internationaler Ebene,
  2. Informations- und Meinungsaustausch mit Rundfunkveranstaltern,
  3. Behandlung gemeinsamer Angelegenheiten außerhalb der Zulassungs- und Aufsichtsaufgaben im Bereich der audiovisuellen Medien, insbesondere Programm, Recht, Forschung, Medienkompetenz und Finanzierung,
  4. Einholung von Gutachten zu Fragen, die von grundsätzlicher Bedeutung sind,
  5. Beobachtung und Analyse der Programmentwicklung sowie Erarbeitung von Stellungnahmen und Erfahrungsberichten hierzu,
  6. Zusammenarbeit bei planerischen und technischen Vorarbeiten.
- (2) Besondere Aufgaben der ALM sind:
- ...
4. Abstimmung über den Erlass übereinstimmender Satzungen und Richtlinien zur Durchführung des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages (JMStV), ferner die Herstellung des Benehmens mit der ARD und dem ZDF sowie die Durchführung des Erfahrungsaustauschs mit der ARD, dem ZDF und der Kommission für Jugendmedienschutz (KJM) in der Anwendung des Jugendmedienschutzes (§ 15 Abs. 2 JMStV).
- (3) Im Rahmen der ihnen zugewiesenen Aufgaben wirken die Landesmedienanstalten an der ALM mit gleichen Rechten und Pflichten mit.

- (4) Die ALM hat zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach Abs. 1 und 2 sowie nach § 36 RStV und den Bestimmungen des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages eine Gemeinsame Geschäftsstelle nach § 7. § 35 Abs. 7, Halbsatz 2 RStV bleibt unberührt.

...

### **§ 7 Gemeinsame Geschäftsstelle**

- (1) Die Gemeinsame Geschäftsstelle hat ihren Sitz in Berlin.
- (2) Die Gemeinsame Geschäftsstelle nimmt nach Maßgabe der Geschäfts- und Verfahrensordnungen der Organe nach § 35 Abs. 2 RStV und dieses Statuts ihre Aufgaben koordinierend wahr. Dazu zählt insbesondere jedwede Sitzungsbegleitung. Dazu können auch die Bearbeitung inhaltlicher Fragen, die Aufbereitung von Rechts- und Grundsatzangelegenheiten sowie Aufgaben der Öffentlichkeitsarbeit in Abstimmung mit den Gremien oder den Beauftragten der ALM gehören. Das Nähere regelt der Organisations- und Geschäftsverteilungsplan. Im Übrigen erfolgt die inhaltliche Arbeit durch die Landesmedienanstalten.
- (3) Die Ausstattung der Gemeinsamen Geschäftsstelle mit personellen und sachlichen Mitteln erfolgt aufgrund und nach Maßgabe der übereinstimmenden Finanzierungssatzungen der Landesmedienanstalten sowie des Gesamtwirtschaftsplans, jeweils in der geltenden Fassung.

...“

Die Beklagte, deren Gesellschafterinnen die Landesmedienanstalten sind, unterhält die Gemeinsame Geschäftsstelle in Berlin. Bis zum 31. August 2013 betrieb sie zudem in Erfurt die Geschäftsstelle der KJM, deren Leiterin die Klägerin war.

5

Unter dem 9. Oktober 2012 schrieb die Beklagte für die Gemeinsame Geschäftsstelle die Stelle eines Bereichsleiters/einer Bereichsleiterin für den Bereich KJM (im Folgenden Bereichsleiterin KJM) aus. In der Stellenausschreibung heißt es auszugsweise:

6

#### **„Der Fachbereich KJM**

Im Fachbereich KJM der Gemeinsamen Geschäftsstelle

fallen die folgenden Aufgaben an:

- Vorbereitung der KJM-Sitzungen
- Koordinierung der Prüfverfahren (Einberufen der Prüfgruppen und Prüfausschüsse, Verfahrenscontrolling)
- Durchsicht der Prüfungs- und Beschlussvorlagen auf Vollständigkeit und Entscheidungsreife
- Mitteilung der Entscheidungen der KJM an die zuständigen Landesmedienanstalten etc.
- Pflege der Verfahrens- und Beschlussdatenbanken
- Koordinierung der Arbeitsgruppen
- Federführung AG Verfahren; ggf. Mitarbeit in anderen AGs der KJM
- Koordination und ggf. Beantwortung von Anfragen und Beschwerden zum Jugendschutz
- Berichtswesen (Erstellen des Zwei-Jahres-Berichtes, der Berichte für die DLM, des Halbjahresberichtes für die GVK)
- Bearbeitung von inhaltlichen und rechtlichen Fragen zum Jugendschutz
- Bearbeitung von Anfragen der Bund- und Ländervertreter der KJM
- Öffentlichkeitsarbeit (Pflege des KJM-Internetauftritts, Koordination von Publikationen, Veranstaltungen und Messeauftritten)

### **Ihre Aufgaben**

Sie leiten den Fachbereich KJM in der GGS. Ihre Aufgaben dabei sind insbesondere:

- die Koordinierung und ggf. inhaltliche Vorbereitung der Termine des KJM-Vorsitzenden und der Kommissionsmitglieder
- die Koordinierung und ggf. inhaltliche Vorbereitung der Sitzungen der KJM und ihrer Arbeitsgruppen
- bei Bedarf die Aufbereitung von Grundsatzangelegenheiten im Bereich KJM
- die Planung und Organisation von Veranstaltungen der KJM

- nach Absprache die Teilnahme in Arbeitsgruppen, Workshops, Tagungen o.ä.

Sie sind dabei erster Ansprechpartner des KJM-Vorsitzenden und koordinieren die Zusammenarbeit zwischen der KJM und den Landesmedienanstalten.

In der Zeit bis zur vollständigen Einrichtung der GGS unterstützen Sie den GGS-Leiter bei dem Aufbau des Bereiches KJM, insbesondere bei der Personalauswahl sowie bei dem Aufbau und der Implementierung von Arbeits- und Organisationsprozessen.

...“

Die Beklagte führte am 8. Januar 2013 mit der Klägerin und zwei anderen Bewerberinnen Vorstellungsgespräche. Seit dem 1. April 2013 war Frau B als Bereichsleiterin KJM in der Gemeinsamen Geschäftsstelle aufgrund einer auf zwei Jahre befristeten Abordnung von der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien tätig.

7

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, sie sei deutlich besser qualifiziert als Frau B. Daher sei die von der Beklagten getroffene Auswahlentscheidung nicht von Art. 33 Abs. 2 GG gedeckt. Auch das durchgeführte Auswahlverfahren entspreche nicht den von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an ein Auswahlverfahren im Rahmen des Art. 33 Abs. 2 GG. In der KJM würden öffentliche Aufgaben wahrgenommen, weil über die öffentlich-rechtliche Frage, ob eine Jugendgefährdung vorliege, zu entscheiden und eine länderübergreifende Koordination der einzelnen Landesmedienanstalten vorzunehmen sei. Nehmen aber die Beschäftigten öffentliche Aufgaben wahr, sei auf das Stellenbesetzungsverfahren Art. 33 Abs. 2 GG anzuwenden. Die Grundrechtsbindung der Beklagten beschränke sich nicht auf die in Abschnitt I des Grundgesetzes benannten Grundrechte, sondern erfasse auch grundrechtsgleiche Rechte wie Art. 33 Abs. 2 GG. Die streitgegenständliche Stelle sei durch die Beklagte auch nicht endgültig besetzt worden. Dazu hat die Klägerin behauptet, Frau B stehe in einem Arbeitsverhältnis zur Bayerischen Landeszentrale für neue Medien und sei im Rahmen dieses Arbeitsverhältnisses nur für zwei Jahre zur Beklagten „abgeordnet“ worden.

8

Die Klägerin hat zuletzt sinngemäß beantragt, 9  
die Beklagte zu verurteilen, die Stelle der Bereichsleiterin für den Bereich Kommission für Jugendmedienschutz (KJM) ausschließlich mit ihr zu besetzen;  
hilfsweise  
die Beklagte zu verurteilen, über ihre Bewerbung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden;  
äußerst hilfsweise  
festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, sie finanziell so zu stellen, als wäre ihr die ausgeschriebene Stelle der Bereichsleiterin für den Bereich Kommission für Jugendmedienschutz (KJM) mit Wirkung vom 1. April 2013 übertragen worden.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag die Auffassung vertreten, der Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG sei nicht eröffnet. Es handele sich bei der zu besetzenden Stelle nicht um ein öffentliches Amt iSd. Art. 33 Abs. 2 GG. Auf Personengesellschaften des Privatrechts finde diese Norm keine Anwendung, da es bei diesen keine öffentlichen Ämter gebe. Auch nehme sie keine hoheitlichen Aufgaben wahr. Allein die Landesmedienanstalten übten hoheitliche Befugnisse aus. Bei den Aufgaben der KJM handele es sich nicht um die von ihr, der Beklagten, zu erbringenden Aufgaben. Vielmehr übe sie lediglich verfahrensbegleitende Tätigkeiten aus, vergleichbar mit denen einer Serviceeinheit. Ausweislich des ALM-Statuts werde sie lediglich unterstützend und koordinierend für die einzelnen Landesmedienanstalten tätig. Nach außen träten ausschließlich die einzelnen Landesmedienanstalten auf. Auch die KJM trete in jugendmedienschutzrechtlichen Verfahren nicht selbst nach außen auf. 10

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter. 11

## Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Klägerin ist begründet. Mit der von ihm gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht den Anspruch der Klägerin auf die von ihr erstrebte Stelle nicht verneinen. Ob die Stelle mit der Klägerin zu besetzen ist, kann der Senat auf der Grundlage der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht entscheiden. Die Sache war deshalb nach § 563 Abs. 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. 12

I. Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, die Klage sei unbegründet, weil es sich bei der Stelle der Bereichsleiterin KJM nicht um ein öffentliches Amt iSd. Art. 33 Abs. 2 GG handele. 13

1. Die Beklagte als Gesellschaft bürgerlichen Rechts unterliegt einer Bindung an das grundrechtsgleiche Recht des Art. 33 Abs. 2 GG. Zwar binden gemäß Art. 1 Abs. 3 GG die Grundrechte - und in gleicher Weise die grundrechtsgleichen Rechte, wie das Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG (*BAG 12. Oktober 2010 - 9 AZR 554/09 - Rn. 45*) - Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung. Die Beklagte steht jedoch vollständig im Eigentum der öffentlichen Hand. Die Nutzung zivilrechtlicher Formen enthebt die staatliche Gewalt nicht von ihrer Bindung an die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG. Dies gilt sowohl für die Verwendung von zivilrechtlichen Handlungsformen als auch für den Einsatz privatrechtlicher Organisations- und Gesellschaftsformen. Im Alleineigentum des Staates stehende öffentliche Unternehmen, die in den Formen des Privatrechts organisiert sind, unterliegen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung (*BVerfG 22. Februar 2011 - 1 BvR 699/06 - Rn. 46, BVerfGE 128, 226*). Für öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform, die vollständig im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, ist anerkannt, dass die Grundrechtsbindung nicht nur den oder die Träger des jeweiligen Unternehmens trifft, sondern das Unternehmen selbst. Dies entspricht dem Charakter eines solchen Unternehmens als verselbstständiger Handlungseinheit und stellt eine effektive Grundrechtsbindung unabhängig davon sicher, ob, wieweit und in welcher Form der 14

oder die Eigentümer gesellschaftsrechtlich auf die Leitung der Geschäfte Einfluss nehmen können und wie - bei Unternehmen mit verschiedenen öffentlichen Anteilseignern - eine Koordination der Einflussrechte verschiedener öffentlicher Eigentümer zu gewährleisten wäre. Aktivitäten öffentlicher Unternehmen bleiben unabhängig von der Ausgestaltung der gesellschaftsrechtlichen Einflussrechte eine Form staatlicher Aufgabenwahrnehmung, bei der die Unternehmen selbst unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind (*BVerfG 22. Februar 2011 - 1 BvR 699/06 - Rn. 50 mwN, aaO*).

Das Argument der Beklagten, die Voraussetzungen, unter denen das Bundesverfassungsgericht (*22. Februar 2011 - 1 BvR 699/06 - Rn. 47, aaO*) eine Grundrechtsbindung angenommen habe, seien nicht erfüllt, weil ihre Entscheidungen nicht den Anspruch erheben könnten, autorisiert im Namen aller Bürger getroffen zu werden, überzeugt nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat in dem von der Beklagten zitierten Absatz ausdrücklich hervorgehoben, dass der Begriff der staatlichen Gewalt weit zu verstehen ist und sich gerade nicht nur auf imperative Maßnahmen erstreckt. Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zu den „jeweiligen staatlichen Entscheidungsebenen“ zwingen entgegen der Ansicht der Beklagten nicht zu der Annahme, es müssten Entscheidungen mit unmittelbarer Außenwirkung getroffen werden. Vielmehr ist grundrechtsgebundene staatliche Gewalt iSd. Art. 1 Abs. 3 GG jedes Handeln staatlicher Organe oder Organisationen, weil es in Wahrnehmung ihres dem Gemeinwohl verpflichteten Auftrags erfolgt (*BVerfG 22. Februar 2011 - 1 BvR 699/06 - aaO*). Auf den Inhalt und die Art und Weise des Handelns kommt es demnach nicht an.

15

2. Bei der Stelle der Bereichsleiterin KJM handelt es sich um ein öffentliches Amt iSd. Art. 33 Abs. 2 GG. Nach dieser Vorschrift hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Daraus folgt, dass Art. 33 Abs. 2 GG nur dann Anwendung findet, wenn es um die Besetzung eines öffentlichen Amtes geht. Dieser Begriff ist entsprechend dem Art. 33 Abs. 2 GG zugrunde liegenden Zweck weit auszulegen (*ganz hM, statt vieler: Battis in Sachs GG 7. Aufl. Art. 33 Rn. 24;*

16

*Jarass in Jarass/Pieroth GG 14. Aufl. Art. 33 Rn. 9; Pieper in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke GG 13. Aufl. Art. 33 Rn. 24).* Er geht über den Bereich des öffentlichen Dienstes iSd. Art. 33 Abs. 4 und Abs. 5 GG hinaus (*Brosius-Gersdorf in Dreier GG 3. Aufl. Art. 33 Rn. 84; vgl. auch v. Roetteken ZBR 2015, 154, 156; BK-GG/Höfling Stand Februar 2016 Art. 33 Abs. 1 bis 3 Rn. 74).* Umfasst sind grundsätzlich sämtliche vom Staat (Bund, Länder, Gemeinden; unmittelbare und mittelbare Staatsverwaltung) bereitgestellten Positionen (*Brosius-Gersdorf in Dreier aaO; vgl. auch Domgörgen in Hömig/Wolff GG 11. Aufl. Art. 33 Rn. 3; Jarass in Jarass/Pieroth aaO; Pieper in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke aaO).* Dabei ist gleichgültig, ob diese mit Beamten oder Arbeitnehmern zu besetzen sind (*vgl. BAG 19. Mai 2015 - 9 AZR 837/13 - Rn. 16).* Erforderlich ist aber, dass die Stelle der öffentlichen Gewalt und damit der Staatsorganisation zuzuordnen ist (*vgl. AK-GG/Trute Stand August 2002 GG Art. 33 Abs. 1 bis 3 Rn. 22).* Das ist der Fall, wenn sie der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient. Auf die Organisationsform, in der der Staat tätig wird, kommt es nicht an (*Brosius-Gersdorf in Dreier aaO; BeckOK GG/Hense Stand 1. März 2016 Art. 33 Rn. 10; Vogg AuR 1993, 287, 290 f.; aA LAG Sachsen-Anhalt 29. Juli 2008 - 8 Sa 600/07 - zu 1 c der Gründe).* Dies folgt aus dem Sinn und Zweck des Art. 33 Abs. 2 GG.

a) Art. 33 Abs. 2 GG dient dem Interesse an der bestmöglichen Besetzung öffentlicher Ämter. Ausgewählt werden soll der Bewerber, der für die künftige Amtstätigkeit am besten geeignet ist (*BVerwG 19. März 2015 - 2 C 12.14 - Rn. 49, BVerwGE 151, 333).* Dieser Grundsatz der Bestenauslese verhindert, dass für Personalentscheidungen andere als die in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Bewertungskriterien (zB politische oder persönliche Verbundenheit, exekutive Eigeninteressen) bestimmend sind (*vgl. AK-GG/Trute aaO).* Art. 33 Abs. 2 GG soll zum einen im öffentlichen Interesse das fachliche Niveau und die rechtliche Integrität öffentlicher Ämter gewährleisten (*vgl. BAG 26. September 2013 - 8 AZR 650/12 - Rn. 22; Domgörgen in Hömig/Wolff aaO)* sowie die Effizienz staatlicher Aufgabenerfüllung sichern (*vgl. AK-GG/Trute aaO).* Zum anderen trägt die Bestimmung dem berechtigten Interesse der Bewerber an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass sie

17

grundrechtsgleiche Rechte auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet (*BAG 10. Februar 2015 - 9 AZR 554/13 - Rn. 12*). Maßgeblich für die Bestimmung der Reichweite des Begriffs öffentliches Amt iSd. Art. 33 Abs. 2 GG ist, ob eine spezifische Gefährdungssituation für die durch diese Norm geschützten Interessen vorliegt (*vgl. AK-GG/Trute aaO*).

b) Daran gemessen können - entgegen der Auffassung der Beklagten - unter den Begriff des öffentlichen Amtes iSd. Art. 33 Abs. 2 GG auch Stellen bei öffentlichen Betrieben in privater Rechtsform fallen (*vgl. Domgörgen in Hömig/Wolff aaO; Brosius-Gersdorf in Dreier aaO; BeckOK GG/Hense Art. 33 Rn. 10; Pieper in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke Art. 33 Rn. 36; Vogg AuR 1993, 287, 290 f.*). Andernfalls hätte die öffentliche Hand die Möglichkeit, Art. 33 Abs. 2 GG durch Ausübung ihrer Wahlfreiheit bezüglich der Organisationsform, in der sie öffentliche Aufgaben wahrnimmt, ins Leere laufen zu lassen (*Brosius-Gersdorf in Dreier aaO; vgl. auch zu Art. 1 Abs. 3 GG BVerfG 22. Februar 2011 - 1 BvR 699/06 - Rn. 48, BVerfGE 128, 226*). Die Wahl der privaten Rechtsform für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben geschieht regelmäßig aus organisatorischen oder ökonomischen Gründen (*vgl. AK-GG/Trute aaO Rn. 26*). Sie verändert nicht den öffentlich-rechtlichen Aufgabenbereich und ist damit gleichfalls der Sphäre des Staates zuzuordnen. Jedenfalls soweit die öffentliche Gewalt in privater Rechtsform öffentliche Aufgaben wahrnimmt und nicht rein erwerbswirtschaftliche Zwecke verfolgt, bedarf es zum Schutz der im öffentlichen Interesse liegenden Effizienz der Staatsorganisation und des Vertrauens der Bürger in den Staat sowie zum Schutz der Bewerber vor der Vergabe von Ämtern aus sachwidrigen Motiven der Absicherung durch das Prinzip der Bestenauslese.

18

3. Ausgehend von diesen Grundsätzen handelt es sich bei der Stelle der Bereichsleiterin KJM um ein öffentliches Amt iSd. Art. 33 Abs. 2 GG. Die Stelle dient der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und ist der öffentlichen Gewalt und damit der Staatsorganisation zuzuordnen.

19

a) Die Stelle der Bereichsleiterin KJM ist in der Gemeinsamen Geschäftsstelle der Medienanstalten angesiedelt. Diese steht neben der Beklagten (§ 2 Abs. 4 iVm. § 7 ALM-Statut) auch den staatsvertraglich verfassten Kommissionen als Organen der Landesmedienanstalten, die Teil der öffentlichen Gewalt sind (vgl. BVerfG 20. Februar 1998 - 1 BvR 661/94 - zu C I 1 c der Gründe, BVerfGE 97, 298; BVerwG 6. Mai 2015 - 6 C 11.14 - Rn. 24, BVerwGE 152, 122), zur Verfügung (§ 35 Abs. 7 RStV) und damit - seit Auflösung der Geschäftsstelle der KJM in Erfurt - auch der KJM. Diese dient der jeweils zuständigen Landesmedienanstalt als der für Rundfunkangebote und Telemedien zuständigen Aufsichtsbehörde (BeckOK JMStV/Liesching Stand 1. Januar 2015 § 1 Rn. 15) als Organ bei der Überprüfung der Einhaltung der für Rundfunkveranstalter oder für Anbieter von Telemedien geltenden Bestimmungen nach dem JMStV (§ 14 Abs. 1 und 2 iVm. § 3 Abs. 2 Nr. 2 JMStV). Dessen Zweck ist der einheitliche Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Angeboten in elektronischen Informations- und Kommunikationsmedien, die deren Entwicklung oder Erziehung beeinträchtigen oder gefährden, sowie der Schutz vor solchen Angeboten in elektronischen Informations- und Kommunikationsmedien, die die Menschenwürde oder sonstige durch das Strafgesetzbuch geschützte Rechtsgüter verletzen (§ 1 JMStV). Die KJM ist nach § 16 JMStV zuständig für die abschließende Beurteilung von Angeboten nach dem JMStV und dabei insbesondere für die Überwachung der Bestimmungen des JMStV, die Anerkennung von Einrichtungen der Freiwilligen Selbstkontrolle und die Rücknahme oder den Widerruf der Anerkennung, die Festlegung der Sendezeit nach § 8 JMStV, die Festlegung von Ausnahmen nach § 9 JMStV, die Prüfung und Genehmigung einer Verschlüsselungs- und Versperrungstechnik, die Anerkennung von Jugendschutzprogrammen und für die Rücknahme oder den Widerruf der Anerkennung, die Stellungnahme zu Indizierungsanträgen bei der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien und für Anträge bei der Bundesprüfstelle auf Indizierung und die Entscheidung über Ordnungswidrigkeiten nach dem JMStV. Nach § 17 Abs. 1 Satz 5 JMStV sind die Beschlüsse der KJM gegenüber den anderen Organen der zuständigen Landesmedienanstalt bindend. Sie sind ge-

20

mäß § 17 Abs. 1 Satz 6 JMStV deren Entscheidungen zugrunde zu legen, so dass ihnen materiell Außenwirkung zukommt.

Ausweislich der vom Landesarbeitsgericht in Bezug genommenen Stellenbeschreibung fallen im „Fachbereich KJM der Gemeinsamen Geschäftsstelle“ die Aufgaben der Vorbereitung der KJM-Sitzungen, die Koordinierung der Prüfverfahren (Einberufung der „Prüfgruppen und Prüfausschüsse“, Verfahrenscontrolling), die Durchsicht der Prüfungs- und Beschlussvorlagen auf Vollständigkeit und Entscheidungsreife, die Mitteilung der Entscheidungen der KJM an die zuständigen Landesmedienanstalten, die Pflege der Verfahrens- und Beschlussdatenbanken, die Koordinierung der Arbeitsgruppen, die „Federführung AG Verfahren“ und ggf. die „Mitarbeit in anderen AGs der KJM“, die Koordination und ggf. die Beantwortung von Anfragen und Beschwerden zum Jugendschutz, das Berichtswesen, die Bearbeitung inhaltlicher und rechtlicher Fragen zum Jugendschutz, die Bearbeitung von Anfragen der Bund- und Ländervertreter in der KJM und die Öffentlichkeitsarbeit an. Die Leitung des Fachbereichs KJM in der Gemeinsamen Geschäftsstelle ist Aufgabe der Bereichsleiterin KJM. Insbesondere gehören zu ihren Aufgaben die Koordinierung und ggf. inhaltliche Vorbereitung der Termine des KJM-Vorsitzenden und der Kommissionsmitglieder sowie der Sitzungen der KJM und ihrer Arbeitsgruppen, bei Bedarf die Aufbereitung von Grundsatzangelegenheiten im Bereich KJM, die Planung und Organisation von Veranstaltungen der KJM und - nach Absprache - die Teilnahme an Arbeitsgruppen, Workshops und Tagungen.

21

b) Nach dieser Aufgabenverteilung dient die Stelle der Bereichsleiterin KJM der Erfüllung der von den Landesmedienanstalten als Teil der öffentlichen Gewalt wahrgenommenen öffentlichen Aufgabe des Schutzes der Kinder und Jugendlichen (*vgl. zum Verfassungsrang dieses Schutzguts BVerfG 27. November 1990 - 1 BvR 402/87 - zu B I 2 a der Gründe, BVerfGE 83, 130*). Die koordinierenden und vorbereitenden Arbeiten im Fachbereich KJM in der Gemeinsamen Geschäftsstelle sind wesentliche Grundlage für eine effiziente und effektive Erfüllung der öffentlichen Aufgabe des „einheitlichen Schutz[es] der Kinder und Jugendlichen“ (§ 1 JMStV) durch die insgesamt 14 Landes-

22

medienanstalten (zur Schaffung eines einheitlichen Rechtsrahmens im Bereich des Jugendmedienschutzes als vorrangiges Ziel des JMStV sh. S. 4 der Amtlichen Begründung zum JMStV, abrufbar ua. unter [http://www.lpr-hessen.de/files/jmstv\\_amtlbegr.pdf](http://www.lpr-hessen.de/files/jmstv_amtlbegr.pdf)). Die Stelle ist demnach der öffentlichen Gewalt und damit der Staatsorganisation zuzuordnen und damit auch ein öffentliches Amt iSd. Art. 33 Abs. 2 GG.

c) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist es für die Annahme eines öffentlichen Amts iSd. Art. 33 Abs. 2 GG unerheblich, ob - bezogen auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben - der Stelleninhaber selbst nach außen gegenüber Privatpersonen oder juristischen Personen des Privatrechts auftritt oder selbst hoheitlich tätig wird. Solange die auf der zu besetzenden Stelle auszuübenden Arbeitsaufgaben - wie hier - zur Erfüllung der öffentlicher Aufgaben beitragen - sei es auch nur durch unterstützende, koordinierende oder vorbereitende Tätigkeiten -, besteht ein schutzwürdiges Interesse der Öffentlichkeit und der Bewerber daran, dass solche Stellen nach dem Grundsatz der Bestenauslese vergeben werden. Nur so kann die Effizienz und Qualität der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung gesichert werden. Beides ist regelmäßig abhängig von sämtlichen Arbeitsbeiträgen, also auch den vorbereitenden und unterstützenden. Eine Differenzierung danach, ob der Beitrag zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben unmittelbar nach außen wirkt oder in Gestalt unterstützender oder vorbereitender Tätigkeiten lediglich mittelbar Außenwirkung entfaltet, würde diesem Schutzzweck ebenso wenig gerecht wie die Differenzierung nach der Organisationsform, in der die öffentliche Gewalt ihre Aufgaben wahrnimmt. 23

4. Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht deshalb im Ergebnis als richtig, weil die Beklagte bei der Besetzung der Stelle der Bereichsleiterin KJM aufgrund ihrer Organisationsfreiheit nicht an Art. 33 Abs. 2 GG gebunden gewesen wäre. 24

a) Der öffentliche Arbeitgeber hat aufgrund seiner Organisationsfreiheit das Recht, zwischen verschiedenen Möglichkeiten, eine Stelle zu besetzen, zu wählen. Wie er diese Organisationsfreiheit nutzt, steht in seinem pflichtgemä- 25

ßen Ermessen (vgl. BAG 23. Januar 2007 - 9 AZR 492/06 - Rn. 40 mwN, BAGE 121, 67). Ein Art. 33 Abs. 2 GG entsprechendes Auswahlverfahren ist durchzuführen, wenn der öffentliche Arbeitgeber die zu besetzende Stelle unbeschränkt ausgeschrieben hat. Dann muss eine Gleichbehandlung zwischen Beförderungs- und anderen Bewerbern erfolgen (vgl. BAG 23. Januar 2007 - 9 AZR 492/06 - Rn. 48 mwN, aaO).

b)        Zwar erfolgte die Besetzung der Stelle der Bereichsleiterin KJM mit der Mitbewerberin B im Wege einer Abordnung von der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien. Das Recht, die Stelle im Wege der Organisationsfreiheit vorrangig nicht durch eine Beförderung und damit ohne Bindung an die Maßstäbe des Art. 33 Abs. 2 GG zu besetzen, war jedoch aufgrund der erfolgten Ausschreibung ausgeschlossen, da die Beklagte die zu besetzende Stelle unbeschränkt ausgeschrieben hatte. 26

II.        Die Revision der Klägerin war nicht nach § 561 ZPO aufgrund einer Besetzung der Stelle mit einer anderen Bewerberin zurückzuweisen. 27

1.        Der Anspruch des Bewerbers nach Art. 33 Abs. 2 GG auf Übertragung einer Stelle setzt dem Grundsatz nach voraus, dass diese noch nicht besetzt ist. Für eine Neubescheidung ist kein Raum, wenn die begehrte Stelle dem erfolgreichen Konkurrenten rechtswirksam auf Dauer übertragen worden ist. Die Stelle ist damit nicht mehr verfügbar (BAG 12. Oktober 2010 - 9 AZR 554/09 - Rn. 35; 18. September 2007 - 9 AZR 672/06 - Rn. 22, BAGE 124, 80). Der unterlegene Bewerber hat regelmäßig keinen Anspruch auf „Wiederfreimachung“ oder Doppelbesetzung der Stelle (BAG 19. Februar 2008 - 9 AZR 70/07 - Rn. 26, BAGE 126, 26). Dem verfahrensfehlerhaft zurückgewiesenen Bewerber stehen allenfalls Schadensersatzansprüche zu, wenn ihm die Stelle hätte übertragen werden müssen (BAG 18. September 2007 - 9 AZR 672/06 - aaO). Nur wenn der öffentliche Arbeitgeber den effektiven Rechtsschutz des Bewerbers vereitelt, gilt eine Ausnahme. Dann ist es ihm entsprechend den Rechtsgedanken aus § 162 Abs. 2 BGB sowie aus §§ 135, 136 BGB verwehrt, dem übergangenen Bewerber die anderweitige Stellenbesetzung entgegenzuhalten 28

(BAG 19. Februar 2008 - 9 AZR 70/07 - aaO; vgl. auch BAG 18. September 2007 - 9 AZR 672/06 - Rn. 30, aaO).

2. Die Beklagte hat die Stelle, auf die sich die Klägerin beworben hat, nicht in diesem Sinne mit der Mitbewerberin Frau B besetzt. Wann ein öffentliches Amt iSd. Art. 33 Abs. 2 GG besetzt ist, richtet sich nach der Ausgestaltung dieses Amtes (BAG 18. September 2007 - 9 AZR 672/06 - Rn. 26, BAGE 124, 80). Eine Besetzung des Amtes ist erfolgt, wenn dem ausgewählten Bewerber eine gesicherte Rechtsposition eingeräumt ist, die der so vorgenommenen Ausgestaltung des Amtes entspricht (vgl. BAG 28. Mai 2002 - 9 AZR 751/00 - zu A II 4 der Gründe, BAGE 101, 153). Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall nicht vor. Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsbeschwerde der Klägerin gegen die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 4. Juli 2013 (- 18 SaGa 848/13 -), mit der der Klägerin einstweiliger Rechtsschutz gegen die Besetzung der Stelle versagt wurde, mit der Begründung nicht zur Entscheidung angenommen, aufgrund der nur befristeten Besetzung der Stelle drohe der Klägerin vor Durchführung des Hauptsacheverfahrens kein endgültiger Rechtsverlust durch eine rechtlich verbindliche, dauerhafte Besetzung der Stelle (BVerfG 26. September 2013 - 1 BvR 2554/13 -).

III. Ob die Klägerin die am besten geeignete Bewerberin war und ob dem Anspruch der Klägerin die Neuausschreibung der Stelle und ihre Besetzung mit Frau R zum 1. März 2015 auf der Grundlage des Arbeitsvertrags vom 16./17. Dezember 2014 entgegensteht, vermag der Senat auf der Grundlage der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts und des zwischen den Parteien unstreitigen Sachverhalts nicht zu beurteilen. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

1. Durch die Neuausschreibung der Stelle könnte der Besetzungsanspruch der Klägerin untergegangen sein. Denn mit der Neuausschreibung einer Stelle wird ein neues Auswahlverfahren eingeleitet, was zugleich den Abbruch des noch laufenden früheren Stellenbesetzungsverfahrens zur Folge hat (BAG 24. März 2009 - 9 AZR 277/08 - Rn. 21, BAGE 130, 107). Der Abbruch des Besetzungsverfahrens beseitigt die Ansprüche eines Stellenbewerbers aus Art. 33

Abs. 2 GG jedoch nur dann, wenn der Abbruch aus sachlichen Gründen erfolgte. Die konkrete Stellenausschreibung dient der verfahrensmäßigen Absicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs potenzieller Bewerber. Aus diesem Grund darf das Auswahlverfahren nur aus sachlichen Gründen abgebrochen werden (*BAG 24. März 2009 - 9 AZR 277/08 - Rn. 23, aaO*).

2. Das Landesarbeitsgericht wird deshalb zu prüfen haben, ob der in der Neuausschreibung liegende Abbruch aus sachlichen Gründen erfolgte. War dies der Fall, wäre der von der Klägerin im vorliegenden Verfahren verfolgte Besetzungsanspruch untergegangen. Die Klägerin könnte dann nur einen Besetzungsanspruch aufgrund der neuen Ausschreibung haben, den sie im Rechtsstreit mit der Beklagten vor dem Arbeitsgericht Berlin (- 55 Ca 18542/14 -) verfolgt. Lag für den Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens kein sachlicher Grund vor, wird das Landesarbeitsgericht auf der Grundlage des Vorbringens beider Parteien zu entscheiden haben, ob die Klägerin die am besten geeignete Bewerberin ist und damit Anspruch auf die erstrebte Stelle hat.

32

Brühler

Suckow

Klose

Merte

Spiekermann