

# BUNDEARBEITSGERICHT



9 AZB 3/21  
3 Ta 375/20  
Landesarbeitsgericht  
Düsseldorf

## BESCHLUSS

In Sachen

Klägerin, Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

pp.

beklagtes, beschwerdegegnerisches und rechtsbeschwerdegegnerisches  
Land,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts am 26. April 2021 beschlossen:

1. Auf die Rechtsbeschwerde der Klägerin wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 11. Dezember 2020 - 3 Ta 375/20 - aufgehoben.
2. Auf die sofortige Beschwerde der Klägerin wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 15. Oktober 2020 - 10 Ca 5830/20 - abgeändert.
3. Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitsachen wird für zulässig erklärt.

## Gründe

I. Die Parteien streiten über die Verpflichtung des beklagten Landes, ein abgebrochenes Stellenbesetzungsverfahren fortzusetzen. 1

Die Klägerin war bei dem beklagten Land vom 30. Juni 2016 bis zum 11. August 2020 aufgrund neun befristeter Arbeitsverträge als Vertretungslehrkraft im Schuldienst beschäftigt. Der letzte befristete Arbeitsvertrag vom 26. August 2019 sah eine befristete Beschäftigung vom 27. August 2019 bis zum 11. August 2020 vor. Er ist Gegenstand einer noch anhängigen Befristungskontrollklage. 2

Ende Juli 2020 schrieb das beklagte Land eine für die Zeit vom 12. August 2020 bis zum 31. Januar 2021 befristete Stelle als Vertretungslehrkraft im Fach Deutsch am H in K mit einem Beschäftigungsumfang von 10/25 Pflichtwochenstunden aus. Am 3. August 2020 erhielt die Klägerin, die sich auf die Stelle beworben hatte, von der zuständigen Schulleitung die Mitteilung, die Ausschreibung werde aus unvorhergesehenen Gründen beendet; eine neue Ausschreibung werde erfolgen. 3

Am 14. August 2020 wurde die Stelle erneut mit einer geänderten Pflichtwochenstundenzahl von 12,5/25,5 ausgeschrieben. Auch hierauf bewarb sich die Klägerin fristgemäß. Das für den 26. August 2020 vorgesehene Vorstellungsgespräch wurde mit der Begründung abgesagt, dass die Bewerber/Innen auf die ausgeschriebene Stelle zuvor noch nicht im Schuldienst des beklagten Landes tätig gewesen sein dürften. Mit Schreiben vom 27. August 2020 teilte die Schulleitung mit, dass das Stellenbesetzungsverfahren erneut abgebrochen worden sei, weil die Ausschreibung näher bezeichnete Formfehler aufweise. 4

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin die Fortführung des Stellenbesetzungsverfahrens. Für einen Abbruch des Bewerbungsverfahrens liege kein sachlicher Grund vor, sodass dieser rechtswidrig sei. Die Klägerin beantragt, 5  
das beklagte Land zu verurteilen, das abgebrochene Stellenbesetzungsverfahren hinsichtlich der an dem H in K für

die Zeit vom 12. August 2020 bis zum 31. Januar 2021 aus-  
geschriebenen Vertretungsstelle (Schule 164940) mit einer  
Unterrichtsverpflichtung von 12,5/25,5 Pflichtwochenstun-  
den mit dem bestehenden Bewerberkreis fortzusetzen und  
über die Bewerbung der Klägerin um diese Stelle vom  
17. August 2020 zu entscheiden.

Nach Anhörung der Parteien hat das Arbeitsgericht mit Beschluss vom 15. Oktober 2020 (- 10 Ca 5830/20 -) den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für unzulässig erklärt und das Verfahren an das Verwaltungsgericht verwiesen. Gegen den ihr am 16. Oktober 2020 zugestellten Beschluss hat die Klägerin am 30. Oktober 2020 beim Arbeitsgericht sofortige Beschwerde eingelegt. Das Arbeitsgericht hat der sofortigen Beschwerde mit Beschluss vom 19. November 2020 nicht abgeholfen und sie dem Landesarbeitsgericht zur Entscheidung vorgelegt. Dieses hat die sofortige Beschwerde mit Beschluss vom 11. Dezember 2020 zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde für die Parteien zugelassen. 6

II. Die zulässige Rechtsbeschwerde der Klägerin ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die sofortige Beschwerde der Klägerin gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts zu Unrecht zurückgewiesen. 7

1. Das Landesarbeitsgericht hat - wie schon das Arbeitsgericht - zur Begründung der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, das Verfahren falle nicht in die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen, sondern sei als öffentlich-rechtliche Streitigkeit gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO von den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu entscheiden. Eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit liege nicht vor, da die Klägerin ihren aus Art. 33 Abs. 2 GG folgenden Bewerbungsverfahrenanspruch, der aus dem öffentlichen Recht herrühre, sichern wolle. Art. 33 Abs. 2 GG begründe für den Bewerber ein subjektives Recht, das sich lediglich gegen Träger der öffentlichen Verwaltung richte. 8

2. Dies hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. c ArbGG eröff- 9

net. Bei dem Verfahren, mit dem die Klägerin den Erlass einer einstweiligen Verfügung begehrt, handelt es sich nicht um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit iSd. § 40 Abs. 1 VwGO, sondern um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses.

a) Während den Verwaltungsgerichten öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art zur Entscheidung zugewiesen sind (§ 40 Abs. 1 VwGO), sind die Gerichte für Arbeitssachen nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. c ArbGG ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern. 10

b) Das Rechtsverhältnis ist öffentlich-rechtlich, wenn die das Rechtsverhältnis beherrschenden Rechtsnormen nicht für jedermann gelten, sondern Sonderrecht des Staates oder sonstiger Träger öffentlicher Aufgaben sind, das sich zumindest auf einer Seite nur an Hoheitsträger wendet (*BAG 4. September 2018 - 9 AZB 10/18 - Rn. 17; 1. August 2017 - 9 AZB 45/17 - Rn. 9, BAGE 160, 22; 22. November 2016 - 9 AZB 41/16 - Rn. 9 mwN*). Öffentlich-rechtlicher Natur sind Rechtsnormen, die einen öffentlichen Verwaltungsträger als solchen berechtigen und verpflichten, ihn also zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Befugnissen ausstatten oder besonderen Regeln unterwerfen (*st. Rspr., vgl. GmS-OGB 10. Juli 1989 - GmS-OGB 1/88 - zu 3 der Gründe; BAG 4. September 2018 - 9 AZB 10/18 - Rn. 17; BVerwG 21. November 2016 - 10 AV 1.16 - Rn. 5*). 11

c) Das Rechtsverhältnis, aus dem die Klägerin den von ihr verfolgten Anspruch ableitet, ist bürgerlich-rechtlicher Natur. Die Klägerin begehrt vorläufigen Rechtsschutz, um die Fortsetzung des Stellenbesetzungsverfahrens zu erwirken. Ein rechtswidriger Abbruch des Auswahlverfahrens verletzt den aus Art. 33 Abs. 2 GG hergeleiteten Bewerbungsverfahrensanspruch. Die Bewerber können daher bereits diese Maßnahme, obwohl sie nur vorbereitenden Charakter besitzt, einer gerichtlichen Kontrolle zuführen (*BVerwG 3. Dezember 2014 - 2 A 3/13 - Rn. 21*). Ungeachtet seiner Herleitung aus dem Verfassungsrecht (*Art. 33 Abs. 2 GG*) ist der Bewerbungsverfahrensanspruch, wenn die Stelle mit Arbeitnehmern besetzt werden soll, bürgerlich-rechtlicher Natur. Der öffentliche Arbeitgeber ist 12

daher an die Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG nicht in seiner Funktion als öffentlicher Verwaltungsträger, sondern als privatrechtlicher Arbeitgeber gebunden.

aa) Nach Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Öffentliche Ämter im Sinne dieser Vorschrift sind nicht nur Beamtenstellen, sondern auch - wie im Streitfall - solche Stellen, die ein Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes - wie das beklagte Land - mit Arbeitnehmern zu besetzen beabsichtigt. Der unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistete Grundsatz der Bestenauslese dient zum einen dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes. Zum anderen trägt die Bestimmung dem berechtigten Interesse der Bediensteten an einem angemessenen beruflichen Fortkommen dadurch Rechnung. Sie begründet grundrechtsgleiche Rechte auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl. Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst steht deshalb bei der Besetzung von Stellen des öffentlichen Dienstes ein verfassungsrechtlicher Bewerbungsverfahrenanspruch zu. Daraus folgt angesichts der Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung in Art. 33 Abs. 2 GG ein subjektives Recht jedes Bewerbers auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren für Stellen, die mit Arbeitnehmern besetzt werden sollen (*vgl. BAG 28. Januar 2020 - 9 AZR 91/19 - Rn. 26*).

bb) Das Rechtsverhältnis der Parteien wird maßgeblich durch das Begehren der Klägerin geprägt, durch privatrechtlichen Vertrag ein dem bürgerlichen Recht zugehöriges Arbeitsverhältnis (neu) zu begründen. Mit der Fortsetzung des Stellenbesetzungsverfahrens strebt die Klägerin die Durchsetzung ihres subjektiven Privatrechts auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren an. Dazu hat sie sich fristgerecht auf die vom beklagten Land ausgeschriebene Stelle einer Lehrkraft beworben. Ziel ihrer Bewerbung ist der Abschluss eines Arbeitsvertrags, durch den ihr bis zum 11. August 2020 befristetes Arbeitsverhältnis zu den in der Stellenausschreibung genannten Bedingungen bis zum 31. Januar 2021 fortgesetzt wird. Das betreffende „öffentliche Amt“ iSd. Art. 33 Abs. 2 GG soll damit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden. Das beklagte Land

tritt der Klägerin deshalb im Vorfeld des Vertragsschlusses nicht als Hoheitsträger gegenüber, der die Rechtsbeziehung der Parteien einseitig im Wege des Verwaltungsakts auszugestalten berechtigt ist, sondern bedient sich für den Abschluss des Arbeitsvertrags - als Arbeitgeber des Privatrechts - der Instrumentarien des privaten Rechts. Es bewegt sich somit bei seiner Entscheidung, ob und zu welchen Bedingungen es mit einem Stellenbewerber ein Arbeitsverhältnis begründet, auf dem „Boden des Privatrechts“ (*vgl. BAG 23. August 1989 - 7 AZR 546/88 - zu I der Gründe; 14. Dezember 1988 - 7 AZR 773/87 - zu I 2 der Gründe*). Art. 33 Abs. 2 GG gestaltet dabei das zivilrechtlich geprägte Auswahlverfahren lediglich inhaltlich aus, ohne dass dadurch dessen Rechtscharakter berührt wird. Dies gilt unabhängig davon, dass die Klägerin geltend macht, durch den Abbruch des Stellenbesetzungsverfahrens in ihrem Anspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt worden zu sein (*vgl. BAG 23. August 1989 - 7 AZR 546/88 - zu I der Gründe*).

Kiel

Suckow

Zimmermann