

# BUNDEARBEITSGERICHT



9 AZB 93/20  
3 Ta 317/20  
Landesarbeitsgericht  
Düsseldorf

## BESCHLUSS

In Sachen

Verfügungsklägerin, Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

pp.

verfügungsbeklagtes, beschwerdegegnerisches und rechtsbeschwerdegegnerisches Land,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts am 27. April 2021 beschlossen:

1. Auf die Rechtsbeschwerde der Verfügungsklägerin wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 9. November 2020 - 3 Ta 317/20 - aufgehoben.
2. Auf die sofortige Beschwerde der Verfügungsklägerin wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 10. September 2020 - 10 Ga 44/20 - abgeändert.
3. Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitsachen wird für zulässig erklärt.

## Gründe

I. Die Verfügungsklägerin verlangt, dem verfügungsbeklagten Land (im Folgenden: beklagten Land) im Wege einer einstweiligen Verfügung aufzugeben, 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 ihrem am 31. August 2020 beim Arbeitsgericht eingegangenen und dem beklagten Land am 7. September 2020 zugestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung begehrt die Klägerin die Fortführung des Stellenbesetzungsverfahrens. Für einen Abbruch des Bewerbungsverfahrens liege kein sachlicher Grund vor, sodass dieser rechtswidrig sei. Die Klägerin hat beantragt, 5

das beklagte Land im Wege der einstweiligen Verfügung zu verpflichten, das abgebrochene Stellenbesetzungsverfahren hinsichtlich der am H in K für die Zeit vom 12. August 2020 bis zum 31. Januar 2021 ausgeschriebenen Vertretungsstelle (Schule 164940) mit einer Unterrichtsverpflichtung von 12,5/25,5 Pflichtwochenstunden mit dem bestehenden Bewerberkreis unter Einbeziehung der Verfügungsklägerin fortzusetzen.

Nach Anhörung der Parteien hat das Arbeitsgericht mit Beschluss vom 10. September 2020 (- 10 Ga 44/20 -) den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für unzulässig erklärt und das Verfahren an das Verwaltungsgericht verwiesen. Das Arbeitsgericht hat der sofortigen Beschwerde der Klägerin mit Beschluss vom 15. Oktober 2020 nicht abgeholfen und sie dem Landesarbeitsgericht zur Entscheidung vorgelegt. Das Landesarbeitsgericht hat die sofortige Beschwerde mit Beschluss vom 9. November 2020 zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde für die Parteien zugelassen. 6

II. Die Rechtsbeschwerde der Klägerin ist zulässig und begründet. 7

1. Die form- und fristgerecht eingelegte Rechtsbeschwerde ist statthaft. Die Begrenzung des Instanzenzugs, infolge deren das Landesarbeitsgericht über das Begehren der Klägerin, ihr vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, abschließend entscheidet, berührt die Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde im vorliegenden Verfahren nicht. 8

a) Gegen ein Urteil des Landesarbeitsgerichts, mit dem dieses über das auf die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gerichtete Gesuch der Klägerin als solches entscheiden würde, wäre die Revision nach § 72 Abs. 4 ArbGG nicht statthaft. Entscheidet das Landesarbeitsgericht über das einstweilige Rechtsschutzbegehren durch Beschluss, gilt Gleiches für die Rechtsbeschwerde (§ 48 Abs. 1, § 78 Satz 1 ArbGG iVm. § 574 Abs. 1 Satz 2, § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Diese Rechtslage rechtfertigt jedoch nicht den Schluss, die Rechtsbeschwerde sei auch in den Fällen ausgeschlossen, in denen die Parteien eines Verfahrens, das den Erlass einer einstweiligen Verfügung zum Gegenstand hat, als Vorfrage über den zutreffenden Rechtsweg streiten (vgl. zu § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO BGH 9

7. November 2019 - V ZB 12/16 - Rn. 7; so bereits zur weiteren sofortigen Beschwerde nach altem Recht BAG 29. Oktober 2001 - 5 AZB 44/00 - zu II der Gründe; 24. Mai 2000 - 5 AZB 66/99 - zu II 1 der Gründe; aA GMP/Müller-Glöge ArbGG 9. Aufl. § 78 Rn. 49; Walker in Schwab/Weth 5. Aufl. ArbGG § 48 Rn. 78). Weder die für das Revisionsverfahren geltende Vorschrift des § 72 Abs. 4 ArbGG noch die Regelungen zum Beschwerdeverfahren (§ 48 Abs. 1, § 78 Satz 1 ArbGG iVm. § 574 Abs. 1 Satz 2, § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO) finden in einem solchen Fall Anwendung.

aa) Die Frage, ob und gegebenenfalls welche Rechtsbehelfe den Parteien eines Rechtswegbestimmungsverfahrens zustehen, ist in § 17a Abs. 4 Satz 3 bis 6 GVG abschließend geregelt. § 17a Abs. 4 Satz 4 GVG bestimmt, dass den Parteien die Beschwerde gegen einen Beschluss des oberen Landesgerichts an den obersten Gerichtshof des Bundes unter den dort genannten Voraussetzungen zusteht. Beschwerde im Sinne dieser Vorschrift ist seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses vom 27. Juli 2001 (BGBl. I S. 1887) am 1. Januar 2002 die Rechtsbeschwerde im Sinne der §§ 574 ff. ZPO (vgl. BAG 26. September 2002 - 5 AZB 15/02 - Rn. 12, BAGE 103, 16). Die Bestimmung des § 17a Abs. 4 Satz 4 GVG verdrängt aus Gründen der Spezialität die allgemeinen Vorschriften des § 72 Abs. 4 ArbGG und des § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO (in diesem Sinne LAG Düsseldorf 21. August 2020 - 3 Ta 202/20 - Rn. 44; vgl. ferner ErfK/Koch 21. Aufl. ArbGG § 48 Rn. 8; Zöller/Lückemann ZPO 33. Aufl. § 17a GVG Rn. 16; MüKoZPO/Zimmermann 5. Aufl. § 17a GVG Rn. 35). Die Statthaftigkeit hängt somit allein von der Zulassung durch das Landesarbeitsgericht ab, die unter den Voraussetzungen des § 17a Abs. 4 Satz 5 GVG vom Landesarbeitsgericht auszusprechen ist und das Bundesarbeitsgericht nach § 17a Abs. 4 Satz 6 GVG bindet. Die „Vorschriften der jeweiligen Verfahrensordnung“ iSd. § 17a Abs. 4 Satz 3 GVG - in zivilprozessualen Verfahren die §§ 574 ff. ZPO - regeln damit nicht die Frage der Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde, sondern lediglich die weitere Ausgestaltung des Rechtsbeschwerdeverfahrens (vgl. BAG 19. Dezember 2002 - 5 AZB 54/02 - Rn. 3, BAGE 104, 239).

10

- bb) Das besondere Eilbedürfnis, welches das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes prägt, steht der Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde nicht entgegen. Dem Interesse der Allgemeinheit an der Einheitlichkeit der Rechtsprechung über die Frage des Rechtswegs (*vgl. hierzu BGH 29. Juli 2004 - III ZB 2/04 - Rn. 8*) ist auch in den Fällen des einstweiligen Rechtsschutzes der Vorrang einzuräumen. Hätte der Gesetzgeber die Verfahren, in denen eine Partei vorläufigen Rechtsschutz sucht, aus dem Anwendungsbereich des § 17a Abs. 4 GVG ausnehmen wollen, hätte es vor dem Hintergrund des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter, der gemäß Art. 101 GG verfassungsrechtlich gewährleistet ist (*siehe hierzu BAG 3. November 2020 - 9 AZB 47/20 - Rn. 16*), einer eindeutigen Regelung bedurft (*vgl. LAG Düsseldorf 21. August 2020 - 3 Ta 202/20 - Rn. 44*). Hieran fehlt es. 11
- cc) Der Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde steht auch nicht entgegen, dass das Gericht, das über ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache entscheidet, nach § 17a Abs. 5 GVG nicht prüft, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist. Die Beschränkung der dem Beschwerdegericht obliegenden Prüfungsbefugnis gilt nicht für das Rechtswegbestimmungsverfahren, das in § 17a Abs. 4 GVG abschließend geregelt ist (*im Ergebnis ebenso BGH 7. November 2019 - V ZB 12/16 - Rn. 7*). 12
- dd) Soweit das Bundesverwaltungsgericht davon ausgeht, in einem Verfahren über die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach den Bestimmungen der Verwaltungsgerichtsordnung sei eine weitere Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gegen eine Entscheidung eines Oberverwaltungsgerichts über die Unzulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs ausgeschlossen (*vgl. BVerwG 8. August 2006 - 6 B 65.06 - Rn. 5*), beruht diese Entscheidung auf Unterschieden zwischen den jeweils anzuwendenden Verfahrensordnungen der Verwaltungsgerichtsordnung und der Zivilprozessordnung (*vgl. BGH 9. November 2006 - I ZB 28/06 - Rn. 5*). Anders als in der Verwaltungsgerichtsordnung (§ 152 VwGO) ist in der Zivilprozessordnung ein Rechtsbeschwerdeverfahren vorgesehen (§§ 574 - 577 ZPO). Ähnliches gilt für die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, das maßgeblich auf die sozialgerichtliche Vorschrift des § 177 13

SGG abstellt (vgl. BSG 6. März 2019 - B 3 SF 1/18 R - Rn. 13; zu verfassungsrechtlichen Implikationen siehe BVerfG 14. Februar 2016 - 1 BvR 3514/14 - Rn. 9).

2. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die sofortige Beschwerde der Klägerin gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts zu Unrecht zurückgewiesen. 14

a) 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-rechtlichen 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. 15

b) Dies hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen ist nach § 2 Abs. 1 Nr.3 Buchst. c ArbGG eröffnet. 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. 16

aa) 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. 17

bb) Das Rechtsverhältnis ist öffentlich-rechtlich, wenn die das Rechtsverhältnis beherrschenden Rechtsnormen nicht für jedermann gelten, sondern Sonder- 18

recht 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*).

cc) 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 daher an die Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG nicht in seiner Funktion als öffentlicher Verwaltungsträger, sondern als privatrechtlicher Arbeitgeber gebunden. 19

(1) 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 er- 20

messens- 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).

(2) 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

21



Abs. 2 GG verletzt worden zu sein (*vgl. BAG 23. August 1989 - 7 AZR 546/88 - zu I der Gründe*).

Kiel

Weber

Zimmermann