

# BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZB 19/21  
3 Ta 8/21  
Landesarbeitsgericht  
Bremen

## BESCHLUSS

In Sachen

Verfügungsbeklagte, Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

pp.

Verfügungskläger, Beschwerdegegner und Rechtsbeschwerdegegner,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts am 21. Juli 2021 beschlossen:

1. Auf die Rechtsbeschwerde der Verfügungsbeklagten wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 12. April 2021 - 3 Ta 8/21 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur erneuten Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückverwiesen.

## Gründe

I. Der Verfügungskläger (im Folgenden: Kläger) verlangt, der Verfügungsbeklagten (im Folgenden: Beklagten) im Wege einer einstweiligen Verfügung zu untersagen, die Stelle einer Abteilungsleitung für den Bereich „Straßenerhaltung“ beim Amt für Straßen und Verkehr vor dem rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens zu besetzen. 1

Die Beklagte beschäftigt den Kläger seit 2017, zuletzt als Referatsleiter beim Amt für Straßen und Verkehr. Unter dem 2. Dezember 2020 bewarb sich der Kläger auf die von der Beklagten ausgeschriebene Stelle „einer Abteilungsleitung (w/m/d)“ für den Bereich „Straßenerhaltung“, bewertet nach Besoldungsgruppe A 15 bzw. Entgeltgruppe 15 TV-L. Mit E-Mail vom 16. Februar 2021 teilte die Beklagte dem Kläger mit, sie habe sich entschieden, die Stelle mit einem Mitbewerber zu besetzen. 2

Mit einem am 24. Februar 2021 beim Arbeitsgericht Bremen eingegangenen Schriftsatz hat der Kläger ein Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung eingeleitet. Er hat beantragt, 3

der Beklagten wird im Wege der einstweiligen Verfügung aufgegeben, bis zur Entscheidung über die Hauptsache die Stelle einer Abteilungsleitung für den Bereich „Straßenerhaltung“ beim Amt für Straßen und Verkehr nicht zu besetzen.

Das Arbeitsgericht hat die Parteien zur Rechtswegzuständigkeit angehört. Die Beklagte ist einer Verweisung an das Verwaltungsgericht entgegengetreten. Das Arbeitsgericht hat den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Verwaltungsgericht Bremen verwiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die sofortige Beschwerde des Klägers zurückgewiesen, nachdem das Arbeitsgericht ihr nicht abgeholfen hatte. Dagegen wendet sich die Beklagte mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde. 4

- II. Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg. 5
1. Die Rechtsbeschwerde ist nach § 17a Abs. 4 Satz 4 GVG statthaft und nach § 78 ArbGG, §§ 574 ff. ZPO auch im Übrigen zulässig. 6
- a) 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 nur zusteht, wenn die Beschwerde in dem Beschluss zugelassen worden ist. Die Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde 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. 7
- b) Vorliegend hat das Landesarbeitsgericht die Rechtsbeschwerde im angefochtenen Beschluss zugelassen. Die Begrenzung des Instanzenzugs durch § 72 Abs. 4 ArbGG bzw. § 78 Satz 1 ArbGG iVm. § 574 Abs. 1 Satz 2, § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO, in deren Folge das Landesarbeitsgericht über das Begehren des Klägers, ihm vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, in der Sache abschließend entscheidet, berührt die Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht. Verfahren, in denen eine Partei vorläufigen Rechtsschutz sucht, sind aus dem Anwendungsbereich des § 17a Abs. 4 GVG nicht ausgenommen (*vgl. hierzu im Einzelnen BAG 15. April 2021 - 9 AZB 92/20 - Rn. 6 ff.; im Ergebnis ebenso zur Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes BVerwG 17. März 2021 - 2 B 3/21 - Rn. 7*). 8
2. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung durfte die sofortige Beschwerde der Beklagten gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts nicht zurückgewiesen werden. Auf der Grundlage der bislang vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen ist der Senat allerdings an einer eigenen Sachentscheidung gehindert (§ 577 Abs. 5 Satz 1 9

ZPO). Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht als Beschwerdegericht zur erneuten Entscheidung (§ 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO).

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 Verwaltungsgerichten zu entscheiden. Eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit liege nicht vor, da der Kläger seinen 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. 10

b) Diese Begründung hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, dass es sich bei einem auf die Vergabe eines öffentlichen Amtes nach Art. 33 Abs. 2 GG gerichteten Konkurrentenstreitverfahren stets um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeiten handelt, für die der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. 11

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. a ArbGG ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern. Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich oder bürgerlich-rechtlich ist, richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird (*GmS-OGB 29. Oktober 1987 - GmS-OGB 1/86 - zu III 1 der Gründe; 10. April 1986 - GmS-OGB 1/85 - zu III 1 der Gründe; BAG 11. Juni 2003 - 5 AZB 1/03 - zu II 2 der Gründe, BAGE 106, 269; BVerwG 26. Mai 2010 - 6 A 5.09 - Rn. 17; BGH 14. Juli 2011 - III ZB 75/10 - Rn. 12*). Nicht entscheidend ist, ob sich die klagende Partei auf eine zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlage beruft (*vgl. BAG 4. September 2018 - 9 AZB 10/18 - Rn. 15; 16. Februar 2000 - 5 AZB 71/99 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 93, 310; BVerwG 26. März 2018 - 7 B 8.17 - Rn. 5*). Das 12

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*).

bb) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist der Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG als solcher weder von vornherein öffentlich-rechtlicher noch bürgerlich-rechtlicher Natur. 13

(1) Art. 33 Abs. 2 GG sichert anhand der dort genannten Kriterien den Anspruch auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und deren Durchführung. Dieser Verfahrensanspruch als solcher hat je nach Bewerberfeld - Arbeitnehmer, Selbstständige oder Beamte - und dem ausgeschriebenen öffentlichen Amt - nach Tarifvertrag oder nach Statusamt oder offen nach beiden Möglichkeiten - öffentlich-rechtlichen oder bürgerlich-rechtlichen Charakter (*BVerwG 17. März 2021 - 2 B 3/21 - Rn. 19*). 14

(2) Ausschlaggebend für die Zuordnung als öffentlich-rechtliche bzw. bürgerlich-rechtliche Streitigkeit ist weder die abstrakte Möglichkeit, den Beamtenstatus zu erlangen noch allein die Frage des Zugangs zu einem öffentlichen Amt nach den materiellen Kriterien von Art. 33 Abs. 2 GG. Für die Bestimmung des Rechtswegs ist unerheblich, dass die Einstellungskörperschaft Hoheitsträgerin ist und eine zu besetzende Stelle die Qualität eines öffentlichen Amtes iSv. Art. 33 Abs. 2 GG hat (*zum Begriff des öffentlichen Amtes vgl. BAG 12. April 2016 - 9 AZR 673/14 - Rn. 16 mwN, BAGE 155, 29*). Denn ein öffentliches Amt kann sowohl an einen Arbeitnehmer mittels Arbeitsvertrags vergeben werden als 15

auch einem Beamten durch die Übertragung eines Statusamtes verliehen werden. Wie die Antragsgegnerin dabei handelt - öffentlich-rechtlich als Dienstherr durch die Verleihung eines Statusamtes oder bürgerlich-rechtlich als Arbeitgeberin durch die Begründung eines Arbeitsverhältnisses -, ist außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 33 Abs. 4 GG ihr überlassen. Art. 33 Abs. 2 GG wendet sich an "staatliche Arbeitgeber" nur dann in ihrer hoheitlichen Funktion als Dienstherr, wenn es um die Verleihung eines öffentlichen Amtes durch Begründung eines Beamtenverhältnisses geht. Dagegen wird dieselbe Körperschaft als private Arbeitgeberin und nicht als Trägerin hoheitlicher Gewalt nach Art. 33 Abs. 2 GG bei der Vergabe eines öffentlichen Amtes durch Arbeitsvertrag verpflichtet (*vgl. BAG 15. April 2021 - 9 AZB 92/20 - Rn. 17; BVerwG 17. März 2021 - 2 B 3/21 - Rn. 18*).

cc) Bei dem Streit um die Vergabe eines öffentlichen Amtes nach Art. 33 Abs. 2 GG ist für die Bestimmung des zulässigen Rechtswegs wie folgt zu differenzieren: 16

(1) Geht es um die Auswahlentscheidung für eine Stelle, von der noch nicht klar ist, in welcher konkreten Organisationsform (als Statusamt oder durch Arbeitsvertrag) sie vergeben wird, ist im Fall einer gemischten Bewerberkonkurrenz nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet, wenn ein Beamter um Rechtsschutz nachsucht oder ein - auch nichtbeamteter - Dritter sich gegen die Auswahlentscheidung zugunsten eines Beamten wendet (*vgl. BVerwG 17. März 2021 - 2 B 3/21 - Rn. 19*). Der Bewerbungsverfahrensanspruch hat nur dann für alle Mitbewerber - unabhängig von ihrem Status als Arbeitnehmer, Selbstständige oder Beamte - einen einheitlichen öffentlich-rechtlichen Charakter iSv. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO, wenn der von der Auswahlentscheidung nach Art. 33 Abs. 2 GG für ein Statusamt Betroffene entweder unterlegener Beamter ist oder er als beamteter oder nichtbeamteter Antragsteller um Rechtsschutz gegen die Auswahl des erfolgreichen Beamten nachsucht. In einem solchen Fall ist nämlich - unabhängig vom Ergebnis der konkreten Auswahlentscheidung - der verfahrensrechtliche Sonderstatus eines zum Bewerberkreis um das öffentliche Amt gehörenden Beamten unmittelbar betroffen. Die 17

Auswahl eines Dritten bei der Vergabe des öffentlichen Amtes berührt sein Sonderstatusverhältnis als Beamter nicht nur dann, wenn seine Bewerbung um dieses Amt unberücksichtigt bleibt, sondern umgekehrt auch dann, wenn ein unterlegener Dritter, gleich welchen Status er inne hat, die Auswahlentscheidung zu Gunsten des Beamten angreift (*BVerwG 17. März 2021 - 2 B 3/21 - Rn. 20*). Dem Beamten steht dabei nicht nur wie dem nicht beamteten Bewerber ein Anspruch nach Art. 33 Abs. 2 GG auf Einbeziehung und Berücksichtigung bei der bestmöglichen Besetzung zu (*sog. Bestenauswahl; stRspr, vgl. BAG 28. Januar 2020 - 9 AZR 91/19 - Rn. 27; BVerwG 19. März 2015 - 2 C 12.14 - Rn. 49*). Der Beamte ist vielmehr durch die Auswahlentscheidung zusätzlich in seinem beamtenspezifischen grundrechtsgleichen Recht auf „ein angemessenes berufliches Fortkommen“ unmittelbar betroffen. Dieses Recht leitet das Bundesverfassungsgericht aus Art. 33 Abs. 2 GG iVm. den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums aus Art. 33 Abs. 5 GG her (*BVerfG 16. Dezember 2015 - 2 BvR 1958/13 - Rn. 31, 36*). Zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums iSv. Art. 33 Abs. 5 GG gehört ua. das Laufbahnprinzip, wonach für die Einstellung und das berufliche Fortkommen des Beamten als Ausdruck des Leistungsprinzips Laufbahnen mit jeweils typisierten Mindestanforderungen bestehen (*vgl. näher BVerfG 12. Februar 2003 - 2 BvR 709/99 -*). Eine entsprechende arbeitsrechtliche Rechtsgrundlage des Besetzungsverfahrens für ein in Streit stehendes öffentliches Amt gibt es nicht (*BVerwG 17. März 2021 - 2 B 3/21 - Rn. 21 f.*).

(2) Demgegenüber handelt es sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, für die der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG eröffnet ist, wenn die Stellenausschreibung auf die Begründung eines Arbeitsverhältnisses und nicht - jedenfalls nicht unmittelbar - auf die eines Beamtenverhältnisses ausgerichtet ist. Für das Verfahren um die Besetzung einer Stelle im Arbeitsverhältnis des öffentlichen Dienstes sind die Arbeitsgerichte zuständig, unabhängig davon, ob der Bewerber Beamter oder Arbeitnehmer ist (*vgl. BVerwG 19. Juli 2017 - 2 A 9.16 - Rn. 6 f.*). Um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit handelt es sich auch dann, wenn die Stelle offen ausgeschrieben ist, sich

18

ausschließlich Arbeitnehmer beworben haben und die Stelle nach der Auswahlentscheidung mit einem Mitbewerber des Antragstellers durch Abschluss eines Arbeitsvertrags besetzt werden soll (*BVerwG 17. März 2021 - 2 B 3/21 - Rn. 12 f.*).

3. Der Senat ist an einer eigenen Sachentscheidung gehindert (§ 577 Abs. 5 Satz 1 ZPO). Ob es sich bei dem auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gerichteten Verfahren um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aus dem Arbeitsverhältnis iSv. § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a ArbGG handelt, für das die Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig sind oder um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit iSd. § 40 Abs. 1 VwGO, für die der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, steht derzeit nicht fest. Das Landesarbeitsgericht hat - ausgehend von seinem Rechtsstandpunkt konsequent - keine Feststellungen zum Bewerberkreis und zum (weiteren) Inhalt der Auswahlentscheidung der Beklagten getroffen. Der Senat vermag deshalb auf der Grundlage der bislang vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen nicht zu beurteilen, ob der Rechtsstreit in die Entscheidungszuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen fällt. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht als Beschwerdegericht zur erneuten Entscheidung (§ 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO) über die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs. Das Landesarbeitsgericht wird nach der Zurückverweisung der Sache den Parteien rechtliches Gehör zu gewähren und aufzuklären haben, ob ausgehend von den vorstehenden Grundsätzen die Gerichte für Arbeitssachen zuständig sind oder eine der Fallkonstellationen gegeben ist, bei denen der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. In diesem Zusammenhang ist die Beklagte aufzufordern, sich zum Bewerberkreis zu erklären und mitzuteilen, ob die Stelle dem von ihr ausgewählten Mitbewerber im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses oder eines Beamtenverhältnisses übertragen werden soll.

19

Kiel

Zimmermann

Weber