



Landesarbeitsgericht Bremen

1 Ta 19/20
9 Ga 904/20

Beschluss

In dem Beschwerdeverfahren

– Verfügungsklägerin –

Prozessbevollmächtigter:

g e g e n

– Verfügungsbeklagte und Beschwerdeführerin –

Prozessbevollmächtigte:

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Bremen ohne mündliche Verhandlung am
9. November 2020 durch beschlossen:

**Die sofortige Beschwerde der Verfügungsbeklagten vom 22.09.2020
gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Bremen-Bremerhaven
vom 17.09.2020 – 9 Ga 904/20 – wird kostenpflichtig
zurückgewiesen.**

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

RECHTSBESCHWERDE

Gegen diesen Beschluss kann beim Bundesarbeitsgericht Rechtsbeschwerde eingelegt werden.

Die Rechtsbeschwerde muss

innerhalb einer Notfrist* von einem Monat

nach der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses schriftlich oder in elektronischer Form beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361 2636 2000

eingelegt werden.

Die Rechtsbeschwerdeschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

Rechtsanwälte,
Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nr. 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung der Mitglieder dieser Organisation oder eines anderen Verbandes oder Zusammenschlusses mit vergleichbarer Ausrichtung entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Rechtsbeschwerdeschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

Die elektronische Form wird durch ein elektronisches Dokument gewahrt. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 46c ArbGG nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (ERVV) v. 24. November 2017 in der jeweils geltenden Fassung eingereicht werden. Nähere Hinweise zum elektronischen Rechtsverkehr finden Sie auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts www.bundesarbeitsgericht.de.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Gründe:

I.

Die Parteien streiten im einstweiligen Verfügungsverfahren über die Frage, ob der Verfügungsbeklagten zu untersagen ist, die Stelle einer Referatsleiterin im Referat Z1 „Personal“ (Kennziffer 06/20) vor dem rechtskräftigen Abschluss des gleichzeitig eingeleiteten Hauptsacheverfahrens zu besetzen.

Die am geborene Verfügungsklägerin ist bei der Verfügungsbeklagten seit April 2005 auf verschiedenen Positionen tätig, zuletzt im Landeskrisenstab Corona.

Mit Schreiben vom 10.06.2020 bewarb sich die Klägerin auf die in diesem Verfahren streitgegenständliche Stelle (Bl. 9 ff. d. A.). Wegen der Einzelheiten der diesbezüglichen Stellenausschreibung wird auf Bl. 7 d. A. verwiesen.

Mit Schreiben vom 01.09.2020 wurde der Verfügungsklägerin mitgeteilt, dass die Verfügungsbeklagte sich entschieden habe, die Stelle mit einer anderen Bewerberin/einem anderen Bewerber zu besetzen (Bl. 27 d. A.). Mit ihrem am 13.09.2020 beim Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven eingegangenen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung verfolgt die Verfügungsklägerin ihr Begehren auf Wahrung ihres Bewerbungsverfahrensanspruchs.

Mit Hinweisbeschluss des Arbeitsgerichts vom 14.09.2020 wurden die Parteien zur Frage der Rechtswegzuständigkeit angehört. Die Parteien haben hierzu Stellung genommen und die Auffassung vertreten, dass für die vorliegende Rechtsstreitigkeit der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet sei. Mit Beschluss vom 17.09.2020 hat das Arbeitsgericht den angerufenen Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Verwaltungsgericht Bremen verwiesen (zum Inhalt des Beschlusses wird auf Bl. 60 ff. d. A. verwiesen). Der Beschluss wurde den Verfahrensbevollmächtigten der Verfügungsbeklagten am 21.09.2020 zugestellt.

Gegen diesen Beschluss hat die Verfügungsbeklagte mit Schriftsatz vom 22.09.2020 sofortige Beschwerde eingelegt und beantragt, festzustellen, dass der von der Antragstellerin angerufene Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet ist. Zur Begründung hat die Verfügungsbeklagte ausgeführt, dass die Arbeitsgerichte zuständig seien bei der Klage eines Arbeitnehmers auf Abschluss eines Arbeitsvertrages oder auf Übertragung einer höher bewerteten Stelle gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 a bzw. c ArbGG. Zwar habe der öffentliche Arbeitgeber bei seiner Besetzungsentscheidung Art. 33 Abs. 2 des Grundgesetzes zu beachten, dies führe jedoch nicht zur Annahme einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit im vorliegenden Verfahren. Denn die Beachtung

verfassungsrechtlicher Normen und Grundsätze sei bekanntlich auch bei der Anwendung von Generalklauseln im Zivilrecht selbstverständlich und daher irrelevant für die Zuständigkeit der Gerichte. Auch nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sei der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten in arbeitsrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren gegeben.

Mit Beschluss vom 02.10.2020 half das Arbeitsgericht der sofortigen Beschwerde der Verfügungsbeklagten nicht ab und verwies zur Begründung auf die Ausführungen im Beschluss vom 17.09.2020.

Mit Schriftsatz vom 09.10.2020 begründete die Verfügungsbeklagte ihre sofortige Beschwerde ergänzend gegenüber dem Landesarbeitsgericht. Sie verweist darauf, dass auch die Verfügungsklägerin ihre Rechtsauffassung teile und von einer Zuständigkeit der Arbeitsgerichte im Streitfall ausgehe. Vorliegend handele es sich um einen bürgerlichen Rechtsstreit und nicht um einen solchen öffentlich-rechtlicher Natur. Entscheidend sei, dass zwischen den Parteien eine Beziehung bestehe, die dem Zivilrecht zuzuordnen sei. Im streitgegenständlichen Konkurrentenstreitverfahren gehe es nicht um die Begründung eines Arbeitsverhältnisses, da zwischen den Parteien bereits ein Arbeitsverhältnis bestehe. In der Sache gehe es der Verfügungsklägerin daher um eine Versetzung und eine Beförderung bzw. Höhergruppierung. Auf Grund des bestehenden Arbeitsvertrages handele es sich um eine bürgerliche Streitigkeit zwischen Arbeitnehmerin und Arbeitgeber. Die Arbeitsgerichte seien im Ergebnis ausschließlich zuständig für alle Rechtsstreitigkeiten aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses. Zudem sei das Rechtsschutzziel in arbeitsrechtlichen Konkurrentenstreitigkeiten gerichtet auf die Durchsetzung eines individuellen Rechts, es gehe den Bewerbern aber nicht um die Sicherung des Prinzips der Bestenauslese.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

Die sofortige Beschwerde der Verfügungsbeklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Sie ist zulässig, aber unbegründet.

1. Die sofortige Beschwerde der Verfügungsbeklagten ist gem. §§ 48 Abs. 1, 17 a Abs. 4 Satz 3 GVG, 78 Satz 1 ArbGG , 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO statthaft. Sie ist zudem gem. §§ 78 Satz 1 ArbGG, 569 ZPO form- und fristgerecht eingelegt worden und damit auch im Übrigen zulässig.

Über die Beschwerde war nach § 78 Satz 3 ArbGG ohne Hinzuziehung der ehrenamtlichen Richter durch den Vorsitzenden allein zu entscheiden.

2. Die Beschwerde der Verfügungsbeklagten ist unbegründet, da das Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven in dem angefochtenen Beschluss zu Recht die Beschreitung des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Verwaltungsgericht Bremen verwiesen hat. Denn für eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte fehlt es im vorliegenden Fall bereits an der Grundvoraussetzung der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit, die allen Zuweisungstatbeständen des § 2 ArbGG unabdingbar zu Grunde liegt. Es liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, die nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO von den Verwaltungsgerichten zu entscheiden ist. Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, die nicht ausdrücklich einem anderen Gericht zugewiesen ist. Dem steht weder entgegen dass sich die Verfügungsklägerin derzeit bereits in einem Arbeitsverhältnis zur Verfügungsbeklagten befindet, noch, dass die Stelle, auf die sich die Verfügungsklägerin vorliegend beworben hat, (auch) als Arbeitsverhältnis ausgestaltet ist.

a) Mit ihrem Antrag, der Verfügungsbeklagten zu untersagen, die Stelle einer Referatsleiterin im Referat Z1 (Kennziffer 06/20) vor dem rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens, hilfsweise nicht vor Ablauf von zwei Wochen nach Durchführung eines erneuten Auswahlverfahrens, zu besetzen, macht die Verfügungsklägerin einen Rechtsanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG geltend. Gleiches gilt für ihren Antrag im Hauptsacheverfahren, die Verfügungsbeklagte zu verurteilen, über ihre Bewerbung auf die ausgeschriebene Stelle einer Referatsleiterin erneut zu entscheiden. Der Verfügungsklägerin geht es um die Sicherung ihres Bewerbungsverfahrensanspruchs.

aa) Ob eine Streitigkeit bürgerlich-rechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Art ist, richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch abgeleitet wird (GmS-OGB vom 10.07.1989, GmS-OGB 1/88; GmS-OGB vom 29.10.1987, GmS-OGB 1/86; GmS-OGB vom 10.04.1986, GmS-OGB 1/85; BAG vom 04.09.2018, 9 AZB 10/18; BAG vom 22.11.2016, 9 AZB 41/16). Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit kann nicht nur bestehen, wenn die Beteiligten

zueinander in einem hoheitlichen Verhältnis der Über- und Unterordnung stehen, sondern auch dann, wenn sie sich in einem Gleichordnungsverhältnis gegenüberstehen. Entscheidend ist die wahre Natur des Anspruchs, wie er sich nach dem Sachvortrag des Klägers darstellt, und nicht, ob dieser sich auf eine zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlage beruft (BAG vom 04.09.2018, a.a.O.; BAG vom 01.08.2017, 9 AZB 45/17).

Maßgeblich ist, ob der zur Klagbegründung vorgetragene Sachverhalt für die aus ihm hergeleitete Rechtsfolge von Rechtssätzen des bürgerlichen Rechts oder des öffentlichen Rechts geprägt wird (BAG vom 04.09.2018, a.a.O.; BAG vom 07.05.2013, 10 AZB 8/13; LAG Düsseldorf vom 21.08.2020, 3 Ta 202/20). Ein 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 vom 04.09.2018, a.a.O.; BAG vom 01.08.2017, a.a.O.). 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 (BAG vom 04.09.2018, a.a.O.).

bb) Bei Anwendung der vorstehenden Grundsätze auf den Streitfall ergibt sich, dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im vorliegenden einstweiligen Verfügungsverfahren gegeben ist. Denn der zur Begründung von der Verfügungsklägerin vorgetragene Sachverhalt ist auf die Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs gerichtet und daher von Rechtssätzen des öffentlichen Rechts und eben nicht des bürgerlichen Rechts geprägt (LAG Düsseldorf vom 21.08.2020, a.a.O.; OVG Rheinland-Pfalz vom 25.03.2019, 2 B 10139/18M; OVG Bremen vom 18.03.2020, 2 B 50/20; a.A.: BAG vom 02.12.1997, 9 AZR 445/96). Steht fest, welche Rechtssätze für den geltend gemachten Anspruch streitentscheidend sind, bestimmt sich der Charakter der Streitigkeit danach, ob die Rechtssätze dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehören (s. nur Ehlers/Schneider in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn 217 f.; LAG Bremen vom 14.10.2020, 3 Ta 16/20).

Vorliegend macht die Verfügungsklägerin keinen Anspruch aus ihrem bereits zur Verfügungsbeklagten bestehenden Arbeitsverhältnis geltend, sondern einen solchen aus Art. 33 Abs. 2 GG.

cc) 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

solche Stellen, die ein öffentlicher Arbeitgeber 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 Verfassungsnorm dem berechtigten Interesse der Bediensteten an einem angemessenen dienstlichen Fortkommen dadurch Rechnung, dass sie grundrechtsgleiche Rechte auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl begründet. Beamten und Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst steht deshalb bei der Besetzung von Ämtern des öffentlichen Dienstes ein verfassungsrechtlicher Bewerbungsverfahrenanspruch zu, woraus angesichts der Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung ein subjektives Recht jedes Bewerbers auf chancengleiche Teilnahme am Bewerbungsverfahren folgt (BAG vom 12.12.2017, 9 AZR 152/17; BAG vom 19.05.2015, 9 AZR 837/13).

Dieses subjektive Recht der Bewerberinnen und Bewerber begründet eine ausschließliche Verpflichtung des Staates und seiner Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts. Nur diese als Träger hoheitlicher Gewalt werden verpflichtet. Gleichgültig ist dabei, ob es um ein Stellenbesetzungsverfahren zur Besetzung einer Beamten- oder einer Stelle im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses im öffentlichen Dienst geht (BAG vom 12.12.2017, a.a.O.; BAG vom 19.05.2015, a.a.O.). Während der private Arbeitgeber frei darin ist, mit wem er welche vertraglichen Bindungen eingehen möchte und welche Stellen er mithin mit welchen Bewerbern besetzt, unterliegt der öffentliche Arbeitgeber im Stellenbesetzungsverfahren den speziellen Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG. Die Norm begründet damit eine einseitige Verpflichtung von Trägern hoheitlicher, staatlicher Gewalt und ist daher dem öffentlichen Recht zuzuordnen (OVG Bremen vom 18.03.2020, a.a.O.; OVG Rheinland-Pfalz vom 25.03.2019, a.a.O.; LAG Düsseldorf vom 21.08.2020, a.a.O.; LAG Bremen vom 14.10.2020, a.a.O.; Pützer, der Rechtsweg für arbeitsrechtliche Konkurrentenklagen im öffentlichen Dienst, RdA 2016, 289 f.).

Daran ändert sich auch nichts, weil das angestrebte öffentliche Amt im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden kann bzw. - wie im Streitfall - die Verfügungsklägerin sich bereits aktuell in einem Arbeitsverhältnis zur Verfügungsbeklagten befindet. Denn die streitentscheidende Norm bleibt öffentlich-rechtlicher Natur und verpflichtet die Verfügungsbeklagte unverändert allein als staatlicher Hoheitsträger (LAG Düsseldorf vom 21.08.2020, a.a.O.). Die Verfügungsbeklagte tritt der Bewerberin im Besetzungsverfahren eben nicht wie

ein privater Arbeitgeber gegenüber. Art. 33 Abs. 2 GG bezieht sich auf die Besetzung eines öffentlichen Amtes. Dieser Begriff ist weit auszulegen und umfasst grundsätzlich sämtliche vom Staat bereitgestellten Positionen, gleichgültig, ob diese mit Beamten oder Arbeitnehmern zu besetzen sind (BAG vom 12.04.2016, 9 AZR 673/14). Erforderlich ist lediglich, dass die Stelle der öffentlichen Gewalt und damit der Staatsorganisation zuzuordnen ist. Dies ist der Fall, wenn sie der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient. Dass dies bei der in Rede stehenden Stelle als Referatsleiterin Z1 der Fall ist, ist nicht zweifelhaft.

Nicht entscheidend ist mithin das bürgerlich-rechtliche Arbeitsverhältnis, in dem die Verfügungsklägerin sich bereits befindet und in dem sie die Tätigkeit auf der neuen Stelle, um die sie sich beworben hat, fortsetzen möchte. Maßgeblich ist vielmehr, dass ihr Ziel, im Wege der einstweiligen Verfügung ihren Bewerbungsverfahrensanspruch zu sichern, gegenüber der Verfügungsbeklagten allein in Anwendung der nur staatliche Stellen verpflichtenden und mithin öffentlich-rechtlichen Norm des Art. 33 Abs. 2 GG erreichbar ist (LAG Düsseldorf vom 21.08.2020, a.a.O.). Das sich aus dem Begehren der Verfügungsklägerin ergebende Rechtsverhältnis ist damit ebenfalls öffentlich-rechtlich. Dass im Erfolgsfall die Stellenbesetzung später im Wege des geänderten Arbeitsverhältnisses erfolgen würde, ändert den öffentlich-rechtlichen Charakter des vorliegenden Verfahrens nicht, sondern betrifft spätere Umsetzungsfragen, mithin das so genannte „Wie“ der Stellenbesetzung und eben nicht das hier in Rede stehende „Ob“ (OVG Bremen vom 18.03.2020, a.a.O.; OVG Rheinland-Pfalz vom 25.03.2019, a.a.O.; LAG Düsseldorf vom 21.08.2020, a.a.O.).

dd) Der Annahme einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung steht nicht entgegen, dass die Norm des Art. 33 Abs. 2 GG zugleich eine arbeitsrechtliche Nebenpflicht aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis begründen könnte. Denn diese würde inhaltlich wieder durch Art. 33 Abs. 2 GG ausgefüllt (LAG Bremen vom 14.10.2020, a.a.O.). Eine konkrete arbeitsrechtliche Vorschrift, die Vorgaben zur Durchführung eines Stellenbesetzungsverfahrens machte, gibt es nicht. Für die hier vertretene Auffassung spricht auch die parallele Problematik bei der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Meldepflichten des Arbeitgebers aus dem SGB IV (vgl. BAG vom 05.10.2005, 5 AZB 27/05) oder zur Pflicht zur richtigen Ausfüllung der Lohnsteuerkarte (s. BAG vom 11.06.2003, 5 AZB 1/03). Auch in diesen Fällen steht der Annahme einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung des Arbeitgebers nicht entgegen, dass die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften eine auf § 242 BGB beruhende Nebenpflicht des Arbeitgebers begründen können. Die

arbeitsrechtliche Nebenpflicht wird auch hier inhaltlich durch die Regelungen des SGB IV ausgestaltet (vgl. auch LAG Bremen vom 14.10.2020, a.a.O.). Gleiches gilt für die inhaltliche Ausgestaltung der Lohnsteuerbescheinigung, die durch die Regelungen des EStG bestimmt wird (vgl. LAG Düsseldorf vom 21.08.2020, a.a.O.).

ee) Die Rechtsnatur der zu besetzenden Stelle ist für die Bestimmung des Rechtswegs unerheblich (OVG Bremen vom 18.03.2020, a.a.O.; a.A.: LAG Rheinland-Pfalz vom 15.08.2018, 2 Ta 77/18). Denn nach der Entscheidung des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 10.04.1986 (GmS-OGB 1/85) richtet sich die Entscheidung darüber, ob eine Streitigkeit öffentlich- oder bürgerlich-rechtlich ist, nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird und nicht nach der Rechtsnatur der zukünftigen Beschäftigung. Die Ausgestaltung der zukünftigen Beschäftigung kann entweder öffentlich-rechtlich durch Ernennung zum Beamten oder privatrechtlich durch Abschluss eines Arbeitsvertrages erfolgen. Maßgeblich für das „Ob“ des Zugangs zu einem öffentlichen Amt ist - auch in einem privatrechtlich ausgestalteten Dienstverhältnis - mit Art. 33 Abs. 2 GG eine Norm, die ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt verpflichtet (OVG Bremen vom 18.03.2020, a.a.O.; OVG Rheinland-Pfalz vom 19.01.2018, 2 E 10045/18; OVG Rheinland-Pfalz vom 25.03.2019, a.a.O.).

b) Zudem sprechen auch praktische Gründe für eine Zuordnung der Konkurrenzstreitigkeiten zum öffentlichen Recht. Denn anderenfalls ließe sich die Situation, dass sich Bewerberinnen und Bewerber aus einem unterschiedlichen Beschäftigungsstatus – Beamte, Arbeitnehmer oder externe Bewerber - auf eine Stelle bewerben, nicht klar und eindeutig lösen. Ein Abstellen auf den bisherigen Beschäftigungsstatus erweist sich im Hinblick auf externe Bewerber als nicht zielführend (LAG Bremen vom 14.10.2020, a.a.O.). Nach derzeit herrschender Meinung müsste ein unterlegener Beamter den Verwaltungsrechtsweg und ein unterlegener Arbeitnehmer den Arbeitsrechtsweg beschreiten. Im Ergebnis würden Gerichte unterschiedlicher Rechtswege dieselbe Auswahlentscheidung an demselben rechtlichen Maßstab parallel überprüfen (s. nur OVG Bremen vom 18.03.2020, a.a.O.; LAG Bremen vom 14.10.2020, a.a.O.). Auch im vorliegenden Fall ist ein Abstellen auf die Rechtsnatur der ausgeschriebenen Stelle fragwürdig, da diese sowohl im Beamten- als auch im Arbeitsverhältnis besetzt werden kann. Der hier vertretene Ansatz ist demgegenüber geeignet, für sämtliche Bewerberinnen und Bewerber einen einheitlichen Rechtsweg bereit zu stellen und sich widersprechende

Entscheidungen aus zwei unterschiedlichen Rechtswegen im selben Stellenbesetzungsverfahren zu vermeiden. Zudem ist es im Unterschied zum arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren im Verwaltungsgerichtsverfahren möglich, über das Rechtsinstitut der – notwendigen – Beiladung nach § 65 VwGO sich widersprechende Entscheidungen zu vermeiden und eine einheitliche Entscheidung in dem die Rechtsposition möglicherweise gleich mehrerer Bewerber unmittelbar betreffenden Verfahren mit entsprechender Rechtskraftwirkung herbeizuführen (LAG Düsseldorf vom 21.08.2020, a.a.O.; LAG Bremen vom 14.10.2020, a.a.O.). Soweit die Verfügungsbeklagte vorgetragen hat, ihr sei kein Stellenbesetzungsverfahren bekannt, in dem es zu divergierenden gerichtlichen Entscheidungen gekommen wäre, mag dies sein, schließt aber nicht aus, dass jederzeit ein solcher Fall auftreten könnte. Im Übrigen trifft es zwar zu, dass beide Gerichte den selben Maßstab, nämlich Art. 33 Abs. 2 GG, anzuwenden hätten; dies schließt aber gerade nicht aus, dass es auf Grund unterschiedlicher Rechtsauffassungen zu divergierenden Entscheidungen kommen würde.

- c) Auch die Zuweisungsnorm des § 2 Abs. 1 Nr. 3 c ArbGG, die für die Arbeitsgerichte eine Zuständigkeit für die Streitigkeiten aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses begründet, steht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen (a.A.: BAG vom 23.08.1989, 7 AZR 546/88).

Denn im Streitfall ist nicht der Abschluss eines Arbeitsvertrages zwischen der Verfügungsklägerin und der Verfügungsbeklagten im Streit, sondern allein der Anspruch der Verfügungsklägerin auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und auf deren Durchführung anhand der in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien.

3. Die Verfügungsbeklagte hat die Kosten ihres erfolglos gebliebenen Rechtsmittels gemäß § 78 Satz 1 ArbGG, § 97 Abs. 1 ZPO zu tragen.
4. Die Rechtsbeschwerde war wegen grundsätzlicher Bedeutung gemäß §§ 17a Abs.4 S. 5 GVG, § 78 Satz 2 i.V.m. 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zuzulassen.

Im Vorabverfahren nach § 17a Abs. 4 GVG kann auch im Rahmen eines Gesuchs um vorläufigen Rechtsschutz die Rechtsbeschwerde zum Bundesarbeitsgericht zugelassen werden, auch wenn gegen das Urteil oder den Beschluss des Landesarbeitsgerichts, mit dem dieses über das Gesuch als solches entscheidet, die Revision bzw. Rechtsbeschwerde nach § 72 Abs. 4 ArbGG nicht statthaft wäre (BAG vom 24.05.2000,

5 AZB 66/99; BGH vom 09.11.2006, I ZB 28/06; Schwab/Weth, ArbGG, 5. Aufl., § 78 Rn 70; LAG Düsseldorf vom 21.08.2020, a.a.O.).