



Landesarbeitsgericht Bremen

3 Ta 16/20
9 Ca 9067/20

Beschluss

In dem Beschwerdeverfahren

– Kläger und Beschwerdeführer –

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

– Beklagte und Beschwerdegegnerin –

Prozessbevollmächtigte:

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Bremen ohne mündliche Verhandlung am 14.10.2020 durch den Vizepräsidenten des Landesarbeitsgerichts ... beschlossen:

1. Die sofortige Beschwerde des Klägers vom 20.08.2020 gegen den Rechtswegbeschluss des Arbeitsgerichts Bremen-Bremerhaven vom 05.08.2020 - 9 Ca 9067/20 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.
2. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger begehrt mit seinem Hauptantrag die Übertragung der Stelle des Sachgebietsleiters Betriebstechnik in Vollzeit, hilfsweise die Beklagte zu verurteilen, das interne Bewerbungsverfahren für die Stellenbesetzung des Sachgebietsleiters Betriebstechnik fortzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung des Klägers neu zu bescheiden bzw. festzustellen, dass der Abbruch des internen Stellenausschreibungsverfahrens rechtswidrig gewesen sei.

Der Kläger ist bei der Beklagten seit dem 1. Januar 1995 als Verwaltungsangestellter, seit Mitte der 2000er Jahre als Betriebstechnischer Leiter mit einer Vergütung nach der Entgeltgruppe 9 Stufe 6 TV-L tätig. Die Beklagte versandte im Jahr 2019 an ihre Mitarbeiter eine interne Stellenausschreibung (vgl. Bl. 23 d.A.) und bat um Bewerbungen bis zum 11. Juni 2019. Der Kläger bewarb sich mit E-Mail vom 6. Juni 2019 auf diese Stellenausschreibung. Wegen der Einzelheiten der Bewerbung wird auf Bl. 24 d.A. verwiesen. Am 25. Juni 2019 fand ein Vorstellungsgespräch statt. Mit Schreiben vom 5. Juli 2019 wurde dem Kläger mitgeteilt, dass seine Bewerbung bei der Stellenbesetzung nicht berücksichtigt werde. Die Beklagte schrieb die streitgegenständliche Stelle sodann extern aus mit Bewerbungsfrist 30. Juli 2019 (vgl. Bl. 27/28 d.A.). Vorsorglich bewarb sich der Kläger auf die externe Stellenausschreibung fristwährend. Zwischen den Parteien war bereits ein Eilverfahren unter dem Az. 9 Ga 905/19 anhängig. In diesem Verfahren wurde zwischen den Parteien ein Vergleich geschlossen. Mit Schreiben vom 21. Januar 2020 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sie sich entschieden habe, die Stelle mit einem anderen Bewerber zu besetzen (vgl. Bl. 29 d.A.). Mit gerichtlichem Hinweisbeschluss hat das Arbeitsgericht die Parteien zur 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 5. August 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. 51 ff. d.A. verwiesen).

Gegen diesen Beschluss hat der Kläger form- und fristgemäß sofortige Beschwerde eingelegt und auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Zuständigkeit verwiesen.

Auch die Beklagte vertritt die Ansicht, dass die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte vorliegend gegeben sei. Das klägerische Begehren erschöpfe sich auf die Abgabe einer rein privatrechtlichen Willenserklärung, durch die ein privatrechtlich ausgestaltetes Arbeitsverhältnis begründet werden solle. Die Rechtsansicht des Arbeitsgerichts würde zu einer Aufspaltung eines einheitlichen Streitgegenstandes führen.

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

II.

1. Die gemäß §§ 17a Abs. 4 Satz 3 GVG, 48 Abs. 1, 78 Satz 1 ArbGG, 567 ff ZPO statthafte sofortige Beschwerde des Klägers ist auch im Übrigen zulässig. Insbesondere ist sie form- und fristgerecht innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung des Beschlusses vom 11. August 2020 am 20. August 2020 bei dem Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven gemäß § 569 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 ZPO eingelegt worden.

2. Die sofortige Beschwerde ist nicht begründet.

Für eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte fehlt es im vorliegenden Fall bereits an der Grundvoraussetzung der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit, die allen Zuweisungstatbeständen des § 2 ArbGG unabdingbar zugrunde liegt. Es liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, die nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO von den Verwaltungsgerichten zu entscheiden ist, hier von dem örtlich zuständigen Verwaltungsgericht Bremen. Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, die nicht ausdrücklich einem anderen Gericht zugewiesen ist. Dem steht weder entgegen, dass sich der Kläger in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten befindet, noch, dass die Stelle, deren Übertragung der Kläger vorliegend begehrt, als Arbeitsverhältnis ausgestaltet ist.

a) Mit seinem Hauptantrag, die Beklagte zu verurteilen, ihm die Stelle des Sachgebietsleiters Betriebstechnik in Vollzeit zu übertragen, macht der Kläger einen Rechtsanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG geltend.

aa) Art. 33 Abs. 2 GG eröffnet deutschen Staatsangehörigen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Die Vorschrift betrifft den gesamten öffentlichen Dienst, damit auch die Einstellung und die Beförderung von Arbeitnehmern. Für den einzelnen Bewerber ergeben sich hieraus unmittelbar Rechte. Jeder kann verlangen, bei einer Bewerbung nach den in Art. 33 Abs. 2 GG aufgestellten Merkmalen beurteilt zu werden. Ein Anspruch auf

Einstellung oder Beförderung wächst dem Bewerber allerdings nur zu, wenn sich nach den Verhältnissen im Einzelfall jede andere Entscheidung als rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft darstellt und mithin die Berücksichtigung dieses Bewerbers die einzig rechtmäßige Entscheidung ist, weil er absolut und im Verhältnis zu den Mitbewerbern der in jeder Hinsicht am besten geeignete ist (BAG 2. Dezember 1997 - 9 AZR 668/96 -, BAGE 87, 171-180, Rn. 18). In diesem Sinne ist bei einer fehlerhaften Auswahl ein benachteiligter Bewerber im Regelfalle so zu stellen, wie er stünde, wenn die auswählende Behörde die Grundsätze des Artikels 33 Abs. 2 GG nicht verletzt hätte (LAG Mecklenburg-Vorpommern 17. April 2018 - 2 Sa 205/17 -, Rn. 42, juris).

- bb) Umstritten ist die Zuordnung des Bewerbungsverfahrensanspruchs nach Art. 33 Abs. 2 GG (für die Zuordnung zum **öffentlichen Recht** z.B. LAG Düsseldorf 21. August 2020 - 3 Ta 202/20; OVG Bremen 18. März 2020 - 2 B 50/20 - OVG Rheinland-Pfalz 19. Januar 2018 - 2 E 10045/18, juris Rn. 4; 25. März 2019 - 2 B 10139/19, juris Rn. 15; für eine Zuordnung zum **Arbeitsrecht** z.B. BAG 23. August 1989 - 7 AZR 546/88, juris Rn. 22; LAG Rheinland-Pfalz, 15. August 2018 - 2 Ta 77/18, juris Rn. 14 ff.; OVG Nordrhein-Westfalen 27. April 2010 - 1 E 404/10, juris Rn. 10 ff).
- (1) Ob eine Streitigkeit öffentlich- oder bürgerlich-rechtlich ist, richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird (GmS-OGB, Beschlüsse v. 10. April 1986 - GmS-OGB 1/85, BGHZ 97, 312 f., 29. Oktober 1987 - GmS-OGB 1/86, BGHZ 102, 280 f. und 10. Juli 1989 - GmS-OGB 1/88, BGHZ 108, 284 ff.; BVerwG 19. Mai 1994 - BVerwG 5 C 33.91, BVerwGE 96, 71 ff.). Der Charakter des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses bemisst sich nach dem erkennbaren Ziel des Rechtsschutzbegehrens und des zu seiner Begründung vorgetragenen Sachverhalts (OVG Bremen 23. Februar 2011 - 1 S 29/11, juris Rn. 3 ff.). Maßgeblich für die Rechtswegfrage ist, ob die gerichtliche Entscheidung über den Klageanspruch, d.h. über den geltend gemachten materiell-rechtlichen Anspruch, nach öffentlichem Recht oder nach bürgerlichem Recht zu treffen ist (Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn. 202 f.). Steht fest, welche Rechtssätze für den geltend gemachten Anspruch streitentscheidend sind, bestimmt sich der Charakter der Streitigkeit danach, ob die Rechtssätze dem öffentlichen oder privaten Recht angehören (Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn. 217 f.).

- (2) Vorliegend macht der Kläger keinen Anspruch aus seinem bereits zur Beklagten bestehenden Arbeitsverhältnis geltend, sondern einen Anspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG, denn der geltend gemachte Anspruch auf Übertragung der Stelle resultiert unmittelbar aus Art. 33 Abs. 2 GG (vgl. BAG 2. Dezember 1997 - 9 AZR 668/96 -, BAGE 87, 171-180, Rn. 18).
- (3) Art. 33 Abs. 2 GG ist dem öffentlichen Recht zuzuordnen, denn er verpflichtet ausschließlich Träger staatlicher Gewalt (LAG Düsseldorf 21. August 2020 - 3 Ta 2020; OVG Bremen 18. März 2020 - 2 B 50/20 -, Rn. 41 - 136, juris; OVG Rheinland-Pfalz 19. Januar 2018 - 2 E 10045/18, juris Rn. 4; 25. März 2019 - 2 B 10139/19, juris Rn. 15; **a.A.** BAG, 23. August 1989 - 7 AZR 546/88, juris Rn. 22; LAG Rheinland-Pfalz 15. August 2018 - 2 Ta 77/18, juris Rn. 14 ff.; OVG Nordrhein-Westfalen 27. April 2010 - 1 E 404/10, juris Rn. 10 ff.; BayVG 7. April 2014 - 7 C 14.408, juris Rn. 11; OVG Rheinland-Pfalz 10. Dezember 1997 - 2 E 12965/97, juris Rn. 3; OVG Thüringen 30. Januar 1996 - 2 EO 497/95, NVwZ-RR 1997, 138). Der Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG ist nur eröffnet, wenn die zu besetzende Stelle der öffentlichen Gewalt und damit der Staatsorganisation zuzuordnen ist (BAG 12. April 2016 - 9 AZR 673/14, juris Rn. 16). Die Norm wendet sich mithin an staatliche Arbeitgeber gerade in ihrer hoheitlichen Funktion.
- (4) Der Annahme einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung steht nicht entgegen, dass die öffentlich-rechtliche Norm des Art. 33 Abs. 2 GG zugleich eine arbeitsrechtliche Nebenpflicht aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis begründen könnte. Diese würde inhaltlich wieder durch Art. 33 Abs. 2 GG ausgefüllt (LAG Düsseldorf 21. August 2020 - 3 Ta 202/20 -, Rn. 34, juris). Eine konkrete arbeitsrechtliche Vorschrift, die Vorgaben zur Durchführung und zu einem Abbruch eines Stellenbesetzungsverfahrens für Beförderungsstellen machte, gibt es nicht (LAG Düsseldorf 21. August 2020 - 3 Ta 202/20 - aaO). Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, z.B. für den Fall der Anmeldung zur Krankenversicherung (BAG 5. Oktober 2005 - 5 AZB 27/05 -, BAGE 116, 131-135, Rn. 17). Danach 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 inhaltlich durch Regelungen des SGB IV ausgestaltet. Es gibt keine konkrete arbeitsrechtliche Vorschrift, die bestimmt, wann und mit welchem Inhalt eine Meldung zu erfolgen hat. Gleiches gilt z.B. für die Korrektur der Lohnsteuerkarte. Prägend für die inhaltliche Ausgestaltung der Lohnsteuerbescheinigung ist nicht die auf § 242 BGB beruhende Nebenpflicht des Arbeitgebers, sondern die lohnsteuerrechtliche Verpflichtung. Die arbeitsrechtliche

Nebenpflicht wird inhaltlich durch Regelungen des EStG ausgestaltet (BAG 11. Juni 2003 - 5 AZB 1/03 -, Rn. 13, juris). In diesem Sinne prägend ist für den vorliegend geltend gemachten Anspruch auf Stellenübertragung Art. 33 Abs. 2 GG. Für die materielle Berechtigung des geltend gemachten Anspruchs kommt es nicht maßgeblich darauf an, ob die Beklagte dem Kläger gegenüber auch aus einer Nebenpflicht des bereits bestehenden Arbeitsverhältnisses verpflichtet ist, da eine solche Nebenpflicht die Übertragung der Stelle jedenfalls nicht konkret ausgestaltet.

- (5) Die Rechtsnatur der zu besetzenden Stelle ist für die Bestimmung des Rechtswegs nicht maßgeblich. Nach der Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 10. April 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) geschehen. 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 18. März 2020 - 2 B 50/20; OVG Rheinland-Pfalz 19. Januar 2018 - 2 E 10045/18, juris Rn. 5; 25. März 2019 - 2 B 10139/19, juris Rn. 16). Soweit in den zitierten Entscheidungen differenziert wird zwischen dem „Ob“ als Zugang zu einem öffentlichen Amt und dem „Wie“ der Stellenbesetzung (vgl. OVG Bremen 18. März 2020 - 2 B 50/20, juris, Rz. 7; OVG Rheinland-Pfalz 25. März 2019 - 2 B 10139/19, juris, Rz. 16; 19. Januar 2018 - 2 E 10045/18, juris, Rz. 5; Pützer, RdA 2016, 287, 290; LAG Düsseldorf 21. August 2020 - 3 Ta 202/20 -, Rn. 33, juris), steht dies der Qualifizierung des vorliegenden Hauptantrages als öffentlich-rechtlich nicht entgegen. Der Kläger leitet den von ihm mit dem Hauptantrag geltend gemachten Anspruch unmittelbar und ausschließlich aus Art. 33 Abs. 2 GG her. Ein unmittelbarer Anspruch auf Einstellung und Beförderung kann sich (ausnahmsweise) dann aus Art. 33 Abs. 2 GG ergeben, wenn sich nach den Verhältnissen im Einzelfall jede andere Entscheidung als rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft darstellte, also das Ermessen des öffentlichen Arbeitgebers auf Null reduziert ist (vgl. BAG 2. Dezember 1997 - 9 AZR 668/96 -, Rn. 18 m.w.N.; LAG Mecklenburg-Vorpommern 17. April 2018 - 2 Sa 205/17 -, Rn. 42, juris). Damit richtet sich der Hauptantrag des Klägers in Sinne der oben zitierten Differenzierung darauf, „ob“ dem Kläger die Stelle des Sachgebietsleiters Betriebstechnik zusteht und nicht darauf, „wie“ diese rechtlich ausgestaltet ist.

- b) Auch praktische Gründe sprechen vorliegend für eine Zuordnung zum öffentlichen Recht. Andernfalls ließe sich die Situation, dass sich Bewerber aus einem unterschiedlichen Beschäftigungsstatus (z.B. externe Bewerber, Beamte und Arbeitnehmer) auf eine Stelle bewerben, nicht klar und eindeutig lösen. Ein Abstellen auf den bisherigen Beschäftigungsstatus erweist sich dabei im Hinblick auf externe Bewerber als nicht zielführend. Zudem müsste nach derzeit herrschender Meinung ein unterlegener Beamter den Verwaltungsrechtsweg und ein unterlegener Arbeitnehmer den Arbeitsrechtsweg beschreiten. Im Ergebnis würden Gerichte unterschiedlicher Rechtswege dieselbe Auswahlentscheidung an demselben rechtlichen Maßstab (Art. 33 Abs. 2 GG) parallel überprüfen (vgl. OVG Bremen 18. März 2020 - 2 B 50/20 -, Rn. 9, juris; Clemens, in: Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching, BeckOK Arbeitsrecht, ArbGG § 2 Rn. 17). Ein Abstellen auf die Rechtsnatur der ausgeschriebenen Stelle erweist sich in dem Fall, dass die Stelle sowohl als Beamten- als auch als Arbeitsverhältnis ausgeschrieben wird, ebenfalls nicht als zielführend. Der von der Beschwerdekammer vertretene Ansatz ist hingegen geeignet, für sämtliche Bewerber einen einheitlichen Rechtsweg zu gewähren und sich widersprechende Entscheidungen aus zwei unterschiedlichen Rechtswegen im selben Stellenbesetzungsverfahren zu vermeiden. Im Unterschied zum arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren ist es vor dem Verwaltungsgericht zudem 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 (vgl. BVerwG 9. Februar 2011 - 1 WB 59/10, juris, Rz. 3 ff.; LAG Düsseldorf 21. August 2020 - 3 Ta 202/20 -, Rn. 40, juris).
- c) Auch bei den vom Kläger hilfsweise geltend gemachten Anträgen handelt es sich um öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Sowohl mit dem Antrag, das Bewerbungsverfahren fortzusetzen, als auch mit der begehrten Feststellung, dass der Abbruch des Stellenausschreibungsverfahrens rechtswidrig gewesen sei, macht der Kläger die Sicherung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs aus Art. 33 Abs. 2 GG geltend. Es kann daher auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.
3. Der Kläger hat die Kosten des erfolglos gebliebenen Rechtsmittels gemäß § 78 Satz 1 ArbGG, § 97 Abs. 1 ZPO zu tragen.

4. Die Entscheidung ergeht gemäß § 78 Satz 3 ArbGG i. V. m. § 572 Abs. 4 ZPO durch Beschluss des Vorsitzenden ohne Hinzuziehung der ehrenamtlichen Richter.
5. Die Rechtsbeschwerde ist wegen der grundsätzlichen Bedeutung zuzulassen, § 17a Abs.4 S. 4, 5 GVG.

Bremen, den 14.10.2020

Der Vorsitzende des Landesarbeitsgerichts

- 3. Kammer -

gez. ...