



03.05.2021

Wichtige neue Entscheidung

Gerichtsverfassungsrecht: Abgrenzung Verwaltungsrechtsweg und Arbeitsgerichtsrechtsweg im Konkurrentenstreit um ein öffentliches Amt

§ 17a Abs. 2 und 4 GVG, § 40 Abs. 1, § 152 Abs. 1, § 173 Satz 1 VwGO, § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG, § 54 Abs. 1 BeamtStG, Art. 33 Abs. 2 und 5 GG

Rechtswegbeschwerde
Verwaltungsrechtsweg
Arbeitsgerichtsrechtsweg
Vorläufiger Rechtsschutz
Konkurrentenstreit
Offene Ausschreibung für Arbeitnehmer oder Beamte
Bewerberkreis allein aus Arbeitnehmern
Gemischter Bewerberkreis
Bewerbungsverfahrensanspruch

Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 17.03.2021, Az. 2 B 3.21

Leitsätze:

1. Die weitere Beschwerde gemäß § 17a Abs. 4 Satz 4 GVG ist im Rahmen eines auf die Vergabe eines öffentlichen Amtes im Sinn von Art. 33 Abs. 2 GG gerichteten Konkurrentenstreitverfahrens auch im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes statthaft.

Hinweis: Diese Entscheidung wird gleichzeitig auf unserer Internetseite sowie Twitter (@LA_Bayern) eingestellt.

2. Der von der Rechtsprechung aus Art. 33 Abs. 2 GG entwickelte Bewerbungsverfahrensanspruch ist weder von vornherein öffentlich-rechtlich noch bürgerlich-rechtlich zu verorten.
3. Die Gerichte für Arbeitssachen sind für Konkurrentenstreitverfahren zuständig, bei denen sich allein Arbeitnehmer und Selbstständige um die Besetzung einer Stelle im Arbeitsverhältnis des öffentlichen Dienstes bewerben.
4. Der Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG hat – für alle Mitbewerber – einen einheitlichen öffentlich-rechtlichen Charakter im Sinn von § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO, wenn entweder ein Beamter um Rechtsschutz nachsucht (unabhängig davon, ob die Stelle als Statusamt oder nach Tarifvertrag besetzt werden soll) oder wenn sich ein – auch nicht beamteter – Mitbewerber gegen die Auswahlentscheidung zugunsten eines Beamten wendet.

Hinweise:

Die vorliegende Entscheidung befasst sich mit der Frage des richtigen Rechtsweges (Verwaltungsgericht oder Arbeitsgericht) im einstweiligen Rechtsschutz gegen die Auswahlentscheidung im Rahmen einer offenen Ausschreibung, auf die sich nur Arbeitnehmer (aber keine Beamten) beworben hatten.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Antragsgegnerin schrieb die streitgegenständliche „*Referentenstelle (m/w/d), Entgeltgruppe 14 TV-L / Besoldungsgruppe A 14*“ aus, die sich als sogenannte offene Ausschreibung sowohl an (nach Tarifvertrag entlohnte) Arbeitnehmer als auch an Personen im Beamtenstatus richtete. Auf diese Stelle bewarben sich neben dem Antragsteller sechs weitere Personen, die ebenfalls alle Tarifbeschäftigte bzw. Angestellte sind. Gegen die Auswahlentscheidung zugunsten einer Mitbewerberin suchte der Antragsteller um vorläufigen Rechtsschutz beim Verwaltungsgericht nach. Auf die Rüge der Antragsgegnerin, die sich auf eine zivilrechtliche Natur der Streitigkeit berief, stellte das Verwaltungsgericht fest, dass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

Die Beschwerde der Antragsgegnerin wies das Oberverwaltungsgericht zurück. Hiergegen richtete sich die vom Oberverwaltungsgericht zugelassene (vgl. § 17a Abs. 4 Sätze 4 bis 6 GVG) weitere Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht (BVerwG).

Die weitere Beschwerde war erfolgreich. Das BVerwG stellte fest, dass der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten unzulässig ist und verwies den Rechtsstreit an das Arbeitsgericht Bremen. Im Rahmen dieser Entscheidung hat das BVerwG insbesondere die nachfolgenden Rechtsauffassungen vertreten:

1. Es sei zwar streitig, ob in verwaltungsgerichtlichen Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes eine weitere Beschwerde an das BVerwG nach § 17a Abs. 4 GVG zur Klärung des Rechtswegs zulässig ist (vgl. Rn. 6 m.w.N. zu den jeweiligen Auffassungen). In dem auf die Vergabe eines öffentlichen Amtes gerichteten Konkurrentenstreitverfahren übernehme das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes in der Sache jedoch die Funktion des Hauptsacheverfahrens, weil die Stelle nicht mehr verfügbar ist, sobald sie einem erfolgreichen Mitbewerber durch Ernennung auf Dauer übertragen worden ist. Daher sei es konsequent und sachgerecht, dass im Konkurrentenstreit auch die Frage der Rechtswegklärung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes möglich und die weitere Beschwerde zum BVerwG zulässig ist (vgl. Rn. 7).
2. Das Oberverwaltungsgericht habe zu Unrecht angenommen, dass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sei, weil der Bewerberkreis im vorliegenden Fall bei offener Ausschreibung nach Tarifvertrag oder Beamtenstatus *allein* aus Arbeitnehmern bestand. Es handle sich vielmehr um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG, für die die Gerichte für Arbeitssachen zuständig sind. Nach Auffassung des BVerwG lag keine einzelgesetzliche Zuweisung (sog. „aufdrängende Sonderzuweisung“) von Rechtsstreitigkeiten nach § 54 Abs. 1 BeamStG an die Verwaltungsgerichtsbarkeit vor, weil es sich hier nicht um eine beamtenrechtliche Streitigkeit handle. Diese Vorschrift erfasse zwar auch Klagen vorbeamtenrechtlicher Art. Entscheidend sei jedoch, ob das Rechtsschutzziel auf die Erlangung eines Beamtenstatus gerichtet ist. Dies sei hier zu verneinen, weil der Antragsteller kein Beamter, sondern Arbeitnehmer sei und sich auch nicht um

ein konkretes beamtenrechtliches Statusamt bewerbe. Denn die Stellenausschreibung sei nicht unmittelbar auf die Begründung eines Beamtenverhältnisses ausgerichtet.

Nichts anderes gelte für die Mitbewerber des Antragstellers, die ebenfalls alle Arbeitnehmer sind. Dies habe zur Folge, dass die streitgegenständliche Referentenstelle auch der nach dem Auswahlvermerk erfolgreichen Mitbewerberin des Antragstellers – jedenfalls zunächst – nur in einem Arbeitsverhältnis übertragen werden könne. Es liege hier gerade nicht die Fallkonstellation eines gemischten Bewerberfeldes aus Arbeitnehmern und Beamten vor (vgl. Rn. 8 bis 13).

3. In einem umfangreichen obiter dictum (ab Rn. 14) merkte das BVerwG an, dass für den Fall eines gemischten Bewerberkreises aus Arbeitnehmern, Selbstständigen und Beamten um eine öffentliche Stelle nach der Rechtsprechung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes insbesondere folgende Grundsätze zu beachten seien:
 - a) Dass eine zu besetzende Stelle die Qualität eines öffentlichen Amtes im Sinn des Art. 33 Abs. 2 GG hat und die Einstellungskörperschaft Hoheitsträgerin ist, sei für die Bestimmung des Rechtswegs unerheblich. Denn ein öffentliches Amt könne sowohl an einen Arbeitnehmer als Tarifbeschäftigten mittels Arbeitsvertrags vergeben werden als auch einem Beamten durch die Übertragung eines Statusamtes verliehen werden (vgl. Rn. 18).
 - b) Solange nicht feststeht, ob das nach Art. 33 Abs. 2 GG ausgeschriebene öffentliche Amt durch Verbeamtung oder im Wege des Arbeitsvertrags vergeben werden soll, gehe es noch nicht um das Beamten- oder Beschäftigungsverhältnis als solches. Zu befinden sei vielmehr allein über die Frage, ob die Auswahlentscheidung der Einstellungskörperschaft den insoweit eigenständigen, von der Rechtsprechung aus Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG entwickelten Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt. Dieser Verfahrensanspruch als solcher hat je nach Bewerberfeld (Arbeitnehmer, Selbstständige oder Beamte) und ausgeschriebenem öffentlichen Amt (nach Tarifvertrag oder nach Statusamt oder offen nach beiden Möglichkeiten) öffentlich-rechtlichen

oder bürgerlich-rechtlichen Charakter. Der Bewerbungsverfahrensanspruch als solcher ist mithin weder von vornherein öffentlich-rechtlich noch bürgerlich-rechtlich zu verorten (vgl. Rn. 19).

- c) Der Bewerbungsverfahrensanspruch habe nur dann für *alle* Mitbewerber – unabhängig von ihrem Status als Arbeitnehmer, Selbstständige oder Beamte – einen einheitlichen öffentlich-rechtlichen Charakter im Sinn von § 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. Denn dann stünden stets Sonderstatusrechte aus Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 33 Abs. 5 GG in Streit, weil der Beamte in seinem beamtenspezifischen grundrechtsgleichen Recht auf „ein angemessenes berufliches Fortkommen“ unmittelbar betroffen sei (vgl. Rn. 20 bis 22).
- d) Ob hiernach die Arbeitsgerichte zuständig sind oder eine der vorgenannten Fallkonstellationen gegeben ist, bei denen der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, müsse der Dienstherr (der hierüber den Überblick habe) dem jeweils angerufenen Gericht mitteilen bzw. werde dieses beim Dienstherrn zu erfragen haben. Gegebenenfalls sei die Sache an das Gericht des zulässigen Rechtswegs zu verweisen (§ 48 ArbGG bzw. § 83 Satz 1 VwGO jeweils i.V.m. § 17b Abs. 1 GVG; vgl. Rn. 23).



Bundesverwaltungsgericht

BESCHLUSS

BVerwG 2 B 3.21
OVG 2 B 408/20

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 17. März 2021
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Domgörgen
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. von der Weiden
und Dollinger

beschlossen:

Auf die weitere Beschwerde der Antragsgegnerin werden
der Beschluss des Oberverwaltungsgerichts der Freien
Hansestadt Bremen vom 15. Januar 2021 und der Be-
schluss des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt
Bremen vom 27. November 2020 aufgehoben.

Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist unzuläs-
sig.

Der Rechtsstreit wird an das Arbeitsgericht Bremen ver-
wiesen.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Antragsteller, der derzeit als Verwaltungsangestellter bei der Senatorin für Soziales, Jugend, Integration und Sport der Antragsgegnerin beschäftigt ist, macht in einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes geltend, sein Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG sei bei der Entscheidung der Antragsgegnerin über die Besetzung einer Stelle als Referent/Referentin bei der Senatorin für Wirtschaft, Arbeit und Europa im Referat 01 "Koordinierung/Politische Gremien" verletzt worden.
- 2 Am 17. Juni 2020 schrieb die Antragsgegnerin die im Ausgangsverfahren streitgegenständliche "Referentenstelle (m/w/d), Entgeltgruppe 14 TV-L/Besoldungsgruppe A 14" aus. Auf diese Stelle bewarben sich neben dem Antragsteller sechs weitere Personen, die nach dem Inhalt der vom Senat beigezogenen Behördenakten und einer vom Senat eingeholten Auskunft der Antragsgegnerin

ebenfalls Tarifbeschäftigte/Angestellte sind. Mit Auswahlvermerk vom 15. September 2020 entschied die Antragsgegnerin, die Referentenstelle mit einer Mitbewerberin des Antragstellers zu besetzen.

- 3 Dagegen hat der Antragsteller um vorläufigen Rechtsschutz beim Verwaltungsgericht nachgesucht. Auf die Rüge der Antragsgegnerin, die sich auf eine zivilrechtliche Natur der Streitigkeit beruft, hat das Verwaltungsgericht festgestellt, dass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Die Beschwerde der Antragsgegnerin hat das Oberverwaltungsgericht zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Oberverwaltungsgericht zugelassene weitere Beschwerde.
- 4 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakten des Senats und der Vorinstanzen sowie auf die vom Senat beigezogenen Verwaltungsvorgänge Bezug genommen.

II

- 5 1. Die weitere Beschwerde ist in auf die Vergabe eines öffentlichen Amtes i.S.v. Art. 33 Abs. 2 GG gerichteten Konkurrentenstreitverfahren auch für Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gemäß § 17a Abs. 4 Satz 4 bis 6 GVG, § 152 Abs. 1 und § 173 Satz 1 VwGO statthaft und auch im Übrigen zulässig.
- 6 Der Senat lässt dahingestellt, ob in anderen verwaltungsgerichtlichen Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes eine weitere Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nach § 17a Abs. 4 GVG zur Klärung des Rechtswegs ausgeschlossen ist (dafür BVerwG, Beschluss vom 8. August 2006 - 6 B 65.06 - Buchholz 300 § 17a GVG Nr. 26 Rn. 4 ff. in einem Verfahren betreffend die Vergabe eines Bauauftrags; zustimmend Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO, Stand Juli 2020, § 152 Rn. 4; Rennert, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 41/§§ 17 - 17b Rn. 3; Kuhlmann, in: Wysk, VwGO, 3. Aufl. 2020, § 152 Rn. 3.; a.A. BGH, Beschluss vom 9. November 2006 - I ZB 28/06 - NJW 2007, 1819; Braun, NVwZ 2007, 49 <51>; Happ, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 152 Rn. 1 m.w.N.; ähnlich Kaufmann, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, Stand Januar 2020, § 152 Rn. 2).

- 7 In auf die Vergabe eines öffentlichen Amtes gerichteten Konkurrentenstreitverfahren übernimmt das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes in der Sache die Funktion des Hauptsacheverfahrens, weil die Stelle nicht mehr verfügbar ist, sobald sie einem erfolgreichen Mitbewerber durch Ernennung auf Dauer übertragen worden ist (BVerwG, Urteile vom 4. November 2010 - 2 C 16.09 - BVerwGE 138, 102 Rn. 27 und vom 13. November 2019 - 2 C 35.18 - BVerwGE 167, 77 Rn. 25; BAG, Urteile vom 18. September 2007 - 9 AZR 672/06 - BAGE 124, 80 Rn. 22 und vom 12. April 2016 - 9 AZR 673/14 - BAGE 155, 29 Rn. 28). Das vorläufige Rechtsschutzverfahren darf deshalb nach Prüfungsmaßstab, Prüfungsumfang und Prüfungstiefe nicht hinter einem Hauptsacheverfahren zurückbleiben. Danach ist in dem im vorläufigen Rechtsschutzverfahren stattfindenden Konkurrentenstreitverfahren eine abschließende Prüfung der Sach- und Rechtslage geboten, wenn bei einer Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine Verletzung des subjektiven Rechts aus Art. 33 Abs. 2 GG nicht mehr beseitigt werden kann und nicht ausnahmsweise gewichtige Gründe entgegenstehen (vgl. zuletzt BVerfG, Kammerbeschluss vom 23. März 2020 - 2 BvR 2051/19 - ZBR 2020, 305 Rn. 25 m.w.N.; BVerwG, Beschlüsse vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 11 ff., 16 und vom 23. Januar 2020 - 2 VR 2.19 - Buchholz 232.0 § 9 BBG Nr. 9 Rn. 22). Kommt dem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes in Konkurrentenstreitverfahren mithin die Funktion eines Hauptsacheverfahrens zu, ist es konsequent und sachgerecht, dass auch die Frage der Rechtswegklärung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes möglich und die weitere Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht zulässig ist.
- 8 2. Die danach zulässige weitere Beschwerde der Antragsgegnerin ist in der Sache begründet. Das Oberverwaltungsgericht hat zu Unrecht angenommen, dass für das auf die Vergabe eines öffentlichen Amtes nach Art. 33 Abs. 2 GG gerichtete Konkurrentenstreitverfahren bei offener Ausschreibung nach Tarifvertrag oder Beamtenstatus mit einem Bewerberkreis allein aus Arbeitnehmern der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.
- 9 Der von dem Antragsteller beschrittene Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist unzulässig, weil es sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG handelt, für die die Gerichte für Arbeitssachen zuständig sind. Örtlich ist zuständig nach § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 29 Abs. 1 ZPO das

Arbeitsgericht Bremen. Der Rechtsstreit ist deshalb nach § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG an das Arbeitsgericht Bremen als das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs zu verweisen.

- 10 a) Es besteht vorliegend keine einzelgesetzliche Zuweisung (sogenannte "aufdrängende Sonderzuweisung"; vgl. Hebel, in: Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 126 Rn. 5; Sieveking, in: Fürst, GKÖD, Band I, Beamtenrecht, Stand Januar 2021, § 126 BBG Rn. 2) von Rechtsstreitigkeiten nach § 54 Abs. 1 BeamStG an die Verwaltungsgerichtsbarkeit, da es sich bei der vorliegenden Streitigkeit nicht um eine beamtenrechtliche Streitigkeit handelt. § 54 Abs. 1 BeamStG - wie die inhaltsgleichen § 126 Abs. 1 BBG und § 126 Abs. 1 BRRG - gibt für alle Klagen der Beamten aus einem Beamtenverhältnis den Verwaltungsrechtsweg vor. Damit bezweckt der Gesetzgeber, dass beamtenrechtliche Fragen möglichst einheitlich entschieden werden. Maßgebend ist dafür allein, dass der geltend gemachte Anspruch seine Grundlage in einem Beamtenverhältnis hat (BVerwG, Urteil vom 22. Februar 1996 - 2 C 12.94 - BVerwGE 100, 280 <283> m.w.N.). Für diese Interpretation spricht bereits der Gesetzeswortlaut, wonach für "alle" Klagen aus dem Beamtenverhältnis der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.
- 11 Erfasst werden deshalb von § 54 Abs. 1 BeamStG - ebenso wie von § 126 Abs. 1 BBG und § 126 Abs. 1 BRRG - auch Klagen vorbeamtenrechtlicher Art (BVerwG, Urteil vom 19. Januar 1967 - 6 C 73.64 - BVerwGE 26, 31 <33> zur Vorgängerregelung in § 126 BRRG), d.h. Klagen von Nichtbeamten, die ihren Rechtsgrund im Beamtenrecht haben und im Zusammenhang mit der Begründung eines konkreten Beamtenverhältnisses stehen. Entscheidend kommt es auf das Rechtsschutzziel - die Erlangung des Beamtenstatus - an. In Abgrenzung dazu hat der Senat umgekehrt die Klage einer Lehramtsanwärterin auf Zulassung zur Ausbildung für die fortführende Lehramtsausbildung aufgrund eines privatrechtlich abzuschließenden Arbeitsvertrags als bürgerliche Rechtsstreitigkeit i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG beurteilt, für die nach § 1 ArbGG die Gerichte für Arbeitssachen zuständig sind (BVerwG, Urteil vom 25. März 1982 - 2 C 30.79 - Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 195 S. 13 ff.). Ebenso hat der Senat die Klage eines selbstständigen Rechtsanwalts auf befristete Anstellung beim Bundesnachrichtendienst gemäß Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst als bürgerliche Rechtsstreitigkeit nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG angesehen (BVerwG, Beschluss vom

19. Juli 2017 - 2 A 9.16 - Buchholz 310 § 50 VwGO Nr. 36 Rn. 6). Daran ist festzuhalten.

- 12 Unter Anwendung dieser Grundsätze ist im vorliegenden Fall von einer bürgerlich-rechtlichen Streitigkeit auszugehen, die den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet. Der Antragsteller ist kein Beamter, sondern Arbeitnehmer. Er bewirbt sich auch nicht um ein konkretes beamtenrechtliches Statusamt. Denn in Ausübung seines Organisationsermessens hat der Dienstherr hier nicht die Besetzung einer Beamtenstelle ausgeschrieben; dann läge ein Rechtsstreit "aus dem Beamtenverhältnis" nach § 54 Abs. 1 BeamtStG vor. Im Fall der Auswahl des nicht beamteten Antragstellers würde die Stelle nach derzeitigem Stand jedenfalls zunächst im Arbeitsverhältnis besetzt werden. Damit liegt für den Antragsteller keine beamtenrechtliche Streitigkeit i.S.v. § 54 Abs. 1 BeamtStG vor. Die Stellenausschreibung ist nämlich nicht unmittelbar auf die Begründung eines Beamtenverhältnisses ausgerichtet, sodass für eine solche Rechtsstreitigkeit nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG die Gerichte für Arbeitssachen zuständig sind (BVerwG, Beschluss vom 19. Juli 2017 - 2 A 9.16 - Buchholz 310 § 50 VwGO Nr. 36 Rn. 6 f.). 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 (BVerwG, Beschluss vom 19. Juli 2017 - 2 A 9.16 - Buchholz 310 § 50 VwGO Nr. 36 Rn. 6; Sieveking, in: Fürst, GKÖD, Band I, Beamtenrecht, Stand Januar 2021, § 126 BBG Rn. 32).
- 13 Nichts anderes gilt für die Mitbewerber des Antragstellers. Auch bei ihnen handelt es sich sämtlich um Arbeitnehmer. Das hat zur Folge, dass die streitgegenständliche Referentenstelle auch der nach dem Auswahlvermerk der Antragsgegnerin erfolgreichen Mitbewerberin des Antragstellers - jedenfalls zunächst - allein in einem Arbeitsverhältnis übertragen werden kann. Ob in unbestimmter Zeit eine Übernahme in ein Beamtenverhältnis auf Probe möglich sein wird, ist derzeit ungewiss und nicht Streitgegenstand. Dies hat das Oberverwaltungsgericht im angefochtenen Beschluss verkannt. Es handelt sich nicht um die Fallkonstellation eines gemischten Bewerberfeldes aus Arbeitnehmern und Beamten, die miteinander um ein ausgeschriebenes öffentliches Amt i.S.v. Art. 33 Abs. 2 GG konkurrieren.

- 14 b) Ohne dass es für die Entscheidung darauf ankommt, merkt der Senat zu den Gründen des angefochtenen Beschlusses der Klarstellung wegen das Folgende an: Der Rechtsweg bei dem Streit um die Vergabe eines öffentlichen Amtes nach Art. 33 Abs. 2 GG, um das sich sowohl Arbeitnehmer, Selbstständige und Beamte bewerben (sog. gemischtes Bewerberfeld), bestimmt sich nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO.
- 15 Gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Maßgeblich ist hiernach, ob eine solche auch dann vorliegt, wenn es um die Geltendmachung der Verletzung eines auf Art. 33 Abs. 2 GG beruhenden Bewerbungsverfahrensanspruchs geht im Hinblick auf die Besetzung einer Stelle bei Bewerbern mit und ohne Beamtenstatus bei vom Dienstherrn noch nicht abschließend vorgenommener Organisationsentscheidung darüber, ob die Stelle als tarifliche Arbeitsstelle oder als Beamtenstelle ausgebracht werden soll. § 54 Abs. 1 BeamStG - und § 126 Abs. 1 BBG, § 126 Abs. 1 BRRG - schließt dies nicht im Sinne einer spezielleren Regelung aus, da es in diesen Fallkonstellationen nicht um die Streitigkeit eines Beamten aus einem Beamtenverhältnis geht (vgl. oben Rn. 10 und zutreffend Hebler, in: Battis, BBG, 5. Aufl. 2017, § 126 BBG Rn. 5).
- 16 Bei einem gemischten Bewerberkreis aus Arbeitnehmern, Selbstständigen und Beamten um eine öffentliche Stelle i.S.v. Art. 33 Abs. 2 GG sind nach der Rechtsprechung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes folgende Grundsätze zu beachten:
- 17 aa) Ob eine Streitigkeit als öffentlich- oder bürgerlich-rechtlich zu beurteilen ist, richtet sich nach dem Charakter des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird (GmS-OGB, Beschlüsse vom 10. April 1986 - GmS-OGB 1/85 - BGHZ 97, 312 <313 f.>, vom 29. Oktober 1987 - GmS-OGB 1/86 - BGHZ 102, 280 <283> und vom 10. Juli 1989 - GmS-OGB 1/88 - BGHZ 108, 284 <286>; BVerwG, Urteil vom 19. Mai 1994 - 5 C 33.91 - BVerwGE 96, 71 <73>). Der Charakter des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses bemisst sich

nach dem erkennbaren Ziel des Rechtsschutzantrags und des zu seiner Begründung vorgetragenen Sachverhalts. Maßgeblich für die Rechtswegfrage ist also, ob die gerichtliche Entscheidung über den Klageanspruch, d.h. über den geltend gemachten materiell-rechtlichen Anspruch, nach öffentlichem Recht oder aber nach bürgerlichem Recht zu treffen ist (Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, VwGO, Stand Juli 2020, § 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 dem privaten Recht angehören (Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider, a.a.O., § 40 Rn. 217 f.). Öffentlich-rechtlich sind Normen, die nicht für jedermann gelten, sondern Sonderrecht des Staates oder sonstiger Träger öffentlicher Aufgaben sind, das sich zumindest auf einer Seite nur an Hoheitsträger wendet (GmS-OGB, Beschluss vom 10. Juli 1989 - GmS-OGB 1/88 - BGHZ 108, 284 <286>; BVerwG, Beschluss vom 26. Mai 2010 - 6 A 5.09 - Buchholz 402.7 BVerfSchG Nr. 13 Rn. 17; BSG, Beschluss vom 1. April 2009 - B 14 SF 1/08 R - SozR 4-1500 § 51 Nr. 6 Rn. 11).

- 18 bb) Ausschlaggebend für die Beurteilung des Rechtsschutzantrags des Beteiligten ist danach 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. Dass eine zu besetzende Stelle die Qualität eines öffentlichen Amtes i.S.v. Art. 33 Abs. 2 GG hat (zum Begriff des öffentlichen Amtes vgl. BVerwG, Urteil vom 11. Februar 1981 - 6 P 44.79 - BVerwGE 61, 325 <330 f.> und BAG, Urteil vom 12. April 2016 - 9 AZR 673/14 - BAGE 155, 29 Rn. 16) und die Einstellungskörperschaft Hoheitsträgerin ist, ist für die Bestimmung des Rechtswegs unerheblich. Denn ein öffentliches Amt kann sowohl an einen Arbeitnehmer als Tarifbeschäftigten mittels Arbeitsvertrags vergeben werden als 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 (jenseits der zwingend mit Beamten zu besetzenden Ämter, in denen, wie etwa bei Polizei und Justiz, staatliche Hoheitsgewalt i.S.v. Art. 33 Abs. 4 GG ausgeübt wird) ihr überlassen. Dies verkennt der angefochtene Beschluss und die von ihm angeführte Rechtsprechung (etwa OVG Koblenz, Beschlüsse vom 19. Januar 2018

- 2 E 10045/18 - ZUM-RD 2018, 602 Rn. 5 und vom 25. März 2019 - 2 B 10139/19 - NVwZ-RR 2019, 562 Rn. 16; LAG Düsseldorf, Beschluss vom 21. August 2020 - 3 Ta 202/20 - NZA-RR 2021, 38 Rn. 29 f.). 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 (insoweit wie hier etwa OVG Münster, Beschluss vom 27. April 2010 - 1 E 404/10 - NZA-RR 2010, 433 <434>; LAG Köln, Beschluss vom 4. Dezember 2020 - 9 Ta 203/20 - juris Rn. 15). 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. Dies zeigt sich ganz praktisch darin, dass sie nach geschlossenem Arbeitsvertrag dem Arbeitnehmer allein in den bürgerlich rechtlichen Formen - etwa durch Arbeitszeugnis, Höhergruppierung nach Tarifvertrag, Kündigung - und nicht hoheitlich - etwa durch dienstliche Beurteilung, Beförderung, Ausübung von Disziplinargewalt - gegenüberreten darf.

- 19 Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass, solange nicht feststeht, ob das nach Art. 33 Abs. 2 GG ausgeschriebene öffentliche Amt durch Verbeamtung oder im Wege des Arbeitsvertrags vergeben werden soll, es noch nicht um das Beamten- oder Beschäftigungsverhältnis als solches geht. Zu befinden ist vielmehr allein über die Frage, ob die Auswahlentscheidung der Einstellungskörperschaft den insoweit eigenständigen, von der Rechtsprechung aus Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG entwickelten Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt. Der Bewerbungsverfahrensanspruch sichert den Anspruch auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und auf deren Durchführung anhand der in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien (vgl. jüngst BVerfG, Kammerbeschluss vom 23. März 2020 - 2 BvR 2051/19 - ZBR 2020, 305 Rn. 25 m.w.N.). Dieser Verfahrensanspruch als solcher hat je nach Bewerberfeld - Arbeitnehmer, Selbstständige oder Beamte - und ausgeschriebenem öffentlichen Amt - nach Tarifvertrag oder nach Statusamt oder offen nach beiden Möglichkeiten - öffentlich-rechtlichen oder bürgerlich-rechtlichen Charakter. Der Bewerbungsverfahrensanspruch als solcher ist mithin weder von vornherein öffentlich-rechtlich noch bürgerlich-rechtlich zu verorten.

- 20 Der Bewerbungsverfahrensanspruch hat nur dann für alle Mitbewerber - unabhängig von ihrem Status als Arbeitnehmer, Selbstständige oder Beamte - einen einheitlichen öffentlich-rechtlichen Charakter i.S.v. § 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 Auswahl eines Dritten bei der Vergabe des öffentlichen Amtes berührt sein Sonderstatusverhältnis als Beamter unmittelbar. Seine Bewerbung um dieses Amt bleibt unberücksichtigt. Umgekehrt ist ein ausgewählter Beamtenbewerber ebenso unmittelbar von der Auswahlentscheidung betroffen, wenn ein unterlegener Dritter, gleich welchen Status, diese angreift.
- 21 Denn dem Beamten steht nach Art. 33 Abs. 2 GG nicht nur der Anspruch auf Einbeziehung und Berücksichtigung bei der bestmöglichen Besetzung zu (sog. Bestenauswahl; stRspr, vgl. BVerwG, Urteil vom 19. März 2015 - 2 C 12.14 - BVerwGE 151, 333 Rn. 49); die daraus resultierenden Rechte stehen den nicht beamteten Mitbewerbern gleichermaßen zu (vgl. BAG, Urteil vom 12. April 2016 - 9 AZR 673/14 - BAGE 155, 29 Rn. 17; BVerfG, Kammerbeschluss vom 19. September 2019 - 1 BvR 2059/18 u.a. - WissR 2019, 63 <69>). Der Beamte ist durch die Auswahlentscheidung aber darüber hinaus zusätzlich in seinem beamtenspezifischen grundrechtsgleichen Recht auf "ein angemessenes berufliches Fortkommen" unmittelbar betroffen. Dieses Recht leitet das Bundesverfassungsgericht aus Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums aus Art. 33 Abs. 5 GG her (BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 2015 - 2 BvR 1958/13 - BVerfGE 141, 56 Rn. 31, 36 [Dienstpostenbündelung]). Zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums i.S.v. Art. 33 Abs. 5 GG gehört u.a. 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, Beschluss vom 12. Februar 2003 - 2 BvR 709/99 - BVerfGE 107, 257 <273> [Ostbesoldung] unter Bezugnahme auf BVerfG, Beschluss vom

14. Dezember 1982 - 2 BvR 1261/79 - BVerfGE 62, 374 <383 f.> [Amtsbezeichnung von Lehrern]). Dazu passt spiegelbildlich, dass es eine arbeitsrechtliche Rechtsgrundlage nicht gibt, die entsprechende Vorgaben zur Durchführung eines allein arbeitsrechtlichen Besetzungsverfahrens für ein in Streit stehendes öffentliches Amt macht (insoweit zutreffend: LAG Düsseldorf, Beschluss vom 21. August 2020 - 3 Ta 202/20 - juris Rn. 34 zum Abbruch eines Stellenbesetzungsverfahrens).

- 22 Das Vorstehende ergänzend streitet schließlich der Gedanke der effektiven Rechtsschutzgewährung gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GG gerade im Konkurrenteneilverfahren um öffentliche Stellen dafür, soweit möglich gespaltene Rechtswege zu verschiedenen Fachgerichtsbarkeiten und damit unweigerlich eintretende zeitliche Verzögerungen und ggf. sogar in der Sache sich widersprechende Entscheidungen in unterschiedlichen Rechtswegen zu vermeiden. Geht es um die Auswahlentscheidung für eine Stelle, von der noch nicht klar ist, in welcher konkreten Organisationsform (als Statusamt oder nach Tarifvertrag) 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. Denn dann stehen stets Sonderstatusrechte aus Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 33 Abs. 5 GG in Streit. Bewerben sich dagegen ausschließlich nicht-beamtete Bewerber um eine solche Stelle, ist umgekehrt nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitsachen eröffnet.
- 23 Ob hiernach die Arbeitsgerichte zuständig sind oder eine der Fallkonstellationen gegeben ist, bei denen der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist (Beteiligung eines Beamten entweder als ausgewählter oder als um Rechtsschutz nachsuchender Bewerber), wird der Dienstherr, der hierüber den Überblick hat, dem jeweils angerufenen Gericht mitzuteilen bzw. wird dieses beim Dienstherrn zu erfragen haben; ggf. wird die Sache an das Gericht des zulässigen Rechtswegs zu verweisen sein (§ 48 ArbGG bzw. § 83 Satz 1 VwGO jeweils i.V.m. § 17b Abs. 2 GVG).

- 24 3. Die Entscheidung über die Kosten der Verweisung obliegt dem sachlich und örtlich zuständigen Gericht (§ 83 Satz 1 VwGO i.V.m. § 17b Abs. 2 GVG).
- 25 Der Beschluss ist unanfechtbar.

Domgörgen

Dr. von der Weiden

Dollinger