
Datum: 13.01.2021
Gericht: Arbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 2. Kammer
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 Ga 2/21
ECLI: ECLI:DE:ARBGK:2021:0113.2GA2.21.00

Nachinstanz: Landesarbeitsgericht Köln, 9 Ta 19/21
Schlagworte: Konkurrentenstreit, Rechtsweg
Normen: GG Art. 33 Abs. 2
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:

Auf Art. 33 Abs. 2 GG gestützte Konkurrentenstreitverfahren des öffentlichen Dienstes sind öffentlich-rechtliche Streitigkeiten. Für sie sind die Verwaltungsgerichte auch dann zuständig, wenn der Bewerber bereits in einem Arbeitsverhältnis zum Staat steht und/oder er ein solches begehrt.

Tenor:

1. Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist nicht eröffnet.
 2. Das Verfahren wird an das Verwaltungsgericht Köln verwiesen.
-

Gründe

Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist nicht eröffnet. Es liegt vielmehr 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 Köln. 1

Für eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte im vorliegenden Fall fehlt es bereits an der Grundvoraussetzung der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit, die allen Zuweisungstatbeständen 2

3

des § 2 ArbGG unabdingbar zugrunde liegt.

Die Rechtswegzuständigkeit für Konkurrentenstreitverfahren des öffentlichen Dienstes ist in der Rechtsprechung umstritten. Die neuere Rechtsprechung der Arbeitsgerichte als auch der Verwaltungsgerichte geht zunehmend mit guten Gründen von der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit aus (Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Beschluss vom 21. August 2020 – 3 Ta 202/20 –; Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 25. März 2019 – 2 B 10139/19 –; Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Urteil vom 18. März 2020 – 2 B 50/20 –, juris). 4

Die erkennende Kammer schließt sich dieser neueren Rechtsprechung an. 5

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, juris, Rz. 8; GmS-OGB vom 29.10.1987 - GmS-OGB 1/86, juris, Rz. 10; GmS-OGB vom 10.04.1986 - GmS-OGB 1/85, juris, Rz. 10; BAG vom 04.09.2018 - 9 AZB 10/18, juris, Rz. 15; BAG vom 22.11.2016 - 9 AZB 41/16, juris, Rz. 9; BAG vom 19.08.2008 - 5 AZB 75/08, juris, Rz. 6; BAG vom 05.10.2005 - 5 AZB 27/05, juris, Rz. 13; BAG vom 11.06.2003 - 5 AZB 1/03, juris, Rz. 12). 6

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 (GmS-OGB vom 10.07.1989 - GmS-OGB 1/88, juris, Rz. 8; BAG vom 04.09.2018 - 9 AZB 10/18, juris, Rz. 15; BAG vom 01.08.2017 - 9 AZB 45/17, juris, Rz. 9; BAG vom 22.11.2016 - 9 AZB 41/16, juris, Rz. 9). 7

Maßgeblich ist also, ob der zur Klagebegründung vorgetragene Sachverhalt für die aus ihm hergeleitete Rechtsfolge von Rechtssätzen des bürgerlichen Rechts oder des öffentlichen Rechts geprägt wird (BAG vom 04.09.2018 - 9 AZB 10/18, juris, Rz. 15; BAG vom 07.05.2013 - 10 AZB 8/13, juris, Rz. 7; BAG vom 05.10.2005 - 5 AZB 27/05, juris, Rz. 13). 8

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 - 9 AZB 10/18, juris, Rz. 17; BAG vom 01.08.2017 - 9 AZB 45/17, juris, Rz. 9; BAG vom 22.11.2016 - 9 AZB 41/16, juris, Rz. 9). 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 - 9 AZB 10/18, juris, Rz. 17; BVerwG vom 21.11.2016 - 10 AV 1.16, juris, Rz. 5) (Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Beschluss vom 21. August 2020 – 3 Ta 202/20 –, Rn. 22 - 24, juris). 9

In Anwendung der vorstehenden Grundsätze ist für das vorliegende einstweilige Rechtsschutzverfahren festzustellen, dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Denn der zur Klagebegründung vorgetragene Sachverhalt wird für die aus ihm hergeleitete Rechtsfolge (einstweilige Unterlassung der Stellenbesetzung zur Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs) von Rechtssätzen des öffentlichen Rechts und eben nicht des bürgerlichen Rechts geprägt. 10

Nach der in Rechtsprechung und Literatur überwiegend vertretenen sogenannten modifizierten Subjektstheorie handelt es sich immer dann um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, wenn zumindest einer der Beteiligten ein Träger öffentlicher Gewalt ist und die streitentscheidende Norm diesen ausschließlich berechtigt oder verpflichtet (GmS-OGB vom 10.07.1989 - GmS-OGB 1/88, juris, Rz. 9; BVerwG vom 26.05.2010 - 6 A 5/09, juris, Rz. 17; BSG vom 01.04.2009 - B 14 SF 1/08 R, juris, Rz. 11; OVG NRW vom 21.08.2019 - 12 A 2440/16, juris, Rz. 39 f. m.w.N.; OVG Rheinland-Pfalz vom 25.03.2019 - 2 B 10139/19, juris, Rz. 14 m.w.N.; Kopp/Schenke, VwGO, 20. Auflage, § 40 Rn. 11 m.w.N.; v.Albedyll in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO, 7. Auflage, § 40 Rn. 76).

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 beruflichen 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. 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 (BAG vom 12.12.2017 - 9 AZR 152/17, juris, Rz. 33 m.w.N.; BAG vom 19.05.2015 - 9 AZR 837/13, juris, Rz. 16).

Dieses subjektive Recht der 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, ob es um ein Stellenbesetzungsverfahren zur Besetzung einer Beamten- oder einer Stelle im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses im öffentlichen Dienst geht (vgl. erneut allein BAG vom 12.12.2017 - 9 AZR 152/17, juris, Rz. 33 m.w.N.; BAG vom 19.05.2015 - 9 AZR 837/13, juris, Rz. 16). Während der private Arbeitgeber frei entscheiden kann, mit wem er welche vertraglichen Bindungen eingehen möchte und welche Stellen er mithin mit welchen Bewerbern besetzt und sich allenfalls beispielsweise bei diskriminierenden Stellenbesetzungsentscheidungen nachfolgend Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sehen könnte (vgl. § 15 AGG), unterliegt der öffentliche Arbeitgeber im Stellenbesetzungsverfahren den speziellen Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG. Die Norm begründet eine einseitige Verpflichtung von Trägern hoheitlicher, staatlicher Gewalt und ist daher dem öffentlichen Recht zuzuordnen (OVG Bremen vom 18.03.2020 - 2 B 50/20, juris, Rz. 6; OVG Rheinland-Pfalz vom 25.03.2019 - 2 B 10139/19, juris, Rz. 15; OVG Rheinland-Pfalz vom 19.01.2018 - 2 E 10045/18, juris, Rz. 4; Pützer, Der Rechtsweg für arbeitsrechtliche Konkurrentenklagen im öffentlichen Dienst, RdA 2016, 287, 289 f. m.w.N.).

Daran ändert sich nicht etwa dadurch etwas, dass das angestrebte öffentliche Amt im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden soll oder wie hier die Antragstellerin sich sogar aktuell bereits in einem Arbeitsverhältnis zum Antragsgegner befindet und sich auf eine im fortzusetzenden Arbeitsverhältnis angestrebte andere Stelle bewirbt und der öffentliche Arbeitgeber ihr daher nicht in seiner Funktion als Hoheitsträger und Dienstherr, sondern als privatrechtlicher Arbeitgeber gegenüber stünde (so aber OVG NRW vom 27.04.2010 - 1 E 404/10, juris, Rz. 21; LAG Rheinland-Pfalz vom 24.10.2018 - 2 Ta 115/18,

juris, Rz. 14; LAG Rheinland-Pfalz vom 15.08.2018 - 2 Ta 77/18, juris, Rz. 16; im Ergebnis ebenso wohl BAG vom 12.10.2010 - 9 AZR 554/09, juris, Rz. 24; BAG vom 23.08.1989 - 7 AZR 546/88, juris, Rz. 22). Denn die streitentscheidende Norm bleibt öffentlich-rechtlicher Natur und verpflichtet den Antragsgegner unverändert allein als staatlicher Hoheitsträger. Er tritt der Antragstellerin im Besetzungsverfahren eben nicht wie ein privater Arbeitgeber gegenüber. Der Umstand, dass sie die Stelle unter anderem auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zu besetzen beabsichtigt und die Antragstellerin sich um die Stelle als Arbeitnehmer in einem - lediglich mit geändertem Inhalt fortzusetzenden - Arbeitsverhältnis beworben hat, ändert den Normcharakter und die alleinige Verpflichtung staatlicher Hoheitsträger aus der Norm des Art. 33 Abs. 2 GG nicht. Die Norm bezieht sich auf die Besetzung eines öffentlichen Amtes. Dieser Begriff ist weit auszulegen und umfasst grundsätzlich sämtliche vom Staat (Bund, Länder, Gemeinden; unmittelbare und mittelbare Staatsverwaltung) bereitgestellten Positionen, gleichgültig, ob diese mit Beamten oder Arbeitnehmern zu besetzen sind (BAG vom 12.04.2016 - 9 AZR 673/14, juris, Rz. 16; BAG vom 19.05.2015 - 9 AZR 837/13, juris, Rz. 16, jeweils m.w.N.). Erforderlich ist lediglich, dass die Stelle der öffentlichen Gewalt und damit der Staatsorganisation zuzuordnen ist, was der Fall ist, wenn sie der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient. Auf die Organisationsform, in der der Staat tätig wird, kommt es nicht an (BAG vom 12.04.2016 - 9 AZR 673/14, juris, Rz. 16 m.w.N.) (Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Beschluss vom 21. August 2020 – 3 Ta 202/20 –, Rn. 28 - 30, juris).

Die zu besetzende Stelle dient unstreitig der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. 15

Dass sie unter anderem auch im Arbeitsverhältnis ausgeübt werden kann, unter anderem so ausgeschrieben wurde und die Antragstellerin sich auf die Stelle mit dem Ziel eben dieser Form der Beschäftigung beworben hat, ändert weder etwas am Anwendungsbereich der streitentscheidenden Norm noch an ihrem öffentlich-rechtlichen Charakter. Denn ein privater Arbeitgeber wäre ja gerade nicht durch Art. 33 Abs. 2 GG gebunden und könnte jederzeit nach Belieben entscheiden, ein Stellenbesetzungsverfahren abzubrechen, ohne dass Bewerbern hiergegen ein Primärrechtsschutz zur Verfügung stünde. 16

Nicht entscheidend ist das bürgerlich-rechtliche Arbeitsverhältnis, in dem die Antragstellerin sich bereits befindet und in dem sie die Tätigkeit auf der neuen Stelle, um die sie sich beworben hat, fortsetzen möchte. Entscheidend ist vielmehr, dass ihr Ziel, im Wege der einstweiligen Verfügung ihren Bewerbungsverfahrensanspruch zu sichern, gegenüber der Antragsgegnerin allein in Anwendung der wiederum allein staatliche Stellen verpflichtenden und mithin öffentlich-rechtlichen Norm des Art. 33 Abs. 2 GG erreichbar ist. Das sich aus dem Antragsbegehren ergebende Rechtsverhältnis ist damit ebenfalls öffentlich-rechtlich. Dass im Erfolgsfalle und bei dann positiver neuer Entscheidung über die Bewerbung der Antragstellerin die Stellenbesetzung später im Wege des - geänderten - Arbeitsverhältnisses erfolgen würde, ändert den öffentlich-rechtlichen Charakter des vorliegenden Verfahrens nicht, sondern betrifft spätere Umsetzungsfragen, das sogenannte "Wie" der Stellenbesetzung und eben nicht das hier streitentscheidende "Ob" (ebenso OVG Bremen vom 18.03.2020 - 2 B 50/20, juris, Rz. 7; OVG Rheinland-Pfalz vom 25.03.2019 - 2 B 10139/19, juris, Rz. 16; OVG Rheinland-Pfalz vom 19.01.2018 - 2 E 10045/18, juris, Rz. 5; Pützer, RdA 2016, 287, 290) (Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Beschluss vom 21. August 2020 – 3 Ta 202/20 –, Rn. 31 - 33, juris). 17

Soweit die Eröffnung des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten ua. deshalb angenommen wird, weil der durch Art. 33 Abs. 2 GG gewährleistete Bewerbungsverfahrensanspruch nur einen verhältnismäßig kleinen Ausschnitt im Rechte- und Pflichtengeflecht des bestehenden 18

Arbeitsvertrages darstelle und der Gesetzgeber mit § 2 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a ArbGG eine umfassende Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen für individuelle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis begründen wollte, schließt sich die erkennende Kammer dem nicht an.

Denn es handelt sich bei dem Bewerbungsverfahrensanspruch gerade nicht um einen Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis. Er setzt noch nicht einmal ein (bestehendes) Arbeitsverhältnis voraus. Denn der Bewerbungsverfahrensanspruch steht jedem Bewerber zu, der sich um eine Stelle beim Staat bewirbt, und zwar unabhängig davon, ob er interner oder externer Bewerber ist oder ob er überhaupt schon einmal Arbeitnehmer war. 19

Im Übrigen gäbe es auch dann keine Allzuständigkeit der Arbeitsgerichte, wenn man den Bewerbungsverfahrensanspruch im Zusammenhang mit einem bestehenden Arbeitsverhältnis sehen würde. Denn es ist allgemein anerkannt, dass es auch hier maßgeblich auf den Charakter der streitentscheidenden Normen ankommt. Streiten sich die Arbeitsvertragsparteien beispielsweise über die richtige Höhe des Lohnsteuerabzugs oder den Inhalt von Steuerbescheinigungen, sind die Finanzgerichte zuständig. Beim Streit über die richtige Höhe des Sozialabgabenabzugs, die Meldungen zur Sozialversicherung, den Inhalt der Arbeitsbescheinigung oder die Höhe des Kurzarbeitergeldes sind die Sozialgerichte zuständig. All diese streitentscheidenden Normen sind öffentlich-rechtlicher Natur und setzen idR. sogar das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses voraus, ohne dass die Arbeitsgerichte zuständig wären. 20

Für die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit sprechen neben der dogmatisch guten Begründung auch praktische Erwägungen. Denn die VwGO erlaubt es, durch entsprechende Beiladungen alle Konkurrentenstreitigkeiten um dieselbe ausgeschriebene Stelle einheitlich und mit Rechtskraft für alle Beteiligten zu entscheiden. 21

Bei verschiedenen Rechtswegen wäre dies nicht möglich, was wiederum zu haarsträubenden Ergebnissen führen könnte. Gesetzt den Fall, dass die Arbeitsgerichte rechtskräftig urteilen, dass der Arbeitnehmer der beste Bewerber ist, und die Verwaltungsgerichte rechtskräftig urteilen, dass der Beamte der beste Bewerber ist, wäre der Staat in einem Dilemma. 22

Wo müsste ein nicht ausgewählter Bewerber klagen, der sich um eine Stelle beworben hat, die gleichermaßen für ein Arbeitsverhältnis oder ein Beamtenverhältnis ausgeschrieben war? Beim Arbeitsgericht und gleichzeitig beim Verwaltungsgericht, um sich alle Chancen offen zu halten? Oder hat er ein Wahlrecht? Welche Rechtsschutzmöglichkeiten hätte der ursprünglich ausgewählte Bewerber, da er am arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht beteiligt ist? 23

All diese Fragen lassen sich nach Auffassung der Kammer unter Anwendung des Zivilrechts nicht zufriedenstellend lösen. 24