

Cornelia Feldmann

Der Rechtsweg beim Konkurrentenrechtsstreit um eine durch privaten Dienstvertrag zu besetzende Stelle – OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 19.1.2018, 2 E 10045/18 und LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 15.8.2018, 2 Ta 77/18

Sowohl das OVG Rheinland-Pfalz als auch das LAG Rheinland-Pfalz mussten sich zuletzt mit der Frage auseinandersetzen, ob bei einem Eilantrag, der auf Sicherung des aus Art. 33 Abs. 2 GG resultierenden Bewerberverfahrensanspruchs gerichtet ist, eine öffentlich-rechtliche oder eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, wenn die Anstellung des künftigen Stelleninhabers in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis erfolgen soll. Beide Gerichte kamen dabei zu unterschiedlichen Ergebnissen, was einen näheren Blick in die Entscheidungsgründungen lohnt. Die Entscheidungen sind auch für den Hochschulbereich von wesentlicher Bedeutung, weil zahlreiche Stellen an den Hochschulen nicht (mehr) durch Beamte, sondern von Arbeitnehmern oder freien Dienstnehmern besetzt werden. So hat zuletzt das ArbG Mainz mit Verweis auf die Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz für einen bei ihm eingereichten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, mit der ein Bewerber die Besetzung einer Professorenstelle verhindern wollte, die durch Begründung eines privatrechtlichen Dienstverhältnisses erfolgen sollte, den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für nicht gegeben erachtet und den Rechtsstreit an das VG Mainz verwiesen.¹ Droht damit das Ende des arbeitsrechtlichen Konkurrentenrechtsstreits?

I. Fallkonstellationen und Inhalt der Entscheidungen

1. In dem vom OVG Rheinland-Pfalz² zu entscheidenden Fall ging es um die Besetzung der Stelle des Direktors der Landeszentrale für Medien und Kommunikation Rheinland-Pfalz, einer Anstalt des öffentlichen Rechts. Die Landeszentrale ist selbst nicht dienstherrenfähig, kann also selbst keine Beamtenverhältnisse begründen. Mit dem künftigen Direktor sollte nach dem Willen der Landeszentrale deshalb ein privatrechtlicher Dienstvertrag geschlossen werden. Der Antragsteller begehrte in einem beim VG Neustadt eingereichten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, dass

der Landeszentrale aufgegeben wird, die Stelle nicht zu besetzen, solange nicht über seine eigene Bewerbung bestandskräftig entschieden ist.

a) Die erste Instanz, das VG Neustadt,³ hatte zunächst die Verweisung des Rechtsstreits an die ordentliche Gerichtsbarkeit erwogen. Auch die Landeszentrale für Medien und Kommunikation Rheinland-Pfalz vertrat die Ansicht, dass der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten im vorliegenden Verfahren nicht gegeben sei. In seinem auf Grundlage einer entsprechenden Anwendung von § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 17a Abs. 3 GVG gefassten Beschlusses entschied das Verwaltungsgericht jedoch sodann, dass der Rechtsweg zu den Gerichten der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit eröffnet ist. Es handele sich bei dem anhängigen Konkurrentenrechtsstreit um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art i.S.v. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Es stützte seine Auffassung dabei auf zwei Aspekte. Zum einem handele es sich bei der Stellung des Direktors der Landeszentrale um eine öffentlich-rechtliche Stellung. Der Direktor sei nicht nur eines der gesetzlich vorgesehenen Organe der Landeszentrale, sondern diesem Organ würden ausdrücklich im Landesmediengesetz (§ 42 Nr. 18 und § 44 Abs. 3 Nr. 8 LMG) auch Hoheitsbefugnisse eingeräumt. Die Ausübung hoheitlicher Befugnisse sei nach Art. 33 Abs. 4 GG als ständige Aufgabe jedoch in der Regel den Angehörigen des öffentlichen Dienstes vorbehalten, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Deshalb sei die Stellung als Direktor der Landeszentrale trotz der vorgesehenen privatrechtlichen Ausgestaltung des Dienstvertrages von öffentlich-rechtlicher Rechtsnatur. Überdies gehe es nach dem Vortrag des Antragstellers in erster Linie um die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung, deren rechtlichen Grundlagen sich aus dem Landesmediengesetz und der Hauptsatzung der Landeszentrale ergäben. Dort sei die Direktorenwahl näher geregelt. Dem Antragsteller gehe es darum, den Abschluss des Dienstvertrages als Folge der von

1 ArbG Mainz, Beschl. 28.3.2018, 1 Ga 3/18, n.v.

2 OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. 19.1.2018, 2 E 10045/18,

ZUM-RD 2018, 602.

3 VG Neustadt, Beschl. 27.12.2017, 5 L 1378/17.NW, n.v.

ihm für rechtswidrig gehalten Wahl des Mitbewerbers zu verhindern. Es gehe deshalb um das Ob und nicht um das Wie des Anstellungsvertrages. Das Verwaltungsgericht hielt es deshalb für angezeigt, die Grundsätze der sog. Zwei-Stufen-Theorie – allerdings wohl generell – auch auf die Konkurrentenklage anzuwenden und beim „Ob“ des Anstellungsvertrages von einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit auszugehen. Mangels anderer ausdrücklicher Rechtswegzuweisung kam aus Sicht des VG Neustadt weder eine Verweisung des Rechtsstreits an die Arbeitsgerichte noch an die ordentliche Gerichtsbarkeit in Betracht. Es erklärte deshalb den bestrittenen Rechtsweg für zulässig, § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 17a Abs. 3 GVG. Gegen diesen Beschluss legte die Landeszentrale sofortige Beschwerde beim OVG Rheinland-Pfalz.

b) Das OVG Rheinland-Pfalz wies diese Beschwerde zurück. Zurecht habe das VG Neustadt den Verwaltungsrechtsweg nach § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 17a Abs. 3 GVG für zulässig erklärt. Die entsprechende Rechtswegzuständigkeit folge aus § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne dieser Norm sei immer anzunehmen, wenn der Antragsteller aus dem vorgetragenen Sachverhalt Rechtsfolgen aus Rechtsnormen des öffentlichen Rechts herleite. Öffentlich-rechtliche Normen seien dadurch gekennzeichnet, dass sie nur auf Rechtsbeziehungen zwischen Privaten und öffentlich-rechtlich organisierten Trägern, insbesondere Trägern der Staatsverwaltung, Anwendung finden könnten. Ausschlaggebend sei, dass sie ausschließlich einen derartigen Träger berechtigen oder verpflichten. Art. 33 Abs. 2 GG begründe eine einseitige Verpflichtung von Trägern staatlicher Gewalt und sei damit dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass die Landeszentrale für Medien und Kommunikation nicht dienstherrenfähig ist und mit dem Bewerber ein privatrechtliches Dienstverhältnis begründet werden soll. Der Landeszentrale sei gemäß § 2 LMG die Aufgabe übertragen, die Verwirklichung des Grundrechts der Rundfunkfreiheit zu sichern. Auch wenn die Landesmedienanstalten – wie die Landeszentrale – nicht der unmittelbaren Staatsverwaltung angehörten, so übten sie doch hoheitliche Tätigkeit aus. Im übrigen hänge der öffentlich-rechtliche Charakter der Streitigkeit um das „Ob“ eines Anstellungsvertrages nicht von der öffentlich- oder privatrechtlichen Natur des Anstellungsvertrages ab. Denn im Kern stehe das

nach öffentlich-rechtlichen Normen zu beurteilende Auswahlverfahren in Streit.

2. Diesen Gedanken aufgreifend verneinte das ArbG Mainz⁴ gleich in mehreren Beschlüssen den Rechtsweg zu der Arbeitsgerichtsbarkeit hinsichtlich bei ihm eingereicherter Konkurrentenklagen, in denen es um durch privatrechtlichen Anstellungsvertrag bzw. Arbeitsvertrag zu vergebende Stellen ging. Der vom LAG Rheinland-Pfalz⁵ zu entscheidende Fall hatte einen Antrag einer Volljuristin zum Gegenstand, der auf Sicherung des Bewerberverfahrensanspruchs hinsichtlich einer Stelle als Sachbearbeiterin in Ausländerangelegenheiten bei einer Stadt gerichtet war. Die künftige Stelleninhaberin sollte nach dem Willen der Stadt, der sich auch aus der Ausschreibung ergab, im Arbeitsverhältnis tätig werden. Mit dem beim ArbG Mainz eingereichten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung begehrte die Antragstellerin, der Antragsgegnerin vorläufig zu untersagen, die Stelle endgültig oder kommissarisch zu besetzen, bevor nicht über ihre Bewerbung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes erneut entschieden wurde.

a) Nach Anhörung der Parteien erklärte das ArbG Mainz⁶ nach § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für unzulässig und verwies den Rechtsstreit an das VG Mainz. Zur Begründung führte es aus, dass die Antragstellerin den durch einstweilige Verfügung zu sichernden Bewerbungsverfahrensanspruch auf Art. 33 Abs. 2 GG stütze. Diese Bestimmung begründe eine einseitige Verpflichtung von Trägern staatlicher Gewalt und sei damit dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Dies gelte, wie das OVG Rheinland-Pfalz in seinem Beschluss vom 19.1.2018 (2 E 10045/18) zurecht entschieden habe, auch dann, wenn die Beteiligten über die Begründung eines privatrechtlichen Anstellungsvertrages streiten. Neben dem Recht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern schütze Art. 33 GG das Interesse des öffentlichen Dienstes an der Bestenauslese. In einem Anbahnungsverhältnis für ein Arbeitsverhältnis würden die Pflichten nach Art. 33 Abs. 2 GG ausschließlich potentielle Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes treffen. Der Rechtsreit sei demnach öffentlich-rechtlicher Natur. Gegen diesen Beschluss legte die Antragstellerin sofortige Beschwerde ein, der das ArbG Mainz nicht abholte und deshalb dem LAG Rheinland-Pfalz zur Entscheidung vorgelegt wurde.

b) Auf die sofortige Beschwerde änderte das LAG Rheinland-Pfalz die Entscheidung des ArbG Mainz ab

4 ArbG Mainz, Beschl. 28.3.2018, 1 Ga 3/18, n.v.; ArbG Mainz, Beschl. 30.5.2018, 3 Ga 5/18, n.v. und ArbG Mainz, Beschl. 24.7.2018, 3 Ca 756/18, n.v.

5 LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. 15.8.2018, 2 Ta 77/18, NZA-RR 2018, 622.

6 ArbG Mainz, Beschl. 30.5.2018, a.a.O.

und erklärte den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen für zulässig. Zu Unrecht habe das ArbG Mainz angenommen, dass es sich bei dem vorliegenden Eilantrag um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handele. Obwohl sich der vorliegend geltend gemachte Bewerbungsverfahrenanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG herleite und sich gegen eine öffentlich-rechtliche Körperschaft richte, handele es sich doch gleichwohl um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit. Das Rechtsverhältnis sei maßgeblich durch das Klagebegehren geprägt, in den öffentlichen Dienst im Angestelltenverhältnis eingestellt zu werden. Da die ausgeschriebene Tätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden solle, bewege sich die Antragsgegnerin bei ihrer Entscheidung, mit welchem Stellenbewerber ein entsprechender Arbeitsvertrag geschlossen werden soll, auf dem Boden des Privatrechts.

Die Natur des Rechtsverhältnisses werde nicht dadurch verändert, dass das Klagebegehren auf eine grundrechtsgleiche Position gestützt wird und sich gegen eine öffentlich-rechtliche Körperschaft richtet.

II. Bewertung

Trotz gleichen Ansatzpunktes, nämlich dass sich der im arbeitsrechtlichen Konkurrentenrechtsstreit geltend gemachte Anspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG herleitet, gelangen das OVG Rheinland-Pfalz und das LAG Rheinland-Pfalz also zu unterschiedlichen Rechtswegzuständigkeiten. Dies bedingt eine genauere Prüfung der Rechtslage. Im Einzelnen:

1. Nach § 13 GVG gehören vor die ordentlichen Gerichte „die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die Familiensachen und die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Zivilsachen) sowie die Strafsachen, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder auf Grund von Vorschriften des Bundesrechts besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind“. Die Verwaltungsgerichte sind nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO „in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art zur Entscheidung berufen, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind“.

Eine ausdrückliche Zuweisung an besondere Gerichte, nämlich die Gerichte für Arbeitssachen, sehen § 2 Abs. 1 und 2 und § 2a ArbGG vor. Nach

§ 2 Abs. 1 Nr. 3c ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern „aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses“. Dazu gehören nach unbestrittener Ansicht auch bürgerlich-rechtliche Ansprüche auf Abschluss eines Arbeitsvertrages und deren Sicherung durch einstweilige Verfügung.⁷ Eine Sonderzuweisung enthalten zudem § 126 Abs. 1, 2 BRRG und § 34 BeamStG. Nach diesen Bestimmungen ist für alle Klagen der Beamten, Ruhestandsbeamten, früheren Beamten und der Hinterbliebenen aus dem Beamtenverhältnis sowie für Klagen des Dienstherrn der Verwaltungsrechtsweg gegeben.

2. Für die beamtenrechtliche Konkurrentenklage fällt vor diesem Hintergrund die Bestimmung des richtigen Rechtswegs einfach. Aufgrund der aufdrängenden Sonderzuweisung in § 126 Abs. 1, 2 BRRG für Bundesbeamte und § 34 BeamStG sowie § 63 Abs. 3 Satz 2 BeamStG i.V.m. § 126 Abs. 1 und 2 BRRG für Beamte der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts (§ 1 BeamStG) ist hier stets ausschließlich der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet.⁸ Insofern ist anerkannt, dass diese spezialgesetzlichen Zuweisungsregelungen auch dann greifen, wenn der Bewerber selbst noch nicht Beamter ist, aber im Zuge des Stellenbesetzungsverfahrens zu einem solchen ernannt werden will.⁹ Leitet die „Konkurrentenklage“ ein Beamter ein oder eine Person, die dies werden will, ist also stets der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

Nicht entscheidend ist hingegen, in welchem Rechtsverhältnis der zur Besetzung der Stelle Vorgesehene zur Anstellungskörperschaft steht. „Denn der Antragsteller, der selbst Beamter ist, macht in diesem Verfahren seinen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf verfahrens- und ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung gegenüber seinem Dienstherrn [...] geltend. Demzufolge spielt es für die Frage des Rechtsweges keine Rolle, ob die Stelle mit einem beamteten Konkurrenten oder mit einem solchen im Angestelltenverhältnis besetzt werden soll“.¹⁰

3. Wie aber ist nun der Fall zu entscheiden, wenn die in Streit stehende Stelle mit einem Arbeitnehmer oder einem freien Dienstnehmer besetzt werden soll? § 126 Abs. 1, 2 BRRG und § 34 BeamStG greifen dann nicht. Vielmehr wäre hier nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO der

7 BAG, Urt. 14.12.1988, 7 AZR 773/87, NJW 1989, 2909.

8 VG Karlsruhe, Beschl. 28.1.2011, 6 K 161/11, VBIBW 2011, 404; *Brinktrine*, Konkurrentenstreitverfahren im Beamtenrecht, Jura 2015, 1192, 1198; *Schnellenbach/Bodanowitz*, Beamtenrecht in der Praxis, 9. Aufl. 2017, § 3 Rn. 44.

9 OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. 27.4.2010, 1 E 404.10, DÖD 2010, 225; *Schnellenbach/Bodanowitz*, a.a.O., § 3 Rn. 44.

10 Hamburgisches OVG, Beschl. 3.3.1999, 1 Bs 23/99, NordÖR 1999, 251.

Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben, wenn es sich (auch dann) um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt und nach § 13 GVG und § 2 Abs. 1 Nr. 3 c) ArbGG der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten (freier Dienstnehmer) und den Arbeitsgerichten (Arbeitnehmer) eröffnet, wenn es sich um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit handelt.

a) Für den Fall, dass der künftige Stelleninhaber im Arbeitsverhältnis tätig werden soll, haben sowohl das Bundesarbeitsgericht¹¹ als auch das Bundesverwaltungsgericht¹² bislang durchgehend die Ansicht vertreten, dass hier auf Grundlage von § 2 Abs. 1 Nr. 3 c) ArbGG der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten gegeben ist. Die Rechtsstreitigkeit sei in diesen Fällen bürgerlich-rechtlicher Natur.¹³ Es handle sich um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses und dessen Nachwirkungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 c) ArbGG). Dem ist das LAG Rheinland-Pfalz in seiner Entscheidung vom 15.8.2018 unbesehen gefolgt. Das OVG Rheinland-Pfalz widerspricht dieser Ansicht in der zitierten Entscheidung vom 19.1.2018 hingegen. Es ist der Ansicht, dass der Antragsteller sich für sein Begehren im Wesentlichen auf Art. 33 Abs. 2 GG und damit eine öffentlich-rechtliche Norm stütze. Daraus sei abzuleiten, dass es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handle. Da § 2 Abs. 1 Nr. 3 c) ArbGG eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit voraussetze, sei er nicht einschlägig. In ähnlicher Weise hatte das VG Mainz¹⁴ bereits im Jahre 2011 bezüglich eines gegen die ZDF-Intendantenwahl angestregten Verfahrens entschieden.

b) Für die Frage, ob eine Rechtsstreitigkeit bürgerlich-rechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Art ist, kommt es nicht auf das angestrebte Prozessziel an.¹⁵ Maßgebend ist vielmehr, wenn eine ausdrückliche Rechtswegzuweisung des Gesetzgebers fehlt, allein die

Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird.¹⁶ „Öffentlich-rechtlich sind Streitigkeiten, die aus einem hoheitlichen Verhältnis der Über- und Unterordnung entstehen. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit kann aber auch auf einem Gleichordnungsverhältnis beruhen. 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. Bei [...] einer Klage auf Vornahme oder Unterlassung einer Handlung ist daher nicht auf die Rechtsnatur der mit der Klage geforderten Handlung oder Unterlassung, sondern den Charakter des Rechtsverhältnisses abzustellen, aus dem der geltend gemachte Anspruch abgeleitet wird.“¹⁷ Entscheidend ist demnach, ob die gerichtliche Entscheidung über den geltend gemachten materiell-rechtlichen Anspruch nach öffentlichem oder nach bürgerlichem Recht zu treffen ist.¹⁸ Es kommt also auf die Rechtsnatur der streitentscheidenden Norm an.¹⁹ Ist diese öffentlich-rechtlich, ist der Rechtsstreit öffentlich-rechtlich; ist diese dem Privatrecht zuzuordnen, ist der Rechtsstreit bürgerlich-rechtlich.

c) Unter dieser Maßgabe ist – wie das OVG Rheinland-Pfalz zurecht angenommen hat – die Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Anspruch hergeleitet wird, auch im „arbeitsrechtlichen Konkurrentenrechtsstreit“ öffentlich-rechtlich geprägt. Soweit die gegenteilige Auffassung²⁰ – wie etwa das LAG Rheinland-Pfalz²¹ – etwas anderes allein deshalb annimmt, weil sie auf die Rechtsnatur des angestrebten Rechtsverhältnisses abhebt, missachtet sie bereits die klare Feststellung, dass es für die Bestimmung des Rechtswegs gerade nicht auf das angestrebte Prozessziel ankommt. Entscheidend ist vielmehr – wie vom Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes²²

11 BAG, Urt. 23.8.1989, 7 AZR 546/88, n.v.; BAG, Urt. 14.12.1988, 7 AZR 773/87, NJW 1989, 2909.

12 BVerwG, Urt. 25.3.1982, 2 C 30/79, NVwZ 1983, 220; vgl. auch BVerwG, Urt. 27.2.1976, VII C 44.74, BVerwGE 50, 255; Bayerischer VGH, Beschl. 7.4.2014, 7 C 14.408, DVBl. 2014, 875.

13 BAG, Urt. 12.10.2010, 9 AZR 554/09, NZA-RR 2011, 216; BAG, Urt. 2.12.1997, 9 AZR 445/96, NZA 1998, 884; BVerwG, Urt. 25.3.1982, a.a.O.; so auch LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. 15.8.2018, a.a.O. und LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. 24.10.2018, 2 Ta 115/18, n.v.; Seitz, Die arbeitsrechtliche Konkurrentenklage, Seite 64 f.; Zimmerling, Konkurrenz zwischen Angestellten und Beamten im Beförderungsgeschehen, RdA 2001, 165, 167 f.

14 VG Mainz, Beschl. 6.6.2011, 4 L 566/11.MZ, ZUM-RD 2011, 655 mit dem Hinweis, dass um die Vorschriften zur Intendantenwahl des ZDF-Staatsvertrages gestritten werde, deren Zuordnungssubjekt notwendigerweise ein Träger öffentlicher Verwaltung ist.

15 BVerwG, Beschl. 26.3.2018, 7 B 8/17, n.v.; BAG, Urt. 23.8.1989, a.a.O.; BAG, Urt. 14.12.1988, a.a.O.

16 Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes,

Beschl. 4.6.1974, GmS-OGB 2/73, BSGE 37, 292; BAG, Urt. 23.8.1989, 7 AZR 546/88, n.v.; BVerwG, Urt. 25.3.1982, a.a.O.;

OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. 18.7.2017, 8 B 11116/17; LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. 15.8.2018, a.a.O. und LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. 24.10.2018, 2 Ta 115/18, n.v.; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. 27.4.2010, a.a.O.

17 BVerwG, Beschl. 26.3.2018, a.a.O.

18 Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider/Bier, 34. EL, Mai 2018, VwGO, § 40 Rn. 202.

19 OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. 27.4.2010, a.a.O.; V. Albedyll, in: Bader, VwGO, 7. Aufl. 2018, § 40 Rn. 14 f.; Pützer, Der Rechtsweg für arbeitsrechtliche Konkurrentenklagen im öffentlichen Dienst, RdA 2016, 287, 289.

20 So BVerwG, Urt. 25.3.1982, a.a.O.; BAG, Urt. 23.8.1989, a.a.O.

21 LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. 15.8.2018, a.a.O., im Anschluss daran auch LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. 24.10.2018, a.a.O., jeweils mit Verweis auf die Rechtsprechung des BAG und BVerwG.

22 s. Fn. 16.

entschieden – die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird. Aus einem erst angestrebten Rechtsverhältnis kann sich der geltend gemachte Anspruch aber zwangsläufig nicht ableiten. Dies verkennt die gegenteilige Auffassung, wenn sie auf die Rechtsnatur des noch nicht begründeten und lediglich angestrebten Rechtsverhältnisses abstellt. Das eingeleitete Eilverfahren dient gerade erst der Sicherung des Anspruchs auf die noch ausstehende Begründung dieses Rechtsverhältnisses. Bei diesem Rechtsverhältnis handelt sich schon deshalb zwangsläufig nicht um das Rechtsverhältnis, aus dem der Anspruch abgeleitet wird, sondern um das eigentliche Ziel, das mit dem geltend gemachten Anspruch verfolgt wird. Der insofern bestehende Zirkelschluss, wird, wenn das LAG Rheinland-Pfalz bezugnehmend auf die bisher hierzu ergangenen Entscheidungen des BVerwG und BAG darauf verweist, „das Rechtsverhältnis werde maßgeblich durch das Klagebegehren geprägt“, in den öffentlichen Dienst als Arbeitnehmer eingestellt zu werden, mehr als deutlich. Der geltend gemachte Antrag soll nach Auffassung des LAG Rheinland-Pfalz die Natur des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses, auf dessen Begründung dieser Antrag überhaupt erst abzielt, bestimmen. Entscheidend ist aber nach dem Vorstehenden nicht die Natur des Rechtsverhältnisses, das durch den Klageanspruch erreicht werden soll, sondern „allein die Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird“. Erst recht kann insofern nicht entscheidend sein, welche Rechtsnatur die Mitteilung der Auswahlentscheidung hat;²³ aus der Konkurrentenmitteilung leitet sich der geltend gemachte Anspruch nicht ab.

Insofern ist dem OVG Rheinland-Pfalz auch bei der Beurteilung recht zu geben, dass das Rechtsverhältnis – auch beim arbeitsrechtlichen Konkurrentenrechtsstreit – auf einer öffentlich-rechtlichen Norm gründet und deshalb der Rechtsstreit als öffentlich-rechtlich zu bewerten ist.²⁴ Der im Konkurrentenrechtsstreit geltend gemachte Anspruch auf Sicherung des Bewerberverfahrensanspruchs stützt sich stets und ausschließlich auf Art. 33 Abs. 2 GG. Die Bestimmung begründet ein grundrechtsgleiches Recht auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und auf deren Durchführung anhand der in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Auswahlkriterien. Sie richtet sich als Verfassungsnorm ausschließlich an die Träger staatlicher Gewalt und ver-

pflichtet sie, bei der Stellenbesetzung und bei Beförderungen den Grundsatz der Bestenauslese gegenüber allen Bewerbern zu wahren. Es handelt sich damit um eine öffentlich-rechtliche Norm.²⁵ Art. 33 Abs. 2 GG selbst begründet insofern das Rechtsverhältnis, aus dem sich der geltend gemachte Anspruch ergibt. Anders als das LAG Rheinland-Pfalz meint, bewegt sich der öffentliche Arbeitgeber bei seiner Entscheidung, mit welchem Stellenbewerber er einen Arbeitsvertrag schließen will, also keineswegs auf dem Boden des Privatrechts, sondern im Rahmen des Art. 33 Abs. 2 GG und damit des öffentlichen Rechts. Der Bewerberverfahrensanspruch verpflichtet ihn nicht als privaten Arbeitgeber, sondern in seiner Funktion als Hoheitsträger.

Insofern erscheint es – wie vom OVG Rheinland-Pfalz angenommen – einzig konsequent, hinsichtlich des durch die arbeitsrechtliche Konkurrentenklagen zu sichernden Zugangs zum öffentlichen Amte, d.h. des „Ob“ der Anstellung, stets von einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit auszugehen.²⁶

III. Fazit

In allen Fällen, in denen ein Bewerber seinen aus Art. 33 Abs. 2 GG abzuleitenden Bewerberverfahrensanspruch durch einen Eilantrag zu sichern versucht, ist der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet. Darauf, ob die Einstellung des künftigen Stelleninhabers im Beamtenverhältnis, im Arbeitsverhältnis oder auf Grundlage eines freien Dienstvertrages erfolgen soll, kommt es hierfür nicht an. Denn das „Ob“ der Anstellung richtet sich stets ausschließlich nach Art. 33 Abs. 2 GG und ist damit öffentlich-rechtlicher Natur. Hierüber sind weder die Gerichte für Arbeitssachen noch die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung berufen. Der Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz ist – auch über den entschiedenen Einzelfall hinaus – zu folgen. Die Entscheidung des LAG Rheinland-Pfalz ist abzulehnen.

Cornelia Feldmann ist Fachanwältin für Arbeitsrecht und Fachanwältin für Verwaltungsrecht. Sie hat sich auf das öffentlich-rechtliche Dienstrecht spezialisiert und ist regelmäßig als Prozessvertreter in Konkurrentenrechtsstreitigkeiten tätig. Sie ist Partnerin der Kanzlei Dr. Fettweis & Sozien RAe Partnerschaft mbB, Freiburg.

23 Insofern verfehlt Seitz, a.a.O., Seite 64 f.

24 S. dazu Ehlers/Schneider, a.a.O., § 40 Rn. 201, 204; vgl. auch Pützer, a.a.O., RdA 2016, 287, 289.

25 Pützer, a.a.O., RdA 2016, 287, 289, 291; s. auch Stelkens, in: Stel-

kens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 35 Rn. 128, der zurecht darüber Unverständnis zeigt, dass hier die sog. Zweistufentheorie bislang nicht herangezogen wurde.

26 So auch Pützer, a.a.O., RdA 2016, 287, 290.

