



# Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

**OVG: 2 B 50/20**

VG: 6 V 2114/19

## Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

– Antragsteller und Beschwerdeführer –

Prozessbevollmächtigte:

die Universität Bremen, vertreten durch den Rektor Prof. Dr. Bernd Scholz-Reiter,  
Bibliothekstraße 1 - 3, 28359 Bremen

– Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin –

Prozessbevollmächtigte:

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 2. Senat - durch Richter Dr. Maierhöfer, Richterin Stybel und Richter Dr. Sieweke am 18. März 2020 beschlossen:

**Der Beschluss des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 14.02.2020 wird aufgehoben.**

**Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist zulässig.**

**Die Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht wird zugelassen.**

## Gründe

I. Der Antragsteller macht in einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes geltend, sein Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG sei bei der Entscheidung über die Besetzung einer Stelle für eine „Lehrkraft für besondere Aufgaben“, die im Angestelltenverhältnis (Entgeltgruppe 13 TV-L) besetzt werden soll, verletzt worden. Außerdem begehrt er die Anerkennung seiner kubanischen Leistungsnachweise bzw.

Abschlussdiplome als gleichwertig mit einem deutschen Diplom bzw. Master. Das Verwaltungsgericht hat den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten für unzulässig erklärt und das Verfahren an das Arbeitsgericht Bremen verwiesen. Hiergegen wendet sich die Beschwerde des Antragstellers.

**II. Die zulässige Beschwerde ist begründet. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.**

**1.** Allerdings ergibt sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nicht aus § 54 Abs. 1 BeamtStG oder § 126 Abs. 1 BRRG. Es handelt sich nicht um eine beamtenrechtliche Streitigkeit. Die von der Antragsgegnerin ausgeschriebene Stelle einer Lehrkraft für besondere Aufgaben soll nicht im Beamtenverhältnis übertragen, sondern im Angestelltenverhältnis besetzt werden (vgl. BVerwG, Beschl. v. 19.07.2017 – 2 A 9/16, juris Rn. 5; OVG Bremen, Beschl. v. 12.09.2018 – 2 B 227/18, juris Rn. 7).

**2.** Für das Begehren, die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, die ausgeschriebene Stelle vorläufig mit dem Antragsteller zu besetzen, hilfsweise ihn im Auswahlverfahren weiterhin zu berücksichtigen, sowie die Stelle für ihn freizuhalten, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO eröffnet. Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, die nicht ausdrücklich einem anderen Gericht zugewiesen ist. Dem steht nicht entgegen, dass die ausgewählte Person nicht im Beamtenverhältnis ernannt, sondern ein Arbeitsvertrag mit ihr abgeschlossen werden soll (so auch OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. 19.01.2018 – 2 E 10045/18, juris Rn. 2 - 5; OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 25.03.2019 – 2 B 10139/19, juris Rn. 15 f.). Soweit der Senat in seinem Beschluss vom 12.09.2018 (2 B 227/18, juris Rn. 11) eine andere Auffassung vertreten hat, hält er daran nicht länger fest.

**a)** 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. 10.04.1986 – GmS-OGB 1/85, BGHZ 97, 312 <313 f.>, v. 29.10.1987 – GmS-OGB 1/86, BGHZ 102, 280 <283> und v. 10.07.1989 – GmS-OGB 1/88, BGHZ 108, 284 <286>; BVerwG, Urt. v. 19.05.1994 – BVerwG 5 C 33.91, BVerwGE 96, 71 <73>). Der Charakter des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses bemisst sich nach dem erkennbaren Ziel des Rechtsschutzbegehrens und des zu seiner Begründung vorgetragenen Sachverhalts (OVG Bremen, Beschl. v. 23.02.2011 – 1 S 29/11, juris Rn. 3 ff.). 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/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.).

**b)** Vorliegend ist für die gerichtliche Entscheidung über die Anträge zu Ziff. 1 bis 3 entscheidend, ob ein Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzt ist. Diese Norm ist dem öffentlichen Recht zuzuordnen, denn sie verpflichtet ausschließlich Träger staatlicher Gewalt (OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 19.01.2018 – 2 E 10045/18, juris Rn. 4; OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 25.03.2019 – 2 B 10139/19, juris Rn. 15; a.A. BAG, Urt. v. 23.08.1989 – 7 AZR 546/88, juris Rn. 22; LAG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 15.08.2018 – 2 Ta 77/18, juris Rn. 14 ff.; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 27.04.2010 – 1 E 404/10, juris Rn. 10 ff.; BayVGH, Beschl. v. 07.04.2014 – 7 C 14.408, juris Rn. 11; OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 10.12.1997 – 2 E 12965/97, juris Rn. 3; OVG Thüringen, Beschl. v. 30.01.1996 – 2 EO 497/95, NVwZ-RR 1997, 138).

Dies gilt unabhängig davon, in welcher Rechtsform das anschließende Beschäftigungsverhältnis ausgestaltet wird. Diese Ausgestaltung erfolgt erst in einem weiteren Akt und 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 jedoch – auch in einem privatrechtlich ausgestalteten Dienstverhältnis – mit Art. 33 Abs. 2 GG eine Norm, die ausschließlich einen Träger hoheitlicher Gewalt verpflichtet. (OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 19.01.2018 – 2 E 10045/18, juris Rn. 5; OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 25.03.2019 – 2 B 10139/19, juris Rn. 16).

Unzutreffend ist der Einwand, der Art. 33 Abs. 2 GG verpflichte in Fällen wie dem vorliegenden die Antragsgegnerin nicht in ihrer Funktion als Hoheitsträgerin, sondern als privatrechtliche Arbeitgeberin (so aber OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 27.04.2010 – 1 E 404/10, juris Rn. 21). 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, Urt. v. 12.04.2016 – 9 AZR 673/14, juris Rn. 16). Die Norm wendet sich mithin an staatliche Arbeitgeber gerade in ihrer hoheitlichen Funktion.

Auch praktische Gründe sprechen für diese Lösung. Andernfalls ließe sich die Situation, dass zwei Beamte und ein Arbeitnehmer um eine entweder im Beamten- oder im Arbeitsverhältnis zu besetzende Stelle konkurrieren, einer der Beamten ausgewählt wurde und die beiden Unterlegenen dagegen Rechtsschutz begehren, nicht befriedigend lösen. Nach herrschender Meinung müsste der unterlegene Beamte den Verwaltungsrechtsweg und der unterlegene Arbeitnehmer den Arbeitsrechtsweg beschreiten. Im Ergebnis würden Gerichte unterschiedlicher Rechtswege dieselbe Auswahlentscheidung an demselben

rechtlichen Maßstab (Art. 33 Abs. 2 GG) parallel überprüfen (vgl. Clemens, in: Rolfs/Giesen/ Kreikebohm/ Udsching, BeckOK Arbeitsrecht, ArbGG § 2 Rn. 17).

**3.** Diesem Ergebnis steht die Zuweisungsnorm des § 2 Abs. 1 Nr. 3 c ArbGG, die für die Arbeitsgerichte eine Zuständigkeit für Streitigkeiten aus Verhandlungen über die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses begründet, nicht entgegen (vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 25.03.2019 – 2 B 10139/19, juris Rn. 17). Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist nicht der Abschluss eines Arbeitsvertrags zwischen dem Antragsteller und der Antragsgegnerin, sondern allein der Anspruch des Antragstellers auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und auf deren Durchführung anhand der in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien (sog. Bewerbungsverfahrensanspruch).

**4.** Soweit der Antragsteller die Feststellung der Gleichwertigkeit seiner kubanischen Leistungsnachweise bzw. Abschlussdiplome mit einem deutschen Master bzw. Diplom begehrt, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 16 BQFG bzw. § 16 BremBQFG eröffnet. Ob ein solches Feststellungsbegehren im Verfahren nach § 123 VwGO zulässigerweise verfolgt werden kann, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Gegenstand dieses Beschlusses ist allein die Rechtswegfrage.

**5.** Einer Kostenentscheidung bedarf es nicht, da die Gebühr aus Nr. 5502 der Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG nur entsteht, wenn die Beschwerde zurückgewiesen oder verworfen wird.

**6.** Die Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht war gemäß § 152 Abs. 1 VwGO, § 17a Abs. 4 Satz 4 und 5 GVG zuzulassen. Der Senat weicht mit dem vorliegenden Beschluss von dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 23.08.1989 (7 AZR 546/88, juris Rn. 22) ab. Der Senat ist jedenfalls für Fälle wie den Vorliegenden nicht der Auffassung, dass die Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht nicht zugelassen werden kann, wenn die Entscheidung zum Rechtsweg in einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren ergangen ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung eine weitere Beschwerde nach § 17a Abs. 4 Satz 5 GVG aus folgenden Erwägungen für unzulässig erachtet: Die Klärung fallübergreifender Probleme widerstreite dem Ziel des auf vorläufigen Rechtsschutz gerichteten Verfahrens, in einem bestimmten Einzelfall bis zur Entscheidung in der Hauptsache zur Erhaltung des bestehenden Zustandes oder zur Abwendung wesentlicher Nachteile für den Antragsteller oder nach Abwägung der widerstreitenden Vollzugsinteressen eine Regelung zu treffen. Ein Verfahren mit einer solchen Zielrichtung würde durch eine weitere Beschwerde mit dem Ziel der Klärung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung nachgerade konterkariert. Die Klärung der Rechtswegfrage müsse daher einer Entscheidung in der Hauptsache vorbehalten bleiben (vgl. BVerwG, Beschl. v. 08.08.2006 – 6 B 65/06, juris Rn. 5 f.). Dabei handelt es sich der Sache nach um eine teleologische Reduktion der § 17a Abs. 4 Satz 4 und 5 GVG, § 152 Abs. 1 VwGO. Denn ihrem Wortlaut nach schließen diese Normen eine weitere Beschwerde in Verfahren

des vorläufigen Rechtsschutzes nicht aus. Auch der Umstand, dass gegen die Sachentscheidung in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes kein Rechtsmittel zum Bundesverwaltungsgericht zur Verfügung steht, steht einer weiteren Beschwerde zur Rechtswegfrage nicht entgegen. Ein allgemeiner Rechtssatz, dass das Rechtswegbeschwerdeverfahren nicht über den Rechtszug für die Sachentscheidung hinausführen könne, besteht nicht (BGH, Beschl. v. 30.09.1999 – V ZB 24/99, NJW 1999, 3785). Die vom Bundesverwaltungsgericht für die teleologische Reduktion ins Feld geführten Erwägungen tragen indes nicht, wenn ein unterlegener Bewerber um ein öffentliches Amt seinen Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG sichern will. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts übernimmt das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes in diesen Fällen grundsätzlich die Funktion des Hauptsacheverfahrens und darf nach Prüfungsmaßstab, -umfang und -tiefe nicht hinter einem Hauptsacheverfahren zurückbleiben (st. Rspr. vgl. BVerwG, Beschl. v. 25.10.2011 – 2 VR 4/11, juris Rn. 12 mwN). Allerdings ist, um dem Beschleunigungsgedanken Rechnung zu tragen, § 146 Abs. 4 Satz 1 und 2 VwGO analog anzuwenden (vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 12.09.2018 – 2 B 227/18, juris Rn. 5).

## **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht statthaft. Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe dieses Beschlusses beim

Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Am Wall 198,  
28195 Bremen, (Tag-/Nachtbrieffkasten Justizzentrum Am Wall im  
Eingangsbereich)

einulegen und innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Beschlusses zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, beim Bundesverwaltungsgericht einzureichen. Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Bundesverwaltungsgericht eingeht.

Für das Beschwerdeverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst vertreten lassen.