

# Landesarbeitsgericht Düsseldorf

## Beschluss

§ 2 Abs 3 ArbGG, § 17a Abs 4 GVG, Art 33 Abs 2 GG

- 1. Konkurrentenstreitverfahren um eine Stelle im öffentlichen Dienst, bei denen streitentscheidende Norm Art. 33 Abs. 2 GG ist, betreffen eine öffentlich-rechtliche und keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit. Für sie ist demgemäß allein der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten und nicht zu den Arbeitsgerichten eröffnet. Das gilt unabhängig davon, ob die Stelle allein für eine Beschäftigung im Beamtenverhältnis, sowohl im Beamten- wie auch im Arbeitsverhältnis oder allein für eine Beschäftigung im Arbeitsverhältnis ausgeschrieben und vorgesehen ist**
- 2. Die Zusammenhangszuständigkeit nach § 2 Abs. 3 ArbGG setzt voraus, dass sowohl die anhängige Hauptklage als auch die Zusammenhangsklage bürgerliche Rechtsstreitigkeiten betreffen. Für eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit kann über § 2 Abs. 3 ArbGG daher der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten nicht begründet werden.**
- 3. Im Rechtswegbestimmungsverfahren ist aufgrund der spezialgesetzlichen Regelung des § 17a Abs. 4 Satz 4 - 6 GVG die Zulassung der Rechtsbeschwerde auch in einstweiligen Verfügungsverfahren zulässig und das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde daher bei Zulassung statthaft.**
- 4. Legt der Beschwerdeführer im Rechtswegbestimmungsverfahren die sofortige Beschwerde unmittelbar bei dem Landesarbeitsgericht und nicht beim Ausgangsgericht ein, erfolgt keine Rückgabe der Sache zur Abhilfeprüfung. Vielmehr ist in diesem Fall unmittelbar die Entscheidungskompetenz des Beschwerdegerichts ohne vorgeschaltetes Abhilfeverfahren gegeben.**

LAG Düsseldorf, Beschluss vom 22.01.2021 Az. : 3 Ta 319/20

### **Tenor:**

- I. Die sofortige Beschwerde des Verfügungsklägers vom 19.10.2020 gegen den Rechtswegbeschluss des Arbeitsgerichts Duisburg vom 08.10.2020 - Az.: 1 Ga 14/20 - wird zurückgewiesen.
- II. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt der Verfügungskläger.
- III. Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 565,08 EUR festgesetzt.
- IV. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

## **Gründe:**

I.

1

Die Parteien streiten im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens über den Anspruch des Verfügungsklägers auf die vorläufige Sicherung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs im Zusammenhang mit den von der Verfügungsbeklagten ausgeschriebenen Stellen als "Ingenieurinnen/Ingenieure (TH-Diplom/Master) der Fachrichtung Bauingenieurwesen (Referenzcode der Ausschreibung: 20200881\_9100, Entgeltgruppe 14 TVöD)".

2

Der am 06.12.1975 geborene Verfügungskläger hat im Jahr 2002 erfolgreich an der Fachhochschule Kiel die Abschlussprüfung in der Fachrichtung Bauingenieurwesen abgelegt und ist seitdem berechtigt, den Hochschulgrad des "Diplom-Ingenieurs (Fachhochschule) - Dipl.-Ing. (FH)" zu führen. Er ist seit Juli 2009 bei der verfügbaren Bundesrepublik Deutschland im Wasserstraßen- und Schifffahrtsamt Duisburg-Meiderich in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis beschäftigt, zuletzt als Technischer Angestellter im gehobenen Dienst (Entgeltgruppe 12 Stufe 6 TVöD), wo er als Sachbearbeiter mit dem Neubau von Brücken und Dükern sowie mit der Bauunterhaltung von Straßenbrücken befasst ist.

3

Im Juni 2020 schrieb die Verfügungsbeklagte für das Wasserstraßen- und Schifffahrtsamt Duisburg-Meiderich unter dem Referenzcode 20200881\_9100 mehrere Stellen aus für "Ingenieurinnen/Ingenieure (TH-Diplom/Master) der Fachrichtung Bauingenieurwesen". Auf die Ausschreibung der Anlage A2 zur Antragsschrift (Blatt 18 f. der Akte) wird Bezug genommen. Vorausgesetzt wird dort als "zwingendes Anforderungskriterium" ein abgeschlossenes Hochschulstudium. Unter "Unser Angebot" wird dort weiter mitgeteilt, dass je nach den Voraussetzungen eine Eingruppierung bis EG 14 TVöD möglich sei und für "externe Beamte/Beamtinnen" keine Planstellen zur Verfügung stünden.

4

Der Verfügungskläger bewarb sich mit Schreiben vom 23.06.2020 auf die ausgeschriebenen Stellen und erhielt allerdings mit Schreiben vom 03.09.2020 vom Wasserstraßen- und Schifffahrtsamt Duisburg-Meiderich die Mitteilung, dass seine Bewerbung im weiteren Verfahren nicht berücksichtigt werden könne, da er das zwingende Anforderungskriterium des abgeschlossenen Hochschulstudiums der Fachrichtung Bauingenieurwesen nicht erfülle (Anlage A5, Blatt 43 der Akte).

5

Mit seinem am 14.09.2020 bei dem Arbeitsgericht Duisburg eingegangenen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung begehrt der Verfügungskläger die Unterlassung der Besetzung der ausgeschriebenen Stellen bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Hauptsacheverfahrens über die Neubescheidung seiner Bewerbung. Er ist der Ansicht, die Verfügungsbeklagte habe ihn zu Unrecht aus dem Bewerbungsverfahren ausgeschlossen. Das Anforderungsprofil sei insofern fehlerhaft, als es ohne sachlichen Grund zwingend einen Hochschulabschluss voraussetze. Damit verstoße die Verfügungsbeklagte gegen Art. 33 Abs. 2 GG.

6

Der Verfügungskläger hat angekündigt zu beantragen,

7

der Verfügungsbeklagten im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung eines in das Ermessen des Gerichts gestellten Ordnungsgeldes aufzugeben, alle bei ihr in Duisburg zu besetzenden Stellen aus der Stellenausschreibung "Ingenieurinnen/Ingenieure (TH-Diplom/Master) der Fachrichtung Bauingenieurwesen (Referenzcode der Ausschreibung: 20200881\_9100, Entgeltgruppe 14 TVöD)" bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Anspruch des Verfügungsklägers auf Neubescheidung seiner Bewerbung um die Stelle als Ingenieur der Fachrichtung Bauingenieurwesen (Referenzcode der Ausschreibung: 20200881\_9100, Entgeltgruppe 14 TVöD) nicht mit einer anderen Bewerberin oder einem anderen Bewerber zu besetzen;

8

hilfsweise, der Verfügungsbeklagten im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung eines in das Ermessen des Gerichts gestellten Ordnungsgeldes aufzugeben, die Stellen in Duisburg aus dem Bewerbungsverfahren (Referenzcode der Ausschreibung: 20200881\_9100, Entgeltgruppe 14 TVöD) bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens nur kommissarisch zu besetzen.

9

Auf die im vorliegenden einstweiligen Verfügungsverfahren erfolgte Anhörung durch das Arbeitsgericht zu dessen Bedenken gegen die Rechtswegzuständigkeit hat der Verfügungskläger die Ansicht vertreten, die Arbeitsgerichte seien zuständig und lediglich höchst vorsorglich die Verweisung an das Verwaltungsgericht Düsseldorf beantragt.

10

Das Verfügungsbeklagte Land hat sich zur Rechtswegfrage nicht eingelassen.

11

Mit Beschluss vom 08.10.2020 hat das Arbeitsgericht Duisburg den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Verwaltungsgericht Düsseldorf verwiesen. Zur Begründung hat das Arbeitsgericht auf die Rechtsprechung der erkennenden Rechtswegbeschwerdekammer des LAG Düsseldorf (Beschluss vom 21.08.2020 - 3 Ta 202/20, juris) Bezug genommen.

12

Der Beschluss ist dem Verfügungskläger über seine Prozessbevollmächtigten am 09.10.2020 und der Verfügungsbeklagten am 12.10.2020 zugestellt worden. Mit am 20.10.2020 bei dem Landesarbeitsgericht Düsseldorf eingegangener Beschwerdeschrift seiner Prozessbevollmächtigten vom 19.10.2020 hat der Verfügungskläger sofortige Beschwerde gegen den Beschluss eingelegt.

13

Er ist weiterhin der Ansicht, die Arbeitsgerichte seien für seinen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zuständig. Die von dem Arbeitsgericht vertretene Gegenauffassung widerspreche der langjährigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, zahlreicher Instanzgerichte und der überwiegend im Schrifttum vertretenen Ansicht zur Rechtswegzuständigkeit arbeitsrechtlicher Konkurrentenklagen. Es liege eine bürgerliche und keine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, denn die Verfügungsbeklagte als Träger hoheitlicher Gewalt werde durch die anzuwendende Rechtsnorm des Art. 33 Abs. 2 GG hier nicht gerade in ihrer Funktion als solche berechtigt und verpflichtet. Die Aufgabe, für die der Verfügungskläger sich beworben habe, solle im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden. Die Stellenausschreibung schließe "externe" Beamte ausdrücklich

aus dem Bewerberkreis aus und es hätten sich auch keine Beamten auf die Stellen beworben. Die Verfügungsbeklagte bewege sich bei ihrer Entscheidung, mit welchem Bewerber sie einen Arbeitsvertrag abschließe, also auf dem Gebiet des Privatrechts. Für einen bereits im Arbeitsverhältnis befindlichen Bewerber wie den Verfügungskläger gehe es um die Veränderung seines Beschäftigungsverhältnisses durch entsprechende Änderung seines Arbeitsvertrages, ggfs. vorbereitet durch die Übertragung einer die Veränderung rechtfertigenden höherwertigen Tätigkeit. Sofern die Verfügungsbeklagte die streitigen Stellen ohne Beteiligung des Verfügungsklägers besetze, wäre für ein Verfahren, in dem der Verfügungskläger Schadensersatzansprüche nach § 280 BGB verfolge, auch die Arbeitsgerichtsbarkeit zuständig. Der Bewerbungsverfahrensanspruch werde zudem neben Art. 33 Abs. 2 GG auch auf die Fürsorgepflicht der Verfügungsbeklagten aus dem mit dem Verfügungskläger bestehenden Arbeitsverhältnis gestützt, so dass sich die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte auch aus § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) ArbGG ergebe. Der Verfügungskläger sei auch nach Auffassung der Verfügungsbeklagten insbesondere aufgrund seiner langjährigen Tätigkeit bei dieser für die ausgeschriebenen Stellen grundsätzlich gut geeignet, so dass es unverständlich sei, wenn an seiner Stelle eine Bewerberin oder ein Bewerber eingestellt würde, die oder der zwar einen Hochschulabschluss habe, jedoch nur über eine geringe Berufserfahrung verfüge. Schließlich bestehe jedenfalls eine Zusammenhangszuständigkeit nach § 2 Abs. 3 ArbGG mit dem zwischenzeitlich anhängigen Hauptsacheverfahren 2 Ca 1403/20 vor dem Arbeitsgericht Duisburg.

14

Die Verfügungsbeklagte, die selbst keinen Rechtsbehelf eingelegt hat, schließt sich den Ausführungen des Arbeitsgerichts in dem angefochtenen Beschluss an.

II.

15

1. Die gemäß §§ 17a Abs. 4 Satz 3 GVG, 48 Abs. 1, 78 Satz 1 ArbGG, 567 ff ZPO statthafte sofortige Beschwerde des Verfügungsklägers ist auch im Übrigen zulässig. Insbesondere ist sie am 20.10.2020 form- und fristgerecht innerhalb von zwei Wochen nach der am 09.10.2020 erfolgten Zustellung des Beschlusses vom 08.10.2020 bei dem Landesarbeitsgericht Düsseldorf gemäß § 569 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 ZPO eingelegt worden.

16

a. Die sofortige Beschwerde führt nicht zur Aufhebung und Zurückverweisung an das Arbeitsgericht zur erneuten Entscheidung über den Rechtsweg wegen nicht bewirkter Rechtshängigkeit des einstweiligen Verfügungsverfahrens (siehe hierzu LAG Düsseldorf vom 29.04.2019 - 3 Ta 124/19, juris, Rz. 9 ff. m.w.N.).

17

Zwar ist das Rubrum auf Verfügungsbeklagtenseite nicht korrekt in der Antragsschrift angegeben und die Zustellung an das Wasserstraßen- und Schifffahrtsamt Duisburg-Meiderich nicht an die nach §§ 1 Abs. 1 Nr. 3, 2 Ziffer 2 b) der Vertretungsordnung der Bundesverkehrsverwaltung (VertrOBVI) in der Fassung vom 01.10.2014 (Verkehrsblatt 2014, 634 ff, Blatt 85 ff. der Akte) zuständige Bundesmittelbehörde erfolgt. Jedoch sind ungenaue und unrichtige Parteibezeichnungen in Klage- und Antragsschriften der Auslegung zugänglich und können jederzeit - und mithin auch noch im Beschwerderechtszug - von Amts wegen berichtigt werden, wenn über die Identität der Partei kein Zweifel besteht und diese gewahrt bleibt (vgl. BAG vom 21.08.2019 - 7 AZR 572/17, juris, Rz. 15; Zöller/Althammer, ZPO, 33. Auflage, vor § 50 Rn. 7). Für die Auslegung sind nicht

nur die im Rubrum der Klageschrift enthaltenen Angaben, sondern auch die Klagebegründung sowie der Klageschrift beigefügte Anlagen zu berücksichtigen (BAG vom 21.08.2019 - 7 AZR 572/17, juris, Rz. 15; BAG vom 20.01.2010 - 7 AZR 753/08, juris, Rz. 13; BAG vom 01.03.2007 - 2 AZR 525/05, juris, Rz. 13; BGH vom 29.03.2017 - VIII ZR 11/16, juris, Rz. 20). Auch bei äußerlich eindeutiger, aber offenkundig unrichtiger Bezeichnung ist grundsätzlich diejenige Person als Partei anzusehen, die erkennbar mit der Parteibezeichnung gemeint ist (BAG vom 21.08.2019 - 7 AZR 572/17, juris, Rz. 15; BAG vom 20.01.2010 - 7 AZR 753/08, juris, Rz. 13; BAG vom 01.03.2007 - 2 AZR 525/05, juris, Rz. 12; BGH vom 29.03.2017 - VIII ZR 11/16, juris, Rz. 19).

18

Danach richtete sich der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung von Beginn an gegen die Bundesrepublik Deutschland, letztvertreten durch die Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt in Bonn als vertretungsbefugte Bundesmittelbehörde nach §§ 1 Abs. 1 Nr. 3, 2 Ziffer 2 b), 4 Abs. 1 VertrOBVI und nicht gegen das Wasserstraßen- und Schifffahrtsamt Duisburg-Meiderich als untergeordnete Behörde. Da der Verfügungskläger der Antragsschrift die Anlage A2 beigefügt hat, aus der die Stellenausschreibung für die "Wasserstraßen- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes" folgt, ferner die Anlagen A7 und A8 (Arbeitsverträge), aus denen sich die verfügungsbeklagte Bundesrepublik zutreffend als Anstellungskörperschaft ergibt, ergab sich in Verbindung mit der von Amts wegen zu beachtenden Vertretungsordnung der Bundesverkehrsverwaltung von Anfang an die Bundesrepublik Deutschland als die einzig zutreffende und von dem Verfügungskläger offenkundig trotz fehlerhafter Bezeichnung in der Antragsschrift in Anspruch genommene Verfügungsbeklagte. Dementsprechend war das Passivrubrum wie in diesem Beschluss geschehen zu korrigieren.

19

An die Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt in Bonn hätte damit zwar auch die Zustellung der Antragsschrift erfolgen müssen, was nicht geschehen ist. Jedoch war das Wasserstraßen- und Schifffahrtsamt Duisburg-Meiderich, an das die Zustellung am 18.09.2020 erfolgt ist, gemäß § 5 VertrOBVI verpflichtet, die Antragsschrift an die vorgesetzte Bundesmittelbehörde, die Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt weiterzuleiten und ist dem offensichtlich auch nachgekommen, wie sich aus der Bestellung und Stellungnahme der Vertretungsbehörde mit Schriftsatz vom 29.09.2020 ergibt. Spätestens damit war der bisherige Zustellmangel nach § 189 ZPO geheilt (vgl. auch Zöller/Schultzky, ZPO, 33. Auflage, § 18 Rn. 4). Nachdem die Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt auch mit Schriftsatz vom 17.11.2020 den Zugang des erstinstanzlichen Rechtswegbeschlusses am 12.10.2020 bestätigt hat und ihr die Beschwerdeschrift durch das Beschwerdegericht am 17.11.2020 zugestellt worden ist, bestehen weder im Hinblick auf die Rechtshängigkeit des Verfahrens noch die Entscheidungskompetenz des Beschwerdegerichts Bedenken.

20

b. Einer Rückgabe an das Arbeitsgericht zur Durchführung einer Abhilfeprüfung nach § 572 Abs. 1 ZPO bedarf es nicht, wenn wie hier die sofortige Beschwerde beim Beschwerdegericht und nicht beim Ausgangsgericht eingelegt wird (ebenso schon LAG Düsseldorf vom 29.06.2020 - 3 Ta 157/20, juris, Rz. 11 ff.). Ob die Abgabe an das Ausgangsgericht zur Abhilfeprüfung bei Einlegung der Beschwerde unmittelbar beim Beschwerdegericht überhaupt zulässig ist, aber im Ermessen des Beschwerdegerichts liegt (so OLG Braunschweig vom 13.03.2020 - 9 W 13/19, juris, Rz. 24; LAG Hamm vom 03.05.2007 - 10 Ta 692/06, juris, Rz. 71; OLG G. a.M. vom 24.05.2002 - 5 W 4/02, juris, Rz. 4; Zöller/Hefßler, 33. Auflage, § 572 Rn. 4) oder

sogar zwingend wegen einer stets vorrangigen Entscheidungskompetenz des Ausgangsgerichts zu erfolgen hat (so OLG Stuttgart vom 03.07.2008 - 8 W 222/08, juris, Rz. 14; MüKoZPO/Lipp, 5. Auflage, § 572 Rn. 5; BeckOK ZPO/Vorwerk/Wolf, 36. Ed., § 572 Rn. 2 f.), ist umstritten. Für das Rechtswegbeschwerdeverfahren jedenfalls ist vor dem Hintergrund und in Anwendung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG vom 17.09.2014 - 10 AZB 4/14, juris, Rz. 11) im Falle einer direkt beim Beschwerdegericht eingelegten sofortigen Beschwerde die Abgabe an das Ausgangsgericht zur Abhilfeprüfung, erst recht aber eine Abgabepflicht abzulehnen.

21

Denn das Abhilfeverfahren ist ein aus Gründen der Prozessökonomie vorgeschriebenes Vorverfahren, mit dem dem Ausgangsgericht die Möglichkeit einer Selbstkorrektur vor Abgabe der Sache an das Beschwerdegericht gegeben werden soll (BT-Drs. 14/4722, S. 114; vgl. auch Hess. LAG vom 15.05.2008 - 20 Ta 80/08, juris, Rz. 18; Zöller/Heßler, ZPO, 33. Auflage, § 572 Rn. 4 m.w.N.). Nach dem Willen des Gesetzgebers soll damit den Betroffenen die Instanz erhalten bleiben, das Verfahren verkürzt und das Beschwerdegericht entlastet werden (BT-Drs. 14/4722, S. 114). Die ordnungsgemäße Durchführung des Abhilfeverfahrens ist dementsprechend jedenfalls dann keine Verfahrensvoraussetzung für das Beschwerdeverfahren, wenn der Beschwerdeführer selbst bereits die ihm durch § 569 Abs. 1 Satz 1 ZPO eingeräumte Wahl getroffen hat, die Beschwerde unmittelbar bei dem Beschwerdegericht und nicht etwa beim Ausgangsgericht einzulegen. In diesem Falle würden Aspekte der Prozessökonomie und Verfahrensverkürzung ad absurdum geführt, wenn nunmehr das Beschwerdegericht die Sache erst wieder an das Arbeitsgericht zwecks Abhilfeprüfung abgeben müsste, um lediglich im Falle einer danach erfolgten Nichtabhilfe zur eigenen Entscheidung über die Beschwerde befugt zu sein. Es bedarf auch nicht der Erhaltung einer Instanz, wenn die beschwerdeführende Partei, der der Gesetzgeber das Wahlrecht hierzu eingeräumt hat, die sofortige Beschwerde unmittelbar an das Beschwerdegericht statt des Ausgangsgerichts adressiert. Das Argument der Entlastung des Beschwerdegerichts, welches im Falle der Unzulässigkeit oder Unbegründetheit der Beschwerde ohnehin schon nicht stichhaltig ist, ist jedenfalls im Rechtswegbeschwerdeverfahren vor den Arbeitsgerichten wegen des besonderen Beschleunigungsgebots nach § 9 Abs. 1 ArbGG gegenüber der prozessökonomischeren Vorgehensweise nachrangig (vgl. BAG vom 17.09.2014 - 10 AZB 4/14, juris, Rz. 11).

22

Hinzu kommt, dass sich bei Annahme einer stets zwingend durchzuführenden Abhilfeprüfung der Sinn und Zweck des Wahlrechts gemäß § 569 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht mehr erschließt. Zudem setzt die Abhilfeprüfung nach § 572 Abs. 1 ZPO voraus, dass die Beschwerde bei dem Ausgangsgericht überhaupt anhängig ist. Das ist bei Einlegung direkt beim Beschwerdegericht aber gerade nicht der Fall. Damit hat das Ausgangsgericht weder die Möglichkeit noch die Entscheidungskompetenz zu einer Abhilfeprüfung, solange ihm die Beschwerde nicht von dem Beschwerdegericht zur Abhilfeprüfung vorgelegt wird. Eine entsprechende Anordnung zur Vorlage durch das Beschwerdegericht, wie sie sich für den umgekehrten Fall der Einlegung der Beschwerde beim Ausgangsgericht in § 572 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 ZPO findet, trifft das Gesetz nicht. Da es insoweit auch um die Bestimmung des gesetzlichen Richters im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG geht, wird man kaum annehmen können, die Abgabe sei ohne gesetzliche Grundlage zulässig. In Betracht käme damit allenfalls noch eine Abgabe zur Abhilfeprüfung nach § 572 Abs. 3 ZPO. Dessen Voraussetzungen liegen erkennbar nicht vor, wenn man aus den im vorherigen Absatz genannten Gründen bereits im Falle einer direkt bei dem Beschwerdegericht eingelegten sofortigen Beschwerde der Ansicht zur Nichtanwendbarkeit des § 572

Abs. 1 ZPO folgt, denn dann kann die Beschwerde nicht allein wegen einer unterbliebenen Abhilfeentscheidung begründet sein. Unabhängig davon findet § 572 Abs. 3 ZPO nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Rechtswegbeschwerdeverfahren aber ohnehin keine Anwendung, da dem der im arbeitsgerichtlichen Verfahren besonders bedeutsame Beschleunigungsgrundsatz aus § 9 Abs. 1 ArbGG entgegensteht (BAG vom 17.09.2014 - 10 AZB 4/14, juris, Rz. 11). Dieser Annahme eines grundsätzlichen Ausschlusses der Anwendung des § 572 Abs. 3 ZPO im arbeitsgerichtlichen Rechtswegbestimmungsverfahren folgt die erkennende Beschwerdekammer jedenfalls für den Fall der Nachholung einer - nicht willkürlich (vgl. hierzu BAG vom 17.09.2014 - 10 AZB 4/14, juris, Rz. 10) - unterbliebenen oder nicht ordnungsgemäß durchgeführten Abhilfeentscheidung. Dem Grundgedanken der Verfahrensbeschleunigung widerspricht es hier, wenn im lediglich vorgeschalteten Rechtswegbestimmungsverfahren nach § 17a GVG eine Zurückverweisung aus der Beschwerdeinstanz an das Arbeitsgericht allein zur Nachholung einer ordnungsgemäßen Abhilfeentscheidung zulässig wäre (BAG vom 17.09.2014 - 10 AZB 4/14, juris, Rz. 11; BAG vom 17.02.2003 - 5 AZB 37/02, juris, Rz. 17). Das gilt in gleicher Weise für die Abgabe einer beim Beschwerdegericht eingelegten sofortigen Beschwerde an das Arbeitsgericht zur Abhilfeentscheidung.

23

2. Die sofortige Beschwerde ist allerdings nicht begründet. Zu Recht hat das Arbeitsgericht in Anwendung der Grundsätze der Rechtsprechung der erkennenden Beschwerdekammer aus dem Beschluss vom 21.08.2020 (3 Ta 202/20) festgestellt, dass der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für das vorliegende Begehren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs im öffentlichen Dienst nicht eröffnet ist. 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 Düsseldorf. Die Verweisung des Rechtsstreits durch das Arbeitsgericht ist insoweit nicht zu beanstanden. Für eine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte im vorliegenden Fall fehlt es bereits an der Grundvoraussetzung der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit, die allen Zuweisungstatbeständen des § 2 ArbGG unabdingbar zugrunde liegt.

24

Die Beschwerdekammer hält auch für den vorliegenden Streitfall an ihrer aktuellen Entscheidungspraxis (LAG Düsseldorf vom 21.08.2020 - 3 Ta 202/20, juris, Rz. 17 ff.) fest. Die Beschwerdebegründung vermag aus den nachstehend noch näher auszuführenden Gründen nicht zu überzeugen. Zuzugestehen ist allerdings auch dem Verfügungskläger des vorliegenden Verfahrens, dass die grundsätzliche Streitfrage des zulässigen Rechtsweges bei Konkurrentenklagen im öffentlichen Dienst, wenn - zumindest auch - eine Anstellung oder Beförderung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses beabsichtigt ist und gesichert werden soll, erst in jüngster Zeit aufgrund einiger Entscheidungen aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit (OVG Rheinland-Pfalz vom 25.03.2019 - 2 B 10139/19, juris, Rz. 10 ff.; OVG Bremen vom 18.03.2020 - 2 B 50/20, juris, Rz. 4 ff.), denen sich die Beschwerdekammer seit der Entscheidung vom 21.08.2020 angeschlossen hat, wieder in den Fokus gerückt ist. Insoweit hält die Beschwerdekammer eine baldige höchstrichterliche Klärung unverändert für dringend geboten, weshalb die Rechtsbeschwerde auch in diesem Verfahren zugelassen wird.

25

Im Einzelnen liegen der Entscheidung zur Unzulässigkeit des Rechtsweges zu den Arbeitsgerichten folgende Erwägungen zugrunde:

26

a. Das vorliegende einstweilige Verfügungsverfahren, gerichtet auf die Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs des Verfügungsklägers, betrifft eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne von § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO und keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Sinne von § 2 - insbesondere Abs. 1 Nr. 3 lit. a), b) und/oder c) - ArbGG.

27

aa. 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). 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).

28

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).

29

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).

30

bb. In Anwendung der vorstehenden Grundsätze ist für das vorliegende einstweilige Rechtsschutzverfahren festzustellen, dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Denn der zur Klagebegründung vorgetragene Sachverhalt (Ausschluss des Verfügungsklägers aus dem Stellenbesetzungsverfahren wegen Nichterfüllung aus seiner Sicht zu Unrecht gestellter Anforderungen) wird für die aus ihm hergeleitete Rechtsfolge (einstweilige Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs) von Rechtssätzen des öffentlichen Rechts und eben nicht des bürgerlichen Rechts geprägt (ebenso explizit OVG Rheinland-Pfalz vom 25.03.2019 - 2 B 10139/19, juris, Rz. 11 ff.). Das ist hier schon deshalb offensichtlich, weil es im Privatrecht und in Stellenbesetzungsverfahren der Privatwirtschaft keinen Bewerbungsverfahrensanspruch gibt, der gesichert werden könnte. Dieser folgt allein



aus Art. 33 Abs. 2 GG, einer ausschließlich öffentliche Hoheitsträger bindenden, öffentlich-rechtlichen Norm.

31

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).

32

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).

33

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 und damit auch die Verfügungsbeklagte 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.).

34

Daran ändert sich nicht etwa dadurch etwas, dass das angestrebte öffentliche Amt wie hier im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden soll und der öffentliche Arbeitgeber dem Verfügungskläger 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; BAG vom 14.12.1988 - 7 AZR 773/87, juris, Rz. 21). Denn die streitentscheidende Norm bleibt öffentlich-rechtlicher Natur und verpflichtet die Verfügungsbeklagte unverändert allein als staatlicher Hoheitsträger. Die Verfügungsbeklagte tritt dem Verfügungskläger im Besetzungsverfahren eben nicht wie ein privater Arbeitgeber gegenüber. Der Umstand, dass das Land die Stelle im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zu besetzen beabsichtigt und der Verfügungskläger sich um die Stelle als Arbeitnehmer in einem Arbeitsverhältnis bzw. hier sogar aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis heraus mit dem Ziel der "Beförderung" im Wege des Änderungsvertrages und der Übertragung einer neuen, höherwertigen Tätigkeit der Entgeltgruppe 14 TVöD 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.).

35

Die durch die Verfügungsbeklagte als öffentlich-rechtliche Anstellungskörperschaft zu besetzende Stelle als Ingenieur (TH-Diplom/Master) der Fachrichtung Bauingenieurwesen dient unstreitig der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, nämlich der in der Stellenausschreibung der Anlage A2 genannten im Zusammenhang mit der Projektkoordinierung beim Streckenausbau oder beim Ersatz von Schleusen oder Brücken im Rahmen der gesetzlichen Zuständigkeit des Bundes für die Unterhaltung, den Ausbau und den Neubau von Bundeswasserstraßen.

36

Dass sie im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden kann und soll, dementsprechend so ausgeschrieben wurde und der Verfügungskläger sich auf die Stelle mit dem Ziel eben dieser Form der (Weiter-)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, ob und mit welchem Anforderungsprofil er eine Stelle mit welchem Bewerber besetzt. Ein privater Arbeitgeber könnte eine höher dotierte Stelle auch einfach einem guten Bekannten geben, völlig unabhängig von dessen Qualifikation, Leistung und Befähigung. Nur der öffentliche Arbeitgeber kann dies nicht, da die allein an ihn als Verpflichteten adressierte Norm des Art. 33 Abs. 2 GG dies untersagt.

37

Die Gegenansicht vor allem des OVG NRW und des LAG Rheinland-Pfalz sowie die zur Entscheidung der Beschwerdekammer vom 21.08.2020 - 3 Ta 202/20 ergangene kritische Anmerkung (von v.Roetteken (jurisPR-ArbR 44/2020, Anm. 5) überzeugen deshalb nicht, weil sie von einem zu weit angelegten Begriff des "Rechtsverhältnisses", dessen öffentlich-rechtlicher Charakter zu prüfen ist (siehe oben am Ende unter II. 2. a. aa. der Entscheidungsgründe), ausgehen. Dieser Begriff ist im Kontext der Abgrenzung von öffentlich-rechtlicher und bürgerlicher Rechtsstreitigkeit eng, nämlich bezogen auf die für das Klageziel streitentscheidende Norm zu verstehen (so explizit Pützer, RdA 2016, 287, 289 m.w.N. und Ausführungen unter Fn. 30; ebenso Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 76. Auflage, § 13 GVG Rn. 10; vgl. zudem GmS-OGB vom 10.07.1989 - GmS-OGB 1/88, juris, Rz. 8). Nicht entscheidend ist mithin das bürgerlich-rechtliche Arbeitsverhältnis, in dem der Verfügungskläger sich bereits befindet und in dem er die Tätigkeit auf der neuen Stelle, um die er sich beworben hat, fortsetzen möchte. Entscheidend ist vielmehr, dass sein Ziel, im Wege der einstweiligen Verfügung seinen Bewerbungsverfahrensanspruch zu sichern, gegenüber der Verfügungsbeklagten 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 des Verfügungsklägers die Stellenbesetzung später im Wege des Arbeitsverhältnisses durch entsprechenden Änderungsvertrag 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).

38

Der Verfügungskläger stützt seinen Verfügungsanspruch maßgeblich auf die Verletzung seiner Rechte aus Art. 33 Abs. 2 GG. Erst nach dem seitens des Arbeitsgerichts erfolgten Hinweis auf Bedenken an der Rechtswegzuständigkeit hat er sich zusätzlich auf die Fürsorgepflicht der Verfügungsbeklagten aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis gestützt. Das ändert jedoch nichts am öffentlich-rechtlichen Charakter des Rechtsstreits. Denn der Annahme einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung der Verfügungsbeklagten steht nicht entgegen, dass die öffentlich-rechtliche Norm des Art. 33 Abs. 2 GG zugleich eine arbeitsrechtliche Nebenpflicht aus einem bereits bestehenden Arbeitsverhältnis begründen könnte (so schon LAG Düsseldorf vom 21.08.2020 - 3 Ta 202/20, juris, Rz. 34). Auch diese würde inhaltlich ja wieder durch Art. 33 Abs. 2 GG ausgefüllt. Eine konkrete arbeitsrechtliche Vorschrift, die Vorgaben zur Durchführung und zu einem Abbruch eines Stellenbesetzungsverfahrens machte, gibt es nicht (vgl. zur parallelen Problematik bei der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Meldepflichten des Arbeitgebers aus dem SGB IV: BAG vom 05.10.2005 - 5 AZB 27/05, juris, Rz. 17; zur gleichen Problematik bei der Pflicht zur richtigen Ausfüllung der Lohnsteuerkarte BAG vom 11.06.2003 - 5 AZB 1/03, juris, Rz. 13). Gerade diese beiden zuletzt genannten Rechtswegentscheidungen des Bundesarbeitsgerichts hätten so nicht ergehen dürfen, wollte man entgegen der hier vertretenen Ansicht das Rechtsverhältnis nicht im engen Sinne und bezogen auf die streitentscheidende Norm und deren öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Charakter verstehen, sondern weit und damit bezogen auf das - wie hier - bereits bestehende Arbeitsverhältnis. Denn wenn der aus Art. 33 Abs. 2 GG resultierende und auch mit dem vorliegenden einstweiligen Verfügungsverfahren zu sichernde Bewerbungsverfahrensanspruch allein dadurch seinen öffentlich-rechtlichen Charakter verlöre, dass er bezogen auf eine Anstellung

oder Beförderung im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses im öffentlichen Dienst geltend gemacht wird, könnten eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Anmeldung von Arbeitnehmern zur Sozialversicherung und deren öffentlich-rechtlich ausgestalteter Inhalt ebenso wie eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zu bestimmten Eintragungen in der Lohnsteuerkarte nach § 41b EStG a.F. kaum begründbar sein. Denn auch diese erfolgen zwar auf der Grundlage einer öffentlich-rechtlichen, den zur Klagebegründung vorgetragenen Sachverhalt für die aus ihm hergeleitete Rechtsfolge prägenden Norm, aber doch gleichwohl im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses. Letzteres kann insoweit aus Sicht der Beschwerdekammer für die Rechtswegentscheidung aber nicht ausschlaggebend sein.

39

b. Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten kann entgegen der Ansicht des Verfügungsklägers auch nicht über § 2 Abs. 3 ArbGG begründet werden.

40

Danach können zwar vor die Gerichte für Arbeitssachen auch nicht unter die Absätze 1 und 2 fallende Rechtsstreitigkeiten gebracht werden, wenn der Anspruch mit einer bei einem Arbeitsgericht anhängigen oder gleichzeitig anhängig werdenden Rechtsstreitigkeit der in den Absätzen 1 und 2 bezeichneten Art in rechtlichem oder unmittelbar wirtschaftlichem Zusammenhang steht und keine ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts gegeben ist.

41

Ob das Hauptsacheverfahren 2 Ca 1403/20 bei Anhängigkeit des vorliegenden einstweiligen Verfügungsverfahrens bereits bzw. zumindest gleichzeitig mit diesem anhängig war bzw. geworden ist, muss nicht weiter aufgeklärt werden. Ebenso wenig muss aufgeklärt werden, ob der Streitgegenstand jenes Verfahrens zumindest teilweise bürgerlich-rechtlicher Natur oder ebenso wie der des vorliegenden Verfahrens öffentlich-rechtlicher Natur ist. Denn die Annahme einer Zusammenhangszuständigkeit im Sinne von § 2 Abs. 3 ArbGG scheitert schon daran, dass Voraussetzung hierfür ist, dass nicht nur die anhängige Hauptklage, sondern auch die Zusammenhangsklage eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit ist. Auf öffentlich-rechtliche Streitigkeiten ist § 2 Abs. 3 ArbGG nicht anwendbar (ErfK/Koch, 20. Auflage, § 2 ArbGG Rn. 29; HWK/Kalb, 9. Auflage, § 2 ArbGG Rn. 133; Walker in: Schwab/Weth, ArbGG, 5. Auflage, § 2 Rn. 208 m.w.N.; im Ergebnis ebenso BAG vom 04.09.2018 - 9 AZB 10/18, juris, Rz. 30 ff.). Da das hier gegenständliche einstweilige Verfügungsverfahren keine bürgerliche, sondern wie zuvor dargelegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit der Parteien betrifft, scheidet eine Begründung der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte über § 2 Abs. 3 ArbGG von vornherein aus.

42

c. Soweit der Verfügungskläger noch geltend macht, für eine etwaige Schadensersatzklage auf der Grundlage des § 280 BGB für den Fall der rechtswidrigen Stellenbesetzung mit einem Konkurrenten sei in jedem Falle das Arbeitsgericht zuständig, verfährt dieser Einwand nicht. Denn im vorliegenden Verfahren geht es nicht um Schadensersatz oder die einstweilige Sicherung von entsprechenden Sekundäransprüchen, sondern allein um die Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs des Verfügungsklägers als Primäranspruch im Stellenbesetzungsverfahren. Für diesen besteht keine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte aus den bereits hinlänglich dargelegten Gründen. Hier nicht zu entscheiden und damit aber auch argumentativ irrelevant ist die Frage der Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte für etwaige Sekundäransprüche infolge einer erfolglos verlaufenen Bewerbung des Verfügungsklägers.

43

d. Wenngleich dies für die zuvor bereits dargelegte, zur Überzeugung der erkennenden Beschwerdekammer bestehende Rechtslage keine Rolle spielt, weil die Stellenbesetzung hier im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses beabsichtigt ist, sich auch keine Beamten - beispielsweise als interne Bewerber, was nach der Ausschreibung wohl zulässig gewesen wäre - beworben haben und damit keine Rechtswegspaltung droht, bleibt abschließend doch noch - wie schon in der Entscheidung vom 21.08.2020 - 3 Ta 202/20 (juris, Rz. 40) - darauf hinzuweisen, dass mit dem hier vertretenen Ergebnis zur Rechtswegfrage, welches über die entschiedene einstweilige Verfügung hinaus für alle Konkurrentenstreitigkeiten Anwendung findet, die maßgeblich und das Streitverhältnis prägend auf Art. 33 Abs. 2 GG gestützt werden, eine Bündelung der entsprechenden öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten in der hierfür zuständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit herbeigeführt wird, die auch sachgerecht erscheint. Denn nur so lassen sich widersprechende Entscheidungen aus zwei unterschiedlichen Rechtswegen im selben Stellenbesetzungsverfahren sicher vermeiden, die entstehen können, wenn - was nicht selten der Fall ist - die Stellenbesetzung durch den öffentlichen Arbeitgeber/Dienstherrn sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch alternativ im Wege der Verbeamtung oder der Besetzung mit einem Beamten vorgesehen ist und dann der ein Arbeitsverhältnis geltend machende Bewerber in der Arbeitsgerichtsbarkeit und der ein Beamtenverhältnis geltend machende Bewerber in der Verwaltungsgerichtsbarkeit jeweils ihren - im Rechtscharakter ja identischen - Bewerbungsverfahrensanspruch und dessen Sicherung einklagen. Bis heute ungeklärt ist, wie anderenfalls verfahren werden sollte, wenn zwei Gerichte der unterschiedlichen Rechtswege jeweils "ihren" Kläger für den einzig geeigneten Bewerber halten und ihm damit (rechtskräftig) die Stellenbesetzung zusprechen (instruktiv die Beschreibung der Problemlage bei BeckOK-ArbR/Clemens, 56. Ed. (Stand 01.06.2020), § 2 ArbGG Rn. 17b; ferner Pützer, RdA 2016, 287, 290). Derlei Probleme, die, folgt man nicht der hier vertretenen Ansicht, entstehen können, wenn eine Position gleichermaßen zur Besetzung im Beamten- wie im Anstellungsverhältnis ausgeschrieben wird, lassen sich bei einheitlicher Zuweisung der entsprechenden Konkurrentenstreitigkeiten zur Verwaltungsgerichtsbarkeit vermeiden. Im Unterschied zum arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren ist es dort 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. hierzu z.B. BVerwG vom 09.02.2011 - 1 WB 59/10, juris, Rz. 3 ff.).

III.

44

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Danach hat der Verfügungskläger die Kosten des ohne Erfolg von ihm betriebenen Beschwerdeverfahrens zu tragen.

IV.

45

Der Streitwert beträgt für das Beschwerdeverfahren nach der ständigen Rechtsprechung der Beschwerdekammer 1/3 des Hauptsachestreitwertes, beruhend auf den klägerseits gemachten Angaben. Der Hauptsachestreitwert des einstweiligen Verfügungsverfahrens ist in Anlehnung an die Ausführungen zu Ziffer I.19.3 in Verbindung mit Ziffern I.19.4 und I.16.1 des Streitwertkatalogs für die

Arbeitsgerichtsbarkeit in Höhe der Differenz zwischen der bisherigen Vierteljahresvergütung des Verfügungsklägers und der Vierteljahresvergütung der in Aussicht genommenen Stelle festzusetzen; nach den Angaben in der Antragschrift entspricht dies einem Betrag von E 12 Stufe 6 zu E 14 Stufe 6 TVöD und mithin dem Betrag von (6.355,34 EUR - 5.790,26 EUR = 565,08 EUR x 3 =) 1.695,24 EUR. Daraus folgt die Wertfestsetzung in Höhe von 565,08 EUR für das Beschwerdeverfahren.

V.

46

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

47

1. Bei Rechtswegbeschwerden in einstweiligen Verfügungsverfahren ist nicht bereits von vornherein nach §§ 17a Abs. 4 Satz 3 GVG, 48 Abs. 1, 78 Satz 1 ArbGG, 574 Abs. 1 Satz 2, 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO die Rechtsbeschwerde unstatthaft und eine Zulassungsentscheidung durch das Beschwerdegericht ausgeschlossen (siehe schon LAG Düsseldorf vom 21.08.2020 - 3 Ta 202/20, juris, Rz. 44; LAG Düsseldorf vom 04.06.2020 - 3 Ta 155/20, juris, Rz. 23; a.A. GMP/Müller-Glöge, ArbGG, 9. Auflage, § 78 Rn. 49; Walker in: Schwab/Weth, ArbGG, 5. Auflage, § 48 Rn. 78). Denn diese Normen finden insoweit keine Anwendung, vielmehr sind für das Rechtswegbestimmungsverfahren spezialgesetzlich in § 17a Abs. 4 Satz 4 - 6 GVG die Voraussetzungen für die Beschwerde an den obersten Gerichtshof des Bundes geregelt. Lediglich wegen der weiteren Ausgestaltung des Rechtsbeschwerdeverfahrens ist dann wieder auf die gesetzlichen Regelungen der jeweiligen Verfahrensordnungen entsprechend § 17a Abs. 4 Satz 3 GVG in Verbindung mit §§ 574 ff. ZPO zurückzugreifen (vgl. BAG vom 19.12.2002 - 5 AZB 54/02, juris, Rz. 3; BAG vom 26.09.2002 - 5 AZB 15/02, juris, Rz. 12). Die Statthaftigkeit selbst bestimmt sich jedoch nach § 17a Abs. 4 Satz 4 GVG und hängt somit von der Zulassung durch das Landesarbeitsgericht ab, die bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 17a Abs. 4 Satz 5 GVG vorzunehmen ist und die nach § 17a Abs. 4 Satz 6 GVG bindend ist. Da der Gesetzgeber im GVG für die Rechtsbeschwerde in Rechtswegbestimmungsangelegenheiten einerseits eine eigenständige und damit vorrangige sowie abschließende Regelung zur Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde an das oberste Bundesgericht vorgenommen hat und es nicht etwa wie zur sofortigen Beschwerde nach § 17a Abs. 4 Satz 3 GVG bei einer Verweisung auf die Vorschriften der jeweiligen Prozessordnungen belassen hat (ebenso MüKoZPO/Zimmermann, 5. Auflage, § 17a GVG Rn. 35; Zöllner/Lückemann, ZPO, 33. Auflage, § 17a GVG Rn. 16), andererseits aber im Unterschied zum Beschwerderecht einzelner Prozessordnungen wie eben beispielsweise der ZPO keine Sonderregelung zum Ausschluss der Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde in einstweiligen Verfügungsverfahren getroffen hat, unterliegen diese ebenfalls der Zulassungsentscheidung durch das Landesarbeitsgericht. Das besondere Eilbedürfnis in einstweiligen Verfügungsverfahren und der gesetzlich unter anderem auch im Arbeitsgerichtsverfahren nach § 72 Abs. 4 ArbGG für die Hauptsacheentscheidung ausgeschlossene dritte Rechtszug wären zwar Grund genug, auch im Rechtswegbestimmungsverfahren den Rechtszug auf zwei Instanzen in einstweiligen Verfügungsverfahren zu begrenzen. Die Entscheidung hierüber obliegt dann allerdings dem Gesetzgeber und nicht an dessen bislang mit der Regelung in § 17a Abs. 4 Satz 4 - 6 GVG deutlich und für das Rechtswegbestimmungsverfahren vorrangig getroffenen Entscheidung vorbei den Gerichten (im Ergebnis ebenso ErfK/Koch, 20. Auflage, § 48 Rn. 8; siehe auch BGH vom 09.11.2006 - I ZB 28/06, juris, Rz. 5; BAG vom 29.10.2001 - 5 AZB 44/00, juris, Rz. 5; BAG vom 24.05.2000 - 5 AZB 66/99, juris, Rz. 7).

48

2. Die Rechtsbeschwerde ist im vorliegenden Fall zuzulassen, da die streitentscheidenden Rechtswegfragen Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwerfen, die aktuell in der Instanzrechtsprechung sowohl der Arbeits- wie auch der Verwaltungsgerichtsbarkeit hoch streitig sind und mithin einer höchstrichterlichen, einheitlichen Klärung bedürfen.