

## Konkurrenz um die Konkurrentenklage?

In Anlehnung an den Beschluss des *Gemeinsamen Senats* der *Obersten Gerichtshöfe des Bundes* (AP GVG § 13 Nr. 3) richtet sich die Entscheidung, ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlicher oder bürgerlich-rechtlicher Natur ist, sofern eine ausdrückliche Rechtswegzuweisung durch den Gesetzgeber fehlt, nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird.

Klarheit über die Frage der Rechtswegzuständigkeit ist nicht nur von rechtstheoretischem Interesse, sondern sowohl für den Rechtssuchenden als auch für den Rechtsanwender von höchster Bedeutung. Umso problematischer sind die Fälle, in denen Unsicherheit darüber besteht, vor welcher Gerichtsbarkeit bestimmte Streitigkeiten auszutragen sind. Es drohen in der Praxis mit Rechtsmitteln angreifbare Vorabentscheidungen über die Zuständigkeit und damit jedenfalls zeitliche Verzögerungen des Prozesses.

Eine derartige Unsicherheit hat sich nunmehr im Bereich der Konkurrentenklagen von Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst ergeben. Was ist geschehen? Über Jahrzehnte stand kaum ernsthaft zur Debatte, dass Konkurrentenklagen von Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst, die sich gegen Einstellungs- oder Beförderungsentscheidungen wenden und sich dabei auf ihren Bewerbungsverfahrensanspruch berufen, vor den Arbeitsgerichten verhandelt werden.



Dieser vermeintlichen Gewissheit entgegen erging kürzlich ein Beschluss des OVG Koblenz (Beschl. v. 25.3.2019 – 2 B 10139/19.OVG, NVwZ-RR 2019, 562), der die Frage der Rechtswegzuständigkeit in diesen Fällen wieder in den Fokus der Diskussion rückt. Das OVG hat ausgeführt, dass es sich bei derartigen Rechtsstreitigkeiten um solche des öffentlichen Rechts handle. Dabei rekurriert es auf Art. 33 II GG als streitentscheidende Norm und führt unter Verweis auf die Zwei-Stufen-Theorie aus, dass es nicht entscheidend sei, ob vom Kläger ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis angestrebt werde. Konsequenterweise, so das OVG weiter, hätte auch der ebenfalls geltend gemachte Entschädigungsanspruch aus § 15 II AGG wegen der nicht erfolgten Einladung zum Vorstellungsgespräch vor die Verwaltungsgerichtsbarkeit gehört.

Anderer Auffassung ist hingegen unter anderem – und zu Recht – das *LAG Rheinland-Pfalz* (NZA-RR 2018, 622), das maßgeblich darauf abstellt, dass das Klagebegehren sei, ein Arbeitsverhältnis zu begründen. Dass dieses auf eine grundrechtsgleiche Position gestützt wird, ändere nicht die privatrechtliche Natur des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien.

Vor dem Hintergrund der Vielzahl von potenziellen Rechtsstreitigkeiten wäre eine dauerhafte Klärung dieser Problematik höchst wünschenswert. Insgesamt gehört die Abgrenzung öffentlich-rechtlicher und bürgerlich-rechtlicher Streitigkeiten zu den schwierigsten Einzelfragen von Prozessrecht und materiellem Recht. Da der Gesetzgeber diese Abgrenzungsfragen bewusst Rechtswissenschaft und Rechtsprechung überlassen hat (vgl. etwa BT-Drs. III/55, 30), sollten sich beide erneut der aufgeworfenen Fragestellung widmen.

Richterin Talea Chorus-Neumann, Trier