



Verwaltungsgericht Hamburg

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

...

- Antragsteller -

g e g e n

die Freie und Hansestadt Hamburg, vertreten durch die Behörde für Wissenschaft, Forschung, Gleichstellung und Bezirke,

- Antragsgegnerin -

beigeladen:

....

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 6, am 18. März 2025 durch

....

beschlossen:

Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, über die Bewerbung des Antragstellers auf das „Amt eines Beauftragten für jüdisches Leben und die Bekämpfung und Prävention von Antisemitismus“ neu zu entscheiden.

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, die dieser selbst trägt, trägt die Antragsgegnerin zu 9/10 und der Antragsteller zu 1/10.

Der Streitwert wird auf 15.390 Euro festgesetzt.

Rechtsmittelbelehrung:

....

Gründe

I.

Der Antragsteller wendet sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Besetzung der Stelle als „Beauftragter für jüdisches Leben und die Bekämpfung und Prävention von Antisemitismus“ durch den Beigeladenen und begehrt die Durchführung eines neuen Bewerbungsverfahrens.

Im Dezember 2019 empfahl der Ausschuss für Soziales, Arbeit und Integration der Hamburgischen Bürgerschaft, den Senat zu ersuchen einen „Runden Tisch gegen Antisemitismus“ einzurichten und „zeitnah das Amt einer beziehungsweise eines Beauftragten für jüdisches Leben und die Bekämpfung und Prävention von Antisemitismus einzurichten“ (Bürgerschafts-Drucksache 21/19335 S. 9). Diesem Ersuchen kam die Bürgerschaft am 18. Dezember 2019 nach.

Bereits Mitte Dezember konstituierte sich der Runde Tisch gegen Antisemitismus und kam überein, der Jüdischen Gemeinde in Hamburg KdÖR und dem Israelitischen Tempelverband zu Hamburg e.V. (früher: Liberale Jüdischen Gemeinde Hamburg e.V.; im Folgenden: Israelitischer Tempelverband), [...], ein Vorschlagsrecht für die Besetzung des Beauftragten für jüdisches Leben und die Bekämpfung und Prävention von Antisemitismus (im Folgenden: Antisemitismusbeauftragter) einzuräumen (siehe Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft, Drucksache 22/3959 vom 13.4.2021, S. 3 unter 3.).

In einer Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft vom 14. Januar 2020 (Drucksache 21/19676) gab der Senat Eckpunkte für die Einrichtung eines Runden Tisches gegen Antisemitismus und zum Schutz jüdischen Lebens sowie zur Einrichtung zum Amt des Antisemitismusbeauftragten bekannt. Hinsichtlich des Amtes des Antisemitismusbeauftragten heißt es, die Bestellung des Amtes erfolge durch Senatsbeschluss für einen Zeitraum von jeweils drei Jahren. Die jüdischen Gemeinden hätten ein Vorschlagsrecht (Drucksache 21/19676, S. 37).

Zum 1. Juli 2021 bestellte der Senat den Beigeladenen für die Dauer von drei Jahren zum Antisemitismusbeauftragten, nachdem die Jüdische Gemeinde in Hamburg und der Israelitische Tempelverband ihn im Dezember 2020 als gemeinsamen Kandidaten vorgeschlagen hatten (siehe Bürgerschafts-Drucksache 22/3959, S. 3, auch zum Folgenden). Das Amt

des Antisemitismusbeauftragten wird ehrenamtlich ausgeübt. Der Beauftragte ist nicht weisungsgebunden und hat keine hoheitlichen Befugnisse. Hinsichtlich seiner Aufgaben und der Einbindung in die bestehende Behördenstruktur wird auf die Ausführungen in der Bürgerschafts-Drucksache 22/3959 Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 8. Januar 2024 kontaktierte die Antragsgegnerin die Jüdische Gemeinde in Hamburg im Hinblick auf das ihr eingeräumte Vorschlagsrecht und die am 30. Juni 2024 endende Amtszeit des Antisemitismusbeauftragten und bat bis zum 31. Januar 2024 um den Vorschlag eines Kandidaten für die nächste Amtszeit.

Mit inhaltsgleichem Schreiben vom 17. Januar 2024 bat die Antragsgegnerin auch den Israelitischen Tempelverband bis zum 31. Januar 2024 um den Vorschlag eines Kandidaten für die nächste Amtszeit.

Mit Schreiben vom 24. Januar 2024 teilte der Israelitische Tempelverband unter anderem mit, dass die Mitglieder einer zweiten Amtszeit des Beigeladenen nicht zustimmen würden. Außerdem wünsche der Vorstand, dass die Stelle offiziell ausgeschrieben werde, um einen geeigneten und neutralen Kandidaten zu finden.

Mit Schreiben vom 16. Mai 2024 teilte die Jüdische Gemeinde in Hamburg mit, dass sie allein den Beigeladenen als bisherigen Amtsinhaber als für das Amt geeignet ansehe und dessen erneute Bestellung vorschlage.

Mit Schreiben vom 9. Juni 2024 teilte der Israelitische Tempelverband mit, dass der Vorstand den Antragsteller als Kandidaten für das Amt des Antisemitismusbeauftragten nominiert habe und bat darum, den Verein über das weitere Vorgehen bei der Wahl und deren Ablauf zu informieren.

Nach Ablauf der Amtszeit führte der Beigeladene das Amt zunächst kommissarisch weiter.

In der Senatssitzung vom 19. November 2024 beschloss der Senat, der erneuten Bestellung des Beigeladenen als Antisemitismusbeauftragten zuzustimmen. Weder der Antragsteller noch der Israelitische Tempelverband wurden von der Antragsgegnerin über die Bestellung des Beigeladenen informiert.

Am selben Tag unterzeichneten der Beigeladene und die Antragsgegnerin einen Dienstvertrag, gemäß dem der Beigeladene vom 1. Dezember 2024 bis zum 30. November 2027 erneut das Ehrenamt des Antisemitismusbeauftragten der Freien und Hansestadt Hamburg wahrnimmt. Der Beigeladene erhält hierfür eine monatliche Vergütung/Aufwandsentschädigung von 2.198 Euro sowie zusätzlich eine monatliche Fahrtkostenpauschale von 367 Euro (§ 3 des Dienstvertrages). Das Vertragsverhältnis kann jederzeit vom Senat widerrufen werden und zudem ist jede Partei berechtigt, den Vertrag mit einer Frist von vier Wochen zum Monatsende zu kündigen (§ 8 des Dienstvertrages).

Der Antragsteller hat das Gericht am 18. Dezember 2024 um einstweiligen Rechtsschutz ersucht, zunächst gerichtet auf die Untersagung der Ernennung des Beigeladenen zum Antisemitismusbeauftragten. Nach Mitteilung der Antragsgegnerin, dass der Beigeladene bereits im November 2024 erneut bestellt worden sei, hat er seinen Antrag umgestellt und macht zur Begründung im Wesentlichen Folgendes geltend: Der Verwaltungsrechtsweg sei eröffnet. Aufgrund der Weisungsunabhängigkeit des Antisemitismusbeauftragten liege ungeachtet des Dienstvertrages kein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 611a BGB vor und der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten sei nicht eröffnet. Unabhängig von der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beigeladenen und der Antragsgegnerin sei jedenfalls die Entscheidung über die Bestellung in ein Ehrenamt ein nicht formbedürftiger Verwaltungsakt oder zumindest ein hoheitlicher Akt, so dass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sei.

Dem Antragsteller stehe betreffend seine Bewerbung auf das Amt des Antisemitismusbeauftragten gegen die Antragsgegnerin ein Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG zu, aus dessen Verletzung unter ausnahmsweiser Durchbrechung des Grundsatzes der Ämterstabilität ein Anspruch auf Aufhebung der Bestellung des Beigeladenen sowie auf erneute Entscheidung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts folge. Der Antragsteller sei vom Israelitischen Tempelverband als Kandidat für das Amt nominiert worden. Die von der Antragsgegnerin ursprünglich bis Ende Januar gesetzte Frist für die Nominierung eines Kandidaten sei auch nach der aktenkundigen Auffassung der Antragsgegnerin keine Ausschlussfrist gewesen und die Bewerbung des Beigeladenen sei ebenfalls erst nach Januar 2024 bei der Antragsgegnerin eingegangen.

Beim Amt des Antisemitismusbeauftragten handle es sich um ein Ehrenamt, auf welches Art. 33 Abs. 2 GG anwendbar sei, solange die Tätigkeit – wie hier – dem Tätigkeitsbereich des öffentlichen Dienstes oder öffentlichen Funktionen und Aufgaben zugeordnet werden

könne. Es handle sich entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin auch nicht um ein Wahlamt, über dessen Besetzung die Bürgerschaft in demokratischer Wahl abstimme. Der für die Entscheidung zuständige Hamburger Senat sei lediglich mittelbar über die Bürgerschaft demokratisch legitimiert. Ob das Amt selbst ein politisches Amt sei, sei für die gerichtliche Kontrolle bzw. deren Ausschluss nicht maßgeblich. Es handle sich beim Antisemitismusbeauftragten aber ohnehin nicht um ein politisches Amt, welches nach der Art der Aufgaben in besonderer Weise des politischen Vertrauens der Staatsführung bedürfe und in fortwährender Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung stehen müsse. Der Antisemitismusbeauftragte sei in seinem Amt vielmehr weisungsunabhängig tätig und solle gerade nicht in besonderer Weise den politischen Willen der Staatsführung umsetzen. Im Übrigen sei das Gebot der Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung auch bei politischen Ämtern nicht außer Kraft gesetzt und es wäre jedenfalls auf einer ersten Stufe zu prüfen gewesen, ob hinreichendes politisches Vertrauen zu den Bewerbern bestehe und dann auf einer zweiten Stufe eine Auswahl unter jenen Bewerbern zu treffen, bei denen dies der Fall sei.

Die Antragsgegnerin habe den Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers verletzt und kein den Anforderungen von Art. 33 Abs. 2 GG genügendes Verfahren durchgeführt. Sie führe bereits keine ordnungsgemäße Akte über die Besetzung des Amtes und dem vorgelegten Aktenkonvolut lasse sich ein ordnungsgemäß durchgeführtes Verfahren i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG nicht entnehmen. Insbesondere fehle ein Auswahlvermerk. Es sei nicht erkennbar, dass die Antragsgegnerin die Bewerber nach Eignung, Leistung und Befähigung verglichen und darauf gestützt eine Auswahlentscheidung getroffen habe. Auch sei nicht erkennbar, dass die Antragsgegnerin bei ihrer Auswahlentscheidung, die eine Ermessensentscheidung darstelle, von ihrem Ermessen überhaupt Gebrauch gemacht habe. Es liege somit ein unheilbarer Ermessensausfall vor. Es seien keine Gründe erkennbar, warum der Antragsteller nicht für das Amt des Antisemitismusbeauftragten in Betracht käme.

Dem Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers könne trotz Ernennung des Beigeladenen nicht der Grundsatz der Ämterstabilität entgegengehalten werden, da dem Antragsteller der durch Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und Art. 33 Abs. 2 GG gebotene Rechtsschutz vor der Ernennung nicht gewährt worden sei. Entgegen ihrer Pflichten habe die Antragsgegnerin dem Antragsteller ihre Auswahlentscheidung nicht vor der Bestellung des Beigeladenen mitgeteilt und anschließend eine angemessene Zeit mit der Ernennung zugewartet, um dem Antragsteller die Einholung gerichtlichen Rechtsschutzes zu ermöglichen.

Diese Rechtsschutzverhinderung führe zu einer Durchbrechung des Grundsatzes der Ämterstabilität. Der Antragsgegnerin sei die beantragte Rückabwicklung der Ernennung des Beigeladenen auch rechtlich möglich und der Antragsteller könne aufgrund der Vereitelung vorbeugenden Rechtsschutzes verlangen rechtlich so gestellt zu werden, als sei das Bewerbungsverfahren noch nicht beendet.

Auch ein Anordnungsgrund liege vor. Es sei dem Antragsteller nicht zuzumuten, den rechtskräftigen Abschluss eines eventuell mehrere Jahre dauernden Hauptsacheverfahrens abzuwarten, da ihm hierdurch unzumutbare Nachteile drohten. Es sei davon auszugehen, dass sich das Rechtsschutzbegehren bis dahin zumindest weitgehend erledigt habe, weil die aktuelle Amtsdauer des Antisemitismusbeauftragten mit dem 30. November 2027 ende. Dieser Zeitverlust sei irreversibel, da eine rückwirkende Ernennung nicht möglich sei. Ein im Hauptsacheverfahren erstrittener Anspruch auf Neubescheidung ginge infolge Zeitablaufs im Ergebnis in Leere, weshalb der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes es erfordere, dem Antragsteller bereits jetzt die Chance einer für ihn günstigen Ermessensentscheidung zu eröffnen. Eine Vorwegnahme der Hauptsache liege nicht vor, da das Begehren nicht auf die Ernennung zum Antisemitismusbeauftragten gerichtet sei, sondern nur auf die Durchsetzung des Bewerbungsverfahrensanspruchs. Im Übrigen führe selbst eine Vorwegnahme der Hauptsache nicht zur Unzulässigkeit des Antrags denn auch bei Anlegung eines strengen Maßstabs an die Prüfung der Erfolgsaussichten stehe fest, dass der Antrag Erfolg haben müsse, weil die Antragsgegnerin den Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers grob missachtet habe. Im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen sei auch nicht der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu folgen, wonach unterlegenen Bewerbern gerichtlicher Rechtsschutz nach der Ernennung des ausgewählten Bewerbers nur im Wege der Anfechtungsklage gegen die Ernennung gewährt werden könne. Der Antrag habe hier hohe Erfolgsaussichten und dem Antragsteller drohten andernfalls unzumutbare Nachteile.

Der Antragsteller beantragt nunmehr,

im Wege der einstweiligen Anordnung die Ernennung des Beigeladenen zum Beauftragten für jüdisches Leben und die Bekämpfung und Prävention von Antisemitismus aufzuheben und der Antragsgegnerin aufzugeben, über die Bewerbung des Antragstellers auf das Ehrenamt des Beauftragten für jüdisches Leben und die Bekämpfung und Prävention von Antisemitismus neu zu entscheiden.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus: Der Beigeladene sei weder Beamter im statusrechtlichen Sinne noch stehe er in einem Angestelltenverhältnis zur Beklagten und er sei deshalb auch kein Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes. Der Antisemitismusbeauftragten übe seine Tätigkeit ehrenamtlich aus. Er stehe in keinem öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Dienstverhältnis zur Behörde, sondern in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis eigener Art i.S.d. § 81 HmbVwVfG.

Die Besetzung des Ehrenamtes des Antisemitismusbeauftragten obliege aufgrund seines politischen Charakters dem Senat. Die Entscheidung durch ein politisch legitimiertes Gremium schließe es aus, dieselben Anforderungen an die Begründung für die getroffene Auswahlentscheidung zu stellen, wie in sonstigen Auswahlverfahren. In politischen Gremien, die aus Personen mit unterschiedlicher politischer Ausrichtung bestehen, fließen gegenläufige und insoweit nicht bündelbare Vorstellungen und Motive ein, über die eine Begründung im Sinne einer reinen eignungs- und leistungsorientierten Betrachtung keinen Aufschluss geben könne. Die damit einhergehende Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle liege in der Natur der Sache und sei daher hinzunehmen, wie dies auch bei vergleichbaren Wahlämtern der Fall sei. Auf Ehrenämter auf Zeit, die durch ein politisch zusammengesetztes demokratisch legitimiertes Gremium ernannt würden, könne Art. 33 Abs. 2 GG keine uneingeschränkte Anwendung finden. Belange, die nicht im Eignungs- und Leistungsgrundsatz verankert seien, könnten als immanente Grundrechtsschranken bei der Besetzung von öffentlichen Ämtern dann Berücksichtigung finden, wenn ihnen ebenfalls Verfassungsrang eingeräumt werde. Die Ernennung durch den Senat finde seine Grundlage in dem ebenfalls mit Verfassungsrang ausgestalteten Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG). Es bestehe daher weder der Raum, noch die Möglichkeit, die durch eine politische Entscheidung getroffene Besetzung im Kern inhaltlich gerichtlich zu überprüfen. Ob und in welchem Maße ein Kandidat die vor allem politisch geprägten Merkmale des hier in Rede stehenden Ehrenamtes erfülle, sei daher allein durch den Senat zu bestimmen und entziehe sich einer gerichtlichen Bewertung. Gerade der politische Charakter des Amtes führe dazu, dass die Besetzung des Amtes nicht anhand einer reinen eignungs- und leistungsorientierten Entscheidung i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG erfolgen könne und die in der Auseinandersetzung mit den Vorschlägen der jüdischen Gemeinden getroffenen politischen Erwägungen seien

einer juristischen Bewertung nicht zugänglich. In der Rechtsprechung werde teilweise vertreten, dass in den Fällen nicht hoheitlicher Tätigkeiten, bei denen durch die Besetzung des Ehrenamtes kein öffentlich-rechtliches oder privatrechtliches Dienstverhältnis begründet werde, ein öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis eigener Art entstehe, auf welches die Grundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG überhaupt nicht anwendbar seien. Das Ehrenamt des Antisemitismusbeauftragten sei ein solches Amt eigener Art, auf dessen Auswahlverfahren Art. 33 Abs. 2 GG nicht anwendbar sei. Das im Namen des Israelitischen Tempelverbands verfasste Schreiben vom 14. Mai 2024 stelle auch keine Bewerbung dar und sei lediglich in Ausübung des für die jüdischen Gemeinden vorgesehen Vorschlagsrechts erfolgt. Subjektiv-öffentliche Rechte des Antragstellers seien damit nicht ersichtlich.

Dem Gewährleistungsgehalt des Art. 33 Abs. 2 GG sei jedenfalls dadurch Rechnung getragen worden, dass die Ernennung durch den Senat sachorientiert und unter Einhaltung des hierfür vorgesehenen Verfahrens erfolgt sei. Soweit es darauf ankomme, könnten die Eignung und die vom Beigeladenen im Rahmen seiner Amtsausübung erbrachten Leistungen den bereits übersandten Mitteilungen des Senats an die Bürgerschaft entnommen werden. Der Senat sei weder verpflichtet das Ehrenamt auszuschreiben noch weitergehende Begründungen für die Besetzung durch den Beigeladenen anzuführen. Bei der Auswahl seien auch keine unsachgemäßen oder willkürlichen Erwägungen angestellt worden. Das in den Drucksachen vorgesehene Vorschlagsrecht der jüdischen Gemeinden sei beachtet worden. Es fehle daher an der Verletzung eines Bewerbungsverfahrensanspruchs. Ein solcher Anspruch ende zudem mit der Besetzung der Stelle, weshalb der Anspruch hier jedenfalls untergegangen sei.

Der Beigeladene hat keinen Antrag gestellt und mitgeteilt, auf eine Stellungnahme zu verzichten.

Mit Schreiben vom 15. Januar 2025 hat das Gericht auf den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. März 2021 (2 B 3/21) hingewiesen, welcher sich mit dem Rechtsweg in Konkurrentenstreitigkeiten um öffentliche Ämter befasst. Die Beteiligten haben sodann auf Nachfrage mitgeteilt, dass weder der Antragsteller noch der Beigeladene Beamte seien.

II.

Der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes hat im tenorierten Umfang Erfolg.

Soweit der Antragsteller nach § 123 VwGO die Durchführung eines neuen Bewerbungsverfahrens für das Amt des Antisemitismusbeauftragten begehrt ist der Antrag zulässig und begründet (dazu 1. und 2.). Soweit der Antragsteller darüber hinaus die Aufhebung der Ernennung des Beigeladenen zum Antisemitismusbeauftragten begehrt, ist der Antrag unzulässig (dazu 3.).

1. Der Antrag ist zulässig, soweit der Antragsteller nach § 123 VwGO die Durchführung eines neuen Bewerbungsverfahrens für das Amt des Antisemitismusbeauftragten begehrt. Insoweit ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet (dazu a.) und dem Antrag fehlt auch nicht das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis (dazu b.).

a. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

Zwar liegt hier keine aufdrängende Sonderzuweisung nach § 54 Abs. 1 BeamStG vor, da das Amt des Antisemitismusbeauftragten keine Beamtenstelle und der Antrag damit nicht auf die Erlangung des Beamtenstatus gerichtet ist.

Der Verwaltungsrechtsweg ist jedoch nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO eröffnet. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind.

Ob eine Streitigkeit als öffentlich- oder bürgerlich-rechtlich zu beurteilen ist, richtet sich nach dem Charakter des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird. Der Charakter des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses bemisst sich nach dem erkennbaren Ziel des Rechtsschutzantrags und des zu seiner Begründung vorgetragenen Sachverhalts. Maßgeblich für die Beantwortung der Rechtswegfrage ist also, ob die gerichtliche Entscheidung über den geltend gemachten materiell-rechtlichen Anspruch, nach öffentlichem Recht oder aber nach bürgerlichem Recht zu treffen ist. Steht fest, welche Rechtssätze für den geltend gemachten Anspruch streitentscheidend sind, bestimmt sich der Charakter der Streitigkeit danach, ob die Rechtssätze dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehören. Öffentlich-rechtlich sind Normen, die nicht für jedermann gelten,

sondern Sonderrecht des Staates oder sonstiger Träger öffentlicher Aufgaben sind, das sich zumindest auf einer Seite nur an Hoheitsträger wendet. Ausschlaggebend für die Beurteilung des Rechtsschutzantrags ist danach weder die abstrakte Möglichkeit, den Beamtenstatus zu erlangen noch allein die Frage des Zugangs zu einem öffentlichen Amt nach den materiellen Kriterien von Art. 33 Abs. 2 GG. Auch die Eigenschaft der Einstellungskörperschaft als Hoheitsträgerin ist für die Bestimmung des Rechtswegs unerheblich. Zu befinden ist vielmehr allein über die Frage, ob die Auswahlentscheidung der Einstellungskörperschaft den insoweit eigenständigen, von der Rechtsprechung aus Art. 33 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG entwickelten Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt. Der Bewerbungsverfahrensanspruch sichert den Anspruch auf rechtsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl und auf deren Durchführung anhand der in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien. Dieser Verfahrensanspruch als solcher hat je nach Bewerberfeld - Arbeitnehmer, Selbstständige oder Beamte - und ausgeschriebenem öffentlichen Amt - nach Tarifvertrag oder nach Statusamt oder offen nach beiden Möglichkeiten - öffentlich-rechtlichen oder bürgerlich-rechtlichen Charakter. Der Bewerbungsverfahrensanspruch als solcher ist mithin weder von vornherein öffentlich-rechtlich noch bürgerlich-rechtlich zu verorten (vgl. zum Vorstehenden: BVerwG, Beschl. v. 17.3.2021, 2 B 3/21, juris Rn. 17 ff. mit umfangreichen Nachweisen).

Nach diesen Maßstäben liegt hier im Ergebnis eine öffentlich-rechtliche und keine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit vor.

aa. Eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit, für die nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet ist, scheidet aus, da die Stellenausschreibung für das Amt des Antisemitismusbeauftragten nicht auf die Begründung eines Arbeitsverhältnisses ausgerichtet ist.

Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG sind Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte. Arbeitnehmer ist nach § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB, wer sich im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen, § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann, § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB. Vom Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses kann (erst) dann ausgegangen werden, wenn den Kriterien, die für eine persönliche

Abhängigkeit sprechen, im Rahmen der gebotenen Gesamtbetrachtung hinreichendes Gewicht beizumessen ist oder sie dem Rechtsverhältnis ihr Gepräge geben (BAG, Urt. v. 1.12.2020, 9 AZR 102/20, juris Rn. 38).

Gemessen daran ist der Antisemitismusbeauftragte kein Arbeitnehmer i.S.d. § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbGG und § 611a BGB. Der Antisemitismusbeauftragte übt sein Amt nach dem Dienstvertrag vom 19. November 2024 weisungsungebunden aus und darf Arbeitsort und Arbeitszeit eigenverantwortlich bestimmen (§ 2 sowie § 4 Satz 1 des Dienstvertrages).

Der Beigeladene gilt auch nicht nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG als Arbeitnehmer, da er als zur Sicherung seiner Existenzgrundlage nicht auf die monatliche Vergütung/Aufwandsentschädigung von rund 2.200 Euro angewiesen ist und es damit an einer wirtschaftlichen Abhängigkeit von der Antragsgegnerin fehlt.

bb. Das zwischen dem Beigeladenen und der Antragsgegnerin bestehende Rechtsverhältnis ist öffentlich-rechtlicher Natur.

(1) Der öffentlich-rechtliche Charakter des Rechtsverhältnisses folgt allerdings nicht bereits aus den Vorschriften über die ehrenamtliche Tätigkeit nach den §§ 81 ff. HmbVwVfG, die eindeutig dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind.

Bei dem Amt des Antisemitismusbeauftragten handelt es sich nicht um ein Ehrenamt im Sinne der §§ 81 ff. HmbVwVfG. Ehrenamtliche Tätigkeit i.S.d. § 81 HmbVwVfG ist jede unentgeltliche Mitwirkung bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, die aufgrund behördlicher Berufung bzw. Bestellung außerhalb eines haupt- oder nebenamtlichen Dienstverhältnisses oder einer sonstigen vergüteten Beschäftigung stattfindet. Unentgeltlichkeit ist zwingende Voraussetzung, wobei die Zahlung einer auch pauschalierten Aufwandsentschädigung oder des Verdienstausfalls dem nicht entgegensteht. Der ehrenamtlich Tätige steht in keinem öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Dienstverhältnis zur Behörde, bzw. zu der Körperschaft, deren Aufgaben er wahrnimmt, sondern in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis eigener Art. Die Zahlung einer auf den Ersatz der notwendigen Auslagen und des Verdienstausfalls gem. § 85 HmbVwVfG begrenzten Aufwandsentschädigung schließt die Ehrenamtlichkeit einer Tätigkeit nicht aus, wohl aber die Zahlung eines festen Gehalts, Lohnes usw. oder einer überhöhten Aufwandsentschädigung mit z.T. alimentationsähnlichem Charakter (Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 25. Auflage 2024, § 81 Rn. 3 und 5 m.w.N.).

Abgesehen davon, dass die Antragsgegnerin hier ausdrücklich einen Dienstvertrag mit dem Beigeladenen geschlossen hat und der Beigeladene damit in einem Dienstverhältnis zu ihr steht, fehlt es hier an der Unentgeltlichkeit der Tätigkeit. Die nach § 3 des Dienstvertrags unabhängig von den tatsächlich entstandenen Aufwendungen gewährte pauschale Aufwandsentschädigung von rund 2.200 Euro monatlich zuzüglich einer monatlichen Fahrtkostenpauschale von 367 Euro stellt eine überhöhte Aufwandsentschädigung mit alimentationsähnlichem Charakter dar, da sie in keiner Relation zu den bei der Ausübung des Amtes des Antisemitismusbeauftragten tatsächlich zu erwartenden notwendigen Auslagen und des Verdienstauffalls (siehe § 85 HmbVwVfG) steht. Insbesondere ist in keiner Weise dargelegt worden, dass überhaupt ein Verdienstauffall eingetreten ist. Vielmehr stellen sich die geldlichen Leistungen der Antragsgegnerin – sowohl aufgrund deren Höhe als auch nach der Bezeichnung des § 3 des Dienstvertrages – als eine „Vergütung“ dar und somit als Gegenleistung für eine Dienstleistung.

(2) Der öffentlich-rechtliche Charakter des Rechtsverhältnisses folgt hier indessen daraus, dass der Antisemitismusbeauftragte durch Beschluss des Hamburgischen Senats bestellt wird. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Bestellung des Antisemitismusbeauftragten einen Verwaltungsakt darstellt, denn jedenfalls handelt es sich dabei um einen originär hoheitlichen Akt. Der nachfolgende Abschluss des Dienstvertrages zwischen der Antragsgegnerin und dem Beigeladenen stellt sich als bloße Umsetzung des Senatsbeschlusses dar.

b. Der Antragsteller hat hinsichtlich des Bewerbungsverfahrensanspruchs auch ein Rechtsschutzbedürfnis. Sein schutzwürdiges Interesse ist nicht dadurch entfallen, dass der Beigeladene bereits im November 2024 zum Antisemitismusbeauftragten bestellt worden ist (dazu aa.). Der Antragsteller kann trotz der Bestellung des Beigeladenen auch nicht auf die Durchführung eines Hauptsacheverfahrens anstelle eines Eilverfahrens verwiesen werden (dazu bb.).

aa. Die im November 2024 erfolgte Bestellung des Beigeladenen zum Antisemitismusbeauftragten lässt das Rechtsschutzbedürfnis nicht entfallen.

Soweit die Antragsgegnerin sich auf die bereits erfolgte Bestellung des Beigeladenen und den Grundsatz der Ämterstabilität beruft ist dieser Grundsatz hier nicht anwendbar und lässt

das Rechtsschutzbedürfnis nicht entfallen (dazu (1)). Selbst wenn der Grundsatz der Ämterstabilität anwendbar wäre, könnte sich die Antragsgegnerin hier nicht darauf berufen (dazu (2)).

(1) Der Grundsatz der Ämterstabilität ist auf das Amt des Antisemitismusbeauftragten nicht anwendbar.

Art. 33 Abs. 2 GG gewährt jedem Deutschen ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung, aus dem ein Recht auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl und ein Anspruch des Bewerbers auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über seine Bewerbung folgt, der sogenannte Bewerbungsverfahrensanspruch (vgl. BVerfG, Beschl. v. 9.7.2007, 2 BvR 206/07, juris Rn. 15). Dieser Anspruch auf Zugang zu einem öffentlichen Amt setzt eine freie Stelle voraus, denn Art. 33 Abs. 2 GG verpflichtet den öffentlichen Arbeitgeber bzw. den Dienstherrn nicht dazu, ein Amt mehrfach zu vergeben. Grundsätzlich geht der Bewerbungsverfahrensanspruch des unterlegenen Bewerbers mit der endgültigen Besetzung der ausgeschriebenen Stelle unter und ein um die Stellenbesetzung geführter Rechtsstreit erledigt sich, weil die Ernennung nach dem Grundsatz der Ämterstabilität regelmäßig nicht mehr rückgängig gemacht werden kann (vgl. BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16/09, juris Rn. 27; BAG, Urt. v. 18.9.2007, 9 AZR 672/06, juris Rn. 20 f.). Dieser Grundsatz besagt, dass die Wirksamkeit einer Ernennung – für einen abgeschlossenen Dienst- oder Arbeitsvertrag gilt der Sache nach nichts anderes – ausschließlich nach den beamtenrechtlichen Vorschriften über die Nichtigkeit und Rücknahme z.B. nach §§ 13, 14 Bundesbeamtengesetz zu beurteilen ist. Teilweise wird dieses Prinzip als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums gem. Art. 33 Abs. 5 GG angesehen, als Ausprägung des im Rechtsstaatsprinzip verankerten Grundsatzes des Vertrauensschutzes diskutiert oder als für die Stabilität der Verwaltung zwingend notwendig betrachtet (Bickenbach, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Auflage 2021, Art. 33 GG Rn. 53 m.w.N.; kritisch zum „Mythos Ämterstabilität“ Laubinger, in: Die Konkurrentenklage im öffentlichen Dienst, ZBR 2010, S. 289, 293 ff.).

Der Grundsatz der Ämterstabilität ist bereits deshalb nicht auf das Amt des Antisemitismusbeauftragten anwendbar, weil hier – im Gegensatz zu regulären Arbeits- oder Beamtenverhältnissen – ausdrücklich die Möglichkeit des jederzeitigen und voraussetzungslosen Widerrufs des Vertragsverhältnisses besteht, wie sie der Antragsgegnerin bzw. dem Senat hier nach § 8 Satz 2 des Dienstvertrages vom 19. November 2024 vertraglich eingeräumt

ist. Die Antragsgegnerin kann das Dienstverhältnis zum Beigeladenen demnach ohne weitere Voraussetzungen zu einem beliebigen Zeitpunkt beenden. Bei dem Beigeladenen konnte deshalb auch kein der Berufung in ein Beamtenverhältnis vergleichbares Vertrauen in den Fortbestand seiner Ernennung entstehen.

Soweit das Bundesarbeitsgericht für die Besetzung öffentlicher Ämter mit Arbeitnehmern u.a. auf das öffentliche Interesse an einer effizienten Verwaltung, woraus auch folge, dass Ämter in absehbarer Zeit endgültig zu besetzen seien, bzw. das Kontinuitätsinteresse der Verwaltung verweist, um die Ämterstabilität auch außerhalb des Beamtenrechts zu begründen (vgl. BAG, Urt. v. 28.5.2002, 9 AZR 751/00, juris Rn. 25), können diese Grundsätze auf das hier streitgegenständliche Amt des Antisemitismusbeauftragten nicht übertragen werden, da es sich um ein singuläres und von vornherein zeitlich befristetes Amt handelt, dessen Besetzung ferner durch den Senat als in seiner Zusammensetzung ebenfalls periodisch wechselndes Gremium erfolgt.

(2) Selbst wenn man zugunsten der Antragsgegnerin die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Ämterstabilität unterstellt, kann sie sich nicht auf diesen Grundsatz berufen.

Der Eingriff in den Bewerbungsverfahrensanspruch unterlegener Bewerber aus Gründen der Ämterstabilität ist mit dem Grundrecht auf wirkungsvollen gerichtlichen Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG nur dann vereinbar, wenn unterlegene Bewerber ihren Bewerbungsverfahrensanspruch vor der Ernennung in der grundrechtlich gebotenen Weise gerichtlich geltend machen können. Es muss mithin sichergestellt sein, dass ein unterlegener Bewerber die Auswahlentscheidung des Dienstherrn vor der beamtenrechtlichen Ernennung in einem gerichtlichen Verfahren überprüfen lassen kann, das den inhaltlichen Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG genügt. Hatte ein unterlegener Bewerber Gelegenheit, die Rechtsschutzmöglichkeiten zur gerichtlichen Nachprüfung der Auswahlentscheidung vor der Ernennung auszuschöpfen, so sind seine Ansprüche aus Art. 33 Abs. 2, Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG erfüllt. Die Wirksamkeit des Rechtsschutzes vor der Ernennung hängt aber davon ab, dass der Dienstherr die gerichtliche Nachprüfung seiner Auswahlentscheidung ermöglicht. Dabei muss der Dienstherr die Auswahlentscheidung vor deren Vollziehung den unterlegenen Bewerbern zunächst mitteilen (ausführlich hierzu: BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16/09, juris Rn. 31 f.; BVerfG, Beschl. v. 9.7.2007, 2 BvR 206/07, juris Rn. 16 f.).

Verstößt der Dienstherr vor der Ernennung gegen Art. 19 Abs. 4 Satz 1, Art. 33 Abs. 2 GG, indem er etwa den ausgewählten Bewerber ohne vorherige Mitteilungen an die unterlegenen Bewerber ernennt, so muss der verfassungsrechtlich gebotene Rechtsschutz nach der Ernennung nachgeholt werden. Der Dienstherr kann sich auf die Ämterstabilität nicht berufen, um Verletzungen des vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG zu decken, da er es ansonsten in der Hand hätte, die Grundrechte unterlegener Bewerber durch vorzeitige Ernennungen auszuschalten (BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16/09, juris Rn. 37).

Nach diesen Grundsätzen kann sich die Antragsgegnerin vorliegend auch deshalb nicht auf die Ämterstabilität berufen, weil sie die aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1, Art. 33 Abs. 2 GG folgende Mitteilungspflicht (BVerfG, Beschl. v. 9.7.2007, 2 BvR 206/07, juris Rn. 17) verletzt hat, indem sie davon abgesehen hat, dem Antragsteller die Auswahlentscheidung vor der Ernennung des Beigeladenen mitzuteilen. Der Antragsteller hat erstmals durch die Antragserwiderung vom 3. Januar 2025 erfahren, dass der Senat den Beigeladenen bereits im November 2024 (erneut) zum Antisemitismusbeauftragten bestellt hatte.

bb. Der Antragsteller kann aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes auch nicht darauf verwiesen werden, seinen Bewerbungsverfahrensanspruch allein in einem Hauptsacheverfahren geltend zu machen.

Zwar kann nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Art. 33 Abs. 2 GG unterlegenen Bewerbern nach der Ernennung des ausgewählten Bewerbers gerichtlicher Rechtsschutz nur im Wege der Anfechtungsklage gegen die Ernennung gewährt werden, (BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16/09, juris Rn. 39; zustimmend: OVG Münster, Beschl. v. 16.8.2021, 6 B 1271/21, juris Rn. 5; OVG Magdeburg, Beschl. v. 6.9.2021, 1 M 58/21, juris Rn. 4; OVG Lüneburg, Beschl. v. 13.12.2016, 5 ME 150/16, juris Rn. 29).

Vorliegend lässt sich eine Verweisung des Antragstellers auf ein Hauptsacheverfahren jedoch nicht mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz vereinbaren. Art. 19 Abs. 4 GG garantiert nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle. Im Streit um den Zugang zu einem öffentlichen Amt muss der unter Verstoß gegen Art. 33 Abs. 2 GG abgelehnte Bewerber vor Gericht seinen Bewerbungsverfahrensanspruch durchsetzen können. Die bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit des sein Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG verletzenden staatlichen Handelns oder die Verweisung auf Schadensersatz in Geld genügen

seinem Rechtsschutzanspruch nicht, wenn nicht tatsächliche Umstände oder zwingende Gründe des allgemeinen Wohls entgegenstehen. Wird die Verletzung eines subjektiven Rechts, hier des grundrechtsgleichen Rechts auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt (Art. 33 Abs. 2 GG), gerügt, fordert das Gebot effektiven Rechtsschutzes die Möglichkeit einer vollständigen rechtlichen und tatsächlichen Nachprüfung durch ein Gericht und dessen ausreichende Entscheidungsmacht, um drohende Rechtsverletzungen abzuwenden und geschehene Rechtsverletzungen wirksam zu beheben. Praktische Schwierigkeiten rechtfertigen es nicht, den durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten Rechtsschutz einzuschränken (zum Vorstehenden: BVerfG, Urt. v. 21.8.2003, 2 C 14/02, juris Rn. 17 m.w.N.).

Aufgrund der zeitlichen Befristung des Amtes des Antisemitismusbeauftragten bis zum 30. November 2027 und der Ungewissheit, ob dieses Amt nach Ablauf der Amtszeit vom Senat erneut besetzt wird oder ob es wegfällt – was ausdrücklich als möglich Alternative benannt wird (siehe S. 2 des Vorblatts zur Senatsdrucksache Nr. 2024/02227 vom 6.11.2024) –, kann effektiver Rechtsschutz im zuvor beschriebenen Sinn hier nur im Eilverfahren gewährt werden. Die Durchführung eines Hauptsacheverfahrens einschließlich der Möglichkeit eines Rechtsmittelverfahrens vor dem Oberverwaltungsgericht dürfte in zeitlicher Hinsicht voraussichtlich deutlich über das Ende der Amtszeit hinausgehen. Auch würde sich die Rechtsverletzung des Antragstellers mit fortschreitender Dauer des Verfahrens vertiefen, bis der Bewerbungsverfahrensanspruch mit Ablauf der Amtszeit schließlich endgültig entwertet wäre.

2. Der Antrag ist auch begründet.

Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Voraussetzung hierfür ist das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs, d.h. eines materiellen Anspruchs, der durch die einstweilige Anordnung gesichert werden soll, und eines Anordnungsgrundes, d.h. die drohende Vereitelung oder Erschwerung dieses Anspruchs. Beide Voraussetzungen sind gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 ZPO glaubhaft zu machen.

Das vorläufige Rechtsschutzverfahren nach § 123 VwGO dient grundsätzlich nur der vorläufigen Regelung eines Rechtsverhältnisses. Einem Antragsteller soll regelmäßig nicht be-

reits das gewährt werden, was er im Hauptsacheverfahren erreichen kann. Wird die Hauptsache, wie im vorliegenden Fall, vorweggenommen, kann dem Eilantrag nach § 123 VwGO nur stattgegeben werden, wenn dies zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG schlechterdings unabweisbar ist. Dies setzt hinsichtlich des Anordnungsanspruches hohe Erfolgsaussichten, also eine überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Erfolgs in der Hauptsache, und auf Ebene des Anordnungsgrundes schwere und unzumutbare, nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile im Falle des Abwartens in der Hauptsache voraus (vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 18.11.2020, 5 Bs 209/20, juris Rn. 8, sowie Beschluss vom 6.7.2018, 3 Bs 97/18, juris Rn. 35 m.w.N.).

Gemessen an diesen strengen Maßstäben hat der Antragsteller sowohl einen Anordnungsgrund (hierzu a.) als auch einen Anordnungsanspruch (hierzu b.) glaubhaft gemacht.

a. Ein Anordnungsgrund ist gegeben, weil Rechtsschutz aufgrund der zeitlichen Befristung des Amtes des Antisemitismusbeauftragten in einem Hauptsacheverfahren nicht mehr gewährt werden kann und ein Abwarten für den Antragsteller schwere und nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile hinsichtlich seines Bewerbungsverfahrensanspruchs zur Folge hätte (s.o. unter Nr. 1 b. bb.).

b. Der Antragsteller hat auch das Bestehen eines Anordnungsanspruches mit der erforderlichen überwiegenden Erfolgswahrscheinlichkeit glaubhaft gemacht.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Eilrechtsschutz nach § 123 VwGO hier – ebenso wie dies bei den regelmäßig vor der Ernennung erfolgenden Konkurrentenstreitigkeiten der Fall ist – die Funktion des Hauptsacheverfahrens übernimmt und deshalb nach Prüfungsmaßstab, -umfang und -tiefe nicht hinter dem Hauptsacheverfahren zurückbleiben darf (BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, 2 C 16/09, juris Rn. 32). Das Gericht hat sich nicht auf eine summarische Prüfung zu beschränken, sondern muss die Bewerberauswahl im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes einer verfassungsrechtlich gebotenen, umfassenden tatsächlichen und rechtlichen Überprüfung unterziehen (BVerfG, Beschl. v. 9.7.2007, 2 BvR 206/07, juris Rn. 16.; BVerwG, Urt. v. 4.11.2010, a.a.O.).

Mit Blick auf den Grundsatz der Gewährung effektiven Rechtsschutzes ist in Konkurrentenstreitverfahren ein Anordnungsanspruch bereits dann glaubhaft gemacht, wenn nach dem im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung erkennbaren Sach- und Streitstand nicht mit

hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass die getroffene Auswahlentscheidung zu Lasten des Antragstellers rechtsfehlerhaft ist, weil dessen Bewerbungsverfahrensanspruch keine hinreichende Beachtung gefunden hat. Zugleich müssen die Aussichten des Betroffenen, in einem neuen rechtmäßigen Verfahren ausgewählt zu werden, zumindest "offen" sein (OVG Münster, Beschl. v. 16.11.2021, 6 B 1176/21, juris Rn. 11 mit umfangreichen Nachweisen).

Der dem Antragsteller gemäß Art. 33 Abs. 2 GG zustehende Bewerbungsverfahrensanspruch wurde durch die Antragsgegnerin verletzt (dazu aa.) und die Auswahl des Antragstellers im Bewerbungsverfahren erscheint bei erneuter, rechtsfehlerfreier Auswahl jedenfalls möglich (dazu bb.).

aa. Der Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers ist verletzt.

Das Amt des Antisemitismusbeauftragten ist ein öffentliches Amt i.S.d. Art. 33 Abs. 2 GG (dazu (1)) und die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Bewerbung des Antragstellers für dieses Amt nicht zu berücksichtigen, verletzt ihn in seinem in Art. 33 Abs. 2 GG verankerten Bewerbungsverfahrensanspruch (dazu (2)).

(1) Das Amt des Antisemitismusbeauftragten ist ein öffentliches Amt im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG.

Der Begriff des öffentlichen Amtes ist entsprechend dem Art. 33 Abs. 2 GG zugrundeliegenden Zweck weit auszulegen und geht über den Bereich des öffentlichen Dienstes i.S.d. Art. 33 Abs. 4 und 5 GG hinaus. Erfasst werden grundsätzlich sämtliche Positionen, die von Bund, Ländern, Gemeinden und anderen Grundrechtsverpflichteten bereitgestellt werden. Dabei ist gleichgültig, ob diese mit Beamten oder Arbeitnehmern zu besetzen sind. 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 (vgl. BAG, Urt. v. 12.4.2016, 9 AZR 673/14, juris Rn. 16 m.w.N.). Für den Begriff des öffentlichen Amtes ist es unerheblich, ob es sich um ein haupt- oder nebenberufliches Amt oder bloß um ein Ehrenamt handelt (Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 18. Auflage 2024, Art. 33 GG Rn. 12; Hense, in: BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber, 60. Edition Stand: 28.12.2024, Art. 33 GG Rn. 9). Ebenfalls unerheblich für die Annahme eines öffentlichen Amtes ist, ob der Stelleninhaber hoheitlich tätig wird (BAG, Urt. v. 12.4.2016, 9 AZR 673/14, juris Rn. 23). Von Art. 33 Abs. 2 GG nicht erfasst werden

solche Ämter auf staatlicher oder kommunaler Ebene, die durch demokratische Wahlen der Wahlbürger oder durch eine Wahl von diesen gewählter Wahlkörper besetzt werden (BVerfG, Beschl. v. 20.9.2016, 2 BvR 2453/15, juris Rn. 21).

Das Amt des Antisemitismusbeauftragten erfüllt die Voraussetzungen eines öffentlichen Amtes. Die mit dem Amt verbundenen Aufgaben der Förderung jüdischen Lebens und der Bekämpfung und Prävention von Antisemitismus dienen unstreitig der Erfüllung öffentlicher Aufgaben bzw. Interessen. Da sowohl Ehrenämter als auch Neben- und Hauptämter von Art. 33 Abs. 2 GG erfasst werden, bedarf es keiner Entscheidung, inwieweit die gewährte besoldungsähnliche Aufwandsentschädigung (s.o. unter Nr. 1 a. bb. (1)) hier dem Charakter eines Ehrenamtes entgegensteht.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin stellt das Amt des Antisemitismusbeauftragten auch kein Amtsverhältnis eigener Art (i.S.d. § 81 HmbVwVfG) dar, da – anders als in der angeführten Entscheidung des VGH Kassel (Beschl. v. 26.8.2021, 4 B 1629/21, juris) – hier ein öffentlich-rechtlicher Dienstvertrag zwischen dem Beigeladenen und der Antragsgegnerin geschlossen wurde und keine Gründe ersichtlich sind, Art. 33 Abs. 2 GG hierauf nicht anzuwenden.

Es handelt sich beim Amt des Antisemitismusbeauftragten auch nicht um ein Wahlamt, das, wie die Antragsgegnerin meint, dem Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 2 GG entzogen ist. Der Antisemitismusbeauftragte wird weder durch demokratische Wahlen der Wahlbürger noch durch eine Wahl von diesen gewählter Wahlkörper besetzt. Der Senat, der den Antisemitismusbeauftragten bestimmt, wird – anders als die Hamburger Bürgerschaft – nicht unmittelbar durch die Bürger gewählt und ist lediglich mittelbar demokratisch legitimiert. Der Senat besteht aus dem Ersten Bürgermeister, der dem Senat vorsteht, dem Zweiten Bürgermeister sowie den übrigen Senatorinnen und Senatoren. Der Erste Bürgermeister wird durch die Mehrheit der gesetzlichen Mitglieder der Bürgerschaft gewählt (Art. 34 Abs. 1 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg) und beruft sodann den Zweiten Bürgermeister und die übrigen Senatorinnen und Senatoren, die von der Bürgerschaft bestätigt werden ((Art. 34 Abs. 2 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg)).

Aber selbst wenn man zugunsten der Antragsgegnerin annehmen würde, dass es sich beim Amt des Antisemitismusbeauftragten um ein politisches Wahlamt handelt, bei dem das Demokratieprinzip einer Heranziehung von Art. 33 Abs. 2 GG entgegensteht, würde dies hier zu keinem anderen Ergebnis führen (dazu unten unter (2) (b)).

(2) Die Antragsgegnerin hat den Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers verletzt (dazu (a)). Dies gilt selbst dann, wenn man unterstellt, dass das Amt des Antisemitismusbeauftragten ein politisches Wahlamt ist (dazu (b)).

(a) Gemäß Art. 33 Abs. 2 GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Danach sind öffentliche Ämter nach Maßgabe des Leistungsgrundsatzes zu besetzen. Art. 33 Abs. 2 GG dient dem öffentlichen Interesse an der bestmöglichen Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes. Fachliches Niveau und rechtliche Integrität des öffentlichen Dienstes sollen gerade durch die ungeschmälerte Anwendung des Leistungsgrundsatzes gewährleistet werden. Art. 33 Abs. 2 GG trägt dem dadurch Rechnung, dass er jedem Bewerber um ein öffentliches Amt ein grundrechtsgleiches Recht auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Einbeziehung in die Bewerberauswahl vermittelt (BVerwG, Beschl. v. 30.1.2025, 2 VR 3/24, m.w.N.).

Ein Bewerber scheidet nur dann notwendig und unmittelbar aus dem für die Auswahlentscheidung weiter zu betrachtenden Bewerberfeld aus, wenn er ein – vom Dienstherrn zulässigerweise aufgestelltes – konstitutives (obligatorisches) Anforderungsmerkmal nicht erfüllt (OVG Schleswig, Beschl. v. 17.6.2019, 2 MB 32/18, juris Rn. 8).

Nach diesen Maßgaben hat die Antragsgegnerin den Antragsteller zu Unrecht nicht in die Auswahlentscheidung für das Amt des Antisemitismusbeauftragten in Betracht gezogen.

Das Schreiben des Israelitischen Tempelverbands vom 8. Juni 2024 (Bl. 147 der Sachakte), in welchem dieser den Antragsteller für das Amt des Antisemitismusbeauftragten nominiert und damit das dem Verband ausdrücklich eingeräumte Vorschlagsrecht ausübt, stellt nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont offensichtlich eine Bewerbung des Antragstellers für dieses Amt dar.

Da die Antragsgegnerin gegenüber dem Israelitischen Tempelverband – worauf dieser in seinem Schreiben auch ausdrücklich hinwies – keine verbindliche Frist festgesetzt hatte,

bis zu deren Ablauf Vorschläge spätestens eingereicht werden konnten, musste sie die Nominierung des Antragstellers im weiteren Verfahren auch berücksichtigen. Soweit die Senatorin Frau Fegebank in den an den Israelitischen Tempelverband und die Jüdische Gemeinde in Hamburg gerichteten Schreiben aus Januar 2024 die Bitte um Mitteilung eines Nominierungsvorschlags bis zum 31. Januar 2024 geäußert hatte, hat auch die Antragsgegnerin dies nicht als Ausschlussfrist verstanden (siehe die „Bewertung“ auf S. 138 der Sachakte), zumal beide Interessenverbände ihre Vorschläge erst deutlich nach Ende Januar, nämlich mit Schreiben vom 16. Mai 2024 bzw. 8. Juni 2024 mitteilten.

Zwischen dem Erhalt des Schreibens des Israelitischen Tempelverbands vom 8. Juni 2024 und der Entscheidung des Senats über die Bestellung des Beigeladenen am 19. November 2024 bestand zudem mehr als ausreichend Zeit, um den Antragsteller im weiteren Bewerbungsverfahren zu berücksichtigen. Es lagen auch keine sonstigen sachlichen Gründe vor, den Antragsteller von vornherein vom Kreis der Bewerber auszunehmen, da die Antragsgegnerin keine (konstitutiven) Anforderungsmerkmale für das zu besetzende Amt aufgestellt hatte, welche der Antragsteller nicht erfüllen würde.

Eine Einbeziehung des Antragstellers in die Bewerberauswahl ist hier trotz dessen nicht erfolgt. Der von der Antragsgegnerin übersandten Sachakte ist betreffend eine etwaige Auswahlentscheidung zwischen dem Antragsteller und dem Beigeladenen nichts Aussagekräftiges zu entnehmen, ein Auswahlvermerk fehlt.

Es dürfte vielmehr – ohne ernsthaft den Antragsteller als Kandidaten in Erwägung gezogen zu haben – bereits Mitte Juni festgestanden haben, dass allein der Beigeladene (erneut) zum Antisemitismusbeauftragten ernannt werden sollte. So heißt es in einer E-Mail der Antragsgegnerin vom 18. Juni 2024 (Bl. 156 und 157 der Sachakte) hinsichtlich des weiteren Vorgehens für die Neubestellung des Antisemitismusbeauftragten am Ende stichpunktartig:

„Gründe aufführen, warum Hr. [Name des Beigeladenen]?SV/W: dazu und zum Verfahren insges. (a. nicht zum weiteren Personalvorschlag des Tempelverbandes) nichts sagen, nur Wiederbestellung und Ausführungen zur Ausstattung (insbes. Personal)“

Weiter heißt es bereits in einer E-Mail vom 23. Juli 2024 (Bl. 235 der Sachakte) unter anderem:

„Wir stimmen gerade mit der Behördenleitung den Entwurf eines neuen Dienstvertrages für den Antisemitismusbeauftragten (ASB), Herrn [Name des Beigeladenen], ab.“

Auch aus der Sachakte geht im Übrigen nicht hervor, dass der Antragsteller trotz seiner Bewerbung in den Auswahlprozess mit einbezogen worden ist.

(b) Der Bewerbungsverfahrensanspruch des Antragstellers wäre selbst dann verletzt, wenn man zugunsten der Antragsgegnerin unterstellt, dass es sich beim Amt des Antisemitismusbeauftragten um ein (politisches) Wahlamt handelt.

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in einem obiter dictum ausgeführt, dass Art. 33 Abs. 2 GG nicht solche Ämter auf staatlicher oder kommunaler Ebene erfasst, die durch demokratische Wahlen der Wahlbürger oder durch eine Wahl von diesen gewählter Wahlkörper besetzt werden (BVerfG, Beschl. v. 20.9.2016, 2 BvR 2453/15, juris Rn. 21).

Aber auch wenn man davon ausgeht, dass es Fälle gibt, in denen das Demokratieprinzip einer Heranziehung von Art. 33 Abs. 2 GG entgegensteht, führt dies nicht dazu, dass in diesen Fällen der Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG generell entfielen oder gesperrt wäre, sondern dies nur eine Einschränkung des in Art. 33 Abs. 2 GG geregelten Leistungsprinzips rechtfertigt (ausführlich hierzu: VGH Mannheim, Urt. v. 23.4.2024, 4 S 1511/23, juris Rn. 17 ff., mit Verweis auf OVG Münster, Beschl. v. 16.11.2021, 6 B 1176/21, juris). Geboten ist eine Modifikation des Bewerbungsverfahrensanspruchs im Sinne einer Herstellung praktischer Konkordanz zwischen dem Demokratie- und dem Bestenausleseprinzip: Der Umstand, dass die Entscheidung über die Stellenbesetzung vom einem demokratisch legitimiertem kommunalen Hauptorgan im Wege der Wahl vorgenommen wird, drängt den in Art. 33 Abs. 2 GG konstituierten Leistungsgrundsatz zurück, soweit der eigentliche Wahlakt betroffen ist. Eine weitergehende Zurückdrängung des Gewährleistungsgehalts des Art. 33 Abs. 2 GG ist – im Sinne der Herstellung praktischer Konkordanz – indes nicht geboten (vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 23.4.2024, 4 S 1511/23, juris Rn. 22 mit umfangreichen Nachweisen). Eine Einschränkung des Bedeutungsgehalts des sich aus Art. 33 Abs. 2 GG ergebenden grundrechtsgleichen Rechts rechtfertigt dessen Einschränkung – auch wegen Art. 1 Abs. 3 GG – nur in dem zwingend erforderlichen Maße.

Bei Wahlämtern ist nur die eigentliche Wahl einer am Prinzip der Bestenauslese zu messenden inhaltlichen gerichtlichen Kontrolle entzogen, da die Entscheidung durch ein politisches Gremium es ausnahmsweise ausschließt, dieselben Anforderungen an die Begründung für die getroffene Auswahlentscheidung zu stellen wie in sonstigen Auswahlverfahren (OVG Münster, Beschl. v. 16.11.2021, 6 B 1176/21, juris Rn. 43 ff. m.w.N.). Dem Gewährleistungsgehalt des Art. 33 Abs. 2 GG ist aber – entsprechend der bei der Bundesrichterwahl geltenden Grundsätze – dadurch Rechnung zu tragen, dass das zur Wahl führende Verfahren in einer dem Grundsatz der Bestenauslese genügenden Weise ausgestaltet und die Wahl eignungs- und leistungsorientiert "eingehegt" wird. Dies setzt voraus, dass sich das Wahlgremium in geeigneter Weise, etwa anhand der relevanten Bewerbungsunterlagen, einen Eindruck von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung der Kandidaten verschaffen kann und es bei seiner Entscheidung von einem richtigen und vollständigen Sachverhalt ausgeht. Dies unterliegt der auch bei sonstigen beamtenrechtlichen Auswahlverfahren gebotenen gerichtlichen Kontrolle (OVG Münster, Beschl. v. 16.11.2021, 6 B 1176/21, juris Rn. 50 ff. m.w.N.).

Auch hieran gemessen verletzte die Antragsgegnerin den Bewerberverfahrensanspruch des Antragstellers.

Seine Nichteinbeziehung in den Bewerberkreis (s.o.) stellt einen schweren Fehler des (Aus-)Wahlverfahrens dar, der auch unter der Annahme, es handele sich um ein politisches Wahlamt, der gerichtlichen Kontrolle zugänglich ist.

Das legitimatorische Element der Wahl kann eine Einschränkung des Bedeutungsgehalts des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 33 Abs. 2 GG insoweit nicht rechtfertigen. Anders als bei direkt vom Volk gewählten Personen für reine Wahlämter, wie z.B. bei der Wahl der Abgeordneten der Hamburgischen Bürgerschaft, bei denen der Aspekt des (politischen) Vertrauens des Wahlvolks in die Kandidaten und die Parteizugehörigkeit die wesentliche Rolle für die Wahlentscheidung spielen, trifft dies auf das Amt des Antisemitismusbeauftragten nicht zu. Dessen demokratische Rückbeziehung ist nur mittelbar, da der Antisemitismusbeauftragte durch den Senat bestellt wird, welcher an Art. 20 Abs. 3 GG gebunden ist und dessen Mitglieder gemäß ihrem Amtseid (Art. 38 Abs. 1 Hamburgische Verfassung) ihre Wahl zum Wohle der Freien und Hansestadt Hamburg und damit zugleich für den besten Kandidaten zu treffen haben (siehe hierzu bzgl. der Wahl von Beigeordneten VGH Mannheim, Urte. v. 23.4.2024, 4 S 1511/23, juris Rn. 24).

bb. Der Antragsteller wäre bei fehlerfreier Durchführung des Bewerbungsverfahrens nicht chancenlos.

Insoweit setzt der verwaltungsgerichtliche Eilrechtsschutz zur Sicherung des Bewerbungsverfahrensanspruchs lediglich voraus, dass die Erfolgsaussichten des Betroffenen bei erneuter Auswahl offen sind, seine Auswahl also möglich erscheint (OVG Hamburg, Beschl. v. 19.2.2016, 5 Bs 212/15, juris Rn. 31 m.w.N.). Diese Voraussetzungen sind erfüllt.

Gründe aus denen der Antragsteller neben dem Beigeladenen nicht ebenfalls ernsthaft für das Amt des Antisemitismusbeauftragten in Betracht kommen sollte, wurden weder vorgebracht noch sind sie für das Gericht erkennbar. Dies gilt insbesondere deshalb, weil die Antragsgegnerin für die Besetzung dieses Amtes keine konstitutiven Anforderungsmerkmale aufgestellt hat, die der Antragsteller nicht erfüllen würde und – soweit ersichtlich – abgesehen von der Nominierung durch einen der vorschlagsberechtigten Verbände, d.h. die Jüdischen Gemeinde in Hamburg oder den Israelitischen Tempelverband, keine Ausschlusskriterien erkennbar sind. Dabei kann offenbleiben, ob die Nominierung durch einen der genannten Vereine ein hinreichendes Art. 33 Abs. 2 GG entsprechendes Kriterium ist.

3. Soweit der Antragsteller im Wege der einstweiligen Anordnung zugleich die Aufhebung der Ernennung des Beigeladenen zum Antisemitismusbeauftragten begehrt, fehlt es ihm am Rechtsschutzbedürfnis und der Antrag ist unzulässig.

Eine Aufhebung der Ernennung des Beigeladenen im Wege der einstweiligen Anordnung verschafft dem Antragsteller keinen erkennbaren rechtlichen Vorteil. Die Kammer verkennt dabei nicht, dass der Antragsteller – sollte er im erneuten Bewerbungsverfahren erfolgreich sein – nur zum Antisemitismusbeauftragten bestellt werden kann, wenn der Beigeladene zuvor dieses Amtes enthoben wurde und die Stelle für eine Neubesetzung wieder frei ist. Hierfür ist es jedoch nicht erforderlich, den Beigeladenen bereits jetzt seines Amtes zu entheben. Das erneute Auswahlverfahren kann von der Antragsgegnerin auch durchgeführt werden, während der Beigeladene noch im Amt ist. Sollte der Antragsteller in dem erneut durchzuführenden Auswahlverfahren obsiegen geht die Kammer davon aus, dass die nach Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebundene Antragsgegnerin der Auswahlentscheidung des Senats Folge leisten und das Dienstverhältnis zum Beigeladenen unverzüglich beenden wird, nachdem sie diesen zuvor über die Auswahlentscheidung informiert und sodann den nach Art. 19 Abs. 4 Satz 1, Art. 33 Abs. 2 GG gebotenen Zeitraum abgewartet

hat, um dem Beigeladenen seinerseits eine gerichtliche Nachprüfung der Auswahlentscheidung zu ermöglichen. Vor diesem Hintergrund bedarf es einer sofortigen Aufhebung der Ernennung des Beigeladenen derzeit nicht, zumal der Antragsteller das Gericht erneut um einstweiligen Rechtsschutz ersuchen kann, sollte sich die Antragsgegnerin wider Erwarten nicht in der zuvor beschriebenen Weise verhalten. Im umgekehrten Fall des Obsiegens des Beigeladenen im erneuten Bewerbungsverfahren wäre eine Aufhebung der Ernennung ohnehin hinfällig.

III.

Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 155 Abs. 1 VwGO. Bei der Kostenverteilung hat die Kammer berücksichtigt, dass der Antragsteller hinsichtlich seines maßgeblichen Interesses an der Durchführung eines neuen Bewerbungsverfahrens vollständig obsiegt und lediglich hinsichtlich der sofortigen Aufhebung der Ernennung des Beigeladenen, welche die Kammer als untergeordneten Verfahrensgegenstand ansieht, unterliegt, weshalb ihm ein geringer Teil der Verfahrenskosten aufzuerlegen war.

Der Beigeladene hat aus Gründen der Billigkeit seine außergerichtlichen Verfahrenskosten selbst zu tragen, da er keinen Antrag gestellt hat und auch sonst das Verfahren nicht gefördert hat (vgl. § 154 Abs. 3 Halbsatz 1 VwGO).

Die Festsetzung des Streitwertes folgt aus §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 6 Satz 1 Nr. 2, Satz 4 GKG. Danach beträgt der Streitwert in Verfahren, die die Verleihung eines anderen Amtes zum Gegenstand haben, die Hälfte der für ein Kalenderjahr zu zahlenden Bezüge mit Ausnahme nicht ruhegehaltsfähiger Zulagen. Bei einer mit beamtenrechtlichen Bezügen vergleichbaren Vergütung/Aufwandsentschädigung von monatlich 2.198 Euro nebst 367 Euro Fahrkostenpauschale, mithin 2.565 Euro im Monat, ergibt dies einen Betrag von 15.390 Euro (2.565 x 6). Aufgrund der hier faktisch vorweggenommenen Entscheidung in der Hauptsache sieht das Gericht von einer Halbierung des Streitwerts nach Nr. 1.5 des Streitwertkataloges für die Verwaltungsgerichtsbarkeit ab.