

Sachgebiet:

BVerwGE: ja
Fachpresse: ja

Personalvertretungsrecht und Richtervertretungsrecht

Rechtsquelle/n:

| | |
|---------|---|
| BPersVG | § 69 Abs. 1, 2 Satz 3 und 5, § 75 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 14, § 77 Abs. 2 Nr. 1 und 2, § 83 Abs. 2 |
| AGG | §§ 1, 3 Abs. 2, § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 2, § 7 Abs. 1, § 11 |
| GG | Art. 12 Abs. 1, Art. 33 Abs. 2 |
| BGB | §§ 133, 157 |
| ArbGG | § 72 Abs. 5, § 92 Abs. 2 Satz 1, § 93 Abs. 1 Satz 1, § 96 Abs. 1 Satz 1 und 2 |
| ZPO | § 559 Abs. 2, § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 |

Titelzeile:

Beachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung des Personalrats bei der Einstellung von Auszubildenden

Stichworte:

abstrakter Feststellungsantrag; Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz; Anforderungsprofil; Anlassfall; Ausbildung; Ausbildungsstellen; Ausschreibung; Beachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung; Behinderung; behinderter Mensch; Benachteiligung; mittelbare Benachteiligung; Beschlussverfahren; Bestenauslese; Diskriminierung; Einstellung; Einstellung von Auszubildenden; Einstellungsvoraussetzung; Führerschein; Gesetzesverstoß; Maßnahme; Mitbestimmung; Mitbestimmungsrecht; Mitbestimmungstatbestand; offenkundig; Offenkundigkeit; Personalmaßnahme; Personalrat; PKW-Führerschein; Rechtsbeschwerde; Rechtsmissbrauch; Rechtswidrigkeit der Maßnahme; Schutzzweck des Mitbestimmungsrechts; Stellenausschreibung; Tatsachenfeststellung; Überwachungsaufgabe; Versagungsgründe; Versagungskatalog; Verweigerungsgründe; Zustimmung; Zustimmungsverweigerung.

Leitsätze:

1. Die Rückkoppelung der geltend zu machenden Zustimmungsverweigerungsgründe an ein konkretes Mitbestimmungsrecht wird im Rahmen des § 77 Abs. 2 BPersVG allein dadurch hergestellt, dass sich die Einwendungen des Personalrats gegen die der Mitbestimmung unterliegende Maßnahme zu richten haben.

2. Für die Beachtlichkeit einer auf einen Gesetzesverstoß (§ 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG) bezogenen Zustimmungsverweigerung genügt es, wenn sich das Vorbringen des Personalrats, die mitbestimmungspflichtige Maßnahme der Einstellung (§ 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG) sei wegen einer fehlerhaften Ausschreibung der Stelle rechtswidrig, nicht als offensichtlich verfehlt erweist.



3. Solange die entsprechenden Streitfragen weder im Fachschrifttum noch in der Rechtsprechung geklärt sind, ist es nicht offensichtlich verfehlt, wenn sich der Personalrat für seine Auffassung, die Ausschreibung von Ausbildungsstellen sei wegen Verstoßes gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz rechtswidrig und dies schlage auf die mitbestimmungspflichtige Maßnahme der Einstellung durch, auf im Fachschrifttum vertretene Ansichten stützen kann.

Beschluss des 5. Senats vom 17. September 2019 - BVerwG 5 P 6.18

- I. VG Dresden vom 26. Mai 2017
Az: VG 8 K 1140/16
- II. OVG Bautzen vom 17. Mai 2018
Az: OVG 8 A 527/17.PB



Bundesverwaltungsgericht

IM NAMEN DES VOLKES
BESCHLUSS

BVerwG 5 P 6.18
OVG 8 A 527/17.PB

Verkündet
am 17. September 2019

Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Personalvertretungssache

hat der 5. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 17. September 2019
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Vormeier,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Stengelhofen-Weiß,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Störmer,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Harms und
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Holtbrügge

für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde wird zurückgewiesen.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Beteiligten streiten darüber, ob der Antragsteller seine Zustimmung zur Einstellung von Auszubildenden in beachtlicher Weise mit der Begründung verweigern kann, es verstoße wegen der Diskriminierung schwerbehinderter Menschen gegen das Gesetz, wenn im Anforderungsprofil der Stellenausschreibung für die Ausbildungsplätze das Vorhandensein einer Fahrerlaubnis für PKW verlangt werde.
- 2 Antragsteller ist der für die Zentrale des Mitteldeutschen Rundfunks gebildete örtliche Personalrat. Beteiligte ist die Intendantin des Mitteldeutschen Rundfunks. Sie stellt regelmäßig Auszubildende für den Beruf des Mediengestalters Bild und Ton ein. Nachdem die Beteiligte in den Ausschreibungstexten für diese Ausbildungsstellen zeitweise einen PKW-Führerschein als wünschenswert bezeichnet hatte, wurde für die Ausbildungsperioden ab 2015 der Besitz eines Führerscheins wieder als Einstellungsvoraussetzung ausgewiesen.

- 3 Auf den Antrag der Beteiligten, der Einstellung eines Auszubildenden für den Beruf des Mediengestalters Bild und Ton zuzustimmen, teilte ihr der Antragsteller mit Schreiben vom 18. Februar 2015 mit, er lehne die Einstellung ab, weil er der Auffassung sei, dass die Stellenausschreibung nicht mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz vereinbar gewesen und deshalb von einer nicht ordnungsgemäßen Bewerberlage auszugehen sei. Mit Schreiben vom 25. Februar 2015 ergänzte der Antragsteller seine Ablehnungsgründe und stützte seine Zustimmungsverweigerung auf einen Gesetzesverstoß nach § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG. Durch die in der Ausschreibung genannte Mindestvoraussetzung des Vorhandenseins eines PKW-Führerscheins sei der Bewerberkreis von vornherein unzulässig eingeeengt worden. Potentielle schwerbehinderte Bewerber, die nicht über einen Führerschein verfügten, seien hierdurch ausgeschlossen worden. Hierin liege zumindest ein mittelbarer Verstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz.
- 4 Zu diesem Anlassfall teilte die Beteiligte dem Antragsteller mit, dass sie seine Zustimmungsverweigerung als unbeachtlich betrachte, weshalb die gesetzliche Zustimmungsfiktion eingetreten sei und die Maßnahme als gebilligt gelte. Die vom Antragsteller vorgetragene Gründe lägen offensichtlich außerhalb des Mitbestimmungstatbestandes bei Einstellungen. Der Antragsteller habe kein Mitbestimmungsrecht bei der Ausgestaltung des Inhalts einer Stellenausschreibung. Ein Verstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz liege überdies nicht vor. Es habe sich kein schwerbehinderter Mensch beworben.
- 5 Der Antragsteller hat die gerichtliche Feststellung begehrt, die Beteiligte verletze sein Mitbestimmungsrecht, wenn sie in Fällen, die demjenigen des Anlassfalles entsprechen, seine Zustimmungsverweigerung als unbeachtlich behandle. Das Verwaltungsgericht hat den Antrag abgelehnt. Die Zustimmungsverweigerung des Antragstellers sei unbeachtlich, weil er gegen die Einstellung allein Gründe vorgebracht habe, die sich auf eine mögliche Rechtswidrigkeit der Stellenausschreibung bezögen. Bei der Ausgestaltung von Ausschreibungen stehe dem Personalrat jedoch kein Mitbestimmungsrecht zu.
- 6 Auf die Beschwerde des Antragstellers hat das Oberverwaltungsgericht den Beschluss des Verwaltungsgerichts geändert. Es ist von der Beachtlichkeit der Zu-

stimmungsverweigerung ausgegangen und hat dem Feststellungsantrag stattgegeben. Die Personalvertretung könne im Rahmen ihres Mitbestimmungsrechts bei Einstellungen grundsätzlich auch die Belange noch nicht bei der Behörde beschäftigter Bewerber im Hinblick auf eine diese möglicherweise diskriminierende Ausschreibung rügen. Es sei nicht ausgeschlossen, dass mit einer Ausschreibung, die den Besitz eines PKW-Führerscheins als Einstellungsvoraussetzung ausweise, eine mittelbare Benachteiligung von schwerbehinderten Menschen einhergehe.

- 7 Hiergegen wendet sich die Beteiligte mit der Rechtsbeschwerde. Sie rügt eine Verletzung materiellen Rechts. Entgegen der Ansicht des Oberverwaltungsgerichts sei die Zustimmungsverweigerung des Antragstellers unbeachtlich, weil er allein einen Gesetzesverstoß bei der Stellenausschreibung geltend gemacht und seine Begründung außerhalb des Mitbestimmungstatbestandes der Einstellung gelegen habe. Das Oberverwaltungsgericht habe es zu Unrecht für möglich gehalten, dass durch eine diskriminierende Ausschreibung gegen das Prinzip der Bestenauslese verstoßen werden könne und hierdurch zugleich auch die Interessen der vorhandenen Belegschaft berührt würden. Es habe weiter zu Unrecht angenommen, dass ein Fehler bei der Ausschreibung auf die Auswahlentscheidung durchschlagen könne und daher vom Mitbestimmungstatbestand der Einstellung umfasst sei. Weil bei der Gestaltung von Ausschreibungen kein Mitbestimmungsrecht bestehe, könne der Personalrat inhaltliche Fehler von Ausschreibungen nicht dadurch in beachtlicher Weise geltend machen, dass er die Zustimmung zu Einstellungen verweigere. Ansonsten würde die Entscheidung des Gesetzgebers konterkariert, Stellenausschreibungen nicht der Kontrolle des Personalrats zu unterwerfen. Überdies habe der Personalrat kein allgemeinpoltisches Mandat, über die Einhaltung des gesamten Rechts zu wachen. Er könne nicht über sein Zustimmungsverweigerungsrecht die Interessen externer Bewerber wahren, da er für diese gar nicht zuständig sei.
- 8 Der Antragsteller verteidigt den angefochtenen Beschluss des Oberverwaltungsgerichts.

II

- 9 Die zulässige Rechtsbeschwerde der Beteiligten ist unbegründet.
- 10 Gemäß § 38 Abs. 1 des Staatsvertrages über den Mitteldeutschen Rundfunk (MDR) vom 30. Mai 1991 (SächsGVBl. S. 169), geändert durch Staatsvertrag vom 1. Februar 2018 (SächsGVBl. S. 168), findet für den MDR das Bundespersonalvertretungsgesetz - BPersVG - in der zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Staatsvertrages geltenden Fassung nach Maßgabe der für die Rundfunkanstalten des Bundesrechts geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Nach den damit im vorliegenden Beschlussverfahren anzuwendenden Maßstäben des Bundespersonalvertretungsgesetzes beruht der angefochtene Beschluss des Obergerverwaltungsgerichts nicht auf der Nichtanwendung oder der unrichtigen Anwendung einer Rechtsnorm (§ 83 Abs. 2 BPersVG i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 1 ArbGG), sondern stellt sich im Ergebnis als richtig dar. Weil der entscheidungserhebliche Sachverhalt geklärt ist, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 96 Abs. 1 Satz 2 ArbGG i.V.m. § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO).
- 11 Der vom Antragsteller im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren gestellte abstrakte Feststellungsantrag (vgl. dazu BVerwG, Beschlüsse vom 2. Juni 1993 - 6 P 3.92 - BVerwGE 92, 295 <297> und vom 1. April 2015 - 5 P 8.14 - Buchholz 250 § 69 BPersVG Nr. 33 Rn. 9 m.w.N.), dessen Zulässigkeit das Obergerverwaltungsgericht zutreffend bejaht hat, ist begründet. Das Obergerverwaltungsgericht hat im Ergebnis zu Recht festgestellt, dass die Beteiligte das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers verletzt, wenn sie dessen Zustimmungsverweigerung zu einer Einstellung von Bewerbern für die Ausbildung zum Beruf des Mediengestalters Bild und Ton als unbeachtlich behandelt, sofern der Antragsteller seine Ablehnung damit begründet, die Beteiligte verstoße durch eine Stellenanzeige, die das Vorlegen eines PKW-Führerscheins bei Beginn der Ausbildung als Mindestvoraussetzung angibt, gegen die Bestimmungen der §§ 7, 11 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897), zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes vom 3. April 2013 (BGBl. I S. 610). Denn bei der Einstellung von Auszubildenden handelt es sich um eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme der Dienststellenleitung (1.),

deren Zustimmung der Antragsteller in Fällen, die demjenigen des Anlassfalles entsprechen, nach den in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aufgestellten rechtlichen Maßstäben für die Berücksichtigung von Versagungsgründen (2.) mit einer Begründung des hier in Rede stehenden Inhalts in beachtlicher Weise verweigern kann (3.).

- 12 1. Zwischen den Verfahrensbeteiligten steht zu Recht nicht im Streit, dass dem Antragsteller bei der Einstellung von Auszubildenden zum Beruf des Mediengestalters Bild und Ton ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG zusteht. Nach dieser Regelung hat der Personalrat in Personalangelegenheiten der Arbeitnehmer bei der Einstellung mitzubestimmen. Dieses Mitbestimmungsrecht, das auch die Einstellung von Auszubildenden erfasst, erstreckt sich auf die Eingliederung der zur Einstellung vorgesehenen Person und die von ihr auszuübende Tätigkeit sowie deren Eingruppierung (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 13. Februar 1976 - 7 P 9.74 - BVerwGE 50, 176 <180> und vom 30. September 1983 - 6 P 4.82 - PersV 1985, 167 f.).
- 13 2. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt für die Frage, ob der Personalrat die Zustimmung zu einer mitbestimmungspflichtigen Maßnahme in beachtlicher Weise verweigert hat, ist zunächst die Regelung des § 69 Abs. 2 Satz 5 BPersVG. Danach gilt eine Maßnahme, zu welcher die Dienststellenleitung um die Zustimmung des Personalrats ersucht hat, als gebilligt, wenn nicht der Personalrat innerhalb einer Frist von zehn Arbeitstagen (§ 69 Abs. 2 Satz 3 BPersVG) die Zustimmung unter Angabe der Gründe schriftlich verweigert. Eine Zustimmungsverweigerung ist deshalb unbeachtlich, wenn sie nicht fristgerecht, nicht in der gesetzlich vorgesehenen Schriftform oder ohne Angabe von Gründen erfolgt.
- 14 Neben diesen hier nicht einschlägigen Fällen steht die Zustimmungsverweigerung nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs. Sie ist auch dann unbeachtlich, wenn die gegen die beabsichtigte Maßnahme angeführten Gründe offensichtlich nicht auf einen der gesetzlichen Verweigerungsgründe des § 77 Abs. 2 BPersVG inhaltlich bezogen sind oder die Begründung aus sonstigen Gründen rechtsmissbräuchlich ist (vgl. etwa BVerwG, Beschlüsse vom 27. Juli 1979 - 6 P 38.78 -

Buchholz 238.3 A § 77 BPersVG Nr. 3 S. 13, vom 7. Dezember 1994 - 6 P 35.92 -
Buchholz 251.8 § 80 RhPPersVG Nr. 10 S. 6 f. und vom 17. August 1998 - 6 PB
4.98 - juris Rn. 5 m.w.N.).

- 15 a) Die Mitbestimmungsbefugnis des Personalrats in Personalangelegenheiten (§ 75 Abs. 1, § 76 Abs. 1 BPersVG) ist im Bundespersonalvertretungsgesetz dahin begrenzt, dass er seine Zustimmung nur in den vom Gesetz in § 77 Abs. 2 BPersVG genannten Fällen ("Versagungskatalog") verweigern kann. Diese inhaltliche Einschränkung spiegelt sich verfahrenstechnisch in der Zustimmungsfiktion des § 69 Abs. 2 Satz 5 BPersVG wider. Zwar sind im Hinblick darauf, dass der Personalrat oftmals nicht mit juristisch vorgebildeten Beschäftigten besetzt ist und seine Stellungnahme innerhalb kurzer Zeit (§ 69 Abs. 2 Satz 3 bis 5 BPersVG) abgeben muss, an die Formulierung der Begründung im Einzelnen keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Jedoch ist eine Begründung, die *offenkundig* auf keinen der Versagungsgründe des § 77 Abs. 2 BPersVG gestützt ist, als unbeachtlich anzusehen und vermag nicht die Verpflichtung der Dienststelle auszulösen, das Beteiligungsverfahren durch Einleitung des Stufenverfahrens bzw. des Einigungsstellenverfahrens fortzusetzen. In diesem Fall gilt die beabsichtigte Maßnahme nach Ablauf der gesetzlichen Äußerungsfrist als gebilligt. Die Darlegung einer Rechtsauffassung oder der Vortrag von Tatsachen seitens des Personalrats kann, wenn sich daraus ersichtlich, d.h. von vornherein und eindeutig, keiner der gesetzlich zugelassenen Verweigerungsgründe ergeben kann, deren Vorliegen also nach keiner vertretbaren Betrachtungsweise als möglich erscheint, nicht anders behandelt werden als das Fehlen einer Begründung. Demgegenüber genügt es für die Beachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung, wenn es das Vorbringen des Personalrats aus der Sicht eines sachkundigen Dritten als möglich erscheinen lässt, dass einer der dafür zugelassenen und in § 77 Abs. 2 BPersVG abschließend geregelten Verweigerungsgründe gegeben ist (BVerwG, Beschlüsse vom 15. Dezember 1992 - 6 P 32.90 - Buchholz 250 § 76 BPersVG Nr. 27 S. 43 f., vom 7. Dezember 1994 - 6 P 35.92 - Buchholz 251.8 § 80 RhPPersVG Nr. 10 S. 6 f., vom 17. August 1998 - 6 PB 4.98 - juris Rn. 5, vom 7. April 2010 - 6 P 6.09 - BVerwGE 136, 271 Rn. 19 und vom 31. Januar 2017 - 5 P 10.15 - BVerwGE 157, 266 Rn. 32).

- 16 b) Unter Beibehaltung dieser Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts folgt der Senat nicht dem Ansatz des Oberverwaltungsgerichts, soweit dieses den Maßstab für die Beachtlichkeit von Zustimmungsverweigerungsgründen darüber hinausgehend dahin umschreibt, dass es an dem Bezug zu einem Versagungsgrund nach § 77 Abs. 2 BPersVG fehle, wenn sich die vom Personalrat angeführten Gründe insbesondere dem Sinn und Zweck des gesetzlichen Mitbestimmungstatbestandes nicht mehr zuordnen ließen.
- 17 Hätte das Oberverwaltungsgericht den von ihm so erweiterten Maßstab konsequent zugrunde gelegt, hätte es näher gelegen, wenn es zu dem Ergebnis gelangt wäre, dass der vom Antragsteller für die Zustimmungsverweigerung angeführte Gesetzesverstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz nicht mehr vom Schutzzweck des Mitbestimmungstatbestandes der Einstellung (§ 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG) gedeckt gewesen ist. Denn der Zweck der Beteiligung bei Einstellungen besteht im kollektiven Schutz der in der Dienststelle bereits tätigen Beschäftigten und ihrer hierbei zu berücksichtigenden Interessen (vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 21. März 2007 - 6 P 4.06 - BVerwGE 128, 212 Rn. 31 m.w.N.), während die als verletzt gerügten Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (§§ 7, 11 AGG) vornehmlich dem Schutz der Bewerber, die erst den Status eines Beschäftigten erlangen wollen, zu dienen bestimmt sind.
- 18 Diesen Ansatz des Oberverwaltungsgerichts, der bedeuten würde, dass der Personalrat die Rechtswidrigkeit einer Einstellung nur unter Hinweis auf Verstöße gegen solche Gesetze rügen könnte, die dem Schutz der bereits Beschäftigten dienen, teilt der Senat jedoch nicht. Soweit das Oberverwaltungsgericht der Sache nach eine Eingrenzung der beachtlichen Versagungsgründe, insbesondere des hier in Rede stehenden Grundes des Gesetzesverstoßes gemäß § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG in dem Sinne befürwortet hat, dass der Personalrat nur Verstöße gegen solche Gesetze rügen kann, welche den gleichen Schutzzweck verfolgen wie der einschlägige Mitbestimmungstatbestand (hier der Einstellung, § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG), ist dies abzulehnen.
- 19 aa) Zwar dürfte die vom Oberverwaltungsgericht verwandte Formulierung jenen Entscheidungen auch des Bundesverwaltungsgerichts entlehnt sein, die für die

Beachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung darauf abstellen, ob das Vorbringen des Personalrats gegenüber der mitbestimmungspflichtigen Maßnahme noch innerhalb des Schutzzwecks der Mitbestimmung liegt und er die Zustimmungsverweigerung auf solche Gründe stützt, die nach dem Schutzzweck des Mitbestimmungstatbestandes erheblich sein können (vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 4. Juni 1993 - 6 P 31.91 - PersV 1994, 414 <416> und - 6 P 32.91 - Buchholz 251.2 § 86 BlnPersVG Nr. 2 S. 8 f., vom 27. September 1993 - 6 P 4.93 - BVerwGE 94, 178 <179 f.> und vom 20. März 1996 - 6 P 7.94 - BVerwGE 100, 354 <356>, vgl. ferner OVG Münster, Beschlüsse vom 17. Februar 2000 - 1 A 199/98.PVL - PersV 2000, 539 <540> und vom 3. Februar 2015 - 20 A 1231/14.PVB - PersV 2015, 262 f.).

- 20 Allerdings ist der Rückgriff auf diese Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts schon deshalb zweifelhaft, weil sich die genannten Entscheidungen zu Personalvertretungsgesetzen von Bundesländern verhalten, die keinen dem Vorbild des § 77 Abs. 2 BPersVG folgenden Versagungskatalog aufweisen. Überdies wird die Formulierung, dass die angegebenen Zustimmungsverweigerungsgründe nicht offensichtlich außerhalb der Mitbestimmung liegen dürfen und vom Schutzzweck der Mitbestimmung gedeckt sein müssen, in der insoweit ergangenen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch dahin verstanden, dass der Personalrat damit entsprechend seiner allgemeinen Überwachungsaufgabe alle Gesetze und Verordnungen als verletzt rügen kann, sofern sie bei Personalmaßnahmen, die der Mitbestimmung unterliegen, einschlägig sein können (BVerwG, Beschluss vom 20. März 1996 - 6 P 7.94 - BVerwGE 100, 354 <356>). Zudem kann aus dem Umstand, dass ein Personalvertretungsgesetz weder generell noch für den Bereich der personellen Mitbestimmung eine Festlegung von Zustimmungsverweigerungsgründen kennt - so hat das Bundesverwaltungsgericht zuletzt zum rheinland-pfälzischen Gesetz entschieden -, bedenkenfrei gefolgert werden, dass dem Personalrat insoweit jedenfalls jene "klassischen" Zustimmungsverweigerungsgründe zu Gebote stehen, die für Personalangelegenheiten im Bereich der Bundesverwaltung in § 77 Abs. 2 BPersVG normiert sind (BVerwG, Urteil vom 21. März 2007 - 6 P 4.06 - BVerwGE 128, 212 Rn. 31). Die Maßstäbe für die Beachtlichkeit von Zustimmungsverweigerungsgründen weisen dementsprechend zwischen den Gesetzen ohne und jenen

mit Versagungskatalogen weitgehende Überschneidungen auf (vgl. Baden, PersR 2019, Heft 1, 24 <26>).

- 21 bb) Unabhängig davon ist die vom Oberverwaltungsgericht vertretene (im obigen Sinne verstandene) Eingrenzung auf solche Zustimmungsverweigerungsgründe, die mit dem Schutzzweck des jeweils einschlägigen Mitbestimmungstatbestandes übereinstimmen, jedenfalls dann kein maßstabsbildendes Kriterium, wenn das Personalvertretungsrecht - wie in § 77 Abs. 2 BPersVG oder dessen Leitbild folgenden landesrechtlichen Bestimmungen - eine Verweigerung der Zustimmung durch den Personalrat an gesetzlich zugelassene und abschließend geregelte Weigerungsgründe bindet.
- 22 (1) Dem steht bereits der Wortlaut des § 77 Abs. 2 BPersVG entgegen, der für die vom Oberverwaltungsgericht präferierte Begrenzung keinen Anhalt bietet. Insbesondere lässt sich aus dem Text des hier in Rede stehenden Verweigerungsgrundes des § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG eine Begrenzung auf Verstöße gegen Gesetze, welche den gleichen Schutzzweck wie der einschlägige Mitbestimmungstatbestand (hier der Einstellung gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG) aufweisen, nicht entnehmen. Vielmehr ist unter Gesetz im Sinne des § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG grundsätzlich jede geschriebene oder ungeschriebene Rechtsnorm zu verstehen, die bei der beabsichtigten Maßnahme beachtet werden muss (vgl. BVerwG, Beschluss vom 11. Februar 1981 - 6 P 44.79 - BVerwGE 61, 325 <329>).
- 23 (2) Den Zweck des Mitbestimmungstatbestandes der Einstellung, dem Schutz der in der Dienststelle bereits tätigen Beschäftigten zu dienen, als ein konstitutives Merkmal für die Beachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung nach § 77 Abs. 2 BPersVG zu begreifen, stehen auch Folgerungen entgegen, die sich aus dem binnensystematischen Zusammenhang der Nummern 1 bis 3 ergeben. Danach setzt keiner der dort genannten Verweigerungsgründe die Dienststellenzugehörigkeit des von der personellen Maßnahme Betroffenen voraus: Der Zustimmungsverweigerungsgrund der Gesetzes- und Tarifwidrigkeit (Nr. 1) ist insoweit neutral formuliert, derjenige der ungerechtfertigten Benachteiligung (Nr. 2) stellt außer auf den betroffenen Beschäftigten auch auf andere Beschäftigte ab und derjenige der Störung des Dienststellenfriedens (Nr. 3) erwähnt

ausdrücklich neben den Beschäftigten auch den "Bewerber". Daraus hat das Bundesverwaltungsgericht zugleich gefolgert, dass der wesentliche Zweck der personellen Mitbestimmung, nämlich Beschäftigte der Dienststelle vor ungerechtfertigter Benachteiligung zu schützen, auch dann zum Tragen kommt, wenn von der beabsichtigten Maßnahme Personen betroffen sind, welche der Dienststelle erst künftig angehören sollen (BVerwG, Beschluss vom 15. November 2006 - 6 P 1.06 - BVerwGE 127, 142 Rn. 23). Damit stünde es im Widerspruch, wenn unter Hinweis auf den Zweck der Mitbestimmung bei der Einstellung nur Verstöße gegen solche Gesetze zu berücksichtigen wären, welche die vorhandenen Beschäftigten schützen.

- 24 (3) Gegen eine solche Eingrenzung spricht ferner der systematische Zusammenhang, in dem § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG zu der allgemeinen Überwachungsaufgabe des Personalrats aus § 68 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG steht. Nach der zuletzt genannten Regelung hat die Personalvertretung darüber zu wachen, dass unter anderem die zugunsten der Beschäftigten geltenden Gesetze durchgeführt werden. Diese Überwachungsaufgabe vermittelt dem Personalrat bereits unabhängig von der Existenz eines normierten Versagungskataloges die Befugnis, im Rahmen eines Mitbestimmungsverfahrens Verstöße gegen Gesetze, die bei der Mitbestimmung unterliegenden Personalmaßnahmen einschlägig sein können, geltend zu machen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. März 1996 - 6 P 7.94 - BVerwGE 100, 354 <356>). Nicht weniger ermächtigt die an die Einhaltung der Gesetze anknüpfende und die Zustimmungsverweigerung im Hinblick auf Gesetzesverstöße ermöglichende Regelung des § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG den Personalrat dazu, seine allgemeine Überwachungsaufgabe im Rahmen eines Mitbestimmungsverfahrens wahrzunehmen. Die auf Gesetzesverstöße gestützte Zustimmungsverweigerung stellt sich insoweit als eine spezielle Ausformung dar, dieser Aufgabe nachzukommen. Die Reichweite der Überwachungsaufgabe entspricht in diesem Rahmen grundsätzlich der Reichweite des Verweigerungsgrundes. Weil die Wahrnehmung der allgemeinen Überwachungsaufgabe (§ 68 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG) nicht davon abhängig ist, ob im Einzelfall ein Mitbestimmungsrecht besteht (vgl. BVerwG, Beschluss vom 19. Dezember 2018 - 5 P 6.17 - ZTR 2019, 462 <465>), spricht dies dafür, dass der Zweck eines Mitbestimmungsrechts auch nicht die Reichweite des Verweigerungsgrundes des § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG einzugrenzen vermag.

- 25 (4) Aus dem Sinn und Zweck des § 77 Abs. 2 BPersVG, den der Gesetzgeber dieser Vorschrift beigemessen hat, ergibt sich nichts anderes. Entsprechend der Zielsetzung dieser Regelung, die Verweigerung der Zustimmung auf bestimmte Gründe zu beschränken, ist der Versagungskatalog als abschließend zu betrachten (stRspr, vgl. bereits BVerwG, Beschluss vom 27. Juli 1979 - 6 P 38.78 - Buchholz 238.3 A § 77 BPersVG Nr. 3 S. 12) und deshalb grundsätzlich weder einer Ausdehnung noch einer über den Wortlaut hinausgehenden Eingrenzung zugänglich.
- 26 c) Die Rückkoppelung der geltend zu machenden Zustimmungsverweigerungsgründe an ein konkretes Mitbestimmungsrecht wird im Rahmen des § 77 Abs. 2 BPersVG allein dadurch hergestellt, dass sich die Einwendungen des Personalrats gegen "die Maßnahme" (§ 77 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BPersVG) zu richten haben. Hiermit nimmt das Gesetz auf den personalvertretungsrechtlichen Maßnahmebegriff in der Regelung des § 69 Abs. 1 BPersVG Bezug, wonach eine Maßnahme nur mit der Zustimmung des Personalrats getroffen werden kann, soweit sie seiner Mitbestimmung unterliegt. Zwar genügt es für die Beachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung, wenn es das Vorbringen des Personalrats - wie oben dargelegt - als möglich erscheinen lässt, dass einer der dafür zugelassenen und in § 77 Abs. 2 BPersVG geregelten Verweigerungsgründe gegeben ist. Dies setzt jedoch voraus, dass sich die vom Personalrat geltend gemachten Gründe auf die Maßnahme beziehen, die Gegenstand des Mitbestimmungsverfahrens ist (BVerwG, Beschlüsse vom 27. Juli 1979 - 6 P 38.78 - Buchholz 238.3 A § 77 BPersVG Nr. 3 S. 14 und vom 15. Dezember 1992 - 6 P 32.90 - Buchholz 250 § 76 BPersVG Nr. 27 S. 43). Das ergibt sich im Hinblick auf die Versagungsgründe des § 77 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BPersVG bereits unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut. Denn dort wird daran angeknüpft, dass "die Maßnahme gegen ein Gesetz" verstößt (Nr. 1). Ebenso müssen nach Nr. 2 dieser Vorschrift "durch die Maßnahme" Beschäftigte benachteiligt werden. Die Rüge eines durch die beabsichtigte Maßnahme bedingten Gesetzesverstößes im Sinne von § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG ist aus diesem Grund auch nur dann beachtlich, wenn nach dem Zweck der als verletzt gerügten Vorschrift die Maßnahme ganz unterbleiben muss (BVerwG, Beschluss vom 14. Juni 2006 - 6 P 13.05 - BVerwGE 126, 122 Rn. 15 m.w.N.). Im Falle der Einstellung bedeutet dies, dass der Zustimmungs-

verweigerungsgrund des § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG gegeben ist, wenn der Zweck der Verbotsnorm nur dadurch erreicht werden kann, dass die Einstellung unterbleibt (BVerwG, Urteil vom 21. März 2007 - 6 P 4.06 - BVerwGE 128, 212 Rn. 37).

- 27 Bei Beachtung dieser Prämisse reicht es für die Beachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung jedoch aus, wenn die angeführte Begründung des Personalrats nicht völlig aus der Luft gegriffen ist oder neben der Sache liegt (vgl. BVerwG, Beschluss vom 9. Dezember 1992 - 6 P 16.91 - BVerwGE 91, 276 <282> m.w.N.). Das ist - und dies gilt für den Vortrag von Tatsachen wie für die Darlegung von Rechtsauffassungen gleichermaßen - nur der Fall, wenn das Vorbringen nach keiner vertretbaren Betrachtungsweise als möglich erscheint, also offensichtlich unzutreffend oder verfehlt ist (BVerwG, Beschluss vom 7. Dezember 1994 - 6 P 35.92 - Buchholz 251.8 § 80 RhPPersVG Nr. 10 S. 6 ff.).
- 28 3. Gemessen an diesen Maßstäben kann der Antragsteller in Fällen, die demjenigen des Anlassfalles entsprechen, die Zustimmung zur Einstellung von Auszubildenden in beachtlicher Weise wegen eines befürchteten Gesetzesverstoßes verweigern (§ 69 Abs. 2 Satz 5 i.V.m. § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG). Das Oberverwaltungsgericht ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass unter solchen Umständen, wie sie im konkreten Anlassfall vorgelegen haben, der vom Antragsteller vorgebrachte Verweigerungsgrund, die Maßnahme verstoße gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, eine beachtliche Zustimmungsverweigerung darstellt.
- 29 a) Entgegen der Ansicht der Beteiligten, wie sie in ihren Schriftsätzen zum Ausdruck kommt, ist die Zustimmungsverweigerung des Antragstellers nicht deshalb unbeachtlich, weil er allein einen Gesetzesverstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz bei der Stellenausschreibung und nicht die Rechtswidrigkeit der mitbestimmungspflichtigen Maßnahme der Einstellung geltend gemacht hat. Dabei kann dahinstehen, ob und inwieweit ausschließlich auf den Anlassfall bezogene Einwände zur Unbegründetheit des abstrakten Feststellungsantrags führen können, dessen Gegenstand nicht mehr der Anlassfall selbst ist, sondern künftige Sachverhalte sind, die in ihren Grundzügen dem Sachverhalt des anlassgebenden konkreten Vorgangs entsprechen und im We-

sentlichen dieselben Rechtsfragen aufwerfen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 2. Juni 1993 - 6 P 3.92 - BVerwGE 92, 295 <297 ff.>). Denn jedenfalls greift der Einwand nicht durch, der Antragsteller habe seine Verweigerungsgründe im Anlassfall nicht auf den Mitbestimmungstatbestand der Einstellung (§ 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG) bezogen.

- 30 Dem steht der nicht mit Verfahrensrügen angegriffene und für das Rechtsbeschwerdegericht bindende Inhalt entgegen, den das Oberverwaltungsgericht den Schreiben des Antragstellers vom 18. und 25. Februar 2015, mit denen er die Zustimmung zur Einstellung eines Auszubildenden verweigert hat, beige-messen hat. Denn das Oberverwaltungsgericht hat festgestellt, dass sich der An-tragsteller bei der Verweigerung der Zustimmung schriftlich auf den im Katalog des § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG genannten Versagungsgrund der Gesetzesverlet-zung berufen, auf sein Mitbestimmungsrecht bei Einstellungen aus § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG hingewiesen und die angebliche Gesetzesverletzung unter Hin-weis auf einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot der §§ 7 und 11 AGG begründet hat. Ferner hat das Oberverwaltungsgericht zur Zustimmungsver-weigerung des Antragstellers ausgeführt, es sei geklärt, dass Fehler bei der Aus-schreibung oder des Anforderungsprofils auf das Stellenbesetzungsverfahren durchschlagen und zur Rechtswidrigkeit der Einstellung führen können.
- 31 Dem damit zum Ausdruck gebrachten Auslegungsergebnis des Oberverwal-tungsgerichts, dass der Antragsteller mit seiner Kritik an der Ausschreibung auch die Rechtswidrigkeit der Einstellung gerügt hat, vermag die Beteiligte im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht erfolgreich ihre eigene Auslegung, wie die Erklärung des Personalrats zu verstehen sei, entgegenzuhalten. Denn die Ausle-gung des Oberverwaltungsgerichts ist Teil der Tatsachenfeststellungen des an-gefochtenen Beschlusses, zu denen nicht nur Feststellungen zum inneren Willen der Parteien und der für die Auslegung bedeutsamen Begleitumstände, sondern auch die Ermittlung des Erklärungswerts einer Äußerung gehören. Das Rechts-beschwerdegericht ist an diese Auslegung der Tatsacheninstanz grundsätzlich - und so auch hier - gebunden (§ 92 Abs. 2 Satz 1, § 72 Abs. 5 ArbGG i.V.m. § 559 Abs. 2 ZPO). Sie ist vom Senat nur daraufhin nachzuprüfen, ob das Ober-verwaltungsgericht wesentlichen Tatsachenstoff verfahrensfehlerhaft unberück-sichtigt gelassen, gegen die Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB, gegen Denk-

gesetze oder gegen allgemeine Erfahrungssätze verstoßen hat (vgl. zum Revisionsrecht BAG, Urteil vom 12. März 1987 - 2 AZR 176/86 - NZA 1988, 137 <138>; BGH, Urteil vom 3. April 2000 - II ZR 194/98 - NJW 2000, 2099 jeweils m.w.N.). Ein solcher Verstoß, den die Beteiligte als Rechtsbeschwerdeführerin hätte darlegen müssen, ist weder aufgezeigt worden noch sonst ersichtlich.

- 32 b) Das Vorbringen des Antragstellers lässt es aus der Sicht eines sachkundigen Dritten auch als möglich erscheinen, dass in der den anlassgebenden Sachverhalt prägenden und deshalb der begehrten Feststellung zugrunde zu legenden Fallgestaltung der geltend gemachte Verweigerungsgrund des § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG vorliegt, weil es nicht offenkundig ausgeschlossen ist, dass die mitbestimmungspflichtige Maßnahme der Einstellung im Sinne von § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG gegen ein Gesetz verstößt. Es ist nicht offensichtlich verfehlt oder unvertretbar, dass - wie der Antragsteller geltend gemacht hat - die Ausschreibung der Ausbildungsstellen wegen Verstoßes gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz rechtswidrig ist (aa) und dies auf die mitbestimmungspflichtige Maßnahme der Einstellung durchschlägt (bb).
- 33 aa) Die der Zustimmungsverweigerung zugrunde liegende Auffassung des Antragstellers, das in dem Anforderungsprofil für Ausbildungsstellen der hier in Rede stehenden Art genannte Erfordernis der Innehabung einer Fahrerlaubnis für PKW verstoße gegen § 11 i.V.m. § 7 Abs. 1 AGG, erweist sich als vertretbar.
- 34 Gemäß § 11 AGG darf ein Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG ausgeschrieben werden. Diese Vorschrift bestimmt, dass Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden dürfen. Zu den Beschäftigten im Sinne des Gesetzes gehören gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AGG auch die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten, wobei nach § 6 Abs. 1 Satz 2 AGG als Beschäftigte auch die Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis gelten. Eine hier in Betracht kommende mittelbare Benachteiligung liegt gemäß § 3 Abs. 2 AGG vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein

rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

- 35 (1) Eine von der in Rede stehenden Ausschreibung ausgehende mittelbare Diskriminierung wegen einer Behinderung kann daher vorliegen, wenn das an sich neutrale Kriterium - hier das Erfordernis einer Fahrerlaubnis für PKW - geeignet ist, schwerbehinderte Menschen deshalb in besonderer Weise zu benachteiligen, weil diese von der Ausschlusswirkung für Personen, die das Erfordernis nicht erfüllen, überproportional betroffen wären (vgl. zu diesem Maßstab BAG, Urteil vom 27. Januar 2011 - 6 AZR 526/09 - BAGE 137, 80 Rn. 27, v. Roetteken, in: v. Roetteken, AGG, 63. Update September 2019, § 3 Rn. 603 f. m.w.N.).
- 36 Das Oberverwaltungsgericht hat angenommen, es liege unabhängig von der Stichhaltigkeit der statistischen Angaben im Einzelnen jedenfalls nicht fern, dass bei wertender Betrachtung typischerweise behinderte Menschen seltener über eine Fahrerlaubnis verfügten als nicht behinderte Menschen. Ob dies tatsächlich zutrifft, bedarf hier keiner abschließenden Klärung. Denn im vorliegenden Zusammenhang genügt es, dass die der Zustimmungsverweigerung des Antragstellers zugrunde liegende Annahme, behinderte Menschen seien überproportional von dem Erfordernis nachteilig betroffen und könnten von einer Bewerbung abgehalten werden, nicht offensichtlich fehlerhaft ist. Das ist der Fall, weil sich die genannte Ansicht nach dem derzeitigen Stand der Erkenntnisse nicht als offensichtlich verfehlt erweist. Sie entspricht vielmehr einer im rechtswissenschaftlichen Schrifttum häufig vertretenen Auffassung (vgl. Knittel, SGB IX, 11. Aufl. 2017, § 11 AGG Rn. 11; Linck, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl. 2017, § 25. Rn. 8; Overkamp, in: Herberger u.a., jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 11 AGG Rn. 16; Stein, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, 2008, § 11 Rn. 20; Suckow, in: Schleusener/Suckow/Plum, AGG, 5. Aufl. 2019, § 11 Rn. 45).
- 37 (2) Auch die Ansicht, dass es an einer Rechtfertigung der Benachteiligung fehle, erweist sich nicht als offensichtlich fehlerhaft. Es liegt nicht auf der Hand, dass hier eine mittelbare Benachteiligung wegen der Behinderung ausscheidet, weil das Erfordernis einer PKW-Fahrerlaubnis gemäß § 3 Abs. 2 AGG durch ein

rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

- 38 Im Hinblick auf die Rechtfertigung ist es bedeutsam, ob der für die Ungleichbehandlung angeführte Grund einem wirklichen Bedürfnis des Betriebes entspricht (vgl. BAG, Urteil vom 29. Juni 2017 - 8 AZR 402/15 - BAGE 159, 334 Rn. 60; v. Roetteken, in: v. Roetteken, AGG, 63. Update September 2019, § 3 Rn. 846 ff. m.w.N.), wobei es eine Rolle spielt, ob die verlangten Kenntnisse für die auszuführende Tätigkeit von Bedeutung sind (vgl. Linck, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl. 2017, § 25. Rn. 8 m.w.N.). Dagegen spricht hier die Verordnung über die Berufsausbildung zum Mediengestalter Bild und Ton/zur Mediengestalterin Bild und Ton vom 26. Mai 2006 (BGBl. I S. 1271), die Inhalt und Gegenstand der Ausbildung bestimmt. Aus dieser ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass Gegenstand dieser Ausbildung auch Tätigkeiten sind, die zwingend das selbstständige Führen eines Kraftfahrzeugs erfordern. Zwar könnte sich die Beteiligte für ihre gegenteilige Ansicht darauf stützen, dass ihr ein organisatorisches Ermessen zugestanden werden müsse, wie sie den Ablauf der Berufsausbildung im Rahmen der maßgeblichen Rechtsvorschriften ausgestaltet. Die zwischen den Verfahrensbeteiligten umstrittene Frage, ob eine PKW-Fahrerlaubnis einem wirklichen Bedürfnis entspricht und für die Tätigkeit erforderlich ist, bedarf hier jedoch keiner abschließenden Klärung. Es genügt auch insoweit für die Beachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung, dass sich die dazu vom Antragsteller vertretene Auffassung nicht als offensichtlich verfehlt darstellt. Das ist mangels sonstiger Klärung schon mit Blick auf die Regelung in der zitierten Verordnung nicht der Fall.
- 39 bb) Ist es damit nach einer vertretbaren Betrachtungsweise möglich, dass die hier in Rede stehende Ausschreibung gegen § 11 i.V.m. § 7 Abs. 1 AGG verstößt, so erweist sich auch das die Zustimmungsverweigerung stützende Vorbringen des Antragstellers, dass sich ein solcher Verstoß auf die Rechtmäßigkeit der Einstellung von Auszubildenden auswirkt, nicht als offensichtlich fehlerhaft.
- 40 (1) Entgegen der Ansicht der Beteiligten ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass ein Gesetzesverstoß bei der Ausschreibung auf die Rechtmäßigkeit der Personalentscheidung - hier die Einstellung - durchschlagen und des-

halb vom Personalrat in beachtlicher Weise als Zustimmungsverweigerungsgrund geltend gemacht werden kann.

- 41 (a) Im Hinblick auf die Frage, ob Gesetzesverstöße im Rahmen einer Ausschreibung die Rechtmäßigkeit der Personalentscheidung berühren können, ist in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt, dass ein Anforderungsprofil in einer Ausschreibung, das nicht den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG genügt und den Bewerberkreis in unzulässiger Weise einengt, grundsätzlich zur Fehlerhaftigkeit des Auswahlverfahrens und der darauf beruhenden Auswahlentscheidung führt (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 2. Oktober 2007 - 2 BvR 2457/04 - BVerfGK 12, 265 <270 f.>; BAG, Urteil vom 10. Februar 2015 - 9 AZR 554/13 - PersV 2015, 392 f. m.w.N.; BVerwG, Beschluss vom 20. Juni 2013 - 2 VR 1.13 - BVerwGE 147, 20 Rn. 27; Rehak, in: Lorenzen/Etzel/Gerhold u.a., BPersVG, 74. Update 9/2019, § 77 Rn. 77a m.w.N.).
- 42 Zwar ist nach überwiegender Rechtsansicht nicht die Regelung des Art. 33 Abs. 2 GG, sondern das nicht zur Bestenauslese verpflichtende Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG auch dann auf den Zugang zu Berufsausbildungen anwendbar, wenn die Ausbildung von einer Ausbildungsstätte durchgeführt wird, die Teil der öffentlichen Verwaltung ist und neben der Tätigkeit im öffentlichen Dienst auch auf andere Berufe vorbereitet (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 22. Mai 1975 - 2 BvL 13/73 - BVerfGE 39, 334 <372 ff.> und vom 5. Oktober 1977 - 2 BvL 10/75 - BVerfGE 46, 43 <52 ff.>; Badura, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 23, Stand Dezember 2014; Battis, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 33 Rn. 26; Höfling, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand Mai 2019, Art. 33 Rn. 117 m.w.N.). Es liegt jedoch nahe, die Erwägungen zu Art. 33 Abs. 2 GG, dass sich ein Verstoß im Auswahlverfahren auf die Rechtmäßigkeit der Einstellung auswirken kann, auf andere Gesetzesverstöße zu übertragen, die zu einer unzulässigen Verengung des Bewerberkreises führen. An die Entscheidungen zu Art. 33 Abs. 2 GG anknüpfend ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, an welcher festzuhalten ist, bereits angenommen worden, dass ein gesetzeswidriges Absehen von der Ausschreibung die objektive Rechtmäßigkeit der anschließenden Einstellung berührt und dies gegenüber einer beabsichtigten Einstellung als Zustimmungsverweigerungsgrund im Sinne von § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG geltend

gemacht werden kann (BVerwG, Beschlüsse vom 29. Januar 1996 - 6 P 38.93 - Buchholz 250 § 75 BPersVG Nr. 93 S. 28 und vom 29. Dezember 2015 - 5 PB 2.15 - PersR 2016, Heft 4, 54 <57>). Der diese Rechtsprechung mittragende Grund, dass sich eine fehlerhafte Ausschreibung auf die objektive Rechtmäßigkeit der anschließenden Einstellung auswirken kann, spricht dafür, dass auch eine zwar als solche nicht mitbestimmungsbedürftige, aber rechtswidrige Ausschreibung auf die Rechtmäßigkeit der Einstellung durchschlagen und zu einem Einstellungshindernis führen kann.

- 43 (b) Entgegen der von der Beteiligten im Anschluss an das Verwaltungsgericht vertretenen Ansicht kann aus dem Umstand, dass nur das Absehen von Ausschreibungen der Mitbestimmung unterliegt (§ 75 Abs. 3 Nr. 14 BPersVG), nicht aber auch die Ausgestaltung von Ausschreibungstexten, nicht gefolgert werden, dass es dem Personalrat im Rahmen der Mitbestimmung bei Einstellungen (§ 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG) versagt sei, mögliche Rechtsfehler der Ausschreibung auch der späteren Einstellungsentscheidung entgegenzuhalten.
- 44 Der Annahme einer solchen Sperrwirkung liegt der Sache nach die Ansicht zugrunde, im Rahmen des hier in Rede stehenden Verweigerungsgrundes des § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG könne nur ein solcher Gesetzesverstoß gerügt werden, der sich auf den Schutzzweck des für die konkrete Maßnahme einschlägigen Mitbestimmungsrechts beziehe. Diese im Ansatz auch vom Oberverwaltungsgericht vertretene Begrenzung für die Zustimmungsverweigerung ist jedoch - wie oben dargelegt - abzulehnen, weil der Verweigerungsgrund des § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG nicht auf den Zweck des Mitbestimmungstatbestandes, sondern auf die etwaige Rechtswidrigkeit der mitbestimmungspflichtigen Maßnahme - hier der Einstellung - bezogen ist. An diesem Bezug fehlt es auch dann nicht, wenn der Grund für die Rechtswidrigkeit der Einstellung seinen Ursprung in einer vorangegangenen Maßnahme der Dienststelle - hier der Ausschreibung - hat, die als solche keinem Mitbestimmungstatbestand zuzuordnen ist. Aus dem Umstand, dass die geltend gemachten Versagungsgründe keinem Mitbestimmungsrecht zugeordnet werden müssen, folgt zwangsläufig, dass das Fehlen eines Mitbestimmungsrechts im Zusammenhang mit dem gerügten Gesetzesverstoß die Geltendmachung einer solchen Zuwiderhandlung nicht hindert.

- 45 Überdies findet sich für die Ansicht, dass eine auf die Einstellung durchschlagende Rechtswidrigkeit einer als solcher nicht mitbestimmungspflichtigen Ausschreibung nicht als möglicher Gesetzesverstoß im Rahmen des § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG geltend gemacht werden könne, weder im Wortlaut dieser Norm noch in dem des § 75 Abs. 3 Nr. 14 BPersVG ein Anhalt. Aus der Systematik oder der Zwecksetzung dieser Regelungen folgt nichts anderes. Vielmehr würde mit einer solchen Begrenzung die mit dem Versagungsgrund des § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG verfolgte Zwecksetzung, dem Personalrat die Möglichkeit zu eröffnen, die Rechtswidrigkeit einer beabsichtigten mitbestimmungspflichtigen Maßnahme - hier der Einstellung (im Sinne von § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG) - grundsätzlich aus allen Gründen zu rügen, die ihrer rechtmäßigen Durchführung entgegenstehen können, in unzulässiger Weise verkürzt.
- 46 (2) Schließlich erweist sich auch die der Zustimmungsverweigerung des Antragstellers zugrunde liegende Auffassung, dass ein bei der Stellenausschreibung unterlaufener möglicher Verstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz auf die Rechtmäßigkeit einer Einstellung durchschlagen und ein Einstellungshindernis begründen kann, nicht als offensichtlich verfehlt.
- 47 Zwar wird im Fachschrifttum unter Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber bei einem Verstoß gegen § 11 AGG die daran geknüpfte Sanktion auf eine Entschädigung beschränkt habe, verschiedentlich die Auffassung vertreten, dass sich aus einem diskriminierenden Auswahlverfahren kein Verbot der Einstellung des bevorzugten (nicht benachteiligten) Bewerbers ergebe und demzufolge die Beachtlichkeit einer auf einen entsprechenden Verstoß gestützten Zustimmungsverweigerung der Personalvertretung zu verneinen sei (vgl. Overkamp, in: Herberger u.a., jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 11 AGG Rn. 26; Rupp, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl. 2018, § 11 AGG Rn. 3; Thüsing, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 11 AGG Rn. 11 m.w.N.). Dies ist allerdings umstritten. Nach der Gegenauffassung führt eine gegen § 11 AGG verstoßende Stellenausschreibung dazu, dass der so ausgewählte Bewerber nicht eingestellt werden dürfe und die Personalvertretung berechtigt sei, nach § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG ihre Zustimmung zu der beabsichtigten Einstellung zu verweigern (vgl. Stein, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, 2008, § 11 Rn. 29 und 33, Suckow, in: Schleusener/Suckow/Plum, AGG,

5. Aufl. 2019, § 11 Rn. 61 und 66; v. Roetteken, in: v. Roetteken, AGG,
63. Update September 2019, § 11 Rn. 48 und 50 m.w.N.).

- 48 (3) Dementsprechend stellt sich die vom Antragsteller vertretene Ansicht insgesamt als nicht offensichtlich fehlerhaft dar. Solange die genannten Streitfragen weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung geklärt sind, erweist sich die Auffassung des Antragstellers, soweit sie einen Teil des Fachschrifttums für sich in Anspruch nehmen kann, als vertretbar und ist damit seine darauf gestützte Zustimmungsverweigerung (§ 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG) beachtlich.

Vormeier

Stengelhofen-Weiß

Dr. Störmer

Dr. Harms

Holtbrügge