

Die Verweigerung der Zustimmung eines bei der Bundesagentur für Arbeit bestehenden Personalrats zum Absehen einer Ausschreibung für die Besetzung des der Tätigkeitsebene II zugeordnete Dienstpostens eines "Bereichsleiters Personal" ist beachtlich, wenn diese unter Angabe näherer Einzelheiten damit begründet wird, allein der Umstand, dass die Dienststellenleitung meine, einen qualifizierten Bewerber gefunden zu haben, der ihren Kriterien entspreche, rechtfertige es nicht, auf eine Stellenausschreibung zu verzichten.

BPersVG 1974 § 69 Abs. 3 S. 5, § 75 Abs. 3 Nr. 14, § 77 Abs. 2

OVG NRW, Beschluss vom 30.3.2023 - 33 A 1890/21.PVB -;
I. Instanz: VG Düsseldorf - 39 K 1251/20.PVB -.

Dem Beschäftigten P. war auf Dauer eine Tätigkeit in der Tätigkeitsebene II übertragen. Er war als Personalberater im Internen Service bei der Agentur für Arbeit F. eingesetzt. Seit November 2018 war er zudem im Rahmen einer höherwertigen Beauftragung als Leiter Personal im Internen Service tätig. Im Internen Service bei der Agentur für Arbeit F. sollte ein neuer, der Tätigkeitsebene II zugeordneter Dienstposten "Bereichsleiter Personal" eingerichtet werden. Der Beteiligte beabsichtigte, diesen Dienstposten dem Beschäftigten P. unter Verzicht auf eine Ausschreibung dauerhaft zu übertragen. Der Antragsteller verweigerte die Zustimmung und führte zur Begründung im Wesentlichen an: Zwar erfülle der Beschäftigte P. die vom Beteiligten vorgegebenen Kriterien für die Besetzung des Dienstpostens. Es sei jedoch nicht auszuschließen, dass auch andere Bewerber diese Kriterien vorweisen könnten und somit für diese Aufgabe in Betracht kämen. Allein der Umstand, dass der Beteiligte meine, einen Bewerber gefunden zu haben, der den Kriterien entspreche, rechtfertige es nicht, auf eine Stellenausschreibung zu verzichten. Die auf dem Dienstposten des Bereichsleiters Personal im Internen Service bei der Agentur für Arbeit F. wahrzunehmenden Aufgaben erforderten nicht derart spezielle Kenntnisse, dass sie nur einem bestimmten Beschäftigten übertragen werden könnten. Auch andere fachlich sehr gute Beschäftigte mit Führungserfahrung hätten die Chance verdient, sich um eine solche Stelle zu bewerben. Auch der Verweis darauf, dass es sich bei dem Beschäftigten P. um einen sogenannten "Statusbewerber" handele, rechtfertige nicht ausnahmsweise den Verzicht auf eine Stellenausschreibung. Nachdem der Beteiligte die Angelegenheit zur Einleitung des Stufenverfahrens der Zentrale der Bundesagentur für Arbeit vorgelegt hatte, stufte diese die Zustimmungsverweigerung des Antragstellers als unbeachtlich

ein. Der Beteiligte setzte daraufhin die Personalmaßnahme wie beabsichtigt um. Das daraufhin vom Antragsteller eingeleitete Beschlussverfahren hatte sowohl in der ersten als auch in der zweiten Instanz Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Antrag ist begründet.

Der Beteiligte hat das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers aus § 75 Abs. 3 Nr. 14 des Bundespersonalvertretungsgesetzes vom 15.3.1974 (BGBl. I S. 693) in der Fassung der Änderung durch Art. 7 des Gesetzes zur Reform der Pflegeberufe (Pflegeberufereformgesetz - PfIBRegG) vom 17.7.2017 (BGBl. I S. 2581) - im Folgenden: BPersVG 1974 - dadurch verletzt, dass er ohne dessen Zustimmung und ohne Durchführung des Stufenverfahrens von der Ausschreibung der Stelle eines Bereichsleiters Personal der Agentur für Arbeit F. abgesehen hat.

Maßgeblich für die Entscheidung über das vom Antragsteller verfolgte Begehren ist die Rechtslage im Zeitpunkt zum Ende der Frist zur Entscheidung über den Zustimmungsantrag des Beteiligten. In einer Fallkonstellation wie der hier vorliegenden, in der es darum geht, ob eine Maßnahme als gebilligt gilt, ist insoweit auf das seinerzeit maßgebliche Recht abzustellen. Das folgt aus den sich aus dem materiellen (Bundes-)Personalvertretungsrecht ergebenden Rechtswirkungen der Zustimmungsfiktion.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 3.5.2022 - 5 P 1.22 -,
BVerwGE 175, 285 = NVwZ-RR 2022, 943 = PersV
2022, 465 = ZfPR 2023, 2 = ZTR 2022, 620.

Da der Beteiligte vorliegend am 19.8.2019 die Zustimmung des Antragstellers zu der beabsichtigten Maßnahme beantragt und der Antragsteller nach § 69 Abs. 2 Satz 3 BPersVG 1974 innerhalb von zehn Arbeitstagen seine EntschlieÙung über diesen Antrag dem Beteiligten mitzuteilen hatte, hat sich die gerichtliche Entscheidung an dem Bundespersonalvertretungsgesetz in der zum damaligen Zeitpunkt geltenden Fassung zu orientieren.

Nach § 75 Abs. 3 Nr. 14 BPersVG 1974 hat der Personalrat, soweit - wie hier - eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, mitzubestimmen über das Absehen von der Ausschreibung von Dienstposten, die besetzt werden sollen. Das nach dieser Vorschrift bestehende Mitbestimmungsrecht setzt voraus, dass zu besetzende Stellen üblicherweise ausgeschrieben werden. Eine Verpflichtung zur Ausschreibung von Dienstposten kann sich nur aus Rechts- oder Verwaltungsvorschriften ergeben oder auf einer ständigen Verwaltungspraxis beruhen. Wie die Fachkammer für Bundespersonalvertretungssachen des VG zutreffend festgestellt hat, ist der Beteiligte nach seiner durchgängigen, an dem Handbuch Personalrecht/Gremien Teil 1.2 "Ausschreibung und Besetzung von Dienstposten" (im Folgenden: HPG) orientierten Verwaltungspraxis zur Ausschreibung besetzbarer Dienstposten verpflichtet. Nach Nr. 1.2 Abs. 1 Satz 1 HPG sind grundsätzlich alle bei der Bundesagentur für Arbeit zu besetzenden Dienstposten auszuschreiben. Ein Verzicht auf eine Dienstpostenausschreibung ist nur in den in Nr. 1.3 HPG genannten Fällen zulässig. Der Umstand, dass nach Nr. 1.3 Abs. 2 Aufzählungspunkt 5 HPG auf eine Dienstpostenausschreibung bei Besetzung mit einem Statusbewerber verzichtet werden kann, zeigt auf, dass die Verwaltungspraxis der Ausschreibung grundsätzlich auch statusgleiche Umsetzungen wie die vorliegend in Rede stehende erfasst. Da der Beteiligte beabsichtigte, bei der Besetzung der Stelle des Bereichsleiters Personal der Agentur für Arbeit F. mit dem Beschäftigten P. von einer Ausschreibung abzusehen, liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen für das Eingreifen eines Mitbestimmungsrechts aus § 75 Abs. 3 Nr. 14 BPersVG 1974 vor. Dies wird auch von den Verfahrensbeteiligten nicht infrage gestellt.

Dieses Mitbestimmungsrecht hat der Beteiligte verletzt, weil er ohne Zustimmung des Antragstellers und ohne Durchführung des Stufenverfahrens von der Ausschreibung des Dienstpostens abgesehen hat. Entgegen der Auffassung des Beteiligten kann das Absehen von der Ausschreibung nicht auf der Grundlage von § 69 Abs. 2 Satz 5 BPersVG 1974 als vom Antragsteller gebilligt angesehen werden.

Nach § 69 Abs. 2 Satz 5 BPersVG 1974 gilt eine Maßnahme als gebilligt, wenn nicht der Personalrat innerhalb der in § 69 Abs. 2 Satz 3 und 4 BPersVG 1974 genannten Frist die Zustimmung unter Angabe der Gründe schriftlich verweigert. Danach reicht es nicht aus, dass der Personalrat seine Zustimmung (schriftlich) verweigert. Er muss

vielmehr auch die für ihn maßgeblichen Gründe angeben. Genügt die Zustimmungsverweigerung diesen Anforderungen nicht, ist sie unbeachtlich mit der Folge, dass die von der Dienststelle beabsichtigte Maßnahme als vom Personalrat gebilligt gilt. Will der Personalrat in Personalangelegenheiten nach § 75 Abs. 1, § 76 Abs. 1 BPersVG 1974 - wie hier - den Eintritt der Zustimmungsfiktion nach § 69 Abs. 2 Satz 5 BPersVG 1974 vermeiden, muss sein Vorbringen es mindestens als möglich erscheinen lassen, dass einer der dafür zugelassenen und in § 77 Abs. 2 BPersVG 1974 abschließend geregelten Verweigerungsgründe gegeben ist. Eine Begründung, die offensichtlich auf keinen dieser Versagungsgründe gestützt ist, ist unbeachtlich.

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 14.5.2013 - 20 A 83/12.PVB -, PersR 2013, 320 = PersV 2013, 354, vom 7.11. 2013 - 20 A 218/13.PVB -, PersR 2014, 181 = PersV 2014, 147 = ZTR 2014, 367, vom 3.2.2015 - 20 A 1231/14.PVB -, PersV 2015, 262, vom 21.12.2015 - 20 A 643/14.PVB -, DÖD 2016, 212 = DVBl. 2016, 732 = PersR 2016, 45 = PersV 2016, 421 = ZTR 2016, 483, vom 27.4.2017 - 20 A 2631/15.PVB -, juris, und vom 11.4.2019 - 20 A 1890/18.PVB -, PersR 2019, Nr. 7-8, 60 = PersV 2019, 338 = ZfPR online 2019, Nr. 9, 8 = ZTR 2019, 468.

Zur Erfüllung der danach einschlägigen Begründungserfordernisse aus § 77 Abs. 2 BPersVG 1974 muss die Zustimmungsverweigerung des Personalrats bestimmten Mindestanforderungen genügen. Angesichts des Katalogs an gesetzlich zugelassenen und abschließend geregelten Verweigerungsgründen ist zu unterscheiden zwischen einer Zustimmungsverweigerung, die keine Begründung enthält, und einer solchen, die den Begründungserfordernissen aus § 77 Abs. 2 BPersVG 1974 nicht genügt und deshalb unbeachtlich ist, weil sie entweder (objektiv) das Vorliegen eines gesetzlichen Zustimmungsverweigerungsgrunds als nicht möglich erscheinen lässt (sog. "Möglichkeitstheorie") oder aber aus sonstigen (subjektiven) Gründen rechtsmissbräuchlich ist, etwa weil sich der Personalrat von vornherein besserer Erkenntnis verschließt oder aber seinen Standpunkt nur zum Schein einnimmt. Das Vorbringen des Personalrats muss, um den Begründungserfordernissen aus § 77 Abs. 2 BPersVG 1974 zu genügen und deshalb beachtlich zu sein, aus der Sicht eines sachkundigen Dritten es zumindest als möglich erscheinen lassen, dass einer der gesetzlich geregelten Verweigerungsgründe gegeben ist. Die Darlegung einer Rechtsauffassung oder der Vortrag

von Tatsachen seitens des Personalrats kann dann, wenn sich daraus ersichtlich, d. h. von vornherein und eindeutig, keiner der gesetzlichen Verweigerungsgründe ergeben kann, deren Vorliegen also nach keiner vertretbaren Betrachtungsweise als möglich erscheint, nicht anders behandelt werden als das Fehlen einer Begründung. Allerdings dürfen im Hinblick darauf, dass die Personalräte oftmals mit juristisch nicht vorgebildeten Beschäftigten besetzt sind und die Stellungnahme innerhalb einer kurzen Frist abgegeben werden muss, an die Formulierung der Begründung im Einzelnen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden.

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 25.8.2011 - 16 A 783/10.PVB -, PersR 2012, 229 = PersV 2012, 180, vom 20.5.2012 - 20 A 1333/11.PVB -, PersV 2012, 457, vom 17.10.2017 - 20 A 1738/16.PVB -, ZfPR online 2018, Nr. 2, 8, und vom 11.4.2019 - 20 A 1890/18.PVB -, a. a. O.

Ausgehend von diesen Maßstäben sind die vom Antragsteller angeführten Gründe für die Verweigerung seiner Zustimmung beachtlich.

Die Begründung der Zustimmungsverweigerung des Antragstellers lässt es als möglich erscheinen, dass die in Anspruch genommenen Zustimmungsverweigerungsgründe des § 77 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 BPersVG 1974 gegeben sind.

Nach § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG 1974 kann der Personalrat seine Zustimmung verweigern, wenn die Maßnahme gegen ein Gesetz, eine Verordnung, eine Bestimmung in einem Tarifvertrag, eine gerichtliche Entscheidung, den Frauenförderplan oder eine Verwaltungsanordnung oder gegen eine Richtlinie im Sinne des § 76 Abs. 2 Nr. 8 BPersVG 1974 verstößt.

Einen derartigen Verstoß lässt die Begründung des Antragstellers für die Zustimmungsverweigerung jedenfalls insoweit als möglich erscheinen, als er sich darauf beruft, der Beteiligte habe das ihm aufgrund von Nr. 1.3 Abs. 2 Aufzählungspunkt 5 HPG zustehende Ermessen bei der Entscheidung über den Verzicht auf eine Ausschreibung fehlerhaft ausgeübt.

Seine Entscheidung, auf eine Ausschreibung des Dienstpostens zu verzichten, hat der Beteiligte unter Angabe näherer Einzelheiten im Wesentlichen darauf gestützt, dass der Beschäftigte P. für die Wahrnehmung der auf dem zu besetzenden Dienstposten des Bereichsleiters anfallenden Tätigkeiten in besonderer Weise qualifiziert sei und andere Statusbewerber mit vergleichbarer fachlicher Kompetenz und Führungserfahrung nicht vorhanden seien. Wenn der Antragsteller dem zum einen entgegenhält, auf eine Stellenausschreibung könne nicht schon dann verzichtet werden, wenn der Beteiligte einen den gestellten Anforderungen entsprechenden Bewerber identifiziert habe, und zum anderen geltend macht, die auf dem Dienstposten wahrzunehmenden Tätigkeiten erforderten keine so speziellen Kenntnisse, dass die Aufgabe nur einem bestimmten Beschäftigten übertragen werden könne, und es solle die Möglichkeit genutzt werden, durch eine Stellenausschreibung den Bewerberpool zu vergrößern, liegen diese Einwände nicht von vornherein und eindeutig außerhalb des Zustimmungsverweigerungsgrundes des § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG 1974, sodass dessen Vorliegen nach keiner vertretbaren Betrachtungsweise als möglich erscheint.

Gemäß § 77 Abs. 2 Nr. 2 BPersVG 1974 kann der Personalrat seine Zustimmung verweigern, wenn die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, dass durch die Maßnahme der betroffene Beschäftigte oder andere Beschäftigte benachteiligt werden, ohne dass dies aus dienstlichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist. Mit seinen Einwänden, es sei nicht auszuschließen, dass auch andere Bewerber die vom Beteiligten geforderten Kriterien vorweisen könnten und deshalb für die Besetzung des Dienstpostens in Betracht kämen, und durch den Verzicht auf eine Stellenausschreibung könne es zu einer unzulässigen Benachteiligung von anderen Beschäftigten kommen, lässt der Antragsteller auch das Vorliegen dieses Zustimmungsverweigerungsgrundes als möglich erscheinen.

Gegen die Beachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung des Antragstellers führt der Beteiligte ohne Erfolg an, die Beteiligung des Antragstellers sei auf eine Richtigkeitskontrolle beschränkt und deshalb könne dieser lediglich das Vorliegen eines Ausnahmefalles nach Nr. 1.3 Abs. 2 HPG und die sachgerechte Nutzung der verbleibenden Ermessensspielräume prüfen. Mit diesem Einwand verkennt der Beteiligte, dass der Antragsteller sich mit seiner Begründung für die Zustimmungsverweigerung gerade innerhalb dieses Prüfungsrahmens hält. Die Frage, ob der Beteiligte für die Besetzung

des Dienstpostens allein den Beschäftigten P. in den Blick nehmen und damit alle anderen Beschäftigten der Dienststelle von vornherein ausschließen durfte, betrifft unmittelbar den Bereich der Ermessensausübung des Beteiligten und dessen sachgerechte Wahrnehmung.

Entgegen der Auffassung des Beteiligten wird die Beachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung nicht dadurch infrage gestellt, dass der Antragsteller andere für die Stellenbesetzung in Betracht kommende Beschäftigte nicht konkret benannt hat. Da es sich bei dem zu besetzenden Dienstposten nicht um einen solchen handelte, dessen Wahrnehmung besondere Spezialkenntnisse erfordert, bedurfte es keiner konkreten Benennung anderer Beschäftigter. Der Ermittlung anderer in Betracht kommender Beschäftigter soll die vom Antragsteller angestrebte Ausschreibung gerade dienen. Dass ausschließlich der Beschäftigte P. für die Besetzung des Dienstpostens in Betracht kommt, ist nicht ersichtlich.

Ohne Erfolg beruft sich der Beteiligte darauf, dass nach Nr. 1.3 Abs. 4 HPG eine Umsetzung bzw. Versetzung ohne Statusänderung im organisatorischen Ermessen des Dienstherrn stehe und nicht an den Maßstäben des Art. 33 Abs. 2 GG gebunden sei, bei einer Einstufung der Zustimmungsverweigerung des Antragstellers als beachtlich aber durch die "Hintertür" der Grundsatz der Bestenauslese bei statusgleichen Umsetzungen wieder zur Anwendung gelange. Mit diesem Einwand trägt der Beteiligte dem Umstand nicht hinreichend Rechnung, dass der Antragsteller seine Zustimmungsverweigerung nicht damit begründet hat, dass andere Beschäftigte besser qualifiziert seien. Das Vorbringen des Antragstellers zielt vielmehr darauf ab, durch eine Ausschreibung des Dienstpostens den Kreis der für dessen Besetzung in den Blick zu nehmenden Beschäftigten zu vergrößern und damit den Entscheidungsspielraum des Beteiligten zu erweitern. Damit bezieht sich die Zustimmungsverweigerung des Antragstellers gerade nicht auf die Anwendung des Grundsatzes der Bestenauslese.