

In Fällen, in denen eine lediglich interimistische Übertragung einer Referatsleitung an Beamte der Besoldungsgruppe A 15 BBesO dergestalt beabsichtigt ist, dass die spätere - endgültige - Bestellung zum Referatsleiter in einer gesonderten Auswahlscheidung getroffen wird, unterliegt der Verzicht auf eine Ausschreibung des Dienstpostens nicht der Mitbestimmung nach § 78 Abs. 1 Nr. 12 BPersVG.

BPersVG § 78 Abs. 1 Nr. 12

OVG NRW, Beschluss vom 26.6.2024 - 33 A 292/23.PVB -;
I. Instanz: VG Köln - 33 K 3743/20.PVB -.

In der Dienststelle traten zwischen den Verfahrensbeteiligten Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Frage auf, ob der Verzicht auf eine Ausschreibung im Fall einer beabsichtigten kommissarischen Übertragung der Referatsleiterfunktion an Beschäftigte, die bisher lediglich ein Statusamt der Besoldungsgruppe A 15 innehaben bzw. eine entsprechende Funktion im Tarifbereich wahrnehmen, der Mitbestimmung unterliegt. Das zur Klärung dieser Frage vom Antragsteller eingeleitete Beschlussverfahren blieb auch im Beschwerdeverfahren ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde des Antragstellers hat keinen Erfolg.

Der im Beschwerdeverfahren neu gefasste Antrag ist zulässig.

In der Form eines abstrakten Feststellungsantrags greift der Antragsteller mit ihm eine konkret in der Dienststelle aufgetretene Streitfrage auf, die sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in der Zukunft erneut zwischen den Verfahrensbeteiligten stellen wird.

Entgegen der Auffassung der Beteiligten handelt es sich nicht um einen Globalantrag. Ein solcher liegt vor, wenn das mit dem Antrag verfolgte Begehren auf die Feststellung gerichtet ist, dass losgelöst von einem konkreten anlassgebenden Sachverhalt für alle denkbaren oder eine Vielzahl von Fallgestaltungen in allgemeingültiger Weise ein Beteiligungsrecht nach einer bestimmten Vorschrift besteht.

Vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 24.6.2014 - 6 P 1.14 -, PersR 2014, Nr. 12, 43 = PersV 2014, 384 = ZfPR online 2014, Nr. 10, 2 = ZTR 2018, 516, vom 8.2.2018 - 5 P 7.16 -, BVerwGE 161, 164 = PersV 2018, 344 = ZfPR online 2018, Nr. 6, 2, und vom 24.2.2022 - 5 A 7.20 -, PersV 2022, 382 = ZfPR online 2022, Nr. 7-8, 2.

Daran fehlt es bei dem Antrag des Antragstellers aber. Dieser knüpft vielmehr an in der Dienststelle aufgetretenen und für die Einleitung des Beschlussverfahrens anlassgebende konkrete Fallgestaltungen an und verzichtet lediglich - was für einen abstrakten Feststellungsantrag gerade kennzeichnend ist - darauf, konkrete Dienstposten zu bezeichnen oder einzelne Beschäftigte zu benennen, um auf diese Weise die in der Dienststelle aufgetretene Streitfrage für zukünftige Sachverhalte zu klären.

Der Antrag ist unbegründet.

In Fällen, in denen eine lediglich interimistische Übertragung einer Referatsleitung an Beamte der Besoldungsgruppe A 15 BBesO dergestalt beabsichtigt ist, dass die spätere - endgültige - Bestellung zum Referatsleiter in einer gesonderten Auswahlentscheidung getroffen wird, und die nicht zu den vom Antragsteller ausgenommenen Fallgestaltungen zählen, unterliegt der Verzicht auf eine Ausschreibung des Dienstpostens nach § 78 Abs. 1 Nr. 12 BPersVG nicht der Mitbestimmung.

Nach § 78 Abs. 1 Nr. 12 BPersVG bestimmt der Personalrat mit in Personalangelegenheiten bei Absehen von der Ausschreibung von Dienstposten, die besetzt werden sollen. Für das Eingreifen des Mitbestimmungstatbestandes ist eine grundsätzliche Verpflichtung zur Ausschreibung erforderlich. Eine solche Verpflichtung ist aber nicht aus dem Mitbestimmungstatbestand selbst zu entnehmen. Die Mitbestimmung beim Absehen von der Ausschreibung von Dienstposten setzt vielmehr voraus, dass zu besetzende Stellen üblicherweise ausgeschrieben werden. Eine solche Übung kann einer grundsätzlichen Verpflichtung folgen, die sich aus Rechts- oder Verwaltungsvorschriften ergibt, oder auf ständiger Verwaltungspraxis beruhen.

Vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 14.1.2010 - 6 P 10.09 -, BVerwGE 136,29 = PersR 2010, 322 = PersV 2010, 340 = ZfPR 2010, 66 = ZfPR online 2010, Nr. 4,

6, vom 4.5.2012 - 6 PB 1.12 -, PersR 2012, 328 = PersV 2012, 308 = ZfPR online 2012, Nr. 6, 7 = ZTR 2012, 412, vom 4.2.2014 - 6 PB 36.13 -, PersR 2014, 229 = PersV 2014, 183 = ZfPR 2014, 37 = ZTR 2014, 305, vom 30.12.2022 - 5 PB 2.22 -, PersV 2023, 265 = ZfPR online 2024, Nr. 2, 8, und vom 19.12.2023 - 5 P 6.22 -, PersV 2024, 222 = ZfPR 2024, 34 = ZTR 2024, 231.

Dass danach in der Dienststelle aufgrund der Regelungen in § 8 BBG, § 6 BGleiG und der Geschäftsordnung grundsätzlich eine Pflicht zur Ausschreibung von zu besetzenden Dienstposten besteht und deshalb grundsätzlich nach § 78 Abs. 1 Nr. 12 BPersVG ein Mitbestimmungsrecht des Antragstellers bei einem Verzicht auf eine Ausschreibung eingreift, liegt auf der Hand und steht auch zwischen den Verfahrensbeteiligten nicht im Streit. Uneinigkeit besteht lediglich hinsichtlich der Frage, ob in den zum Gegenstand des Antrags gemachten Fallgestaltungen das Mitbestimmungsrecht aus § 78 Abs. 1 Nr. 12 BPersVG aufgrund der Regelung in § 78 Abs. 4 Nr. 2 BPersVG ausgeschlossen ist. Diese Frage ist zu bejahen mit der Folge, dass eine Mitbestimmung des Antragstellers in diesen Fällen ausscheidet.

Nach § 78 Abs. 4 Nr. 2 BPersVG gilt die - die Mitbestimmungsrechte in Personalangelegenheiten begründende - Vorschrift des § 78 Abs. 1 BPersVG (und damit auch § 78 Abs. 1 Nr. 12 BPersVG) nicht für Beamtenstellen von der Besoldungsgruppe A 16 BBesO an aufwärts und entsprechende Arbeitnehmerstellen. Die Vorschrift will sicherstellen, dass für herausgehobene Stellen unabhängige Personalentscheidung getroffen werden, die der Bedeutung der darauf zu verrichtenden Tätigkeit und der damit verbundenen Verantwortung gerecht werden.

Vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 20.3.2002 - 6 P 6.01 -, PersR 2002, 302 = PersV 2002, 405 = ZTR 2002, 395, vom 12.1.2006 - 6 P 6.05 -, PersR 2006, 164 = PersV 2006, 220 = ZfPR online 2007, Nr. 4, 2 = ZTR 2006, 222, und vom 7.5.2008 - 6 P 13.07 -, BVerwGE 131, 267 = PersR 2008 381 = PersV 2008, 422 = ZfPR 2008, 100 = ZfPR online 2008, Nr. 9, 3 = ZTR 2008, 574.

Ausgehend davon ist der Ausschlussstatbestand in jedem Fall anzuwenden, wenn wie in den Standardfällen der Planstellenbewirtschaftung, die durch eine starre Verbindung zwischen Planstelle und Dienstposten gekennzeichnet sind, Funktion und Stelle organisatorisch miteinander verbunden sind, für die Funktion also eine Planstelle nach A 16 BBesO oder höher ausgewiesen ist.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 7.5.2008 - 6 P 13.07 -, a. a. O.; OVG NRW, Beschlüsse vom 4.5.2005 - 1 A 2735/03.PVB -, juris, und vom 30.4.2008 - 1 A 105/06.PVB -.

Deshalb ist die Mitbestimmung in Personalangelegenheiten solcher Beamter ausgeschlossen, die ein Amt der Besoldungsgruppe A 16 BBesO oder höher bekleiden.

Nach Wortlaut sowie Sinn und Zweck des Ausschlussstatbestandes kommt eine Mitbestimmung darüber hinaus dann nicht zum Zuge, wenn ein Beschäftigter in eine Beamtenstelle ab A 16 BBesO einrücken soll, was immer dann der Fall ist, wenn ein Beamter der Besoldungsgruppe A 15 BBesO befördert wird.

Vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 20.3.2002 - 6 P 6.01 -, a. a. O., vom 12.1.2006 - 6 P 6.05 -, a. a. O., und vom 7.5.2008 - 6 P 13.07 -, a. a. O.

Vom Ausschluss der Beteiligung ist aber nicht nur die Mitbestimmung bei Beförderung, sondern auch diejenige bei Übertragung einer höher zu bewertenden Tätigkeit betroffen. Dies liegt ohne weiteres auf der Hand, wenn die Beförderung zugleich mit der Übertragung der höherwertigen Tätigkeit ausgesprochen wird. Entsprechendes muss gelten, wenn der Beamte in eine Planstelle der Besoldungsgruppe A 16 BBesO eingewiesen, seine Beförderung aber für einen späteren Zeitpunkt in Aussicht gestellt wird. Für dieses Ergebnis spricht neben rechtssystematischen Überlegungen auch der Sinn und Zweck der Ausschlussregelung. Deren Zielvorstellung, für herausgehobene Stellen unabhängige, der Bedeutung der darauf zu verrichtenden Tätigkeit und der damit verbundenen Verantwortung gerecht werdende Personalentscheidungen zu gewährleisten, wird immer erreicht, wenn einem Beamten der Besoldungsgruppe A 15 BBesO eine höher zu bewertende Tätigkeit übertragen wird, weil es sich dabei bereits

um die weichenstellende Personalentscheidung zur Besetzung des herausgehobenen Dienstpostens handelt und diese Bedeutung des Übertragungsaktes durch die fehlende Verbindung von Dienstposten und Planstelle nicht geschmälert wird.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 7.5.2008 - 6 P 13.07 -,
a. a. O.

Aufgrund dieser Erwägungen greift der Ausschlussstatbestand auch in den Fällen der sogenannten Topwirtschaft ein, in denen Planstellen nicht bindend bestimmten Funktionsstellen zugeordnet, sondern von Fall zu Fall dort verwandt werden, wo eine Beförderungsmöglichkeit ausgeschöpft werden soll.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 7.5.2008 - 6 P 13.07 -,
a. a. O.

Die vorstehenden Erwägungen zeigen, dass für das Eingreifen des Ausschlussstatbestandes die mit der konkreten Stelle verbundene und durch die auf dieser wahrzunehmenden Tätigkeiten geprägte Funktion der Stelle maßgeblich ist. Gerade deren Bedeutung und die mit deren Wahrnehmung verbundene Verantwortung bilden den Anknüpfungspunkt für den gesetzlichen Ausschluss einer Beteiligung des Personalrats. Der Umstand, dass § 78 Abs. 4 Nr. 2 BPersVG nicht von Beamten, sondern von Beamtenstellen spricht, belegt, dass für das Eingreifen des Ausschlussstatbestandes nicht lediglich auf die Besoldung, sondern vor allem auf den Amtsinhalt abzustellen ist und deshalb ein funktionsbezogenes Begriffsverständnis, das auf die Ausübung einer herausgehobenen Funktion - wie etwa vorliegend diejenige einer Referatsleitung - abhebt, entscheidend ist.

Vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 2.10.1978 - 6 P
11.78 -, BVerwGE 56, 291 = Buchholz 238.3A § 77
BPersVG Nr. 2, und vom 7.5.2008 - 6 P 13.07 -,
a. a. O.

Ausgehend davon ist mit Blick auf die vom Antragsteller zum Gegenstand seines Antrags gemachten Fallgestaltungen festzustellen, dass die Mitbestimmung nach § 78 Abs. 1 Nr. 12 BPersVG bei einem Verzicht auf eine Ausschreibung gemäß § 78 Abs. 4

Nr. 2 BPersVG ausgeschlossen ist, wenn eine Ausschreibung zur Besetzung eines Dienstpostens in der Form einer lediglich interimistischen Übertragung einer Referatsleitung an Beamte der Besoldungsgruppe A 15 BBesO in Rede steht. Allein die Tatsache der Übertragung der Funktion einer Referatsleitung, bei der es sich - was zwischen den Verfahrensbeteiligten unstreitig ist - regelmäßig um einen der Besoldungsgruppe A 16 BBesO zugeordneten Dienstposten handelt, schließt die Mitbestimmung des Personalrats aus. Keine Rolle spielt es dabei, dass die Übertragung lediglich interimistisch erfolgt und eine spätere - endgültige - Bestellung zum Referatsleiter einer gesonderten Auswahlentscheidung vorbehalten bleibt. Denn nach dem Sinn und Zweck des Ausschlussstatbestandes ist es geboten, schon allein die Übertragung der Funktion einer Referatsleitung angesichts der dieser zukommenden herausgehobenen Stellung von einer Beteiligung des Personalrats auszunehmen.

Die vom Antragsteller vorgenommene Unterscheidung zwischen der (kommissarischen) "Besetzung" des Dienstpostens eines Referatsleiters und eines (vorübergehenden) "Auftrags über die Wahrnehmung der Aufgaben" des Dienstpostens eines Referatsleiters, der in den von ihm zum Gegenstand seines Antrags gemachten Fallgestaltungen vorliegen und für den der in § 78 Abs. 4 Nr. 2 BPersVG vorgesehene Ausschluss der Mitbestimmung nach Auffassung des Antragstellers nicht greifen soll, überzeugt nicht. Sie lässt unberücksichtigt, dass nach dem Vorstehenden der Begriff der Beamtenstelle in § 78 Abs. 4 Nr. 2 BPersVG funktionsbezogen zu verstehen ist. Mit Blick darauf ist entscheidend, dass auch in den Fällen eines "Auftrags über die Wahrnehmung der Aufgaben" des Dienstpostens eines Referatsleiters von dem jeweiligen Beschäftigten die Funktion eines Referatsleiters wahrzunehmen ist, auch wenn dies nur vorübergehend ist. Allein dies reicht aus, um vom Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 78 Abs. 4 Nr. 2 BPersVG und damit von einem Ausschluss der Mitbestimmung auszugehen.