

Aktenzeichen: 5 AZR 1241/79

LAG Hamm Urteil des BAG vom 2. Juli 1980

Für das Nachschlagewerk: Ja

Für die Fachpresse: Ja

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Gesetz: GG Art. 33 Abs. 2; Personalvertretungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (LPVG NW) vom 3. Dezember 1974 (GVBl. S. 1514) §§ 66, 76, 72 Abs. 1 Nr. 1 und 2, § 78 Abs. 1 und 2, § 79 Abs. 1 Nr. 6, § 91 Abs. 1, § 92 Satz 2 Nr. 1, § 95; BPersVG § 69 Abs. 1 und 4, § 75 Abs. 1, § 77 Abs. 2, § 79 Abs. 4, § 83 Abs. 1, § 106, § 108 Abs. 2; BetrVG 1972 §§ 99, 101, 102 Abs. 1; Laufbahnverordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (LVO NW) vom 9. Januar 1973 (GVBl. S. 30) § 3; (Nordrhein-Westfälische) Verordnung über die Errichtung von Personalvertretungen für die im Landesdienst beschäftigten Lehrer vom 24. Februar 1975 (GVBl. S. 228) § 2; BGB §§ 615, 616 Abs. 1; LohnFG § 1 Abs. 1; ZPO § 888.

1. Eine Klage auf Einstellung in den öffentlichen Dienst darf nicht mit der Begründung abgewiesen werden, daß die erforderliche Zustimmung des Personalrats nicht beantragt worden ist. Klagt ein Bewerber auf Einstellung, kann die Behörde bei dem Personalrat vorsorglich die Zustimmung beantragen.
2. Ein ohne Zustimmung des Betriebs- oder Personalrats mit einem Bewerber abgeschlossener Arbeitsvertrag ist voll wirksam; die Behörde darf den Bewerber allerdings nicht beschäftigen, solange die Zustimmung des Personalrats nicht vorliegt.
3. Eine vom Personalrat zu Recht verweigerte Zustimmung zur Einstellung des Bewerbers schließt einen Anspruch auf Einstellung aus. Ob der Personalrat seine Zustimmung zu Recht verweigert hat, ist im Einstellungsprozeß zu prüfen.

4. Im Einstellungsprozeß kann nur Beweis erhoben werden darüber, ob die der Beurteilung des Bewerbers durch die Einstellungsbehörde zugrunde gelegten oder vom Bewerber zu seinen Gunsten angeführten tatsächlichen Umstände gegeben sind oder nicht. Ob diese tatsächlichen Umstände Zweifel an der Eignung des Bewerbers begründen, ist keine einem Beweis im prozessualen Sinne zugängliche Frage.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 1241/79

10 Sa 1250/78 Hamm

Verkündet am
2. Juli 1980

Im Namen des Volkes!

gez. Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 2. Juli 1980 durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger, die Richter Dr. Heither und Matthes sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Gundelach und die ehrenamtliche Richterin Bahr für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 23. August 1979
- 10 Sa 1250/78 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision trägt die Klägerin.

V o n R e c h t s w e g e n !

- 2 -



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Die Klägerin ist 1950 geboren. Von 1972 bis 1975 studierte sie an der Pädagogischen Hochschule Westfalen/Lippe, Abteilung Münster, und bestand im Oktober 1975 die Erste Staatsprüfung für das Lehramt an Grund- und Hauptschulen mit der Gesamtnote "gut". Vom 1. Februar 1976 bis zum 31. Januar 1977 leistete sie den vorgeschriebenen Vorbereitungsdienst und bestand am 15. März 1977 die Zweite Staatsprüfung mit der Note "befriedigend".

Als nach einem Erlaß des Kultusministers NW vom 17. Februar 1977 - I B 3.36-27-15/2 Nr. 46/77 - in einer Hilfsaktion stellenlosen Lehrern die Einstellung in einem Angestelltenverhältnis ermöglicht wurde, bewarb sich die Klägerin im März 1977 um Anstellung an einer Grund- oder Hauptschule. Das Schulamt des Kreises R teilte der Klägerin am 18. Mai 1977 mit, daß mit ihrer Zuweisung in diesen Schulamtsbezirk zum 19. August 1977 - dem Beginn des Schuljahres - zu rechnen sei.

Zur angekündigten endgültigen Zuweisung an eine Schule des Schulamtsbezirkes kam es in der Folgezeit nicht. Das beklagte Land lud vielmehr am 1. August 1977 die Klägerin zu einem Anhörungsgespräch, nachdem das Innenministerium im Juli 1977 Erkenntnisse über die politische Betätigung der Klägerin in der Vergangenheit mitgeteilt hatte. In dem Einladungsschreiben heißt es u. a.:

Bei dem Gespräch wird es um Ihre Kandidatur für den MSB Spartakus bei den Wahlen zum 5. Studentenparlament an der Pädagogischen Hochschule Westfalen/Lippe, Abteilung Münster, im Mai 1974, Ihre Teilnahme im Mai 1973 in Münster an der außerordentlichen Kreisdelegiertenkonferenz des DKP-Kreisverbandes Münster/Münsterland, Ihre Kandidatur für die DKP anläßlich der Kommunalwahlen am 4. Mai 1975 in Münster, Ihre Mitgliedschaft in der DKP gehen.

.....



Das Anhörungsgespräch fand am 3. Oktober 1977 statt. Bei diesem Gespräch lehnte die Klägerin die Antwort auf die Frage nach ihrer Mitgliedschaft in der DKP ab, nahm aber Bezug auf ihre Erklärung, die sie anlässlich ihres Gesuches um Einstellung in den Vorbereitungsdienst vom 15. Juli 1975 abgegeben hatte. In dieser Erklärung heißt es u. a.:

Ich versichere ausdrücklich, daß ich Bestrebungen, die gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung oder gegen eine ihrer grundlegenden Prinzipien gerichtet sind, nicht unterstütze und insbesondere nicht Mitglied einer hiergegen gerichteten Organisation bin

Mit Schreiben vom 8. März 1978 lehnte das beklagte Land die Einstellung der Klägerin in den Schuldienst ab. Ausführlich begründet wurde die Ablehnung damit, daß die Klägerin nicht die Gewähr dafür biete, daß sie jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung eintreten werde.

Im vorliegenden Verfahren erstrebt die Klägerin ihre Beschäftigung im Schuldienst des Landes im Angestelltenverhältnis. Sie hat vor dem Arbeitsgericht zuletzt beantragt,

das beklagte Land zu verurteilen, ihr als angestellte Lehrerin ein Angebot auf Abschluß eines Anstellungsvertrages für das Lehramt an Grund- und Hauptschulen mit 18 Wochenstunden auf der Grundlage des BAT zu machen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des beklagten Landes hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen. Mit ihrer Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.



Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

A.I. Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, daß der von der Klägerin erstrebte Abschluß eines Arbeitsvertrages der Zustimmung des Personalrates bedürfe. Ohne eine solche Zustimmung sei ein abgeschlossener Arbeitsvertrag unheilbar nichtig. Daraus hat das Landesarbeitsgericht hergeleitet, daß die Klägerin keinen Anspruch auf Abschluß eines Arbeitsvertrages haben könne, solange nicht die Zustimmung des Personalrates vorliegt. Die fehlende Zustimmung des Personalrates könne auch nicht durch eine Verurteilung des beklagten Landes zur Einstellung ersetzt werden. Der vor den Gerichten für Arbeitssachen geltende Verhandlungsgrundsatz lasse es nicht zu, daß Anspruchsvoraussetzungen erst durch die Entscheidung des Gerichts geschaffen würden. Das Personalvertretungsrecht kenne auch kein Zustimmungsersetzungsverfahren. Eine Verurteilung des beklagten Landes zur Einstellung der Klägerin würde einmal den Personalrat nicht binden und zum anderen eine Mißachtung des Mitbestimmungsrechts des Personalrates bedeuten.

Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Ein ohne Zustimmung des Personalrats (oder Betriebsrats) abgeschlossener Arbeitsvertrag ist wirksam; der Arbeitgeber darf jedoch den Bewerber nicht beschäftigen.

II.1. Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht davon aus, daß die Einstellung der Klägerin als Lehrerin im Angestelltenverhältnis nach § 72 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LPVG NW der Mitbestimmung des Personalrates unterliegt. Eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme kann nach § 66 Abs. 1 LPVG NW nur mit Zustimmung des Personalrates vorgenommen werden. Kommt es in dem nach § 66 Abs. 2 bis 5 LPVG NW vorgeschriebenen Verfahren nicht zu einer Einigung zwischen Dienststelle und



Personalrat, so entscheidet nach Abs. 7 die Einigungsstelle, deren Beschluß sich nach § 67 Abs. 5 LPVG NW im Rahmen der geltenden Rechtsvorschriften halten muß und nach § 67 Abs. 6 Satz 2 LPVG NW die Beteiligten bindet.

2. Der Mitbestimmung des Personalrates unterliegt dabei auch der Abschluß eines Arbeitsvertrages mit der Klägerin. Die überwiegende Ansicht im Schrifttum versteht unter "Einstellung" im Sinne des Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrechts (vgl. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG 1972; § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG) generell sowohl die Begründung eines Arbeitsverhältnisses als auch die zeitlich damit zusammenfallende, vorhergehende oder auch nachfolgende tatsächliche Arbeitsaufnahme in einem bestimmten Betrieb oder in einer bestimmten Dienststelle (Dietz-Richardi, BPersVG, 2. Aufl., § 75 RdNr. 9; Lorenzen-Eckstein, BPersVG, § 75 RdNr. 16; Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG, 12. Aufl., § 99 RdNr. 7; Dietz-Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 99 RdNr. 9; Kammann-Hess-Schlochauer, BetrVG, § 99 RdNr. 11 jeweils mit weiteren Nachweisen). Ob dem in dieser Allgemeinheit zu folgen ist, bedarf im vorliegenden Falle keiner Entscheidung. Das Bundesarbeitsgericht hat nicht nur die Begründung des Arbeitsverhältnisses sondern auch die tatsächliche Aufnahme in einen Betrieb als Einstellung verstanden und so die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern für mitbestimmungspflichtig durch den Betriebsrat des Entleiherbetriebes erklärt, obwohl zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer ein Arbeitsvertrag nicht begründet wird (BAG 26, 149 [154] = AP Nr. 2 zu § 99 BetrVG 1972 [zu II 3 der Gründe] mit zustimmender Anm. von Kraft). Jedenfalls für das Personalvertretungsrecht im Lande Nordrhein-Westfalen gehört zur mitbestimmungspflichtigen Einstellung auch der Abschluß des Ar-



beitsvertrages. Nach § 72 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LPVG NW ist ebenso wie die Einstellung von Arbeitnehmern auch die Einstellung und Anstellung von Beamten mitbestimmungspflichtig. Unter Einstellung bzw. Anstellung eines Beamten ist aber nach § 3 der Laufbahnverordnung (LVO NW) die Ernennung unter Begründung eines Beamtenverhältnisses bzw. die Ernennung unter erster Verleihung eines Amtes zu verstehen, mithin schon die Begründung eines beamtenrechtlichen Rechtsverhältnisses und nicht nur die tatsächliche Eingliederung des Beamten in die Dienststelle. Ist aber bei Beamten schon die Begründung des der tatsächlichen Beschäftigung und Eingliederung in die Dienststelle zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses mitbestimmungspflichtig, so ist kein Grund ersichtlich, warum bei der Einstellung eines Arbeitnehmers nicht ebenfalls der Abschluß des der tatsächlichen Beschäftigung zugrunde liegenden Arbeitsvertrages mitbestimmungspflichtig sein soll. Da Inhalt des Arbeitsvertrages die Beschäftigung des Arbeitnehmers ist, wäre es auch wenig sinnvoll, den Personalrat nicht schon bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses zu beteiligen.

III. Bedarf danach der Abschluß des Arbeitsvertrages der Zustimmung des Personalrats, so ist damit noch nichts darüber gesagt, ob ein ohne Zustimmung des Personalrats abgeschlossener Arbeitsvertrag wirksam ist oder nicht.

1. Die Frage, ob ein Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht des Betriebs- oder Personalrats bei der Einstellung zur Unwirksamkeit des mit dem Bewerber abgeschlossenen Arbeitsvertrages führt, kann für das Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht nur einheitlich beantwortet werden.

Die Regelung in § 75 Abs. 1 in Verb. m. § 77 Abs. 2 BPersVG ist der Regelung in § 99 BetrVG nachgebildet. Danach bedarf die Einstellung von Arbeitnehmern der Zustimmung des Betriebsrats (Personalrats). Der Betriebsrat



(Personalrat) kann seine Zustimmung nur aus bestimmten, in § 77 Abs. 2 BPersVG, § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Gründen verweigern. Die in § 77 Abs. 2 BPersVG genannten Zustimmungsverweigerungsgründe entsprechen den Tatbeständen des § 99 Abs. 2 Nr. 1, 3 mit 4 und 6 BetrVG. Lediglich das Recht des Betriebsrats, die Zustimmung zu verweigern, weil die Einstellung gegen eine Auswahlrichtlinie verstoßen würde oder eine Ausschreibung im Betrieb unterblieben ist, findet im Personalvertretungsrecht keine Entsprechung. Nach § 104 Satz 1 BPersVG sollen die Länder eine Regelung anstreben, wie sie im Bundespersonalvertretungsgesetz vorgezeichnet ist. Dem sind die einzelnen Landespersonalvertretungsgesetze nachgekommen.

Ein Unterschied besteht nur insofern, als in einigen Ländern das Recht des Personalrates, die Zustimmung zur Einstellung zu verweigern, nicht auf bestimmte Gründe beschränkt ist, so auch im Personalvertretungsrecht des beklagten Landes Nordrhein-Westfalen.

Unterschiede zwischen dem Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht bestehen hinsichtlich des Verfahrens, in dem ein Konflikt zwischen Arbeitgeber und Betriebs- bzw. Personalrat gelöst werden soll. Während im Bereich des Personalvertretungsrechts die verweigerte Zustimmung des Personalrats nach Durchführung des vorgeschriebenen Verfahrens durch die Einigungsstelle ersetzt werden kann, vgl. § 69 Abs. 4 Satz 1 BPersVG und § 66 Abs. 7 LPVG NW, muß sie im Betriebsverfassungsrecht durch das Arbeitsgericht ersetzt werden, § 99 Abs. 4 BetrVG.

Dieser Vergleich der einschlägigen Vorschriften macht deutlich, daß das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats (Personalrats) bei personellen Maßnahmen



materiell von gleicher Wirkung und Bedeutung ist. Dann können auch die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen dieses Mitbestimmungsrecht für das Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht nicht verschieden sein. Die aufgezeigten Unterschiede im Verfahren vermögen eine unterschiedliche Beantwortung der hier aufgeworfenen Frage nicht zu rechtfertigen.

2. Ob der ohne Zustimmung des Betriebsrats (Personalrats) abgeschlossene Arbeitsvertrag unwirksam ist, ist umstritten.

a) Das Bundesarbeitsgericht hat diese Frage noch nicht entschieden. Der Erste Senat hält es zwar für möglich, daß die Einstellung bei fehlender Zustimmung nicht wirksam vorgenommen werden kann (Beschluß vom 18. Juli 1978 - 1 ABR 43/75 - AP Nr. 1 zu § 101 BetrVG 1972 [zu II 2 der Gründe] - vgl. hierzu die Anm. von Misera, SAE 1980, 103 [106 zu I 5]). Er hat die Frage aber offengelassen. Der Vierte Senat hat sich nur mit der Höhergruppierung von Angestellten befaßt. Er hat in der Zuweisung einer tariflich höher zu bewertenden Tätigkeit eine Maßnahme des Arbeitgebers gesehen, die dieser ohne Zustimmung des Personalrats nicht wirksam vornehmen könne (vgl. BAG 24, 307 [312] = AP Nr. 54 zu §§ 22, 23 BAT [Bl. 3 R.]; AP Nr. 95 zu §§ 22, 23 BAT [Bl. 3 R.]; AP Nr. 11 zu § 71 PersVG [Bl. 2, 2 R.]).

b) In der Literatur geht die überwiegende Meinung dahin, daß der ohne Zustimmung der Beschäftigtenvertretung abgeschlossene Arbeitsvertrag unwirksam sei (vgl. zum Personalvertretungsrecht insbesondere Dietz-Richardi, BPersVG, 2. Aufl., 1978, § 75 RdNr. 23 f.; Lorenzen-Eckstein, BPersVG, 4. Aufl., 1975, § 69 RdNr. 56 und 57; Kuhn-Sabottig-Schneider-Thiel-Wehner, BPersVG 1975, § 69 RdNr. 4; zum Betriebsverfassungsgesetz 1972 vgl. Dietz-Richardi, BetrVG, 5. Aufl., 1973, § 100 RdNr. 55 f.; Brecht, BetrVG, 1972, § 99



RdNr. 9; Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG, 12. Aufl., 1977, § 99 RdNr. 42; Gnade-Kehrmann-Schneider, BetrVG 1972, § 99 RdNr. 12, 15 jeweils mit weiteren Nachweisen). Andere haben sich für die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages ausgesprochen (vgl. Alberty, Fehlende Zustimmung des Betriebs- bzw. Personalrats bei personellen Einzelmaßnahmen gegenüber Arbeitnehmern und der Einfluß des Fehlens auf die Wirksamkeit dieser Maßnahmen 1977, S. 70 ff., 102 f.; zum Betriebsverfassungsrecht Galperin-Löwisch, BetrVG, 5. Aufl., Bd. II, 1976, § 99 RdNr. 11 f., im Anschluß insbesondere an Matthes, DB 1974, 2007; Kammann-Hess-Schlochauer, BetrVG, 1979, § 99 RdNr. 6; Kraft, GK-BetrVG, 2. Bearbeitung 1979, § 99 RdNr. 95).

3.a) Aus dem Wortlaut der Vorschriften des Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrechts über die Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, daß ein ohne Zustimmung des Betriebsrats (Personalrats) geschlossener Arbeitsvertrag unwirksam sein soll. Während § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG 1972 und die §§ 79 Abs. 4 und 108 Abs. 2 BPersVG - letztere Vorschrift mit unmittelbarer Wirkung für die Länder - ausdrücklich bestimmen, daß eine ohne Beteiligung des Betriebs- bzw. Personalrats ausgesprochene Kündigung unwirksam ist, fehlt eine entsprechende Regelung für die Einstellung. Ob die Zustimmung des Betriebs- bzw. Personalrats Wirksamkeitsvoraussetzung für den abgeschlossenen Arbeitsvertrag ist, kann daher nur aus einer systematischen Betrachtung der einschlägigen Vorschriften und unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Regelung über die Beteiligung des Betriebs- bzw. Personalrats entnommen werden.

b) Eine systematische Betrachtung spricht eher gegen die Unwirksamkeit eines ohne Zustimmung des Betriebs- bzw. Personalrats abgeschlossenen Arbeitsver-



trages. Wenn der Arbeitgeber vor der Begründung des Arbeitsverhältnisses nicht dessen Zustimmung einholt, verletzt er Betriebsverfassungs- oder Personalvertretungsrecht. Es liegt nahe, die Rechtsfolgen dieser Verletzung in dem Rechtsgebiet zu suchen, in dem die Rechte der Beteiligten geregelt sind. Das ist das Betriebsverfassungs- oder Personalvertretungsrecht. Auf das Vertragsverhältnis des betroffenen Arbeitnehmers zum Arbeitgeber kann sich die Verletzung des Mitbestimmungsrechts durch den Arbeitgeber dann nur auswirken, wenn sich diese Folge unmißverständlich aus dem Gesetz ergibt, wie die Bestimmungen zur Kündigung zeigen. Gleiches gilt, soweit das Mitbestimmungsrecht des Betriebs- oder Personalrats dem Schutz des betroffenen Arbeitnehmers dient. Auch dann ist es gerechtfertigt, eine den Arbeitnehmer belastende Maßnahme des Arbeitgebers für unwirksam zu halten, wenn sie unter Verletzung des Mitbestimmungsrechts vorgenommen worden ist.

c) Das Mitbestimmungsrecht bei Einstellungen steht dem Betriebsrat (Personalrat) zum Schutz der kollektiven Interessen der von ihm repräsentierten Belegschaft zu (Dietz-Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 99 RdNr. 10; Kraft in Anm. zu AP Nr. 2 zu § 99 BetrVG 1972 [zu II 2 a]; Matthes, DB 1974, 2007 [2008]). Das folgt aus dem Katalog der Gründe, aus denen der Betriebsrat (Personalrat) die Zustimmung zur Einstellung verweigern kann. Daß nach dem Personalvertretungsrecht einiger Länder die Verweigerung der Zustimmung nicht an bestimmte Gründe gebunden ist, bedingt keine andere Betrachtung. Das kollektive Interesse der Belegschaft wird aber bei einer Einstellung nur im Zusammenhang mit der Beschäftigung des eingestellten Arbeitnehmers im Betrieb angesprochen. Die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages berührt die Belegschaft grundsätzlich nicht.

d) Wäre der ohne Zustimmung des Betriebs- oder Personalrats abgeschlossene Arbeitsvertrag unwirksam, würde dadurch die Rechtsstellung des betroffenen Arbeitnehmers

in einer unangemessenen Weise beeinträchtigt. Er hätte allein die Nachteile dafür zu tragen, daß der Arbeitgeber gegen Betriebsverfassungs- oder Personalvertretungsrecht verstoßen hat. Das kann nicht richtig sein.

Arbeitnehmer, die sich um eine Einstellung bewerben, können nicht übersehen, ob der Arbeitgeber die Rechte des Betriebs- oder Personalrats beachtet hat. Sie haben auch keinen Einfluß darauf. Sie können nur darauf vertrauen, daß ein Arbeitsverhältnis wirksam zustande gekommen ist. In diesem Vertrauen auf die wirksame Begründung ihres Rechtsverhältnisses müssen sie geschützt werden (vgl. zutreffend in diesem Ausgangspunkt Dietz-Richardi, BPersVG, 2. Aufl., § 69 RdNr. 102; auch Alberty, aaO [oben zu A III 2 b], S. 72 ff.). In einem nur "faktischen Arbeitsverhältnis" wären sie nicht ausreichend geschützt. Mit Schadenersatzansprüchen können diese Nachteile nicht ausgeglichen werden (vgl. Alberty, aaO, S. 74 ff.). Richardi (Dietz-Richardi, BPersVG, 2. Aufl., § 75 RdNr. 25) und Wiedemann (Anm. zu BAG AP Nr. 54 zu §§ 22, 23 BAT [zu II 2]) wollen dem betroffenen Arbeitnehmer dadurch helfen, daß sie dem Arbeitgeber das Recht absprechen, sich auf die Unwirksamkeit des Vertrages zu berufen. Sie entnehmen dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Bindung des Arbeitgebers an das ohne Zustimmung der Arbeitnehmervertretung begründete Arbeitsverhältnis. Damit erkennen sie an, daß dem Arbeitnehmer der soziale Bestandsschutz seines Arbeitsverhältnisses nicht wegen der Pflichtwidrigkeit des Arbeitgebers genommen werden darf. Praktisch kommen sie damit zum gleichen Ergebnis wie der Senat, der einen unter Verletzung des Mitbestimmungsrechts des Betriebs- bzw. Personalrats geschlossenen Arbeitsvertrag als wirksam ansieht.

e) Das Mitbestimmungsrecht des Betriebs- oder Personalrats wird auch nicht ausgehöhlt, wenn ein unter



Verletzung des Mitbestimmungsrechts begründetes Arbeitsverhältnis voll wirksam ist.

Im Betriebsverfassungsgesetz 1972 sind die Rechtsfolgen einer Verletzung des Mitbestimmungsrechts ausführlich geregelt. Nach § 101 Satz 1 BetrVG 1972 kann der Betriebsrat verlangen, daß der Arbeitgeber die ohne Zustimmung des Betriebsrats durchgeführte personelle Maßnahme wieder aufhebt. Für den Fall der Einstellung kann der Betriebsrat deshalb verlangen, daß der betreffende Arbeitnehmer im Betrieb nicht beschäftigt wird. Eine etwa aufgenommene tatsächliche Beschäftigung muß der Arbeitgeber rückgängig machen. Unterbleibt so die Beschäftigung des betreffenden Arbeitnehmers, ist dem Schutzzweck des Mitbestimmungsrechts Genüge getan.

Sieht man den Arbeitsvertrag als wirksam an, so sichert gerade dieser in besonderer Weise das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Muß der Arbeitgeber aufgrund des wirksamen Arbeitsvertrages das vertragsgemäße Arbeitsentgelt auch dann zahlen, wenn der Arbeitnehmer nicht beschäftigt werden darf (§ 615 Satz 1 BGB), so wird er sich weit eher zur Beachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats veranlaßt sehen, als wenn er sich von einem unwirksamen Arbeitsvertrag ohne finanzielle Nachteile jederzeit lossagen könnte (Galperin-Löwisch, aaO, § 99 RdNr. 12).

f) Für das Personalvertretungsrecht fehlt eine dem § 101 BetrVG 1972 entsprechende Regelung. Das heißt aber nicht, daß das Mitbestimmungsrecht des Personalrats nicht ausreichend gesichert ist. Eine dem § 101 BetrVG 1972 entsprechende Regelung ist im Bereich des Personalvertretungsrechts nicht in gleichem Maße erforderlich. Von juristischen Personen des öffentlichen Rechts muß erwartet werden, daß sie sich an das geltende Personalvertretungsrecht halten. Sollte das nicht der Fall sein, kann der Personalrat feststellen lassen, daß eine Maßnahme der Dienststelle gegen sein Mitbestimmungsrecht verstoßen hat (Fischer-Goeres, Personal-



vertretungsrecht des Bundes und der Länder, Teil 2, § 69 RdNr. 37; Alberty, aaO [oben zu A III 2 b], S. 51 FuBn. 146; Lorenzen-Eckstein, BPersVG, 4. Aufl., 1975, § 69 RdNr. 58, die den Personalrat darüber hinaus für berechtigt halten, auf Aufhebung der Maßnahme zu klagen). Einer solchen Entscheidung hat die Dienststelle Rechnung zu tragen (BVerwG AP Nr. 4 zu § 60 PersVG Hessen [Bl. 4]). Sie kann im Wege der Dienstaufsicht dazu angehalten werden. Zur Sicherung des Mitbestimmungsrechts des Personalrats bedarf es daher keiner Nichtigkeit des Arbeitsvertrages.

g) Auch praktische Erwägungen sprechen dafür, daß eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts sich im Grundsatz nur im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat (Personalrat) auswirkt. Bei der Formstrenge des Mitbestimmungsverfahrens können den Beteiligten leicht Verfahrensfehler unterlaufen (vgl. dazu die bereits erwähnte Entscheidung des Ersten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 18. Juli 1978 - 1 ABR 43/75 - AP Nr. 1 zu § 101 BetrVG 1972 [zu II 2 der Gründe]; auch Boewer, RdA 1974, 72 ff. [75]; Matthes, DB 1974, 2007 [r. Sp.]; Alberty, aaO [oben zu A III 2 b], S. 98 ff.). Ob das Mitbestimmungsrecht beachtet worden ist oder nicht, kann damit vielfach erst in einem Rechtsstreit geklärt werden. Ist dieser Rechtsstreit ein Verfahren nach § 101 BetrVG 1972 oder ein entsprechendes verwaltungsgerichtliches Beschlußverfahren, in dem etwa der Betriebsrat die Aufhebung der Beschäftigung erstrebt, wird die Streitfrage unmittelbar zwischen den am Mitbestimmungsverfahren Beteiligten geklärt. Wäre der Arbeitsvertrag unwirksam, müßte der Streit um die Verletzung des Mitbestimmungsrechts zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausgetragen werden.

4. Mit dem hier entwickelten Rechtssatz setzt sich der erkennende Senat nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung des Vierten Senats des Bundesarbeitsgerichts.



a) Der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat allerdings in den zu A III 2 a genannten Urteilen entschieden, daß die Übertragung einer tariflich höher zu bewertenden Tätigkeit auf einen Angestellten der Mitbestimmung des Personalrats unterliegt, weil die neue Tätigkeit kraft Tarifautomatik einen Anspruch auf die entsprechende höhere tarifliche Vergütung auslöst und damit eine Höhergruppierung nach sich zieht. Er hat weiter ausgesprochen, daß diese Maßnahme unwirksam ist, wenn die Zustimmung des Personalrats dazu nicht vorliegt. Hierin liegt jedoch kein Widerspruch zu dem vorliegend entwickelten Rechtssatz, der den erkennenden Senat veranlassen müßte, gemäß § 45 Abs. 2 Satz 1 ArbGG den Großen Senat anzurufen. Die Übertragung einer tariflich höher zu bewertenden Tätigkeit an einen bereits im Betrieb oder in der Dienststelle tätigen Arbeitnehmer ist mit dem Abschluß eines Arbeitsvertrages nicht vergleichbar. Sie entspricht eher der Beschäftigung eines ohne Zustimmung des Betriebs- oder Personalrats eingestellten Arbeitnehmers und ist deshalb ebenso wie diese unzulässig.

Bei der Ein- und Umgruppierung (§ 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG 1972) ebenso wie bei der Höher- oder Rückgruppierung (§ 75 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG, § 72 Abs. 1 Nr. 3 LPVG NW) dient das Mitbestimmungsrecht des Betriebs- bzw. Personalrats der Sicherung des betrieblichen Lohngefüges und der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit. Diese Fragen gewinnen für die Belegschaft nur Bedeutung, wenn der Arbeitnehmer die ihm zugewiesene Tätigkeit tatsächlich ausübt. Ob im Hinblick darauf auch bei den Tatbeständen der Ein- und Umgruppierung personalvertretungs- bzw. betriebsverfassungsrechtlich zwischen der vom Vierten Senat beurteilten Übertragung einer anderen Tätigkeit und der dieser Übertragung zugrunde liegenden Änderung des Arbeitsvertrages zu unterscheiden ist, hat der Senat nicht zu entscheiden.

b) Für die hier allein interessierende Frage - Wirksamkeit des ohne Zustimmung des Betriebsrats (Personal-



rats) abgeschlossenen Arbeitsvertrages - ist auch zu bedenken, daß der neu eingestellte Bewerber anders als der bereits im Betrieb oder in der Dienststelle tätige Arbeitnehmer kaum in der Lage ist, eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts zu erkennen und auf Abhilfe zu dringen. Während der Arbeitnehmer, der seine Zuordnung zu einer bestimmten Vergütungsgruppe für unzutreffend hält, sich jederzeit an seinen Betriebs- oder Personalrat wenden kann, ist dem außenstehenden Bewerber diese Möglichkeit verschlossen.

IV. Ist der ohne Zustimmung des Personalrats abgeschlossene Arbeitsvertrag nicht nichtig, so hindert auch die fehlende - weil nicht beantragte - Zustimmung des Personalrates nicht die Verurteilung des beklagten Landes zum Abschluß eines Arbeitsvertrages.

1. Wäre - wie es das Landesarbeitsgericht angenommen hat - die Zustimmung des Personalrates Voraussetzung für den von der Klägerin geltend gemachten Einstellungsanspruch, hätte es das beklagte Land in der Hand, einen im übrigen möglicherweise gegebenen Einstellungsanspruch der Klägerin dadurch zu Fall zu bringen, daß es die Zustimmung des Personalrates nicht einmal beantragt. Daß das nicht richtig sein kann, liegt auf der Hand.

Einem solchen Verhalten der Einstellungsbehörde ließe sich nicht dadurch begegnen, daß man dem Einstellungsbewerber einen Anspruch gegen die Einstellungsbehörde einräumt, die Zustimmung des Personalrates herbeizuführen. Ein solcher Anspruch könnte dem eigentlichen Einstellungsbegehren nur dann zum Erfolg verhelfen, wenn er auch zum Inhalt hätte, daß die Einstellungsbehörde die Zustimmung des Personalrates gegebenenfalls in dem dafür vorgesehenen Verfahren über die Einigungsstelle und im verwaltungsgerichtlichen Beschlußverfahren erstreitet. Ob die Einstellungsbehörde dieser Verpflichtung nachgekommen ist, wäre jeweils im Vollstreckungsverfahren zu prüfen



(§ 888 Abs. 1 ZPO). Über den Einstellungsanspruch selbst könnte erst nach Abschluß dieses regelmäßig langwierigen Verfahrens entschieden werden. Damit würde einem Bewerber die gerichtliche Geltendmachung eines Einstellungsanspruches praktisch unmöglich gemacht.

2. Eine Verurteilung zur Einstellung trotz fehlender - weil nicht beantragter - Zustimmung des Personalrates enthält entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts keine Mißachtung der Mitbestimmungsrechte des Personalrates und zwingt insbesondere die Einstellungsbehörde nicht dazu, das Mitbestimmungsrecht des Personalrates zu vernachlässigen.

a) Die Einstellungsbehörde kann in Fällen der vorliegenden Art ihren personalvertretungsrechtlichen Pflichten nachkommen. Sie ist nicht deswegen gehindert, den Personalrat über die Einstellung des Bewerbers zu unterrichten und dessen Zustimmung zu beantragen, weil sie die Einstellung des Bewerbers nicht "beabsichtigt" im Sinne von § 66 Abs. 2 Satz 1 LPVG NW. Macht der abgelehnte Bewerber einen Einstellungsanspruch gerichtlich geltend, so kann von der Einstellungsbehörde angenommen werden, daß sie die Einstellung des Bewerbers jedenfalls für den Fall "beabsichtigt", daß sie dazu rechtskräftig verurteilt wird. Zu dieser beabsichtigten Einstellung kann sie die Zustimmung des Personalrates beantragen. Daß dies in diesem Stadium des Verfahrens nur "vorsorglich" geschehen kann, ist ohne Bedeutung (vgl. BAG Urteil vom 5. September 1979 - 4 AZR 875/77 - [demnächst] AP Nr. 6 zu § 12 SchwbG).

Lehnt der Personalrat eine Stellungnahme ab - wie das beklagte Land für Fälle der vorliegenden Art vorgetragen hat - so gilt damit seine Zustimmung als erteilt (§ 66 Abs. 3 Satz 4 LPVG NW). Die Einstellungsbehörde hat ihrer personalvertretungsrechtlichen Verpflichtung jedenfalls Genüge getan.

b) Auch bei der Einstellung einer Vielzahl von Lehrern zu einem einheitlichen Zeitpunkt kann das Mitbe-



stimmungsrecht des Personalrates gewahrt werden. Zuständig für die Einstellung von Lehrern an Grund- und Hauptschulen ist beim beklagten Land der Regierungspräsident. Nach § 78 Abs. 1 LPVG NW ist daher die beim Regierungspräsidenten gebildete Stufenvertretung zu beteiligen. Das ist nach § 92 Satz 2 Nr. 1 LPVG NW der Lehrerbezirkspersonalrat. Dieser hat nach § 78 Abs. 2 LPVG NW den örtlichen Personalrat anzuhören, wenn durch die Einstellung die einzelne Dienststelle betroffen wird. Örtlicher Personalrat ist für Lehrer an Grund- und Hauptschulen der bei den jeweiligen Schulämtern gebildete Personalrat (§ 91 Abs. 1, § 95 LPVG NW, § 2 VO vom 24. Februar 1975, GVBl. NW S. 228). Die durch den Personalrat beim Schulamt vertretenen Schulen werden aber erst dann betroffen, wenn es um die Zuweisung des Bewerbers an eine bestimmte Schule geht. Diese Zuweisung an eine bestimmte Schule ist von der Einstellung zu unterscheiden. Der Umstand, daß in Fällen der vorliegenden Art die Schule noch nicht bestimmt werden kann, an der der Bewerber nach Abschluß des Rechtsstreites gegebenenfalls zu beschäftigen sein wird, steht daher der Beteiligung des Personalrates nicht entgegen.

V. Steht auf der einen Seite die nicht beantragte und daher fehlende Zustimmung des Personalrats der Verurteilung der Anstellungskörperschaft zur Einstellung nicht entgegen, so kann auf der anderen Seite die vom Personalrat verweigerte Zustimmung zur Einstellung Einfluß auf den geltend gemachten Einstellungsanspruch haben.

1. Der auf Einstellung in den öffentlichen Dienst klagende Bewerber macht geltend, daß ihm trotz des Beurteilungsspielraums der Einstellungsbehörde ein Anspruch auf Abschluß eines Arbeitsvertrages zustehe, weil in seinem Falle jede andere Entscheidung als die Einstellung sich als rechtswidrig oder ermessensfehler-

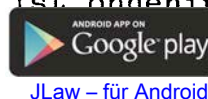


haft, mithin die Einstellung sich als die einzig rechtmäßige Entscheidung über seine Bewerbung darstellt (Urteil des Senats vom 31. März 1976 - 5 AZR 104/74 - AP Nr. 2 zu Art. 33 Abs. 2 GG [zu II 2 c der Gründe], auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt). Hat der Personalrat seine Zustimmung zur Einstellung des Bewerbers zu Recht verweigert (§ 87 Satz 1 in Verb. mit § 72 Abs. 1 Nr. 1, § 66 Abs. 1 LPVG NW), ist die darauf gestützte Ablehnung des Bewerbers nicht rechtswidrig. Ein Anspruch auf Einstellung besteht dann nicht.

2.a) Einfluß auf den Einstellungsanspruch hat nur die vom Personalrat zu Recht verweigerte Zustimmung. Nur diese bindet die Einstellungsbehörde.

Im Regelfall kann die Einstellungsbehörde von einer beabsichtigten Einstellung zwar Abstand nehmen, wenn der Personalrat nicht zustimmt, mag die Verweigerung der Zustimmung auch nicht gerechtfertigt sein. Das kann jedoch da nicht gelten, wo der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Einstellung hat, sofern nicht der Personalrat seine Zustimmung zu Recht verweigert hat. Ebenso wenig wie die Einstellungsbehörde den Einstellungsanspruch unterlaufen kann dadurch, daß sie die Zustimmung des Personalrates nicht beantragt, kann sie dies dadurch tun, daß sie die zu Unrecht verweigerte Zustimmung des Personalrates hinnimmt. Ob der Personalrat seine Zustimmung zu Recht verweigert hat, unterliegt daher der gerichtlichen Überprüfung.

Diese Überprüfung muß im Einstellungsprozeß erfolgen. Sie betrifft eine Vorfrage für den geltend gemachten Einstellungsanspruch. Über diese Vorfrage kann im Urteilsverfahren entschieden werden, mag auch ein Streit zwischen Dienststelle und Personalrat über die Rechtmäßigkeit der Verweigerung der Zustimmung nach § 83 Abs. 1 Nr. 3 in Verb. m. § 106 BPersVG, § 79 Abs. 1 Nr. 6 LPVG NW im verwaltungsgerichtlichen Beschlußverfahren zu entscheiden sein. Über die rechtlichen Folgen der Nichtbeachtung des Beteiligungsrechts des Personalrats für die betreffende Maßnahme ist ohnehin



nicht im Beschlußverfahren zu entscheiden (BVerwGE 17, 250 [252] = AP Nr. 1 zu § 73 PersVG Berlin [Bl. 2 R]).

b) Ob der Personalrat seine Zustimmung zu Recht verweigert hat, ist auch dann zu prüfen, wenn dieser nicht an bestimmte Zustimmungsverweigerungsgründe gebunden ist, wie dies in Nordrhein-Westfalen der Fall ist. Der vorliegende Rechtsstreit bietet keine Veranlassung, allgemein zu entscheiden, wann der Personalrat seine Zustimmung noch zu Recht verweigert hat. Die Entscheidung des Personalrats muß sich jedenfalls im Rahmen der geltenden Rechtsvorschriften halten (§ 67 Abs. 5 LPVG NW). Soweit dem Personalrat ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zusteht, muß er von diesem einen rechtsfehlerfreien Gebrauch machen.

3. Das beklagte Land hat den Personalrat zu einer Einstellung der Klägerin nicht gehört. Es hat daher keine Gelegenheit gehabt, etwa aus der Sicht des Personalrates sprechende Gründe gegen eine Einstellung der Klägerin geltend zu machen. Es kann dahinstehen, ob es solche Gründe gibt, wie das angefochtene Urteil sich aus einem anderen Grunde als zutreffend erweist, § 563 ZPO.

B.I.1. Das Landesarbeitsgericht hat mit einer weiteren Begründung einen Anspruch der Klägerin auf Anstellung als Lehrerin im Angestelltenverhältnis verneint, weil die Beklagte Zweifel daran haben durfte, ob die Klägerin den Anforderungen genügen wird, die an sie hinsichtlich ihrer Verfassungstreue gestellt werden müssen. Das Landesarbeitsgericht ist dabei davon ausgegangen, daß dem beklagten Land bei der Beurteilung der Eignung der Klägerin insoweit ein Beurteilungsspielraum zustehe. Diese Beurteilung sei von ihm nur darauf hin zu überprüfen, ob das beklagte Land von einem richtigen Sachverhalt ausgegangen ist, ob es allgemeingültige Bewertungsgrundsätze beachtet und

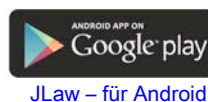


sich nicht von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen und ob es dabei von zutreffenden Anforderungen an die politische Treuepflicht der Klägerin ausgegangen ist. Die Gerichte könnten ihre eigene Beurteilung nicht an die Stelle der Beurteilung durch das beklagte Land setzen.

Dieser Ausgangspunkt des Landesarbeitsgerichts entspricht der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 5. März 1980 - 5 AZR 604/78 - [demnächst] AP Nr. 6 zu Art. 33 Abs. 2 GG [zu B II 2 der Gründe], auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).

2. Von diesen Rechtsgrundsätzen abzugehen, besteht kein Anlaß. Der Einwand der Revision, es verstoße gegen die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, wenn der Einstellungsbehörde ein von den Gerichten nicht ersetzbarer Beurteilungsspielraum zugebilligt werde, ist unbegründet. Der Bewerber für ein öffentliches Amt hat lediglich einen Anspruch darauf, daß seine Eignung von der Einstellungsbehörde rechtsfehlerfrei geprüft wird. Nur hinsichtlich dieser Überprüfung gewährt Art. 19 Abs. 4 GG dem Bewerber Rechtsschutz. Die Verfassungsnorm weist den Gerichten nicht die Kompetenz zu, die Eignung eines Bewerbers selbst zu beurteilen. Die Beurteilung obliegt allein der Einstellungsbehörde, die dafür die politische Verantwortung trägt. Nur die Einstellungsbehörde kann sich aufgrund der Bewerbungsunterlagen und ihres persönlichen Eindrucks das erforderliche prognostische Urteil über die Persönlichkeit des Bewerbers bilden (BVerfGE 39, 334 [353] = AP Nr. 2 zu Art. 33 Abs. 5 GG [zu C I 5 der Gründe]). Nur die Behörde kann auch die politische Entscheidung treffen, wie die aus der Einstellung des Bewerbers zu erwartenden Risiken für die auch von ihr zu wahrende verfassungsmäßige Ordnung unseres Staates einzuschätzen sind. Die Gerichte können nur prüfen, ob die vorgenommene Beurteilung gegen geltendes Recht verstößt.

II. Das Landesarbeitsgericht hat die aufgezeigten Rechtsgrundsätze im Streitfalle fehlerfrei angewendet.



1. Die Revision rügt, das Landesarbeitsgericht habe es genügen lassen, daß das beklagte Land seine Ablehnung im Ergebnis allein auf die Mitgliedschaft der Klägerin in der DKP gestützt habe. Das ist nicht richtig. Das beklagte Land hat nicht nur auf die Mitgliedschaft der Klägerin in dieser Partei abgestellt. Es hat vielmehr zusätzlich berücksichtigt, daß die Klägerin für diese Partei und ihr nahestehende Organisationen aktiv tätig geworden ist. Es hat auch bewertet, daß die Klägerin bei der Kommunalwahl am 4. Mai 1975 für die DKP sowohl als Direktkandidatin als auch auf der Reserveliste kandidiert hat, daß sie im Mai 1973 an einer außerordentlichen Kreisdelegiertenkonferenz des DKP-Kreisverbandes Münster/Münsterland teilgenommen und schließlich bei den Wahlen zum 5. Studentenparlament an der Pädagogischen Hochschule Westfalen/Lippe für den MSB-Spartakus kandidiert hat. Es hat daraus hergeleitet, daß die Klägerin sich den Zielen dieser Partei besonders verbunden fühlt und mehr als ein einfaches Mitglied auch das Vertrauen der Partei genießt. Das ist eine Annahme, die naheliegt und die das Landesarbeitsgericht daher für vertretbar halten durfte.

Die Klägerin kann nicht damit gehört werden, eine solche Betätigung ergebe sich zwangsläufig aus der Mitgliedschaft in der DKP und könne daher ebenso wie die Mitgliedschaft in einer Partei mit verfassungsfeindlicher Zielsetzung nicht allein Zweifel an ihrer Verfassungstreue begründen. Der Senat hat schon in seinem Urteil vom 19. März 1980 - 5 AZR 794/78 - ([demnächst] AP Nr. 8 zu Art. 33 Abs. 2 GG [zu IV 2 der Gründe]) zu solchen Einwendungen Stellung genommen. Die Rechtsprechung, daß die bloße Mitgliedschaft in einer Partei oder Organisation mit verfassungsfeindlicher Zielsetzung die Ablehnung eines Bewerbers noch nicht rechtfertige, beruht auf der Erkenntnis, daß nicht jedes Mitglied sich mit verfassungsfeindlichen Zielen seiner Partei identifiziert und diese stets und unter allen Umständen fördern will. Die Gründe da-



für mögen vielfältig sein, besonders in Unkenntnis und Unerfahrenheit des Mitglieds ihre Ursache haben. Für ein Mitglied einer Partei, das für diese in wichtigen Funktionen sich betätigt, trifft diese Überlegung nicht zu. Es kann daher rechtlich nicht beanstandet werden, wenn das Land bei seiner ablehnenden Gesamtbeurteilung die Betätigung der Klägerin für die DKP in typischen Funktionen als besonders gewichtig gewertet hat, so daß die zu Gunsten der Klägerin sprechenden, ebenfalls gewürdigten Umstände nicht den Ausschlag geben konnten. Daß dem Art. 21 Abs. 2 GG nicht entgegensteht, hat der Senat in seinem oben zu A V 1 bereits genannten Urteil vom 31. März 1976 - 5 AZR 104/74 - [zu III 2 b der Gründe] näher dargelegt.

2. Rechtsfehlerfrei hat es das Landesarbeitsgericht auch genügen lassen, daß das beklagte Land bei seiner Beurteilung davon ausging, daß die DKP verfassungsfeindliche Ziele verfolge. Dafür gibt es genügend Anhaltspunkte (vgl. das oben zu AV1 genannte Urteil des Senats vom 31. März 1976 - 5 AZR 104/74 - [zu IV 3 - 6 der Gründe]).

Ob die Zielsetzung der DKP mit Rücksicht auf die auf dem Mannheimer Parteitag vom Oktober 1978 gefaßten Beschlüsse anders zu beurteilen sein kann, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung. Im Einstellungsverfahren geht es nur darum, ob und inwieweit sich der Bewerber mit seinen politischen Zielen und Vorstellungen von den Grundwerten und Grundnormen unserer Verfassung soweit entfernt hat, daß er diese Grundwerte als Lehrer glaubwürdig nicht mehr vermitteln kann (vgl. das oben zu B I 1 genannte Urteil vom 5. März 1980 - 5 AZR 604/78 - [zu B III 1 b der Gründe]). Wenn das beklagte Land bei dieser Beurteilung auch auf die Zugehörigkeit der Klägerin zur DKP und ihre Betätigung für diese Partei abgestellt hat, so konnte und mußte es von den im Zeitpunkt der Beurteilung vorgefundenen Zielen und Bestrebungen der DKP ausgehen. Nur dazu konnte sich die Klägerin bekennen und nur daran konnte ihr eigenes



Verfassungsverständnis gewertet werden. Darauf hat es das beklagte Land bei der Anhörung der Klägerin auch abgestellt.

3. Es stellt auch keinen Rechtsfehler dar, wenn das Landesarbeitsgericht die Befürchtungen des beklagten Landes für vertretbar gehalten hat, die Klägerin werde aus ihrer Bindung zur DKP sich ergebende Vorstellungen, Wertungen und Ziele in ihren Unterricht einfließen lassen, gerade weil sie diese Ziele als mit den Wertvorstellungen unseres Grundgesetzes für vereinbar ansehe. Solche Befürchtungen sind nicht unbegründet, auch wenn der bisherige Unterricht der Klägerin während des Vorbereitungsdienstes das nicht hat erkennen lassen. Die Erklärung der Klägerin, ihre jetzige positive Einstellung gegenüber der DKP werde sich ins Gegenteil verkehren, wenn diese die Beseitigung der freiheitlich demokratischen Grundordnung propagieren sollte, kann solche Befürchtungen zwar zerstreuen, muß es aber nicht. Wenn das beklagte Land sich von der Ernsthaftigkeit dieser Erklärung nicht überzeugt gesehen hat, ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Hinzu kommt, daß der Zeitpunkt, zu dem die Klägerin Bestrebungen der DKP zur Beseitigung der freiheitlich demokratischen Grundordnung möglicherweise erkennt, völlig offen ist.

4. Zu Unrecht rügt die Revision, das Landesarbeitsgericht habe das Verhalten der Klägerin während des Vorbereitungsdienstes, ihre Zeugnisse und die Beurteilungen, die sie von ihren Ausbildern erhalten hat, nicht gewürdigt. Darauf kommt es nicht an. Nicht das Landesarbeitsgericht hat die Eignung der Klägerin, für die ihr bisheriges Verhalten im Vorbereitungsdienst natürlich von Bedeutung ist (vgl. das oben **zu B I 1** genannte Urteil des Senats vom 5. März 1980 - 5 AZR 604/78 - [zu B III 1 d der Gründe]) zu beurteilen. Diese Beurteilung obliegt vielmehr der Einstellungsbehörde. Diese hat, wie der Ablehnungsbescheid ausweist, die Beur-



teilung der Klägerin aus dem Vorbereitungsdienst mit berücksichtigt. Wenn dem beklagten Land gleichwohl Zweifel an der Eignung der Klägerin und an ihrer Verfassungstreue verblieben, so hält sich das noch im Rahmen des der Einstellungsbehörde zustehenden Beurteilungsspielraumes. Es ist kein Verstoß gegen allgemein anerkannte Beurteilungsgrundsätze, wenn das beklagte Land aus der positiven Beurteilung der Klägerin während der Ausbildungszeit in Anbetracht aller anderen Umstände nicht die Überzeugung gewonnen hat, daß sie in der Ausübung ihres Berufes als Lehrerin aktiv für die Grundwerte der freiheitlich demokratischen Grundordnung eintreten werde. Die vom Landesarbeitsgericht nachgezeichneten Überlegungen des beklagten Landes, daß das positiv beurteilte Verhalten der Klägerin während der Ausbildung im Vorbereitungsdienst noch nicht zu der Annahme zwingt, die Klägerin biete die Gewähr, sich jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung einzusetzen, sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Zu Unrecht meint die Revision, die Ablehnung der Bewerbung der Klägerin beruhe auf pauschalen Wertungen und Vorurteilen und nicht auf einer auf den Einzelfall bezogenen Beurteilung des Verfassungsverständnisses der Klägerin, weil das Land die von ihr angebotenen "Beweise" für ihre Verfassungstreue nicht gewürdigt und das Landesarbeitsgericht diese nicht erhoben habe. Bei der Entscheidung über die Eignung des Bewerbers gibt es keine "Beweislast" weder für den Bewerber, daß er die geforderte Gewähr biete, noch für die Einstellungsbehörde, daß das nicht der Fall sei (BVerfGE 39, 334 [353] = AP Nr. 2 zu Art. 33 Abs. 5 GG [zu C I 5 der Gründe]). Das Einstellungsverfahren muß und kann dem Bewerber nur die Gelegenheit geben, alle diejenigen Umstände geltend zu machen, die geeignet sind, die bei der Einstellungsbehörde bestehenden Zweifel an seiner Verfassungstreue auszuräumen. Daß diese Zweifel unbegründet sind, kann er nicht in einem prozessualen Sinne "beweisen". Daraus, daß die Beurteilung der Eignung des



Bewerbers nicht den Gerichten obliegt, folgt in diesem Zusammenhang gleichzeitig, daß die Gerichte über die Eignung des Bewerbers auch keinen Beweis erheben können. Es ist daher nicht rechtsfehlerhaft, wenn das Landesarbeitsgericht die von der Klägerin angebotenen Beweise über ihr Verhalten im Vorbereitungsdienst nicht erhoben hat.

Es mag Fälle geben, in denen die zu Gunsten der politischen Eignung des Bewerbers sprechenden Umstände bei vernünftiger Würdigung Zweifel an seiner Verfassungstreue nicht mehr zulassen. Das ist aber nicht schon dann der Fall, wenn die Beurteilung des Bewerbers während der Ausbildung überwiegend oder durchweg positiv ist.

Wenn das beklagte Land selbst die Beurteilung der Klägerin durch ihren Hochschullehrer Dr. C vom 13. Juli 1978 nicht berücksichtigt hat, so ist auch dieses kein Rechtsfehler. Diese Beurteilung lag noch nicht vor, als das Land am 8. März 1978 die Bewerbung der Klägerin ablehnte. Das beklagte Land war auch nicht verpflichtet, diese Beurteilung beizuziehen oder abzuwarten. Die "Erklärung" von Dr. C ist keine dienstliche Beurteilung aus dem Vorbereitungsdienst der Klägerin, auch kein Zeugnis aus der Zeit ihres Hochschulstudiums. Diese Äußerung ist vielmehr die Meinungsäußerung einer Privatperson. Solche Beurteilungen mögen - besonders wenn sie von kompetenter Seite stammen - von der Einstellungsbehörde zu berücksichtigen sein, wenn sie ihr bekannt sind oder vom Bewerber vorgelegt werden. Werden sie erst nach der ablehnenden Entscheidung abgegeben und daher nicht berücksichtigt, rechtfertigt das nicht den Vorwurf, die Einstellungsbehörde habe bei ihrer Entscheidung nicht alle wesentlichen Umstände in Betracht gezogen.

5. Das beklagte Land hat sich ein Urteil über die Persönlichkeit der Klägerin und ihre Eignung auch in politischer Hinsicht aufgrund einer umfassenden, alle



relevanten Umstände berücksichtigenden Prüfung gebildet. Es hat die Klägerin zu ihrem Verfassungsverständnis gehört und sich dabei einen Eindruck von ihrer Persönlichkeit, ihrer Glaubwürdigkeit und ihrer Bereitschaft, den Anforderungen an ihre politische Treuepflicht zu genügen, gebildet. Es hat die bisherige politische Betätigung der Klägerin, ihre fachliche Eignung, ihre bisherige Leistung und ihre Beurteilung im Vorbereitungsdienst gewürdigt. Das Ergebnis dieser Prüfung, daß die Klägerin nicht die Gewähr dafür bietet, den Anforderungen an ihre politische Treuepflicht zu genügen, ist damit in einem fehlerfreien Verfahren gebildet worden. Das beklagte Land hat nicht gegen allgemein gültige Bewertungsgrundsätze verstoßen und sich nicht von sachfremden Erwägungen leiten lassen. Es ist von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen, nachdem unstreitig ist, daß die Klägerin sowohl Mitglied der DKP ist, als auch bei der Kommunalwahl direkt kandidiert hat. Das beklagte Land ist schließlich, was auch die Revision nicht beanstandet, von zutreffenden Anforderungen an die politische Treuepflicht der Klägerin ausgegangen.

Eine solche Beurteilung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Da auch das Landesarbeitsgericht dies zutreffend erkannt hat, hat es die Klage zu Recht abgewiesen.

gez.: Dr. Hilger

Dr. Heither

Matthes

Bahr

Dr. Gundelach



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

