

Aktenzeichen: 6 AZR 129/83

Bundesarbeitsgericht 6. Senat Urteil vom 31. Oktober 1985
- 6 AZR 129/83 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 9. März 1982
Kiel - 1 c Ca 2503/81 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 10. Januar 1983
Schleswig-Holstein - 5 (2) Sa 237/82 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Nein



Entscheidungsstichwort:

Personalratsmitglied - Benachteiligungsverbot

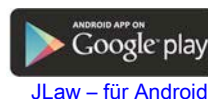
Gesetz: BPersVG § 46 Abs. 3 Satz 3, § 8; GG Art. 33 Abs. 2; BGB
§§ 823, 134; SchwbG § 23 Abs. 2, § 21 Abs. 3, § 11 Abs. 2

Leitsatz:

Ein freigestelltes Personalratsmitglied ist bei einer Bewerberauswahl für eine Aufstiegsposition nicht deswegen zu berücksichtigen, weil es schneller als andere Bewerber hierfür abkömmlich ist.



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



6 AZR 129/83

5 (2) Sa 237/82

Verkündet am
31. Oktober 1985

Stöcker,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 31. Oktober 1985 durch den Vizepräsidenten Professor Dr. Auffarth, die Richter Dr. Jobs



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

und Dr. Leinemann sowie die ehrenamtlichen Richter
Dr. Gehringer und Stenzel für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-
Holstein vom 10. Januar 1983 - 5 (2) Sa 237/82 -
aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil
des Arbeitsgerichts Kiel vom 9. März 1982
- 1 c Ca 2503/81 - abgeändert und die Klage
abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

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

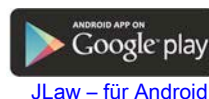
T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten darüber, ob die Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit auf den Kläger im Mai 1979 ausschließlich deshalb unterblieben ist, weil der Kläger damals freigestelltes Personalratsmitglied der Dienststelle Marinearsenal Wilhelmshaven - Arsenalbetrieb Kiel - war.

Der am 10. März 1939 geborene Kläger ist staatlich geprüfter Techniker für Maschinenbau. Nach der Prüfung im Jahre 1966 bis zur Anstellung bei der Beklagten am 1. Januar 1969 war er in der Konstruktionsabteilung einer Werft tätig. Die Beklagte beschäftigte den Kläger zunächst bis 1971 in dem Konstruktionsbüro des Marinearsenals und von 1972 bis zu seiner Freistellung für Aufgaben des Personalrats im Jahre 1974 als Hilfssachbear-



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



beiter für die Instandsetzung der Tender. Im Wege des Zeitaufstieges erhielt er vom 1. Juli 1972 an Gehalt nach der VergGr. V c Fallgr. 2 Teil II/L/I der Anlage 1 a zum BAT. 1972 wurde der Kläger als ordentliches Mitglied in den örtlichen Personalrat und 1974 zum Vertrauensmann der Schwerbehinderten gewählt. Vom 14. Juni 1974 bis 11. August 1980 war der Kläger von der Arbeit freigestellt. In seiner letzten dienstlichen Beurteilung vor der Freistellung, im Jahre 1974, wurde die Gesamtleistung des Klägers mit fünf Punkten auf einer insgesamt 9 Punkte umfassenden Skala beurteilt ("Durchschnitt"). Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet der Bundesangestellten-Tarifvertrag kraft Vereinbarung und beiderseitiger Organisationszugehörigkeit Anwendung.

Als im August 1978 für den Arsenalbetrieb Kiel Dezernat ein technischer Dienstposten der VergGr. V b mit dem Aufgabengebiet "Bettungsmeßgruppe" zur Neubesetzung für Februar 1979 ausgeschrieben wurde, bewarb sich der Kläger neben 4 Arbeitskollegen auf der Dienststelle und einem betriebsfremden Angestellten bei dem für die Auswahlentscheidung zuständigen Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung (BWB). Zur Vorbereitung der Auswahlentscheidung berichtete der Leiter des Marinearsenals mit Schreiben vom 8. Dezember 1978 auf der Grundlage einer Stellungnahme des zuständigen Dezernenten vom 14. November 1978, daß er die Angestellten H , M , M und R als "tüchtige, einsatzfreudige und förderungswürdige Mitarbeiter" für geeignet halte, "nach wenigen Wochen der Einarbeitung die anfallenden Aufgaben des ausgeschriebenen Dienstpostens wahrzunehmen".

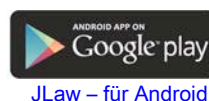


Innerhalb dieser Gruppe hob er den Angestellten R besonders wegen seiner längeren Dienstzeit und Prüfererfahrung hervor und schlug ihn zur Besetzung der Stelle vor. Weiter berichtete er über den auswärtigen Bewerber P , dessen Tätigkeit seit 1958 ein brauchbares Fundament darstelle, sich in weniger als einem Jahr einzuarbeiten. An letzter Stelle des Berichts wurde der Kläger erwähnt, der nur im weiteren Sinne in der Zeit von 1972 bis 1974 mit Bettungsproblemen zu tun gehabt habe und von daher einer längeren Einarbeitungszeit von 1 1/2 Jahren bedürfe. Anfang April 1979 wurde bekannt, daß der vorgeschlagene Angestellte R vor Ende 1980 nicht mehr zur Verfügung stehen könne, da er für einen Ausbildungslehrgang im Ausland vorgesehen sei. Daraufhin fragte der Dezernent bei dem Marinearsenal mit Schreiben vom 20. April 1979 an, ob statt R der aus dem eigenen Bereich stammende Angestellte M für den Fall benannt werden könne, daß die Entscheidung nicht für den Angestellten P falle. Zugleich wies er erneut darauf hin, daß M , H und Ma erst dann für den neuen Posten freigestellt werden könnten, wenn für sie ein Nachfolger eingeschult sei. Erst zum 15. August 1979 ist dann der ausgeschriebene Dienstposten tatsächlich besetzt worden. Die höherwertige Tätigkeit wurde mit Zustimmung des Personalrats dem Angestellten M übertragen. Der Kläger erhielt vom BWB mit Formularschreiben vom 17. August 1979 die Mitteilung, daß seiner Bewerbung unter Berücksichtigung aller Umstände nicht entsprochen werden konnte.

Im März 1980 erklärte der Vorsitzende des Personalrats dem Kläger, seine Bewerbung wäre berücksichtigt worden, wenn er auf



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



seine Freistellung verzichtet hätte. In einem Schreiben vom 1. April 1980 wies der Dezernent das Marinearsenal darauf hin, daß die Probleme mit der Abkömmlichkeit der für den ausgeschriebenen Posten vorgesehenen Bewerber R und M und die damit verbundene zeitliche Verzögerung der Stellenbesetzung hätten vermieden werden können. Wörtlich heißt es dort:

"Wäre der Ang. (t) W im Nov. 1978 nicht als Personalrat gebunden gewesen, dann hätte ich ihn, um die erwähnten Schwierigkeiten zu vermeiden, mit Vorgang 2 (Schreiben vom 14.11.1978) als Nachfolger für B favorisiert. Dasselbe gilt für den Vorgang 3 (Schreiben vom 20.04.1979): Hätte seinerzeit W zur Verfügung gestanden, dann hätte ich ihn und nicht M zusammen mit P vorgeschlagen. Da kein Stohler Mitarbeiter übernommen wurde,.....wäre W spätestens im Mai 1979 Mitarbeiter meines Dezernats geworden."

Nachdem der Kläger dies erfuhr, beantragte er u. a. mit Schreiben vom 3. Juli 1980 seine Höhergruppierung nach VergGr. V b, da er entgegen § 8 BPersVG benachteiligt worden sei. Mit Erlaß vom 16. Februar 1981 wies der Bundesminister der Verteidigung das BWB unter Anforderung eines Berichtes darauf hin, daß er nach Durchsicht der Bewerbungsunterlagen die Auffassung nicht teilen könne, daß der Kläger entsprechend § 8 BPersVG berücksichtigt worden sei. Es sei in der fachlichen Stellungnahme vom 1. April 1980 nämlich nicht die Bestenauslese, sondern die frühestmögliche Verfügbarkeit ausschlaggebend gewesen.

Mit der am 18. Dezember 1981 beim Arbeitsgericht Kiel eingereichten Klage hat der Kläger beantragt festzustellen, daß die



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



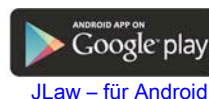
Beklagte verpflichtet ist, ihn ab 1. Mai 1979 nach der VergGr. V b der Anlage 1 a zum BAT zu vergüten und die Beklagte zu verurteilen, für die Zeit vom 1. Mai 1979 bis 31. Dezember 1981 6.580,17 DM brutto (Differenzsumme zwischen VergGr. V c und VergGr. V b BAT) zu zahlen. Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtsweges gerügt und vorgetragen, eine Benachteiligung des Klägers sei schon deshalb nicht erfolgt, weil die Leistungen des beförderten Bewerbers M im Vergleich zu der letzten Beurteilung des Klägers erheblich besser beurteilt worden seien, nämlich mit der Gesamtnote "über Durchschnitt (2 Punkte)". Der Bundesminister der Verteidigung habe nach weiterer Aufklärung der Sachlage durch den von ihm angeforderten Bericht des BWB seine zunächst in Form eines Vorhalts geäußerte Ansicht geändert und in seinem späteren Erlaß vom 11. Februar 1982 festgestellt, daß nach den Auswahlkriterien der vergleichenden Eignungs- und Leistungsbewertung die Stellenbesetzung ordnungsgemäß erfolgt sei.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Verfahrensziel weiter. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.



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



E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Abweisung der Klage.

I. Die Klage ist zulässig.

1) Ein anderer als der beschrittene Rechtsweg ist nicht eröffnet. Die umstrittene Frage, ob die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger eine höhere Vergütung zu zahlen, betrifft einen bürgerlichen Rechtsstreit aus einem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 a ArbGG) und keinen im Beschlußverfahren auszutragenden Streit über die "Rechtsstellung der Personalvertretungen" (§ 83 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG).

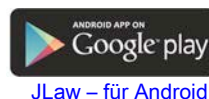
2) Das Feststellungsbegehren des Klägers entspricht der im öffentlichen Dienst allgemein üblichen Eingruppierungsfeststellungsklage, die gem. § 256 ZPO als zulässig anzusehen ist (vgl. BAG 32, 105, 113 = AP Nr. 2 zu § 11 SchwbG; BAG 30, 229, 231 = AP Nr. 6 zu §§ 22, 23 BAT 1975).

II. Die in Form der objektiven Klagehäufung erhobene Klage ist insgesamt unbegründet, da die Beklagte unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt verpflichtet ist, dem Kläger die begehrte Vergütung zu zahlen. Es kann daher weder eine Zahlungsverpflichtung festgestellt, noch die Beklagte zu einer Zahlung verurteilt werden.

1) Ein Anspruch des Klägers aus § 22 BAT besteht nicht, da der



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



Kläger nach dem eigenen Vortrag keine Tätigkeit ausübt, die den Tätigkeitsmerkmalen der VergGr. V c der Anlage 1 a zum BAT entspricht.

Es gibt auch keinen allgemeinen vertraglichen, tariflichen oder gesetzlichen Anspruch auf Beförderung (BAG Urteil vom 28. März 1973 - 4 AZR 271/72 - AP Nr. 2 zu § 319 BGB mit zust. Anm. Herschel; BAG 32, 105, 108 = AP Nr. 2 zu § 11 SchwbG).

2) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger müsse so gestellt werden, als ob ihm zum 1. Mai 1979 die höherwertige Tätigkeit übertragen worden sei, weil er entgegen § 8, § 46 Abs. 3 Satz 3 BPersVG in seiner beruflichen Entwicklung beeinträchtigt worden sei. Es ist dabei maßgeblich von der nachträglichen Stellungnahme des Dezernenten vom 1. April 1980 ausgehend zu der Überzeugung gelangt, der Bewerbung des Klägers wäre - weil er schneller als andere Bewerber abkömmlich gewesen sei - entsprochen worden, wenn er nicht als Personalratsmitglied von der Arbeit freigestellt gewesen sei. Das Landesarbeitsgericht hat dabei offengelassen, ob der angenommene Ausgleichsanspruch unmittelbar aus § 8 BPersVG oder § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 8, § 46 Abs. 3 Satz 3 BPersVG abzuleiten sei, ohne zur Frage des Verschuldens irgendwelche Ausführungen zu machen.

3) Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts kommt als Anspruchsgrundlage für das Begehren des Klägers nur ein Schadenersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 46 Abs. 3 Satz 3 BPersVG in Betracht.



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



a) § 8 und § 46 Abs. 3 Satz 3 BPersVG enthalten gesetzliche Verbote. Rechtsgeschäftliche Handlungen, die gegen sie verstoßen, sind nach § 134 BGB nichtig (Dietz/Richardi, BPersVG, 2. Aufl., § 8 Rz 29). Das allgemeine Benachteiligungsverbot des § 8 BPersVG und dessen Konkretisierung in § 46 Abs. 3 Satz 3 BPersVG, der berufliche Werdegang des freigestellten Personalratsmitglieds dürfe wegen dieser Freistellung nicht beeinträchtigt werden, sind lediglich Schutzgesetze i. S. von § 823 Abs. 2 BGB, deren schuldhaftes Verletzung schadenersatzpflichtig macht (Dietz/Richardi, aaO, § 8 Rz 28, § 46 Rz 66; Grabendorff/Windscheid/Ilbertz, BPersVG, 5. Aufl., § 8 Rz 15, § 46 Rz 35).

Ein mit dem Benachteiligungsverbot im § 46 Abs. 3 Satz 3 BPersVG zu begründender Schadenersatzanspruch setzt voraus, daß der Kläger bei der Bewerberauswahl wegen seiner Freistellung für Personalratsaufgaben benachteiligt und diese Benachteiligung dafür ursächlich geworden ist, daß statt seiner ein anderer die Aufstiegsposition erhalten hat.

b) Soweit das Landesarbeitsgericht die schnellere Verfügbarkeit des damals von der Arbeit freigestellten Klägers ohne nähere Feststellungen zu treffen, als entscheidungserheblich ansieht, geht es von einem verkürzten Inhalt des Benachteiligungsverbot aus. Richtiger Ausgangspunkt muß - wie das Landesarbeitsgericht zunächst auch ausführt - sein, daß der berufliche Werdegang des freigestellten Personalratsmitglieds im Wege der fiktiven Laufbahnnachzeichnung so zu behandeln ist, wie der eines vergleichbaren Kollegen ohne Personalratsamt (Grabendorff/Windscheid/



Ilbertz, aaO, § 46 Rz 35; Dietz/Richardi, aaO, § 46 Rz 66; Löhr, DÖD 1982, 169, 170; Hans Mayer, Personalvertretung 1976, 361, 363; Kanz, Personalvertretung 1967, 82). Diese fiktive Laufbahnnachzeichnung muß allerdings so vorgenommen werden, daß das freigestellte Personalratsmitglied im Verhältnis zu den nicht freigestellten Arbeitnehmern nicht bevorzugt wird. § 46 Abs. 3 Satz 3 BPersVG soll - ebenso wie die allgemeinere Vorschrift des § 8 BPersVG - eine Benachteiligung verhindern und zugleich im Interesse der inneren Unabhängigkeit des Personalratsmitglieds eine Begünstigung verbieten (Dietz/Richardi, aaO, § 8 Rz 23; Grabendorff/Windscheid/Ilbertz, aaO, § 46 Rz 35; Kanz, Personalvertretung 1967, 82, 83). Eine verbotene Bevorzugung liegt aber vor, wenn das Landesarbeitsgericht es unterläßt, den Kläger so zu behandeln, als ob er die ihm nach der fiktiven Laufbahnnachzeichnung zuzuordnenden dienstlichen Aufgaben erfüllen würde. Hätte der Kläger nämlich dienstliche Aufgaben zu verrichten, so könnte er nicht, worauf die Revision zutreffend hinweist, ohne weiteres abkömmlich sein, sondern es würde sich ebenso das Problem der Einarbeitung eines Nachfolgers stellen. Das Landesarbeitsgericht hat zu der Frage, wie dann die Verfügbarkeit des Klägers für die ausgeschriebene Stelle zu beurteilen wäre, keine revisionsrechtlich verwertbaren Feststellungen getroffen.

e) Der erkennende Senat kann gem. § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO in der Sache selbst entscheiden. Die vom BWB für die Beklagte getroffene Auswahlentscheidung beruht nämlich nicht auf einer Benachteiligung des Klägers wegen seiner Freistellung. Der Fachdezernent mag im laufenden Bewerbungsverfahren den Kläger wegen



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



seiner Freistellung nicht ernsthaft für die ausgeschriebene Stelle in Betracht gezogen haben. Ob der Kläger aber ausgewählt worden wäre, wenn er bereits im November 1978 statt der anderen Mitarbeiter vom Dezernenten favorisiert worden wäre, steht nicht fest. Zum einen hat der Fachdezernent bereits in seinen fachlichen Berichten von 1978 und 1979 an den Leiter des Marinearsenals auf die Schwierigkeiten bei der Abkömmlichkeit der von ihm als besser geeignet dargestellten Mitarbeiter hingewiesen, ohne daß der Leiter des Marinearsenals und das BWB diese Hinweise aufgegriffen hätten und von der vorgeschlagenen Reihenfolge abgewichen wären. Beide Stellen haben vielmehr die Stellenbesetzung nicht als so dringlich wie der Fachdezernent angesehen. Zum anderen kann nicht beanstandet werden, daß alle am Bewerbungsverfahren beteiligten Stellen sich an die durch Art. 33 Abs. 2 GG für den gesamten öffentlichen Dienst vorgegebenen Kriterien der Eignung und Leistung (vgl. BAG 23, 101, 108 = AP Nr. 1 zu Art. 33 Abs. 2 GG; BAG 32, 105, 110 = Ap Nr. 2 zu § 11 SchwbG) gehalten haben. Ein Vergleich der bei der fiktiven Laufbahnnachzeichnung zugrunde zu legenden letzten Beurteilung des Klägers aus dem Jahre 1974 mit der entsprechenden Beurteilung des beförderten Angestellten M zeigt einen erheblichen Leistungsvorsprung gegenüber dem Kläger. Während der Angestellte M mit 2 Punkten (überdurchschnittlich) beurteilt worden ist, sind dem Kläger 5 Punkte (durchschnittlich) zuerkannt worden, das ist ein Abstand von 3 Punkten auf der insgesamt 9 Punkte umfassenden Notenskala.

Das Landesarbeitsgericht hat diesen erheblichen Unterschied



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



nicht gewürdigt. Es hat lediglich darauf abgestellt, daß beide Arbeitnehmer als persönlich und fachlich geeignet angesehen worden sind. Eine derartige undifferenzierte Sicht verkennt jedoch, daß Zweck einer dienstlichen Beurteilung ist, eine Grundlage für die Entscheidung über die weitere Verwendung, insbesondere für einen beruflichen Aufstieg abzugeben und wegen der zu erwartenden Konkurrenz der Bewerber dazu dient, einen Leistungsvergleich zu ermöglichen (vgl. BAG Urteil vom 28. März 1979 - 5 AZR 80/77 - AP Nr. 3 zu § 75 BPersVG). Selbst wenn die Auffassung des Landesarbeitsgerichts zugrundegelegt wird, das weitere im Bewerbungsverfahren vorgetragene Merkmal der kürzeren Einarbeitungszeit des Angestellten M sei wegen der schnelleren Verfügbarkeit des Klägers nicht ausschlaggebend, stellt der erhebliche in den Beurteilungen zum Ausdruck gebrachte Leistungsunterschied der beiden Mitbewerber einen sachlichen Gesichtspunkt dar, der für die Besetzung des Dienstpostens mit dem Angestellten M spricht.

d) Dieses Leistungsgefälle zu Lasten des Klägers kann auch nicht durch die Tatsache aufgewogen werden, daß er seit 1974 Vertrauensmann der Schwerbehinderten ist. Nach § 23 Abs. 2 SchwbG darf der Vertrauensmann wegen seines Amtes in seiner beruflichen Entwicklung weder benachteiligt noch begünstigt werden. Aus der Eigenschaft als Vertrauensmann der Schwerbehinderten ergibt sich schließlich kein Förderungsanspruch, wie ihn § 11 Abs. 2 SchwbG für Schwerbehinderte vorsieht. Zum Vertrauensmann der Schwerbehinderten kann nach § 21 Abs. 3 SchwbG wie im vorliegenden Fall auch ein nicht behinderter Arbeitnehmer gewählt



werden (vgl. dazu Wilrodt/Neumann, SchwbG, 6. Aufl., § 21
Rz 27).

Dr. Auffarth

Dr. Jobs

Dr. Leinemann

Dr. Gehringer

Stenzel



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)