

Aktenzeichen: 7 AZR 676/96

Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Urteil vom 29. Oktober 1998

- 7 AZR 676/96 -

I. Arbeitsgericht
Aachen

Urteil vom 25. Januar 1996

- 7 Ca 752/95 -

II. Landesarbeitsgericht
Köln

Urteil vom 28. August 1996

- 2 Sa 551/96 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Für die Fachpresse : Ja

Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Benachteiligung eines Personalratsmitglieds; Vergütungsanspruch

Gesetz:

BPersVG §§ 8, 46; GG Art. 33 Abs. 2

Leitsätze:

1. Bewirbt sich ein freigestelltes Personalratsmitglied um die Übertragung der Aufgaben eines freien, höherdotierten Arbeitsplatzes, so hat der öffentliche Arbeitgeber die Entscheidung über die Besetzung des Arbeitsplatzes nach den Merkmalen des Art. 33 Abs. 2 GG zu treffen.

2. Trifft der Arbeitgeber die Entscheidung zugunsten eines Mitbewerbers, so liegt keine personalvertretungsrechtliche Benachteiligung vor, wenn der Mitbewerber auch unter Berücksichtigung der freistellungsbedingten Umstände besser qualifiziert ist als das freigestellte Personalratsmitglied.

3. Hält der öffentliche Arbeitgeber den Mitbewerber dagegen für qualifizierter, weil das Personalratsmitglied nicht mehr über dieselben fachlichen Leistungen verfügt, oder solche nicht feststellbar sind, so folgt daraus eine personalvertretungsrechtliche Benachteiligung auch dann, wenn die Auswahlentscheidung nach Art. 33 Abs. 2 GG zugunsten des Mitbewerbers nicht zu beanstanden ist. Das freigestellte Personalratsmitglied hat in diesem Fall einen Anspruch auf Vergütung nach der höheren Vergütungsgruppe.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

7 AZR 676/96
2 Sa 551/96 Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
29. Oktober 1998

Urteil

Siegel,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. Oktober 1998 durch den Vorsitzenden Richter Dörner, den Richter Prof. Dr. Steckhan und die Richterin Schmidt sowie die ehrenamtlichen Richter Prof. Dr. Knapp und Herbst für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 28. August 1996 - 2 Sa 551/96 - aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Aachen vom 25. Januar 1996 - 7 Ca 752/95 - 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 der Kläger als freigestelltes Personalratsmitglied wegen einer Benachteiligung im beruflichen Fortkommen eine Vergütung nach einer höheren Vergütungsgruppe verlangen kann.

Der 1934 geborene Kläger ist seit November 1967 als Angestellter beim A beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet kraft Tarifbindung der Manteltarifvertrag für Angestellte bei der Bundesanstalt für Arbeit (MTA) Anwendung. Der Kläger war zunächst vom 1. Oktober 1970 bis 30. Mai 1976 als Berufsberater beim Arbeitsamt eingesetzt. Nach einer zweimonatigen Ausbildung zum Berufsberater für Behinderte war er vom 1. September 1976 bis 30. September 1985 in dieser Funktion beschäftigt. Er wird seit dem 1. März 1974 nach der VergGr. IV a MTA vergütet.

Der als Schwerbehinderter anerkannte Kläger gehört seit Mai 1985 dem beim A gebildeten Personalrat an und ist seit dem 1. Oktober 1985 von seiner dienstlichen Tätigkeit freigestellt.



Die Beklagte richtete mit Dienstblatt-Runderlaß Nr. 37/94 zum 1. Juli 1994 in allen Arbeitsämtern einen Dienstposten für einen ersten oder einzigen Berufsberater für Behinderte ein, der nach der Besoldungsgruppe A 11 bzw. nach der VergGr. IV a MTA bewertet war und nach vierjähriger Bewährung eine Höhergruppierung in die Besoldungsgruppe A 12 bzw. VergGr. III MTA vorsah. Nach Nr. 4 des Runderlasses sollte die Stelle aus dem Kreis der in den jeweiligen Arbeitsämtern tätigen Berufsberatern für Behinderte nach Durchführung eines Auswahlverfahrens besetzt werden.

Beim A bewarben sich beide Berufsberater für Behinderte um die neu eingerichtete Stelle. Der Kläger wurde von Amts wegen in das Auswahlverfahren einbezogen. Die Beklagte übertrug nach Durchführung eines Stellenbesetzungsgesprächs die Aufgaben des ersten und einzigen Berufsberaters für Behinderte auf einen Bewerber, der lebensjünger als der Kläger ist und dem 1985 dessen Aufgabengebiet übertragen worden war. Die dienstlichen Beurteilungen des Klägers und des ausgewählten Bewerbers zu Beginn der 80iger Jahre und aus dem Jahre 1988 waren gleich. Der Kläger wurde anschließend aus Altersgründen nicht mehr beurteilt. Bei einer weiteren Beurteilung wurde dem ausgewählten Bewerber eine Leistungssteigerung bescheinigt.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe ihn bei der Entscheidung um die Übertragung der Stelle des einzigen oder ersten Berufsberaters für Behinderte wegen seiner Freistellung als Personalratsmitglied benachteiligt. Nach dem Ergebnis einer fiktiven Laufbahnnachzeichnung sei er der einzige in Betracht kommende Kandidat gewesen. Die Stelle habe ohne Durchführung von Stellenbesetzungsgesprächen besetzt werden müssen. Er wäre ohne Freistellung nahtlos in der Berufsberatung für Behinderte beschäftigt geblieben. In diesem Fall hätten sich



seine Mitbewerber aufgrund ihrer kürzeren Dienstzeit keinerlei Chancen ausgerechnet und sich von vornherein nicht beworben. Bei Fortsetzung seiner beruflichen Tätigkeit als Berufsberater für Behinderte hätte er ebenso wie der ausgewählte Mitbewerber nach 1988 eine bessere Beurteilung erreicht. Er sei zumindest gleichqualifiziert.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger ab dem 1. Juli 1994 Vergütung nach der VergGr. III der Vergütungsordnung bei der Bundesanstalt für Arbeit zu zahlen und die rückständigen Nettodifferenzbeträge zwischen den Vergütungsgruppen III und IV a ab Klagezustellung jeweils mit 4 % zu verzinsen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat gemeint, die Stelle sei ausschließlich nach Eignungskriterien besetzt worden.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zur Abweisung der Klage. Der Kläger hat keinen Anspruch auf eine Vergütung nach der VergGr. III MTA wegen eines Verstoßes des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot der §§ 8, 46 BPersVG. Er ist weder bei der Besetzung der Stelle eines ersten bzw. einzigen Berufsberaters für Behinderte beim A noch anderweitig wegen seiner Freistellung als Mitglied des Personalrats benachteiligt worden.



I. Nach den §§ 8, 46 BPersVG darf der berufliche Werdegang eines freigestellten Personalratsmitglieds wegen seiner Freistellung nicht beeinträchtigt werden. Diese Vorschriften enthalten über das darin geregelte Benachteiligungsverbot hinaus ein an den Arbeitgeber gerichtetes Gebot, dem Personalratsmitglied eine berufliche Entwicklung zukommen zu lassen, wie sie ohne Freistellung verlaufen wäre.

Auf entsprechende Maßnahme des Arbeitgebers zur Erfüllung dieses Gebots hat das freigestellte Personalratsmitglied einen unmittelbaren gesetzlichen Anspruch. Deshalb kann ein Personalratsmitglied, das ohne seine Freistellung in eine höhere Position aufgestiegen wäre, den Arbeitgeber unmittelbar auf Zahlung der Differenz zwischen seiner derzeitigen und einer höheren Vergütungsgruppe in Anspruch nehmen (BAG Urteil vom 26. September 1990 - 7 AZR 208/89 - BAGE 66, 85 = AP Nr. 4 zu § 8 BPersVG).

II. Der Kläger ist als freigestelltes Personalratsmitglied bei der Besetzung einer neu eingerichteten und nach der VergGr. III MTA vergüteten Stelle eines ersten und einzigen Berufsberaters für Behinderte nicht benachteiligt worden. Nach dem unstrittigen Parteivorbringen hat sich die Freistellung des Klägers für die Erledigung personalvertretungsrechtlicher Aufgaben bei der Auswahlentscheidung der Beklagten nicht ausgewirkt. Bei seiner gegenteiligen Feststellung hat das Landesarbeitsgericht die Grenzen der richterlichen Kontrolle bei der Überprüfung einer Personalauswahlentscheidung des öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers verkannt.

1. Bewirbt sich ein Arbeitnehmer um eine Beförderungsstelle im öffentlichen Dienst oder wird er - wie im Streitfall - in das Stellenbesetzungsverfahren von Amts wegen einbezogen, hat der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung die Grundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG zu beachten.



a) Danach hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Diese Vorschrift ist auch bei Beförderungen zu beachten. Deshalb kann jeder Bewerber verlangen, bei seiner Bewerbung um ein öffentliches Amt nach den in Art. 33 Abs. 2 GG aufgestellten Merkmalen beurteilt zu werden.

b) Bei der Feststellung der Qualifikation eines Bewerbers nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung steht dem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber ein Beurteilungsspielraum zu. Dabei hat er davon auszugehen, daß der Gesichtspunkt der Befähigung auf die Vorbildung nach Maßgabe der Laufbahnverordnung abstellt, aber auch fachrelevantes Allgemeinwissen, Lebenserfahrung und Begabung umfaßt. Bei der fachlichen Leistung spielt vor allem die berufliche Erfahrung, die Bewährung in der jeweiligen Berufssparte, das fachliche Wissen und das fachliche Können eine Rolle, während bei der persönlichen Eignung auf die Person selbst mit ihren körperlichen, geistigen, seelischen und charakterlichen Eigenschaften abzustellen ist (vgl. BAG Urteil vom 5. März 1996 - 1 AZR 590/92 (A) - BAGE 82, 211 = AP Nr. 226 zu Art. 3 GG).

c) Bestehen zwischen mehreren Bewerbern keine Qualifikationsunterschiede, verbleibt dem öffentlichen Arbeitgeber ein Auswahlermessen. Dabei ist er berechtigt, seine Auswahl nach zulässigen Hilfskriterien vorzunehmen, deren Inhalt und Wertigkeit nicht zwingend feststehen, sondern von ihm zu bestimmen sind.

2. Die gerichtliche Überprüfung einer Befähigungsbeurteilung des öffentlichen Arbeitgebers ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts eingeschränkt (BAG Urteil vom 5. März 1980 - 5 AZR 604/78 - BAGE 33, 43, 50 f.), weil

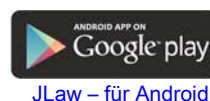


sie eine vorausschauende Bewertung der Persönlichkeit des Bewerbers verlangt, die auf einer Vielzahl von Elementen und deren Gewichtung beruht und schließlich auch vom persönlichen Eindruck abhängt. Daher ist die Befähigungsbeurteilung des öffentlichen Arbeitgebers von den Gerichten nur daraufhin zu kontrollieren, ob bei der Entscheidung alle wesentlichen Umstände berücksichtigt, allgemeine Beurteilungsmaßstäbe beachtet und ein fehlerfreies Verfahren eingehalten worden ist.

3. Diese Grundsätze gelten auch, wenn sich ein freigestelltes Personalratsmitglied um einen freien, höher dotierten Arbeitsplatz bewirbt. Allerdings muß den besonderen Umständen im Arbeitsverhältnis eines von der Arbeitsleistung freigestellten Mitarbeiters bei der Entscheidung über die Besetzung einer freien Stelle nach den Merkmalen des Art. 33 Abs. 2 GG Rechnung getragen werden.

4. Nach diesen Grundsätzen steht dem Kläger der begehrte Vergütungsanspruch nicht zu.

a) Die Entscheidung der Beklagten, zur Besetzung der Stelle eines ersten bzw. einzigen Berufsberaters für Behinderte beim A ein Auswahlverfahren durchzuführen, verletzt nicht das personalvertretungsrechtliche Benachteiligungsverbot. Diese Stelle war Teil der bundesweit eingerichteten und erstmals zu besetzenden Posten mit einer spezifischen Aufgabenzuweisung für die Berufsberatung für Behinderte. Die Anordnung zur Durchführung eines Auswahlverfahrens in einem Dienstblatt-Runderlaß erfolgte nach allgemeinen und bundesweit einheitlichen Kriterien, die Rücksicht auf die Zahl der bei den einzelnen Dienststellen vorhandenen Berufsberatern für Behinderte nahmen. Danach mußten bei allen Arbeitsämtern, in denen mehr als eine Stelle für Berufsberater für Behinderte eingerichtet war, ein



Auswahlverfahren unter den vorhandenen Stelleninhabern durchgeführt werden. Die Entscheidung der Beklagten, in Abhängigkeit von der Arbeitsaufgabe den Kreis der Bewerber festzulegen, läßt eine Benachteiligung des Klägers wegen seiner Freistellung als Personalratsmitglied nicht erkennen.

b) Das Landesarbeitsgericht hat auch nicht feststellen können, daß der Kläger der am besten qualifizierte Bewerber gewesen wäre, dem die Stelle hätte übertragen werden müssen. Nach den ungerügten Feststellungen des Landesarbeitsgerichts war der Kläger nicht qualifizierter als der letztlich ausgewählte Bewerber. Anhaltspunkte dafür, daß die Arbeitgeberin ihre Entscheidung von der Besetzung der Stelle davon abhängig gemacht hätte, daß der Kläger seine Personalratstätigkeit aufgäbe, sind nicht vorgetragen oder ersichtlich.

c) Auch die für die Auswahlentscheidung maßgebliche Einschätzung einer geringeren persönlichen Eignung des Klägers im Verhältnis zum letztlich ausgewählten Mitbewerber steht in keinem Zusammenhang mit der Freistellung als Personalratsmitglied. Die zugrunde liegende Bewertung der persönlichen Qualifikation beruht auf einem Personalauswahlgespräch, das die Beklagte mit allen Bewerbern geführt hatte, und damit auf einen unmittelbaren Eindruck von der Persönlichkeit des Klägers. Die Beklagte hat in diesem Gespräch nach ihrem unwidersprochen gebliebenen Vortrag Rücksicht auf die langjährige Unterbrechung der Berufstätigkeit des Klägers genommen und ihm Gelegenheit gegeben, seine früheren beruflichen Erfahrungen umfassend darzulegen. Gegenstand des Auswahlgesprächs war u. a. der Runderlaß Nr. 37/94 mit einer eingehenden Beschreibung der Zielsetzung, Aufgabenstellung und organisatorischen Einbindung der ausgeschriebenen Stelle. Dieser Runderlaß war dem Kläger wie seinen übrigen Mitbewerbern vorab zur Verfügung



gestellt worden. Nach den unstreitigen Behauptungen der Beklagten war der Kläger im Verlauf des Gesprächs außerstande, die organisatorische Einbindung der neu geschaffenen Stelle zutreffend wiederzugeben. Wenn die Beklagte daraus den Schluß zieht, der Kläger habe sich nicht auf das Gespräch vorbereitet und lasse deswegen nicht erkennen, daß er sich vorbehaltlos den neuen Aufgaben stellen werde, hält sich das innerhalb ihres Beurteilungsspielraums. Darüber hinaus hat die Beklagte angenommen, der Kläger habe nicht erkennen lassen, daß er sich innovativ der neuen Aufgabe widmen wolle. Damit ist die Behauptung verbunden, der Kläger sei zu diesem Themenkomplex befragt worden. Auch diesen Ausführungen ist der Kläger nicht entgegengetreten. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts war die Beklagte nicht gehalten, den konkreten Gesprächsverlauf vorzutragen. Dazu bestand schon aufgrund der fehlenden Einlassung des darlegungspflichtigen Klägers keine Veranlassung. Überdies hat der Kläger auch nicht behauptet, in den Gesprächen in einer Weise befragt worden zu sein, die ihn aufgrund seiner langjährigen Freistellung benachteiligt hätte.

d) Nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten ist die Beförderung des Klägers auch nicht daran gescheitert, weil ihn die Beklagte wegen fehlender aktueller Fachkenntnisse nicht berücksichtigt hat oder sich zur Beurteilung seiner fachlichen und beruflichen Qualifikation infolge der Freistellung außerstande gesehen hat. In diesen Fällen kann zwar die Entscheidung des öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers für einen besser qualifizierten Mitbewerber den Anforderungen des Art. 33 Abs. 2 GG genügen und für sich gesehen rechtmäßig sein. Gleichwohl kann eine solche Entscheidung eine Zahlungspflicht nach den §§ 8, 46 BPersVG auslösen, weil es der Arbeitgeber versäumt hat, dem freigestellten Personalratsmitglied eine berufliche



Entwicklung angedeihen zu lassen, die ihn in die Lage versetzt, den Verlust an feststellbaren, aktuellen Fachwissen infolge der Freistellung für die Erledigung personalvertretungsrechtlicher Aufgaben auszugleichen.

5. Entgegen der Auffassung des Klägers war das Landesarbeitsgericht nach § 286 ZPO nicht gehalten, seinem Vorbringen zu einer verbindlich in Aussicht gestellten Höhergruppierung als erster und einziger Berufsberater für Behinderte in die VergGr. III MTA nachzugehen. Zwar kann in der Nichtberücksichtigung eines freigestellten Personalratsmitglieds trotz eines verbindlichen Angebots auf eine höher dotierte Stelle eine Benachteiligung im Sinne der §§ 8, 46 BPersVG liegen, wenn die Übertragung der Stelle und eine damit verbundene Höhergruppierung daran scheitert, daß das Personalratsmitglied an seiner Freistellung festhält. Eine solche Benachteiligung läßt das Vorbringen des Klägers nicht erkennen. Darüber hinaus fehlt es an konkreten Anhaltspunkten, die auch unter Berücksichtigung der Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht den Schluß auf eine wirksame Vereinbarung der Parteien zulassen.

III. Ungeachtet einer Benachteiligung in einem konkreten Stellenbesetzungsverfahren kann ein freigestelltes Personalratsmitglied einen Zahlungsanspruch aus den §§ 8, 46 BPersVG auch darauf stützen, daß der öffentliche Arbeitgeber Angestellte mit bestimmten Laufbahnvoraussetzungen nach feststehenden Maßstäben und/oder Zeitabläufen auf frei werdende oder neu zu schaffende Stellen befördert und das frei gestellte Personalratsmitglied wegen seiner Freistellung davon ausnimmt (vgl. Senatsurteil vom 29. Oktober 1998 - 7 AZR 202/97 -, n.v.). Einen solchen Tatbestand hat der Kläger für sich nicht in Anspruch genommen. Der unstreitige Sachverhalt legt eine solche Benachteiligung auch nicht nahe.



IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Dörner

Steckhan

Schmidt

Knapp

Jens Herbst



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](#)