



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 2 C 13.05
OVG 2 A 10994/04

Verkündet
am 21. September 2006
Hardtmann
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 2006
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Albers
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Kugele, Groepper,
Dr. Bayer und Dr. Heitz

für Recht erkannt:

Die Urteile des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz
vom 8. November 2004 und des Verwaltungsgerichts
Mainz vom 28. April 2004 werden aufgehoben. Es wird
festgestellt, dass die Entscheidung des Beklagten, den
Kläger nicht zum Rektor nach der Besoldungsgruppe A 14
zu befördern, rechtswidrig gewesen ist.

Der Beklagte trägt die Kosten des gesamten Verfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger ist Rektor (BesGr A 13 mit Amtszulage) im Dienst des Beklagten. Von 1993 bis Ende Juli 2003 war er Schulleiter an einer Grundschule in W. Seit September 2000 ist er freigestelltes Mitglied des Bezirkspersonalrats für die Staatlichen Lehrerinnen und Lehrer an Grund-, Haupt- und Regionalen Schulen. Trotz der Freistellung gab er die Schulleitertätigkeit wegen der Doppelbelastung erst ab August 2003 auf.
- 2 Im Juli 2002 bewarb sich der Kläger auf die zum 1. August 2003 ausgeschriebene, nach BesGr A 14 bewertete Stelle eines Rektors an der „P.-Schule“, einer Grund- und Hauptschule in W., und wurde als der von drei Bewerbern am besten Geeignete ausgewählt. Die Benachrichtigung über diese Auswahlent-

scheidung war verbunden mit dem Hinweis, dass die endgültige Übertragung des Amtes und die damit verbundene Beförderung erst möglich sei, wenn die Eignung für den neuen Dienstposten im Rahmen einer Erprobungszeit festgestellt werden konnte. Der Kläger entgegnete, er werde von der Freistellung als Personalratsmitglied weiterhin uneingeschränkt Gebrauch machen; eine eventuell erforderliche Erprobungszeit wolle er fiktiv erbringen. Unter dem 8. August 2003 teilte der Beklagte dem Kläger mit, die Bewerbung sei aus rechtlichen Gründen gegenstandslos geworden; es sei beabsichtigt, die Stelle mit dem zweitbesten Bewerber kommissarisch zu besetzen.

- 3 Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren hat der Kläger Klage mit dem sinn- gemäßen Antrag erhoben festzustellen, dass der Beklagte nicht berechtigt ge- wesen sei, seine Bewerbung zu verwerfen.
- 4 Die Berufung des Klägers gegen das die Klage abweisende Urteil des Verwal- tungsgerichts hat das Oberverwaltungsgericht zurückgewiesen und zur Be- gründung im Wesentlichen ausgeführt (u.a. ZfPR 2005, 8):
- 5 Eine Ausnahme von der gesetzlichen Voraussetzung, dass eine Beförderung erst nach Feststellung der Eignung für den höher bewerteten Dienstposten in einer Erprobungszeit zulässig ist, sei für Mitglieder von Personalvertretungen nicht vorgesehen. Mit der Einführung des Eignungsnachweises der Erpro- bungszeit habe der Landesgesetzgeber einer rahmenrechtlichen Vorgabe Rechnung getragen. Zwar ordne die Ausführungsbestimmung des § 9a LbVO für verschiedene Fallgruppen eine Fiktion des Eignungsnachweises an; die Tä- tigkeit des freigestellten Mitglieds einer Personalvertretung sei in diesem Kata- log jedoch nicht erwähnt. Aus dem personalvertretungsrechtlichen Benachteili- gungsverbot könne kein Anspruch des Personalratsmitglieds abgeleitet werden, auch von solchen Voraussetzungen für eine Beförderung befreit zu werden, die - für alle Bewerber gleich - im Gesetz ausdrücklich und zwingend vorgesehen seien. Die Vorgaben des Personalvertretungsrechts und das beamtenrechtliche Erfordernis eines Eignungsnachweises in einer Erprobungszeit nähmen in der Normenhierarchie den gleichen Rang ein. Die Nachteile, die das Ableisten einer Erprobungszeit für die Personalratstätigkeit des bis dahin freigestellten Be-

amten und damit auch für die Arbeit des Personalrats insgesamt habe, müssten im Interesse einer bestmöglichen Besetzung der Ämter, zumal solcher mit Führungsverantwortung, hingenommen werden. Da der aktuelle Leistungsstand langjährig freigestellter Personalräte bereits aufgrund einer Nachzeichnung ihrer letzten dienstlichen Beurteilung ermittelt worden sei, bestehe in besonderem Maße ein Interesse, dass die daran anknüpfende Auswahlentscheidung durch einen tatsächlich erbrachten Eignungsnachweis bestätigt werde. Den Mitgliedern der Personalvertretungen sei es auch zumutbar, wegen der Notwendigkeit der Erprobung die Freistellung aufzugeben.

- 6 Mit der vom erkennenden Senat zugelassenen Revision rügt der Kläger die Verletzung materiellen Rechts und beantragt,

die Urteile des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz vom 8. November 2004 und des Verwaltungsgerichts Mainz vom 28. April 2004 aufzuheben und festzustellen, dass die Entscheidung des Beklagten, den Kläger nicht zum Rektor nach der Besoldungsgruppe A 14 zu befördern, rechtswidrig gewesen ist.

- 7 Der Beklagte tritt der Revision entgegen und beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

- 8 Die Vertreterin des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht vertritt die Auffassung, dass auch bei freigestellten Personalratsmitgliedern auf gesetzlich geforderte Bewährungszeiten nicht verzichtet werden dürfe.

II

- 9 Die Revision ist begründet. Die Entscheidung des Beklagten, den Kläger als bestgeeigneten Bewerber wegen fehlender tatsächlicher Erprobung auf dem Dienstposten des Rektors an der Grund- und Hauptschule „P.-Schule“ in W. nach Ablauf einer fiktiven Erprobungszeit nicht zum Rektor nach der Besoldungsgruppe A 14 zu befördern, ist rechtswidrig gewesen.

- 10 Gemäß § 12 Satz 3 des Landesbeamtengesetzes Rheinland-Pfalz - LBG -, der durch Art. 1 Nr. 2 Buchst. a des Vierten Landesgesetzes zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften vom 20. Juli 1998 (GVBI S. 205) eingefügt worden ist, ist eine Beförderung erst nach Feststellung der Eignung für einen höher bewerteten Dienstposten in einer Erprobungszeit zulässig, die mindestens sechs Monate beträgt. Die Vorschrift sieht zwar ausdrücklich nur eine Ausnahme für die Mitglieder des Rechnungshofs vor. Eine weitere Ausnahme rechtfertigt jedoch das Verbot der beruflichen Benachteiligung von Mitgliedern der Personalvertretungen.

- 11 § 12 Satz 3 LBG - und in Ausführung dieser Bestimmung § 9a der Laufbahnverordnung des Landes Rheinland-Pfalz - LbVO - vom 26. Juni 1971 (GVBI S. 143), der durch die Zehnte Landesverordnung zur Änderung der Laufbahnverordnung vom 9. September 2003 (GVBI S. 275) eingefügt und durch § 15 der Laufbahnverordnung vom 20. Februar 2006 (GVBI S. 102) ersetzt worden ist, konkretisiert § 12 Abs. 2 Nr. 4 BRRG, wonach der Beamte nicht befördert werden darf „vor Feststellung der Eignung für einen höher bewerteten Dienstposten in einer Erprobungszeit, für die durch Rechtsvorschrift eine Dauer von mindestens drei Monaten festzulegen ist“. Die bundeseinheitlich vorgeschriebene laufbahnrechtliche Erprobung dient der Bestätigung der im Auswahlverfahren getroffenen Prognose, dass der ausgewählte Bewerber um das Beförderungsamts unter den Bedingungen praktischer Tätigkeit auf einem höher bewerteten Dienstposten den Anforderungen des angestrebten höheren Statusamtes genügen werde (vgl. Urteil vom 16. August 2001 - BVerwG 2 A 3.00 - BVerwGE 115, 58 = Buchholz 232 § 8 BBG Nr. 54; Beschluss vom 7. August 2001 - BVerwG 2 VR 1.01 - Buchholz 232.1 § 11 BLV Nr. 2). Nur der erfolgreich Erprobte hat die Chance der Beförderung. Andere Interessenten, die bislang nicht auf einem höherwertigen Dienstposten erprobt worden sind, kommen für eine Beförderung aus laufbahnrechtlichen Gründen nicht in Betracht.

- 12 Der Eignungsnachweis auf der Grundlage einer Erprobung ist grundsätzlich vor jeder Beförderung zu erbringen. Ob die Ausnahmen von dem Gebot der Erprobung auf einem Beförderungsdienstposten - neben den Mitgliedern des Rech-

nungshofes nach § 12 Satz 3 LBG - gemäß § 9a LbVO a.F./§ 15 LbVO n.F. den Vorgaben des § 12 Abs. 2 Nr. 4 BRRG entsprechen, bedarf keiner weiteren Erörterung. Jedenfalls sind Mitglieder von Personalvertretungsorganen nicht in den Katalog der Ausnahmen aufgenommen, der einer erweiternden Auslegung nicht zugänglich ist.

- 13 Indessen ergibt sich auch ohne ausdrückliche Ausnahmeregelung eine Modifizierung des Erprobungserfordernisses für freigestellte Mitglieder von Personalvertretungen aus § 39 Abs. 1 Satz 3 - für die Mitglieder der Stufenvertretungen i.V.m. § 55 Abs. 1 - des Personalvertretungsgesetzes für das Land Rheinland-Pfalz - LPersVG - i.d.F. vom 24. November 2000 (GVBl S. 529). Danach darf die Tätigkeit im Personalrat nicht zur Beeinträchtigung des beruflichen Werdegangs führen. Diese Vorschrift, die das in den Ländern bundeseinheitlich und unmittelbar geltende Benachteiligungsverbot gemäß § 107 BPersVG konkretisiert, enthält eine für die Arbeit der Personalvertretungen konstituierende Regelung (vgl. Lorenzen/Eckstein/Faber, Bundespersonalvertretungsgesetz, Stand Juli 2006, § 8 Rn. 2 - „tragende Vorschrift“). Sie bezweckt den Schutz sowohl der Institutionen als auch der beteiligten Personen (vgl. Ilbertz/Widmaier, Bundespersonalvertretungsgesetz, 10. Aufl., § 8 Rn. 1; Fischer/Goeres, GKÖD, Stand Juli 2006, Band V K § 8 Rn. 1; Altvater/Hamer/ Ohnesorg/Peiseler, Bundespersonalvertretungsgesetz, 5. Aufl., § 8 Rn. 1). Das Benachteiligungsverbot dient ebenso wie das Ehrenamtsprinzip und das Begünstigungsverbot der inneren und äußeren Unabhängigkeit der Personalratsmitglieder (so BAG, Urteile vom 31. Oktober 1985 - 6 AZR 129/83 - PersV 1988, 406, vom 29. Oktober 1998 - 7 AZR 676/96 - BAGE 90, 106, vom 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - BAGE 98, 164 und vom 16. Februar 2005 - 7 AZR 95/04 - PersV 2005, 429). Die Schutznorm soll gewährleisten, dass die Personalratsmitglieder ihr Amt unbeeinflusst von der Furcht vor Benachteiligungen und unbeeinflusst von der Aussicht auf Begünstigungen wahrnehmen. Darüber hinaus wird vermieden, dass qualifizierte Bedienstete von einer Mitarbeit in den personalvertretungsrechtlichen Organen Abstand nehmen, weil sie Sorge haben, aus Anlass der ehrenamtlichen Tätigkeit ihre beruflichen Perspektiven zurückstellen zu müssen. Demzufolge stellt es auch eine verbotene Benachteiligung dar, wenn das

berufliche Fortkommen eines Personalratsmitglieds davon abhängig gemacht wird, dass er seine Freistellung aufgibt.

- 14 Allerdings genießen das Recht auf Freistellung und der Schutz vor beruflicher Benachteiligung keinen absoluten Vorrang. Obgleich es sich bei dem Erprobungsgebot gemäß § 12 LBG um Landesrecht und bei dem Benachteiligungsverbot gemäß § 107 BPersVG um unmittelbar geltendes Bundesrecht handelt, dem Art. 31 GG den Vorrang einräumt, begegnen sich Erprobungspflicht und Benachteiligungsverbot hinsichtlich der Normqualität auf gleicher Stufe. § 12 Abs. 2 Nr. 4 BRRG ist ebenso Bundesrecht wie § 107 BPersVG; die das Bundesrecht ausfüllenden und konkretisierenden § 12 LBG und § 39 LPersVG sind ranggleiches Landesrecht. Das durch Rahmenrecht vorgeschriebene Landesrecht kann nicht durch - vermeintlich - widerstreitendes unmittelbar geltendes Bundesrecht gebrochen werden.
- 15 Andererseits besitzt - entgegen der Auffassung des Beklagten - § 12 LBG nicht deshalb einen höheren Rang, weil die Vorschrift durch Art. 33 Abs. 2 GG legitimiert ist. Das in Art. 33 Abs. 2 GG verankerte Gebot der Bestenauslese schreibt den Eignungsnachweis für die Beförderungsstelle in einer praktischen Erprobungszeit nicht zwingend vor. Vielmehr geht die Besetzungsentscheidung davon aus, dass der Bewerber sämtlichen Anforderungen des probenhalber übernommenen Dienstpostens und damit des angestrebten Amtes bereits gerecht wird. Der Grundsatz, dass öffentliche Ämter nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu besetzen sind, bleibt davon unberührt. Eine besondere Form des Nachweises fordert das Verfassungsrecht nicht und war in Rheinland-Pfalz bei unveränderter Verfassungslage bis 1998 auch nicht vorgesehen.
- 16 Von dem „ganz freigestellten“ Personalratsmitglied kann nicht prinzipiell verlangt werden, dass es seine Freistellung vollständig oder teilweise aufgibt, um die Chance der Beförderung zu erhalten. Die Erprobung besteht darin, dass Aufgaben des höherwertigen Dienstpostens tatsächlich wahrgenommen werden, und ist somit Dienst, von dem das Personalratsmitglied nach § 40 LPersVG (entsprechend § 46 BPersVG) befreit ist, um den Aufgaben des Per-

sonalrats gerecht zu werden. Über die Freistellung bestimmen mittelbar die wahlberechtigten Beschäftigten und im Übrigen der Personalrat (vgl. § 40 Abs. 4 LPersVG). Der Dienstherr hat hierauf keinerlei Einfluss. Selbst dienstliche Notwendigkeiten sind nicht geeignet, die Befugnis der Personalvertretungen zu beschränken, sich selbst zu organisieren. Das Erfordernis tatsächlicher Erprobung zwingt das freigestellte Personalratsmitglied jedoch zu der Entscheidung, entweder die Freistellung und damit seine durch die Personalratswahl erlangte Stellung aufzugeben oder - da die Erprobung ausnahmslos vor Beförderungen verlangt wird - jegliches berufliche Fortkommen zurückzustellen. Gerade dieser Konflikt soll vermieden werden.

- 17 Vielmehr ist die Kollision der widerstreitenden Rechtsgrundsätze auf der Ebene des materiellen Rechts auszugleichen. Bei diesem Ausgleich ist von folgenden Überlegungen auszugehen: Aufgrund des Benachteiligungsverbot hat der Dienstherr dem Personalratsmitglied eine berufliche Entwicklung zukommen zu lassen, wie sie ohne Freistellung verlaufen wäre (vgl. Urteil vom 10. April 1997 - BVerwG 2 C 38.95 - Buchholz 236.1 § 3 SG Nr. 16; Beschluss vom 7. November 1991 - BVerwG 1 WB 160.90 - BVerwGE 93, 188; BAG, Urteile vom 31. Oktober 1985 a.a.O. und vom 27. Juni 2001 a.a.O.). Wie dieser Grundsatz im Einzelnen zu verwirklichen ist, liegt im Ermessen des Dienstherrn (Urteil vom 10. April 1997 a.a.O.). Da der Dienstherr nach einhelliger Auffassung gehindert ist, vom Dienst freigestellte Personalratsmitglieder für die Zeit der Freistellung dienstlich zu beurteilen (vgl. z.B. Beschluss vom 7. November 1991 a.a.O.), auch wenn dies - ebenfalls - die Vorschriften über die dienstliche Beurteilung nicht ausdrücklich vorsehen, ist der berufliche Werdegang des Personalratsmitglieds mangels aktueller dienstlicher Beurteilungen fiktiv nachzuzeichnen (vgl. Beschluss vom 7. November 1991 a.a.O.; BAG, Urteile vom 31. Oktober 1985 a.a.O. und vom 27. Juni 2001 a.a.O.; Schnellenbach, ZfPR 2002, 51 m.w.N.; Goeres, PersV 2004, 124 m.w.N.).
- 18 Der Ausgleich zwischen dem personalvertretungsrechtlichen Benachteiligungsverbot und dem Gebot, die Eignung für den Beförderungsdienstposten zu verwarnern, kann dadurch hergestellt werden, dass aufgrund des bisherigen beruflichen Werdegangs des Personalratsmitglieds und vergleichbarer Bediensteter

ter prognostisch festgestellt wird, ob der vom Dienst freigestellte Bewerber den Anforderungen der Erprobung aller Voraussicht nach gerecht werden würde.

- 19 Die Prognose ist auf sämtliche Erkenntnisse über den Bewerber zu stützen, die auch für dienstliche Beurteilungen verwertet werden. Insbesondere sind die dienstlichen Anforderungen, denen das Personalratsmitglied bis zu seiner Freistellung gerecht werden musste und die das angestrebte Beförderungsamts stellt, wie auch die bisherigen Leistungen zu berücksichtigen. Je ähnlicher die dienstlichen Aufgaben, die das Personalratsmitglied bereits vorher wahrgenommen hat, den auf dem Erprobungsdienstposten anfallenden Aufgaben sind, je länger und je qualifizierter das Personalratsmitglied seine früheren dienstlichen Aufgaben erledigt hat und je kürzer dies zurückliegt, umso gesicherter ist die Erwartung, dass der Bewerber dauerhaft den Anforderungen des höherwertigen Statusamtes gerecht werden wird. Haben sich die dem freigestellten Personalratsmitglied nach Leistungsstand und Tätigkeit vergleichbaren Beamten später bei einer Erprobung ähnlicher Art überwiegend bewährt, ist ebenfalls abzusehen, dass auch das freigestellte Personalratsmitglied Erfolg haben würde. Andererseits wird die Prognose umso ungewisser, wenn und je mehr das freigestellte Personalratsmitglied einer seinem Statusamt entsprechenden Tätigkeit seit längerer Zeit nicht mehr nachgegangen ist oder wenn es sich um einen Dienstposten bewirbt, der erhebliche Unterschiede zu der bisherigen dienstlichen Tätigkeit aufweist.
- 20 Lässt sich eine belastbare Prognose nicht treffen, dass das freigestellte Personalratsmitglied den Anforderungen des Beförderungsdienstpostens während der Erprobungsphase gerecht würde, kann von einer tatsächlichen Erprobung nicht abgesehen werden. Das personalvertretungsrechtliche Benachteiligungsverbot findet seine Grenzen in den Auswahlkriterien des Art. 33 Abs. 2 GG. Dem Prinzip der Auslese nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung sind auch Personalratsmitglieder unterworfen (vgl. BAG, Urteile vom 29. Oktober 1998 a.a.O. und vom 27. Juni 2001 a.a.O.). Erfüllt das Personalratsmitglied nicht das Anforderungsprofil des zur Erprobung vorgesehenen Dienstpostens - fehlen ihm also die erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen -, so verschafft das Benachteiligungsverbot keinen Anspruch darauf, von

bestimmten Qualifikationsmerkmalen dispensiert zu werden (vgl. auch z.B. Beschluss vom 3. Juli 2001 - BVerwG 1 WB 24.01 - Buchholz 236.1 § 3 SG Nr. 26). Die verfassungsrechtliche Beschränkung des Benachteiligungsverbots hat zugleich zur Folge, dass verbleibende Zweifel an der Eignung des Personalratsmitglieds für ein höherwertiges Statusamt zu dessen Lasten gehen und diese Zweifel erst ausgeräumt sind, wenn sich der Beamte auf dem Erprobungsdienstposten tatsächlich bewährt hat (vgl. Urteil vom 10. Februar 2000 - BVerwG 2 A 10.98 - Buchholz 232.1 § 11 BLV Nr. 1).

- 21 Nach diesen Maßstäben war die Entscheidung des Beklagten, dem Kläger die Beförderung zur versagen, weil er die Erprobung auf dem Posten des Schulleiters der Grund- und Hauptschule „P.-Schule“ in W. abgelehnt hat, rechtswidrig. Der Beklagte war zu Unrecht der Auffassung, dass sich freigestellte Personalratsmitglieder vor einer Beförderung ausnahmslos der Erprobung unterziehen müssten. Vielmehr hatte der Beklagte zunächst das Ergebnis einer „fiktiven Erprobung“ des Klägers prognostisch zu ermitteln. Insoweit liegt die Annahme nahe, dass der Kläger aufgrund seiner bisherigen Leistungsstärke im Dienst und aufgrund seiner langjährigen und erst kurze Zeit zurückliegenden Tätigkeit auf einem Schulleiterposten aller Wahrscheinlichkeit nach auch die Erprobung auf dem ausgeschriebenen Posten des Leiters einer Grund- und Hauptschule mit Erfolg abgeschlossen hätte. Wegen der dem Beklagten vorbehaltenen Ermessens- und Beurteilungsspielräume hat er die fiktive Nachzeichnung bei nächster Gelegenheit nachzuholen.
- 22 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Da der Beklagte abschließend unterliegt, hat er die Kosten des Verfahrens aller Instanzen zu tragen.

Albers

Dr. Kugele

Groepper

Dr. Bayer

Dr. Heitz

B e s c h l u s s

Der Streitwert wird für das Revisionsverfahren auf 28 255 € festgesetzt (§ 52 Abs. 5 Satz 2 i.V.m. Satz 1 GKG).

Albers

Groepper

Dr. Bayer

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Beamtenrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

BRRG	§ 12 Abs. 2 Nr. 4
BPersVG	§ 107
LBG Rheinland-Pfalz	§ 12
LPersVG Rheinland-Pfalz	§ 39 Abs. 1

Stichworte:

Beförderung freigestellter Personalratsmitglieder; Benachteiligungsverbot für -; laufbahnrechtliche Erprobung; fiktive Laufbahnnachzeichnung.

Leitsatz:

Vom Dienst freigestellte Mitglieder von Personalvertretungen sind vor einer Beförderung nicht ausnahmslos verpflichtet, die Aufgaben eines höherwertigen Dienstpostens zum Zwecke der Erprobung tatsächlich wahrzunehmen und damit auf die Freistellung zu verzichten.

Urteil des 2. Senats vom 21. September 2006 - BVerwG 2 C 13.05

I. VG Mainz vom 28.04.2004 - Az.: VG 7 K 1255/03 -
II OVG Koblenz vom 08.11.2004 - Az.: OVG 2 A 10994/04 -