



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 6 PB 18.11  
OVG 60 PV 16.10

In der Personalvertretungssache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 22. Dezember 2011  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Neumann und  
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Büge und Prof. Dr. Hecker

beschlossen:

Die Beschwerde des Antragstellers gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde im Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg - Fachsenat für Personalvertretungssachen des Landes Berlin - vom 5. Mai 2011 wird zurückgewiesen.

#### G r ü n d e :

- 1 Die Beschwerde des Antragstellers gegen die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde durch das Oberverwaltungsgericht gemäß § 91 Abs. 2 BlnPersVG i.V.m. § 92a Satz 1 ArbGG hat keinen Erfolg.
- 2 1. Die Grundsatzrüge gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1, § 92 Abs. 1 Satz 2 ArbGG greift nicht durch.
- 3 a) Der Antragsteller will geklärt wissen, ob ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 88 Nr. 7 BlnPersVG nur dann besteht, wenn eine höher zu bewertende Tätigkeit dauerhaft übertragen wird (Seite 6 der Beschwerdebegründung, Nr. 1). In diesem Umfang wäre eine Klärung im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht erforderlich. Entscheidungserheblich wäre hier unter Zugrundelegung des in der mündlichen Anhörung vor dem Oberverwaltungsgericht aktualisierten Feststellungsantrags (BA S. 6, S. 2 des Sitzungsprotokolls vom 5. Mai 2011) lediglich, ob die Verlängerung der zeitlich befristeten Verwendung einer Beamtin auf einem höherwertigen Dienstposten, die auf die Krankheit einer anderen Dienstkraft zurückgeht, um weitere drei Monate auf insgesamt sechs Monate der Mitbestimmung gemäß § 88 Nr. 7 BlnPersVG unterliegt. Dieser Frage ist in Anbetracht des häufigen Auftretens vergleichbarer Vertretungskonstellationen eine fallübergreifende Bedeutung nicht abzusprechen. Sie kann aber unter Berück-

sichtigung der Rechtsprechung des Senats eindeutig im Sinne des Oberverwaltungsgerichts verneint werden und bedarf keiner Klärung im Rechtsbeschwerdeverfahren.

- 4 aa) § 88 Nr. 7 BlnPersVG sieht das Mitbestimmungsrecht des Personalrats in Angelegenheiten der Beamten nur für solche Übertragungen höher bewerteter Tätigkeiten vor, die „nicht nur vorübergehender“ Art sind. Hierin weicht die Vorschrift von parallel gelagerten Bestimmungen im Bundesrecht und im Recht einiger anderer Länder ab, die keine entsprechende Einschränkung enthalten (siehe neben § 76 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG und § 75 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG beispielsweise § 72 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 NWPersVG, § 87 Abs. 1 Nr. 5 HmbPersVG, § 77 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c HePersVG). Eine Auslegung, die vertretungsweise Tätigkeitsübertragungen - als einen typischen Fall vorübergehender Tätigkeitsübertragungen (siehe Germelmann/Binkert/Germelmann, PersVG Berlin, 3. Aufl. 2010, § 87 Rn. 52) - nicht zumindest grundsätzlich von der Mitbestimmung gemäß § 88 Nr. 7 BlnPersVG ausnimmt, wäre mit dem Wortlaut der Vorschrift nicht in Einklang zu bringen. Die im Beschluss des Senats vom 8. Oktober 1997 - BVerwG 6 P 9.95 - (BVerwGE 105, 247 <248> = Buchholz 250 § 75 BPersVG Nr. 95 S. 38; siehe bereits zuvor Senatsbeschluss vom 22. Oktober 1991 - BVerwG 6 ER 502.91 - PersR 1992, 104) im Hinblick auf § 75 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG getroffene Feststellung, wonach die vorübergehende Übertragung einschließlich der vertretungsweisen Übertragung höherwertiger Tätigkeiten (abgesehen vom Fall ihrer Vorwegnahme im Geschäftsverteilungs- und/oder Vertretungsplan) der Mitbestimmung des Personalrats unterliegt, kann im vorliegenden Fall nicht zum Tragen kommen. Bezeichnenderweise hat der Senat in diesem Beschluss gerade den Wortlautunterschied zum Personalvertretungsrecht des Landes Berlin mit zur Begründung herangezogen (Beschluss vom 8. Oktober 1997 - BVerwG 6 P 9.95 - a.a.O. S. 251 bzw. S. 39 - dort wird § 76 Abs. 1 Nr. 2 BlnPersVG genannt, gemeint ist aber offensichtlich § 87 Nr. 2 BlnPersVG, der für den Bereich der Arbeitnehmer die Parallelnorm zu § 88 Nr. 7 BlnPersVG darstellt). Ferner hat der Senat damals hervorgehoben, dass beim Erlass des BPersVG im Zustimmungsverfahren des Bundesrates ein Änderungsvorschlag des Freistaats Bayern erfolglos blieb, den Anwendungsbereich der Parallelvorschrift des § 76 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG durch Auf-

nahme der Wendung „nicht nur vorübergehende“ einzuschränken (Beschluss vom 8. Oktober 1997 - BVerwG 6 P 9.95 - a.a.O. S. 251 f. bzw. S. 40; BRDrucks 50/10/74 S. 3) - also exakt derjenigen Wendung, die in § 88 Nr. 7 BlnPersVG Eingang gefunden hat.

- 5 bb) Zu Recht hat das Oberverwaltungsgericht im vorliegenden Fall angenommen, dass auch die Verlängerung der vertretungsweisen Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit um weitere drei Monate auf insgesamt sechs Monate nicht zur Mitbestimmung gemäß § 88 Nr. 7 BlnPersVG führt. Sofern sich aus dem bei der Entscheidung zum Ausdruck kommenden Willen des Dienstherrn, der den für die rechtliche Beurteilung maßgeblichen Bezugspunkt bildet (Germelmann/Binkert/Germelmann, PersVG Berlin a.a.O.), ergibt, dass die Verwendung weiterhin mit Rücksicht auf die mögliche Rückkehr des Erkrankten vorläufigen Charakter behält, bleibt sie grundsätzlich vorübergehend im Sinne von § 88 Nr. 7 BlnPersVG. Dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, dass insoweit eine Obergrenze anzulegen wäre. Hätte der Gesetzgeber eine zeitliche Grenzziehung gewollt, so hätte es nahe gelegen, sie wie bei anderen Mitbestimmungstatbeständen (vgl. etwa § 86 Abs. 3 Nr. 3 BlnPersVG für eine Abordnung mit mehr als dreimonatiger Dauer oder sobald eine Abordnung diese Dauer überschreitet) ausdrücklich im Gesetz festzuschreiben. Im Gegensatz zum Gesetzgeber im Land Berlin haben andere Landesgesetzgeber von dieser Möglichkeit gerade auch in Bezug auf den Tatbestand vorübergehender Übertragungen höherwertiger Tätigkeiten Gebrauch gemacht (siehe z.B. Art. 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BayPVG - sechs Monate, § 65 Abs. 2 Nr. 3 NdsPersVG - drei Monate). Das Fehlen einer zeitlichen Grenzziehung in § 88 Nr. 7 BlnPersVG kann auch nicht unter Berufung auf den Sinn und Zweck der Regelung mit dem Argument überwunden werden, andernfalls liefe die Schutz- und Kontrollfunktion des Personalrats leer. Zwar hat der Senat in seinem Beschluss vom 8. Oktober 1997 - BVerwG 6 P 9.95 - im Rahmen der Auslegung von § 75 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG ausgeführt, die vertretungsweise Wahrnehmung höherwertiger Tätigkeiten könne die Rechtsstellung der betroffenen Dienstkraft nachhaltig beeinflussen und die Interessen der anderen Dienstkräfte in gewichtiger Weise berühren; konkret hat der Senat hierbei unter anderem auf die mögliche aufstiegsbegünstigende Wirkung vorübergehender Tätigkeitsübertragungen hin-

gewiesen (Beschluss vom 8. Oktober 1997 - BVerwG 6 P 9.95 - a.a.O. S. 253 bzw. S. 41), auf die sich im vorliegenden Verfahren auch das Verwaltungsgericht in seinem Beschluss vom 30. September 2010 gestützt hat (BA S. 7 f.). Diese Erwägung kann aber im vorliegenden Zusammenhang nicht zum Tragen kommen, da sie unter dem Vorzeichen eines anderslautenden Gesetzestextes entwickelt wurde. Während § 75 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG seinem Wortlaut nach Raum für eine Auslegung lässt, mit der bereits das mögliche Entstehen tatsächlicher Wettbewerbsvorteile im Rahmen späterer Auswahlverfahren als Auslöser der Mitbestimmung anerkannt wird, steht der abweichende Wortlaut des § 88 Nr. 7 BlnPersVG einem entsprechend weiten Gesetzesverständnis entgegen. Die Entscheidung des Berliner Gesetzgebers für den Ausschluss vorübergehender Tätigkeitsübertragungen schließt zwangsläufig mit ein, dass tatsächliche Folgen, die hiermit für andere Dienstkräfte typischerweise einhergehen können, personalvertretungsrechtlich unbeachtlich bleiben. Dies gilt über mögliche Wettbewerbsvorteile im Rahmen späterer Auswahlverfahren hinaus auch für einige weitere Umstände, die im Beschluss des Senats vom 8. Oktober 1997 angesprochen worden sind (a.a.O.; Ungleichbehandlung anderer Dienstkräfte, denen die höherwertige Tätigkeit nicht übertragen wurde; etwaige zusätzliche Belastungen in der Zusammenarbeit). Soweit der Senat in seinem Beschluss vom 8. Oktober 1997 - BVerwG 6 P 9.95 - des Weiteren die Möglichkeit des Entstehens eines Zulagenanspruchs gem. § 24 BAT angesprochen hat (a.a.O.), muss dieser Aspekt in Bezug auf eine Tätigkeitsübertragung zwischen vier und sechs Monaten aus zeitlichen Gründen außer Betracht bleiben (vgl. § 1b Abs. 1 Nr. 1 BlnBesG i.V.m. § 46 BBesG, wonach eine Zulage für die vertretungsweise Wahrnehmung der Aufgaben eines höherwertigen Amtes erst nach Ablauf von 18 Monaten gewährt werden kann).

- 6 cc) Zu der Frage, ob im Falle vielfach wiederholter Verlängerungen der vertretungsweisen Verwendung eines Beamten auf einem höherwertigen Dienstposten die personalvertretungsrechtliche Beurteilung ab einem bestimmten Punkt „umschlagen“ und ausnahmsweise zur Mitbestimmungspflichtigkeit der Maßnahme führen kann, genügen folgende Hinweise: Der Senat verkennt nicht, dass sich Konstellationen entwickeln können, die, wären sie vorhergesehen worden, zu einer frühzeitigeren Mitbestimmung des Personalrats geführt hätten.

Dies gilt insbesondere, wenn sich zu einem späteren Zeitpunkt herausstellt, dass eine erkrankte Dienstkraft entgegen der ursprünglichen Annahme des Dienststellenleiters nicht mehr an ihren Arbeitsplatz zurückkehrt, so dass der bislang nur vertretungsweise wahrgenommene Dienstposten neu zu besetzen ist. Die Möglichkeit, dass in solchen Fällen die Mitbestimmung später einsetzt, als sie bei voller Kenntnis der nachfolgenden Entwicklung eingesetzt hätte, ist allerdings dem grundsätzlichen Ausschluss vertretungsweiser Tätigkeitsübertragungen aus dem Mitbestimmungstatbestand des § 88 Nr. 7 BlnPersVG von vorneherein immanent und vom Gesetzgeber daher prinzipiell in Kauf genommen worden. Ihr kann nicht durch ein schematisches Aufleben der Mitbestimmungspflicht ab Überschreiten einer bestimmten Gesamtdauer der Vertretungstätigkeit begegnet werden. Solange aus ex-ante-Sicht bei Übertragung oder bei der späteren Verlängerung vom Wegfall des Vertretungsgrundes auszugehen ist, behält die Maßnahme ihren vorläufigen Charakter. Der Dienststellenleiter ist allerdings gehalten, im Rahmen seiner Möglichkeiten regelmäßig zu prüfen, ob seine ursprüngliche Prognose weiterhin stichhaltig oder ob mittlerweile absehbar ist, dass der Vertretungsgrund nicht mehr entfallen wird. Ob ein Mitbestimmungsrecht zu bejahen ist, wenn die vertretungsweise Übertragung in Ansehung ihrer voraussichtlichen Länge zu einem Anspruch auf Gewährung einer Zulage gemäß § 1b Abs. 1 Nr. 1 BlnBesG i.V.m.§ 46 BBesG führen wird (vgl. Fischer/Goeres/Gronimus in: Fürst GKÖD, Bd. V, Stand März 2009, K § 76 Rn. 42), kann hier offenbleiben. Jedenfalls lässt sich ein Mitbestimmungsrecht nicht damit begründen, dass ein vertretungsweise eingesetzter Beamter nach Verstreichen eines bestimmten Zeitraums einen Anspruch auf eine aktuelle Beurteilung unter Einbeziehung seiner Tätigkeit auf dem höher bewerteten Dienstposten erlangt. Abgesehen davon, dass dieser Zeitraum je nach den Umständen und der betroffenen Person unterschiedlich lang sein kann, erzeugt die Beurteilung keine rechtlich abgesicherte Determinationswirkung im Hinblick auf die spätere Entscheidung über eine endgültige Aufgabenübertragung (vgl. zu diesem Prüfungsmaßstab die in anderen Auslegungszusammenhängen ergangenen Beschlüsse des Senats vom 8. Oktober 1997 - BVerwG 6 P 5.95 - BVerwGE 105, 241 ff. = Buchholz 250 § 75 BPersVG Nr. 94, vom 8. Dezember 1999 - BVerwG 6 P 10.98 - Buchholz 250 § 76 BPersVG Nr. 39, vom 28. August 2008 - BVerwG 6 P 12.07 - Buchholz 251.91 § 80 SächsPersVG Nr. 2 und

vom 27. Mai 2009 - BVerwG 6 P 17.08 - Buchholz 250 § 75 BPersVG Nr. 109). Soweit sie in rein tatsächlicher Hinsicht zu möglichen Wettbewerbsvorteilen im Rahmen späterer Auswahlverfahren führen kann, ist auf das oben unter bb) Gesagte zu verweisen.

- 7 b) Soweit der Antragsteller auf Seite 6 der Beschwerdebegründung Rechtssätze formuliert, die den angemessenen methodischen Richtpunkt der gesetzes-systematischen Auslegung von Beteiligungstatbeständen (Nr. 2) sowie die Zulässigkeit von Praktikabilitätsabwägungen im Rahmen der Bestimmung des Inhalts von Beteiligungsrechten einschließlich hieraus abzuleitender Rechtsfolgen (Nr. 3) betreffen, legt er keine Rechtsfragen dar, die einer Klärung im Rechtsbeschwerdeverfahren zugänglich wären. Der Antragsteller wendet sich hier in Wahrheit lediglich gegen einzelne Begründungselemente im angefochtenen Beschluss.
- 8 c) Soweit der Antragsteller auf Seite 6 der Beschwerdebegründung sinngemäß die Frage aufwirft (Nr. 4, erster Satz), ob ein Beteiligungsrecht gemäß § 88 Nr. 7 BlnPersVG im Falle vertretungsweiser Tätigkeitsübertragungen auf die hieraus resultierenden Wettbewerbsvorteile im Rahmen späterer Auswahlverfahren gestützt werden kann, wird gleichfalls keine der Klärung im Rechtsbeschwerdeverfahren zugängliche Rechtsfrage dargelegt, sondern eine Vorfrage angesprochen, die der Ebene rechtlicher Begründungserwägungen zuzuordnen ist; in der Sache wird insoweit auf die obigen Ausführungen unter b), aa) und bb) verwiesen. Im Hinblick auf die im selben Zusammenhang vom Antragsteller aufgeworfene Frage nach der Erheblichkeit etwaiger Zulagenansprüche gilt unbeschadet der oben unter b), cc) angestellten Erwägung, dass sie bei Zugrundelegung des aktualisierten Feststellungsantrags, der alleine auf die erstmalige Verlängerung der vertretungsweisen Übertragung um weitere drei Monate zielt, nicht entscheidungserheblich ist. Soweit die Beschwerdebegründung auf Seite 6 schließlich pauschal die Frage aufwirft (Nr. 4, zweiter Satz), ob Gegenstand des § 88 Nr. 7 BlnPersVG alleine Maßnahmen sind, die, ohne selbst eine Beförderung darzustellen, eine maßgebliche Vorentscheidung für die spätere Beförderung enthalten, fehlt gleichfalls die Entscheidungserheblichkeit.

- 9 2. Auch die Abweichungsrüge gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 2, § 92 Abs. 1 Satz 2 ArbGG bleibt ohne Erfolg. Der angefochtene Beschluss des Oberverwaltungsgerichts weicht entgegen der Annahme des Antragstellers nicht von dem Beschluss des Senats vom 8. Oktober 1997 - BVerwG 6 P 9.95 - (a.a.O.) ab. Dieser Beschluss verhält sich nicht zur Auslegung der Wendung „nicht nur vorübergehend“ im Sinne von § 88 Nr. 7 BlnPersVG. Sondern er betrifft mit § 75 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG eine Vorschrift, die eine entsprechend einschränkende Wendung - wie oben dargelegt - gerade nicht enthält. Soweit der Antragsteller in seiner Beschwerdebegründung meint (S. 9 ff.), beide Entscheidungen würden Unterschiede im Hinblick auf die Einschätzung der Praktikabilität eines Mitbestimmungsverfahrens bei vorübergehenden Tätigkeitsübertragungen sowie im Hinblick auf den angemessenen methodischen Richtpunkt der gesetzessystematischen Auslegung von Mitbestimmungstatbeständen offenbaren, werden von ihm keine Abweichungen in entscheidungstragenden Rechtssätzen dargelegt. Angesprochen sind hiermit wiederum nur einzelne Begründungselemente in den jeweiligen Beschlüssen.

Neumann

Büge

Prof. Dr. Hecker



Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Personalvertretungsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

BlnPersVG § 88 Nr. 7

Stichworte:

Personalvertretungsrecht; Mitbestimmung des Personalrats; vorübergehende Übertragung höherwertiger Tätigkeiten; Nichtzulassungsbeschwerde.

Leitsatz:

Die vertretungsweise Übertragung höherwertiger Tätigkeiten unterfällt grundsätzlich nicht der Mitbestimmung gemäß § 88 Nr. 7 BlnPersVG.

Beschluss des 6. Senats vom 22. Dezember 2011 - BVerwG 6 PB 18.11

- I. VG Berlin vom 30.09.2010 - Az.: VG 61 K 14.10 PVL Berlin -
- II. OVG Berlin vom 05.05.2011 - Az.: OVG 60 PV 16.10 -