

Roman Parafianowicz und Dr. Thomas Barthel<sup>(\*)</sup>

## Die Zustimmungsverweigerung des Personalrats zur Einstellung – ein Wettbewerbsnachteil für den öffentlichen Arbeitgeber

1. Einführung
2. Grundsatz: Durchführung des Stufenverfahrens im Anschluss an die Zustimmungsverweigerung des Personalrats
  - 2.1 Regelung des Stufenverfahrens in den einzelnen Personalvertretungsgesetzen
  - 2.2 Ablauf des Stufenverfahrens im Allgemeinen
    - 2.2.1 Form/Frist zur Vorlage
    - 2.2.2 Beteiligte des Stufenverfahrens
    - 2.2.3 Zustimmungsverweigerung durch die Stufenvertretung(en)
  - 2.3 Anrufung der Einigungsstelle
  - 2.4 Entscheidung der Einigungsstelle
    - 2.4.1 Zeitliche Vorgaben
    - 2.4.2 Bindung der Beteiligten durch die Entscheidung der Einigungsstelle
    - 2.4.3 Gerichtliche Überprüfung des Spruchs der Einigungsstelle
  - 2.5 Zwischenfazit
3. „Vorläufige“ Beschäftigung nur in Extremfällen
  - 3.1 Vorläufige Regelungen in den jeweiligen Personalvertretungsgesetzen
  - 3.2 Kriterium „Der Natur der Sache nach unaufschiebar“
  - 3.3 Eilbedürftigkeit
  - 3.4 Zwischenfazit

---

(\*)

R. Parafianowicz ist Rechtsanwalt, Dr. Th. Barthel ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht bei BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin

4. Zustimmungs- bzw. Billigungsifiktion bei Nichtäußerung bzw. Unbeachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung

- 4.1 Gesetzliche Zustimmungs- bzw. Billigungsifiktion
- 4.2 Ordnungsgemäße Unterrichtung durch die Dienststelle
  - 4.2.1 Form der Unterrichtung
  - 4.2.2 Inhalt und Umfang der Unterrichtung
- 4.3 Schriftliche Zustimmungsverweigerung des Personalrats innerhalb der Stellungnahmefrist
  - 4.3.1 Stellungnahmefristen in den jeweiligen Personalvertretungsgesetzen
  - 4.3.2 Schriftform
- 4.4 Unbeachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung
  - 4.4.1 Formale Anforderungen
  - 4.4.2 Beispiele für unbeachtliche Zustimmungsverweigerungen
- 4.5 Zwischenfazit

5. Rechtsschutzmöglichkeiten des Personalrats

- 5.1 Kein Unterlassungsanspruch
- 5.2 Verpflichtungsantrag/Feststellungsantrag
- 5.3 Einstweilige Verfügung

6. Handlungsempfehlung für den Fall des Unterliegens in erster Instanz

In der Praxis besteht häufig das Problem, dass die Personalvertretung die Zustimmung zu einer personellen Maßnahme verweigert. Gerade bei einer Einstellung ist dies vor dem Hintergrund des akuter werdenden Fachkräftemangels misslich, da die Durchführung des gesamten Mitbestimmungsverfahrens bei Verweigerung der Zustimmung mehrere Monate dauern kann. In dieser Zeit nehmen qualifizierte Bewerber häufig Abstand von der beabsichtigten Tätigkeit in der Dienststelle und orientieren sich anderweitig. Im Gegensatz zum Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes, in dem eine praktikable Regelung zur vorläufigen Durchführung einer personellen Maßnahme in Gestalt einer Einstellung besteht, existiert eine vergleichbare Rechtslage im Anwendungsbereich der Personalvertretungsgesetze aufgrund der extrem hohen Anforderungen der Rechtsprechung an eine vorläufige Durchführung der personellen Maßnahme nicht. Insbesondere im Land Berlin hat der Gesetzgeber deutlich zu verstehen gegeben, dass eine Maßnahme ohne Zustimmung der Personalvertretung nicht einmal vorläufig umgesetzt werden darf. Dieser Beitrag zeigt – bezogen primär auf die Einstellung von Arbeitnehmern – die rechtlichen Rahmenbedingungen sowie Möglichkeiten auf, einen Nachteil für den öffentlichen Arbeitgeber im Wettbewerb um qualifizierte Fachkräfte zu vermeiden.

## 1. Einführung

Der Personalrat hat bei beabsichtigten personellen Maßnahmen der Dienststelle in Gestalt von Einstellungen mitzubestimmen und vorher seine Zustimmung zu erteilen.

Verweigert er die Zustimmung, ist die Dienststelle verpflichtet, ein Stufenverfahren einzuleiten. Die Angelegenheit ist dann der nächstübergeordneten Dienststelle vorzulegen, bei der eine Stufenvertretung gebildet ist. Die übergeordnete Dienststelle hat zu versuchen, sich mit der bei ihr gebildeten Stufenvertretung zu einigen. Lehnt auch die Stufenvertretung die Zustimmung ab, so muss, wenn es sich bei der Dienststelle um eine Behörde der Mittelstufe handelt, die Angelegenheit der obersten Dienstbehörde vorgelegt werden, bei der eine Stufenvertretung (der Hauptpersonalrat) gebildet ist. Scheitert auch auf dieser Ebene eine Einigung zwischen den Beteiligten und lehnt die Stufenvertretung die Zustimmung zur Einstellung ab, kommt nur noch die Anrufung der Einigungsstelle in Betracht.

Bis zur Entscheidung der Einigungsstelle, die bei Einstellungen im Regelfall als Empfehlung an die oberste Dienstbehörde, teilweise aber auch als die Beteiligten bindender Beschluss ergeht (s. u. bei 2.4.2), vergeht ein erheblicher Zeitraum. Inzwischen gilt das sog. personalvertretungsrechtliche Beschäftigungsverbot (s. u. bei 2.5).

Angesichts dessen ist die Umsetzung der beabsichtigten Einstellung vor dem Abschluss des Stufenverfahrens bzw. der Entscheidung der Einigungsstelle oder – im Fall der Empfehlung – durch die oberste Dienstbehörde nicht dauerhaft rechtssicher möglich. Dieser „Schwebezustand“ stellt sowohl für den ausgewählten Bewerber als auch für die Dienststelle eine unbefriedigende Situation dar. Für die Dienststelle besteht die Gefahr, dass sich der ausgewählte Bewerber in der Zwischenzeit anderweitig orientiert und der Dienststellenleiter somit den oftmals in einem aufwendigen Auswahlverfahren ausgewählten bestgeeigneten Kandidaten für die zu besetzende Stelle verliert. Die von beiden Parteien gewünschte dauerhafte Besetzung der Stelle wird zur „Hängepartie“.

Da im Gegensatz zu § 100 BetrVG eine vorläufige Durchführung der personellen Maßnahmen vom BVerwG in seiner Rechtsprechung für den Geltungsbereich der Personalvertretungsgesetze nur in Extremfällen als Ausnahme anerkannt wird (s. u. bei 3.), ist eine zeitnahe Umsetzung der Maßnahme lediglich dann möglich, wenn der Personalrat bzw. die jeweilige Stufenvertretung sich innerhalb der gesetzlichen Stellungnahmefrist zur beabsichtigten Einstellung gar nicht bzw. im Fall der Zustimmungsverweigerung nur in unbeachtlicher Weise äußert (s. u. bei 4.). Sowohl bei Fehlen jeglicher Äußerung als auch bei Unbeachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung gilt die Zustimmung des Personalrats kraft gesetzlicher Fiktion mit Ablauf der Stellungnahmefrist als erteilt, so dass die Maßnahme dann umgesetzt werden kann.

Der nachfolgende Beitrag gibt zunächst einen Überblick über das Prozedere im Anschluss an eine Verweigerung der Zustimmung des Personalrats zu einer mitbestimmungspflichtigen Einstellung. Diesbezüglich werden, neben den Abweichungen in den jeweiligen Personalvertretungsgesetzen des Bundes und der Länder, insbesondere die mit der Einleitung eines Stufenverfahrens verbundenen Wettbewerbsnachteile für den öffentlichen Arbeitgeber erläutert. Der Fokus ist sodann darauf gerichtet, dass eine eingehende Prüfung der Zustimmungsverweigerung der Personalvertretung u. U. zum Ergebnis führen kann, aufgrund unbeachtlicher Zustimmungsverweigerung von der Einleitung eines langwierigen Stufenverfahrens rechtssicher absehen und somit die gewünschte dauerhafte Besetzung mit dem ausgewählten Bewerber zum beabsichtigten Zeitpunkt durchführen zu können. Denn nicht jede Zustimmungsverweigerung der Personalvertretung ist beachtlich und zwingt die Dienststelle zur Einleitung weiterer Einigungsbemühungen mit den Stufenvertretungen bzw. zur Anrufung der Einigungsstelle. Für diesen Fall werden abschließend die Rechtsschutzmöglichkeiten der Personalvertretung (s. u. bei 5.) nach Umsetzung der Einstellung sowie die Handlungsmöglichkeiten der Dienststelle für den Fall des erstinstanzlichen gerichtlichen Unterliegens (s. u. bei 6.) erläutert.

## **2. Grundsatz: Durchführung des Stufenverfahrens im Anschluss an die Zustimmungsverweigerung des Personalrats**

Verweigert der Personalrat seine Zustimmung zur beabsichtigten Einstellung, muss der Dienststellenleiter den Versuch unternehmen, eine Einigung mit dem Personalrat zu erzielen. Führt dies zu keiner Einigung, ist grundsätzlich bei zwei- bzw. dreistufigem Verwaltungsaufbau das sog. Stufenverfahren einzuleiten, woran sich – im Falle der Nichteinigung auf den nächstübergereordneten Ebenen – ein Einigungsstellenverfahren anschließt. Das Stufenverfahren kommt nur dann in Betracht, wenn der Dienststelle eine andere Dienststelle übergeordnet ist. Wenn bereits für die Maßnahme selbst die oberste Dienstbehörde zur Entscheidung befugt ist, erfolgt sogleich die Anrufung der Einigungsstelle.

### **2.1 Regelung des Stufenverfahrens in den einzelnen Personalvertretungsgesetzen**

Das Stufenverfahren ist im Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG) in § 69 Abs. 2 geregelt. Entsprechende landespersonalvertretungsrechtliche Regelungen bestehen in §§ 69 Abs. 3 und 4 Landespersonalvertretungsgesetz Baden-Württemberg (LPVG BW), Art. 70 Abs. 4 und 5 Bayerisches Personalvertretungsgesetz (BayPVG), § 80 Personalvertretungsgesetz Berlin (PersVG Berlin), § 61 Abs. 5–7 Landespersonalvertretungsgesetz Brandenburg (LPVG Brandenburg), § 70 Hessisches Personalvertretungsgesetz (HPVG), § 62 Abs. 3–7 Personalvertretungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern (PersVG MV), § 70 Niedersächsisches Personalvertretungsgesetz (NPersVG), § 66 Abs. 3, 5–7 Landespersonalvertretungsgesetz Nordrhein-Westfalen (LPVG NRW), § 74 Abs. 4 und 5 Landespersonalvertretungsgesetz Rheinland-Pfalz (LPersVG Rheinland-Pfalz), § 73 Abs. 4–6 Saarländisches Personalvertretungsgesetz (SPersVG), § 79 Abs. 3–6 Sächsisches Personalvertretungsgesetz (SächsPersVG), § 62 Personalvertretungsgesetz Sachsen-Anhalt (PersVG LSA), § 52 Abs. 3–6 Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein (MBG Schl.-H.), § 69 Abs. 3–8 Thüringisches Personalvertretungsgesetz (ThürPersVG).

In § 59 Bremisches Personalvertretungsgesetz (BremPVG) sowie § 80 Hamburgisches Personalvertretungsgesetz (HmbPersVG) ist explizit im Fall der Nichteinigung die Anrufung einer Schlichtungsstelle vorgesehen, die jeweils bei dem für die Dienststelle zuständigen Senator gebildet wird. Sofern die Schlichtungsstelle Nichteinigung feststellt, ist die Einigungsstelle anzurufen.

### **2.2 Ablauf des Stufenverfahrens im Allgemeinen**

Kommt eine Einigung zwischen Dienststellenleiter und Personalrat nicht zustande, muss die Angelegenheit, wenn der Dienststelle eine andere Dienststelle übergeordnet ist, bei der eine Stufenvertretung besteht, dieser Dienststelle vorgelegt werden.

#### **2.2.1 Form/Frist zur Vorlage**

Obwohl für die Vorlage keine besondere Form ausdrücklich vorgeschrieben ist, wird davon ausgegangen, dass aus dem Sinn der Vorlage und der damit verbundenen Verlagerung des Mitbestimmungsverfahrens auf die nächsthöhere Stufe der Verwaltung die Schriftform zu wahren ist.<sup>2</sup>

Die Frist für die Vorlage ist in den einzelnen Personalvertretungsgesetzen unterschiedlich geregelt:

<sup>2</sup>

Vgl. ua. *Richardi/Dörner/Weber*, Personalvertretungsrecht (4. Auflage 2012) § 69 BPersVG Rn. 70 m. w. N.

Gem. § 69 Abs. 2 BPersVG muss die Vorlage binnen sechs Arbeitstagen nach Zugang der Zustimmungsverweigerung erfolgen. Die Landespersonalvertretungsgesetze sind hier mit Ausnahme des SächsPersVG, das ebenfalls eine Vorlage binnen sechs Arbeitstagen vorsieht (§ 79 Abs. 3 SächsPersVG), großzügiger. Eine Frist von 10 Arbeitstagen gilt im LPVG Brandenburg (§ 61 Abs. 5), im PersVG MV (§ 62 Abs. 2), im MBG Schl.-H. (§ 52 Abs. 3) sowie im ThürPersVG (§ 69 Abs. 3). Im LPVG BW beträgt die Vorlagefrist 12 Arbeitstage (§ 69 Abs. 3), im LPersVG Rheinland-Pfalz 12 Werktagen (§ 74 Abs. 4).

Die übrigen Personalvertretungsgesetze der Länder sehen vor, dass die Vorlage binnen zwei Wochen nach Zugang der Zustimmungsverweigerung erfolgen muss.

Da bei der Vorlage an die nächstübergeordnete Dienststelle der Dienstweg einzuhalten ist<sup>3</sup>, wird nicht verlangt, dass die Vorlage innerhalb der Frist der übergeordneten Dienststelle zugeht, sondern es genügt, dass die Vorlage fristgemäß abgesandt wird, sodass sie auf dem Dienstweg der nunmehr im Mitbestimmungsverfahren entscheidungsberechtigten Dienststelle vorgelegt wird.<sup>4</sup>

Die Mehrheit der Regelungen verpflichtet den Dienststellenleiter, bei Vorlage der Angelegenheit an die nächstübergeordnete Dienststelle den Personalrat unter Angabe der Gründe zu unterrichten.<sup>5</sup>

## 2.2.2 Beteiligte des Stufenverfahrens

Am Stufenverfahren selbst sind nur der Leiter der übergeordneten Dienststelle und die dort gebildete Stufenvertretung (Bezirks- oder Hauptpersonalrat) beteiligt. Erst wenn beide eingeschaltet sind, ist das Stufenverfahren eingeleitet und erst dann geht aufseiten der Personalvertretung die Sachherrschaft in vollem Umfang und ohne Unterbrechung vom Personalrat auf die Stufenvertretung über.<sup>6</sup> Sie und der Leiter der übergeordneten Dienststelle haben das Zustimmungsbegehren untereinander in der gleichen Weise zu behandeln wie zuvor die Beteiligten des Ausgangsverfahrens und insoweit zu versuchen, sich zu einigen.<sup>7</sup>

Die nächstübergeordnete Dienststelle hat dabei zu entscheiden, ob sie das Verfahren weiter betreiben oder es bei der Zustimmungsverweigerung bewenden lassen möchte, wobei sie in letzterem Fall das Verfahren durch die Anweisung beendet, von der geplanten Maßnahme abzusehen.<sup>8</sup>

Betreibt die nächstübergeordnete Dienststelle die Angelegenheit weiter, gelten hinsichtlich der Unterrichtung durch den Dienststellenleiter sowie der Frist zur Stellungnahme der Stufenvertretung dieselben Grundsätze wie im Ausgangsverfahren.<sup>9</sup>

<sup>3</sup>

Vgl. BVerwG 20.1.1993 – 6 P 21.90 –, AP BPersVG § 69 Nr. 1 = ZTR 1993, 435 (L).

<sup>4</sup>

Vgl. ua. *Richardi/Dörner/Weber* (FN 1) § 69 BPersVG Rn. 68 m. w. N.

<sup>5</sup>

Vgl. nur für das BPersVG: § 69 Abs. 3 S. 5.

<sup>6</sup>

Vgl. BVerwG 20.1.1993 – 6 P 21.90 (FN 2).

<sup>7</sup>

Vgl. BVerwG 20.1.1993 – 6 P 21.90 (FN 2).

<sup>8</sup>

Vgl. ua. *Richardi/Dörner/Weber* (FN 1) § 69 BPersVG Rn. 82 m. w. N.

## 2.2.3 Zustimmungsverweigerung durch die Stufenvertretung(en)

Lehnt die Stufenvertretung die Zustimmung form- und fristgerecht ab, so hat, wenn es sich bei der angerufenen Dienststelle um eine Behörde der Mittelstufe handelt, der Leiter die Angelegenheit der obersten Dienstbehörde vorzulegen, bei der eine Stufenvertretung besteht, also der Hauptpersonalrat gebildet ist.

Hinsichtlich der Frist zur Vorlage gilt insofern überwiegend dasselbe wie für die Anrufung im ersten Instanzenzug. Gelangt das Verfahren demgemäß in eine dritte Instanz, wiederholt sich hier das Verfahren in gleicher Weise wie in der ersten und zweiten Instanz. Lehnt die Stufenvertretung in der dritten Instanz die Zustimmung ab, so kommt, wenn weitere Einigungsbestrebungen keinen Erfolg haben, nur noch die Anrufung der Einigungsstelle in Betracht.<sup>10</sup>

## 2.3 Anrufung der Einigungsstelle

Soweit der vorangehende Instanzenzug erschöpft ist bzw. wenn eine Vor- oder Nachordnung von Dienststellen oder Betrieben nicht besteht, ist im Fall der Nichteinigung die Einigungsstelle anzurufen, sofern die personelle Maßnahme durchgeführt werden soll.

Explizite Fristen, innerhalb derer die Einigungsstelle anzurufen ist, bestehen in § 61 Abs. 7 LPVG Brandenburg, § 72 Abs. 5 PersVG MV, § 52 Abs. 5 MBG Schl.-H., § 69 Abs. 4–7 ThürPersVG (innerhalb von 10 Arbeitstagen), § 59 Abs. 6 BremPVG, § 81 Abs. 1 HmbPersVG, § 70 Abs. 2–4 HPVG, § 70 Abs. 4 NPersVG, § 62 Abs. 4 PersVG LSA und § 81 Abs. 1 PersVG Berlin (innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der ablehnenden Entscheidung) sowie § 73 Abs. 5 SPersVG (innerhalb von vier Wochen nach Feststellung der endgültigen Nichteinigung).

Keine Fristen bestehen im BPersVG und in den Personalvertretungsgesetzen der Länder Baden-Württemberg, Bayern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Sachsen.

Die Anrufung der Einigungsstelle sollte auch hier jedoch unverzüglich im Anschluss an die Feststellung der Nichteinigung erfolgen, da bei Anrufung mit erheblicher Verspätung im Einzelfall nach Treu und Glauben Verwirkung eingetreten sein kann.<sup>11</sup>

## 2.4 Entscheidung der Einigungsstelle

<sup>9</sup>

Hierzu sogleich ausführlicher bei 4.

<sup>10</sup>

Bei Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts ist das in ihrer Verfassung für die laufende Geschäftsführung vorgesehene oberste Organ anzurufen (zB. der Vorstand). Die Anrufung des obersten Organs kommt aber nur in Betracht, wenn bei ihm eine Stufenvertretung gebildet ist, also eine Vor- oder Nachordnung von Dienststellen oder Betrieben besteht. Fehlt sie hingegen, so kommt bei Nichteinigung zwischen dem Leiter der juristischen Person und dem Personalrat nur direkt die Anrufung der Einigungsstelle in Betracht (vgl. zu den Besonderheiten Richardi/Dörner/Weber (FN 1) § 69 BPersVG Rn. 78 f.).

<sup>11</sup>

Vgl. Richardi/Dörner/Weber (FN 1) § 69 BPersVG Rn. 94 unter Verweis auf den Beschluss des OVG NRW 29.11.2000 – 1 A 2014/98.PVL –, PersV 2001, 471 zur Verwirkung im Fall der verspäteten Einleitung eines personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahrens, dessen Grundsätze hier entsprechend heranzuziehen sind.

## 2.4.1 Zeitliche Vorgaben

In einigen Personalvertretungsgesetzen bestehen bzgl. der Entscheidung der Einigungsstelle Vorgaben dahingehend, bis wann diese spätestens erfolgen „soll“. Dies ist in § 69 Abs. 4 Satz 2 BPersVG sowie in § 69 Abs. 4 Satz 2 LPVG BW, Artikel 70 Abs. 5 Satz 2 BayPVG, § 71 Abs. 3 Satz 2 HPVG, § 72 Abs. 2 Satz 6 NPersVG, § 67 Abs. 5 Satz 2 LPVG NRW, § 74 Abs. 5 Satz 2 LPersVG Rheinland-Pfalz, § 79 Abs. 4 Satz 2 SächsPersVG, § 54 Abs. 3 Satz 3 MBG Schl.-H. sowie in § 69 Abs. 9 ThürPersVG der Fall.

Die darin geregelten Fristen, in denen die Einigungsstelle eine Entscheidung treffen soll, unterscheiden sich und bieten kein einheitliches Bild. Am schnellsten kann mit einer Entscheidung der Einigungsstelle in Hessen (in der ersten Sitzung der Einigungsstelle, spätestens einen Monat danach), Rheinland-Pfalz (binnen eines Monats nach Anrufung) und Schleswig-Holstein (binnen 20 Arbeitstagen nach Anrufung) gerechnet werden. In Niedersachsen sowie in Thüringen soll der Beschluss der Einigungsstelle innerhalb von sechs Wochen nach Anrufung ergehen. In Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Nordrhein-Westfalen sowie Sachsen soll die Einigungsstelle binnen zwei Monaten bzw. acht Wochen nach Anrufung entscheiden.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass es sich durchweg um „Soll-Vorschriften“ handelt, die der Beschleunigung des Mitbestimmungsverfahrens zu dienen bestimmt sind. Ein Verstoß hat hingegen für das Mitbestimmungsverfahren rechtlich keine Bedeutung.

In den übrigen Landespersonalvertretungsgesetzen bestehen keine vergleichbaren Regelungen.

## 2.4.2 Bindung der Beteiligten durch die Entscheidung der Einigungsstelle

Nach der grundlegenden Entscheidung des BVerfG vom 24.5.1995<sup>12</sup> sind personelle Maßnahmen sowie solche Maßnahmen, die schwerpunktmäßig die Erledigung von Amtsaufgaben betreffen, unvermeidlich aber auch die Interessen der Beschäftigten berühren, stets von großer Bedeutung für die Erfüllung des Amtsauftrages. Die diesbezügliche parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung darf keine substantielle Einschränkung erfahren. Solche Maßnahmen dürfen nicht auf Stellen zur Alleinentscheidung übertragen werden, die Parlament und Regierung nicht verantwortlich sind. Daraus folgt, dass in diesen Fällen, in denen Personalvertretung und Einigungsstelle in die Willensbildung und Entscheidungsfindung einbezogen werden, die Entscheidung der Einigungsstelle nur den Charakter einer Empfehlung an die zuständige Dienstbehörde haben darf.<sup>13</sup> Zu diesen Maßnahmen gehören insbesondere solche der Personalpolitik, also alle Maßnahmen, die den Rechtsstatus von Beamten, Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes betreffen.<sup>14</sup> Dies meint Maßnahmen mit unmittelbarer Außenwirkung, wie die Einstellung, Anstellung, Beförderung und Entlassung eines Beamten und jede andere, statusverändernde oder sonst in das Grundverhältnis eingreifende

<sup>12</sup>

Vgl. BVerfG 24.5.1995 – 2 BvF 1/92 –, BVerfGE 93, 37 = ZTR 1995, 566; s. dazu *Vogelgesang* ZTR 2003, 366.

<sup>13</sup>

Vgl. BVerfG 24.5.1995 – 2 BvF 1/92 (FN 11).

<sup>14</sup>

Vgl. BVerfG 24.5.1995 – 2 BvF 1/92 (FN 11).

beamtenrechtliche Entscheidung sowie jede vergleichbare Rechtshandlung mit arbeitsrechtlicher Wirkung im Bereich der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes.<sup>15</sup>

Die Landespersonalvertretungsgesetze haben infolge dieser Rechtsprechung ausdrücklich diejenigen Angelegenheiten benannt, in denen die Einigungsstelle lediglich eine Empfehlung an die oberste Dienstbehörde ausspricht, die dann im Rahmen ihres Letztentscheidungsrechts abschließend entscheidet, sich also über die Empfehlung der Einigungsstelle hinwegsetzen kann.<sup>16</sup>

Dazu gehört in den meisten Landesgesetzen die Einstellung, und zwar generell auch die Einstellung von Arbeitnehmern, ungeachtet der vorgesehenen Tätigkeit. Das ist der Fall in Baden-Württemberg (vgl. § 69 Abs. 4 S. 5 iVm. § 75 Abs. 1 Nr. 2 LPVG BW), Hamburg (vgl. § 81 Abs. 7 iVm. § 87 Abs. 1 Nr. 2 HmbPersVG), Hessen (vgl. § 71 Abs. 4 S. 2 iVm. § 77 HPVG), Niedersachsen (vgl. § 72 Abs. 4 S. 1 iVm. § 65 Abs. 1 u. 2 NPersVG) Nordrhein-Westfalen (vgl. § 66 Abs. 7 S. 3 iVm. § 72 Abs. 1 Nr. 1 LPVG NRW), Rheinland-Pfalz (vgl. § 75 Abs. 5 LPersVG Rheinland-Pfalz), Sachsen (vgl. § 80 Abs. 1 SächsPersVG), Sachsen-Anhalt (vgl. § 62 Abs. 7 S. 1 iVm. § 66 Nr. 1, § 67 Abs. 1 Nr. 1 PersVG LSA), Schleswig-Holstein (vgl. § 54 Abs. 4 MBG Schl.-H.) und Thüringen (vgl. § 71 Abs. 5 iVm. § 75 Abs. 1 ThürPersVG).

Im Bund (§ 69 Abs. 4 S. 3 iVm. § 76 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG), in Bayern (Art. 70 Abs. 6 iVm. Art. 75 Abs. 1 Nr. 3 BayPVG), in Bremen (§ 61 Abs. 4 BremPersVG) und im Saarland (§ 75 Abs. 4 S. 1 iVm. § 80 Abs. 1a) Nr. 1, b) Nr. 1 SPersVG) ist in den jeweiligen Personalvertretungsgesetzen eine Empfehlung an die oberste Dienstbehörde lediglich in den Angelegenheiten der Beamten vorgesehen.

Da das BVerwG in der Folge der Entscheidung des BVerfG in der gesetzlichen Unterstellung der Einstellungen von Arbeitnehmern unter die volle Mitbestimmung eine planwidrige Regelungslücke gesehen und diese im Wege einer verfassungskonformen Auslegung der eingeschränkten Mitbestimmung zugewiesen hat, ist auch in diesen Fällen der Beschluss der Einigungsstelle für Arbeitnehmer nicht bindend.<sup>17</sup>

Etwas anderes gilt aber in den Fällen, in denen der (Landes-)Gesetzgeber im Anschluss an die Entscheidung des BVerfG im Wege von Gesetzesänderungen einen ausdrücklichen, der richterlichen Lückenschließung entgegenstehenden, Willen bekundet hat. Exemplarisch ist hier das 7. Gesetz zur Änderung des PersVG des Landes Berlin vom 17. Juli 2008 zu nennen.<sup>18</sup> Mit diesem Änderungsgesetz verfolgte der Berliner Gesetzgeber ua. das Ziel, das Letztentscheidungsrecht des Senats von Berlin bei Einstellungen und Kündigungen auf Arbeitnehmer mit überwiegend hoheitsrechtlichen Befugnissen zu begrenzen. Angesichts dieser eindeutigen Willensäußerung, die nunmehr in Wortlaut und Systematik des Gesetzes ihren unmissverständlichen Niederschlag in § 81 Abs. 2 PersVG Berlin gefunden hat,

<sup>15</sup> Vgl. BVerfG 24.5.1995 – 2 BvF 1/92 (FN 11).

<sup>16</sup> In Berlin besteht insoweit ein Sonderfall, als dass die oberste Dienstbehörde „nur“ die Entscheidung des Senats beantragen kann, vgl. § 81 Abs. 2 S. 1 PersVG Berlin.

<sup>17</sup> Vgl. BVerwG 18.6.2002 – 6 P 12.01 – ZTR 2003, 43, für die Einstellung von Pflegekräften nach „alter“ Rechtslage im LPVG NRW, nach der § 66 Abs. 7 S. 4 aF personelle Angelegenheiten von Arbeitnehmern vom Verfahren der eingeschränkten Mitbestimmung ausnahm. Nach neuer Rechtslage unterliegen Einstellungen von jeglichen Arbeitnehmern der eingeschränkten Mitbestimmung, vgl. § 66 Abs. 7 S. 3 iVm. § 72 Abs. 1 Nr. 1 nF

<sup>18</sup> GVBl. S. 206.

könne – so das BVerwG – von einer planwidrigen, im Analogiewege zu schließenden, Lücke keine Rede mehr sein.<sup>19</sup> Somit gilt die eingeschränkte Mitbestimmung im Fall der Einstellung von Arbeitnehmern nach Berliner Rechtslage lediglich dann, wenn es sich um solche handelt, die im Rahmen ihrer Tätigkeit zeitlich überwiegend hoheitsrechtliche Befugnisse iSd. Art. 33 Abs. 4 GG ausüben.

Vergleichbare, differenzierende Regelungen existieren zudem in Brandenburg (vgl. § 73 Abs. 1 Nr. 1 PVG Brandenburg, wonach der Beschluss der Einigungsstelle in personellen Angelegenheiten derjenigen Angestellten als Empfehlung gilt, die in bestimmte Entgeltgruppen eingruppiert sind bzw. hoheitliche Funktionen ausüben) sowie in Mecklenburg-Vorpommern (vgl. § 64 Abs. 3 S. 4 Nr. 1 PersVG MV, wonach der Beschluss der Einigungsstelle in personellen Angelegenheiten derjenigen Angestellten als Empfehlung gilt, die Funktionen wahrnehmen, die üblicherweise Beamten übertragen werden sollen). Im Hinblick auf Einstellungen derjenigen Arbeitnehmer, die vorstehende Voraussetzungen nicht erfüllen, entscheidet die Einigungsstelle somit bindend.

Daneben findet sich in allen Landespersonalvertretungsgesetzen ein Sondertatbestand, nach dem ein Beschluss der Einigungsstelle, der wegen seiner Auswirkungen auf das Gemeinwesen die Regierungsverantwortung wesentlich berührt, keine Bindung entfaltet.

### **2.4.3 Gerichtliche Überprüfung des Spruchs der Einigungsstelle**

Sofern es sich nicht nur um Empfehlungen, sondern um verbindliche Sprüche der Einigungsstelle handelt, unterliegen sie der gerichtlichen Rechtskontrolle und können im verwaltungsgerichtlichen Beschlussverfahren überprüft werden.<sup>20</sup>

Die gerichtliche Kontrolle ist, soweit der Einigungsstelle bei ihrer Entscheidung ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zukommt, auf die Einhaltung der Grenzen dieses Spielraums beschränkt, hat also nur die Rechtmäßigkeit, nicht aber die Zweckmäßigkeit zum Gegenstand.<sup>21</sup>

Bloße Empfehlungen können allerdings, da die oberste Dienstbehörde sich ohne Weiteres über sie hinwegsetzen kann, nicht im Beschlussverfahren überprüft werden.<sup>22</sup>

## **2.5 Zwischenfazit**

Vorstehende Ausführungen machen deutlich, dass bis zu einer Entscheidung der Einigungsstelle bzw. – für den Fall, dass diese bindend wirkt – einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung ein erheblicher Zeitraum vergehen kann.

Zwar ist in dem Fall, in dem die Einigungsstelle lediglich berechtigt ist, eine Empfehlung auszusprechen, durch das Letztentscheidungsrecht der obersten Dienstbehörde davon auszugehen, dass die Einstellung letztlich wie beabsichtigt umgesetzt werden kann. Allerdings gilt auch hier die zwingende Verpflichtung der Durchführung des Stufenverfahrens und – sollte keine Einigung zustande kommen – die Verpflichtung zur Anrufung der Einigungsstelle. Insbesondere diese Voraussetzung belegt die

<sup>19</sup> Vgl. BVerwG 4.6.2010 – 6 PB 4.10 – ZTR 2010, 433.

<sup>20</sup> Vgl. BVerwG 24.5.2006 – 6 PB 16/05 –, Juris.

<sup>21</sup> Vgl. BVerwG 24.5.2006 (FN 19).

<sup>22</sup> Vgl. BVerwG 24.5.2006 (FN 19).

ZTR - Onlinearchiv / 2013 / Heft 2.2013 / Aufsätze / Die Zustimmungsverweigerung des Personalrats zur Einstellung – ein Wettbewerbsnachteil für den öffentlichen Arbeitgeber /

Benachteiligung des öffentlich-rechtlich organisierten Arbeitgebers, weil der obersten Dienstbehörde die Umsetzung der von ihr gewollten Einstellung ohne vorherige Anrufung der Einigungsstelle verwehrt ist.

Es gilt das personalvertretungsrechtliche Beschäftigungsverbot. Dies bedeutet, dass ein, ohne Zustimmung der Personalvertretung abgeschlossener Arbeitsvertrag nach der Rechtsprechung des BAG dennoch voll wirksam ist<sup>23</sup>, die Personalvertretung jedoch verlangen kann, dass der Arbeitnehmer solange nicht beschäftigt wird, bis sie der Einstellung zugestimmt hat oder bis die fehlende Zustimmung im Mitbestimmungsverfahren ersetzt worden ist.<sup>24</sup> Individualrechtlich ist der eingestellte Arbeitnehmer in diesem Fall gem. § 275 Abs. 1 BGB (rechtliche Unmöglichkeit) zur Arbeitsleistung entsprechend seinem Arbeitsvertrag weder verpflichtet noch berechtigt, solange die vom Personalrat verweigerte Zustimmung nicht durch die Einigungsstelle ersetzt wird; trotz Nichtarbeit kann er aber nach § 615 BGB Annahmeverzugslohn in der versprochenen Höhe verlangen.<sup>25</sup>

Um den ausgewählten „Wunschkandidaten“ vor diesem Hintergrund nicht zu verlieren, kann dem lediglich im Wege einer vorläufigen Durchführung der Maßnahme begegnet werden (s. u. bei 3.). Duldet eine Maßnahme der Natur der Sache nach keinen Aufschub, so kann der Dienststellenleiter auch ohne Zustimmung der Personalvertretung bzw. bis zur endgültigen Entscheidung vorläufige Regelungen treffen. Er hat sich also auf Anordnungen zu beschränken, die eine endgültige Entscheidung nicht vorwegnehmen.<sup>26</sup> Bei Einstellungen von Arbeitnehmern kommt anstelle des Abschlusses eines Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Zeit zunächst die Begründung eines befristeten bzw. auflösend bedingten Arbeitsverhältnisses, zB. bis zu einer Entscheidung der Einigungsstelle bei uneingeschränkter Mitbestimmung bzw. bis zu einer Entscheidung der obersten Dienstbehörde im Fall der eingeschränkten Mitbestimmung in Betracht.<sup>27</sup>

In der Praxis ist dies ein häufig unterbreiteter Vorschlag seitens der Personalvertretung, den ausgewählten Bewerber bis zur Klärung des Bestehens von Zustimmungsverweigerungsgründen im Stufenverfahren/Einigungsstellenverfahren vorerst befristet bzw. auflösend bedingt zu beschäftigen. Indes birgt auch diese Vorgehensweise die Gefahr, dass der ausgewählte Kandidat von einer (vorerst) nur befristeten Einstellung Abstand nimmt. Bereits die Unterbreitung des Angebots, nur ein befristetes Arbeitsverhältnis einzugehen, offenbart dem Kandidaten die Unsicherheit im Hinblick auf den weiteren beruflichen Werdegang. Aus diesem Grund ist dies in der Praxis keine zufriedenstellende Alternative. Insbesondere in den Fällen, in denen hochqualifizierten Bewerbern naturgemäß mehrere Angebote vorliegen, werden diese sich anderweitig orientieren. Dieser – zugegeben auf den ersten Blick nur – „psychologische“ Aspekt tritt als Nachteil im Wettbewerb um qualifizierte Arbeitskräfte für den

<sup>23</sup>

BAG 2.7.1980 – 5 AZR 56/79 – AP Nr. 5 zu § 101 BetrVG 1972.

<sup>24</sup>

Vgl. BVerwG 22.10.2007 – 6 P 1.07 – ZTR 2008, 56; BAG 14.7.2010 – 10 AZR 182/09 – AP GG Art. 12 Nr. 134 = ZTR 2010, 650 unter Verweis auf das Bestehen des Leistungsverweigerungsrechts nur für den Fall, in dem die Personalvertretungen die Aufhebung der Beschäftigung des ohne Zustimmung der Gremien Eingestellten begehren; *Altvater/Baden/Kröll/Lemcke/Peiseler*, BPersVG (7. Aufl. 2011) § 75 Rn. 32; *Richardi/Dörner/Weber* (FN 1) § 75 BPersVG Rn. 26.

<sup>25</sup>

Vgl. FN 23.

<sup>26</sup>

Vgl. ua. *Richardi/Dörner/Weber* (FN 1) § 69 BPersVG Rn. 110.

<sup>27</sup>

Vgl. ua. *Richardi/Dörner/Weber* (FN 1) § 69 Rn. 110 m. w. N.

öffentlichen Arbeitgeber zu den strengen Voraussetzungen, welche die Rechtsprechung des BVerwG an die vorläufige Durchführung personeller Maßnahmen stellt, noch hinzu.

Im Einzelnen:

### 3. „Vorläufige“ Beschäftigung nur in Extremfällen

Eine vorläufige Durchführung der personellen Maßnahme in Form der Einstellung kommt im Geltungsbereich der Personalvertretungsgesetze nach der Rechtsprechung des BVerwG nur unter sehr strengen Voraussetzungen – die in der Praxis nahezu nie erfüllt werden können – in Betracht.

Dies stellt einen wesentlichen Unterschied zu der Handlungsmöglichkeit derjenigen Arbeitgeber dar, die aufgrund ihrer privatrechtlichen Organisationsform unter das BetrVG fallen. Diese haben im Wettbewerb um gute Bewerber einen entscheidenden Vorteil: Gemäß § 100 Abs. 1 BetrVG besteht die Möglichkeit für den privatrechtlich organisierten Arbeitgeber, eine personelle Maßnahme vorläufig durchzuführen, bevor sich der Betriebsrat geäußert oder wenn er die Zustimmung verweigert hat, wenn dies aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist.

Bestreitet der Betriebsrat die dringende Erforderlichkeit der vorläufigen Durchführung, darf der Arbeitgeber gemäß § 100 Abs. 2 S. 3 BetrVG die vorläufige personelle Maßnahme aufrechterhalten, wenn er innerhalb von drei Tagen beim Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats und die Feststellung beantragt, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war. Wurde durch rechtskräftige Entscheidung festgestellt, dass offensichtlich die Maßnahme nicht aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war, endet die vorläufige personelle Maßnahme mit Ablauf von zwei Wochen nach Rechtskraft der Entscheidung, womit die Maßnahme ab diesem Zeitpunkt nicht mehr aufrechterhalten werden darf, § 100 Abs. 3 BetrVG. Dennoch könnte ein neuer Antrag auf Zustimmung zur Einstellung gezielt mit einem neuen Vorgehen nach § 100 Abs. 1 BetrVG verbunden werden, um somit die weitere Beschäftigung zu ermöglichen. In der Praxis, in der mit einer rechtskräftigen Entscheidung nicht vor Ablauf von zwei Jahren zu rechnen ist, bietet diese Rechtslage einen gangbaren Weg, den ausgewählten Bewerber für einen längeren Zeitraum auch gegen den Willen des Betriebsrats zu beschäftigen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Rechtsprechung des BAG nicht an das Vorliegen der Voraussetzungen des § 100 BetrVG einen strengen Maßstab anlegt, sondern an das Nichtvorliegen sachlicher Gründe für die vorläufige Durchführung der personellen Maßnahme. Das Arbeitsgericht darf das Vorliegen sachlicher Gründe nur verneinen, wenn „offensichtlich“ die Maßnahme aus sachlichen Gründen nicht dringend erforderlich war, der Arbeitgeber die sachlich-betriebliche Notwendigkeit der vorläufigen Durchführung der Personalmaßnahme grob verkennt.<sup>28</sup>

Ein dringendes Erfordernis iSd. § 100 Abs. 1 BetrVG liegt vor, wenn ein verantwortungsbewusster Arbeitgeber im Interesse des Betriebes alsbald handeln müsste, die geplante Maßnahme also keinen Aufschub duldet.<sup>29</sup> Allein der Umstand, dass im Betrieb Arbeitnehmer fehlen, stellt zwar noch keinen sachlichen Grund iSd. Vorschrift dar, weil dies bei geplanten Einstellungen die Regel ist. Ein typischer Grund für eine vorläufige Maßnahme soll aber dann vorliegen, wenn eine für den Betrieb wichtige Person mit besonderen Qualifikationen nur bei sofortigem Handeln gewonnen werden kann.<sup>30</sup> Ebenso

<sup>28</sup>

Vgl. BAG 7.11.1977 – 1 ABR 55/75 – NJW 1978, 848; BAG 18.10.1988 – 1 ABR 36/87 – NZA 1989, 183.

<sup>29</sup>

Vgl. ErfK/Kania (12. Auflage 2012) § 100 BetrVG Rn. 1.

<sup>30</sup>

Vgl. LAG Berlin 27.9.1982 – 9 TaBV 3/82 –, Juris.

ist die vorläufige Durchführung der personellen Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich, wenn es ohne die vorläufige Durchführung zu erheblichen Betriebsablaufstörungen käme, beispielsweise weil neue Projekte anderenfalls nicht fachgerecht erbracht werden könnten.

Dem dargestellten Schwebezustand würde – das Obsiegen im gerichtlichen Verfahren unterstellt – durch die Möglichkeit einer vorläufigen Beschäftigung zumindest dahingehend begegnet werden können, dass sich der ausgewählte Bewerber nicht anderweitig orientiert, sondern sogleich beschäftigt werden darf. Ein Beschäftigungsverbot bestünde bis zu einer anderslautenden rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung nicht.

Eine dem § 100 BetrVG vergleichbare Rechtslage findet sich im Personalvertretungsrecht bedauerlicherweise nicht, weshalb die öffentlich-rechtlich organisierten Arbeitgeber im Verhältnis zu privatrechtlich organisierten Arbeitgebern einen erheblichen Nachteil im Wettbewerb um qualifizierte Arbeitskräfte haben. Zwar bestehen in den Personalvertretungsgesetzen Regelungen zur vorläufigen Durchführung von mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen, die Anforderungen in der Rechtsprechung des BVerwG sind jedoch so extrem hoch – für die Praxis oft zu hoch –, dass die vorläufige Durchführung nur auf absolute Ausnahmefälle beschränkt bleibt.

### 3.1 Vorläufige Regelungen in den jeweiligen Personalvertretungsgesetzen

Gemäß § 69 Abs. 5 BPersVG kann der Dienststellenleiter bei Maßnahmen, die der Natur der Sache keinen Aufschub dulden, bis zur endgültigen Entscheidung vorläufige Regelungen treffen, wobei er die vorläufige Regelung gegenüber dem Personalrat mitzuteilen und zu begründen hat und verpflichtet ist, unverzüglich das Mitbestimmungsverfahren einzuleiten oder fortzusetzen.

Dieser Vorschrift entsprechende Regelungen bestehen in § 69 Abs. 5 LPVG BW, Art. 70 Abs. 7 BayPVG, § 58 Abs. 3 BremPVG, § 82 HmbPersVG, § 73 HPVG, § 62 Abs. 9 PersVG MV, § 74 NPersVG, § 66 Abs. 8 LPVG NRW, § 74 Abs. 6 LPersVG Rheinland-Pfalz, § 73 Abs. 7 SPersVG, § 79 Abs. 7 SächsPersVG, § 61 Abs. 5 PersVG LSA, § 69 Abs. 11 ThürPersVG, § 52 Abs. 8 MBG Schl.-H. und § 61 Abs. 9 LPVG Brandenburg.

In § 52 Abs. 9 MBG Schl.-H. und § 61 Abs. 10 LPVG Brandenburg ist zusätzlich geregelt, dass die Dienststelle eilbedürftige Maßnahmen regeln kann, wenn ihre Auswirkungen auf die Beschäftigten gering und von kurzer Dauer sind und der mit ihnen bezweckte Erfolg anderenfalls nicht eintreten könnte, wobei auch diese Regelungen dem Personalrat mitzuteilen sind.

Das PersVG Berlin enthält demgegenüber nicht einmal eine ausdrückliche Regelung über das Mitbestimmungsrecht in sog. Eifällen, und auch in den Angelegenheiten, die der Natur der Sache keinen Aufschub dulden, besteht das Mitbestimmungsverfahren in vollem Umfang.<sup>31</sup> In sog. Eifällen könnte aus § 2 Abs. 1 PersVG Berlin (Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit) lediglich die Pflicht der Personalvertretung hergeleitet werden, unverzüglich eine Beschlussfassung herbeizuführen, wobei gegebenenfalls auch vorläufig der beantragten Maßnahme bis zu einer endgültigen Einigung zugestimmt werden bzw. die Zustimmung auch befristet sein könnte.<sup>32</sup> Keine Eifälle seien jedoch solche Maßnahmen, die auf einem organisatorischen Fehler der Dienststelle beruhen, insbesondere rechtfertige allein eine „Personalknappheit“ keine vorläufige Einstellung von Leiharbeitnehmern, da diese „Notsituation“ auf mangelhafter Personalausstattung bzw. -planung beruhe.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup>

Vgl. Germelmann/Binkert/Germelmann, PersVG Berlin (3. Auflage 2010) § 79 PersVG Berlin Rn. 66.

<sup>32</sup>

Vgl. Germelmann/Binkert/Germelmann (FN 30).

Diese Berliner Sonderkonstellation bestärkt die Tendenz dahingehend, dass die Umsetzung von Maßnahmen ohne Zustimmung der Personalvertretung nur in äußersten Extremfällen möglich ist.

### 3.2 Kriterium „Der Natur der Sache nach unaufschiebbar“

Der Natur der Sache nach unaufschiebbar ist nach der Rechtsprechung des BVerwG eine Maßnahme, wenn sie trotz des noch laufenden Mitbestimmungsverfahrens und der fehlenden Zustimmung des Personalrats eine – allerdings nur vorläufige – Regelung erfordert, um die Erfüllung von Pflichten und Aufgaben der Dienststelle im öffentlichen Interesse sicherzustellen.<sup>34</sup>

Als Grundsatz gilt, dass sich die vorläufige Regelung sachlich wie zeitlich auf das unbedingt Notwendige beschränken und deshalb in aller Regel in der Sache so weit hinter der beabsichtigten endgültigen Maßnahme zurückbleiben muss, dass eine wirksame Ausübung des Mitbestimmungsrechts möglich bleibt. Als Voraussetzung für eine vorläufige Regelung wird daher gefordert, dass der zu regelnde Sachverhalt seinem Gegenstand nach eine einstweilige Regelung zulässt, die weder rechtlich noch tatsächlich vollendete Tatsachen schafft.<sup>35</sup>

Eine vorläufige Regelung, welche die beabsichtigte und umstrittene Maßnahme praktisch vorwegnimmt, ist regelmäßig nicht mit dem gebotenen Schutz des Mitbestimmungsrechts des Personalrats in Einklang zu bringen.<sup>36</sup> Eine vorläufige Regelung darf daher weder dazu führen, dass die gesetzlich vorgeschriebene Mitbestimmung des Personalrats bei der endgültigen Maßnahme tatsächlich verhindert wird, noch dazu, dass hinsichtlich dieser Maßnahme kein Raum mehr für eine im Beteiligungsverfahren zu treffende modifizierte Regelung verbleibt.<sup>37</sup> Es darf darum nicht im „Gewand der vorläufigen Regelung“ tatsächlich die beabsichtigte endgültige Maßnahme in Kraft gesetzt und durchgeführt werden.<sup>38</sup>

Nach der Rechtsprechung des BVerwG dürfen diese Grenzen der Ausgestaltung vorläufiger Regelungen ausnahmsweise dann überschritten werden, wenn nicht nur ein unverzügliches Handeln des Dienststellenleiters unabweisbar geboten ist, sondern wenn außerdem die von ihm beabsichtigte Maßnahme der Natur der Sache nach Einschränkungen nicht zulässt, was jedoch – da ein solches Vorgehen des Dienststellenleiters die Mitbestimmung des Personalrats faktisch ausschließt – nur dann hingenommen werden kann, wenn die durch die Beteiligung des Personalrats eintretende Verzögerung zu einer Schädigung überragender Gemeinschaftsgüter oder -interessen führen würde, hinter denen der

<sup>33</sup> Vgl. Daniels, PersVG Berlin § 79 PersVG Berlin Rn. 6.

<sup>34</sup> Vgl. BVerwG 14.3.1989 – 6 P 4.86 –, ZTR 1989, 359.

<sup>35</sup> Vgl. BVerwG 14.3.1989 – 6 P 4.86 (FN 33).

<sup>36</sup> Vgl. BVerwG 19.4.1988 – 6 P 33.85 – ZTR 1988, 355.

<sup>37</sup> Vgl. BVerwG 19. 4 1988 – 6 P 33.85 (FN 35).

<sup>38</sup> Vgl. BVerwG 19.4.1988 – 6 P 33.85 (FN 35).

in der Mitbestimmung liegende Schutz der Beschäftigten ausnahmsweise gänzlich zurücktreten muss.<sup>39</sup> Das ist nicht schon dann der Fall, wenn überhaupt eine vorläufige Regelung erforderlich ist, um den geordneten Dienstbetrieb in einer Dienststelle zu gewährleisten, sondern nur dann, wenn die Fähigkeit der betreffenden Dienststelle oder mehrerer Dienststellen, ihre Aufgaben wahrzunehmen, von der vollständigen Durchführung einer bestimmten Maßnahme des Dienststellenleiters abhängt, deren Unterbleiben die Funktionsunfähigkeit der Dienststelle nach sich zöge und dadurch überragende Gemeinschaftsgüter oder -interessen in Gefahr brächte.<sup>40</sup>

Zwar hat das BVerwG am 16. Dezember 1992<sup>41</sup> entschieden, dass eine der Natur der Sache nach keinen Aufschub duldende Maßnahme vorläufig getroffen werden könne, auch wenn damit die endgültige Entscheidung praktisch vorweggenommen würde und es diesbezüglich nicht der Feststellung bedürfe, das überragende Gemeinschaftsgüter oder Interessen gefährdet seien. Es handelte sich hierbei aber insoweit um eine besondere Konstellation, weil das der Entscheidung zugrunde liegenden HmbPersVG (damals) keine Vorschrift enthielt, nach der die Zustimmung des Personalrats als erteilt bzw. die personelle Maßnahme als gebilligt galt, wenn dieser unbedachtliche Zustimmungsverweigerungsgründe geltend macht. Es sei vielmehr stets nach jeder Zustimmungsverweigerung des Personalrats die Schllichtungsstelle anzurufen, unabhängig von deren Inhalt. Das BVerwG stützte seine Entscheidung sinngemäß auf die Erwägung, dass eine vorläufige Durchführung nicht daran scheitern dürfe, dass der Personalrat nicht einmal eine beachtliche Zustimmungsverweigerung hervorbringt. In diesem Fall sei die Rechtslage anders zu beurteilen als in den vom BVerwG entschiedenen bzw. hier zitierten Fällen.

Nunmehr besteht jedoch – wie in vergleichbarer Form in sämtlichen Personalvertretungsgesetzen (hierzu sogleich) – auch im HmbPersVG eine Vorschrift, nach der die Zustimmung als erteilt gilt, wenn der Personalrat Zustimmungsverweigerungsgründe geltend macht, die offenkundig keinen unmittelbaren Bezug zur Mitbestimmung haben (vgl. § 79 Abs. 3 Satz HmbPersVG). Mit anderen Worten: ein solcher Fall galt damals (in der hier zitierten Entscheidung des BVerwG explizit für das HmbPersVG) als ein die vorläufige Durchführung zulassender Ausnahmefall. Mithin taugt die Entscheidung des BVerwG im Hinblick auf die heutige Rechtslage nicht mehr als Anwendungsmaßstab für die in den einzelnen Personalvertretungsgesetzen geregelte vorläufige Durchführung von mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen. Es gelten vielmehr die oben dargestellten strengereren Grundsätze.

Im Hinblick auf eine Einstellung gilt im Ergebnis, dass regelmäßig die Sicherung des Dienstablaufs zu gewährleisten sein muss.<sup>42</sup> Das reine Interesse, einen „Wunschbewerber“ für die zu besetzende Stelle zu gewinnen, genügt hierfür nicht.<sup>43</sup> Die vorstehend skizzierte Rechtsprechung des BVerwG zur

<sup>39</sup> Vgl. BVerwG 19.4.1988 – 6 P 33.85 (FN 35).

<sup>40</sup> Vgl. BVerwG 19. 4 1988 – 6 P 33.85 (FN 35).

<sup>41</sup> Vgl. BVerwG 16.12.1992 – 6 P 27.91 – NVwZ-RR 1993, 648 = ZTR 1993, 303 (L).

<sup>42</sup> Vgl. *Richardi/Dörner/Weber* (FN 1) § 69 BPersVG Rn. 108.

<sup>43</sup> Zu beachten ist die Einschränkung bei *Richardi/Dörner/Weber* (FN 1) § 69 BPersVG Rn. 108, nach der eine vorläufige Durchführung der Maßnahme zulässig sein soll, wenn für die Tätigkeit nur ein Bewerber in Betracht kommt, der den Arbeitsplatz nur bei sofortiger Entscheidung übernimmt. Hierbei dürfte es sich aber angesichts der strengen Rechtsprechung des BVerwG ebenfalls um einen Extremfall handeln.

vorläufigen Durchführung entspricht somit im Grundsatz der Rechtsprechung des BAG zum eingeschränkten Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates in sog. Notfällen, bei denen es sich um Situationen handelt, in denen sofort gehandelt werden muss, um von dem Betrieb oder den Arbeitnehmern Schaden abzuwenden und in denen entweder der Betriebsrat nicht erreichbar ist oder keinen ordnungsgemäßen Beschluss fassen kann.<sup>44</sup>

### 3.3 Eilbedürftigkeit

Auch eine Umsetzung der personellen Maßnahme entsprechend der in Schleswig-Holstein und Brandenburg geregelten „Eilfall-Klausel“ ist vorliegend, ohne dass es einer exakten Definition für diese Fälle bedarf, von vornherein nicht möglich, da sich Eilfälle regelmäßig nur dann ergeben, wenn auf kurzfristig auftretende Situationen reagiert werden muss, zB. bei der Anordnung von kurzfristiger Mehrarbeit zur Beseitigung von Störungen.<sup>45</sup> Ein derartiger Eilfall liegt aber dann nicht vor, wenn lediglich eine freie bzw. freigewordene Stelle im Anschluss an ein mitunter langwieriges Auswahlverfahren mit einem qualifizierten Bewerber besetzt werden soll.

### 3.4 Zwischenfazit

Daher bleibt im Hinblick auf die Möglichkeit einer vorläufigen Durchführung festzuhalten, dass eine dem § 100 BetrVG entsprechende Rechtslage im Anwendungsbereich der Personalvertretungsgesetze nicht besteht. Eine vorläufige Regelung in Bezug auf die Einstellung ist nach der Rechtsprechung des BVerwG lediglich in Extremsituationen möglich. Insoweit gleicht die Rechtsprechung des BVerwG derjenigen des BAG zum Entfallen des Mitbestimmungsrechts in sog. Notfällen.

Der bloße Wunsch der Dienststelle, eine Stellenbesetzung mit dem ausgewählten „Wunschkandidaten“ durchzuführen, wird hiervon nicht erfasst. Somit wird deutlich, dass eine vorläufige Durchführung der Einstellung im Wege eines befristeten bzw. auflösend bedingten Arbeitsverhältnisses zum einen nur im Einvernehmen mit der Personalvertretung erzielt werden kann und der Bewerber zum anderen hierbei „mitspielen“ muss.

## 4. Zustimmungs- bzw. Billigungsifiktion bei Nichtäußerung bzw. Unbeachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung

Eine zeitnahe und vor allem dauerhafte Umsetzung der personellen Maßnahme in Gestalt der Einstellung ist vor diesem Hintergrund nur möglich, wenn die Personalvertretung sich entweder nicht bzw. nicht ordnungsgemäß äußert oder die geltend gemachten Zustimmungsverweigerungsgründe unbeachtlich sind. Im Einzelnen:

### 4.1 Gesetzliche Zustimmungs- bzw. Billigungsifiktion

Sämtliche Personalvertretungsgesetze enthalten eine Regelung, nach der die beabsichtigte zustimmungspflichtige Maßnahme – hier die Einstellung – entweder als gebilligt bzw. die Zustimmung der Personalvertretung als erteilt gilt<sup>46</sup>, wenn die Personalvertretung innerhalb der durch das jeweilige Gesetz festgelegten Stellungnahmefrist nicht die Zustimmung unter Angabe von Gründen schriftlich

<sup>44</sup>

Vgl. BAG 19.2.1991 – 1 ABR 31/90 – NZA 1991, 609.

<sup>45</sup>

Vgl. BAG 2.3.1982 – 1 ABR 74/79 – AP § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 6.

<sup>46</sup>

Der Wortlaut variiert teilweise in den einzelnen Personalvertretungsgesetzen.

verweigert.<sup>47</sup> Rechtsfolge ist, dass die beabsichtigte Maßnahme nach Ablauf der Stellungnahmefrist aufgrund einer gesetzlichen Fiktion durchgeführt bzw. umgesetzt werden kann.

Erfasst wird zum einen der Fall, dass die Personalvertretung gar nicht bzw. nicht ordnungsgemäß die Zustimmungsverweigerung erklärt. Ferner gilt nach der ständigen Rechtsprechung des BVerwG, dass die Verweigerung der Zustimmung der Personalvertretung zu einer mitbestimmungspflichtigen Maßnahme unbeachtlich ist, wenn die von der Personalvertretung angegebenen Gründe offensichtlich außerhalb der Mitbestimmung liegen. Der Personalvertretung ist es nicht gestattet, von einer Mitbestimmungsbefugnis zwar in der vorgeschriebenen Form, aber ohne inhaltlichen Bezug zu einem gesetzlichen Mitbestimmungstatbestand Gebrauch zu machen. Lassen sich die von ihr angeführten Gründe offensichtlich keinem Mitbestimmungstatbestand zuordnen, so gibt die Personalvertretung zu erkennen, dass sie keine Regelung auf der Grundlage eines Mitbestimmungsrechts anstrebt, sondern die Zustimmung ohne einen vom Gesetz vorgesehenen Grund verweigert. Ein derartiges Verhalten ist vom Recht nicht geschützt, es ist missbräuchlich und löst deshalb keine Rechtsfolgen aus, weshalb eine derart unbeachtliche Zustimmungsverweigerung nicht die Verpflichtung der Dienststelle begründen kann, das Stufenverfahren einzuleiten.

Im BPersVG sind die einzelnen Gründe, auf die die Personalvertretung die Zustimmungsverweigerung stützen kann, explizit gesetzlich geregelt (vgl. § 77 Abs. 2 BPersVG). Danach kann die Personalvertretung die Zustimmung zu einer Einstellung verweigern, wenn die Einstellung gegen ein Gesetz, eine Verordnung, eine Bestimmung in einem Tarifvertrag, eine gerichtliche Entscheidung, den Frauenförderplan oder eine Verwaltungsanordnung oder gegen eine Richtlinie iSd. § 76 Abs. 2 Nr. 8 BPersVG verstößt (vgl. § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG). Unter Gesetz im Sinne dieser Bestimmung ist jede geschriebene oder ungeschriebene Rechtsnorm zu verstehen, die bei der beabsichtigten Maßnahme beachtet werden muss. Zu den Rechtsnormen, deren Verletzung der Personalrat im Zusammenhang mit einer Einstellung in den öffentlichen Dienst im Mitbestimmungsverfahren geltend machen kann, gehört Art. 33 Abs. 2 GG, wonach jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt hat.<sup>48</sup>

Des Weiteren ist die Personalvertretung berechtigt, die Zustimmung zur Einstellung zu verweigern, wenn die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, dass durch die Maßnahme der betroffene Beschäftigte oder andere Beschäftigte benachteiligt werden, ohne dass dies aus dienstlichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist (vgl. § 77 Abs. 2 Nr. 2 BPersVG) oder die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, dass der Beschäftigte oder Bewerber den Frieden in der Dienststelle durch unsoziales oder gesetzwidriges Verhalten stören werde (§ 77 Abs. 2 Nr. 3 BPersVG).

Auch einige Landespersonalvertretungsgesetze enthalten einen solchen gesetzlichen Versagungskatalog, teilweise allerdings mit inhaltlichen Abweichungen (vgl. § 82 Abs. 2 SächsPersVG, § 82 LPVG BW, Artikel 75 Abs. 2 BayPVG, § 89 Abs. 1 HmbPersVG, § 77 Abs. 4 HPVG, § 80 Abs. 2 SPersVG, § 76 Abs. 3 ThürPersVG).

Bezüglich derjenigen Landespersonalvertretungsgesetze, die keinen dem § 77 Abs. 2 BPersVG entsprechenden Versagungskatalog aufweisen, gilt, dass die Personalvertretung die Zustimmung aus jedem sachlichen Grund verweigern darf, der nicht offensichtlich außerhalb des Mitbestimmungstatbestandes liegt. Im Ergebnis hat unseres Erachtens die Prüfung stets dergestalt zu erfolgen, dass die Zustimmungsverweigerung der Personalvertretung zumindest Ausführungen zu den in den vorhandenen gesetzlichen Versagungskatalogen aufgezählten Zustimmungsverweigerungsgründen enthält.

<sup>47</sup>

Vgl. insoweit nur § 69 Abs. 2 S. 5 BPersVG.

<sup>48</sup>

Vgl. ua. BVerwG 26.1.1994 – 6 P 21.92 – NVwZ 1995, 91 f.

Voraussetzung für eine zeitnahe Durchführung der Einstellung des ausgewählten Bewerbers ist zum einen, dass die Dienststelle die Stellungnahmefrist der Personalvertretung ordnungsgemäß in Gang gesetzt hat (s. u. bei 4.2), die Personalvertretung innerhalb dieser Stellungnahmefrist nicht bzw. nicht ordnungsgemäß (s. u. bei 4.3) die Zustimmung verweigert oder die von ihm geltend gemachten Zustimmungsverweigerungsgründe unbeachtlich im Sinne der vorstehenden Rechtsprechung des BVerwG ist (s. u. bei 4.4). Im Einzelnen:

## 4.2 Ordnungsgemäße Unterrichtung durch die Dienststelle

Beabsichtigt der Dienststellenleiter eine Einstellung, so hat er die Personalvertretung vorher vollständig zu unterrichten und die Zustimmung zu beantragen. Die Unterrichtungspflicht besteht dann, wenn feststeht, welcher Bewerber eingestellt werden soll. Eine unvollständige Unterrichtung der Dienststelle leitet kein ordnungsgemäßes Mitbestimmungsverfahren ein und setzt damit auch nicht den Lauf der Stellungnahmefrist in Gang. Hat die Dienststelle die Personalvertretung unvollständig unterrichtet und verweigert die Personalvertretung die Zustimmung zur personellen Maßnahme, kann sich die Dienststelle nicht auf die Unbeachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung berufen, weil schon kein ordnungsgemäß eingeleiteter Beteiligungsvorgang vorliegt. Es ist also insbesondere im Hinblick auf die Vollständigkeit der Unterrichtung besondere Sorgfalt aufzuwenden.

### 4.2.1 Form der Unterrichtung

Grundsätzlich ist für die Unterrichtung keine besondere Form vorgeschrieben. Sie kann schriftlich oder mündlich erfolgen. Möglich ist auch, dass der Dienststellenleiter den Personalrat in einer Sitzung unterrichtet, an der er teilnimmt (zB. das Monatsgespräch).<sup>49</sup> Der Personalrat kann verlangen, dass der Dienststellenleiter die Maßnahme begründet. Der Zustimmungsantrag kann zugleich mit der Unterrichtung gestellt werden, es muss also nicht etwa zuerst unterrichtet und dann der Antrag gestellt werden. Auch der Zustimmungsantrag bedarf keiner besonderen Form; es muss sich aber aus dem Sinn der Unterrichtung eindeutig ergeben, dass die Durchführung einer Maßnahme beabsichtigt ist, die der Mitbestimmung des Personalrates unterliegt und der Personalrat zu diesem Zweck unterrichtet wird, seine Zustimmung zu geben. Schon zu Beweiszwecken ist aber zu empfehlen, die Unterrichtung und den Antrag auf Zustimmung stets schriftlich zu fixieren.

### 4.2.2 Inhalt und Umfang der Unterrichtung

Nach der Rechtsprechung des BVerwG dient die Unterrichtung dazu, dem Personalrat die Kenntnisse zu vermitteln, die er zu einer sachgerechten Entscheidung über den Gegenstand des Mitbestimmungsverfahrens benötigt.<sup>50</sup> Die Unterrichtung muss so umfassend erfolgen, dass der Personalrat alle entscheidenden Gesichtspunkte kennt, die für die Ausübung des Mitbestimmungsrechts von Bedeutung sein können.<sup>51</sup> Da dem Personalrat hierfür die Stellungnahmefrist in vollem Umfang zur Verfügung stehen muss, hat die Dienststelle mit ihrem Antrag auf Zustimmung zu der Maßnahme zugleich die für die Meinungs- und Willensbildung des Personalrats erforderlichen Informationen zu geben.<sup>52</sup>

<sup>49</sup>

Vgl. Richardi/Dörner/Weber (FN 1) § 69 BPersVG Rn. 17.

<sup>50</sup>

Vgl. ua. BVerwG 10.8.1987 – 6 P 22.84 – PersR 1988, 18.

<sup>51</sup>

Vgl. ua. BVerwG 10.8.1987 – 6 P 22.84 (FN 49).

Eine Pflicht zur Vorlage von Unterlagen bemisst sich nach der Rechtsprechung des BVerwG nach der Vorlagefähigkeit und der Erforderlichkeit. Für die Erforderlichkeit ist ausschlaggebend, ob die Personalvertretung eine Unterlage wegen der darin enthaltenen Informationen als für die Prüfung der Frage, ob ein Grund für die Versagung der Zustimmung vorliegen könnte, bedeutsam halten darf.<sup>53</sup> Ausschlaggebend ist mithin, was aus Sicht der Personalvertretung bei verständiger Würdigung, dh unter Beachtung des Rahmens der durch den Schutzzweck und die gesetzlich zugelassenen Zustimmungsverweigerungsgründe eingeschränkten Mitbestimmungsbefugnisse, als für die Aufgabenerfüllung noch bedeutsam angesehen werden kann<sup>54</sup>.

Die vorzulegenden Unterlagen sind dem Zustimmungsantrag beizufügen und dem Personalrat für die Dauer der gesetzlichen Entscheidungsfrist tatsächlich zur Verfügung zu stellen und zu überlassen.<sup>55</sup>

Unter Beachtung der vorstehenden Maßgaben ist somit eine Unterrichtung bzw. eine Vorlage von Unterlagen in folgendem Umfang erforderlich:

#### **(1) Angaben zur Maßnahme**

Die beabsichtigte Maßnahme ist nach Ort, Zeit und ggf. Personen sowie Art und Umfang genau zu bezeichnen.<sup>56</sup> Im Hinblick auf eine vorgesehene Einstellung ist damit genau zu bezeichnen, zu welchem Zeitpunkt der ausgewählte Bewerber in der Dienststelle seinen Dienst aufnehmen soll, um welche Form der Beschäftigung (unbefristet/befristet) es sich handelt, welche Tätigkeit der ausgewählte Bewerber ausüben und in welchem Bereich/welcher Dienststelle dies erfolgen soll.

Wichtig ist insbesondere mit Blick auf den gesetzlichen Versagungsgrund in § 77 Abs. 2 Nr. 2 BPersVG bzw. der entsprechenden landesgesetzlichen Regelung eine Unterrichtung dahingehend, ob die beabsichtigte Einstellung Auswirkungen auf sonstige, bereits in der Dienststelle tätige Beschäftigte hat. Diese sind ggf. genau zu bezeichnen.

#### **(2) Angaben zu den Beteiligten am Auswahlverfahren, insbesondere Bewerbungsunterlagen**

Falls die beabsichtigte personelle Maßnahme auf einer Auswahlentscheidung des Dienstherrn zwischen mehreren Bewerbern oder Beschäftigten beruht, muss der Personalrat nicht nur über die fachlichen und persönlichen Verhältnisse des ausgewählten Bewerbers oder Beschäftigten, sondern auch über die fachlichen und persönlichen Verhältnisse der nicht berücksichtigten Mitbewerber oder nicht ausgewählten anderen Beschäftigten hinreichend unterrichtet werden.<sup>57</sup>

<sup>52</sup> Vgl. ua. BVerwG 10.8.1987 – 6 P 22.84 (FN 49).

<sup>53</sup> Vgl. BVerwG 26.1.1994 – 6 P 21.92 (FN 49).

<sup>54</sup> Vgl. BVerwG 26.1.1994 – 6 P 21.92 (FN 49).

<sup>55</sup> Vgl. BAG 14.12.2004 – 1 ABR 55/03 – AP § 99 BetrVG 1972 Nr. 122.

<sup>56</sup> Vgl. *Altvater/Baden/Kröhl/Lemke/Peiseler* (FN 25) § 69 BPersVG Rn. 16.

<sup>57</sup> Vgl. ua. BVerwG 10.8.1987 – 6 P 22.84 (FN 49).

Die Erforderlichkeit der Vorlage der Bewerbungsunterlagen, dh Bewerbungsschreiben, Lebenslauf, Zeugnis sowie ggf. ausgefüllte Personalfragebögen aller (externen) Bewerber, ergibt sich aus dem oben bereits benannten Recht der Personalvertretung, seine Zustimmung bei einer Einstellung verweigern zu können, wenn diese gegen ein Gesetz, ua. gegen Art. 33 Abs. 2 GG verstößt. Über die vorstehend aufgeführten Versagungsgründe kann und muss der Personalrat sicherstellen können, dass diesem verfassungsrechtlichen Gebot bei Einstellungen Rechnung getragen wird.<sup>58</sup>

Daher sind dem Personalrat die Bewerbungsunterlagen aller (externer) Bewerber vorzulegen. Als erforderliche Bewerbungsunterlagen sind neben den von den Bewerbern selbst eingereichten auch solche Unterlagen anzusehen, die erst der Arbeitgeber anlässlich der Bewerbung über die Person des Bewerbers erstellt hat, wie etwa Personalfragebögen, schriftliche Auskünfte von dritter Seite und Ergebnisse von Tests oder Einstellungsprüfungen.<sup>59</sup>

### (3) Begründung der Auswahlentscheidung

Artikel 33 Abs. 2 GG gibt niemandem einen Anspruch auf Verleihung eines öffentlichen Amtes, enthält aber vor allem die Verpflichtung der Behörden bzw. Dienststellen, ihre Einstellungsentscheidungen sachlich zu begründen.<sup>60</sup> Dementsprechend muss die Unterrichtung eine Begründung enthalten, die deutlich macht, weshalb der ausgewählte Bewerber den übrigen Bewerbern vorgezogen wurde.

Inhalt und Umfang dieser Begründung hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Sollten mehrere geeignete Bewerber vorgelegen haben, ist die Auswahl detaillierter zu begründen und darzulegen, warum sich die Dienststelle für den ausgewählten Bewerber entschieden hat, als in dem Fall, in dem bereits die Bewerbungsunterlagen der übrigen Bewerber belegen, dass diese für eine Einstellung nicht in Betracht zu ziehen waren.

Von dieser Unterrichtungspflicht strikt abzugrenzen ist die Frage, inwieweit der Personalrat die Auswahlentscheidung in sachlicher Hinsicht anzweifeln bzw. überprüfen kann (s. u. bei 4.4.2).

### (4) Sonstige Unterlagen/Informationen

Nachdem dem Personalrat ermöglicht werden muss zu prüfen, ob die Einstellung gegen ein Gesetz verstößt, ist auch darzulegen, dass das Verfahren gemäß §§ 81 und 82 SGB IX eingehalten wurde. § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX verpflichtet die Arbeitgeber zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitsuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen besetzt werden können. Dazu haben die Arbeitgeber frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit aufzunehmen. Nach § 82 Satz 1 SGB IX trifft die Dienststelle eines öffentlichen Arbeitgebers die weitergehende Pflicht, den Agenturen für Arbeit frühzeitig frei werdende und neu zu besetzende sowie neue Arbeitsplätze zu melden. Arbeitsplätze nach § 73 Abs. 1 SGB IX sind alle Stellen, auf denen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, Beamte und Beamtinnen, Richter und Richterinnen sowie Auszubildende und andere zu ihrer beruflichen Bildung Eingestellte beschäftigt werden. Ein Verstoß gegen die Meldepflichten aus den § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 82 Satz 1 SGB IX bei der Besetzung eines frei werdenden oder neu geschaffenen Arbeitsplatzes begründet ein Zustimmungsverweigerungsrecht

<sup>58</sup>

Vgl. ua. BVerwG 26.1.1994 – 6 P 21.92 (FN 47).

<sup>59</sup>

Vgl. zu § 99 BetrVG BAG 14.12.2004 – 1 ABR 55/03 – ZTR 2005, 493.

<sup>60</sup>

BVerwG 11.2.1981 – 6 P 44.79 – BVerwGE 61, 325 = PersV 1981, 320.

des Personalrats.<sup>61</sup> Vor diesem Hintergrund ist der Zustimmungsvorlage stets die Information über die Einhaltung dieser Pflicht aus den §§ 81, 82 SGB IX beizufügen.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG besteht kein Recht des Personalrates, an **Vorstellungsbzw. Bewerbergesprächen** teilzunehmen.<sup>62</sup> Auch wenn die Dienststelle den Personalrat an Auswahlgesprächen nicht beteiligen muss, ist der Personalrat – sofern die Dienststelle in diesen Gesprächen neue Kenntnisse erlangt und diese bei der Entscheidung mit berücksichtigen will – dennoch von diesen neuen Erkenntnissen zu unterrichten.<sup>63</sup>

Soweit der Inhalt dieser Vorstellungsgespräche jedoch keine für die Entscheidung der Dienststelle maßgeblichen Erkenntnisse ergeben hat, ist eine Unterrichtung über den Inhalt von Vorstellungsgesprächen nicht erforderlich. In derartigen Fällen genügt die Dienststelle ihrer Unterrichtungspflicht, wenn sie der Personalvertretung pflichtgemäß die Bewerbungsunterlagen aller Bewerber vorlegt.<sup>64</sup>

#### (5) Vorgesehene Eingruppierung

Im Vorfeld einer beabsichtigten Einstellung ist ferner die mit dem Einstellungsvorgang in engem Zusammenhang stehende vorgesehene Eingruppierung mitzuteilen. Es muss die vorgesehene Tarifgruppe bzw. das vorgesehene Amt und die ihm entsprechende Besoldungsgruppe angegeben werden.

### 4.3 Schriftliche Zustimmungsverweigerung des Personalrats innerhalb der Stellungnahmefrist

Ist die Unterrichtung vollständig erfolgt, wird die im jeweiligen Personalvertretungsgesetz vorgesehene Stellungnahmefrist in Gang gesetzt, sodass der Personalrat seine Zustimmung zu der beabsichtigten Maßnahme innerhalb dieser Frist und in der vom Gesetz vorgegebenen Schriftform verweigern muss. Andernfalls gilt die Maßnahme als gebilligt bzw. die Zustimmung als erteilt.

#### 4.3.1 Stellungnahmefristen in den jeweiligen Personalvertretungsgesetzen

Die jeweiligen Fristen für die Stellungnahme des Personalrates weichen in den einzelnen Landespersonalvertretungsgesetzen sowie im BPersVG erheblich voneinander ab.

Im BPersVG hat der Personalrat innerhalb einer Frist von zehn Arbeitstagen, die in dringenden Fällen auf drei Arbeitstage abgekürzt werden kann, Stellung zu nehmen (vgl. § 69 Abs. 2 Satz 3 – 5 BPersVG). Dieselbe Frist zur Stellungnahme ist in § 61 Abs. 3 Satz 3 LPVG Brandenburg, § 62 Abs. 2 Satz 3 PersVG MV, § 79 Abs. 2 Satz 3 SächsPersVG, § 52 Abs. 2 Satz 3 im MBG Schl.-H. sowie in § 69 Abs. 2 Satz 7 ThürPersVG vorgesehen. Entsprechend dem Bundesrecht kann die Stellungnahmefrist in

<sup>61</sup> Vgl. OVG Berlin-Brandenburg 25.8.2011 – OVG 60 PV 3.11 – Juris.

<sup>62</sup> Vgl. BVerwG 6.12.1978 – 6 P 2.78 – BVerwGE 57, 151.

<sup>63</sup> Vgl. OVG Berlin 27.7.1998 – 60 PV 7.98 – PersR 1998, 530; zum BetrVG: BAG 28.6.2005 – 1 ABR 26/04 – NZA 2006, 111 = ZTR 2006, 227 (L).

<sup>64</sup> Vgl. ua. BVerwG 26.1.1994 – 6 P 21.92 (FN 47) sowie die Ausführungen oben bei 4.2.2 (2).

dringenden Fällen in Brandenburg (§ 61 Abs. 3 Satz 3 LPVG Brandenburg), Sachsen (§ 79 Abs. 2 Satz 4 SächsPersVG) und Thüringen (§ 69 Abs. 2 Satz 8 ThürPersVG) auf drei Arbeitstage abgekürzt werden. In Mecklenburg-Vorpommern (§ 62 Abs. 2 Satz 4 LPVG MV) sowie Schleswig-Holstein (§ 52 Abs. 2 Satz 4 MBG Schl.-H.) ist eine Abkürzung auf fünf Arbeitstage in dringenden Fällen möglich.

Eine Stellungnahme binnen zwei Wochen hat in Bayern (Art. 70 Abs. 2 Satz 3 BayPVG), Bremen (§ 58 Abs. 1 Satz 2 BremPVG), Hamburg (§ 76 Abs. 3 Satz 2 HmbPersVG), Berlin (§ 79 Abs. 2 Satz 3 PersVG Berlin), Hessen (§ 69 Abs. 2 Satz 2 HPVG), Niedersachsen (§ 68 Abs. 2 Satz 3 NPersVG), Nordrhein-Westfalen (§ 66 Abs. 2 Satz 3 LPVG NRW), Saarland (§ 73 Abs. 2 Satz 3 SPersVG) sowie Sachsen-Anhalt (§ 61 Abs. 3 Satz 3 PersVG LSA) zu erfolgen. Die Verkürzung dieser Stellungnahmefrist ist auch in diesen Landespersonalvertretungsgesetzen in dringenden Fällen möglich und zwar auf eine Woche (Art. 70 Abs. 2 Satz 4 BayPVG, § 58 Abs. 1 Satz 3 BremPVG, § 79 Abs. 3 Satz 3 HmbPersVG, § 69 Abs. 2 Satz 3 HPVG, § 68 Abs. 2 Satz 4 NPersVG, § 66 Abs. 2 Satz 4 LPVG NRW sowie § 61 Abs. 3 Satz 4 PersVG LSA). Eine Verkürzung in dringenden Fällen auf drei Arbeitstage sieht § 73 Abs. 2 Satz 4 SPersVG vor. In Berlin besteht hingegen keine Verkürzungsmöglichkeit.

Eine Stellungnahmefrist von 18 Arbeitstagen ist in Baden-Württemberg (§ 69 Abs. 2 Satz 3 LPVG BW) und Rheinland-Pfalz (§ 74 Abs. 2 Satz 4 LPersVG Rheinland-Pfalz) vorgesehen, wobei in beiden Gesetzen eine Verkürzung auf sechs Arbeitstage in dringen Fällen möglich ist (§ 69 Abs. 2 Satz 4 LPVG BW und § 74 Abs. 2 Satz 5 LPersVG Rheinland-Pfalz).

Für die Fristberechnung gelten die §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 1 BGB entsprechend, dh die Frist beginnt mit dem Tag nach Zugang der Unterrichtung und Antragstellung beim Personalrat und endet mit Ablauf der oben dargestellten Fristen. Für den Zugang können die allgemeinen Regeln für den Zugang von Willenserklärungen herangezogen werden.<sup>65</sup> Daraus folgt, dass die Zustimmungsvorlage dem Personalrat dann zugegangen ist, wenn diese derart deren Machtbereich gelangt ist, dass nach der Verkehrsanschauung mit einer Kenntnisnahme des Personalrats nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge zu rechnen ist.

Da überdies in den die Stellungnahmefristen betreffenden Regelungen nicht – wie beispielsweise beim Stufenverfahren (s. o.) – ausdrücklich von „auf dem Dienstweg“ die Rede ist, gelten auch bezüglich des rechtzeitigen Zuganges der Zustimmungsverweigerung bei dem Dienststellenleiter die Regelungen der §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 1 BGB entsprechend. Die Zustimmungsverweigerung der Personalvertretung muss folglich derart in den Machtbereich des Dienststellenleiters gelangen, dass dieser nach der Verkehrsanschauung von ihr Kenntnis erhalten kann.

#### 4.3.2 Schriftform

Verweigert der Personalrat seine Zustimmung, so muss dies innerhalb der genannten Frist unter Angabe der Gründe schriftlich erfolgen. Im Gegensatz zur Erteilung der Zustimmung bedarf die Zustimmungsverweigerung zwingend der Schriftform, dh sie muss in einer Urkunde niedergelegt sein und vom Vorsitzenden des Personalrates, bei dessen Verhinderung von dessen Stellvertreter, eigenhändig unterzeichnet sein.<sup>66</sup> Auch die Gründe müssen schriftlich angegeben werden. Andernfalls gilt die Maßnahme mangels wirksamer Zustimmungsverweigerung nach Ablauf der Stellungnahmefrist als gebilligt bzw. die Zustimmung als erteilt, was ebenso auch für sonstige formale Fehler beim Zustandekommen des Personalratsbeschlusses, etwa die rechtzeitige Ladung, die Mitteilung der Tagesordnung usw. gilt.<sup>67</sup>

<sup>65</sup>

Vgl. *Richardi/Dörner/Weber* (FN 1) § 69 BPersVG Rn. 40.

<sup>66</sup>

Vgl. *Richardi/Dörner/Weber* (FN 1) § 69 BPersVG Rn 46.

#### 4.4 Unbeachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung

Hat der Personalrat fristgerecht und formal ordnungsgemäß die Zustimmung verweigert, ist das Absehen von der Einleitung des Stufenverfahrens nur dann möglich, wenn die Zustimmungsverweigerung unbeachtlich ist, dh die von der Personalvertretung angegebenen Gründe offensichtlich außerhalb der Mitbestimmung liegen.

Das Merkmal der Offensichtlichkeit stellt sicher, dass sich der Abbruch des Mitbestimmungsverfahrens durch den Dienststellenleiter trotz rechtzeitiger formgerechter Zustimmungsverweigerung auf Fälle beschränkt, in denen der Personalrat seine durch den jeweiligen Mitbestimmungstatbestand begrenzten Kompetenzen eindeutig überschreitet.<sup>68</sup> Hat er dem Antrag fristgerecht und schriftlich unter Angabe von Gründen die Zustimmung verweigert und kommt eine Einigung nicht zustande, ist die Angelegenheit im Stufenverfahren zwischen der nächst übergeordneten Dienstbehörde und der Stufenvertretung zu verhandeln. Diese verfahrensrechtlichen Bestimmungen lassen keinen Raum für eine Vorprüfungskompetenz des Dienststellenleiters, die sich etwa auf die Schlüssigkeit der angeführten Ablehnungsgründe erstreckt.<sup>69</sup> Insofern gilt für die Frage, ob der Zustimmungsverweigerungsgrund einen inhaltlichen Bezug zum einschlägigen Mitbestimmungstatbestand aufweist, nichts anderes als sonst für Rechtsauffassungen, die der Personalrat bei der Wahrnehmung von Mitbestimmungsrechten äußert. Danach kann der geltend gemachte Ablehnungsgrund nicht schon deswegen als unbeachtlich betrachtet werden, weil sich die zugrunde liegende Auffassung des Personalrates zur Reichweite seines Mitbestimmungsrechts im Laufe des nachfolgenden gerichtlichen Verfahrens als unzutreffend erweist.<sup>70</sup> Eine Zustimmungsverweigerung ist vielmehr nur dann unbeachtlich, wenn sie sich inhaltlich einem Mitbestimmungstatbestand von vornherein und eindeutig nicht zuordnen lässt, oder – anders ausgedrückt – wenn eine solche Zuordnung nicht einmal als möglich erscheint.<sup>71</sup>

Die Ansicht des LAG Berlin-Brandenburg<sup>72</sup>, dass bei landesvertretungsrechtlichen Vorschriften, die keine gesetzlichen Versagungskataloge wie in § 77 Abs. 2 BPersVG enthalten, keine weiteren Anforderungen an die Zustimmungsverweigerung zu stellen sind, der Personalrat in diesen Fällen vielmehr seine Zustimmung grundsätzlich aus jedem Grund verweigern könne, hat das BAG unter Bezugnahme auf die vorstehenden vom BVerwG entwickelten Grundsätze nicht gebilligt. Es sei demnach jedenfalls zu prüfen, ob die Zustimmungsverweigerung unbeachtlich ist, weil sie entweder (objektiv) das Vorliegen eines gesetzlichen Zustimmungsverweigerungsgrundes nicht möglich erscheinen lässt (sog. Möglichkeitstheorie) oder aber aus sonstigen (subjektiven) Gründen rechtsmissbräuchlich ist, etwa weil der Personalrat sich von vornherein besserer Erkenntnis verschließt oder aber seinen Standpunkt nur zum Schein einnimmt. Haben die angegebenen Verweigerungsgründe

<sup>67</sup> Vgl. *Richardi/Dörner/Weber* (FN 1) § 69 BPersVG Rn. 47.

<sup>68</sup> Vgl. BVerwG 30.4.2001 – 6 P 9.00 – ZTR 2001, 433.

<sup>69</sup> Vgl. BVerwG 7.12.1994 – 6 P 35.92 – ZTR 1996, 136.

<sup>70</sup> Vgl. BVerwG 30.4.2001 – 6 P 9.00 (FN 67).

<sup>71</sup> Vgl. BVerwG 30.4.2001 – 6 P 9.00 (FN 67).

<sup>72</sup> Vgl. LAG Berlin-Brandenburg 10.11.2005 – 9 Sa 331/05 – Juris.

überhaupt keinen Bezug zu der beabsichtigten Maßnahme, dh sind sie offensichtlich rechtsmissbräuchlich vorgeschoben oder liegen sie eindeutig außerhalb des Rahmens der Beteiligung, ist die Zustimmungsverweigerung des Personalrats auch dann unbeachtlich, wenn die landespersonalvertretungsrechtlichen Vorschriften keinen expliziten Verweigerungskatalog enthalten.<sup>73</sup>

#### 4.4.1 Formale Anforderungen

Die Angabe von Gründen dafür, dass der Personalrat seine Zustimmung zu einer mitbestimmungspflichtigen Maßnahme verweigert, soll den Dienststellenleiter in den Stand setzen, zu erkennen, welche Einwendungen der Personalrat gegen die beabsichtigte Maßnahme erhebt und auf welchen Erwägungen sie beruhen.

Die oftmals fehlenden dienstrechlichen Kenntnisse und die Kürze der Zeit, die dem Personalrat für seine Beschlussfassung zur Verfügung steht, schließen es – so die einhellige Auffassung – aus, an die Begründung einer Zustimmungsverweigerung strenge Anforderungen zu stellen.<sup>74</sup> Vielmehr ist ein großzügiger Maßstab anzulegen, wobei sich der Personalrat aber trotzdem nicht auf eine formelhafte Begründung oder etwa darauf beschränken darf, lediglich den Wortlaut gesetzlich geregelter Versagungsgründe wiederzugeben, sodass der konkrete Anlass und damit auch der Bezug zum konkreten Einzelfall selbst bei großzügiger Würdigung nicht erkennbar wird.<sup>75</sup>

Vor diesem Hintergrund ist die Zustimmungsverweigerung der Personalvertretung dahingehend zu überprüfen, ob diese lediglich formelhafte Ausführungen getätigt oder sich darauf beschränkt hat, den Wortlaut gesetzlich geregelter Versagungsgründe wiederzugeben, ohne den Bezug zum konkreten Einzelfall herzustellen.

Dies ist insbesondere bei personellen Maßnahmen, die eine große Anzahl von Arbeitnehmern betrifft, zu berücksichtigen. Insoweit gilt nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung, dass es sich dann um eine unbeachtliche Pauschalablehnung handelt, die die Zustimmungsfiktion des § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG auslöst, wenn der Betriebsrat seine Zustimmung zu den personellen Maßnahmen jeweils mit wortidentischer Begründung, ohne – dort im Falle einer Eingruppierung – auf die konkreten Tätigkeiten und die einschlägigen Tarifmerkmale einzugehen.<sup>76</sup>

#### 4.4.2 Beispiele für unbeachtliche Zustimmungsverweigerungen

##### (1) Eindringen in den Ermessens- und Beurteilungsspielraum der Dienststelle

In der Praxis sehr relevant ist die Frage, ob die Personalvertretung im Rahmen der Zustimmungsverweigerung geltend machen kann, nicht der ausgewählte Bewerber sei einzustellen, sondern ggf. ein anderer Bewerber. Die Frage stellt sich insbesondere dann, wenn die Personalvertretung die von der Dienststelle getroffene Auswahlentscheidung mit der Begründung angreift, dass der berücksichtigte Bewerber für die vorgesehene Tätigkeit weniger geeignet sei als ein anderer Bewerber.

<sup>73</sup> Vgl. BAG 19.6.2007 – 2 AZR 58/06 – NZA 2008, 52.

<sup>74</sup> Vgl. BVerwG 29.1.1996 – 6 P 38.93 – ZTR 1996, 570.

<sup>75</sup> Vgl. BVerwG 29.1.1996 – 6 P 38.93 (FN 73).

<sup>76</sup> Vgl. LAG Berlin 14.7.2005 – 16 TaBV 593/05 – Juris.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG gilt, dass eine unbeachtliche Zustimmungsverweigerung der Personalvertretung vorliegt, wenn diese ihre eigene Eignungs- und Befähigungseinschätzung an die Stelle derjenigen der zuständigen Entscheidungsgremien in der Dienststelle setzt. Die Beurteilung der Beschäftigten und Bewerber nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung obliegt allein dem Dienststellenleiter.<sup>77</sup>

Anerkannt ist, dass der für die Entscheidung zuständigen Behörde bzw. Dienststelle von Verfassungs wegen (Art. 33 Abs. 2 GG) ein weiter Ermessens- und Beurteilungsspielraum eingeräumt ist, der gerichtlich nur beschränkt überprüfbar ist und in den die Personalvertretung mit ihren Einwendungen nicht eindringen kann.

Gerade die Frage, welcher unter einer Vielzahl von Bewerbern der „bestgeeignete“ ist, lässt der Einstellungsbehörde einen weiten Beurteilungsspielraum. So ist es beispielsweise nicht stets entscheidend, welcher Bewerber die besten Zeugnisse hat. Je nach der zu vergebenden Stelle können andere Qualitäten ausschlaggebender sein, als ein sehr umfangreiches Wissen. Andere Eigenschaften – wie zB. der Umgang mit dem Publikum – werden oft in Vorstellungsgesprächen ermittelt, wobei es allein Sache der Einstellungsbehörde ist, diese festzustellen, weil sie sich dabei in dem ihr zustehenden Rahmen bewegt und sich außerdem im Stadium der Willensbildung befindet, in dem die Personalvertretung nicht beteiligt ist.<sup>78</sup>

Vor diesem Hintergrund kann die Personalvertretung die Zustimmung zu einer solchen Personalmaßnahme nur dann verweigern, wenn die Dienststelle bei der Eignungsbeurteilung den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen, in dem sie sich frei bewegen kann, verkannt hat oder von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist oder allgemeingültige Maßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat.<sup>79</sup>

Dies lässt sich – so das BVerwG – auf die einfache, aber zutreffende Formel bringen, dass der Personalrat zu prüfen hat, ob nicht andere Bewerber aus unsachlichen Gründen benachteiligt worden sind.<sup>80</sup>

## (2) Berufung auf arbeitsmarktpolitische Gründe

Die Verwirklichung von arbeitsmarktpolitischen Zielsetzungen gehört ebenfalls nicht zu den gesetzlichen Aufgaben der Personalvertretungen. Vielmehr liegen diese Fragen ausschließlich im Aufgabenbereich der Tarifvertragsparteien und der politisch verantwortlichen Organe.<sup>81</sup>

Die Mitbestimmung bei Einstellungen bezieht sich allein auf die Eingliederung, nämlich auf die zur Einstellung vorgesehene Person, auf die von ihr auszuführende Tätigkeit und auf die, mit der Übertragung verbundene tarifrechtliche Bewertung.<sup>82</sup> Insoweit ist zB. die Zustimmungsverweigerung des Personalrats mit der Begründung, dass Rentner angesichts der

<sup>77</sup> Vgl. ua. BVerwG 27.3.1990 – 6 P 34.87 – ZTR 1990, 394.

<sup>78</sup> Vgl. ua. BVerwG 6.12.1978 – 6 P 2.78 – PersV 1979, 504.

<sup>79</sup> Vgl. ua. BVerwG 27.3.1990 – 6 P 34.87 (FN 76).

<sup>80</sup> Vgl. ua. BVerwG 11.2.1981 – 6 P 44.79 – PersV 1981.

<sup>81</sup> Vgl. Hessischer VGH 23.1.1991 – HPV TL 2511/85 – ZTR 1991, 306 f.

Arbeitsmarktlage prinzipiell nicht einzustellen seien, die ausgeschriebenen Stellen vielmehr mit gleich qualifizierten arbeitslosen Personen besetzt werden müssen, unbeachtlich.<sup>83</sup>

### (3) Offensichtliche Fehlerhaftigkeit von Rechtsauffassungen

In der Praxis ebenfalls sehr relevant ist die Frage, inwieweit Rechtsauffassungen der grundsätzlich aus juristischen Laien bestehenden Personalvertretung beachtliche Einwendungen darstellen.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG kann der Personalrat seine Zustimmungsverweigerung nicht nur mit dem Vortrag von Tatsachen, sondern auch mit der Darlegung einer Rechtsauffassung begründen.<sup>84</sup>

Beschränkt sich die Zustimmungsverweigerung auf die Darlegung einer Rechtsauffassung, so ist sie nur dann unbeachtlich, wenn die Fehlerhaftigkeit dieser Rechtsauffassung „offensichtlich“ ist. Der Abbruch des Mitbestimmungsverfahrens ist in diesen Fällen nur zulässig, wenn ein Verweigerungsgrund von vorneherein und eindeutig nicht vorliegen kann, dh er nach keiner vertretbaren Betrachtungsweise als möglich erscheint, was zB. dann der Fall ist, wenn sich der Personalrat auf eine Rechtsauffassung stützen will, von der allgemein anerkannt ist, dass sie unzutreffend ist, weil sie etwa einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung widerspricht.<sup>85</sup> Die Verweigerung der Zustimmung mit einer solchen Begründung kann rechtsmissbräuchlich sein, was jedenfalls dann gilt, wenn der Personalrat im Beteiligungsverfahren oder später im Verlauf eines Stufen- oder Einigungsverfahrens vor dessen Abbruch hierauf hingewiesen worden ist, dh es bedeutet einen Missbrauch des Verfahrens, wenn ein Einigungsverfahren angestrebt wird, obwohl auch dem Personalrat von vornherein klar ist, (oder ihm in Folge eines Hinweises klar geworden sein muss,) dass seine Einwendungen im Stufenverfahren keinesfalls berücksichtigt werden können.<sup>86</sup>

Vor diesem Hintergrund gilt, dass die Personalvertretung schon „haarsträubende“ rechtliche Einwendungen geltend machen muss. Dies gilt zB. in dem Fall, in dem die Personalvertretung die Verletzung von Gesetzen rügt, die die Gleichstellung von Frauen betreffen, obwohl es sich bei der zur Einstellung vorgesehenen Person um eine weibliche Bewerberin handelt.

## 4.5 Zwischenfazit

Nach alledem gilt zusammenfassend, dass die Unterrichtung durch die Dienststelle über die beabsichtigte Maßnahme in Gestalt der Einstellung rechtzeitig und vor allem vollständig zu erfolgen hat, wobei der Personalvertretung sämtliche Unterlagen vorzulegen bzw. zur Verfügung zu stellen sind, die mit Blick auf die gesetzlichen Versagungsgründe Einfluss auf dessen Meinungs- und Willensbildung

<sup>82</sup> Vgl. BVerwG 19.9.1983 – 6 P 32.80 – BVerwGE 68, 30.

<sup>83</sup> Vgl. Hessischer VGH 23.1.1991 – HPV TL 2511/85 (FN 80).

<sup>84</sup> Vgl. BVerwG 7.12.1994 – 6 P 35.92 – ZTR 1996, 136.

<sup>85</sup> Vgl. BAG 19.6.2007 – 2 AZR 58/06 – (FN 72) zu der Frage der Unbeachtlichkeit einer Zustimmungsverweigerung im Rahmen von §§ 63, 61 PersVG Brandenburg.

<sup>86</sup> Vgl. BAG 19.6.2007 – 2 AZR 58/06 (FN 72).

haben können. Nur wenn diese Unterrichtung ordnungsgemäß erfolgt, beginnt die Frist zur Stellungnahme für die Personalvertretung zu laufen.

Sodann ist die seitens der Personalvertretung zu begründende Zustimmungsverweigerung eingehend darauf zu überprüfen, ob diese den vorstehend dargestellten Grundsätzen der Rechtsprechung des BVerwG entspricht. Erschöpft sich die Zustimmungsverweigerung der Personalvertretung lediglich in formelhaften bzw. vorgeschobenen Einwendungen und/oder sind diese Einwendungen keinem der gesetzlich geregelten Versagungsgründe zuzuordnen und liegen somit außerhalb des Mitbestimmungstatbestandes, gilt die Zustimmungsverweigerung als unbeachtlich. In diesem Fall gilt im Wege der gesetzlichen Fiktion, dass die beabsichtigte Maßnahme in Gestalt der Einstellung als gebilligt bzw. die Zustimmung des Personalrats als erteilt gilt. Die Einstellung kann somit nach Ablauf der Frist zur Stellungnahme umgesetzt werden.

Die Personalvertretung wird sodann naturgemäß versuchen, die Dienststelle gerichtlich zur Fortsetzung bzw. Nachholung des – aus seiner Sicht – zu Unrecht abgebrochenen Mitbestimmungsverfahrens zu verpflichten. Für diesen Fall wird nachfolgend zum einen dargestellt, welche prozessualen Möglichkeiten der Personalvertretung zustehen und zum anderen eine u.E. gangbare Handlungsmöglichkeit aufgezeigt, wie mit einer evtl. zu Ungunsten der Dienststelle ergehenden gerichtlichen Entscheidung in erster Instanz umzugehen ist. Im Einzelnen:

## 5. Rechtsschutzmöglichkeiten des Personalrats

### 5.1 Kein Unterlassungsanspruch

Der Personalrat kann keine Unterlassung der personellen Maßnahme gegenüber dem Arbeitgeber geltend machen. Einen Unterlassungsanspruch, wie er im Betriebsverfassungsrecht im Bereich sozialer Angelegenheiten jedenfalls durch das Bundesarbeitsgericht<sup>87</sup> und weite Teile der Literatur<sup>88</sup> anerkannt ist, besteht nach der einhelligen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte nicht.

Zur Begründung wird angeführt, dass das personalvertretungsrechtliche Beschlussverfahren seinem Charakter nach ein objektiv-rechtliches Verfahren ist, das grundsätzlich nicht der Verfolgung von Individualrechten dient. In der Rechtsprechung des BVerwG ist ein Anspruch des Personalrats auf Unterlassung oder Rückgängigmachung der Maßnahme des Dienststellenleiters daher stets verneint worden.<sup>89</sup> Mit Rücksicht auf die sich aus dem Demokratieprinzip ergebenden Beschränkungen einer Einflussnahme der Personalvertretung auf die Wahrnehmung von Amtsaufgaben durch die Dienststelle und die damit im Zusammenhang stehende Eigenart des Beschlussverfahrens bedarf es einer eindeutigen gesetzlichen Regelung, sofern der Personalvertretung subjektive materiellrechtliche Rechtspositionen eingeräumt werden sollen.<sup>90</sup>

Verpflichtungsaussprüche im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren sind daher nur anerkannt, wenn und soweit das Personalvertretungsrecht dem jeweiligen Antragsteller eine

<sup>87</sup> Vgl. BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – ZTR 1995, 44.

<sup>88</sup> Vgl. ua. *Richardi* BetrVG (13. Auflage 2012) § 87 BetrVG Rn. 135 f. m. w. N.

<sup>89</sup> Vgl. ua. BVerwG 15.3.1995 – 6 P 28.93 – Juris.

<sup>90</sup> Vgl. OVG Berlin-Brandenburg 26.2.2009 – OVG 61 PV 1.09 – Juris Rn. 30 unter Bezugnahme auf BVerfG vom 24.5.1995 – 2 BvF 1/92 (FN 11).

durchsetzungsfähige Rechtsposition einräumt.<sup>91</sup> Eine solche eindeutige Regelung eines individuellen Anspruchs der Personalvertretung gegen den Dienststellenleiter auf Unterlassung einer unter Verstoß gegen Beteiligungsrechte angeordneten oder auf Rückgängigmachung einer durchgeführten Maßnahme lässt sich den Personalvertretungsgesetzen nicht entnehmen.<sup>92</sup> Auch besteht in den Personalvertretungsgesetzen keine mit § 101 BetrVG vergleichbare Regelung, nach der die Personalvertretung die Aufhebung der Maßnahme verlangen kann.

## 5.2 Verpflichtungsantrag/Feststellungsantrag

Gleichwohl dient das personalvertretungsrechtliche Beschlussverfahren nicht nur der abstrakten Klärung strittiger Rechtsfragen für die Zukunft.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist das Personalvertretungsrecht das Innenrecht behördlicher Entscheidungsprozesse, bei welchem dem Personalrat ein öffentliches Recht auf Teilhabe am verwaltungsinternen Entscheidungsverfahren eingeräumt wird, wobei der Personalrat ein selbstständiges Recht auf Einleitung/Fortsetzung des Mitbestimmungsverfahrens und auf Information hat.<sup>93</sup>

Daher kann das personalvertretungsrechtliche Beschlussverfahren, wie das BVerwG verschiedentlich ausgesprochen hat, mit dem Antrag auf Einleitung oder Fortsetzung des Mitbestimmungsverfahrens auch der Durchsetzung von Beteiligungsrechten dienen.<sup>94</sup> Eine Durchsetzung solcher Beteiligungsrechte mithilfe einer Gerichtsentscheidung im Beschlussverfahren kann, weil es sich um eine innerorganisatorische Streitigkeit des öffentlichen Rechts handelt, indes keine gerichtliche Zwangsdurchsetzung darstellen, vielmehr treten hier an die Stelle der Zwangsdurchsetzung die spezifischen Bindungen des Art. 20 Abs. 3 GG, durch die es der Verwaltung verwehrt ist, eine rechtskräftige und für sie verbindliche Gerichtsentscheidung zu missachten.<sup>95</sup>

Vor diesem Hintergrund sind in personalvertretungsrechtlichen (Hauptsache-)Beschlussverfahren Feststellungsanträge zur Klärung von Beteiligungsrechten wegen des objektiv-rechtlichen Charakters des Verfahrens einerseits und der Bindung der Dienststellen an Recht und Gesetz andererseits das maximale und zugleich hinreichende Rechtsschutzziel.<sup>96</sup>

## 5.3 Einstweilige Verfügung

Feststellungsanträge können diesen Zweck auch erfüllen, wenn sie in Gestalt einer einstweiligen Verfügung gestellt werden.<sup>97</sup> Weil damit jedoch die Hauptsache zumindest teilweise vorweggenommen

<sup>91</sup> Vgl. BVerwG 11.5.2011 – 6 P 4.10 – ZTR 2011, 453.

<sup>92</sup> Vgl. OVG Berlin-Brandenburg 29.3.2012 – OVG 62 PV 1.12 – Juris.

<sup>93</sup> Vgl. ua. BVerwG 15.3.1995 – 6 P 28.93 – Juris.

<sup>94</sup> Vgl. ua. BVerwG 15.3.1995 – 6 P 28.93 – Juris.

<sup>95</sup> Vgl. ua. BVerwG 15.3.1995 – 6 P 28.93 – Juris.

<sup>96</sup> Vgl. OVG Berlin-Brandenburg 29.3.2012 – OVG 62 PV 1.12 – Juris.

wird, muss in diesen Fällen nahezu Gewissheit über die Mitbestimmungspflichtigkeit der Maßnahme bestehen und ein im Hauptsacheverfahren nicht mehr auszugleichender Rechtsverlust des Antragstellers drohen.<sup>98</sup>

Dies wird wohl nur dann anzunehmen sein, wenn es sich beispielsweise um eine nur befristete Einstellung handelt und daher davon auszugehen ist, dass im Hauptsacheverfahren vor Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses keine rechtskräftige Entscheidung herbeizuführen ist.

## 6. Handlungsempfehlung für den Fall des Unterliegens in erster Instanz

Ergeht eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung zu Lasten der Dienststelle, dh wird festgestellt, dass die Zustimmungsverweigerung des Personalrats beachtlich und somit das Stufenverfahren/ Einigungsstellenverfahren durchzuführen war, wird damit ebenfalls festgestellt, dass die gesetzliche Zustimmungsfiktion mit Ablauf der Frist zur Stellungnahme nicht eingetreten ist. Folglich besteht mit Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung nach oben dargestellter überwiegender Auffassung das personalvertretungsrechtliche Beschäftigungsverbot, da die Beschäftigung des ausgewählten Bewerbers ohne erforderliche Zustimmung der Personalvertretung erfolgt.

Das BVerwG hat im Beschluss vom 7.12.1994<sup>99</sup> trotz Gebrauchs der Formulierung „Demgegenüber wird mit guten Gründen vertreten ...“ offen gelassen, ob nicht wegen der Bindung des öffentlichen Dienstes an das Haushaltsrecht und wegen des Grundrechtschutzes des eingestellten Bewerbers an die Stelle des Beschäftigungsverbots lediglich ein Gebot zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses des wegen der fehlenden Zustimmung kündbaren Beschäftigungsverhältnisses treten soll, wobei dieses Beendigungsgebot erst durchgreifen und der Kündigungsgrund erst dann entstehen soll, wenn sich der Standpunkt des Personalrats beim Abschluss des fortgeföhrten Beteiligungsverfahrens durchsetzt.<sup>100</sup> Vor diesem Hintergrund lässt sich – so auch das BVerwG – zwar gut vertreten, dass die Dienststelle den ausgewählten Bewerber auch nach rechtskräftiger verwaltungsgerichtlicher Entscheidung, nach der die Dienststelle das Mitbestimmungsverfahren aufgrund beachtlicher Zustimmungsverweigerung der Personalvertretung zu Unrecht abgebrochen bzw. nicht fortgesetzt hat, bis zum Abschluss des nachgeholten Stufenverfahrens/ Einigungsstellenverfahrens weiterbeschäftigen kann. Ein Restrisiko verbleibt mangels einschlägiger Rechtsprechung sowie dem grundsätzlich geltenden personalvertretungsrechtlichen Beschäftigungsverbot.

Unseres Erachtens sollte die Dienststelle zur Vermeidung jeglichen Risikos wie folgt vorgehen:

Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts sollte im Wege der Beschwerde angegriffen und bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der zweiten Instanz das Stufenverfahren/Einigungsstellenverfahren

---

<sup>97</sup>

Vgl. OVG Berlin-Brandenburg 24.11.2011 – OVG 61 PV 3.11 – Juris.

<sup>98</sup>

Vgl. OVG Berlin-Brandenburg 26.2.2009 – OVG 61 PV 1.09 – Juris und 24. November 2011 – OVG 61 PV 3.11 – Juris.

<sup>99</sup>

Vgl. BVerwG 7.12.1994 – 6 P 35.92 – ZTR 1996, 136.

<sup>100</sup>

Vgl. BVerwG 7.12.1994 – 6 P 35.92 – ZTR 1996, 136 unter Verweis auf *Hantl-Unthan*, Einzelvertragliche Rechtsfolgen der kollektivrechtswidrig durchgeföhrten Arbeitnehmereinstellung im öffentlichen Dienst 1993, S. 279 f.

unter Berufung auf die ergangene erstinstanzliche Entscheidung vorsorglich fortgesetzt bzw. nachgeholt werden.

Dahinter steht folgende Überlegung: Die Dienststelle ist erst dann gemäß Art. 20 Abs. 3 GG verpflichtet, einen gesetzeswidrigen Zustand zu beseitigen und somit das Stufenverfahren/Einigungsstellenverfahren nachzuholen bzw. fortzusetzen, wenn die erstinstanzliche Entscheidung rechtskräftig ist. Im Fall der Durchführung des Beschwerdeverfahrens in der zweiten Instanz vergeht in der Praxis ein weiterer erheblicher Zeitraum, während dessen die vorsorgliche Nachholung bzw. Fortsetzung des Stufenverfahrens/Einigungsstellenverfahrens in zeitlicher Hinsicht möglich sein sollte. Die diesbezüglich vorstehend dargestellten zeitlichen Vorgaben umfassen eine kürzere Dauer im Vergleich zu dem Zeitraum, den die Durchführung eines Beschwerdeverfahrens in der zweiten Instanz in Anspruch nimmt.

Dieses Vorgehen bietet den entscheidenden Vorteil, dass der Beschäftigte bis zur endgültigen Aufrechterhaltung der Zustimmungsverweigerung durch die Einigungsstelle bzw. der obersten Dienstbehörde weiterbeschäftigt werden kann. Es gilt nicht das personalvertretungsrechtliche Beschäftigungsverbot, weil die erstinstanzliche Entscheidung mit der Feststellung, dass die gesetzliche Zustimmungsfiktion aufgrund der beachtlichen der Zustimmungsverweigerung der Personalvertretung nicht eingetreten ist, noch nicht rechtskräftig ist. Die personelle Maßnahme in Gestalt der Einstellung gilt somit bis zu einer, zu Lasten der Dienststelle, ergehenden rechtskräftigen Entscheidung in der zweiten Instanz weiterhin als gebilligt bzw. die Zustimmung als erteilt.

Wird die Zustimmung durch die Stufenvertretung(en), die Einigungsstelle bzw. die oberste Dienstbehörde im Rahmen des vorsorglich fortgesetzten bzw. nachgeholtene Mitbestimmungsverfahrens erteilt, hat die Dienststelle durch dieses Vorgehen bereits vor einer rechtskräftigen Entscheidung in der zweiten Instanz die dauerhafte und vor allem zeitnahe Beschäftigung ihres „Wunschkandidaten“ sichern können. Das verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren kann für erledigt erklärt werden.

Die Auflösung bzw. Kündigung des Arbeitsverhältnisses wäre seitens der Dienststelle erst dann unausweichlich, wenn die vorsorgliche Fortsetzung bzw. Nachholung des Stufenverfahrens/Einigungsstellenverfahrens negativ für die Dienststelle ausgeht und der Einigungsstellenbeschluss für die Beteiligten bindend ist. Auch hier kommt es auf den Ausgang des Beschwerdeverfahrens nicht mehr an. Das Beschwerdegericht wird in diesem Fall aussprechen, dass das abgebrochene Mitbestimmungsverfahren mangels unbeachtlicher Zustimmungsverweigerung fortzusetzen war, wobei dies jedoch bereits während des Beschwerdeverfahrens zu Lasten der Dienststelle gescheitert ist. Für die öffentlichen Arbeitgeber, die in denjenigen Ländern tätig sind, in denen die Einigungsstelle bindend entscheidet, bleibt als „Trost“, dass der ausgewählte Bewerber in der Dienststelle wenigstens tätig werden konnte und das bereits vollzogene Beschäftigungsverhältnis nicht „sinnentleert“ war bzw. nur die Dienststelle einseitig zur Vergütungsleistung verpflichtet hat. In der überwiegenden Anzahl der Länder, bei denen die Einstellung von Arbeitnehmern der eingeschränkten Mitbestimmung unterliegt, bleibt für den öffentlichen Arbeitgeber noch die berechtigte Hoffnung, dass sich die oberste Dienstbehörde über den empfehlenden Beschluss der Einigungsstelle hinwegsetzt und die Einstellung aufrechterhält.

Abschließender Hinweis: Vorstehende Ausführungen sollen lediglich eine Handlungsmöglichkeit aufzeigen, wie im Hinblick auf das grundsätzlich geltende personalvertretungsrechtliche Beschäftigungsverbot mit einer zu Lasten der Dienststelle ergangenen erstinstanzlichen Entscheidung umzugehen ist, um nachteilige Folgen für die Dienststelle zu vermeiden. Soweit jedoch die Dienststelle sowohl die Unterrichtung im Rahmen der mitbestimmungspflichtigen Maßnahme in Gestalt einer Einstellung rechtzeitig und vollständig durchführt und sodann die Zustimmungsverweigerung der Personalvertretung eingehend, unter Berücksichtigung der Maßgaben der Rechtsprechung des BVerwG überprüft und zu dem Ergebnis gelangt, dass die Personalvertretung lediglich unbeachtliche Einwendungen geltend macht, sollte ein mit dieser Angelegenheit befasstes Verwaltungsgericht zu dem Ergebnis gelangen, dass die Umsetzung der Einstellung nach Ablauf der Frist zur Stellungnahme mangels beachtlicher Zustimmungsverweigerung rechtmäßig erfolgt ist. In diesem Fall wird die Durchführung des langwierigen Stufenverfahrens und somit ein Wettbewerbsnachteil für den

ZTR - Onlinearchiv / 2013 / Heft 2.2013 / Aufsätze / Die Zustimmungsverweigerung des Personalrats zur Einstellung – ein Wettbewerbsnachteil für den öffentlichen Arbeitgeber /

öffentlichen Arbeitgeber vermieden, da die zeitnahe und dauerhafte Beschäftigung des ausgewählten Bewerbers in der Dienststelle gelungen ist.