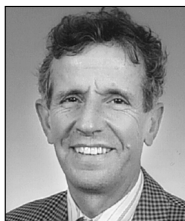


Probleme der Nachzeichnung des fiktiven beruflichen Werdegangs freigestellter Personalratsmitglieder

Von Dr. Klaus Vogelgesang, Bonn



Dr. Klaus Vogelgesang

Jurist, nach Ministerialtätigkeit in Bonn seit 1989 Richter am Bundesverwaltungsgericht im Personalvertretungssenat und ab 1997 Vorsitzender des 2. Wehrdienstsenats, vielfältige Kommentierungen und Abhandlungen zum Personalvertretungs-, Dienst- und Kommunalrecht; seit 1999 ständiger Mitarbeiter der PersV; Seit 2002 im Ruhestand.

1. Problemdarstellung

Bei der Behandlung des beruflichen Werdegangs und der beruflichen Förderung freigestellter Personalratsmitglieder treten immer wieder Schwierigkeiten und Rechtsfragen auf. Sie sind zum einen dadurch bedingt, dass sich dieser Personenkreis auf Grund seiner Stellung und Tätigkeit in einem besonderen Konfliktfeld befindet. Zwar schreiben § 2 Abs. 1 BPersVG und die entsprechenden Landespersonalvertretungsgesetze vor, dass Dienststelle und Personalvertretung vertrauensvoll zusammenwirken sollen, um in gegenseitiger Offenheit und Ehrlichkeit bei Streitfragen zu einer möglichst einvernehmlichen Lösung zu kommen. Wer die tägliche Praxis kennt, weiß aber, dass die Wirksamkeit dieses Gebotes oft nur „sehr begrenzt und nicht selten vom Unwillen oder der Unfähigkeit beider Seiten zu Offenheit und Ehrlichkeit geprägt ist“¹.

Konflikte entstehen vielfach dadurch, dass manche Dienststellenleiter Widerspruch und Hartnäckigkeit von Personalratsmitgliedern als Majestätsbeleidigung empfinden; andererseits kann das Klima auch vergiftet werden, wenn Personalvertretungen ihre Position überziehen. Diese Streitfälle maximieren sich dann meist bei freigestellten Mitgliedern der Personalvertretungen, denn hierbei handelt es sich in der Regel um Personalratsvorsitzende, die bei den Verhandlungen mit der Dienststelle in vorderster Front stehen. Da ist es nicht ganz abwegig, dass ein genervter Dienststellenleiter bei einer anstehenden Beförderung „kalte Rache“ nimmt, ohne dass er dies nach außen zu erkennen gibt. Auf der anderen Seite haben die Personalratsmitglieder und speziell ihre Vorsitzenden durch ihre regelmäßigen Verhandlungen mit der Dienststellenleitung gegenüber den „einfachen“ Beschäftigten, die im Stillen und unbemerkt von der Leitung ihre Arbeit verrichten, die Chance, ihre Fähigkeiten besser in das rechte Licht zu rücken, was sich dann positiv auf ihre weitere berufliche Entwicklung auswirken kann.

Dieser Gefahr der Benachteiligung oder Bevorzugung soll das allgemeine Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot (§§ 8, 107 BPersVG) entgegen wirken. § 8, 2. Halbs. BPersVG schreibt außerdem fest, dass das Verbot auch für die berufliche Entwicklung gilt. Für freigestellte Personalratsmitglieder bestimmt zudem die Sonderregelung des § 46 Abs. 3 Satz 6

BPersVG und die der meisten Bundesländer, dass die Freistellung nicht zu einer Beeinträchtigung des beruflichen Werdegangs führen darf. Viele Personalvertretungsgesetze werden noch präziser: In einigen Ländern gelten Zeiten einer Freistellung als Bewährungszeit im Sinne der beamten- oder tarifrechtlichen Bestimmungen². Nach § 40 Abs. 6 Satz 2 und 3 LPersVG RP ist innerhalb von ein bzw. zwei Jahren nach Beendigung der Freistellung dem Personalratsmitglied Gelegenheit zu geben, eine wegen der Freistellung unterbliebene dienststellenübliche berufliche Entwicklung nachzuholen. Gemäß § 45 Abs. 6 Saarl. PersVG sind vom Dienst freigestellte Personalratsmitglieder in ihrer beruflichen Entwicklung so zu behandeln, als wäre die Freistellung nicht erfolgt. Durch diese Regelungen soll die innere und äußere Unabhängigkeit der Freigestellten bei ihrer Amtsführung gewährleistet³ und verhindert werden, dass eine unbefangene Mandatsausübung mit einer Beeinträchtigung ihrer Karrierechancen „vergolten“ wird⁴. Um derartige berufliche Benachteiligungen zu vermeiden und um „eine gerechte und für alle Beschäftigten transparente Förderung der freigestellten Personalratsmitglieder zu gewährleisten“, sollen diese außerdem kontinuierlich in die personalwirtschaftlichen Überlegungen der Dienststelle einbezogen werden⁵. Wie die umfangreiche Rechtsprechung der Arbeits- und Verwaltungsgerichte bis hin zum Bundesarbeits- und Bundesverwaltungsgericht zeigt, stößt die Verwirklichung dieser allgemeinen Grundsätze insbesondere dann auf praktische Schwierigkeiten, wenn sich ein freigestelltes Personalratsmitglied um eine Beförderung oder Höhergruppierung bewirbt.

2. Grundsätze zur Bewerberauswahl

Bewirbt sich ein freigestelltes Personalratsmitglied in Konkurrenz mit anderen Bewerbern um eine höherwertige Stelle, so hat der Dienstherr bzw. der öffentliche Arbeitgeber ein **Auswahlermessen**, das er pflichtgemäß auszuüben hat. In der Ausübung des Ermessens ist er aber nicht frei, sondern er ist in mehrfacher Hinsicht gebunden:

Jeder Bewerber und damit auch das freigestellte Personalratsmitglied hat einen Anspruch auf **ermessensfehlerfreie Entscheidung**. Dieser ist dann verletzt, wenn die für den Bewerber nachteilige Auswahlentscheidung unter Verstoß gegen wesentliche Verfahrensvorschriften zustande gekommen ist oder auf einer fehlerhaften Ausübung von Ermessens- bzw. Beurteilungsspielräumen beruht⁶. Hierbei ist der Dienstherr bzw. der öffentliche Arbeitgeber an

das gegebenenfalls von ihm entwickelte Anforderungsprofil gebunden, in welchem er die Kriterien für die Auswahl der Bewerber festgelegt hat⁷. Bei der Auswahlentscheidung ist zugleich zu gewährleisten, dass das Recht des Bewerbers auf eine faire, chancengleiche Behandlung seiner Bewerbung gewahrt bleibt⁸.

Des Weiteren ist das **Benachteiligungsverbot** der §§ 8, 2. Halbs. und 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG für die freigestellten Personalratsmitglieder zu beachten. Es stellt nicht nur ein berufliches Benachteiligungsverbot wegen der Freistellung dar, sondern es enthält darüber hinaus ein an alle Arbeitgeber und Dienstherrn gerichtetes Gebot, dem Personalratsmitglied eine berufliche Entwicklung zukommen zu lassen, wie sie ohne Freistellung verlaufen wäre. Damit korrespondiert ein unmittelbarer gesetzlicher Anspruch auf Erfüllung dieses Gebots⁹, das in gleicher Weise für Arbeitnehmer, Beamte, Richter und Soldaten gilt. Das freigestellte Personalratsmitglied ist deshalb bei Erfüllung der notwendigen Voraussetzungen auch dann zu befördern bzw. höher zu gruppieren, wenn von vornherein feststeht, dass es wegen der Freistellung auf der in Betracht kommenden Stelle nicht eingesetzt werden kann. Das Benachteiligungsverbot gilt ebenfalls für beförderungsgleiche Maßnahmen und berufsbezogene Fortbildungsmaßnahmen¹⁰.

Es findet jedoch seine Grenzen in den Auswahlkriterien des **Art. 33 Abs. 2 GG**¹¹. Danach hat jeder Deutsche nach seiner Eignung und Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt.

- **Befähigung** stellt auf die die Vorbildung nach Maßgabe der Laufbahnverordnung ab, sie umfasst außerdem auch fachrelevantes Allgemeinwissen, Lebenserfahrung und Begabung.
- Bei der **fachlichen Leistung** spielt vor allem die berufliche Erfahrung, die Bewährung in der jeweiligen Berufssparte, das fachliche Können und das fachliche Wissen eine Rolle, während
- bei der **persönlichen Eignung** auf die Person selbst mit ihren körperlichen, geistigen, seelischen und charakterlichen Eigenschaften abzustellen ist¹².

Ebenso wie das Benachteiligungsverbot gelten die Grundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG für alle Angehörigen des öffentlichen Dienstes. § 9 Bundesbeamtengesetz (BBG) und § 3 der Bundeslaufbahnverordnung (BLV) sowie die vergleichbaren Vorschriften in den Ländern schreiben darüber hinaus für die Beamten vor, dass Auswahlentscheidungen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu treffen sind, so dass ungeachtet des Benachteiligungsverbots ein freigestelltes Personalratsmitglied ebenso wie alle anderen Bewerber bei einer Bewerbung um ein öffentliches Amt auch nach den Grundsätzen des Art. 33 Abs. 2 GG zu behandeln ist.

3.

Feststellung der Eignung eines Bewerbers

3.1 Auswahlmessen der zur Auswahl berufenen Stelle

Bewirbt sich ein freigestelltes Personalratsmitglied um einen höherwertigen Dienstposten, so hat der

Dienststellenleiter im Rahmen seiner Ermessensentscheidung die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung zu beurteilen. Dies ist ein Akt wertender Erkenntnis, bei dem er einen durch die vorstehend dargestellten Grundsätze eingeschränkten Beurteilungsspielraum hat¹³. Stehen mehrere Bewerber an, so ist ein Leistungsvergleich durchzuführen mit dem Ziel, den Besten zu ermitteln. Gelangt die zur Auswahl berufene Stelle zu dem Ergebnis, dass mehrere Bewerber nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung im Wesentlichen gleich geeignet sind, so verbleibt ihr ein Auswahlmessen. Dabei ist sie berechtigt, ihre Auswahl nach zulässigen Hilfskriterien vorzunehmen, deren Inhalt und Wertigkeit nicht zwingend feststehen, sondern von ihr zu bestimmen sind¹⁴. Derartige Hilfskriterien, die neben dem Leistungsprinzip berücksichtigt werden können, sind beispielsweise sonstige sachliche Auswahlkriterien wie Dienst- und Lebensalter oder Fürsorgegesichtspunkte (z.B. Schwerbehinderteneigenschaft). Das kann im Ergebnis dazu führen, dass im Einzelfall auch einem geringfügig schlechter beurteilten Bewerber der Vorzug gegeben werden kann¹⁵.

3.2 Reihenfolge der heranzuziehenden Unterlagen bei der Auswahlentscheidung

Dem bei der Beförderung zu beachtenden Gebot der Bestenauslese entspricht es, den Leistungsstand konkurrierender Bewerber in erster Linie durch einen Vergleich der dienstlichen Beurteilungen zu ermitteln¹⁶. Dienstliche Beurteilungen sollen ein möglichst objektives und vollständiges Bild der Person, der Tätigkeit und der Leistung des Beurteilten abgeben und sich auf die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung des Beurteilten beziehen¹⁷. Für die Beamten schreiben die Laufbahnverordnungen im Einzelnen vor, welches Ziel eine Beurteilung verfolgen und welchen Inhalt sie haben soll. So bestimmt beispielsweise die Bundeslaufbahnverordnung (BLV), dass in der dienstlichen Beurteilung die fachliche Leistung nachvollziehbar darzustellen sowie Eignung und Befähigung einzuschätzen sind¹⁸. Für Arbeitnehmer fehlen zwar entsprechende Regelungen, bei der Bewertung ihrer beruflichen Leistungen sind aber in gleicher Weise die Grundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG zu beachten.

Um diesen Leistungsvergleich zu ermöglichen, hat der Dienstherr bzw. der öffentliche Arbeitgeber dafür zu sorgen, dass der Beschäftigte **regelmäßig dienstlich beurteilt wird**¹⁹. Der Zeitraum, in dem dies zu erfolgen hat, ist in den Laufbahnverordnungen unterschiedlich geregelt und schwankt zwischen drei und fünf Jahren²⁰. Bezogen auf den Zeitpunkt der Auswahlentscheidung ist auf die aktuellsten Beurteilungen zurückzugreifen²¹. Es liegt im Ermessen des Dienstherrn, ob er zeitnahe Regelbeurteilungen heranzieht oder aus Anlass des Besetzungsverfahrens Bedarfsbeurteilungen erstellen lässt²².

Neben diesen letzten (aktuellen) dienstlichen Beurteilungen sind auch **frühere Beurteilungen** zu berücksichtigen, die vor den Hilfskriterien vorrangig zu heranzuziehen sind²³, denn beim Leistungsvergleich zur Realisierung des Grundsatzes der Bestenauslese ist eine vollständige Auswertung