

OVG Saarlouis Beschluß vom 11.2.2005, 5 P 1/04

Mitbestimmung bei sog. vorverlagerten **Beförderungsentscheidungen**

Leitsätze

Eine vorverlagerte mitbestimmungspflichtige **Beförderungsmaßnahme** liegt auch dann vor, wenn der geschaffene **Beförderungsdienstposten** mit dem bisherigen Stelleninhaber ohne Veränderung des Tätigkeitsfeldes besetzt wird, mithin dieselbe, aber höherwertige Tätigkeit zur **Beförderungserprobung** stattfindet.

Tenor

Unter Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts des Saarlandes vom 9.2.2004 - 9 K 4/03.PVL - wird festgestellt, dass die Verweigerung der Zustimmung des Antragstellers zu einer Beamtenbeförderung dann auf triftigen Gründen beruht, wenn der zu Grunde liegende Erprobungsdienstposten ohne Mitbestimmungsverfahren übertragen wurde.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist die Zustimmungsverweigerung des Antragstellers zu einer beamtenrechtlichen **Beförderung** (§ 80 I a Nr. 1 und II SPersVG), wenn im Vorfeld der **Beförderung** der Erprobungsdienstposten ohne Mitbestimmungsverfahren nach § 80 I a Nr. 6 SPersVG übertragen wurde.

In der streitigen **Beförderungsangelegenheit** wurde der Verwaltungsobererrat (A 14) E. am 4.7.2003 zum Verwaltungsdirektor (A 15) mit Wirkung zum 1.7.2003 befördert.

Funktionsmäßig war der beförderte Beamte seit 1.12.1997 Leiter des Selbstverwaltungsbüros der LVA (Tabelle Blatt 2 der **Beförderungsakte** des Beteiligten).

Im Jahr 1999 kam es zu mehreren Funktionszuwächsen (u.a. Ausbildungsleitung) ohne Höherbewertung des Dienstpostens.

Mit zwei Anträgen vom 24.10.2001 und sodann vom 25.11.2002 bat der Beamte E. um Höherbewertung der Leitungsfunktion von A 14 nach A 15 rückwirkend ab 1.12.1999.

In dem Beschlussvorschlag der LVA vom 28.3.2003 wurde vorgeschlagen, die Leitung des Selbstverwaltungsbüros mit A 15 zu bewerten und weiter dem Verwaltungsobererrat E. zu überlassen. Am 2.4.2003 fasste der Personal- und Organisationsausschuss des Vorstandes der LVA insbesondere folgenden Beschluss (Bewertungsakte, Blatt 13/14):

...2. Über den Antrag des Verw.-Oberrates E. vom 24.10.2001 bzw. 25.11.2002 auf Überprüfung der Bewertung seiner Funktion als Leiter des Selbstverwaltungsbüros kann entschieden werden, da sich durch die Umsetzung des Kienbaum-Gutachtens die bewertungsrelevanten Inhalte seiner Funktion nicht verändern werden.

Die Funktion "Leiter des Selbstverwaltungsbüros" wird gemäß § 18 Bundesbesoldungsgesetz sachgerecht mit Besoldungsgruppe A 15 bewertet, da sie sich inhaltlich gegenüber den mit Besoldungsgruppe A 14 bewerteten Funktionen der LVA deutlich abhebt. Die Bewertung mit Besoldungsgruppe A 15 erfolgt zu dem Zeitpunkt, zu dem eine freie Stelle nach A 15 zur Verfügung steht, mithin ab dem 1. Dezember 2001.

Mit diesem Zeitpunkt beginnt auch die 18-monatige Probezeit nach den sogenannten **Beförderungsgrundsätzen** der LVA, so dass der Beamte nach erfolgreich beendeter Probezeit dem Vorstand in der Sommersitzung 2003 zur **Beförderung** vorgelegt werden kann.

Einen Auftrag zur Durchführung eines Mitbestimmungsverfahrens in Personalangelegenheiten

nach § 80 I a Nr. 6 SPersVG enthält der alsbald durchgeführte Vorstandsbeschluss nicht, wohl aber den Auftrag zur Durchführung des Mitwirkungsverfahrens nach § 83 I Nr. 4 SPersVG mit Blick auf die Funktionsbewertung.

Übereinstimmend mit der Beschlusslage leitete der Beteiligte am 7.4.2003 das Mitwirkungsverfahren mit Blick auf die Höherbewertung der Funktion ein. Der Personalrat widersprach dem am 17.4.2003 und machte geltend, nach zwischenzeitlichem Wegfall der Funktion des Ausbildungsleiters bestehe kein Grund, die Funktion des Leiters des Selbstverwaltungsbüros nach A 15 höher zu bewerten. Das Mitwirkungsverfahren endete mit der Letztentscheidung (§ 74 SPersVG) des Vorstandes als oberster Dienstbehörde, die die Höherbewertung der Funktion am 16.5.2003 bestätigte.

Mit Schreiben vom 19.5.2003 leitete der Beteiligte das Mitbestimmungsverfahren für die vorgesehene **Beförderung** des Beamten E. zum Verwaltungsdirektor (A 15) nach § 80 I a Nr. 1 SPersVG ein.

Der Personalrat widersprach mit Schreiben vom 24.6.2003 der vorgesehenen **Beförderung**. Er machte geltend (Seite 2 des Schreibens), der **Beförderung** liege die Übertragung einer höherwertigen Tätigkeit zu Grunde, und diese Übertragung sei nach § 80 I a Nr. 6 SPersVG mitbestimmungspflichtig. Dies ergebe sich aus dem Vergleichsvorschlag des OVG des Saarlandes vom 31.3.2003 in dem vorausgehenden Verfahren 5 P 1/02 zwischen denselben Beteiligten. In dem Vergleichsvorschlag sei es um eine Funktionsanreicherung gegangen, die auch hier 1999 erfolgt sei. Mangels Mitbestimmungsverfahrens sei die der **Beförderung** vorausgehende Übertragung des **Beförderungsdienstpostens** rechtswidrig, so dass es an einer rechtmäßigen Erprobung auf dem **Beförderungsdienstposten** für die jetzt vorgeschlagene **Beförderung** fehle.

Der Beteiligte machte im Mitbestimmungsverfahren mit Schreiben vom 2.7.2003 geltend, der seinerzeitige Vergleichsvorschlag des OVG treffe den vorliegenden Sachverhalt nicht. Bei dem Vergleichsvorschlag sei es um die Belassung auf einem Dienstposten gegangen, der auf Grund gleichzeitiger organisatorischer Funktionsanreicherung höher bewertet worden sei. Im vorliegenden Fall sei aber die Höherbewertung vom 2.4.2003 ohne organisatorische Funktionsanreicherung erfolgt. Entgegen der ursprünglichen Absicht des Beteiligten, eine Einigungsstelle zu bilden, stellte der Vorstand der LVA mit Beschluss vom 4.7.2003 fest, die von dem Antragsteller vorgetragene Gründe gegen die **Beförderung** seien im Sinne des § 80 II SPersVG unbeachtlich. Der **Beförderung** des Beamten E. wurde zugestimmt, die auch an diesem Tag erfolgte.

Der Antragsteller leitete mit Antragsingang vom 16.10.2003 bei dem Verwaltungsgericht das gerichtliche Beschlussverfahren ein.

Der Antragsteller stellte sich auf den Rechtsstandpunkt, der Abbruch des Mitbestimmungsverfahrens ohne Anrufung der Einigungsstelle und die Vollziehung der **Beförderung** trotz Ablehnung des Personalrats sei rechtswidrig. Zum Zweck der **Beförderung** sei der Beamte E. auf seinem höher bewerteten Dienstposten erprobt worden, der auch 1999 angereichert worden sei. Insofern sei der Vergleichsvorschlag des OVG im Verfahren 5 P 1/02 auch hier einschlägig.

Der Antragsteller hat erstinstanzlich beantragt,

festzustellen, dass in der Stellenbesetzungsangelegenheit (Beamte) des Dienstpostens des Leiters der Selbstverwaltung bei dem Antragsgegner dieser das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers verletzt hat.

Der Beteiligte hat beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Der Beteiligte hat sich auf den Rechtsstandpunkt gestellt, die Höherbewertung des Dienstpostens im Jahr 2003 wirke nur bis zum 1.12.2001 zurück und könne deshalb nicht auf den Funktionsanreicherungen aus dem Jahr 1999 beruhen. Der Vergleichsvorschlag des OVG im Verfahren 5 P 1/02 sei mithin nicht einschlägig. Für die allein vorliegende Höherbewertung der Funktion sei nur das Mitwirkungsverfahren nach § 83 I Nr. 4 SPersVG einschlägig gewesen, das auch durchgeführt worden sei.

Mit Beschluss vom 9.2.2004 - 9 K 4/03.PVL - hat das Verwaltungsgericht den Antrag zurückgewiesen. Es hat sich auf den Rechtsstandpunkt gestellt, der **Beförderung** liege unmittelbar die Neubewertung der Stelle des Amtsinhabers von A 14 nach A 15 zu Grunde. Für diese Neubewertung sei nach § 83 I Nr. 4 SPersVG allein das auch durchgeführte Mitwirkungsverfahren und nicht ein Mitbestimmungsverfahren notwendig gewesen. Die anschließende Umsetzung der Bewertungsentscheidung liege in der konkreten **Beförderung** des Stelleninhabers von A 14 nach A 15, für die ein Mitbestimmungsverfahren ordnungsgemäß eingeleitet worden sei. Der Antragsteller habe der **Beförderung** nicht mit triftigen Gründen nach § 80 II SPersVG widersprochen mit der Folge, dass die **Beförderung** als gebilligt gelte. Die Berufung des Antragstellers auf den Vergleichsvorschlag des Oberverwaltungsgerichts vom 31.3.2003 in dem Verfahren 5 P 1/02 überzeuge nicht. Maßgebend für eine Mitbestimmung nach § 80 I a Nr. 6 SPersVG sei die Funktionsanreicherung eines Dienstpostens. Nur in diesem Fall sei die Belassung des Stelleninhabers auf dem höherbewerteten Dienstposten mitbestimmungspflichtig. Der Höherbewertung der Stelle im Jahr 2003 liege aber gerade keine Funktionsanreicherung zu Grunde, die letztmalig 1999 erfolgt sei. Nach allem sei die Beteiligung des Personalrats sowohl bei der **Beförderung** als auch bei der Stellenanhebung ordnungsgemäß erfolgt und der Antrag mithin zurückzuweisen.

Gegen den ihm am 28.5.2004 zugestellten Beschluss erhob der Antragsteller am 23.6.2004 Beschwerde, die er am 16.7.2004 begründete.

Der Antragsteller vertieft seinen Rechtsstandpunkt, dass es zu einer Verletzung des Mitbestimmungsrechts in der **Beförderungsangelegenheit** des Beamten E. gekommen sei. Der **Beförderung** liege nicht allein die Höherbewertung der Stelle zu Grunde. Vielmehr seien zwei Maßnahmen voneinander zu unterscheiden: die rein organisatorische Maßnahme zur Höherbewertung des Dienstpostens mit der Notwendigkeit eines Mitwirkungsverfahrens. Davon zu unterscheiden sei die Frage der konkreten Übertragung des so bewerteten Dienstpostens und der damit verbundenen Notwendigkeit einer Bestenauslese, was vorliegend von Beginn an umgangen worden sei. Hierin liege die Rechtswidrigkeit der umgesetzten Maßnahme. Das Oberverwaltungsgericht habe im Vorprozess in seinem Vergleichsvorschlag eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme im Sinne des § 80 I a Nr. 6 SPersVG darin gesehen, dass ein Stelleninhaber auf seinem Dienstposten belassen werden solle, der Dienstposten aber auf Grund organisatorischer Funktionsanreicherung höher bewertet werde. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts seien Vorentscheidungen zur **Beförderung** mitbestimmungspflichtig. Sowohl in seinem Beschluss vom 26.11.1979 - 6 P 6.79 - als auch bestätigend in dem Beschluss vom 8.12.1999 - 6 P 10.98 - habe das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass die Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens auch dann mitbestimmungspflichtig sei, wenn sich der Aufgabenkreis des Beamten nicht verändere. Nach allem sei das Beteiligungsrechts des Antragstellers verletzt.

Der Antragsteller hat den Antrag angekündigt,

festzustellen, dass in der Stellenbesetzungsangelegenheit (Beamte) des Dienstpostens des Leiters der Selbstverwaltung bei dem Beteiligten das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers verletzt worden ist.

Der Antragsteller beantragt auf Vorschlag des Senats,

festzustellen, dass die Verweigerung der Zustimmung des Antragstellers zu einer Beamtenbeförderung dann auf triftigen Gründen beruht, wenn der zu Grunde liegende Erprobungsdienstposten ohne Mitbestimmungsverfahren übertragen wurde.

Der Beteiligte beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Der Beteiligte macht sich die Begründung des abweisenden Beschlusses des Verwaltungsgerichts zu eigen und vertieft seinen Rechtsstandpunkt. Die Höherbewertung der Funktion des Leiters des Selbstverwaltungsbüros im Jahr 2003 sei zum 1.12.2001 ausgesprochen worden; in dieser gesamten Zeit habe keine Funktionsanreicherung des Dienstpostens stattgefunden. Die

herausgehobene Aufgabenstellung ergebe sich vielmehr aus dem Beratungsauftrag gegenüber den Vorsitzenden der Selbstverwaltungsorgane. Die Beteiligungsrechte des Antragstellers seien weder im Zusammenhang mit der Bewertung der Funktion des Leiters des Selbstverwaltungsbüros noch im Zusammenhang mit der **Beförderung** verletzt worden. Mithin sei die Zustimmungsverweigerung des Antragstellers zur **Beförderung** unbeachtlich. Die Beschwerde sei zurückzuweisen.

Wegen des weiteren Sachverhalts wird auf den zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Inhalt der Gerichtsakten einschließlich der Akten der Dienststelle (**Beförderungsakte**, Bewertungsakte und Organisationsakte) Bezug genommen.

II.

Ausgehend von dem neu gefassten abstrakten Antrag des Antragstellers ist die zulässige Beschwerde in der Sache erfolgreich.

Der Antrag ist zulässig.

Die vom Antragsteller auf Hinweis des Gerichts vorgenommene Neufassung des Antrags ist prozessual zulässig. Wird in einer streitigen **Beförderungsangelegenheit** wie hier am 4.7.2003 die Ernennung vollzogen, erledigt sich der konkrete personalvertretungsrechtliche Fall, da die Maßnahme weder rückgängig gemacht noch geändert werden kann.

OVG Münster, Beschluss vom 30.7.2003 - 1 A 2575/02. PVL -, PersV 2004, 173.

In einem solchen Fall ist es sachgerecht, dass der Antragsteller den Antrag vom konkreten Fall löst und die streitige abstrakte Frage zum Gegenstand des Antrags macht.

Zur Zulässigkeit des abstrakten Feststellungsantrags nach Erledigung, BVerwG, Beschluss vom 8.12.1999 - 6 P 10/98 -, Seite 2 des Juris-Ausdrucks, PersR 2000, 202; OVG Münster, Beschluss vom 30.7.2003 - 1 A 2575/02. PVL -; ebenso der Senat im Beschluss vom 12.7.1996 - 5 P 1/95 -, Seite 6 des amtlichen Umdrucks.

Selbst wenn man in der Neufassung nicht eine ohne Weiteres zulässige bloße Klarstellung sähe, sondern eine Antragsänderung, wäre diese sachdienlich und damit zulässig (§ 113 II SPersVG i.V.m. § 81 III ArbGG).

Für den neugefassten abstrakten Antrag besteht auch ein Rechtsschutzbedürfnis, da der Streit über die zur Entscheidung gestellte abstrakte Frage an den konkreten Fall anknüpft und mit einer mehr als nur geringfügigen Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass in der Zukunft ein Streit über diese Frage in der Dienststelle zwischen den Beteiligten erneut auftreten wird.

Zu diesen Voraussetzungen OVG Münster, Beschluss vom 30.7.2003 - 1 A 2575/02. PVL -, a.a.O..

Eine solche Wiederholungsgefahr ist hier deshalb ohne Weiteres zu bejahen, weil vorverlagerte **Beförderungsentscheidungen** in der Dienststelle bereits zu zwei Gerichtsverfahren - dem vorausgehenden Verfahren 5 P 1/02 und dem vorliegenden 5 P 1/04 - geführt haben und mithin in Zukunft ein Streit über diese Frage zwischen den Beteiligten erneut auftreten kann.

Der zulässige Feststellungsantrag ist auch begründet.

Die **Beförderung** eines Beamten ist nach § 80 I a Nr. 1 SPersVG mitbestimmungspflichtig, was außer Streit steht. Der Beteiligte hat auch ein Mitbestimmungsverfahren eingeleitet.

Im Streit steht die Triftigkeit der Gründe, mit der der Antragsteller die Zustimmung zu der **Beförderung** verweigert hat (§ 80 II SPersVG). Der Antragsteller hat im Mitbestimmungsverfahren mit Schreiben vom 24.6.2003 unter Berufung auf den Vergleichsvorschlag des Senats vom 31.3.2003 im Vorprozess 5 P 1/02 geltend gemacht, der Beteiligte habe für die streitige **Beförderung** eine rechtswidrige Weichenstellung vorgenommen; er habe dem begünstigten Beamten die höherwertige Tätigkeit übertragen, aber nicht das

notwendige Mitbestimmungsverfahren nach § 80 I a Nr. 6 SPersVG durchgeführt mit der Konsequenz, dass die Übertragung des **Beförderungsdienstposten** rechtswidrig sei und die **Beförderung** mangels rechtmäßiger Erprobung nicht erfolgen dürfe. Der Beteiligte hat in diesem Vorbringen keine triftigen Gründe im Sinne des § 80 II SPersVG gesehen, deshalb nicht die zunächst vorgesehene Einigungsstelle nach § 75 I SPersVG gebildet, sondern das Mitbestimmungsverfahren abgebrochen.

Der Abbruch eines Mitbestimmungsverfahrens ist dann gerechtfertigt, wenn der Personalrat keine triftigen Gründe im Sinne der abschließend geregelten gesetzlichen Verweigerungsgründe geltend macht.

BVerwG, Beschluss vom 2.11.1994 - 6 P 28/96 -, Juris-Ausdruck Seite 5, sowie PersR 1995, 83.

Triftige Gründe liegen dann vor, wenn das Vorbringen des Personalrats es mindestens als möglich erscheinen lässt, dass einer der abschließend geregelten gesetzlichen Verweigerungsgründe gegeben ist.

BVerwG, Beschluss vom 2.11.1994 - 6 P 28/02 -, a.a.O.; zur konkreten Bejahung der Möglichkeit triftiger Gründe OVG Münster, Beschluss vom 30.7.2003 - 1 A 2575/02. PVL -, Juris-Ausdruck Seite 5, PersV 2004, 173.

Triftige Gründe liegen nach § 80 II a SPersVG insbesondere dann vor, wenn die Maßnahme gegen ein Gesetz oder eine Verordnung verstößt.

Nach der Auffassung des Senats ist dies hier der Fall. Eine **Beförderung** ist dann rechtswidrig, wenn es an der gesetzlich vorgeschriebenen (§§ 11, 12 BLV, 12 II Nr. 4 BRRG, 22 II Nr. 3 SBG) Erprobung auf einem rechtmäßig verliehenen **Beförderungsdienstposten** fehlt. Gerade dies war vorliegend der Fall.

Die entscheidungserhebliche Frage der vorverlagerten Mitbestimmung bei **Beförderungen** setzt ein Verständnis der Bestenauslese im Beamtenrecht voraus.

Nach Art. 33 II GG hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt.

Dieses grundrechtsgleiche Recht dient dem Ziel der Bestenauslese.

Jarass/Pieroth, GG, 5. Auflage 2000, Art. 33 RdNr. 9, Battis, BBG, 3. Auflage 2004, § 8 RdNr. 2.

Die Stellen des öffentlichen Dienstes sollen bestmöglich besetzt werden.

BVerwG, Urteil vom 28.10.2004 – BVerwG 2 C 23.03 -

Das Ziel der Bestenauslese erstreckt sich auch auf die vorbereitenden Schritte.

Jarass/Pieroth, GG, 5. Auflage 2000, Art. 33 RdNr. 9.

Nach dem geltenden Beamtenrecht erfolgt die Bestenauslese bei der **Beförderung** nicht in einem einzigen Akt, der **Beförderung** selbst, sondern in einem Doppelschritt. Zunächst muss ein höher bewerteter Dienstposten zur Erprobung übertragen werden (§ 11 BLV), erst sodann kann die **Beförderung** erfolgen (§ 12 BLV). Dabei geht es bei der zunächst erfolgenden Dienstpostenvergabe um die konkreten Funktionen des Beamten

vgl. Battis, BBG, 3. Auflage 2004, § 6 Rdnr. 10: Dienstposten als konkretes funktionales Amt im Sinne des Organisations- und Geschäftsverteilungsplans

und bei der **Beförderung** um die Verleihung eines statusrechtlichen Amtes mit höherem Endgrundgehalt.

Battis, BBG, 3. Auflage 2004, § 23 Rdnr. 2.

Objektiv setzt dies voraus, dass Dienstposten vorhanden sind (§ 11 BLV sinngemäß) und für die **Beförderung** Planstellen besetzbar sind (§§ 49 I BHO, 49 I LHO).

Die beiden Schritte der Bestenauslese stehen nicht im Belieben des Dienstherrn, sondern sind nach Bundes- und Landesbeamtenrecht generell miteinander verknüpft. Nach § 12 II 1 BLV kann ein **Beförderungsamts** verliehen werden, wenn die Voraussetzungen des § 11 BLV im Sinne der Erprobungszeit auf einem übertragenen höher bewerteten Dienstposten erfüllt sind. Die Erprobungszeit gilt generell; die **Beförderung** darf nur erfolgen, wenn der Beamte durch seine Leistungen auf dem höher bewerteten Dienstposten nachgewiesen hat, dass er den höheren Anforderungen gewachsen ist.

Battis, BBG, 3. Auflage 2004, § 23 Rdnr. 5

Nach § 12 II Nr. 4 BRRG, der als Bundesrahmenrecht auch die Länder bindet, darf der Beamte nicht befördert werden vor Feststellung der Eignung für einen höher bewerteten Dienstposten in einer Erprobungszeit. Nach saarländischem Beamtenrecht (§ 22 II Nr. 3 SBG) darf der Beamte nicht befördert werden während einer mindestens sechsmonatigen Erprobungszeit, in der seine Eignung für einen höher bewerteten Dienstposten festgestellt werden soll.

Zusammengefasst erfolgt danach die Auslese der Bewerber in einem Doppelschritt, der Vergabe eines höher bewerteten Dienstpostens zur Erprobung und der **Beförderung** selbst. Die verfassungsrechtlich vorgeschriebene Bestenauslese bezieht sich sowohl auf die Übertragung eines höherwertigen Dienstpostens als auch die **Beförderung** selbst.

BVerwG, Urteil vom 27.2.2003 - 2 C 16/02 -, Juris-Ausdruck Seite 3/4.

Durch diesen Doppelschritt fällt bereits eine beamtenrechtlich wesentliche Vorentscheidung durch die Vergabe des **Beförderungsdienstpostens**. Positiv soll die Übertragung des höherwertigen Dienstpostens beamtenrechtlich die Prognose bestätigen, dass der Inhaber des Dienstpostens besser als etwaige Mitbewerber den Anforderungen des künftigen **Beförderungsamtes** genügen werde.

Urteil des BVerwG vom 16.8.2001 - BVerwG 2 A 3.00 -, BVerwGE 115, 58, 60; ebenso OVG Münster, Beschluss vom 23.4.2004 - 1 B 42/04 -, IÖD, Informationsdienst Öffentliches Dienstrecht, 2004, 171 - 173.

Die unterlegenen Bewerber um einen **Beförderungsdienstposten**, die nicht auf einem höherwertigen Dienstposten erprobt worden sind, kommen damit für die **Beförderung** aus laufbahnrechtlichen Gründen nicht mehr in Betracht und scheiden aus der Konkurrenz um die spätere **Beförderung** selbst aus.

BVerwG, Urteil vom 16.8.2001 - BVerwG 2 A 3.00 -, BVerwGE 115, 58-60; konkreter OVG Münster, Beschluss vom 23.4.2004 - 1 B 42/04 -, IÖD 2004, 171-173 - unter Hinweis auf § 11 BLV.

In der beamtenrechtlichen Konsequenz wird die Auslese für **Beförderungsamter** damit vorverlagert auf die Auswahl unter den Bewerbern um **Beförderungsdienstposten**.

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.8.2001 - BVerwG 2 A 3.00 -, BVerwGE 115, 58-60.

Andere Beamte scheiden aber auch dann aus der **Beförderungskonkurrenz** aus, wenn der **Beförderungsdienstposten** nicht ausgeschrieben, sondern dem Dienstposteninhaber belassen wird. Andere Interessenten ohne die erforderliche Erprobungszeit scheiden aus der **Beförderungskonkurrenz** aus laufbahnrechtlichen Gründen aus.

BVerwG, Urteil vom 16.8.2001 – BVerwG 2 A 3.00 -, BVerwGE 115, 58-60.

Die entscheidende Vorverlagerung liegt mithin generell in der Vergabe des **Beförderungsdienstpostens**.

Im Beamtenrecht vollzieht sich die Bestenauslese mithin nicht mehr in einem Schritt - der **Beförderung** selbst -, sondern in dem Doppelschritt der Vergabe eines **Beförderungsdienstpostens** und der anschließenden **Beförderung**.

Dies hat Folgen für das Personalvertretungsrecht. Auch die Mitbestimmung erfolgt in einem Doppelschritt.

Aus der beamtenrechtlichen Rechtslage der Bestenauslese in zwei Schritten hat das Bundesverwaltungsgericht im hier entscheidenden Personalvertretungsrecht die Konsequenz gezogen, dass sich auch die gesetzlich vorgeschriebene Mitbestimmung bei **Beförderungen** auf beide Schritte einschließlich der Vorentscheidung durch die entsprechende Dienstpostenvergabe erstrecken muss.

Zusammenfassend BVerwG, Beschluss vom 16.9.1994 – 6 P 32/92 -, S. 6 des Juris-Ausdrucks sowie PersR 1995, 16.

Nach dem jetzigen saarländischen Personalvertretungsrechts ist in Personalangelegenheiten der Beamten nicht nur der zweite Schritt - die **Beförderung** - mitbestimmungspflichtig (§ 80 I a Nr. 1 SPersVG), sondern auch der erste Schritt der Übertragung des **Beförderungsdienstpostens**. Die hier maßgebende Vorschrift des § 80 I a Nr. 6 SPersVG gewährleistet die Mitbestimmung bei

nicht nur vorübergehender Übertragung der Dienstaufgaben eines anderen Amtes mit höherem Endgrundgehalt.

Zusammengefasst ist die Übertragung eines **Beförderungsdienstpostens** mitbestimmungspflichtig.

Neben dem Inhalt dieser Vorschrift ist auch ihr Zweck wesentlich. Zum Zweck dieser hier entscheidungserheblichen saarländischen Vorschrift des § 80 I a Nr. 6 SPersVG hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem personalvertretungsrechtlichem Beschluss vom 16.9.1994 - 6 P 32/92 - (Juris-Ausdruck Seite 6, PersR 1995, 16) ausgeführt, der Sinn dieses Mitbestimmungstatbestandes bestehe darin,

entsprechend der vom Gesetzgeber aufgegriffenen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bereits die Vorentscheidung zu Gunsten einer mitbestimmungspflichtigen **Beförderung**, die schon mit einer entsprechenden Dienstpostenvergabe fällt, ihrerseits der Mitbestimmung zu unterwerfen. Es soll also einer faktischen Entwertung und Aushöhlung der Mitbestimmung vorgebeugt werden.

Der Senat hat sich dieser Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Beschluss vom 12.7.1996 - 5 P 1/95 - mit eingehender Begründung angeschlossen und diese Rechtsprechung liegt auch dem Vergleichsvorschlag des Senats vom 31.3.2003 - 5 P 1/02 - in dem vorausgehenden Verfahren zwischen denselben Beteiligten zu Grunde. Allerdings befasste sich der Vergleichsvorschlag des Senats (Seite 2) nur mit der speziellen Frage einer Dienstpostenvergabe mit gleichzeitiger Funktionsanreicherung, nämlich der Zuweisung einer Zusatzfunktion an den bisherigen Stelleninhaber. Für diesen speziellen Sachverhalt eines neu zugeschnittenen Dienstpostens hat der Senat in dem Vergleichsvorschlag die Anwendbarkeit des § 80 I a Nr. 6 SPersVG bejaht und daran ist festzuhalten.

Im vorliegenden Fall geht es aber um die allgemeine Frage, ob die Belassung eines **Beförderungsdienstpostens** bei dem bisherigen Stelleninhaber ohne gleichzeitige Funktionsanreicherung nach § 80 I a Nr. 6 SPersVG mitbestimmungspflichtig ist.

Ein Hauptstreitpunkt der Beteiligten liegt in der Fallkonstellation darin, worin eigentlich der Rechtsakt besteht, an den die Mitbestimmung anknüpfen soll.

Klarheit kann hier durch eine genauere Betrachtung der zugrundeliegenden beamtenrechtlichen Vorgänge gewonnen werden. Ähnlich wie bei Planstellen zwischen der Schaffung einer Planstelle durch den Haushaltsgesetzgeber und der Besetzung einer Planstelle (§§ 49 I BHP, 49 I LHO) unterschieden werden muss, ist bei **Beförderungsdienstposten** zwischen der Schaffung des Dienstpostens und der Besetzung des Dienstpostens durch Übertragung (§ 11 Satz 6 BLV) zu

unterscheiden. Ähnlich wie eine Planstelle kann ein Dienstposten im Organisationsplan bestehen, aber zeitweise unbesetzt sein.

Ausgehend von dieser Grundunterscheidung entscheidet der Dienstherr über die Einrichtung eines Dienstpostens nach organisatorischen Bedürfnissen.

BVerwG, Urteil vom 16.8.2001 – BVerwG 2 A 3.00 -, BVerwGE 115, 58-59.

Die Dienstposten werden im Organisationsplan ausgewiesen.

Battis, BBG, 4. Auflage 2004, § 6 Rdnr. 10.

Zur Schaffung eines **Beförderungsdienstpostens** genügt die Höherbewertung eines vorhandenen Dienstpostens.

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.8.2001 - BVerwG 2 A 3.00 -, BVerwGE 115, 58-59.

Nach dem Ziel der Dienstpostenbewertung geht es um die Herstellung einer Rangordnung der Dienstposten.

Battis, BBG, 3. Auflage 2004, § 15 a Rdnr. 3.

Inhaltlich drückt die Dienstpostenbewertung die erwartete Leistung aus.

Battis, Bundesbeamtengesetz, 3. Aufl. 2004, § 15 a Rdnr. 4.

Die Dienstpostenbewertung ist nicht personenbezogen, sondern völlig objektiviert.

BVerwG, Beschluss vom 30.10.1979 - 6 P 61/78 -, S. 2 des Juris-Ausdrucks, sowie PersV 1981, 244; zur Abgrenzung zur mitbestimmungspflichtigen Übertragung eines **Beförderungsdienstpostens** die unmittelbar danach ergangene Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 26.11.1979 - 6 P 6/79 -, S. 3 des Juris-Ausdrucks, PersV 1981, 286.

Nach § 83 I Nr. 4 SPersVG unterliegt die Stellenbewertung nicht der Mitbestimmung, sondern der Mitwirkung, die hier auch gesondert durchgeführt wurde und nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist.

Es muss klar gesehen werden, dass die Schaffung eines **Beförderungsdienstpostens** rechtlich nicht die Besetzung eines **Beförderungsdienstpostens** ist. Ebenso wie eine Stelle kann ein **Beförderungsdienstposten** unbesetzt bleiben. Mithin bedarf es einer zusätzlichen personellen Maßnahme, der Besetzung des **Beförderungsdienstpostens** mit einem konkreten Beamten. Erst dann kann die laufbahnrechtlich vorgeschriebene (§§ 11, 12 BLV) Erprobung auf dem **Beförderungsdienstposten** erfolgen.

Der entscheidende personelle Akt, an der die vorverlegte Mitbestimmung anknüpft, ist deshalb die Besetzung des **Beförderungsdienstpostens**.

Daraus ergibt sich auch klar die Behandlung des Falles, dass der bisherige Dienstposteninhaber auf dem neu geschaffenen **Beförderungsdienstposten** verbleibt. Der **Beförderungsdienstposten** kann nur entweder unbesetzt bleiben – dann würden die Funktionen, hier die Vorsitzendenberatung nicht ausgeübt; oder er wird besetzt, und die Funktionen werden ausgeübt. Eine solche Besetzung wird auch dann vorgenommen, wenn der bisherige Dienstposteninhaber den **Beförderungsdienstposten** erhält. Auch darin liegt eine personelle Entscheidung. Die unveränderte Tätigkeit erhält einen neuen Sinngehalt, sie wird **Beförderungserprobung** und darin liegt der mitbestimmungspflichtige Akt nach § 80 I a Nr. 6 SPersVG.

Das so gefundene Ergebnis entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der Literatur.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Billigung der Literatur für das Personalvertretungsrecht ausdrücklich entschieden, dass die Übertragung einer höher zu bewertenden Tätigkeit auch dann vorliegt, wenn sich der Aufgabenkreis des Beamten nicht verändert, ihm mithin seine Tätigkeit belassen bleibt.

BVerwG, Beschluss vom 8.12.1999 - 6 P 10/98 -, Seite 4 des Juris-Ausdrucks sowie PersR 2000, 202; unter Bestätigung der früheren Entscheidung des BVerwG vom 26.11.1979 - 6 P 6/79 -, Seite 2/3 des Juris-Ausdrucks, PersV 1981, 286; ebenso die Kommentierung von Aufhäuser u.a. SPersVG, 1991, § 80 RdNr. 37; im Bundesbereich Fürst, Personalvertretungsrecht des Bundes und der Länder, Stand 2004, § 76 RdNr. 16; Grabendorff u.a., BPersVG, 1999, § 76 RdNr. 11; im Ergebnis ähnlich Altvater u.a., BPersVG, 4. Auflage 1996, § 76 RdNr. 6, im Sinne der Mitbestimmungspflicht bei der Schaffung einer **Beförderungsmöglichkeit** durch Umbewertung ohne Aufgabenänderung.

Aus der Sicht des Personalvertretungsrechts geht es in der hier einschlägigen Vorschrift des § 80 I a Nr. 6 SPersVG um den Zweck, die Vorentscheidung zu Gunsten einer mitbestimmungspflichtigen **Beförderung** ihrerseits der Mitbestimmung zu unterwerfen.

BVerwG, Beschluss vom 16.9.1994 - 6 P 32/92 -, Seite 6 des Juris-Ausdrucks, PersR 1995, 16.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt an dieser Stelle allein auf die Dienstpostenvergabe ab, denn sie enthält die mitbestimmungspflichtige Vorentscheidung zum Nachteil anderer Interessenten an der **Beförderung**, auch wenn der Dienstposten dem Inhaber belassen bleibt. Auch dann wird der **Beförderungsdienstposten** besetzt.

So war es hier in dem der abstrakten Rechtsfrage zugrundeliegenden konkreten Fall. Ausweislich der Bewertungsakte Blatt 13/14 hat der Personal- und Organisationsausschuss des Vorstandes der LVA am 2.4.2003 unter Ziffer 2 Abs. 2 und 3 den alsbald verwirklichten Beschluss gefasst:

Die Funktion "Leiter des Selbstverwaltungsbüros" wird gemäß § 18 Bundesbesoldungsgesetz sachgerecht mit Besoldungsgruppe A 15 bewertet, da sie sich inhaltlich gegenüber den mit Besoldungsgruppe A 14 bewerteten Funktionen der LVA deutlich abhebt. Die Bewertung mit Besoldungsgruppe A 15 erfolgt zu dem Zeitpunkt, zu dem eine freie Stelle nach A 15 zur Verfügung steht, mithin ab dem 1. Dezember 2001.

Mit diesem Zeitpunkt beginnt auch die 18-monatige Probezeit nach den sogenannten **Beförderungsgundsätzen** der LVA, so dass der Beamte nach erfolgreich beendeter Probezeit dem Vorstand in der Sommersitzung 2003 zur **Beförderung** vorgelegt werden kann.

Der Vorstandsbeschluss hat mithin rechtlich eine Doppelnatur. Abs. 2 enthält rechtlich auf der Grundlage des § 18 BBesG eine objektive Höherbewertung der Funktion, die als Stellenbewertung nach § 83 I Nr. 4 SPersVG der - auch durchgeführten - Mitwirkung des Personalrats unterliegt. Damit ist der **Beförderungsdienstposten** mit objektiv höheren Anforderungen geschaffen.

Dagegen enthält Abs. 3 des Vorstandsbeschlusses die personelle Entscheidung über die Besetzung des **Beförderungsdienstpostens**. Die Maßnahme dient ausdrücklich dem Zweck der **Beförderung** des Beamten und damit der Bestenauslese nach Art. 33 II GG. Sie legt dazu als Personalmaßnahme die Erprobungszeit des konkreten Beamten fest, die nach § 11 BLV allein auf dem höher bewerteten Dienstposten erfolgen kann. Deshalb enthält die Maßnahme notwendigerweise auch die Belassung des Beamten auf dem höher bewerteten Dienstposten. Daher heißt es in der gebilligten Beschlussvorlage vom 28.3.2003 auch ausdrücklich:

Die Leitung des Selbstverwaltungsbüros führt weiter Herr E.

Die Festsetzung der Erprobungszeit in dem Beschluss setzt notwendig die Besetzung des

Beförderungsdienstpostens voraus; er durfte nicht unbesetzt bleiben.

Wie bereits dargelegt, liegt die Übertragung einer höher zu bewertenden Tätigkeit selbst dann vor, wenn sich der Aufgabenkreis des Beamten nicht verändert.

BVerwG, Beschluss vom 8.12.1999 - 6 P 10/98 -, S. 4 des Juris-Ausdrucks, PersR 2000, 202.

Mithin enthält der Vorstandsbeschluss als Personalmaßnahme die Belassung des bisherigen Dienstposteninhabers auf dem neuen **Beförderungsdienstposten** und damit im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Übertragung des **Beförderungsdienstpostens** an den konkret begünstigten Beamten. Die bloße Übertragung des **Beförderungsdienstpostens** schloss laufbahnrechtlich andere Interessenten an der beabsichtigten **Beförderung** von der späteren **Beförderung** aus.

BVerwG, Urteil vom 16.8.2001 - BVerwG 2 A 3.00 -, BVerwGE 115,58-60.

Darin liegt die entscheidende Weichenstellung.

Mit dem Vorstandsbeschluss vom 2.4.2003 war die Bestenauslese vorverlegt.

Daher war der personelle Teil des Vorstandsbeschlusses vom 2.4.2003 wegen der Vorverlegung der Bestenauslese nach Inhalt und Sinn des § 80 I a Nr. 6 SPersVG mitbestimmungspflichtig.

Die Einleitung eines solchen Mitbestimmungsverfahrens hat aber unstreitig und ausweislich der Dienststellenakten nicht stattgefunden.

Unterbleibt ein notwendiges Mitbestimmungsverfahren, sind die Konsequenzen nach der Rechtsprechung eindeutig. Fehlt es an der notwendigen Beteiligung des Personalrats, ist die beamtenrechtliche Maßnahme nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und auch des OVG des Saarlandes formell rechtswidrig und rückgängig zu machen, solange dies beamtenrechtlich noch möglich ist.

BVerwG, Urteil vom 13.11.1986 - 2 C 20/84 -, Juris-Ausdruck S. 3, BVerwGE 75, 138; PersV 1987, 517; ebenso OVG des Saarlandes, Beschluss vom 2.6.2004 - 1 W 13/04 -, S. 6 und 7 dies amtl. Umdrucks.

Im konkreten Fall führte die Rechtswidrigkeit der Übertragung des **Beförderungsdienstpostens** dazu, dass diese Vorentscheidung zugunsten der **Beförderung** rückgängig zu machen war, was beamtenrechtlich möglich war bis zum Vollzug der **Beförderung** am 4.7.2003. Die **Beförderung** selbst war rechtswidrig, weil die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen nach den §§ 11, 12 BLV, 12 II Nr. 4 BRRG und § 22 II Nr. 3 SBG nicht erfüllt waren. Diese Normen verlangen wie dargelegt, dass eine Erprobungszeit auf ein höher bewerteten Dienstposten rechtmäßigerweise durchgeführt worden ist. Gerade daran fehlt es, weil die Erprobung rechtswidrig erfolgte und die Dienstpostenübertragung bis zuletzt hätte rückgängig gemacht werden müssen. Der **Beförderung** stand mithin die dargelegte durch Gesetz und Verordnung normierte Laufbahnregelung entgegen.

Da die **Beförderungsmaßnahme** gegen ein Gesetz verstoßen hat, lag für die Zustimmungsverweigerung des Antragstellers ein triftiger Grund im Sinne des § 80 II a SPersVG vor mit der Konsequenz, dass das Mitbestimmungsverfahren nicht hätte abgebrochen werden dürfen.

Zum Abbruch BVerwG, Beschluss vom 2.11.1994 - 6 P 28/92 -, S. 5 des Juris-Ausdrucks, PersR 1995, 83; sowie zum Fall eines rechtswidrigen Abbruchs OVG Münster, Beschluss vom 30.7.2003 - 1 A 2575/02.BVL -, PersV 2004, 173.

Andererseits war die **Beförderung** nicht mehr rückgängig zu machen. Wegen der dadurch eingetretenen Erledigung erweist sich mithin der in der zweiten Instanz gestellte abstrakte Feststellungsantrag des Antragstellers als begründet, da das von ihm angenommene Mitbestimmungsrecht schon bei der Vorverlegung der Bestenauslese mit der Übertragung eines

Beförderungsdienstpostens bei unverändertem Tätigkeitsfeld besteht.

Mithin hat die Beschwerde Erfolg.

Eine Kostenentscheidung entfällt.

Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, da die hierfür erforderlichen Voraussetzungen nach den §§ 113 II SPersVG, 92 I, 72 II Nr. 1 und 2 ArbGG nicht vorliegen.