
Datum: 27.04.2017
Gericht: Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper: 20. Senat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 20 A 2953/15.PVB
ECLI: ECLI:DE:OVGNRW:2017:0427.20A2953.15PVB.00

Vorinstanz: Verwaltungsgericht Köln, 33 K 6031/14.PVB
Schlagworte: Besetzung, Dienstposten, Stelle, Ausschreibung, Pflicht, Absehen, üblicherweise, Tausch, Umsetzung
Normen: BPersVG § 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Abs. 3 Nr. 14
Leitsätze:
Werden in der Dienststelle zu besetzende Stellen üblicherweise ausgeschrieben, besteht das Mitbestimmungsrecht bei Absehen von der Ausschreibung von Dienstposten auch dann, wenn die Besetzung der Dienstposten im Wege des Tausches der Dienstposten unter zwei (oder mehr) Beamten erfolgen soll.
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:
Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe 1

I. 2

Anfang des Jahres 2014 beabsichtigte die Beteiligte, aus organisatorischen Gründen die personelle Besetzung des Referatsleiterpostens in den Referaten 101 und 102 zu tauschen. Dazu sollte den Referatsleiterinnen Ministerialrätin Dr. I. und Ministerialrätin F. der Dienstposten der jeweils anderen im Wege der statusgleichen Umsetzung übertragen werden. 3

Mit Schreiben vom 20. Februar 2014 teilte die Beteiligte dem Antragsteller mit, es sei beabsichtigt, Ministerialrätin Dr. I. zum nächstmöglichen Zeitpunkt die Leitung des Referats 102 zu übertragen; auf eine entsprechende Stellenausschreibung solle aus personalorganisatorischen Gründen verzichtet werden. Mit einem gleichlautenden Schreiben vom 21. Februar 2014 unterrichtete die Beteiligte den Antragsteller über die beabsichtigte Übertragung der Leitung des Referats 101 an Ministerialrätin F.	4
Jeweils mit Schreiben vom 25. Februar 2014 machte der Antragsteller hinsichtlich dieser Personalmaßnahmen ein ihm aus § 75 Abs. 3 Nr. 14 BPersVG zustehendes Mitbestimmungsrecht unter Hinweis darauf geltend, dass die Beteiligte für die Besetzung der Stellen auf eine Ausschreibung verzichtet habe.	5
Dem trat die Beteiligte unter dem 5. März 2014 entgegen und führte zur Begründung an: Das Absehen von einer Ausschreibung sei nur dann mitbestimmungsbedürftig, wenn die konkrete Stelle im Einzelfall vakant und damit einer Ausschreibung fähig sei und die Ausschreibung ihren Zweck zu erfüllen vermöge. Vorliegend sei keine Besetzung der Dienstposten durch Dritte denkbar. Die Referatsleitungen sollten im Wege eines personalorganisatorischen Tauschs der bisherigen Dienstposteninhaberinnen besetzt werden, so dass eine freie Stelle, um die sich ein Dritter hätte bewerben können, gar nicht entstehe. Wenn es die Möglichkeit des Tausches nicht gäbe, würde eine Neubesetzung der beiden Dienstposten nicht stattfinden. Im Übrigen sei auch eine Benachteiligung von anderen Beschäftigten ausgeschlossen, weil es sich um funktionsgleiche Umsetzungen und nicht um Umsetzungen auf einen Beförderungsdienstposten handele.	6
In der Folgezeit vollzog die Beteiligte, wie dem Antragsteller zuvor angekündigt, die beabsichtigten Umsetzungen, ohne ein Mitbestimmungsverfahren einzuleiten.	7
Am 4. November 2014 hat der Antragsteller das vorliegende personalvertretungsrechtliche Beschlussverfahren eingeleitet und zur Begründung im Wesentlichen angeführt: Im Fall der Besetzung von Beamtenstellen folge die Pflicht zur Ausschreibung aus § 8 Abs. 1 BBG. Wenn der Dienststellenleiter eine Beamtenstelle ohne Ausschreibung zu besetzen beabsichtige, bedürfe dies stets der Mitbestimmung des Personalrats. Das gelte auch, wenn die Dienstpostenbesetzung im Wege eines Dienstpostentauschs erfolgen solle. Im Übrigen seien bei einem Dienstpostentausch die zu besetzenden Dienstposten zumindest für eine "juristische Sekunde" unbesetzt.	8
Der Antragsteller hat beantragt,	9
festzustellen, dass die Beteiligte das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers verletzt, wenn sie die Beamtenstellen im Wege des Dienstpostentausches mit Beamten besetzt, die bis zur Besoldungsgruppe A 15 besoldet werden, ohne den Antragsteller hinsichtlich des Verzichts auf Ausschreibung gemäß § 75 Abs. 3 Nr. 14 BPersVG zu beteiligen.	10
Die Beteiligte hat beantragt,	11
den Antrag abzulehnen.	12
Zur Begründung hat sie im Wesentlichen angeführt: Im Fall eines Stellentauschs durch statusgleiche Umsetzungen bestehe keine Pflicht zur Ausschreibung. In einem solchen Fall fehle es an einer zu besetzenden Stelle, an deren Existenz § 8 Abs. 1 BBG die Ausschreibungspflicht anknüpfe. Eine zu besetzende Stelle, die potenziell zu einer Bewerberkonkurrenz führen könnte, bestehe in einem solchen Fall nicht.	13

Mit Beschluss vom 13. November 2015 hat die Fachkammer für Bundespersonalvertretungssachen des Verwaltungsgerichts dem Antrag stattgegeben und festgestellt, dass die Beteiligte das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers verletzt, wenn sie die Beamtenstellen im Wege des Dienstpostentausches mit Beamten besetzt, die bis zur Besoldungsgruppe A 15 besoldet werden, ohne den Antragsteller hinsichtlich des Verzichts auf Ausschreibung gemäß § 75 Abs. 3 Nr. 14 BPersVG zu beteiligen. Zur Begründung hat die Fachkammer für Bundespersonalvertretungssachen im Wesentlichen angeführt: Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts unterliege jede Stellenbesetzung, die der Dienststellenleiter ohne Ausschreibung vorzunehmen beabsichtige, der Mitbestimmung. Auch ein Stellentausch im Einverständnis der Stelleninhaber sei eine ausschreibungspflichtige Stellenbesetzung. Es handele sich dabei nicht um einen einheitlichen Lebenssachverhalt, sondern um die Neubesetzung zweier Stellen. Nach dem Sinn des Mitbestimmungsrechts aus § 75 Abs. 3 Nr. 4 BPersVG solle dem Personalrat auch bei einem Stellentausch im Wege von statusgleichen Umsetzungen eine Richtigkeitskontrolle dahingehend eingeräumt werden, ob der Ausnahmetatbestand des § 4 Abs. 2 BLV für ein Absehen von der Ausschreibung gegeben sei und Gründe der Personalplanung einer Ausschreibung entgegenstünden.	14
Gegen diesen Beschluss hat die Beteiligte Beschwerde erhoben. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen an: Die von der Fachkammer für Bundespersonalvertretungssachen herangezogene Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts könne auf Fälle des Dienstpostentauschs keine Anwendung finden. Bei einem Dienstpostentausch seien von vornherein keine zu besetzenden Stellen vorhanden, da die Dienstposten wechselseitig von den jeweiligen Tauschpartnern übernommen würden. Die betroffenen Dienstposten könnten deshalb nicht getrennt voneinander betrachtet werden. Sinn und Zweck des in Rede stehenden Mitbestimmungsrechts lege eine von der Fachkammer für Bundespersonalvertretungssachen abweichende Betrachtung nahe. Im Fokus des Schutzzwecks stehe die Gewährleistung einer offenen und fairen Bewerberkonkurrenz. Bei einem Dienstpostentausch existiere aber bei der gebotenen einheitlichen Betrachtung des Lebenssachverhalts zu keinem Zeitpunkt eine zu besetzende Stelle, die potenziell zu einer Bewerberkonkurrenz führen könnte. Die Auffassung der Fachkammer für Bundespersonalvertretungssachen, auch statusgleiche Umsetzungen müssten der Richtigkeitskontrolle durch den Personalrat unterliegen, sei mit dem Gesetzeswortlaut nicht in Einklang zu bringen. Nach § 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BPersVG bestehe nicht in allen Fällen einer Umsetzung ein Mitbestimmungsrecht, sondern nur dann, wenn die Umsetzung mit einem Dienstortwechsel verbunden sei. Die Begründung einer Mitbestimmungspflicht für die im Wege des reinen Dienstpostentauschs vollzogene Umsetzung ohne örtliche Veränderung liefe darauf hinaus, ein Mitbestimmungsrecht für einen vom Bundespersonalvertretungsgesetz ausdrücklich nicht erfassten Tatbestand zu konstruieren.	15
Die Beteiligte beantragt,	16
den angegriffenen Beschluss zu ändern und den Antrag abzulehnen.	17
Der Antragsteller beantragt,	18
die Beschwerde zurückzuweisen.	19
Zur Begründung verweist er auf die Ausführungen in dem angegriffenen Beschluss und führt ergänzend im Wesentlichen an: Zwar möge es im Fall eines Dienstpostentauschs gute Gründe dafür geben, von einer Ausschreibung abzusehen. Aber gerade diese Entscheidung unterliege der Mitbestimmung des Personalrats aufgrund seiner Kontrollrechte. Rechtlich	20

machte es keinen Unterschied, aus welchem Gesichtspunkt oder aus welchen Erwägungen heraus die Dienststelle von der Ausschreibung absehe. Es könne nicht in der Disposition der betroffenen Beschäftigten, die sich über einen Dienstpostentausch verständigten oder einem entsprechenden Vorschlag der Beteiligten folgten, stehen, ob ein Mitbestimmungsstatbestand vorliege oder nicht. Auch bei einem Dienstpostentausch liege eine freie Stelle im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vor. Eine Ausschreibungspflicht ergebe sich unmittelbar aus § 8 Abs. 1 Satz 1 BBG. Eine Ausnahme für den Fall eines Dienstpostentauschs habe der Verordnungsgeber nicht vorgesehen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Gerichtsakte Bezug genommen. 21

II. 22

Die Beschwerde hat keinen Erfolg. 23

Der Antrag ist begründet. 24

Die Beteiligte verletzt das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers, wenn sie Beamtenstellen im Wege des Dienstpostentausches mit Beamten, die bis zur Besoldungsgruppe A 15 besoldet werden, besetzt, ohne den Antragsteller hinsichtlich des Verzichts auf Ausschreibung gemäß § 75 Abs. 3 Nr. 14 BPersVG zu beteiligen. 25

Nach § 75 Abs. 3 Nr. 14 BPersVG hat der Personalrat, soweit ? wie hier ? eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, mitzubestimmen über das Absehen von der Ausschreibung von Dienstposten, die besetzt werden sollen. 26

Das nach dieser Vorschrift bestehende Mitbestimmungsrecht beim Absehen von der Ausschreibung von Dienstposten setzt voraus, dass zu besetzende Stellen üblicherweise ausgeschrieben werden. Aus § 75 Abs. 3 Nr. 14 BPersVG selbst ist allerdings keine grundsätzliche Verpflichtung zur Ausschreibung zu entnehmen. Vielmehr kann eine solche Übung allein aus einer grundsätzlichen Verpflichtung folgen, die sich aus anderen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften ergibt, oder auf ständiger Verwaltungspraxis beruhen. 27

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 14. Januar 2010 ? 6 P 10.09 ?, BVerwGE 136, 29 = Buchholz 250 § 75 BPersVG Nr. 110 = DÖD 2010, 173 = NVwZ-RR 2010, 405 = PersR 2010, 322 = PersV 2010, 340 = ZfPR 2010, 66. 28

Für den Bereich der Bundesbeamten besteht eine grundsätzliche Verpflichtung zur Ausschreibung von Beamtenstellen, da nach § 8 Abs. 1 Satz 1 BBG zu besetzende Stellen auszuschreiben sind. Von der Ermächtigung in § 8 Abs. 1 Satz 3 BBG, Ausnahmen davon vorzusehen, ist in § 4 Abs. 2 und 3 BLV Gebrauch gemacht worden. Dabei greift das Mitbestimmungsrecht des Personalrats beim Absehen von der Ausschreibung eines Dienstpostens unabhängig davon ein, ob die Nichtvornahme der Ausschreibung nach dem zugrunde zu legenden speziellen Regelwerk auf einer zwingenden Ausnahme beruht oder ins Ermessen des Dienststellenleiters gestellt ist. Daraus folgt für den Bereich der Bundesbeamten, dass gemäß der Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers in § 8 Abs. 1 Satz 1 BBG jede Stellenbesetzung, welche der Dienststellenleiter ohne Ausschreibung vorzunehmen beabsichtigt, der Mitbestimmung des Personalrats nach § 75 Abs. 3 Nr. 14 BPersVG unterliegt. 29

Vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 4. Mai 2012 ? 6 PB 1.12 ?, Buchholz 250 § 75 BPersVG Nr. 117 = NVwZ-RR 2012, 611 = PersR 2012, 328 = PersV 2012, 308 = RiA 2012, 174 = ZTR 2012, 412, und vom 4. Februar 2014 ? 6 PB 36.13 ?, Buchholz 250 § 75 BPersVG Nr. 122 = PersR 2014, 229 = PersV 2014, 183 = ZfPR 2014, 37 = ZTR 2014, 305.

Ausgehend davon spricht vorliegend vieles dafür, dass in der Dienststelle eine grundsätzliche Ausschreibungspflicht von Dienstposten für Beamte insbesondere auch dann aufgrund von Rechtsvorschriften besteht, wenn der Dienstposten durch eine statusgerechte Umsetzung besetzt werden soll. 31

Vgl. in diesem Zusammenhang auch Hamb. OVG, Beschluss vom 8. November 2011 ? 7 Bf 104/11.PVB ?, ZfPR 2012, 37; Fischer/Goeres/Gronimus, GKÖD, K § 75 Rn. 106. 32

In der Dienststelle erfolgt nach dem übereinstimmenden Vorbringen beider Verfahrensbeteiligten auch regelmäßig eine Ausschreibung eines zu besetzenden Dienstpostens, wenn die Besetzung des Dienstpostens im Wege einer statusgerechten Umsetzung eines Beamten erfolgen soll. Dem entspricht es, dass die Beteiligte hinsichtlich einer schon vormals anstehenden Übertragung der Leitung des Referats 101 an einen Beamten im Statusamt eines Ministerialrats eine grundsätzlich bestehende Pflicht zur Ausschreibung angenommen und deshalb unter dem 7. Mai 2010 ein Mitbestimmungsverfahren wegen des beabsichtigten Verzichts auf eine Stellenausschreibung eingeleitet hat. Auf ausdrückliche Nachfrage in der Anhörung vor dem Fachsenat ist von Seiten der Beteiligten zudem ausdrücklich bestätigt worden, dass bei derartigen Fallgestaltungen üblicherweise eine Ausschreibung des zu besetzenden Dienstpostens erfolgt. Angesichts dieses tatsächlichen Befundes ist jedenfalls davon auszugehen, dass die Ausschreibung in derartigen Fällen auf einer ständigen Verwaltungspraxis beruht und deshalb das beabsichtigte Absehen von einer Stellenausschreibung ein Mitbestimmungsrecht des Antragstellers aus § 75 Abs. 3 Nr. 14 BPersVG begründet. 33

Das gilt uneingeschränkt auch dann, wenn die Besetzung der Dienstposten im Wege des Tauschs der Dienstposten unter zwei (oder mehr) Beamten erfolgen soll. Es sind weder aus dem Vorbringen der Beteiligten noch sonst hinreichende Anhaltspunkte dafür ersichtlich, derartige Fallgestaltungen anders zu bewerten. 34

Entgegen der Auffassung der Beteiligten kann in den Fällen eines Dienstpostentauschs nicht davon ausgegangen werden, dass es an einem freien, besetzbaren Dienstposten fehlt und deshalb keine Ausschreibungspflicht besteht. Insoweit hat schon die Fachkammer für Bundespersonalvertretungssachen zutreffend darauf hingewiesen, dass ein Dienstpostentausch nicht als einheitlicher Lebenssachverhalt angesehen werden kann, es sich vielmehr um die getrennt voneinander zu sehende Neubesetzung zweier Dienstposten handelt. Mit der Umsetzung des einen Beamten wird der von diesem bislang innegehabte Dienstposten ? jedenfalls für eine "juristische Sekunde" ? frei und damit auch wiederbesetzt war. Gleiches gilt für den Dienstposten des anderen Beamten. Daraus folgt, dass zum einen für jeden der beiden Dienstposten eine Ausschreibungspflicht besteht und dass zum anderen bei einem beabsichtigten Absehen von einer Ausschreibung der Antragsteller zu beteiligen ist. 35

Vgl. für derartige Fallgestaltungen ebenso Ramm, ZfPR 2013, 82. 36

Dass der Mitbestimmungstatbestand aus § 75 Abs. 3 Nr. 14 BPersVG auch in den Fällen eines Dienstpostentausches Anwendung findet, steht in Einklang mit Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts. Insofern weist auch die Beteiligte zutreffend darauf hin, dass sich die 37

Beteiligung des Personalrats im Zusammenhang mit der Stellenausschreibung aus der Überlegung rechtfertigt, dass die Auswahl der Person, mit der eine Stelle besetzt wird, in der Regel das berufliche Fortkommen oder sonstige berufsbezogene Belange und Vorstellungen anderer in der Dienststelle Beschäftigter berührt und deswegen ein schutzwürdiges kollektives Interesse daran besteht, sicherzustellen, dass sich nach Möglichkeit jeder interessierte Beschäftigte an der Bewerberkonkurrenz beteiligen kann.

Vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 14. Januar 2010 ? 6 P 10.09 ?, a. a. O., und vom 4. Mai 2012 ? 6 PB 1.12 ?, a. a. O. 38

Die Gewährleistung einer offenen und fairen Bewerberkonkurrenz gilt aber uneingeschränkt auch in den Fällen, in denen freie Dienstposten im Wege des Tauschs der Dienstposten unter zwei (oder mehr) Beamten besetzt werden sollen. Die Auffassung der Beteiligten, eine Beeinträchtigung des Schutzzwecks des Mitbestimmungsrechts sei bei einem Dienstpostentausch ausgeschlossen, beruht auf der Annahme, eine potentiell zu einer Bewerberkonkurrenz führende freie Stelle existiere bei derartigen Fallgestaltungen nicht. Diese Annahme ist jedoch ? wie bereits dargestellt ? unzutreffend. Entgegen der Auffassung der Beteiligten kann nicht von einem einheitlichen Lebenssachverhalt ausgegangen werden. Vielmehr handelt es sich um zwei (oder mehr) mit Blick auf das Erfordernis einer Ausschreibung unabhängig voneinander zu sehende Stellenbesetzungsvorgänge. 39

Die Annahme des Bestehens eines Mitbestimmungsrechts aus § 75 Abs. 3 Nr. 14 BPersVG auch in den Fällen eines Dienstpostentausches stellt keinen Widerspruch zu der gesetzgeberischen Entscheidung dar, in § 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BPersVG für Umsetzungen nur in solchen Fällen ein Mitbestimmungsrecht vorzusehen, in denen diese mit einem Dienstortwechsel verbunden sind. Entgegen der Auffassung der Beteiligten liegt darin keine Konstruktion eines Mitbestimmungsrechts für einen vom Bundespersonalvertretungsgesetz ausdrücklich nicht erfassten Tatbestand. Die Beteiligte verkennt mit ihrem Einwand, dass es sich bei den in § 75 Abs. 3 Nr. 14 und § 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BPersVG geregelten Fallgestaltungen um zwei unterschiedliche Maßnahmen handelt, die unterschiedliche Mitbestimmungsrechte auslösen. Diese knüpfen an unterschiedliche Voraussetzungen an und verfolgen unterschiedliche Zielrichtungen. Für den Personalrat bedeutet dies, dass er bei seiner Entscheidung über die Erteilung der vom Dienststellenleiter beantragten Zustimmung allein solche Erwägungen einstellen kann, die die ihm zur Zustimmung vorgelegte Maßnahme und das gerade hinsichtlich dieser Maßnahme bestehende Mitbestimmungsrecht betreffen. Deshalb ist es dem Personalrat im Fall eines Dienstpostentauschs, der ? wie hier ? mit keinem Dienstortwechsel der betroffenen Beschäftigten verbunden ist, nicht möglich, sich zur Begründung einer Zustimmungsverweigerung für ein Absehen von der Ausschreibung auf Umstände zu berufen, die allein die Umsetzungen betreffen. Vielmehr kann er allein solche Gründe anführen, die auf das Absehen von der Ausschreibung abzielen. Von einer Aushöhlung der tatbestandlichen Begrenzungen aus § 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BPersVG kann deshalb keine Rede sein, wenn dem Antragsteller beim Absehen von einer Ausschreibung in den Fällen eines Dienstpostentausches ein Mitbestimmungsrecht aus § 75 Abs. 3 Nr. 14 BPersVG eingeräumt wird. 40

Eine Kostenentscheidung entfällt im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren. 41

Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen dafür nicht vorliegen. 42
