

<p style="text-align: center;"><b>Entscheidungssammlung</b> <b>„Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“</b></p>	<p style="text-align: center;"><b>Urteil</b> <b>1424</b></p>
<p>BVerwG Beschluss vom 07.12.1994 – BVerwG 6 P 35.92 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster</p>	<p style="text-align: center;"><b>EEöD</b></p>

**Stichwörter:**

Mitbestimmungsverfahren PersVG – Zustimmungsverweigerung – Anforderungen an eine rechtswirksame Zustimmungsverweigerung – Anforderungen an Artikel 33 Abs. 2 GG – Artikel 33 Abs. 2 gilt für alle Beschäftigtengruppen des öffentlichen Dienstes.

**Hinweis des Bearbeiters:**

Bei dem vorliegenden Beschluss handelt es sich um den Originaltext. Der Beschluss wurde vom Bearbeiter in drei Spalten aufgeteilt. Die im Text gefetteten Stellen wurden durch den Bearbeiter hervorgehoben. Weiterhin stammen die kursiv gesetzten Anmerkungen sowie die Hinweise auf die Entscheidungssammlung „**EEöD**“ vom Bearbeiter.

<b>Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“</b>	<b>Urteil 1424</b>
BVerwG Beschluss vom 07.12.1994 – BVerwG 6 P 35.92 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	<b>EEöD</b>

1. Die Vorrangregelung nach Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2 y BAT, wonach Zeitangestellte, Angestellte für Aufgaben von begrenzter Dauer und Aushilfsangestellte bei der Besetzung von Dauerarbeitsplätzen bevorzugt zu berücksichtigen sind, greift nicht ein, wenn dem internen Bewerber im befristeten Beschäftigungsverhältnis ein externer Bewerber gegenübersteht, der deutlich besser beurteilt ist.

**2. Ist das Recht zur Zustimmungsverweigerung kraft Gesetzes davon abhängig, dass der Personalrat die Rechtswidrigkeit der Maßnahme geltend macht, so ist eine Zustimmungsverweigerung auch dann, wenn sie sich ausschließlich auf die Darlegung einer Rechtsauffassung beschränkt, nur dann unbeachtlich, wenn die Fehlerhaftigkeit dieser Rechtsauffassung "offensichtlich" ist; der Abbruch eines Mitbestimmungsverfahrens ist auch in diesen Fällen nur zulässig, wenn ein Verweigerungsgrund von vorneherein und eindeutig nicht vorliegen kann, er nach keiner vertretbaren Betrachtungsweise als möglich erscheint.**

Bundesverwaltungsgericht  
Beschluss vom 07.12.1994 – BVerwG 6 P 35.92 -

2. Instanz: Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz – Fachsenat für Personalvertretungssachen (Land)  
Beschluss vom 06.10.1992 - Az.: OVG 5 A 10409/92 -

**Tenor:**

Der Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz – Fachsenat für Personalvertretungssachen (Land) - vom 6. Oktober 1992 wird geändert. Die Beschwerde des Beteiligten gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Mainz - Fachkammer für Personalvertretungssachen (Land) - vom 9. Januar 1992 wird zurückgewiesen.

Der Gegenstandswert wird für das Rechtsbeschwerdeverfahren auf 6 000 DM festgesetzt.

<b>G r ü n d e</b>		
		<b>I.</b>
	1	Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, ob der Personalrat die Zustimmung zur Einstellung in ein unbefristetes Angestelltenverhältnis wirksam mit der Begründung verweigern kann, dass dem am besten beurteilten externen Kandidaten eine interne Bewerberin gegenüberstehe, die einen nur befristeten Arbeitsplatz innehatte und für den Dienstposten generell als geeignet

<b>Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“</b>	<b>Urteil 1424</b>
BVerwG Beschluss vom 07.12.1994 – BVerwG 6 P 35.92 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	<b>EEöD</b>

		beurteilt worden sei.
	2	Im Jahre 1991 war bei der Universität M. der Dienstposten eines Leiters des Referats "Zentrale Studienberatung" zu besetzen. Dafür lagen insgesamt 302 Bewerbungen vor. Nachdem ihr Vorschlag schon einmal keine Zustimmung des Personalrats gefunden hatte, schlug die Universitätsverwaltung erneut Dr. W. zur Einstellung vor. Sie benannte ferner zwei Ersatzkandidatinnen. Zur Begründung des Vorschlags hieß es: Die vorgeschlagenen Kandidaten seien zwar generell, aber in abgestufter Kompetenz geeignet, die zu besetzende Stelle auszufüllen. Dr. W. sei der am besten geeignete Bewerber. Die an dritter Stelle vorgeschlagene Dr. S., eine "Hausbewerberin mit Vorrang nach SR 2 y BAT", sei nur zur Einstellung vorgesehen, wenn sowohl Dr. W. als auch die zweitplatzierte Kandidatin absagten. Sie sei in sachlicher wie in persönlicher Hinsicht deutlich weniger geeignet als die beiden vor ihr platzierten externen Bewerber.
	3	Anfang Juni 1991 bat der beteiligte Dienststellenleiter, der Präsident der Universität M., den beim Campus gebildeten Personalrat, den Antragsteller, nunmehr der Einstellung des Herrn Dr. W. zuzustimmen, hilfsweise der Einstellung der zweitplatzierten Kandidatin bzw. der Frau Dr. S. Mit Schreiben vom 19. Juni 1991 lehnte der Antragsteller die Zustimmung ab, weil die beabsichtigte Maßnahme wegen Verstoßes gegen die Sonderregelung (SR) 2 y BAT rechtswidrig sei. Nach der zugehörigen Protokollnotiz Nr. 4 seien Angestellte, die unter diese Sonderregelung fielen, etwa weil ihr Arbeitsverhältnis mit Ablauf einer kalendermäßig bestimmten Fristenden solle, "bei der Besetzung von Dauerarbeitsplätzen bevorzugt zu berücksichtigen, wenn die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllt" seien. Das alles treffe auf Frau Dr. S. zu. Sie sei nicht nur befristet angestellt; auch die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen würden von ihr erfüllt. Dies ergebe sich daraus, dass sie für den Fall des Ausfalls der beiden vor ihr platzierten Bewerber eingestellt werden solle. Bei dieser Sachlage sei ein Quervergleich mit anderen (externen) Bewerbern nicht vorgesehen.
	4	Der Beteiligte brach das Mitbestimmungsverfahren we-

<b>Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“</b>	<b>Urteil 1424</b>
BVerwG Beschluss vom 07.12.1994 – BVerwG 6 P 35.92 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	<b>EEÖD</b>

		gen einer seiner Ansicht nach pflichtwidrigen und daher unmaßgeblichen Zustimmungsverweigerung ab und stellte Dr. W. mit Wirkung vom 1. August 1991 für den in Rede stehenden Dienstposten ein.
	5	Der Antragsteller hat daraufhin das personalvertretungsrechtliche Beschlussverfahren eingeleitet und beantragt festzustellen, dass der Beteiligte mit der Einstellung von Herrn Dr. W. als Leiter des Referats "Zentrale Studienberatung" sein, des Antragstellers, Mitbestimmungsrecht verletzt habe.
	6	Diesem Antrag hat das Verwaltungsgericht durch Beschluss vom 9. Januar 1992 stattgegeben und die begehrte Feststellung getroffen.
	7	Auf die Beschwerde des Beteiligten hat das Oberverwaltungsgericht die erstinstanzliche Entscheidung abgeändert und den Antrag des Antragstellers mit folgender Begründung zurückgewiesen: Die Versagung der Zustimmung durch den Antragsteller genüge nicht den Anforderungen des § 80 Abs. 4 RhPPersVG 1989. Sie gründe sich auf eine unzutreffende Rechtsauffassung. Die strittige Protokollnotiz hindere bei verfassungskonformer Auslegung nicht daran, einen befristet beschäftigten internen Bewerber gegenüber einem besser geeigneten externen Bewerber zurückzusetzen. Zwar müsse eine Zustimmungsverweigerung die Rechtswidrigkeit der Maßnahme oder die sachwidrige Benachteiligung nur als möglich erscheinen lassen. Im Beschlussverfahren hätten die Gerichte aber zu prüfen, ob der einer Zustimmungsverweigerung zugrunde gelegte Rechtssatz so überhaupt existiere. Bei solchen Rechtsfragen sei das Kriterium der "Offensichtlichkeit" der Verfehlung der Verweigerungsgründe weniger angemessen.
	8	Hiergegen hat der Antragsteller die vom Oberverwaltungsgericht zugelassene Rechtsbeschwerde eingelegt. Er rügt sinngemäß eine Verletzung des § 80 Abs. 4 RhPPersVG 1989 und der Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2 y BAT. Insbesondere meint er, dass durch den Verzicht auf das Merkmal der "Offensichtlichkeit" die Möglichkeiten des Abbruchs eines Mitbestimmungsverfahrens unvertretbar erweitert würden. Der Antragsteller

<b>Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“</b>	<b>Urteil 1424</b>
BVerwG Beschluss vom 07.12.1994 – BVerwG 6 P 35.92 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	<b>EEÖD</b>

		beantragt,  den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz - Fachsenat für Personalvertretungssachen (Land) - vom 6. Oktober 1992 aufzuheben und die Beschwerde des Beteiligten gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Mainz - Fachkammer für Personalvertretungssachen (Land) - vom 9. Januar 1992 zurückzuweisen.
	9	Der Beteiligte verteidigt den angefochtenen Beschluss und trägt ergänzend vor: Die Verwaltung habe in der Auswahlbegründung dargelegt, dass die nach Auffassung des Antragstellers bevorzugt einzustellende Kandidatin deutlich weniger geeignet sei als die vor ihr platzierten Bewerber. Andererseits habe der Antragsteller keine Verletzung des Ermessensspielraums durch die Dienststelle geltend gemacht, sondern einen absoluten Vorrang, der sich aus dem Tarifrecht bei verfassungskonformer Auslegung nicht herleiten lasse. Jedenfalls sei es nicht zutreffend, dass die Dienststelle die Tarifnorm nicht beachtet oder den dadurch geschützten Personenkreis nicht hinreichend berücksichtigt habe.
		<b>II.</b>
	10	Die zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet und führt zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Beschlusses. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts, der Beteiligte habe das Mitbestimmungsverfahren zu Recht abgebrochen, weil die Zustimmungsverweigerungsgründe des Antragstellers unbeachtlich gewesen seien, beruht auf einer unrichtigen Anwendung des § 80 Abs. 4 RhPPersVG in der bei Verfahrensabbruch maßgeblichen Fassung.
	11	1. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig.
	12	a) Das für den bisherigen Verfahrensgang bestimmend gewesene Personalvertretungsgesetz für Rheinland-Pfalz vom 5. Juli 1977 (GVBI 213) in der zuletzt durch Gesetz vom 21. November 1989 (GVBI 242) geänderten Fassung - RhPPersVG 1989 – ist zwar durch das Personalvertretungsgesetz für Rheinland-Pfalz vom 8.

<b>Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“</b>	<b>Urteil 1424</b>
BVerwG Beschluss vom 07.12.1994 – BVerwG 6 P 35.92 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	<b>EEöD</b>

		<p>Dezember 1992 (GVBl 333) - RhPPersVG 1992 – abgelöst worden. Aufgrund dieser Gesetzesänderung ist nicht mehr nach den Vorschriften des Arbeitsgerichtsgesetzes über das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren, sondern nunmehr nach der Verwaltungsgerichtsordnung zu verfahren. Die bis dahin zulässig in Gang gesetzten und bei Inkrafttreten des Gesetzes noch schwebenden Rechtsmittelverfahren sind jedoch in der Instanz, in der sie sich befinden, nach den Regeln über das Beschlussverfahren fortzuführen und abzuschließen (Beschluss vom 21. Oktober 1993 - BVerwG 6 P 18.91 –), im vorliegenden Falle also als Rechtsbeschwerdeverfahren nach §§ 92 ff. ArbGG.</p>
	13	<p>b) Auch das Rechtsschutzbedürfnis und das Feststellungsinteresse für den Antrag des Antragstellers bestehen weiterhin fort. Der anlassgebende Streitfall hat sich nicht etwa dadurch erledigt, dass die Einstellung des Dr. W. mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages bereits vollzogen worden ist. Die vertraglich vollzogene Einstellung eines Arbeitnehmers zeitigt auch bei einem unberechtigten Abbruch des Verfahrens - zumindest vorerst - fortdauernde Rechtswirkungen und ist nicht etwa nach § 72 Abs. 1 RhPPersVG 1989 unwirksam: Legt man die Auffassung des Bundesarbeitsgerichts zugrunde, so ist dann, wenn sich herausstellt, dass die Personalvertretung ihre Zustimmung nicht rechtsmissbräuchlich versagt hat, es dem Arbeitgeber lediglich verwehrt, den betroffenen Arbeitnehmer zu beschäftigen, wenn und solange die Zustimmung des Personalrats nicht vorliegt (vgl. BAGE 34, 1, 5 ff.). Demgegenüber wird mit guten Gründen vertreten, dass es den Bindungen der öffentlichen Verwaltung an das Haushaltsrecht und dem Grundrechtsschutz des eingestellten Bewerbers aus Art. 1 und Art. 2 GG (vgl. dazu auch BAGE 48, 122, &lt;131 f., 134 - 139&gt;) eher entspreche, in derartigen Fällen lediglich ein Gebot zur Beendigung des wegen der fehlenden Zustimmung kündbaren Beschäftigungsverhältnisses anzunehmen, wobei dieses Beendigungsgebot erst durchgreifen und der Kündigungsgrund erst entstehen soll, wenn sich der Standpunkt des Personalrats beim Abschluss des fortgeführten Beteiligungsverfahrens durchsetzt (vgl. Hantl-Unthan, Einzelvertragliche Rechtsfolgen der kollektivrechtswidrig durchgeführten Arbeitnehmereinstellung im öffentlichen Dienst,</p>

<b>Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“</b>	<b>Urteil 1424</b>
BVerwG Beschluss vom 07.12.1994 – BVerwG 6 P 35.92 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	<b>EEÖD</b>

		1993, s. 279 ff.).
	14	Welcher Auffassung zu folgen ist, kann hier offenbleiben. Nach beiden Auffassungen ist nämlich nicht nur der Arbeitsvertrag vorerst als wirksam anzusehen, sondern es besteht auch weiterhin Raum, das zu Unrecht abgebrochene Beteiligungsverfahren fortzusetzen und so die kollektivrechtlichen Grundlagen der Beschäftigung bzw. ihrer möglichen Beendigung zu klären. Der Dienststellenleiter kann von den vertraglichen Bindungen nicht einfach Abstand nehmen und dadurch dem Beteiligungsverfahren den Boden entziehen. Mithin ist die Fortsetzung des zu Unrecht abgebrochenen Verfahrens zur Herstellung eines rechtmäßigen Zustandes sogar unumgänglich. Das Verfahren ist daher spätestens im Anschluss an eine rechtskräftige Klärung des unzulässigen Abbruchs auf der Ebene, auf der es abgebrochen worden ist, unverzüglich fortzusetzen (Beschlüsse vom 4. April 1985 - BVerwG 6 P 37.82 -, vom 20. Januar 1993 - BVerwG 6 P 18.90 -, vom 18. Mai 1994 - BVerwG 6 P 27.92 - und vom 16. September 1994 - BVerwG 6 P 32.93 -). Zumindest die dafür erforderlichen Schritte kann die Personalvertretung notfalls auch gerichtlich durchsetzen (vgl. Beschlüsse vom 20. Januar 1993 - BVerwG 6 P 18.90 - und vom 18. Mai 1994 - BVerwG 6 P 27.92 -; vgl. ferner Hantl-Unthan, a.a.O. S. 257 - 278). Die im vorliegenden Verfahren begehrte Feststellung über die Beachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung ist ein Teilschritt dorthin. Die Personalvertretung kann diesen Teilschritt zwar in zulässiger objektiver Antragshäufung mit dem Antrag auf Verpflichtung zur Fortsetzung des Beteiligungsverfahrens verbinden. Sie muss dies aber nicht. Auch das Interesse an der auf dem Weg zur abschließende Klärung der kollektivrechtlichen Rechtslage nur förderlich wirkenden Feststellung reicht zur Begründung des Rechtsschutzbedürfnisses aus.
	15	Für den vorliegenden Einzelfall bleibt allerdings klarzustellen, dass das Mitbestimmungsverfahren trotz des Erfolges der Rechtsbeschwerde letztlich doch nicht mit Aussicht auf Erfolg fortgesetzt werden kann. Denn die Einstellungsentscheidung des Beteiligten ist entgegen der Auffassung des Antragstellers nicht materiell rechtswidrig. Art. 33 Abs. 2 GG lässt es im Ergebnis

<b>Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“</b>	<b>Urteil 1424</b>
BVerwG Beschluss vom 07.12.1994 – BVerwG 6 P 35.92 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	<b>EEöD</b>

		nicht zu, dass der Antragsteller mit seinen Zustimmungsverweigerungsgründen im Beteiligungsverfahren einschließlich des Einigungsverfahrens durchdringen kann. Dies ist indessen eine nur mittelbare Folge der nachstehenden Erwägungen zur Begründetheit der Rechtsbeschwerde. Die Zulässigkeit des Antrages wird davon nicht berührt.
	16	2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.
	17	a) Ob die Zustimmungsverweigerung des Antragstellers wirksam ist, beurteilt sich nach § 80 Abs. 4 Satz 1 RhPPersVG 1989. Nach dem von § 77 Abs. 2 BPersVG abweichenden Wortlaut dieser Regelung kann der Personalrat die Zustimmung verweigern, wenn er geltend macht, dass die Maßnahme rechtswidrig ist, insbesondere der Bewerber fachlich oder persönlich nicht geeignet ist oder der Verdacht besteht, dass die Maßnahme aus nicht sachgerechten Gründen getroffen wird. Dabei geht es hier um die Auslegung der tarifvertraglichen "Sonderregelungen für Zeitangestellte, Angestellte für Aufgaben von begrenzter Dauer und für Aushilfsangestellte (SR 2 y BAT)". Diese Sonderregelungen gelten nach deren Nr. 1 für Zeitangestellte, Angestellte für Aufgaben von begrenzter Dauer und für Aushilfsangestellte. In der Protokollnotiz zu Nr. 1 SR 2 y BAT heißt es unter Nr. 4: "Angestellte, die unter Nr. 1 dieser Sonderregelungen fallen, sind bei der Besetzung von Dauerarbeitsplätzen bevorzugt zu berücksichtigen, wenn die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind."
	18	b) Die Entscheidung des Beschwerdegerichts beruht auf folgenden Überlegungen: Das Gericht meint zunächst, dass die Auslegung der Protokollnotiz Nr.4 zu Nr. 1 SR 2 y BAT durch den Antragsteller unzutreffend sei. Diese Protokollnotiz sei verfassungskonform dahin auszulegen, dass der Vorrang erst dann eingreife, wenn kein besser geeigneter Bewerber zur Auswahl stehe; dem Arbeitgeber obliege lediglich die Darlegung der Gründe, aus denen heraus er sich gegen weniger geeignete Bewerber aus dem bevorzugten Personenkreis entscheide. Zwar sei auch im Rahmen des § 80 Abs. 4 RhP-PersVG 1989 auf die zu § 77 Abs. 2 BPersVG entwickelte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsge-



<b>Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“</b>	<b>Urteil 1424</b>
BVerwG Beschluss vom 07.12.1994 – BVerwG 6 P 35.92 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	<b>EEöD</b>

		richts über die Beachtlichkeit von Zustimmungsverweigerungsgründen abzustellen. Es komme daher lediglich darauf an, ob nach der Begründung des Personalrats die Rechtswidrigkeit der Maßnahme oder eine sachwidrige Benachteiligung als "möglich" erscheine. Zur Abgrenzung sei aber bei Rechtsfragen das Kriterium der "Offensichtlichkeit" nicht heranzuziehen.
	19	Diese Auffassung des Beschwerdegerichts ist zwar insoweit, als sie die Auslegung der Protokollnotiz Nr.4 zu Nr. 1 SR 2 y BAT betrifft, im wesentlichen zutreffend (c); dies gilt auch für die Übertragbarkeit der zu§ 77 Abs. 2 BPersVG entwickelten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Rahmen des§ 80 Abs. 4 RhP-PersVG 1989 (d). Die vom Beschwerdegericht für notwendig gehaltenen Einschränkungen der Maßgeblichkeit des Kriteriums der "Offensichtlichkeit" sind jedoch weder mit dieser Rechtsprechung noch mit § 80 Abs. 4 RhPPersVG 1989 zu vereinbaren (e).
	20	c) Bei der strittigen Protokollnotiz handelt es sich um eine normative Regelung (vgl. BAG, Urteil vom 27. April 1988 - 7 AZR 593/87 -). Sie enthält zwar kein allgemeines Anstellungsgebot, das den Arbeitgeber bei Beendigung eines unter die Sonderregelung SR 2 y BAT fallenden Arbeitsverhältnisses unter allen Umständen zur Wiedereinstellung des Angestellten bzw. zur unbefristeten Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verpflichten würde; dies wäre mit Art. 33 Abs. 2 GG nicht zu vereinbaren. Die tarifliche Regelung schränkt nur (im Rahmen des nach höherrangigem Recht, insbesondere des Art. 33 Abs. 2 GG, Zulässigen) das Ermessen bei der Auswahl der Bewerber für Dauerarbeitsplätze ein (BAG, Urteil vom 8. Mai 1985 - 7 AZR 182/84 -; Urteil vom 27. April 1988 a.a.O.; Fenn, Anm. AP Nr. 39 zu§ 620 BGB; Hillebrecht in Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 3. Aufl., § 620 BGB Rn. 226); sie begründet insoweit letztlich auch Darlegungslasten (vgl. Clemens / Scheuring / Steingen / Wiese, BAT, SR 2 y - Zeitangestellte, Aushilfsangestellte, Erl. zu Nr. 1). Dies hat das Beschwerdegericht im Wesentlichen zutreffend dargestellt.
<i>Art. 33 Abs. 2 - Auswahl- ermessen – Geringe Eig-</i>	21	Nicht beantwortet ist damit jedoch die Frage nach dem Spielraum, den Art. 33 Abs. 2 GG der normativen Ge-

<b>Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“</b>	<b>Urteil 1424</b>
BVerwG Beschluss vom 07.12.1994 – BVerwG 6 P 35.92 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	<b>EEöD</b>

<i>nungs- und Leistungsunterschiede</i>	<p>staltung durch eine tarifvertragliche Vorrangregelung zu Lasten einer strikten Bestenauslese nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung belässt. Erst wenn seine Grenzen abgesteckt werden, lassen sich die möglichen Ergebnisse einer verfassungskonform einschränkenden Auslegung näher begründen. Was aber diesen Spielraum betrifft, ist zunächst klarzustellen, dass Art. 33 Abs. 2 GG nicht dazu verpflichtet, bei der Besetzung öffentlicher Ämter auch noch so geringfügige Eignungs- und Leistungsunterschiede stets den Ausschlag geben zu lassen. <b>Je geringer und je weniger bedeutsam solche Unterschiede nämlich sind, desto weniger zuverlässig lassen sie sich feststellen und desto mehr werden sie von der unvermeidlichen Schwankungsbreite wertender und damit notwendig subjektiver Einschätzungen geprägt. Nur geringfügige Unterschiede können auch nach den Anforderungen des zu besetzenden Dienstpostens unerheblich sein. Dem trägt die Rechtsprechung dadurch Rechnung, dass neben dem Leistungsprinzip nachrangige - auch sozial wirksame - Auswahlkriterien zum Zuge kommen können, wenn es um eine Auswahlentscheidung unter Bediensteten oder Bewerberinnen und Bewerbern geht, die nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung "im wesentlichen gleich beurteilt" sind oder - anders ausgedrückt - zwischen denen nicht mehr als ein nur "geringfügiger Beurteilungsunterschied" besteht</b> (Urteil vom 25. August 1988 - BVerwG 2 C 51.86 -; Beschlüsse vom 27. März 1990 - BVerwG 6 P 34.87 - und vom 13. April 1994 - BVerwG 1 WB 51.93 - BVerwG, DokBer B 1994, 298 ff.). Innerhalb dieser Grenzen steht der einstellenden Behörde ein Ermessen zu; in diesem Rahmen kann dann auch und erst recht eine normative Vorrangregelung, wie etwa die Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2 y BAT, ihre ermessensbegrenzende Wirksamkeit entfalten.</p>
	<p>22 <b>Im Übrigen aber, bei d e u t l i c h e n Unterschieden in den Beurteilungen der Bewerber, können derartige Vorrangregelungen nicht greifen. Dem steht Art. 33 Abs. 2 GG zwingend entgegen. Insoweit ist eine verfassungskonform einschränkende Auslegung geboten. <u>Das gilt für alle Beschäftigten und angehenden Beschäftigten des öffentlichen Dienstes in</u></b></p>

<b>Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“</b>	<b>Urteil 1424</b>
BVerwG Beschluss vom 07.12.1994 – BVerwG 6 P 35.92 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	<b>EEöD</b>

		<p><b><u>gleicher Weise, für Beamte genauso wie für Angestellte und Arbeiter. Denn Art. 33 Abs. 2 GG sieht für die verschiedenen Beschäftigtengruppen keine Differenzierung vor, er lässt sie auch nicht gelten</u></b> (Beschluss vom 11. Februar 1981 - BVerwG 6 P 44.79 - BVerwGE 61, 325, 330 f.). Auf solch deutliche Unterschiede aber hatte sich der Beteiligte im vorliegenden Falle gestützt: Das Ergebnis des Auswahlvorschlages war nämlich damit begründet worden, die an dritter Stelle vorgeschlagene Dr. S. sei "in sachlicher wie in persönlicher Hinsicht deutlich weniger geeignet" als die beiden vor ihr plazierten externen Bewerber. Unter diesen Umständen kann der Antragsteller mit seiner Auslegung der Vorrangregelung eine Rechtswidrigkeit der Einstellungsentscheidung des Beteiligten nicht begründen. Die eindeutig allein darauf gestützten Einwendungen könnten ihm daher im Beteiligungsverfahren bzw. im Einigungsverfahren, wenn es dazu noch käme, nicht zum Erfolg verhelfen. Sie wären zumindest unbegründet.</p>
	23	<p>d) Zu Recht hat das Beschwerdegericht ausgeführt, dass auch im Rahmen des § 80 Abs. 4 RhPPersVG 1989 auf die in der Rechtsprechung zu § 77 Abs. 2 BPersVG entwickelten Grundsätze über die Beachtlichkeit von Zustimmungsverweigerungsgründen abzustellen war. Hiernach ist nur zu fordern, dass nach der Begründung des Personalrats die Rechtswidrigkeit der Maßnahme oder die sachwidrige Benachteiligung anderer Beschäftigter als "möglich" erscheint.</p>
	24	<p>aa) § 80 Abs. 4 RhPPersVG 1980 und § 77 Abs. 2 BPersVG unterscheiden sich allerdings in ihrem Wortlaut. § 77 Abs. 2 BPersVG ist wie eine Regelung gefasst, in der tatbestandliche Voraussetzungen für eine einseitige Entscheidung aufgestellt werden. Demgegenüber ist § 80 Abs. 4 RhPPersVG auf ein kontradiktorisches Verfahren zugeschnitten, was der Sache nach eher angemessen erscheint: Der Personalrat kann hiernach die Zustimmung verweigern, "wenn er geltend macht", dass die Maßnahme rechtswidrig ist. Damit knüpft der Wortlaut des Gesetzes an den des § 42 Abs. 2 VwGO an. Dort wiederum wird die sog. "Möglichkeitstheorie" vertreten, deren Grundsätze auch hier gelten sollten. Dieser Zusammenhang wird nicht nur in der</p>

<b>Entscheidungssammlung</b> <b>„Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“</b>	<b>Urteil</b> <b>1424</b>
BVerwG Beschluss vom 07.12.1994 – BVerwG 6 P 35.92 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	<b>EEöD</b>

		Literatur hervorgehoben (Ruppert, Personalvertretungsrecht Rheinland-Pfalz, 7. Aufl., § 80 Rn. 278; ähnlich: Herbig, Persv 1985, 354; weitergehend: Helmes/Jacobi/Küssner, RhPPersVG, 2. Aufl., Rn. 143). Die Absicht einer Anlehnung an diese Grundsätze war auch im Gesetzgebungsverfahren ausschlaggebend (vgl. die Ausführungen des Abgeordneten Bischel für die CDU-Landtagsfraktion, LT Rheinland-Pfalz, StB 10. WP, 41. Sitzung, S. 2389 u. 2392; ähnlich auch der Innenminister Böckmann, a.a.O. S. 2394).
	25	bb) Damit hat der Landesgesetzgeber letztlich nicht mehr und nicht weniger an Weigerungsgründen zulassen wollen, als nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Rahmen des § 77 Abs. 2 BPersVG zugelassen ist. Dies folgt sowohl aus der Anlehnung an den Wortlaut des § 42 Abs. 2 VwGO als auch aus den Zielsetzungen des Gesetzgebers, wie sie sich aus den Gesetzesmaterialien ergeben. Wenn dies im Gesetzgebungsverfahren teilweise anders - nämlich im Sinne einer Erweiterung im Verhältnis zu der Regelung im Bundespersonalvertretungsgesetz - gewürdigt worden ist, so beruht das allein auf einer unzutreffenden Einschätzung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 77 Abs. 2 BPersVG. Denn auch diese Rechtsprechung lehnt sich an die zu § 42 Abs. 2 VwGO entwickelten Grundsätze an:
<i>Inhaltliche Anforderung an eine Zustimmungsverweigerung</i>	26	<b>Wie der Senat in ständiger Rechtsprechung entschieden hat</b> (vgl. Beschlüsse vom 27. Juli 1979 - BVerwG 6 P 38.78 -, vom 4. April 1985 - BVerwG 6 P 37.82 -, vom 18. April 1986 - BVerwG 6 P 31.84 -, vom 10. August 1987 - BVerwG 6 P 22.84 -, vom 27. März 1990 - BVerwG 6 P 34.87 - und vom 23. September 1993 - BVerwG 6 P 24.91 -), muss in Personalangelegenheiten (§ 75 Abs. 1, § 76 Abs. 1 BPersVG) das Vorbringen des Personalrats es aus der Sicht eines sachkundigen Dritten zumindest als <b>m ö g l i c h</b> erscheinen lassen, dass einer der dafür zugelassenen und in § 77 Abs. 2 BPersVG abschließend geregelten Verweigerungsgründe gegeben ist. Eine Begründung, die <b>o f f e n s i c h t l i c h</b> auf keinen dieser Versagungsgründe gestützt ist, vermag nicht die Verpflichtung der Dienststelle auszulösen, das Beteiligungsverfahren durch Einleitung des Stufenverfahrens bzw. des Einigungsverfahrens

<b>Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“</b>	<b>Urteil 1424</b>
BVerwG Beschluss vom 07.12.1994 – BVerwG 6 P 35.92 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	<b>EEÖD</b>

		<p>fortzusetzen. Vielmehr gilt die beabsichtigte Maßnahme nach Ablauf der gesetzlichen Äußerungsfrist als gebilligt. Die Darlegung einer Rechtsauffassung oder der Vortrag von Tatsachen seitens des Personalrats kann dann, wenn sich daraus ersichtlich, d.h. von vorneherein und eindeutig, keiner der gesetzlich zugelassenen Verweigerungsgründe ergeben kann, deren Vorliegen also nach keiner vertretbaren Betrachtungsweise als möglich erscheint, nicht anders behandelt werden als das Fehlen einer Begründung. Mangels möglicher Zuordnung zu einem gesetzlichen Verweigerungsgrund ist auch in diesem Fall offensichtlich, dass sich der Personalrat auf die ihm gesetzlich zugebilligten Gründe nicht stützen kann. Offenbart er dies mit der von ihm gegebenen Begründung, so wird seine ungesetzliche Zustimmungsverweigerung vom Recht nicht geschützt. Sie ist missbräulich und löst daher keine Rechtsfolgen aus.</p>
	27	<p>e) Der Senat hat schon in den Anfängen dieser Rechtsprechung betont, dass dem in diesem Zusammenhang aufgestellten Erfordernis der Offensichtlichkeit eine wesentliche, und zwar doppelte Bedeutung zukommt (Beschluss vom 27. Juli 1979 - BVerwG 6 P 38.78 - a.a.O.): Es grenzt nicht nur die Handlungsmöglichkeiten des Personalrats, sondern auch die Befugnisse des Dienststellenleiters ein. Diesem ist insbesondere keine Entscheidungsbefugnis eingeräumt, nach Maßgabe seiner Rechtsauffassung darüber zu befinden, ob ein Weigerungsgrund auch tatsächlich besteht oder er sich doch wenigstens aus dem Vorbringen des Personalrats schlüssig ergibt. Wenn das Beschwerdegericht meint, bei Rechtsfragen erweise sich die "Offensichtlichkeit" der Verfehlung der Verweigerungsgründe als ein weniger angemessenes Kriterium, als Voraussetzung der Unbeachtlichkeit sei sie allenfalls für die fehlerhafte Sachverhaltenswürdigung und insbesondere für die Subsumtion des Sachverhalts unter die Norm zu verlangen, so ist dieser Auffassung nicht zu folgen. Sie weicht nicht nur von der Rechtsprechung des Senats ab. Sie führt auch zu unklaren Abgrenzungen zwischen Begründetheit und Beachtlichkeit der Zustimmungsverweigerung und geht, indem sie auf den Rechtsstandpunkt des Gerichts abstellt, von einer nachträglichen Betrachtungsweise aus, die in der Praxis zu erheblichen Schwierig-</p>

<b>Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“</b>	<b>Urteil 1424</b>
BVerwG Beschluss vom 07.12.1994 – BVerwG 6 P 35.92 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	<b>EEöD</b>

		keiten und weiteren Unklarheiten führen muss. Hierzu ist im Einzelnen zu bemerken:
	28	<p>aa) Nach der dargelegten Rechtsprechung des Senats kann der Personalrat seine Zustimmungsverweigerung nicht nur mit dem Vortrag von Tatsachen, sondern auch mit der Darlegung einer Rechtsauffassung begründen. Auch insoweit ist zu unterscheiden zwischen einer Zustimmungsverweigerung, die unbegründet ist, und einer solchen, die unbeachtlich ist, weil sie entweder (objektiv) das Vorliegen eines gesetzlichen Zustimmungsverweigerungsgrundes als nicht möglich erscheinen lässt (sog. "Möglichkeitstheorie") oder aber aus sonstigen (subjektiven) Gründen rechtsmissbräuchlich ist, etwa weil der Personalrat sich von vorneherein besserer Erkenntnis verschließt oder aber seinen Standpunkt nur zum Schein einnimmt. Angesichts der weitreichenden Folgen der Unbeachtlichkeit bedarf der Abbruch wegen subjektiven Rechtsmissbrauchs des eindeutigen Nachweises. Auch soweit es die Unbeachtlichkeit aus Gründen der missbräuchlichen Kompetenzüberschreitung betrifft, ist aus eben diesem Grunde eine klare Abgrenzung geboten. Deshalb knüpft die Rechtsprechung an das Merkmal der Offensichtlichkeit an. Sie wiederum ist – entsprechend den zu § 42 Abs. 2 VwGO entwickelten Grundsätzen - nur anzunehmen, wenn ein Verweigerungsgrund von vorneherein und eindeutig nicht vorliegen kann, er nach keiner vertretbaren Betrachtungsweise als möglich erscheint. Das so gewonnene Maß an Klarheit der Abgrenzung ginge verloren, wenn man das Kriterium der Offensichtlichkeit im Rahmen einer vom Beschwerdegericht für denkbar gehaltene Trennung zwischen (abgeleiteten) Rechtssätzen einerseits und Subsumtion andererseits nur für die Würdigung des Sachverhalts und dessen Einordnung unter die Norm gelten lassen wollte. Die Grenzen zwischen beidem sind fließend. Es verbietet sich daher, in der einen Hinsicht Offensichtlichkeit zu verlangen, in der anderen hingegen nicht.</p>
	29	<p>bb) Würde für die Unbeachtlichkeit der auf die Darlegung einer Rechtsauffassung gestützten Weigerungsgründe auch nur teilweise auf das Merkmal der Offensichtlichkeit verzichtet, so müsste dies letztlich auch zu einer systemwidrigen, dem Einigungsverfahren vorge-</p>

<b>Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“</b>	<b>Urteil 1424</b>
BVerwG Beschluss vom 07.12.1994 – BVerwG 6 P 35.92 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	<b>EEÖD</b>

		<p>schalteten Vorprüfungscompetenz des Dienststellenleiters führen. Zwar stellt das Beschwerdegericht nicht auf dessen subjektive Auffassung ab; es will allein die "geläuterte" Auffassung des Gerichts zugrundelegen. Diese kann aber als nachträgliche Feststellung für das Handeln des Dienststellenleiters keinen geeigneten Maßstab abgeben. Er wäre daher auf eine - notwendig subjektive – Prognose über den Ausgang eines späteren Gerichtsverfahrens verwiesen.</p>
	30	<p>cc) Der Standpunkt des Beschwerdegerichts lässt sich auch nicht mit Überlegungen zum Sinn des Einigungsverfahrens rechtfertigen. Zwar kann dieser nicht darin liegen, dass dieses Verfahren auch nach einer Klärung von Zweifelsfragen zur Rechtsauslegung immer wieder zur Einigung in dieser Frage angestrengt wird. Von einer schon bei der Zustimmungsverweigerung zu Lasten des Personalrats geklärten Zweifelsfrage ist jedoch erst auszugehen, wenn dies für ihn wenigstens erkennbar war. Das ist z.B. dann der Fall, wenn er sich auf eine Rechtsauffassung stützen will, von der a l l g e m e i n anerkannt ist, dass sie unzutreffend ist, weil sie etwa einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung widerspricht. Die Verweigerung der Zustimmung mit einer solchen Begründung - oder das Bestehen auf ihr - kann rechtsmissbräuchlich sein. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Personalrat im Beteiligungsverfahren oder später im Verlauf eines Stufen- oder Einigungsverfahrens vor dessen Abbruch darauf hingewiesen worden ist. Es bedeutet nämlich einen Missbrauch des Verfahrens, wenn das Einigungsverfahren angestrebt wird, obwohl auch dem Personalrat von vorneherein klar ist (oder ihm infolge eines Hinweises klar geworden sein muss), dass seine Einwendungen im Einigungsverfahren keinesfalls berücksichtigt werden können (vgl. auch BAGE 49, 180, 198).</p>
	31	<p>f) Hiervon ausgehend erweist sich die Zustimmungsverweigerung des Antragstellers nicht als unbeachtlich. Denn ihre nachträgliche Würdigung im vorliegenden Verfahren ist für diese Bewertung unmaßgeblich. Bei Abbruch des Verfahrens aber war noch nicht von einer allgemeinen Klärung der Auslegungsfragen zur Protokollnotiz Nr. 4 zu Nr. 1 SR 2 y BAT auszugehen. Der Antragsteller hatte sich zwar auf eine nur vereinzelt ge-</p>

<b>Entscheidungssammlung „Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“</b>	<b>Urteil 1424</b>
BVerwG Beschluss vom 07.12.1994 – BVerwG 6 P 35.92 - bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster	<b>EEÖD</b>

		<p>bliebene Literaturstimme berufen. Diese war aber nicht als offensichtlich unvertretbar einzustufen. Auch war und ist die Protokollnotiz, soweit sie voraussetzt, dass "die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind", in ihrem Wortlaut unklar gefasst. Selbst das Bundesarbeitsgericht hatte seinerzeit noch offen gelassen, ob der Auffassung eines Landesarbeitsgerichts zu folgen sei, wonach die Protokollnotiz Nr. 4 einen Anspruch auf bevorzugte Berücksichtigung der Zeitangestellten nur bei gleicher Qualifikation gewähre (vgl. BAG, Urteil vom 27. Mai 1983 - 7 AZR 319/81 - EzBAT SR 2 y BAT Besetzung von Dauerarbeitsplätzen Nr. 3) .</p>
	32	<p>Zwar hat das Beschwerdegericht weiterhin ausgeführt: "Eine Zustimmungsverweigerung erscheint als unredlich und verstößt gegen Treu und Glauben, wenn der Personalrat sich, wie hier, selbst besserer Rechtskenntnis verschließt, nur um mit Hilfe einer in Wahrheit gar nicht mehr klärungsbedürftigen Rechtsauffassung das Einigungsverfahren eröffnen zu können". Träfe die darin enthaltene tatsächliche Feststellung für den allein maßgeblichen Zeitpunkt des Abbruchs des Verfahrens zu, so wäre in der Tat von einem Rechtsmissbrauch auszugehen. In diesem Sinne ist aber die Beschwerdeentscheidung nicht zu verstehen. Die Gründe des Beschlusses lassen nämlich jeglichen tatsächlichen Anhaltspunkt für eine solche Annahme vermissen. Auch nach den sonstigen konkreten Feststellungen spricht alles dagegen, dass der Antragsteller vor Abbruch des Verfahrens mit einer besseren Erkenntnis konfrontiert worden wäre, der er sich gleichwohl verschlossen hätte. Denn der Beteiligte hat erst nachträglich versichert, dass er künftig (in vergleichbaren Fällen) der Pflicht zur Erörterung gemäß § 80 Abs. 5 RhPPersVG 1989 nachkommen werde. Vorher hat also eine Erörterung nicht stattgefunden. Schließlich lässt der Kontext der Entscheidungsgründe zweifelsfrei erkennen, dass die genannten Ausführungen des Beschwerdegerichts – seiner unzutreffenden Rechtsauffassung entsprechend - im Zusammenhang mit einer nachträglichen Würdigung zu sehen sind, die auch das Vorbringen des Antragstellers im gerichtlichen Verfahren berücksichtigt. Die Zustimmungsverweigerung als solche wird davon nicht berührt.</p>



<p style="text-align: center;"><b>Entscheidungssammlung</b>  <b>„Eingruppierungsrecht des öffentlichen Dienstes“</b></p>	<p style="text-align: center;"><b>Urteil</b>  <b>1424</b></p>
<p>BVerwG Beschluss vom 07.12.1994 – BVerwG 6 P 35.92 -  bearbeitet von Klaus Krasemann, Münster</p>	<p style="text-align: center;"><b>EEöD</b></p>

	33	Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 10 Abs. 1 BRAGO in Verbindung mit § 8 Abs. 2 BRAGO.
--	----	---