BVerwG v. 09.01.2007 - 6 P 6.06

Leitsatz

1. Das Mitwirkungsrecht des Personalrats bei Stellenausschreibungen gilt auch für Beschäftigte an Theatern, die nach dem Bühnennormalvertrag beschäftigt werden.

2. Dieses Mitwirkungsrecht erstreckt sich auch auf die Entscheidung des Dienststellenleiters darüber, ob Stellen dienststellenintern auszuschreiben sind.

Gesetz(e):

NWPersVG § 72; NWPersVG § 73

Instanzenzug:

VG Köln VG 34 K 3823/04 16.02.2005 OVG Münster OVG 1 A 1193/05 13.07.2006

Gründe

I

Mit Schreiben vom 30. April 2004 lehnte es der Beteiligte endgültig ab, den Antragsteller bei Stellenausschreibungen für den Personenkreis des Bühnennormalvertrages im Wege der Mitwirkung zu beteiligen. Das daraufhin angerufene Verwaltungsgericht hat antragsgemäß festgestellt, 1. dass der Antragsteller bei Stellenausschreibungen für die Einstellung von Beschäftigten, die nach dem Bühnennormalvertrag beschäftigt werden, gemäß § 73 Nr. 6 NWPersVG mitzuwirken hat und 2. dass auch Stellen für die Einstellung von Beschäftigten, die nach Bühnennormalvertrag beschäftigt werden, grundsätzlich dienststellenintern auszuschreiben sind.

Dagegen hat der Beteiligte Beschwerde eingelegt. Der Antragsteller hat im Beschwerdeverfahren den Feststellungsantrag zu 2 dahin neu gefasst, dass festgestellt werden möge, dass die Entscheidung, ob Stellen für die Einstellung von Beschäftigten, die nach dem Bühnennormalvertrag beschäftigt werden, dienststellenintern auszuschreiben sind, seiner Mitwirkung unterliegt, wenn nach Lage der Dinge eine dienststelleninterne Auswahl unter verschiedenen fachlich und persönlich geeigneten Beschäftigten in Betracht kommt. Das Oberverwaltungsgericht hat unter Änderung des erstinstanzlichen Beschlusses den Antrag zu 2 abgelehnt und die Beschwerde des Beteiligten im Übrigen zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt: Der Antrag zu 1 sei begründet. Das Mitwirkungsrecht des Personalrats bei Stellenausschreibungen gemäß § 73 Nr. 6 NWPersVG sei nach Wortlaut und Systematik auch gegeben, wenn das künstlerische Bühnenpersonal betroffen sei. Abweichendes folge nicht aus der Gewährleistung der Kunstfreiheit in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG. Das Mitwirkungsrecht beziehe sich vornehmlich auf die äußeren Modalitäten einer beabsichtigten Ausschreibung und reiche nur soweit, wie Fragen der künstlerischen Konzeption der auszuschreibenden Stelle unangetastet blieben. Die Festlegung des Anforderungsprofils der zu besetzenden Stelle sei der Mitwirkung des Personalrats entzogen. Als schutzwürdig sei nur das kollektiv ausgerichtete Interesse des Personalrats daran anzusehen, dass sich nach Möglichkeit jeder interessierte Beschäftigte an der Bewerberkonkurrenz beteiligen könne. Das Auswahlrecht des Intendanten werde im Zuge des Mitwirkungsverfahrens nicht berührt. Die mit Blick auf das Bewerberfeld allenfalls vom Personalrat anzuregende Vergrößerung des Kreises der für die Auswahl in Betracht zu ziehenden Personen lasse das Letztentscheidungsrecht des Intendanten über die Einstellung geeigneter Künstler unangetastet. Das Mitwirkungsrecht könne das Interesse der Beschäftigten in den Blick des Beteiligten rücken, das künstlerische Konzept mit Bewerbern aus dem eigenen Theater zu erfüllen. Dieses Interesse sei über Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützt und dürfe der Kunstfreiheit des Intendanten relativierend entgegengesetzt werden. Hingegen habe der Antrag zu 2 keinen Erfolg. Ein Mitwirkungsrecht des Antragstellers an

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

Entscheidungen darüber, ob eine der in Rede stehenden Stellen auszuschreiben sei, bestehe nicht. § 73 Nr. 6 NWPersVG setze eine auf die Stellenausschreibung abzielende Maßnahme der Dienststellenleitung voraus. Unterbleibe sie, fehle es an einer Maßnahme, an welcher die Personalvertretung mitwirken könnte. Insbesondere sei die Mitwirkung im Falle des Unterbleibens einer Ausschreibung nicht deswegen eingeräumt, weil die Personalvertretung auch beim Absehen von der Stellenausschreibung mitzuwirken hätte. Mit der Mitwirkung bei Ausschreibungen sei die Beteiligung an einzelnen, konkreten Maßnahmen gemeint. Verwaltungsinterne Erwägungen und Entscheidungen über das Ob nachfolgender Maßnahmen seien nicht umfasst. Dieses Auslegungsergebnis werde dadurch bestätigt, dass das nordrhein-westfälische Beteiligungsrecht bei Ausschreibungen im Bereich der bloßen Mitwirkung verortet sei, für welches ein Initiativrecht des Personalrats nicht vorgesehen sei. Die Beteiligung des Personalrats beim Absehen von einer Stellenausschreibung sei systemwidrig. Sie widerspreche der gesetzlichen Grundentscheidung gegen Einwirkungsmöglichkeiten, wie sie mit dem Initiativrecht verbunden wären.

Gegen den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts haben sowohl der Antragsteller als auch der Beteiligte Rechtsbeschwerde eingelegt.

Der Antragsteller verteidigt den angefochtenen Beschluss, soweit dem Antrag zu 1 stattgegeben wurde. Zur Begründung seiner Rechtsbeschwerde in Bezug auf den Antrag zu 2 trägt er vor: Der hier in Rede stehende Mitwirkungstatbestand sei weit gefasst. Er erkenne dem Personalrat die Befugnis zu, auch im Normalfall der stattfindenden Ausschreibung beteiligt zu werden. Im Ergebnis laufe damit jede im Dienststellenbereich unternommene Ausschreibung über den Personalrat, der auf diese Weise im Erörterungs- und Stellungnahmeverfahren seine Kontrollrechte ausüben und im Bedarfsfalle Anregungen und Bedenken zur inhaltlichen Gestaltung von Ausschreibungen geben könne. Von der weiten Gesetzesformulierung erfasst seien auch diejenigen Fälle, in denen von einer Stellenausschreibung abgesehen werden solle. Denn dies betreffe gleichfalls eine Frage im Zusammenhang mit Stellenausschreibungen. Nach dem Schutzzweck des Mitwirkungstatbestandes sei es naheliegend, den besonders kritischen Fall des Absehens von eigentlich gebotenen Ausschreibungen mit erhöhter Aufmerksamkeit zu behandeln, könne doch gerade in solchen Fällen die Gefahr erwachsen, dass die vorrangig zu beachtenden Auswahlgrundsätze für die Personalauswahl im öffentlichen Dienst in Mitleidenschaft gerieten. Dass ein Initiativrecht des Personalrats in Mitwirkungsangelegenheiten nicht bestehe, ihm insoweit also die Befugnis fehle, eine nicht vorgesehene Ausschreibung durch eigene Intervention zu erzwingen, betreffe lediglich die Frage nach der Durchsetzung des Beteiligungsrechts, nicht aber diejenige nach seinem Gegenstandsbereich.

Der Antragsteller beantragt sinngemäß,

1. die Rechtsbeschwerde des Beteiligten zurückzuweisen,

2. den angefochtenen Beschluss teilweise aufzuheben und nach seinem in der Beschwerdeinstanz gestellten Antrag zu 2 zu erkennen.

Der Beteiligte beantragt sinngemäß,

1. den angefochtenen Beschluss teilweise aufzuheben und auch den Antrag zu 1 abzulehnen,

2. die Rechtsbeschwerde des Antragstellers zurückzuweisen.

Er verteidigt den angefochtenen Beschluss, soweit der Antrag zu 2 abgelehnt wurde, und trägt zur Begründung seiner Rechtsbeschwerde in Bezug auf den Antrag zu 1 vor: Für den Bereich des künstlerischen Personals reduziere Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG die Mitwirkungsrechte des Personalrats so entscheidend, dass letztlich kein eigenständiges Recht verbleibe. Dies korrespondiere damit, dass Stellenausschreibungen regelmäßig einer späteren mitbestimmungspflichtigen Personalangelegenheit vorausgingen und diese vorbereiteten. Es sei nicht Ziel von Stellenausschreibungen für künstlerische Positionen am Theater, den Leistungsgrundsatz zu fördern oder den Zugang zu jedem öffentlichen Amt zu gewährleisten. Die Ausschreibung künstlerischer Posten diene aus-

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

schließlich der Umsetzung des künstlerischen Konzepts des Intendanten. Die bewusste Herausnahme eines bestimmten Bewerberkreises könne zwingender Teil dieser künstlerischen Maßgabe sein. Bereits die Entscheidung darüber, ob ein Bühnenkünstler intern oder extern gesucht werde, trage maßgebliche künstlerische Aspekte in sich. Es obliege dem Intendanten zu entscheiden, ob das erforderliche künstlerische Potential zur Besetzung einer Position in seinem eigenen Haus vorhanden sei oder ob er bei Umsetzung des Vorhabens einen externen Bühnenkünstler suche. Das kollektive Beschäftigungsinteresse des Personalrats, das künstlerische Konzept mit Bewerbern aus dem eigenen Theater zu erfüllen, greife massiv in die Zusammensetzung des Gesamtkunstwerkes ein. Es gehöre zu den Grundsätzen des geschützten Werkbereiches, dass der Intendant gerade unter Berücksichtigung der spezifischen eigenschöpferischen Leistungen der Künstler das Gesamtkonzept vorbereite und vollziehe.

II

Die zulässige Rechtsbeschwerde des Antragstellers ist begründet, diejenige des Beteiligten dagegen unbegründet. Soweit das Oberverwaltungsgericht den Antrag zu 2 abgelehnt hat, beruht sein Beschluss auf der unrichtigen Anwendung einer Rechtsnorm (§ 79 Abs. 2 Satz 1 NWPersVG vom 3. Dezember 1974, GV.NRW. S. 1514, zuletzt geändert durch Art. VII des Gesetzes vom 1. März 2005, GV.NRW. S. 69, i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 1 ArbGG). Nur in diesem Umfang ist er daher aufzuheben und durch die Sachentscheidung des Senats über den Antrag zu 2 zu ersetzen (§ 96 Abs. 1 Satz 2 ArbGG i.V.m. § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO). Hinsichtlich des Antrages zu 1 ist er dagegen zu bestätigen. Der Antragsteller hat bei Stellenausschreibungen auch hinsichtlich der nach dem Bühnennormalvertrag beschäftigten Personen mitzuwirken. Dieses Mitwirkungsrecht erstreckt sich auch auf die Entscheidung, ob Stellen dienststellenintern auszuschreiben sind.

1. Die beiden in zweiter Instanz gestellten bzw. aufrechterhaltenen Anträge sind zulässig. Insbesondere ist das Bestimmtheitsgebot gewahrt.

Allerdings ist der in beiden Anträgen enthaltene, dem Gesetzestext in § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 Nr. 3 NWPersVG entnommene Begriff "Beschäftigte, die nach dem Bühnennormalvertrag beschäftigt werden" in seiner Reichweite durch die Senatsrechtsprechung noch nicht vollständig abgeklärt.

a) Als Bühnennormalvertrag im Sinne der vorgenannten Gesetzesbestimmung hat der Normalvertrag Bühne (NVBühne) vom 15. Oktober 2002, zuletzt geändert durch den 2. Änderungstarifvertrag vom 15. Januar 2006, zu gelten, der am 1. Januar 2003 den Normalvertrag Solo und den Normalvertrag Chor/Tanz abgelöst hat. Zu den Beschäftigten am Theater, die nach dem Bühnennormalvertrag beschäftigt werden, gehören daher in jedem Fall die Solomitglieder sowie die Opernchor- und Tanzgruppenmitglieder nach § 1 Abs. 1 und 2 NVBühne (vgl. Beschluss vom 7. Oktober 2003 - BVerwG 6 P 4.03 - Buchholz 251.7 § 72 NWPersVG Nr. 31 S. 54 f.).

b) Für die Zeit bis 31. Dezember 2002 war geklärt, dass der vom Bühnentechnikertarifvertrag erfasste Personenkreis nicht der Ausschlussregelung in § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 Nr. 3 NWPersVG unterfiel (vgl. Beschluss vom 18. März 1981 - BVerwG 6 P 26.79 - Buchholz 238.37 § 72 NWPersVG Nr. 5 S. 3 f.; BAG, Urteil vom 10. Februar 1999 - 7 AZR 733/97 - juris Rn. 12 ff.). Ob nunmehr Abweichendes gilt, nachdem die Bühnentechniker gemäß § 1 Abs. 1 und 3 NVBühne mit den Solo- sowie Opernchor- und Tanzgruppenmitgliedern in den Geltungsbereich eines einzigen, gemeinsamen tariflichen Regelwerks einbezogen worden sind (vgl. Beschluss vom 18. März 1981 a.a.O. S. 4), ist derzeit noch offen.

c) Ebenfalls ungeklärt ist, ob sich der Ausschluss der Mitbestimmung in Personalangelegenheiten auch auf die Musiker in Kulturorchestern erstreckt (vgl. Beschluss vom 7. Oktober 2003 a.a.O. S. 58 f.).

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

d) Von alledem wird jedoch die Bestimmtheit der beiden Feststellungsanträge wegen der ihnen eigenen Zielrichtung nicht berührt.

aa) Mit dem Antrag zu 1 will der Antragsteller geklärt wissen, ob das ihm nach § 73 Nr. 6 NWPersVG zustehende Mitwirkungsrecht auch zum Zuge kommt, soweit es um Stellenausschreibungen für den Personenkreis nach § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 Nr. 3 NWPersVG geht. Für die Beantwortung dieser abstrakten Rechtsfrage ist unerheblich, wie der von der Ausschlussregelung erfasste Personenkreis im Einzelnen abgegrenzt wird. Dass das Mitwirkungsrecht in Bezug auf alle anderen Beschäftigten der Dienststelle greift, ist selbstverständlich und wird vom Beteiligten nicht in Frage gestellt. Wird dem Begehren daher entsprochen, so steht fest, dass der Antragsteller bei Stellenausschreibungen ausnahmslos mitzuwirken hat, ohne dass es auf die Abgrenzung des Personenkreises nach § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 Nr. 3 NWPersVG im Einzelnen ankommt.

bb) Mit dem Antrag zu 2 geht es dem Antragsteller um den sachlichen Inhalt des Mitwirkungsrechts bei Stellenausschreibungen. Für die Beantwortung dieser Frage ist die fachliche Unterteilung der Beschäftigten in der Dienststelle letztlich irrelevant.

2. Der Antrag zu 1 ist begründet. Das Mitwirkungsrecht des Antragstellers bei Stellenausschreibungen erstreckt sich auf Stellen für solche Beschäftigte am Theater der Stadt Bonn, die nach dem Bühnennormalvertrag beschäftigt werden.

a) Dies ergibt sich bereits hinreichend deutlich aus dem Wortlaut der Regelung in § 73 Nr. 6 NWPersVG, wonach der Personalrat bei Stellenausschreibungen mitwirkt. Eine Einschränkung, welche sich auf den Personenkreis nach § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 NWPersVG bezieht, findet sich in § 73 NWPersVG nicht.

b) Die Rechtssystematik ist nicht weniger eindeutig.

aa) § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 NWPersVG besagt ausdrücklich, dass für den dort aufgezählten Personenkreis § 72 Abs. 1 Satz 1 NWPersVG nicht gilt. Diese Vorschrift betrifft die Mitbestimmung des Personalrats in Personalangelegenheiten. Davon werden, wie sich dem betreffenden Mitbestimmungskatalog unschwer entnehmen lässt, diejenigen Maßnahmen erfasst, die den einzelnen Beschäftigten unmittelbar in seinem Beschäftigungsverhältnis berühren. Um eine derartige personelle Einzelmaßnahme handelt es sich bei der Stellenausschreibung nicht. Darunter ist die allgemeine Aufforderung zu verstehen, sich auf eine freie Stelle zu bewerben (vgl. Orth/Welkoborsky, Landespersonalvertretungsgesetz Nordrhein-Westfalen, 5. Aufl. 1993, § 73 Rn. 8; Fitting/ Engels/ Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, Betriebsverfassungsgesetz, 23. Aufl. 2006, § 93 Rn. 7). Sie richtet sich - wie im Fall der öffentlichen oder externen Ausschreibung - an einen unbestimmten Personenkreis oder - wie im Fall der dienststelleninternen Ausschreibung - an alle Beschäftigten der Dienststelle oder eine bestimmte Gruppe von ihnen (vgl. Beschlüsse vom 13. Oktober 1978 - BVerwG 6 P 6.78 - BVerwGE 56, 324 <328> = Buchholz 238.3 A § 75 BPersVG Nr. 5 S. 34 und vom 8. März 1988 - BVerwG 6 P 32.85 - BVerwGE 79, 101 <105> = Buchholz 251.4 § 87 HmbPersVG Nr. 1 S. 4). In dem über eine bestimmte Einzelperson hinausgehenden Adressatenkreis liegt der wesentliche Unterschied zu Personalangelegenheiten im Sinne von § 72 Abs. 1 Satz 1 NWPersVG, auch wenn man die Stellenausschreibung als eine vorbereitende, der mitbestimmungspflichtigen Personalangelegenheit vorausgehende Maßnahme verstehen kann (vgl. Havers, Landespersonalvertretungsgesetz Nordrhein-Westfalen, 9. Aufl. 1995, § 73 Rn. 8.1).

bb) Die Auswirkungen dieses Unterschiedes zwischen Personalangelegenheit und Stellenausschreibung werden deutlich, wenn man die Regelung in § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 NWPersVG in den Blick nimmt. Danach findet die Mitbestimmung des Personalrats in Personalangelegenheiten bei bestimmten Personengruppen - darunter Beschäftigte mit überwiegend künstlerischer Tätigkeit - nur auf Antrag statt. Eine Übertragung dieser Regelung auf die Mitwirkung des Personalrats bei Stellenausschreibungen nach § 73 Nr. 6 NWPersVG scheidet von vornherein aus, weil die Ausschreibung keine an eine bestimmte Person adressierte Maßnahme ist und es deswegen an dem

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

erforderlichen personalen Anknüpfungspunkt für die Antragsberechtigung fehlt. Die antragsabhängige Mitbestimmung nach § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 NWPersVG einerseits und der Mitbestimmungsausschluss nach § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 NWPersVG andererseits stehen aber in demselben Kontext. In beiden Fällen handelt es sich um eine Einschränkung der Mitbestimmung in Personalangelegenheiten, wenn auch in jeweils unterschiedlicher Intensität. Es liegt daher schon systematisch nahe, beide Regelungen in Bezug auf die Mitwirkung nach § 73 Nr. 6 NWPersVG gleich zu behandeln.

cc) Die Ausschlussregelung in § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 NWPersVG bezieht sich auf die Beteiligungsform der Mitbestimmung. Das Mitbestimmungsverfahren findet mit der Entscheidung oder Empfehlung der paritätisch besetzten, weisungsunabhängigen Einigungsstelle seinen Abschluss (§ 66 Abs. 7, § 67 NWPersVG). Dagegen unterliegen Stellenausschreibungen gemäß § 73 Nr. 6 NWPersVG lediglich der schwächeren Beteiligungsform der Mitwirkung. Das Mitwirkungsverfahren endet im Streitfall - ohne Einschaltung der Einigungsstelle - mit der Entscheidung der übergeordneten Dienststelle bzw. des obersten Gemeindeorgans (§ 69 Abs. 3 und 6 NWPersVG). Dass der Gesetzgeber den Ausschluss der Beteiligung in Bezug auf den Personenkreis nach § 72 Abs. 1 Satz 2 NWPersVG bei Beteiligungsformen unterhalb der Mitbestimmung nicht für erforderlich hält, belegt die Regelung über die Beteiligung des Personalrats bei Kündigungen. Während das Mitbestimmungsrecht des Personalrats bei ordentlichen Kündigungen durch die für entsprechend anwendbar erklärte Regelung in § 72 Abs. 1 Satz 2 NWPersVG eingeschränkt wird (§ 72a Abs. 1 NWPersVG), fehlt es beim Anhörungsrecht des Personalrats bei außerordentlichen Kündigungen, Kündigungen in der Probezeit sowie bei Aufhebungs- und Beendigungsverträgen an einer vergleichbaren Einschränkung (§ 72a Abs. 2 NWPersVG; vgl. dazu Cecior/Vallendar/Lechtermann/Klein, Das Personalvertretungsrecht in Nordrhein-Westfalen, § 72a Rn. 61).

c) Sinn und Zweck der in § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 Nr. 3 NWPersVG getroffenen Regelung gebieten es nicht, den Ausschluss der Beteiligung in Personalangelegenheiten auf die Mitwirkung bei Stellenausschreibungen zu erstrecken. Die Ausschlussregelung will erreichen, dass dem für die künstlerische Leitung des Theaters Verantwortlichen bei der Auswahl derjenigen Personen, die für den künstlerischen Prozess am Theater von besonderer Bedeutung sind, ein von der personalvertretungsrechtlichen Mitbestimmung unbeeinflusster Spielraum belassen wird (vgl. Beschluss vom 7. Oktober 2003 a.a.O. S. 55). Dieser Spielraum wird durch die Mitwirkung des Personalrats bei einer Stellenausschreibung nicht in Frage gestellt. Der Intendant wird dadurch nicht gehindert, sich für die Einstellung desjenigen Bewerbers zu entscheiden, der nach seinem Urteil der von ihm verantworteten künstlerischen Konzeption am meisten gerecht wird (vgl. zum Betriebsverfassungsrecht: BAG, Beschluss vom 30. Januar 1979 - 1 ABR 78/76 - AP Nr. 11 zu § 118 BetrVG 1972 Bl. 212 <213>).

d) Die in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gewährleistete Kunstfreiheit gebietet keine andere Sichtweise. Insbesondere verlangt sie nicht nach einer analogen Anwendung der Ausschlussregelung in § 72 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 Nr. 3 NWPersVG auf die Mitwirkung bei Stellenausschreibungen nach § 73 Nr. 6 NWPersVG.

aa) In der Senatsrechtsprechung ist anerkannt, dass sogar die Mitbestimmung des Personalrats in personellen Angelegenheiten des künstlerischen Personals mit Blick auf die Kunstfreiheit nicht schlechthin ausgeschlossen ist (vgl. Beschluss vom 18. März 1981 - BVerwG 6 P 27.79 - BVerwGE 62, 55 <59 ff.> = Buchholz 238.33 § 52 BrPersVG Nr. 1 S. 4 ff.). Der Beteiligung des Personalrats bedenkenfrei zugänglich sind jedenfalls solche Personalmaßnahmen der Dienststellenleitung, welche die Kunstfreiheit für sich nicht in Anspruch nehmen können. Darunter fallen vor allem solche Auswahlentscheidungen, die einzelne Bewerber sachwidrig begünstigen oder benachteiligen und deswegen letztlich auf kunstfremden Motiven beruhen. Entsprechendes gilt für Stellenausschreibungen, durch welche eine sachwidrige und damit kunstfremde Personalentscheidung vorbereitet werden soll. Die Überprüfung durch den Personalrat ist geeignet, sachwidrigen Personal-

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

entscheidungen entgegenzuwirken. Dieser wichtige Aspekt rechtfertigt allein schon seine Mitwirkung nach § 73 Nr. 6 NWPersVG.

bb) Freilich ist nicht ausgeschlossen, dass die Mitwirkungshandlung des Personalrats im Einzelfall in die vom Intendanten für das Theater wahrgenommene Kunstfreiheit eingreift. Solches wäre etwa dann der Fall, wenn der Personalrat sich anschickte, das vom Intendanten für die Ausschreibung festgelegte künstlerische Anforderungsprofil inhaltlich zu korrigieren. Gegen solche Kompetenzüberschreitungen enthält das Gesetz jedoch strukturelle Sicherungen, welche jedenfalls in ihrer Gesamtheit effektiv verhindern, dass jene sich im weiteren Verlauf des Beteiligungsverfahrens durchsetzen.

(1) Erhebt der Personalrat gegen eine vom Intendanten beabsichtigte Stellenausschreibung Einwendungen und kommt es zu keiner Einigung, so entscheidet die Dienststelle (§ 69 Abs. 2 Satz 3 NWPersVG). Diese Entscheidung hat Bestand, sofern der Personalrat nicht innerhalb von zwei Wochen von seinem Anrufungsrecht nach § 69 Abs. 6 Satz 1 NWPersVG Gebrauch macht (§ 69 Abs. 3 Satz 1, Abs. 6 Satz 2 NWPersVG). Andernfalls entscheidet das nach Gemeindeverfassungsrecht zuständige oberste städtische Organ oder der von ihm bestimmte Ausschuss endgültig. Die Dienststelle und das zuständige städtische Organ sind berechtigt und verpflichtet, etwaigen Eingriffen des Personalrats in die vom Intendanten für das Theater wahrgenommene Kunstfreiheit Einhalt zu gebieten. Das Letztentscheidungsrecht stellt sicher, dass sie sich bei der Abwehr solcher Eingriffe durchsetzen. In diesem Sinne wirkt auch die Befugnis des Dienststellenleiters zu Eilmaßnahmen (§ 66 Abs. 8, § 69 Abs. 5 und 6 Satz 2 NWPersVG).

(2) § 1 Abs. 3 NWPersVG erlaubt es, die Bühnen einer Stadt (Oper, Schauspiel, Orchester) zu einer Dienststelle zu verselbständigen und den zuständigen Dezernenten zum Dienststellenleiter zu bestellen. So ist es hier geschehen. Dem bei einer solchen Dienststelle gebildeten Personalrat gehören typischerweise Mitglieder des künstlerischen Personals an. Damit ist beim Personalrat Sachkunde mit Einblick in künstlerische Erfordernisse und Zusammenhänge vorhanden. Es kann daher angenommen werden, dass der Personalrat seine Mitwirkung auf Aspekte beschränkt, welche die vom Intendanten mit der Ausschreibung verfolgte künstlerische Konzeption nicht tangieren (vgl. zur Mitbestimmung beim Ende der Probenzeiten: Beschluss vom 12. August 2002 - BVerwG 6 P 17.01 - Buchholz 251.7 § 72 NWPersVG Nr. 29 S. 43).

3. Der Antrag zu 2 ist ebenfalls begründet. Die Mitwirkung des Antragstellers bei Stellenausschreibungen erstreckt sich auch auf die Entscheidung darüber, ob Stellen dienststellenintern auszuschreiben sind.

a) Der Wortlaut der Regelung in § 73 Nr. 6 NWPersVG schließt dies nicht aus. Die Formulierung "Der Personalrat wirkt mit bei Stellenausschreibungen" ist offen für alle Entscheidungen der Dienststelle, die im Zusammenhang mit Stellenausschreibungen stehen. Sie erfasst die inhaltliche Gestaltung von Stellenausschreibungen ebenso wie die Frage, ob intern oder extern ausgeschrieben werden soll (vgl. Cecior u.a., a.a.O. § 73 Rn. 50; Orth/Welkoborsky, a.a.O. § 73 Rn. 8; Havers, a.a.O. § 73 Rn. 8.3). Sie lässt es auch zu, dass sich die Beteiligung des Personalrats "bei Stellenausschreibungen" darauf erstreckt, ob eine Stelle dienststellenintern ausgeschrieben werden soll.

b) Sinn und Zweck des Beteiligungsrechts gebieten diese Auslegung.

aa) Die Beteiligung des Personalrats an der Ausschreibung von Stellen rechtfertigt sich aus der Überlegung, dass die Auswahl desjenigen, mit dem eine freie 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. Dieses Interesse ist besonders stark, wenn sich die Stellenbesetzung innerhalb der Dienststelle vollzieht. Dabei kommt der Ausgestaltung der Modalitäten einer etwaigen Ausschreibung ein eher geringeres Gewicht zu als der Frage, ob die zu besetzende Stelle

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

dienststellenintern ausgeschrieben werden soll oder nicht. Denn darin, ob das geschieht, liegt die Entscheidung darüber, ob innerhalb der Dienststelle eine offene Bewerberkonkurrenz ermöglicht wird oder ob die Stellenbesetzung auf andere Weise geschieht (vgl. Beschluss vom 8. März 1988 a.a.O. S. 106 bzw. 4 f.; Cecior u.a., a.a.O. § 73 Rn. 48; Ilbertz/Widmaier, Bundespersonalvertretungsgesetz, 10. Aufl. 2004, § 75 Rn. 173). Dementsprechend wird in der Kommentarliteratur zum nordrhein-westfälischen Personalvertretungsrecht einhellig die Auffassung vertreten, dass sich das Mitwirkungsrecht des Personalrats nach § 73 Nr. 6 NWPersVG auf die Frage erstreckt, ob ausgeschrieben werden soll oder nicht (vgl. Cecior u.a., a.a.O. Rn. 51; Orth/Welkoborsky, a.a.O.; Havers, a.a.O.).

bb) Dass die Entscheidungen über das Ob und das Wie einer Stellenausschreibung beteiligungsrechtlich zusammengehören, lässt sich am Beispiel des § 8 des Landesgleichstellungsgesetzes (LGG) vom 9. November 1999, GV.NRW. S. 590, zuletzt geändert durch Gesetz vom 30. November 2004, GV.NRW. S. 752, darstellen. § 8 Abs. 1 LGG begründet eine weitgehende dienststellenbezogene Ausschreibungspflicht für Bereiche, in denen Frauen unterrepräsentiert sind. Darüber hinaus besteht nach Maßgabe von § 8 Abs. 2 und 3 LGG eine Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung. Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht sieht § 8 Abs. 8 LGG vor. In § 8 Abs. 4 bis 6 LGG finden sich Vorgaben für die inhaltliche Gestaltung der Ausschreibung. Die mit der Wahrnehmung spezieller Beteiligungsrechte stets verbundene Aufgabe der Personalvertretungen, auf die Einhaltung der jeweils einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen durch die Dienststelle zu achten, bleibt in den Fällen des § 8 LGG unvollkommen, wenn sie auf die Modalitäten der Ausschreibung beschränkt wird, die wichtigere Frage aber, ob nach den genannten gesetzlichen Bestimmungen auszuschreiben ist und ob gegebenenfalls davon abgesehen werden kann, aussparen müsste.

c) Allerdings kommt eine Mitwirkung des Personalrats, wie der rechtssystematische Zusammenhang mit § 69 Abs. 1 Satz 1 NWPersVG belegt, nur bei Entscheidungen bzw. Maßnahmen des Leiters der Dienststelle in Betracht. Dies setzt ein positives - ausdrückliches oder konkludentes - Handeln des Dienststellenleiters voraus. Solches liegt nicht nur dann vor, wenn der Dienststellenleiter gegenüber dem Personalrat oder sonst verlautbart, dass im gegebenen Fall von einer Ausschreibung abgesehen wird. Eine - stillschweigende - positive Entscheidung ist auch dann gegeben, wenn der Dienststellenleiter von einer sonst befolgten Praxis der Ausschreibung abweicht. Denn dies setzt die Prüfung und Beurteilung eines gegenüber dem Regelfall veränderten Sachverhaltes voraus (vgl. zur bestätigenden Eingruppierung: Beschluss vom 8. Dezember 1999 - BVerwG 6 P 3.98 - BVerwGE 110, 151 <161 f.> = Buchholz 250 § 75 BPersVG Nr. 100 S. 15 f.). Von einem schlichten Unterlassen, welches nicht zur Mitwirkung führt, ist nur in solchen Fällen auszugehen, in welchen der Dienststellenleiter eine bisherige Praxis der Nichtausschreibung fortsetzt (ebenso bereits Beschluss vom 13. Oktober 1978 a.a.O. S. 330 bzw. S. 36).

d) Mit der Beschränkung der Beteiligung bei Stellenausschreibungen auf ein Mitwirkungsrecht hat der Gesetzgeber zugleich geregelt, dass dem Personalrat ein entsprechendes Initiativrecht nicht zusteht (§ 66 Abs. 4 Satz 1 NWPersVG). Dies spricht jedoch nicht gegen eine extensive Auslegung des - ausschließlich reaktiven - Mitwirkungsrechts, soweit solches nach Sinn und Zweck des Beteiligungstatbestandes geboten ist. Die Mitwirkung des Personalrats bei der Entscheidung des Dienststellenleiters über die Frage, ob im gegebenen Fall ausgeschrieben wird, verliert ihre Bedeutung nicht dadurch, dass der Personalrat eine von dem Dienststellenleiter nach Maßgabe ihrer ständigen Praxis nicht vorgesehene Ausschreibung nicht im Wege des Initiativrechts erzwingen kann.

e) Der Senat hat in seiner bisherigen Rechtsprechung zu § 75 Abs. 3 Nr. 18 BPersVG (Mitbestimmung über "Absehen von der Ausschreibung von Dienstposten, die besetzt werden sollen") und zu § 87 Abs. 1 Nr. 22 HmbPersVG a.F. (Mitbestimmung bei "Ausschreibung von Stellen, die besetzt werden sollen") den Beteiligungstatbeständen eine Pflicht der Dienststelle zu internen Ausschreibungen entnommen. Prägend für diese Auffassung war die Sorge, in Ermangelung dem Verfas-

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.

sungsrecht oder dem einfachgesetzlichen Dienstrecht zu entnehmender Gebote, zu besetzende Stellen dienststellenintern auszuschreiben, würde das Mitbestimmungsrecht des Personalrats weitgehend leerlaufen (vgl. Beschlüsse vom 8. März 1988 a.a.O. S. 106 ff. bzw. S. 5 ff. und vom 29. Januar 1996 - BVerwG 6 P 38.93 - Buchholz 250 § 75 BPersVG Nr. 93 S. 28 ff.). Einer derartigen Herleitung, die im Wortlaut des Mitwirkungstatbestandes nach § 73 Nr. 6 NWPersVG ebenso wenig einen Anhalt findet wie in der Entstehungsgeschichte der Vorschrift (vgl. LTDrucks 9/3845 S. 27, 69 f.), bedarf es im Geltungsbereich des nordrhein-westfälischen Personalvertretungsgesetzes zwecks Sicherstellung des Beteiligungsrechts nicht. Zwar gibt es auch hier keine generelle gesetzliche oder tarifliche Pflicht zur Ausschreibung von Stellen (vgl. § 7 Abs. 3 LBG vom 1. August 1981, GV.NRW. S. 234, zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. Juni 2006, GV.NRW. S. 278). Eine weitgehende Pflicht zu dienststellenbezogenen Ausschreibungen eröffnet jedoch die bereits erwähnte Vorschrift des § 8 Abs. 1 LGG, nämlich grundsätzlich für alle Verwaltungsbereiche, in denen Frauen unterrepräsentiert sind. Dies gilt sowohl für die Begründung von Beamten- und Arbeitsverhältnissen wie auch für Beförderungen (§ 7 LGG i.V.m. § 8 Abs. 4, § 25 Abs. 6 LBG). Zudem statuiert § 8 Abs. 3 LGG eine Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung von Ausbildungsplätzen. Demgemäß erlaubt § 73 Nr. 6 NWPersVG dem Personalrat, bei den Entscheidungen des Dienststellenleiters über die Notwendigkeit einer Stellenausschreibung nach den genannten Bestimmungen deren Einhaltung im Wege der Mitwirkung zu überwachen. Dabei bezieht sich seine Beteiligung sowohl darauf, ob die Voraussetzungen für die Ausschreibungspflicht gegeben sind, wie auch darauf, ob gegebenenfalls von der Ausschreibung gleichwohl abgesehen werden kann. Im Übrigen kommt das Mitwirkungsrecht auch überall dort zum Zuge, wo - sei es aufgrund von Verwaltungsvorschriften, sei es aufgrund einer Übung in der Dienststelle - nach der Verwaltungspraxis regelmäßig ausgeschrieben wird (so schon Beschluss vom 13. Oktober 1978 a.a.O. S. 328 ff. bzw. S. 34 f.).

f) Der Antragsteller strebt - in Anlehnung an Formulierungen in der zitierten Senatsrechtsprechung (vgl. Beschlüsse vom 8. März 1988 a.a.O. S. 109 bzw. S. 7 und vom 29. Januar 1996 a.a.O. S. 28) - sein Mitwirkungsrecht nur mit der Einschränkung an, dass "nach Lage der Dinge eine dienststelleninterne Ausschreibung unter verschiedenen fachlich und persönlich geeigneten Beschäftigten in Betracht kommt". An diese Einschränkung ist der Senat bei seiner Tenorierung gebunden (§ 81 Abs. 1 ArbGG i.V.m. § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Sache nach geboten ist diese Einschränkung nicht. Wie oben dargelegt, rechtfertigt sich das Mitwirkungsrecht des Personalrats bei Stellenausschreibungen schon durch das Ziel, die Vorbereitung sach- und gesetzeswidriger personeller Maßnahmen zu unterbinden. Deswegen ist der Personalrat bei jeder - ausdrücklichen oder konkludenten - Entscheidung der Dienststelle über eine Ausschreibung zu beteiligen. Soweit sich aus der zitierten Senatsrechtsprechung Abweichendes ergibt, wird daran nicht festgehalten. Die vom Beteiligten auch hier in den Vordergrund seiner Argumentation gestellten Belange der Kunstfreiheit sind durch die oben beschriebenen strukturellen Sicherungen des Mitwirkungsverfahrens gewahrt.

Auf diese Entscheidung wird Bezug genommen in folgenden Gerichtsentscheidungen:
BVerwG 3.12.2020 - 6 A 14/19
BVerwG 3.12.2020 - 6 A 3/20
BVerwG 15.10.2020 - 2 WD 1/20
BVerwG 17.5.2018 - 2 WD 2/18
BVerwG 16.2.2010 - 6 P 5.09
BVerwG 14.1.2010 - 6 P 10.09

Fundstelle(n):
NWB DAAAC-38343

© NWB Verlag. Das Dokument darf ausschließlich im vertraglich vereinbarten Rahmen und in den Grenzen des Urheberrechts genutzt werden. Die Veröffentlichung im Internet ist nicht gestattet.