



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

BESCHLUSS

BVerwG 6 P 8.05
OVG 8 Bf 221/04.PVL

In der Personalvertretungssache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 16. Mai 2006
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht
Dr. Bardenhewer und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Büge,
Dr. Graulich, Vormeier und Dr. Bier

beschlossen:

Die Beschwerde des Beteiligten gegen den Beschluss des
Hamburgischen Obergerichts, Fachsenat für
Personalvertretungssachen, vom 31. Januar 2005 wird zu-
rückgewiesen.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Antragsteller und der Beteiligte streiten darum, ob die Besetzung der vom Universitätsklinikum Hamburg-Eppendorf ausgeschriebenen Stelle der kaufmännischen Leitung für das Kopf- und Hautzentrum des Klinikums mitbestimmungspflichtig ist.
- 2 Das Universitätsklinikum ist im Rahmen seiner Neustrukturierung in 15 medizinische Zentren gegliedert worden. Jedes dieser Zentren hat eine eigene Führungsebene erhalten, zu der auch die jeweilige kaufmännische Leitung gehört. Am 1. September 2002 schrieb der Beteiligte die Stellen für die kaufmännischen Leitungen von acht Zentren - zunächst für die Dauer von sechs Jahren - aus. Die betreffende Stelle für das Kopf- und Hautzentrum war in Vergütungsgruppe I/Fallgruppe 1a des Manteltarifvertrages für Angestellte der arbeitsrecht-

lichen Vereinigung Hamburg e.V. - MTV Ang. - eingruppiert. In der Stellenausschreibung hieß es:

„Ihr Aufgabengebiet: Als kaufmännische Leitung sind Sie gleichberechtigtes Mitglied der Zentrumsleitung. Zu Ihren Aufgaben gehören u.a. die Planung und Steuerung der Budgets und Leistungsparameter sowie die Initiierung von Maßnahmen zum Ausgleich der Budgets und zur Verteilung entsprechender Ressourcen. Zugleich obliegt Ihnen die Fortschreibung eines integrierten Qualitätssicherungssystems und die Steuerung, Durchführung und Verantwortung von administrativen Aufgaben. Zu Ihren speziellen eigenverantwortlichen Aufgaben gehört die Durchführung des dezentralen operativen Controllings in Zusammenarbeit mit unserer Abteilung Unternehmensplanung/Controlling. Sie verantworten Sonderprojekte, insbesondere zur Prozessoptimierung und zur Optimierung des Ressourceneinsatzes. Sie sind allein verantwortlich für das Budget des Wirtschaftsbedarfs, interner und externer Leistungen und den Verwaltungsbedarf.

Ihr Profil: Sie besitzen ein abgeschlossenes betriebswirtschaftliches Studium (Universität). Entsprechende Erfahrung im Krankenhaus-Controlling sowie Managementenerfahrungen oder entsprechende Qualifikationen zeichnen Sie aus. Sie sind vertraut mit der betriebswirtschaftlichen Nomenklatur, wie z.B. der Kosten-/Leistungsrechnung, der Unternehmensführung, des Krankenhausrechts und der Krankenhausbuchführungsverordnung. EDV und SAP-Kenntnisse sowie Kenntnisse des Qualitätsmanagements sind Ihnen geläufig. Marktkompetenz, Integrationskompetenz, die Fähigkeit zum kooperativen Handeln, Flexibilität sowie analytisches und konzeptionelles Handeln sind Ihre Stärken.“

- 3 Der Beteiligte stellte die ausgewählte Bewerberin ohne Durchführung eines Mitbestimmungsverfahrens ein. Er schloss mit ihr einen Sonderarbeitsvertrag, der keine abstrakten Kriterien bezüglich der Vergütungsbedingungen aufstellte, aber der Stelleninhaberin eine besondere Vergütung gewährte.
- 4 Das Verwaltungsgericht hat antragsgemäß festgestellt, dass der Beteiligte das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers verletzt hat, indem er die kaufmännische Leiterin des Kopf- und Hautzentrums eingestellt und beschäftigt hat, ohne den Antragsteller zuvor zu beteiligen. Das Obergericht hat die Be-

schwerde des Beteiligten zurückgewiesen und auf die Anschlussbeschwerde des Antragstellers nach Erledigung der ursprünglichen Maßnahme den Tenor neu gefasst. Es hat festgestellt, dass die Besetzung der Stelle der kaufmännischen Leitung für das Kopf- und Hautzentrum mit einem Aufgabengebiet und Profil, wie sie in der internen Stellenausschreibung vom 1. September 2002 beschrieben sind, der Mitbestimmung durch den Antragsteller unterliegt. Ferner hat es festgestellt, dass der Beteiligte eine Stelle der kaufmännischen Leitung, die er in die Vergütungsgruppe I/Fallgruppe 1a des MTV Ang. eingruppiert hat, auch dann nur unter Beachtung der Mitbestimmung des Antragstellers besetzen darf, wenn er einen Sonderarbeitsvertrag mit der Vereinbarung außertariflicher Vergütung abschließt. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Mitbestimmung des Personalrates unterlägen nicht die Beamtenstellen der Bundes- bzw. Landesbesoldungsordnung B sowie die jeweils vergleichbaren Stellen der Angestellten. Dabei diene die Vergütung als Anhalt für die Funktionsgleichwertigkeit. Die Vergütungsgruppe I MTV Ang., in die die hier streitige Stelle eingruppiert sei, sei der Besoldungsgruppe A 16 vergleichbar. Auch nach Aufgaben und Profil entspreche die ausgeschriebene Stelle, die zwar mit Budget-, aber nicht mit Personalverantwortung ausgestattet sei, allenfalls einer Beamtenstelle der Besoldungsgruppe A 16. Vor diesem Hintergrund sei auch die Vereinbarung einer außertariflichen Vergütung mitbestimmungspflichtig, sofern damit nicht die Stelle in ihrem Funktionsumfang aufgewertet, sondern lediglich die Bezahlung des betreffenden Mitarbeiters infolge einer individuellen vertraglichen Abrede aufgebessert werde.

- 5 Zur Begründung der Rechtsbeschwerde macht der Beteiligte geltend: Soweit es für den Mitbestimmungsausschluss auf den Vergleich der Vergütungen ankomme, sei richtigerweise nicht auf die zuvor betriebsintern bewertete Stelle, sondern auf den konkret in Aussicht genommenen Stelleninhaber abzuheben. Hier habe die mit der Zentrumsleitung konkret vereinbarte Vergütung Bezügen nach der Landesbesoldungsordnung B entsprochen. Davon abgesehen sei die Interessenpolarität zwischen der Unternehmensführung und der Arbeitnehmervertretung zu berücksichtigen. Die kaufmännische Leitung müsse mitbestimmungsfrei sein, weil sie zu dem engeren Führungskreis zähle, auf den sich der Vorstand bei der Umsetzung konflikträchtiger unternehmerischer Entscheidungen

gen stütze. Die Zentrumsleitung - einschließlich der kaufmännischen Leitung - sei direkt unterhalb des Vorstandes die „zweite Führungsebene“ des Universitätsklinikums. Im Ergebnis könne es keinen Unterschied machen, ob die kaufmännische Leitung eines Zentrums von einem Angestellten aufgrund eines Arbeitsvertrages wahrgenommen werde oder, wie im Falle des Herzzentrums des Klinikums, von dem Geschäftsführer einer selbständigen, mit dem Klinikum mittels Dienstvertrages verbundenen Tochtergesellschaft.

- 6 Der Antragsteller und die weitere Beteiligte verteidigen den angefochtenen Beschluss.

II

- 7 Die zulässige Rechtsbeschwerde des Beteiligten ist unbegründet. Der Beschluss des Oberverwaltungsgerichts beruht weder auf der Nichtanwendung noch auf der unrichtigen Anwendung einer Rechtsnorm (§ 100 Abs. 2 HmbPersVG i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 1 ArbGG), sondern erweist sich als zutreffend. Denn die im zweiten Rechtszug gestellten allgemeinen Feststellungsanträge sind zulässig und begründet.
- 8 1. Die Besetzung der Stelle der kaufmännischen Leitung für das Kopf- und Hautzentrum des Universitätsklinikums mit einem Aufgabengebiet und Profil, wie sie in der internen Stellenausschreibung vom 1. September 2002 beschrieben sind, unterliegt, wie das Oberverwaltungsgericht zu Recht angenommen hat, der Mitbestimmung durch den Antragsteller. Gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 4 HmbPersVG zählt die Einstellung eines Mitarbeiters grundsätzlich ebenso zu den mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen wie die Eingruppierung, d.h. die Einstufung der vorgesehenen Tätigkeit in das der einschlägigen Vergütungsordnung zugrundeliegende System.
- 9 Die Mitbestimmung ist im vorliegenden Fall nicht nach § 88 Abs. 2 Nr. 1 HmbPersVG ausgeschlossen. Danach gelten die o.g. Mitbestimmungstatbestände des § 87 nicht für die Beamtenstellen der Bundesbesoldungsordnung B und der Landesbesoldungsordnung B sowie die jeweils vergleichbaren Stellen

der Staatsanwälte und Berufsrichter sowie der Angestellten (§ 88 Abs. 2 Nr. 1 HmbPersVG bisheriger Fassung) bzw. der Arbeitnehmer (§ 88 Abs. 2 Nr. 1 HmbPersVG i.d.F. des Gesetzes vom 26. Januar 2006, GVBl S. 15). Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Vorschrift eindeutig, dass der Ausschluss der Mitbestimmung sich auf den Beamtenstellen vergleichbare *Stellen* bezieht und nicht etwa auf konkrete Stelleninhaber. Dies entspricht auch dem Normzweck, der sicherstellen soll, dass für besonders herausgehobene Stellen unabhängige Personalentscheidungen getroffen werden, die der Bedeutung der darauf zu verrichtenden Tätigkeit und der damit verbundenen Verantwortung gerecht werden. Diesem Sinngehalt der Vorschrift ist durch einen Stellenvergleich Rechnung zu tragen, der Aufgabe und Funktionen der in Rede stehenden Angestelltenstelle in Beziehung zu Inhalt und Bedeutung des Amtes eines Beamten der von der Mitbestimmung ausgenommenen Besoldungsgruppen setzt. Die Funktionsgleichwertigkeit beurteilt sich in erster Linie danach, in welcher Besoldungsgruppe sich der Angestellte befände, wenn er als Beamter eingestellt worden wäre. Gibt es - wie hier - keine entsprechenden Beamtenstellen für die von dem Angestellten ausgeübte Tätigkeit, so ist in der Regel die Vergütung maßgeblich, falls ihr eine am öffentlichen Dienst und seinen Funktionen und ihrer Wertigkeit orientierte Vergütungsordnung zugrunde liegt (Beschlüsse vom 7. November 1975 - BVerwG 7 P 8.74 - BVerwGE 49, 337 <339> = Buchholz 238.36 § 79 NdsPersVG Nr. 1, vom 2. Oktober 1978 - BVerwG 6 P 11.78 - BVerwGE 56, 291 <295 ff.> und vom 12. Januar 2006 - BVerwG 6 P 6.05 - PersR 2006, S. 164 ff.; juris <Rn. 11, 25>; BAG, Urteile vom 16. März 2000 - 2 AZR 138/99 - AP Nr. 1 zu § 68 LPVG Sachsen-Anhalt und vom 7. Dezember 2000 - 2 AZR 532/99 - AP Nr. 9 zu § 77 BPersVG).

- 10 Danach fällt die Besetzung der Stelle der kaufmännischen Leitung für das Kopf- und Hautzentrum nicht unter die Ausnahmegvorschrift des § 88 Abs. 2 Nr. 1 HmbPersVG. Sie ist in der internen Stellenausschreibung vom 1. September 2002 in die Vergütungsgruppe I/Fallgruppe 1a MTV Ang. eingruppiert. Der Manteltarifvertrag enthält eine dem BAT (s. dort Nr. 6 Satz 2 der Vorbemerkungen zu allen Vergütungsgruppen) entsprechende Regelung, wonach die Vergütungsgruppe I der Besoldungsgruppe A 16 der Beamten vergleichbar ist. Das

Oberverwaltungsgericht hat bei der Auswertung des in der Stellenausschreibung des Beteiligten beschriebenen Aufgabengebietes und Bewerberprofils auch keine Tatsachen festgestellt, die ausnahmsweise dennoch auf eine Funktionsgleichwertigkeit der hier umstrittenen Angestelltenstelle mit einer der Besoldungsordnung B unterfallenden Beamtenstelle hinweisen könnten. Vielmehr ist seine im Rahmen der Rechtsbeschwerde ohnehin nur eingeschränkt überprüfbare Bewertung, die mit Budget-, aber nicht mit Personalverantwortung ausgestattete kaufmännische Leitung des Kopf- und Hautzentrums sei nach Aufgaben und Profil allenfalls mit einer Beamtenstelle der Besoldungsgruppe A 16 vergleichbar, rechtlich nicht zu beanstanden.

- 11 Ohne Erfolg wendet die Rechtsbeschwerde dagegen ein, bei der Funktionsbewertung müsse die Interessenpolarität zwischen der zur „zweiten Führungsebene“ des Unternehmens zählenden kaufmännischen Leitung und der Arbeitnehmervertretung maßgebend mitberücksichtigt werden. Ob es sich bei dem kaufmännischen Zentrumsleiter in diesem Sinne um einen „leitenden Angestellten“ handelt, ist für den Ausschluss der Mitbestimmung nach § 88 Abs. 2 Nr. 1 HmbPersVG unerheblich. Zwar sind gemäß § 5 Abs. 3 BetrVG von der betrieblichen Mitbestimmung leitende Angestellte ausgenommen, wenn sie dort näher beschriebene, für das Unternehmen bedeutsame Funktionen ausüben. Jedoch hat der Senat bereits entschieden und hält daran fest, dass für den Mitbestimmungsausschluss im Rahmen des § 77 Abs. 1 Satz 2 BPersVG und der sinn- gleichen Bestimmungen der Landespersonalvertretungsgesetze nicht auf § 5 Abs. 3 BetrVG zurückgegriffen werden kann (Beschluss vom 2. Oktober 1978 - BVerwG 6 P 11.78 - a.a.O. <298>). Er hat dies damit begründet, dass die Ausübung unternehmerischer Teilaufgaben, die der Gesamttätigkeit eines leitenden Angestellten das Gepräge gibt und zu einer Interessenpolarität im Verhältnis zu der übrigen Arbeitnehmerschaft führt, bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten so in aller Regel keine Parallele findet. Der Rechtsbeschwerde ist zuzugeben, dass sich die Interessenlage bei Körperschaften ohne Gebietshoheit, die im Wettbewerb mit privaten Unternehmen stehen, ausnahmsweise anders darstellen kann. Doch ist es Sache des zuständigen (Landes-)Gesetzgebers, im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit darüber zu befinden, ob und inwieweit solchen Besonderheiten durch einen den Mitbestimmungs-

ausschluss erweiternden Sondertatbestand Rechnung getragen werden soll. Derartige an § 5 Abs. 3 BetrVG angelehnte Sondervorschriften für Körperschaften ohne Gebietshoheit finden sich etwa in § 84 Abs. 1 Satz 1 MBGSH (s. dazu Beschluss des Senats vom 22. März 2006 - BVerwG 6 P 10.05 -) sowie in § 92 RPPersVG, § 109 Abs. 1 Nr. 3 NdsPersVG und § 83 Abs. 1 MVPersVG. Auch das Hamburgische Personalvertretungsgesetz trifft in seiner auf den Anlassfall allerdings noch nicht anwendbaren Neufassung eine Sonderregelung über einen erweiterten Mitbestimmungsausschluss; dieser bezieht sich aber nur auf Bedienstete mit Generalvollmacht oder Prokura für selbständige Betriebseinheiten juristischer Personen des öffentlichen Rechts, die Personalangelegenheiten nicht als staatliche Auftragsangelegenheiten wahrnehmen (§ 88 Abs. 2 Nr. 5 HmbPersVG i.d.F. des Gesetzes vom 26. Januar 2006, GVBl S. 15). Abgesehen von diesem hier nicht einschlägigen, gegenüber anderen landespersonalvertretungsrechtlichen Normen engeren Sondertatbestand hat es deshalb nach hamburgischem Landesrecht sein Bewenden damit, dass auch bei Körperschaften ohne Gebietshoheit die Mitbestimmung nur ausgeschlossen ist für Arbeitnehmer, deren Stellen mit Beamtenstellen der Bundes-/Landesbesoldung B vergleichbar sind. Vor diesem Hintergrund kann schließlich auch der von der Rechtsbeschwerde herausgestellte Umstand, dass die Bestellung solcher kaufmännischen Leiter, die nicht Arbeitnehmer des Universitätsklinikums, sondern Geschäftsführer selbständiger Tochtergesellschaften sind, ohne Mitbestimmung des Antragstellers zulässig sein mag, an dessen Mitbestimmungsrecht unter den hier gegebenen Voraussetzungen nichts ändern.

- 12 2. Das Oberverwaltungsgericht hat ferner ohne Rechtsfehler festgestellt, dass der Beteiligte die in die Vergütungsgruppe I/Fallgruppe 1a MTV Ang. eingruppierte Stelle der kaufmännischen Leitung des Kopf- und- Hautzentrums des Klinikums auch dann nur unter Beachtung des Mitbestimmungsrechts des Antragstellers besetzen darf, wenn er einen Sonderarbeitsvertrag mit der Vereinbarung außertariflicher Vergütung abschließt. Wie schon betont, kann dem Sinngehalt des § 88 Abs. 2 Nr. 1 HmbPersVG nur durch einen Stellenvergleich Rechnung getragen werden, der Aufgaben und Funktionen der in Rede stehenden Angestelltenstelle in Beziehung zu Inhalt und Bedeutung einer Beamtenstelle der Bundes- bzw. Landesbesoldungsordnung B setzt und dabei einer

Eingruppierung in das Vergütungssystem eines Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst besondere Bedeutung beizubehalten. Damit bleibt die Besetzung der nach Vergütungsgruppe I/Fallgruppe 1a MTV Ang. eingestufteten Stelle auch dann mitbestimmungspflichtig, wenn nach individueller vertraglicher Abrede im Einzelfall eine höhere Vergütung gezahlt werden soll als sie der Tarifvertrag vorsieht. Wie das Obergericht zutreffend erkannt hat, ist damit nicht die Stelle in ihrem Funktionsumfang und ihrer Bedeutung über das ausgeschriebene Maß hinaus aufgewertet, sondern es wird lediglich der konkrete Stelleninhaber im Vergleich zu anderen Stelleninhabern bessergestellt. Der Mitbestimmung des Personalrates, dessen Aufgabe es gerade ist, auf die Wahrung des Tarifgefüges und des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes innerhalb der Dienststelle zu achten, ist die Besetzung der Stelle unter diesen Umständen nicht entzogen.

Dr. Bardenhewer

Büge

Dr. Graulich

Vormeier

Dr. Bier