

Bundesarbeitsgericht
Siebter Senat

Urteil vom 15. Mai 2019
- 7 AZR 255/17 -
ECLI:DE:BAG:2019:150519.U.7AZR255.17.0

I. Arbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 2. Februar 2016
- 19 Ca 401/15 -

II. Landesarbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 7. Dezember 2016
- 6 Sa 20/16 -

Entscheidungsstichworte:

Personalratsmitglied - Dienstordnungsangestellte

Leitsatz:

§ 7 Abs. 1, § 42 Abs. 3 Satz 4 LPVG NW begründen grundsätzlich keinen Anspruch eines dienstordnungsmäßig angestellten von der beruflichen Tätigkeit freigestellten Personalratsmitglieds auf rückwirkende Beförderung auf eine Stelle mit höherer Besoldungsgruppe. Ist eine Beförderung zu Unrecht unterblieben, kann das Personalratsmitglied gegebenenfalls im Wege des Schadensersatzes die rückwirkende Zahlung der Vergütung aus der höheren Besoldungsgruppe verlangen.

BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 255/17
6 Sa 20/16
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
15. Mai 2019

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. Mai 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, die Richter am Bundesarbeitsgericht Klose und Waskow sowie die ehrenamtlichen Richter Glock und Prof. Dr. Deinert für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 7. Dezember 2016 - 6 Sa 20/16 - im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Landesarbeitsgericht die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 2. Februar 2016 - 19 Ca 401/15 - zurückgewiesen hat.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 2. Februar 2016 - 19 Ca 401/15 - im Kostenpunkt und insoweit abgeändert, als das Arbeitsgericht dem Feststellungsantrag (Klageantrag zu 1.) stattgegeben hat. Insoweit wird die Klage abgewiesen.

Soweit das Landesarbeitsgericht die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 2. Februar 2016 - 19 Ca 401/15 - im Hinblick auf den Zahlungsantrag (Klageantrag zu 2.) zurückgewiesen hat, wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob die für Personalratstätigkeit von der Arbeitspflicht freigestellte Klägerin rückwirkend auf eine Stelle nach Besoldungsgruppe A 13 der Bundesbesoldungsordnung A (BBesO) des Bundesbesoldungsgesetzes zu befördern und entsprechend zu vergüten ist. 1

Die Klägerin absolvierte bei der Allgemeinen Ortskrankenkasse (AOK) H ihre Ausbildung zur Verwaltungsinspektor-Anwärterin für den gehobenen Dienst und wurde anschließend zum 29. Januar 1980 bei der AOK H als Dienstordnungsangestellte mit der Amtsbezeichnung Verwaltungsinspektorin angestellt. Im Dienstvertrag vom 28. Januar 1980 heißt es auszugsweise: 2

„§ 1

Fräulein Hi wird mit Wirkung vom 29.1.1980 von der Allgemeinen Ortskrankenkasse H nach § 354 Abs. 1 der Reichsversicherungsordnung angestellt. ...

§ 2

Fräulein Hi wird vom Tage der Anstellung auf Probe an auf einer freien Planstelle der Besoldungsgruppe 9 der Bundesbesoldungsordnung A des Bundesbesoldungsgesetzes geführt und erhält die Dienstbezeichnung Verwaltungsinspektorin auf Probe.

§ 3

Im Übrigen regeln sich alle aus diesem Vertrag ergebenden Rechtsverhältnisse nach den Bestimmungen der Dienstordnung für die Angestellten der Allgemeinen Ortskrankenkasse H in der jeweils geltenden Fassung.

...“

Seit dem Jahr 2004 ist die Klägerin als schwerbehinderter Mensch mit einem Grad der Behinderung von 50 anerkannt. 3

Zum 1. Juli 2006 wurden die AOK H und die AOK R zur Beklagten zusammengeschlossen. Die zum 1. April 2012 in Kraft getretene Dienstordnung der Beklagten (nachfolgend DO) lautet auszugsweise: 4

„Für die Dienstordnungs-Angestellten der AOK R/H wird aufgrund der §§ 351 ff. der Reichsversicherungsordnung folgende

Dienstordnung

aufgestellt. ...

Diese Dienstordnung ersetzt die Übergangsdienstordnung der AOK R/H vom 24.06.2006 sowie die Dienstordnungen der ehemaligen AOK R vom 07.12.1998 und der ehemaligen AOK H vom 07.06.1979.

§ 1 Geltungsbereich

(1) Diese Dienstordnung regelt die Rechts- und allgemeinen Dienstverhältnisse der Dienstordnungs-Angestellten auf Lebenszeit.

- (2) Soweit in dieser Dienstordnung auf die für Landesbeamte geltenden Vorschriften verwiesen wird, gelten die Vorschriften für Landesbeamte des Landes Nordrhein-Westfalen in ihrer jeweils gültigen Fassung.

§ 2 Stellenplan

- (1) Der anliegende Stellenplan ist Bestandteil dieser Dienstordnung.
- (2) Der Stellenplan enthält die Zahl der Stellen in den einzelnen Besoldungsgruppen. Prüfungsfreie Stellen dürfen nur für besondere Aufgabenbereiche eingerichtet werden.
- (3) Die Dienstordnungs-Angestellten auf Lebenszeit werden in eine Stelle des Stellenplans eingewiesen.

...

§ 11 Anpassung an beamtenrechtliche Vorschriften

- (1) Soweit nicht durch besondere gesetzliche Vorschriften oder in dieser Dienstordnung etwas anderes bestimmt ist, gelten für die Dienstordnungs-Angestellten und die Versorgungsempfänger entsprechend oder sinngemäß die jeweiligen Vorschriften für Landesbeamte insbesondere des Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) und des LBG NW (Abschnitt 1 - 5) entsprechend, mit Ausnahme der Vorschriften über die Laufbahnen.

...

§ 13 Besoldung

- (1) Die Besoldung richtet sich nach der Besoldungsgruppe, die der Dienstvertrag festlegt; im Übrigen nach den für die Landesbeamten des Landes Nordrhein-Westfalen geltenden Vorschriften.

...

§ 14 Beförderung

- (1) Die Übertragung einer besetzbaren Stelle mit höherer Besoldungsgruppe (Beförderung) ist nur möglich, wenn der Dienstordnungs-Angestellte nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung den Anforderungen der höheren Stelle entspricht.

- (2) Die rückwirkende Übertragung einer besetzbaren Stelle des Stellenplanes richtet sich nach den Vorschriften für die Landesbeamten.

...“

Die Klägerin war bei der AOK H zunächst als Korrespondentin in der Schriftabteilung „Meldungen und Beiträge“ tätig und übernahm anschließend die Tätigkeit einer Betriebsberaterin in den neu aufgebauten Auskunfts- und Beratungsstellen. Mit Nachtrag zum Dienstvertrag wurde die Klägerin mit Wirkung vom 1. Juni 1981 nach Besoldungsgruppe A 10 BBesO befördert und in eine entsprechende Planstelle eingewiesen. Mit weiterem Nachtrag zum Dienstvertrag vom 29. März 1988 wurde sie mit Wirkung vom 1. April 1988 zur Verwaltungsamtsfrau nach Besoldungsgruppe A 11 BBesO befördert und in die Planstelle eingewiesen. Ab dem 1. April 1990 übernahm die Klägerin als Teamleiterin die Leitung einer Gruppe von Betriebsberatern. Ab dem 1. Januar 1994 wurde der Klägerin die mit Besoldungsgruppe A 12 BBesO bewertete Stelle einer „Pressesachbearbeiterin“ übertragen. Mit Nachtrag zum Dienstvertrag vom 5. Oktober 1995 wurde die Klägerin auf dieser Stelle mit Wirkung zum 1. November 1995 zur Verwaltungsamtsrätin befördert und in eine freie Planstelle der Besoldungsgruppe A 12 BBesO eingewiesen. Seither erfolgt die Vergütung der Klägerin nach Besoldungsgruppe A 12 BBesO.

5

Nach dem Zusammenschluss der AOK R und der AOK H zur Beklagten zum 1. Juli 2006 wurde die Pressearbeit für das Unternehmen überwiegend in D wahrgenommen. Mit Schreiben vom 28. Juni 2006 informierte die Beklagte die Klägerin darüber, dass sie ab dem 1. Juli 2006 „innerhalb des Fachservice Marketing im Team Kommunikation/Prävention/BGF als Sachbearbeiterin Kundenkommunikation“ eingesetzt werde. Seit November 2006 ist die Klägerin freigestelltes Personalratsmitglied.

6

Am 13. November 2009 stellte die Klägerin einen Antrag auf Beförderung in die Besoldungsgruppe A 13 BBesO im Wege der fiktiven Nachzeichnung ihres Werdegangs. Die Beklagte beschied den Antrag mit Schreiben vom 6. Januar 2010 abschlägig. Weitere Anträge blieben ebenfalls erfolglos.

7

Die Beklagte hatte seit Ende des Jahres 2006 mehrere Stellen mit der Bewertung nach Besoldungsgruppe A 13 BBesO - bzw. nach der entsprechenden Vergütungsgruppe (VG) 11 des für Tarifangestellte geltenden Vergütungstarifvertrags - ohne vorherige Ausschreibung besetzt, unter anderem die Frau M zum 1. Oktober 2012 zugewiesene Stelle der „Leiterin Stabsstelle Presse“ in der Regionaldirektion H. Frau M war nach vorangegangenen freiberuflichen Tätigkeiten für Unternehmen aus der Unternehmensgruppe der Beklagten zum 1. Juli 2012 bei der Beklagten eingestellt worden und hatte zunächst Sonderaufgaben im Bereich Marketing wahrgenommen. Hierbei war sie in die VG 10 eingruppiert. Kurz nach ihrer Einstellung wurde bei der Beklagten in der Regionaldirektion H die Stelle „Leiterin Stabsstelle Presse“ vom Vorstand neu geschaffen. Es war von vornherein beabsichtigt, diese Stelle mit Frau M zu besetzen, um die Pressearbeit in H zu intensivieren. Die Klägerin hatte sich nicht auf die Stelle beworben. Die Stellenbesetzung erfolgte zum 1. Oktober 2012. Zum 1. April 2013 wurde Frau M in dieser Funktion in die VG 11 höhergruppiert. Auch die Stelle der „stellvertretenden Fachserviceleiterin Versicherung/Beiträge“ besetzte die Beklagte ohne vorangegangene Ausschreibung. Diese Position wurde zum 1. Februar 2014 Frau Ma übertragen. Seit dem 1. April 2015 wird Frau Ma auf dieser Position nach Besoldungsgruppe A 13 BBesO vergütet. Die zum 1. Dezember 2012 mit Frau L besetzte Stelle einer „stellvertretenden Fachserviceleiterin/eines stellvertretenden Fachserviceleiters für den Fachservice Leistungen“ war ohne Angabe der beabsichtigten Eingruppierung ausgeschrieben worden. Zum 1. Juni 2013 wurde Frau L als stellvertretende Fachserviceleiterin in die VG 11 eingruppiert. Die Klägerin hatte sich auch auf diese beiden Positionen nicht beworben.

8

Die Klägerin hat mit ihrer Klage die Feststellung verlangt, dass die Beklagte verpflichtet sei, sie rückwirkend zum 1. Mai 2015 auf eine Stelle nach Besoldungsgruppe A 13 BBesO zu befördern und entsprechend zu vergüten. Daneben hat die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung der Vergütungsdifferenz zwischen den Besoldungsgruppen A 12 und A 13 BBesO für den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis zum 30. April 2015 nebst Zinsen geltend gemacht.

9

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, sie habe zur Vermeidung einer Benachteiligung wegen ihrer Freistellung als Personalratsmitglied Anspruch darauf, rückwirkend ab dem 1. Mai 2015 auf eine Stelle nach Besoldungsgruppe A 13 BBesO befördert zu werden. Sie hätte ohne ihre Freistellung als Personalratsmitglied die gleiche berufliche Entwicklung genommen wie mehrere von ihr benannte vergleichbare und mittlerweile nach Besoldungsgruppe A 13 bzw. VG 11 vergütete Beschäftigte. Es könne nicht zu ihrem Nachteil gereichen, dass die Beklagte ihrer Verpflichtung nicht nachgekommen sei, zum Zeitpunkt ihrer Freistellung vergleichbare Mitarbeiter schriftlich zu dokumentieren bzw. aktenkundig zu machen. Zudem hätte sie bei der Besetzung freier Stellen mit der Wertigkeit A 13 BBesO bzw. VG 11 - insbesondere der letztlich mit Frau M, Frau Ma und Frau L besetzten Stellen - berücksichtigt werden müssen. Dies sei nur aufgrund ihrer Personalratstätigkeit unterblieben. Dem Anspruch stehe nicht entgegen, dass sie sich nicht beworben und sie kein Auswahlverfahren durchlaufen habe. Da die Stellen nicht ausgeschrieben bzw. die vorgesehene Vergütungs- oder Besoldungsgruppe nicht angegeben gewesen seien, habe für sie kein Anlass für eine Bewerbung bestanden. Sie erfülle die Stellenanforderungen und hätte sich im Rahmen einer Bestenauslese durchgesetzt, wenn die Beklagte sie bei der Stellenbesetzung berücksichtigt hätte. Die Beklagte sei im Wege des Schadensersatzes verpflichtet, die Vergütungsdifferenz zwischen den Besoldungsgruppen A 12 und A 13 BBesO nachzuzahlen.

10

Die Klägerin hat beantragt

1. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, sie rückwirkend ab dem 1. Mai 2015 auf eine Stelle nach A 13 BBesO zu befördern und eine Vergütung entsprechend der Besoldungsgruppe A 13 BBesO zu zahlen;
2. die Beklagte zu verurteilen, an sie 17.195,87 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz
auf 437,59 Euro seit dem 1. Februar 2012,
auf weitere 437,59 Euro seit dem 1. März 2012,
auf weitere 437,59 Euro seit dem 1. April 2012,
auf weitere 441,90 Euro seit dem 1. Mai 2012,

11

auf weitere 441,90 Euro seit dem 1. Juni 2012,
auf weitere 441,90 Euro seit dem 1. Juli 2012,
auf weitere 441,90 Euro seit dem 1. August 2012,
auf weitere 441,90 Euro seit dem 1. September
2012,
auf weitere 441,90 Euro seit dem 1. Oktober 2012,
auf weitere 441,90 Euro seit dem 1. November 2012,
auf weitere 441,90 Euro seit dem 1. Dezember 2012,
auf weitere 441,90 Euro seit dem 1. Januar 2013,
auf weitere 132,50 Euro seit dem 1. Januar 2013,
auf weitere 402,44 Euro seit dem 1. Februar 2013,
auf weitere 402,44 Euro seit dem 1. März 2013,
auf weitere 402,44 Euro seit dem 1. April 2013,
auf weitere 402,44 Euro seit dem 1. Mai 2013,
auf weitere 360,48 Euro seit dem 1. Juni 2013,
auf weitere 360,48 Euro seit dem 1. Juli 2013,
auf weitere 360,48 Euro seit dem 1. August 2013,
auf weitere 360,48 Euro seit dem 1. September
2013,
auf weitere 447,52 Euro seit dem 1. Oktober 2013,
auf weitere 447,52 Euro seit dem 1. November 2013,
auf weitere 447,52 Euro seit dem 1. Dezember 2013,
auf weitere 447,52 Euro seit dem 1. Januar 2014,
auf weitere 120,74 Euro seit dem 1. Januar 2014,
auf weitere 407,25 Euro seit dem 1. Februar 2014,
auf weitere 407,25 Euro seit dem 1. März 2014,
auf weitere 407,25 Euro seit dem 1. April 2014,
auf weitere 407,25 Euro seit dem 1. Mai 2014,
auf weitere 355,05 Euro seit dem 1. Juni 2014,
auf weitere 355,05 Euro seit dem 1. Juli 2014,
auf weitere 355,05 Euro seit dem 1. August 2014,
auf weitere 355,05 Euro seit dem 1. September
2014,

auf weitere 453,22 Euro seit dem 1. Oktober 2014,
auf weitere 453,22 Euro seit dem 1. November 2014,
auf weitere 453,22 Euro seit dem 1. Dezember 2014,
auf weitere 453,22 Euro seit dem 1. Januar 2015,
auf weitere 135,97 Euro seit dem 1. Januar 2015,
auf weitere 453,22 Euro seit dem 1. Februar 2015,
auf weitere 453,22 Euro seit dem 1. März 2015,
auf weitere 453,22 Euro seit dem 1. April 2015 und
auf weitere 453,22 Euro seit dem 1. Mai 2015
zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat den Standpunkt eingenommen, die von der Klägerin benannten Mitarbeiter seien nicht mit ihr vergleichbar. Die Eingruppierung von Sachbearbeitern wie der Klägerin liege in der Regel zwischen Besoldungsgruppe A 9 und A 11 BBesO (vergleichbar mit VG 7 bis VG 9). Sie könne den geltend gemachten Anspruch auch nicht darauf stützen, dass ihr eine der von ihr genannten Beförderungsstellen hätte übertragen werden müssen. Die Klägerin habe ihre Bewerbung auf diese Stellen nicht wegen ihrer Freistellung als Personalratsmitglied unterlassen. Sie hätte sich auch im Rahmen eines fiktiven Auswahlverfahrens gegen die Stelleninhaber nicht durchgesetzt, weil sie nicht besser als diese geeignet gewesen sei.

12

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat das erstinstanzliche Urteil auf die Berufung der Beklagten teilweise abgeändert und die auf Zahlung der Vergütungsdifferenz für die Zeit vom 1. Januar 2012 bis zum 31. März 2013 gerichtete Klage in Höhe von 6.629,76 Euro nebst Zinsen abgewiesen. Im Übrigen hat es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision begehrt die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

13

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit das Landesarbeitsgericht die Berufung der Beklagten gegen das erstinstanzliche Urteil zurückgewiesen hat, zur Abänderung des erstinstanzlichen Urteils, soweit das Arbeitsgericht dem Feststellungsantrag zu 1. stattgegeben hat und insoweit zur Abweisung der Klage. Soweit das Landesarbeitsgericht die Berufung der Beklagten hinsichtlich ihrer Verurteilung zur Zahlung der Vergütungsdifferenz zwischen Besoldungsgruppe A 12 und A 13 BBesO für die Zeit vom 1. April 2013 bis zum 30. April 2015 in Höhe von 10.566,11 Euro nebst Zinsen zurückgewiesen hat, ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Der Senat kann nicht abschließend entscheiden, ob die Zahlungsklage begründet ist. 14

I. Das Landesarbeitsgericht hat dem Feststellungsantrag (Klageantrag zu 1.) zu Unrecht stattgegeben. Der Antrag ist zulässig, aber nicht begründet. 15

1. Der Feststellungsantrag ist zulässig. 16

a) Der Antrag bedarf allerdings der Auslegung. Nach seinem Wortlaut begehrt die Klägerin die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten, sie rückwirkend ab dem 1. Mai 2015 auf eine Stelle nach Besoldungsgruppe A 13 BBesO zu befördern und ihr eine entsprechende Vergütung zu zahlen. Das lässt im Unklaren, auf welche Weise die Beklagte die begehrte Beförderung vornehmen soll. Da die Klägerin als Dienstordnungsangestellte keine Beamtin, sondern privatrechtliche Angestellte ist, kann die geltend gemachte Beförderung nicht durch einseitige Ernennung seitens des Dienstherrn erfolgen. Das Angestelltenverhältnis der dienstordnungsmäßig Angestellten der Sozialversicherungsträger ist zwar weitgehend öffentlich-rechtlich ausgestaltet, Dienstordnungsangestellte sind gleichwohl weder Beamte noch haben sie einen öffentlich-rechtlichen Status (*vgl. BAG 21. Januar 2014 - 3 AZR 860/11 - Rn. 20, BAGE 147, 138*). Daher sieht § 13 Abs. 1 der gemäß § 3 des Dienstvertrags der 17

Parteien auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Dienstordnung der Beklagten vor, dass sich die Besoldung nach der Besoldungsgruppe richtet, die der Dienstvertrag festlegt und im Übrigen nach den für Landesbeamte geltenden Vorschriften. Demgemäß sind sämtliche Beförderungen der Klägerin in der Vergangenheit mit der Einweisung in die jeweilige Stelle durch Nachträge zum Dienstvertrag vertraglich umgesetzt worden. Das Klagebegehren könnte somit nur erfolgreich sein, wenn eine Vertragsänderung dahingehend zustande käme, dass die Klägerin rückwirkend ab dem 1. Mai 2015 auf eine Stelle nach Besoldungsgruppe A 13 BBesO befördert, sie in eine Stelle der Besoldungsgruppe A 13 BBesO des Stellenplans eingewiesen wird und sie seit diesem Zeitpunkt Vergütung nach dieser Besoldungsgruppe erhält. Es entspricht daher der wohlverstandenen Interessenlage der Klägerin, das Antragsbegehren dahin zu verstehen, dass sie die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten geltend macht, ihr Angebot, den bestehenden Dienstvertrag dahingehend zu ändern, dass sie rückwirkend mit Wirkung zum 1. Mai 2015 auf eine Stelle nach Besoldungsgruppe A 13 BBesO befördert, in eine entsprechende Planstelle eingewiesen und entsprechend vergütet wird, anzunehmen.

b) Mit diesem Inhalt genügt der Feststellungsantrag den Bestimmtheitsanforderungen nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Antrag bezeichnet die begehrte Verpflichtung so genau, dass die Beklagte zu erkennen vermag, durch welche Verhaltensweise sie einem Urteilsausspruch nachzukommen hätte. Die Klägerin begehrt ausdrücklich die Feststellung der Verpflichtung zu einem rückwirkenden Vertragsschluss zum 1. Mai 2015. Die angestrebte Besoldungsgruppe ist bezeichnet. Zwar enthält der Antrag nicht die Bezeichnung einer bestimmten Stelle, in die die Klägerin eingewiesen werden soll. Das hat jedoch nicht zur Folge, dass der Antrag unbestimmt ist. Die Ausführungen der Klägerin machen deutlich, dass sie eine Beförderung auf eine Stelle der Besoldungsgruppe A 13 BBesO unabhängig von der Zuweisung einer konkret bestimmten Stelle geltend macht.

18

c) Der Antrag erfüllt die Voraussetzungen des § 256 ZPO. Er ist auf die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses iSd. § 256 ZPO gericht-

19

tet. Vorliegend geht es um die Klärung der Verpflichtung der Beklagten, das Vertragsänderungsangebot der Klägerin anzunehmen und damit um den Umfang einer vertraglichen oder ggf. gesetzlichen Verpflichtung der Beklagten. Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben. Die Beklagte stellt die geltend gemachte Verpflichtung in Abrede. Der Vorrang der Leistungsklage greift nicht, da die begehrte Feststellung geeignet ist, den Streit der Parteien über die Frage der rückwirkenden Beförderungs- und Vergütungspflicht endgültig beizulegen (vgl. BAG 21. Februar 2018 - 7 AZR 587/16 - Rn. 12 mwN).

2. Der Feststellungsantrag ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts unbegründet. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, das Angebot der Klägerin auf die begehrte Änderung des Dienstvertrags anzunehmen. 20

a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Klägerin habe jedenfalls zum 1. Mai 2015 Anspruch auf Beförderung auf eine Stelle der Besoldungsgruppe A 13 BBesO. § 42 Abs. 3 Satz 4 des Landespersonalvertretungsgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (LPVG NW), wonach die Freistellung eines Personalratsmitglieds nicht zur Beeinträchtigung des beruflichen Werdegangs führen darf, sei eine unmittelbar anspruchsbegründende Norm und gewähre einen Herstellungsanspruch, der durch Beförderung auf eine entsprechende Planstelle und nicht durch Schadensersatz zu erfüllen sei. Die Anspruchsvoraussetzungen lägen vor. 21

b) Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsfehlern. Das Landesarbeitsgericht hat verkannt, dass sich aus § 7 Abs. 1, § 42 Abs. 3 Satz 4 LPVG NW für die Klägerin als Dienstordnungsangestellte kein Anspruch auf eine rückwirkende Beförderung ergibt. Eine rückwirkende Beförderung auf eine Stelle mit höherer Besoldungsgruppe ist aufgrund der beamtenrechtlichen Ausprägung des Dienstverhältnisses der Klägerin als Dienstordnungsangestellte nicht möglich. 22

aa) Nach § 42 Abs. 3 Satz 4 LPVG NW darf der berufliche Werdegang eines freigestellten Personalratsmitglieds wegen seiner Freistellung nicht beein- 23

trächtigt werden. Gemäß § 7 Abs. 1 LPVG NW dürfen zudem Personalratsmitglieder wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden; dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung. Nach der Rechtsprechung des Senats zu § 42 Abs. 3 Satz 4 LPVG NW (*vgl. BAG 29. Oktober 1998 - 7 AZR 202/97 - zu I 1 der Gründe*) und zu den vergleichbaren Regelungen in § 8 BPersVG und in § 46 Abs. 3 Satz 6 BPersVG sowie in § 78 Satz 2 BetrVG folgt aus diesen Vorgaben über das Benachteiligungsverbot hinaus das an den Arbeitgeber gerichtete Gebot, dem Amtsträger die berufliche Entwicklung zukommen zu lassen, die er ohne die Amtstätigkeit genommen hätte. Das Personalratsmitglied kann den Arbeitgeber daher grundsätzlich unabhängig von dessen Verschulden auf die Zahlung der Vergütung aus einer höheren Vergütungsgruppe in Anspruch nehmen, wenn es ohne die Freistellung mit Aufgaben betraut worden wäre, die die Eingruppierung in die höhere Vergütungsgruppe rechtfertigen (*vgl. BAG 14. Juli 2010 - 7 AZR 359/09 - Rn. 19; 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - zu B II 1 der Gründe mwN, BAGE 98, 164; 29. Oktober 1998 - 7 AZR 202/97 - zu I 1 der Gründe*). Um zu ermitteln, ob der Amtsträger durch die Freistellung in seinem beruflichen Aufstieg benachteiligt wurde, muss sein beruflicher Werdegang ohne die Freistellung nachgezeichnet werden. Durch eine solche fiktive Nachzeichnung darf er weder besser noch schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer Arbeitnehmer ohne Personalratsamt (*vgl. BAG 14. Juli 2010 - 7 AZR 359/09 - aaO; 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - zu B II 1 a der Gründe mwN, aaO*).

bb) Allerdings gewähren § 7 Abs. 1, § 42 Abs. 3 Satz 4 LPVG NW einem Dienstordnungsangestellten aufgrund der beamtenrechtlichen Ausprägung seines Dienstverhältnisses keinen Anspruch auf rückwirkende Beförderung. 24

(1) Das Arbeitsverhältnis der dienstordnungsmäßig Angestellten der gesetzlichen Krankenkassen wird durch die Dienstordnung normativ geregelt (§§ 351, 352, 358 RVO). Die Dienstordnungsangestellten der Sozialversicherungsträger sind zwar weder Beamte noch haben sie einen öffentlich-rechtlichen Status. Dies ändert aber nichts daran, dass ihr Angestelltenverhältnis weitgehend öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist. Die Dienstordnungen der 25

Sozialversicherungsträger sind dem öffentlichen Recht angehöriges, aufgrund gesetzlicher Ermächtigung erlassenes autonomes Satzungsrecht (*BAG 21. Januar 2014 - 3 AZR 860/11 - Rn. 20, BAGE 147, 138; 22. Juli 2010 - 6 AZR 82/09 - Rn. 11; 30. August 2005 - 3 AZR 391/04 - zu B II 1 der Gründe; 15. November 2001 - 6 AZR 382/00 - zu II 1 der Gründe, BAGE 99, 348*). Es gestaltet normativ und zwingend die Arbeitsverhältnisse der Angestellten, die der Dienstordnung unterworfen sind. Der nach § 354 Abs. 1 RVO abzuschließende schriftliche Arbeitsvertrag unterstellt die Angestellten der Dienstordnung. Sobald der Vertrag geschlossen ist, wirkt die Dienstordnung in ihrer jeweiligen Fassung gesetzesgleich auf das Dienstverhältnis ein (*vgl. BAG 21. Januar 2014 - 3 AZR 860/11 - aaO; 22. Juli 2010 - 6 AZR 82/09 - aaO*).

(2) Nach § 11 Abs. 1 DO gelten für die Dienstordnungsangestellten der Beklagten die jeweiligen Vorschriften für Landesbeamte insbesondere des Beamtenstatusgesetzes (BeamtStG) und des Landesbeamtengesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen Abschnitt 1 bis 5 (LBG NW) entsprechend, soweit nicht durch besondere gesetzliche Vorschriften oder in der Dienstordnung etwas anderes bestimmt ist. Nach § 13 Abs. 1 DO richtet sich die Besoldung der Dienstordnungsangestellten der Beklagten nach der Besoldungsgruppe, die der Dienstvertrag festlegt, im Übrigen nach den für die Landesbeamten des Landes Nordrhein-Westfalen geltenden Vorschriften. Auf die Rechtsverhältnisse der Dienstordnungsangestellten finden damit besoldungsrechtlich (mit Ausnahme der vorgesehenen Festlegung der Besoldungsgruppe im Dienstvertrag) im selben Umfang wie für Beamte die jeweils gültigen in Bezug genommenen beamtenrechtlichen Vorschriften Anwendung. 26

(3) Danach kann die Klägerin eine rückwirkende Beförderung (*Übertragung einer Stelle mit höherer Besoldungsgruppe, vgl. § 14 Abs. 1 DO*) nicht beanspruchen. 27

(a) Nach § 8 Abs. 4 BeamStG ist die Ernennung eines Beamten, die nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 BeamStG auch für die Verleihung eines anderen Amtes mit anderem Grundgehalt erforderlich ist, auf einen zurückliegenden Zeitpunkt unzu- 28

lässig. Das entspricht dem allgemeinen beamtenrechtlichen Grundsatz des Verbots rückwirkender Statusbegründungen oder -änderungen (vgl. *BVerfG 10. Oktober 2003 - 2 BvL 7/02 - zu B 2 der Gründe; Bayerischer VGH 27. März 2015 - 3 ZB 14.727 - juris-Rn. 6; OVG Nordrhein-Westfalen 2. Juli 2007 - 1 A 1920/06 - juris-Rn. 64*). Dieses Verbot gilt als allgemeiner beamtenrechtlicher Grundsatz nicht nur für die Ernennung, sondern auch für den die Ernennung durch Konkretisierung der Besoldungsgruppe ergänzenden Verwaltungsakt und für ernennungsähnliche Verwaltungsakte (vgl. *BVerfG 10. Oktober 2003 - 2 BvL 7/02 - aaO; OVG Nordrhein-Westfalen 2. Juli 2007 - 1 A 1920/06 - aaO*). Beamtenrechtlich ist eine mit der Einweisung in ein anderes Amt mit anderem Grundgehalt verbundene Statusbestimmung oder -änderung rückwirkend mithin nicht möglich.

(b) Das Verbot der rückwirkenden Verleihung eines anderen Amtes mit anderem Grundgehalt in § 8 Abs. 4 BeamtStG gilt für die Klägerin als Dienstordnungsangestellte der Beklagten entsprechend. 29

Zwar befindet sich die Klägerin in einem anderen Rechtssystem als eine Beamtin. Auch findet bei Dienstordnungsangestellten weder eine Ernennung noch die Verleihung eines Amtes statt, vielmehr erfolgt die Übertragung einer Stelle und die Festlegung der Besoldungsgruppe durch Vereinbarung im Dienstvertrag. Maßgebend ist jedoch, dass die Klägerin nicht nach Tarifvertrag, sondern nach § 3 ihres Dienstvertrags gemäß Dienstordnung angestellt wurde. Die Dienstordnung regelt das Arbeitsverhältnis normativ, verweist in § 11 Abs. 1, § 13 Abs. 1 bezüglich der Besoldung auf die für die Landesbeamten geltenden Vorschriften und damit auch auf das in § 8 Abs. 4 BeamtStG enthaltene und als allgemeiner beamtenrechtlicher Grundsatz geltende Verbot rückwirkender Statusbegründungen oder -änderungen. 30

Der Dienstordnung kann nicht entnommen werden, dass gerade für Dienstordnungsangestellte eine rückwirkende Beförderung möglich sein soll. Vielmehr kommt das von § 8 Abs. 4 BeamtStG aufgegriffene Prinzip der Ämterstabilität (vgl. *dazu etwa BVerfG 24. September 2007 - 2 BvR 1586/07 - Rn. 9; 20. Januar 2004 - 2 BvR 3/03 -; OVG Rheinland-Pfalz 8. Januar 2019 - 2 B* 31

11406/18 - zu I der Gründe) auch in den Regelungen der Dienstordnung zur Stellenzuweisung für Dienstordnungsangestellte zum Ausdruck. Nach § 2 Abs. 3 DO werden die Dienstordnungsangestellten in eine Stelle des Stellenplans eingewiesen, der nach § 2 Abs. 1 DO Bestandteil der Dienstordnung ist und nach § 2 Abs. 2 DO die Zahl der Stellen in den einzelnen Besoldungsgruppen festlegt. Nach § 14 Abs. 1 DO ist demgemäß auch nur die Übertragung einer „besetzbaren Stelle“ mit höherer Besoldungsgruppe möglich. Eine Beförderung setzt daher eine freie und besetzbare Stelle voraus, die im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag auch tatsächlich besetzt werden soll (vgl. zum Beamtenrecht BVerwG 11. Dezember 2014 - 2 C 51.13 - Rn. 15, BVerwGE 151, 114; OVG Rheinland-Pfalz 17. März 2015 - 2 A 11131/13 - zu II 2 b der Gründe).

(c) Entgegen der Auffassung der Klägerin folgt aus § 14 Abs. 2 DO nicht, dass eine rückwirkende Beförderung von Dienstordnungsangestellten möglich ist. Nach dieser Regelung richtet sich die rückwirkende Übertragung einer besetzbaren Stelle des Stellenplans nach den Vorschriften für die Landesbeamten. Danach ist zwar eine rückwirkende Übertragung einer höherwertigen besetzbaren Stelle des Stellenplans nicht gänzlich ausgeschlossen. Diese setzt aber eine entsprechende Regelung zu einer rückwirkenden Beförderung im Landesbeamtenrecht voraus, die in Nordrhein-Westfalen nicht existiert. Soweit die Bundes- und manche Landeshaushaltsordnungen (§ 49 Abs. 2 BHO, vgl. etwa § 49 Abs. 2 LHO BW) die Möglichkeit rückwirkender Einweisungen in besetzbare Planstellen vorsehen, handelt es sich nicht um Statusänderungen für die Vergangenheit, sondern um rein besoldungsrechtliche Maßnahmen, die im Übrigen auf einen Rückwirkungszeitraum von maximal drei Monaten begrenzt sind (vgl. BVerfG 10. Oktober 2003 - 2 BvL 7/02 - zu B 2 der Gründe).

32

(4) Die Zulässigkeit einer rückwirkenden Beförderung ist auch nicht zum Schutz der Klägerin als freigestelltem Personalratsmitglied vor Benachteiligung bei der beruflichen Entwicklung nach § 7 Abs. 1, § 42 Abs. 3 Satz 4 LPVG NW erforderlich (aA für beamtete Personalratsmitglieder VG München 29. Dezember 2009 - M 21 K 09.2214 - juris-Rn. 33). Vielmehr würde dies gegen § 7

33

Abs. 1 LPVG NW verstoßen. Danach ist zur Wahrung der inneren Unabhängigkeit der Personalratsmitglieder nicht nur eine Benachteiligung, sondern auch eine Begünstigung wegen des Personalratsamts untersagt. Dieses Verbot würde durch eine rückwirkende Beförderung verletzt, da einem Dienstordnungsangestellten ohne Mandat eine rückwirkende Beförderung verwehrt ist. Das dienstordnungsmäßig angestellte Personalratsmitglied ist hinreichend dadurch geschützt, dass es ggf. verlangen kann, auf der Grundlage von § 823 Abs. 2 BGB im Wege des Schadensersatzes so gestellt zu werden, als wäre die unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1, § 42 Abs. 3 Satz 4 LPVG NW zu Unrecht unterbliebene Beförderung erfolgt, und dass es auf diesem Wege rückwirkend die höhere Vergütung einfordern kann (*vgl. etwa zu §§ 8, 46 Abs. 3 BPersVG: BAG 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - zu B II 2 f der Gründe, BAGE 98, 164; 26. September 1990 - 7 AZR 208/89 - zu II 3 der Gründe, BAGE 66, 85*).

II. Auch im Hinblick auf den Klageantrag zu 2., der in der Revision noch die vom Landesarbeitsgericht zuerkannte Vergütungsdifferenz zwischen den Besoldungsgruppen A 12 und A 13 BBesO für den Zeitraum vom 1. April 2013 bis zum 30. April 2015 in Höhe von 10.566,11 Euro brutto nebst Zinsen zum Gegenstand hat, ist die Revision der Beklagten begründet. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann der Zahlungsklage nicht stattgegeben werden. Der Senat kann jedoch nicht abschließend beurteilen, ob die Zahlungsklage begründet ist. Dies führt insoweit zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht.

34

1. Das Landesarbeitsgericht hat der Zahlungsklage für den Zeitraum vom 1. April 2013 bis zum 30. April 2015 mit der Begründung stattgegeben, nach § 42 Abs. 3 Satz 4 LPVG NW könne die Klägerin die Beklagte rückwirkend unmittelbar auf Zahlung der Differenz zwischen der gewährten und der ihr zur Vermeidung einer Benachteiligung wegen des Personalratsamts zustehenden Vergütung in Anspruch nehmen. Bei Zugrundelegung des Vortrags der Parteien sei davon auszugehen, dass die Klägerin ohne ihre Freistellung zum 1. April 2013 auf eine Stelle der Besoldungsgruppe A 13 BBesO befördert worden wä-

35

re. Wäre die Position der „Leiterin der Stabsstelle Presse“ ausgeschrieben worden, hätte sich die Klägerin in einem fiktiven Auswahlverfahren gegen die spätere Stelleninhaberin M durchgesetzt oder nur deshalb nicht durchgesetzt, weil ihr aufgrund ihrer Freistellung die erforderlichen Kenntnisse und Befähigungen gefehlt hätten. Zur Vermeidung einer Benachteiligung aufgrund ihrer Freistellung als Personalratsmitglied hätte sie daher zum 1. April 2013 auf eine Stelle der Besoldungsgruppe A 13 BBesO befördert werden müssen, weshalb ihr für die Zeit vom 1. April 2013 bis zum 30. April 2015 die entsprechende Vergütungsdifferenz zustehe.

2. Diese Würdigung hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand, weil sie verkennt, dass die Klägerin als Dienstordnungsangestellte nach den Regelungen der Dienstordnung keine rückwirkende Beförderung auf eine besoldungsrechtlich höher zu bewertende Stelle des Stellenplans verlangen kann. Das hat zur Folge, dass der Klägerin - anders als vom Landesarbeitsgericht angenommen - nach § 42 Abs. 3 Satz 4 LPVG NW bereits deshalb kein Erfüllungsanspruch auf Zahlung von Vergütung nach der Besoldungsgruppe A 13 BBesO für den streitigen Zeitraum zusteht, da sie in diesem Zeitraum nicht in eine entsprechende Stelle des Stellenplans eingewiesen war. Nach der Rechtsprechung des Senats kann das Personalratsmitglied den Arbeitgeber zwar grundsätzlich - ohne auf einen verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch verwiesen werden zu müssen - auch unabhängig von dessen Verschulden auf die Zahlung der Vergütung aus einer höheren Vergütungsgruppe in Anspruch nehmen, wenn es ohne die Freistellung mit Aufgaben betraut worden wäre, die die Eingruppierung in die höhere Vergütungsgruppe rechtfertigen (*vgl. BAG 14. Juli 2010 - 7 AZR 359/09 - Rn. 19; 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - zu B II 1 der Gründe mwN, BAGE 98, 164*). Die Erwägungen des Senats über einen unmittelbaren Zahlungsanspruch lassen sich jedoch nicht auf die gesetzlich abschließend geregelte Besoldung von Beamten übertragen und damit auch nicht auf die Vergütung der durch die Dienstordnung den Beamten besoldungsrechtlich gleichgestellten Dienstordnungsangestellten. Die Besoldung der Beamten richtet sich nach dem derzeit bzw. zuletzt innegehabten statusrechtlichen Amt oder Dienstgrad, weshalb für einen unmittelbaren Zahlungsanspruch

36

auf Besoldung aus einem nicht übertragenen Amt oder Dienstgrad kein Raum ist (vgl. BVerwG 10. April 1997 - 2 C 38.95 - zu 1 der Gründe; Treber in Richardi/Dörner/Weber Personalvertretungsrecht 4. Aufl. § 46 Rn. 88; aA VG Köln 14. Oktober 2011 - 19 K 4582/10 - juris-Rn. 27). Die Vergütung der Dienstordnungsangestellten der Beklagten richtet sich demgemäß nach der Stelle, in die diese nach § 2 Abs. 3 DO eingewiesen sind und der hierfür im Dienstvertrag festgelegten Besoldungsgruppe. Das gilt auch für dienstordnungsmäßig angestellte Personalratsmitglieder.

3. Der Rechtsfehler führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Der Senat kann aufgrund der bislang getroffenen Tatsachenfeststellungen nicht abschließend entscheiden, ob die Zahlungsklage begründet ist. Es ist nicht auszuschließen, dass die Klägerin nach § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 42 Abs. 3 Satz 4, § 7 Abs. 1 LPVG NW Schadensersatz in Höhe der Vergütungsdifferenz zwischen den Besoldungsgruppen A 12 und A 13 BBesO für den Zeitraum vom 1. April 2013 bis zum 30. April 2015 wegen einer zu Unrecht unterbliebenen Beförderung zum 1. April 2013 verlangen kann. Das hat das Landesarbeitsgericht - aus seiner Sicht konsequent - nicht geprüft, was es nachzuholen haben wird. 37

a) Das allgemeine Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 LPVG NW und dessen Konkretisierung in § 42 Abs. 3 Satz 4 LPVG NW, wonach der berufliche Werdegang des freigestellten Personalratsmitglieds wegen der Freistellung nicht beeinträchtigt werden darf, sind Schutzgesetze iSv. § 823 Abs. 2 BGB, deren schuldhafte Verletzung zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der hierdurch entstanden ist (vgl. zu §§ 8, 46 Abs. 3 BPersVG: BAG 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - zu B II 2 f der Gründe, BAGE 98, 164; 26. September 1990 - 7 AZR 208/89 - zu II 3 der Gründe, BAGE 66, 85; 31. Oktober 1985 - 6 AZR 129/83 - zu II 3 a der Gründe). 38

aa) Ein auf § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 7 Abs. 1, § 42 Abs. 3 Satz 4 LPVG NW gestützter Schadensersatzanspruch kann sich daraus ergeben, dass der 39

Arbeitgeber Angestellte mit bestimmten Beförderungsvoraussetzungen nach feststehenden Maßstäben und/oder Zeitabläufen auf freie Stellen der geltend gemachten Besoldungs- bzw. Vergütungsgruppe befördert und das Personalratsmitglied schuldhaft wegen seiner Freistellung davon ausnimmt (vgl. etwa BAG 14. Juli 2010 - 7 AZR 359/09 - Rn. 28; 29. Oktober 1998 - 7 AZR 202/97 - zu I 3 der Gründe).

bb) Ein Schadensersatzanspruch kann auch daraus folgen, dass das Personalratsmitglied bei der Bewerberauswahl wegen seiner Freistellung benachteiligt und diese Benachteiligung ursächlich dafür geworden ist, dass statt seiner ein anderer die Aufstiegsposition erhalten hat. Will das Personalratsmitglied geltend machen, dass es ohne seine Freistellung durch Beförderung einen beruflichen Aufstieg genommen hätte, hat es hierzu mehrere Möglichkeiten (vgl. BAG 14. Juli 2010 - 7 AZR 359/09 - Rn. 20; 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - zu B II 1 b der Gründe, BAGE 98, 164). Es kann zum einen dargetun, dass seine Bewerbung auf eine bestimmte Stelle gerade wegen seiner Freistellung erfolglos geblieben ist (vgl. BAG 14. Juli 2010 - 7 AZR 359/09 - aaO; 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - zu B II 1 b aa der Gründe mwN, aaO). Hat sich das Personalratsmitglied auf eine bestimmte Stelle tatsächlich nicht beworben, kann und muss es zur Begründung des fiktiven Beförderungsanspruchs darlegen, dass es die Bewerbung gerade wegen seiner Freistellung unterlassen hat und eine Bewerbung ohne die Freistellung entweder erfolgreich gewesen wäre oder bei einer Auswahlentscheidung nach Art. 33 Abs. 2 GG, die nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung der Bewerber vorzunehmen ist, erfolgreich hätte sein müssen (vgl. BAG 14. Juli 2010 - 7 AZR 359/09 - aaO; 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - zu B II 1 b bb der Gründe, aaO). Aber auch wenn eine tatsächliche oder eine fiktive Bewerbung danach keinen Erfolg gehabt hätte oder hätte haben müssen, steht dies einem Anspruch nicht zwingend entgegen. Scheitert eine tatsächliche oder eine fiktive Bewerbung des freigestellten Personalratsmitglieds an fehlenden aktuellen Fachkenntnissen oder daran, dass der Arbeitgeber sich zur Beurteilung der fachlichen und beruflichen Qualifikation infolge der Freistellung außerstande gesehen hat, so ist zwar die Entscheidung des Arbeitgebers für den als qualifizierter erachteten Bewerber nach Art. 33

40

Abs. 2 GG nicht zu beanstanden. Gleichwohl kann in einem solchen Fall ein fiktiver Beförderungsanspruch des Amtsinhabers bestehen, wenn das Fehlen von feststellbarem aktuellem Fachwissen gerade aufgrund der Freistellung eingetreten ist (vgl. BAG 14. Juli 2010 - 7 AZR 359/09 - aaO; 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - zu B II 1 b aa der Gründe mwN, aaO). Diese Voraussetzungen hat das Personalratsmitglied im Prozess darzulegen.

b) Hiernach rechtfertigen zwar weder die tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts noch das bisherige Vorbringen der Klägerin die Annahme, die Beförderung auf eine nach der Besoldungsgruppe A 13 BBesO bzw. der entsprechenden VG 11 vergüteten Stelle sei bei der Beklagten die übliche berufliche Entwicklung vergleichbarer Arbeitnehmer gewesen, weil die Beklagte Angestellte mit bestimmten Beförderungsvoraussetzungen nach feststehenden Maßstäben und/oder Zeitabläufen auf freie Stellen der Besoldungsgruppe A 13 BBesO bzw. VG 11 befördert. Das hat das Landesarbeitsgericht insoweit - im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zum Erfüllungsanspruch - ohne Rechtsfehler erkannt. Entsprechende Beförderungsprinzipien der Beklagten bei der Beförderung von Angestellten mit einer im Zeitpunkt des Beginns der Freistellung vergleichbaren Befähigung wie derjenigen der Klägerin wurden von der Klägerin nicht aufgezeigt. Ein solches Prinzip ergibt sich nicht aus dem beruflichen Werdegang der von der Klägerin benannten Arbeitnehmer, die ursprünglich ebenso wie sie in die Besoldungsgruppe A 12 BBesO bzw. die entsprechende Vergütungsgruppe VG 10 eingruppiert waren und die zwischenzeitlich mindestens nach A 13 BBesO bzw. in die VG 11 befördert worden sind. Die Klägerin hat keine betrieblichen Üblichkeiten und Gesetzmäßigkeiten dargelegt, aus denen sich ergäbe, dass die Dienstordnungsangestellten und Arbeitnehmer der Beklagten regelhaft nach bestimmten Zeitabläufen von A 12 nach A 13 BBesO bzw. von VG 10 nach VG 11 befördert werden. Die beruflichen Entwicklungen der von der Klägerin benannten Arbeitnehmer, die aus unterschiedlichen Bereichen mit unterschiedlichen Funktionen stammen, haben sich nach den von der Klägerin nicht mit Gegenrügen angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht gleichförmig nach feststehenden Zeitabläufen, sondern

41

individuell und nach der besonderen Situation in ihren Abteilungen bzw. Ämtern vollzogen.

c) Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin nach § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 7 Abs. 1, § 42 Abs. 3 Satz 4 LPVG NW in Höhe der geltend gemachten Vergütungsdifferenz zwischen den Besoldungsgruppen A 12 und A 13 BBesO könnte allerdings daraus folgen, dass der Klägerin aufgrund ihrer Freistellung als Personalratsmitglied die Zuweisung der zu besetzenden Stelle der „Leiterin der Stabsstelle Presse“ in der Regionaldirektion H verwehrt worden sein könnte und die Beklagte damit schuldhaft gegen ihre Pflicht aus § 7 Abs. 1, § 42 Abs. 3 Satz 4 LPVG NW verstoßen haben könnte. 42

aa) Dem geltend gemachten Schadensersatzanspruch steht nicht entgegen, dass die Klägerin von einer Bewerbung für die Position der „Leiterin der Stabsstelle Presse“ möglicherweise nicht gerade deshalb abgesehen hat, weil sie für Personalratstätigkeiten freigestellt ist. 43

(1) Zwar muss das Personalratsmitglied, das sich auf eine bestimmte Stelle tatsächlich nicht beworben hat, zur Begründung des fiktiven Beförderungsanspruchs grundsätzlich ua. darlegen, dass es die Bewerbung gerade wegen seiner Freistellung unterlassen hat (*vgl. BAG 14. Juli 2010 - 7 AZR 359/09 - Rn. 20; 27. Juni 2001 - 7 AZR 496/99 - zu B II 1 b bb der Gründe, BAGE 98, 164*). Dies gilt aber nicht, wenn das Personalratsmitglied, dessen Beförderungswunsch der Arbeitgeber kannte, mangels Stellenausschreibung oder sonstiger Information durch den Arbeitgeber von einer Bewerbungsmöglichkeit keine Kenntnis haben konnte. Allerdings ist der öffentliche Arbeitgeber nicht verpflichtet, offene Stellen ausschließlich aufgrund von Ausschreibungen und Auswahlverfahren zu besetzen (*BVerwG 25. November 2004 - 2 C 17.03 - BVerwGE 122, 237*). Kennt er jedoch den Beförderungswunsch des Personalratsmitglieds und informiert dieses gleichwohl nicht über die Bewerbungsmöglichkeit, vereitelt der Arbeitgeber die Beförderungsmöglichkeit des Personalratsmitglieds auf die zu besetzende Position. In einem solchen Fall kann der 44

Arbeitgeber dem Schadensersatzanspruch nicht entgegenhalten, das Personalratsmitglied habe sich nicht wegen seiner Freistellung nicht beworben.

(2) Im Streitfall war der Beklagten zum Zeitpunkt der Besetzung der im weiteren Verlauf mit VG 11 (entsprechend Besoldungsgruppe A 13 BBesO) vergüteten Stelle der „Leiterin Stabsstelle Presse in der Regionaldirektion H“ zum 1. Oktober 2012 bekannt, dass die Klägerin der Auffassung war, sie habe Anspruch auf eine mit Besoldungsgruppe A 13 BBesO bewertete Position. Die Klägerin hatte nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts bereits am 13. November 2009 und am 1. Februar 2012 Anträge auf Beförderung nach A 13 BBesO gestellt. 45

bb) Eine Pflichtverletzung der Beklagten könnte aber nur dann ursächlich für einen Schaden in Höhe der geltend gemachten Vergütungsdifferenz zwischen den Besoldungsgruppen A 12 und A 13 BBesO sein, wenn die Klägerin in einem fiktiven Auswahlverfahren unter Beachtung der Kriterien des § 14 Abs. 1 DO, Art. 33 Abs. 2 GG voraussichtlich für die Stelle „Leiterin Stabsstelle Presse in der Regionaldirektion H“ ausgewählt und befördert worden wäre oder wenn dies voraussichtlich nur an fehlenden aktuellen Fachkenntnissen oder daran gescheitert wäre, dass die Beklagte sich zur Beurteilung der fachlichen und beruflichen Qualifikation infolge der Freistellung der Klägerin außerstande gesehen hat. Dies erfordert die Feststellung, welcher hypothetische Kausalverlauf bei rechtmäßigem Vorgehen der Beklagten und Berücksichtigung der Klägerin bei der Bewerberauswahl eingetreten wäre. Dies kann der Senat nicht abschließend beurteilen. 46

(1) Das Landesarbeitsgericht hat - im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zum Erfüllungsanspruch - nicht festgestellt, dass eine fiktive Bewerbung der Klägerin erfolgreich gewesen wäre, weil sie im Rahmen einer Bestenauslese auch unter Beachtung der freistellungsbedingten fachlichen oder Erfahrungsdefizite besser geeignet gewesen wäre als Frau M, der die Stelle übertragen wurde. Das Landesarbeitsgericht ist vielmehr davon ausgegangen, dass Frau M für die Stelle der „Leiterin der Stabsstelle Presse“ jedenfalls nicht besser 47

qualifiziert war als die Klägerin. Es hat seine Annahme, die Klägerin hätte sich im fiktiven Auswahlverfahren gegen Frau M durchgesetzt, damit begründet, dass die Klägerin angesichts ihrer Schwerbehinderung bei gleicher Qualifikation bevorzugt berücksichtigt worden wäre. Für diese Annahme der Bevorzugung der Klägerin als schwerbehinderter Mensch bei gleicher Eignung mangelt es an hinreichenden Feststellungen zu einer entsprechenden Selbstbindung der Beklagten.

(2) Auch die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Klägerin sei für die Stelle jedenfalls gleichermaßen geeignet wie Frau M, ist nicht frei von Rechtsfehlern. Diese Würdigung hat das Landesarbeitsgericht ua. darauf gestützt, die Beklagte habe nicht hinreichend dargelegt, von welcher prognostischen beruflichen Entwicklung der Klägerin sie ausgehe und weshalb diese bei Zugrundelegung dieser nachgezeichneten Entwicklung über weniger Kenntnisse und Erfahrungen verfüge als Frau M. Damit hat das Landesarbeitsgericht die Darlegungslast verkannt, die grundsätzlich die Klägerin als Anspruchstellerin trägt. Eine Umkehr der Darlegungslast folgt entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht aus dem Umstand, dass die Beklagte zu Beginn der Freistellung der Klägerin keine Gruppe von mit der Klägerin vergleichbaren Arbeitnehmern benannt hat. Das rügt die Beklagte zu Recht. Die Bildung einer Vergleichsgruppe ist - wie das Landesarbeitsgericht an anderer Stelle zutreffend ausführt - zwar ein geeignetes Mittel, um eine auf Tatsachen gestützte Prognose über eine Leistungsentwicklung bei freigestellten Personalratsmitgliedern abzugeben. In diesem Sinne kann sie ein „Beurteilungssurrogat“ und auch ein „Erprobungssurrogat“ darstellen (vgl. *BVerwG 15. April 2015 - 2 B 10.14 - Rn. 10; 21. September 2006 - 2 C 13.05 - Rn. 19, BVerwGE 126, 333*). Sie ist jedoch rechtlich nicht geboten (*OVG Rheinland-Pfalz 17. März 2015 - 2 A 11131/13 - zu II 2 b der Gründe*).

48

(3) Dem Senat ist es mangels ausreichender Tatsachenfeststellungen nicht möglich, zu beurteilen, ob die Auswahlentscheidung auf die Klägerin hätte fallen müssen und nicht auf Frau M. Insoweit wird das Landesarbeitsgericht eine erneute Prüfung vorzunehmen haben. Das Landesarbeitsgericht wird außerdem

49

ggf. zu prüfen haben, ob die Beklagte die Verletzung eines etwaigen Beförderungsanspruchs der Klägerin zu vertreten hat (*vgl. zum Bewerbungsverfahrensanspruch im öffentlichen Dienst etwa BVerwG 15. Juni 2018 - 2 C 19.17 - Rn. 18, BVerwGE 162, 253*). Das Landesarbeitsgericht wird zudem ggf. zu berücksichtigen haben, ob die Klägerin die unterbliebene Beförderung durch Einlegung von Rechtsbehelfen in Bezug auf die Beförderung von Frau M hätte verhindern können (*vgl. dazu BVerwG 15. Juni 2018 - 2 C 19.17 - Rn. 23 ff., aaO*). Ggf. wird das Landesarbeitsgericht auch die Besetzung von weiteren Beförderungsstellen, auf welche die Klägerin ihren Anspruch gestützt hat, in seine Prüfung mit einbeziehen müssen.

Gräfl

Klose

Waskow

Glock

Deinert