



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

BESCHLUSS

BVerwG 6 P 9.11
OVG 8 Bf 209/10.PVL

In der Personalvertretungssache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 15. Mai 2012
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Neumann
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Büge, Dr. Möller, Hahn
und Prof. Dr. Hecker

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts - Fachsenat für Personalvertretungssachen nach dem Landespersonalvertretungsrecht - vom 30. Mai 2011 wird zurückgewiesen.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Beteiligte setzte den zuvor als Oberarzt in der Anästhesiologie tätigen Dr. B. auf die neu geschaffene und von ihm der Entgeltgruppe I a Fallgruppe 1 a des Tarifvertrags für den Krankenhaus-Arbeitgeberverband Hamburg (TV-KAH) zugeordnete Stelle eines Belegungsmanagers in der Ärztlichen Direktion um. Um einen Einkommensverlust des Beschäftigten zu vermeiden, vereinbarte der Beteiligte mit ihm die Zahlung einer außertariflichen Zulage zusätzlich zu dem tarifvertraglich vorgesehenen Gehalt. Hinsichtlich der Umsetzung, Änderung der Eingruppierung und Weiterbeschäftigung von Dr. B. hatte der Beteiligte ein Mitbestimmungsverfahren eingeleitet. Hingegen hatte er hinsichtlich der Vereinbarung der außertariflichen Zulage den Standpunkt eingenommen, diese unterliege als Maßnahme der individuellen Lohngestaltung nicht der Mitbestimmung.
- 2 Das Verwaltungsgericht hat antragsgemäß festgestellt, dass der Beteiligte das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers verletze, indem er Dr. B. über die tarifliche Eingruppierung hinaus seit dem 17. August 2009 eine übertarifliche Zulage gewähre, ohne dass der Antragsteller dem zugestimmt habe oder seine Zu-

stimmung ersetzt worden sei. Das Oberverwaltungsgericht hat den Beschluss des Verwaltungsgerichts aufgehoben und den Feststellungsantrag des Antragstellers im Wesentlichen mit folgender Begründung abgelehnt: Die Zulagengewährung zusätzlich zu einer tariflichen Vergütung, die auf einer im Mitbestimmungsverfahren nicht beanstandeten Eingruppierung beruhe, stelle ihrerseits keine mitbestimmungspflichtige Maßnahme dar. Nur wenn die Frage der richtigen Eingruppierung im Streit sei, könne der Umstand einer außertariflichen Zulage ein Indiz für deren Fehlerhaftigkeit bzw. die Umgehung einer zutreffenden Eingruppierung sein. In dem Katalog der §§ 86 und 87 HmbPersVG finde sich kein Tatbestand, der mit dem Beschäftigten individuell vereinbarte Gehaltszahlungen der Mitbestimmung unterwerfe. Erst wenn sich Individualvereinbarungen als Einführung oder Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden darstellen würden, komme ein Mitbestimmungsrecht nach § 86 Abs. 1 Nr. 5 HmbPersVG in Betracht. Eine Zuordnung außertariflicher Zulagen zum Tatbestand der Eingruppierung könne auch nicht mit der Begründung vorgenommen werden, damit würde gegen ein tarifvertragliches oder gesetzliches Verbot verstoßen. Die Gewährung einer solchen Zulage verstoße nicht gegen den TV-KAH; günstigere Vergütungen seien gemäß § 4 Abs. 3 TVG zulässig. Sie verstoße auch nicht gegen Landeshaushaltsrecht oder den arbeitsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung.

- 3 Der Antragsteller trägt zur Begründung seiner Rechtsbeschwerde im Wesentlichen vor: Es sei unstrittig, dass Herr Dr. B. in Anwendung des TV-KAH zutreffend eingruppiert sei. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts unterliege jedoch die Gewährung einer höheren als tarifvertraglich vorgesehenen Vergütung dann der Mitbestimmung, wenn nicht die Stelle in ihrem Funktionsumfang und ihrer Bedeutung über das ausgeschriebene Maß hinaus aufgewertet, sondern lediglich der Stelleninhaber im Vergleich zu anderen Beschäftigten besser gestellt werde. Zutreffend habe das Verwaltungsgericht im ersten Rechtszug dargelegt, mit der Zahlung von Zulagen, die nicht von persönlichen oder sachlichen Voraussetzungen abhängig seien, werde die Wahrung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes in Frage gestellt und die Eingruppierung umgangen, so dass die Mitbestimmung bei der Eingruppierung

ihre Funktion der Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des innerbetrieblichen Friedens nicht mehr erfüllen könne.

- 4 Der Antragsteller beantragt, den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts aufzuheben.
- 5 Der Beteiligte beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.
- 6 Er verteidigt den angefochtenen Beschluss.

II

- 7 Die zulässige Rechtsbeschwerde ist nicht begründet. Der Beschluss des Oberverwaltungsgerichts beruht nicht auf der Nichtanwendung oder der unrichtigen Anwendung einer Rechtsnorm (§ 100 Abs. 2 HmbPersVG i.V.m. 93 Abs. 1 Satz 1 ArbGG). Zu Recht hat das Oberverwaltungsgericht angenommen, dass die Gewährung der übertariflichen Zulage im vorliegenden Fall nicht der Mitbestimmung durch den Antragsteller bedarf.
- 8 1. Zwischen den Verfahrensbeteiligten ist allein die Mitbestimmungspflichtigkeit der Zulagengewährung im Streit. Hinsichtlich der Umsetzung, der Änderung der Eingruppierung in die Entgeltgruppe I a Fallgruppe 1 a TV-KAH und der Weiterbeschäftigung von Dr. B. durch den Beteiligten hat der Antragsteller im Beschlussverfahren keine Verletzung seiner Mitbestimmungsrechte geltend gemacht.
- 9 2. Zu Recht hat das Oberverwaltungsgericht angenommen, dass die Zustimmungsfiktion des § 79 Abs. 3 Satz 4 HmbPersVG im Hinblick auf die Zulagengewährung nicht zur Anwendung gelangen könne. Der Beteiligte hat hinsichtlich der Zulagengewährung nicht die Zustimmung des Antragstellers erbeten. Dementsprechend ist die Frist des § 79 Abs. 3 Satz 2 HmbPersVG nicht in Lauf gesetzt worden. Seinen gegenteiligen vorinstanzlichen Vortrag hat der Beteiligte im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht wiederholt.

- 10 3. Die Zulagengewährung unterfällt nicht dem Mitbestimmungstatbestand der Eingruppierung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 4 HmbPersVG.
- 11 a) Unter Eingruppierung im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 4 HmbPersVG bzw. Parallelbestimmungen in anderen Personalvertretungsgesetzen ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats die Einreihung des Arbeitnehmers in ein kollektives Entgeltschema zu verstehen. Ein solches Entgeltschema zeichnet sich dadurch aus, dass es die Zuordnung der Arbeitnehmer nach bestimmten, generell beschriebenen Merkmalen vorsieht. Meist erfolgt die Zuordnung nach bestimmten Tätigkeitsmerkmalen, bisweilen aber auch nach anderen Kriterien, wie etwa dem Lebensalter oder der Dauer der Dienststellenzugehörigkeit (vgl. Beschlüsse vom 27. August 2008 - BVerwG 6 P 11.07 - BVerwGE 131, 383 Rn. 9 = Buchholz 251.6 § 65 NdsPersVG Nr. 1, vom 27. Mai 2009 - BVerwG 6 P 9.08 - BVerwGE 134, 83 Rn. 8 = Buchholz 250 § 75 BPersVG Nr. 108 und vom 7. März 2011 - BVerwG 6 P 15.10 - Buchholz 250 § 75 BPersVG Nr. 113 Rn. 12). Im Einklang hiermit wird in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unter Eingruppierung im Sinne des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG die rechtliche Beurteilung des Arbeitgebers verstanden, dass der Arbeitnehmer aufgrund seiner Tätigkeit einer bestimmten Vergütungsgruppe oder jedenfalls einer Vergütungsordnung zuzuordnen ist (BAG, Beschluss vom 9. März 2011 - 7 ABR 118/09 - AP Nr. 53 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung - juris Rn. 15; stRspr). Die Eingruppierung bestimmt sich danach aufgrund von Faktoren, die für die Wertigkeit der jeweiligen Arbeitnehmertätigkeiten im Verhältnis zueinander von Bedeutung sind, nicht jedoch aufgrund von sonstigen Faktoren, auch wenn diese sich auf die Höhe des Entgelts auswirken. Maßgebend für die zutreffende Eingruppierung ist allein das betreffende Entgeltschema selbst, nicht die weiteren Teile der betrieblichen Entlohnungsgrundsätze (vgl. BAG, Beschluss vom 19. Oktober 2011 - 4 ABR 119.09 - juris Rn. 18, 21).
- 12 b) Die hier in Rede stehende Zulage gewährt der Beteiligte nicht aufgrund tätigkeits- oder personenbezogener Merkmale, die in einer - tarifvertraglich oder dienststellenintern etablierten - Vergütungsordnung generell bestimmt und als Leistungsgrund festgelegt wären, sondern aufgrund freier Willensentschließung, die ihn zum Abschluss einer entsprechenden Individualvereinbarung mit dem

Beschäftigten veranlasst hat. Die Zulage steht zu einer solchen Vergütungsordnung in keinem inhaltlichen Zusammenhang und sagt über die Wertigkeit der Tätigkeit des Beschäftigten im internen Vergleich zur Tätigkeit anderer Beschäftigter nichts aus. Somit ist sie nicht Ausfluss einer Einreihung in ein kollektives Entgeltschema, wie sie für den Begriff der Eingruppierung nach der Rechtsprechung prägend ist. Sie dennoch unter diesen Begriff zu fassen, wäre schon mit dessen Wortsinn nicht in Einklang zu bringen; „Eingruppierung“ beschreibt nach allgemeinem Sprachverständnis einen Vorgang der klassifizierenden Beurteilung anhand eines bestimmten Vergleichsmaßstabs.

- 13 c) Sinn und Zweck von § 87 Abs. 1 Nr. 4 HmbPersVG gebieten nicht die ausnahmsweise Mitbestimmungspflichtigkeit der Zulagengewährung im vorliegenden Fall.
- 14 aa) Die Eingruppierung ist ein Akt strikter Rechtsanwendung. Die Mitbestimmung des Personalrats bei Eingruppierung ist kein Mitgestaltungs-, sondern ein Mitbeurteilungsrecht. Sie soll sicherstellen, dass die Rechtsanwendung möglichst zutreffend erfolgt (vgl. Beschluss vom 7. März 2011 a.a.O. Rn. 45 m.w.N.; zu § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ebenso BAG, Beschluss vom 28. April 2009 - 1 ABR 97/07 - BAGE 131, 1 <5>). Sie soll die Personalvertretung in den Stand setzen, mitprüfend darauf zu achten, dass die beabsichtigte Eingruppierung mit dem anzuwendenden Tarifvertrag im Einklang steht. Im Interesse der betroffenen Arbeitnehmer soll verhindert werden, dass durch eine unsachliche Beurteilung im Rahmen bestehender Auslegungsspielräume einzelne Arbeitnehmer bevorzugt, andere dagegen benachteiligt werden. Auf diese Weise dient die Mitbestimmung bei der Eingruppierung der einheitlichen und gleichmäßigen Anwendung der Entgeltordnung in gleichen und vergleichbaren Fällen und damit der Lohngerechtigkeit und Transparenz der Entgeltpraxis in der Dienststelle (vgl. Beschlüsse vom 27. August 2008 a.a.O. Rn. 25 und vom 27. Mai 2009 a.a.O. Rn. 23; vgl. auch BAG, Beschluss vom 28. April 2009 a.a.O.).
- 15 bb) Wird - wie im vorliegenden Fall - eine Zulagengewährung vereinbart, ohne dass eine dahingehende rechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers besteht, so kann sie schon nicht als Akt bloßer Rechtsanwendung und so könnte demge-

mäßig eine Mitbestimmung der Personalvertretung schon nicht als rechtliche Mitprüfung in dem Sinne verstanden werden, wie er der Rechtsprechung des Senats und des Bundesarbeitsgerichts bei der Eingruppierung vor Augen steht. Aber auch aus der Ausrichtung von § 87 Abs. 1 Nr. 4 HmbPersVG auf die Wahrung der Lohngerechtigkeit und Transparenz der Entgeltpraxis in der Dienststelle ergibt sich kein durchgreifendes Argument für die Mitbestimmungspflichtigkeit der Zulagengewährung. Diese Ziele besitzen im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 4 HmbPersVG keinen absoluten Stellenwert, sondern sind einschränkend auf das für die Dienststelle maßgebliche kollektive Entgeltschema bezogen. Der Personalrat hat bei Ausübung seines Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 4 HmbPersVG darauf zu achten, dass eben dieses Entgeltschema in lohngerechter und transparenter Weise angewendet wird. Demgemäß ist in der Rechtsprechung des Senats bewusst formuliert worden, die Mitbestimmung solle verhindern, dass durch eine unsachliche Beurteilung „im Rahmen bestehender Auslegungsspielräume“ einzelne Arbeitnehmer bevorzugt, andere dagegen benachteiligt werden (Beschlüsse vom 27. August 2008 a.a.O. und vom 27. Mai 2009 a.a.O.). Ein Mandat, das schlechthin auf die Verhinderung von vergütungsbezogenen Bevorzugungen oder Benachteiligungen gerichtet wäre, wird dem Personalrat nur in Bezug auf die Mitbestimmung in - abstrakt-generellen - Fragen der Lohngestaltung gemäß § 86 Abs. 1 Nr. 5 HmbPersVG eröffnet, nicht hingegen in Bezug auf die Mitbestimmung bei Einzelmaßnahmen im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 4 HmbPersVG; sonst hätte im Rahmen der letztgenannten Bestimmung nicht von „Eingruppierung“, sondern von „Festsetzung der Vergütung“ o.ä. die Rede sein müssen.

- 16 cc) Die in der Rechtsbeschwerdebegründung angesprochenen Interessen der übrigen Beschäftigten rechtfertigen keine weitergehende Auslegung von § 87 Abs. 1 Nr. 4 HmbPersVG.
- 17 (1) Die Vergütungsinteressen der Arbeitnehmer werden kollektivrechtlich auf tariflicher Ebene durch die Möglichkeit zur Vereinbarung zwingender (§ 4 Abs. 1 Satz 1 TVG) tariflicher Vergütungsbestimmungen durch die Tarifparteien und dienststellenintern durch die Mitbestimmung des Personalrats bei Regelungen zur Lohngestaltung im Sinne des § 86 Abs. 1 Nr. 5 HmbPersVG geschützt. Auf

diese Weise ist sichergestellt, dass die innerhalb der Dienststelle zur Anwendung kommenden abstrakt-generellen Entlohnungsgrundsätze nicht einseitig vom Arbeitgeber bestimmt werden können. Dies gilt auch in Bezug auf etwaige außertarifliche Zulagen: Beabsichtigt der Arbeitgeber bzw. der Dienststellenleiter, hierüber abstrakt-generelle Regeln zu etablieren, greift der Mitbestimmungstatbestand des § 86 Abs. 1 Nr. 5 HmbPersVG.

- 18 (2) Die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten des Dienststellenleiters den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt, ist für sich gesehen nicht geeignet, die Mitbestimmung auszulösen. In einem solchen Fall kann der Personalrat sein allgemeines Kontrollrecht nach §§ 77, 78 Abs. 1 Nr. 3 HmbPersVG wahrnehmen. Ob er darüber hinaus förmlich im Wege der Mitbestimmung zu beteiligen ist, bestimmt sich danach, ob ein Mitbestimmungstatbestand vorliegt, welcher die vom Dienststellenleiter beabsichtigte Maßnahme erfasst. Erst wenn das zu bejahen ist, ist der Personalrat im Rahmen des einzuleitenden Mitbestimmungsverfahrens berechtigt, seine Zustimmung wegen Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zu verweigern (vgl. § 89 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HmbPersVG).
- 19 d) Der Ausschluss der Mitbestimmung im vorliegenden Fall steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Danach setzt eine Zulagengewährung dann keine mitbestimmungspflichtige Eingruppierung voraus, wenn sie nichts über die Stellung des Arbeitnehmers innerhalb der Vergütungsordnung aussagt. Eine Eingruppierung liegt in Fällen der Zulagengewährung nur dann vor, wenn diese - anders als hier - in ein Vergütungsgruppensystem eingebunden ist (BAG, Beschlüsse vom 2. April 1996 - 1 ABR 50/95 - AP Nr. 7 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung - juris Rn. 27 und vom 19. Oktober 2011 a.a.O. Rn. 22; vgl. auch Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 26. Aufl. 2012, § 99 Rn. 95, 112).
- 20 e) Die vom Antragsteller in seiner Rechtsbeschwerdebegründung angesprochenen Entscheidungen des Senats vom 16. Mai 2006 und vom 10. Januar 2008 (BVerwG 6 P 8.05 - juris bzw. BVerwG 6 P 9.07 - juris) gebieten keine andere Sichtweise. In den dort zugrunde liegenden Fällen waren ausgeschrie-

bene Stellen ohne Durchführung eines Mitbestimmungsverfahrens besetzt und mit den Stelleninhabern jeweils höhere als die tarifvertraglich vorgesehenen Vergütungen vereinbart worden. Wenn der Senat hierin eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts des Personalrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 4 HmbPersVG erblickt hat (a.a.O. Rn. 8, 12 bzw. Rn. 10, 30), so ist hieraus nicht zu schließen, dass auch in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem bezüglich der Eingruppierung der Stelle ein Mitbestimmungsverfahren durchgeführt wurde, zusätzlich auch die Gewährung außertariflicher Zulagen mitbestimmungspflichtig sein müsste; mit einer solchen Konstellation hatte sich der Senat in den beiden genannten Entscheidungen nicht zu befassen. Die beiden Entscheidungen zugrunde liegende Annahme, die Gewährung einer höheren als der für die entsprechende Tätigkeit tarifvertraglich vorgesehenen Vergütung setze zunächst eine klarstellende, ihrerseits sodann die Mitbestimmung auslösende Eingruppierung der Stelle voraus, deckt sich mit der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die im Kern auf dem Gedanken basiert, dass der übertariflichen Zahlung implizit eine (Subsumtions-)Entscheidung über das Nichtvorliegen der Tätigkeitsmerkmale tariflicher Vergütungsgruppen innewohne (vgl. BAG, Beschlüsse vom 31. Oktober 1995 - 1 ABR 5/95 - AP Nr. 5 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung - juris Rn. 30, vom 26. November 2003 - 4 ABR 54/02 - BAGE 109, 12 <16/17> und vom 12. Dezember 2006 - 1 ABR 13/06 - BAGE 120, 303 <306/307>). Für den vorliegenden Fall, in dem eine solche Entscheidung explizit und unter Beteiligung der Personalvertretung getroffen wurde, ist diese Rechtsprechung nicht von Belang.

- 21 Soweit in dem Beschluss des Senats vom 16. Mai 2006 (a.a.O. Rn. 12) in Bezug auf die dort fragliche Stelle hervorgehoben wurde, diese sei in ihrem Funktionsumfang und in ihrer Bedeutung nicht über das ausgeschriebene Maß hinaus aufgewertet worden, sollte hiermit ersichtlich nur begründet werden, dass ungeachtet der Vergütungshöhe nicht die Schwelle des § 88 Abs. 2 Nr. 1 HmbPersVG überschritten worden ist.
- 22 4. Anhaltspunkte für eine Mitbestimmungspflichtigkeit der Zulagengewährung aufgrund sonstiger gesetzlicher Tatbestände sind auf Grundlage der Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts nicht ersichtlich.

- 23 5. Zu der - vom Oberverwaltungsgericht offen gelassenen - Frage, ob die Mitbestimmung des Antragstellers auch gemäß § 88 HmbPersVG ausgeschlossen war, bedarf es keiner Entscheidung.

Neumann

Büge

Dr. Möller

Hahn

Prof. Dr. Hecker

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Personalvertretungsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquelle:

HmbPersVG § 87 Abs. 1 Nr. 4

Stichworte:

Personalvertretungsrecht; Eingruppierung; außertarifliche Zulage.

Leitsatz:

Eine im Einzelfall vorgenommene Gewährung außertariflicher Zulagen stellt grundsätzlich keine mitbestimmungspflichtige Eingruppierung dar.

Beschluss des 6. Senats vom 15. Mai 2012 - BVerwG 6 P 9.11

- I. VG Hamburg vom 07.06.2010 - Az.: VG 26 FL 27/09 -
- II. OVG Hamburg vom 30.05.2011 - Az.: OVG 8 Bf 209/10.PVL -