

Fiktive Laufbahnnachzeichnung – Ermessens- oder Rechtsfrage?

Dr. Torsten von Roettenken

Das Instrument einer Nachzeichnung der fiktiven Laufbahn von Beschäftigten ist inzwischen weit verbreitet und wird vielfach in seinen Voraussetzungen und den Modalitäten seiner Anwendung als grundsätzlich unstrittig eingestuft.¹ Der nachfolgende Beitrag will einerseits die Voraussetzungen und Anwendungsbedingungen dieses Instruments näher ausleuchten, andererseits verdeutlichen, dass für die Anwendung Unterschiede hinsichtlich der davon Betroffenen bestehen.

I. Ausgangspunkte

In der Rechtsprechung ist das Instrument einer Nachzeichnung der fiktiven Laufbahnentwicklung erstmals vom OVG NW² und nachfolgend vom BAG³ anerkannt worden. Ziel war es, für die von ihrer dienstlichen Tätigkeit freigestellte Personalratsmitglieder den Anforderungen von § 46 Abs. 3 S. 3 BPersVG 1974 i. V. m. den §§ 8, 107 S. 1 BPersVG 1974, abgelöst durch die §§ 10, 52 Abs. 1 S. 2 BPersVG 2021 bzw. dem vergleichbaren Landespersonalvertretungsrecht gerecht zu werden. Die genannten Regelungen verbieten eine Benachteiligung von – freigestellten – Personalratsmitgliedern, und zwar ausdrücklich auch in Bezug auf ihren beruflichen Werdegang bzw. ihre berufliche Entwicklung. In der Literatur ist das Instrument einer Nachzeichnung der fiktiven Laufbahnentwicklung schon früher vorgeschlagen worden.⁴

Das BVerwG⁵ hat dieses Instrument erstmals für einen Soldaten anerkannt, der als Personalratsmitglied vom Dienst freigestellt worden war. In der späteren Rechtsprechung und Literatur wird diese Nachzeichnung des beruflichen Werdegangs nicht selten mit der Nachzeichnung der dienstlichen Beurteilung gleichgesetzt bzw. die fiktive Nachzeichnung der letzten dienstlichen Beurteilung als Erfüllung des Benachteiligungsverbots eingestuft.⁶ Die gleiche Auffassung wird in Bezug auf Benachteiligungsverbote vertreten, wie sie sich aus § 25 BBG⁷ oder entsprechendem Landesbeamtenrecht ergeben.⁸

§ 78 S. 2 BetrVG verbietet jede Benachteiligung von Betriebsräten und schließt in dieses Verbot ebenfalls ihre berufliche Entwicklung ein. § 37 Abs. 4 S. 1 BetrVG verlangt, das Arbeitsentgelt von Mitgliedern des Betriebsrats dürfe einschließlich eines Zeitraums von einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit nicht geringer bemessen werden als das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer/innen mit betriebsüblicher beruflicher Entwicklung.

§ 107 S. 1 BPersVG 1974, §§ 10, 52 Abs. 1 S. 2 BPersVG 2021 und entsprechendes Landesrecht verzichten auf nähere Vorgaben dazu, auf welche Weise das dort aufgestellte Verbot der Benachteiligung realisiert wird.⁹ Gleiches gilt für das in § 179 Abs. 2 SGB IX enthaltene Benachteiligungsverbot in Bezug auf Vertrauenspersonen der schwerbehinderten Menschen. Gleichwohl kann als wohl h. M. angesehen werden, dass sich aus dem personalvertretungsgesetzlich geregelten Benachteiligungsverbot die Notwendigkeit ergeben soll, für freigestellte Organmitglieder eine fiktive Nachzeichnung ihrer beruflichen Entwicklung bzw. – nur – ihrer dienstlichen Beurteilung vorzunehmen.¹⁰

§ 37 Abs. 4 BetrVG, der jedenfalls für das Arbeitsentgelt eine Konkretisierung des Benachteiligungsverbot vornimmt,¹¹ hat

im BPersVG und in der Mehrzahl der Landespersonalvertretungsgesetze¹² keine Entsprechung. Erst recht fehlt es an personalvertretungsrechtlichen Vorschriften, die den Besonderheiten des Beamtenrechts Rechnung tragen. Hier ist die Höhe der Besoldung nahezu ausschließlich vom verliehenen statusrecht-

- 1) Vgl. zuletzt *Michaelis*, ZBR 2020, S. 397; *ders.*, RiA 2021, S. 167.
- 2) 24.6.1980 – 6 A 292/78 – RiA 1980, 219 = PersV 1982, 75.
- 3) 31.10.1985 – 6 AZR 129/83 – RiA 1986, 182 = PersV 1988, 406; 27.6.2001 – 7 AZR 496/99 – ZTR 2001, 576.
- 4) *Kanz*, PersV 1967, S. 82 (83); *Mayer*, PersV 19876, S. 361 (363); *Dietz/Richardi*, BPersVG, 2. Aufl., 1978, § 46 BPersVG, Rn. 66; vgl. *Löhr*, DÖD 1982, S. 169 (170).
- 5) 7.11.1991 – 1 WB 160/90 – ZBR 1992, 177 (178).
- 6) *Schnellenbach*, ZfPR 2002, S. 51; *Hebeler*, ZfPR 2015, S. 118 (119); *Michaelis*, ZBR 2020, S. 397; *Kathke*, RiA 2020, S. 9; *Lorse*, PersV 2020, S. 92; *Bodanowitz*, in: *Schnellenbach/Bodanowitz*, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und Richter, Stand Oktober 2020, Rn. 22a ff.; *Sommer*, in: *Ilbertz/Widmaier/Sommer*, BPersVG, 14. Aufl. 2018, § 46 BPersVG, Rn. 25a; BVerwG vom 16.12.2010, ZBR 2012, 32, Rn. 7; OVG NW vom 24.10.2017 – 1 B 1007/17 – IÖD 2017, 272, 274 f.; vom 7.3.2017 – 1 B 1355/16 – BGleIG-ES E.II.2.2.2, § 28 BGleIG 2015 Nr. 2; BT-Drs. 18/3784, S. 106 f.
- 7) OVG NW vom 5.10.2012 – 1 B 681/12 – ZBR 2013, 162 (163) = PersV 2013, 76 (77); *Grigoleit*, in: *Battis*, BBG, 5. Aufl. 2017, § 25 BBG, Rn. 3.
- 8) OVG NW vom 4.4.2007 – 6 B 57/07 – ZBR 2007, 421 (422); ebenso zur Folgenbeseitigung einer rechtswidrigen Entlassung aus dem Probebeamtenverhältnis VG Frankfurt a.M. 5.5.2014 – 9 K 4775/12.F – BGleIG-ES E.II.2.2, § 9 BGleIG Nr. 7.
- 9) *Hebeler*, ZfPR 2015, S. 118.
- 10) BAG vom 31.10.1985 – 6 AZR 129/83 – RiA 1986, 182 = PersV 1988, 406; vom 26.9.1990 – 7 AZR 208/89 – PersV 1991, 482; vom 15.5.2019 – 7 AZR 255/17 – NZA-RR 2020, 36, 38, Rn. 23; OVG RhLPf vom 20.8.2012 – 2 B 10673/12 – PersV 2013, 72 (74); vom 22.9.1995 – 10 A 10858/95 – PersV 1997, 30 (31); OVG NW vom 24.6.1980 – 6 A 292/78 – PersV 1982, 75; BayVG vom 28.7.2014 – 3 ZB 13.1642 – ZfPR 2015, 4 (5); *Fischer/Goeres/Gronimus*, in: *Gemeinschaftskommentar Öffentliches Dienstrecht*, hrsg. von *Franke/Weiß*, Stand Februar 2021, § 46 BPersVG, Rn. 59a; *Gronimus*, PersV 2010, S. 444 (447); *Ilbertz*, ZfPR 2015, S. 6; *Sommer*, in: *Ilbertz/Widmaier/Sommer* (Fn. 6), § 46 BPersVG, Rn. 25b; *Hebeler*, in: *Lorenzen/Gerhold/Schlatmann/Rehak/Hebeler/Ramm/Sachadae* (Lorenzen u. a.), BPersVG, Stand Februar 2021, § 46 BPersVG, Rn. 191; *Bamberger*, in: *BeckOK BPersVG*, hrsg. von *Ricken*, Stand 1.8.2020, § 46 BPersVG, Rn. 91; *Treiber*, in: *Richardi/Dörner/Weber*, BPersVG, 5. Aufl. 2020, § 46 BPersVG, Rn. 83; *Noll*, in: *Altwater/Baden/Baunack/Berg/Dierßen/Herget/Kröll/Lenders/Noll* (Altwater u. a.), BPersVG, 10. Aufl. 2019, § 46 BPersVG, Rn. 79; *Grünebaum*, in: *Laber/Pagenkopf*, Landespersonalvertretungsgesetz Nordrhein-Westfalen, 2017, § 42 LPVG NW, Rn. 25; *Vögelsang*, ZfPR 2016, S. 75 (76); ebenso zum Benachteiligungsverbot des § 22 Abs. 6 NGG NdsOVG vom 13.10.2017 – 5 ME 153/17 – DÖD 2018, 15 (18); ebenso zu § 25 BBG OVG NW vom 5.10.2012 – 1 B 681/12 – PersV 2012, 76 (77); sich mit der Aussage der Zulässigkeit eines solchen Verfahrens begnügend BVerwG vom 7.11.1991 – 1 WB 160.90 – ZBR 1992, 177 (178).
- 11) BAG vom 26.8.2020 – 7 AZR 345/18 – ZTR 2021, 167, 172 Rn. 41; vom 14.7.2010 – 7 AZR 359/09 – PersV 225 (227) = ZTR 2011, 56, 58, Rn. 30; vom 19.1.2005 – 7 AZR 208/04 – juris, Rn. 21; vom 15.1.1993 – 7 AZR 194/91 – ZTR 1993, 174; LAG SchlH vom 26.11.2019 – 2 Sa 103/19 – NZA-RR 2020, 146, 148, Rn. 50.
- 12) Eine § 37 Abs. 4 BetrVG entsprechende Regelung enthalten § 39 Abs. 3 BremPVG, § 39 Abs. 5 LPersVG RhLPf.