

**NÄHE
IST
UNSERE
STÄRKE**



Foto: fotobla © Gino Sanders

Ersatzmitgliedschaft

Brief zur Personalratsarbeit



dbb
beamtenbund
und tarifunion

Die rückwirkend zum 1. März 2020 in Kraft getretenen und bis zum 31. März 2021 geltenden Abweichungen sind im Personalratsbrief „Änderungen im BPersVG zur Nutzung audiovisueller Technik“ enthalten.

Was bedeutet „Ersatzmitglied“ und wer ist das eigentlich?

Eine Wahlbewerberin/ein Wahlbewerber, die/der nicht in den Personalrat gewählt wurde, weil sie/er (bei Personenwahl) oder die Liste, auf der sie/er aufgestellt war (bei Listenwahl) **nicht genügend Stimmen für einen Sitz im Personalrat** gewinnen konnte, wird dann als „Ersatzmitglied“ bezeichnet, wenn es für ein ordentliches Personalratsmitglied in den Personalrat eintritt; die Ersatzmitgliedschaft endet, sobald das von dem Ersatzmitglied vertretene Personalratsmitglied wieder imstande ist, das Amt selbst auszuüben (BVerwG 27.9.1984, ZBR 1985, 60). Wer von keinem einzigen Beschäftigten gewählt wurde, kann übrigens nicht als Ersatzmitglied herangezogen werden, denn nach § 31 Abs. 2 Satz 2 BPersVG tritt der nicht gewählte Beschäftigte „mit der nächst höheren Stimmenzahl“ als Ersatzmitglied ein. Davon kann aber nur gesprochen werden, wenn der nicht gewählte Beschäftigte **mindestens eine Stimme** erhalten hat.

Ein solcher „erfolgloser“ Bewerber erfüllt eine **wichtige Aufgabe**: Er springt bei zeitweiliger Verhinderung eines ordentlichen Personalratsmitglieds für die Dauer der Verhinderung als Ersatz ein bzw. rückt, wenn ein Personalratsmitglied aus dem Personalrat ausscheidet, auf Dauer in den Personalrat nach. Damit will der Gesetzgeber eine stets vollständige Besetzung des Personalrats zwecks kontinuierlicher Erfüllung seiner Aufgaben mit angemessener Personalausstattung sicherstellen (§ 31 Abs. 1 Satz 1 und 2 BPersVG).

Ist ein Ersatzmitglied „Mitglied zweiter Klasse“?

Keineswegs! Ein für ein ausgeschiedenes Personalratsmitglied nachgerücktes Ersatzmitglied wird **vollwertiges Mitglied mit allen Rechten und Pflichten** (BVerwG 1.10.2013, ZfPR 2014, 6). Dasselbe gilt auch für ein Ersatzmitglied, das für ein zeitweilig verhandeltes Personalratsmitglied nachrückt, hier allerdings nur für die Dauer der Vertretung. Das Ersatzmitglied nimmt seine Aufgaben in **eigener Verantwortung und unabhängig** wahr; insbesondere ist es nicht an Weisungen des von ihm vertretenen Personalratsmitglieds gebunden.

Ersatzmitglieder rücken allerdings **nicht in besondere Ämter** des ausgeschiedenen/verhinderten Personalratsmitglieds ein; denn diese Ämter sind auf Grund besonderen Vertrauens erworben worden (Vorsitz, Stellvertreter der Vorsitz, Gruppensprecher, Freistellung, Ausschussmitgliedschaft). Insoweit sind bei Ausscheiden etwa des Beamtensprechers oder im Fall seiner Verhinderung ad hoc **Nachwahlen erforderlich**, falls nicht der Personalrat oder die Gruppe für diesen Fall bereits vorsorglich entsprechende Vertretungsregelungen beschlossen hat. Auch ein nur vorübergehend in den Personalrat einrückendes Ersatzmitglied kann aber zum Gruppensprecher gewählt werden (so neuerdings entgegen der bisher h.M. in der Literatur VGH Bayern 14.4.2015 – 18 P 14.2564, juris).

Wie läuft „das Einrücken in den Personalrat“ konkret ab?

Die Namen der nicht gewählten Bewerberinnen/Bewerber gehören nicht zum Wahlergebnis und werden daher nicht mit ihm bekanntgegeben (BVerwG 23.10.2003, ZfPR 2004, 3). Das Ersatzmitglied erfährt daher in der Regel über die **Ladung zur Sitzung** von seinem Eintritt in den Personalrat. Zuständig für die Ladung ist der Personalratsvorsitzende. Er muss das Ersatzmitglied laden, wenn er von der Verhinderung eines ordentlichen Personalratsmitglieds weiß. In der Regel teilt dieses selbst dem Vorsitzenden seine Verhinderung mit. Aber auch dann, wenn der Vorsitzende auf andere Weise – über Kollegen oder einen von dem verhinderten Personalratsmitglied beauftragten Dritten – von der Verhinderung erfährt, muss er das Ersatzmitglied laden, selbst wenn dies erst nach der Ladung der übrigen Personalratsmitglieder der Fall ist. Er muss dies **unverzüglich und unter Mitteilung der Tagesordnung** tun – wie bei den ordentlichen Personalratsmitgliedern. Er darf dabei ein Ersatzmitglied nicht mit der Ladung darauf verweisen, es könne die Tagesordnung im Personalratsbüro abholen oder bei Sitzungsbeginn im Tagungsraum erhalten. Auf einer solchen Ladung beruhende Beschlüsse sind unwirksam (VGH Bayern 16.10.2014, ZfPR online 3/2015, S. 5). Bei sehr kurzfristigem Bekanntwerden der Verhinderung kann der Personalratsvorsitzende ggf. mündlich/telefonisch/per E-Mail Sitzungstermin und Tagesordnung bekannt geben (BVerwG 24.10.1975, ZBR 1976, 195).

Selbst wenn aber eine Ladung unterbleibt, rückt das Ersatzmitglied automatisch, nämlich **kraft Gesetzes**, in den Personalrat ein und darf insbesondere auch ungeladen an der Personalratssitzung teilnehmen. Wird deshalb ein **falsches Ersatzmitglied** vom Vorsitzenden als Nachrücker festgelegt und/oder das zuständige Ersatzmitglied nicht zur Sitzung geladen oder ihm die Teilnahme an der Sitzung verwehrt, so kann das Ersatzmitglied ebenso wie jedes andere Personalratsmitglied ein entsprechendes verwaltungsgerichtliches Beschlussverfahren (ggf. einstweilige Verfügung) einleiten.

Und wie wird das zuständige Ersatzmitglied bestimmt?

Die Reihenfolge des Eintretens ergibt sich unmittelbar und **ausschließlich aus dem Gesetz**. Hier ist zwingend danach zu unterscheiden, ob Verhältnis-(Listen-)Wahl oder Personen-(Mehrheits-)Wahl durchgeführt wurde (§ 31 Abs. 2 BPersVG). Bei Personenwahl tritt der nicht gewählte Bewerber derselben Gruppe mit der höchsten Stimmenzahl ein. Bei Verhältniswahl rücken die Wahlbewerber derselben Liste, der das verhinderte Personalratsmitglied entstammt, in der Reihenfolge ihrer Nennung auf dem Wahlvorschlag nach. Ist diese **Liste erschöpft**, tritt kein Ersatzmitglied ein. Es darf – anders als im BetrVG – **nicht auf eine andere Liste zurückgegriffen** werden, selbst dann nicht, wenn der Wahlvorschlag von vornherein weniger Bewerber aufführte als in § 8 BPersVVO empfohlen (BVerwG 19.2.2013, ZfPR online

4/2013, S. 15). Hat ausnahmsweise Gemeinschaftswahl stattgefunden, rückt der jeweils nächste Bewerber derjenigen Gruppe nach, der das verhinderte Personalratsmitglied angehört. Bei Stimmgleichheit entscheidet stets das Los. Wechselt ein potentielles Ersatzmitglied nach der Wahl die Gruppe, so bleibt es dennoch Ersatzmitglied für diejenige Gruppe, für die es kandidiert hat.

Wann ist ein Personalratsmitglied nun zeitweilig verhindert?

Kann ein Personalratsmitglied sein **Mandat nicht ausüben** oder **ist ihm die Amtsausübung unzumutbar** (VGH Bayern 14.9.1988, PersV 1989, 536), so ist es „zeitweilig verhindert“. Dies kann der Fall sein aus **tatsächlichen Gründen** (Urlaub, Krankheit, Dienstreise, Dienstbefreiung, Ableistung von Grundwehr- oder Ersatzdienst, Freistellung zum Abbau von Überstunden) oder aus **rechtlichen Gründen** (Ruhen der Mitgliedschaft, Freistellung wegen Kündigungsschutzprozess, VG München 28.11.2007 – M 20 PE 07.5133, juris). Auch die Elternzeit ohne verbleibende Teilzeitbeschäftigung führt als Fall der Beurlaubung zur Verhinderung (Vogelgesang, ZfPR 2010, 24).

Ein zeitweilig verhindertes Personalratsmitglied darf keine Personalratsstätigkeit ausüben: eine Sitzungsteilnahme trotz Verhinderung stellt eine **Pflichtverletzung** dar (VG Köln 21.11.2014 – 33 K 6754/13.PVB, juris). Beantragt ein Personalratsmitglied die Aufhebung bewilligten Erholungsurlaubs, um an der Sitzung teilnehmen zu können, genügt hierzu nicht die dies bewilligende Entscheidung des unmittelbaren Vorgesetzten, sondern die Aufhebung des Urlaubs durch die zuständige Stelle muss vor Sitzungsbeginn erfolgt und dem Beschäftigten bekannt gegeben worden sein (VG Köln, a.a.O.).

Auch das BAG nimmt bei **Erholungsurlaub** eine zeitweilige Verhinderung des Betriebsratsmitglieds an; es handele sich hier aber lediglich um eine „Vermutung“ der Amtsunfähigkeit des Betriebsratsmitglieds, die das Mitglied widerlegen könne, indem es seine Bereitschaft zur Amtsausübung anzeigt (BAG 8.9.2011, ZBVR online 4/2012, S. 2). Dem sind die Verwaltungsgerichte für das Personalvertretungsrecht zu Recht nicht gefolgt (ausdrücklich VG Köln 28.3.2014, ZfPR 2015, 43), denn es widerspräche den Grundsätzen des § 31 BPersVG, wenn das Mitglied nach eigener Einschätzung bestimmen könnte, ob es zur Teilnahme an der Personalratsitzung in der Lage ist oder nicht (VGH Bayern 23.7.2003, ZfPR 2003, 338). Deshalb führt auch die **krankheitsbedingte Dienst-/Arbeitsunfähigkeit** zwingend zur zeitweiligen Verhinderung und ist nicht davon abhängig, ob das Personalratsmitglied sich subjektiv zur Wahrnehmung seines Personalratsamtes in der Lage fühlt: Hat ein Personalratsmitglied sich dienstlich krankgemeldet, hat der Personalratsvorsitzende von seiner Verhinderung auszugehen und muss das zuständige Ersatzmitglied laden. Verhinderung wegen **persönlicher Betroffenheit** (Befangenheit) liegt vor, wenn eine Maßnahme in die persönliche Rechtsstellung des Personalratsmitglieds eingreift (z.B. Beförderung, Höhergruppierung), nicht aber bei

organisatorischen Maßnahmen des Personalrats (z. B. Wahl zum Vorsitzenden, Beschluss über Freistellung. Näheres im dbb-Personalratsbrief Beschlussfassung).

Eine zeitweilige (objektive) Verhinderung liegt aber **nicht** vor, wenn ein Personalratsmitglied aus **persönlichen Beweggründen** (z. B. Verärgerung) einer Sitzung fern bleibt.

Ist auch der vom Personalratsvorsitzenden als **Ersatzmitglied heranzuziehende Bewerber „verhindert“**, gilt für die rechtsfeste Feststellung der Verhinderung dasselbe wie für die Feststellung der Verhinderung ordentlicher Personalratsmitglieder. Ist tatsächlich Verhinderung gegeben, ist das nächstzuständige Ersatzmitglied zu laden. Sind keine Ersatzmitglieder mehr vorhanden (ist also bei Listenwahl die Wahlvorschlagsliste, der das zu vertretende Ersatzmitglied angehört, erschöpft), so bleibt der Platz im Personalrat frei; ein Übergreifen auf eine andere Liste ist unzulässig.

Gibt es eine Mindestdauer für die Annahme einer Verhinderung?

Im Prinzip nein. Auch bei einer nur kurzzeitigen Verhinderung **etwa für eine Sitzung** oder ggf. auch nur für **einen einzigen Tagesordnungspunkt** (z.B. bei Befangenheit) oder eine sonstige Einzelmaßnahme des Personalrats (z. B. Monatsgespräch, Unfalluntersuchung) ist das Ersatzmitglied zu laden. Keine Verhinderung liegt allerdings bei **unvorhersehbarer, ganz kurzfristiger Abwesenheit** vor, etwa während der Führung eines dringenden Telefongesprächs oder beim Verlassen der Sitzung, um ein ad hoc notwendig gewordenes Dienstgeschäft zu erledigen.

Hat es Konsequenzen, wenn ein falsches Ersatzmitglied oder gar keines zur Vertretung herangezogen wird?

Erhebliche! Dann ist der **Personalrat falsch besetzt** und ein in dieser Sitzung gefasster **Beschluss unwirksam**. Denn ein Beschluss ist fehlerhaft, wenn er mit einer zwingenden gesetzlichen, insbesondere auch personalvertretungsrechtlichen Regelung kollidiert. § 31 BPersVG, der die ordnungsgemäße Besetzung des Personalrats regelt, ist eine solche **abschließende und zwingende Regelung** (BVerwG 24.10.1975, ZBR 1976, 195). Abweichungen sind deshalb nicht möglich und können weder durch Beschluss des Personalrats, selbst wenn dieser einstimmig ist, noch durch die Geschäftsordnung abweichend geregelt werden.

Hieraus folgt, dass Personalratsbeschlüsse, die in einer Sitzung gefasst werden, an der in Urlaub befindliche Personalratsmitglieder statt der richtigerweise zu ladenden bzw. ohne weiteres teilnahmeberechtigten Ersatzmitglieder teilnehmen, wegen fehlerhafter Besetzung des Personalrats rechtswidrig sind. Unwirksam ist ein Beschluss jedenfalls dann, wenn der

Personalratsvorsitzende von der Verhinderung Kenntnis hatte und gleichwohl kein Ersatzmitglied oder ein unzuständiges geladen hat. Ist ein Personalratsmitglied demgegenüber plötzlich verhindert und kann der Vorsitzende trotz angemessener Bemühungen das zuständige Ersatzmitglied nicht mehr laden, so bleibt die Beschlussfassung zulässig (BVerwG 24.10.1975, a.a.O.). **Fehler bei der Ladung** können sich im Übrigen unter Umständen als **grobe Pflichtverletzung** des Vorsitzenden darstellen.

Wie kann das Ersatzmitglied den Anforderungen gerecht werden?

Mit dem Eintritt des Vertretungsfalles und für dessen Dauer ist das Ersatzmitglied in gleicher Weise und in demselben Umfang wie alle anderen Personalratsmitglieder zu **unterrichten**. Bei kurzfristigem Eintreten ist der Personalratsvorsitzende deshalb verpflichtet, ein bei dem Ersatzmitglied eventuell bestehendes **Informationsdefizit in der Sitzung auszugleichen**, indem er Beratungsgegenstand und aktuellen Sachstand besonders erläutert. Es ist aber nicht zulässig, Ersatzmitglieder, selbst wenn diese mit Unterbrechungen immer wieder zur Vertretung herangezogen werden, fortlaufend zu unterrichten. Dies verstieße gegen die Schweigepflicht (§ 10 BPersVG). Die Unterrichtung ist stets auf die während der aktuellen Vertretung zu behandelnden Angelegenheiten beschränkt.

Rückt ein Bewerber **endgültig** für ein ausgeschlossenes Mitglied in den Personalrat nach, hat er **Anspruch auf Schulung** wie die anderen Personalratsmitglieder. Bezüglich des Schulungsanspruchs **vorübergehend nachgerückter Ersatzmitglieder** gehen die Meinungen auseinander. Nach zutreffender Auffassung (z. B. BfM RdSchr. 28.4.2008, GMBI 406) sind auch vorübergehend nachgerückte Ersatzmitglieder zu schulen, wenn das für die Gewährleistung der Arbeitsfähigkeit des Personalrats **erforderlich** ist. Dies kann der Fall sein bei außergewöhnlich langer Vertretungsdauer oder wenn das Ersatzmitglied wegen eines vorderen Listenplatzes ähnlich häufig wie ordentliche Personalratsmitglieder herangezogen werden wird (enger BVerwG 7.7.1993, ZfPR 1993, 184: nur bei endgültigem Nachrücken bzw. wenn und solange das Ersatzmitglied ein verhandeltes Personalratsmitglied vertritt).

Und wie steht es mit dem Schutz der Ersatzmitglieder?

Der zur Vertretung hinzugezogene Bewerber ist Ersatzmitglied nicht nur für die Dauer der einzelnen konkret anfallenden Amtsgeschäfte (z.B. Personalratssitzung). Die Wahrnehmung des Mandates in Vertretung des ordentlichen Personalratsmitglieds dauert vielmehr **so lange wie dessen Verhinderung**, denn das Ersatzmitglied erwirbt für diese Zeitspanne das Mandat als solches (vgl. zum BetrVG BAG 8.9.2011, ZBVR *online* 4/2012, S. 2). Deshalb ist das Ersatzmitglied während der gesamten Vertretungsdauer ebenso wie ein ordentliches Personalratsmitglied vor **ordentlichen Kündigungen** geschützt.

Hat das Ersatzmitglied in der Vertretungszeit auch tatsächlich konkrete Personalratsaufgaben wahrgenommen (zum BetrVG BAG 19.4.2012, ZBVR *online* 2/2013, S. 5), wirkt dieser Kündigungsschutz noch ein ganzes Jahr nach. Auch eine **außerordentliche Kündigung** ist während der Vertretungsdauer nur unter den erschwerten Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 KSchG möglich, d.h. nur wenn der Personalrat seine Zustimmung erteilt oder, bei Verweigerung der Zustimmung durch den Personalrat, das vom Dienststellenleiter angerufene Verwaltungsgericht die Zustimmung ersetzt. Das wird das Gericht nur dann tun, wenn die außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist. **Versetzungen, Umsetzungen oder Abordnungen** sind während der Vertretungsdauer gegen den Willen des Ersatzmitglieds nur zulässig, „wenn sie auch unter Berücksichtigung der Mitgliedschaft im Personalrat aus wichtigen dienstlichen Gründen unvermeidbar sind“ (§ 47 Abs. 2 BPersVG). Dieser Schutz hat keine Nachwirkung, sondern gilt nur für die Dauer des konkreten Vertretungsfalles und nicht für die Zeit zwischen den Vertretungsfällen.

Stand: 9/2015 | Die vorstehenden Ausführungen beschreiben die Rechtslage nach dem BPersVG. Aus dem Landespersonalvertretungsrecht können sich Abweichungen ergeben.



Herausgegeben von der Bundesleitung des
dbb beamtenbund und tarifunion
Friedrichstraße 169/170, 10117 Berlin

Internet www.dbb.de/themen/mitbestimmung
Facebook facebook.com/dbb.online
Twitter twitter.com/dbb_news