

Die Beteiligung des Personal-(Betriebs-)rats bei der Anordnung von Sonderformen der Arbeit und Bereitschaftszeiten

Von Dr. Wilhelm Wahlers, Bonn

1. Die personal-(betriebsverfassungs-) rechtlichen Grundlagen für die Beteiligung des Personal-(Betriebs-)rats

Wechselschichtarbeit, Schichtarbeit, Nachtarbeit, Mehrarbeit, Überstunden sowie Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft sind Sonderformen der Arbeit (§ 7 TVöD¹), zu deren Leistung die Beschäftigten im Rahmen begründeter dienstlicher/betrieblicher Notwendigkeiten ebenso wie zur Leistung von Sonntags- und Feiertagsarbeit oder zur Leistung von Bereitschaftszeiten verpflichtet sind (§§ 6 Abs.5, 9 TVöD). Die Konkretisierung dieser individuellen Arbeitspflicht obliegt aufgrund seines Direktionsrechts (Weisungsrechts) dem Dienststellenleiter/Arbeitgeber, der aber bei entsprechenden Anordnungen an die Grenzen des billigen Ermessens (§ 315 Abs.1 BGB) gebunden ist und die Mitbestimmungstatbestände des Personalvertretungs-(Betriebsverfassungs-)rechts als „gleichberechtigte Teilnahmerechte an der Entscheidungsfindung“² zu beachten hat.

Ungeachtet der großen Bedeutung der einzelnen Sonderformen der Arbeit für die Alltagspraxis gerade auch des öffentlichen Dienstes, die der Geltungsbereich der neuen Tarifverträge verdeutlicht, haben Bundes- und Landesgesetzgeber bislang keine Veranlassung gesehen, hinsichtlich der Beteiligung der Personalvertretungen eine Anpassung des Personalvertretungsrechts an das Tarifvertragsrecht vorzunehmen³ mit der Folge, dass es bis in die jüngste Gegenwart hinein immer wieder zwischen Dienststellen und Personalräten zu Auseinandersetzungen über Fragen der Mitbestimmung bei der Arbeitszeitgestaltung und -organisation gekommen und bis heute auf zahlreiche Fragen keine abschließende Antwort gefunden worden ist. Im Laufe der Zeit war auch die Rechtsprechung von BAG und BVerwG häufiger Änderungen unterworfen, bei denen insbesondere das BVerwG immer wieder Rechtsauffassungen des BAG zum BetrVG übernommen hat.

Nach § 75 Abs.3 Satz 1 BPersVG und den entsprechenden Bestimmungen der Personalvertretungsgesetze der Länder sowie § 87 Abs.1 Nr.2 BetrVG hat der Personal-(Betriebs-)rat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, ggfs durch Abschluss von Dienstvereinbarungen mitzubestimmen über „Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage“.

Dieses Mitbestimmungsrecht des Personalrats wird in § 75 Abs.4 BPersVG,

„wenn für Gruppen von Beschäftigten die tägliche Arbeitszeit (Abs.3 Nr.1) nach Erfordernissen, die die Dienststelle nicht voraussehen kann, unregelmäßig und kurzfristig festgesetzt werden muss, auf die Grundsätze für die Aufstellung der Dienstpläne, insbesondere für die Anordnung von Dienstbereitschaft, Mehrarbeit und Überstunden,“ beschränkt.

Nach § 87 Abs.1 Nr.3 BetrVG) erstreckt sich das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auch

„auf die vorübergehende Verkürzung oder Veränderung der betriebsüblichen Arbeitszeit“. Eine entsprechende Regelung enthält das BPersVG nicht; das BetrVG wiederum enthält keine § 72 Abs.4 BPersVG entsprechende Regelung, die kein eigener Mitbestimmungstatbestand ist, sondern, wie sich aus der Bezugnahme auf § 75 Abs.3 Nr.1 ergibt, das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts voraussetzt.⁴

Die Mitbestimmungstatbestände „Maßnahmen zur Verhütung von Dienst- und Arbeitsunfällen und sonstigen Gesundheitsschädigungen (§ 75 Abs.3 Nr.111 BPersVG) bzw. „Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften“ (§ 87 Abs.1 Nr.7 BetrVG) kommen neben allen Maßnahmen der Unfallverhütung und des Gesundheitsschutzes insbesondere auch bei Ausgleichsmaßnahmen für Nachtarbeit in Betracht.⁵

Die vorstehend wiedergegebenen personalvertretungs- (betriebsverfassungs-) rechtlichen Regelungen gelten mangels ausdrücklicher entsprechender Mitbestimmungstatbestände – abgesehen von den partiellen Mitbestimmungsregelungen bei der Anordnung von Überstunden, Mehrarbeit und Kurzarbeit in einzelnen Landespersonalvertretungsgesetzen – auch für die Anordnung von Sonderformen der Arbeit, bei denen jeweils geprüft werden muss, inwieweit sich ein Sachverhalt einem Mitbestimmungstatbestand zuordnen lässt. Da § 75 Abs.3 Satz 1 BPersVG und § 87 Abs.1 Nr.2 BetrVG im Wortlaut weitgehend übereinstimmen und sachliche Gründe eine unterschiedliche Interpretation nicht erfordern, sind sie übereinstimmend auszulegen.⁶ Das BVerwG hat dem dadurch Rechnung getragen, dass es bei verschiedenen Mitbestimmungstatbeständen unter Aufgabe der bisher von ihm



Dr. Wilhelm Wahlers

Jurist, Verwaltungsbeamter, ab 1966 Kanzler der Universitäten Gießen und Bonn, 1986–1990 ehrenamtlicher Richter für Personalvertretungssachen am OVG NW, im Ruhestand mit der Aufgabe des Kanzlers an der Bergakademie Freiberg/Sachsen betraut, seit 1981 Autor zu personalvertretungsrechtlichen Themen in der PersV

vertretenen Auffassung die Rechtsprechung des BAG zum BetrVG übernommen hat. Dennoch bleibt festzustellen, dass sich die Rechtsprechung beider Gerichte mit der Anwendung der Mitbestimmungstatbestände auf Fragen der Arbeitszeit schwer getan und häufiger Änderungen erfahren hat. Auch das Schrifttum ist bis heute unterschiedlicher Auffassung in der Grundsatzfrage, ob sich das Mitbestimmungsrecht des Personal- (Betriebs-)rats allein auf die Aufstellung von Regeln, eine Regelung und/oder die Schaffung einer Ordnung bezieht oder ob dem Personal- (Betriebs-)rat ein Mitbestimmungsrecht bei der Gestaltung auch einer einzelnen Maßnahme der Arbeitszeitgestaltung zusteht, so dass sie als mitbestimmungspflichtige Angelegenheit ohne sein Einverständnis nicht durchgeführt werden kann.⁷

2. Beteiligung des Personal-(betriebs-)rats nur bei kollektiven Regelungen?

Das Mitbestimmungsrecht der Personalvertretung bei Fragen der Arbeitszeitgestaltung und -organisation kann sich, wie als herrschende Auffassung im Schrifttum ausgeführt wird und auch das BVerwG zum Ausdruck gebracht hat, „seinem Sinngehalt nach“ nur auf generelle Regelungen beziehen.⁸ Das BVerwG und mit ihm übereinstimmend das BAG haben immer wieder betont, dass sich das Mitbestimmungsrecht des § 75 Abs. 3 Nr. 1 BPersVG ebenso wie das des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG nur auf kollektive Tatbestände bzw. auf Maßnahmen mit kollektivem Bezug beziehe; es gelte nicht für individuelle Regelungen. Nicht das Wohl einzelner, sondern das aller Beschäftigten hat das BVerwG als „Richtschnur personalvertretungsrechtlichen Handelns“ bezeichnet.⁹ In der früheren Rechtsprechung ist diese Voraussetzung für Regelungen bejaht worden, die für die Beschäftigten einer Dienststelle insgesamt oder für eine Gruppe von Beschäftigten die tägliche Arbeitszeit festlegen und dabei ihre Verteilung auf die Wochentage vornehmen.¹⁰ Ein kollektiver Tatbestand sollte in jedem Fall dann vorliegen, wenn „nach den konkreten Umständen die Maßnahme an eine nach objektiven Gesichtspunkten allgemein und umfassend bestimmbare Gruppe gerichtet ist“, wobei unter Gruppe nicht schon jede beliebige Mehrzahl von Beschäftigten verstanden wurde, sondern nur ein funktional abgrenzbarer Teil der Beschäftigten einer Dienststelle.¹¹ Diese Rechtsprechung hat das BVerwG in der Folgezeit zwar aufgegeben, an der Notwendigkeit eines kollektiven Tatbestandes jedoch insofern festgehalten, als es den Zweck der Mitbestimmung als Mittel kollektiven Schutzes (nur) dann für vorliegend erachtet hat, wenn die streitige Maßnahme eine Regelung enthält, die die – kollektiven – Interessen der Beschäftigten unabhängig von der Person und den individuellen Wünschen des einzelnen Betroffenen „berührt“. Die Zahl der betroffenen Beschäftigten soll demgegenüber nicht erheblich, sondern allenfalls ein Indiz sein.¹² Das BVerwG hat sich damit unter ausdrücklicher Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung¹³ der Rechtsprechung des BAG angeschlossen, das schon früher die Auffassung vertreten hatte, eine mitbestimmungsfreie einzel-

vertragliche Regelung liege dann nicht vor, wenn mit dieser – auch auf Wunsch des Arbeitnehmers – nicht individuellen Besonderheiten, sondern einem betrieblichen Regelungsbedürfnis Rechnung getragen werden solle; ein derartiger kollektiver Tatbestand könne bei derartigen Fallgestaltungen auch in einem individuellen Einzelfall bestehen.¹⁴ Diese Auffassung wird weitgehend auch im Schrifttum zum Personalvertretungsrecht und zum Betriebsverfassungsrecht geteilt.¹⁵ Gleichwohl fordert sie zum Widerspruch heraus; dem Personalvertretungsrecht ist ebenso wie dem BetrVG der Begriff des Kollektivinteresses fremd; auch ein „kollektives Interesse“, was auch immer darunter verstanden werden mag, lässt sich nicht von individuellen Interessen lösen.

Nach der zum Initiativrecht des Personalrats ergangenen Entscheidung des BVerwG vom 24.10.2001¹⁶ dürfte nicht mehr in Frage gestellt werden können, dass auch die Wahrnehmung individueller Interessen zum gesetzlichen Aufgabenbereich der Personalvertretung (des Betriebsrats) gehört. Aufgrund der in dieser Entscheidung vom BVerwG zum gesetzlichen Aufgabenbereich der Personalvertretung vertretenen Auffassung dürfte sich die bisherige, als Richterrecht ohne explizite gesetzliche Grundlage entwickelte Rechtsprechung zum kollektiven Tatbestand oder Bezug als ungeschriebener Voraussetzung der Mitbestimmung nicht aufrechterhalten lassen. Es ist kaum verständlich, dass der 6. Senat in seinen Beschlüssen vom 18.2.2002 – 6 P 17.01¹⁷ – und 12.9.2005 – 6 P 1.05¹⁸ – die Entscheidung vom 24.10.2001 völlig ignoriert und daher auch einer Auseinandersetzung mit den sich aus deren Begründung ergebenden Fragen des Schutzes der Individualinteressen bei der Arbeitszeitgestaltung und -organisation aus dem Wege gegangen ist.

Die Ausführungen des BVerwG zum notwendigen kollektiven Bezug lassen sich selbst dann nicht mit dem Beschluss vom 24.10.2001 in Einklang bringen, wenn berücksichtigt wird, dass die Entscheidung zu der gesetzlichen Regelung des § 66 Abs. 4 Satz 1 NWPersVG und damit zu einer landesrechtlichen Regelung ergangen ist.¹⁹ Unabhängig nämlich vom Wortlaut dieser landesrechtlichen Regelung stellt der Senat allgemein fest, dass die Wahrnehmung der Interessen einzelner Beschäftigter auch gesetzssystematisch zu den Aufgaben der Personalvertretung gehört und folgert aus § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 KSchG, dass arbeitsrechtlicher Individualrechtsschutz und personalvertretungsrechtliche Interessenwahrnehmung einander ergänzen, da die Einwendungen der Personalvertretung gegen eine Kündigung unter den dort normierten Voraussetzungen zu den Tatbestandsmerkmalen gehörten, von denen die Rechtsfolge der sozial ungerechtfertigten Kündigung abhängig sei. Schon in vorangegangenen Entscheidungen, die zwar zum Berliner PersVG ergangen waren, aber ausdrücklich das BPersVG in Bezug nahmen, hatte der Senat dem Personalrat bei Versetzungen, Abordnungen und Umsetzungen das Recht zugestanden, in seiner Entscheidung auch dem Schutz individueller Interessen Rechnung zu tragen.²⁰ Der Schutzzweck dieser Bestimmungen erschöpfe sich nicht in der Wahrung kollektiver Interessen, sondern der Personalrat könne seine Zustimmungsverweigerung mit individuellen Belangen

der Beschäftigten begründen, wenn und soweit er fürsorgliche Gesichtspunkte von nicht unerheblichem Gewicht geltend mache. Die Wahrung von Einzelinteressen gehöre, wie in dem Beschluss vom 24.10.2001 resümiert wird, zu den Aufgaben des Personalrats als Repräsentant der Gesamtheit der Beschäftigten der Dienststelle selbst dann, wenn der einzelne Beschäftigte die Möglichkeit habe, seine Ansprüche gegenüber dem Dienstherrn geltend zu machen und gerichtlich durchzusetzen. Für den Senat war in dieser Entscheidung der Gleichbehandlungsgrundsatz, dem für die Arbeit des Personalrats „überragende Bedeutung“ zukomme, das „Bindeglied zwischen der individualrechtlichen und der kollektiven Betrachtungsweise“. Diese generellen Aussagen beziehen und beschränken sich nicht nur auf das NWPersVG, sondern sind allgemeiner Art und haben daher auch für das BPersVG Gültigkeit.²¹

Offensichtlich hat es dem Senat an Mut gefehlt, den letzten entscheidenden Schritt zu tun und das von der Rechtsprechung ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage entwickelte und schon aus diesem Grund fragwürdige Dogma des kollektiven Bezugs einer Maßnahme über Bord zu werfen, obwohl der Zweck des Mitbestimmungstatbestandes der §§ 75 Abs.3 Nr.1 BPersVG, 87 Abs. Abs.1 Nr.3 BetrVG – Schutz der Beschäftigten vor übermäßiger, die Gesundheit belastender Inanspruchnahme, Überwachung der Einhaltung der arbeitszeitrechtlichen Bestimmungen sowie Durchsetzung der berechtigten Interessen der Beschäftigten an der Lage und der gleichmäßigen Verteilung ihrer Arbeitszeit und damit der Möglichkeit ihrer Freizeitgestaltung – gerade auch den individuellen Interessen einzelner Beschäftigter Rechnung tragen will. Vom Schutzzweck der Bestimmung her ist nicht nachzuvollziehen, dass diese Aufgabe des Personalrats bei zwei Beschäftigten, nach Auffassung des BAG sogar bei einem Beschäftigten, wegen des – angeblichen, vielleicht auch nur konstruierten – kollektiven Bezugs (noch) bejaht wird, ein einzelner Beschäftigter darauf aber keinesfalls Anspruch haben soll, wenn es unabhängig von deren Gewichtung (nur) um die Wahrung seiner Individualinteressen geht. Gerade auch bei der Wahrung individueller Interessen im Rahmen der Arbeitszeitgestaltung und -organisation kann der kritischen Unterstützung der Personalvertretung (des Betriebsrats) gegenüber dem Dienststellenleiter (Arbeitgeber) im Hinblick auf den Schutzzweck der Mitbestimmungsregelung, wie das BVerwG im Beschluss vom 6.10.1992²² ausgeführt hat, insbesondere bei der Anordnung von Überstunden und Mehrarbeit sowie von Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft eine besondere Bedeutung zukommen. Zu Recht hat der Senat der Zahl der von einer Regelung Betroffenen keine grundsätzliche Bedeutung beigemessen, sondern diese nur als Indiz für einen möglichen kollektiven Bezug angesehen, und das BAG hat unter der Voraussetzung des kollektiven Bezugs ein Mitbestimmungsrechts auch dann bejaht, wenn nur für einen einzelnen Mitarbeiter Überstunden angeordnet werden sollen.²³ Weshalb aber für eine im Individualinteresse liegende Regelung – man denke nur an die Schwierigkeiten, der sich weibliche Beschäf-

tigte mit Kindern durch den Kita-Streik ausgesetzt sahen oder sich auch für einen einzelnen aus den Verkehrsverhältnissen bei An- und Abfahrt ergeben können – mitbestimmungsfrei sein soll, lässt sich, wie auch das BVerwG einräumt, aus dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung nicht entnehmen. Derartige Sachverhalte verdeutlichen aber, dass auch der einzelne Beschäftigte auf die Unterstützung und Hilfe der Personalvertretung (des Betriebsrats) angewiesen ist, wenn der Schutzzweck des Mitbestimmungstatbestandes, gegenüber dem Dienststellenleiter (Arbeitgeber) die Interessen und Bedürfnisse der Beschäftigten an einer sachgerechten Arbeitszeitregelung umfassend zur Geltung zu bringen, das notwendige Gewicht erhalten soll. Ohnehin stellt sich die Frage, ob nicht auch jede im individuellen Interesse getroffene Maßnahme notwendiger Weise allein deswegen die Belange anderer Beschäftigter berührt, weil auch im Einzelfall geprüft werden muss, ob und inwieweit sie Auswirkungen auf den Dienstbetrieb oder Betriebsablauf hat und schon damit der kollektive Bezug bedingt ist, auf den die Rechtsprechung bislang nicht glaubte verzichten zu können.²⁴ Wenn schon das Einvernehmen des Beschäftigten mit der Festlegung der Arbeitszeit oder die freiwillige Bereitschaft zur Leistung von Überstunden und damit der Verzicht der/des betroffenen Beschäftigten auf den Schutzzweck der Mitbestimmung die Mitbestimmungspflichtigkeit der entsprechenden Anordnung nicht ausschließt, weil für das Bestehen eines Mitbestimmungstatbestandes die Einstellung des Beschäftigten zu der fraglichen Maßnahme ohne Bedeutung ist,²⁵ sollte umso weniger an dem sich aus dem Gesetz nicht unmittelbar ergebenden und bei nur einem oder auch zwei Beschäftigten wenig überzeugend wirkenden Erfordernis des kollektiven Bezugs festgehalten werden, zumal das BAG im Beschluss vom 10.2.1988 die Mitbestimmungsregelungen ausdrücklich als „Arbeitnehmerschutzbestimmungen“ interpretiert hat.²⁶ Es ist schlicht unzutreffend und bleibt unverstänlich, wenn das BVerwG im Beschluss vom 12.9.2005 ausführt, dass „bei individuellen Wünschen der Beschäftigten die Notwendigkeit personalvertretungsrechtlichen Schutzes gegen die übermäßige zeitliche Belastung nicht gegeben oder jedenfalls in zu vernachlässigender Weise gering“ ist.²⁷ Es ist unerfindlich, weshalb das BVerwG dem Schutz des Einzelnen keine Bedeutung zukommen lassen will und ihn für unerheblich erklärt. Selbst wenn die gleitende Arbeitszeit viele Probleme entschärft haben sollte, dürfte es Sachverhalte geben, die die Beteiligung des Personalrats bei der Arbeitszeitgestaltung und -organisation gerade auch im Einzelfall notwendig erscheinen lassen.²⁸ Nicht ohne Grund hat der Senat in der Entscheidung zum individuellen Initiativrecht ausgeführt, dass der Schutzzweck der Mitbestimmung, wie bereits in Zusammenhang mit den Tatbeständen der Versetzung, Abordnung und Umsetzung entschieden worden war,²⁹ sich nicht in der Wahrnehmung kollektiver Interessen erschöpft, sondern auch den Schutz individueller Interessen der von einer Maßnahme in ihrem dienstlichen und privaten unmittelbar betroffenen Beschäftigten umfasst, sofern der Personalrat fürsorgliche Gesichtspunkte von nicht unerheblichem Gewicht geltend