

synallagmatischen Verhältnis zur Vergütung. Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 TVöD seien Bereitschaftszeiten Zeiten, in denen sich der Beschäftigte am Arbeitsplatz oder einer anderen vom Arbeitgeber bestimmten Stelle zur Verfügung halten müsse, um im Bedarfsfall die Arbeit selbstständig, ggf. auch auf Anordnung, aufzunehmen und in denen die Zeiten ohne Arbeitsleistung überwogen. Bereitschaftszeiten seien Teil der regelmäßigen Arbeitszeit i.S.d. § 6 Abs. 1 TVöD und würden innerhalb von Beginn und Ende der regelmäßigen täglichen Arbeitszeit nicht gesondert ausgewiesen. Zwar würden Bereitschaftszeiten für die Ermittlung der regelmäßigen Arbeitszeit i.S.v. § 6 Abs. 1 TVöD nur zur Hälfte als tarifliche Arbeitszeit gewertet (faktoriert; § 9 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a TVöD). Das führe aber nicht dazu, dass die nicht faktorierte Bereitschaftszeit Freizeit wäre. Da die Bereitschaftszeit innerhalb der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit liege, führe ihre Faktorisierung zu einer Verlängerung der Anwesenheitszeit des Beschäftigten im Betrieb. Er müsse dem Arbeitgeber für das vereinbarte monatliche Entgelt mehr Arbeits- bzw. Anwesenheitszeiten für die Zeiten zur Verfügung stellen, in denen ein geringerer Arbeitsanfall vorliege. Allerdings böten weder Wortlaut noch Tarifsystematik noch der Zweck des § 8 Abs. 1 TVöD für eine Faktorisierung der Zeitzuschläge in dem Sinne, dass sie nur für die Hälfte der aus Vollarbeit und Bereitschaftszeiten bestehenden Arbeitszeit anfielen, einen Anhaltspunkt. Dafür spreche auch, dass die Tarifvertragsparteien in § 8 TVöD – anders als für Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft – keine besondere Regelung für die Vergütung von Bereitschaftszeiten geschaffen haben. Ebenso wenig erfordere der Zweck der Norm eine andere Betrachtung. Die ausgleichenden Erschwernisse bestünden unabhängig davon, ob der Beschäftigte in der Nacht oder am Sonntag Vollarbeit leisten oder sich am Arbeitsplatz oder einer anderen vom Arbeitgeber bestimmten Stelle zur Verfügung halten müsse, um im Bedarfsfall die Arbeit selbstständig oder auf Anordnung aufzunehmen.

## C. Fazit

Der TVöD hat die Möglichkeiten zur Flexibilisierung der Arbeitszeiten im öffentlichen Dienst gegenüber dem BAT deutlich erweitert, indem er verschiedene Arbeitszeitmodelle zur Verfügung stellt. Die Umsetzung dieser Modelle in innerbetriebliche bzw. innerbehördliche Regelungen kann bei verständiger Handhabung für Arbeitgeber wie für Arbeitnehmer zu einem echten „Win-win-Modell“ werden. Zwar bewirken solche Regelungen zunächst, dass der Arbeitgeber nur noch in recht wenigen Fällen Überstundenvergütung bzw. Zuschläge zahlen muss, obwohl der Arbeitnehmer ggf. arbeitstäglich mehr Stunden als vertraglich vereinbart leisten muss. Allerdings liegt es auch im wohlverstandenen Interesse der Arbeitnehmer, dass es möglich ist, die Arbeitszeit in gewissem Rahmen so zu gestalten, dass sie dann zu leisten ist, wenn der Aufgabenanfall sie erfordert. Auch die Möglichkeit, die Arbeitszeit im individuellen Interesse der Arbeitnehmer flexibel zu gestalten, ist aus Arbeitnehmersicht durchaus ein Fortschritt.

Der notwendige Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wird bei verständiger Handhabung dadurch gewährleistet, dass der Personalrat (in Körperschaften des öffentlichen Rechts) bzw. der Betriebsrat (in privatrechtlich organisierten Betrieben der öffentlichen Hand i.w.S.) bezüglich der Ausgestaltung von Flexibilisierungsregelungen ein Mitbestimmungsrecht hat, so dass Flexibilisierungsmodelle gegen seinen Willen nicht etabliert werden können. Ggf. ist es allerdings auch seine Aufgabe, den Beschäftigten die Vorteile solcher Arbeitszeitregelungen für sie verständlich zu machen, also entsprechende Aufklärungsarbeit zu leisten. Grundsätzlich gilt, dass die Einführung flexibler Arbeitszeitmodelle des TVöD dann am erfolgreichsten sein wird, wenn ihr Gestaltungsprozess durchgängig transparent und in ständiger Kommunikation mit den betroffenen Beschäftigten erfolgt. Hier erschließen sich durchaus neue Tätigkeitsfelder für Behördenleiter und Personalräte.

# Wahlrecht und Wählbarkeit im BPersVG – Ist das Gesetz der Wirklichkeit gewachsen?

Ministerialrat Jürgen Lorse, Meckenheim\*

## I. Grundfragen der Anwendung und Auslegung des BPersVG

### 1. Kohäsion von Recht und Wirklichkeit

Das Recht soll, so hat es das Bundesverfassungsgericht<sup>1</sup> formuliert, „die Wirklichkeit abbilden“ und sich jedenfalls nicht zu weit von ihr entfernen. Eine vollständige Kongruenz von Recht und Wirklichkeit ist eine idealtypische Vorstellung. Bereits der Entstehungsprozess rechtlicher Normen im politischen Streit disparater gesellschaftli-

cher Interessen lässt häufig eine verzerrte Wahrnehmung von Recht und Wirklichkeit befürchten. Es geht daher in einem demokratischen Rechtsstaat bei richtigem Verständnis von Rechtssetzung weniger um eine Kongruenz von Recht und Wirklichkeit, eher um eine Form der Kohäsion zwischen beiden Dimensionen: Als rechtliche Kohäsionsmittel fungieren hierbei in der Regel die bekannten juristischen Auslegungsformen, also die semantische, systematische, historische und teleologische Interpretation eines Gesetzestextes. Es handelt sich bei allen Interpretationsformen, wie Radbruch einmal formuliert hat, um das „Zu-Ende-Denken der Norm“<sup>2</sup>.

Bereitet es trotz aller juristischer Anwendungskunst Mühe, mit den konventionellen Auslegungsmethoden Antworten auf eine veränderte Rechtswirklichkeit zu geben, steigt der gesellschaftliche Veränderungsdruck im „rechtlichen Wasserkessel“ an. Eine Möglichkeit, diesen Druck zu mindern, ist, die Rechtslage erneut der Wirklichkeit

\* Der Verfasser ist Referatsleiter für Beteiligungsrechte im Bundesministerium der Verteidigung. Dem Beitrag liegt ein Vortrag zugrunde, den der Verfasser am 1. März 2011 im Rahmen des von dbb beamtenbund und tarifunion und dbb akademie veranstalteten 8. Forums Personalvertretungsrecht „Personalvertretungen – Selbstverständlich Mitbestimmen!“ in Berlin gehalten hat. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten. Der Inhalt des Vortrags gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

<sup>1</sup> BVerfGE 93, 121 (142); vgl. hierzu W. Leisner, „Wertverlust“, „Wertewandel“ und Verfassungsrecht, JZ 313 ff. (317).

<sup>2</sup> Zitiert nach Häberle, Zeit und Verfassung, ZRP 1974, 111 ff. (130).

anzupassen, etwa auf einen gesellschaftlichen Wertewandel durch neue gesetzliche Wertvorstellungen zu reagieren und gesetzliche Antworten auf neuartige Fragestellungen zu geben. Der Zyklus der Annäherung zwischen Recht und Wirklichkeit beginnt aufs Neue.

## 2. Personalvertretungsrecht unter den Bedingungen gesetzestretender Rechtsprechung

Bei stoischer Inaktivität des Gesetzgebers steht freilich ein subsidiäres Ventil zur Verfügung, um auf den gesellschaftlichen Veränderungsdruck gesetzlicher Normen zu reagieren: Ich meine eine gesetzestretende Rechtsprechung, die auch als „Richterrecht“ oder „schöpferische Rechtsfindung“ bekannt ist.<sup>3</sup> Diese gesetzestretende Rechtsprechung geht über die gesetzestretende oder lückenfüllende Funktion des Richterrechts hinaus, die defizitäre Gesetze ergänzt oder vervollständigt, nicht aber an ihre Stelle tritt. Die gesetzestretende Rechtsprechung stiftet dort Nutzen, wo sie sich innerhalb der Dogmatik verfassungsrechtlicher Wertentscheidungen, aber außerhalb des sensitiven Bereichs grundrechtseinschränkender Regelungen bewegt, die von Verfassungen wegen einer gesetzlichen Regelung erfordern. Als Referenzfall einer gesetzestretenden Rechtsprechung ist etwa das durch das Bundesarbeitsgericht entwickelte kollektive Arbeitsrecht anzusehen.

Der dogmatische Streit,<sup>4</sup> ob neben Gesetzen auch dem Richterrecht die Eigenschaft einer Rechtsquelle zuzuerkennen ist, erledigt sich dann, wenn der Gesetzgeber, mit einem gewissen zeitlichen Verzögerungseffekt, das gesetzestretende Richterrecht kurzerhand in den Kanon seiner Gesetzgebung übernimmt oder aber andere gesetzliche Wege beschreitet. So wird etwa die neue Bestimmung des bayerischen Landespersonalvertretungsgesetzes zum Verlust des Wahlrechts mit Beginn der Freistellungsphase der Altersteilzeit im Gesetzentwurf mit dem Hinweis auf die zuvor hierzu ergangene Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs begründet.<sup>5</sup> Die gesetzestretende Rechtsprechung hingegen überschreitet den Rubikon der Gewaltenteilung, da sie eine abschließende, nicht ausfüllungsfähige gesetzliche Regelung durch eine eigene Regelung – „contra legem“ – ersetzt.

## II. Strukturelle Defizite der Regelungen zur Wahlberechtigung und Wählbarkeit gemäß §§ 13, 14 BPersVG

### 1. Historische Einordnung des Bundespersonalvertretungsgesetzes

Diese „juristische Selbstreflexion“ soll eine Hilfestellung geben, den Gegenstand des Vortrags, der sich zum Themenfeld „Strukturelle Defizite des Personalvertretungsrechts“ äußert, besser ein-

zuordnen. Würde ein Statiker einem Gebäude „strukturelle Defizite“ bescheinigen, wäre ein Abriss ernsthaft in Betracht zu ziehen. Ist das Regelungsgebäude des Bundespersonalvertretungsgesetzes insgesamt oder aber jedenfalls in den hier interessierenden Teilen abstruktionsreif? Ist ein Um- oder Anbau vorzunehmen oder hat es gar mit Schönheitsreparaturen sein Bewenden?

Das Bundespersonalvertretungsgesetz stammt in seiner baulichen Substanz aus dem Jahr 1974 und hat seitdem nur wenige Nachbesserungen erlebt. Das „Altern von Kodifikationen“<sup>6</sup>, das nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts Richter zu einer „freieren Handhabung der Rechtsnormen“<sup>7</sup> berechtigt, lässt sich am Beispiel dieses Gesetzes besonders gut studieren.

Es verwundert daher nicht, dass in der Fachliteratur<sup>8</sup> mit periodischer Regelmäßigkeit eine Anpassung des Gesetzes an die beteiligungsrechtliche Wirklichkeit gefordert wird. Verhaltene Bewunderung nötigt hingegen die politische Kunst der Verantwortlichen ab, diese Forderung mit gleicher Regelmäßigkeit zu ignorieren, bestenfalls zu postpriorisieren. Das Gesetz datiert aus dem Jahr 1974. Dies ist das Jahr, in dem das „Schwarze Brett“ als zentrales Kommunikationsmedium in Dienststellen fungierte, Referenten in Behörden ihre handschriftlich verfassten Entwürfe in Schreibbüros tippen ließen, Behördenstrukturen scheinbar unaufhaltsam aufwuchsen<sup>9</sup> und der Begriff der „Privatisierung“<sup>10</sup> noch nicht im rechtlichen Sprachgebrauch angekommen war.

### 2. Aspekte der Wahlberechtigung und Wählbarkeit von Soldaten nach dem BPersVG

Sedes materiae für die Frage der Wahlberechtigung und Wählbarkeit der Beschäftigten, also der Beamten und Arbeitnehmer, sind die §§ 13 und 14 BPersVG.

Die gesetzlichen Grundlagen der Wahlberechtigung und Wählbarkeit der Soldaten zu Personalvertretungen finden sich an einer versteckten Stelle im Soldatenbeteiligungsgesetz (§§ 2 Abs. 1, 48, 49 SBG). Durch eine sehr ambitionierte richterliche Rechtsfortbildung<sup>11</sup> hat sich der Umfang der wahlberechtigten Soldaten in letzter Zeit signifikant erhöht. Dies hat zur Folge, dass der gesetzliche Wille, der von einer Gleichwertigkeit beider Systeme soldatischer Interessenvertretung, einer Repräsentanz durch Vertrauenspersonen und durch Personalvertretungen, ausgeht, zunehmend aus dem Blick

3 Vgl. BVerfGE 3, 225 (243 f.); BVerfGE 34, 269 (286 ff.); Hopfau, in Schmidt-Bleibtreu/Klein (Hrsg.), Komm. GG, 12. Aufl. 2011, Vorb. V. Art. 92 Rn. 13.

4 Vgl. nur Ossenbühl, Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 2007, § 100 Rn. 50; Kirchhoff, Richterliche Rechtsfindung, gebunden an „Gesetz und Recht“, NJW 1986, 2275 ff. (2279).

5 Nachweise hierzu bei Schleicher, Das Wahlrecht zur Personalvertretung im Rahmen der Umgestaltung der öffentlichen Verwaltung, PersV 2007, 295 ff. (297); zum Erlöschen der Mitgliedschaft im Personalrat bei Freistellungsphase im Altersteilzeitverhältnis vgl. BVerwG, Beschl. v. 15. 5. 2002 – 6 P 8.01, PersR 2002, 434 ff. – ZfPR 2002, 260; Wolber, Zum Kreis der Wahlberechtigten bei § 13 Abs. 1 BPersVG, PersR 2000, 148 f. (149); a.A. noch Rothländer, Die Altersteilzeit im Beamtenrecht, PersR 1999, 91 ff. (106) und Weiß, Mitgliedschaft im Personalrat und Wahlberechtigung bei Altersteilzeit, PersR 2000, 197 ff. (198); Schlattmann, Wahlberechtigung und Wählbarkeit im Personalvertretungsrecht, ZfPR 2001, 151 ff. (152).

6 So treffend, Kübler, Kodifikation und Demokratie, JZ 1969, 645 ff. (645).

7 BVerfGE 34, 269 (288); ähnlich BVerfGE 82, 6 ff.

8 Vgl. beispielhaft: Vogelgesang, Defizite des geltenden Personalvertretungsrechts, ZfPR 2003, 194 ff. (194); Lorse, Zukunftsperspektiven des Personalvertretungsrechts, PersR 2005, 109 ff.

9 Vgl. etwa die allgemeine Begründung zum Entwurf eines BPersVG v. 13. 2. 1993 – BT-Drucks. 7/176, S. 26: „Die Aufgaben des öffentlichen Dienstes sind wesentlich erweitert worden, der Arbeitsstil hat sich geändert.“ Ähnlich bereits Helmut Schmidt als Bundesminister der Verteidigung in einem Beitrag „Zusammenarbeit von Dienststelle und Personalrat“ v. 21. 5. 1970: „Wir sind in einer Zeit, in der auch im öffentlichen Dienst die Aufgaben ständig zunehmen und damit die Zahl seiner Angehörigen wächst, darauf angewiesen, sowohl die dienstlichen Interessen als auch die Interessen der Bediensteten aufeinander abzustimmen.“, VMBI 1970, S. 202.

10 Der Begriff wird erstmals im Zusammenhang mit dem Amtsantritt der britischen Premierministerin Thatcher im Jahr 1979 thematisiert.

11 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 21. 1. 2008 – 6 P 16.07, PersV 2008, 185 ff. = ZfPR online 4/2008, S. 4 ff.; Beschl. v. 8. 10. 2007 – 6 P 3.07, PersV 2008, 18 ff.; Beschl. v. 16. 3. 2006 – 6 P 12.05, PersR 2006, 303 ff. = ZfPR online 8/2006, S. 2 ff.; hierzu: Lorse, Aspekte der Wahlberechtigung von Soldaten zu Personalvertretungen, PersV 2008, 169 ff.; Gronimus, Personalvertretungen der Soldaten und in den Streitkräften – Strukturen durch Richterspruch, PersV 2003, 132 ff.; Widmaier, Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Beteiligung von Soldaten nach SBG und BPersVG, ZfPR 2009, 120 ff. (127), der sich – zu Recht – gegen eine unreflektierte „Wortwahl von der schwächeren oder stärkeren Beteiligungsform“ wendet.

gerät und gesetzliche Korrekturen nicht ausgeschlossen erscheinen. Die grundlegenden Veränderungen der Organisations- und Personalstrukturen der Bundeswehr als Folge der aktuellen Strukturreform bieten die Chance, die Systematik soldatischer Interessenvertretung ohne Denkverbote und Tabus neu zu bewerten. Die Erfordernisse des Einsatzes und der Inneren Führung sind hierbei ebenso zu einem gerechten Ausgleich zu bringen wie Interessengegensätze, die bisweilen beim Hinzutreten der Gruppe der Soldaten zu den zivilen Statusgruppen im Personalrat zu beobachten sind.

### III. Tatbestandliche Voraussetzungen der Wahlberechtigung gemäß § 13 BPersVG

Nachfolgend werden die tatbestandlichen Voraussetzungen von Wahlberechtigung und Wählbarkeit dargestellt und anschließend diskutiert, welche rechtlichen Dehnungsfugen, gegebenenfalls Risse in den §§ 13 und 14 BPersVG im Verlaufe der letzten Jahrzehnte sichtbar geworden sind.

#### 1. Tatbestandliche Voraussetzungen der Wahlberechtigung

Die gesetzlichen Regelungen zur Wahlberechtigung im Jahr 1974 knüpfen an die „ungeschriebene Voraussetzung der Zugehörigkeit zur Dienststelle“<sup>12</sup> an. Dies setzt zunächst voraus, dass die Beschäftigten zu dem Träger der Dienststelle, der Dienstherr oder Arbeitgeber der Beschäftigten ist, in einem Beamten-, Arbeits- oder Ausbildungsverhältnis stehen.<sup>13</sup> Es handelt sich hierbei um eine notwendige, allein aber nicht ausreichende Bedingung für die Wahlberechtigung zur Personalvertretung der Dienststelle. Hinzutreten muss als weitere ungeschriebene Voraussetzung die „tatsächliche Eingliederung“<sup>14</sup> des Beschäftigten, die zwar Eingang in die damalige Gesetzesbegründung, nicht aber in den Text des Gesetzes gefunden hat. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>15</sup> hält die Voraussetzungen einer solchen Eingliederung für gegeben, wenn die tatsächliche Aufnahme der vorgesehenen Tätigkeit im Rahmen der Arbeitsorganisation unter den Bedingungen eines Weisungsrechts der Dienststelle und der damit korrespondierenden Weisungsgebundenheit des Beschäftigten erfolgt.

Die Wahlberechtigung der Beschäftigten, aus der sich eine Fülle von Rechten und Befugnissen über die eigentliche Wahlberechtigung hinaus ableiten,<sup>16</sup> dies ist eine erste wichtige

Feststellung, gründet sich also auf zwei ungeschriebenen Tatbestandsvoraussetzungen:<sup>17</sup> der arbeits- oder dienstrechtlich begründeten Dienststellenzugehörigkeit sowie der tatsächlichen Eingliederung. Dies ist ein schwaches gesetzliches Fundament für die demokratische Legitimation einer innerdienstlichen Interessenvertretung, aber ein idealer Nährboden für richterrechtliche Rechtsfortbildung. Die Dienstherrn- bzw. Arbeitgeberfunktion vereinigt also typischerweise das rechtliche und das tatsächliche Band, das die dienstrechtliche Weisungsbefugnis bzw. das arbeitsrechtliche Direktionsrecht impliziert.

#### 2. Die Voraussetzungen der Wählbarkeit im rechtlichen Belastungstest

Beide Bänder können freilich Risse aufweisen: Die Wirksamkeit des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses kann streitbefangen sein. Das Beamtenverhältnis kann rücknehmbar oder nichtig, das Arbeitsverhältnis rechtsunwirksam und diesbezüglich Gegenstand einer Kündigung oder Kündigungsschutzklage sein. Gleichwohl hält dieses Band hinsichtlich der Wahlberechtigung solange, bis das Dienst- oder Arbeitsverhältnis durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung durchtrennt wird.<sup>18</sup> Ausreichend für den erforderlichen „Mindestbestand an arbeitsvertraglichen Rechtsbeziehungen“ können nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>19</sup> auch mehrseitige Rechtsbeziehungen sein. Die tatsächliche Eingliederung kann in zeitlicher Hinsicht Risse aufweisen, die schließlich das Band durchtrennen. Der Gesetzgeber selbst hat diesen Zeitpunkt bestimmt: wenn der Beschäftigte länger als drei Monate zu einer anderen Dienststelle abgeordnet ist und nicht feststeht, dass er binnen weiterer sechs Monate in die alte Dienststelle zurückkehren wird (§ 13 Abs. 2 BPersVG). Diese Regelung ist 1990 auf Fälle von Zuweisungen zu Einrichtungen außerhalb öffentlicher Verwaltungen erweitert worden.<sup>20</sup>

### IV. Strukturelle Grundannahmen zur Ausgestaltung der Wahlberechtigung und Wählbarkeit nach dem BPersVG

#### 1. Die Ausgangslage

Was sind bei näherer Betrachtung die gesetzlichen Grundannahmen zur Ausgestaltung der Wahlberechtigung (und Wählbarkeit)?

Es ist erstens die Annahme eines geschlossenen Personalkreislaufs im sachlichen Geltungsbereich des Bundespersonalvertretungsgesetzes, der keine Berührungspunkte geschweige denn Gemengelagen mit dem privaten Sektor entstehen lässt: Innerhalb eines organisatorisch festgefügt und personell abgeschotteten Personalkörpers im öffentlichen Dienst wird den Beschäftigten ein Vollkasko-System der Interessenvertretung auf der Grundlage des Bundespersonalvertretungsgesetzes ga-

12 BVerwG, Beschl. v. 21. 11. 1958, BVerwGE 7, 331; Fischer/Goeres/Gronimus, Komm. BPersVG, Stand: 6/08, § 13 Rn. 4a.

13 Vgl. aber VG Frankfurt a.M., Beschl. v. 15. 3. 2010 – 23 K 3864/09.F.PV (in juris datiert mit dem 18. 3. 2010 – Rn. 22, bestätigt durch VGH Hessen v. 18. 11. 2010 – 22 A 959/10, zur Veröffentlichung vorgesehen in ZfPR online 4/2011), das unter Hinweis auf Art. 37 Abs. 2 HV ein „Grundrecht auf Teilhabe an der Betriebsvertretung“ annimmt und für die Zugehörigkeit zu einer Behörde als Voraussetzung der Wahlberechtigung genügen lässt, „dass dort die weisungsgebundene Tätigkeit erbracht wird“.

14 Vgl. Gesetzentwurf eines Bundespersonalvertretungsgesetzes, BT-Drucks. 7/176 v. 13. 2. 1973, S. 28.

15 BVerwG, Beschl. v. 15. 5. 2002 – 6 P 8.01, PersR 2002, 434 ff. (434) = ZfPR 2002, 260; BVerwG, Beschl. v. 8. 1. 2003 – 6 P 8.02, PersR 2004, 148 ff. (148) = ZfPR 2003, 259.

16 Zu nennen sind insbesondere das Wahlvorschlagsrecht (§ 19 Abs. 4, 5, 6), die Teilnahme an Vorabstimmungen (§ 4 BPersVVO), die Bestellung als Mitglied des Wahlvorstands (§ 20 Abs. 1), das Recht, die Einleitung der Wahl zu fordern (§ 20 Abs. 2, §§ 22, 23), das Recht der Wahlanfechtung (§ 25); weitere Einzelheiten: Fischer/Goeres/Gronimus, Komm. BPersVG, § 13 Rn. 4 sowie Dörner, in Richardi/Dörner/Weber, Komm. BPersVG, 3. Aufl. 2008, § 13 Rn. 3.

17 GmS-ÖGB 6/86, Beschl. v. 12. 3. 1987, PersV 1987, 461 ff.; vgl. BVerwG, Beschl. v. 6. 9. 1995 (juris) = ZfPR 1996, 47 ff.; BVerwG, Beschl. v. 20. 5. 1992 – 6 P 4.90 (juris) = ZfPR 1992, 171 ff.

18 Ebs. Wolber, PersR 2000, 148 f. (148).

19 Aktuell: BVerwG, Beschl. v. 21. 3. 2007 – 6 P 4.06 (juris, Rn. 10) = ZfPR 2007, 67 f.; zuvor: BVerwG, Beschl. v. 6. 9. 1995 – 6 P 9.93 (juris, Rn. 29) = ZfPR 96, 47 ff.

20 Vgl. Art. 4 des Fünften Gesetzes zur Änderung besoldungsrechtlicher Vorschriften, BGBl I 1990, S. 975.

rantiert. Der als Folge von Organisationsentscheidungen oder personellen Einzelmaßnahmen mögliche Verlust der Wahlberechtigung der Beschäftigten in einer früheren Dienststelle wird regelmäßig – von Fällen einer Zuweisung abgesehen<sup>21</sup> – durch den Erwerb einer Wahlberechtigung bei gleichzeitiger Eingliederung in einer neuen Dienststelle ohne temporäre oder qualitative Einbußen kompensiert.

Eine zweite Grundannahme der personalvertretungsrechtlichen Regelungen zur Wahlberechtigung ist eine vollumfängliche Eingliederung in zeitlicher Hinsicht, die sich am Prinzip der Vollzeitbeschäftigung bzw. Hauptberuflichkeit als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums orientiert. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf eine Leitaussage des Bundesverfassungsgerichts<sup>22</sup> aus dem Jahr 1985, nach dem „nicht die Teilzeitbeschäftigung, sondern die Vollzeitbeschäftigung auf Lebenszeit seit jeher das Leitbild und den wesentlichen Strukturinhalt bildet, der das Beamten- und Richter Verhältnis kennzeichnet“.

## 2. Änderungstendenzen

Diese Grundannahmen haben sich in beiden Fällen elementar verschoben:

Organisationsprivatisierungen bzw. neue Formen kooperativer Zusammenarbeit unter Gestellung von Arbeitnehmern, Beamten und Soldaten zu privatrechtlich organisierten Unternehmen haben eine Aufspaltung der Arbeitgeber- bzw. Dienstherrnfunktion erzwungen. Das dienst- bzw. arbeitsrechtliche Band besteht unverändert fort, das Band der tatsächlichen Eingliederung in eine Dienststelle ist jedoch zerschnitten. Faktisch sind diese Arbeitnehmer, Beamte und Soldaten nunmehr in ein privates Unternehmen eingegliedert, das ausschließlich dem Regime des Betriebsverfassungsgesetzes unterliegt. Diese Statusgruppen sehen sich unversehens in eine nicht geklärte Nähe zu Leiharbeitnehmern und einer verästelten Rechtsprechung<sup>23</sup> zu deren Interessenvertretung in Privatunternehmen gerückt.

Die Flexibilisierung der Arbeitszeitformen im öffentlichen Dienst einschließlich der hierzu entwickelten Altersteilzeitmodelle<sup>24</sup> haben nicht nur die Auslegung hergebrachter Grundsätze des Berufsbeamtentums strapaziert, sondern auch die Frage aufgeworfen, unter welchen Voraussetzungen noch von einer tatsächlichen Eingliederung in eine Dienststelle ausgegangen werden kann.<sup>25</sup> Hinzu treten befristete, so genannte Leiharbeitsverhältnisse, die die bilateralen Vertragsbeziehungen innerhalb der Dienststelle zu einer Dreiecksbeziehung mit dem entsendenden Betrieb des Verleihers erweitern.

## V. Ausgewählte Problemfelder der Wahlberechtigung und Wählbarkeit in der Diskussion

Nachfolgend werden zwei aktuelle Problemfelder von Wahlberechtigung und Wählbarkeit vertieft diskutiert. Zunächst interessiert, ob die gesetzlichen Regelungen zur Wahlberechtigung und Wählbarkeit angesichts veränderter dienstlicher Arbeitszeitformen unter Einbeziehung eines drittbezogenen Personaleinsatzes noch zeitgemäß sind. Sodann ist zu prüfen, ob die gesetzlichen und richterrechtlichen (Verlegenheits)Antworten zur Wahlberechtigung und Wählbarkeit bei Kooperationsprojekten mit der Wirtschaft nach Bundespersonalvertretungsgesetz und Betriebsverfassungsgesetz einer Neujustierung bedürfen.

### 1. Der Einfluss veränderter Arbeitszeitformen auf Wahlberechtigung und Wählbarkeit zu Personalvertretungen

Dienstliche Arbeitszeit fraktioniert sich zunehmend nach den Bedürfnissen der Beschäftigten, aber auch der Dienstherren und erfasst außerdem die Mitglieder der Personalvertretungen selbst. Warum entfällt die Wahlberechtigung (und Wählbarkeit) zu Personalvertretungen in Fällen eines Erziehungsurlaubs oder in den Fällen langfristiger Erkrankung? Benötigen nicht gerade dienststellenferne Beschäftigte eine besonders wachsame Interessenvertretung? Stellt sich nicht der Verlust der Wahlberechtigung in Fällen der Elternzeit, der vorwiegend Frauen trifft, als eine geschlechtsbezogene Diskriminierung dar?<sup>26</sup> Wenn etwa nach der Bundeslaufbahnverordnung<sup>27</sup> die letzte dienstliche Beurteilung während der Elternzeit unter Berücksichtigung der Entwicklung vergleichbarer Beamtinnen und Beamten „fiktiv fortzuschreiben“ ist und die Elternzeit nicht einmal zu einer entsprechenden Verlängerung der Probezeit führt,<sup>28</sup> stellt sich die Frage, ob nicht auch eine „Fortschreibung zumindest der Wahlberechtigung“ aus Gründen der weiteren Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf geboten ist.

In ähnlicher Weise fragt sich, ob der personalvertretungsrechtliche Absentismus in Fällen langfristiger Krankheit noch zeitgemäß ist. Sollte die präventive Betreuung und Begleitung durch die Personalvertretung, so vom Betroffenen gewünscht, nicht bereits zu diesem Zeitpunkt einsetzen und nicht erst im Rahmen des nachfolgenden betrieblichen Eingliederungsmanagements (§ 84 Abs. 2 SGB IX)?

Insgesamt fragt sich: Ist das Erfordernis körperlicher Anwesenheit in einer Dienststelle in Zeiten entpersönlichter Kommunikationsformen, angesichts Telearbeit und der Existenz sozialer Netzwerke wie Facebook und Twitter tatsächlich noch die *Conditio sine qua non* für die Wahlberechtigung zu Personalvertretungen?<sup>29</sup> Der Gesetzgeber hüllt sich hierzu in Schweigen.

Die Rechtsprechung hat diesen Fragestellungen im Wege einer gesetzesvertretenden Rechtsfortbildung einiges, aber nicht

21 Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 21. 11. 2007 – 61 PV 2.07 (juris, Rn. 19) zum Verlust der Wahlberechtigung von Beschäftigten zu Personalvertretungen ihrer früheren Dienststellen nach Zuweisung zur ARGE. Ähnlich OVG Koblenz, Beschl. v. 8. 3. 2006 – 5 A 11469/05 (juris, Rn. 25) = ZfPR 2007, 13 ff.; beide Beschlüsse betreffen Zuweisungen zur (früheren) ARGE.

22 BVerfG, Beschl. v. 15. 10. 1985 – 2 BvL 4/83, BVerfGE 71, 39 ff. (59f.); kritisch hierzu bereits Siedentopf, Reformprozesse in der Verwaltung und Personalentwicklung, in Hill (Hrsg.), Modernisierung – Prozess oder Entwicklungsstrategie?, 2001, S. 325 ff. (338).

23 Vgl. BVerwGE 90, 194 ff.; VG Frankfurt, Beschl. v. 3. 11. 2008, ZfPR online 3/2009, S. 14 ff.; grundlegend: Boehmke, Personalvertretungsrecht und Arbeitnehmerüberlassung, PersV 2004, 404 ff.

24 Vgl. etwa RdSchr. d. BMI v. 31. 8. 2010 – D 5-220 232-1/5 – Neuregelung der Altersteilzeit und des FALTER-Arbeitszeitmodell des Bundes ab dem 1. Januar 2010, GMBI 2010, S. 1670 ff.

25 Vgl. Buschmann, Vernetzter Teilzeitschutz, in: Engelen-Kefer/Schoden/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der Bewährung, FS f. Karl Kehrmann, 1997, S. 105 ff.

26 Hierzu: Vogelgesang, Rechtliche Rahmenbedingungen für Personalratstätigkeit in Elternzeit, ZfPR 2010, 24 ff. (25); so VG Frankfurt a.M., Beschl. v. 25. 7. 2005, PersR 2006, 174.

27 Vgl. § 33 Abs. 3 Nr. 3 BLV i.d.F. v. 12. 2. 2009, BGBl I S. 284.

28 Vgl. § 53 Abs. 1 BLV.

29 Grundlegend: Reinermann, Virtuelle Organisationen, VerWA 1996, 431 ff.; Hill, Electronic Government – Strategie zur Modernisierung von Staat und Verwaltung, Aus Politik und Zeitgeschichte, B 39 – 40/2002, S. 24 ff.

alles an Schärfe genommen: Sie hat die Frage der Wahlberechtigung von der Frage der materiellen Zuständigkeit des Personalrats kurzerhand abgekoppelt.<sup>30</sup> Nicht jede mitbestimmungspflichtige Einstellung etwa führt zu einem Beschäftigungsverhältnis, das die Wahlberechtigung i.S.d. § 13 BPersVG inkludiert.<sup>31</sup>

Die mittlerweile durch richterliche Rechtsfortbildung,<sup>32</sup> nicht durch Gesetzesanpassung, erledigte Diskussion<sup>33</sup> zur fehlenden Wahlberechtigung und Wählbarkeit im Rahmen der Freistellungsphase einer Altersteilzeit nach dem so genannten Blockmodell zeigt, dass der Gesetzgeber insgesamt keinen sichtbaren Beitrag zur Anpassung der gesetzlichen Regelungen an die Gesetzeswirklichkeit geleistet hat.<sup>34</sup> Dieser Befund gilt auch für den in den letzten Jahrzehnten zu beobachtenden Streit über die Erweiterung des Beschäftigtenbegriffs unter den Stichworten „Leiharbeiter“<sup>35</sup>, „ABM-Kräfte“ und „Ein-Euro-Jobber“<sup>36</sup>. Zwischenbilanzierend ist festzustellen, dass erhebliche gesetzliche Defizite sichtbar sind, die eine Neupositionierung des Gesetzgebers erfordern.

## 2. Probleme und Lösungsansätze zur Wahlberechtigung in Kooperationsprojekten mit der Wirtschaft

Nachfolgend werden Probleme der Wahlberechtigung diskutiert, die aus zeitlich befristeten Zuweisungen von Beamten und Arbeitnehmern der öffentlichen Verwaltung in private Wirtschaftsunternehmen resultieren. Ein besonderer Akzent wird hierbei auf die insoweit gemachten Erfahrungen des Verteidigungsressorts gelegt.

**2.1** Die gesetzlichen Regelungen des Bundespersonalvertretungsgesetzes, befangen in der Vorstellung eines isolierten Beteiligungskreislaufs innerhalb öffentlicher Dienststellen, beschäftigen sich in § 13 Abs. 2 Satz 4 BPersVG lediglich negativ mit den Fällen einer Zuweisung<sup>37</sup> nach § 29 BBG bzw. einer vergleichbaren arbeitsrechtlichen Vereinbarung: Derjenige Beamte oder Arbeitnehmer, der das Regime des Bundespersonalvertretungsgesetzes verlässt, verliert seine Wahlberechtigung unter den allgemeinen Voraussetzungen einer Abordnung, also regelmäßig nach drei, spätestens nach neun Monaten und gilt anschließend hinsichtlich Wahlberechtigung und Wählbarkeit zu Personalvertretungen als nicht mehr existent.

Diese Sprachlosigkeit des Gesetzgebers, die auch nicht als beredtes Schweigen gedeutet werden kann, hat zu einem Aufschrei bei den Gewerkschaften und Berufsverbänden geführt,

aber auch zu der Erkenntnis bei den betroffenen Bundesressorts, dass die aktive Gestaltung von Veränderungsprozessen in der Kooperation mit Privatunternehmen nur über eine institutionalisierte Partizipation der Beschäftigteninteressen hinsichtlich beider Beteiligungsfelder führen kann: dem gelockerten, aber dennoch fortbestehenden personalvertretungsrechtlichen Band zum Dienstherrn und zu einer Emanzipation der Beteiligteninteressen im Regime des Betriebsverfassungsgesetzes.<sup>38</sup>

**2.2** Post und Bahn haben als erste unterschiedliche Modelle entwickelt, um dem Bedürfnis einer lückenlosen Interessenvertretung im so genannten „Betriebs- und Grundverhältnis“ Rechnung zu tragen. Während die Postnachfolgeunternehmen<sup>39</sup> sich für das Dienstherrnbeleihungsmodell und damit für eine Interessenvertretung der Beamten innerhalb des Betriebsrats entschieden haben, folgt die Bahn<sup>40</sup> dem Dienstleistungsüberlassungs- oder Zuweisungsmodell mit einer Doppelvertretung der Beamten durch Betriebsräte und die beim Bundeseisenbahnvermögen gebildeten besonderen Personalvertretungen.<sup>41</sup>

**2.3** Das Verteidigungsressort hat 2004 eine Neujustierung von Beteiligungsrechten im Niemandsland zwischen Bundespersonalvertretungs- und Betriebsverfassungsgesetz für die zu Kooperationsprojekten mit der Wirtschaft gestellten Beamten und Arbeitnehmer (und Soldaten<sup>42</sup>) vorgenommen.

Maxime des so genannten Kooperationsgesetzes der Bundeswehr<sup>43</sup> ist es, den Beschäftigten sowohl in der betrieblichen als auch in der dienstlichen Sphäre eine lückenlose beteiligungsrechtliche Vertretung ihrer Interessen zu gewährleisten, ohne jedoch – gewissermaßen mit einer überschießenden gesetzlichen Innentendenz – dies zu einer Doppelbeteiligung in Teilbereichen weiterzuentwickeln. Im Ergebnis hieraus erfolgt die gesetzliche Verankerung einer doppelten Wahlberechtigung und Wählbarkeit zum Betriebsrat des Betriebes, zu dem die Beschäftigten gestellt werden und zum Personalrat der Dienststelle sowie den Stufenvertretungen innerhalb des Verteidigungsressorts. Bestimmend hierfür ist das Prinzip der Trennung zwischen innerdienstlichen und innerbetrieblichen Beteiligungssachverhalten.

**2.4** Ressortspezifische Zwänge haben zu weiteren spezialgesetzlichen Regelungen einer Doppelwahlberechtigung zu Betriebs- und Personalrat geführt: Zu nennen ist das Gesetz<sup>44</sup> für das Personal der aufgelösten Bundeswertpapierverwaltung, das dem Bundesamt für zentrale Dienste und offene Vermögensfragen (BADV) zugeordnet, aber einer Finanzagentur GmbH zur Dienstleistung zugewiesen wurde.

30 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 6. 9. 1995 – 6 P 9.93, ZfPR 1996, 47 ff.; Beschl. v. 15. 11. 2006 – 6 P 1.06 (VIVENTO), PersR 2007, 119 ff. = ZfPR 2007, 36 ff.; ebs. Gronimus, PersR 2010, 474 ff. (477).

31 BVerwG, Beschl. v. 6. 9. 1995 (juris, Rn. 23).

32 BVerwG, Beschl. v. 15. 5. 2002 – 6 P 8.01, PersR 2002, 434 ff.

33 Vgl. hierzu Wolber, Zum Kreis der Wahlberechtigten bei § 13 Abs. 1 BPersVG, PersR 2000, 148 f.; a. A. noch Weiß, Mitgliedschaft im Personalrat und Wahlberechtigung bei Altersteilzeit, PersR 2000, 197 ff. (199); Süllwold, Auswirkungen der Altersteilzeit auf das Personalvertretungsrecht, ZfPR 2001, 281 ff.

34 Ebs. kritisch zur Inaktivität des Gesetzgebers: Dörner, in Richardi/Dörner/Weber, Komm. BPersVG, 3. Aufl. 2008, § 13 Rn. 8.

35 Zur Kontroverse über deren Wahlberechtigung zum Personalrat vgl. Altwater/Hamer/Kröll u.a., Komm. BPersVG, 6. Aufl. 2008, § 13 Rn. 10 m.w.N.

36 BVerwG, Beschl. v. 21. 3. 2007 – 6 P 4.06, ZfPR 2007, 67 ff.; Beschl. v. 8. 1. 2003 – 6 P 8.02, ZfPR 2003, 259 ff. sowie Beschl. v. 2. 6. 1993 – 6 P 4.92, PersR 1993, 453 ff.; umfassend: Vogelgesang, Defizite des geltenden Personalvertretungsrechts, ZfPR 2003, 194 ff. (197).

37 Zur Entstehungsgeschichte dieser Regelung: Lorenzen, Zuweisung – ein neuer Mitbestimmungstatbestand, PersV 1990, 369 ff.

38 Einzelheiten: Lorse, Beteiligungsrechtliche Aspekte von Kooperationsvorhaben des Bundes mit der Wirtschaft – eine Zwischenbilanz, PersV 2010, 204 ff.; Burmeister, Privatisierung bei der Bundeswehr – ein Erfahrungsbericht, ZBVR online 2/2006, S. 15 ff.

39 Engels, Fortentwicklung des Betriebsverfassungsrechts außerhalb des Betriebsverfassungsrechts, Teil II, AuR 2009, 65 ff. (73).

40 Huschenbett, Privatisiert ... und dann?, PersR 2010, 468 ff.

41 Einzelheiten: Blanke, Interessenvertretung von privatisierten Beamten, PersR 2009, 249 ff. (251 ff.); zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Versetzung von Beamten innerhalb der DB AG vgl. BAG, Beschl. v. 12. 12. 1995 – 1 ABR 23/95, BAGE 81, 379 – 391.

42 Hinsichtlich der Soldaten vgl. Lorse, PersV 2010, 204 ff. (209).

43 Gesetz zur Regelung von Rechtsfragen hinsichtlich der Rechtsstellung von Angehörigen der Bundeswehr bei Kooperationen zwischen der Bundeswehr und Wirtschaftsunternehmen (BwKoopG), BGBl I 2004, 2027.

44 Vgl. Art. 2 des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldenwesens des Bundes (Bundesschuldenwesenmodernisierungsgesetz) v. 18. 7. 2006 (BGBl I S. 1466): Gesetz über das Personal der Bundeswertpapierverwaltung (Bundeswertpapierverwaltungsgesetz – BwpVerwG).

Eine weitere, dem Kooperationsgesetz der Bundeswehr nachgebildete<sup>45</sup> gesetzliche Regelung zur doppelten Wahlberechtigung der Beschäftigten findet sich im Gesetz über das Personal der Bundesagentur für Außenwirtschaft<sup>46</sup>. Es zeigt sich das Bild einer ausgefächerten spezialgesetzlichen Beteiligungslandschaft des Bundes zur Doppelvertretung von Beamten und Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes nach dem Regime des Betriebsverfassungs- und des Personalvertretungsgesetzes. Dieses Bild wird zunehmend unübersichtlich gestaltet durch die Erweiterung des Arbeitnehmerbegriffs in § 5 Abs. 1 und 3 BetrVG<sup>47</sup> um Beamte, Soldaten sowie Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, die in privatrechtlich organisierten Unternehmen tätig sind. Damit wurde dem Wunsch der Länder entsprochen, auch ihre zu Kooperationsunternehmen gestellten Beschäftigten lückenlos in das System der betriebsverfassungsrechtlichen Interessenvertretung zu integrieren.<sup>48</sup>

**2.5.** Zwischenbilanzierend ist festzustellen: Das Bundespersonalvertretungsgesetz enthält zur fortbestehenden Wahlberechtigung von gestellten Beamten und Arbeitnehmern keine eigenständigen Regelungen. Die gesetzliche Voraussetzung des Bundespersonalvertretungsgesetzes hinsichtlich der Wahlberechtigung und Wählbarkeit – dies ist die tatsächliche Eingliederung in die Dienststelle – wird im Wege einer gesetzlichen Fiktion als gegeben unterstellt und in Spezialgesetzen geregelt, deren Inhalte selbst vom Bundesverwaltungsgericht<sup>49</sup> als „komplizierte tatsächliche und rechtliche Zusammenhänge“ bewertet werden, die „sich allenfalls Kennern der Materie erschließen“.

Das „Bundesschuldenwesenmodernisierungsgesetz“ und das darin inkorporierte „Bundeswertpapierverwaltungsgesetz“ sind gewiss in ihrer sprachlichen Monstrosität kein Beitrag zu einer barrierefreien Gesetzgebung, noch weniger aber ein geeigneter Standort zur Regelung beteiligungsrechtlicher Schlüsselnormen. Auch die Änderung des § 5 BetrVG, eingefügt als Art. 9 des Gesetzes zur Errichtung eines Bundesaufsichtsamtes für Flugsicherung<sup>50</sup>, hat in Fachkreisen Verwunderung ausgelöst.

## VI. Richterrechtliche Reaktionen auf eine veränderte Rechtswirklichkeit

Der Umgang der Rechtsprechung mit einer beteiligungsrechtlichen Gemengelage aus Betriebsverfassungs- und Personal-

vertretungsrecht macht hermeneutische Probleme der Gesetzesauslegung sichtbar und gleicht einem Mikadospiel: Die arbeitsgerichtliche Spruchpraxis zieht die betriebsverfassungsrechtlichen, die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung die personalvertretungsrechtlichen Stäbe heraus und hofft, dass die Gesamtkonstruktion nicht wackelt.

### 1. Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte

Das LAG Hannover<sup>51</sup> hatte über die Beschwerde des Betriebsrats eines Kooperationsunternehmens der Bundeswehr zu entscheiden, der ein betriebsverfassungsrechtliches Mitbestimmungsrecht bei Versetzungen von zugewiesenen Beamten und Arbeitnehmern der Bundeswehr innerhalb der Betriebsstrukturen des Kooperationsunternehmens geltend machte. Die Beteiligungspraxis hat in solchen Fällen auf der Grundlage des Kooperationsgesetzes der Bundeswehr lediglich eine Beteiligung der zuständigen Personalvertretungen angenommen, da die Entscheidung über die Versetzung durch den Dienstherrn bzw. öffentlichen Arbeitgeber getroffen und als eine Maßnahme im „Grundverhältnis“ bewertet wurde.

Das LAG Hannover hingegen beurteilt diese Fragestellung nicht vorrangig aus der Perspektive der spezialgesetzlichen Regelung des Kooperationsgesetzes der Bundeswehr, sondern gewissermaßen mit einem „beteiligungsrechtlichen Tunnelblick“ durch die rosa Brille des Betriebsverfassungsrechts. Das Gericht<sup>52</sup> kommt zu dem Ergebnis, dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG anzunehmen sei und urteilt kühn, beide Mitbestimmungsrechte stünden nebeneinander, ja die Parallelität von personalvertretungsrechtlicher und betriebsverfassungsrechtlicher Beteiligung sei beabsichtigt. Diese Rechtsauffassung missachtet das beteiligungsübergreifende Prinzip, dass die Beteiligungsrechte nur von derjenigen Interessenvertretung wahrgenommen werden, die bei der Stelle gebildet ist, die zur Entscheidung in der betreffenden Angelegenheit berufen ist.<sup>53</sup> Dies ist aber, da eine Entscheidung im Grundverhältnis zu treffen ist, die zuständige Personalvertretung.

Das damit zugleich geöffnete Portal eines doppelten Rechtsweges mit der Möglichkeit divergierender Rechtsprechung ist, so das LAG Hannover<sup>54</sup> „Folge der gesetzgeberisch gewährten Absicherung der Beteiligungsrechte zum Schutz der zugewiesenen bzw. gestellten Beschäftigten des Bundes“. Das gesetzliche Regelungsziel, Beteiligungslücken zu schließen, nicht aber Doppelbeteiligungen bei identischen Sachverhalten mit der Gefahr divergierender Rechtswege entstehen zu lassen, wird auf diese Weise im Wege richterlicher Rechtsfortbildung desavouiert. Es spricht im Übrigen viel dafür, dass sich diese einseitige Rechtsauslegung auch des § 5 BetrVG bemächtigen und zu Doppelbeteiligungen bei gestellten Beamten und Arbeitnehmern der Länder führen wird.

45 Vgl. Gesetzentwurf BfAIPG, BT-Drucks. 16/10293 v. 22. 9. 2008, S. 7, in dem das BwKoopG ausdrücklich als „gesetzliches Vorbild“ bezeichnet wird.

46 Gesetz über das Personal der Bundesagentur für Außenwirtschaft, BfAI-Personalgesetz, BGBl I 2008, S. 2370.

47 Änderung des § 5 BetrVG i.d.F. d. Bekanntmachung v. 25. 9. 2001 (BGBl I S. 2518), das zuletzt durch Art. 4 des Gesetzes v. 12. 8. 2008 (BGBl I S. 1666) geändert worden ist; hierzu: Hayen, Erweiterung des Arbeitnehmerbegriffs im BetrVG, PersR 2009, 384 ff. (385); Gronimus, Beteiligung des Personalrats bei Zuweisungen, PersR 2010, 474 ff. (474); Blanke, Reformstau im Privatisierungsrecht: Doppelpass im Kompetenzgewirr, PersR 2006, 397, spricht in diesem Zusammenhang von einem „Flickenteppich von Einzelfalllösungen“.

48 Lorse, PersV 2010, 204 ff. (218); vgl. BAG, Beschl. v. 28. 3. 2001 – 7 ABR 21/00, PersR 2002, 42 = ZBVR 2001, 216, das zuvor kategorisch ein Wahlrecht von Beamten bei Betriebsratswahlen auf der früheren Gesetzeslage ausgeschlossen hatte.

49 BVerwG, Beschl. v. 14. 12. 2009, PersV 2010, 220 ff. (222).

50 Gesetz zur Errichtung eines Bundesaufsichtsamtes für Flugsicherung und zur Änderung und Anpassung weiterer Vorschriften v. 29. 7. 2009, BGBl I S. 2424.

51 LAG Hannover, Beschl. v. 9. 12. 2009 – 15 TaBV 22/09 (juris) – n.rkr.; die Revisionsentscheidung des BAG ist für den 4. Mai 2011 terminiert und liegt zum Redaktionsschluss dieses Vortrags noch nicht vor.

52 LAG Hannover (FN 51 – juris Rn. 38).

53 Ebs. OVG Münster, Beschl. v. 23. 3. 2010 – 16 A 2423/08.PVL, PersV 2010, 389 ff. (389) = ZfPR online 3/2011, S. 4 ff.; Altwater, Ergänzungen des Bundespersonalvertretungsrechts, PersR 2006, 400 ff. (401).

54 LAG Hannover (FN 51 – juris Rn. 39); kritisch hingegen LAG Köln, Beschl. v. 22. 6. 2009 – 2 TaBV 74/08, (juris, Rn. 30) zu einer „auf Richterrecht beruhenden Lückenfüllung“, die zu einem doppelten Wahlrecht und einem hieraus resultierenden divergenten Rechtsweg führt; hierzu: Lorse, PersV 2010, 204 ff. (207).

## 2. Personalvertretungsrechtliche Aspekte

Wie stellt sich nun die höchstverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung der Herausforderung dieser beteiligungsrechtlichen Gemengelage, die die festgefügtten Argumentationsmuster aufzulösen scheint? Das Bundesverwaltungsgericht<sup>55</sup> hatte 2009 Gelegenheit, sich mit der Wahlberechtigung und der Wählbarkeit von Beamten und Arbeitnehmern zur Personalvertretung zu befassen, denen im Rahmen eines Kooperationsprojekts der Bundeswehr eine Tätigkeit in einem privaten Wirtschaftsunternehmen zugewiesen wurde. Konkret ging es um die Übertragung der IT-Aufgaben der Bundeswehr an ein privatrechtliches Firmenkonsortium, an dem der Bund gesellschaftsrechtlich beteiligt ist.

**2.1** In einem ersten Schritt wurde das ursprünglich auf 250 Dienststellen der Bundeswehr verstreute Personal entsprechend dem Aufwuchs dieser Gesellschaft aus ihren Beschäftigungsdienststellen zur Arbeitsleistung zugewiesen. Anschließend – in einem zweiten Schritt – wurde dieses Personal zum IT-Amt der Bundeswehr, einer Bundesoberbehörde, versetzt, die dauerhaft als Personal bearbeitende Dienststelle fungiert. Der Personalrat dieser Bundesoberbehörde hatte die Feststellung begehrt, dass das bei der Gesellschaft eingesetzte Personal nicht Beschäftigte dieses Amtes und damit nicht zur Wahl des Personalrats aktiv und passiv wahlberechtigt geworden sei.

Das Bundesverwaltungsgericht schloss sich der Rechtsauffassung des Personalrats – gegen die Vorinstanzen an – und verneinte die Wahlberechtigung des gestellten Personals zum IT-Amt, bejahte ein aktives Wahlrecht jedoch in derjenigen Dienststelle, in welcher sie im Zeitpunkt der Zuweisung beschäftigt, d.h. eingegliedert waren. Die Methodik der Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts enthält spiegelbildliche Elemente der arbeitsgerichtlichen Spruchpraxis. So wie jene Rechtsprechung vom sicheren Boden des Betriebsverfassungsrechts argumentierte, bleibt das Bundesverwaltungsgericht der Dogmatik des Bundespersonalvertretungsrechts, d.h. genauer seiner eigenen Rechtsfortbildung, verhaftet. Das Bundesverwaltungsgericht misst die Wahlberechtigung der insgesamt 1.500 zugewiesenen Beamten und Arbeitnehmer zu einer Dienststelle der Bundeswehr weiterhin am Kriterium der letzten „tatsächlichen Eingliederung“. Da diese Beschäftigten, wie das Bundesverwaltungsgericht feststellt, tatsächlich in die Kooperationsbetriebe eingegliedert seien, in denen sie nach Weisung des jeweiligen Betriebsinhabers tätig sind, hätte die unter der Bezeichnung „Versetzung“ vorgenommene dienstrechtliche Zuordnung zum IT-Amt der Bundeswehr eine Eingliederung – und dies heißt deren Wahlberechtigung zum Personalrat dieser Dienststelle – nicht bewirken können.

**2.2** Diese Argumentation wird weder dem spezialgesetzlichen Regelungsanliegen noch der Beteiligungspraxis gerecht. Das Gericht fordert als Grundlage für die in die Zukunft weisende Wahlberechtigung und Wählbarkeit des gestellten Personals den Nachweis einer in der Vergangenheit liegenden Eingliederung, die bei einem Wechsel zwischen zwei Dienststellen im Geltungsbereich des Bundespersonalvertretungsgesetzes in jedem Fall zum Verlust der Wahlberechtigung geführt hätte. Ein solcher Schritt zurück in die personalvertretungsrechtliche Vergangenheit des gestellten Personals verstellt jedoch den beteiligungsrechtlichen Blick für die praktischen Bedürfnisse der Gegenwart.

Gerade weil zu einem Kooperationsbetrieb gestelltes Personal hinsichtlich einer etwaigen Wahlberechtigung zu einer Dienststelle im Zeitpunkt der Personalratswahl niemals das Erfordernis einer tatsächlichen Eingliederung wird erbringen können, muss eine rechtliche Fiktion zur Erfüllung dieser Voraussetzung ausreichen („gilt als eingegliedert“). Was tatsächlich nicht möglich ist, kann weder gesetzlich noch richterrechtlich gefordert werden.

Dass eine solche vergangenheitszentrierte Argumentation wenig tragfähig ist, erweist sich bei einer Analyse der rechtlichen Folgen des Beschlusses. Die Feststellung, dass das gestellte Personal bei derjenigen Dienststelle weiterhin wahlberechtigt ist, bei der dieses zuletzt tatsächlich eingegliedert war, geht für ca. zwei Drittel der Wahlberechtigten ins Leere, da diese Dienststellen, der wirtschaftlichen Logik einer Verlagerung der Aufgaben in den privaten Sektor folgend, bereits im Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aufgelöst waren. In diesem Fall, so muss auch das Gericht konzedieren, erhalte „der betroffene Beschäftigte das Wahlrecht in derjenigen Dienststelle, welcher er dienstrechtlich zugeordnet wird“<sup>56</sup>. Es handelt sich bei dieser Erkenntnis – genau betrachtet – um eine partielle Restituirung der ursprünglich gestalteten Rechtslage.

## VII. Reformüberlegungen zur Neujustierung der Wahlberechtigung und Wählbarkeit im Bereich von Kooperationsprojekten mit der Wirtschaft

### 1. Reduzierungsmöglichkeiten bundesgesetzlicher Sonderregelungen

Betrachtet man die gesetzliche Ausfächerung eines beteiligungsrechtlichen Grundproblems in eine Vielzahl ressortspezifischer Gesetze, erscheint ein gesetzgeberischer Neuanfang überlegenswert. In einem ersten Schritt empfiehlt sich daher eine gesetzliche Flurbereinigung, in der die auswuchernden spezialgesetzlichen Regelungen der einzelnen Bundesressorts in ihrem Regelungskern harmonisiert und die diskutierten Ansätze der Rechtsfortbildung, dort, wo sie sich mit dem Gesetzeswillen decken, rezipiert, in den anderen Fällen kassiert werden. In einem zweiten Schritt sollte geprüft werden, ob der Regelungsinhalt ein eigenes Regelungswerk insbesondere mit den Kernelementen einer doppelten Wahlberechtigung (Wählbarkeit) sowie einer funktionellen Aufteilung der Beteiligungskompetenzen von Betriebs- und Personalrat trägt. Alternativ ist zu prüfen, ob eine Inkorporierung in die Regelungen zur Wahlberechtigung des Bundespersonalvertretungsgesetzes in Betracht kommt.

### 2. Beteiligungsrechtlicher Interessenausgleich

Im Rahmen dieser Gesamtprüfung sollten auch kritische Betrachtungen einer doppelten Wahlberechtigung in die Diskussion einbezogen werden. Bisher wurden ausschließlich die von einer Zuweisung Betroffenen und deren beteiligungsrechtliche Heimatlosigkeit in den Mittelpunkt des gesetzlichen Reformanliegens gestellt. Die Diskussion zur doppelten Wahlberechtigung muss aber stärker als bisher auch die Sicht der

<sup>55</sup> BVerwG, Beschl. v. 14. 12. 2009 – 6 P 16.08, PersV 2010, 220 = ZfPR online 4/2010, S. 3 ff.; vgl. Anm. Lorse, PersV 2010, 204 ff. (210 ff.).

<sup>56</sup> BVerwG, PersV 2010, 220 ff. (223) = ZfPR online 4/2010, S. 3 ff.

originären Beschäftigten in den Dienststellen und die Gefahr von Verzerrungen der Mehrheitsverhältnisse, ja einer Fremdbestimmung in diesen Gremien offen thematisieren.<sup>57</sup> Ebenso sind Interessenkonflikte als Folge der Doppelwählbarkeit sorgfältiger als in der Vergangenheit gesehen zu prüfen.

### 3. Überwindung beteiligungsrechtlicher Barrieren zwischen Betriebsverfassungs- und Bundespersonalvertretungsgesetz

Als Alternative wäre eine Überwindung der dogmatischen Mauern von Personalvertretungs- und Betriebsverfassungsrecht anzusehen. Ich darf nochmals die Eingangsworte meines Vortrags bemühen, nach der es die Aufgabe des Rechts ist, die Wirklichkeit abzubilden. Zur Beteiligungswirklichkeit gehört, dass sich betriebs- und personalvertretungsrechtliche Interessenvertretung bei Kooperationsprojekten zeitgleich und interdependent vollziehen. Warum muss der Rechtssuchende mehrere, noch dazu versteckte Gesetze bemühen, um einen einheitlichen Lebenssachverhalt zu betrachten? Der Siegeszug des Navigationsgeräts, meine Damen und Herren, ist ohne die Unübersichtlichkeit von Straßen- und Faltkarten, die immer dort abschneiden, wo es interessant wird, nicht zu erklären.

<sup>57</sup> Ebs. Schleicher, PersV 2007, 295 ff. (300 ff.); vgl. bereits VGH Bayern, Beschl. v. 2. 3. 1983 – 17 C 82 A.2753, PersV 1984, 460 ff. (462) zu dem Aspekt „einer unerwünschten Verzerrung der im Personalrat repräsentierten Mehrheitsverhältnisse“.

In diesem Zusammenhang wäre sodann zu prüfen, ob sich die imperfekte Regelung des § 5 BetrVG<sup>58</sup> insgesamt in ein eigenständiges Regelungswerk einbeziehen lässt. Es handelt sich bei diesem Vorschlag um eine gesetzliche Verzahnung eines einheitlichen Beteiligungssachverhalts. Der Blick weitet sich in diesem Zusammenhang über die Beteiligungsbedürfnisse des Bundes auf die Länder. Reift die Erkenntnis bei den Ländern, dass die Neuregelung des § 5 BetrVG beteiligungsrechtlich nicht „zu Ende gedacht“ wurde, könnte das Bedürfnis nach einer bundes- und länder einheitlichen Regelung der beteiligungsrechtlichen Kooperationsbeziehungen zwischen öffentlichem und privatem Sektor wachsen. Es ist zu hoffen, dass die Länderinteressen nach beteiligungsrechtlicher Interoperabilität langfristig die aktuellen Tendenzen einer föderalen Kleinstaaterei im Beteiligungsrecht überwiegen.<sup>59</sup>

Die in letzter Zeit deutlich hervortretenden Konvergenzen der Rechtsprechung von Bundesarbeitsgericht und Bundesverwaltungsgericht in betriebs- und personalvertretungsrechtlichen Fragen<sup>60</sup> begünstigen einen solchen Reformansatz.

<sup>58</sup> Ebs. Hayen, Erweiterung des Arbeitnehmerbegriffs im BetrVG, PersR 2009, 384 ff. (389); kritisch auch Heise/Fedder, Beamte und Soldaten – Einsatz im Betriebsrat, NZA 2009, 1069 ff., die eine fehlende „Zuständigkeitstrennung zwischen Betriebsrat des Privatunternehmens und dem Personalrat der Ursprungsstelle“ in § 5 BetrVG monieren.

<sup>59</sup> Vgl. hierzu: Lorse, Reföderalisierung des Dienstrechts in Deutschland: Gesamtstaatliche Verantwortung oder Rückkehr zur Kleinstaaterei im deutschen Beamtenrecht?, DÖV 2010, 829 ff.

<sup>60</sup> Ebs. Vogelgesang, Die Wandel in der Rechtsprechung des BVerwG (...), PersV 2005, 326 ff. (327).

# Rechtsanspruch auf Mitbestimmung? Praktische Notwendigkeit – Verfassungsrechtliche Grundlagen – Verortung

Prof. Dr. Alfred Rinke, Bremen\*

## I. Die Lage der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst nach der Föderalismusreform I

Die Föderalismusreform hat die Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern neu verteilt und dies mit gravierenden Konsequenzen für das Personalvertretungsrecht der Länder. Durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2008<sup>1</sup> ist die Kompetenz des Bundes zur Rahmengesetzgebung entfallen und damit auch die dem Bund bisher durch Art. 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GG eingeräumte Befugnis, Rahmenvorschriften für die Gesetzgebung der Länder „über die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienste der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts stehenden Personen“ zu

erlassen. Auf diesem Kompetenztitel beruhen aber die wichtigsten der im Zweiten Teil des Bundespersonalvertretungsgesetzes enthaltenen Vorschriften für die Personalvertretungen der Länder<sup>2</sup> – unter diesen auch die für unsere Fragestellung zentralen §§ 95 und 104, in denen die Länder zur Einrichtung von Personalvertretungen verpflichtet werden und ihnen wichtige Direktiven für die Regelung der Mitbestimmungsrechte der Beschäftigten und für das Mitbestimmungsverfahren gegeben werden. Zwar gelten diese Bestimmungen zunächst weiter, können aber jederzeit durch Landesrecht ersetzt werden (Art. 125 Abs. 1 GG n. F.).

Diese „Befreiung“ der Landesgesetzgeber von bundesrechtlichen Vorgaben erfolgt zu einer Zeit, in der unter dem Slogan der Rationalisierung und Effektivierung des öffentlichen Dienstes eine deutliche Tendenz zum Abbau von Beteiligungsrechten zu

\* Prof. Dr. Alfred Rinke ist Präsident des Staatsgerichtshofs der Freien Hansestadt Bremen. Dem Beitrag liegt ein Vortrag zugrunde, den der Verfasser am 1. März 2011 im Rahmen des von dbb beamtenbund und tarifunion und dbb akademie veranstalteten 8. Forums Personalvertretungsrecht „Personalvertretungen – Selbstverständlich Mitbestimmen!“ in Berlin gehalten hat.

<sup>1</sup> BGBl. I S. 2034

<sup>2</sup> Soweit Bestimmungen des Zweiten Teils des Bundespersonalvertretungsgesetzes auch auf Kompetenztitel gestützt werden können, die zum Bereich der ausschließlichen oder konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes gehören, bleiben diese weiterhin für die Landesgesetzgebung bindend (Art. 125 b Abs. 1 Satz 1 GG n. F.); vgl. die Übersicht bei Altwater/Hamer/Kröll/Lemcke/Peiseler, BPersVG, 6. Aufl., 2008, § 94 Rn. 11.