



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 6 LP 54/15
(VG: 7 K 279/14)

Beschluss

In der Personalvertretungssache

des Personalrat beim Senator für Umwelt, Bau und Verkehr, vertreten durch den Vorsitzenden Eberhard Mattfeldt, Ansgaritorstraße 2, 28195 Bremen,

Antragsteller und Beschwerdeführer,

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

b e t e i l i g t :

Senator für Umwelt, Bau und Verkehr, Ansgaritorstraße 2, 28195 Bremen,

Prozessbevollmächtigte:

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen – Fachsenat für Personalvertretungssachen aufgrund des Anhörungstermins vom 31.05.2017 durch Richter Prof. Alexy sowie die ehrenamtlichen Richter Arbeitnehmer Wolf-Rüdiger Bohn, Beamter Rolf Dunkhorst, Angestellte Andrea Frohmader und Beamter Heiko Kothe am 31.05.2017 beschlossen:

Unter Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Bremen – Fachkammer für Personalvertretungssachen – vom 26.1.2015 wird festgestellt:

Anordnungen des Beteiligten gegenüber einzelnen Arbeitnehmern, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Krankheitstag vorzulegen, unterliegen der Mitbestimmung.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Tatbestand

Der Antragsteller ist Personalrat beim Senator für Umwelt, Bau und Verkehr, dem Beteiligten.

Die Personalstelle des Beteiligten wies die Arbeitnehmerin Frau S. mit Schreiben vom 20.7.2012 an, ab sofort eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Krankheitstag vorzulegen. Grund hierfür seien die vielen Kurzeiterkrankungen in den vergangenen 12 Monaten. Die Anordnung werde auf maximal 2 Jahre befristet; nach 6 Monaten sei eine Überprüfung vorgesehen.

Zuvor hatte die Personalstelle den Antragsteller von der beabsichtigten Anordnung in Kenntnis gesetzt und mitgeteilt, dass die Angelegenheit aus ihrer Sicht nicht der Mitbestimmung des Personalrats unterliege, weil es sich um keine personalvertretungsrechtliche Maßnahme i. S. des § 58 Abs. 1 S. 1 BremPersVG handele.

Der Antragsteller teilte dem Beteiligten mit Schreiben vom 1.8.2012 mit, dass die Angelegenheit nach seiner Auffassung der Mitbestimmung unterliege. Bei der gegenüber Frau S. ergangenen Anordnung handele es sich um eine Maßnahme. Der Beteiligte wurde aufgefordert, das Mitbestimmungsverfahren nachzuholen und die Anordnung gegenüber Frau S. bis zum Abschluss des Mitbestimmungsverfahrens auszusetzen.

Der Beteiligte kam diesem Ansinnen nicht nach. Er bekräftigte seinen Standpunkt auch gegenüber der Frauenbeauftragten der Dienststelle sowie der Landesbeauftragten für die Verwirklichung der Gleichberechtigung der Frau, die in der Angelegenheit interveniert hatten.

Im Laufe des Jahres 2013 wurde die Anordnung gegenüber Frau S. vom Beteiligten aufgehoben.

Am 6.3.2014 hat der Antragsteller den vorliegenden Feststellungsantrag gestellt. Er hat geltend gemacht, dass der Charakter einer Maßnahme nicht zweifelhaft sein könne. Die Anordnung, bereits am ersten Krankheitstag eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen, sei gegenüber dem Arbeitnehmer verbindlich und löse unmittelbar Rechtswirkungen aus. Die Maßnahme werde zwar in den Beispielskatalogen der §§ 63 ff. Brem-

PersVG nicht genannt; das ändere aber nichts an der Allzuständigkeit des Personalrats nach § 52 Abs. 1 S. 1 BremPersVG.

Der Antragsteller hat beantragt,

festzustellen, dass der Beteiligte bei Anordnungen gegenüber einzelnen Arbeitnehmern, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem 1. Krankheitstag vorzulegen, verpflichtet ist, schriftlich die Zustimmung des Antragstellers zu beantragen.

Der Beteiligte hat beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Die gegenüber einem einzelnen Bediensteten ergehende Anordnung, ab dem ersten Krankheitstag eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen, stelle keine Maßnahme im personalvertretungsrechtlichen Sinne dar. Die Anordnung sei vielmehr Ausfluss des arbeitsvertraglichen Weisungs- und Direktionsrechts. Die Anordnung sei nach ihren rechtlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen nicht mit der Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung vergleichbar; außerdem unterliege selbst eine solche Untersuchungsanordnung nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht der Mitbestimmung des Personalrats.

Das Verwaltungsgericht hat den Antrag aufgrund des Anhörungstermins vom 26.1.2015 mit Beschluss vom selben Tage – verkündet am 9.2.2015 – abgelehnt. Der Antrag sei zulässig, aber unbegründet. Es erscheine bereits zweifelhaft, ob die strittige Anordnung eine Maßnahme i. S. von § 58 Abs. 1 S. 1 BremPersVG darstelle. Es spreche einiges dafür, dass die Anordnung lediglich vorbereitenden Charakter besitze. Die Rechtssphäre des jeweiligen Bediensteten werde durch die Anordnung nicht in einer Weise berührt, dass Anlass für einen personalvertretungsrechtlichen Schutz bestehe. Letztlich könne das aber dahinstehen. Denn selbst wenn man vom Vorliegen einer Maßnahme ausgehe, würde das nicht zur Mitbestimmungspflicht führen. Die Anordnung werde in den Beispielskatalogen der §§ 63 ff. BremPersVG nicht genannt. Sie komme den in den Beispielskatalogen geregelten Maßnahmen in ihrer Auswirkung auf die Dienststelle und die Beschäftigten auch nicht in etwa gleich. Sie sei nicht mit der Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung vergleichbar. Selbst diese Maßnahme unterliege nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Beschluss vom 24.6.2014 – 6 P 1/14 – PersV 2014, 384) nicht der Mitbestimmung des Personalrats. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts sei zum Landespersonalvertretungsgesetz des Landes Rhein-

land-Pfalz ergangen; die Rechtslage in Bremen sei insoweit aber vergleichbar. Die Allzuständigkeit des Personalrats nach § 52 Abs. 1 S. 1 BremPersVG komme deshalb als Grundlage der Mitbestimmung nicht in Betracht.

Der Antragsteller hat gegen diesen Beschluss rechtzeitig Beschwerde eingelegt, die er wie folgt begründet:

Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts handele es sich bei der Anordnung gegenüber einzelnen Arbeitnehmern, ab dem ersten Krankheitstag eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen, um eine Maßnahme im personalvertretungsrechtlichen Sinn. Die in den §§ 63 ff. BremPersVG genannten Beispielskataloge beschränkten entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts nicht die Allzuständigkeit des Personalrats. Der Gesetzgeber habe dies durch die Regelungen in den §§ 63 Abs. 2, 65 Abs. 3 und 66 Abs. 3 BremPersVG ausdrücklich klargestellt. Der Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.6.2014 betreffe das Landespersonalvertretungsgesetz Rheinland-Pfalz; die Rechtslage in Rheinland-Pfalz sei nicht mit der in Bremen vergleichbar.

Der Antragsteller beantragt, unter Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Bremen – Fachkammer für Personalvertretungssachen – vom 26.1.2015 festzustellen,

dass Anordnungen des Beteiligten gegenüber einzelnen Arbeitnehmern, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Krankheitstag vorzulegen, der Mitbestimmung unterliegen.

Der Beteiligte beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Das Verwaltungsgericht habe den Feststellungsantrag zutreffend als unbegründet abgelehnt. Bei der strittigen Anordnung handele es sich nicht um eine personalvertretungsrechtliche Maßnahme. Die Anordnung trage lediglich vorbereitenden Charakter. Zudem komme eine solche Anordnung den Beispielfällen der §§ 63 Abs. 1, 65 Abs. 1 und 66 Abs. 1 BremPersVG in ihren Auswirkungen nicht in etwa gleich. Soweit das Verwaltungsgericht sich in seinem Beschluss auf die aktuelle Rechtsprechung zur nicht gegebenen Mitbestimmung bei der Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung bezogen habe, seien seine Ausführungen insoweit nicht entscheidungserheblich.

Entscheidungsgründe

Die Beschwerde des Antragstellers ist zulässig und begründet. Unter Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Bremen – Fachkammer für Personalvertretungssachen – vom 26.1.2015 stellt das Oberverwaltungsgericht Bremen – Fachsenat für Personalvertretungssachen – fest, dass die Anordnung des Beteiligten gegenüber einzelnen Arbeitnehmern, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Krankheitstag vorzulegen, nach dem Bremischen Personalvertretungsgesetz vom 5.3.1974 (BremGBl. S. 131), zuletzt geändert durch Gesetz vom 16.5.2017 (BremGBl. S. 225, 249), – Brem-PersVG – der Mitbestimmung unterliegt.

I.

Der Feststellungsantrag ist zulässig.

Das Verwaltungsgericht hat zutreffend angenommen, dass die mit dem Feststellungsantrag aufgeworfene Rechtsfrage im Hinblick auf künftige Konflikte klärungsbedürftig ist und deshalb ein Feststellungsinteresse besteht. Das Oberverwaltungsgericht nimmt insoweit auf die Ausführungen des Verwaltungsgerichts Bezug. Der Antragsteller und der Beteiligte haben im Anhörungstermin vom 31.5.2017 die Klärungsbedürftigkeit bestätigt.

II.

Der Feststellungsantrag ist begründet.

Gemäß § 52 Abs. 1 S. 1 BremPersVG hat der Personalrat die Aufgabe, für alle in der Dienststelle weisungsgebunden tätigen Personen „in allen sozialen, personellen und organisatorischen Angelegenheiten“ gleichberechtigt gemäß den Bestimmungen der §§ 58 bis 62 mitzubestimmen. Die §§ 58 bis 62 BremPersVG regeln die Form und Durchführung der Mitbestimmung, so u. a. die Zustimmungsfiktion des Personalrats nach Ablauf von 1 bzw. 2 Wochen (§ 58 Abs. 1 S. 4), die Anordnung vorläufiger Regelungen durch die Dienststellenleitung (§ 58 Abs. 3 S. 1), das Verfahren vor der Einigungsstelle sowie den Umfang der Bindungswirkung von Beschlüssen der Einigungsstelle (§ 61 Abs. 4).

Für die in § 52 Abs. 1 S. 1 BremPersVG genannten sozialen, personellen und organisatorischen Angelegenheiten enthalten § 63 Abs. 1 (Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten), § 65 Abs. 1 (Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten) und § 66 Abs. 1 (Mitbestimmung in organisatorischen Angelegenheiten) Beispielskataloge. Dazu wird in den §§ 63 Abs. 2, 65 Abs. 3 und 66 Abs. 3 jeweils bestimmt, dass durch die Aufzählung der Beispiele die Allzuständigkeit des Personalrats nach § 52 Abs. 1 S. 1 nicht berührt

wird. Darüber hinaus wird klargestellt, dass für eine Mitbestimmung kein Raum ist, soweit in einer Angelegenheit gesetzliche oder tarifliche Regelungen bestehen.

Die Anordnung gegenüber einzelnen Arbeitnehmern, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Krankheitstag vorzulegen, unterliegt nach diesen Vorschriften der Mitbestimmung des Personalrats. Im Einzelnen ergibt sich das aus Folgendem:

1. Der Mitbestimmung steht ein Tarif- oder Gesetzesvorrang nicht entgegen.

Zwar hat die Anordnung, ab dem ersten Krankheitstag eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen, eine gesetzliche Grundlage. Gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 Entgeltfortzahlungsgesetz – EFZG – (Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgeltes an Feiertagen und im Krankheitsfall vom 26.5.1994 (BGBl. I, S. 1014, 1065), zuletzt geändert durch Gesetz vom 16.7.2015 (BGBl. S. 1211)) hat der Arbeitnehmer, wenn eine Arbeitsunfähigkeit länger als 3 Krankheitstage dauert, eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtlicher Dauer spätestens an dem darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen. Gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG ist der Arbeitgeber berechtigt, die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung früher zu verlangen. Ob er von diesem Recht Gebrauch macht, steht in seinem Ermessen (BAG, Urt. v. 14.11.2012 – 5 AZR 886/11 – BAGE 143, 315). Ein Gesetzesvorrang ist damit gerade nicht gegeben. Dieser kommt nur bei Regelungen zur Anwendung, die vollständig, abschließend und erschöpfend sind, also nicht – wie hier – weiterer Ausführungsakte bedürfen (vgl. BVerwG, B. v. 24.6.2014 – 6 P 1/14 – PersV 2014, 384 = juris Rn 14; OVG Bremen, B. v. 5.9.2008 – PA 496/08.PVL – NordÖR 2009, 319 = juris Rn 24).

2. Die Mitbestimmungspflicht folgt noch nicht daraus, dass die gegenüber einem einzelnen Arbeitnehmer ergehende Anordnung, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Krankheitstag vorzulegen, zu den in den Beispielskatalogen der §§ 63 ff. BremPersVG ausdrücklich aufgezählten Mitbestimmungstatbeständen gehören würde.

Der Beispielskatalog des § 63 Abs. 1 BremPersVG scheidet aus, weil es sich bei der Anordnung nicht um eine soziale Angelegenheit handelt. Die Anordnung stellt insbesondere keine Maßnahme zur Verhütung von Dienst- und Arbeitsunfällen oder sonstigen Gesundheitsschäden i. S. von § 63 Abs. 1 Buchst. d BremPersVG dar. Mit ihr wird nicht der Zweck des effektiven Arbeits- und Gesundheitsschutzes verfolgt, sondern der Arbeitgeber will sicherstellen, dass die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, für die er aufkommen muss (vgl. § 3 Abs. 1 EFZG), nur bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen er-

folgt. Bei der gegen einen einzelnen Arbeitnehmer gerichteten Anordnung wird auch nicht – anders als bei einer allgemeinen, alle Arbeitnehmer treffenden Regelung (vgl. dazu BAG, B. v. 25.1.2000 – 1 ABR 3/99 – BAGE 93, 276) – der Betrieb der Dienststelle i. S. von § 63 Abs. 1 Buchst. e BremPersVG geregelt.

Vielmehr handelt es sich bei der Einzelfallanordnung um eine personelle Angelegenheit. Dem Arbeitgeber geht es gegenüber dem betreffenden Arbeitnehmer darum, in seinem Fall für das von ihm geleistete Entgelt die geschuldete Arbeitsleistung zu erhalten. Damit ist der Kern der arbeitsvertraglichen Beziehung berührt. Kommt der Arbeitnehmer der Anordnung nicht nach, kann das zu einem Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers (vgl. § 7 Abs. 1 EFZG) und unter Umständen im Wiederholungsfall auch zu einem Kündigungsrecht führen (vgl. Reinhard, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl., § 5 EFZG Rn 18; Schlachter, in: Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Band 1, 3. Aufl., § 75 Rn 28).

Der Beispielskatalog des § 65 Abs. 1 BremPersVG für die Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten lautet wie folgt:

„In personellen Angelegenheiten erstreckt sich das Recht auf Mitbestimmung des Personalrats.... insbesondere auf

- a) Einstellung, Anstellung und Beförderung von Beamten,
- b) Entlassung von Beamten auf Probe und auf Widerruf,
- c) Einstellungen, Höhergruppierung und Übertragung einer höher zu bewertenden Tätigkeit, Rückgruppierung und Übertragung einer niedriger zu bewertenden Tätigkeit und Kündigung von Arbeitnehmern,
- d) Versetzung und Abordnung,
- e) Weiterbeschäftigung über die Altersgrenze hinaus“

Die Anordnung, ab dem ersten Krankheitstag eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen, wird in diesem Beispielskatalog nicht genannt.

3. Der Umstand, dass die Anordnung nicht in dem Beispielskatalog des § 65 Abs. 1 BremPersVG aufgezählt wird, führt nicht dazu, dass die Mitbestimmung entfällt. In § 65 Abs. 3 BremPersVG wird bestimmt, dass durch die Aufzählung der in Abs. 1 genannten Beispiele die Allzuständigkeit des Personalrats nach § 52 Abs. 1 S. 1 nicht berührt wird. Rechtsgrundlage für die Mitbestimmung ist hier § 52 Abs. 1 S. 1 BremPersVG (vgl. dazu auch den Beschluss des Fachsenats vom heutigen Tag – B. v. 31.5.2017, 6 LP 37/16 –,

der die Mitbestimmung des Personalrats bei der Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung betrifft).

a) Der Beispielskatalog des § 65 Abs. 1 BremPersVG begrenzt die Allzuständigkeit des Personalrats nicht in der Weise, dass für die nicht ausdrücklich aufgeführten Angelegenheiten ein Mitbestimmungsrecht nur dann besteht, wenn sie einer der aufgezählten Beispielsfälle „nach Art und Bedeutung“ vergleichbar sind.

Das Bundesverwaltungsgericht (B. v. 24.6.2014 – 6 P 1/14 – PersV 2014, 384 = juris Rn 20) ist für das Personalvertretungsgesetz des Landes Rheinland-Pfalz (Neufassung vom 24.11.2000 (GVBl. S. 530), zuletzt geändert durch Gesetz vom 4.2.2015 (GVBl. S. 2), – PersVGRhPf –) zu dem Ergebnis gelangt, dass in den nicht ausdrücklich geregelten Fällen ein Mitbestimmungsrecht nur dann besteht, wenn die Angelegenheit einer der geregelten Beispielsfälle „nach Art und Bedeutung“ vergleichbar ist. Das Kriterium der Vergleichbarkeit schlüsselt sich danach in zwei unterschiedliche Anforderungen auf. Ihrer „Art“ nach ist eine Angelegenheit mit einer ausdrücklich geregelten Maßnahme vergleichbar, wenn sie dieser in ihrer rechtlichen Struktur ähnelt, d. h. eine ähnliche rechtliche Wirkungsweise und eine ähnliche rechtliche Funktion aufweist. Ihrer „Bedeutung“ nach ist eine Angelegenheit mit einem ausdrücklich geregelten Beispielsfall vergleichbar, wenn sie in ähnlicher Art und Weise wie diese die Interessen der Beschäftigten berührt und in ähnlichem Umfang kollektivrechtlichen Schutzbedarf auslöst. Insbesondere bei Prüfung der letztgenannten Anforderung sei darauf zu achten, dass keine Wertungen unterlaufen würden, die im Gesetz an anderer Stelle verankert seien.

Das Bundesverwaltungsgericht hebt hervor, dass dieses Normverständnis dem Willen des Landesgesetzgebers in Rheinland-Pfalz entspreche. Dieser habe die Beispielskataloge der § 78 ff. PersVGRhPf offenkundig in der Absicht erlassen, der Rechtsanwendung Halt und Verlässlichkeit zu geben. § 78 Abs. 2, Abs. 3 PersVGRhPf (personelle Angelegenheiten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer) sehen insgesamt 22 Ziffern, § 79 Abs. 2, Abs. 3 PersVGRhPf (personelle Angelegenheiten der Beamtinnen und Beamten) einen insgesamt 23 Ziffern und § 80 Abs. 1, Abs. 2 PersVGRhPf (soziale und sonstige innerdienstliche sowie organisatorische und wirtschaftliche Angelegenheiten) einen insgesamt 28 Ziffern umfassenden Katalog von Mitbestimmungstatbeständen vor. Bei Anwendung von § 73 Abs. 1 PersVGRhPf, der dem Personalrat in allen personellen, sozialen und sonstigen innerdienstlichen sowie organisatorischen und wirtschaftlichen Angelegenheiten Mitbestimmung einräume, müssten die in diesen Beispielskatalogen zum Ausdruck kommenden Wertungen beachtet werden. In Anbetracht der vom Ge-

setzgeber gewählten Regelungstechnik komme eine Mitbestimmung im Rahmen der Allzuständigkeit nur in Betracht, wenn die betreffende Angelegenheit einem der aufgezählten Mitbestimmungstatbestände nach Art und Bedeutung vergleichbar sei.

b) Die Beispielstatbestände der §§ 63 Abs. 1, 65 Abs. 1 und 66 Abs. 1 BremPersVG besitzen keine solche die Allzuständigkeit des Personalrats begrenzende Funktion. Die Rechtslage in Bremen ist insoweit von der in Rheinland-Pfalz verschieden. Aus diesem Grund kann die zum rheinland-pfälzischen Personalvertretungsrecht ergangene Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht auf Bremen übertragen werden.

aa) Das verdeutlicht bereits die Gesetzgebungsgeschichte.

§ 52 Abs. 1 S. 1 BremPersVG war – als Grundnorm des Bremischen Personalvertretungsrechts – bereits in der Erstfassung des Gesetzes vom 3.12.1957 (BremGBl. S. 161) enthalten. Es hieß dort, dass der Personalrat die Aufgabe hat, in „allen sozialen und personellen Fragen“ gleichberechtigt mitzubestimmen. Dazu formulierte das Gesetz Beispielskataloge (§ 63: soziale Angelegenheiten; § 65 Abs. 1: personelle Angelegenheiten) – die in der Folgezeit nur minimal verändert wurden und heute noch im Wesentlichen ihre Ursprungsfassung besitzen. Der Gesetzgeber wollte dem Personalrat damit ein „echtes Mitbestimmungsrecht“ in „allen personellen und sozialen Fragen“ einräumen (Abg. Koschnick, Sitzung der Bremischen Bürgerschaft vom 13.6.1956, Verhandlungen der Bremischen Bürgerschaft – Landtag –, 4. Wahlperiode, S. 243). Die Regelung sollte der Umsetzung des Art. 47 BremLV dienen, der der Mitbestimmung in Betrieben und Behörden eine landesverfassungsrechtliche Grundlage gibt (vgl. BVerwG, B. v. 30.10.1964 – VII P 2.64 – BVerwGE 19, 359 <360>; Rinken, in: Fischer-Lescano/Rinken u. a. (Hrsg.), Verfassung der Freien Hansestadt Bremen, 2016, Art. 47 Rn 28 ff.).

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 27.4.1959 (2 BvF 2/58 – BVerfGE 9, 268), das die Vereinbarkeit des Bremischen Personalvertretungsgesetzes mit dem Grundgesetz zum Gegenstand hatte, die Grundkonzeption des Bremischen Personalvertretungsgesetzes, den Personalräten unter Ausschöpfung des vom Grundgesetz gezogenen Rahmens umfassende Mitbestimmungsrechte in personellen und sozialen Angelegenheiten einzuräumen, nicht beanstandet. Es hat dazu den Begriff der Allzuständigkeit geprägt. Für verfassungswidrig erklärte das Bundesverfassungsgericht das Bremische Personalvertretungsgesetz insoweit, als es in den personellen Angelegenheiten der Beamten eine bindende Entscheidung der Einigungsstelle vorsah.

In der Folgezeit entstand eine Diskussion darüber, ob den Beispielskatalogen der §§ 63, 65 Abs. 1 BremPersVG möglicherweise eine die Allzuständigkeit begrenzende Funktion beizumessen wäre. Eine Entscheidung des OVG Bremen (B. v. 4.11.1963 – PV 3/62, B 3/63 – ZBR 1964, 281) konnte in diese Richtung verstanden werden. Der Gesetzgeber nahm diese Diskussion im Rahmen der Neufassung des Bremischen Personalvertretungsgesetzes vom 5.3.1974 zum Anlass, das Verhältnis zwischen Beispielskatalogen und Allzuständigkeit zu klären. Die §§ 63, 65 BremPersVG wurden in den Absätzen 2 bzw. 3 jeweils um eine Bestimmung ergänzt, wonach durch die Aufzählung der genannten Beispiele die Allzuständigkeit des Personalrats nach § 52 Abs. 1 S. 1 BremPersVG nicht berührt wird. Die Ergänzungen erfolgten, um im Hinblick auf die diesbezüglich geäußerten Zweifel den Willen des Gesetzgebers zu verdeutlichen und wurden ausdrücklich als „Klarstellung“ bezeichnet. Die Beispielskataloge sollen danach die Allzuständigkeit „nicht beeinträchtigen“ und insbesondere nicht der „Abgrenzung der Zuständigkeiten“ des Personalrats dienen (Abg. Heuer, Sitzung der Bremischen Bürgerschaft vom 31.1.1974, Verhandlungen der Bremischen Bürgerschaft – Landtag – 8. Wahlperiode, S. 2518; vgl. auch Grossmann/Mönch/Rohr, BremPersVG, 1979, § 63 Rn 6).

Anzumerken ist, dass die Mitbestimmung des Personalrats erst im Rahmen der Neufassung vom 5.3.1974 auch auf organisatorische Angelegenheiten ausgedehnt worden ist. Durch die Neufassung erhielt § 66 BremPersVG seine jetzige Fassung. Die im Änderungsgesetz vom 14.10.1969 (BremGBI. S. 127) erstmals vorgesehenen Beteiligungsrechte in organisatorischen Angelegenheiten waren noch vergleichsweise schwach ausgestaltet.

Die Gesetzgebungsgeschichte lässt keinen Zweifel daran, dass die Beispielskataloge nach dem Bremischen Personalvertretungsgesetz lediglich die Hauptanwendungsfälle der Mitbestimmung bezeichnen und die Mitbestimmung in allen übrigen, nicht ausdrücklich genannten Angelegenheiten grundsätzlich unberührt lassen. Die Kataloge haben nicht die Funktion, die Mitbestimmung auf solche Angelegenheiten zu beschränken, die ihnen nach Art und Bedeutung vergleichbar sind. Der Wille des Landesgesetzgebers ist, wie das Änderungsgesetz vom 5.3.1974 unterstreicht, in dieser Hinsicht eindeutig. Im Land Bremen besteht in dieser Hinsicht eine andere Rechtslage als in Rheinland-Pfalz.

bb) Ein Blick auf den konkreten Inhalt der Beispielskataloge untermauert dieses Ergebnis. So hat der Landesgesetzgeber in Rheinland-Pfalz, gerade auch in Bezug auf die personellen Angelegenheiten, den Beispielskatalog differenziert ausgestaltet; der Katalog enthält, wie dargelegt, für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer 22 und für die Beam-

tinnen und Beamten 23 Mitbestimmungstatbestände (vgl. §§ 78 Abs. 2, Abs. 3; 79 Abs. 2, 3 PersVGRhPf). Der Landesgesetzgeber in Niedersachsen, der den Beispielskatalogen des dortigen Personalvertretungsgesetzes (Neubekanntmachung vom 9.2.2016, Nds.GVBl. S. 2 – NdsPersVG) ausdrücklich eine die Zuständigkeit des Personalrats begrenzende Wirkung beimisst (vgl. § 64 Abs. 3 S. 1 NdsPersVG), zählt bei den personellen Angelegenheiten der Beamtinnen und Beamten 30 und bei den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern 22 Mitbestimmungstatbestände auf (vgl. § 65 Abs. 1, Abs. 2 NdsPersVG). Solche umfassenden Kataloge markieren in der Tat Wertungen, die in der personalvertretungsrechtlichen Praxis nicht unberücksichtigt bleiben können. Demgegenüber ist der in § 65 Abs. 1 BremPersVG genannte, seit 1957 im Wesentlichen unveränderte Beispielskatalog der mitbestimmungspflichtigen personellen Angelegenheiten eher rudimentär. Er bezeichnet die Hauptanwendungsfälle der personellen Mitbestimmung und mehr nicht. Würde man die Mitbestimmung nur bei solchen Angelegenheiten zulassen, die mit den in § 65 Abs. 1 BremPersVG ausdrücklich genannten nach Art und Bedeutung vergleichbar sind, würde das den Kreis der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten deutlich beschränken. Dies widerspräche dem Willen des Landesgesetzgebers.

c) Das bedeutet nicht, dass Beispielskataloge der §§ 63 ff. BremPersVG für die Reichweite der Allzuständigkeit des Personalrats nach § 52 Abs. 1 S. 1 BremPersVG ohne Bedeutung wären.

aa) Die Kataloge deuten, wie das Bundesverfassungsgericht im Urteils vom 27.4.1959 (2 BvF 2/58 – BVerfGE 9, 268 <289> = juris Rn 84) ausgeführt hat, „die Richtung der möglichen Gegenstände der Beschlussfassung“ an. Das bedeutet, wie das Bundesverfassungsgericht weiter erläutert hat, dass sich die Mitbestimmung danach nur auf innerdienstliche Angelegenheiten erstreckt. Handlungen und Entscheidungen der Dienststelle gegenüber den Bürgern und Bürgerinnen, d. h. die Aufgabenerfüllung der Dienststelle nach außen, unterliegen nicht der Mitbestimmung des Personalrats (vgl. Dannenberg, in: GK BremPersVG, 2016 § 65 Rn 14). In § 52 Abs. 1 S. 1 BremPersVG wird diese Schranke nicht ausdrücklich erwähnt, die Beispielskataloge markieren insoweit eine Grenze der Mitbestimmung.

bb) Innerdienstliche Angelegenheiten unterliegen darüber hinaus nur dann der Mitbestimmung des Personalrats, wenn sie in ihren Auswirkungen auf die Dienststelle und die Beschäftigten den aufgezählten Mitbestimmungstatbeständen „in etwa“ gleichkommen (BVerwG, B. v. 17.7.1987 – 6 P 13/85 – PersV 1989, 315 = juris Rn 19; B. v. 11.11.1993

– 6 PB 4/93 – juris Rn 4). Bereits in dem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 30.11.1964 (VII P 2.64 – BVerwGE 19, 359 <362>) war dieser Gesichtspunkt fruchtbar gemacht worden, um – bezogen auf eine beamtenrechtliche Umsetzung – das Mitbestimmungsrecht des Personalrats zusätzlich zu untermauern. Damit wird den Beispielskatalogen der §§ 63 ff. BremPersVG jedoch nicht eine Abgrenzungsfunktion zugewiesen, wie sie die Beispielskataloge nach dem Personalvertretungsrecht etwa der Länder Rheinland-Pfalz oder Niedersachsen besitzen. Der rechtliche Maßstab ist hier vergleichsweise offen („in etwa“) und nimmt Bezug auf die den Beispielskatalogen im Ganzen zugrundeliegende Wertung des Gesetzgebers. Er bezeichnet insoweit eine Erheblichkeitsschwelle, die erreicht sein muss, um eine Mitbestimmung auszulösen. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass die Mitbestimmung kein Selbstzweck ist und nicht um ihrer selbst willen besteht. In dem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 17.7.1987 (a. a. O.), der die Reichweite der Mitbestimmung in einer organisatorischen Angelegenheit nach § 66 BremPersVG zum Gegenstand hatte, ist ausdrücklich auf die geringfügigen Auswirkungen der strittigen Entscheidung auf den Betrieb der Dienststelle hingewiesen worden (zeitweise Schließung von 4 der seinerzeit insgesamt 38 Zweigstellen der Stadtbibliothek Bremen während der Osterferien).

Dementsprechend hat das Oberverwaltungsgericht seit jeher verlangt, dass eine Maßnahme im personalvertretungsrechtlichen Sinn vorliegen muss, um die Mitbestimmung auszulösen. Das Vorliegen einer Maßnahme wird in § 58 Abs. 1 Satz 1 BremPersV ausdrücklich zur Voraussetzung für die Einleitung eines Mitbestimmungsverfahrens gemacht. Der Maßnahmebegriff hat im Personalvertretungsrecht einen fest umrissenen Inhalt. Darunter ist jede Handlung oder Entscheidung zu verstehen, die den Rechtsstand der Beschäftigten berührt. Die Maßnahme muss auf eine Veränderung des bestehenden Zustands abzielen. Nach Durchführung der Maßnahme müssen das Beschäftigungsverhältnis oder die Arbeitsbedingungen eine Änderung erfahren haben. Lediglich der Vorbereitung einer Maßnahme dienende Handlungen der Dienststelle sind, wenn sie nicht bereits die beabsichtigte Maßnahme vorwegnehmen oder unmittelbar festlegen, keine Maßnahme (vgl. Kahnert, Öffentliches Dienstrecht, in: Fisahn (Hrsg.) Bremer Recht, 2002, S. 151; Fuchs, in: GK BremPersVG, 2016, § 58 Rn 4).

Der Maßnahmebegriff zieht der Allzuständigkeit des Personalrats auch in personellen Angelegenheiten Grenzen, verleiht der Mitbestimmungspraxis andererseits aber Verlässlichkeit und Berechenbarkeit. Eine personelle Maßnahme im personalvertretungsrechtlichen Sinn hat, indem sie den Rechtsstand des Beschäftigten berührt, regelmäßig mehr als nur geringfügige Auswirkungen. Dieses Abgrenzungskriterium, das in § 58 Abs. 1 S. 1

BremPersVG seinen ausdrücklichen gesetzlichen Anknüpfungspunkt findet, entspricht dem Willen des Landesgesetzgebers. Die Mitbestimmung kommt in den in § 65 Abs. 1 BremPersVG nicht aufgezählten Beispielfällen deshalb nur in Betracht, wenn eine personelle Maßnahme vorliegt (vgl. OVG Bremen, B. v. 5.5.1978 – PV B 1/78 – PersV 1980, 500; B. v. 24.1.1989 – PV B 3/88 – ZBR 1990, 158).

Im Ergebnis ist die Reichweite der Mitbestimmung nach dem BremPersVG damit mit der Rechtslage nach dem Mitbestimmungsgesetz in Schleswig-Holstein vergleichbar. Auch dort ist die Allzuständigkeit des Personalrats (§ 51 Abs. 1 S. 1 MBG Schleswig-Holstein) dadurch begrenzt, dass sie sich nur auf Angelegenheiten erstreckt, die zum einen innerdienstlicher Natur sind und zum anderen den Charakter einer Maßnahme tragen (vgl. BVerwG, B. v. 5.11.2010 – 6 P 18/09 – PersR 2011, 38 = juris Rn 10 ff.).

d) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24.5.1995 (2 BvF 1/92 – BVerfGE 93, 37) steht diesem Auslegungsergebnis nicht entgegen. In dieser Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht das Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein in seiner damaligen Fassung vom 11.12.1990 teilweise für verfassungswidrig erklärt. Der Landesgesetzgeber in Schleswig-Holstein hat hierauf mit dem Änderungsgesetz vom 29.12.1999 (GVObI. 2000, S. 3) reagiert. Er hat an dem Grundsatz der innerdienstlichen Allzuständigkeit des Personalrats festgehalten, was von Verfassung wegen nicht zu beanstanden ist (BVerwG, B. v. 5.11.2010 – 6 P 18/09 – PersR 2011, 38 = juris Rn 29). Neu geregelt wurde die Stellung der Einigungsstelle, deren Entscheidungskompetenz gegenüber der ursprünglichen Fassung des Gesetzes strukturell geändert wurde (vgl. Schleswig-Holsteinischer Landtag, Drs. 14/1353 vom 10.3.1998, S. 10 ff.). Der Landesgesetzgeber in Bremen hat auf die in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27.4.1959 geäußerten Bedenken, die ebenfalls die Stellung der Einigungsstelle betrafen, durch Änderungsgesetze vom 14.10.1969 (BremGBl. S. 127) sowie vom 5.3.1974 (BremGBl. S. 131) reagiert, durch die jeweils § 61 Abs. 4 BremPersVG neu gefasst wurde. Durch diese Änderungsgesetze sollte den in der Entscheidung vom 27.4.1959 geäußerten Bedenken Rechnung getragen werden (vgl. Großmann/Mönch/Rohr, BremPersVG, 1979, § 66 Rn 33 ff.; Rinken, in: GK BremPersVG, 2016, Einleitung Rn 23, 59).

4. Bei der Anordnung der Dienststellenleitung gegenüber einem Arbeitnehmer, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Krankheitstag vorzulegen, handelt es sich im personalvertretungsrechtlichen Sinn um eine Maßnahme.

Mit dieser Anordnung wird eine bisher nicht bestehende Verpflichtung begründet und damit der Rechtsstand des Bediensteten einer Veränderung unterworfen. Die Anordnung ist verbindlich. Sie beinhaltet, dass der Arbeitnehmer abweichend von der gesetzlichen Grundnorm des § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG auch bei kurzzeitigen Erkrankungen von bis zu 3 Tagen eine von einem Arzt ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegen muss.

§ 5 Abs. 1 S. 3 EFZG räumt dem Arbeitgeber in dieser Hinsicht ein einseitiges Bestimmungsrecht ein (BAG, B. v. 25.1.2000 – 1 ABR 3/99 – BAGE 93, 276 = juris Rn 34). Ob er dieses Bestimmungsrecht ausüben will, liegt in seinem nicht gebundenen Ermessen (BAG, Ur. v. 14.12.2012 – 5 AZR 886/11 – BAGE 143, 315 = juris Rn 14).

Übt der Arbeitgeber dieses Recht gegenüber einem Arbeitnehmer im Einzelfall aus, trifft er für diesen eine Sonderregelung. Den übrigen Arbeitnehmern bleibt die Notwendigkeit eines Arztbesuches bei einer Kurzeiterkrankung erspart. Da mit § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG bezweckt wird, dem Arbeitgeber die Bekämpfung von Missbräuchen im Rahmen der Lohnfortzahlung zu ermöglichen, ist die Anordnung gegenüber dem Einzelnen Arbeitnehmer objektiv mit einem Missbrauchsvorwurf verbunden. Das Bundesarbeitsgericht hat hervorgehoben, dass die Anordnung, auch wenn sie gegenüber dem Arbeitnehmer keiner Begründung bedarf, nicht schikanös oder willkürlich sein und weder gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz noch gegen Diskriminierungsverbote verstoßen darf (BAG, Ur. v. 14.11.2012 – 5 AZR 888/11 – BAG 143, 315 = juris Rn 15).

Diese Wirkungen verleihen der Anordnung den Charakter einer Maßnahme i. S. von § 58 Abs. 1 S. 1 BremPersVG. Der Gedanke der gleichberechtigten Mitbestimmung sowie der Schutzauftrag des Personalrats lassen in dieser Hinsicht eine Mitbestimmungslücke nicht zu. Da dem betreffenden Arbeitnehmer – anders als dem Personalrat – nach Lage der Dinge nicht bekannt sein wird, nach welchen Kriterien und in welchen Fällen der Arbeitgeber von seinem Recht nach § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG Gebrauch macht, trägt die Mitbestimmung dazu bei, dass die Anordnung nicht schikanös oder diskriminierend ergeht. Eine Mitbestimmung ist in diesem Falle im Übrigen nicht nur deshalb angezeigt, um die Belange des betreffenden Arbeitnehmers zu wahren. Häufige Kurzeiterkrankungen eines Arbeitnehmers können auch in erheblichem Umfang die Belange derjenigen Bediensteten berühren, die mit dem Betreffenden unmittelbar zusammenarbeiten und im Krankheitsfall eine Vertretungssituation bewältigen müssen.

Dem Maßnahmecharakter kann nicht entgegengehalten werden, dass die Anordnung lediglich vorbereitender Natur sei. Sie ist nicht vorbereitend, weil sie unmittelbar eine konkrete Verpflichtung begründet. Zwar hat der betreffende Arbeitnehmer die Möglichkeit, der Anordnung nicht zu folgen, wenn er sie für rechtswidrig hält. Er muss dann aber mit Lohnkürzung (vgl. dazu § 7 Abs. 1 EFZG) und im Wiederholungsfall mit einer Kündigung (vgl. dazu Reinhard, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl., § 5 EFZR Rn 18; Schlachter, in: Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Band 1, 3. Aufl., § 75 Rn 28) rechnen. Die Mitbestimmung des Personalrats kann dazu beitragen, eine solche Zuspitzung zu vermeiden. Stimmt der Personalrat der Anordnung zu, so kann der Arbeitnehmer daraus ersehen, dass die Nichtbeachtung der Anordnung des Arbeitgebers voraussichtlich mit einem erheblichen rechtlichen Risiko verbunden ist. Vermag der Personalrat die Dienststellenleitung demgegenüber im Wege der Mitbestimmung davon zu überzeugen, dass eine ausreichende Veranlassung für die beabsichtigte Anordnung nicht gegeben ist, oder dass es jedenfalls gute Gründe gibt, von ihr abzusehen, wird eine etwaige Eskalation von vornherein verhindert.

Einer Kostenentscheidung bedarf es nicht. Gebühren und Auslagen werden nicht erhoben. Für eine Entscheidung über den Ersatz außergerichtlicher Kosten ist im Beschlussverfahren kein Raum, weil dieses keine Parteien kennt.

Die Rechtsbeschwerde wird wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen (§ 70 Abs. 2 BremPersVG i. V. m. §§ 92, 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG).

Rechtsmittelbelehrung

Die Rechtsbeschwerde muss innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Beschlusses beim

Bundesverwaltungsgericht,
Simsonplatz 1 oder Postfach 10 08 54,
04107 Leipzig, 04008 Leipzig,

schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung der Bundesregierung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesverwaltungsgericht und beim Bundesfinanzhof vom 26. November 2004 (BGBl. I S. 3091), zuletzt geändert durch Verordnung vom 10.12.2015 (BGBl. I S. 2207), eingelegt werden. Die Rechtsbeschwerdeschrift muss den Beschluss bezeichnen, gegen den die Rechtsbeschwerde gerichtet ist, und die Erklärung enthalten, dass gegen diesen Beschluss die Rechtsbeschwerde eingelegt werde. Die Rechtsbeschwerde muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Zustellung dieses Beschlusses schriftlich oder in elektronischer Form begründet werden. Einlegung und Begründung der Rechtsbeschwerde müssen durch einen Prozessbevollmächtigten erfolgen. Als Bevollmächtigte sind außer Rechtsanwälten nur die in § 11 Abs.

2 Nr. 4 und Nr. 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes bezeichneten Organisationen zugelassen.
Diese müssen durch Personen mit Befähigung zum Richteramt handeln.

gez. Prof. Alexy

gez. Bohn

gez. Dunkhorst

gez. Frohmader

gez. Kothe