

*Sebastian Baunack*

## Demokratie vs. Mitbestimmung im öffentlichen Dienst?

### Die Novelle des BPersVG

In ihrem Koalitionsvertrag von 2017 haben sich CDU, CSU und SPD geeinigt, das Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG)<sup>1</sup> zu novellieren.<sup>2</sup> Kurz vor Ablauf der Legislaturperiode hat das Bundesinnenministerium einen Referent\*innenentwurf in die Verbändebeteiligung gegeben. Dieser Entwurf sieht vor, die Mitbestimmungsrechte der Personalräte mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts maßgeblich zu beschränken.<sup>3</sup> Der Referent\*innenentwurf ist durch den DGB stark kritisiert worden.<sup>4</sup> Die Bundesregierung hat in ihrer im Dezember 2020 vorgelegten Kabinettsfassung des Gesetzentwurfs jedoch von der Einschränkung der Mitbestimmungsrechte keinen Abstand genommen.<sup>5</sup> Die Novelle des BPersVG soll im Sommer 2021 in Kraft treten. Dies gibt Anlass, die zugrundeliegende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die daraus nunmehr folgenden Gesetzesänderungen kritisch zu beleuchten.

### *Mitbestimmung im öffentlichen Dienst*

Die betriebliche Mitbestimmung gilt als zentrale Säule der sozialen Marktwirtschaft.<sup>6</sup> In der Privatwirtschaft kommen den Betriebsräten gemäß § 87 BetrVG starke Mitbestimmungsrechte zu, der öffentliche Dienst ist nach § 130 BetrVG jedoch vollständig von der Geltung des BetrVG ausgenommen. Hier gelten die Personalvertretungsgesetze des Bun-

1 Bundespersonalvertretungsgesetz vom 15. März 1974 (BGBl. I S. 693), zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 25. Mai 2020 (BGBl. I S. 1063) geändert.

2 Koalitionsvertrag 2017, Rn. 6035.

3 Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat: Entwurf eines Gesetzes zur Novellierung des Bundespersonalvertretungsgesetzes, Stand 6.7.2020, [https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/DE/Downloads/referentenentwurfe/gesetz-zur-novellierung-des-bundespersonalvertretungsgesetzes.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/DE/Downloads/referentenentwurfe/gesetz-zur-novellierung-des-bundespersonalvertretungsgesetzes.pdf?__blob=publicationFile&v=3).

4 Stellungnahme des DGB vom 7.8.2020, <https://www.dgb.de/downloadcenter/++co++9d4db38c-dd60-11ea-9b26-001a4a160123>.

5 BT-Drs. 19/26820; auch im Änderungsantrag des Innenausschusses, Ausschussdrucksache 19(4)808 vom 16.4.2021 wurden diese Einschränkungen nicht zurückgenommen.

6 So etwa Bundesminister Sigmar Gabriel zur Entscheidung des OLG Düsseldorf im Ministererlaubnisverfahren EDEKA/Kaiser's Tengelmann, 13.7.2016, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Reden/2016/20160713-gabriel-zur-entscheidung-des-oberlandesgerichts-duesseldorf-im-ministererlaubnisverfahren-edeka-tengelmann.html>.

des und der Länder. § 70 Abs. 1 BPersVG n.F.<sup>7</sup> sieht vor, dass in mitbestimmungsbedürftigen Angelegenheiten des öffentlichen Dienstes die Dienststellenleitungen Maßnahmen nur umsetzen dürfen, wenn der Personalrat zugestimmt hat. Verweigert er die Zustimmung, so ist das Mitbestimmungsverfahren von der obersten Dienstbehörde und der Stufenvertretung<sup>8</sup> fortzusetzen. Kommt auch dort keine Einigung zustande, greift ein Einigungsstellenverfahren, das demjenigen in § 76 BetrVG nachgebildet ist. Dieses Verfahren gilt bei personellen Maßnahmen gegenüber den Tarifbeschäftigten und Beamt\*innen und bei den organisatorischen Angelegenheiten, wie etwa der Anordnung von Überstunden, der Aufstellung von Urlaubsplänen oder der Installation von Videokameras. Dabei entscheidet eine paritätisch besetzte Einigungsstelle unter einem unabhängigen Vorsitz, auf deren Person sich beide Parteien nach § 73 Abs. 2 Satz 1 BPersVG n.F.<sup>9</sup> einigen sollen, abschließend. Die Mitglieder der Einigungsstelle entscheiden frei von Weisungen. In § 75 Abs. 3 BPersVG n.F.<sup>10</sup> sind jedoch konkrete Angelegenheiten geregelt, zu welchen die Einigungsstelle nur eine Empfehlung an die Dienststellenleitung ausspricht, welche dann abschließend entscheiden darf. Dies betrifft

- alle Personalangelegenheiten der Beamt\*innen und Tarifbeschäftigten (§ 78 Abs. 1 BPersVG n.F.),<sup>11</sup>
- die Aufstellung von Regelungen zu allgemeinen Fragen der Fortbildung der Beschäftigten (§ 80 Abs. 1 Nr. 10 BPersVG n.F.),<sup>12</sup>
- Beurteilungsrichtlinien (§ 80 Abs. 1 Nr. 11 BPersVG n.F.),<sup>13</sup>
- den Erlass von Richtlinien über die personelle Auswahl bei Einstellungen, Versetzungen, Umgruppierungen und Kündigungen (§ 80 Abs. 1 Nr. 12 BPersVG n.F.),<sup>14</sup>
- Maßnahmen zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf und der Gleichstellung (§ 80 Abs. 1 Nr. 13 BPersVG n.F.),<sup>15</sup>
- Maßnahmen zur Hebung der Arbeitsleistung oder zur Erleichterung des Arbeitsablaufs (§ 80 Abs. 1 Nr. 19 BPersVG n.F.),<sup>16</sup>
- die Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden (§ 80 Abs. 1 Nr. 20 BPersVG n.F.)<sup>17</sup> und
- die Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Beschäftigten zu überwachen (§ 80 Abs. 1 Nr. 21 BPersVG n.F.).<sup>18</sup>

In all diesen Angelegenheiten soll die Einigungsstelle nicht (mehr) abschließend entscheiden dürfen, sondern nur eine Empfehlung an die Dienststellenleitung abgeben, welche

7 Zitiert wird in diesem Artikel jeweils die neue Fassung gemäß der BT-Drs. 19/26820. Die entsprechenden Vorgängerregelungen werden in den Fußnoten genannt. Hier: Vor der Novelle des BPersVG 2021 geregelt in § 69 Abs. 1 BPersVG a.F.

8 Bezirkspersonalrat, Hauptpersonalrat nach § 88 BPersVG n.F.

9 Vor der Novelle 2021: § 71 Abs. 1 Satz 2 BPersVG a.F.

10 Vor der Novelle des BPersVG 2021 geregelt in § 69 Abs. 4.

11 § 75 Abs. 1 und § 76 Abs. 1 BPersVG a.F.

12 § 76 Abs. 2 Nr. 6 BPersVG a.F.

13 § 75 Abs. 3 Nr. 9 BPersVG a.F. (für Tarifbeschäftigte) und § 76 Abs. 2 Nr. 3 BPersVG a.F. (für Beamt\*innen).

14 § 76 Abs. 2 Nr. 8 BPersVG a.F.

15 In Erweiterung des § 76 Abs. 2 Nr. 10 BPersVG a.F.

16 § 76 Abs. 2 Nr. 5 BPersVG a.F.

17 § 76 Abs. 2 Nr. 7 BPersVG a.F.

18 § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG a.F.

dann abschließend entscheidet. Vor der Novelle 2021 sah § 69 Abs. 4 Satz 3 BPersVG a.F. eine solche eingeschränkte Mitbestimmung nur in den personellen Angelegenheiten der Beamt\*innen (§ 76 Abs. 1 BPersVG a.F.) und bei der Versagung bzw. dem Widerruf einer Nebentätigkeit (§ 75 Abs. 1 Nr. 7 BPersVG a.F.) vor.

### *Demokratie als Grenze der Mitbestimmung: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*

Die gesetzlich verankerten Mitbestimmungsrechte der Personalräte wurden allerdings bereits vor der Novelle des BPersVG 2021 über den Wortlaut des § 69 Abs. 4 Satz 3 BPersVG a.F. hinaus durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stark überformt und begrenzt. Das Bundesverfassungsgericht setzte sich schon vor Einführung des BPersVG von 1974 mit der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst auseinander. Bereits 1959 hatte es über das Bremische Personalvertretungsgesetz (BremPVG) zu entscheiden.<sup>19</sup> Das Bundesverfassungsgericht kam zu dem Ergebnis, dass das BremPVG wegen Verstoßes gegen Art. 28 Abs. 1 Satz 1 (Demokratieprinzip) und Art. 33 Abs. 5 GG (hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums) für nichtig zu erklären sei, soweit es in den Fällen der Mitbestimmung des Personalrats in personellen Angelegenheiten der Beamt\*innen eine abschließende Entscheidung einer Einigungsstelle vorsah. Dies begründete das Bundesverfassungsgericht damit, dass es den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums entspreche, dass über Personalangelegenheiten von Beamt\*innen allein die ihnen vorgesetzten Dienstbehörden entscheiden, die in einem hierarchischen Über- und Unterordnungsverhältnis stehen. Diese Grenzen verschärfte das Bundesverfassungsgericht 1995 noch mit seinem Beschluss zum Schleswig-Holsteinischen Mitbestimmungsgesetz.<sup>20</sup> In diesem kam es zu dem Ergebnis, dass Entscheidungen der Einigungsstelle in Mitbestimmungsangelegenheiten, soweit es sich um Maßnahmen handelt, die den Amtsauftrag der Beschäftigten typischerweise nicht nur unerheblich berühren, nicht hinreichend demokratisch legitimiert seien. Dies folge aus der Zusammensetzung der Einigungsstelle und aus der ihr gewährten Weisungsfreiheit. Das Bundesverfassungsgericht etablierte ein Dreistufenmodell zur Klärung der Frage, inwieweit eine zwingende Mitbestimmung der Personalräte zulässig sei und wo sie gegen das Demokratieprinzip verstoße. Es grenzte Bereiche ab, in denen innerdienstliche Maßnahmen nur unerhebliche (Stufe 1), nicht nur unerhebliche (Stufe 2) und schließlich erhebliche (Stufe 3) Auswirkungen auf die Wahrnehmung der Aufgaben der öffentlichen Verwaltung haben. 2001 entschied das Bundesverfassungsgericht weiter, dass die Beschlüsse der Einigungsstelle einem Evokationsrecht der obersten Dienstbehörde unterliegen, dessen Ausübung nicht von der Darlegung abhängt, dass diese wegen ihrer Auswirkungen auf das Gemeinwesen die Regierungsverantwortung wesentlich berühren.<sup>21</sup> Diese Rechtsprechung wurde durch die Fachgerichtsbarkeit weiter ausgeweitet und auf zahlreiche Mitbestimmungsrechte der Personalräte erstreckt.<sup>22</sup>

19 BVerfGE 9, 268.

20 BVerfGE 93, 37-85.

21 BVerfG PersV 2001, 557; dazu auch Altvater, PersR 2002, 192.

22 BVerwG ZBR 2002, 361; BVerwGE 121, 38; BAG PersV 2007, 181; BVerwG NZA-RR 2010, 502; BAG PersV 2011, 392; BVerwG NZA-RR 2019, 602.

### *Die Auswirkungen auf die Novelle des BPersVG*

Viele Jahre lang änderte der Gesetzgeber das BPersVG trotz der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht mit Hinblick auf die Entscheidungsrechte der Einigungsstelle ab. Die Grenzen der Mitbestimmung aufgrund der Rechtsprechung ergaben sich daher bis 2021 nicht aus dem Gesetzeswortlaut. Erst dieses Jahr, voraussichtlich im Juli 2021, soll das BPersVG umfassend novelliert werden. Unter Berufung auf die Rechtsprechung aus den Jahren 1995 und 2001<sup>23</sup> sieht der Gesetzentwurf zu § 75 Abs. 3 BPersVG n.F.<sup>24</sup> auch jenseits des Beamtenverhältnisses in zahlreichen wichtigen Angelegenheiten keine zwingende Mitbestimmung des Personalrats mehr vor, die dieser ggf. im Einigungsstellenverfahren durchsetzen kann, sondern ein Letztentscheidungsrecht der Dienststellenleitung. In diesen Fällen der eingeschränkten Mitbestimmung soll die Einigungsstelle nur eine Empfehlung an die Dienststellenleitung aussprechen dürfen, welcher dieser aber nicht folgen müsse. Zur Kategorie der einer zwingenden Mitbestimmung entzogenen Materien sollen nach nunmehriger ausdrücklicher gesetzlicher Regelung auch organisatorische Maßnahmen gehören, darunter insbesondere die besonders umstrittene Einführung technischer Einrichtungen zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle.<sup>25</sup> Gerade hier wiegt die Einschränkung der Mitbestimmung der Personalräte schwer, da diesem Mitbestimmungsrecht bei der Digitalisierung der Verwaltung erhebliche Bedeutung zukommt; man denke nur an Bodycams für Polizeibeamt\*innen, die Verwaltungs-eAkte nach dem eGovG oder elektronische Personalakten.

### *Kritik: Das Demokratieprinzip lässt sich auch ohne Beschränkung des Mitbestimmungsrechts wahren*

Die geplante Novelle des BPersVG hätte zur Folge, dass die Einigungsstelle in zentralen Angelegenheiten nur noch Empfehlungen an die Dienststellenleiter\*in aussprechen darf, was zu einer gänzlichen Entwertung des gesamten Mitbestimmungsverfahrens führt. Denn ohne die Androhung einer zwingenden Entscheidung durch die Einigungsstelle können die Personalräte in diesen Angelegenheiten von Anfang an keinerlei Druck mehr aufbauen, um der Verhandlungsübermacht der Dienststellenleitung etwas entgegenzusetzen und ihr Kompromisse abzurufen. Ohne effektive Eskalationsstufen zur Herstellung von Kompromissfähigkeit verkommen die Mitbestimmungsrechte der Personalräte zum „kollektiven Betteln“.<sup>26</sup> Ein fairer und ausgewogener Ausgleich gegensätzlicher Interessen im Wege kollektiver Verhandlungen beruht insoweit auf annähernd gleicher Verhandlungsstärke und Durchsetzungskraft,<sup>27</sup> die durch eine Entwertung der Einigungsstelle nicht mehr gewährleistet ist. Das Demokratieprinzip erfordert solche schwerwiegende Einschränkungen der Mitbestimmungsrechte der Personalräte nicht. Das Bundesverfassungsgericht verkennt hier den Charakter der Mitbestimmung. Ein Mitbestimmungsrecht besteht nur dort, wo die jeweilige Dienststellenleitung eine Maßnahme im eigenen

23 RefE, 110; RegE, BR-Drs. 14/21, 131.

24 Vor der Novelle des BPersVG § 69 Abs. 4 BPersVG a.F.

25 BT-Drs. 19/26820, 15 f.

26 Den Begriff prägend zum Arbeitskampfrecht BAGE 46, 322, juris Rn. 96 – *Warnstreiks und ultima-ratio-Prinzip* (1984).

27 Zum Arbeitskampf BVerfG (K) NZA 2020, 1118.

Ermessen umsetzen darf und dies auch beabsichtigt. Der Gesetzgeber setzt den Rahmen der Mitbestimmung, die Verwaltung zieht in ihren Verwaltungsvorschriften weitere Grenzen. Wo diese rechtlichen Vorgaben abschließende Regelungen vorsehen, besteht nach § 80 Abs. 1 Eingangssatz BPersVG n.F.<sup>28</sup> kein Raum mehr für eine Mitbestimmung des Personalrats. Der Wille der\*s Normsetzer\*in ist zu respektieren. Schon dadurch ist das Demokratieprinzip gewahrt. Ist der Dienststellenleitung ein Ermessen eingeräumt, so entspricht dies dem Willen der rechtsetzenden Stelle. Nur auf das verbleibende Ermessen der Dienststellenleitung nimmt die Mitbestimmung Einfluss. Durch den Spruch der Einigungsstelle kann sich das Ermessen der Dienststellenleitung zwar auf Null reduzieren; hierdurch wird die Maßnahme der Dienststellenleitung aber nicht eine des Personalrats. Es ist daher immer die demokratisch legitimierte Dienststellenleiter\*in, der\*die die Maßnahme trifft, egal ob eine zwingende Mitbestimmung erfolgt ist oder nicht. In welchem Rahmen sich ihr Ermessen bewegt, ist in demokratisch verabschiedeten Gesetzen niedergelegt.

Aber selbst unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hätte der Gesetzgeber weniger invasive Möglichkeiten, das demokratische Legitimationsdefizit der Einigungsstelle in den Fällen des § 75 Abs. 3 BPersVG n.F. zu beheben. Dies wäre dadurch möglich, dass für die Fälle des § 75 Abs. 3 BPersVG n.F. eine besondere Einigungsstelle durch eine demokratisch legitimierte Stelle jeweils für eine Amtszeit der Personalvertretungen eingesetzt wird, dieser zu berichten hat und durch diese auch wieder abberufen werden kann. Diese demokratisch legitimierte Stelle könnte für die Bundespersonalvertretungen etwa der Innenausschuss oder der Ausschuss für Arbeit und Soziales des Bundestages sein. Dieser könnte – auf Vorschlag der örtlichen Dienststellenleitungen und Personalvertretungen – Dauereinigungsstellen für die Angelegenheiten des § 75 Abs. 3 BPersVG n.F. bestellen.<sup>29</sup> Dadurch wäre das Demokratieprinzip gewahrt, auch wenn keine Letztentscheidung der Dienststellenleiter\*in vorgesehen wäre. Die Verhandlungspartität zwischen Dienststellenleitungs- und Beschäftigtenseite bliebe zudem durch eine solche Regelung gewahrt.

Ob der Beschluss der Einigungsstelle sich innerhalb des ihr zustehenden Ermessensspielraumes bewegt, lässt sich zudem gerichtlich überprüfen: Denn die Dienststellenparteien können Beschlüsse der Einigungsstelle vor den Verwaltungsgerichten anfechten (§ 108 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG n.F.).<sup>30</sup> Hier lässt sich auch überprüfen, ob im Einzelfall verfassungsrechtliche Erwägungen einer Entscheidung der Einigungsstelle entgegenstehen. Es bedarf daher keiner gesetzlichen Regelungen, nach welchen eine zwingende Mitbestimmung für bestimmte Angelegenheiten per se ausgeschlossen wird. Entscheidend ist vielmehr der Einzelfall, der im gerichtlichen Anfechtungsverfahren überprüft werden kann.

Die Einschränkung der Mitbestimmungsrechte der Personalräte in § 75 Abs. 3 BPersVG n.F. ist daher weder erforderlich noch sinnvoll. Sie verhindert die Demokratisierung der Verwaltung gerade mit Hinblick auf wichtige Digitalisierungsvorhaben. Damit untergräbt sie die Akzeptanz innerbehördlicher Organisationsentscheidungen. Die Novelle führt zu einer bedeutenden Schwächung einer zentralen Säule des sozialen Rechtsstaats, der innerbetrieblichen Mitbestimmung der Beschäftigten. Diese muss aber in einer demokratischen Gesellschaft auch und gerade im öffentlichen Dienst gewährleistet sein.

28 Vor der Novelle § 75 Abs. 3 Eingangssatz und § 76 Abs. 2 Eingangssatz BPersVG.

29 Vergleichbar die Regelung des § 82 LPersVG Berlin, welcher jedoch eine Bestellung durch die Senatsverwaltung für Finanzen vorsieht und nicht durch das Abgeordnetenhaus.

30 Vor der Novelle § 83 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG a.F.