



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 WB 11.09

In dem Wehrbeschwerdeverfahren

des Örtlichen Personalrats beim Bundesministerium der Verteidigung,
vertreten durch den Vorsitzenden, ...,
und den Sprecher der Gruppe der Soldaten, ...,

.

.

.

.

hat der 1. Wehrdienstsenat des Bundesverwaltungsgerichts durch

den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Golze,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Dette,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Langer,
den ehrenamtlichen Richter Brigadegeneral Ammon und
den ehrenamtlichen Richter Oberstleutnant Rönsch

am 28. Oktober 2009 beschlossen:

Der Antrag wird zurückgewiesen.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Antragsteller begehrt die Feststellung, dass ihm Mitbestimmungsrechte nach dem Soldatenbeteiligungsgesetz zustehen bei der Übertragung einer für den Bereich der zivilen Beschäftigten des Bundesministeriums der Verteidigung abgeschlossenen Dienstvereinbarung auf die Gruppe der Soldaten.
- 2 Am 11. Mai 2007 wurde zwischen dem Bundesminister der Verteidigung und dem Antragsteller „aufgrund der §§ 73 Abs. 1 und 75 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 17 des Bundespersonalvertretungsgesetzes“ eine (neue) Dienstvereinbarung über die Arbeitszeit und die automatisierte Arbeitszeiterfassung geschlossen. Nach Nr. 1.1 der Vereinbarung gilt die Dienstvereinbarung für die „Beamtinnen und Beamten, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“. Außerdem heißt es in Nr. 3.1: „Beschäftigte ab der Funktionsebene Unterabteilungsleitung oder vergleichbarer Funktion nehmen wegen ihrer herausgehobenen Position innerhalb des Bundesministeriums der Verteidigung und den damit verbundenen Anforderungen an ihre zeitliche und örtliche Flexibilität an der automatisierten Erfassung der Arbeitszeit nicht teil.“
- 3 Die zum 15. Mai 2007 in Kraft getretene Dienstvereinbarung wurde am 16. Mai 2007 im Bundesministerium der Verteidigung über den „Innenverteiler III“ bekannt gegeben. Mit weiterer Bekanntmachung im „Innenverteiler III“ vom 23. Mai 2007 wurde sie unter Hinweis auf Abschnitt B 1 Abs. 4 der Ergänzenden Geschäftsordnung des Bundesministeriums der Verteidigung für auf die Soldatinnen und Soldaten des Ministeriums entsprechend anwendbar erklärt.
- 4 Unter dem 31. Mai 2007 ersuchte der Antragsteller Staatssekretär Dr. Wichert um nachträgliche Anhörung der Gruppe der Soldaten bezüglich der bereits erfolgten Übertragung der Dienstvereinbarung vom 11. Mai 2007 auf die Soldatinnen und Soldaten des Ministeriums.

- 5 Dieses Begehren wurde von dem Staatssekretär mit Schreiben vom 29. Juni 2007 mit der Begründung zurückgewiesen, es bestünden in dieser Angelegenheit keine förmlichen Anhörungsrechte der Gruppe der Soldaten im Personalrat. Der Anwendungsbereich der Dienstvereinbarung sei auf zivile Statutsgruppen im Ministerium beschränkt worden, so dass personalratsintern kein Stimmrecht der Soldatengruppe bestanden habe. Die Erklärung der entsprechenden Anwendbarkeit der Dienstvereinbarung auf Soldatinnen und Soldaten habe keinen selbstständigen Regelungsgehalt.
- 6 Mit einem vom Vorsitzenden und vom Sprecher der Gruppe der Soldaten im Personalrat unterzeichneten Schreiben vom 5. Juli 2007 stellte der Antragsteller einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 16 SBG i.V.m. §§ 17, 21 WBO. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus:
- 7 Der Antrag sei zulässig. Die Beschwerdefrist nach §§ 16, 52 Abs. 1 SBG sei gewahrt worden. Er, der Antragsteller, habe umgehend, nachdem er von Angehörigen des Ministeriums auf die Mitteilung im Innenverteiler III hingewiesen worden sei, seine Beteiligung eingefordert und damit den in Frage stehenden Rechtsverstoß beanstandet. Den Bescheid, mit dem das Bundesministerium der Verteidigung ihm jegliches Beteiligungsrecht abgesprochen habe, habe er binnen zwei Wochen angefochten. Er sähe sich in seinen Gruppenrechten nach § 52 SBG verletzt. Die Dienstvereinbarung vom 11. Mai 2007 gelte nur für Beamte und Arbeitnehmer. Demgemäß sei die Sache auch als Gruppenangelegenheit der Beamten und Arbeitnehmer verhandelt worden; und nur darüber habe er, der Antragsteller, Beschluss gefasst. Die Soldatenvertreter hätten an dieser Abstimmung nicht teilgenommen. Die spätere Übertragung der Dienstvereinbarung auf die Soldaten sei eine eigenständige Maßnahme und daher eine beteiligungspflichtige Gruppenangelegenheit der Soldaten gewesen. Der Antragsteller hätte nach § 24 Abs. 1 Satz 1 und 3 sowie Abs. 2 Satz 1 SBG angehört werden müssen. Soweit sich die Dienstvereinbarung auf § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG stütze, sei bezogen auf den Übertragungsakt zudem ein Mitbestimmungsrecht nach § 24 Abs. 5 Nr. 3 SBG gegeben. Ein Mitbestimmungsrecht nach § 24 Abs. 6 Nr. 3 SBG läge darin begründet, dass Bestimmungen über die einzuhaltenden Höchstarbeitszeiten, Mindestruhezeiten zwischen zwei Diensten usw. gemäß

EU-Recht Regelungen über die Arbeitssicherheit seien. Dies folge daraus, dass die physische und psychische Belastbarkeit auch bei Soldaten biologische Grenzen aufweise und eine geeignete Regelung der Arbeitszeit mithin der Verhütung von Dienstunfällen und Gesundheitsgefahren diene. Die Gesundheit der im Bundesministerium der Verteidigung tätigen Generale und Admirale (sogenannte B6+-Ebene) sei im gleichen Maße schutzwürdig, wie die Gesundheit des übrigen Personals. Der Antragsteller habe in der Vergangenheit bereits gegenüber dem Bundesministerium der Verteidigung durchgesetzt, dass er über Arbeitszeitverstöße unterrichtet werde. Derartige Verstöße würden durch die automatisierte Arbeitszeiterfassung dokumentiert.

8 Der Europäische Gerichtshof habe auf Vorlage und entsprechend der Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichts (6. Senat) entschieden, dass die EU-Arbeitszeitregeln auch für Streitkräfte, Polizei und Katastrophenschutzdienste gelten würden und der nationale Gesetzgeber nach Art. 2 Abs. 2 RL 89/291/EWG allenfalls spezifische Tätigkeiten davon ausnehmen könne. Soweit der Senat nicht von einer Geltung dieser EU-Richtlinien für Soldaten ausgehe, werde vorsorglich beantragt, die Rechtsfrage dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen.

9 Der Antragsteller beantragt,

unter Aufhebung der Entscheidung vom 29. Juni 2007 festzustellen, dass der Personalrat beim Bundesministerium der Verteidigung bei der Übertragung einer für Beamte und Arbeitnehmer geltenden Regelung der Arbeitszeit und Zeiterfassung auf die Soldaten der Dienststelle nach § 24 SBG zu beteiligen ist.

10 Mit Schreiben vom 20. November 2007 teilte Staatssekretär Dr. Wichert dem Antragsteller mit, es werde nunmehr davon ausgegangen, dass die Übertragung der Dienstvereinbarung vom 11. Mai 2007 auf die Soldatinnen und Soldaten eine Regelung des Dienstbetriebs sei und daher ein Anhörungsrecht des Personalrats - Gruppe Soldaten - nach § 24 Abs. 1 und 2 SBG bestehe. Hinsichtlich der Einrichtung der automatisierten Zeiterfassung sowie der Herausnahme der B 6+-Ebene aus dieser Regelung bestehe gemäß § 24 Abs.

5 Nr. 3 SBG ein Mitbestimmungsrecht. Weitere Beteiligungsrechte nach dem Soldatenbeteiligungsgesetz lägen nicht vor.

11 Nachdem Kompromissvorschläge hinsichtlich der B6+-Ebene jeweils keine Zustimmung der Gegenseite gefunden hatten, eröffnete der Staatssekretär dem Antragsteller mit Schreiben vom 30. Januar 2009, dass das Beteiligungsverfahren in Hinblick auf die anzuwendenden Mitbestimmungsrechte nicht einvernehmlich habe abgeschlossen werden können und es nun verfahrensrechtlich geboten sei, die für die zivilen Beschäftigten des Ministerium seit dem 15. Mai 2007 geltende Dienstvereinbarung auf die Soldatinnen und Soldaten bis zum Abschluss des Beteiligungsverfahrens als vorläufige Regelung zu übertragen. Die vom Antragsteller geforderte Sonderrolle für die militärische B 6+-Ebene gegenüber den vergleichbaren zivilen Funktionsträgern sei nicht vertretbar. Die Anträge auf gerichtliche Entscheidung wegen behaupteter rechtswidriger Unterlassung der Beteiligung nach dem Soldatenbeteiligungsgesetz würden dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegt, um anschließend - ohne weitere Verzögerung - das Beteiligungsverfahren fortsetzen zu können.

12 Mit Vorlageschreiben vom 11. Februar 2009 legte der Bundesminister der Verteidigung - PSZ I 7 - den Antrag des Antragstellers auf gerichtliche Entscheidung vom 5. Juli 2007 dem Bundesverwaltungsgericht vor.

13 Er beantragt,

den Antrag des Antragstellers auf gerichtliche Entscheidung zurückzuweisen.

und führt zur Begründung aus, der Antrag sei unzulässig.

14 Soweit der Antragsteller die Aufhebung der eine Beteiligung zurückweisenden Entscheidung vom 29. Juni 2007 begehre, sei der Antrag zumindest dadurch unzulässig geworden, dass das Bundesministerium der Verteidigung seit August 2007 ein Beteiligungsrecht, auch in Form der Mitbestimmung nach § 24 Abs. 5 Nr. 3 SBG, gegenüber dem Antragsteller eingeräumt habe.

15 Der Feststellungsantrag sei ebenfalls unzulässig. Nachdem das Bundesministerium der Verteidigung zunächst ein Beteiligungsverfahren

verweigert habe, hätte der Antragsteller einen gestaltenden Rechtsbehelf auf Durchführung des Beteiligungsverfahrens mit den von ihm angenommenen konkreten Mitbestimmungsrechten stellen müssen. Nach dem Scheitern des letzten Einigungsversuchs am 9. Dezember 2008 wäre eine Fortsetzung des Beteiligungsverfahrens mit dem vom Antragsteller angenommenen Mitbestimmungsrecht nach § 24 Abs. 6 Nr. 3 SBG nur möglich gewesen, wenn bis zum 23. Dezember 2008 ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt worden wäre, die Amtsseite zu verpflichten, das Beteiligungsverfahren unter Zugrundelegung dieses Mitbestimmungsrechts zu führen. Da der Antragsteller dies nicht getan habe, obwohl es ihm möglich gewesen sei, könne nach Fristablauf nicht mit dem ursprünglichen, lediglich feststellenden Rechtsbehelf gerichtlicher Rechtsschutz beansprucht werden. Dies verbiete das auch im Wehrbeschwerderecht geltende Subsidiaritätsprinzip.

- 16 Zudem fehle es dem Antragsteller an einer entsprechenden Beschwer bzw. Antragsbefugnis. Der Antragsteller verhalte sich widersprüchlich. Er wolle nun ein Mitbestimmungsrecht nach dem Soldatenbeteiligungsgesetz (§ 24 Abs. 6 Nr. 3 SBG) in das Beteiligungsverfahren einführen, das er im sachgleichen Beteiligungsverfahren zur Dienstvereinbarung nicht gefordert habe. Es sei ein Verstoß gegen das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit, wenn der Antragsteller und der Sprecher der Gruppe der Soldaten im Personalrat nun unterschiedliche Rechtspositionen zur Frage des Bestehens von Beteiligungsrechten in einer materiell gleichen Angelegenheit einnehmen. Spätestens im Monatsgespräch habe der Antragsteller deutlich machen müssen, dass er bezüglich der Übertragung der Dienstvereinbarung auf die Soldatinnen und Soldaten eine andere Auffassung als im Beteiligungsverfahren zur Dienstvereinbarung vertreten werde. Nach außen handle nämlich immer die gleiche Rechtspersönlichkeit.
- 17 Schließlich habe der Antragsteller rechtsmissbräuchlich gehandelt, weil er sich mit der Antragstellung von der gesetzlichen Verpflichtung nach § 67 BPersVG zu einer Gleichbehandlung aller Angehörigen des Ministeriums nach Recht und Billigkeit gelöst habe. Die Absicht des Antragstellers sei es, eine von der für die zivile Seite getroffenen Vereinbarung abweichende Regelung für die Soldatinnen und Soldaten (Einbindung der militärischen B 6+-Ebene in die

automatisierte Arbeitszeiterfassung) durchzusetzen, obwohl es dafür keinen sachlichen Grund gebe.

- 18 Sofern der Antrag dennoch zulässig sei, sei er unbegründet. Weder die Einführung der automatisierten Arbeitszeiterfassung noch die Herausnahme der B6+-Ebene aus dieser Regelung seien Maßnahmen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes. Soweit aus den bei der automatisierten Zeiterfassung gewonnenen Daten auch Rückschlüsse auf die zeitliche Belastung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern gezogen werden könnten, beziehe sich dies lediglich auf die physische Anwesenheit. Inwieweit damit aber im Einzelfall eine übermäßige Belastung am Arbeitsplatz einhergehe, sei rein spekulativ. Auch ein Verweis auf die Umsetzung der EU-Arbeitsschutzrichtlinien gehe ins Leere. Diese enthielten keine Vorgaben, wie Arbeitsschutz im Einzelnen zu gewähren sei.
- 19 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen. Die Beschwerdeakte des Bundesministers der Verteidigung - PSZ I 7 - Az.: 577/07 und 578/07 - hat dem Senat bei der Beratung vorgelegen.

II

- 20 1. Der Antrag ist zulässig.
- 21 a) Der Antragsteller hat den richtigen Rechtsweg beschriffen. Für den Antrag ist gemäß § 16 SGB i.V.m. §§ 1 Abs. 1, § 17 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2, § 21 Abs. 1 WBO der Rechtsweg zu den Wehrdienstgerichten eröffnet.
- 22 Das Bundesministerium der Verteidigung als oberste Bundesbehörde ist eine Dienststelle, bei der gemäß § 1 BPersVG ein örtlicher Personalrat gebildet wird. Für Streitigkeiten des Antragstellers mit dem Bundesminister der Verteidigung über personalvertretungsrechtliche Beteiligungsrechte ist grundsätzlich der Rechtsweg zu den allgemeinen Verwaltungsgerichten gegeben. Abweichend von dieser generellen Rechtswegzuweisung in § 83 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG ist

der Rechtsweg zu den Wehrdienstgerichten dann eröffnet, wenn sich der Personalrat auf eine Behinderung in seinen Beteiligungsrechten in Angelegenheiten beruft, die nur die Soldaten betreffen (stRspr., vergleiche Beschlüsse vom 1. November 2001 - BVerwG 6 P 10.01 - BVerwGE 115, 223 = Buchholz 252 § 52 SBG Nr. 2, vom 26. Oktober 2006 - BVerwG 1 WB 17.06 - BVerwGE 127, 85 = Buchholz 450.1 § 9 WBO Nr. 1 = NZWehrr 2007, 128 und zuletzt vom 17. Februar 2009 - BVerwG 1 WB 37.08 - <insoweit nicht veröffentlicht in NVwZ-RR 2009, 642>). Mit der Zuweisung der Befugnisse der Vertrauensperson an die Soldatenvertreter im Personalrat enthält § 52 Abs. 1 Satz 1 SBG eine Maßgabe zum Personalvertretungsgesetz im Sinne des § 48 Satz 1 SBG, die sich für den Bereich der Beteiligung in Angelegenheiten, die nur die Soldaten betreffen, auch auf den Rechtsweg gemäß § 16 SBG i.V.m. § 17 Abs. 1 WBO auswirkt (Beschluss vom 1. November 2001 a.a.O. S. 228 f.).

- 23 Die entsprechende Anwendung der Dienstvereinbarung vom 11. Mai 2007 auf die Soldatinnen und Soldaten des Bundesministeriums der Verteidigung ist eine Maßnahme, die ausschließlich die Gruppe der Soldaten im Sinne des § 52 Abs. 1 SBG betrifft. Der Anwendungsbereich der Dienstvereinbarung ist nach der Regelung in Nr. 1.1 auf die Gruppen der Beamten und Arbeitnehmer beschränkt. Es bedurfte zur Regelung der Dienstzeit der Soldaten daher einer weiteren, über die Dienstvereinbarung vom 11. Mai 2007 hinausgehenden Maßnahme. Diese ist in der Erklärung des Bundesministers der Verteidigung - Org 1 - vom 23. Mai 2007, dass die Dienstvereinbarung auch für die im Bundesministerium der Verteidigung tätigen Soldaten entsprechend gelte, zu sehen. Diese Regelung betrifft ausschließlich die Gruppe der Soldaten im Sinne des § 52 Abs. 1 SBG und kann somit auch nur deren Beteiligungsrechte tangieren.
- 24 Für den Antrag ist nach § 21 Abs. 1 WBO das Bundesverwaltungsgericht auch sachlich zuständig.
- 25 b) Soweit der Antragsteller die Aufhebung der Entscheidung vom 29. Juni 2007 begehrt, ist der Antrag unzulässig. Dabei kann dahinstehen, ob es sich bei dem Schreiben um eine Maßnahme oder nur um die Mitteilung einer Rechtsansicht

handelte. Jedenfalls hat der Staatssekretär im weiteren Verlauf der Gespräche den damals vertretenen Standpunkt, die entsprechende Anwendbarkeit der Dienstvereinbarung auf die Soldatinnen und Soldaten unterliege nicht der Mitbestimmung des Antragstellers, eindeutig aufgegeben. Unter diesen Umständen ist für eine Aufhebung der Entscheidung vom 29. Juni 2007 ein Rechtsschutzbedürfnis nicht (mehr) ersichtlich.

- 26 c) Der daneben gestellte Feststellungsantrag bedarf der Auslegung. Für die pauschale Feststellung, dass der Antragsteller „nach § 24 SBG“ zu beteiligen ist, dürfte es am Feststellungsinteresse fehlen. Dem Vorbringen des Antragstellers (Schreiben des Bevollmächtigten vom 16. Juli 2007, S. 5) ist aber mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen, dass er Beteiligungsrechte nach § 24 Abs. 1 Satz 1 und 3, Abs. 5 Nr. 3 und Abs. 6 Nr. 3 SBG geltend macht. Da diese Beteiligungsrechte bis auf das Mitbestimmungsrecht nach § 24 Abs. 6 Nr. 3 SBG vom Bundesminister der Verteidigung mit Schreiben vom 20. November 2007 ausdrücklich zugestanden wurden und die Beteiligten in der Folgezeit im Kern ihres Vorbringens nur noch um das ausgenommene Mitbestimmungsrecht streiten, ist der Antrag des Antragstellers nunmehr dahin auszulegen, dass er beantragt,

festzustellen, dass der Antragsteller bei der Übertragung einer für Beamte und Arbeitnehmer geltenden Regelung der Arbeitszeit und Zeiterfassung auf die Soldaten der Dienststelle (auch) nach § 24 Abs. 6 Nr. 3 SBG zu beteiligen ist.

- 27 d) Dieser Antrag ist zulässig.
- 28 aa) Der Antragsteller ist antragsbefugt. Er kann auch in Angelegenheiten, die ausschließlich Soldaten betreffen, deren Rechte im gerichtlichen Antragsverfahren geltend machen, weil die Gruppe der Soldaten kein eigenständiges Vertretungsorgan im Sinne des § 1 Abs. 2 SBG ist, obwohl sie in ihrer Funktion als Vertrauensperson Aufgaben oder Tätigkeiten nach dem Soldatenbeteiligungsgesetz wahrnimmt (vgl. Höges, in: Wolf/Höges, SBG, Stand Juli 2009, § 52 Rn. 6). Angelegenheiten, die allein die Gruppe der Soldaten betreffen, werden materiell nach dem Soldatenbeteiligungsgesetz,

formell aber nach § 38 Abs. 2, § 32 Abs. 3 BPersVG behandelt (vgl. Beschlüsse vom 13. Juni 2007 - BVerwG 1 WDS-VR 1.07 - Buchholz 449.7 § 48 SBG Nr. 1 = NZWehrr 2008, 39 und - BVerwG 1 WDS-VR 2.07 - Buchholz a.a.O. Nr. 2; Höges, a.a.O). Dementsprechend macht der Antragsteller auch dann eine Verletzung eigener Beteiligungsrechte geltend, wenn es um Gruppenangelegenheiten der Soldaten geht, über die nach vorheriger - nota bene - gemeinsamer Beratung nur die Angehörigen der Gruppe abstimmen (§ 38 Abs. 2 BPersVG). Nach § 32 Abs. 3 BPersVG wird der Antragsteller, wie hier geschehen, durch seinen Vorsitzenden und den Sprecher der Gruppe der Soldaten vertreten. Das gilt auch für das gerichtliche Antragsverfahren.

- 29 bb) Durch die Weigerung des Bundesministers der Verteidigung, dem Antragsteller im Beteiligungsverfahren das eingeforderte Mitbestimmungsrecht nach § 24 Abs. 6 Nr. 3 SBG zuzuerkennen, könnte der Antragsteller in der Ausübung seiner Befugnisse als Soldatenvertreter behindert worden sein. Dem steht nicht entgegen, dass der Bundesminister der Verteidigung grundsätzlich Beteiligungsrechte des Antragstellers eingeräumt und die Durchführung des Beteiligungsverfahrens zugesagt hat. Denn die Beschränkung des Antragstellers auf bestimmte Mitbestimmungsrechte führt zu einer Begrenzung des Beteiligungsumfangs, so dass eine Behinderung der Ausübung der Beteiligungsrechte nicht ausgeschlossen werden kann.
- 30 cc) Bei der vorliegenden Fallkonstellation ist der Feststellungsantrag auch die richtige Antragsart.
- 31 Dem steht § 23a Abs. 2 WBO i.V.m. § 43 Abs. 2 VwGO nicht entgegen. Die Subsidiarität der Feststellungsklage nötigt den jeweiligen Antragsteller zwar grundsätzlich, seine in Rede stehenden Rechte vorrangig mit einem Anfechtungs- oder Verpflichtungsantrag bzw. mit einem Leistungsantrag zu verfolgen (stRspr, vgl. Beschlüsse vom 22. September 2005 - BVerwG 1 WB 22.05 -, vom 31. Januar 2007 - BVerwG 1 WB 55.06 - und vom 8. März 2007 - BVerwG 1 WB 38.06 - sowie speziell zu Verfahren nach § 16 SBG Beschluss vom 28. Mai 2008 - BVerwG 1 WB 50.07 - Buchholz 449.7 § 52 SBG Nr. 5). Das Rechtsschutzziel des Antragstellers war - ausweislich seines Antrags vom

5. Juli 2007 - zunächst, die Aufhebung der Entscheidung des Bundesministers der Verteidigung vom 29. Juni 2007 und die Einleitung des Beteiligungsverfahrens zu erreichen. Dieses Begehren wurde aber bereits außergerichtlich durchgesetzt, weil der Bundesminister der Verteidigung im November 2007 der Einleitung des Beteiligungsverfahrens zustimmte. Das Verfahren konnte allein deshalb nicht zu Ende geführt werden, weil streitig blieb, welche Mitbestimmungsrechte diesem zu Grunde zu legen sind. Entgegen der Auffassung des Bundesministers der Verteidigung war der Antragsteller somit nicht gehalten, einen gestaltenden Rechtsbehelf einzulegen. Es war und ist dem Antragsteller nämlich nicht möglich, die angestrebte Anerkennung seines Beteiligungsrechts nach § 24 Abs. 6 Nr. 3 SBG in gleichem Umfang oder gar besser im Wege eines Verpflichtungsantrags zu erreichen, da die Verpflichtung, ein Beteiligungsverfahren nach § 22 Abs. 1 SBG einzuleiten, vom Bundesminister der Verteidigung nicht (mehr) bestritten wird. Die Frage, ob einem solchen Beteiligungsverfahren auch ein Mitbestimmungsrecht nach § 24 Abs. 6 Nr. 3 SBG zu Grunde zu legen ist, kann daher sachgerecht nur durch einen Feststellungsantrag geklärt werden. Andererseits ist die Klärung der Frage vor Einleitung des Verfahrens geboten, weil dies für den Gegenstand des Verfahrens und die rechtliche Wirkung der Entscheidung des Schlichtungsausschusses von Bedeutung ist (vgl. § 22 Abs. 2 Satz 2, 5 und 6 SBG; Höges, a.a.O. § 22 Rn. 7).

- 32 Es kommt hinzu, dass das vertretungsrechtliche Beschwerdeverfahren nach § 16 SBG regelmäßig nicht der Durchsetzung individueller Ansprüche dient, sondern die Klärung und Feststellung von Zuständigkeiten sowie von vertretungsrechtlichen Befugnissen und Pflichten zum Gegenstand hat (vgl. zum personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren die ständige Rechtsprechung, z.B. Beschlüsse vom 24. Oktober 1975 - BVerwG 7 P 11.73 - BVerwGE 49, 259 <264 f.> und vom 15. Dezember 1978 - BVerwG 6 P 13.78 - Buchholz 238.3A § 76 BPersVG Nr. 1 S. 8). Bei dieser Zweckbestimmung des Verfahrens kann sich ein Feststellungsantrag auf die Voraussetzungen einer Vorschrift, auf ihre Auslegung und ihre Anwendung beziehen (Beschluss vom 24. Oktober 1975 a.a.O. S. 265). Bei einem gerichtlichen Antragsverfahren über Soldatenbeteiligungsrechte, bei denen nicht die Beteiligung als solche, sondern

- wie hier - die konkreten Beteiligungstatbestände streitig sind, ist daher der Feststellungsantrag regelmäßig die vorrangig gegebene Antragsart.

- 33 Mit dem vorliegenden Feststellungsantrag wird entgegen der Ansicht des Bundesministers der Verteidigung - PSZ I 7 - auch nicht die Beschwerdefrist des § 6 Abs. 1 WBO umgangen. Der Antragsteller hatte seinen Antrag auf gerichtliche Entscheidung bereits mit Schriftsatz vom 5. Juli 2007 gestellt. Wenn der Bundesminister der Verteidigung - PSZ I 7 - diesen Antrag erst mit Vorlageschreiben vom 11. Februar 2009 dem Senat vorlegt und damit die Rechtshängigkeit des Begehrens des Antragstellers mehr als 19 Monate verzögert, kann dies nicht dazu führen, dass der Antragsteller in der Zwischenzeit dasselbe Begehren im Zusammenhang mit Entscheidungen des Bundesministers der Verteidigung jeweils zur Fristwahrung erneut geltend machen müsste.
- 34 dd) Das Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag entfällt nicht deswegen, weil der Antragsteller rechtsmissbräuchlich gehandelt hätte. Ein Rechtsmissbrauch ist insbesondere nicht darin zu sehen, dass der Antragsteller der Dienstvereinbarung vom 11. Mai 2007 zustimmte, ohne zuvor eine Beteiligung nach § 75 Abs. 3 Nr. 11 BPersVG einzufordern, im Rahmen der Übertragung der Dienstvereinbarung auf die Soldatinnen und Soldaten im Bundesministerium der Verteidigung nun aber ein inhaltsgleiches Mitbestimmungsrecht nach § 24 Abs. 6 Nr. 3 SBG geltend macht. Der Antragsteller wirkte in den jeweiligen Beteiligungsverfahren in verschiedenen Funktionen auf Grund unterschiedlicher Rechtsgrundlagen mit, so dass die Einnahme unterschiedlicher Positionen sich nicht als widersprüchlich darstellt. Sofern der Personalrat nämlich in militärischen Dienststellen in Angelegenheiten zu beteiligen ist, die alle Statusgruppen oder nur die der Beamten und Arbeitnehmer betreffen, erfolgt dies auf Grundlage des Bundespersonalvertretungsrechts. Handelt es sich jedoch sachlich um eine reine Gruppenangelegenheit der Soldaten, fungiert er gemäß § 52 Abs. 1 SBG in der Funktion einer Vertrauensperson mit den sich aus dem Soldatenbeteiligungsgesetz ergebenden Mitwirkungsrechten. Auch wenn gegenüber der Dienststelle jeweils „der Personalrat“ beteiligt wird, sind je nach Angelegenheit tatsächlich unterschiedliche Funktionsträger tätig. So war es auch hier, weil bezüglich der Dienstvereinbarung vom 11. Mai 2007 nur die Gruppen der Arbeitnehmer und Beamten und hinsichtlich der Übertragung

dieser Regelung auf die Soldatinnen und Soldaten ausschließlich die Soldatenvertreter abstimmungsberechtigt waren. Dieser Aufteilung eines Personalrats in einer militärischen Dienststelle ist es geschuldet, dass es in vergleichbaren Sachfragen zu unterschiedlichen Bewertungen seitens der jeweiligen Funktionsträger im Personalrat kommen kann. Ein widersprüchliches Verhalten ist darin nicht zu erkennen.

35 Zudem hat sich der Antragsteller auch nicht rechtsmissbräuchlich von der gesetzlichen Verpflichtung zu einer Gleichbehandlung aller Angehörigen des Ministeriums nach Recht und Billigkeit im Sinne § 67 BPersVG gelöst. Ein derartiger Verstoß läge allenfalls vor, wenn die angestrebte Regelung eine Diskriminierung einzelner Beschäftigter nach sich ziehen würde. Der Antragsteller begehrt im vorliegenden Verfahren aber lediglich die Feststellung, dass ihm ein bestimmtes Mitbestimmungsrecht zusteht. Welche Position der Antragsteller im folgenden Beteiligungsverfahren einnimmt und ob diese einen Verstoß gegen

§ 67 Abs. 1 BPersVG darstellen könnte, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Im Übrigen liegt es auf der Hand, dass die unterschiedliche rechtliche Ausgangslage für die Dienstzeit der Beamten (Arbeitszeitverordnung), der Arbeitnehmer (Tarifvertrag) und der Soldaten (Befehl) und die vom Gesetzgeber unterschiedlich ausgestalteten Beteiligungsrechte für die Gruppen auch zu unterschiedlichen Ergebnissen in den Beteiligungsverfahren führen können.

36 2. Der Antrag ist aber unbegründet.

37 Die Übertragung der Dienstvereinbarung vom 11. Mai 2007 auf die Soldatinnen und Soldaten des Bundesministeriums der Verteidigung stellt keine Maßnahme „zur Verhütung von Dienst- und Arbeitsunfällen und sonstigen Gesundheitsschädigungen“ dar. Dem Antragsteller steht deshalb in dieser Angelegenheit kein Mitbestimmungsrecht nach § 24 Abs. 6 Nr. 3 SBG zu.

38 Inhalt und Umfang des § 24 Abs. 6 Nr. 3 SBG entspricht § 75 Abs. 3 Nr. 11 BPersVG. Nach ständiger Rechtsprechung muss eine „Maßnahme“, die eine

entsprechende Beteiligungspflicht auslöst, darauf abzielen, das Risiko von Gesundheitsschädigungen oder Unfällen innerhalb der Dienststelle oder des Betriebes zu mindern oder einen effektiven Arbeits- und Gesundheitsschutz zu gewährleisten (vgl. Beschlüsse vom 23. Januar 1986 - BVerwG 6 P 8.83 - Buchholz 238.35 § 61 HePersVG Nr. 3, vom 17. Februar 1986 - BVerwG 6 P 21.84 - BVerwGE 74, 28 <30> = Buchholz 238.31 § 79 BaWüPersVG Nr. 6 und vom 22. Juli 2009 - BVerwG 1 WB 15.08 - Rn. 30 <zur Veröffentlichung in BVerwGE und in Buchholz vorgesehen>; so auch Gronimus, Die Beteiligungsrechte der Vertrauenspersonen in der Bundeswehr, 6. Aufl. 2009, § 24 Rn. 69). Damit unterliegen der Mitbestimmung nach § 24 Abs. 6 Nr. 3 SBG keine Maßnahmen, die in erster Linie andere Zwecke verfolgen und sich nur mittelbar auf den Arbeits- und Gesundheitsschutz der Beschäftigten auswirken. § 24 Abs. 6 Nr. 3 SBG erfasst demnach nicht jede Maßnahme, die Einfluss auf das Wohlbefinden der Beschäftigten haben kann, sondern nur Arbeitsschutzmaßnahmen, die nach gesetzlicher Vorschrift oder freiem Entschluss des Dienststellenleiters ergriffen werden sollen, um die Beschäftigten allgemein zu schützen oder vor konkreten Gefahren zu bewahren, die die Tätigkeit auf bestimmten Arbeitsplätzen mit sich bringt (Beschluss vom 22. Juli 2009 - BVerwG 1 WB 15.08 - a.a.O.). Diese Intention verfolgte der Bundesminister der Verteidigung weder bei Abschluss der Dienstvereinbarung vom 11. Mai 2007 noch bei der Übertragung der Dienstvereinbarung auf die Soldatinnen und Soldaten im Bundesministerium der Verteidigung. Dies ergibt sich schon aus dem Einleitungssatz der Dienstvereinbarung, wonach diese ausschließlich als eine Regelung im Sinne der § 73 Abs. 1 und § 75 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 17 BPersVG verstanden werden will und somit im Rahmen ihrer Übertragung auf die Gruppe der Soldaten zur Beteiligung des Antragstellers nach § 24 Abs. 1 und Abs. 5 Nr. 3 SBG, nicht aber nach § 24 Abs. 6 Nr. 3 SBG verpflichtet.

- 39 Auch ihrem wesentlichen Inhalt nach stellt sich die Dienstvereinbarung vom 11. Mai 2007 nicht als Maßnahme des Arbeits- und Gesundheitsschutzes dar. Eine Dienstvereinbarung dieser Art dient im Wesentlichen der Flexibilisierung der Arbeitszeit und soll den Arbeitnehmern generell größere Handlungsspielräume eröffnen. Die Beschäftigten können weitgehend Beginn und Ende der täglichen

Arbeitszeit selbst bestimmen und anfallende Über- bzw. Fehlstunden in einem definierten Zeitraum ausgleichen. Die damit einhergehende Automatisierung der Zeiterfassung dient in erster Linie der Vereinfachung des Verfahrens und der Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen. Soweit es damit dem Arbeitnehmer zusätzlich möglich ist, Überstunden nachzuweisen und somit der Gefahr einer möglichen Überforderung seitens des Dienstherrn begegnen zu können, ist dies lediglich ein „Nebeneffekt“, dem aber nicht die Absicht zu arbeitsschutzrechtlichen Maßnahmen zu Grunde liegt. Der Antragsteller trägt selbst nicht vor, und es bestehen auch sonst für den Senat keine Anhaltspunkte dafür, dass die Übertragung der Dienstvereinbarung auf die Soldatinnen und Soldaten im Bundesministerium der Verteidigung vornehmlich dazu dienen soll, gesundheitsgefährdende dienstliche Überforderungen sichtbar zu machen. Soweit der Antragsteller ausführt, es sei ihm bereits in der Vergangenheit gelungen, auf Grund der automatisierten Zeiterfassung Arbeitszeitverstöße nachzuweisen, ändert dies nichts an der Tatsache, dass es nicht Sinn und Zweck der Einführung einer solchen Dienstzeitregelung ist, Arbeitsschutz zu gewähren. Abstrakte Feststellungen zur Dauer der Dienstzeit sind grundsätzlich auch nicht geeignet, den tatsächlichen Grad einer möglichen Überbeanspruchung zu dokumentieren, weil sich Überstunden nicht notwendigerweise negativ auf die Gesundheit des Einzelnen auswirken müssen. Im Gegenteil soll es dem Einzelnen durch ein flexibles Arbeitszeitsystem gerade auch ermöglicht werden, über längere Zeiträume hinweg (ihn möglicherweise belastende) Überstunden ansammeln zu können. So darf nach Nr. 2.6 der Dienstvereinbarung täglich 10 bzw. 13 Stunden gearbeitet werden, obwohl die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit lediglich 39 bzw. 41 Stunden beträgt. Die Geltendmachung des Überstundenausgleichs obliegt dabei ausschließlich dem Beschäftigten bzw. Soldaten. Somit wird durch diese Regelung nicht verhindert, dass es zu einer erhöhten, möglicherweise auch gesundheitsgefährdenden Arbeitsbelastung kommt. Auch wird der Arbeitgeber nicht verpflichtet, alle angefallenen Überstunden auszugleichen. Vielmehr verfallen alle Zeitguthaben, die bis zum Ablauf eines Abrechnungszeitraumes nicht geltend gemacht wurden, sofern sie 40 Stunden übersteigen.

- 40 Entgegen der Auffassung des Antragstellers ergibt sich aus europäischem Recht nichts anderes. Deshalb kann offen bleiben, inwieweit die Richtlinien 89/391/EWG und 2003/88/EG auf die Dienstverhältnisse der Soldaten überhaupt Anwendung finden. Durch diese Richtlinien werden die nationalen Vorschriftengeber lediglich aufgefordert, Durchführungsbestimmungen zur Durchsetzung des Arbeitsschutzes zu schaffen. Ob eine nationale Maßnahme aber eine Bestimmung im Sinne der Arbeitsschutzbestimmungen ist, hängt von der Intention des Normgebers bzw. von ihrem maßgeblichen Inhalt ab. Die vorliegende Dienstvereinbarung, die im Wesentlichen auf der Arbeitszeitverordnung der Beamten beruht, erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Die entsprechenden europäischen Richtlinien sind daher hier nicht einschlägig.
- 41 Soweit sich der Antragsteller dagegen wendet, dass der Bundesminister der Verteidigung beabsichtigt, die militärische B6+-Ebene von der automatisierten Zeiterfassung auszunehmen, ist diese Frage nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. In diesem geht es nach Wortlaut und Inhalt des Antrags ausschließlich um das Bestehen des Mitbestimmungstatbestandes nach § 24 Abs. 3 Nr. 6 SBG bezüglich der Übertragung der Dienstvereinbarung der Beamten und Arbeitnehmer auf die Soldaten, nicht aber, ob der Antragsteller seine Zustimmung zu dieser Maßnahme im Zuge seiner Beteiligung nach § 24 Abs. 5 Nr. 3 SBG verweigern kann. Kommt im Beteiligungsverfahren eine Einigung zwischen Dienststelle und Personalvertretung nicht zustande, ist das in § 22 Abs. 2 SBG festgelegte Verfahren einzuhalten.

Golze

Dr. Dette

Dr. Langer

Sachgebiet:	BVerwGE:	Nein
Soldatenbeteiligungsrecht	Fachpresse:	Ja

Rechtsquellen:

SBG §§ 16, 22 Abs. 2, § 24 Abs. 6 Nr. 3, § 32 Abs. 3, § 38 Abs. 2, § 52
VwGO§ 43

Stichworte:

Soldatenbeteiligung; Personalrat, Gruppe der Soldaten; Gruppenangelegenheit; Vertretung im gerichtlichen Verfahren; Antragsbefugnis; Mitbestimmung; Arbeitsschutz; gleitende Arbeitszeit; automatisierte Zeiterfassung; Feststellungsantrag

Leitsatz:

Der Personalrat, vertreten durch seinen Vorsitzenden (ggf. gemeinsam mit dem Sprecher der Gruppe der Soldaten) kann auch in Angelegenheiten, die ausschließlich Soldaten betreffen, deren Rechte im Beschwerdeverfahren nach § 16 SBG und im anschließenden gerichtlichen Antragsverfahren geltend machen, weil die Gruppe der Soldaten kein eigenständiges Vertretungsorgan im Sinne des § 1 Abs. 2 SBG ist.

In einem gerichtlichen Antragsverfahren über Soldatenbeteiligungsrechte, bei denen nicht die Beteiligung als solche, sondern die konkreten Beteiligungstatbestände streitig sind, ist ein Feststellungsantrag regelmäßig die vorrangig gegebene Antragsart.

Eine Regelung über die gleitende Arbeitszeit und die automatisierte Zeiterfassung unterliegt nicht der Mitbestimmung nach § 24 Abs. 6 Nr. 3 SBG.

Sachverhalt:

Der Örtliche Personalrat beim Bundesministerium der Verteidigung begehrt die Feststellung, dass ihm ein Mitbestimmungsrecht nach § 24 Abs. 6 Nr. 3 SBG zusteht bei der Übertragung einer für den Bereich der zivilen Beschäftigten des Bundesministeriums der Verteidigung abgeschlossenen Dienstvereinbarung über die gleitende Arbeitszeit und die automatisierte Zeiterfassung auf die Gruppe der Soldaten. Das Bundesverwaltungsgericht hat den Antrag als unbegründet zurückgewiesen.

Beschluss des 1. Wehrdienstsenats vom 28. Oktober 2009 - BVerwG 1 WB 11.09