

# Mandanten Newsletter

## IV / 2011

[www.timmermann-rechtsanwaelte.de](http://www.timmermann-rechtsanwaelte.de)

### Sehr geehrte Damen und Herren,

manchmal sieht sich ein Arbeitnehmer unfreiwillig mit einem neuen Arbeitgeber konfrontiert, ohne dass er den Arbeitsplatz gewechselt hätte. Hat der neue Arbeitgeber eine andere Rechtsform als der Vorgänger, kann das für den Arbeitnehmer direkte Folgen haben. In unserem aktuellen Newsletter beschäftigt sich ein Beitrag mit der Frage, wie es sich eigentlich mit den Arbeitnehmerrechten verhält, wird ein Unternehmen der öffentlichen Hand privatisiert. Wann in einem Kleinbetrieb bei einer Betriebsänderung ein Sozialplan notwendig wird, klärt ein weiterer Beitrag. Und am Ende des Newsletters finden Sie wie immer unseren BAG-Ticker und zwei aktuelle Fälle aus dem Arbeitsrecht.

Interessante Einsichten bei der Lektüre wünscht Ihnen

**Maria Timmermann**

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht



### Inhalte: Mandanten Newsletter IV / 2011

Seite 02 // Betriebsänderung im Kleinbetrieb – Sozialplan notwendig?

Seite 03 // Privatisierung – Wahrung von Arbeitnehmerrechten

Seite 04 // BAG-Ticker

Seite 05 // Verspätete Krankmeldung rechtfertigt Kündigung

// Überstunden müssen nachgewiesen werden

Seite 06 // An- und Abmeldepflicht bei Personalratstätigkeit



**maria timmermann**

Rechtsanwaltskanzlei

Koenigsallee 7, 14193 Berlin

Tel.: 030. 864 797-0

Fax: 030. 864 797-77

[kanzlei@timmermann-rechtsanwaelte.de](mailto:kanzlei@timmermann-rechtsanwaelte.de)

[www.timmermann-rechtsanwaelte.de](http://www.timmermann-rechtsanwaelte.de)



Mitglied der Arbeitsgemeinschaft  
Arbeitsrecht

Deutscher Anwaltverein

## Betriebsänderung im Kleinbetrieb – Sozialplan notwendig?



Schließt ein Unternehmen Betriebsteile, muss es grundsätzlich mit dem Betriebsrat einen Sozialplan aushandeln. Dies soll die Arbeitnehmer schützen. Allerdings ist es häufig gerade für Kleinbetriebe mit bis zu 20 Arbeitnehmern notwendig, flexibel auf Veränderungen am Markt reagieren zu können. Daher gibt es im Betriebsverfassungsgesetz eine Schutzvorschrift für kleine Unternehmen (§ 111 Betriebsverfassungsgesetz). Kleine Unternehmen sollen hierdurch vor einer finanziellen Überforderung durch Sozialpläne geschützt werden. Vor diesem Hintergrund ist in den Kleinbetrieben die Aushandlung eines Sozialplanes mit dem Betriebsrat nur dann notwendig, wenn eine wesentliche Betriebsänderung, die möglicherweise auch in Entlassungen besteht, geplant ist. Von einer Betriebsänderung durch reinen Personalabbau spricht man, wenn mindestens sechs Arbeitnehmer betroffen sind. Diese gesetzlichen Vorgaben bestätigte auch das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit Urteil vom 9. November 2010 (AZ: 1 AZR 708/09).

Eine Spedition betrieb zahlreiche Niederlassungen im Bundesgebiet. Sie beschäftigte dort mehrere Hundert Arbeitnehmer. In einer der Niederlassungen – sie verfügte über einen eigenen Betriebsrat – arbeiteten 13 Mitarbeiter. Von den sechs Kraftfahrern waren fünf vollzeitbeschäftigt, der sechste bezog Altersruhegeld und war nur noch als Aushilfe tätig. Die übrigen sieben Mitarbeiter disponierten und organisierten im Wesentlichen über Fremdfirmen die Transportdienstleistungen. Das Unternehmen

erzielte in dieser Niederlassung rund 13 Prozent seines Umsatzes mit dem betriebseigenen Fuhrpark. Im Februar 2008 kündigte die Spedition vier Kraftfahrern wegen der beabsichtigten Stilllegung des Fuhrparks in dieser Niederlassung. Ein fünfter Kraftfahrer schied wegen vertraglich vereinbarter Altersgrenze aus dem Arbeitsverhältnis aus. Der Aushilfsfahrer wurde weiter beschäftigt.

Nach Ansicht der BAG-Richter in Erfurt stellt die Stilllegung des Fuhrparks der Niederlassung keine wichtige Betriebsänderung dar. Daher konnte der Arbeitgeber den Kraftfahrern auch kündigen, ohne zuvor mit dem Betriebsrat einen Sozialplan ausgehandelt zu haben. Zwar betreffe die Stilllegung einen wesentlichen Betriebsteil, da dort zum Zeitpunkt des Stilllegungsbeschlusses sechs Arbeitnehmer tätig gewesen seien. Allerdings betreffe der Personalabbau lediglich vier Arbeitnehmer. Ein Fahrer sei altersbedingt ausgeschieden. Bei der Prüfung, ob ein wesentlicher Teil der Belegschaft von der Stilllegungsentscheidung betroffen gewesen sei, sei dieser Fahrer nicht mitzuzählen. Damit seien von der Stilllegung des Fuhrparks nur vier der in der Niederlassung beschäftigten 13 Arbeitnehmer betroffen. Ein Sozialplan sei daher nicht notwendig gewesen.

In der Entscheidung des BAG ging es vornehmlich um die Frage, ob der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat hätte einen Sozialplan vereinbaren müssen. Individuelle Abfindungsansprüche der einzelnen gekündigten Beschäftigten sind davon unabhängig.

## Privatisierung – Wahrung von Arbeitnehmerrechten

**Immer häufiger privatisiert die öffentliche Hand ihr Eigentum. Leere Kassen sind der Grund. Ob Kindergärten, Versorgungseinrichtungen oder Krankenhäuser – bei einer Privatisierung sind immer auch die Angestellten betroffen. Jüngst hatte das Bundesverfassungsgericht (BVG) sich mit der Frage zu beschäftigen, ob durch den – manchmal auch aufgezwungenen – Arbeitgeberwechsel die Rechte der Arbeitnehmer bei einer Privatisierung tangiert sind.**

Eine Krankenschwester, die bisher beim Land Hessen beschäftigt war, klagte. Sie widersprach dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf das neue Universitätsklinikum und später auf die GmbH. Ihr Arbeitsverhältnis mit dem Land Hessen sollte weiter fortbestehen.

Während das Arbeitsgericht der Klage noch entsprach, wies das Landesarbeitsgericht die Klage ab. Dieses Urteil bestätigte auch das Bundesarbeitsgericht. Die Krankenschwester gab nicht auf und legte Verfassungsbeschwerde ein.

Und das mit Erfolg. Das BVG entschied kürzlich (AZ: 1 BvR 1741/09), dass das Gesetz über die Errichtung des Universitätsklinikums nicht mit dem Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes vereinbar sei. Durch dieses Gesetz des Landes Hessens werde der Krankenschwester ein nicht frei gewählter Arbeitgeber aufgedrängt und gleichzeitig der bisherige Arbeitgeber entzogen. Besonders schwer wiege, dass die geplante Privatisierung dazu führe, dass die Arbeitnehmer nicht nur ihre Anstellung im Landesdienst, sondern letztlich auch die im öffentlichen Dienst verlorene.

Der Landesgesetzgeber habe bewusst kein Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer in die gesetzliche Regelung mit aufgenommen. Damit habe er die Privatisierung erleichtern wollen. Die Beschneidung der Rechte der Arbeitnehmer sei in Relation zur Erleichterung der Privatisierung aber unverhältnismäßig. Dem Arbeitnehmer werde ein erhebliches Maß an Bestandsschutz entzogen. Hätte er ein Widerspruchsrecht und würde es auch entsprechend nutzen, könne das Arbeitsverhältnis mit dem bishe-

rigen Arbeitgeber fortbestehen. Der Arbeitnehmer müsse die Entscheidungsmöglichkeit behalten, sich für oder gegen den bisherigen Arbeitgeber auszusprechen. Gesetzgeber und Gerichte dürften diese Entscheidung nicht über den Kopf des Arbeitnehmers hinweg treffen. Im vorliegenden Fall war der Arbeitgeber zugleich sogar noch der Gesetzgeber. Damit habe der Arbeitnehmer überhaupt keine Möglichkeit, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zum Land zu sichern.

Das Bundesverfassungsgericht hat den Landesgesetzgeber dazu verpflichtet, eine neue Regelung zu treffen. Die Richter wiesen darauf hin, dass zur Sicherstellung des Arbeitnehmer-Anspruchs und zur Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben dem Landesgesetzgeber verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung stünden. So sei etwa denkbar, dem Arbeitnehmer ein Widerspruchs- oder Rückkehrrecht einzuräumen. Widerspricht der Arbeitnehmer, bleibt das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber bestehen. Dabei entsteht jedoch das Risiko, dass in dessen Betrieb der Beschäftigungsbedarf wegfällt. Es kann also zu einer betriebsbedingten Kündigung kommen. Diese muss dann allerdings den Anforderungen des Kündigungsschutzes standhalten. Es hängt damit von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab, ob es dem widersprechenden Arbeitnehmer gelingt, seine Beschäftigung beim bisherigen Arbeitgeber auf Dauer beizubehalten. Das Bundesverfassungsgericht hat mit seiner Entscheidung klargestellt, dass diese Risikoabwägung dem Arbeitnehmer überlassen bleiben muss und nicht dem Arbeitgeber.

Die Privatisierung eines Universitätsklinikums stand an. Die Angestellten, die nicht wissenschaftlich tätig waren, hatten einen Arbeitsvertrag mit dem Land Hessen. Somit war das Land auch der Arbeitgeber. Im Zuge der Privatisierung regelte das Klinikum, dass alle Rechte, Pflichten und Zuständigkeiten des bislang selbständigen Universitätsklinikums auf ein neues, als Anstalt des öffentlichen Rechts errichtetes Klinikum übergehen sollten. Die Arbeitsverhältnisse der bislang im Dienst des Landes Hessen Beschäftigten gingen per Gesetz auf dieses über. Das Gesetz sah außerdem die Privatisierung der neuen Anstalt vor. Sie erhielt die Form einer GmbH.



## BAG-Ticker

### Urlaubsanspruch kann nicht vererbt werden

Der verstorbene Arbeitnehmer war seit 2001 als Kraftfahrer bei einem Unternehmen angestellt. Von April 2008 bis zu seinem Tod im April 2009 war er durchgehend arbeitsunfähig erkrankt und nahm daher keinen Urlaub in Anspruch. Seine Frau verlangte nach dem Tod ihres Mannes die Abgeltung des nicht gewährten Urlaubs. Das Arbeitsgericht wies die Klage ab. Das Landesarbeitsgericht hingegen sprach ihr eine Abgeltung von 35 Urlaubstagen in Höhe von rund 3.230 Euro brutto zu.

Der Arbeitgeber ging mit Erfolg in Revision. Die BAG-Richter entschieden: Mit dem Tod des Arbeitnehmers erlischt dessen Urlaubsanspruch. Er wandle sich nicht in einen Abgeltungsanspruch um, wie das bei einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Fall sei.

*Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 20. September 2011 (AZ: 9 AZR 416/10)*

### Krankheitsbedingt nicht genommener Urlaub kann verfallen

Normalerweise muss ein Arbeitnehmer seinen Erholungsurlaub im laufenden Kalenderjahr nehmen. Eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr ist nur möglich, wenn dringende Gründe dies rechtfertigen. Im diesem Fall muss der Urlaub in den ersten drei Monaten des folgenden Kalenderjahrs gewährt und genommen werden.

Ein Angestellter hatte einen jährlichen Urlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen. Vom Januar 2005 bis Juni 2008 war er durchgehend arbeitsunfähig erkrankt. Im weiteren Verlauf des Jahres 2008 gewährte sein Arbeitgeber ihm an 30 Arbeitstagen Urlaub. Der Mann vertrat die Ansicht, ihm stehe ein aus den Jahren 2005 bis 2007 resultierender Anspruch auf 90 Arbeitstage Urlaub zu.

Das sah das Gericht anders. Der Urlaubsanspruch sei spätestens mit Ablauf des 31. Dezember 2008 verfallen. Werde ein zunächst erkrankter Arbeitnehmer im Kalenderjahr einschließlich des Übertragungszeitraums so rechtzeitig gesund, dass er – wie hier – in der verbleibenden Zeit seinen Urlaub nehmen könne, erlösche der aus früheren Zeiträumen stammende Urlaubsanspruch. Dasselbe gelte für den Anspruch, der zu Beginn des Urlaubsjahrs neu entstanden sei.

*Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 9. August 2011 (AZ: 9 AZR 425/10)*

### Frage nach einer Schwerbehinderung bei der Einstellung falsch beantwortet

Beantwortet ein Arbeitnehmer bei der Einstellung eine zulässigerweise gestellte Frage falsch, kann das den Arbeitgeber dazu berechtigen, den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten. Das setzt jedoch voraus, dass die Täuschung für den Abschluss des Arbeitsvertrags ursächlich war. Wirkt sich die Täuschung im Arbeitsverhältnis weiterhin aus, kann zudem eine Kündigung gerechtfertigt sein.

Die Außendienstmitarbeiterin eines Softwareunternehmens hatte bei der Einstellung die Frage nach einer bestehenden Schwerbehinderung unzutreffend verneint. Als dem Arbeitgeber dies bekannt wurde, erklärte er die Anfechtung und Kündigung des Arbeitsvertrags.

Das BAG entschied jedoch gegen den Arbeitgeber. Die Täuschung sei nicht ursächlich für den Abschluss des Arbeitsvertrags gewesen. Das Unternehmen habe ausdrücklich erklärt, es hätte die Frau auch dann eingestellt, wenn sie die Frage wahrheitsgemäß beantwortet hätte. Der Arbeitgeber habe Anfechtung und Kündigung auch nicht darauf stützen können, dass die Frau ihn zugleich über ihre Ehrlichkeit getäuscht habe. Seine Annahme, die Klägerin sei ehrlich, habe nicht auf deren falscher Antwort beruht.

Die Frau ihrerseits habe keinen Anspruch auf Entschädigung wegen einer Diskriminierung. Es gebe keine ausreichenden Indizien dafür, dass sie von dem Unternehmen wegen ihrer Behinderung benachteiligt worden sei.

*Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 7. Juli 2011 (AZ: 2 AZR 396/10)*

## Verspätete Krankmeldung rechtfertigt Kündigung

**Wiederholte verspätete Krankmeldungen eines Mitarbeiters können eine ordentliche Kündigung rechtfertigen. Das entschied das Hessische Landesarbeitsgericht am 18. Januar 2011 (AZ: 12 Sa 522/10).**

Ein Vorarbeiter, der in der Flugzeugreinigung bei einem Dienstleistungsunternehmen eingesetzt war, war wiederholt krankgeschrieben. Schon 2003 hatte ihn sein Arbeitgeber schriftlich darauf hingewiesen, dass er eine Erkrankung umgehend, das heißt möglichst noch vor Dienstbeginn, der Personalabteilung melden müsse, damit diese das übrige Personal entsprechend einteilen könne. Dennoch meldete sich der Mann in den folgenden Jahren insgesamt sechs Mal verspätet krank. Viermal mahnte ihn sein Arbeitgeber ab, dann kündigte er ihm fristlos und fristgerecht.

Die Kündigungsschutzklage des Mannes war in der ersten Instanz erfolgreich. Das Landesarbeitsgericht jedoch kam zu einem anderen Ergebnis. Die wiederholte Verletzung der Meldepflicht bei einer Erkrankung rechtfertige nach erfolgloser Abmahnung zwar nicht die fristlose, jedoch die ordentliche Kündigung. Die Meldepflicht bestehe unabhängig von der Pflicht zur Vorlage eines ärztlichen Attests. Die Dienstleistung, die der Arbeitgeber des Mannes erbringe, könne jeweils nur in einem sehr knappen Zeitraum durchgeführt werden. Umso wichtiger sei es für den Arbeitgeber, dass er sich auf sein Personal verlassen könne, dass die Mitarbeiter pünktlich zur Arbeit erschienen bzw. sich im Krankheitsfall sofort meldeten. Dem Kläger sei als Vorarbeiter zudem noch eine herausgehobene Rolle zugefallen.



## Überstunden müssen nachgewiesen werden

**Will ein Arbeitnehmer Überstunden bezahlt haben, muss er diese detailliert nachweisen. Dies gilt auch für Berufskraftfahrer von Transportunternehmen. Der Arbeitnehmer kann nicht darauf verweisen, dass der Arbeitgeber gesetzlich verpflichtet sei, die Arbeitszeit der im Straßentransport beschäftigten Arbeitnehmer aufzuzeichnen.**

In dem vom Landesarbeitsgericht Mainz entschiedenen Fall (17. März 2010; AZ: 7 Sa 708/09) verlangte ein Berufskraftfahrer von seinem Arbeitgeber, einem Transportunternehmen, die Bezahlung von Überstunden. Das Unternehmen bestritt, dass der Mitarbeiter Überstunden geleistet hatte.

Das Gericht entschied, dass der Arbeitnehmer im Einzelnen darlegen müsse, an welchen Tagen und zu wel-

chen Tageszeiten er über die übliche Arbeitszeit hinaus gearbeitet habe. Sei streitig, ob überhaupt eine Arbeitsleistung erbracht wurde, habe der Arbeitnehmer darzulegen, welche Tätigkeit er ausgeführt habe. Nur ein solch detaillierter Nachweis ermögliche es dem Arbeitgeber, den Anspruch im Einzelnen nachzuprüfen. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass Transportunternehmer verpflichtet seien, die Arbeitszeit ihrer Angestellten aufzuzeichnen. Diese Aufzeichnungspflicht diene nicht der Absicherung von Überstundenvergütungsansprüchen, sondern dem Arbeitsschutz der Beschäftigten im Straßenverkehr. So sollen insbesondere die Lenk- und Ruhezeiten überwacht werden können. Eine Umkehr der Beweislast bei Überstundenabrechnungen ergebe sich aus dieser Verpflichtung des Arbeitgebers aber nicht.

## **AN- UND ABMELDEPFLICHT BEI PERSONALRATSTÄTIGKEIT NICHT FREIGESTELLTER PERSONALRATSMITGLIEDER, DOKUMENTATION DER PERSONALRATSTÄTIGKEIT IN DEN ARBEITSZEITNACHWEISEN**

NACHFOLGEND WIRD DIE FRAGE, OB VON DEN MITGLIEDERN DES PERSONALRATS, DIE NICHT VOLL FREIGESTELLT SIND, VERLANGT WERDEN KANN, DASS SIE SICH FÜR IHRE TÄTIGKEITEN AN- ODER ABMELDEN, BZW. IHRE TÄTIGKEITEN FÜR DEN PR IM ARBEITSZEITNACHWEIS DOKUMENTIEREN.

Diese Frage ist hinsichtlich drei verschiedener Problemkreise zu betrachten:

- Besteht eine An- und Abmeldepflicht des Personalratsmitglieds, wenn es eine Personalratstätigkeit wahrnimmt und welchen Umfang, welche Ausgestaltung hat die Abmelde- bzw. Anmeldepflicht?
- Welche Konsequenzen hat ein Verstoß gegen eine gegebenenfalls gegebene An- und Abmeldepflicht?
- Ist die Regelung der An- und Abmeldepflicht mitbestimmungspflichtig?

### **Zu 1. Besteht eine Abmelde- und Anmeldepflicht für die Personalratsmitglieder, wenn sie Personalratstätigkeit wahrnehmen?**

Gemäß § 42 Abs. 2 PersVG Berlin soll die Versäumnis von Arbeitszeit, die zur Durchführung der Aufgaben des Personalrats erforderlich ist, keine Minderung der Bezüge zur Folge haben.

§ 42 Abs. 2 PersVG Berlin trägt somit der Tatsache Rechnung, dass die Personalratsmitglieder das von ihnen ausübende Ehrenamt nur dann ordnungsgemäß wahrnehmen können, wenn ihnen zur Durchführung der Aufgaben Dienstbefreiung gewährt wird.

Ist die Notwendigkeit einer Personalratstätigkeit gegeben, so bedarf die Arbeitsbefreiung an sich keiner Zustimmung des Dienststellenleiters oder der jeweils vorgesetzten Dienstkräfte. Allerdings ist erforderlich, dass sich das Personalratsmitglied jeweils im Dienst unter Nennung von Ort und voraussichtlicher Dauer der Personalratstätigkeit abmeldet, damit für etwa notwendige Vertretungsmöglichkeiten gesorgt werden kann. Dies ist nur dann entbehrlich, wenn die Zeiten der Verhinderung allgemein feststehen und dem Dienststellenleiter bekannt sind, wie dies beispielsweise bei der Teilnahme an Personalratssitzungen regelmäßig der Fall sein wird (Germelmann/Binkert/Germelmann, PersVG Berlin, zu § 42 Rdnr. 13 bis 15).

Für die Beurteilung, ob Arbeits- oder Dienstzeitversäumnis zur ordnungsgemäßen Durchführung der Personalratsaufgaben erforderlich ist, kommt es maßgeblich darauf an, ob das betreffende Personalratsmitglied nach pflichtgemäßem Ermessen und nach vernünftiger Würdigung aller objektiven Umstände, die Arbeitszeitversäumnis für notwendig halten durfte, um den Personalratsaufgaben gerecht zu werden (Sächsischen OVG vom 10.06.2009, Az. PL 9 A 536.08; BVerwG vom 01.12.1993, Az. 1 DB 36/92).

Stichwortartige Angaben zum Zwecke der Prüfung der Erforderlichkeit kann der Arbeitgeber nur verlangen, wenn anhand der konkreten Situation der Dienststelle und des vom Personalratsmitglieds genannten Zeitaufwandes an der Erforderlichkeit der Personalratstätigkeit insgesamt Zweifel bestehen. Nur in diesem Fall hat das Personalratsmitglied dem Arbeitgeber Kurzangaben auch zur Art der durchgeführten Tätigkeit zu übermitteln, die zumindest eine Plausibilitätskontrolle ermöglichen (Sächsischen OVG, Beschluss vom 10.06.2009 – a.a.O.; ebenso: Verwaltungsgericht Berlin vom 29.04.2010 zum Az. VG 60 K 5.10 PVL).

Die Abmeldung muss nicht persönlich erfolgen; wie das Personalratsmitglied sie bewirkt, bleibt ihm überlassen (BAG vom 13.05.1997, BetrVG 1972 AP § 37 Nr. 119).

Festzuhalten ist somit, dass grundsätzlich eine An- und Abmeldepflicht für Personalräte bestehen dürfte, wenn sie einer Personalratstätigkeit nachgehen. Angaben zu Ort und Dauer (voraussichtlich) können verlangt werden, wenn dies arbeitsaufgabenbezogen, z. B. wg. einer etwaigen Organisation der Vertretung, notwendig ist. Stichwortartige Angaben zu Art und Umfang der Personalratstätigkeit können aber nur ausnahmsweise verlangt werden, wenn Zweifel am Zeitaufwand und der Erforderlichkeit der Personalratstätigkeit bestehen. Wie das Personalratsmitglied sich abmeldet, bleibt ihm überlassen. Eine Regelung dazu, wem gegenüber eine Abmeldung zu erfolgen hat, dürfte aus arbeitsorganisatorischen Gründen wohl der Arbeitgeber treffen können.

**Zu 2.** Fraglich ist, ob eine Regelung zur An- und Abmeldung des Personalrats einseitig durch die Dienststelle getroffen werden darf und inwieweit diese gegebenenfalls mitbestimmungspflichtig ist.

Grundsätzlich kann die An- und Abmeldung von Dienstkräften unter dem Mitbestimmungstatbestand des § 85 Abs. 1 Nr. 6 PersVG Berlin fallen, weil der Personalrat demnach über die Regelung der Ordnung der Dienststelle und des Verhaltens der Beschäftigten mitzubestimmen hat.



Ausgenommen von diesem Mitbestimmungstatbestand sind aber Regelungen desjenigen Verhaltens der Beschäftigten, mit denen die Erbringung der den Beschäftigten obliegenden Arbeitsleistung konkretisiert wird. Mitbestimmungsfrei sind solche Regelungen, bei denen die Diensterfüllung eindeutig im Vordergrund steht und bei denen Verhaltens- und Ordnungsmaßnahmen sich nur als zwangsläufige Folge dieser Zielsetzung darstellen (Verwaltungsgericht Berlin vom 01.03.2011, VG 62 K 23.10 PVL unter Hinweis auf BVerwG vom 07.07.1993 – BVerwG 6 P 4.91 –).

So hat das Verwaltungsgericht Berlin in der zitierten Entscheidung festgestellt, dass für Dienstkräfte, die im Außendienst tätig sind, eine Regelung wonach Dienstunterbrechungen, jede Dienstaufnahme und –beendigung sowie jedes Betreten und Verlassens des Dienstgebäudes meldepflichtig ist, nicht der Mitbestimmung unterliegt, weil diese Regelung allein das Arbeitsverhalten der Dienstkräfte betrifft. Bei nicht nur stationär tätigen Beschäftigten ist es in besonderem Maße erforderlich den jeweils aktuellen Aufenthaltsort der eingesetzten Dienstkräfte festzustellen, um diese während der laufenden Dienstausbübung gegebenenfalls in die aktuell anzupassende Einsatzplanung einbeziehen zu können (VG Berlin vom 01.03.2011, a.a.O.).

Wenn bei einem Arbeitgeber für sämtliche Dienstkräfte eine Regelung zur An- und Abmeldung vom Dienst besteht, wenn diese das Haus verlassen oder eine Anzeigepflicht besteht, wenn Dienstgeschäfte im Haus, nur an einem anderen Ort wahrgenommen werden, um zum Beispiel die Arbeitsfähigkeit im Team zu erhalten und die Möglichkeit zu haben, den Mitarbeiter während des Dienstes möglichst immer erreichen zu können, so besteht meines Erachtens kein Grund die Personalratsmitglieder von einer solchen Regelung auszunehmen.

Jedenfalls dann, wenn Personalratsmitglieder die Örtlichkeit innerhalb Berlins wechseln, um ihren Geschäften als Personalrat nachzugehen, muss eine An- und Abmeldung angeordnet werden können. Diese dürfte sich regelmäßig auf die An- und Abmeldung beim Vorgesetzten beziehen.

Ein triftiger Grund dafür, dass dies außerdem im Arbeitszeiterfassungsbogen, der der Abrechnung dient, festzuhalten ist, ist nicht ersichtlich, drängt sich jedenfalls nicht auf, da gemäß § 42 Abs. 2 PersVG Berlin das Versäumen von Arbeitszeit nicht die Minderung der Bezüge einschließlich von Zulagen, Zuschlägen und sonstigen Entschädigungen zur Folge haben darf. Ich gehe davon aus, dass das Personalratsmitglied selbst wohl nicht verpflichtet werden kann, die Abwesenheitszeiten in seinem Arbeitszeiterfassungsbogen, der der Abrechnung dient, zu erfassen.

**Zu 3.** Fraglich ist demnach aber dann, welche Konsequenzen es haben kann, wenn ein Personalratsmitglied unentschuldigt vom Dienst fern bleibt.

Grundsätzlich stellt das unentschuldigte Fernbleiben vom Dienst an sich eine kündigungsrelevante Verletzung der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflicht dar, die umso schwerer wiegt, je mehr der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht vernachlässigt.

Nimmt jedoch ein nicht freigestelltes Personalratsmitglied Personalratstätigkeit wahr, so kommt eine Abmahnung und erst recht eine außerordentliche Kündigung wegen der dadurch bedingten Versäumung der Arbeitszeit dann nicht in Betracht, wenn das Personalratsmitglied die Personalratstätigkeit nach Art und Umfang für erforderlich halten durfte (BAG vom 06.08.1981 – 6 AZR 1086/79; BVerwG vom 01.12.1993, 1 DB 36.92).

Abmahnung und Kündigung dürften wegen der Pflichtverletzung (Nichtanzeige der Abwesenheit) demnach schwer durchzusetzen sein.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in der zitierten Entscheidung vom 01.12.1993 allerdings den Verlust von Dienstbezügen für einen gewissen Zeitraum, der aufgrund einer nicht erforderlichen Reisezeit verfügt worden war, für rechtmäßig gehalten.

In der Regel wird es daher problematisch sein, Konsequenzen aus dem Verstoß gegen eine grundsätzlich zu bejahende An- und Abmeldepflicht zu ziehen, weil dann immer zuvor eine Prüfung dahingehend zu erfolgen hat, ob das Personalratsmitglied die Arbeitszeitversäumnis für notwendig halten durfte (Maßstab dafür siehe zu 1.).

