

zum Eintritt in den endgültigen Ruhestand, er kann dann als aktiver Beamter nach § 10 BDG und dem entsprechenden Landesdisziplinarrecht aus dem Dienst entfernt werden<sup>47</sup>. Dabei kann es allerdings auf eine evtl. vorliegende aktuelle bzw. vorübergehende Dienstunfähigkeit nicht ankommen, weil diese auch im Falle einer erfolgten Ernennung dazu führen würde, dass der Beamte berechtigterweise seinem Dienst fernbleiben darf<sup>48</sup>.

Der hier beschriebene Weg einer Weiterbeschäftigung ohne Ernennung zielt zwar zunächst nur auf die Reaktivierung auf Veranlassung des Dienstherrn ab, er ist aber in gleicher Weise für eine Reaktivierung auf Antrag des Beamten gangbar, wobei die besoldungs- und versorgungsrechtliche Stellung des reaktivierten Beamten in gleicher Weise gewährleistet wäre wie bei einer erneuten Ernennung.

Es bleibt die Frage, ob der Dienstherr die Wahl zwischen den beiden oben beschriebenen Reaktivierungsvarianten besitzt. Dies hängt letztendlich davon ab, welche Bedeutung man den Vorschriften der § 21 Nr. 4 BeamStG/§ 30 Nr. 4 BBG zumisst. Geht man davon aus, dass das Beamtenverhältnis durch die

Verfügung über die Versetzung in den Ruhestand in jedem Fall beendet wurde<sup>49</sup>, so ist eine erneute Ernennung unumgänglich. Der oben beschriebene Weg über § 29 Abs. 6 BeamStG/§ 46 Abs. 8 BBG stellt dann eine „Nichternennung“ dar, bei welcher im Falle der Aufnahme des Dienstes die Grundsätze des „Faktischen Beamtenverhältnisses“ angewendet werden müssten<sup>50</sup>. Sieht man dagegen § 29 Abs. 6 BeamStG/§ 46 Abs. 8 BBG als Sondervorschriften zu § 21 Nr. 4 BeamStG/§ 30 Nr. 4 BBG an, die eben für den Fall anwendbar sind, dass der Dienstherr beabsichtigt, einen wiedergenesenen Beamten wieder in den Dienst aufzunehmen, so wäre eine erneute Begründung des Beamtenverhältnisses nicht nur überflüssig, sie wäre ebenfalls als „Nichternennung“ einzustufen, weil das Beamtenverhältnis in diesen Fällen eben gerade nicht beendet worden wäre.

Eine mögliche Lösung dieser Problematik würde sich aber insofern anbieten, als man die Fortsetzung des Beamtenverhältnisses nach § 29 Abs. 6 BeamStG/§ 44 Abs. 8 BBG als zusätzliche, vom Gesetz vorgesehene Möglichkeit für den Dienstherrn im Falle der Wiederherstellung der Dienstfähigkeit einstuft, um den Beamten erneut zu beschäftigen. Da beide Varianten auf dasselbe Ziel gerichtet sind und auch die besoldungs-, laufbahn- und versorgungsrechtlichen Folgen identisch sind, würde sich im Ergebnis für den reaktivierten Beamten keine Änderung seiner Rechtsstellung ergeben.

#### IV. Fazit

Nach dem hier beschriebenen Weg wird zum einen der systematische Zusammenhang zwischen der Dienstunfähigkeit bei Ruhestandsversetzungen und der Dienstfähigkeit bei der Reaktivierung aufrechterhalten, zum anderen wird einem Wertungswiderspruch entgegengewirkt, der mit einer „Zwangsernennung“ verbunden ist.

- 47) Auch hier erfolgt die Nachversicherung. Denkbar wäre auch folgender Weg: der ernennungsähnliche Verwaltungsakt der Reaktivierung wird erst durch den tatsächlichen Dienstantritt des Beamten innerlich wirksam und erst dadurch ändert sich der Status des Betroffenen vom Ruhestandsbeamten zum aktiven Beamten. Das Ruhegehalt kann ihm dann gem. § 12 BDG (insgesamt) aberkannt werden.
- 48) Im Falle einer Abwesenheit des Beamten kann die Ernennungsurkunde mittels eines eigenhändig zuzustellenden eingeschriebenen Briefes mit Rückschein oder durch die Post mit Postzustellungsurkunde unter Ausschluss einer Ersatzzustellung übersandt werden; vgl. etwa für Bayern Abschnitt 2, Ziffer 5 VV-BeamtR.
- 49) Knoke, in: Schütz/Maiwald (Fn. 7), § 29 BeamStG, Rn. 63.
- 50) So VG Regensburg vom 12.12.2012 – RN 1 K 11.360.

## Einordnung der Beteiligung von Personalräten, Schwerbehindertenvertretungen und Gleichstellungsbeauftragten in das Dienstrecht

Dr. Torsten von Roetteken

*Personalräte haben aufgrund des BPersVG und der im Grundsatz vergleichbaren Landespersonalvertretungsgesetze die Kompetenz, am Erlass von Entscheidungen des Dienstherrn gegenüber einzelnen oder auch einer Mehrzahl von Beamtinnen und Beamten beteiligt zu werden und einen mehr oder weniger großen Einfluss auf derartige Entscheidungen auszuüben. In deutlich abgeschwächter Form gilt das für die Kompetenz von Schwerbehindertenvertretungen, soweit Schwerbehinderte i. S. d. § 2 Abs. 2, 3 SGB IX betroffen sind. Seit den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts steht auch Frauen- und Gleichstellungsbeauftragten die Kompetenz zu, am Erlass solcher Entscheidungen beteiligt zu sein. Der nachfolgende Beitrag will die rechtliche Wirkungsweise der verschiedenen Beteiligungskom-*

*petenzen etwas erhellen, da es sich immer noch um eine in ihren Grundsätzen wenig geklärte Fragestellung handelt.*

### I. Beteiligungsrechte von Personalräten

Das BPersVG und die ihm insoweit weithin nachgebildeten LPersVG kennen verschiedene Formen der Beteiligung von Personalräten an Entscheidungen, die ein Dienstherr gegenüber einem einzelnen Beamten, einer Beamtin, einer Mehrzahl von Beamten und Beamtinnen oder auch gegenüber allen Beschäftigten unter Einschluss dieser Statusgruppe treffen will. Dabei wird zwischen Mitbestimmung, Mitwirkung und Anhörung unterschieden, soweit nicht landesrechtlich die Mitbestimmung in der Form einer Generalklausel<sup>1</sup> auf alle personellen, sozialen und organisatorischen Angelegenheiten unabhängig vom Status der/s Beschäftigten vorgesehen ist. Die Mitbestimmung beinhaltet ein gleichberechtigtes Mitentscheidungsrecht des

1) § 52 Abs. 1 S. 1 BremPVG i. V. m. Art. 47 Abs. 2 BremVerf; § 51 Abs. 1 S. 1 MBG SchlH; dem angenähert § 64 Abs. 1 NPersVG.

Personalrats. Dessen von der Auffassung der Dienststelle abweichende Vorstellung kann nur nach dem Durchlaufen eines Einigungsstellenverfahrens durch eine Entscheidung der obersten Dienstbehörde bzw. teilweise auch der Landesregierung zurückgedrängt werden können, ggf. abhängig davon, ob die Angelegenheit wesentliche Bedeutung für Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben hat. In den Fällen einer Mitwirkung entfällt die Einschaltung der Einigungsstelle, weil nach Abschluss der ggf. gestuften Konsultation des Personalrats sofort die Entscheidungskompetenz der obersten Dienstbehörde einsetzt. In Fällen einer Anhörung bedarf es keiner Konsultation, sondern nur der Kenntnisnahme der Vorstellungen des Personalrats hinsichtlich der anstehenden Entscheidung.

Das Konzept der Mitbestimmung einer Beschäftigtenvertretung hat seinen Ursprung in dem ab 1918 entstandenen kollektiven Arbeitsrecht, das hinsichtlich des Rechts der Beschäftigtenvertretungen bis 1933 dem öffentlichen Recht zugeordnet worden war.<sup>2</sup> Die Mitbestimmung bezieht sich danach auf Entscheidungen oder auch nur auf Maßnahmen des Arbeitgebers zu gesetzlich definierten, in der Regel katalogmäßig dargestellten Angelegenheiten, deren Entscheidung Auswirkungen auf einzelne, mehrere Beschäftigte oder auch die Belegschaft insgesamt hat. Ein Rückblick auf die Anfänge des Rechts der Betriebsräte zwischen 1918 und 1933 kann erhellen, dass unter dem heute verwendeten Begriff der Mitbestimmung verschiedene Aufgaben zur kollektivrechtlichen Beteiligung der Belegschaften zusammengeführt worden sind. Deshalb zunächst eine kurze Darstellung des seinerzeitigen Rechtsstandes.

## II. Betriebsrätterecht zwischen 1919 und 1933

Nach Art. 165 Abs. 1 S. 1 WRV waren die Arbeiter und Angestellten dazu berufen, gleichberechtigt in Gemeinschaft mit den Unternehmen an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung produktiven Kräfte mitzuwirken. Nach Art. 165 Abs. 2 WRV erhielten die Arbeiter und Angestellten zur Wahrnehmung ihrer sozialen und wirtschaftlichen Interessen gesetzliche Vertretungen unter anderem in Betriebsarbeiterräten. Nach Art. 165 Abs. 5 WRV konnten den Arbeiterräten auf den ihnen überwiesenen Gebieten Kontroll- und Verwaltungsbefugnisse übertragen werden. Die Arbeiterräte wurden als einseitige Interessenvertretungen verstanden, deren Aufgabe – von den Fällen des Art. 165 Abs. 5 WRV abgesehen – darin gesehen wurde, den geschäftlichen Einfluss der Arbeiterschaft insgesamt zu erhöhen und zur Geltung zu bringen.<sup>3</sup>

Für die Beamtinnen und Beamten gewährleistete Art. 130 Abs. 3 WRV besondere Beamtenvertretungen, ohne dass diese Regelung unmittelbar eine Aussage zur Aufgabenstellung dieser Vertretungen enthalten hatte. Im Hinblick auf Art. 165 Abs. 2 WRV wurde ihre Aufgabe maßgeblich darin gesehen, die Interessen der Beamtinnen und Beamten gegenüber den Dienstvorgesetzten wahrzunehmen, auch hinsichtlich eventueller Einzelwünsche einer Beamtin oder eines Beamten.<sup>4</sup>

§ 1 BRG<sup>5</sup> hatte die Errichtung von Betriebsräten zur Wahrnehmung der gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen der Arbeitnehmer (Arbeiter und Angestellten) dem Arbeitgeber gegenüber und zur Unterstützung des Arbeitgebers in der Erfüllung der Betriebszwecke in allen Betrieben vorgesehen, die in der Regel mindestens zwanzig Arbeitnehmer beschäftigen, ohne dass auf die öffentlich-rechtliche oder die privatrechtliche Form ankam.<sup>6</sup> Die sozialen Interessen fanden in § 1 BRG keine gesonderte Erwähnung, wurden aber von den wirtschaftlichen Interessen als miterfasst angesehen.<sup>7</sup> Das BRG wurde nicht nur

als Umsetzung von Art. 165 Abs. 2 WRV, sondern zugleich auch als Durchführung von Art. 165 Abs. 1 S. 1 WRV angesehen.<sup>8</sup>

Die Mitbestimmung von Betriebsräten wurde vom RAG ungeachtet des mitunter verwendeten Begriffs einer Mitwirkung als Gleichberechtigung in der Bildung eines gemeinsamen Willens mit dem Arbeitgeber und als vertragliche Teilnahme an einer der entsprechenden Beteiligung unterworfenen Maßnahme bzw. Regelung des Arbeitgebers aufgefasst.<sup>9</sup> Ohne beiderseitige Willensübereinstimmung konnte die Maßnahme nicht wirksam werden.<sup>10</sup> Das Gleiche wurde angenommen, wenn vor einer Maßnahme das Benehmen mit der Beschäftigtenvertretung herzustellen war.<sup>11</sup>

Diese Auslegung findet ihre Grundlage einerseits in Art. 165 Abs. 1 S. 1 WRV, andererseits in der amtlichen Begründung des im August 1919 der Nationalversammlung vorgelegten Entwurfs der Reichsregierung für ein Betriebsrätegesetz. Dort heißt es, Betriebsrat und Arbeitgeber stünden sich bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen als *Parteien des Arbeitsvertrages* gegenüber, die Mitbestimmung bewirke eine *Verfügungsbeschränkung* des Arbeitgebers.<sup>12</sup> Ersteres wird vom RAG als vertragliche Teilnahme des Betriebsrates an Regelungen des Arbeitgebers übernommen, letzteres als Wirksamkeitserfordernis hinsichtlich derjenigen Entscheidungen, die ohne Mitbestimmung des Betriebsrates nicht getroffen werden durften.

- 2) *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl., Art. 165 WRV, Anm. 4; ähnlich *Tatarin-Tarnheyden*, in: *Nipperdey*, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 3. Bd. 1930, S. 568 (570); *Mansfeld*, Betriebsrätegesetz, 2. Aufl. 1930, Anm. 2 vor § 1 BRG, S. 26 ff., § 93 BRG Anm. 3a; *Flatow/Kahn-Freund*, Betriebsrätegesetz, 13. Aufl. 1931, Anm. I vor § 1 BRG, § 1 BRG Anm. 1b, § 93 BRG Anm. 3a; RG vom 25.9.1923 – III 768/22, RGZ 107, 244, 246 f.; vom 18.1.1927 – III 37/26, RGZ 116, 9, 11; RAG vom 8.2.1928 – RAG 37/27, Bensch. Slg. 2, 84; vom 20.6.1928 – RAG RB 6/6/28, Bensch. Slg. 3, 39, 41; st. Rspr.; v. *Roetteken*, in: v. *Roetteken/Rothländer*, Hessisches Bedienstetenrecht, Loseblatt, Stand Mai 2020, § 111 HPVG, Rn. 27 m. w. N.; für die Zuordnung zum Privatrecht *Nipperdey*, in: *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II, 3.-5. Aufl. 1932, S. 553 – Mindermeinung.
- 3) *Anschütz* (Fn. 2), Art. 165 WRV, Anm. 4; ähnlich *Tatarin-Tarnheyden* (Fn. 2).
- 4) *Brand*, in: *Nipperdey*, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 2. Bd., 1930, S. 271.
- 5) Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920, RGBl. I S. 147, geändert durch Gesetz vom 28.2.1928, RGBl. S. 46.
- 6) § 9 Abs. 1, § 13 Abs. 1, 2 BRG.
- 7) *Tatarin-Tarnheyden* (Fn. 2), S. 568.
- 8) *Tatarin-Tarnheyden* (Fn. 2), S. 568.
- 9) RAG vom 11.7.1928 – RAG RB. 18/28, Bensch. Slg. 3, 98, 100 mit zust. Anm. *Flatow*; vom 20.2.1932 – RAG 399/31, Bensch. Slg. 14, 495, 498; vom 11.5.1932 – RAG 66/32, Bensch. Slg. 15, 421, 424; vom 4.6.1932 – RAG 102/32, Bensch. Slg. 15, 429, 432; *Mansfeld* (Fn. 2), § 66 BRG, Anm. 10b, S. 328; *Flatow/Kahn-Freund* (Fn. 2), S. 301; zum Fall der Zustimmung eines Betriebsrates zu einer Maßnahme des Arbeitgebers RAG vom 20.2.1932, a. a. O. S. 499.
- 10) RAG vom 11.1.1928 – RAG 43/27, Bensch. Slg. 2, 31, 33; vom 11.7.1928 – RAG RB 18/28, Bensch. Slg. 3, 98, 99 mit zust. Anm. *Flatow*; vom 20.2.1929 – RAG 439/28, Bensch. Slg. 5, 407, 409; vom 10.6.1931 – RAG RB 64/30, Bensch. Slg. 12, 416, 417 mit insoweit zust. Anm. *Flatow*; vom 13.9.1931 – RAG 77/31, Bensch. Slg. 13, 62, 65.
- 11) RAG vom 27.3.1929 – RAG 494/28, Bensch. Slg. 6, 103, 108.
- 12) Drs. 928 der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, S. 19 (28).
- 13) RAG vom 29.9.1928 – RAG 107/28, Bensch. Slg. 4, 25, 27.
- 14) § 75 Abs. 1 S. 3 BRG.