Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 6 LP 103/14
(VG: P K 794/13.PVL)

Beschluss

In der Personalvertretungssache

des Personalrat bei Radio Bremen, vertreten durch die Vorsitzende Gaby Schuylenburg, Diepenau 10, 28195 Bremen,

Antragsteller und Beschwerdeführer,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Sieling u. a., Am Wall 190, 28195 Bremen,
Gz.: - 358/13LO02 L -

g e g e n

b e t e i l i g t :

Intendant von Radio Bremen, Anstalt des öffentlichen Rechts, Herr Jan Metzger, Diepenau 10, 28195 Bremen,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr. Ahlers u. a., Contrescarpe 21, 28203 Bremen,
Gz.: - 12263/13/A -

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen – Fachsenat für Personalvertretungssachen – aufgrund des Anhörungstermins vom 1. Dezember 2015 durch den Vizepräsidenten Richter Prof. Alexy und die ehrenamtlichen Richter Beamtin Adomeit, Arbeitnehmer Dallmann, Beamtin Rabe und Arbeitnehmer Tebje am 1. Dezember 2015 beschlossen:

Unter Aufhebung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Bremen – Fachkammer für Personalvertretungssachen vom 7.3.2014 wird festgestellt,

1. dass die Entscheidung zur Weiterbeschäftigung eines freien Mitarbeiters (Ziff. 6 Nr. 2 der Dienstanweisung vom 12.10.2009) mit der Folge des

Entstehens der Rechtsstellung einer arbeitnehmerähnlichen Person nach § 5 des Tarifvertrags der Mitbestimmung des Personalrats unterliegt,

2. dass der Antragsteller bei den zeitlichen Rahmendaten der Dienstpläne (Beginn und Ende der Schichtzeiten; Pausenregelung) auch dann zu beteiligen ist, wenn hiervon ausschließlich arbeitnehmerähnliche Personen betroffen sind.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der Antragsteller ist Personalrat bei der vom Land Bremen errichteten Rundfunkanstalt.

Radio Bremen beschäftigt im Bereich der Programmgestaltung in erheblichem Umfang freie Mitarbeiter in arbeitnehmerähnlicher Stellung nach § 12a Tarifvertragsgesetz (TVG). Die Betreffenden unterfallen dem zwischen Radio Bremen und der IG Medien, Druck und Papier, Publizistik und Kunst abgeschlossenen Tarifvertrag für arbeitnehmerähnliche Personen, der erstmals am 20.04.1978 vereinbart und seitdem mehrmals verlängert wurde.

Der Beteiligte hat zudem am 12.10.2009 eine Dienstanweisung für die Beschäftigung freier Mitarbeiter erlassen, die unter anderem nähere Regelungen über das Verfahren der Aufnahme einer solchen Tätigkeit enthält.

Insgesamt sind (Stand 31.10.2015) 195 Personen als freie Mitarbeiter in arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnissen bei Radio Bremen tätig und 210 Personen fest angestellt. Die arbeitnehmerähnlichen Personen sind alle in der Programmgestaltung tätig; bei den 210 Festangestellten betrifft dies 100 Personen.

Mit Schreiben vom 08.05.2013 machte der Antragsteller gegenüber dem Beteiligten geltend, dass die Entscheidung über die Beschäftigung freier Mitarbeiter in arbeitnehmerähnlicher Rechtsstellung seiner Mitbestimmung unterliege. Er berief sich auf § 18a Abs. 5 Radio-Bremen-Gesetz (RBG), der 2008 in das Radio-Bremen-Gesetz eingefügt wurde und vorsieht, dass arbeitnehmerähnliche Personen als Bedienstete i. S. des Bremischen Personalvertretungsgesetzes (BremPersVG) gelten.

Der Beteiligte lehnte dies mit Schreiben vom 31.05.2013 ab. In Angelegenheiten arbeitnehmerähnlicher Personen sei ein Mitbestimmungsrecht des Personalrats nicht gegeben. Bei diesen Beschäftigten handele es sich um nicht weisungsgebundene freie Mitarbeiter; ein Mitbestimmungsrecht verstieße gegen die Rundfunkfreiheit.

Der Antragsteller hat am 26.06.2013 beim Verwaltungsgericht beantragt festzustellen, dass der Beginn eines arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnisses seiner Mitbestimmung unterliege (Antrag zu 1.). Im weiteren Verfahren hat er zusätzlich beantragt festzustellen, dass er bei der Aufstellung von Dienstplänen für arbeitnehmerähnliche Personen zu beteiligen sei (Antrag zu 2.).

Zum Antrag zu 1. hat der Antragsteller vorgetragen, dass § 18a Abs. 5 RBG die Zuständigkeit des Personalrats ausdrücklich auch auf die freien Mitarbeiter in arbeitnehmerähnlicher Stellung erstrecke. Es reiche nicht aus, diesen Personen lediglich das aktive und passive Wahlrecht zum Personalrat zuzugestehen. Die betreffenden Mitarbeiter verrichteten überwiegend dieselbe Arbeit wie die Festangestellten.

Zum Antrag zu 2. hat der Antragsteller vorgetragen, dass die Dienstpläne unter anderem die Schicht- und Anwesenheitszeiten festlegten. Dadurch sei zuletzt die Anwesenheitspflicht der Mitarbeiter deutlich ausgeweitet worden.

Der Beteiligte ist dem Antrag entgegen getreten. § 18a Abs. 5 RBG habe in erster Linie Bedeutung für die Wahl und Zusammensetzung des Personalrats. Die Vorschrift beziehe die freien Mitarbeiter in arbeitnehmerähnlicher Stellung nicht in die Mitbestimmungsregelungen des BremPersVG ein. Die vom Antragsteller beanspruchte Zuständigkeit kollidiere mit der Rundfunkfreiheit, die Verfassungsrang besitze. Der Beginn eines arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnisses sei unabhängig davon in dem zwischen Radio Bremen und der IG-Medien, Druck und Papier, Publizistik und Kunst abgeschlossenen Tarifvertrag eingehend geregelt. Für eine Beteiligung des Personalrats sei daneben kein Raum.

Den freien Mitarbeitern würden keine Tätigkeiten zugewiesen, vielmehr würde die Tätigkeit jeweils vereinbart. Die Dienstpläne dokumentierten diese Vereinbarungen. Auch insoweit fehle jeder Ansatz für eine personalvertretungsrechtliche Beteiligung.

Das Verwaltungsgericht Bremen – Fachkammer für Personalvertretungssachen – hat die Anträge mit Beschluss vom 07.03.2014 abgelehnt.

Der Antrag zu 1. bleibe erfolglos, weil sich das Recht auf Mitbestimmung nicht auf Angelegenheiten erstrecke, die tarifvertraglich geregelt seien. Das sei bezüglich des Beginns eines arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnisses aber der Fall. Der Tarifvertrag für arbeitnehmerähnliche Personen regele eingehend, unter welchen Voraussetzungen bei einem freien Mitarbeiter von Radio Bremen ein arbeitnehmerähnliches Rechtsverhältnis eintrete.

Hinsichtlich des Antrags zu 2. sei dem Antragsteller im rechtlichen Ansatz zwar darin zu folgen, dass sich das Recht auf Mitbestimmung grundsätzlich auch auf die Angelegenheiten der freien Mitarbeiter in arbeitnehmerähnlicher Stellung erstrecke. Das folge aus § 18a Abs. 5 RBG. Der Antrag zu 2. bleibe aber gleichwohl erfolglos. Denn die Dienstpläne für die freien Mitarbeiter beruhten jeweils auf einer vertraglichen Vereinbarung mit den Mitarbeitern. Die Dienstpläne dokumentierten insoweit lediglich diese Vereinbarungen. Deshalb stellten sie keine der Mitbestimmung des Personalrats unterliegende Maßnahme dar.

Der Antragsteller hat gegen diesen Beschluss rechtzeitig Beschwerde eingelegt.

Er macht geltend, dass der Beteiligte es durchaus in der Hand habe, ob im Einzelfall ein arbeitnehmerähnliches Rechtsverhältnis begründet werde. Die Dienstanweisung für die Beschäftigung freier Mitarbeiter vom 12.10.2009 sehe ausdrücklich ein Verfahren vor, um vor der Entstehung eines solchen Rechtsverhältnisses eine Entscheidung über die Weiterbeschäftigung zu treffen. Diese Entscheidung sei tariflich nicht gebunden; sie unterliege der Mitbestimmung. Das Verwaltungsgericht habe insoweit das Begehren des Antragstellers nicht hinreichend gewürdigt.

Hinsichtlich der Dienstpläne werde eine Mitbestimmung nur bezüglich der zeitlichen Rahmendaten begehrt. Insoweit seien in jüngster Zeit Schichtlängen, Pausen etc. verändert worden. Bezüglich dieser Rahmendaten hätten die freien Mitarbeiter kein Wahlrecht. Es existierten einzelne Redaktionen, in denen keine festangestellten Mitarbeiter mehr beschäftigt seien. Entgegen der Intention des BremPersVG würden mitbestimmungsfreie Räume entstehen.

Der Antragsteller beantragt,

1. festzustellen, dass die Entscheidung zur Weiterbeschäftigung eines freien Mitarbeiters (Ziff. 6 Nr. 2 der Dienstanweisung vom 12.10.2009) mit der Folge des Entstehens der Rechtsstellung einer arbeitnehmerähnlichen

Person nach § 5 des Tarifvertrags der Mitbestimmung des Personalrats unterliegt.

2. festzustellen, dass der Antragsteller bei den zeitlichen Rahmendaten der Dienstpläne (Beginn und Ende der Schichtzeiten; Pausenregelung) auch dann zu beteiligten ist, wenn hiervon ausschließlich arbeitnehmerähnliche Personen betroffen sind.

Der Beteiligte beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Der Ansicht des Verwaltungsgerichts, dass sich die Mitbestimmung des Personalrats grundsätzlich auch auf die personellen und sozialen Angelegenheiten der freien Mitarbeiter in arbeitnehmerähnlicher Stellung erstrecke, müsse widersprochen werden. Das Verwaltungsgericht überdehne die Regelung in § 18a Abs. 5 RBG. Die Vorschrift räume den arbeitnehmerähnlichen Personen in erster Linie das aktive und passive Wahlrecht zum Personalrat ein. Der in § 18a Abs. 5 RBG verwandte Begriff des Bediensteten werde im Bremischen Personalvertretungsrecht auf die Wahlvorschriften und die Vorschriften über die Zusammensetzung des Personalrats bezogen (§§ 9 – 22b BremPersVG), darüber hinaus finde er sich in den Vorschriften, die die allgemeinen Aufgaben des Personalrats beträfen (§§ 53, 54 BremPersVG). In den Vorschriften, die die Mitbestimmung regelten (§§ 52, 58 bis 67 BremPersVG) werde demgegenüber ausdrücklich auf die Weisungsgebundenheit der Beschäftigten abgestellt. Die Mitbestimmung sei ein Korrelat für die Weisungsgebundenheit. Bei den freien Mitarbeitern fehle diese aber gerade.

Die Ansicht des Verwaltungsgerichts sei überdies mit der in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verankerten Rundfunkfreiheit nicht vereinbar. Das Institut der freien Mitarbeit sei ein wesentliches Mittel, um die Rundfunkfreiheit zu sichern. Dies sei vom Bundesverfassungsgericht wiederholt bekräftigt worden. Die personellen und sozialen Angelegenheiten der freien Mitarbeiter unterlägen deshalb nicht der Mitbestimmung des Personalrats. Gleichwohl seien die freien Mitarbeiter nicht schutzlos gestellt. Insbesondere sehe der Tarifvertrag für arbeitnehmerähnliche Personen eingehende Schutzregelungen vor. Diese beträfen etwa die Beendigung bzw. wesentliche Einschränkung der Tätigkeit, den Schutz bei langjähriger Beschäftigung, die Ausgleichszahlung bei Honorarrückgang, den Urlaubsanspruch, die Elternzeit sowie Sonderzahlungen.

Unabhängig davon sei für die mit dem Antrag zu 1. begehrte Mitbestimmung auch deshalb kein Raum, weil die Entstehung eines arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnisses abschließend in dem Tarifvertrag geregelt sei. § 5 Abs. 1 des Tarifvertrags sehe aus-

drücklich vor, dass es diesbezüglich keiner ausdrücklichen Erklärung oder Feststellung bedürfe. Die Entscheidung über die Weiterbeschäftigung, die in der Dienstanweisung vom 12.10.2009 geregelt werde, liege in der Praxis bei den jeweiligen Redaktionen bzw. Wellenleitungen.

Weil die Dienstpläne der freien Mitarbeiter nicht der Mitbestimmung des Antragstellers unterlägen, müsse auch der Antrag zu 2. erfolglos bleiben. Unabhängig hiervon sei zu berücksichtigen, dass die freien Mitarbeiter über ihre Tätigkeit und ihr Arbeitspensum frei bestimmen könnten. Die Leistung werde jeweils individuell vereinbart. Die Dienstpläne dokumentierten die Vereinbarungen; dies gelte auch für die zeitlichen Rahmendaten. Für eine Mitbestimmung des Antragstellers fehle in jeder Hinsicht der rechtliche Ansatz.

Entscheidungsgründe:

Die Beschwerde des Antragstellers ist zulässig und begründet. Der Antragsteller hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Oberverwaltungsgericht klargestellt, in welchen Angelegenheiten er ein Mitbestimmungsrecht geltend macht, und hat die Feststellungsanträge entsprechend präzisiert. Ihm steht in dem geltend gemachten Umfang ein Recht auf Mitbestimmung zu.

A. Feststellungsantrag zu 1.

Die Entscheidung über die Weiterbeschäftigung eines freien Mitarbeiters, die zur Folge hat, dass für den Betreffenden ein arbeitnehmerähnliches Rechtsverhältnis begründet wird, unterliegt der Mitbestimmung des Antragstellers. Das folgt aus § 18a Abs. 5 des Radio-Bremen-Gesetzes vom 23.1.2008 (BremGBl. S. 13), zuletzt geändert durch Gesetz vom 1.4.2014 (BremGBl. S. 241) – RBG –. Diese Vorschrift erweitert das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers auf die personellen Angelegenheiten der bei Radio Bremen tätigen arbeitnehmerähnlichen Personen.

1.
Der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person wird in § 12a des Tarifvertragsgesetzes in der Neufassung vom 25.8.1969 (BGBl. I S. 1323), zuletzt geändert durch Gesetz vom 3.7.2015 (BGBl. I S. 1130) – TVG –, definiert. Eine Arbeitnehmerähnlichkeit liegt danach

vor, wenn eine Person aufgrund von Dienst- und Werkverträgen persönliche Leistungen für einen Auftraggeber erbringt, dabei die für einen Arbeitnehmer typische Weisungsgebundenheit und Eingliederung in die betriebliche Organisation fehlt oder jedenfalls geringer ausgeprägt ist, gleichwohl aber eine wirtschaftliche Abhängigkeit von dem Auftraggeber besteht und auch eine einem Arbeitnehmer vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit gegeben ist (§ 12a Abs. 1 TVG, vgl. auch Reinecke in: Däubler (Hrsg), Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 12a Rn 1, 23).

Bei Radio Bremen sind in relevantem Umfang freie Mitarbeiter in arbeitnehmerähnlicher Stellung beschäftigt. Die Rundfunkanstalt und die IG Medien, Druck und Papier, Publizistik und Kunst haben für diesen Personenkreis einen Tarifvertrag abgeschlossen. Der Tarifvertrag regelt die Voraussetzungen für den Erwerb des Status der Arbeitnehmerähnlichkeit (§§ 2, 3). Der Erwerb tritt danach ein, wenn der freie Mitarbeiter mindestens 6 Monate in wirtschaftlich abhängiger Stellung und sozial schutzbedürftig beschäftigt war. Die Kriterien für die wirtschaftliche Abhängigkeit und die soziale Schutzbedürftigkeit werden dabei in dem Tarifvertrag näher konkretisiert. Der Status der Arbeitnehmerähnlichkeit führt dazu, dass verschiedene Schutzregelungen gelten, etwa bezüglich der Beendigung bzw. der wesentlichen Einschränkung der Tätigkeit, des Schutzes bei langjähriger Beschäftigung, der Ausgleichszahlung bei Honorarrückgang und der Elternzeit (vgl. § 5) der Zahlung im Krankheitsfall (§ 6) und der sozialversicherungsrechtlichen Verhältnisse (§ 7).

Die 6-Monatsfrist sichert dem Beteiligten die Möglichkeit, darüber zu entscheiden, ob eine Person den Status der Arbeitnehmerähnlichkeit erlangt. Nur wenn der Betreffende länger als 6 Monate unter den in §§ 2 und 3 genannten Kriterien als freier Mitarbeiter tätig war, erwirbt er diesen Status. In diesem Sinne sieht die Dienstanweisung für die Beschäftigung freier Mitarbeiter des Beteiligten vom 12.10.2009 unter Ziffer 6 vor, dass „vor dem Entstehen des Rechtsanspruchs“ zu klären ist, ob dem freien Mitarbeiter der Erwerb des Status ermöglicht wird. Unter Ziffer 6 Nr. 2 heißt es:

> „Nach kurzer Zeit, spätestens nach 3 Monaten, ist zwischen Redaktion, bzw. Programmleitung und den Vorgesetzten zu klären, ob die Beschäftigung tatsächlich die erwartete Perspektive hat. Im Falle einer negativen Beurteilung ist die Beschäftigung zu beenden. Im Falle einer positiven Beurteilung ist die Entscheidung zur Weiterbeschäftigung über die Vorgesetzten und ggf. zum Abschluss eines Rahmenvertrages herbeizuführen.

> Ohne die Genehmigung ist die Weiterbeschäftigung über den Zeitraum von 6 Monaten hinaus unzulässig.“

Ob der freie Mitarbeiter den Status einer arbeitnehmerähnlichen Person erlangt, hängt danach von einer positiven Entscheidung über die Weiterbeschäftigung ab. Dass es im Weiteren keiner zusätzlichen Erklärungen oder Feststellungen mehr bedarf (§ 5 Abs. 1), ändert nichts daran, dass nach der Dienstanweisung ohne die dort angesprochene Genehmigung ein solches Rechtsverhältnis nicht entstehen kann.

Die Anwendung der Dienstanweisung vom 12.10.2009 ist in der mündlichen Verhandlung vor dem Oberverwaltungsgericht erörtert worden. Sie hat nach wie vor Geltung, allerdings werden die dort angesprochenen Rahmenverträge nicht mehr abgeschlossen. Die in der Dienstanweisung vorgesehene verantwortliche Entscheidung über die Weiterbeschäftigung ist im Übrigen aus Gründen des öffentlichen Interesses auch deshalb geboten, weil damit tarifvertragliche Pflichten begründet werden.

Die Entscheidung über die Weiterbeschäftigung kommt in ihrer Wirkung einer Einstellungsentscheidung gleich. So wie die in § 5 Abs. 2 des Tarifvertrags vorgesehene Beendigungsanzeige regelmäßig Auswirkungen hat, die mit einer Kündigung vergleichbar sind (vgl. dazu BVerwG, B. v. 17.12.2012 – 6 P 6/12 – Buchholz 251.9 § 110 SaarPersVG Nr. 1 Rn 14), hat die Entscheidung über die Weiterbeschäftigung die Auswirkungen einer Einstellung.

2.

Personelle Maßnahmen, die arbeitnehmerähnliche Personen nach § 12a TVG betreffen, unterliegen der Mitbestimmung des Antragstellers. Dies folgt aus § 18a Abs. 5 RBG. Diese Vorschrift hat folgenden Wortlaut:

> „Als Bedienstete im Sinne des Bremischen Personalvertretungsgesetzes gelten auch die arbeitnehmerähnlichen Personen.“

§ 18a Abs. 5 RBG bezieht die arbeitnehmerähnlichen Personen nicht nur in die Regelungen des BremPersVG ein, die die Wahl, Zusammensetzung und Geschäftsführung des Personalrats (§§ 9 - 42) sowie die Personalversammlung (§§ 43 - 47) betreffen. Vielmehr finden auch die Regelungen über die Mitbestimmung des Personalrats (§§ 52 - 68) auf diesen Personenkreis Anwendung.

a) Im rechtlichen Ausgangspunkt ist dem Beteiligten darin zu folgen, dass das Bremische Personalvertretungsrecht keine unmittelbare Anwendung auf Mitarbeiter im Sinne des § 12a TVG findet. Nach § 3 Abs. 1 BremPersVG sind Bedienstete im Sinne des Gesetzes Beamte und Arbeitnehmer. Arbeitnehmer sind nach der Legaldefinition in § 5 BremPersVG solche Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die nach ihrem Arbeitsvertrag als Arbeitnehmer beschäftigt sind. Auf Mitarbeiter im Sinne von § 12a TVG trifft diese Voraussetzung nicht zu (vgl. BAG, B. v. 28.3.2001 – 7 ABR 21/10 – BAGE 97, 226 <231>; Reinecke, a. a. O., § 12a Rn 22). Dementsprechend bezeichnet § 12a TVG diese Personen auch lediglich als „arbeitnehmerähnlich“.

b) § 18a Abs. 5 RBG bestimmt, dass als Bedienstete im Sinne des BremPersVG „auch“ arbeitnehmerähnliche Personen gelten. Die Vorschrift erstreckt nach ihrem Wortlaut das BremPersVG ohne Einschränkung auf diesen Personenkreis. Mitarbeiter nach § 12a TVG sollen den übrigen Bediensteten ersichtlich personalvertretungsrechtlich gleichgestellt werden.

Eine Anwendung nur bestimmter Vorschriften des BremPersVG sieht die Vorschrift nicht vor. Hätte der Landesgesetzgeber nur die Regelungen der §§ 9 - 42 BremPersVG (Wahl, Zusammensetzung, Geschäftsführung des Personalrats) und der §§ 43 – 47 BremPersVG (Personalversammlung) auf die arbeitnehmerähnlichen Personen erstrecken wollen, hätte dazu die Möglichkeit bestanden. § 9 Abs. 2 BremPersVG enthält etwa eine spezielle Vorschrift, die den Kreis der Wahlberechtigten gegenüber den Bediensteten im Sinne von § 3 BremPersVG erweitert (vgl. dazu Großmann/Mönch/Rohr, BremPersVG, 1979, § 9 Rn 16). Solch eine spezielle Bezugnahme ist aber nicht erfolgt. Die arbeitnehmerähnlichen Personen werden vielmehr ohne Einschränkung in das BremPersVG einbezogen.

Entgegen der Ansicht des Beteiligten liefert auch der in § 18a Abs. 5 RBG verwandte Begriff des Bediensteten keinen Hinweis auf eine solche Einschränkung. Der Begriff des Bediensteten wird im BremPersVG unterschiedlich verwandt. Er ist jeweils im Hinblick auf die spezielle Zielsetzung der Vorschrift auszulegen (vgl. Großmann/Mönch/Rohr, a. a. O., § 3 Rn 6, 8; § 52 Rn 14). In § 18a Abs. 5 RBG kommt ihm erkennbar nicht die Funktion zu, die arbeitnehmerähnlichen Personen nur partiell in das BremPersVG einzubeziehen. Bezugspunkt ist der Begriff des Bediensteten in § 3 Abs. 1 BremPersVG. Den dort genannten Bediensteten sollen die arbeitnehmerähnlichen Personen gleichgestellt werden. Durch die Geltungsfiktion hat der Gesetzgeber dabei gesetzestechnisch zu erkennen

gegeben, dass er durchaus die spezifische Rechtsstellung dieses Personenkreises, nämlich die nur eingeschränkte oder auch fehlende Weisungsgebundenheit, gesehen hat.

c) Die Entstehungsgeschichte weist ebenfalls nicht auf eine nur partielle Bezugnahme hin. § 18a Abs. 5 BremPersVG ist durch Änderungsgesetz vom 23.1.2008 (BremGBl. S. 13) in das Radio-Bremen-Gesetz eingefügt worden. Im Ausschuss für Informations- und Kommunikationstechnologie und Medienangelegenheiten der Bremischen Bürgerschaft, an den das Gesetz überwiesen worden war, wurde eingehend die personalvertretungsrechtliche Behandlung der arbeitnehmerähnlichen Personen (der „festen Freien“) erörtert. Die jetzt geltende Fassung von § 18a Abs. 5 RBG ist vorgeschlagen worden, um die Betreffenden in die „Mitbestimmungsregelungen mit der Folge einzubeziehen, dass eine gemeinsame Personalvertretung für festangestellte Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen und sog. „festen Freien“ ermöglicht wird“ (Brem. Bürgerschaft, Drs. 17/215, S. 2, 6). Erklärte Absicht des Gesetzgebers war danach die Einbeziehung in die Mitbestimmungsregelungen. Anhaltspunkte dafür, dass diese Einbeziehung sich auf die angesprochene gemeinsame Personalvertretung beschränken sollte, sind nicht erkennbar. Das Gegenteil ist der Fall.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass eine gemeinsame Personalvertretung, deren Mitbestimmungsbefugnisse sich nur auf die Festangestellten erstrecken würden, zu einem nicht zu übersehenden legitimatorischen Missverhältnis führen würde. Derzeit (Stand 31.10.2015) sind 195 Personen als freie Mitarbeiter in einem arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnis bei Radio Bremen tätig; 210 Personen sind festangestellt. Der Personalrat würde in diesem Fall zwar von sämtlichen Bediensteten gewählt, wäre aber für einen erheblichen Teil der Wähler mitbestimmungsrechtlich nicht zuständig. Legitimation und Kompetenz würden auseinander klaffen, und zwar in einem signifikanten Umfang. Dies wäre geeignet, die Wirksamkeit der Interessenvertretung zu beeinträchtigen.

d) Die Einbeziehung der arbeitnehmerähnlichen Personen in die Mitbestimmungsregelungen trägt nach ihrem objektiven Zweck deren wirtschaftlicher Abhängigkeit und sozialer Schutzbedürftigkeit Rechnung. Bei den „festen Freien“ ist zwar die für einen Arbeitnehmer typische Weisungsgebundenheit und die Eingliederung in die betriebliche Organisation weniger ausgeprägt oder sie fehlt auch vollständig. Das ändert aber nichts daran, dass eine wirtschaftliche Abhängigkeit von Radio Bremen und eine mit einem Arbeitnehmer vergleichbare soziale Schutzbedürftigkeit gegeben ist. § 12a TVG erkennt diese Schutzbedürftigkeit, indem von einer „arbeitnehmerähnlichen“ Rechtsstellung gesprochen

wird, ausdrücklich an. Unabhängig von den tarifvertraglichen Schutzregelungen bestehen hinreichende sachliche Gründe, diese Mitarbeiter in die Mitbestimmungsregelungen des BremPersVG einzubeziehen.

3.
Aus Vorstehendem folgt, dass die Entscheidung über die Weiterbeschäftigung eines freien Mitarbeiters nach Ziffer 6.2. der Dienstanweisung vom 12.10.2009 eine personelle Maßnahme im Sinne des BremPersVG darstellt.

Dass diese Entscheidung nicht zu den in § 65 Abs. 1 BremPersVG ausdrücklich aufgezählten Maßnahmen gehört, die Beamte und Arbeitnehmer betreffen, berührt den Charakter einer mitbestimmungspflichtigen personellen Maßnahme nicht. Gemäß § 65 Abs. 3 BremPersVG schränkt die Aufzählung der in Abs. 1 genannten Beispiele die Allzuständigkeit des Personalrats nach § 52 Abs. 1 S. 1 BremPersVG nicht ein. Maßgeblich für die Einstufung als personelle Maßnahme ist, dass die Entscheidung über die Weiterbeschäftigung eines freien Mitarbeiters in ihrer Wirkung einer Einstellung gleichkommt. Das ist oben dargelegt worden. Dass sich die Mitbestimmung damit auch auf Personen erstreckt, die nicht in demselben Maß wie Arbeitnehmer weisungsgebunden sind, ist unmittelbare Folge der Regelung in § 18a Abs. 5 RBG.

4.
§ 18a Abs. 5 RBG verstößt, indem er die Mitarbeiter im Sinne von § 12a TVG in die personelle Mitbestimmung einbezieht, nicht gegen den verfassungsrechtlichen Schutz der Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG.

Die Rundfunkfreiheit gewährleistet, dass Auswahl, Inhalt und Gestaltung des Programms Sache des Rundfunks sind. Rundfunkprogramme sollen frei von staatlicher Lenkung, aber ebenso von privater Indienstnahme veranstaltet werden können (vgl. BVerfG, B. v. 26.2.1997 – 1 BvR 2172/96 – BVerfGE 95, 220 <234>). Der Schutz von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG umfasst das Recht der Rundfunkanstalten, frei von fremden Einfluss über Auswahl, Einstellung und Beschäftigung derjenigen Mitarbeiter zu bestimmen, die an Hörfunk- und Fernsehsendungen inhaltlich gestaltend mitwirken. Um der gebotenen Programmvielfalt gerecht zu werden, müssen die Rundfunkanstalten auf einen breit gestreuten Kreis unterschiedlich geeigneter Mitarbeiter zurückgreifen können. Insofern umfasst die Rundfunkfreiheit neben der Auswahl der Mitarbeiter die Befugnis, bei der Begründung von Mitarbeiterverhältnissen den jeweils geeigneten Vertragstyp zu wählen (BVerfG, B. v. 13.1.1982 – 1 BvR 848/77 u. a. – BVerfGE 59, 231 <259>; B. v. 18.2.2000 – 1 BvR

491/93 u. a. – NZA 2000, 653). Das bedeutet, dass dem Personalrat ein Einfluss auf die Programmgestaltung und die damit verbundenen Personalentscheidungen nicht zusteht (BVerfG, B. v. 15.12.1999 – 1 BvR 729/92 – NJW 2000, 1711).

Das Radio-Bremen-Gesetz trägt diesen Vorgaben Rechnung. Nach § 18a Abs. 1 RBG findet das BremPersVG auf Radio Bremen nur mit Einschränkungen Anwendung. So wird der Personalrat bei personellen Angelegenheiten von Beschäftigten, deren Vergütung sich nach der Gehaltsgruppe XII des Gehaltstarifvertrages Radio Bremen bemisst oder deren Vergütung darüber liegt, nicht beteiligt (§ 18a Abs. 2 RBG). Bei im Programmbereich Beschäftigten der Gehaltsgruppe XI wird die personelle Mitbestimmung des Personalrats durch eine Mitwirkung nach § 72 Abs. 1 – 3 und 6 BPersVG ersetzt (§ 18a Abs. 3 RBG). Die personellen Angelegenheiten der übrigen Beschäftigten – auch im Programmbereich – unterliegen zwar der Mitbestimmung nach § 65 BremPersVG, allerdings werden in § 18a Abs. 4 RBG spezielle Regelungen getroffen, die dem Intendanten ein Letztentscheidungsrecht einräumen. Wird im Falle der Nichteinigung zwischen Personalrat und Intendant die Einigungsstelle einberufen (§§ 60, 61 BremPersVG), sind deren Beschlüsse gem. § 18a Abs. 4 S. 1 RBG nur bindend in Angelegenheiten, die in ihrem Schwerpunkt die Beschäftigten in ihrem Beschäftigungsverhältnis betreffen und nur unerheblich die Wahrung der Aufgaben der Anstalt berühren. Gem. § 18a Abs. 4 S. 2 RBG sind die Beschlüsse der Einigungsstelle nicht bindend in allen anderen Angelegenheiten und in Angelegenheiten des Satzes 1, bei denen im Einzelfall die Entscheidung von Bedeutung für die Erfüllung der Aufgaben der Anstalt ist; der Intendant hat in diesem Fall das Recht, die endgültige Entscheidung zu treffen.

Die Bindungswirkung von Entscheidungen der Einigungsstelle wird danach im Bereich von Radio Bremen deutlich zurückgenommen. Dem Intendanten steht in allen Angelegenheiten, die für die Erfüllung der Aufgaben der Rundfunkanstalt von Bedeutung sind, ein Letztentscheidungsrecht zu. Diese Regelung gilt unmittelbar für die festangestellten Beschäftigten, gemäß § 18a Abs. 5 BremPersVG aber auch für die freien Mitarbeiter nach § 12a TVG.

Der Landesgesetzgeber hat mit § 18a Abs. 4 RBG eine Regelung getroffen, die im Wege der praktischen Konkordanz einen Ausgleich zwischen der Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG und dem Recht auf Mitbestimmung der Beschäftigten vornimmt. Dieses Recht ist landesverfassungsrechtlich in Art. 47 Abs. 1 BremLV verankert (vgl. Rinken, Der Personalrat 1999, 523). Dass diese Regelung, auch im Hinblick auf die Mitarbeiter

nach § 12a TVG, die Rundfunkfreiheit nicht ausreichend beachten würde, ist nicht erkennbar.

B. Feststellungsantrag zu 2.

Der Antragsteller kann verlangen, dass er bei der Festlegung der zeitlichen Rahmendaten der Dienstpläne (Beginn und Ende der Schichtzeiten; Pausenregelung) auch dann zu beteiligen ist, wenn hiervon ausschließlich arbeitnehmerähnliche Personen betroffen sind.

1.
§ 18a Abs. 5 RBG bezieht Mitarbeiter nach § 12a TVG nicht nur bei personellen Angelegenheiten, sondern auch bei sozialen Angelegenheiten in die Mitbestimmungsregelungen des BremPersVG ein. Für eine unterschiedliche Beurteilung besteht in diesem Zusammenhang kein Anlass.

2.
Bei Dienstplänen handelt es sich um eine soziale Angelegenheit im Sinne von § 63 Abs. 1 Buchstabe f) BremPersVG (vgl. Großmann/Mönch/Rohr, a. a. O., § 63 Rn 188).

Der Antragsteller hat allerdings keinen Anspruch darauf, bei der Einteilung der freien Mitarbeiter in die Dienstpläne, die jeweils auf einer Vereinbarung beruht, beteiligt zu werden. Diesbezüglich macht der Antragsteller auch ein Mitbestimmungsrecht nicht geltend. Anders sind jedoch die Rahmendaten der jeweiligen Dienstpläne (Beginn und Ende der Schichtzeiten; Pausenregelung) zu beurteilen, die das Gerüst für die Beschäftigung der freien Mitarbeiter bilden. Der Antragsteller hat unwidersprochen vorgetragen, dass es insoweit in der Vergangenheit zu einseitigen Veränderungen von Seiten des Beteiligten gekommen ist. In diesem Fall handelt es sich um eine soziale Maßnahme, an der der Antragsteller zu beteiligen ist.

3.
Ob die Festlegung des zeitlichen Rahmens für Dienstpläne die nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützte Rundfunkfreiheit berührt, ist eine Frage des Einzelfalls. Das Bundesverfassungsgericht hat darauf hingewiesen, dass Arbeitszeitregelungen, auch wenn sie programmgestaltende Mitarbeiter betreffen, nicht in jedem Fall die Rundfunkfreiheit berühren müssen (B. V. 15.12.1999 – 1 BvR 729/92 – NJW 2000, 1711). Andererseits können die

zeitlichen Rahmendaten durchaus in einem Zusammenhang mit der Programmgestaltung stehen.

Auch insoweit gilt § 18a Abs. 4 RBG. Danach sind Entscheidungen der Einigungsstelle (§§ 60, 61 BremPersVG) nur dann bindend, wenn ihr Schwerpunkt das Beschäftigungsverhältnis betrifft und das auch nur dann, wenn die Angelegenheit keine Bedeutung für die Erfüllung der Aufgabe der Rundfunkanstalt hat. Die Regelung gewährleistet, dass in den für die Rundfunkfreiheit relevanten Angelegenheiten ein Letztentscheidungsrecht des Intendanten besteht. Sie kommt auch zur Anwendung, wenn in sozialen Angelegenheiten die Aufgaben der Rundfunkanstalt berührt sind. Eine Verletzung der Rundfunkfreiheit kann damit ausgeschlossen werden.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 70 Abs. 2 BremPersVG i. V. m. § 92 Abs. 1 und § 72 Abs. 2 ArbGG) liegen nicht vor.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Rechtsbeschwerde kann innerhalb einer Notfrist von einem Monat nach Zustellung dieses Beschlusses selbstständig durch Beschwerde angefochten werden. Die Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig, schriftlich einzulegen und innerhalb einer Notfrist von zwei Monaten nach Zustellung dieses Beschlusses schriftlich zu begründen.

Die Beschwerde und die Beschwerdebegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

gez. Prof. Alexy gez. Adomeit gez. Dallmann

gez. Rabe gez. Tebje