

# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 6 P 7.03  
OVG 8 Bf 266/02.PVL

In der Personalvertretungssache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 17. Dezember 2003  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht  
Dr. B a r d e n h e w e r und die Richter am Bundesverwaltungsgericht  
Dr. H a h n , B ü g e , Dr. G r a u l i c h und V o r m e i e r

beschlossen:

Das Verfahren wird ausgesetzt.

Es wird eine Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen  
Gemeinschaften zu folgender Frage eingeholt:

Ist Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 93/104/EG des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung vom 23. November 1993 (ABI Nr. L 307 S. 18) i.V.m. Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie des Rates 89/391/EWG über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit vom 12. Juni 1989 (ABI Nr. L 183 S. 1) dahin auszulegen, dass erstere auf die Arbeitszeit der Einsatzkräfte einer staatlichen Feuerwehr keine Anwendung findet?

#### G r ü n d e :

##### I.

Am 18. Juli 1991 schlossen die Beteiligten eine Dienstvereinbarung über die Dienstzeit für die Beamten des Einsatzdienstes im Wechselschichtdienst an den Feuerwachen ab 1. April 1990 ab. Auf der Grundlage einer regelmäßigen Arbeitszeit einschließlich Bereitschaftsdienst von 48 Stunden wöchentlich im Durchschnitt traf die Dienstvereinbarung Regelungen zur Dauer der Schichten und zur Dienstplangestaltung. Anfang 1999 legte der Beteiligte den Entwurf einer Dienstvereinbarung über die Dienstzeit für die Beamtinnen und Beamten des Einsatzdienstes im Wechselschichtdienst an den Feuer- und Rettungswachen ab 1. Januar 1999 vor. Diese Dienstvereinbarung, in welcher von einer regelmäßigen Arbeitszeit einschließlich Bereitschaftsdienst von 50 Stunden wöchentlich im Durchschnitt ausgegangen wurde, sollte die Dienstvereinbarung vom 18. Juli 1991 ersetzen. Der Antragsteller verweigerte in seiner Sitzung vom 6. Januar 1999 die Zustimmung. Nach erfolgloser

Schlichtung ersetzte die vom Beteiligten angerufene Einigungsstelle in ihrer Sitzung vom 25. Oktober 1999 die Zustimmung des Antragstellers. Unter dem 12. Dezember 2000 kündigte der Antragsteller die Dienstvereinbarung mit sofortiger Wirkung, weil sie mit Richtlinien des Gemeinschaftsrechts über die höchstzulässige Arbeitszeit nicht vereinbar sei, und forderte vom Beteiligten die Aufnahme von Verhandlungen. Der Beteiligte trat dem entgegen.

Das Verwaltungsgericht hat die Anträge des Antragstellers im Beschlussverfahren abgelehnt. Im Beschwerdeverfahren hat der Antragsteller beantragt festzustellen,

dass die Dienstvereinbarung mit den Regelungen zur Ausgestaltung der Dienstpläne für den Einsatzdienst der Feuerwehr nicht mehr angewandt werden darf,

hilfsweise, dass der Spruch der Einigungsstelle vom 25. Oktober 1999 sich nicht im Rahmen des geltenden Rechts gehalten hat, indem eine Zustimmung des Personalrats zu einer Dienstvereinbarung für die Beamtinnen und Beamten des Einsatzdienstes im Wechselschichtdienst an den Feuer- und Rettungswachen ab dem 1. Januar 1999 ersetzt wurde.

Das Oberverwaltungsgericht hat den Hauptantrag abgelehnt und dem Hilfsantrag stattgegeben. Der Hauptantrag sei unzulässig, weil er der Sache nach ein Unterlassungsbegehren darstelle und dieses kein möglicher Verfahrensgegenstand des Beschlussverfahrens sei. Der Hilfsantrag habe Erfolg, weil die Einigungsstelle nicht befugt sei, eine Dienstvereinbarung durch zwangsweise Herstellung eines Einvernehmens zwischen Dienststelle und Personalrat zu schließen.

Der Antragsteller und der Beteiligte haben die vom Oberverwaltungsgericht zugelassene Rechtsbeschwerde eingelegt.

Der Antragsteller trägt vor: Der Hauptantrag sei als Feststellungsantrag gemäß § 256 ZPO zulässig. Er sei auch begründet, weil die Richtlinie 89/391/EWG auf die Feuerwehr Hamburg anwendbar sei und die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 50 Stunden gegen die Richtlinie 93/104/EG verstoße.

Der Antragsteller beantragt sinngemäß,

die Beschlüsse der Vorinstanzen aufzuheben und nach dem in der Beschwerdeinstanz gestellten Hauptantrag zu erkennen.

Der Beteiligte beantragt sinngemäß,

1. die Rechtsbeschwerde des Antragstellers zurückzuweisen,
2. den angefochtenen Beschluss zu ändern und die Beschwerde des Antragstellers gegen den erstinstanzlichen Beschluss in vollem Umfang zurückzuweisen.

Er trägt vor: Dienstvereinbarungen unterscheiden sich nicht grundsätzlich von zustimmungspflichtigen Einzelmaßnahmen. Um in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten eine Einigung herbeizuführen, sei es erforderlich, dass gegebenenfalls Dienstvereinbarungen durch Spruch der Einigungsstelle herbeigeführt werden könnten. Die Dienstvereinbarung vom 25. Oktober 1999 stehe mit europäischem Gemeinschaftsrecht im Einklang, weil die Richtlinie 93/104/EG auf die Feuerwehr keine Anwendung finde.

## II.

Der Senat setzt das Verfahren in entsprechender Anwendung des § 148 ZPO aus, um eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs über die Auslegung sekundären Gemeinschaftsrechts einzuholen (Art. 234 Abs. 1 Buchst. b EG). Er hält diese Entscheidung zum Erlass seiner eigenen Entscheidung im vorliegenden personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren für erforderlich (Art. 234 Abs. 2 EG). Der Senat ist zur Anrufung des Europäischen Gerichtshofs verpflichtet (Art. 234 Abs. 3 EG), weil das Bundesverwaltungsgericht als Gericht des dritten Rechtszuges in letzter Instanz entscheidet (§ 100 Abs. 1 des Hamburgischen Personalvertretungsgesetzes - HmbPersVG - vom 16. Juli 1979, GVBI S. 17, zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 27. Mai 2003, GVBI S. 138).

1. Gegen die Zulässigkeit des Hauptantrages bestehen entgegen der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts keine Bedenken.

a) Der Sache nach zielt dieser Antrag auf eine gerichtliche Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Dienstvereinbarung nach § 100 Abs. 1 Nr. 5

HmbPersVG. Hierbei handelt es sich um diejenige spezielle Bestimmung innerhalb des in § 100 Abs. 1 HmbPersVG normierten Zuständigkeitskataloges, welche immer dann eine gerichtliche Klärung herbeizuführen erlaubt, wenn Zweifel darüber entstehen, ob eine in der Dienststelle praktizierte Dienstvereinbarung wirksam ist oder nicht. Wird zwischen Dienststelle und Personalrat über die Wirksamkeit einer Dienstvereinbarung gestritten, so verbietet es sich, den Anwendungsbereich des § 100 Abs. 1 Nr. 5 HmbPersVG in sachlicher Hinsicht einzuengen. Die gerichtliche Prüfung erstreckt sich daher auf Wirksamkeitsmängel jeder Art. Um "Bestehen oder Nichtbestehen" einer Dienstvereinbarung wird ferner auch dann gestritten, wenn die in ihrer Rechtswirksamkeit angegriffene Dienstvereinbarung bereits gekündigt ist, aber wegen § 83 Abs. 2 Satz 2 HmbPersVG nachwirkt. Denn nachwirken kann nur eine Dienstvereinbarung, die nicht bereits wegen Verletzung vorrangigen Rechts unwirksam ist. Von der Zulässigkeit dahingehender Feststellungsanträge ist der Senat wiederholt ohne weiteres ausgegangen (vgl. Beschluss vom 8. Januar 2001 - BVerwG 6 P 6.00 - Buchholz 250 § 75 BPersVG Nr. 102; Beschluss vom 25. Juni 2003 - BVerwG 6 P 1.03 - ZTR 2003, 527; ebenso zum Streit um die Nachwirkung als solche: Beschluss vom 3. Dezember 2001 - BVerwG 6 P 12.00 - Buchholz 251.4 § 83 HmbPersVG Nr. 1 S. 3 ff.).

b) Der Hauptantrag ist entgegen der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts nicht lediglich "in das Gewand eines Feststellungsantrages gekleidet", vielmehr handelt es sich tatsächlich um einen Feststellungsantrag im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 100 Abs. 1 Nr. 5 HmbPersVG. Dem Antragsteller geht es um die Feststellung, dass der streitigen Dienstvereinbarung wegen eines ihr anhaftenden Mangels nicht die Rechtswirkungen zukommen, die sonst mit Dienstvereinbarungen verbunden sind. Die Formulierung des Feststellungsbegehrens dahin, dass die Dienstvereinbarung "nicht mehr angewandt werden darf", trägt den zu seiner Begründung angeführten gemeinschaftsrechtlichen Erwägungen Rechnung. Nach der in Rechtsprechung und Literatur zum Gemeinschaftsrecht vorherrschenden Rechtsanschauung führt der Vorrang des Gemeinschaftsrechts nicht zur Nichtigkeit, sondern nur zur Nichtanwendbarkeit entgegenstehenden nationalen Rechts (vgl. dazu allgemein: Wegener, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 220 EG-Vertrag Rn. 22 f. m.w.N.). Für die prozessuale Beurteilung eines - wie hier - thematisch § 100 Abs. 1 Nr. 5 HmbPersVG zuzuordnenden Feststellungsbegehrens ist es ohne praktischen Belang, ob die strei-

tige Dienstvereinbarung wegen Rechtsunwirksamkeit oder Nichtanwendbarkeit "nicht besteht". Der in der genannten Vorschrift vorausgesetzte Klärungsbedarf gilt für beide Fälle. Angesichts dessen geht die Schlussfolgerung des Oberverwaltungsgerichts fehl, den ausdrücklich als Feststellungsbegehren formulierten Hauptantrag als Unterlassungsbegehren zu werten.

2. Entgegen der Auffassung des Beteiligten sind weder der Leiter des Personalamts noch die Einigungsstelle am Verfahren zu beteiligen. Die Voraussetzungen der Regelung in § 83 Abs. 3 ArbGG, welche gemäß § 100 Abs. 2 HmbPersVG entsprechend anzuwenden ist, liegen dafür nicht vor. Nach § 83 Abs. 3 ArbGG sind im Verfahren die Stellen zu hören, die nach materiellem Recht im Einzelfall beteiligt sind. Sie müssen durch die begehrte Entscheidung unmittelbar in ihrer personalvertretungsrechtlichen Stellung berührt werden (vgl. Beschluss vom 27. April 1979 - BVerwG 6 P 45.78 - Buchholz 238.3A § 46 BPersVG Nr. 2 S. 10; Beschluss vom 8. Oktober 1980 - BVerwG 6 P 16.79 - Buchholz 238.3A § 88 BPersVG Nr. 1 S. 3 f.; ebenso zu betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten: BAG, Beschluss vom 22. Januar 1980 - 1 ABR 48/77 - BAGE 32, 350, 354; Beschluss vom 28. April 1981 - 1 ABR 53/79 - BAGE 35, 205, 208).

a) Der Leiter des Personalamts, welchem nach den Darlegungen des Beteiligten im Schriftsatz vom 29. April 2003 die Funktion der obersten Dienstbehörde übertragen wurde, ist durch die gerichtliche Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer im Einigungsstellenverfahren zustande gekommenen Dienstvereinbarung für die Feuerwehr nicht in seiner personalvertretungsrechtlichen Stellung berührt. Die oberste Dienstbehörde ist im Mitbestimmungsverfahren, das die Angelegenheiten einer nachgeordneten Dienststelle betrifft, weder vor der Schlichtungsstelle (§ 80 HmbPersVG) noch vor der Einigungsstelle (§ 81 HmbPersVG) generell beteiligt und auch hier nicht beteiligt worden. Von der Frage der Beteiligung zu trennen ist die Befugnis zur Antragstellung, die auch einer übergeordneten Dienststelle zukommen kann, wenn ein Einigungsstellenspruch von der Dienststellenseite aus gerichtlich angegriffen werden soll (vgl. Beschluss vom 13. Februar 1976 - BVerwG 7 P 4.75 - BVerwGE 50, 186, 188). Darum geht es jedoch hier nicht.

b) Ebenso wenig ist die Einigungsstelle durch die im vorliegenden Verfahren ergehende gerichtliche Entscheidung in ihrer personalvertretungsrechtlichen Stellung unmittelbar berührt. Geht es um Bestehen oder Nichtbestehen einer Dienstvereinbarung, so ist die Dienststelle betroffen, welche die Dienstvereinbarung auszuführen (§ 85 Abs. 1 HmbPersVG) und sich ihr widersprechender Anordnungen zu enthalten hat, sowie der Personalrat, dessen Beteiligungsrechte im Anwendungsbereich der Dienstvereinbarung abgegolten sind. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn das Zustandekommen der Dienstvereinbarung auf einem Spruch der Einigungsstelle beruht. Deren Rechte und Pflichten werden durch die Regelungen in einer Dienstvereinbarung über die Arbeitszeit in einer bestimmten Dienststelle nicht berührt. Insofern unterscheidet sich das vorliegende Verfahren von einem solchen nach § 100 Abs. 1 Nr. 4 HmbPersVG, in welchem der Spruch der Einigungsstelle selbst Streitgegenstand ist (vgl. Beschluss vom 13. Februar 1976 - BVerwG 7 P 9.74 - BVerwGE 50, 176, 179 f.; Beschluss vom 26. August 1987 - BVerwG 6 P 11.86 - Buchholz 250 § 7 BPersVG Nr. 2 S. 2).

3. Der Hauptantrag ist nicht schon deswegen begründet, weil etwa der Spruch der Einigungsstelle vom 25. Oktober 1999 unverbindlich wäre. Letzteres ist nicht der Fall.

Nach § 81 Abs. 5 Satz 2 HmbPersVG ersetzt der Beschluss der Einigungsstelle die fehlende Einigung zwischen Dienststelle und Personalrat, soweit in § 81 Abs. 6 HmbPersVG nichts anderes bestimmt ist. Die in der Dienstvereinbarung vom 25. Oktober 1999 geregelte Angelegenheit ist mitbestimmungspflichtig nach § 86 Abs. 1 Nr. 1 HmbPersVG. Dieser Mitbestimmungstatbestand gehört nicht zu den Angelegenheiten, in denen nach § 81 Abs. 6 Satz 1 HmbPersVG der Beschluss der Einigungsstelle lediglich als Empfehlung gilt. Die sich somit nach einfachem Gesetzesrecht ergebende Verbindlichkeit des Einigungsstellenspruchs vom 25. Oktober 1999 begegnet unter dem Gesichtspunkt des demokratischen Prinzips keinen Bedenken.

a) Der arbeitszeitbezogene Mitbestimmungstatbestand nach § 86 Abs. 1 Nr. 1 HmbPersVG ist den Angelegenheiten der "Gruppe a" zuzuordnen, in denen ein uneingeschränktes, mit dem Letztentscheidungsrecht einer weisungsunabhängigen, paritätisch besetzten Einigungsstelle verbundenes Mitbestimmungsrecht grundsätz-

lich unbedenklich ist. Ausnahmen müssen freilich für Einzelfälle gesetzlich vorgesehen werden, in denen die Regierungsverantwortung im Sinne von § 104 Satz 3 BPersVG berührt ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. Mai 1995 - 2 BvF 1/92 - BVerfGE 93, 37, 71). Ein solcher Einzelfall liegt vor, wenn die fragliche Maßnahme hinsichtlich der Aufgabenerfüllung gegenüber dem Bürger wesentliche Auswirkungen hat (vgl. Beschluss vom 28. März 2001 - BVerwG 6 P 4.00 - BVerwGE 114, 103, 114; Beschluss vom 3. Dezember 2001 - BVerwG 6 P 12.00 - Buchholz 251.4 § 83 HmbPersVG Nr. 1 S. 9). Dies ist hier zu verneinen. Die durch die streitige Dienstvereinbarung - wie auch bereits durch die Vereinbarung aus dem Jahre 1991 - zu regelnde Angelegenheit erschöpft sich im Wesentlichen darin, die Vorgaben des gesetzlichen Arbeitszeitrechts sachgerecht in die Dienststellenwirklichkeit umzusetzen. Dabei steht für die Beteiligten außer Frage, dass die jederzeitige Einsatzfähigkeit der Feuerwehr sichergestellt sein muss. Der den vorliegenden Mitbestimmungsfall prägende Streit der Beteiligten über die gesetzlichen Vorgaben unter Einschluss derjenigen aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht bestätigt, dass es sich hier um eine normativ vorstrukturierte Maßnahme handelt, die eine weitgehende Mitbestimmung des Personalrats zulässt (vgl. BVerfG a.a.O. S. 72). Die nicht zu leugnende finanzielle Tragweite der streitigen Maßnahme ist allein von der Reichweite des - hier gemeinschaftsrechtlich geprägten - Gesetzesbefehls abhängig. In einem solchen Fall ist § 104 Satz 3 BPersVG nicht einschlägig (vgl. Beschluss vom 28. März 2001 a.a.O. S. 115).

b) Abgesehen davon bestehen gegen die Verbindlichkeit des Beschlusses vom 25. Oktober 1999 deswegen keine Bedenken, weil die Einigungsstelle damit dem Vorschlag der Dienststelle gefolgt ist. Setzt sich die Dienststelle mit ihrem Anliegen im Einigungsstellenverfahren in vollem Umfang durch, ist damit den Belangen des demokratischen Prinzips genügt. Denn damit steht fest, dass die Entscheidung im Ergebnis von derjenigen Stelle verantwortet wird, die der Volksvertretung verantwortlich ist oder ihre Legitimation von einer der Volksvertretung verantwortlichen Stelle ableitet. Dieser demokratische Legitimationszusammenhang wird nicht dadurch unterbrochen, dass die Einigungsstelle die Entscheidung der Dienststelle durch ihren das Mitbestimmungsverfahren abschließenden Spruch bestätigt. Folgerichtig bestimmt § 69 Abs. 4 Satz 3 BPersVG für den Bereich der Bundesverwaltung, dass die Entscheidung der Einigungsstelle in den vom Regierungsvorbehalt betroffenen An-



gelegenheiten nur dann als Empfehlung gilt, wenn sie sich nicht der Auffassung der obersten Dienstbehörde anschließt; andernfalls ist sie verbindlich (vgl. BVerfG a.a.O. S. 73).

4. Die Dienstvereinbarung vom 25. Oktober 1999 ist ferner nicht deswegen formell unwirksam und damit im Sinne des Hauptantrages "nicht anwendbar", weil die Einigungsstelle ihre Kompetenz überschritten hätte. Die Einigungsstelle ist nämlich befugt, in einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit die Zustimmung des Personalrats zu einer vom Dienststellenleiter vorgeschlagenen Dienstvereinbarung zu ersetzen. Diese Befugnis ergibt sich aus § 81 Abs. 5 Satz 2 HmbPersVG. Danach ersetzt der Beschluss der Einigungsstelle in einer der uneingeschränkten Mitbestimmung unterliegenden Angelegenheit die Einigung zwischen Dienststelle und Personalrat.

Die Anwendung dieser Vorschrift setzt freilich voraus, dass es sich beim Abschluss einer Dienstvereinbarung um eine Maßnahme im Sinne von §§ 79, 80 HmbPersVG handelt. Dies hat der Senat bereits im Beschluss vom 1. November 1983 - BVerwG 6 P 28.82 - (ZBR 1984, 151, 152) bejaht. Damit ist die Beantwortung der hier in Rede stehenden Kompetenzfrage bereits maßgeblich im bejahenden Sinne vorgeprägt. Diese Vorprägung ist in der späteren Senatsrechtssprechung noch weiter bekräftigt worden.

Im Beschluss vom 20. Januar 1993 - BVerwG 6 P 21.90 - (BVerwGE 91, 346) hat der Senat die im zitierten Beschluss vom 1. November 1983 begründete Auffassung bestätigt, dass der Personalrat sein Initiativrecht mit dem Ziel des Abschlusses einer Dienstvereinbarung ausüben kann (a.a.O. S. 349). Darüber hinaus hat er aus § 69 Abs. 3, § 70 Abs. 1 Satz 2 BPersVG den Anspruch des Personalrats auf Behandlung seines Initiativbegehrens auf der übergeordneten Verwaltungsebene hergeleitet, d.h. auf die Fortführung des von ihm eingeleiteten Mitbestimmungsverfahrens als Stufenverfahren (Vorlagerecht; a.a.O. S. 352 ff.). Die Einleitung des Stufenverfahrens ergibt nur dann einen Sinn, wenn die übergeordnete Dienststelle und die Stufenvertretung als befugt angesehen werden, die Dienstvereinbarung mit dem vorgeschlagenen oder einem modifizierten Inhalt abzuschließen. Der Einigungsstelle als der dem

Stufenverfahren nachfolgenden Instanz eine gleichartige Kompetenz zuzuweisen, drängt sich unter dieser Voraussetzung geradezu auf.

Im Beschluss vom 9. Dezember 1992 - BVerwG 6 P 16.91 - (BVerwGE 91, 276) hat der Senat in der Forderung des Personalrats, über bestimmte Gesichtspunkte der beabsichtigten Maßnahme eine Dienstvereinbarung zu treffen, keinen Grund für den Abbruch des Mitbestimmungsverfahrens erblickt. In diesem Zusammenhang hat er hervorgehoben, dass es sich bei der Dienstvereinbarung um eine gleichwertig neben der Zustimmung und der Zustimmungsverweigerung stehende Handlungsform, mithin um eine Modalität der Ausübung der Mitbestimmung handelt (a.a.O. S. 283). Hier findet sich bereits die Auffassung, dass die Dienstvereinbarung ein Instrument der Mitbestimmung ist. Die Folgerung, dass sich dieses Instrument auf Gegenstand und Verfahren der Mitbestimmung einschließlich des Einigungsstellenverfahrens bezieht, liegt dann nicht fern.

Die Kompetenz der Einigungsstelle, durch ihren Spruch einer Dienstvereinbarung zur Wirksamkeit zu verhelfen, wird in der Kommentarliteratur zum Bundespersonalvertretungsgesetz durchweg bejaht (vgl. Rehak, in: Lorenzen/Schmitt/Etzel/Gerhold/Schlatmann/Rehak, Bundespersonalvertretungsgesetz, § 73 Rn. 6 a; Fischer/Goeres, in: GKÖD Band V K § 73 Rn. 12 a; Altvater/Bacher/Hörter/Peiseler/Sabottig/Schneider/Vohs, Bundespersonalvertretungsgesetz, 4. Aufl. 1996, § 73 Rn. 10; Grabendorff/Ilbertz/Widmaier, Bundespersonalvertretungsgesetz, 9. Aufl. 1999, § 73 Rn. 11; ebenso ferner: Kunze, PersV 1998, 510, 511 f.; von Roetteken, PersR 1995, 151, 153 ff.). Die zumeist gemachte Einschränkung, der Spruch der Einigungsstelle habe zwar nicht den Charakter einer Dienstvereinbarung, entfalte jedoch materiell die gleichen Wirkungen wie eine solche, ändert am Ergebnis nichts. Die gegen die fragliche Kompetenz der Einigungsstelle in Teilen von Rechtsprechung und Literatur vorgebrachten Einwände (vgl. VG Hamburg, PersR 1990, 191; Haas, PersV 1994, 9) greifen nicht durch.

a) Nach ständiger Senatsrechtsprechung liegt eine Maßnahme im Sinne des Personalvertretungsrechts stets dann vor, wenn die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten verändert werden (vgl. Beschluss vom 28. März 2001 - BVerwG 6 P 4.00 - BVerwGE 114, 103, 105 m.w.N.). Eben darauf ist der Abschluss einer Dienstvereinbarung

gerichtet. Dass Dienstvereinbarungen generelle Regelungen enthalten, hindert nicht die Anwendung des Maßnahmebegriffs. Denn die Beteiligungstatbestände in §§ 86 ff. HmbPersVG, welche an den Maßnahmebegriff in §§ 79, 80 HmbPersVG anknüpfen, betreffen zum erheblichen Teil generelle Regelungen.

Selbstverständlich unterliegen Dienstvereinbarungen, wie bereits der Begriffsinhalt vorgibt, dem Konsensprinzip. Sie werden von Dienststelle und Personalrat "gemeinsam geschlossen" (§ 83 Abs. 2 Satz 1 HmbPersVG). Dies allein schließt aber nicht aus, dass die fehlende Zustimmung eines der beiden Partner durch die Einigungsstelle ersetzt wird. Das Konsensprinzip gilt letztlich für jede vom Dienststellenleiter beabsichtigte mitbestimmungspflichtige Maßnahme. Sie kommt nur zustande, wenn der Personalrat zustimmt (§ 79 Abs. 1 HmbPersVG) oder die fehlende Zustimmung nach Maßgabe von §§ 80, 81 HmbPersVG ersetzt wird. Umgekehrt ist auch die Ausübung des Initiativrechts des Personalrats nach § 79 Abs. 3 HmbPersVG auf die Zustimmung des Dienststellenleiters zu der vorgeschlagenen Maßnahme gerichtet. Die bei natürlichem Begriffsverständnis nahe liegende Unterscheidung zwischen der Maßnahme als einseitigem Akt des Dienststellenleiters und der Dienstvereinbarung als zweiseitigem, vertragsähnlichem Akt wird somit durch die beschriebenen Besonderheiten des Personalvertretungsrechts entscheidend relativiert.

b) Nach § 83 Abs. 2 Satz 1 HmbPersVG werden Dienstvereinbarungen schriftlich niedergelegt und von beiden Seiten unterzeichnet. Dieses Formerfordernis ist auf eine zwischen Dienststelle und Personalvertretung getroffene Vereinbarung zugeschnitten. Hier enthält jedoch die Vorschrift des § 81 Abs. 5 Satz 1 HmbPersVG über die schriftliche Abfassung und Begründung des Beschlusses der Einigungsstelle eine gleichwertige formelle Regelung. Die Dienstvereinbarung, die durch den Beschluss der Einigungsstelle zustande gekommen ist, ist daher ebenso wie der Beschluss selbst Bestandteil des Protokolls. Dem Dokumentationszweck des § 83 Abs. 2 Satz 1 HmbPersVG ist damit Rechnung getragen. Das in dieser Vorschrift ebenfalls enthaltene dienststellenbezogene Bekanntgabeerfordernis kann ohne weiteres erfüllt werden.

c) Die Kompetenz der Einigungsstelle, über eine Dienstvereinbarung zu beschließen, wird nicht durch die Erwägung in Frage gestellt, eine auf diese Weise zustande ge-

kommene Dienstvereinbarung könne sofort wieder gekündigt werden. Dieser Einwand trifft jedenfalls auf der Grundlage des Hamburgischen Personalvertretungsrechts nicht zu. Ob danach eine Dienstvereinbarung überhaupt gekündigt werden kann, hängt davon ab, ob sie eine entsprechende Kündigungsmöglichkeit vorsieht. Ist dies nicht der Fall, greift die dispositive Gesetzesbestimmung in § 83 Abs. 2 Satz 2 HmbPersVG ein, wonach die Dienstvereinbarung wirksam bleibt, bis sie durch eine neue ersetzt wird (vgl. dazu Beschluss vom 3. Dezember 2001 - BVerwG 6 P 12.00 - Buchholz 251.4 § 83 HmbPersVG Nr. 1 S. 3). Kommt daher durch den Spruch der Einigungsstelle eine Dienstvereinbarung zustande, die keine Kündigungsklausel enthält, so ist damit die langfristige Gültigkeitsdauer der Dienstvereinbarung grundsätzlich sichergestellt. In einem solchen Fall ist der verbindliche Charakter der Einigungsstellenentscheidung, wie er in § 81 Abs. 5 Satz 2 HmbPersVG zum Ausdruck kommt, besonders augenfällig. Er wird aber auch in den Fällen nicht in Frage gestellt, in denen die von der Einigungsstelle geschlossene Dienstvereinbarung eine Kündigungsklausel enthält und ein Partner der Dienstvereinbarung sich ihrer bei nächster Gelegenheit bedient. Auch in diesem Fall wird nur von einer Regelung Gebrauch gemacht, die von der Einigungsstelle autorisiert ist.

d) Die systematische Stellung des § 83 HmbPersVG besagt ebenfalls nichts Abweichendes. Die Vorschrift findet sich in Abschnitt VII des Gesetzes, welcher mit "Beteiligung des Personalrats" überschrieben ist. Dieser Abschnitt enthält neben einem Unterabschnitt 1 ("Allgemeines") den Unterabschnitt 2 ("Arten und Durchführung der Beteiligung") und den Unterabschnitt 3 ("Angelegenheiten, in denen der Personalrat zu beteiligen ist"). Der Unterabschnitt 2 enthält u.a. die weiteren Untergliederungen a ("Mitbestimmung") und b ("Dienstvereinbarungen"). Er besteht im Wesentlichen aus verfahrensrechtlichen Bestimmungen, während die Frage, welche Angelegenheiten der Mitbestimmung oder einer anderen Form der Beteiligung unterliegen, im 3. Unterabschnitt geregelt ist. Im 3. Unterabschnitt geschaffene Beteiligungsrechte werden also nach Maßgabe der Bestimmungen des 2. Unterabschnitts wahrgenommen; diese "dienen" jenen (vgl. Beschluss vom 24. April 2002 - BVerwG 6 P 3.01 - BVerwGE 116, 216, 218). Daraus folgt, dass das Regelwerk zur Einigungsstelle in § 81 HmbPersVG, welches sich in Unterabschnitt 2 unter dem Buchstaben a ("Mitbestimmung") findet, in allen mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten nach §§ 86 ff. HmbPersVG zum Zuge kommt. § 83 HmbPersVG ist, wie die in Absatz 1

Satz 1 vorgesehene generalklauselartig weite Zulässigkeit von Dienstvereinbarungen belegt, in allen beteiligungspflichtigen Angelegenheiten anwendbar; dazu zählen auch die mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten. Diese Angelegenheiten sind mithin Gegenstand sowohl des Einigungsstellenverfahrens als auch von Dienstvereinbarungen. Die Gesetzessystematik lässt es mithin zu, diese beiden Instrumente im Mitbestimmungsverfahren in der Weise miteinander zu verzahnen, dass sich die Kompetenz der Einigungsstelle zur verbindlichen Entscheidung auch auf die Form der Dienstvereinbarung erstreckt.

Systematische Bedenken ergeben sich in diesem Zusammenhang auch nicht daraus, dass Dienstvereinbarungen nach § 83 Abs. 1 Satz 1 HmbPersVG nicht nur in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten zulässig sind. Daraus folgt nur, dass eine Kompetenz der Einigungsstelle von vornherein entfällt, wenn die durch Dienstvereinbarung zu regelnde Angelegenheit nicht mitbestimmungspflichtig ist. Hier bedarf es zum Zustandekommen einer Dienstvereinbarung zwingend der Zustimmung beider Seiten. Ein zustimmungsersetzender Beschluss der Einigungsstelle scheidet aus. Es liegt nahe, hier - in Anlehnung an die betriebsverfassungsrechtliche Terminologie - zwischen erzwingbaren und freiwilligen Dienstvereinbarungen zu unterscheiden (vgl. § 77 Abs. 2 Satz 2, § 87 Abs. 2, § 88 BetrVG). Die Unterscheidungskriterien für beide Arten von Dienstvereinbarungen sind eindeutig. Aus dem Einigungszwang bei freiwilligen Dienstvereinbarungen kann daher nichts gegen die Kompetenz der Einigungsstelle hergeleitet werden, die fehlende Einigung in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten zu ersetzen.

e) Dass Dienstvereinbarungen zur Folge haben, die Beteiligung der Personalvertretung in einer Vielzahl von Einzelfällen mit gleichem sachlichen Gegenstand zu erübrigen (vgl. Beschluss vom 1. November 1983 a.a.O. S. 152; Beschluss vom 3. Dezember 2001 - BVerwG 6 P 12.00 - Buchholz 251.4 § 83 HmbPersVG Nr. 1 S. 3), spricht nicht gegen die Befugnis der Einigungsstelle zu einigungsersetzender Beschlussfassung. Die beschriebene Folge ist kein spezifisches Eignungsmerkmal, welches ausschließlich Dienstvereinbarungen anhaftet. Sie ergibt sich vielmehr genauso bei jeder nach Art und Umfang vergleichbaren generellen Regelung. So kann etwa eine arbeitszeitbezogene Dienstvereinbarung mit gleichem Inhalt als Verwaltungsanordnung erlassen werden. Dass in diesem Fall die Einigungsstelle grund-

sätzlich das letzte Wort hat, kann nicht zweifelhaft sein (§ 81 Abs. 5 Satz 2, § 86 Abs. 1 Nr. 1 HmbPersVG).

f) Das bisherige Auslegungsergebnis wird durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes nicht widerlegt, sondern eher bestätigt. In seinem Bericht vom 3. November 1972 hat der Ausschuss für den öffentlichen Dienst für die Kompetenz der Einigungsstelle zur verbindlichen Beschlussfassung nur zwei Einschränkungen genannt: die Gesetzesbindung und den Regierungsvorbehalt (vgl. Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, Drucksache VII/2366 Anlage 2 zu § 83 S. 12 f.). Für eine weitere Einschränkung, welche die Beschlussfassung über Dienstvereinbarungen betrifft, liefern die Gesetzesmaterialien keinen Anhalt.

g) Teleologische Überlegungen sprechen für eine Kompetenz der Einigungsstelle zur verbindlichen Beschlussfassung auch über Dienstvereinbarungen. Einigungsverfahren und Dienstvereinbarungen sind klassische Instrumente der personalvertretungsrechtlichen Mitbestimmung. Es liegt daher nahe, beide Instrumente optimal miteinander zu verbinden. Indem die Dienstvereinbarung die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten normativ gestaltet, wird Rechtssicherheit nicht nur für diese, sondern auch für die Dienststelle geschaffen. Typischerweise erstreckt sich der Streit zwischen Personalvertretung und Dienststelle nicht auf das Instrument der Dienstvereinbarung als solches, sondern auf die materiellen Fragen, die durch sie geregelt werden sollen. Sind diese der Mitbestimmung unterworfen, so steht fest, dass der Einigungsstelle in der Sache das Letztentscheidungsrecht zusteht. Dass sich diese Sachentscheidungskompetenz auf die Form der Dienstvereinbarung erstreckt, ist folgerichtig. Andernfalls wären die Beteiligten entgegen ihrer besseren Überzeugung gezwungen, den Weg der Dienstvereinbarung zu verlassen und etwa den der Verwaltungsanordnung zu beschreiten, um überhaupt mit Hilfe der Einigungsstelle zu einer verbindlichen Regelung der streitigen Sachfrage zu gelangen.

Gesichtspunkte der Waffengleichheit sind nicht berührt. Hat die Einigungsstelle die Kompetenz, die fehlende Zustimmung des Personalrats zu einer von der Dienststelle vorgeschlagenen Dienstvereinbarung zu ersetzen, so gilt das Gleiche, wenn der Personalrat im Wege des Initiativrechts nach § 79 Abs. 3 HmbPersVG eine Dienst-

vereinbarung in einer seiner Mitbestimmung unterliegenden Angelegenheit vorschlägt.

h) Die Anerkennung der Befugnis der Einigungsstelle zur Beschlussfassung über Dienstvereinbarungen im Personalvertretungsrecht führt zur Rechtsangleichung an das Betriebsverfassungsrecht. Letzteres enthält keine Besonderheiten, die eine Differenzierung gebieten.

aa) Im Betriebsverfassungsrecht ist anerkannt, dass Betriebsvereinbarungen durch einen Spruch der Einigungsstelle zustande kommen können. Freilich verweist das Obergericht zur Stützung seiner Auffassung auf die Sonderbestimmung in § 77 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BetrVG, für welche es im Hamburgischen Personalvertretungsgesetz keine Entsprechung gebe. Diese Argumentation überzeugt nicht.

Nach § 77 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 BetrVG sind Betriebsvereinbarungen von Betriebsrat und Arbeitgeber zu unterzeichnen. Dies gilt nicht, soweit Betriebsvereinbarungen auf einem Spruch der Einigungsstelle beruhen (§ 77 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BetrVG). Die letztgenannte Bestimmung ordnet die Kompetenz der Einigungsstelle zur Beschlussfassung über Betriebsvereinbarungen nicht selbst an. Sie setzt vielmehr voraus, dass sich diese Kompetenz bereits aus denjenigen Bestimmungen ergibt, die jeweils festlegen, dass der Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzt (vgl. insbesondere § 87 Abs. 2 Satz 2, § 91 Satz 3, § 94 Abs. 1 Satz 2, § 95 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 3, § 97 Abs. 2 Satz 3, § 98 Abs. 4 Satz 2, § 112 Abs. 4 Satz 2 BetrVG). Insofern ist aber die grundsätzlich auf alle Mitbestimmungsfälle zugeschnittene Bestimmung in § 81 Abs. 5 Satz 2 HmbPersVG von nicht geringerer Aussagekraft.

Die Regelung in § 77 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BetrVG hat demnach bereits nach Wortlaut und systematischem Zusammenhang nur klarstellende Bedeutung. Diese Einschätzung wird durch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift bestätigt. So heißt es im Bericht des 10. Ausschusses, durch dessen Beschluss die Vorschrift eingefügt wurde: "Der mit überwiegender Mehrheit geänderte Absatz 2 stellt klar, dass Betriebsvereinbarungen, die durch einen Spruch der Einigungsstelle zustande kommen, nicht vom Arbeitgeber und Betriebsrat zu unterzeichnen sind. Hier gilt § 76 Abs. 3

Satz 3." (vgl. BTDrucks VI/2729 S. 34; zu BTDrucks VI/2729 S. 28 zu § 77). Daraus ergibt sich zum einen der lediglich klarstellende Charakter der Vorschrift. Zum anderen belegt der Verweis auf § 76 Abs. 3 Satz 3 BetrVG, wonach die Beschlüsse der Einigungsstelle schriftlich niederzulegen und vom Vorsitzenden zu unterschreiben sind, dass diese Formvorschrift im Vergleich zu derjenigen in § 77 Abs. 2 Satz 1, Satz 2 Halbsatz 1 BetrVG gleichwertig ist (vgl. ferner BTDrucks VI/1786 S. 46 zu § 76). Eine vergleichbare Bewertung lassen die Formvorschriften in § 81 Abs. 5 Satz 1 HmbPersVG einerseits und in § 83 Abs. 2 Satz 1 HmbPersVG andererseits zu, wie oben unter b) bereits dargelegt wurde.

bb) Die vorstehend beschriebene Rechtslage, wonach § 77 Abs. 2 Halbsatz 2 BetrVG lediglich deklaratorische Bedeutung hat, spiegelt sich in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wieder.

Eine Vorschrift über Abschluss, Form und Bekanntgabe von Betriebsvereinbarungen enthielt bereits § 52 Abs. 2 BetrVG 1952; die Einigungsstelle wurde in diesem Zusammenhang nicht erwähnt. § 50 Abs. 4 Satz 1 BetrVG 1952 bestimmte, dass in den Fällen, in denen die Einigungsstelle nach anderen Vorschriften des Gesetzes verbindlich entschied, ihr Spruch die Einigung zwischen den Parteien ersetzte. Eine solche Vorschrift war z.B. § 56 Abs. 2 BetrVG 1952 für die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten. Bereits aus dieser Rechtslage hat das Bundesarbeitsgericht hergeleitet, dass der bindende Wirkung entfaltende Spruch der Einigungsstelle einer Betriebsvereinbarung gleichsteht (vgl. Beschluss vom 23. März 1962 - 1 ABR 7/60 - BAGE 13, 31, 33; Beschluss vom 15. Mai 1964 - 1 ABR 15/63 - BAGE 16, 31, 34). In einem weiteren, bereits nach In-Kraft-Treten des Betriebsverfassungsgesetzes 1972 ergangenen Beschluss hat das Bundesarbeitsgericht nochmals festgestellt, dass der verbindliche Spruch einer Einigungsstelle die Einigung und ggf. den Abschluss einer Betriebsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzt; die Vorschrift des § 77 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BetrVG hat dabei keine Erwähnung gefunden (vgl. Beschluss vom 8. März 1977 - 1 ABR 33/75 - BAGE 29, 40, 47; vgl. dazu ferner von Roetteken, PersR 1995, 151, 154).

cc) Zwischen Personalvertretungsrecht und Betriebsverfassungsrecht bestehen wesentliche Strukturunterschiede. Diese können es rechtfertigen, Parallelnormen in



beiden Rechtsgebieten jeweils unterschiedlich auszulegen. Wegen der nicht zu leugnenden Affinitäten beider Rechtsgebiete kann andererseits eine klare oder geklärte Rechtslage im Betriebsverfassungsrecht Vorbildfunktion für das Personalvertretungsrecht entfalten, sofern für eine Abweichung sachliche Gründe nicht ersichtlich sind. So liegt es hier.

Im Betriebsverfassungsrecht besteht eine klare Rechtslage dahin, dass eine Betriebsvereinbarung durch einen Spruch der Einigungsstelle zustande kommen kann. In beiden Rechtsgebieten hat die Einigungsstelle grundsätzlich die Kompetenz zur verbindlichen Letztentscheidung in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten. Ein in den strukturellen Unterschieden beider Rechtsgebiete wurzelnder Grund dafür, der Einigungsstelle im Personalvertretungsrecht die Beschlussfassung über Dienstvereinbarungen abzusprechen, ist nicht ersichtlich. Namentlich sind Betriebsvereinbarungen und Dienstvereinbarungen wesensverwandte kollektivrechtliche Instrumente, welche jeweils die Beschäftigungsverhältnisse normativ gestalten.

Die in dieser Hinsicht festzustellende Übereinstimmung in beiden Rechtsbereichen spiegelt sich in der rechtshistorischen Entwicklung wieder. Bereits § 64 HmbPersVG vom 18. Oktober 1957, GVBl S. 473, hat - unter wortgleicher Übernahme der Regelung in § 64 des Personalvertretungsgesetzes vom 5. August 1955, BGBl I S. 477 - den Abschluss von Dienstvereinbarungen zugelassen und damit an die Regelung zu Betriebsvereinbarungen in § 52 Abs. 2 des Betriebsverfassungsgesetzes vom 11. Oktober 1952, BGBl I S. 681, angeknüpft. § 85 HmbPersVG vom 17. November 1972, GVBl S. 211, der im Wesentlichen der jetzt geltenden Regelung in § 83 HmbPersVG entspricht, hat die Zulässigkeit von Dienstvereinbarungen ausgebaut. Schon daraus wird ersichtlich, dass die Dienstvereinbarung seit den Anfängen der Bundesrepublik Deutschland - ähnlich der Betriebsvereinbarung im Betriebsverfassungsrecht - ein bewährtes Instrument des Personalvertretungsrechts ist.

i) Klarzustellen bleibt, dass sich die Kompetenz der Einigungsstelle zur Beschlussfassung über Dienstvereinbarungen innerhalb der Bandbreite bewegen muss, die durch die divergierenden Anträge von Dienststelle und Personalrat abgesteckt ist (§ 81 Abs. 4 Satz 2 HmbPersVG). Eine Dienstvereinbarung kann daher dadurch zustande kommen, dass die Einigungsstelle einem entsprechenden Vorschlag der

Dienststelle oder des Personalrats zustimmt. Die Einigungsstelle kann auch eine Dienstvereinbarung beschließen, die einen Kompromiss zwischen den Positionen beider Seiten darstellt. Sie kann aber keine Dienstvereinbarung oktroyieren, die weder von der Dienststelle noch vom Personalrat gewollt ist.

5. Nach alledem hängt die Rechtswirksamkeit der Dienstvereinbarung vom 25. Oktober 1999 und damit der Erfolg des Hauptantrages von der Beantwortung einer gemeinschaftsrechtlichen Frage ab, die in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs noch nicht geklärt ist.

Die Dienstvereinbarung vom 25. Oktober 1999 baut ausweislich ihrer Nr. 1 darauf auf, dass die regelmäßige Arbeitszeit für die Beamtinnen und Beamten des Einsatzdienstes 50 Stunden wöchentlich im Durchschnitt beträgt. Diese Regelung findet ihre Grundlage in § 1 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung über die Arbeitszeit der Beamtinnen und Beamten (Arbeitszeitverordnung - ArbzVO) vom 12. August 1997, GVBl S. 367, in der Fassung der Änderungsverordnung vom 15. Dezember 1998, GVBl S. 332, wonach die regelmäßige Arbeitszeit einschließlich Bereitschaftsdienst im Einsatzdienst der Feuerwehr durchschnittlich 50 Stunden wöchentlich beträgt. Diese Bestimmung findet wiederum ihre gesetzliche Ermächtigung in § 76 Abs. 1 des Hamburgischen Beamtengesetzes (HmbBG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. November 1977, GVBl S. 367, und des Änderungsgesetzes vom 11. Juni 1997, GVBl S. 193. Danach wird die regelmäßige Arbeitszeit der Beamten vom Senat durch Rechtsverordnung nach Maßgabe der Sätze 2 und 3 geregelt (Satz 1). Sie darf wöchentlich im Durchschnitt 40 Stunden nicht überschreiten (Satz 2). Soweit der Dienst in Bereitschaft besteht, kann die regelmäßige Arbeitszeit entsprechend den dienstlichen Bedürfnissen angemessen verlängert werden; sie darf wöchentlich im Durchschnitt 50 Stunden nicht überschreiten (Satz 3). Die letztgenannte Bestimmung wäre allerdings, soweit sie eine regelmäßige Arbeitszeit von wöchentlich im Durchschnitt mehr als 48 Stunden erlaubt, nicht anwendbar, wenn sie insoweit im Widerspruch stünde zu Art. 6 Nr. 2 der Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl Nr. L 307 vom 13. Dezember 1993 S. 18).

a) Nach Art. 6 der Richtlinie 93/104 treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, damit nach Maßgabe der Erfordernisse der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer: 1. die wöchentliche Arbeitszeit durch innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder in Tarifverträgen oder Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern festgelegt wird, und 2. die durchschnittliche Arbeitszeit pro 7-Tages-Zeitraum 48 Stunden einschließlich der Überstunden nicht überschreitet. Die im Einleitungssatz der Bestimmung bezeichnete Maßgabe will ersichtlich die formellen Anforderungen der Nr. 1 inhaltlich ergänzen, berührt aber nicht die strikte Festlegung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 48 Stunden in Nr. 2. Diese Regelung wird auch dann verletzt, wenn die 48 Stunden überschreitende wöchentliche Arbeitszeit Zeiten des Bereitschaftsdienstes umfasst, also Zeiträume, in denen der Beamte sich an einem vom Dienstherrn bestimmten Ort zu einem jederzeitigen, unverzüglichen dienstlichen Einsatz bereitzuhalten hat. Denn Zeiten des Bereitschaftsdienstes sind nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Arbeitszeit im Sinne von Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 93/104 (vgl. Urteil vom 3. Oktober 2000 in der Rechtssache C-303/98, Simap, Slg. 2000, I-7963, Rn. 48; Urteil vom 9. September 2003 in der Rechtssache C-151/02, Jaeger, Rn. 63).

Die Voraussetzungen, unter denen Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 93/104 eine Abweichung von Art. 6 der Richtlinie 93/104 erlaubt, liegen hier offensichtlich nicht vor. Von der Abweichungsmöglichkeit nach Art. 18 Abs. 1 Buchst. b Ziff. i der Richtlinie 93/104 hat die Bundesrepublik Deutschland keinen Gebrauch gemacht (vgl. EuGH, Urteil Jaeger, Rn. 85).

b) Fraglich ist jedoch, ob die Richtlinie 93/104 auf die Feuerwehr Anwendung findet. Gemäß Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 93/104 findet diese Richtlinie Anwendung auf alle privaten oder öffentlichen Tätigkeitsbereiche im Sinne des Art. 2 der Richtlinie 89/391/EWG über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit vom 12. Juni 1989 ABI Nr. L 183 S. 1). Nach dessen Absatz 2 Satz 1 findet die Richtlinie 89/391 keine Anwendung, soweit dem Besonderheiten bestimmter spezifischer Tätigkeiten im öffentlichen Dienst, z.B. bei den Streitkräften oder der Polizei, oder bestimmter spezifischer Tätigkeiten bei den Katastrophenschutzdiensten zwingend entgegenstehen. Die Vorschrift beschreibt zwei Ausnahmereiche. Der erste betrifft aus-

schließlich den öffentlichen Dienst und wird durch die Beispielsfälle Streitkräfte und Polizei definiert. Der zweite betrifft den Katastrophenschutz unabhängig davon, ob er öffentlich-rechtlich oder privat-rechtlich organisiert ist. Beide Varianten können im Fall der Feuerwehr zum Zuge kommen. Denn zum einen lässt sie sich mit der sie prägenden Aufgabe der Brandbekämpfung als Teil des staatlichen Sicherheitsbereiches begreifen, für welche Streitkräfte und Polizei beispielhaft genannt werden. Zum anderen gehört die Feuerwehr, zu deren gesetzlichen Aufgaben die Brandbekämpfung sowie die technische Hilfeleistung in Not-, Unglücks- und Katastrophenfällen zählen (§ 3 Abs. 1 des Hamburgischen Feuerwehrgesetzes vom 23. Juni 1986, GVBl S. 137), zu den Katastrophenschutzdiensten.

Es ist nach dem bisherigen Erkenntnisstand nicht von vornherein ausgeschlossen, die Regelung in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie 89/391 in der Weise zu begreifen, dass die Feuerwehr als Teil des staatlichen Sicherheitsbereichs und als Einrichtung des Katastrophenschutzes generell vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen ist. In diesem Fall bliebe nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie 89/391 lediglich dafür Sorge zu tragen, dass unter Berücksichtigung der Ziele der Richtlinie eine größtmögliche Sicherheit und ein größtmöglicher Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer gewährleistet ist.

Andererseits erscheint auch eine Auslegung der Regelung in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie 89/391 denkbar, die im Ergebnis dazu führt, dass jedenfalls die Festlegung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit in Art. 6 Nr. 2 der Richtlinie 93/104 auch zu Gunsten der Beamten im Einsatzdienst der Feuerwehr eingreift.

aa) Für ein solches Auslegungsergebnis spricht zunächst der Wortlaut der Regelung in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie 89/391. Diese besagt nicht einfach, dass staatlicher Sicherheitsbereich und Katastrophenschutz vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind. Sie stellt vielmehr auf die Besonderheiten spezifischer Tätigkeiten bei den Streitkräften oder der Polizei oder bei den Katastrophenschutzdiensten ab und verlangt die Wertung, ob diese der Anwendung der Richtlinie zwingend entgegenstehen. Der Wortlaut der Vorschrift legt daher eine differenzierende Betrachtungsweise nahe, die sich in verschiedener Richtung entfalten kann.

(1) In Betracht kommt zunächst eine personelle Differenzierung nach Beschäftigten-  
gruppen. So ist etwa im Bereich der Feuerwehr an eine Ausnahme vom Anwen-  
dungsbereich der Richtlinie 89/391 bei Vollzugsbeamten eher zu denken als bei  
Verwaltungsbeamten und Arbeitnehmern, die ebenfalls bei der Dienststelle "Feuer-  
wehr" beschäftigt sind (so offenbar auch BAG, Urteil vom 29. Mai 2002 - 5 AZR  
370/01 -, PersV 2002, 457, 462; vgl. zu den Zahlenverhältnissen bei der beteiligten  
Dienststelle Feuerwehr Hamburg: Jahresbericht 2001 der Feuerwehr der Freien und  
Hansestadt Hamburg, S. 45).

(2) Nicht völlig ausgeschlossen ist auch eine Differenzierung, die innerhalb der zu  
betrachtenden Institution nach Aufgabenbereichen unterscheidet. So dürfte etwa die  
Brandbekämpfung sowie die technische Hilfeleistung in Not-, Unglücks- und Kata-  
strophenfällen (§ 3 Abs. 1 Buchst. a, b und d des Hamburgischen Feuerwehrgeset-  
zes) die Ausnahme vom Anwendungsbereich der Richtlinie 89/391 eher rechtfertigen  
als der Rettungsdienst (§ 3 Abs. 1 Buchst. c des Hamburgischen Feuerwehrgeset-  
zes). Eine solche Differenzierung dürfte aber hier bei den Beamten im Einsatzdienst  
der Feuerwehr Hamburg deswegen ausscheiden, weil diese Beamten an allen ge-  
nannten Aufgaben gleichermaßen beteiligt sind.

(3) Nach dem Wortlaut der Regelung in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie 89/391  
besonders nahe liegend erscheint eine Auslegung, die nach verschiedenen konkre-  
ten Arbeitsschutzbereichen differenziert. Bei dieser Sichtweise ist eine Ausnahme  
von der jeweiligen speziellen gemeinschaftsrechtlichen Arbeitsschutzregelung nur  
dort gerechtfertigt, wo spezifische Belange der jeweils zu betrachtenden Institution  
dies gebieten.

bb) Die systematische Auslegung ist nicht eindeutig.

Nach Art. 17 Abs. 2 Nr. 2.1 Buchst. c Ziff. iii der Richtlinie 93/104 kann von den Arti-  
keln 3 bis 5, 8 und 16 der Richtlinie abgewichen werden bei Tätigkeiten, die dadurch  
gekennzeichnet sind, dass Kontinuität des Dienstes gewährleistet sein muss, und  
zwar insbesondere bei Feuerwehr- oder Katastrophenschutzdiensten. Hieraus könn-  
te im Umkehrschluss hergeleitet werden, dass der gemeinschaftsrechtliche Normge-  
ber von der grundsätzlichen Anwendung der Richtlinien 89/391 und 93/104 im Be-

reich der Feuerwehr ausgeht und dass dies insbesondere für die Regelung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit in Art. 6 der Richtlinie 93/104 gilt, die in der zuletzt genannten Ausnahmebestimmung nicht erwähnt ist. Andererseits fällt auf, dass in Art. 17 Abs. 2 Nr. 2.1 Buchst. c der Richtlinie 93/104 weder die Polizei noch die Streitkräfte erwähnt werden. Dies wäre aber zu erwarten, wenn die differenzierende Auslegung des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie 89/391 zuträfe, wonach die dort erfassten Institutionen nicht generell, sondern nur unter spezifischen Gesichtspunkten vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen wären; dies würde dann auch für die ausdrücklich genannten Beispielsfälle Polizei und Streitkräfte gelten.

cc) Für die differenzierende, den Standpunkt des Antragstellers stützende Auslegung der Regelungen in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie 89/391 sprechen deren Sinn und Zweck. Ersichtlich ist der gemeinschaftsrechtliche Normgeber an optimaler Verwirklichung der von ihm festgelegten Vorgaben des Arbeitsschutzes interessiert. Die Ausnahmeregelung trägt dem Umstand Rechnung, dass gefahrgeneigte Tätigkeitsbereiche im öffentlichen Dienst und im Katastrophenschutz Abweichungen gebieten, um die Funktionsfähigkeit der für die Sicherheit der Bürger existenziell notwendigen Einrichtungen sicherzustellen. Führt die Befolgung der konkreten gemeinschaftsrechtlichen Arbeitsschutzvorgaben nicht zur Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der betreffenden Einrichtung, so widerspricht es der gemeinschaftsrechtlichen Forderung nach effektiven Arbeitsschutz, diese Institution ganz aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie 89/391 herauszunehmen. Dieser Gedanke könnte es rechtfertigen, jedenfalls die Bestimmungen über die wöchentliche Höchstarbeitszeit in Art. 6 der Richtlinie 93/104 auch zu Gunsten der Beamten im Einsatzdienst der Feuerwehr anzuwenden. Dabei ist mit zu berücksichtigen, dass der für die Einhaltung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit zugelassene Bezugszeitraum vier Monate beträgt (Art. 16 Satz 1 Nr. 2 der Richtlinie 93/104) und dass dieser Bezugszeitraum im Bereich der Feuerwehr auf bis zu sechs Monate verlängert werden kann (Art. 17 Abs. 2 Nr. 2.1 Buchst. c Ziff. iii, Abs. 4 Satz 1 der Richtlinie 93/104). Weshalb auf der Grundlage dieses Bezugszeitraumes gegenüber Beamten im Einsatzdienst der Feuerwehr, die in ihrer Tätigkeit besonderen Gefahren und Belastungen ausgesetzt sind, eine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 48 Stunden nicht eingehalten werden kann, ist nicht ohne weiteres einzusehen.

c) Gilt Art. 6 Nr. 2 der Richtlinie 93/104 auch für die Beamten des Einsatzdienstes der Feuerwehr, dann ist § 76 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 2 HmbBG nicht anwendbar, soweit er zur Festlegung einer regelmäßigen Arbeitszeit von wöchentlich im Durchschnitt mehr als 48 Stunden ermächtigt. Die Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Arbeitszeit der Beamtinnen und Beamten vom 15. Dezember 1998 wäre daher nichtig. Es käme dann wieder § 1 Abs. 2 Satz 2 ArbZVO in der ursprünglichen Fassung vom 12. August 1997 zum Zuge, wonach die regelmäßige Arbeitszeit einschließlich Bereitschaftsdienst im Einsatzdienst der Feuerwehr durchschnittlich 48 Stunden wöchentlich beträgt. Die Dienstvereinbarung vom 25. Oktober 1999 wäre daher rechtsunwirksam.

Bardenhewer

Hahn

Büge

Graulich

Vormeier

Sachgebiet: BVerwGE: ja

Personalvertretungsrecht Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

HmbPersVG §§ 81, 83, 86, 100  
Richtlinie 89/391/EWG Art. 2 Abs. 2  
Richtlinie 93/104/EG Art. 1 Abs. 3, Art. 6

Stichworte:

Nachwirkung einer gekündigten Dienstvereinbarung; Vereinbarkeit mit europäischem Gemeinschaftsrecht; Beteiligung der Einigungsstelle; Kompetenz der Einigungsstelle zur Beschlussfassung über eine Dienstvereinbarung; demokratisches Prinzip; wöchentliche Höchstarbeitszeit bei der Feuerwehr.

Leitsätze:

1. Gegen die Zulässigkeit eines Antrages auf Feststellung, eine gekündigte, aber nachwirkende Dienstvereinbarung wegen Verstoßes gegen europäisches Gemeinschaftsrecht für nicht anwendbar zu erklären, bestehen mit Blick auf § 100 Abs. 1 Nr. 5 HmbPersVG keine Bedenken.
2. In einem solchen Verfahren ist die Einigungsstelle nicht deswegen zu beteiligen, weil das Zustandekommen der Dienstvereinbarung auf ihrem Spruch beruht.
3. Die Einigungsstelle ist befugt, die fehlende Zustimmung des Personalrats zu einer vom Dienststellenleiter vorgeschlagenen Dienstvereinbarung zu ersetzen.
4. Ein Beschluss der Einigungsstelle, der dem Antrag des Dienststellenleiters in vollem Umfang folgt, begegnet unter dem Gesichtspunkt des demokratischen Prinzips keinen Bedenken.
5. Die Klärung der Frage, ob und inwieweit die Richtlinie 89/391/EWG (Arbeitsschutz) und 93/104/EG (Arbeitszeit) auf die Feuerwehr Anwendung findet, bedarf einer Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs.

Beschluss des 6. Senats vom 17. Dezember 2003 - BVerwG 6 P 7.03

- I. VG Hamburg vom 24.06.2002 - Az.: 2 VG FI 12/2001 -
- II. OVG Hamburg vom 20.01.2003 - Az.: 8 Bf 266/02.PVL -