



Gründe:

I. Der Antragsteller begehrt die Feststellung der Verletzung seiner Mitbestimmungsrechte und der Verletzung einer Dienstvereinbarung vom 3. Dezember 2002 zur Durchführung eines modellhaften und dreijährigen Ausbildungsganges Operationstechnische/r AssistentIn (OTA) durch den Beteiligten.

Am 3. Dezember 2002 schlossen der Antragsteller und der Beteiligte die genannte Dienstvereinbarung. In deren § 6 war geregelt:

„Vor dem Einsatz von OTA-Auszubildenden führt die Dienststelle mit dem NPR ein Freigabeverfahren durch. Die Zustimmung der im Freigabeverfahren Beteiligten ist verbindliche Voraussetzung für die Öffnung eines Bereiches für OTA-Auszubildende.

Anwendung findet beiliegende Anlage 1.

Die Prüfung erfolgt bei erstmaliger Öffnung für Auszubildende und gilt für jeweils 12 Monate. Bei fehlender Prüfung oder negativem Prüfungsergebnis erfolgt keine Freigabe. Im Fall einer strittigen Entscheidung findet die Streitigkeitenregelung gemäß HmbPersVG Anwendung.

Sinn der Freigaberegulung ist es, ausreichende Rahmenbedingungen vor Ort im betreffenden Ausbildungs-OP zu gewährleisten. Die Freigabe bezieht sich auf einen bestimmten Operationsaal als Ausbildungsstätte, nicht auf die Durchführung der Ausbildung insgesamt.“

In der Anlage 1 zur Dienstvereinbarung war vorgesehen, dass die Pflegedienstleitung für die fachliche Richtigkeit, das heißt für die ausreichende Personalbemessung für die Durchführung dieses Ausbildungsganges in dem jeweiligen Bereich, die ausreichende Qualifizierung der Auszubildenden in dem jeweiligen Bereich und die Einhaltung der Dienstvereinbarung zeichnet. Die Bereichsleitung/Abteilungsleitung sollte für die Unterstützung des ausbildenden Bereichs zeichnen. Der Antragsteller sollte für die Einhaltung der Dienstvereinbarung zeichnen.

Im Juli 2010 gingen bei dem Antragsteller mehrere der Anlage 1 entsprechende Formblätter ein, auf denen die für die OP-Säle verantwortlichen Bereichs-/Abteilungsleitungen vermerkt hatten, dass ein 2- oder 3-jährlicher Ausbildungsstart besser wäre. Zum Teil war darauf auch vermerkt, dass die Ausbildung im Jahrgang 2010 nicht (sicher) gewährleistet werden könne. Bemühungen des Antragstellers um eine Durchführung des Freigabeverfahrens blieben zunächst sachlich unbeantwortet. Am 30. August 2010 ging bei dem Antragsteller ein Antrag auf Zustimmung im Freigabeverfahren ein. Dem Schreiben war eine von verschiedenen Mitarbeitern unterschriebene Stellungnahme vom 28. April 2010 (gemeint war der 24. August 2010) beigelegt, in der diese erklärten, die Ausbildung in den OP-Sälen sei gewährleistet und ein 2-jährlicher Ausbildungsstart werde lediglich als günstiger bewertet. Der Antragsteller wandte sich am 31. August 2010 per E-Mail an den Beteiligten und bat diesen, für die Einhaltung der Dienstvereinbarung Sorge zu tragen. Mit Schreiben vom 9. September 2010 teilte der Antragsteller dem Beteiligten mit, dem Freigabeantrag könne noch nicht zugestimmt werden. Er meldete zu einzelnen Fragen Klärungsbedarf an und forderte den Beteiligten zu einer Fortsetzung des Mitbestimmungsverfahrens auf. In der Folgezeit wurden die OTA-Auszubildenden ab Oktober in den Operationssälen ausgebildet. Eine Fortsetzung des Mitbestimmungsverfahrens erfolgte nicht.

Am 8. Oktober 2010 hat der Antragsteller den vorliegenden Antrag gestellt. Er macht geltend, das Mitbestimmungsverfahren nach § 87 Abs. 1 Nr. 18 HmbPersVG sei durch die Dienstvereinbarung ausgestaltet worden. Für den Ausbildungsjahrgang 2010 sei dieses Mitbestimmungsverfahren nicht zu Ende geführt worden. Der Zustimmungsantrag vom 30. August 2010 habe keine Begründung enthalten und damit das Mitbestimmungsverfahren nicht wirksam eingeleitet. Auch habe es einer Zustimmungsverweigerung wegen des in der Dienstvereinbarung geregelten Freigabeverfahrens nicht bedurft. Jedenfalls sei eine Zustimmungsverweigerung durch die E-Mail vom 31. August 2010 an den Beteiligten erfolgt. Der Antragsteller vertritt die Auffassung, mit der Dienstvereinbarung sei das Freigabeverfahren wirksam geregelt worden. Sie halte sich in den von dem Bundesverwaltungsgericht in seinem Beschluss vom 24. März 1998 (6 P 1/96) gezogenen Grenzen für die Mitbestimmung des Personalrates. Jedenfalls ergebe sich aus der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, dass Dienstvereinbarungen auch in Angelegen-

heiten möglich seien, für die kein gesetzlich geregeltes Mitbestimmungsrecht bestehe. Dies gelte zumindest dann, wenn die Dienststelle sich von einer solchen Dienstvereinbarung wieder lösen könne. Solche Dienstvereinbarungen seien auch durch § 3 Hmb-PersVG nicht ausgeschlossen.

Nachdem der Beteiligte in der mündlichen Anhörung mitgeteilt hat, dass sich die Auszubildenden F, K, M, Z, W und O nicht in der Ausbildung befänden oder über einen anderen Träger an der Ausbildung teilnehmen, hat der Antragsteller seinen Antrag um diese Auszubildenden beschränkt.

Er beantragt nunmehr,

festzustellen, dass der Beteiligte das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers und/oder die Dienstvereinbarung vom 3. Dezember 2002 verletzt, indem er ohne Zustimmung des Antragstellers und ohne dass die Zustimmung des Antragstellers ersetzt wurde, die Auszubildenden zum Beruf des Operationstechnischen Assistenten des Ausbildungsjahrgangs 2010/2013 B, Br, E, H, K, L, M, Me, R, P, S im Operationssaal einsetzt.

Der Beteiligte beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Er vertritt die Auffassung, die Dienstvereinbarung sei unwirksam, weil damit in unzulässiger Weise die Grenzen des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 18 HmbPersVG überschritten würden. Vereinbarungen zwischen der Dienststelle und dem Personalrat, durch die in beteiligungsfreien Angelegenheiten ein förmliches Beteiligungsverfahren eingeführt werde, seien unwirksam. Jedenfalls § 6 der Dienstvereinbarung sei daher ungültig, was zur Folge habe, dass ein Mitbestimmungsrecht des Antragstellers bei der Einrichtung des Ausbildungsjahrganges nicht bestanden habe. Es habe daher auch nicht verletzt werden können. Im Übrigen sei für jeden einzelnen OTA-Auszubildenden ein Personalantrag gestellt worden. Diesen Anträgen habe der Antragsteller zugestimmt. Damit seien

unabhängig von dem Freigabeverfahren nach der Dienstvereinbarung ordnungsgemäße Mitbestimmungsverfahren durchgeführt worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Prozessakte Bezug genommen.

II. 1. Das Verfahren war einzustellen, soweit der Antragsteller an seinem mit der Antragschrift angekündigten Antrag nicht mehr festgehalten und diesen damit konkludent zurückgenommen hat (§ 100 Abs. 2 HmbPersVG i.V.m. § 81 Abs. 2 ArbGG).

2. Im Übrigen hat der zulässige Antrag lediglich in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg. Eine Verletzung der Dienstvereinbarung vom 3. Dezember 2002 im Zusammenhang mit der Einrichtung des OTA-Ausbildungsjahrganges 2010/2013 lässt sich nicht feststellen, weil jedenfalls der das Freigabeverfahren regelnde § 6 der Dienstvereinbarung unwirksam ist (dazu a). Der Beteiligte verletzt jedoch das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers nach § 87 Abs. 1 Nr. 18 HmbPersVG indem er die im Tenor genannten Auszubildenden im Rahmen der OTA-Ausbildung im Ausbildungsjahrgang 2010/2013 in Operationssälen einsetzt, ohne zuvor die Zustimmung des Antragstellers eingeholt zu haben (dazu b).

a) Der Beteiligte hat die Dienstvereinbarung vom 3. Dezember 2002 zur Durchführung eines modellhaften 3-jährigen Ausbildungsganges Operations-Technische/r AssistentIn (OTA) nicht dadurch verletzt, dass er das Freigabeverfahren nach § 6 der Dienstvereinbarung nicht ordnungsgemäß durchgeführt hat. Jedenfalls § 6 der Dienstvereinbarung ist unwirksam, weil damit die Freigabe der Operationssäle für die Ausbildung davon abhängig gemacht wird, dass die ausreichende Bemessung und Qualifikation des Personals im Operationssaal nach dem Muster der Anlage 1 der Dienstvereinbarung u.a. von dem Antragsteller geprüft und bestätigt wird.

Mit diesem Inhalt des Freigabeverfahrens werden die von dem Bundesverwaltungsgericht in der zum Hamburgischen Personalvertretungsgesetz ergangenen Entscheidung vom 24.

März 1998 (6 P 1/96) hinsichtlich des Mitbestimmungstatbestandes des § 87 Abs. 1 Nr. 18 HmbPersVG (damals § 86 Abs. 1 Nr. 6 HmbPersVG a.F.) gezogenen Grenzen überschritten. Nach § 87 Abs. 1 Nr. 18 findet die Mitbestimmung in Angelegenheiten der Durchführung der Berufsbildung (Berufsausbildung, berufliche Fort- und Weiterbildung sowie berufliche Umschulung) mit Ausnahme der Gestaltung von Lehrveranstaltungen und der Auswahl von Lehrpersonen statt. Das Bundesverwaltungsgericht hat seinerzeit zu der wortgleichen Vorgängernorm ausgeführt, Voraussetzung des Mitbestimmungsrechts sei, dass die beabsichtigte Maßnahme darauf gerichtet sei, unmittelbar in die Gestaltung oder Durchführung der Berufsausbildung in nicht von der Mitbestimmung ausgenommenen Bereichen einzugreifen. Das geschehe etwa mit der Festlegung des zeitlichen Ablaufs der Berufsausbildung, der Bestimmung des Ortes und der Räumlichkeiten, in denen sie durchgeführt werde, und der Regelung der Art und Weise, wie die Teilnehmer an der Berufsausbildung innerhalb der ausbildenden Dienststellen oder Betriebe eingegliedert würden. Der Mitbestimmungstatbestand erlaube dem Personalrat hingegen nicht, über die Bereitstellung haushaltsmäßig nicht ausgewiesener Personalstellen zu Zwecken der Durchführung der Berufsbildung mit zu entscheiden. Denn dabei fehle es am unmittelbaren Bezug zur Durchführung der Berufsbildung (BVerwG a.a.O.). Mit dem durch die Anlage 1 zur Dienstvereinbarung ausgestalteten Freigabeverfahren erlangt der Antragsteller aber über die Mitbestimmung hinsichtlich der Räumlichkeiten zur Durchführung der Ausbildung hinaus gerade in Bezug auf die der von dem Mitbestimmungstatbestand nicht erfasste Personalausstattung der Operationssäle ein Mitbestimmungsrecht. Dies ergibt sich daraus, dass dem Antragsteller von der zuständigen Pflegedienstleitung auf dem Formblatt gemäß Anlage 1 zur Dienstvereinbarung ausdrücklich zu bestätigen ist, dass die Personalbemessung für die Durchführung des Ausbildungsganges in dem betreffenden Bereich ausreichend ist. Da der Antragsteller nach der Anlage 1 zur Dienstvereinbarung zu bestätigen hat, dass die Dienstvereinbarung eingehalten wird, muss ihm insoweit ein Prüfungsrecht zustehen. Teilt er die Auffassung der Pflegedienstleitung über die Personalausstattung nicht, kann er seine Zustimmung verweigern. Da seine Zustimmung nach § 6 der Dienstvereinbarung eine zwingende Voraussetzung für die Freigabe eines Operationssaales zu Ausbildungszwecken ist, kann er unmittelbar Einfluss auf die Personalausstattung der Operationssäle nehmen. Diese Einflussnahme des Antragstellers auf die Personalausstattung ist auch in § 6 der Dienstvereinbarung angelegt. Dort wird als

Zweck der verbindlich vorgesehenen Freigaberegulierung angegeben, dass ausreichende Rahmenbedingungen vor Ort im betreffenden Ausbildungs-OP gewährleistet werden sollen.

Darüber hinaus wird dem Antragsteller mit der Anlage 1 zur Dienstvereinbarung ein durch § 87 Abs. 1 Nr. 18 HmbPersVG ausdrücklich ausgeschlossenes Mitbestimmungsrecht bei der Auswahl der Lehrpersonen eingeräumt, indem ihm ein Prüfrecht hinsichtlich der Qualifizierung der Auszubildenden gegeben wird. Von der Pflegedienstleitung ist nämlich auch zu bestätigen, dass die Auszubildenden ausreichend qualifiziert sind. Die Auswahl der Auszubildenden wird damit der Prüfung und Zustimmung durch den Antragsteller unterworfen.

Die Ausdehnung des Mitbestimmungstatbestandes durch die Dienstvereinbarung verstößt gegen §§ 83 Abs. 1 Satz 1, 3 HmbPersVG. Nach § 83 Abs. 1 Satz 1 HmbPersVG sind Dienstvereinbarungen zulässig, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Nach § 3 HmbPersVG kann das Personalvertretungsrecht durch Tarifvertrag oder Dienstvereinbarung nicht abweichend von dem Hamburgischen Personalvertretungsgesetz geregelt werden. Damit ist eine Ausdehnung der Mitbestimmungstatbestände über die in den §§ 86, 87 HmbPersVG geregelten Mitbestimmungstatbestände hinaus ausgeschlossen. Es ist der Dienststelle verwehrt, im Wege der Selbstbindung der Verwaltung über das Gesetz hinaus in beteiligungsfreien Angelegenheiten ein irgendwie geartetes förmliches Beteiligungsverfahren einzuführen (OVG Hamburg, Beschl. v. 14.12.2010, 8 Bf 130/10.PVL unter Hinweis auf BVerwG, Beschl. v. 11.12.1991, 6 P 5/91, PersR 1992, 104). Der Ausschluss abweichender Regelungen durch § 3 HmbPersVG ist nach seinem klaren Wortlaut auch nicht darauf beschränkt, Dienstvereinbarungen zu verhindern, mit denen die Strukturen des Mitbestimmungsrechts nach dem Hamburgischen Personalvertretungsgesetz verändert werden. Der Ausschluss ist vielmehr umfassend formuliert.

Die Beschränkung von Dienstvereinbarungen auf die Regelungen des Hamburgischen Personalvertretungsgesetzes kollidiert weiterhin nicht – wie von dem Antragsteller geltend gemacht – mit den Regelungen des Hamburgischen Datenschutzgesetzes. Der Gesetzgeber geht in § 28 Abs. 1 Satz 1 HmbDG davon aus, dass durch Dienstvereinbarungen in § 2 Abs. 1 Nr. 1 HmbDG genannten Stellen das Recht zur Verarbeitung personenbezogener Daten eingeräumt werden kann. Dies ist auch zutreffend, wie sich beispielsweise aus § 87 Abs. 1 Nr. 32 HmbPersVG ergibt, wonach die Einführung und Anwendung

von technischen Einrichtungen, wenn sie das Verhalten oder die Leistung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes überwachen, der Mitbestimmung unterliegen. Jedenfalls in diesem Rahmen sind Dienstvereinbarungen denkbar, durch die öffentliche Stellen zur Datenverarbeitung ermächtigt werden. Dem Datenschutzgesetz lässt sich hingegen kein Bedürfnis für Dienstvereinbarungen entnehmen, die über das Hamburgische Personalvertretungsgesetz hinausgehende Mitbestimmungsrechte des Personalrats vorsehen. In § 28 HmbDG ist eine Mehrzahl von Regelungsarten vorgesehen, mit denen öffentlichen Stellen das Recht zur Verarbeitung personenbezogener Daten eingeräumt werden kann. In § 28 Abs. 2 bis 7 HmbDG sind darüber hinaus weitere Regelungen vorgesehen, mit denen das Hamburgische Datenschutzgesetz öffentlichen Stellen unmittelbar das Recht zur Verarbeitung personenbezogener Daten einräumt und dieses begrenzt.

Soweit der Antragsteller sich schließlich darauf beruft, dass das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 6. Oktober 2010 (6 PB 11/10, PersR 2010, 503) zu erkennen gegeben habe, dass Dienstvereinbarungen auch in innerdienstlichen Angelegenheiten zulässig seien, die nicht durch Mitbestimmungsrechte erfasst seien, sofern sich die Dienststelle davon lösen könne, greift auch dieser Einwand nicht durch. Die Entscheidung ist zum Berliner Personalvertretungsrecht ergangen, das einen dem § 3 HmbPersVG entsprechenden Ausschluss lediglich für Abweichungen durch Tarifverträge, nicht aber für Abweichungen durch Dienstvereinbarungen kennt (§ 2 BlnPersVG). Das Bundesverwaltungsgericht hat insoweit ausdrücklich auf den Unterschied zwischen dem Berliner Personalvertretungsgesetz und dem – auch im Vergleich mit dem hamburgischen Recht noch – engeren Bundespersonalvertretungsgesetz (§§ 73 Abs. 1 Satz 1, 75 Abs. 3, 76 Abs. 2 Satz 1 BPersVG) abgestellt und ausgeführt, über die Mitbestimmungstatbestände hinausgehende „freiwillige“ Dienstvereinbarungen, die dem entsprechenden Institut des Betriebsverfassungsgesetzes nachgebildet seien, stellten nach dem Berliner Personalvertretungsgesetz keine unzulässige Erweiterung der Mitbestimmung dar, weil ihr Abschluss durch die Personalräte nicht erzwungen werden könne. Damit vertritt das Bundesverwaltungsgericht die Auffassung, in Abgrenzung zum Bundesrecht sei eine Ausdehnung der Mitbestimmungstatbestände durch Dienstvereinbarungen in Ermangelung entgegenstehenden einfachen Rechts in Berlin zulässig. Daraus ergibt sich, dass das Bundesverwaltungsgericht derartige Regelungen verfassungsrechtlich für unbedenklich hält. Diese Rechtsprechung ist auf das Hamburgische Personalvertretungsgesetz nicht übertragbar.

Denn in Hamburg ist wie nach dem Bundespersonalvertretungsgesetz eine solche Ausdehnung ausdrücklich gesetzlich ausgeschlossen. Die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit einer freiwilligen Ausdehnung von Mitbestimmungstatbeständen ändert nichts an deren einfachgesetzlichem Ausschluss.

b) Der Beteiligte verletzt das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers nach § 87 Abs. 1 Nr. 18 HmbPersVG, indem er die im Tenor genannten Auszubildenden im Rahmen der OTA-Ausbildung im Ausbildungsjahrgang 2010/2013 in Operationssälen einsetzt, ohne zuvor die Zustimmung des Antragstellers eingeholt zu haben. Da § 6 der Dienstvereinbarung vom 3. Dezember 2002 unwirksam ist und damit das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers nach § 87 Abs. 1 Nr. 18 HmbPersVG nicht durch eine Dienstvereinbarung wirksam ausgestaltet ist, hätte der Beteiligte das gesetzlich vorgesehene Mitbestimmungsverfahren durchführen müssen, bevor er die Auszubildenden in den Operationssälen einsetzt. Zu den nach § 87 Abs. 1 Nr. 18 mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten bei der Durchführung der Berufsbildung gehört die Bestimmung der Räumlichkeiten, in denen die Ausbildung durchgeführt wird (BVerwG, Beschl. v. 24.3.1998, 6 P 1/96). Ein entsprechendes Mitbestimmungsverfahren hat der Beteiligte nicht durchgeführt. Der Antrag vom 30. August 2010 im Freigabeverfahren hat – selbst wenn man ihn auch als Antrag nach § 87 Abs. 1 Nr. 18 HmbPersVG auffasst – nicht zur Durchführung eines Mitbestimmungsverfahrens geführt. Der Beteiligte hat darin nicht einmal dargelegt, für die Nutzung welcher Operationssäle die Zustimmung des Antragstellers beantragt wird. Damit hat er das Mitbestimmungsverfahren nicht wirksam eingeleitet. Das Mitbestimmungsverfahren nach § 87 Abs. 1 Nr. 18 HmbPersVG hat sich auch nicht dadurch erledigt, dass das Mitbestimmungsverfahren nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 HmbPersVG hinsichtlich der Einstellung der einzelnen Auszubildenden durchgeführt worden ist. Dieses Verfahren erfasst den Mitbestimmungstatbestand „Durchführung der Berufsbildung“ nicht und hat eine andere Zielrichtung. Während § 87 Abs. 1 Nr. 2 HmbPersVG dem Schutz der kollektiven Interessen der in der Dienststelle bereits tätigen Beschäftigten bei der beabsichtigten Eingliederung neuer Beschäftigter dient und sich auf die einzustellende Person, die von ihr auszuübenden Tätigkeiten und ihre Vergütung bezieht (vgl. Altvater/Hamer/Kröll/Lemcke/Peiseler, BPersVG, 6. Aufl. § 75 Rn. 14), bezieht sich der Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 18 HmbPersVG auf die Maßnahmen, die den Gesamtverlauf oder Einzel-

heiten der Berufsausbildung unmittelbar lenken oder regeln (BVerwG, Beschl. v. 24.3.1998, 6 P 1/96). Derartige Maßnahmen werden mit dem Mitbestimmungsantrag nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 HmbPersVG nicht zur Entscheidung gestellt. Das eine Mitbestimmungsverfahren kann das andere daher nicht ersetzen.