



Verwaltungsgericht Hamburg

Beschluss

In der Personalvertretungssache

Personalrat der Hamburg Port Authority,

- Antragsteller(in) -

Prozessbevollmächtigte(r):

und

Geschäftsführer der Hamburg Port Authority

- Beteiligte(r) -

Prozessbevollmächtigte(r):

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Fachkammer 25 nach dem Hamburgischen Personalvertretungsgesetz, am 17. Dezember 2021 durch

beschlossen:

Es wird festgestellt, dass der Beteiligte das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers dann verletzt, wenn er - ohne dass der Antragsteller seine Zustimmung erteilt hat oder seine Zustimmung durch den Spruch einer Einigungsstelle ersetzt wurde -, das Projekt „volle Kraft voraus für ein gesundes Miteinander“ umsetzt.

Gründe

I.

In Streit steht die Mitbestimmung bei einem beabsichtigten Projekt „volle Kraft voraus für ein gesundes Miteinander“.

Der Antragsteller ist der Personalrat bei der Dienststelle Hamburg Port Authority (HPA), die vom Beteiligten geleitet wird.

Der Beteiligte bat den Antragsteller unter dem 24. Juni 2021

„um Kenntnisnahme zur Anwendung der Leitfäden, Checklisten und Dokumente für Führungskräfte im Umgang mit erkrankten Mitarbeitern.

Projektname ‚volle Kraft voraus für ein gesundes Miteinander‘ [...]

HD und HR haben gemeinsam das Projekt ‚volle Kraft voraus für ein gesundes Miteinander‘ initiiert, um den Führungskräfte[n] ein einheitliches, abgestimmtes Unterstützungsangebot im Umgang mit erkrankten Mitarbeitern anzubieten. [...]

Zielstellung:

Ziel des Projektes ist es, einen Kulturwandel anzustoßen und einheitliches, gesetzeskonformes Handeln innerhalb der HPA zu etablieren. Hierbei soll nicht nur im Krankheitsfall, sondern besten Fall auch darüber hinaus, die Beziehungsebene und das wertschätzende Miteinander im Fokus stehen. Das Projekt zielt darauf ab, die Haltung der Führungskräfte sowie das aktive Handeln auf der Beziehungsebene und eine wertschätzende Kommunikation in den Vordergrund zu stellen und damit ein gesundes Miteinander als Schlüssel zum Erfolg im Umgang mit (erkrankten) Mitarbeitern*innen zu etablieren. Dabei arbeiten HR und HD sowie Führungskräfte an der Erhaltung beziehungsweise Wiederherstellung der Gesundheit von Mitarbeitern*innen unter offener Einbindung von PR und SBV.

Die aktive Unterstützungsleistung ist im Projekt in 3 Handlungsbereiche gegliedert.

Die folgenden 3 Handlungsfelder umfassen:

I Die Beziehungsebene zwischen Mitarbeiter*in und Führungskraft ist wertschätzend, vertrauensvoll und respektvoll im Miteinander zu gestalten, nicht nur im Falle der Erkrankung eines*r Mitarbeiters*in.

II Einführung von Willkommens-/Krankenrückkehrgesprächen nach Rückkehr des Beschäftigten, um betriebliche Einflussgrößen und Ursachen für Abwesenheit identifizieren und beseitigen zu können.

III Einführung von Gesprächsformaten zum fürsorglichen Kontakthalten während einer Langzeiterkrankung.

Als Orientierungshilfen für Gespräche werden den Führungskräften für die unterschiedlichen Handlungsfelder zukünftig Leitfäden, Checklisten sowie Dokumentationshilfen zur Verfügung gestellt, die als Orientierung dienen können. Darüber hinaus werden diese Maßnahmen durch Seminarformate von Frau A. („Fokus Führung“) und Frau B. („Schön, dass Sie da sind“) unterstützt. Alle Angebot[e] sind freiwillig und sollen die Führungskräfte in ihren Führungsaufgaben zusätzlich zur bestehenden, verzahnten Beratungsleistung von HR und HD unterstützen. [...]

Für die Pilotphase bis Mitte 2022 ist die Anwendung der beigefügten Checklisten, Dokumente und Leitfäden empfohlen, erfolgt jedoch freiwillig. Eine Dokumentation von Gesprächsinhalten kann und darf nur mit Zustimmung des*r Mitarbeiters*in erfolgen und kann jederzeit widerrufen werden (siehe Anlagen).

Nach Projektabschluss soll das Projekt gemeinsam zwischen HR und HD evaluiert und ausgewertet werden. Der Personalrat wird gern frühzeitig in die Evaluierung eingebunden. Sollte das Projekt erfolgreich fortgesetzt werden, sind diese Erfahrungswerte für die gemeinsame Verhandlung einer Dienstvereinbarung hilfreich.“

Beigefügt waren eine Projektpräsentation, die Leitfäden für Führungskräfte „Umgang mit langzeiterkrankten Beschäftigten“, „Willkommens- und Krankenrückkehrgespräche nach Abwesenheiten für Beschäftigte“, „Die Gesprächsvorbereitung mit Beschäftigten zum Thema Arbeitsunfähigkeit“, eine Checkliste „Vorbereitung von Willkommens- u. Krankenrückkehrgesprächen“ sowie die Formulare „Einwilligung zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Rahmen eines Willkommens-/Krankenrückkehrgesprächs“ und „Gesprächsprotokoll Willkommens- und Krankenrückkehrgespräche“ (Anlagen Ast 1 bis 7, Bl. 11-63).

Der Antragsteller wies mit Schreiben an den Beteiligten vom 19. Juli 2021 (Anlage Ast 8 = Bl. 64) eine Vorlage nur zur Kenntnis zurück, da Maßnahmen des Gesundheitsschutzes immer der vollen Mitbestimmung unterlägen.

Der Beteiligte führte in seiner Antwort darauf vom 2. August 2021 insbesondere aus:

„Unsere Intention ist, dass wir diese zugehörigen Unterstützungsangebote im täglichen Arbeiten erproben und aktuell nicht verpflichtend einführen möchten. So wird in der Pilotphase von Anfang August 2021 bis Mitte 2022 die Anwendung der beigefügten Checklisten, Dokumente und Leitfäden empfohlen, eine Nutzung erfolgt jedoch freiwillig. [...] Der Personalrat wird gern in die Evaluierung eingebunden. Diese Erfahrungswerte werden für die gemeinsame Verhandlung einer Dienstvereinbarung hilfreich sein.“

Der Antragsteller rief durch seine Prozessbevollmächtigten am 23. August 2021 das Verwaltungsgericht Hamburg an, gestützt auf seinen Einleitungsbeschluss vom 9. August 2021 (Anlage Ast 11 = Bl. 69). Er trägt vor, sein Mitbestimmungsrecht sei verletzt. Das Projekt diene ausweislich der Projektbeschreibung u.a. der „Wiederherstellung der Gesundheit von Mitarbeiter*innen“. Die Maßnahme hätten „auch“ einen präventiven Einschlag im Hinblick auf die Vermeidung weiterer Arbeitsunfähigkeiten und die Verbesserung der Arbeitssituation. Die Durchführung des Projekts erfolge mit formalisierten Prozessen. Das „Ob“ und „Wie“ der allgemeinen Verhaltensmaßregeln, die das Miteinander der Beschäftigten und den Gebrauch der ihnen von der Dienststelle zu Verfügung gestellten Gegenstände ordnen, sei mitbestimmungspflichtig. Bei formalisierten Krankengesprächen und Krankenrückkehrgesprächen bestehe eine Mitbestimmung des Personalrats. Formalisierte Krankengespräche lägen vor, wenn die Auswahl der zu den Gesprächen herangezogenen Mitarbeitenden nach abstrakten Regeln erfolge, Gespräche durch einen gleichförmigen Ablauf formalisiert sei und es um eine betriebliche Aufklärung zur Erkennung der Einflüsse der Arbeit auf den Krankenstand gehe. Anders als bei einer Gefährdungsbeurteilung ziele das Projekt selbst auf eine Änderung der Arbeitsbedingungen der Beschäftigten ab. Es sei für die Beschäftigten nicht freiwillig.

Der Antragsteller beantragt,

festzustellen, dass der Beteiligte das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers dann verletzt, wenn er - ohne dass der Antragsteller seine Zustimmung erteilt hat oder seine Zustimmung durch den Spruch einer Einigungsstelle ersetzt wurde - ,

1. das Projekt „volle Kraft voraus für ein gesundes Miteinander“ umsetzt,
2. hilfsweise: die Führung von Willkommens- und Krankenrückkehrgesprächen unter Bereitstellung des „Leitfadens für Führungskräfte – Umgang mit langzeiterkrankten Beschäftigten“, des „Leitfadens für Führungskräfte – Willkommens- und Krankenrückkehrgespräche nach Abwesenheiten für Beschäftigte“, des „Leitfadens für Führungskräfte – Die Gesprächsvorbereitung mit Beschäftigten zum Thema Arbeitsunfähigkeit“, der „Checkliste Vorbereitung von Willkommens- u. Krankenrückkehrgesprächen“, der „Einwilligung zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Rahmen eines Willkommens-

/Krankenrückkehrgesprächs“ und des „Gesprächsprotokolls Willkommens- und Krankenrückkehrgespräche“ anweist oder duldet,

3. ebenso hilfsweise: folgende Unterlagen zur Durchführung von „Willkommens- und Krankenrückkehrgesprächen“ bereitstellt: „Leitfaden für Führungskräfte – Umgang mit langzeiterkrankten Beschäftigten“, „Leitfaden für Führungskräfte – Willkommens- und Krankenrückkehrgespräche nach Abwesenheiten für Beschäftigte“, „Leitfaden für Führungskräfte – Die Gesprächsvorbereitung mit Beschäftigten zum Thema Arbeitsunfähigkeit“, „Checkliste Vorbereitung von Willkommens- u. Krankenrückkehrgesprächen“, „Einwilligung zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Rahmen eines Willkommens-/Krankenrückkehrgesprächs“ und „Gesprächsprotokoll Willkommens- und Krankenrückkehrgespräche“.

Der Beteiligte beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Der Beteiligte trägt insbesondere vor: Er habe seine Führungskräfte nicht angewiesen, Willkommens- und Krankenrückkehrgespräche mit Lang- oder Kurzeiterkrankten zu führen und ebenso wenig aus freiem Entschluss geführte Gespräche unter Verwendung oder auch nur unter Beachtung der entsprechenden Leitfäden, der Checkliste oder des Gesprächsprotokolls zu führen. Es fehle an einer Maßnahme. Die Führung der Gespräche sei für die Führungskräfte, die insoweit in ihrer abgeleiteten Arbeitsgeberfunktion tätig seien, freiwillig. Die Unterlagen des Projekts „volle Kraft voraus für ein gesundes Miteinander“ nebst Empfehlung seien noch nicht an die Führungskräfte versandt.

II.

Der Antrag im Beschlussverfahren hat bereits im Hauptantrag Erfolg.

1. Der Antrag ist zulässig.
 - a) Der Feststellungsantrag ist nach § 188 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 99 Abs. 2 HmbPersVG i.V.m. §§ 80 Abs. 2 Satz 1, 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG i.V.m. §§ 459, 256 Abs. 1 ZPO statthaft. Das vorausgesetzte Interesse an der Feststellung besteht bereits. Der Beteiligte hat aus Rücksicht auf die ausstehende Beantwortung der Frage nach einem Mitbestimmungsrecht

des Antragstellers bislang das Projekt „volle Kraft voraus für ein gesundes Miteinander“ noch nicht umgesetzt. Er beabsichtigt aber, die Unterlagen des Projekts „nebst Empfehlung an die Führungskräfte zu versenden, ohne die Zustimmung des Antragstellers zu beantragen oder ersetzen zu lassen. Vielmehr erachtet er die Vorlage beim Antragsteller lediglich zur Kenntnisnahme vom 24. Juni 2021 für hinreichend.

b) Der zur Einleitung des Beschlussverfahrens durch Prozessbevollmächtigte erforderliche Beschluss der Personalvertretung (BVerwG, Beschl. v. 19.12.1996, 6 P 10/94, PersR 1997, 309, juris Rn. 18, 23; OVG Hamburg, Beschl. v. 7.1.2021, 14 Bs 249/20.PVL, PersV 2021, 233, juris Rn. 16, 18) liegt vor.

2. Der Antrag ist begründet.

Der Beteiligte verletzt das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers dann, wenn er - ohne dass der Antragsteller seine Zustimmung erteilt hat oder seine Zustimmung durch den Spruch einer Einigungsstelle ersetzt wurde -, das Projekt „volle Kraft voraus für ein gesundes Miteinander“ umsetzt. Eine der Mitbestimmung des Personalrats unterliegende Maßnahme darf, soweit in diesem Gesetz - wie vorliegend - nichts anderes bestimmt ist, gemäß § 80 Abs. 4 HmbPersVG nur mit seiner Zustimmung getroffen werden. Die beabsichtigte Maßnahme ist gemäß § 80 Abs. 6 Satz 1 Halbs. 1 HmbPersVG dem Personalrat zur Zustimmung anzutragen. So liegt es hier.

a) Eine Maßnahme ist gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 HmbPersVG eine Handlung oder Entscheidung, durch die die Dienststelle in eigener Zuständigkeit eine Regelung trifft, die die Angehörigen des öffentlichen Dienstes nicht nur geringfügig berührt oder innerdienstliche Verhältnisse nicht nur unwesentlich und nicht nur kurzfristig verändert. Keine Maßnahmen sind gemäß § 80 Abs. 2 Satz 2 HmbPersVG insbesondere (Nr. 1) Handlungen oder Entscheidungen, die eine Maßnahme nur vorbereiten, (Nr. 2) Erläuterungen bestehender verbindlicher Regelungen oder (Nr. 3) Weisungen an einzelne oder mehrere Angehörige des öffentlichen Dienstes, die die Erledigung dienstlicher Obliegenheiten oder zu leistender Arbeit regeln. Unter einer Maßnahme im personalvertretungsrechtlichen Sinn ist jede auf die Veränderung des bestehenden Zustandes abzielende Handlung oder Entscheidung der Dienststellenleitung zu verstehen, die den Rechtsstand der Beschäftigten berührt und durch deren Durchführung das Beschäftigungsverhältnis oder die Arbeitsbedingungen eine Änderung erfahren (BVerwG,

Beschl. v. 15.10.2018, 5 P 9/17, BVerwGE 163, 246, juris Rn. 7; OVG Hamburg, Beschl. v. 7.1.2021, 25 FLE 387/20, juris Rn. 24; Beschl. v. 25.9.2019, 8 Bf 60/17.PVL, PersV 2020, 188, juris Rn. 31).

Mitzubestimmen hat der Personalrat nach § 87 Abs. 1 HmbPersVG insbesondere bei sozialen und sonstigen innerdienstlichen Maßnahmen (Nr. 3) zur Regelung der Ordnung in der Dienststelle und des Verhaltens ihrer Angehörigen des öffentlichen Dienstes sowie (Nr. 14) zur Verhütung von Dienst- oder Arbeitsunfällen, Berufskrankheiten und sonstigen Gesundheitsschädigungen. Das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals „zur“ beurteilt sich nach einer objektiv-finalen Betrachtungsweise (BVerwG, Beschl. v. 13.9.2012, 6 PB 10/12, juris Rn. 7 hinsichtlich der bundesrechtlichen Parallelvorschrift von § 87 Abs. 1 Nr. 14 HmbPersVG in § 75 Abs. 3 Nr. 11 BPersVG a.F.).

In Konkretisierung des öffentlich-rechtlichen Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 3 HmbPersVG kann auf die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zum strukturgleichen Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zurückgegriffen werden. Danach hat der Betriebsrat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb mitzubestimmen. Gegenstand des Mitbestimmungsrechts ist das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer. Dieses kann der Arbeitgeber kraft seiner Leitungsmacht durch Verhaltensregeln oder sonstige Maßnahmen beeinflussen und koordinieren. Zweck des Mitbestimmungsrechtes ist es, die Arbeitnehmer hieran gleichberechtigt zu beteiligen (BAG, Beschl. v. 11.12.2018, 1 ABR 13/17, juris Rn. 33). Dagegen sind Regelungen und Weisungen, welche die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisieren - das sogenannte Arbeitsverhalten -, nicht mitbestimmungspflichtig. Wirkt sich eine Maßnahme zugleich auf das Ordnungs- und das Arbeitsverhalten aus, kommt es darauf an, welcher Regelungszweck überwiegt. Ob das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten betroffen ist, beurteilt sich nicht nach den subjektiven Vorstellungen, die den Arbeitgeber zu einer Maßnahme bewogen haben. Entscheidend ist im Betriebsverfassungsrecht der jeweilige objektive Regelungszweck (strukturgleich zur objektiven Finalität im Personalvertretungsrecht). Dieser objektive Regelungszweck bestimmt sich nach dem Inhalt der Maßnahme sowie nach der Art des zu beeinflussenden betrieblichen Geschehens (BAG, Beschl. v. 23.8.2018, 2 AZR 235/18, juris Rn. 27). Formalisierte Krankengespräche unterliegen der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1

BetrVG (BAG, Beschl. v. 8.11.1994, 1 ABR 22/94, juris Rn. 20-22). Formalisierte Krankengespräche liegen dann vor, wenn, (erstens) die Auswahl der zu den Gesprächen herangezogenen Arbeitnehmer nach abstrakten Regeln erfolgt, (zweitens) das Gespräch durch einen gleichförmigen Ablauf formalisiert ist und (drittens) es um eine betriebliche Aufklärung geht zur Erkennung der Einflüsse der Arbeit auf den Krankenstand; nicht der Mitbestimmung unterfällt danach jedenfalls das fallweise Gespräch mit einem oder mehreren Mitarbeitern in unstrukturierter Form über krankheitsbedingte Ausfallzeiten und eventuelle Einflüsse der Arbeit hierauf (LAG Nürnberg, Beschl. v. 2.3.2021, 7 TaBV 5/20, juris Rn. 67).

An diese Herleitung und Begrenzung einer Mitbestimmung des Betriebsrats bei formalisierten Krankengesprächen zur Steuerung des Ordnungsverhaltens kann hinsichtlich einer Mitbestimmung des Personalrats angeknüpft werden. Die Formalisierung vermittelt gerade den Kollektivtatbestand, es handelt sich nicht um eine „reine Verfahrensvorschrift“ (so aber Kaiser/Annuß, in Richardi/Dörner/Weber, 5. Aufl. 2020, BPersVG § 75 Rn. 504). Die Ein- und Durchführung von Krankengesprächen, mit denen im Dienstbetrieb liegende Ursachen für Erkrankungen von Beschäftigten aufgeklärt werden sollen, stellt eine Maßnahme im Bereich des Gesundheitsschutzes dar sowie eine Maßnahme zur Regelung der Ordnung in der Dienststelle (VG Frankfurt, Beschl. v. 10.12.2001, 23 L 2237/01 (V), juris Rn. 13; vgl. VG Potsdam, Beschl. v. 17.12.1997, 11 K 4471/96.PVL, juris Ls.). Ein Mitbestimmungsrecht setzt voraus, dass die Regelung der Gespräche nicht dazu bestimmt ist, die Erfüllung von Dienstaufgaben der betroffenen Beschäftigten oder ihr Arbeits-/Dienstverhalten unmittelbar zu regeln (VG Frankfurt, Beschl. v. 10.12.2001, a.a.O.). Die Beteiligung der Mitarbeiter über die von ihnen gewählte Vertretung an den sie berührenden personellen und sozialen Fragen im Wege der Mitbestimmung findet dort ihre Grenzen, wo die Erfüllung der Aufgaben der Dienststelle - insbesondere die Dienstaussübung im eigentlichen Sinne - im Vordergrund steht. Das ist dann der Fall, wenn eine Anordnung von Krankengesprächen nach den Umständen des Einzelfalles in erster Linie die Voraussetzungen für die Erfüllung der konkreten dienstlichen Aufgaben der einzelnen Beschäftigten sicherstellen soll (BVerwG, Beschl. v. 6.2.1991, 6 PB 6/90, juris Orientierungssätze und Rn. 6).

b) Danach beabsichtigt der Beteiligte mit dem Projekt „volle Kraft voraus für ein gesundes Miteinander“ eine Maßnahme, die der Mitbestimmung durch den Antragsteller unterliegt.

aa) Verfahrensgegenständlich ist das Projekt in der Gestalt, wie es der Beteiligte dem Antragsteller unter dem 24. Juni 2021 zur Kenntnisnahme vorgelegt hat und dessen Umsetzung er beabsichtigt, in dem die Projektunterlagen an die Führungskräfte versendet und ihnen die Anwendung empfiehlt. Das Projekt beinhaltet ausdrücklich eine „Anwendung der Leitfäden, Checklisten und Dokumente für Führungskräfte im Umgang mit erkrankten Mitarbeitern“ mit dem Ziel, „einen Kulturwandel anzustoßen und einheitliches, gesetzeskonformes Handeln innerhalb der HPA zu etablieren [...]. Für die Pilotphase bis Mitte 2022 ist die Anwendung der beigefügten Checklisten, Dokumente und Leitfäden empfohlen, erfolgt jedoch freiwillig. Eine Dokumentation von Gesprächsinhalten kann und darf nur mit Zustimmung des*r Mitarbeiters*in erfolgen [...] Nach Projektabschluss soll das Projekt gemeinsam zwischen HR und HD evaluiert und ausgewertet werden.“ Demgemäß geht nicht einem eigentlichen Projekt eine Pilotphase voraus. Vielmehr erschöpft sich das Projekt, so wie es unter dem 24. Juni 2021 konkretisiert ist, in einer Pilotphase.

bb) Unter Anwendung der Leitfäden, Checklisten und Dokumente für Führungskräfte im Umgang mit erkrankten Mitarbeitern finden formalisierte Krankengespräche statt, da (erstens) die Auswahl der zu den Gesprächen herangezogenen Beschäftigten nach abstrakten Regeln erfolgt, (zweitens) das Gespräch durch einen gleichförmigen Ablauf formalisiert ist und (drittens) es um eine auf die Dienststelle bezogene Aufklärung geht zur Erkennung der Einflüsse der Arbeit auf den Krankenstand.

Im Leitfaden für Führungskräfte „Umgang mit langzeiterkrankten Beschäftigten“ sind die Betroffenen bestimmt: Beschäftigte, die seit mehr als sechs Wochen arbeitsunfähig oder abwesend sind bzw. deren Zeiten ihrer Arbeitsunfähigkeit/Abwesenheit in den letzten zwölf Kalendermonaten sechs Wochen oder mehr betragen. In einem Flussdiagramm sowie textlich ist das weitere Vorgehen von Kontaktaufnahme durch die Führungskraft bis ggf. einer Wiedereingliederung bestimmt.

Im Leitfaden für Führungskräfte „Willkommens- und Krankenrückkehrgespräche nach Abwesenheiten für Beschäftigte“ sind die Betroffenen angegeben: Beschäftigte, die „kurzzeitig (wenige Tage)“ erkrankt sind und in absehbarer Zeit nach Überwindung ihrer

Arbeitsunfähigkeit an ihre Arbeitsplätze zurückkehren. Die Angabe „kurzzeitig (wenige Tage)“ kann eine Steuerungsfunktion für die Führungskräfte nicht abgesprochen werden. In systematischer Auslegung im Lichte des vorgenannten Leitfadens geht es gerade nicht um den „Umgang mit langzeiterkrankten Beschäftigten“ gemäß dortiger Definition. Das Vorgehen der Führungskraft von einem ersten strukturierten Gespräch („Willkommens- und Krankenrückkehrgespräche“ beschrieben. Bei Rückfall innerhalb zwölf Monaten, dass die Betroffenen „erneut bzw. häufig kurzfristig arbeitsunfähig“ werden, ist ein weiteres Gespräch vorgesehen und weiter in verschiedenen in einem Flussdiagramm und textlich ausdrücklich so bezeichneten „Eskalationsstufen“.

Im Leitfaden für Führungskräfte „Die Gesprächsvorbereitung mit Beschäftigten zum Thema Arbeitsunfähigkeit“ sind die betroffenen Beschäftigten mittelbar dadurch bestimmt, dass es um „Klarheit in dieser Situation“ geht, in der die Führungskraft mit dem „Thema Arbeitsunfähigkeit (AU) eines*r Beschäftigten konfrontiert“ ist. Es werden notwendige Informationen für die Planung, die Gestaltung eines „guten Gesprächsaufbaus“ in fünf Phasen und der Einsatz von Fragen beschrieben.

Die Checkliste „Vorbereitung von Willkommens- u. Krankenrückkehrgesprächen“ strukturiert und vergleichförmigt die Vorgehensweise der zu führenden Gespräche hinsichtlich (Nr. 1) der Vergewisserung über das Gesprächsziel, (Nr. 2) Informationen zur Fehlzeit, (Nr. 3) Gesprächsablauf und -führung, (Nr. 4) Haltung der Führungskraft und Gestaltung der Gesprächsatmosphäre und (Nr. 5) der Bestimmung der Gesprächsteilnehmer.

Das Formular „Einwilligung zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Rahmen eines Willkommens-/Krankenrückkehrgesprächs“ dient der Legitimation der Dokumentation des Gesprächs die formalisiert nach einem „Gesprächsprotokoll Willkommens- und Krankenrückkehrgespräche“ erfolgen soll.

cc) Der Beteiligte stellt, wie aus seinem vorprozessualen Antwortschreiben vom 2. August 2021 sowie seinen Erklärungen im Anhörungstermin vom 17. Dezember 2021 hervorgeht, ein Mitbestimmungsrecht des Antragstellers allein im Hinblick auf die Freiwilligkeit in Frage. Aber auch unter diesem Blickwinkel kann weder eine Maßnahme des Beteiligten noch ein daran bestehendes Mitbestimmungsrecht des Antragstellers verneint werden.

Seitens des nicht als Führungskraft betroffenen Beschäftigten kennt das Projekt in der Gestalt vom 24. Juni 2021 eine Freiwilligkeit nur insofern, wie eine Dokumentation von Gesprächsinhalten in Rede steht. Dafür ist eine „Einwilligung zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Rahmen eines Willkommens-/Krankenrückkehrgesprächs“ vorformuliert. Ob und wie die Führungskraft das Gespräch führt, ist den betroffenen Beschäftigten nicht freigestellt. Abgesehen davon schliesse eine Freiwilligkeit seitens der Beschäftigten ein Mitbestimmungsrecht nicht aus. Dies ist höchstrichterlich entschieden im Hinblick auf Personalfragebögen nach § 88 Abs. 1 Nr. 23 HmbPersVG (BVerwG, Beschl. v. 29.7.2021, 5 P 2/20, juris Rn. 17 ff.) sowie im Hinblick auf den Kollektivtatbestand der Regelung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und der Pausen sowie die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage nach § 75 Abs. 3 Nr. 1 BPersVG a.F. (BVerwG, Beschl. v. 30.6.2005, 6 P 9/04, BVerwGE 124, 34, juris Rn. 34).

Seitens der Führungskräfte besteht zwar für das Projekt in der Gestalt vom 24. Juni 2021 eine Freiwilligkeit - im Sinne pflichtgemäßen Ermessens, da die Ausübung öffentlicher Gewalt durch einen Träger mittelbarer Staatsverwaltung wie die HPA keine Freiheitsverwirklichung darstellt. Das Projekt enthält nicht mehr und nicht weniger als eine Empfehlung an die Führungskräfte. Die Führungskräfte dürfen davon hinsichtlich Ob oder Wie abweichen und Gespräche nicht wie empfohlen oder anders als empfohlen führen. Doch hindert dies nicht die Einordnung des Projekts als Maßnahme des Beteiligten. Die Führungskräfte werden den den betroffenen Beschäftigten in ihrer vom Beteiligten abgeleiteten Dienstherrn- oder Arbeitgeberfunktion gegenüberreten. Die Führungskräfte, die der Empfehlung des Beteiligten folgen, werden Willkommens- und Krankenrückkehrgespräche gemäß den drei Leitfäden „Umgang mit langzeiterkrankten Beschäftigten“, „Willkommens- und Krankenrückkehrgespräche nach Abwesenheiten für Beschäftigte“, „Die Gesprächsvorbereitung mit Beschäftigten zum Thema Arbeitsunfähigkeit“ sowie der Checkliste „Vorbereitung von Willkommens- u. Krankenrückkehrgesprächen“ halten. Willigt der Betroffene auf dem einschlägigen Formular „Einwilligung zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Rahmen eines Willkommens-/Krankenrückkehrgesprächs“ ein, wird zudem das Gespräch nach dem Formular „Gesprächsprotokoll Willkommens- und Krankenrückkehrgespräche“ dokumentiert.

In ihrer Wirkung für die Belegschaft und damit für die Erfüllung des kollektiven Mitbestimmungstatbestands macht es keinen maßgeblichen Unterschied, ob die Führungskräfte Leitfäden, Checkliste und ggf. Einwilligungsformular und Gesprächsprotokoll deshalb anwenden, weil es ihnen empfohlen ist oder weil sie dazu angewiesen sind.

Quantitativ mag wegen des Empfehlungscharakters ein geringerer Anteil der Führungskräfte die Unterlagen des Projekts „volle Kraft voraus für ein gesundes Miteinander“ beachten und nutzen als wenn die Anwendung verbindlich wäre. Es kann jedoch keine Vollständigkeit verlangt werden, um formalisierte Krankengespräche zu bejahen. Selbst eine verbindliche Anordnung böte keine Gewähr für eine vollständige Anwendung. Es ist derzeit offen, ob die Führungskräfte mehrheitlich oder minderheitlich der Empfehlung folgen werden.

Qualitativ bewirkt das Projekt in der Gestalt vom 24. Juni 2021 jedoch unabhängig davon formalisierte Krankengespräche. Das Projekt zielt auf Gleichförmigkeit ab, darauf „einheitliches, gesetzeskonformes Handeln innerhalb der HPA zu etablieren“. Maßgeblich ist diese Intention des Beteiligten, die bereits mit Beginn des Projekts besteht und nicht erst dann eine Zurechnung zum Beteiligten vermittelt, wenn die Führungskräfte mehrheitlich der Empfehlung folgen. Würde eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme zunächst verneint, weil nicht von vornherein quantifizierbar ist, inwieweit die Führungskräfte der Empfehlung folgen, könnte zu einem späteren Zeitpunkt schwerlich eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme bejaht werden, selbst dann, wenn eine überwältigende Mehrheit der Führungskräfte wie empfohlen vorgeht. Es fehlte zu diesem späteren Zeitpunkt an einer auf die Veränderung des bestehenden Zustandes abzielenden Handlung oder Entscheidung der Dienststellenleitung, wie sie aber der personalvertretungsrechtliche Maßnahmenbegriff nach dem Vorstehenden voraussetzt. Ob das Projekt eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme des Dienststellenleiters ist, muss bereits vor seiner Umsetzung objektiv bestimmbar sein. So muss im Fall der Zustimmungspflichtigkeit bereits vor der Umsetzung die Zustimmung des Personalrats zu der beabsichtigten Maßnahme erwirkt oder ersetzt werden.