



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

BESCHLUSS

BVerwG 6 P 6.09
OVG 11 LB 5/08

In der Personalvertretungssache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 7. April 2010
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht
Dr. Bardenhewer und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Büge,
Dr. Graulich, Vormeier und Dr. Bier

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Beteiligten gegen den Beschluss des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts - Fachsenat für Personalvertretungssachen/ Bund - vom 28. Oktober 2008 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass Buchstabe b des Tenors im Wege der Berichtigung wie folgt neu gefasst wird: „der Grund für die Anforderung auf Bedarf von Leiharbeitnehmern, die auf der dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag beigefügten Akkreditierungsliste aufgeführt sind, ist nicht benannt.“

G r ü n d e :

I

- 1 Mit Schreiben vom 3. Mai 2006 bat der Beteiligte zu 1 den Antragsteller darum, dem Einsatz von Unternehmenspersonal im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung für den Schleusendecksdienst der Schleusenanlage des Nord-Ostsee-Kanals in Kiel-Holtenau zuzustimmen. Der Vorlage war der Entwurf eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages zwischen dem Bund als Entleiher und einem Verleiherunternehmen beigefügt, dessen Anlagen eine Liste der akkreditierten Mitarbeiter, die Leistungsbeschreibung und das Leistungsverzeichnis enthielten.

- 2 Der Antragsteller versagte mit Schreiben vom 12. Mai 2006 seine Zustimmung. Zur Begründung führte er an: Ihm sei nicht bekannt, welche Arbeitskräfte welchen Schichten zugeordnet würden. Im Hinblick auf die erforderliche Zusammenarbeit der einzelnen Wachen sei es erforderlich, dass diese wüssten, mit welchen zusätzlichen Kollegen sie in der nächsten Zeit arbeiten sollten. Die Verstärkung durch jeweils wechselnde Mitarbeiter sei nicht zustimmungsfähig. Dies gelte ebenfalls für den Einsatz von Leiharbeitnehmern für bedarfsweise durchzuführende Teilleistungen. Es sei nicht absehbar, wann aus welchen Gründen Arbeiten anfielen, die nicht von der Stammebelegschaft ausgeführt werden könnten. Im jeweiligen Einzelfall sei zu entscheiden, ob solche zusätzlichen Arbeiten von der Stammebelegschaft oder durch zusätzliche Leiharbeiter ausgeführt würden. Arbeitskräfte jeweils aus dem Pool der Akkreditierungsliste zu entnehmen, genüge nicht. Zu verlangen sei vielmehr die konkrete Beteiligung vor jeder Übernahme jedes einzelnen Arbeitnehmers in jedem einzelnen Fall.
- 3 Der Beteiligte zu 1 leitete sodann die Vorlage an den Beteiligten zu 2 weiter. Dieser brach das Mitbestimmungsverfahren ausweislich seines Schreibens vom 14. Juni 2006 ab mit der Begründung, die vom Antragsteller für die Zustimmungsverweigerung vorgetragene Gründe seien unbeachtlich, so dass die Zustimmung zur beabsichtigten Maßnahme als erteilt gelte.
- 4 Unter Hinweis auf seine Absicht, weiterhin im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung geeignetes Fremdpersonal zur Sicherstellung des Schleusenbetriebes bis 31. Dezember 2006 einzusetzen, bat der Beteiligte zu 1 mit Schreiben vom 6. Juli 2006 den Antragsteller erneut um Zustimmung, die dieser in seiner Sitzung vom 17. Juli 2006 verweigerte. Nach Weiterleitung der Vorlage entschied der Beteiligte zu 2 ausweislich seines Schreibens vom 28. Juli 2006 erneut, das Stufenverfahren mit dem Bezirkspersonalrat nicht einzuleiten.

- 5 Unter Hinweis auf seine Absicht, den Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung zur Sicherstellung des Schleusenbetriebes längstens bis 31. März 2007 zu verlängern, bat der Beteiligte zu 1 mit Schreiben vom 13. Dezember 2006 den Antragsteller erneut um Zustimmung, die dieser in seiner Sitzung vom 14. Dezember 2006 versagte. Der Beteiligte zu 2 brach das Mitbestimmungsverfahren ausweislich seines Schreibens vom 21. Dezember 2006 wiederum ab.
- 6 Bereits am 19. Mai 2006 hat der Antragsteller das Verwaltungsgericht angerufen. Dort hat er zuletzt beantragt,
- festzustellen, dass der Abbruch des Mitbestimmungsverfahrens durch den Beteiligten zu 2 sein Mitbestimmungsrecht verletzt, wenn er einer beabsichtigten Beschäftigung von Leiharbeitnehmern mit der Begründung widerspricht:
- a) Die Arbeitnehmer werden nicht benannt, die regelmäßig im Wechselschichtdienst gemeinsam mit der Stammbesellschaft eingesetzt werden sollen, ein jeweils wechselnder unbestimmter Einsatz von Leiharbeitnehmern, die auf der Akkreditierungsliste des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages aufgeführt sind, wird abgelehnt;
- oder
- b) der Grund für die Anforderung auf Bedarf von Leiharbeitnehmern, die auf der dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag beigefügten Akkreditierungsliste aufgeführt sind, ist nicht benannt.
- 7 Das Verwaltungsgericht hat die Anträge mit Beschluss vom 7. März 2007 abgelehnt. Die Beschwerde des Antragstellers hat das Oberverwaltungsgericht mit Beschluss vom 31. Oktober 2007 - 11 LB 2/07 - zurückgewiesen. Diesen Beschluss hat der Senat auf die sofortige Beschwerde des Antragstellers mit Beschluss vom 9. Juli 2008 - BVerwG 6 PB 17.08 - aufgehoben und die Sache zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht zurückverwiesen. Dieses hat mit Beschluss vom 28. Oktober 2008 - 11 LB 5/08 - den erstinstanzlichen Beschluss geändert und dem Begehren des Antragstellers - mit zwei Übertragungsfehlern unter Buchst. b) - entsprochen. Zur Begründung

hat es sich auf den Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 23. Januar 2008 - 1 ABR 74/06 - (BAGE 125, 306) gestützt.

- 8 Die Beteiligten zu 1 und 2 tragen zur Begründung ihrer Rechtsbeschwerde vor: Eine mitbestimmungspflichtige Einstellung liege nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer derart in die Dienststelle eingegliedert werde, dass es zu einer festeren betrieblichen und sozialen Bindung komme. Bei einem nur kurzfristigen Einsatz von Leiharbeitnehmern wie hier im Schleusendienst könne eine solche stetige Bindung nicht entstehen. Dies werde in rechtssystematischer Hinsicht durch die Mitbestimmung bei Abordnung und Zuweisung bestätigt, die erst eingreife, wenn die beabsichtigte personelle Maßnahme auf eine Dauer von mehr als drei Monaten angelegt sei. Lege man den Beschluss des Bundesarbeitsgerichts zugrunde, so laufe das Beteiligungsrecht des Personalrats leer. Denn dann wäre die Dienststelle bei Abschluss des Rahmenüberlassungsvertrages frei und könnte sich bei kurzfristigen Einzeleinsätzen auf ihre Kompetenz zum Erlass vorläufiger Regelungen berufen. Da der konkrete kurzfristige Einsatz der Leiharbeitnehmer im Schleusendienst nicht die Voraussetzungen des Einstellungsbegriffs erfüllte, seien die darauf bezogenen Zustimmungsverweigerungsgründe des Antragstellers nicht von § 77 Abs. 2 BPersVG gedeckt, so dass seine Zustimmung als erteilt gelte.
- 9 Die Beteiligten zu 1 und 2 beantragen,

den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die Beschwerde des Antragstellers gegen den erstinstanzlichen Beschluss zurückzuweisen.
- 10 Der Antragsteller beantragt,

die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.
- 11 Er hält den angefochtenen Beschluss für im Ergebnis richtig.
- 12 Der Vertreter des Bundesinteresses schließt sich den Ausführungen der Beteiligten zu 1 und 2 an.

II

- 13 Die zulässige Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 ist nicht begründet. Der Beschluss des Oberverwaltungsgerichts beruht nicht auf der Nichtanwendung oder der unrichtigen Anwendung einer Rechtsnorm (§ 83 Abs. 2 BPersVG i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 1 ArbGG). Der Beteiligte zu 2 darf das Mitbestimmungsverfahren nicht abbrechen, wenn der Antragsteller einer beabsichtigten Beschäftigung von Leiharbeitnehmern mit der aus dem zweitinstanzlichen Tenor ersichtlichen Begründung widerspricht.
- 14 1. Gegen die Zulässigkeit des im Rechtsbeschwerdeverfahren weiter verfolgten Begehrens des Antragstellers bestehen keine Bedenken.
- 15 a) Der Antragsteller ist antragsbefugt. Im personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren ist die Antragsbefugnis gegeben, wenn der Antragsteller durch die begehrte Entscheidung in seiner personalvertretungsrechtlichen Rechtsposition betroffen werden kann. Das ist regelmäßig nur dann der Fall, wenn er eigene Rechte geltend macht (vgl. Beschlüsse vom 23. September 2004 - BVerwG 6 P 5.04 - Buchholz 250 § 83 BPersVG Nr. 77 S. 5 und vom 28. August 2008 - BVerwG 6 PB 19.08 - Buchholz 251.92 § 66 SAPersVG Nr. 1 Rn. 5 m.w.N.). In der durch das streitige Begehren erfassten Fallkonstellation ist der Antragsteller als Personalrat bei der Dienststelle der unteren Verwaltungsebene in seiner eigenen personalvertretungsrechtlichen Rechtsposition dadurch betroffen, dass der Beteiligte zu 2 als Leiter der übergeordneten Dienststelle das Mitbestimmungsverfahren abbricht, bevor die bei ihr gebildete Stufenvertretung mit der Sache befasst wird. In einem solchen Fall werden ausschließlich die personalvertretungsrechtlichen Befugnisse des örtlichen Personalrats und nicht diejenigen der Stufenvertretung infrage gestellt (vgl. Beschlüsse vom 2. November 1994 - BVerwG 6 P 28.92 - Buchholz 250 § 69 BPersVG Nr. 27 S. 2 ff. und vom 28. Dezember 1994 - BVerwG 6 P 35.93 - Buchholz 250 § 69 BPersVG Nr. 28 S. 8 f.).

- 16 b) Das Rechtsschutzbedürfnis ist nicht entfallen. Zwar wurde während des gerichtlichen Verfahrens - nach Teilvergabe des Schleusendecksdienstes durch ein Privatunternehmen - die Arbeitnehmerüberlassung im Zuständigkeitsbereich des Beteiligten zu 1 beendet. Wie der Antragsteller jedoch in der Begründung seiner Nichtzulassungsbeschwerde vom 29. Mai 2008 vorgetragen hat, will der Beteiligte zu 1 von der Option, Leiharbeitnehmer im Schleusendienst am Osteingang des Nord-Ostsee-Kanals einzusetzen, in Zukunft erneut Gebrauch machen. Dem sind die Beteiligten nicht entgegengetreten. Ein Streitfall wie derjenige, der zur Anrufung des Verwaltungsgerichts geführt hat, kann sich daher zukünftig wieder ereignen.
- 17 2. Das Begehren des Antragstellers ist begründet. Der Beteiligte zu 2 darf unter den hier maßgeblichen Umständen das Mitbestimmungsverfahren nicht abbrechen.
- 18 a) Kommt in einem Mitbestimmungsverfahren eine Einigung zwischen dem Leiter der Dienststelle und dem bei dieser gebildeten Personalrat nicht zustande, so kann der Leiter der Dienststelle die Angelegenheit binnen sechs Arbeitstagen auf dem Dienstwege der übergeordneten Dienststelle vorlegen (§ 69 Abs. 3 Satz 1 BPersVG). So ist es hier in den Anlassfällen jeweils geschehen: Der Beteiligte zu 1 hat, nachdem seine Vorlagen beim Antragsteller auf Widerspruch gestoßen waren, die Sache jeweils dem Beteiligten zu 2 vorgelegt. In einem solchen Fall hat der Leiter der übergeordneten Dienststelle seinerseits die bei ihr gebildete Stufenvertretung von der beabsichtigten Maßnahme zu unterrichten und ihre Zustimmung zu beantragen (§ 69 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 4 BPersVG).
- 19 b) Von dieser Verpflichtung ist er nur entbunden, wenn die Zustimmungsverweigerung des Personalrats unbeachtlich ist. In Personalangelegenheiten nach § 75 Abs. 1, § 76 Abs. 1 BPersVG muss das Vorbringen des Personalrats es mindestens als möglich erscheinen lassen, dass einer der dafür zugelassenen und in § 77 Abs. 2 BPersVG abschließend geregelten Verweigerungsgründe gegeben ist. Eine Begründung, die offensichtlich auf keinen dieser Versagungsgründe gestützt ist, vermag nicht die Verpflichtung der übergeordneten

Dienststelle auszulösen, das Beteiligungsverfahren durch Einleitung des Stufenverfahrens fortzusetzen (vgl. Beschlüsse vom 2. November 1994 a.a.O. S. 5 und vom 7. Dezember 1994 - BVerwG 6 P 35.92 - Buchholz 251.8 § 80 RhPPersVG Nr. 10 S. 6).

- 20 c) Die vom Antragsteller geltend gemachten und vom Oberverwaltungsgericht tenorierten Zustimmungsverweigerungsgründe zielen mindestens teilweise auf die Verletzung der Unterrichtungspflicht ab. Diese stellt zwar keinen Gesetzesverstoß im Sinne von § 77 Abs. 2 Nr. 1 BPersVG dar. Der Personalrat ist nicht berechtigt, die Zustimmung allein wegen mangelnder Unterrichtung zu verweigern (vgl. Beschluss vom 10. August 1987 - BVerwG 6 P 22.84 - BVerwGE 78, 65 <68 ff.> = Buchholz 251.0 § 69 BaWüPersVG Nr. 1 S. 3 ff.; BAG, Beschluss vom 10. August 1993 - 1 ABR 22/93 - juris Rn. 27; Lorenzen, in: Lorenzen/Etzel/Gerhold/Schlatmann/Rehak/Faber, Bundespersonalvertretungsgesetz, § 77 Rn. 39b; Altvater/Hamer/Kröll/Lemcke/Peiseler, Bundespersonalvertretungsgesetz, 6. Aufl. 2008, § 77 Rn. 28; Ilbertz/Widmaier, Bundespersonalvertretungsgesetz, 11. Aufl. 2008, § 77 Rn. 20). Der Informationsanspruch des Personalrats ist vielmehr dadurch geschützt, dass die Äußerungsfrist mit der von ihr erfassten Billigungsfiktion für den Fall, dass eine Äußerung nicht abgegeben wird (§ 69 Abs. 2 Satz 3 bis 5 BPersVG), erst mit der vollständigen Unterrichtung des Personalrats zu laufen beginnt (vgl. Beschlüsse vom 24. Februar 2006 - BVerwG 6 P 4.05 - Buchholz 251.91 § 77 SächsPersVG Nr. 1 Rn. 17 und vom 11. November 2009 - BVerwG 6 PB 25.09 - juris Rn. 20). Doch darf der Leiter der übergeordneten Dienststelle das Mitbestimmungsverfahren nicht abbrechen, wenn der Personalrat die bislang unterbliebenen Informationen benötigt, um mögliche Zustimmungsverweigerungsgründe geltend machen zu können. So liegt es hier.
- 21 3. Das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers ergibt sich hier aus § 14 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 des Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - AÜG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Februar 1995, BGBl I S. 158, zuletzt geändert durch Gesetz vom 2. März 2009, BGBl I S. 416, i.V.m. § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG.

- 22 a) Gemäß § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG ist vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung der Betriebsrat des Entleiherbetriebes nach § 99 BetrVG zu beteiligen. § 14 AÜG ist durch Art. 1 des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung vom 15. Dezember 1981, BGBl I S. 1390, ins Arbeitnehmerüberlassungsgesetz eingefügt worden. Zum damaligen Zeitpunkt war das Beteiligungsrecht des Betriebsrats des Entleiherbetriebes bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern auf der Grundlage von § 99 BetrVG in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bereits anerkannt (vgl. Beschluss vom 14. Mai 1974 - 1 ABR 40/73 - BAGE 26, 149 <154 ff.>). Unter zustimmender Bezugnahme auf diese Entscheidung hat ausweislich der Gesetzesmaterialien der Gesetzgeber die Regelung in § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG getroffen und diese als „Klarstellung“ bezeichnet (vgl. BTDrucks 9/800 S. 7 f.; 9/847 S. 8 f.; 9/975 S. 6 f., 24).
- 23 Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass die Regelung in § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG gegenüber derjenigen in § 99 BetrVG keinerlei eigenständige Bedeutung hat. Vielmehr ist sie konstitutiv in dem Sinne, dass die Leitentscheidung des Gesetzgebers für die Beteiligung des Betriebsrats im Entleiherbetrieb nicht mehr durch eine einschränkende Auslegung des Mitbestimmungstatbestandes „Einstellung“ beiseite geschoben werden darf. In der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kommt dies zutreffend darin zum Ausdruck, dass in der Übernahme des Leiharbeitnehmers nach § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG die als Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 BetrVG zu erachtende Eingliederung in den Entleiherbetrieb gesehen wird (vgl. Beschlüsse vom 23. Januar 2008 - 1 ABR 74/06 - BAGE 125, 306 Rn. 22 und vom 17. Juni 2008 - 1 ABR 39/07 - AP Nr. 34 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung Rn. 21).
- 24 b) Nach § 14 Abs. 4 AÜG gilt § 14 Abs. 3 AÜG für die Anwendung des Bundespersonalvertretungsgesetzes sinngemäß. Dementsprechend tritt bei der Beteiligung des Personalrats an der Übernahme eines Leiharbeitnehmers § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG - einschließlich der bei der Mitbestimmung in Personalangelegenheiten anzuwendenden Bestimmungen, insbesondere § 77 Abs. 2 BPersVG - an die Stelle von § 99 BetrVG (vgl. Altvater u.a., a.a.O. § 75 Rn. 17; Hamann, in: Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl. 2010,

§ 14 Rn. 608; Wank, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, § 14 AÜG Rn. 31). Für das Verhältnis zwischen § 14 Abs. 4 AÜG und § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG kann nichts anderes gelten als für dasjenige zwischen § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG und § 99 BetrVG. Die Regelung in § 14 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 AÜG hat daher aus dem genannten Grunde eigenständige Bedeutung; ihr Inhalt ist von der Auslegung des Merkmals „Einstellung“ in § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG im Kern unabhängig. An seiner in die gegenteilige Richtung weisenden Rechtsprechung, derzufolge der Regelung in § 14 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 AÜG lediglich deklaratorische Bedeutung beizumessen ist (vgl. Beschlüsse vom 20. Mai 1992 - BVerwG 6 P 4.90 - BVerwGE 90, 194 <202> = Buchholz 251.8 § 80 RhPPersVG Nr. 8 S. 31 f., vom 15. März 1994 - BVerwG 6 P 24.92 - Buchholz 250 § 75 BPersVG Nr. 89 S. 2 und vom 6. September 1995 - BVerwG 6 P 9.93 - BVerwGE 99, 214 <220 f.> = Buchholz 251.5 § 77 HePersVG Nr. 4 S. 6), hält der Senat nicht uneingeschränkt fest.

- 25 Der Beteiligungstatbestand „Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung“ bestimmt sich auch im Anwendungsbereich des Bundespersonalvertretungsgesetzes nach der Erscheinungsform der Arbeitnehmerüberlassung, wie sie dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz zugrunde liegt. Danach ist Arbeitnehmerüberlassung durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehung zwischen Verleiher und Entleiher einerseits und Verleiher und Arbeitnehmer andererseits sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet. Bei ihr werden dem Entleiher die Arbeitskräfte - anders als im Rahmen eines Werkvertrages - zur Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt. Der Entleiher ist berechtigt, sie nach seinen Vorstellungen und Zielen im Betrieb wie eigene Arbeitnehmer einzusetzen. Leiharbeitnehmer sind in den Entleiherbetrieb voll eingegliedert und führen ihre Arbeiten ausschließlich nach den Weisungen des Entleihers aus (vgl. BAG, Beschluss vom 25. Januar 2005 - 1 ABR 61/03 - BAGE 113, 218 <224>). Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung im Sinne von § 14 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 AÜG ist daher die Eingliederung des Leiharbeitnehmers in die Dienststelle, die durch Arbeitsaufnahme nach Weisung des Dienststellenleiters geschieht.

- 26 c) Die Eigenständigkeit der Regelung in § 14 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 AÜG hat zur Folge, dass Einschränkungen der Mitbestimmung nach § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG, die ihre Grundlage in der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Einstellung“ finden, nicht zum Zuge kommen, soweit sie im Widerspruch stehen zur Entscheidung des Gesetzgebers für die Beteiligung des Personalrats bei der Übernahme von Leiharbeitnehmern. Dies gilt auch für die Senatsrechtsprechung, nach der mit Blick auf die Regelung in § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV eine mitbestimmungspflichtige Einstellung regelmäßig nicht vorliegt, wenn die vorgesehene Tätigkeit in der Dienststelle auf längstens zwei Monate befristet ist (vgl. Beschlüsse vom 27. November 1991 - BVerwG 6 P 15.90 - Buchholz 251.8 § 80 RhPPersVG Nr. 6 und vom 23. März 1999 - BVerwG 6 P 10.97 - BVerwGE 108, 347 <351 f.> = Buchholz 250 § 75 BPersVG Nr. 98 S. 4 f.; dazu kritisch: BAG, Beschluss vom 25. Januar 2005 - 1 ABR 59/03 - BAGE 113, 206 <213>). Diese Einschränkung scheidet hier aus, weil andernfalls die Beteiligung des Personalrats bei der Übernahme von Leiharbeitnehmern nach § 14 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 AÜG weitgehend leerläuft.
- 27 Dass die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers im Entleiherbetrieb nur von kurzer Dauer ist, ist für die Arbeitnehmerüberlassung typisch. Diese Erscheinungsform war für den Gesetzgeber bei der Einführung des Beteiligungstatbestandes im Jahre 1981 prägend. Daran hat die weitere Rechtsentwicklung nichts Wesentliches geändert. Zwar ist mit dem 1. Januar 2003 jegliche gesetzliche Einschränkung der Überlassungsdauer entfallen, so dass Leiharbeitnehmer seitdem ohne zeitliche Begrenzung an denselben Entleiher überlassen werden können (vgl. Art. 6 Nr. 3 Buchst. b des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistung am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002, BGBl I S. 4607). Dessen ungeachtet ist weiterhin davon auszugehen, dass der überwiegende Teil der Überlassungsfälle nur von kurzer Dauer ist (vgl. den Zehnten Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom 30. September 2005, BTDrucks 15/6008 S. 16). Die Kurzfristigkeit der Überlassungsfälle ist daher weiterhin Grundlage für die Gesetzesauslegung und -anwendung. Es verbietet sich somit, Einsätze im Entleiherbetrieb unterhalb einer bestimmten Dauer von der Mitbestimmung auszunehmen.

- 28 d) Eine nach § 14 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 AÜG i.V.m. § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG mitbestimmungspflichtige Übernahme eines Leiharbeitnehmers in die Dienststelle liegt erst vor, wenn der Leiharbeitnehmer dort zur Arbeitsleistung eingegliedert wird. Damit löst allein der zwischen dem Rechtsträger der Dienststelle und dem Verleiher abgeschlossene Überlassungsvertrag noch keine Beteiligungsrechte des Personalrats aus. Gleiches gilt für eine Vereinbarung zwischen Verleiher und Entleiher darüber, welche Arbeitnehmer der Verleiher in die Dienststelle entsenden kann. Allein damit ist noch keine Eingliederung in die Dienststelle verbunden. Deren Beschäftigte sind noch nicht betroffen (vgl. BAG, Beschluss vom 23. Januar 2008 a.a.O. Rn. 23).
- 29 Mitbestimmungspflichtig ist erst der tatsächliche Einsatz von Leiharbeitnehmern in der Dienststelle. Erfasst ist jede noch so kurze tatsächliche Beschäftigung. Bei mehreren aufeinanderfolgenden befristeten Einsätzen löst jeder von ihnen die Mitbestimmung aus (vgl. BAG, Beschluss vom 23. Januar 2008 a.a.O. Rn. 24; vgl. zur Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses: Beschlüsse vom 13. Februar 1979 - BVerwG 6 P 48.78 - BVerwGE 57, 280 = Buchholz 238.3 A § 75 BPersVG Nr. 10 und vom 23. März 1999 a.a.O. S. 349 bzw. S. 2).
- 30 So liegt es auch, wenn den jeweils befristeten Eingliederungen eine Rahmenvereinbarung zugrunde liegt. Dies folgt aus dem Schutzzweck der Mitbestimmung bei Einstellung, der seinen Niederschlag in den Zustimmungsverweigerungsgründen des § 77 Abs. 2 BPersVG gefunden hat und vorrangig den Interessen der in der Dienststelle bereits tätigen Beschäftigten dient (vgl. Beschluss vom 21. März 2007 - BVerwG 6 P 4.06 - BVerwGE 128, 212 = Buchholz 251.8 § 78 RhPPersVG Nr. 1 Rn. 31). Für die Beurteilung des Vorliegens von Zustimmungsverweigerungsgründen insbesondere nach § 77 Abs. 2 Nr. 2 und 3 BPersVG ist die Kenntnis von Dauer und zeitlichem Umfang der Tätigkeit des eingestellten Arbeitnehmers von wesentlicher Bedeutung. Dementsprechend kann auch eine erhebliche Erhöhung der Arbeitszeit eines bereits beschäftigten Arbeitnehmers eine mitbestimmungspflichtige Einstellung darstellen (vgl. Beschluss vom 23. März 1999 a.a.O. S. 350 f. bzw. S. 4). Die Besonderheiten der Arbeitnehmerüberlassung reduzieren insoweit die Mitbestimmungsrechte des Personalrats nicht. Dies gilt auch, wenn Dienststelle und Verleiher die Ent-

scheidung über die konkrete Auswahl der auf Anforderung der Dienststelle zum Einsatz kommenden Arbeitnehmer dem Verleiher überlassen. Auch in einem solchen Fall stellen jeder Einsatz und jeder Austausch eine erneute Übernahme im Sinne von § 14 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 AÜG dar und lösen das Mitbestimmungsrecht nach § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG aus. Die im Interesse der Beschäftigten bestehenden Mitbestimmungsrechte des Personalrats bei der Einstellung von Arbeitnehmern würden weitgehend entwertet und wären nicht sinnvoll wahrzunehmen, wenn sie sich auf die Übernahme eines Leiharbeitnehmers in einen Stellenpool oder seinen erstmaligen Einsatz beschränken würden und völlig offen wäre, wie oft, wie lange und in welchem zeitlichen Umfang er künftig eingesetzt werden wird (BAG, Beschluss vom 23. Januar 2008 a.a.O. Rn. 25; Wank, a.a.O. § 14 AÜG Rn. 20; Koch, in: Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 13. Aufl. 2009, § 120 Rn. 95; Schüren, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 318 Rn. 59; Wensing/Freise, BB 2004, 2238 <2239>; von Tiling, BB 2009, 2422 f.; Böhm, DB 2008, 2026; Hamann, a.a.O. § 14 Rn. 149).

- 31 Damit setzt sich der Senat nicht in Widerspruch zu seiner Rechtsprechung zur Einstellung von Abrufkräften, nach der auf den engen Zusammenhang der einzelnen Beschäftigungsfälle und den dadurch gegebenen einheitlichen personalvertretungsrechtlichen Lebensvorgang abgestellt wird (vgl. Beschluss vom 3. Februar 1993 - BVerwG 6 P 28.91 - BVerwGE 92, 47 <52, 55> = Buchholz 250 § 75 BPersVG Nr. 84 S. 114, 117). Wie bereits ausgeführt, sieht der Gesetzgeber im Bereich der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung einen speziellen kollektivrechtlichen Schutzbedarf, dem die Auslegung des Beteiligungstatbestandes Rechnung zu tragen hat. Dementsprechend erblickt das Bundesarbeitsgericht im zitierten Beschluss vom 23. Januar 2008 keinen Widerspruch zu seiner Rechtsprechung, wonach der Betriebsrat bereits vor Abschluss eines Rahmenvertrages mit einer Aushilfskraft nach § 99 BetrVG zu beteiligen ist (vgl. Beschluss vom 28. April 1992 - 1 ABR 73/91 - BAGE 70, 147 <154 ff.>).
- 32 4. Demnach ist der Abschluss eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages einschließlich einer Liste der akkreditierten Mitarbeiter sowie einer Leistungsbe-

schreibung und eines Leistungsverzeichnisses, wie er in den Anlassfällen zwischen dem Verleiher und dem für den Bund als Entleiher handelnden Beteiligten zu 1 vereinbart wurde, keine mitbestimmungspflichtige Übernahme von Leiharbeitnehmern im Sinne von § 14 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 AÜG i.V.m. § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG. Aus dem Vertragswerk ergibt sich zwar, für welche Arbeiten die Leiharbeitnehmer eingesetzt werden sollen, zu welchen Tageszeiträumen dies geschehen soll und welche namentlich genannten Leiharbeitnehmer für die Einsätze in Betracht kommen. Das Vertragswerk gibt jedoch keine Auskunft darüber, welche Leiharbeitnehmer in welchem nach Zeitpunkt, Dauer und Häufigkeit konkretisierten Umfang in der Dienststelle zum Einsatz kommen sollen. Die Vorlagen, die der Beteiligte zu 1 seinerzeit an den Antragsteller gerichtet hatte, verhalten sich dazu ebenfalls nicht.

- 33 Die hier in Rede stehenden Arbeitnehmerüberlassungsverträge sind dahin zu verstehen, dass die Auswahl der Leiharbeitnehmer für den jeweiligen Einsatz durch den Verleiher nach Abruf durch den Beteiligten zu 1 vorgenommen wird. Mit der Klausel in § 2 Abs. 1 Unterabs. 2 Satz 2 des Vertrages ist offensichtlich die telefonische Erreichbarkeit des Verleihers angesprochen. Die Regelung in § 7 des Vertrages über den Arbeitnehmernaustausch spricht ebenfalls für dieses Verständnis. Angesichts der logistischen Probleme, die ein direktes Abrufrecht des Entleihers für den Verleiher mit sich bringt (vgl. Hamann, NZA 2008, 1042 <1044>), wäre für eine dahingehende Gestaltung eine eindeutige vertragliche Regelung zu fordern, die hier nicht vorliegt. Abgesehen davon kann es für den Schutz der Stammebelegschaft, den die Regelung in § 14 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 AÜG vornehmlich im Auge hat, keinen Unterschied machen, ob die Leiharbeitnehmer vom Entleiher direkt oder nach Einschaltung des Verleihers abgerufen werden. Dies sieht offenbar das Bundesarbeitsgericht ebenso. Denn es hat „auch“ den Fall einbezogen, in welchem Arbeitgeber und Verleiher die Entscheidung über die konkrete Auswahl der auf Anforderung des Arbeitgebers zum Einsatz kommenden Leiharbeitnehmer dem Verleiher überlassen (Beschluss vom 23. Januar 2008 a.a.O. Rn. 25); der andere Fall - direkter Abruf durch den Arbeitgeber - sollte offenbar erst recht erfasst sein (a.A. Hamann, NZA 2008, 1042 <1043 f.>).

- 34 Aus der fehlenden Mitbestimmungspflichtigkeit der hier in Rede stehenden Arbeitnehmerüberlassungsverträge folgt zugleich, dass eine dahingehende Vorlage des Beteiligten zu 1 nicht zustimmungsfähig ist. In solchen Fällen müssen die Beteiligten zu 1 und 2 die Vorlage entweder zurückziehen oder in der Weise ergänzen, dass die Zustimmung zu bestimmten, in ihrem Umfang konkretisierten Eingliederungen begehrt wird (vgl. BAG, Beschluss vom 23. Januar 2008 a.a.O. Rn. 26). Keinesfalls darf der Beteiligte zu 2 das Mitbestimmungsverfahren abbrechen in der Erwägung, die Zustimmung des Antragstellers zum Einsatz der Leiharbeitnehmer in der Dienststelle während des Vertragszeitraums gelte als erteilt (§ 69 Abs. 2 Satz 5 BPersVG). Dies gilt insbesondere dann, wenn der Antragsteller mit seinen Einwänden bezweckt, die Zustimmungsfähigkeit der Vorlage herbeizuführen bzw. ihre Überprüfung anhand denkbarer Zustimmungsverweigerungsgründe zu ermöglichen. Darauf zielen die im angefochtenen Beschluss tenorierten Einwände des Antragstellers ab:
- 35 a) Mit seinem Einwand zu a) nimmt der Antragsteller Bezug auf Position 01.03.0010 des Leistungsverzeichnisses (Anlage 3 der Arbeitnehmerüberlassungsverträge), wonach Leiharbeitnehmer im Wechselschichtdienst eingesetzt werden sollen. Er will wissen, welche Leiharbeitnehmer regelmäßig im Wechselschichtdienst mit der Stammebelegschaft eingesetzt werden sollen. Die namentliche Benennung derjenigen Leiharbeitnehmer, die im Wechselschichtdienst eingesetzt werden sollen, ist zur Konkretisierung der mitbestimmungspflichtigen Eingliederung unentbehrlich.
- 36 Zugleich bringt der Antragsteller in diesem Zusammenhang zum Ausdruck, dass er einen jeweils wechselnden unbestimmten Einsatz von Leiharbeitnehmern aus der Akkreditierungsliste ablehnt. Damit macht er der Sache nach einen Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 77 Abs. 2 Nr. 2 BPersVG geltend. Danach kann der Personalrat in Personalangelegenheiten der Arbeitnehmer seine Zustimmung verweigern, wenn die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, dass durch die Maßnahme Beschäftigte der Dienststelle benachteiligt werden, ohne dass dies aus dienstlichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist. Für eine Benachteiligung können rein tatsächliche Belastungen ausreichen. Ein Nachteil kann schon in bloß tatsächlichen, für die Ar-

beitnehmer ungünstigen Auswirkungen liegen. Dazu zählen vorhersehbare tatsächliche Erschwerungen der Arbeit von nicht unerheblichem Gewicht, die von der Belegschaft abgewendet werden sollen (vgl. Beschlüsse vom 4. Juni 1993 - BVerwG 6 P 33.91 - Buchholz 251.2 § 86 BlnPersVG Nr. 3 S. 15 f. und vom 21. März 2007 a.a.O. Rn. 32; BAG, Beschluss vom 2. April 1996 - 1 ABR 39/95 - AP Nr. 9 zu § 99 BetrVG 1972 Versetzung Bl. 1842).

- 37 Der Antragsteller befürchtet, dass der unregelmäßige Einsatz von Leiharbeitnehmern im Schleusendecksdienst zu Erschwernissen für die im Wechselschichtdienst tätigen regulären Beschäftigten führt. Diese Sorge ist nicht von vornherein von der Hand zu weisen. Ob sie zutrifft, ist im Mitbestimmungsverfahren zu prüfen.
- 38 b) Mit seinem Einwand zu b) nimmt der Antragsteller Bezug auf Position B01.04.0010 des Leistungsverzeichnisses, wonach Leiharbeitnehmer bei Bedarf auf besondere Anforderungen des Beteiligten zu 1 zum Einsatz kommen sollen. Er wünscht vom Beteiligten zu 1 den jeweiligen Grund für die besondere Anforderung eines Leiharbeitnehmers zu erfahren. Dies zielt letztlich ebenfalls auf den Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 77 Abs. 2 Nr. 2 BPersVG ab. Der Antragsteller will vermeiden, dass Leiharbeitnehmer zum Einsatz kommen, obschon reguläre Beschäftigte zur Verfügung stehen, um die anfallenden Arbeiten zu erledigen. Er will prüfen, ob Gründe für die Anforderung von Leiharbeitnehmern, wie z.B. Urlaub, Krankheit oder Fortbildung von regulären Beschäftigten tatsächlich vorliegen. Da jeder dieser besonderen Einsätze mitbestimmungspflichtig ist, hat der Beteiligte zu 1 die entsprechende Information zu erteilen (§ 68 Abs. 2 Satz 1 BPersVG).

- 39 5. Der Senat hat Buchstabe b des Tenors im Wege der Berichtigung nach § 319 ZPO neu gefasst (vgl. Beschluss vom 21. Dezember 2006 - BVerwG 6 PB 17.06 - Buchholz 251.91 § 39 SächsPersVG Nr. 1 Rn. 5). Die Beteiligten sind gehört worden.

Dr. Bardenhewer

Büge

Dr. Graulich

Vormeier

Dr. Bier

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Personalvertretungsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

BPersVG §§ 75, 77
AÜG § 14

Stichworte:

Mitbestimmung des Personalrats bei der Übernahme von Leiharbeitnehmern zur Arbeitsleistung in der Dienststelle.

Leitsätze:

1. Unter der nach § 14 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 AÜG der Mitbestimmung des Personalrats unterliegenden Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung ist die Eingliederung des Leiharbeitnehmers in die Dienststelle zu verstehen, die durch Arbeitsaufnahme nach Weisung des Dienststellenleiters geschieht.
2. Einsätze des Leiharbeitnehmers in der Dienststelle von kurzer Dauer sind von der Mitbestimmung des Personalrats nicht ausgenommen.
3. Der zwischen dem Verleiher und dem Bund als Entleiher abgeschlossene Überlassungsvertrag löst auch dann kein Beteiligungsrecht des Personalrats aus, wenn er eine Liste der zur Arbeitsleistung überlassenen Arbeitnehmer enthält.

Beschluss des 6. Senats vom 7. April 2010 - BVerwG 6 P 6.09

- I. VG Schleswig vom 07.03.2007 - Az.: VG 18 A 5/06 -
- II. OVG Schleswig vom 28.10.2008 - Az.: OVG 11 LB 5/08 -