

# Keine Mitbestimmung bei kurzzeitiger Beschäftigung von Arbeitnehmern

Der Personalrat 7/2018

Ab Seite 59

OVG Nordrhein-Westfalen – 01.06.2017 – 20 A 965/17. PVL

*Die in § 8 Abs. 1 SGB IV enthaltene Einschränkung, dass das Vorliegen einer geringfügigen Beschäftigung auch bei einer Beschäftigungsdauer von weniger als zwei Monaten für den Fall der berufsmäßigen Ausübung der Beschäftigung zu verneinen ist, ist zwar für den Geltungsbereich des Sozialversicherungsrechts von Bedeutung, jedoch für die Beantwortung der Frage, ob die zeitlich begrenzte Aufnahme einer Tätigkeit im öffentlichen Dienst unter dem Gesichtspunkt der Einstellung der Mitbestimmung des Personalrats unterliegt, nicht entscheidend.*

§ 72 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LPVG NRW

§ 8 Abs. 1 SGB IV

## Sachverhalt

[1] Die Beteiligte unterrichtete den Antragsteller darüber, Herrn N. im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses für die Zeit vom 4. bis 6. und vom 11. bis 13. April 2014 als Facharzt .... im Klinikum N. zu beschäftigen. Die daraufhin mit Schreiben vom 18. März 2014 erhobene Forderung des Antragstellers auf Einleitung eines Mitbestimmungsverfahrens wies die Beteiligte unter dem 19. März 2014 mit Hinweis auf die nur kurzzeitige Beschäftigung zurück.

[2] Mit Schreiben vom 24. März 2014 informierte die Beteiligte den Antragsteller über ihre Absicht, den Krankenpfleger V. ab dem 24. März 2014 für einen Zeitraum von vier Wochen im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung zu beschäftigen. Auch insoweit machte der Antragsteller erfolglos ein ihm zustehendes Mitbestimmungsrecht geltend.

[3] Am 14. Mai 2014 hat der Antragsteller das vorliegende personalvertretungsrechtliche Beschlussverfahren eingeleitet (...)

[4] Der Antragsteller hat beantragt,

[5] 1. festzustellen, dass die Einstellung des Herrn V. als Leiharbeitnehmer der Firma Q. Personal für die Zeit vom 24. März 2014 für die Dauer von vier Wochen seiner Mitbestimmung nach § 72 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LPVG NRW unterliegt,

[6] 2. festzustellen, dass im Fall eines vorübergehenden Einsatzes von Beschäftigten im Rahmen der Betriebsorganisation, auch wenn sie nicht zwei Monate im Jahr überschreitet, dies seiner Mitbestimmung nach § 72 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LPVG NRW unterliegt,

[7] 3. festzustellen, dass die Einstellung des Herrn N. als Facharzt im Bereich Pädiatrie des K. im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses für die Zeit vom 4. bis 6. April 2014 sowie vom 11. bis zum 13. April 2014 für die Dauer von sechs Tagen seiner Mitbestimmung nach § 72 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LPVG NRW unterliegt,

[8] 4. festzustellen, dass der vorübergehende Einsatz von Ärzten im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses, auch wenn der Einsatz den Zeitraum von zwei Monaten im Jahr nicht überschreitet, seiner Mitbestimmung nach § 72 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LPVG NRW unterliegt.

[9] Die Beteiligte hat beantragt,

[10] die Anträge abzulehnen.

(...)

[12] Mit Beschluss vom 26. März 2015 hat die Fachkammer für Landespersonalvertretungssachen des Verwaltungsgerichts die Anträge abgelehnt und zur Begründung im Wesentlichen angeführt: Die Anträge zu 1. und 3. seien unzulässig, weil für sie in Anbetracht der bereits beendeten Beschäftigungen das Rechtsschutzinteresse fehle. Die Anträge zu 2. und 4. seien unbegründet. Das geltend gemachte Mitbestimmungsrecht bei Einstellung bestehe nicht. Bei einer Beschäftigung für einen Zeitraum von bis zu zwei Monaten im Jahr fehle es an einer hinreichenden Eingliederung in die Dienststelle. Das Abstellen auf eine Beschäftigungszeit von zwei Monaten orientieren sich an § 8 Abs. 1 SGB IV. In dieser Bestimmung werde zwar auch darauf abgestellt, dass die Beschäftigung nicht berufsmäßig ausgeübt werde. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts komme es auf diese Voraussetzung aber für die Frage des Bestehens eines Mitbestimmungsrechts bei einer Einstellung nicht an.

[13] Gegen diesen Beschluss hat der Antragsteller Beschwerde erhoben, die sich allein gegen die Ablehnung der erstinstanzlichen Anträge zu 2. und 4. richtet. (...)

## **Entscheidungsgründe**

[22] Die Beschwerde hat keinen Erfolg.

[23] Die Anträge zu 2. und 4. sind unbegründet. Wenn der Einsatz den Zeitraum von zwei Monaten im Jahr nicht überschreitet, unterliegt weder der vorübergehende Einsatz von Beschäftigten als Leiharbeitnehmer noch der vorübergehende Einsatz von Ärzten im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses der Mitbestimmung des Antragstellers nach § 72 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LPVG NRW.

## **Mitbestimmung bei Einstellung**

[24] Nach § 72 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LPVG NRW hat der Personalrat unter anderem mitzubestimmen in Personalangelegenheiten bei Einstellung.

[25] Unter Einstellung (eines »neuen« Beschäftigten) ist die Eingliederung des Beschäftigten in die Dienststelle zu verstehen, die regelmäßig durch den Abschluss eines Arbeitsvertrags und die tatsächliche Aufnahme der vorgesehenen Tätigkeit bewirkt wird. Ob ein Arbeitnehmer in die Dienststelle eingegliedert ist, hängt dabei weder von der Dauer seiner Zugehörigkeit zu dieser Dienststelle noch von der Dauer seiner Arbeitszeit ab, sondern (nur) davon, ob er eine regelmäßige und dauernde, nicht bloß vorübergehende und auch nicht geringfügige Arbeit verrichtet.

[26] Vgl. BVerwG, Beschluss vom 27. November 1991 – 6 P 15.90 –, PersR 1992, 198 (...); OVG NRW, Beschlüsse des Fachsenats vom 27. Oktober 1999 – 1 A 5193/97.PVL –, PersR 2000, 117 (...), vom 28. Februar 2001 – 1 A 1802/99.PVL –, und vom 9. April 2003 – 1 A 423/01.PVL –, juris, jeweils m. w. N.

## **Wahrnehmen von Daueraufgaben**

[27] Von einer tatsächlichen Eingliederung ist regelmäßig dann auszugehen, wenn Daueraufgaben der Dienststelle wahrgenommen werden, es sich insbesondere in ihrer Art und Zielsetzung nach um Aufgaben handelt, die so auch den bereits in der Dienststelle tätigen Beschäftigten obliegen. Dies sind jedoch nur Anhaltspunkte für die Entscheidung, ob tatsächlich eine Eingliederung erfolgt ist. Zu einer Eingliederung kommt es – auch wenn wie hier Daueraufgaben wahrgenommen werden – dann nicht, wenn Aushilfstätigkeiten ausgeübt werden, die ersichtlich zu keiner betrieblichen und sozialen Bindung an die Dienststelle führen, weil sie nur geringfügig und nur vorübergehender Natur sind. Entscheidend ist in diesen Fällen nicht die Art der wahrzunehmenden Aufgabe, sei sie dauernder oder nur vorübergehender Natur, sondern die (nur vorübergehende und geringfügige) Art der ausgeübten Tätigkeit.

[28] Vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 27. November 1991 – 6 P 15.90 –, a. a. O., und vom 25. September 1995 – 6 P 44.93 –, PersR 1996, 147 (...); OVG NRW, Beschluss vom 9. April 2003 – 1 A 423/01.PVL –, a. a. O.

## **Aushilfstätigkeit aus konkretem Anlass**

[29] Für den Regelfall gilt die Vermutung, dass Tätigkeiten in einer Dienststelle dann geringfügiger und vorübergehender Natur sind, wenn sie aus besonderem Anlass anfallen und dabei – etwa konkretisiert durch eine Befristung – von vornherein auf längstens zwei

Monate im Jahr begrenzt sind. Letzteres ist insbesondere der Fall, wenn schon bei Übertragung der Tätigkeit absehbar ist, dass die betreffende Aushilfstätigkeit – gerade auch mit Blick auf die konkreten Anlass gebenden Umstände – nicht für einen längeren Zeitraum als zwei Monate anfallen werden. Wenn sich nämlich derartige Tätigkeiten auf besonders veranlasste Einzelfälle von kurzzeitiger Dauer beschränken, kommt es in der Regel nicht zu einer sozialen Abhängigkeit des Arbeitnehmers von dem Empfänger der Dienstleistung. Auch die persönlichen und sozialen Kontakte zu den anderen Beschäftigten sind wegen der zeitlichen Begrenzung der nicht auf regelmäßige Wiederholung angelegten Aushilfsbeschäftigung notwendigerweise beschränkt. Die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit und die Höhe des Entgelts während dieser Tätigkeit sind dagegen grundsätzlich ohne Belang.

[30] Vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 27. November 1991 – 6 P 15.90 –, a. a. O., und vom 25. September 1995 – 6 P 44.93 –, a. a. O.; OVG NRW, Beschluss vom 9. April 2003 – 1 A 423/01.PVL –, a. a. O.; zum Nichteingreifen der Vermutungsregel in Fällen, in denen sich immer wieder vorkommende kurzzeitige Tätigkeiten über das ganze Jahr erstrecken: OVG NRW, Beschlüsse des Fachsenats vom 27. Oktober 1999 – 1 A 5193/97.PVL –, PersR 2000, 117 (...), und vom 28. Februar 2001 – 1 A 1802/99.PVL –.

## **Beschäftigungszeitraum von mindestens zwei Monaten**

[31] Die Herleitung des Beschäftigungszeitraums von mindestens zwei Monaten für die Annahme eines Mitbestimmungsrechts erfolgt auf der Grundlage eines Rückgriffs auf § 8 Abs. 1 SGB IV. Danach kann eine geringfügige Beschäftigung nur dann vorliegen, wenn diese unter anderem innerhalb eines Jahres seit ihrem Beginn auf längstens zwei Monate oder 50 Arbeitstage nach ihrer Eigenart begrenzt zu sein pflegt oder im Voraus vertraglich begrenzt ist. Insofern weist der Antragsteller zwar zutreffend darauf hin, dass § 8 Abs. 1 SGB IV im Weiteren das Vorliegen einer geringfügigen Beschäftigung auch bei einer Beschäftigungsdauer von weniger als zwei Monaten unter anderem für den Fall verneint, dass die Beschäftigung berufsmäßig ausgeübt wird. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass diese Einschränkung für den Geltungsbereich des Sozialversicherungsrechts von Bedeutung ist, jedoch für die Beantwortung der Frage, ob die zeitlich begrenzte Aufnahme einer Tätigkeit im öffentlichen Dienst unter dem Gesichtspunkt der Einstellung der Mitbestimmung des Personalrats unterliegt, nicht entscheidend ist. Das Bundesverwaltungsgericht stellt in ständiger Rechtsprechung für die Beantwortung der Frage, ob eine Tätigkeit bloß vorübergehend und geringfügig ist, ausschließlich auf die zeitliche Komponente aus § 8 Abs. 1 SGB IV ab. Das Tatbestandsmerkmal der Berufsmäßigkeit der Beschäftigung hat bislang in keiner Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts eine Rolle gespielt. Insbesondere ist in keinem Fall einer Aufnahme einer Tätigkeit von weniger als zwei Monaten unter Hinweis auf eine vermeintliche Berufsmäßigkeit der Beschäftigung das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts bei Einstellungen bejaht worden.

[32] Davon abzuweichen, besteht weder auf der Grundlage des Vorbringens des Antragstellers noch ansonsten ein Anlass, weil bei der Aufnahme einer Tätigkeit von bis zu zwei Monaten lediglich eine geringe Einbindung des Beschäftigten in den vorhandenen

Personalkörper erfolgt und in der Regel keine soziale Abhängigkeit des Beschäftigten eintritt.

## **Aufnahme einer Tätigkeit als Leiharbeitnehmer**

[33] Dieses Ergebnis gilt uneingeschränkt auch für die Aufnahme einer Tätigkeit von Leiharbeitnehmern. Entgegen der Auffassung des Antragstellers folgt nichts anderes aus § 14 Abs. 3 AÜG. Die sich aus dieser Bestimmung ergebende Beteiligungspflichtigkeit der Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung gilt für Personalvertretungen im öffentlichen Dienst eines Landes nur, wenn das Landesrecht dies bestimmt.

[34] Vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 20. Mai 1992 – 6 P 4.90 –, PersR 1992, 405 (...), und vom 25. April 2012 – 6 PB 24.11 –, PersR 2012, 324 (...).

[35] Dies ist aber im Land Nordrhein-Westfalen nicht der Fall. Der nordrhein-westfälische Gesetzgeber hat bislang keinen Gebrauch von der Möglichkeit gemacht, die Beteiligungsanordnung in § 14 Abs. 3 AÜG durch Erlass einer entsprechenden landesrechtlichen Norm zusätzlich auch auf die Personalvertretungen im Geltungsbereich des LPVG NRW zu beziehen.

(...)

## **Praxishinweis**

Die Entscheidung des OVG Nordrhein-Westfalen entspricht ständiger Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zur Mitbestimmung beim vorübergehenden Einsatz von Beschäftigten. Dennoch vermag diese Rechtsprechung nach wie vor nicht zu überzeugen.

Die Entscheidungsbegründung beginnt zunächst recht vielversprechend mit der zutreffenden Feststellung, dass die Eingliederung in die Dienststelle weder von der Dauer der Zugehörigkeit zu dieser Dienststelle noch von der Dauer der Arbeitszeit abhängt. Anders als zum Beispiel beim Mitbestimmungstatbestand der Abordnung gemäß § 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BPersVG, die erst nach drei Monaten der Mitbestimmung unterliegt, setzt die Mitbestimmung bei der Einstellung gemäß § 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BPersVG gerade nicht voraus, dass diese für einen bestimmten Zeitraum erfolgt. Eine solche Einschränkung lässt sich dem Gesetzestext nicht entnehmen. Ungeachtet dessen schränkt das OVG den Mitbestimmungstatbestand ein, indem es die negative Tatbestandsvoraussetzung aufstellt, dass es zu einer Eingliederung nicht komme, wenn Aushilfstätigkeiten ausgeübt werden, die ersichtlich zu keiner betrieblichen und sozialen Bindung an die Dienststelle führen, weil sie nur geringfügig und vorübergehender Natur sind. Eine reine Fiktion ist die Annahme des OVG, die persönlichen und sozialen Kontakte zu anderen Beschäftigten in der Dienststelle seien wegen der zeitlichen Begrenzung der Aushilfsbeschäftigung notwendigerweise beschränkt.

Noch weniger nachvollziehbar wird die Entscheidung durch den Rückgriff auf § 8 Abs. 1 SGB IV. Zum einen will sich nicht recht erschließen, welcher Zusammenhang zwischen der personalvertretungsrechtlichen Vorschrift des § 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BPersVG und der sozialrechtlichen Vorschrift des § 8 Abs. 1 SGB IV besteht. Zum anderen ist völlig schleierhaft, warum das OVG diese Vorschrift inkonsequent nur teilweise anwendet. Es übernimmt zwar einerseits die Zwei-Monats-Grenze, lässt aber andererseits eine Beschäftigung von weniger als zwei Monaten nicht ausreichen, auch wenn die Beschäftigung berufsmäßig ausgeübt wird. Das OVG pickt sich für seine Argumentation aus § 8 Abs. 1 SGB IV die Rosinen heraus, um zu einer Einschränkung des Mitbestimmungsstatbestands der Einstellung zu kommen.

Auch außerhalb des Anwendungsbereichs des § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG, der gemäß § 14 Abs. 4 AÜG nur für das BPersVG sinngemäß gilt, ist bei jeder vorübergehenden Beschäftigung, unabhängig von deren Dauer, das Mitbestimmungsrecht zu bejahen. Das BVerwG<sup>1</sup> hat zutreffend darauf hingewiesen, dass es für die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers im Entleiherbetrieb typisch sei, dass diese nur für kurze Dauer erfolge. Es verbiete sich somit, Einsätze im Entleiherbetrieb unterhalb einer bestimmten Dauer von der Mitbestimmung auszunehmen. Mitbestimmungspflichtig sei daher jede noch so kurze tatsächliche Beschäftigung von Leiharbeitnehmern. Auch beim Austausch von Leiharbeitnehmern liege eine mitbestimmungspflichtige Einstellung vor.<sup>2</sup>

Zwar wird diese Argumentation auf § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG gestützt, der vorliegend nicht anwendbar war. Mangels Einschränkung des Mitbestimmungsstatbestands bei der Einstellung nach § 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BPersVG und den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften auf bestimmte Einsatzzeiten bedarf es eines Rückgriffs auf § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG aber nicht, um ein Mitbestimmungsrecht beim vorübergehenden Einsatz von Beschäftigten zu bejahen, handele es sich um Leiharbeiter oder freie Dienstverhältnisse.

**Gunnar Herget**, Fachanwalt für Arbeitsrecht, CNH Anwälte, Fachkanzlei Arbeitsrecht, Essen.

---

[1] Beschluss v. 7.4.2010 – 6 P 6.09 –, PersR 2010, 312.

[2] So auch BAG 23.1.2008 – 1 ABR 74/06 –, juris.