

Die Beteiligung von Personal- und Betriebsrat bei der Beendigung einer Personalgestellung

RA, FAArbR Dr. Christian von Tiling, Ruge · Krömer Fachanwälte für Arbeitsrecht, Hamburg

Im Anschluss an den Beitrag in Heft 6/2013 widmet sich der folgende Beitrag der Beendigung des Einsatzes eines gestellten Arbeitnehmers unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligungsrechte von Personalrat und Betriebsrat. Die Beispiele gehen weiterhin von dem Grundfall aus, dass die „abgebende“ Dienststelle dem Personalvertretungsrecht (exemplarisch LPVG NW) unterfällt und für den „aufnehmenden“ Betrieb das BetrVG gilt.

I. Beendigung der Personalgestellung durch „Rückholung“

Personalgestellung ist die auf Dauer angelegte Beschäftigung bei einem Dritten. Der gestellte Arbeitnehmer „folgt“ seinen Aufgaben, die durch Gesetz, öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Vertrag **dauerhaft** auf einen Dritten übertragen worden sind.

1. Zulässigkeit der „Rückholung“

Daraus könnte man schließen, dass die „Rückholung“ eines gestellten Arbeitnehmers an den vormaligen Beschäftigungsort, also in die ursprüngliche Dienststelle, zumindest so lange ausgeschlossen ist, wie nicht auch die Aufgaben zurück übertragen werden.

In der Literatur wird jedoch zu Recht die Auffassung vertreten, dass das Merkmal der Dauerhaftigkeit nicht bedeutet, dass der gestellte Arbeitnehmer bis zum Erreichen der tariflichen Altersgrenze bei dem Dritten eingesetzt werden muss. Erforderlich ist lediglich, dass bei Beginn der Personalgestellung **beabsichtigt** war, den Arbeitnehmer bis zum Ende seines Arbeitsverhältnisses bei dem Dritten einzusetzen. Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Arbeitnehmer im Ergebnis tatsächlich dauerhaft („für immer“) bei dem Dritten beschäftigt wird (*Preis/Greiner*, ZTR 2006, 290, 292; *Sponer/Steinherr*; TV-L, § 4 Rn. 134).

Die „Rückholung“ von gestellten Arbeitnehmern in die ursprüngliche Dienststelle ist daher grundsätzlich **zulässig**.

2. Doppelzuständigkeit von Betriebs- und Personalrat?

Ausgehend von der Rechtsprechung des BAG, dass bei innerbetrieblichen Versetzungen gestellter Arbeitnehmer der Betriebsrat im aufnehmenden Betrieb nach § 99 BetrVG mitzubestimmen hat (BAG, NZA 2011, 1373), könnte auch im Falle der „Rückholung“ ein Beteiligungsrecht des Betriebsrats zu bejahen sein.

Ebenso gut kann man sich aber auf den Standpunkt stellen, dass die genannte Entscheidung des BAG vom 04.05.2011 (BAG, NZA 2011, 373) nur auf die **inner-**

betriebliche Versetzung bezogen war und daher auf eine **betriebsübergreifende Versetzung** (aus dem Betrieb des privatwirtschaftlichen Arbeitgebers heraus in die Dienststelle des Vertragsarbeitgebers hinein) nicht zu übertragen ist. Hierfür könnte sprechen, dass durch die Herausnahme eines gestellten Arbeitnehmers aus dem aufnehmenden Betrieb die Interessen der dortigen Mitarbeiter und des dortigen Betriebsrats nicht berührt werden.

Das BAG hat schon seit jeher die Auffassung vertreten, dass bei einer betriebsübergreifenden Versetzung (dh von einem Betrieb in einen anderen Betrieb desselben Arbeitgebers) beide Betriebsräte zu beteiligen sind. Der Betriebsrat des abgebenden Betriebs ist unter dem Gesichtspunkt der „Versetzung“ zu beteiligen; der Betriebsrat des aufnehmenden Betriebs ist unter dem Gesichtspunkt der „Einstellung“ zu beteiligen. Das Beteiligungsrecht des Betriebsrats im abgebenden Betrieb soll nur dann entfallen, wenn die Versetzung mit Einverständnis des betroffenen Arbeitnehmers erfolgt (vgl. nur BAG, NZA 1993, 714).

3. Keine Zuständigkeit des Betriebsrats

Die besseren Argumente sprechen jedoch gegen die Zuständigkeit des beim „Dritten“ gebildeten Betriebsrats.

Für die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Interessenvertretungen ist entscheidend, **ob der Vertragsarbeitgeber oder der Inhaber des aufnehmenden Betriebs die mitbestimmungspflichtige Entscheidung trifft**. Dies hat das BAG für Leiharbeit und ähnliche Überlassungsformen mehrfach so entschieden: Bei Maßnahmen, die Leiharbeitnehmer betreffen, richtet sich die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Betriebsräte des Verleiher- und des Entleiherbetriebs danach, ob der Verleiher als Vertragsarbeitgeber oder der Entleiher die mitbestimmungspflichtige Entscheidung trifft (BAG, NZA 2009, 112). In der Entscheidung vom 09.06.2011 formuliert das BAG sehr plastisch: **„Wo aber für die R-GmbH nichts zu entscheiden war, gab es für den bei ihr gewählten Betriebsrat auch nichts mitzubestimmen“** (BAG, ArbRAktuell 2011, 325).

Für eine „Doppelzuständigkeit“ von Betriebsrat und Personalrat bleibt nur dann Raum, wenn „beide betroffenen Arbeitgeber eine mitbestimmungspflichtige Entscheidung treffen“ (LAG Düsseldorf, ZTR 2012, 247).

Praxistipp: *Wer berechtigt ist, eine mitbestimmungspflichtige Entscheidung zu treffen, richtet sich primär nach dem Inhalt des Gestellungsvertrages. Wenn der öffentliche Vertragsarbeitgeber die Personalhoheit be-*

hält, also er allein zur Entscheidung berechtigt ist, ist auch nur der bei ihm gebildete Personalrat zuständig.

Vorbehaltlich einer ausdrücklichen anderslautenden Regelung wird man Personalgestellungsverträge regelmäßig so auslegen können, dass der öffentliche Vertragsarbeitgeber sich die **Rückholung bzw. den Austausch gestellter Arbeitnehmer vorbehalten** hat und hierfür **allein entscheidungsbefugt** ist. Zuständig für die „Rückholung“ ist dann allein der öffentliche Vertragsarbeitgeber. Der private Betriebsinhaber hätte keinerlei Entscheidungsbefugnisse, sodass auch für eine Beteiligung des dortigen Betriebsrats kein Raum ist.

Wenn der Betriebsinhaber über den Verbleib oder die Rückkehr eines gestellten Arbeitnehmers nicht entscheiden kann, macht es auch keinen Sinn, dass er bei seinem Betriebsrat die Zustimmung zu der Versetzung oder Abordnung beantragt und notfalls gerichtlich ersetzen lässt (vgl. § 99 IV BetrVG).

Im Ergebnis ist der beim Dritten gebildete Betriebsrat bei der „Rückholung“ eines gestellten Arbeitnehmers nicht nach § 99 BetrVG zu beteiligen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Kompetenz zur „Rückholung“ beim Vertragsarbeitgeber verblieben ist.

4. Zuständigkeit des Personalrats?

Damit ist noch nicht gesagt, dass zwangsläufig die Zuständigkeit des Personalrats des Vertragsarbeitgebers begründet ist. Dies ist vielmehr in einem zweiten Schritt anhand der jeweiligen personalvertretungsrechtlichen Rechtslage zu ermitteln.

Praxistipp: *Zunächst ist zu klären, wie die „Rückholung“ des gestellten Arbeitnehmers rechtlich zu qualifizieren ist. Wegen des unternehmensübergreifenden Charakters der Rückholung dürfte es sich weniger um eine Versetzung oder Abordnung handeln. Richtiger Anknüpfungspunkt ist vielmehr der Begriff der Einstellung.*

Dies korrespondiert auch mit der Rechtsprechung des BAG. In der Privatwirtschaft gilt der Wechsel von einem Betrieb in einen anderen Betrieb desselben Arbeitgebers für den Betriebsrat des abgebenden Betriebs als „Versetzung“ und für den Betriebsrat des aufnehmenden Betriebs als „Einstellung“ (BAG, NZA 1993, 714). Vor diesem Hintergrund spricht einiges dafür, dass die Rückholung eines gestellten Arbeitnehmers bzw. dessen Wiedereingliederung in seine ursprüngliche Dienststelle unter dem Gesichtspunkt „Einstellung“ mitbestimmungspflichtig ist. Denn faktisch wird der bislang im Betrieb des Dritten eingesetzte Arbeitnehmer nach ggf. mehrjähriger Abwesenheit erstmals wieder in die Dienststelle des Vertragsarbeitgebers aufgenommen.

Andererseits hat das BAG in der Entscheidung vom 09.06.2011 für den Fall der Personalgestaltung ganz klar die Parallele zur Arbeitnehmerüberlassung gezogen und ausgeführt, dass in allen Fällen des drittbezogenen Personaleinsatzes der überlassene Arbeitnehmer auch während der Zeit seiner Arbeitsleistung bei einem Dritten **Angehöriger des entsendenden Betriebes** bleibt (BAG, ArbRAktuell 2011, 325). Nimmt man das BAG beim Wort, wäre ein gestellter Arbeitnehmer während

der Gestellung (auch) Angehöriger der Dienststelle des Vertragsarbeitgebers geblieben. Wenn er aber die ganze Zeit Angehöriger der Dienststelle geblieben wäre, würde die „Rückholung“ keine personalvertretungsrechtliche Einstellung bedeuten.

Im Ergebnis lässt sich durchaus vertreten, dass die „Rückholung“ **weder eine Versetzung noch eine Einstellung** darstellt und daher nicht der personalvertretungsrechtlichen Mitbestimmung unterliegt. Dies gilt insbesondere für die Personalvertretungsgesetze, die die Personalgestaltung in verschiedenen Zusammenhängen ausdrücklich erwähnen, nicht jedoch im Kontext von Einstellung, Versetzung, Umsetzung und Abordnung. Da die Personalgestaltung bspw. im aktuellen LPVG NW mehrfach erwähnt wird, in § 72 I Nr. 5 jedoch weiterhin nur von Versetzung, und Umsetzung die Rede ist, geht das BAG davon aus, dass die Personalgestaltung als **tatsächlicher Akt nicht der Mitbestimmung unterliegt** (BAG, ArbRAktuell 2010, 583). Wenn aber die Personalgestaltung als solche nicht der Mitbestimmung unterliegt, muss dies erst recht für deren Beendigung als *actus contrarius* gelten.

Praxistipp: *Je nach Formulierung des LPVG sollte der öffentliche Arbeitgeber erwägen, höchst vorsorglich seinen Personalrat unter dem Gesichtspunkt der (Wieder-)Einstellung zu beteiligen.*

II. Beendigung der Personalgestaltung durch Kündigung

Die Personalgestaltung schützt den Arbeitnehmer nicht vor dem Ausspruch einer Kündigung. Verhaltens-, personen- oder betriebsbedingte Gründe können während der Gestellung an einen Dritten ebenso entstehen, wie wenn der Arbeitnehmer weiterhin beim Vertragsarbeitgeber eingesetzt worden wäre. Die Personalgestaltung verbessert oder verschlechtert die kündigungsrechtliche Situation des Arbeitnehmers somit nicht.

1. Kündigungsrecht bleibt beim Vertragsarbeitgeber

In den meisten Personalgestellungsverträgen ist ausdrücklich geregelt, dass der Vertragsarbeitgeber die Kündigungsbefugnis behält. Hierzu gibt es auch keine sinnvolle Alternative, da nur der Partner des Arbeitsvertrages über die Beendigung des Vertrages entscheiden kann.

2. Zuständigkeit des Personalrats

Wenn sich der Vertragsarbeitgeber zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit einem gestellten Arbeitnehmer entschließt, so ist nach Auffassung des Verfassers allein der Personalrat des Vertragsarbeitgebers zur Mitbestimmung berechtigt.

a) Regelfall: Alleinige Zuständigkeit des Personalrats

Zuständig ist die Personalvertretung der Dienststelle, die in der jeweiligen Angelegenheit zur Entscheidung befugt ist (*Richardi/Dörner/Weber*, BPersVG, § 72 Rn. 8; ebenso BAG, NZA 2009, 112 zur Leiharbeit). Handelt die aufnehmende Dienststelle, so ist die bei ihr gebildete Personalvertretung zur Ausübung eventueller Beteiligungsrechte zuständig. Wird demgegenüber die abge-

bende Dienststelle tätig, ist die bei ihr gebildete Interessenvertretung zuständig.

Dies hat jetzt auch das BAG – zwar nicht unmittelbar für die tarifliche Personalgestaltung, aber für eine **vergleichbare Gestaltungssituation** (ARGE gemäß § 44 b SGB II) – entschieden. Dort heißt es im Leitsatz wörtlich: „Wird ein Arbeitnehmer eines öffentlichen Arbeitgebers von diesem einer in der Rechtsform einer GmbH gebildeten Arbeitsgemeinschaft zur Dienstleistung zugewiesen, ist grundsätzlich vor der Kündigung des Arbeitnehmers nicht der bei der Arbeitsgemeinschaft gebildete Betriebsrat gemäß § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG anzuhören, sondern der beim Arbeitgeber errichtete Personalrat zu beteiligen.“ (BAG, ArbRAktuell 2011, 325).

Auch wenn sich die BAG-Entscheidung auf die Zuweisung kommunaler Arbeitnehmer an eine in der Rechtsform einer GmbH geführten Arbeitsgemeinschaft nach § 44 b SGB II bezieht, sind die dortigen Grundsätze **auf die tarifliche Personalgestaltung zu übertragen**: Da im Falle der Kündigung von gestellten Arbeitnehmern der Kündigungsentschluss nicht durch den Inhaber des aufnehmenden Betriebs gefasst und umgesetzt wird, macht eine Beteiligung des dortigen Betriebsrats keinen Sinn. Eine Verdopplung der Beteiligungsverfahren mit ggf. gegenläufigen Voten der beiden Arbeitnehmervertretungen verbessert die Rechtsstellung des zur Kündigung anstehenden Arbeitnehmers nicht.

Zu beteiligen ist somit **ausschließlich der Personalrat der abgebenden Dienststelle**. Dies dürfte auch dann gelten, wenn im Personalgestellungsvertrag bestimmt ist, dass die Kündigung „im Einvernehmen mit dem Dritten“ oder „nach Anhörung des Dritten“ ausgesprochen wird. Solange der Vertragsarbeitgeber das Letztentscheidungsrecht hat, ist nur der bei ihm gebildete Personalrat zu beteiligen.

b) Ausnahme: Vertragliche Sonderregelung

Theoretisch denkbar sind Sonderregelungen im Personalgestellungsvertrag, die eine Abweichung von dem unter a) erläuterten Regelfall rechtfertigen können. Wenn nämlich der öffentliche Vertragsarbeitgeber im Personalgestellungsvertrag die Ausübung seines Kündigungsrechts **an das Einverständnis des „Dritten“ geknüpft** haben sollte, wäre eine **Doppelzuständigkeit** von Personal- und Betriebsrat naheliegend.

c) Ausnahme: Gemeinschaftsbetrieb

Von dem unter a) entwickelten Regelfall könnte es eine weitere Ausnahme geben: Wenn der Personalgestellungsvertrag so gestaltet ist und gelebt wird, dass der privatwirtschaftliche Betrieb von dem Betriebsinhaber und dem Vertragsarbeitgeber als Gemeinschaftsbetrieb geführt wird, dürfte der für diesen Gemeinschaftsbetrieb gebildete Betriebsrat für das Verfahren nach § 102 BetrVG zuständig sein.

So befasst sich auch das BAG in der Entscheidung vom 09.06.2011 (ArbRAktuell 2011, 325) sehr ausführlich mit der Frage, ob die in der Rechtsform einer GmbH geführten Arbeitsgemeinschaften nach § 44 b SGB II, der kommunale Arbeitnehmer zugewiesen waren, einen

Gemeinschaftsbetrieb von Kommune und Agentur für Arbeit darstellt. Wäre dies zu bejahen gewesen, hätte nach Auffassung des BAG der **Betriebsrat des Gemeinschaftsbetriebs** gemäß § 102 BetrVG beteiligt werden müssen.

Von einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen ist nach der Rechtsprechung des BAG auszugehen, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem **einheitlichen Leitungsapparat** gesteuert wird. Dazu müssen sich die beteiligten Unternehmen zumindest stillschweigend zu einer **gemeinsamen Führung** rechtlich verbunden haben. Diese einheitliche Leitung muss sich auf die wesentlichen Funktionen eines Arbeitgebers in sozialen und personellen Angelegenheiten erstrecken. Zu den wesentlichen, betriebsverfassungsrechtlich relevanten Entscheidungen eines Arbeitgebers gehören zB Einstellungen, Entlassungen, Versetzungen oder die Anordnung von Überstunden. An einem gemeinsamen Betrieb müssen nicht ausschließlich (juristische) Personen des Privatrechts, sondern können auch Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts beteiligt sein (BAG, ArbRAktuell 2011, 325).

Für nicht ausreichend hielt das BAG die **bloße Übertragung der fachlichen Weisungsbefugnis** auf den Geschäftsführer der ARGE. Anhaltspunkte dafür, dass ein einheitlicher Leitungsapparat geschaffen wurde, der den Einsatz der Arbeitnehmer, die der ARGE zur Erfüllung ihrer Aufgaben von der Kommune und der Agentur für Arbeit zugewiesen worden sind, tatsächlich gesteuert hat und dass sich diese einheitliche Leitung auf die wesentlichen Funktionen eines Arbeitgebers in den personellen und sozialen Angelegenheiten erstreckt hat, sah das BAG nicht.

Praxistipp: *Nach Einschätzung des Verfassers wird es nur sehr selten vorkommen, dass der Personalgestellungsvertrag bewusst oder unbewusst so formuliert ist, dass die Personalgestaltung zugleich die Voraussetzungen eines Gemeinschaftsbetriebs erfüllt.*

Die für die Personalgestaltung typische Aufteilung der Arbeitgeberbefugnisse (Zuständigkeit des Vertragsarbeitgebers für das arbeitsvertragliche Grundverhältnis und Zuständigkeit des „Dritten“ für die Ausübung des Direktionsrechts) begründet nach Überzeugung des Verfassers gerade nicht eine „gemeinsame Führung“ bzw. einen „einheitlichen Leitungsapparat“ iSd BAG-Rechtsprechung.

Ausgeschlossen ist dies jedoch nicht, wie nicht zuletzt die breiten Ausführungen des BAG in der Entscheidung vom 09.06.2011 zeigen.

Praxistipp: *Wenn sich ausnahmsweise Anhaltspunkte für das Bestehen eines Gemeinschaftsbetriebs ergeben, sollte vorsorglich auch der Betriebsrat im „aufnehmenden“ Betrieb vor Ausspruch einer Kündigung gemäß § 102 BetrVG beteiligt werden.*