

## Die konkurrierende Zuständigkeit von Personalrat und Betriebsrat bei der Personalgestaltung

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

Das Instrument der Personalgestaltung ermöglicht den Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes, einseitig den dauerhaften Einsatz von Arbeitnehmern bei „Dritten“ anzuordnen – auch und insbesondere in Betrieben der Privatwirtschaft. Dies wirft die Frage auf, welcher Dienststelle bzw. welchem Betrieb die Arbeitnehmer während der Gestellung angehören, ob also die gestellten Arbeitnehmer weiterhin der Zuständigkeit des Personalrats der „abgebenden“ Dienststelle oder der des Betriebsrats des „aufnehmenden“ Betriebs unterfallen.

Einige praxisrelevante Konstellationen sollen in diesem Beitrag und in einem Folgebeitrag näher beleuchtet werden. Die Beispiele gehen von dem Grundfall aus, dass der Vertragsarbeitgeber dem Personalvertretungsrecht (exemplarisch LPVG NW) unterfällt und für den Partner der Personalgestaltung, also den „Dritten“ iSv § 4 III TVöD/TV-L das BetrVG gilt. In Anlehnung an die in der Arbeitnehmerüberlassung gebräuchlichen Terminologie wird nachfolgend von „abgebender“ Dienststelle und „aufnehmendem“ Betrieb gesprochen.

### I. Beginn der Personalgestaltung

Schon vor der Personalgestaltung sind Beteiligungsrechte des Personalrats in den Blick zu nehmen.

#### 1. Planungsphase beim öffentlichen Arbeitgeber

Zunächst ist zu prüfen, ob nach dem jeweiligen Personalvertretungsrecht bereits die Planung und Entscheidung des öffentlichen Arbeitgebers, Aufgaben und Personal im Wege der Personalgestaltung auf einen privaten Arbeitgeber zu verlagern, Beteiligungsrechte auslösen. Zu denken ist etwa an § 65 III Nr. 4 LPVG NW, der eine Beteiligung des Wirtschaftsausschusses bei „beabsichtigten Partnerschaften mit Privaten“ verlangt, oder an § 72 IV Nr. 22 LPVG NW („Übertragung von Arbeiten der Dienststelle, die üblicherweise von ihren Beschäftigten vorgenommen werden, auf Dauer an Privatpersonen oder auf Dritte in jeglicher Rechtsform – Privatisierung“). Ob jede Aufgabenverlagerung und Gestellung – ungeachtet ihres Umfangs – bereits das Gewicht einer „Partnerschaft“ oder „Privatisierung“ haben und somit die genannten Rechte von Personalrat und Wirtschaftsausschuss auslösen, erscheint zweifelhaft. Angesichts der weiten und unbestimmten Formulierung des Gesetzes ist eine einschränkende Interpretation durch die Gerichte zu erwarten. Soweit ersichtlich existiert derzeit keine Rechtsprechung zu §§ 65 und 72 LPVG NW, die die aufgeworfenen Fragen beantwortet.

#### 2. Abschluss des Personalgestellungsvertrages

Wenn man in § 72 IV Nr. 22 LPVG NW keine hinreichende Grundlage für ein Mitbestimmungsrecht des Personalrats sieht, bleibt die Frage, ob sich ein solches aus § 72 IV Nr. 20 LPVG NW herleiten lässt („Abschluss von Arbeitnehmerüberlassungs- oder Gestellungsverträgen“).

Nach bisheriger Rechtslage existierte kein ausdrücklicher Beteiligungstatbestand für den Abschluss des Personalgestellungsvertrages, so dass in diesem Stadium kein rechtlicher Anknüpfungspunkt für eine Mitbestimmung des Personalrats bestand (vgl. LAG Hamm v. 14.8.2008 – 11 Sa 552/08, BeckRS 2008, 57844).

Seit dem Jahr 2011 löst der Abschluss von Gestellungsverträgen (wieder) ein Mitbestimmungsrecht des Personalrats aus, vgl. § 72 IV Nr. 20 LPVG NW. Ob unter „Gestellung“ auch die tarifliche Personalgestaltung zu verstehen ist, bleibt offen. Der Wortlaut des Gesetzes, der pauschal von Arbeitnehmerüberlassungs- und Gestellungsverträgen spricht und auch nicht danach differenziert, ob der öffentliche Arbeitgeber Personal heranholt oder abgibt, lässt die Einbeziehung der tariflichen Personalgestaltung zumindest möglich erscheinen.

**Praxistipp:** Welche Haltung die Rechtsprechung hierzu einnehmen wird, bleibt abzuwarten. Wie eine Mitbestimmung über die Modalitäten der Gestellung in der Praxis aussehen soll, ist schwer vorstellbar. Bei näherer Betrachtung bleibt kaum etwas übrig, was nicht ohnehin durch den fortbestehenden Arbeitsvertrag und die grundsätzliche Entscheidung über die dauerhafte Aufgabenverlagerung determiniert ist. Der Personalrat wird die Gestellung als solche jedenfalls nicht verhindern können.

Im Geltungsbereich des BetrVG fehlt ein rechtlicher Anknüpfungspunkt für die Mitbestimmungspflichtigkeit einer Vereinbarung über eine Personalgestaltung. Der Betriebsrat des aufnehmenden Betriebs ist daher nur insoweit zu beteiligen, als die Realisierung der Gestellung (ggf. im Zusammenspiel mit weiteren Maßnahmen) für den aufnehmenden Betrieb eine Betriebsänderung iSv § 111 BetrVG darstellt. Dies muss in jedem Einzelfall geprüft werden.

#### 3. Der Wechsel des einzelnen Arbeitnehmers in den aufnehmenden Betrieb

Der tatsächliche Wechsel des Arbeitnehmers von der bisherigen Dienststelle in den aufnehmenden Betrieb

löst das Mitbestimmungsrecht des dortigen **Betriebsrats** nach § 99 BetrVG aus. Es handelt sich um eine **Einstellung**. Denn der Begriff der Einstellung setzt nicht den Abschluss eines Arbeitsvertrages zwischen Betriebsinhaber und Mitarbeiter voraus. Der Betriebsrat kann seine Zustimmung nur aus den in § 99 II BetrVG genannten Gründen verweigern. Erfahrungsgemäß gelingt es dem Betriebsrat nur selten, eine Einstellung dauerhaft zu blockieren.

Insbesondere kann sich der Betriebsrat nicht darauf berufen, dass die Personalgestellung eine nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung darstellt und daher gegen den neu gefassten § 1 I 2 AÜG verstößt verstößt. Aus dem neuen gesetzlichen Merkmal „**vorübergehend**“ ist der Umkehrschluss zu ziehen, dass auf Dauer angelegte Überlassungsformen wie die Personalgestellung durch das AÜG von vornherein nicht erfasst und geregelt werden (*Ruge/von Tiling*, ZTR 2012, 263; *Gerdorf*, öAT 2011, 150). Der Gesetzgeber wollte mit der Änderung des § 1 I 2 AÜG sicherlich nicht dem bewährten Instrument der Personalgestellung die **Grundlage entziehen**.

**Praxistipp:** *Ob für den Personalrat der abgebenden Dienststelle ein Mitbestimmungsrecht besteht, ist auf der Grundlage des jeweiligen Landespersonalvertretungsrechts zu klären. Da das LPVG NW die Personalgestellung nun mehrfach erwähnt, aber in § 72 Abs. 1 Nr. 5 weiterhin nur von Versetzung, und Umsetzung spricht, soll die Personalgestellung als tatsächlicher Akt offenbar nicht der Mitbestimmung unterliegen (ebenso schon BAG, ArbR 2010, 583).*

## II. Teilnahme an Betriebs- und Personalratswahlen

Nach der Gestellung an den Betrieb eines privatrechtlichen Arbeitgebers stellt sich zunächst die Frage, welche Arbeitnehmervertretung der gestellte Arbeitnehmer zukünftig wählt – den Personalrat in der abgebenden Dienststelle, den Betriebsrat im aufnehmenden Betrieb oder beide.

### 1. Aktives Wahlrecht bei der Betriebsratswahl

Das aktive Wahlrecht bei Betriebsratswahlen ist in § 7 BetrVG geregelt. Wahlberechtigt sind nicht nur die Mitarbeiter, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen, sondern gemäß § 7 Satz 2 auch „Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers“ die „zur Arbeitsleistung überlassen“ worden sind. Hiermit sind insbesondere Leiharbeiter gemeint. Unter diesen Tatbestand fallen aber auch Arbeitnehmer öffentlicher Arbeitgeber, die im Wege der Personalgestellung in privatrechtlich organisierten Betrieben tätig sind (*Fitting*, BetrVG, 26. Aufl. 2012, § 7 Rn. 51). Infolge der Personalgestellung entsteht somit ein aktives Wahlrecht für die Betriebsratswahlen im aufnehmenden Betrieb (BAG, NZA 2013, 107; OVG NRW v. 23.3.2010, Juris, 1 A 2037/05.PVL).

### 2. Passives Wahlrecht bei der Betriebsratswahl

Die Frage des passiven Wahlrechts bei Betriebsratswahlen ist erst kürzlich durch das Bundesarbeitsgericht entschieden worden. Danach sind die bei einem öffentlichen Arbeitgeber angestellten und kraft Personalgestellung in einem privatrechtlichen Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer bei den Betriebsratswahlen **passiv wahlberechtigt**. (BAG, NZA 2013, 107). Sie gelten gemäß § 5 I 3 BetrVG als Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG und sind somit auch gemäß § 8 BetrVG passiv wahlberechtigt.

### 3. Aktives Wahlrecht bei der Personalratswahl

Damit ist noch nicht gesagt, dass automatisch das aktive Wahlrecht zum Personalrat der abgebenden Dienststelle endet.

Die Kommentarliteratur geht von der Möglichkeit einer mehrfachen Betriebszugehörigkeit und einem „doppelten Wahlrecht“ aus (*Fitting*, BetrVG, § 7 Rn. 82). Diese Rechtslage besteht (im Geltungsbereich des BetrVG) bspw. auch für Leiharbeiter. Leiharbeiter haben ein aktives Wahlrecht im Entleiherbetrieb und im Verleiherbetrieb, vgl. § 7 S. 2 BetrVG.

Entscheidend ist letztlich die Regelung im jeweiligen Landespersonalvertretungsrecht. Die meisten Landespersonalvertretungsgesetze treffen für das aktive Wahlrecht von gestellten Arbeitnehmern zum Personalrat der abgebenden Dienststelle keine ausdrückliche Regelung. Bspw. sind nach § 13 HmbPersVG zunächst alle Beschäftigten im Sinne des § 4 HmbPersVG wahlberechtigt. Eine den §§ 5, 7 BetrVG vergleichbare Regelung bezüglich überlassener Arbeitnehmer fehlt jedoch. Allerdings sieht § 11 IV HmbPersVG einen Wegfall des aktiven Wahlrechts in der bisherigen Dienststelle bei Abordnung an eine andere Dienststelle vor, sofern die Abordnung länger als neun Monate dauern soll. Der Vergleich von *vorübergehenden* Abordnungen innerhalb der öffentlichen Verwaltung mit der *auf Dauer* angelegten Gestellung an einen privatrechtlichen Arbeitgeber legt den Schluss nahe, dass im Falle der Personalgestellung *erst recht* das **aktive Wahlrecht bei den Personalratswahlen wegfällt**. Demgemäß ist nach derzeitiger Rechtslage in Hamburg kein aktives Wahlrecht der gestellten Arbeitnehmer für den Personalrat der abgebenden Dienststelle gegeben.

Anders dürfte dies wohl im Geltungsbereich des LPVG NW sein. Dort ist in § 10 II neuerdings ausdrücklich geregelt, dass im Falle einer Personalgestellung *innerhalb des öffentlichen Dienstes* ein **doppeltes aktives Wahlrecht** besteht – also für den Personalrat der abgebenden Dienststelle und für den Personalrat der aufnehmenden Dienststelle. Vermutlich werden die Gerichte den Willen des Gesetzgebers so interpretieren, dass es für die Erhaltung des aktiven Wahlrechts in der abgebenden Dienststelle unerheblich ist, ob die Gestellung an einen anderen öffentlichen Arbeitgeber (so der Wortlaut des § 10 II LPVG NW) oder an einen privaten Arbeitgeber erfolgt.

#### 4. Passives Wahlrecht bei der Personalratswahl

Das **passive Wahlrecht** ist regelmäßig an das **aktive Wahlrecht gekoppelt**. Das passive Wahlrecht bei den Personalratswahlen in der abgebenden Dienststelle erlischt daher bspw. in Hamburg ebenso wie das aktive. Dies führt dazu, dass in Hamburg die gestellten Arbeitnehmer bei den Personalratswahlen in der abgebenden Dienststelle nicht mehr wählbar sind.

Anders könnte dies wiederum in Nordrhein-Westfalen sei, wo § 11 I LPVG NW ebenfalls das passive Wahlrecht an das aktive knüpft. Da im Falle der Personalgestellung das aktive Wahlrecht fortbesteht, müsste auch das passive fortbestehen. Es wäre jedoch wünschenswert, wenn die Gerichte einem solchen **doppelten passiven Wahlrecht** einen Riegel vorschieben.

### III. Verteilung der Zuständigkeiten während der Gestellung

Welcher Arbeitnehmervertretung welche Beteiligungsrechte während der Gestellung zustehen, ist jetzt durch das BAG – zwar nicht unmittelbar für die tarifliche Personalgestellung, aber für eine vergleichbare Gestellungssituation (ARGE gemäß § 44 b SGB II) – anschaulich und praxisnah erläutert worden.

#### 1. BAG vom 09.06.2011

In der Entscheidung vom 9. Juni 2011 (BAG, ArbR 2011, 325) heißt es hierzu wörtlich:

*„Welche Beteiligungsrechte in einem solchen Fall jeweils dem Betriebsrat oder dem Personalrat zustehen, richtet sich nach dem Zweck des Beteiligungsrechts und danach, welche Belange des Arbeitnehmers und welche Interessen der beim öffentlichen Arbeitgeber oder der bei der Arbeitsgemeinschaft Beschäftigten berührt werden (vgl. für Leiharbeiter BAG 15.12.1992 – 1 ABR 38/92 – aaO). Die Zuständigkeit des Personalrats oder des Betriebsrats für die Wahrnehmung von Mitbestimmungsrechten hängt bezüglich der von einem öffentlichen Arbeitgeber einer privat-rechtlich organisierten Arbeitsgemeinschaft überlassenen Arbeitnehmer damit vom Gegenstand des Mitbestimmungsrechts und der darauf bezogenen Entscheidungsmacht ab (vgl. für Leiharbeiter BAG 19.6.2001). Verbleiben bei dem öffentlichen Arbeitgeber, wie dies bei der Beklagten der Fall war, die den Bestand und den Inhalt des Arbeitsverhältnisses betreffenden materiellen Entscheidungsbefugnisse, hat dies zur Folge, dass er den bei ihm errichteten Personalrat bei der Ausübung solcher Befugnisse zu beteiligen hat. Dieser vertritt ihm gegenüber auch die Interessen der einer privat-rechtlich organisierten Arbeitsgemeinschaft zugewiesenen Arbeitnehmer. Insoweit ist in § 6 der Rahmenvereinbarung vom 15. März 2005 zutreffend eine Zuständigkeit des beim Jugend- und Sozialamt der Beklagten errichteten Personalrats festgehalten. Beziehen sich die Entscheidungsbefugnisse nicht auf den Bestand und den Inhalt des Arbeitsverhältnisses, kommen allerdings Beteiligungsrechte des bei einer privat-rechtlich organisierten Arbeits-*

*schaft gebildeten Betriebsrats auch bezüglich der zugewiesenen bzw. überlassenen Arbeitnehmer in Betracht. Soweit von der privat-rechtlich organisierten Arbeitsgemeinschaft in personellen und sozialen Angelegenheiten tatsächlich materielle Arbeitgeberfunktionen wahrgenommen werden und damit bei dieser die für die Ausübung des Beteiligungsrechts wesentlichen Konfliktslagen auftreten, ist der dort gebildete Betriebsrat zuständig und vertritt insoweit die Interessen der zugewiesenen Arbeitnehmer“.*

#### 2. Verteilung der Zuständigkeiten

Diese Zuständigkeitsabgrenzung entspricht im Wesentlichen der für Leiharbeiter entwickelten Abgrenzung (BAG, NZA 2001, 1263). Für den Leiharbeiter stellt sich die vergleichbare Frage, ob der Betriebsrat des entleihenden Betriebs oder der Betriebsrat des verleihenden Betriebs zuständig ist. Letztlich kommt es also darauf an, **wie die Befugnisse zwischen dem Vertragsarbeitgeber und dem Dritten** (bspw. in einem Personalgestellungsvertrag) **aufgeteilt** sind und/oder **wer faktisch die beteiligungspflichtige Entscheidung trifft** (ebenso BAG, NZA 2009, 112 zur Leiharbeit).

Der Verfasser interpretiert die zur Leiharbeit und zur Gestellung an eine privat-rechtliche ARGE ergangene Rechtsprechung so, dass im Falle der tariflichen Personalgestellung im Regelfall

- die auf die **Ausübung des betrieblichen Direktionsrechts** (bspw. Einhaltung und Erfassung der Arbeitszeit – VG Frankfurt v. 19.6.2006, 23 L 850/06 –, Genehmigung und Abrechnung von Dienstreisen, Prüfung und Genehmigung von Erholungsurlaub bzw. Arbeitsbefreiung, Entgegennahme der Krankmeldungen, betriebliches Eingliederungsmanagement, Arbeitsschutz – OVG NRW v. 23.3.2010, 1 A 2037/05. PVL) bezogenen Beteiligungsrechte regelmäßig beim Betriebsrat des aufnehmenden Betriebes liegen und
- für **arbeitsvertragsbezogene Maßnahmen** (bspw. Genehmigung oder Veränderung von Teilzeit, Altersteilzeit, Sonderurlaub, Kündigung, Aufhebungsvertrag, Anordnung von amts- oder vertrauensärztlichen Untersuchungen usw.) die Zuständigkeit des Personalrats der abgebenden Dienststelle begründet ist.

Die vorstehenden Grundsätze gelten jedoch nicht, wenn der Personalgestellungsvertrag ausdrücklich etwas anderes regelt!

#### 3. Beispiel: Versetzung

Vor diesem Hintergrund hat das BAG bspw. entschieden, dass bei **innerbetrieblichen Versetzungen** gestellter Arbeitnehmer der Betriebsrat im aufnehmenden Betrieb nach § 99 BetrVG mitzubestimmen hat. Das BAG hat ausdrücklich offen gelassen, ob daneben auch dem Personalrat der abgebenden Dienststelle personalvertretungsrechtliche Mitbestimmungsrechte zustehen (BAG, NZA 2011, 1373). Nach Auffassung des Verfassers berührt eine innerbetriebliche Versetzung im aufnehmenden Betrieb nicht die Interessen der beim Vertragsarbeitgeber beschäftigten Mitarbeiter, so dass eine **parallele**

**Zuständigkeit des Personalrats** der abgebenden Dienststelle **keinen Sinn** macht. Der gestellte Arbeitnehmer ist zudem durch das Verfahren nach § 99 BetrVG hinreichend geschützt.

Das LAG Düsseldorf hat mit (nicht rechtskräftiger) Entscheidung vom 21.12.2011 (6 TaBV 75/11, BeckRS 2012, 66670) in einem ähnlichen Fall genau anders entschieden und die Zuständigkeit der beim Vertragsarbeitgeber gebildeten Interessenvertretung bejaht. Dort hatte sich allerdings der Vertragsarbeitgeber die Zustimmung zu innerbetrieblichen Versetzungen beim „Dritten“ vertraglich vorbehalten!

#### 4. Regelung in einem Personalgestellungsvertrag

In der Praxis werden die Übertragung des Weisungsrechts auf den Dritten und die Aufteilung der Befugnisse

zwischen dem Vertragsarbeitgeber und dem Dritten häufig durch Vertrag festgeschrieben.

**Praxistipp:** *Auch der nachträgliche Abschluss einer Vereinbarung über eine bereits laufende Personalgestaltung erscheint ohne Weiteres möglich.*

Solche Verträge haben den Vorteil, dass sie für alle Beteiligten Transparenz schaffen und zukünftigen Streitigkeiten vorbeugen können. Mittelbar werden damit auch die Zuständigkeiten von Personal- und Betriebsrat abgegrenzt. Allerdings ist darauf zu achten, dass die Verteilung der Zuständigkeiten von Personal- und Betriebsrat nicht abweichend von gesetzlichen Vorschriften geregelt wird. Eine solche Regelung wäre unwirksam.

*Mögliche Beteiligungsrechte bei der Beendigung der Personalgestaltung werden im folgenden Heft gesondert behandelt.* ■