



Sehr geehrte Damen und Herren,

Ob Krise oder Aufschwung – unser Arbeitsmarkt verändert sich dynamisch. Und er ist flexibler geworden. Das spiegelt sich unter anderem in der gestiegenen Zahl der Leiharbeitnehmer wider. Aber auch die Tatsache, dass immer häufiger Menschen – mindestens vorübergehend – „in Teilzeit“ arbeiten, ist eine Facette dieser Veränderungen. Wichtige Informationen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer zur rechtlichen Seite von Teilzeitarbeit und Leiharbeit finden Sie in diesem Newsletter. Speziell für Anwender des PersVG Berlin haben wir einen Beschluss des Verwaltungsgerichts Berlin vom 21.12.2010 besprochen: „Keine Beteiligung des Personalrats bei ganz vorübergehenden/geringfügigen Beschäftigungen von Leiharbeitnehmern (2 Monate)“. Darüber hinaus machen wir auf den Seiten vier und fünf auf interessante Fälle aus der arbeitsrechtlichen Praxis aufmerksam.

Zuguterletzt: Wir freuen uns, dass Frau Karcher, die vielen Mandanten noch gut bekannt sein dürfte, nach einem „Ausflug“ nach Hessen nun wieder unser Büro tatkräftig unterstützt!

Haben Sie Fragen zu einem Newsletter-Thema? Bitte sprechen Sie uns an!

Mit herzlichen Grüßen

Maria Timmermann

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht



Inhalte: Mandanten Newsletter Januar 2011

Seite 02 // Regelungen zur Teilzeitarbeit

Seite 03 // Leiharbeit und Betriebsrat

Seite 04 // Fristlose Kündigung wegen Verdachts des Pfandbonnmissbrauchs rechtmäßig
// Werbung mit ausgeschiedenem Mitarbeiter

Seite 05 // BAG-Ticker – Neues aus dem Bundesarbeitsgericht

Seite 06 // Mitbestimmung des Betriebsrats und des Personalrats
beim Leiharbeitnehmereinsatz



maria timmermann

Rechtsanwaltskanzlei

Koenigsallee 7, 14193 Berlin

Tel.: 030. 864 797-0

Fax: 030. 864 797-77

kanzlei@timmermann-rechtsanwaelte.de

www.timmermann-rechtsanwaelte.de



Mitglied der Arbeitsgemeinschaft
Arbeitsrecht

Deutscher Anwaltverein

Regelungen zur Teilzeitarbeit

Teilzeitarbeit ist weit verbreitet – nicht nur während der Elternzeit. Haben Unternehmen und Betriebe durch den Aufschwung mehr zu tun, kann es zu Problemen kommen, wenn Arbeitnehmer in Teilzeit arbeiten wollen. Im Folgenden finden Sie eine Übersicht über die wichtigsten Regelungen, die sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Arbeitnehmer wichtig sind.

Grundsätzlich können sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf Teilzeit einigen. Kommt es nicht zu einer Einigung, hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Teilzeit, dem wiederum Ablehnungsgründe des Arbeitgebers entgegenstehen können. An eine Ablehnung während der Elternzeit eines Arbeitnehmers sind allerdings sehr strenge Anforderungen gestellt.

Anspruch und Verfahren

Arbeitnehmer haben grundsätzlich einen Anspruch auf einen Teilzeitarbeitsplatz. Dafür müssen sie aber bereits mindestens sechs Monate in dem Unternehmen beschäftigt sein. Eine weitere Voraussetzung für diesen Anspruch ist, dass dort in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt sind. Für Kleinbetriebe gilt der allgemeine Anspruch auf einen Teilzeitarbeitsplatz somit nicht.

Der Antrag auf Arbeit in Teilzeit muss schriftlich gestellt werden. Formvorschriften gibt es darüber hinaus keine. Er muss mindestens drei Monate vor dem gewünschten Beginn beim Arbeitgeber vorliegen. Für Arbeitnehmer, die in Elternzeit arbeiten wollen, gilt eine Frist von sieben Wochen. Wurden diese Fristen versäumt, kann der Arbeitgeber den Antrag ablehnen. Lässt er sich allerdings auf eine Erörterung des Antrages ein, wird man annehmen, dass er mit der Teilzeitarbeit grundsätzlich einverstanden ist.

Der Antrag muss die gesamte Wochenarbeitszeit enthalten, nicht aber die Verteilung auf die einzelnen Tage. Zu empfehlen ist jedoch ein Vorschlag hinsichtlich der Verteilung, damit eine gemeinsame Grundlage für die Erörterung mit dem Arbeitgeber vorhanden ist. Wenn der Arbeitgeber nicht ausdrücklich den Antrag ablehnt, gilt die Zustimmung als gegeben. Er müsste ansonsten die Ablehnung einen Monat vor Beginn der gewünschten Teilzeit schriftlich erklären. Da mit einer Vereinbarung auf Teilzeitarbeit der Arbeitsvertrag geändert wird, führt diese Zustimmungsfunktion nur dann zu einer Änderung, wenn der Antrag des Arbeitnehmers auf Teilzeit auch die



Verteilung der Arbeitszeit enthält. Der Grund ist, dass der Arbeitgeber sich intensiv mit diesen Anträgen beschäftigen soll. Eine Ablehnung muss er schriftlich formulieren. Eine Ablehnung per Mail oder Fax reicht nicht aus. Die Ablehnung eines solchen Antrags für die Elternzeit der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers muss sogar schriftlich begründet werden.

Lehnt der Arbeitgeber den Antrag ab oder möchte er eine andere Verteilung vornehmen, muss er bei der Erörterung des Antrags seine Argumente vollständig vorbringen. Denn sollte es zu einem Gerichtsverfahren kommen, gelten nur die in dem Gespräch genannten Gründe. Arbeitnehmer wiederum sollten die Argumente des Arbeitgebers bedenken und gegebenenfalls den Antrag in veränderter Form neu stellen.

Ist eine Teilzeit vereinbart, ist diese nicht in Stein gemeißelt. Gemeinsam kann man Änderungen vornehmen. Der Arbeitgeber kann dies aber auch alleine vornehmen, wenn das betriebliche Interesse das Interesse des Arbeitnehmers überwiegt. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn es zu Änderungen der Betriebsabläufe oder der Auftragslage gekommen ist.

Ablehnungsgründe

An eine Ablehnung des Teilzeitantrags sind bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Eine Ablehnung ist nur mög-



lich, wenn „betriebliche Interessen“ dagegen sprechen. Bei einem Antrag auf Teilzeit in der Elternzeit müssen es sogar „dringende“ Gründe sein.

Bei der Prüfung, ob solche Gründe vorliegen, kommt es sehr auf das betriebliche Organisationskonzept der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber an. Sollte dies einer Teilzeitarbeit entgegenstehen, ist zu prüfen, ob zumutbare Änderungen des Betriebsablaufs möglich sind, um dem Wunsch nach Teilzeitarbeit zu entsprechen.

Außerdem findet noch eine Abwägung der Interessen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers statt.

Folgende Ablehnungsgründe kann es beispielsweise geben:

- Kunden sollen durch einen und nicht durch wechselnde Mitarbeiter betreut werden.
- Eine Ersatzarbeitskraft ist nicht zu finden.
- Es entstehen unverhältnismäßige Kosten durch die Teilzeitarbeit, durch eine kostenintensive Aus- und Fortbildung der Ersatzkraft oder durch die Bereitstellung eines weiteren Dienstfahrzeugs für einen Außendienstmitarbeiter.
- In einem heilpädagogischen Kindergarten gibt es ein pädagogisches Vollzeitkonzept.

Ein Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, Leiharbeiter einzustellen. Er muss aber eine Teilzeitkraft für die reduzierte Arbeitszeit suchen.

Für Arbeitnehmer, die in ihrer Elternzeit Teilzeit arbeiten wollen, empfiehlt es sich, den Antrag auf Teilzeitarbeit zusammen mit ihrem Antrag auf Elternzeit zu stellen. Wird während der Elternzeit erstmalig in Teilzeit gearbeitet, endet diese auch mit der Elternzeit. Für eine Fortsetzung der Teilzeitarbeit muss fristgemäß ein neuer Antrag gestellt werden.

Will man nach Teilzeitarbeit wieder voll arbeiten, ist dies nur möglich, wenn ein gleichwertiger Arbeitsplatz frei ist oder aber auch dem Arbeitgeber daran gelegen ist, dass die Arbeitszeit auf dem Arbeitsplatz erhöht wird. Der Arbeitgeber ist jedoch nicht verpflichtet, einen Arbeitsplatz neu zu schaffen.

Grundsätzlich muss der Betriebsrat bei einer Arbeitszeitverkürzung nicht beteiligt werden.

Fazit

Stellt ein Arbeitnehmer einen Antrag auf Teilzeitarbeit, sollten sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinsam überlegen, wie man sich einigen kann und sich mit den Argumenten des jeweiligen Gegenübers intensiv auseinandersetzen.

Leiharbeit und Betriebsrat

Der Aufschwung ist da, Arbeitsplätze werden geschaffen. Die Statistik zeigt, dass der Anteil der Arbeitsplätze für Leiharbeiter zunimmt. Oft arbeiten Leiharbeiter auch über einen längeren Zeitraum beim Entleiherbetrieb. Daraus können sich Fragen nach der betrieblichen Mitbestimmung ergeben, zum Beispiel ob die Leiharbeiter in den Betriebsrat des entleihenden Unternehmens wählbar sind.

Das Bundesarbeitsgericht stellte klar, dass Leiharbeiter generell nicht in die Arbeitnehmervertretung des Entleiherbetriebs gewählt werden können (Beschluss vom 17. Februar 2010, AZ: 7 ABR 51/08). Leiharbeiter arbeiten zwar dort, ihr Arbeitgeber bleibt aber der Verleiher.

Dies ist darum besonders wichtig, da Betriebsratswahlen angefochten werden können, falls darauf nicht geachtet wird.

In dem vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall war eine vom DRK-Kreisverband überlassene Arbeitnehmerin bei einer Sozialstation-GmbH eingesetzt. Schon seit 1999 gehörte sie dem Betriebsrat der Sozialstation an, zuletzt als Vorsitzende. Die GmbH meinte jedoch, sie sei als überlassene Mitarbeiterin nicht wählbar.

So sahen das auch alle Instanzen: In den Betriebsrat können nur Arbeitnehmer gewählt werden, die bei dem Arbeitgeber unmittelbar beschäftigt sind. Gewerbsmäßig überlassene Ar-

beitnehmer sind ausdrücklich ausgeschlossen. Das Gleiche gilt aber auch – wie hier – für nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Würden Leiharbeiter im Verleiher- und Entleiherbetrieb die gleichen Arbeitnehmerrechte haben, könnte es zu Doppelmitgliedschaften in den Betriebsräten kommen. Zudem wird die Kontinuität im Betrieb erhalten, denn der Entleiherbetrieb könnte sonst durch Abzug des Leiharbeitnehmers die Mitgliedschaft im Betriebsrat beenden.

Fristlose Kündigung wegen Verdachts des Pfandbonnmissbrauchs rechtmäßig

Kassierer, die dringend verdächtig sind, Pfandbons gefälscht zu haben, können fristlos gekündigt werden. Das gilt auch, wenn es sich nur um einen relativ geringen Betrag handelt und die betreffende Person schon 17 Jahre bei dem Arbeitgeber beschäftigt ist.

Ein Verkäufer war seit 17 Jahren als Kassierer beschäftigt. Ihm war zur Last gelegt worden, manuell Pfandbons erstellt zu haben, ohne dass tatsächlich Leergut entgegengenommen wurde. Das Pfandgeld habe er dann an sich genommen. Insgesamt lag der Schaden bei rund sechs Euro.

Das Arbeitsgericht bestätigte die fristlose Kündigung. Es hatte einen dringenden Verdacht als gegeben angesehen. Die Richter wiesen zur Begründung vor allem darauf hin, dass der Angestellte gegenüber dem Arbeitgeber und im Prozess den Sachverhalt jeweils unterschiedlich geschildert habe und damit unglaub-

würdig erschienen sei. In der Interessenabwägung seien zwar die 17 Jahre Beschäftigungszeit zugunsten des Angestellten zu berücksichtigen. Jedoch habe maßgeblich gegen ihn gesprochen, dass er als Verkäufer mit Kassiertätigkeit derartige dringen-

de Verdachtsmomente gesetzt habe. Auch der relativ geringe Schadensbetrag könne nicht zu seinen Gunsten berücksichtigt werden.

Arbeitsgericht Berlin, Urteil vom 29. September 2010 (AZ: 1 Ca 5421/10).



Foto: www.fotolia.de © Kautz15

Werbung mit ausgeschiedenem Mitarbeiter

Ein Arbeitgeber darf Fotos seiner Mitarbeiter auch nach deren Ausscheiden aus dem Betrieb weiterhin auf seiner Homepage veröffentlichen.

Der Mitarbeiter eines Unternehmens hatte sich während des Arbeitsverhältnisses fotografieren lassen. Er war damit einverstanden, dass die Bilder unter anderem auch für Werbe-Flyer verwendet wurden. Als das Arbeitsverhältnis dann beendet war, verlangte er Schadensersatz wegen der weiteren Verwendung der Fotos, auf denen er zu sehen war. Das Arbeitsgericht hatte die Klage abgewiesen. Diese Entscheidung wurde nun vom Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein bestätigt.

Gestatte ein Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber, ein zum Zwecke der Illustration gemeinsam aufgenommenes Bild seiner Person auf der Website des Betriebes zu veröffentlichen, so erlösche diese Erlaubnis nicht automatisch dadurch, dass das Arbeitsverhältnis beendet werde. Zwar dürften solche Fotos nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Sei eine solche Einwilligung aber erteilt worden und widerrufe der Arbeitnehmer sie nicht ausdrücklich, so darf der Arbeitgeber bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses davon ausgehen, dass das Einverständnis des Abgebildeten mit der Veröffentlichung fortbestehe.

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 23. Juni 2010 (AZ: 3 Sa 72/10)



BAG-Ticker – Neues aus dem Bundesarbeitsgericht

Internet und E-Mail für die einzelnen Betriebsratsmitglieder

Der Betriebsrat kann vom Arbeitgeber Internetzugänge und eigene E-Mail-Adressen auch für die einzelnen Betriebsratsmitglieder verlangen, sofern dieser Forderung keine berechtigten Belange des Arbeitgebers entgegenstehen.

Im vorliegenden Fall hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) den Anträgen eines Betriebsrats stattgegeben, der vom Arbeitgeber für sämtliche Mitglieder die Eröffnung von Zugängen zum Internet sowie die Einrichtung eigener E-Mail-Adressen verlangt hatte. Berechtigte Kosteninteressen des Arbeitgebers standen dem Verlangen nicht entgegen, da alle Betriebsratsmitglieder bereits an PC-Arbeitsplätzen beschäftigt waren.

Der Arbeitgeber sei verpflichtet, so die Richter, dem Betriebsrat Informations- und Kommunikationstechnik im erforderlichen Umfang zur Verfügung zu stellen. Welche Mittel konkret der Erfüllung von Betriebsratsaufgaben dienen, entscheide der Betriebsrat. Er habe dabei einen Beurteilungsspielraum. Bei seiner Entscheidung müsse er die entgegenstehenden Belange des Arbeitgebers, darunter insbesondere die entstehenden Kosten, berücksichtigen.

Das Bundesarbeitsgericht hat bereits wiederholt entschieden, dass der Betriebsrat die Einholung von Informationen aus dem Internet als zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ansehen kann. Das Gleiche gilt für Internetanschlüsse und E-Mail-Adressen für die einzelnen Mitglieder. Denn wie die Informationsbeschaffung kann die Kommunikation einzelner Betriebsratsmitglieder mit nicht zum Betrieb gehörenden Personen Teil der Betriebsratstätigkeit sein.

Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 14. Juli 2010 (Az: 7 ABR 80/08)

Privatnutzung des Dienstwagens während lang dauernder Arbeitsunfähigkeit

Räumt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das Recht ein, seinen Dienstwagen auch privat zu nutzen, stellt dies für den Arbeitnehmer einen geldwerten Vorteil dar. Der Arbeitnehmer kann daher eine Nutzungsausfallentschädigung verlangen, wenn ihm der Arbeitgeber das Fahrzeug vertragswidrig entzieht. Ist ein Arbeitnehmer allerdings langfristig erkrankt und hat keinen Anspruch mehr auf Entgeltfortzahlung, hat er auch keinen weiteren Anspruch auf ein Dienstfahrzeug.

Der als Bauleiter beschäftigte Kläger verfügte über einen Dienstwagen „auch zur privaten Nutzung“. Vom 3. März bis zum 14. Dezember 2008 war er erkrankt. Sein Entgeltfortzahlungsanspruch endete zum 13. April 2008. Mitte November forderte sein Arbeitgeber das Dienstfahrzeug zurück. Der Mann erhielt den Wagen zurück, als er seine Arbeit wieder aufgenommen hatte. Daraufhin klagte er auf Nutzungsausfallentschädigung für die Zeit von Mitte November bis Mitte Dezember.

Ohne Erfolg. Die Gebrauchsüberlassung eines Pkw zur privaten Nutzung sei eine zusätzliche Gegenleistung für die geschuldete Arbeitsleistung, erläuterten die Richter. Sie sei steuer- und abgabenpflichtiger Teil des geschuldeten Arbeitsentgelts und damit Teil des Gehalts. Damit sei sie nur so lange geschuldet, wie der Arbeitgeber Arbeitsentgelt schulde. Dies sei für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit, für die keine Entgeltfortzahlungspflicht mehr bestehe, aber nicht der Fall. *Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 14. Dezember 2010 (Az: 9 AZR 631/09)*

Einsicht in die Personalakte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, auf das Wohl und die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen. Hierzu zählt auch das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers resultierende Recht auf die so genannte informationelle Selbstbestimmung. Das ist das Recht des Einzelnen, grundsätzlich selbst über Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.

Der spätere Kläger arbeitete von Januar 2006 bis Juni 2007 als Schadensbüroleiter bei einem Versicherungsunternehmen. Das Unternehmen führte die Personalakte des Mannes weiter. Als es nach Vertragsende zu einer Auseinandersetzung über sein Zeugnis kam, teilte ihm eine Personalbearbeiterin mit, dass Gründe vorlägen, die auf seine mangelnde Loyalität schließen ließen. Der Mann verlangte daraufhin Einsicht in seine Personalakte. Das Unternehmen verweigerte dies mit Hinweis auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Der Mann klagte und war schließlich vor dem BAG erfolgreich: Sein ehemaliger Arbeitgeber musste ihm Einsicht in seine Personalakte zu gewähren. Der Arbeitnehmer habe auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein berechtigtes Interesse daran, den Inhalt seiner fortgeführten Personalakte auf ihren Wahrheitsgehalt zu überprüfen, so die Richter. *Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 16. November 2010 (Az: 9 AZR 573/09)*

Mitbestimmung des Betriebsrats und des Personalrats beim Leiharbeitnehmereinsatz

1. Unterschiede in der Beteiligung und Unterrichtung der Arbeitnehmervertretungen, die einerseits nach dem BetrVG/BPersVG und andererseits nach dem PersVG Berlin gebildet sind, beim Leiharbeitnehmereinsatz.

2. Keine Mitbestimmung des Personalrats nach PersVG Berlin bei einer lediglich zu Aushilfszwecken ganz vorübergehenden und geringfügigen Beschäftigung eines (Leih-) Arbeitnehmers von weniger als zwei Monaten.

A. Rechtslage beim Bestehen von Arbeitnehmervertretungen nach dem BetrVG und BPersVG

Gemäß § 14 Abs. 3 AÜG ist

„vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung der Betriebsrat bzw. der Personalrat, der nach dem BPersVG gebildet ist, im Entleiherbetrieb nach § 99 BetrVG bzw. nach § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG (§ 14 Abs. 4 AÜG) zu beteiligen.“

Eine Einstellung eines Leiharbeitnehmers ist daher im Geltungsbereich des BetrVG und des BPersVG vom ersten Tag des Einsatzes an im Entleiherbetrieb beteiligungspflichtig.

Vor einer Einstellung eines Leiharbeitnehmers ist der Betriebsrat bzw. der Personalrat nach dem BPersVG daher über

- die Person des Einstellenden,
- den vorgesehenen innerbetrieblichen Einsatz und
- die Auswirkungen der Einstellung auf den Betriebsablauf zu unterrichten.
- Ferner ist eine Erklärung zur Arbeitnehmerüberlassung des Verleihers gem. § 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG (Erklärung, dass Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis besteht) vorzulegen.

Für eine weitergehende Verpflichtung zur Vorlage des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages, der allein die Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher regelt, besteht grundsätzlich keine Veranlassung, insbesondere kann sie nach dem eindeutigen Wortlaut des § 14 Abs. 3 AÜG, der die Besonderheiten der Einstellung von Leiharbeitnehmern regelt, nicht verlangt werden (LAG Niedersachsen vom 28.02.2006; 13 TaBV 56/05).



Foto: © Nerlich Images · forolia.com

B. Rechtslage beim Bestehen von Arbeitnehmervertretungen nach dem PersVG Berlin

§ 14 Abs. 3 und Abs. 4 AÜG nimmt ausdrücklich nur Bezug auf Betriebsräte im Bereich des BetrVG und Personalräte, die nach dem BPersVG gebildet sind. Im Geltungsbereich des PersVG Berlin existiert eine entsprechende Vorschrift nicht.

Nunmehr liegt eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts Berlin vom 21.12.2010 zum Az. VG 62 K 3.10 PVL vor, nach der eine entsprechende Anwendung von § 14 Abs. 3, Abs.4 AÜG auf die Leiharbeitnehmerüberlassung in anderen Bereichen der öffentlichen Verwaltung, also auch in den Bereichen, in denen das PersVG Berlin gilt, ausgeschlossen ist.

Nach dem eindeutigen Wortlaut dieser Bestimmung, so das Verwaltungsgericht Berlin, wird eine Beteiligung der Beschäftigtenvertretung neben dem privatwirtschaftlichen Bereich, für den § 99 BetrVG gilt, nur auf die Bereiche der öffentlichen Verwaltung ausgedehnt, in denen das Bundespersonalvertretungsgesetz Anwendung findet. Dass diese im Wortlaut des Gesetzestextes zum Ausdruck kommende Beschränkung auch dem Willen des Gesetzgebers entsprach, wird durch die Gesetzesmaterialien bestätigt. Im Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 9/947, S. 9) zu § 14 Abs. 4 AÜG heißt es wörtlich:

„Abs. 4 trifft für den Bereich des Personalvertretungsrechts eine den betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen entsprechende Regelung, soweit nicht Besonderheiten des Personalvertretungsrechts entgegenstehen.“



Damit sind für den Zuständigkeitsbereich des Bundespersonalvertretungsgesetzes die Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte der Personalvertretungen bei einem Tätigwerden von Leiharbeitnehmern im öffentlichen Dienst des Bundes sichergestellt. Es ist Sache des Landesgesetzgebers, dies auch im Bereich ihrer Gesetzgebungskompetenz unterliegenden öffentlichen Dienstes zu gewährleisten.“

Angesichts dieser klaren Abgrenzung des Anwendungsbereiches dieser vom Bundesgesetzgeber außerhalb des Bundespersonalvertretungsgesetzes getroffenen (Bundes-) personalvertretungsrechtlichen Regelungen, so das Verwaltungsgericht in seiner Entscheidung, sind davon abweichende Meinungen in der Kommentarliteratur (Germelmann/Binckert/Germelmann, PersVG Berlin, 3. Aufl., § 87 Rdnr. 23) ohne entsprechend fundierten rechtlichen Begründungsansatz nicht nachvollziehbar.

C. Konsequenzen für die Praxis beim Leiharbeitnehmereinsatz im Bereich des PersVG Berlin

Dies hat die Konsequenz, dass Leiharbeitnehmereinsätze nicht von vornherein in allen Fällen gemäß § 87 Nr. 1 PersVG Berlin dem Personalrat zur Mitbestimmung vorzulegen sind.

Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG vom 03.02.1993, 6 P 28.91; vom 15.03.1994, 6 P 24.92; vom 06.09.1995, 6 P 9.93; vom 23.03.1999, 6 P 10.97; OVG Berlin vom 03.04.2001, 60 PV 17.90) spricht grundsätzlich eine Vermutung dafür, dass eine lediglich zu Aushilfszwecken ganz vorübergehend und geringfügige Beschäftigung eines (Leih-)arbeitnehmers von weniger als zwei Monaten keine „dauerhafte“ Eingliederung in den Dienstbetrieb und damit keine Einstellung im Sinne der genannten Mitbestimmungsregelung darstellt.

Im Gegensatz zum Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes und des Bundespersonalvertretungsgesetzes ist in diesen Fällen daher eine Mitbestimmung beim Leiharbeitnehmereinsatz vom ersten Tag an, die aus § 14 Abs. 3, 4 AÜG folgt, im Geltungsbereich des Personalvertretungsgesetzes Berlin nicht vorgesehen.

Der Personalrat ist allerdings im Rahmen seiner allgemeinen Aufgaben über die Tatsache, dass ein Leiharbeitnehmereinsatz erfolgt zu informieren.

D. Gefahr der rechtsmissbräuchlichen Umgehung der Mitbestimmungspflichtigkeit vermeiden

Das Verwaltungsgericht Berlin hatte in o.g. Beschlussverfahren einen Fall zu entscheiden, in dem ein Leiharbeitnehmereinsatz aufgrund einer Erkrankung eines Mitarbeiters zur Vertretung erfolgte, der zunächst für 3 ½ Wochen und dann nach einer Unterbrechung wegen eines ohnehin vom erkrankten Arbeitnehmer geplanten Urlaubs, für den der Arbeitgeber bereits die Vertretungsfrage gelöst hatte, noch einmal für 5 ½ Wochen erfolgte. Eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Mitbestimmungspflichtigkeit der Maßnahme des Leiharbeitnehmereinsatzes wegen des wiederholten Einsatzes und der Gesamtdauer hat das Verwaltungsgericht in diesem Zusammenhang geprüft und verneint.

Da ein Mitbestimmungsverfahren nach § 87 Nr. 1 PersVG Berlin vom Leiter der Dienststelle vor der beabsichtigten Maßnahme eingeleitet werden müsste, müsse es für die ihm obliegende Prüfung seiner Mitbestimmungspflicht auf das erkennbare objektive Vorliegen der tatsächlichen Umstände (hier: voraussichtliche Dauer der künftigen Beschäftigung) zum Zeitpunkt der Prüfung durch den Dienststellenleiter ankommen. Eine aus Sicht des Dienststellenleiters nur noch erforderliche kurzfristige Verlängerung einer in der Vergangenheit zur Deckung von erkrankungsbedingtem Arbeitsausfall ebenfalls nur kurzfristig notwendige Beschäftigung einer Aushilfskraft löst die Mitbestimmungspflicht nicht aus; ein kollektives Schutzbedürfnis der Dienstkräfte für die Einleitung eines Mitbestimmungsverfahrens für die voraussichtlich nur kurzfristige künftige (Weiter-)Beschäftigung einer Ersatzkraft besteht nicht schon deshalb, nur weil die Summe der Beschäftigungszeiten der Aushilfs-/Ersatzkraft einschließlich der in der Vergangenheit liegenden ununterbrochenen Zeiten 2 Monate (möglicherweise nur um wenige Tage) übersteigt.

Fazit: Der Leiharbeitnehmereinsatz zur vorübergehenden Aushilfe bis zur Dauer von zwei Monaten ist, wenn Personalvertretungen nach dem PersVG Berlin gebildet worden sind, mitbestimmungsfrei. Überschreitungen des 2-Monatszeitraums sind möglich, wenn aus Sicht des Arbeitgebers eine in der Vergangenheit zur Deckung von erkrankungsbedingtem Arbeitsausfall nur kurzfristig notwendige Beschäftigung einer Aushilfskraft eine weitere, ebenfalls nur noch kurzfristige Verlängerung erfordert. Diese Rechtsprechung erhöht die Flexibilität der Arbeitgeber in Berlin, die das PersVG Berlin anzuwenden haben, beim Leiharbeitnehmereinsatz. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Berlin ist noch nicht rechtskräftig. Wir werden weiter berichten.

