

BUNDEARBEITSGERICHT



7 ABR 1/09
15 TaBV 245/08
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. Juni 2010

BESCHLUSS

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragsteller, Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

2.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 23. Juni 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Kiel sowie die ehrenamtlichen Richter Güner und Hansen für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 30. Oktober 2008 - 15 TaBV 245/08 - aufgehoben.

Auf die Beschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Essen vom 4. Juni 2008 - 4 BV 18/08 - abgeändert:

Dem Beteiligten zu 2) wird aufgegeben, die Einstellung des Krankenpflegers R aufzuheben.

Von Rechts wegen!

Gründe

I. Die Beteiligten streiten über das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 99 BetrVG bei der Aufnahme eines Mitglieds durch die Beteiligte zu 2). 1

Die Beteiligte zu 2) ist eine als eingetragener Verein verfasste DRK-Schwesternschaft (*im Folgenden: Arbeitgeberin*). Deren Zweck besteht nach § 3 der Satzung in der Förderung der öffentlichen Gesundheitspflege und der Hilfe für Menschen in Not. Nach § 2 der Satzung verfolgt die Schwesternschaft ausschließlich gemeinnützige Zwecke. Sie ist in der Kranken-, Kinderkranken- und Altenpflege sowie in der Geburtshilfe tätig. Nach § 1 Abs. 2 der Satzung ermöglicht die Schwesternschaft ihren Mitgliedern die Ausübung ihres Berufs im karitativen Geist. Ihre Mitglieder sind nach § 7 Abs. 1 der Satzung verpflichtet, der Schwesternschaft ihre volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Sie werden bei der Schwesternschaft selbst, ihren Einrichtungen oder - im Rahmen von Gestellungsverträgen und im Auftrag der Schwesternschaft - bei anderen Einrichtungen der Pflege kranker oder hilfsbedürftiger Menschen eingesetzt. Mit den Mitgliedern werden nach § 7 Abs. 2 Satz 2 der Satzung keine Arbeitsverhältnisse begründet. Die Rechte und Pflichten zwischen der Schwestern- 2

schaft und den Mitgliedern richten sich nach der Satzung und der Mitgliederordnung.

Die Arbeitgeberin beschäftigt außer ihren Mitgliedern 375 Arbeitnehmer im Pflegebereich. Diese werden von dem antragstellenden Betriebsrat repräsentiert. Auf der Grundlage eines Gestellungsvertrags sind derzeit 1053 Mitglieder und 372 Arbeitnehmer der Arbeitgeberin bei dem Universitätsklinikum E (*im Folgenden: UKE*) tätig. Dieses Pflegepersonal unterliegt nach dem Gestellungsvertrag den fachlichen und organisatorischen Weisungen der zuständigen Stellen des UKE. Es gelten die gleichen Arbeitszeitregelungen wie für vergleichbare Beschäftigte des Klinikums. Die Dienstplangestaltung für das gestellte Personal obliegt den leitenden Pflegekräften der medizinischen Zentren des UKE. Das gestellte Personal ist verpflichtet, im Rahmen der dienstplanmäßigen Anordnungen Bereitschafts- und Rufbereitschaftsdienste sowie Überstunden zu leisten. Nach Art. 2 Nrn. 3, 4 und 7 der Mitgliederordnung haben die im Auftrag der Schwesternschaft eingesetzten Mitglieder Anspruch auf eine monatliche Vergütung, auf einen jährlichen Erholungsurlaub sowie auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

3

Am 2. Mai 2007 wurde der Krankenpfleger R auf seinen Antrag als Mitglied in die Schwesternschaft aufgenommen. Er wird auf der Grundlage des Gestellungsvertrags im UKE eingesetzt. Mit Schreiben vom 24. Oktober 2007 machte der Betriebsrat gegenüber der Arbeitgeberin ein Mitbestimmungsrecht bei der Einstellung von Herrn R geltend. Die Arbeitgeberin stellte das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts unter Hinweis darauf, dass Herr R Mitglied und nicht Arbeitnehmer sei, in Abrede.

4

Der Betriebsrat hat in dem von ihm eingeleiteten Beschlussverfahren von der Arbeitgeberin die Aufhebung der Einstellung von Herrn R verlangt. Er hat die Auffassung vertreten, die Arbeitgeberin habe bei der Einstellung von Herrn R sein Mitbestimmungsrecht nach § 99 Abs. 1 Sätze 1 und 2 BetrVG verletzt. Herr R sei als Arbeitnehmer anzusehen. Die Arbeitgeberin umgehe durch die Begründung vereinsrechtlicher Arbeitspflichten in unzulässiger Weise zwingende arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen. Deshalb seien auf die

5

Mitglieder die für Arbeitsverhältnisse maßgeblichen Vorschriften anzuwenden. Dazu gehöre § 99 BetrVG. Dem stehe nicht entgegen, dass Herr R nicht in einem Betrieb der Arbeitgeberin arbeite, sondern dem UKE zur Arbeitsleistung überlassen sei. Nach § 14 Abs. 1 AÜG, der auch auf die nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung anzuwenden sei, bleibe ein zur Arbeitsleistung überlassener Arbeitnehmer auch während der Dauer der Überlassung Angehöriger des entsendenden Betriebs.

Der Betriebsrat hat beantragt,

6

der Arbeitgeberin aufzugeben, die Einstellung des Krankenpflegers R aufzuheben.

Die Arbeitgeberin hat die Abweisung des Antrags beantragt und gemeint, dem Betriebsrat stehe das geltend gemachte Mitbestimmungsrecht nicht zu. Bei der Aufnahme von Herrn R als Mitglied habe es sich nicht um eine Einstellung iSv. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG gehandelt. Herr R sei nicht in ihren Betrieb eingegliedert worden. Seine Aufnahme in die Schwesternschaft sei zum ausschließlichen Einsatz im UKE erfolgt. Die arbeitsrechtlichen Weisungsbefugnisse lägen beim UKE. Dieses setze das Pflegepersonal wie eigenes Personal ein. Der im UKE bestehende Personalrat werde beim Ersteinsatz von Gestellungspersonal beteiligt. § 14 Abs. 1 AÜG sei weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar. Die Einstellung einer Person durch einen Verleiher unterliege nur dann dem Mitbestimmungsrecht des bei dem Verleiher bestehenden Betriebsrats, wenn die Einstellung zur späteren Überlassung an einen Dritten erfolge. Herr R sei jedoch zur sofortigen Gestellung an das UKE als Mitglied aufgenommen worden. Außerdem gelte § 14 Abs. 1 AÜG nur für die Überlassung von Arbeitnehmern, nicht jedoch für die Gestellung von Vereinsmitgliedern. Herr R sei kein Arbeitnehmer, sondern habe seine Arbeitsleistung allein aufgrund seiner Mitgliedschaft erbracht. Dadurch würden Arbeitnehmerschutzrechte nicht umgangen.

7

Das Arbeitsgericht hat den Antrag abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde des Betriebsrats zurückgewiesen. Mit der Rechts-

8

beschwerde verfolgt der Betriebsrat seinen Antrag weiter. Die Arbeitgeberin beantragt die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde.

II. Die Beschwerde ist begründet. Die Vorinstanzen haben den Antrag des Betriebsrats zu Unrecht abgewiesen. Der Antrag ist begründet. Die Arbeitgeberin ist nach § 101 Satz 1 BetrVG verpflichtet, die Einstellung des Krankenschweflers R aufzuheben, da sie die Maßnahme ohne vorherige Zustimmung des Betriebsrats durchgeführt hat. Bei der Aufnahme von Herrn R als Mitglied handelte es sich um eine nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Einstellung bei der Arbeitgeberin. Herr R wurde trotz seines von Anfang an beabsichtigten Einsatzes im UKE in die betriebliche Organisation der Arbeitgeberin eingegliedert. Es kommt deshalb entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht darauf an, ob Herr R als Arbeitnehmer anzusehen ist und er deshalb auch während der Dauer seiner Arbeitsleistung im UKE nach § 14 Abs. 1 AÜG Betriebsangehöriger der Arbeitgeberin blieb. 9

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts liegt eine Einstellung iSv. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vor, wenn Personen in den Betrieb eingegliedert werden, um zusammen mit den dort beschäftigten Arbeitnehmern dessen arbeitstechnischen Zweck durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen. Auf das Rechtsverhältnis, in dem die Personen zum Betriebsinhaber stehen, kommt es nicht an. Maßgebend ist, ob die zu verrichtenden Tätigkeiten ihrer Art nach weisungsgebunden und dazu bestimmt sind, der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebs zu dienen. Die Personen müssen derart in den Betrieb eingegliedert werden, dass der Betriebsinhaber die für eine weisungsabhängige Tätigkeit typischen Entscheidungen auch über Zeit und Ort der Tätigkeit zu treffen hat. Der Betriebsinhaber muss in diesem Sinne Personalhoheit besitzen und damit gegenüber den betreffenden Personen wenigstens einen Teil der Arbeitgeberstellung wahrnehmen (*BAG 23. Juni 2009 - 1 ABR 30/08 - Rn. 19 mwN, AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 59*). 10

2. Hiernach liegt in der Aufnahme des Krankenpflegers R als Mitglied der Schwesternschaft eine nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Einstellung. 11
- a) Der Annahme eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG steht nicht entgegen, dass die Arbeitgeberin mit Herrn R keinen Arbeitsvertrag abgeschlossen, sondern ihn als Mitglied in die Schwesternschaft aufgenommen hat und dadurch jedenfalls laut § 7 Abs. 2 Satz 2 der Satzung kein Arbeitsverhältnis begründet wurde. 12
- aa) Eine Einstellung iSv. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG setzt nicht notwendig die Begründung eines Arbeitsverhältnisses voraus (*BAG 2. Oktober 2007 - 1 ABR 60/06 - Rn. 15, BAGE 124, 182*). Das Rechtsverhältnis zum Betriebsinhaber kann auch ein Dienst- oder Werkvertrag sein, es kann vereinsrechtlicher Art sein und es kann - wie § 14 Abs. 3 AÜG für Leiharbeitnehmer zeigt - sogar ganz fehlen. Für die Annahme einer Einstellung reicht es damit aus, wenn ein Vereinsmitglied auf vereinsrechtlicher Grundlage eine ihrer Art nach weisungsgebundene Tätigkeit verrichtet, die der Arbeitgeber organisiert (*BAG 12. November 2002 - 1 ABR 60/01 - zu B II 2 a bb der Gründe, BAGE 103, 329 zum Einsatz ehrenamtlicher Mitglieder des DRK auf Krankenwagen*). 13
- bb) Diese Voraussetzungen sind bei der Aufnahme von Herrn R als Mitglied in die Schwesternschaft erfüllt. Herr R übt Pflege Tätigkeiten aus, die ihrer Art nach weisungsgebunden sind. Sein Einsatz wird - zumindest teilweise - von der Arbeitgeberin organisiert. 14
- (1) Die Weisungsabhängigkeit von Herrn R als Mitglied der Schwesternschaft ergibt sich bereits aus der Satzung und der nach § 7 Abs. 2 Satz 3 der Satzung geltenden Mitgliederordnung. Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 der Satzung ist das Mitglied verpflichtet, der Schwesternschaft seine volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Die Tätigkeit wird nach § 7 Abs. 2 Satz 1 der Satzung bei der Schwesternschaft selbst, ihren Einrichtungen oder im Wege der Personalstellung bei anderen Einrichtungen der Pflege kranker oder hilfsbedürftiger Menschen ausgeübt. Nach Art. 2 Nr. 1 der Mitgliederordnung setzt die 15

Schwesterschaft das Mitglied entsprechend seinen Fähigkeiten und Wünschen sowie unter Berücksichtigung der Belange der Schwesterschaft ein. Das Mitglied ist daher - ebenso wie ein Arbeitnehmer - gegenüber der Schwesterschaft zur Arbeitsleistung verpflichtet und unterliegt deren Weisungsrecht.

(2) Die Weisungsabhängigkeit eines Mitglieds gegenüber der Arbeitgeberin entfällt nicht dadurch, dass es seine Arbeitsleistung nicht bei der Schwesterschaft selbst erbringt, sondern auf der Grundlage eines Gestellungsvertrags bei einer Einrichtung außerhalb der Trägerschaft der Schwesterschaft eingesetzt wird. In diesem Fall wird zwar das Weisungsrecht hinsichtlich der konkret zu erbringenden Pflegedienste nach der erfolgten Gestellung nicht mehr von der Schwesterschaft, sondern von dem Inhaber des Einsatzbetriebs oder dessen Vertretern ausgeübt. Das setzt aber zunächst eine entsprechende Übertragung des Weisungsrechts von der Arbeitgeberin auf den Einsatzbetrieb voraus. Es ist von der Schwesterschaft zu entscheiden, ob überhaupt und ggf. welchem Dritten das Mitglied im Wege der Gestellung zur Erbringung von Pflegediensten überlassen wird. Die Schwesterschaft befindet daher anlässlich der Aufnahme des Mitglieds über die Zuweisung eines Arbeitsbereichs. Außerdem hat die Schwesterschaft die Möglichkeit, eine Gestellung zu beenden und das Mitglied in einer anderen Einrichtung einzusetzen. Insoweit verbleibt die Personalhoheit bei der Schwesterschaft. In diesem Umfang wird der Einsatz der gestellten Mitglieder auch von der Schwesterschaft organisiert. Auch in Bezug auf die Zahlung der Vergütung und in disziplinarischer Hinsicht liegt die Personalhoheit bei der Schwesterschaft. Es spielt deshalb keine Rolle, dass die dem UKE gestellten Mitglieder und Arbeitnehmer aufgrund des Gestellungsvertrags den fachlichen und organisatorischen Weisungen der zuständigen Stellen des UKE unterliegen, dass für sie die gleichen Arbeitszeitregelungen gelten wie für vergleichbares Klinikpersonal, dass die Dienstplangestaltung den leitenden Pflegekräften des UKE obliegt und dass das von der Arbeitgeberin gestellte Pflegepersonal verpflichtet ist, im Rahmen der dienstplanmäßigen Anordnungen Bereitschafts- und Rufbereitschaftsdienste sowie Überstunden zu leisten. Damit wird das Weisungsrecht gegenüber dem gestellten Personal zwar

16

in wesentlichen Teilen nicht von der Arbeitgeberin, sondern von der Klinikleitung ausgeübt. Das ändert aber nichts daran, dass die Personalhoheit zunächst in vollem Umfang bei der Arbeitgeberin liegt und auch nach der Gestellung ein maßgeblicher Teil dort verbleibt.

b) Die Tätigkeiten der im Wege der Gestellung überlassenen Mitglieder dienen auch der Verwirklichung des Betriebszwecks der Arbeitgeberin. Dieser ist nicht nur darauf gerichtet, selbst in eigenen Einrichtungen Pflegedienste zu erbringen. Er besteht vielmehr auch darin, Dritten Pflegekräfte im Wege der Personalgestellung zu überlassen. Diesem Betriebszweck dienen nicht nur die zur Arbeitsleistung überlassenen Arbeitnehmer, sondern auch die zur Erbringung von Pflegediensten gestellten Mitglieder. 17

c) Die Mitbestimmung des bei der Arbeitgeberin gebildeten Betriebsrats bei der Aufnahme von Mitgliedern zur Leistung von Pflegediensten entspricht Sinn und Zweck des § 99 BetrVG. Dies gilt auch dann, wenn das aufzunehmende Mitglied im Wege der Personalgestellung in einer Einrichtung eines Dritten tätig werden soll. Zwar besteht in diesem Fall auch ein Mitbestimmungsrecht des bei dem Dritten gebildeten Betriebs- oder Personalrats nach § 99 Abs. 1 BetrVG bzw. § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG oder den entsprechenden Bestimmungen der Landespersonalvertretungsgesetze, zB § 72 Abs. 1 Nr. 1 LPVG NW (*BAG 22. April 1997 - 1 ABR 74/96 - AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 18 = EzA § 99 BetrVG 1972 Einstellung Nr. 3 zum Einsatz von Mitgliedern einer DRK-Schwesternschaft in einem von einem Dritten betriebenen Krankenhaus; BVerwG 18. Juni 2002 - 6 P 12.01 - AP LPVG NW § 72 Nr. 24 zur Mitbestimmung des Personalrats bei der Übernahme von Pflegekräften der Arbeitgeberin im Wege der Personalgestellung durch das UKE*). Dies steht jedoch einem Mitbestimmungsrecht des bei der Arbeitgeberin gebildeten Betriebsrats nicht entgegen. 18

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts dient das Mitbestimmungsrecht bei Einstellungen gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vorrangig der Wahrung der Interessen der vom Betriebsrat vertretenen Belegschaft (*BAG 12. November 2002 - 1 ABR 60/01 - zu B II 2 a aa der Gründe*), 19

BAGE 103, 329; 19. Juni 2001 - 1 ABR 25/00 - zu B II 2 der Gründe, BAGE 98, 70). Dies zeigen die Zustimmungsverweigerungsgründe des § 99 Abs. 2 Nr. 3, 5 und 6 BetrVG. Die Interessen der im Betrieb bereits Beschäftigten können auch durch die betriebliche Eingliederung von Personen berührt werden, die zwar nicht Arbeitnehmer sind, aber auf Weisung des Arbeitgebers gemeinsam mit den Arbeitnehmern zur Verwirklichung der Betriebszwecke tätig werden. Für die das Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG auslösende tatsächliche Betroffenheit der Belegschaft ist es in einem solchen Fall unerheblich, welchen rechtlichen Status die aufzunehmende Person hat (*BAG 2. Oktober 2007 - 1 ABR 60/06 - Rn. 19, BAGE 124, 182*).

bb) Die Interessen der im Betrieb der Arbeitgeberin bereits beschäftigten Arbeitnehmer können auch berührt sein, wenn Mitglieder aufgenommen werden, die - in gleicher Weise wie die Arbeitnehmer der Arbeitgeberin - auf der Grundlage eines Gestellungsvertrags im UKE oder in einer sonstigen Pflegeeinrichtung eines Dritten eingesetzt werden sollen. In Betracht kommen insbesondere die Zustimmungsverweigerungsgründe des § 99 Abs. 2 Nr. 1, 3 und 6 BetrVG. Der bei der Schwesternschaft bestehende Betriebsrat repräsentiert die in deren eigenen Einrichtungen beschäftigten Arbeitnehmer sowie die dem UKE oder anderen Dritten im Wege der Personalgestellung überlassenen Arbeitnehmer. Diese bleiben nach § 14 Abs. 1 AÜG auch während ihres Einsatzes bei dem UKE - oder einem sonstigen Dritten - Angehörige des Betriebs der Arbeitgeberin. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Überlassung durch die Arbeitgeberin gewerbsmäßig oder nicht gewerbsmäßig erfolgt. Der unmittelbar nur für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung geltende § 14 Abs. 1 AÜG ist wegen der Vergleichbarkeit der Interessenlage auf die nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung entsprechend anzuwenden (*vgl. etwa BAG 22. März 2000 - 7 ABR 34/98 - zu B II 2 a dd der Gründe, BAGE 94, 144*). § 14 Abs. 1 AÜG gilt entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin auch dann, wenn die Einstellung eines Arbeitnehmers ausschließlich zur sofortigen Überlassung an einen Dritten erfolgt. § 14 Abs. 1 AÜG enthält insoweit keine Einschränkung (*so im Ergebnis auch BAG 22. März 2000 - 7 ABR 34/98 - aaO*). Es ist ohne weiteres denkbar, dass die Aufnahme von Mitgliedern die Besorgnis begründen

20

kann, dass betriebsangehörige Arbeitnehmer der Arbeitgeberin hierdurch Nachteile erleiden oder der Betriebsfrieden gestört wird. Der Schutzzweck des § 99 BetrVG gebietet es daher, dem bei der Arbeitgeberin bestehenden Betriebsrat anlässlich der Aufnahme von Mitgliedern ein Mitbestimmungsrecht nach § 99 Abs. 1 BetrVG auch dann zuzuerkennen, wenn diese Dritten zur Erbringung von Pflegediensten überlassen werden sollen.

cc) Dem Mitbestimmungsrecht des bei der Arbeitgeberin gebildeten Betriebsrats steht nicht entgegen, dass bei dem Einsatz von Mitgliedern der Arbeitgeberin im UKE der dort gebildete Personalrat nach § 72 Abs. 1 Nr. 1 LPVG NW mitzubestimmen hat. Der Personalrat nimmt nur Mitbestimmungsrechte für die Belegschaft des UKE wahr, nicht aber für die außerhalb des UKE eingesetzten Arbeitnehmer der Arbeitgeberin; für die gestellten Arbeitnehmer der Arbeitgeberin ist er nur partiell zuständig. Deshalb besteht ein Bedürfnis für die Mitbestimmung auch des Betriebsrats der Arbeitgeberin nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG anlässlich der Aufnahme von Mitgliedern, die dem UKE - oder einem sonstigen Dritten - als Pflegekräfte gestellt werden sollen. Gegenteiliges ergibt sich entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin nicht aus der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 22. April 1997 (- 1 ABR 74/96 - AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 18 = EzA § 99 BetrVG 1972 Einstellung Nr. 3). Der Erste Senat hat in dieser Entscheidung ein Mitbestimmungsrecht des im Einsatzbetrieb errichteten Betriebsrats gegenüber der Schwesternschaft beim Einsatz von gestelltem Pflegepersonal verneint. Im Streitfall geht es dagegen um das Mitbestimmungsrecht des bei der Schwesternschaft gebildeten Betriebsrats.

21

Linsenmaier

Gräfl

Kiel

G. Güner

Hansen