

Geschäftsnummer:
11 TaBV 73/00
1 BV 32/00
ArbG Mönchengladbach



Verkündet
am: 30.11.2000

gez.: Lindner
Regierungsangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

In dem Beschlussverfahren

unter Beteiligung

1. der **Dienststelle H.** (G).

- Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte R.

2. der **Hauptbetriebsvertretung U.**

- Antragstellerin und Beschwerdegegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. S.

hat die 11. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Anhörung vom 30.11.2000
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Vossen als Vorsitzenden
sowie den ehrenamtlichen Richter Winkels und den ehrenamtlichen Richter Hinterleit-
ner

b e s c h l o s s e n :

- I. **Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Mönchengladbach vom 27.07.2000 – 1 BV 32/00 – teilweise abgeändert und zur Klarstellung insgesamt wie folgt neu gefasst:**

Es wird festgestellt, dass die Antragsgegnerin vor Beschäftigung von Leiharbeitnehmern die Antragstellerin im Rahmen eines Mitwirkungsverfahrens zu beteiligen hat, auch wenn die Leiharbeitnehmer nur kurzfristig beschäftigt werden sollen. Hiervon sind die Leiharbeitnehmer ausgenommen, die nicht in den Dienststellen der Antragsgegnerin beschäftigt werden.

- II. **Im Übrigen wird die Beschwerde der Antragsgegnerin zurückgewiesen.**
- III. **Die Beschwerde der Antragstellerin wird zurückgewiesen.**
- IV. **Die Rechtsbeschwerde wird für beide Beteiligten zugelassen.**

GRÜNDE:

A

Die Beteiligten streiten vor allem darüber, ob die Hauptbetriebsvertretung ein Mitbestimmungsrecht hat, wenn in den Dienststellen der britischen Streitkräfte Leiharbeitnehmer beschäftigt werden.

Die Antragstellerin ist die bei der Beteiligten zu 2) (Antragsgegnerin) gebildete Hauptbetriebsvertretung für die bei dieser beschäftigten ca. 5700 zivilen Arbeitnehmer. Die Antragsgegnerin ist die oberste Dienstbehörde der britischen Stationierungstreitkräfte.

Im Herbst 1999 erfuhr die Antragstellerin, dass für den Bereich der nachgeordneten Dienststelle G. H. ein Vertrag mit der Firma T. , die inzwischen in Firma R. umbenannt ist, über den Einsatz von Leiharbeitnehmer abgeschlossen worden war. Der Vertrag war nicht von der örtlichen Dienststelle, sondern von dem bei der Antragsgegnerin beschäftigten Mitarbeiter S. unterzeichnet. Mit Schreiben vom 16.09.1999 reklamierte die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin Beteiligungs- und Informationsrechte und bat diese um Vorlage der mit der Firma T. oder anderen Fremdfirmen abgeschlossenen Verträge. Die Antragsgegnerin überreichte mit Schreiben vom 16.11.1999 der Antragstellerin die Statistiken über die Nutzung von T. Personal im Jahre 1999.

Mit Schreiben vom 20.01.2000 wandte sich die Betriebsvertretung R. an den Dienststellenleiter (OC) Major W. wegen fehlender Beteiligung bei der Beschäftigung von Leiharbeitnehmern. Daraufhin erfolgten am 21.02.2000 sowie einige Tage später schriftlich Informationen über die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern. Im Anschluss an diese ab 21.02.2000 beschäftigten Arbeitnehmer setzte die Dienststelle R. in der Zeit vom 01.03. bis zum 30.03.2000 weitere Leiharbeitnehmer ein. Hierüber verhält sich das Schreiben der Dienststelle R. vom 28.02.2000. Diesem war ein Schreiben der Dienststelle R. vom 24.02.2000 an die oberste Dienstbehörde, die Antragsgegnerin, beigelegt. Hierin sind die Personal- und Einsatzzeiten für die Zeit vom 01.03. bis zum 20.03.2000 im „F. -Restaurant, J.“ in M. angegeben. Unter der Überschrift „Beaufsichtigung des Personals“ heißt es in dem Schreiben vom 24.02.2000: „Die Beaufsichtigung erfolgt durch den „Masterchef“ und der H 4 Aufsichtsperson“. Weiter beigelegt war ein Schreiben der NAAFI vom 23.02.2000 an die R. , das in englisch gefasst ist.

Mit Schreiben vom 16.03.2000 setzte die Dienststelle R. die zuständige Betriebsvertretung in Kenntnis über eine Ausschreibung eines kurzfristigen Arbeitnehmerüberlassungsauftrags im Einsatzort „F. -Restaurant“. Diesmal ging es um den Zeitraum vom 21.03. bis 31.03.2000. Auch in dem Schreiben vom 16.03.2000 ist darauf hingewiesen, dass keine Integration im Rahmen des arbeitnehmerüberlassungsauftragstätigen Beschäftigten in der Dienststelle bestehe und deshalb nach dem Bundespersonalvertretungsgesetz ein Mitwirkungsverfahren nicht erforderlich sei. Die Beaufsichtigung erfolge durch den „Masterchef“ und der H 4 Aufsichtsperson.

Im Februar 2000 leitete die Betriebsvertretung der Dienststelle R. gegen diese beim Arbeitgeber M. ein Beschlussverfahren – 1 BV 4/00 – ein, u. a. mit den Anträgen, die Dienststelle R. zu verurteilen, es zu unterlassen, Leiharbeitnehmer in der Junior-Rank-Messe weiterzubeschäftigen, solange nicht aufgrund eines Mitbestimmungs-/Mitwirkungsverfahrens deren Beschäftigung gebilligt sei und in ihrer Dienststelle Leiharbeitnehmer zu beschäftigen, bevor nicht dies aufgrund eines Mitbestimmungs-/Mitwirkungsverfahrens mit der örtlichen Betriebsvertretung gebilligt sei. In diesem und in einem weiteren Anfang April 2000 beim Arbeitsgericht Mönchengladbach anhängig gemachten Beschlussverfahren – 6 BV 15/00 – 1 – trugen die britischen Dienststellen vor, dass alleine die Antragsgegnerin über die Einstellung von Leiharbeitnehmern entscheide. Der örtliche Dienststellenleiter nehme eine solche Einstellung nicht vor. Daraufhin wurden beide Beschlussverfahren vom Arbeitsgericht Mönchengladbach am 21.06.2000 bzw. 25.05.2000 eingestellt.

Die Antragstellerin hat die Auffassung vertreten, dass sie bei jeglichem Einsatz von Leiharbeitnehmern zu beteiligen sei und zwar im Rahmen eines Mitbestimmungsverfahrens, selbst wenn es sich nur um einen kurzfristigen Einsatz handeln solle.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Beteiligte zu 2) zu verurteilen, es zu unterlassen, in den Dienststellen der britischen Streitkräfte Leiharbeitnehmer zu beschäftigen, bevor nicht diese Beschäftigung aufgrund eines Mitbestimmungs-/hilfsweise Mitwirkungsverfahrens mit ihr gebilligt ist, auch wenn diese Leiharbeitnehmer nur kurzfristig, z. B. zwei Wochen und einen Tag, beschäftigt werden sollen,

der Beteiligten zu 2) anzudrohen, für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen dieses Unterlassen ein noch vom Gericht festzusetzendes Ordnungsgeld zu erlassen;

2. hilfsweise festzustellen, dass die Beteiligte zu 2) vor Beschäftigung von Leiharbeitnehmern sie im Rahmen eines Mitbestimmungs-/ hilfsweise Mitwirkungsverfahrens zu beteiligen hat, auch wenn die Leiharbeitnehmer nur kurzfristig (z. B. einen Zeitraum von zwei Wochen und einen Tag) beschäftigt werden sollen.

Die Antragstellerin hat beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin hat geltend gemacht:

Es gebe keinen Anlass zur Einreichung eines Mitbestimmungs- oder Mitwirkungsverfahrens. Der Dienststelle in G. sei die richtige Handhabe bekannt. Im Übrigen erfolge keine Integration dieser Arbeitnehmer. Eine solche läge nur vor, wenn diese Arbeitnehmer der Arbeitnehmerüberlassungsfirma mehr als zwei Monate eingesetzt würden. Im Übrigen käme allenfalls ein Mitwirkungsverfahren in Betracht. Dies ergäbe sich aus den Bestimmungen zum Nato-Truppenstatut.

Durch Beschluss vom 27.07.2000 hat das Arbeitsgericht den Anträgen der Antragstellerin nur teilweise stattgegeben und sie im Übrigen zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

Das Bundespersonalvertretungsgesetz, das vorliegend zur Anwendung komme, räume der Personalvertretung und somit auch der Antragstellerin keine Abwehransprüche, Unterlassungsansprüche und Rückgängigmachungsansprüche hinsichtlich beteiligungspflichtiger Maßnahmen ein. Den Interessen der Arbeitnehmervertretung sei ausreichend gedient, wenn ihr Beteiligungsrecht und eine etwaige Verletzung durch das Gericht festgestellt würde. Der Antragstellerin stehe ein Rechtsschutzbedürfnis an der begehrten Feststellung zu, da die Frage, ob die Beschäftigung eines legal vermittelten Leiharbeitnehmers der Mitbestimmung bzw. der Mitwirkung der Antragstellerin unterliege, im Hinblick auch auf den künftig wieder möglichen Streit der Beteiligten, der Klärung durch das Gericht bedürfe. Das Feststellungsbegehren sei auch zum Teil begründet. Durch § 14 AÜG würden insbesondere die Mitbestimmungs- und Mitwirkungs-

rechte der Personalvertretungen der entleihenden Dienststellen beim Tätigwerden von Leiharbeitnehmern im öffentlichen Dienst des Bundes sichergestellt. Der Antragstellerin stehe jedoch nur ein Mitwirkungsrecht zu. Aus dem Unterzeichnungsprotokoll zu § 56 Abs. 9 Zusatzabkommen zum Nato-Truppenstatut (ZA-NTS) ergebe sich aus Unterabsatz 6 b, dass in den übrigen im Gesetz vorgesehenen Fällen der Mitbestimmung das Mitwirkungsverfahren Anwendung finde. Eine solche Beschränkung, die sich zwar nicht ausdrücklich auf § 14 AÜG beziehe, sei aber entsprechend anzuwenden, da aus dem Sinn und Zweck des Unterzeichnungsprotokolls folge, dass auch die Mitbestimmungsrechte bzw. Mitwirkungsrechte des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes beschränkt sein sollten auf das Mitwirkungsverfahren. Dieses Mitwirkungsrecht der Antragstellerin sei nicht beschränkt auf die Fälle, in denen eine längerfristige Arbeitnehmerüberlassung geplant sei. Auch § 14 AÜG beinhalte ein umfassendes Mitwirkungsrecht und beschränke dieses nicht auf die Fälle der kurzfristigen Beschäftigung.

Gegen diesen ihnen am 01.09.2000 zugestellten Beschluss haben beide Beteiligten mit einem beim Landesarbeitsgericht am 29.09.2000 (Antragsgegnerin) bzw. am 02.10.2000 – einem Montag – (Antragstellerin) eingegangenen Schriftsatz Beschwerde eingelegt. Beide Beteiligten haben ihre Beschwerde gleichzeitig mit der Beschwerdeschrift begründet.

Die Antragstellerin macht unter teilweiser Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens im Wesentlichen geltend:

Über den Wortlaut hinaus könne das Unterzeichnungsprotokoll nicht erweiternd nach Sinn und Zweck auf andere Mitbestimmungstatbestände ausgedehnt werden. Dies ergebe sich auch aus dem Regel-Ausnahmeprinzip. Denn nach der Regelung in Abs. 6 des Unterzeichnungsprotokolls sollten grundsätzlich alle Mitbestimmungsrechte Anwendung finden und nur ausnahmsweise fünf in Mitwirkungsrechte umgewandelt werden. Da bei diesen Mitbestimmungsrechten § 14 AÜG nicht erwähnt sei, bleibe es bei dem Mitbestimmungsrecht gem. § 14 AÜG. Zu Unrecht habe die Vorinstanz einen Unterlassungsanspruch für den Bereich des Bundespersonalvertretungsgesetzes verneint. Der vom BAG bei der Verletzung von Mitbestimmungsrechten nach § 87 BetrVG anerkannte allgemeine Unterlassungsanspruch müsse auch für den Bereich des Bundespersonalvertretungsgesetzes gelten.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss des Arbeitsgerichts Mönchengladbach vom 27.07.2000 abzuändern und

1. die Beteiligten zu 2) zu verurteilen, es zu unterlassen, in den Dienststellen der Britischen Streitkräfte Leiharbeitnehmer zu beschäftigen, bevor nicht diese Beschäftigung aufgrund eines Mitbestimmungs-, hilfsweise Mitwirkungsverfahrens, mit ihr gebilligt ist, auch wenn diese Leiharbeitnehmer nur kurzfristig, z. B. zwei Wochen und einen Tag, beschäftigt werden sollen,

der Beteiligten zu 2) anzudrohen, für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen dieses Unterlassen ein noch vom Gericht festzusetzendes Ordnungsgeld zu erlassen;

2. hilfsweise festzustellen, dass die Beteiligte zu 2) vor Beschäftigung von Leiharbeitnehmern sie im Rahmen eines Mitbestimmungsverfahrens zu beteiligen hat, auch wenn die Leiharbeitnehmer nur kurzfristig (z. B. in einem Zeitraum von zwei Wochen und einem Tag) beschäftigt werden sollen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde der Antragstellerin vom 26.09.2000 zurückzuweisen;

den angefochtenen Beschluss insoweit aufzuheben und abzuändern - wie das im Beschluss erkannte Mitwirkungsverfahren solcher Leiharbeitnehmer betrifft, die nicht in ihren Dienststellen beschäftigt werden und soweit Leiharbeitnehmer nur kurzfristig beschäftigt werden sollen.

Die Antragstellerin beantragt,

die Beschwerde der Beteiligten zu 2) vom 28.09.2000 zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin macht unter teilweiser Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens geltend:

Der angefochtene Beschluss habe nicht berücksichtigt, dass es, wie bereits erstinstanzlich vorgetragen, Leiharbeitnehmerbeschäftigungen für Truppenmanöver gebe. Solche Leiharbeitnehmer würden nicht gem. § 75 BPersVG in den Dienststellenbetrieb eingegliedert. Sie hätten zu solchen Dienststellen keinerlei Kontakt. Darüber hinaus sei für kurzfristig beschäftigte Leiharbeitnehmer eine Mitwirkung nicht nötig. Der von dem angefochtenen Beschluss am Ende seiner Gründe angesprochene Missbrauchstatbestand könne nicht eintreten, da sie keinen Einfluss auf die Auswahl der Personen nehmen könne und auch nicht nehmen wolle. Die personelle Auswahl habe das Arbeitnehmerverleihunternehmen. Bei einer kurzzeitigen Beschäftigung von Leiharbeitnehmern sei eine tatsächliche Eingliederung in die Dienststelle nicht gegeben, wenn die Beschäftigung bloß vorübergehend und geringfügig sei.

Hinsichtlich der Beschwerde der Antragstellerin macht die Antragsgegnerin geltend:

Zu Recht habe das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dem Personalvertretungsinteresse sei ausreichend durch eine gerichtliche Feststellung des Bestehens oder der Verletzung des Beteiligungsrechts gedient. Es habe noch nicht einen Fall gegeben, in welchem die britischen Militärbehörden eine rechtskräftige Feststellungsentscheidung eines deutschen Gerichts missachtet hätten. Die Androhung von Ordnungsgeld sei erst recht unbegründet, da dieses der erste Schritt einer Zwangsvollstreckungsmaßnahme wäre und die Zwangsvollstreckung gegen den Staat Großbritannien einem deutschen Gericht unmöglich sei. Zutreffend habe die erstinstanzliche Entscheidung auch erkannt, dass in Ableitung aus § 14 AÜG

lediglich eine Mitwirkung stattfinde. Diese Vorschrift verweise nämlich auf die Anwendung des § 75 BPersVG und für die Anwendung dieser Vorschrift enthalte das Unterzeichnungsprotokoll zu Art. 56 ZA-NTS die Einschränkung, dass bei § 75 Abs. 1 Ziff. 1 BPersVG lediglich Mitwirkung stattfinde.

Die Antragstellerin tritt dem Vorbringen der Antragsgegnerin zu ihrer Beschwerde im Wesentlichen wie folgt entgegen:

Sie sei nunmehr der Auffassung, dass sie auch dann, wenn fremde Manövertruppen auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland ausschließlich durch Leiharbeitnehmer ohne Zusammenarbeit mit sonstigen zivilen Arbeitnehmern der Beteiligten zu 2) zu versorgen seien, ein Beteiligungsrecht zustehe. Im Übrigen bestehe auch bei einer kurzfristigen Beschäftigung von Leiharbeitnehmern durch die Beteiligte zu 2) ein Beteiligungsrecht gem. § 14 AÜG. Aus dem Wortlaut dieser Vorschrift ergebe sich nicht, dass dieses Recht bei einem kurzfristigen Einsatz von Leiharbeitnehmern ausgeschlossen wäre.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten in beiden Rechtszügen wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze verwiesen.

B.

Die Beschwerde der Antragstellerin ist erfolglos, diejenige der Antragsgegnerin nur teilweise erfolgreich.

I.

Die Beschwerde der Antragstellerin ist unbegründet.

1. Das Begehren der Antragstellerin ist nur mit ihrem hilfsweise gestellten Feststellungsverlangen zulässig.

a) Über Haupt- und Hilfsantrag der Antragstellerin ist gem. Abs. 9 des Unterzeichnungsprotokolls (UP) zu Art. 56 Abs. 9 des Zusatzabkommens zu dem Abkommen zwischen den Parteien des Nordatlantikvertrages über die Rechtsstellung ihrer Truppen hinsichtlich der in der Bundesrepublik Deutschland stationierten ausländischen Truppen (ZA-NTS) vom 03.08.1959 (BGBl. II 1961, 1183), geändert durch das Abkommen vom 21.10.1971 (BGBl. II 1973, 1021), in Kraft getreten am 18.01.1974 (BGBl. II 1974, 143), im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren (§ 2 a ArbGG) zu entscheiden (BAG 09.02.1993 – 1 ABR 43/92 – AP Nr. 17 zu Art. 56 ZA-NTS). Gegenstand des Begehrens der Antragstellerin ist eine Frage ihrer Zuständigkeit, worüber gem. Art. 56 Abs. 9 Zusatzabkommen (ZA-NTS) i. V. m. § 83 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG) die Gerichte zu entscheiden haben (BAG 09.02.1993 – 1 ABR 43/92 – a. a. O.).

b) Die Antragsbefugnis der Antragstellerin ergibt sich aus der Verweisung in Art. 56 Abs. 9 ZA-NTS, wo für die Betriebsvertretung der zivilen Arbeitskräfte bei Stationierungsstreitkräften auf das deutsche Personalvertretungsrecht verwiesen wird. Antragsgegner ist das Hauptquartier der britischen Rheinarmee als oberste Dienststelle, bei der die antragstellende Hauptbetriebsvertretung eingerichtet ist (BAG 09.02.1993 – 1 ABR 43/92 – a. a. O.).

c) Der Hauptantrag der Antragstellerin ist unzulässig, weil er im vorliegenden Beschlussverfahren nicht zur Entscheidung gestellt werden kann. Dabei kann dahinstehen, ob bereits der Charakter des Beschlussverfahrens in § 83 Abs. 2 BPersVG i. V. m. §§ 80 ff ArbGG als ein objektives Verfahren, das grundsätzlich nicht der Verfolgung von Individualrechtsansprüchen dient, sondern die Klärung und Feststellung von Zuständigkeiten, von personalvertretungsrechtlich festgelegten Befugnissen sowie gestaltende Entscheidungen bei Wahlanfechtung, Auflösung des Personalrats oder Ausschluss eines Mitglieds zum Gegenstand hat (BVerwG 24.10.1975 - 7 P 11.73 - BVerwGE 49, 259. 265; BVerwG 15.12.1978 - 6 P 13.78 - PersV 1980, 145), einem materiell-rechtlichen Unterlassungsanspruch entgegensteht (so BVerwG 27.07.1990

- 6 PB 12.89 - AP Nr. 25 zu § 72 a ArbGG 1979 Divergenz; vgl. auch BVerwG 15.12.1978 - 6 P 13.78 - PersV 1980, 145, 147). Denn jedenfalls räumt das Bundespersonalvertretungsgesetz den Personalvertretungen nicht das im Beschlussverfahren verfolgbare Recht ein, den Dienststellen die Durchführung bestimmter, der Mitbestimmung unterliegender Maßnahmen zu untersagen (BVerwG 15.12.1978 - 6 P 13.78 - PersV 1980, 145, 147; BVerwG 29.10.1991 - 6 PB 19.91 - PersR 1992, 24, 25).

aa) Die Versagung eines materiell-rechtlichen Unterlassungsanspruchs für den Geltungsbereich des Bundespersonalvertretungsgesetzes ergibt sich deutlich aus einem Vergleich mit dem Betriebsverfassungsgesetz. Nach § 101 BetrVG kann der Betriebsrat, wenn der Arbeitgeber eine personelle Maßnahme i. S. des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ohne Zustimmung des Betriebsrats durchführt oder eine vorläufige personelle Maßnahme entgegen § 100 Abs. 2 Satz 3 oder Abs. 3 BetrVG aufrecht erhält, beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, die personelle Maßnahme aufzuheben. Kommt der Arbeitgeber der gerichtlichen Entscheidung nicht nach, ist auf Antrag des Betriebsrats vom Arbeitsgericht zu erkennen, dass der Arbeitgeber zur Aufhebung der Maßnahme durch Geldstrafen anzuhalten sei. Ebenso sieht § 23 Abs. 3 BetrVG vor, dass der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtungen aus diesem Gesetz beim Arbeitsgericht beantragen kann, dem Arbeitgeber aufzugeben, eine Handlung zu unterlassen, die Vornahme einer Handlung zu dulden oder eine Handlung vorzunehmen. Auch hier ist gegen die Nichtbefolgung einer gerichtlichen Entscheidung die Verurteilung zu einer Geldstrafe vorgesehen.

bb) An derartigen Bestimmungen fehlt es im Bundespersonalvertretungsgesetz. Das erklärt sich aus dem unterschiedlichen Regelungsbereich beider Gesetze. Während bei Pflichtverstößen des Arbeitgebers in der Privatwirtschaft ohne die Vorschrift der §§ 23 Abs. 3, 101 BetrVG kein Mittel gegeben wäre, die Durchführung der Beteiligungsrechte und sonstigen Aufgaben der Betriebsvertretungen, die Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes sicherzustellen, ist das in den öffentlichen Verwaltungen nicht erforderlich. Hier können der Staat oder die öffentlich-rechtlichen Körperschaften oder Anstalten selbst im Wege der Dienstaufsicht und notfalls durch disziplinarische Maß-

nahmen sicherstellen, dass dem Gesetz genüge getan wird (BVerwG 15.12.1978 - 6 P 13.78 - PersV 1980, 145, 147).

cc) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist es bei dieser Rechtslage ausgeschlossen, den vom Bundesarbeitsgericht bei der Verletzung von Mitbestimmungsrechten nach § 87 BetrVG anerkannten allgemeinen Unterlassungsanspruch (vgl. grundlegend BAG 03.05.1994 - 1 ABR 24/93 - EzA § 23 BetrVG 1972 Nr. 36; zuletzt wieder BAG 29.02.2000 - 1 ABR 4/99 - EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 69) auf den Bereich des Bundespersonalvertretungsgesetzes zu übertragen.

(1.) In seinem soeben erwähnten Beschluss vom 03.05.1994 hat der 1. Senat des Bundesarbeitsgerichts die Frage, ob und inwieweit ein solcher Unterlassungsanspruch auch bei personellen Einzelmaßnahmen in Betracht kommt, ausdrücklich offengelassen. Aus den für die Annahme eines Unterlassungsanspruchs des Betriebsrats im Bereich des § 87 BetrVG maßgeblichen Gründen ergibt sich nicht zwingend ein allgemeiner Unterlassungsanspruch, der auch gegen die Verletzung anderer Mitbestimmungsrechte geltend gemacht werden kann. Ein solcher Anspruch ist vielmehr auszuschließen, soweit das Betriebsverfassungsrecht zum Schutz von Mitbestimmungsrechten besondere Verfahren zur Verfügung stellt, die so weitreichend und wirksam sind, dass sie als abschließende Regelung angesehen werden müssen.

(2.) Die §§ 100 und 101 BetrVG enthalten spezielle Regelungen für den Fall, dass personelle Einzelmaßnahmen ohne ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats durchgeführt werden. In § 100 BetrVG ist bestimmt, unter welchen Voraussetzungen und wie lange der Arbeitgeber eine personelle Maßnahme vorläufig ohne Zustimmung des Betriebsrats durchführen darf, und § 101 BetrVG eröffnet dem Betriebsrat die Möglichkeit, die Aufhebung mitbestimmungswidriger Personalmaßnahmen zu erzwingen. Die Reichweite dieser Regelungen ist allerdings begrenzt. Ein allgemeiner Unterlassungsanspruch würde dem Betriebsrat die weitergehende Möglichkeit bieten, mitbestimmungswidrige Personalmaßnahmen des Arbeitgebers von vornherein zu verhindern, während der Aufhebungsanspruch nach § 101 BetrVG nur im Nachhinein wirken kann und daher bei vorübergehenden Maßnahmen, die sich vor Rechtskraft der Gerichtsentscheidung erledigen, ins Leere geht. Dies gilt beispielsweise bei wiederholten kurzzeitigen Einstellungen, wie sie, wie noch zu zeigen sein wird, im vorliegenden Fall

in Frage stehen. Ob diese Schutzlücke so groß ist, dass die §§ 100 und 101 BetrVG nicht als abschließende Regelung für den Bereich der personellen Maßnahme nach § 99 BetrVG anzusehen sind, und inwieweit ergänzend ein allgemeiner Unterlassungsanspruch in Betracht kommt, hat das BAG in seinem Beschluss vom 06.12.1994 (- 1 ABR 30/94 - EzA § 23 BetrVG 1972 Nr. 37) ausdrücklich offengelassen. Für das Bundespersonalvertretungsgesetz jedenfalls ist diese Frage zu verneinen, da dieses Gesetz, wie bereits dargestellt, keine §§ 100 und 101 BetrVG vergleichbare Sanktionsregelungen für den Fall, dass der Dienststellenleiter eine personelle Maßnahme i. S. des § 75 Abs. 1 BPersVG ohne Beteiligung des Personalrats durchführt, enthält.

d) Zu Recht ist die Vorinstanz von der Zulässigkeit des hilfsweise geltend gemachten Feststellungsbegehrens der Antragstellerin ausgegangen. Sie begehrt die Feststellung eines gegenwärtigen Rechtsverhältnisses i. S. des § 256 Abs. 1 ZPO.

Rechtsverhältnisse i. S. des auf das Beschlussverfahren entsprechend anwendbaren § 256 Abs. 1 ZPO (BAG 09.02.1993 – 1 ABR 43/92 – a. a. O.) sind nicht nur die aus einem vorgetragenen Sachverhalt ableitbaren rechtlichen Beziehungen von Personen untereinander. Zulässiger Gegenstand von Feststellungsanträgen sind vielmehr auch einzelne Folgen solcher Rechtsbeziehungen, z. B. einzelne Ansprüche aus diesen Rechtsbeziehungen (vgl. nur BAG 16.09.1998 – 5 AZR 183/97 – AP Nr. 2 zu § 24 BAT-O; BAG 30.09.1998 – 5 AZR 18/98 – AP Nr. 70 zu § 2 BeschFG 1985). Gegenstand von Feststellungsanträgen kann daher auch das Bestehen oder Nichtbestehen von Mitbestimmungsrechten an einer näher zu bezeichnenden Maßnahme sein (vgl. BAG 11.11.1998 – 4 ABR 40/97 – AP Nr. 18 zu § 50 BetrVG 1972; BAG 15.12.1998 – 1 ABR 9/98 – AP Nr. 56 zu § 80 BetrVG 1972). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt, weil die Antragstellerin die Feststellung von Mitwirkungsrechten bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern geltend macht.

2. Der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag ist unbegründet.

a) Zunächst kann allerdings der Vorinstanz nicht darin gefolgt werden, das Beteiligungsrecht der Antragstellerin sei aus § 14 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 AÜG herzuleiten. Zwar ist nach § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG der Betriebsrat des Entleiherbetriebes vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung gem. § 99 BetrVG zu betei-

gen. Jedoch folgt die Verpflichtung zur Beteiligung der Antragstellerin bei der Übernahme von Leiharbeitnehmern durch die Antragsgegnerin unmittelbar aus dem Mitbestimmungstatbestand, der die Mitbestimmung bei Einstellungen regelt, hier also § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG. Bei den Regelungen in § 14 Abs. 3 und 4 AÜG handelt es sich nämlich lediglich um solche deklaratorischen Inhalts. Zur Begründung der Mitbestimmung bedarf es daher keines zusätzlichen – unmittelbaren oder entsprechenden – Rückgriffs auf diese weiteren Regelungen (BVerwG 15.03.1994 – 6 P 24.92 – EzAÜG § 14 AÜG Personalvertretung Nr. 5; BVerwG 06.09.1995 – 6 P 9.93 – BVerwGE 99, 214, 220 f.).

b) Zu Recht hat die Vorinstanz auch angenommen, dass der Antragstellerin lediglich ein Mitwirkungsrecht zusteht.

aa) Nach Abs. 6 a Unterabs. vii UP zu Art. 56 Abs. 9 ZA-NTS findet die Mitbestimmung u. a. keine Anwendung in Bezug auf § 75 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BPersVG. In den Fällen aber, in denen die Mitbestimmungsrechte aufgrund des Abs. 6 a UP keine Anwendung finden, gilt gem. Abs. 6 b zu Art. 56 Abs. 9 ZA-NTS das Mitwirkungsverfahren. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts bedarf es hierfür allerdings keiner analogen Anwendung des Abs. 6 b zu Art. 56 Abs. 6 ZA-NTS. Vielmehr folgt dies unmittelbar daraus, dass nach Abs. 6 a Unterabs. vii UP zu Art. 56 Abs. 9 ZA-NTS im Fall des Anwendungsbereichs des § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG die Mitbestimmung keine Anwendung findet.

bb) Durch Art. 1 § 14 Abs. 4 AÜG sollte, wie der amtlichen Begründung des Gesetzesentwurfs zu entnehmen ist (vgl. BT-Drucks. 9/847 S. 8), im Hinblick auf den Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 14.05.1974(– 1 ABR 4/73 – AP Nr. 2 zu § 99 BetrVG 1972) „klargestellt“ werden, dass der Betriebsrat des Entleiherbetriebes vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitleistung im Entleiherbetrieb nach § 99 BetrVG zu beteiligen ist. Durch die Vorschrift sollte bestätigt werden, dass die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern als „Einstellung“ i. S. von § 99 BetrVG der Mitbestimmung nach dieser Vorschrift unterfällt. Zu dieser klarstellenden Interpretation bestand bei Einleitung des Gesetzgebungsverfahrens im Jahre 1981 auch durchaus Veranlassung, da, obwohl mit dem genannten Beschluss des Bundesarbeitsgerichts

für den Bereich des Betriebsverfassungsrechts bereits eine höchstrichterliche Entscheidung vorlag, erneut Rechtsunsicherheit entstanden war (vgl. BAG 15.04.1986 – 1 ABR 44/84 – EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 50). Denn in einer Entscheidung des 6. Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 03.10.1978 (- 6 ABR 46/76 – AP Nr. 18 zu § 5 BetrVG 1972) wurde die Auffassung vertreten, dass sich das Beteiligungsrecht des Betriebsrats nach § 99 BetrVG nur auf Personen beziehe, die als Arbeitnehmer im Betrieb beschäftigt werden sollten. Damit war die vorhergehende Rechtsprechung des 1. Senats des Bundesarbeitsgerichts in dem Beschluss vom 14.05.1973 – 1 ABR 4/73 –, die sich ausschließlich auf eine Auslegung des Begriffes „Einstellung“ stützt, in Frage gestellt worden, so dass es einer Klarstellung bedurfte (BVerwG 20.05.1992 – 6 P 4.90 – BVerwGE 90, 194, 202).

c) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin verletzt Abs. 6 a und b UP zu Art. 56 Abs. 9 ZA-NTS nicht dadurch Art. 3 Abs. 1 GG, dass die Arbeitnehmervertretung der zivilen Arbeitnehmer bei der Bundeswehr u. a. bei der Einstellung von Arbeitnehmern ein ungeschmäleretes Mitbestimmungsrecht nach § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG i. V. m. § 70 Soldatengesetz haben, während die Zivilbediensteten der Stationierungstruppen nach Abs. 6 a Unterabs. vii UP, Abs. 6 b zu Art. 56 Abs. 9 ZA-NTS lediglich ein Mitwirkungsrecht haben. Für diese Ungleichbehandlung gibt es zwar keinen im Regelungsgegenstand liegenden Grund, zumal militärische Notwendigkeiten, die unterschiedliche Beteiligungsrechte der Zivilbeschäftigten rechtfertigen könnten, nicht erkennbar sind (vgl. hierzu näher BVerfG 08.10.1996 – 1 BVL 15/91 – AP Nr. 21 zu Art. 56 ZA-NTS). Der Widerspruch zu Art. 3 Abs. 1 GG ist jedoch mit Rücksicht darauf hinzunehmen, dass die Bundesrepublik Deutschland bei Aushandeln der Stationierungsverträge in ihrer Handlungsfreiheit beschränkt war und es ihr trotz fortlaufender Bemühungen nicht gelungen ist, die Beteiligungsrechte der Zivilangestellten bei den Stationierungskräften denen der Bundeswehr völlig anzugleichen (vgl. auch hierzu näher BVerfG 08.10.1996 – 1 BVL 15/91 – a. a. O.).

II.

Die Beschwerde der Antragsgegnerin ist nur teilweise begründet.

1. Zunächst teilt die Kammer die Auffassung der Vorinstanz, wonach sich das Mitwirkungsrecht der Antragstellerin gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG i. V. m. Abs. 6 a Unterabsatz vii, Abs. 6 b UP zu Art. 56 Abs. 9 ZA-NTS auch auf die nur kurzfristige Beschäftigung von Leiharbeitnehmern erstreckt.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist „Einstellung“ i. S. von § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG die Eingliederung eines „neuen“ Beschäftigten in die Dienststelle, die regelmäßig durch den Abschluss eines Arbeitsvertrages und die tatsächliche Aufnahme der vorgesehenen Tätigkeit bewirkt wird. Die Einstellung setzt nicht notwendig einen rechtswirksamen Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem neuen Beschäftigten voraus (BVerwG 27.11.1991 – 6 P 15.90 – DVBl. 1992, 895, 896). Ein Arbeitsvertrag kann insbesondere deshalb fehlen, weil ein solcher zwar gewollt war, rechtlich jedoch fehlgeschlagen, mithin rechtsunwirksam ist (BVerwG 20.05.1992 – 6 P 4.90 - BVerwGE 90, 194, 198; BVerwG 25.09.1995 - 6 P 44.93 - ZBR 1996, 265, 266). Die Mitbestimmung des Personalrats bezieht sich daher nicht auf den Abschluss und den Inhalt des Arbeitsvertrages, sondern allein auf die Eingliederung des Einzustellenden in die Dienststelle, also auf die zur Einstellung vorgesehene Person, auf die von ihr auszuübende Tätigkeit und, soweit es sich um Arbeiter und Angestellte handelt, auf die mit der Übertragung der Tätigkeit verbundene tarifliche Bewertung, die Eingruppierung (BVerwG 02.06.1993 – 6 P 3.92 – PersR 1993, 450, 452).

b) Allerdings setzt jede Einstellung i. S. von § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG und gleichermaßen jede Eingliederung als wesentliches Merkmal einer Einstellung zusätzlich einen Mindestbestand an vorhandenen oder zumindest beabsichtigten arbeitsvertraglichen Rechtsbeziehungen voraus. Diese Rechtsbeziehungen müssen jedoch nicht notwendig dem Muster eines vollständigen zweiseitigen Arbeitsvertrags entsprechen. Der Mindestbestand arbeitsvertraglicher Rechtsbeziehungen kann auch auf der Grundlage mehrseitiger Rechtsbeziehungen jedenfalls dann gewährleistet sein, wenn auch die aufnehmende Dienststelle und der aufzunehmende Arbeitnehmer daran beteiligt sind und wenn in ihrem Verhältnis zueinander diejenigen arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten bestehen oder zumindest beabsichtigt sind, die das Bild der Eingliederung prägen. Das sind insbesondere in Weisungsrecht der aufnehmenden Dienststelle, ver-

bunden mit entsprechenden Schutzpflichten, sowie eine Weisungsgebundenheit des aufzunehmenden Arbeitnehmers, verbunden mit entsprechenden Schutzrechten. Derartige Rechtsbeziehungen bestehen auch im Falle der Aufnahme eines Leiharbeitnehmers in die entleihende Dienststelle (BVG 20.05.1992 – 6 P 4.90 – BVerwGE 90, 194, 198; BVerwG 25.09.1995 – 6 P 44.93 - ZBR 1996, 265, 267).

c) Ob ein Arbeitnehmer in die Dienststelle eingegliedert wird, hängt zunächst einmal davon ab, ob er eine regelmäßige und dauernde, nicht bloß vorübergehende und auch nicht geringfügige Arbeit verrichten soll (BVerwG 03.02.1993 – 6 P 28.91 – BVerwGE 92, 47, 51). Dies kann und muss bei in die Zukunft hin offenen Sachverhalten nicht positiv festgestellt werden. Es darf jedoch nicht von vornherein feststehen, dass die Tätigkeiten in der Dienststelle nur geringfügig und vorübergehender Natur sind. Von einem solchen Ausnahmefall ist indessen nicht schon immer dann auszugehen, wenn zusammenhängende Tätigkeiten mehr oder weniger regelmäßig durch größere beschäftigungslose Zeiten unterbrochen werden (BVerwG 03.02.1993 – 6 P 28.91 – a. a. O.). Ist aber eine vereinzelte Beschäftigung von Anfang an auf längstens zwei Monate befristet, so besteht eine Vermutung dafür, dass die Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen eine Mitbestimmung ausnahmsweise nicht gegeben ist (BVerwG 27.11.1991 – 6 P 15.90 – DVBl. 1992, 895; BVerwG 03.02.1993 - 6 P 28.91 - a. a. O.; BVerwG 25.09.1995 - 6 P 44.93 - ZBR 1996, 265, 266).

d) Dabei gilt, dass der einzelne Beschäftigungsfall nicht isoliert betrachtet werden darf. Im Hinblick auf Sinn und Zweck des § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG, wonach durch die Beteiligung des Personalrats an der Einstellung von Beschäftigten in erster Linie die kollektiven Interessen der von ihm vertretenen Beschäftigten, die in der Dienststelle bereits als Arbeitnehmer tätig sind, gewahrt werden sollen (BVerwG 03.02.1993 – 6 P 28.91 – BVerwGE 92, 47, 53 m. w. N.), käme z. B. bei auf regelmäßige Wiederholungen angelegten Anlässen für Aushilfsbeschäftigungen eine Benachteiligung der (vorhandenen) Mitarbeiter der Dienststelle in Betracht, wenn etwa der Dienststellenleiter gezielt befristete Arbeitsverträge abschließt, um dadurch die Schaffung neuer Arbeitsplätze oder die Anhebung vorhandener Planstellen zu umgehen. Dann wäre auch bei derartigen Aushilfsverträgen ein Mitbestimmungsrecht gegeben (BVerwG 27.11.1991 – 6 P 15.90 – DVBl. 1992, 895). Eine solche Zielgerichtetheit lässt sich zwar bei der Beschäftigung von Abrufkräften nicht als regelmäßig oder naheliegend

unterstellen. Immerhin besteht aber wegen der Vielzahl der Fälle für den Personalrat vermehrt Anlass zur Überprüfung, ob möglicherweise die Erhaltung alter oder die Schaffung neuer Arbeitsplätze umgangen wird und warum dies gegebenenfalls geschieht. Alles weitere ist allein eine Frage der Stichhaltigkeit etwaiger Zustimmungsverweigerungsgründe (BVerwG 03.02.1993 – 6 P 28.91 – BVerwGE 1992, 47, 53).

e) Im Streitfall kann nichts anderes gelten. Die Situation bezüglich des Einsatzes von Leiharbeitnehmern war insbesondere im Februar und März 2000 der Beschäftigung von Abrufräften vergleichbar. Die Antragsgegnerin setzte vor allem in diesem Zeitraum wiederholt eine Vielzahl von Leiharbeitnehmern ein, die der Antragstellerin durchaus Veranlassung zur Überprüfung geben durfte, ob möglicherweise die Erhaltung alter oder die Schaffung neuer Arbeitsplätze bei der Antragsgegnerin umgangen werde und warum dies gegebenenfalls geschehen sollte.

2. Dagegen erstreckt sich das Mitwirkungsrecht der Antragstellerin gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG i. V. m. Abs. 6 a Unterabs. v ii Abs. 6 bUP zu Art. 56 Abs. 9 ZANTS nicht auf den Einsatz von Leiharbeitnehmern, die nicht in den Dienststellen der Antragsgegnerin beschäftigt werden. Damit ist der Einsatz von Leiharbeitnehmern für fremde Manövertruppen ohne Zusammenarbeit mit sonstigen zivilen Arbeitnehmern der Antragsgegnerin gemeint. Hier fehlt es an der für jede Einstellung i. S. von § 75 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG erforderlichen Eingliederung. Denn bei dieser Fallkonstellation steht der Antragsgegnerin bezüglich dieser Leiharbeitskräfte kein Weisungsrecht und somit auch nicht ein Mindestmaß an einer Rechtsbeziehung zu diesen Leiharbeitnehmern zu (vgl. oben unter II. 1. b).

C.

Die Kammer hat der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung zugemessen und deshalb für beide Beteiligten die Rechtsbeschwerde an das Bundesarbeitsgericht zugelassen (vgl. § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG i. V. m. § 92 Abs. 1 Satz 2 ArbGG).

RECHTSMITTELBELEHRUNG:

Gegen diesen Beschluss kann von beiden Beteiligten

RECHTSBESCHWERDE

eingelegt werden.

Die Rechtsbeschwerde muss

innerhalb einer Notfrist von einem Monat

nach der Zustellung dieses Beschlusses schriftlich beim

**Bundesarbeitsgericht,
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt,**

eingelegt werden.

Die Rechtsbeschwerde ist gleichzeitig oder

innerhalb eines Monats nach ihrer Einlegung

schriftlich zu begründen.

Die Rechtsbeschwerdeschrift und die Rechtsbeschwerdebegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

gez. Dr. Vossen

gez. Winkels

gez. Hinterleitner