



Liebe Freunde der Mitbestimmung,

heute erhaltet Ihr die **3. Ausgabe** unseres **Newsletters** für **Personalräte** im Jahre 2018 mit folgenden Themen:

- 1. Kein Anhörungsrecht des Personalrats vor Anordnung einer sozialmedizinischen Untersuchung des Beschäftigten durch den medizinischen Dienst der Krankenkasse**
OVG NRW vom 10.01.2018, Az.: 20 A 2492/16.PVL
- 2. Kein Mitbestimmungsrecht des Personalrats bei kurzzeitiger Beschäftigung von Arbeitnehmern**
OVG NRW vom 01.06.2017, Az.: 20 A 965/15.PVL
- 3. Zur zeitlichen Beschränkung des Anschlussverbotes mehrfacher sachgrundloser Befristungen mit demselben Arbeitgeber nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG BVerfG vom 06.06.2018, Az.: 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14**

Viele Grüße aus Bochum

Birger Baumgarten
Dr. Laurie-Ann Klein
Horst Welkoborsky

-
- 1. Kein Anhörungsrecht des Personalrats vor Anordnung einer sozialmedizinischen Untersuchung des Beschäftigten durch den medizinischen Dienst der Krankenkasse**
OVG NRW vom 10.01.2018, Az.: 20 A 2492/16.PVL

Das an die Krankenkasse gerichtete Verlangen der Dienststelle, eine gutachtliche Stellungnahme des medizinischen Dienstes der Krankenversicherung zur Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit eines Beschäftigten einzuholen, unterliegt nicht dem Anhörungsrecht des Personalrats nach § 75 Abs. 1 Nr. 4 LPVG NRW.

DIE ENTSCHEIDUNG

Gemäß § 75 Abs. 1 Nr. 4 LPVG NRW ist der Personalrat anzuhören im Vorfeld der Anordnung von amts- oder vertrauensärztlichen Untersuchungen zur Feststellung der Arbeits- oder Dienstfähigkeit. In dem hier anhängigen Verfahren hatte sich das OVG NRW mit der Frage zu beschäftigen, ob auch ein an die Krankenkasse eines Beschäftigten gerichtetes Verlangen der Dienststelle nach § 275 Abs. 1 a SGB V, eine gutachterliche Stellungnahme des medizinischen Dienstes der Krankenkassen zur Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit einzuholen, diesem Anhörungstatbe-

stand unterfällt. Wie auch zuvor das VG Gelsenkirchen verneinte das OVG NRW diese Frage. Die Begutachtung durch den medizinischen Dienst der Krankenversicherung stelle bereits keine „amts- oder vertrauensärztliche Untersuchung“ im Sinne des § 75 Abs. 1 Nr. 4 LPVG NRW dar. Darüber hinaus stelle das Verlangen der Dienststelle nach § 275 Abs. 1 a SGB V keine „Anordnung“ im Sinne des Anhörungstatbestandes dar. Das Verlangen nach § 275 Abs. 1 a SGB V sei bereits nicht an den Beschäftigten gerichtet, sondern an die Krankenkasse; zudem könne diese nach § 275 Abs. 1 a Satz 4 SGB V von einer Beauftragung des medizinischen Dienstes unter bestimmten Voraussetzungen auch absehen. Im Gegensatz zu einer an den Beschäftigten gerichteten Anordnung, sich einer amts- oder vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, sei damit das in Rede stehende Verlangen nicht verbindlich.

BEDEUTUNG FÜR DIE PRAXIS

Diese Entscheidung des OVG NRW, die aus Arbeitnehmersicht auf den ersten Blick nicht nachvollziehbar erscheint, entspricht letztlich dem klaren Gesetzeswortlaut des § 75 Abs. 1 Nr. 4 LPVG NRW und trägt im Endeffekt auch dem Sinn und Zweck dieses Anhörungstatbestandes Rechnung. Durch das an die Krankenkasse gerichtete Verlangen wird seitens der Dienststelle keine Untersuchung „angeordnet“, vielmehr handelt es sich rechtlich eher um eine Anregung an die Krankenkasse, welche für diese nicht einmal verbindlich ist. Ein Anhörungsrecht des Personalrats scheidet deshalb in diesem Zusammenhang aus.

2. Kein Mitbestimmungsrecht des Personalrats bei kurzzeitiger Beschäftigung von Arbeitnehmern

OVG NRW vom 01.06.2017, Az.: 20 A 965/15.PVL

Ist bereits bei Übertragung einer Tätigkeit an einen Arbeitnehmer absehbar, dass diese Aushilfstätigkeit nicht für einen längeren Zeitraum als zwei Monate anfallen wird, fehlt es an einer Eingliederung des Beschäftigten in die Dienststelle im Sinne des § 72 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LPVG NRW. Eine mitbestimmungspflichtige Einstellung liegt dann nicht vor.

DIE ENTSCHEIDUNG

Im vorliegenden Fall ging es um einen Leiharbeiter, welcher in der Dienststelle für die Dauer von vier Wochen eine Aushilfstätigkeit verrichten sollte. Der zuständige Personalrat beantragte die Feststellung, dass auch eine solch kurzfristige Beschäftigung seiner Mitbestimmung nach § 72 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LPVG NRW unterliegt. Das OVG NRW bestätigte die erstinstanzliche Entscheidung des VG Minden, wonach bei einer solch kurzfristigen Beschäftigung ein Mitbestimmungsrecht des Personalrats nach vorbezeichneter Vorschrift nicht besteht. Maßgebend für eine Einstellung im personalvertretungsrechtlichen Sinne sei die Eingliederung des Beschäftigten in die Dienststelle. Von einer Eingliederung sei regelmäßig dann



auszugehen, wenn Daueraufgaben der Dienststelle wahrgenommen werden, es sich insbesondere ihrer Art und Zielsetzung nach um Aufgaben handelt, die so auch den bereits in der Dienststelle tätigen Beschäftigten obliegen. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BVerwG gelte für den Regelfall die Vermutung, dass Tätigkeiten in einer Dienststelle dann lediglich geringfügiger und vorübergehender Natur seien, wenn diese aus besonderem Anlass anfallen und von vornherein auf längstens zwei Monate im Jahr begrenzt seien. In einem solchen Fall komme es in der Regel nicht zu einer sozialen Abhängigkeit des Arbeitnehmers von der Dienststelle; ebenso seien die persönlichen und sozialen Kontakte zu den anderen Beschäftigten der Dienststelle sehr beschränkt. Damit fehle es an einer „Eingliederung“ in die Dienststelle, mithin an einer mitbestimmungspflichtigen Einstellung. Das BVerwG hat zwischenzeitlich die gegen diesen Beschluss eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen (BVerwG vom 01.03.2018 – 5 PB 7/17) und die Ausführungen des OVG NRW im Wesentlichen bestätigt.

BEDEUTUNG FÜR DIE PRAXIS

Diese Entscheidung, die aus Personalratssicht nur schwer nachvollziehbar erscheint, steht im Einklang auch mit der ständigen Rechtsprechung des BVerwG, so dass insoweit inzwischen von einer gefestigten Rechtsprechung auszugehen ist. Das BVerwG hat in dem hiesigen Fall die Nichtzulassungsbeschwerde des Personalrats mit Beschluss vom 01.03.2018 mit der Begründung abgelehnt, dass die hier in Rede stehende Rechtsfrage grundsätzlich geklärt sei. Sowohl das OVG NRW, wie auch das BVerwG weisen jedoch darauf hin, dass es sich dabei um eine widerlegbare Vermutung handelt, und dass ein Abweichen von dieser z.B. in Betracht kommen kann, wenn es gelingt, eine nennenswerte Einbindung des Beschäftigten in den vorhandenen Personalkörper und eine trotz kurzfristiger Beschäftigung bestehende soziale Abhängigkeit des Beschäftigten darzulegen. Gerade Letzteres wird jedoch bei solch kurzfristigen Beschäftigungen in aller Regel schwer möglich sein.

3. Zur zeitlichen Beschränkung des Anschlussverbotes mehrfacher sachgrundloser Befristungen mit demselben Arbeitgeber nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG BVerfG vom 06.06.2018, Az.: 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14

Die Beschränkung des Vorbeschäftigungsverbots gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG auf einen Zeitraum von drei Jahren durch richterliche Rechtsfortbildung ist verfassungswidrig.

DIE ENTSCHEIDUNG

Gerade auch im öffentlichen Dienst wird das befristete Arbeitsverhältnis mehr und mehr vom Ausnahme- zum Regelfall. Dementsprechend war das Befristungsrecht, insbesondere das Institut der sachgrundlosen Befristung, in den letzten Jahren Gegenstand vielfältiger Verfahren bis hin zum Bundesverfassungsgericht. Vorliegend



ging es um das Vorbeschäftigungsverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG. Danach ist eine sachgrundlose Befristung nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut „nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat“. Das BAG betrieb sodann erstmals im Jahre 2011 (Urteil vom 06.04.2011 – 7 AZR 716/09) richterliche Rechtsfortbildung und entschied, dass eine sachgrundlose Befristung mit demselben Arbeitgeber ungeachtet des eindeutigen, entgegenstehenden Gesetzeswortlauts dann möglich ist, wenn das Ende des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses mehr als drei Jahre zurückliege. Genau hiergegen richtete sich die vorliegende Verfassungsbeschwerde; zudem wurde diese Frage dem BVerfG durch das Arbeitsgericht Braunschweig vorgelegt. Das BVerfG erkannte, dass die vorgenommene richterliche Rechtsfortbildung den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers, ein unbeschränktes Vorbeschäftigungsverbot zu normieren, nicht übergehen und durch ein eigenes Regelungsmodell ersetzen dürfe. Der Beschwerdeführer werde in seinen Grundrechten verletzt. Es sei bis zu einer gesetzgeberischen Änderung von einem zeitlich unbeschränkten Vorbeschäftigungsverbot auszugehen.

BEDEUTUNG FÜR DIE PRAXIS

Im Zusammenhang mit dem Vorbeschäftigungsverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG herrschte in den letzten Jahren große Unsicherheit, hervorgerufen insbesondere durch das oben zitierte Urteil des BAG aus dem Jahre 2011, dem sich in der Folgezeit verschiedene Arbeits- und Landesarbeitsgerichte anschlossen. Andere Gerichte, so z.B. das LAG Niedersachsen und das LAG Baden-Württemberg, widersprachen der Auffassung des BAG und bestätigten im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut das zeitlich unbeschränkte Vorbeschäftigungsverbot. Auch in der Literatur erfuhr das Urteil des BAG stets Kritik. Nunmehr hat das oberste Gericht im Lande mit wünschenswerter Deutlichkeit klargestellt, dass auch eine richterliche Rechtsfortbildung Grenzen hat. Wenn sowohl der Gesetzeswortlaut, wie auch die zur Verfügung stehenden Gesetzesmaterialien einen eindeutigen gesetzgeberischen Willen erkennen lassen, darf auch die Arbeitsgerichtsbarkeit diesen nicht durch ein eigenes Regelungsmodell ersetzen. Seit diesem Beschluss des BVerfG darf deshalb nunmehr wieder dem Gesetzeswortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG guten Gewissens vertraut und von einer Unzulässigkeit einer sachgrundlosen Befristung ausgegangen werden, wenn irgendwann zuvor bereits ein Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber bestanden hat.