



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 6 P 6.12  
OVG 5 A 350/11

In der Personalvertretungssache

hat der 6. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 17. Dezember 2012  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Neumann  
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Büge, Dr. Möller, Hahn  
und Prof. Dr. Hecker

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes vom 15. Juni 2012 geändert. Die Beschwerde des Beteiligten gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts des Saarlandes vom 1. Juli 2011 wird zurückgewiesen, soweit sie sich gegen die dort getroffene Feststellung richtet, wonach die Einschränkung der Tätigkeit eines Mitarbeiters des Beteiligten im Sinne von § 12a TVG mit einem Honorarvolumen von mehr als 25 v.H. des bisherigen Honorarvolumens im Sinne von Ziff. 5.3 TV 12a SR der Mitbestimmung des Personalrats gemäß § 73 SaarPersVG unterliegt.

Im Übrigen wird die Rechtsbeschwerde zurückgewiesen.

#### G r ü n d e :

##### I

- 1 Der Beteiligte beschränkte ohne Zustimmung des Antragstellers den Umfang der Tätigkeit eines freien Mitarbeiters beim Saarländischen Rundfunk, Herrn W.E., der dem Tarifvertrag für die beim Saarländischen Rundfunk beschäftigten arbeitnehmerähnlichen Personen nach § 12a TVG vom 13. April 1978, zuletzt geändert am 8. Juli 2009 („TV 12a SR“), unterfiel. Später beendete er - wiederum ohne Zustimmung des Antragstellers - die Tätigkeit dieses Mitarbeiters.
- 2 Das vom Antragsteller angerufene Verwaltungsgericht hat festgestellt, dass die Einschränkung der Tätigkeit eines Mitarbeiters des Beteiligten im Sinne von § 12a TVG mit einem Honorarvolumen von mehr als 25 v.H. des bisherigen Honorarvolumens im Sinne von Ziff. 5.3 TV 12a SR der Mitbestimmung des Personalrats unterliegt (Antrag zu 1.). Ferner hat es festgestellt, dass die Letzt-

entscheidung des Intendanten bzw. dessen Vertreters vom 21. Januar 2011 im Falle der Beendigung der Tätigkeit im Sinne von §12a TVG gemäß Ziff. 5.2 TV 12a SR des Herrn W.E. gegen die Mitbestimmungsrechte des Antragstellers verstößt (Antrag zu 3.). Einen weiteren Antrag (Antrag zu 2.) hat das Verwaltungsgericht wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses zurückgewiesen.

- 3 Auf die Beschwerde des Beteiligten hat das Oberverwaltungsgericht den Beschluss des Verwaltungsgerichts abgeändert und die Anträge des Antragstellers insgesamt zurückgewiesen. Mangels Arbeitnehmereigenschaft käme bei freien Mitarbeitern eine unmittelbare Anwendung des Mitbestimmungstatbestands des § 80 Abs. 1 Buchst. b Nr. 10 SaarPersVG nicht in Betracht; die in Rede stehenden Maßnahmen würden zudem keine „Kündigung“ oder „sonstige Änderung“ des Arbeitsvertrages im Sinne dieser Norm darstellen. § 110 Abs. 3 SaarPersVG spreche freien Mitarbeitern des Beteiligten die Wahlberechtigung zum Personalrat zu, stufe sie aber nicht in Bezug auf § 80 Abs. 1 Buchst. b Nr. 10 SaarPersVG als Arbeitnehmer ein. Eine sinngemäße Anwendung von § 80 Abs. 1 Buchst. b Nr. 10 SaarPersVG aufgrund der entsprechenden Anordnung in § 106 Abs. 1 SaarPersVG scheide aus. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Beteiligten und freien Mitarbeitern würden sich in einer die sinngemäße Anwendung der Norm ausschließenden Weise von Arbeitsverhältnissen unterscheiden.
- 4 Mit seiner vom Oberverwaltungsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Antragsteller sein Begehren weiter. § 110 Abs. 3 SaarPersVG stelle die ständigen freien Mitarbeiter des Beteiligten, für die Sozialversicherungsbeiträge geleistet würden, auch im Hinblick auf die Anwendung der gesetzlichen Mitbestimmungstatbestände den Arbeitnehmern gleich. Dafür, dass sich diese Norm nur auf § 16 SaarPersVG bezöge, würden sich bei Anwendung der verschiedenen Auslegungsmethoden keine durchgreifenden Belege ergeben. Im Hinblick auf § 106 Abs. 1 SaarPersVG verkenne das Oberverwaltungsgericht den hierin formulierten gesetzgeberischen Auftrag der sinngemäßen Anwendung; es sei unschädlich, dass die Einschränkung bzw. Beendigung der Tätigkeit freier Mitarbeiter nicht vollauf die in § 80 Abs. 1 Buchst. b Nr. 10 SaarPersVG normierten Tatbestandsmerkmale erfülle.

- 5 Der Antragsteller beantragt der Sache nach im Wesentlichen,
- den Beschluss des Oberverwaltungsgerichts zu ändern  
und die Beschwerde des Beteiligten gegen den Beschluss  
des Verwaltungsgerichts zurückzuweisen.
- 6 Der Beteiligte beantragt,
- die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.
- 7 Er verteidigt den angefochtenen Beschluss. Darüber hinaus trägt er im Wesentlichen vor: Der Katalog der Mitbestimmungstatbestände in § 80 SaarPersVG sei abschließend, was seiner sinngemäßen Anwendung entgegenstehen würde. Es werfe Bedenken auf, die Anwendung eines Mitbestimmungstatbestandes von der Erfüllung tarifvertraglicher Kriterien abhängig zu machen.

## II

- 8 Die - zulässige, insbesondere hinreichend begründete - Rechtsbeschwerde hat im Hinblick auf die mit dem Antrag zu 1. beehrte Feststellung der Mitbestimmungspflichtigkeit bestimmter Einschränkungen der Tätigkeiten von dem TV 12a SR unterfallenden Mitarbeitern des Saarländischen Rundfunks im Sinne von § 12a TVG Erfolg. Soweit der angefochtene Beschluss diesen - zulässigen - Antrag für unbegründet erachtet und unter Abänderung des erstinstanzlichen Beschlusses zurückgewiesen hat, beruht er auf der unrichtigen Anwendung einer Rechtsnorm (§ 113 Abs. 1 SaarPersVG i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 1 ArbGG), nämlich von § 106 Abs. 1 i.V.m. § 80 Abs. 1 Buchst. b Nr. 10 SaarPersVG, und ist daher seinerseits in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang zu ändern. Im Übrigen, d.h. im Hinblick auf die mit dem noch anhängigen Antrag zu 3. beehrte Feststellung betreffend die Verletzung des Mitbestimmungsrechts des Antragstellers durch die Entscheidung des Beteiligten über die Beendigung der Tätigkeit des Herrn W.E., ist die Rechtsbeschwerde hingegen deshalb zurückzuweisen, weil das Rechtsschutzbedürfnis für das Feststellungsbegehren ent-

fallen ist. Hinsichtlich des Antrags zu 2. hat der Antragsteller sein Begehren im zweiten Rechtszug nicht weiter verfolgt, so dass hierüber im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht zu entscheiden ist.

- 9 1. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz unterliegt die Einschränkung der Tätigkeit eines dem TV 12a SR unterfallenden Mitarbeiters des Saarländischen Rundfunks im Sinne von § 12a TVG mit einem Honorarvolumen von mehr als 25 v.H. des bisherigen Honorarvolumens im Sinne von Ziff. 5.3 TV 12a SR entsprechend § 80 Abs. 1 Buchst. b Nr. 10 SaarPersVG der Mitbestimmung durch den Personalrat.
- 10 a. Wie das Oberverwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, findet § 80 Abs. 1 Buchst. b Nr. 10 SaarPersVG keine unmittelbare Anwendung auf Mitarbeiter im Sinne von § 12a TVG. Die Vorschrift erfasst nur Maßnahmen gegenüber Personen im Arbeitnehmerstatus. Dies ergibt sich bereits aus den einleitenden Worten des § 80 Abs. 1 Buchst. b („in Personalangelegenheiten der Arbeitnehmer“). Nach der Legaldefinition in § 4 Abs. 2 SaarPersVG sind Arbeitnehmer solche Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die nach dem für die Dienststelle maßgebenden Tarifvertrag, nach der Dienstordnung oder aufgrund eines außertariflichen Arbeitsvertrages Arbeitnehmer sind. Auf Mitarbeiter im Sinne von § 12a TVG trifft keine dieser Voraussetzungen zu (vgl. BAG, Beschluss vom 28. März 2001 - 7 ABR 21/00 - BAGE 97, 226 <231>; Stein, in: Kempen/Zachert, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl. 2005, § 12a Rn. 15 m.w.N.). Dementsprechend bezeichnet § 12a TVG diese Personen als lediglich „arbeitnehmerähnlich“.
- 11 b. Ob - wie das Oberverwaltungsgericht meint - die Regelung in § 110 Abs. 3 SaarPersVG den dort erfassten ständigen freien Mitarbeitern des Saarländischen Rundfunks, für die Sozialversicherungsbeiträge geleistet werden, lediglich das Recht zur Teilnahme an den Personalratswahlen zuspricht, oder generell für Zwecke der Anwendung des Personalvertretungsgesetzes ihren Arbeitnehmerstatus (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 SaarPersVG) fingiert, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Selbst wenn letzteres zuträfe, müsste die unmittelbare Anwendung von § 80 Abs. 1 Buchst. b Nr. 10 SaarPersVG in ihrem Fall jedenfalls daran scheitern, dass die Einschränkung ihrer Tätigkeit keine Kündi-

gung bzw. sonstige Änderung des Arbeitsvertrags im Sinne von § 80 Abs. 1 Buchst. b Nr. 10 SaarPersVG darstellt. Das durch den TV 12a SR geregelte Rechtsverhältnis zwischen dem Beteiligten und einem Mitarbeiter im Sinne von § 12a TVG ist kein Arbeitsverhältnis (vgl. BAG, Urteil vom 20. Januar 2004 - 9 AZR 291/02 - (BAGE 109, 180 <187>). Der Gesetzgeber hat die in § 80 Abs. 1 Buchst. b Nr. 10 SaarPersVG verwendeten Begriffe der Kündigung bzw. der sonstigen Änderung des Arbeitsvertrags jedoch ersichtlich in ihrem arbeitsvertragsrechtlichen Bedeutungsgehalt normiert.

- 12 c. Das Oberverwaltungsgericht geht in seiner Annahme fehl, eine sinngemäße Anwendung von § 80 Abs. 1 Buchst. b Nr. 10 SaarPersVG auf Einschränkungen der Tätigkeit von dem TV 12a SR unterfallenden Mitarbeitern im Sinne von § 12a TVG scheide aus. Dies führt zur Wiederherstellung der diesbezüglichen Feststellung des Verwaltungsgerichts.
- 13 aa. Gemäß § 106 Abs. 1 SaarPersVG finden u.a. auf Angehörige von Anstalten öffentlichen Rechts die Vorschriften des ersten Teils des Gesetzes sinngemäß Anwendung, soweit sie nicht unmittelbar anzuwenden sind. Beim Saarländischen Rundfunk handelt es sich um eine Anstalt öffentlichen Rechts (§ 22 Abs. 1 Satz 1 SMG). Im Falle ständiger freier Mitarbeiter des Saarländischen Rundfunks, die, sofern für sie Sozialversicherungsbeiträge geleistet werden, durch § 110 Abs. 3 SaarPersVG jedenfalls als Dienststellenangehörige fingiert werden, folgt aus § 106 Abs. 1 SaarPersVG, dass die sinngemäße Anwendung solcher Mitbestimmungstatbestände geprüft werden muss, die - wie § 80 Abs. 1 Buchst. b Nr. 10 SaarPersVG - nicht bereits unmittelbar auf sie anzuwenden sind. Mitarbeiter im Sinne von § 12a TVG, die dem TV 12a SR unterfallen, sind in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen als „ständige freie“ Mitarbeiter im Sinne von § 110 Abs. 3 SaarPersVG zu qualifizieren. Soweit - wovon die Vorinstanzen in Bezug auf diese Gruppe ausgegangen sind - für sie Sozialversicherungsbeiträge geleistet werden, kommt § 106 Abs. 1 SaarPersVG bei Ihnen zum Tragen.

- 14 bb. § 80 Abs. 1 Buchst. b Nr. 10 SaarPersVG ordnet die Mitbestimmungspflichtigkeit von Kündigungen und sonstigen Änderungen des Arbeitsvertrages vor dem Hintergrund an, dass der Arbeitnehmer infolge dieser Maßnahmen seine wirtschaftliche Existenzbasis verlieren kann bzw. sich durch sie seine Arbeitsbedingungen verschlechtern können. Die in Ziff. 5.2 bzw. 5.3 TV 12a SR geregelten Beendigungsanzeigen bzw. Veränderungsanzeigen gegenüber Mitarbeitern beim Saarländischen Rundfunk im Sinne von § 12a TVG werden regelmäßig vergleichbare Auswirkungen wie Kündigungen bzw. sonstige Änderungen des Arbeitsvertrags gegenüber Arbeitnehmern hervorrufen. Die Beendigungsanzeige führt dazu, dass der Mitarbeiter nach Ablauf bestimmter Fristen seine Ansprüche aus dem TV 12a SR verliert und nicht mehr zu Tätigkeiten für den Saarländischen Rundfunk herangezogen wird. Die Veränderungsanzeige führt beim Mitarbeiter zu einer erheblichen Einkommensreduzierung. Hierbei ist in Rechnung zu stellen, dass dem TV 12a SR unterfallende Mitarbeiter des Saarländischen Rundfunks in ähnlicher Weise wirtschaftlich abhängig und sozial schutzbedürftig wie Arbeitnehmer sind. Dies kann aus den in Ziff. 2 und 3 TV 12a SR normierten Voraussetzungen geschlossen werden (Bezug von einem Drittel oder sogar der Hälfte des Gesamtentgelts vom Saarländischen Rundfunk oder einer anderen Anstalt der ARD; erzielte Jahresvergütung unterhalb von 60 000 €).
- 15 cc. Die vom Oberverwaltungsgericht in den Vordergrund gerückten rechtlichen Strukturunterschiede zwischen Arbeitsverhältnissen auf der einen Seite und den Rechtsverhältnissen zwischen dem Beteiligten und seinen Mitarbeitern im Sinne von § 12a TVG auf der anderen Seite sind demgegenüber von nachrangiger Bedeutung. Hat sich der Gesetzgeber in Kenntnis solcher Unterschiede für die prinzipielle Möglichkeit einer sinngemäßen Anwendung der Vorschriften des Ersten Teils des Personalvertretungsgesetzes entschieden, muss es im Rahmen der rechtlichen Einzelfallprüfung in erster Linie auf die tatsächliche Wirkungsgleichheit der jeweils in Rede stehenden Maßnahmen sowie auf die tatsächliche Vergleichbarkeit des Schutzbedürfnisses des betroffenen Personenkreises ankommen. Diese sind hier - wie dargelegt - gegeben.

- 16 dd. Dass § 110 Abs. 3 i.V.m. § 106 Abs. 1 SaarPersVG die Möglichkeit der sinnngemäßen Anwendung von Mitbestimmungstatbeständen auf ständige freie Mitarbeiter beim Saarländischen Rundfunk einschränkt und nicht auf ständige freie Mitarbeiter sonstiger Dienststellen erstreckt, ist entgegen der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts deshalb nachvollziehbar, weil dieser Beschäftigtenkategorie speziell beim Saarländischen Rundfunk eine überdurchschnittliche Bedeutung zukommt (vgl. § 24 Abs. 3 SMG). Dem Gesetzgeber ist es unbenommen, in Ausübung seiner Typisierungsbefugnis zu vernachlässigen, dass freie Mitarbeiter vereinzelt auch von sonstigen Dienststellen beschäftigt werden mögen.
- 17 ee. Das von der Vorinstanz erwähnte Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 20. Januar 2004 - 9 AZR 291/02 - (BAGE 109, 180 ff.) gebietet keine andere Sichtweise. Dort ist ausgesprochen, dass eine Beendigungsmitteilung gegenüber einem Mitarbeiter im Sinne von § 12a TVG keine Kündigung im Sinne von § 82 Abs. 4 RhPPersVG a.F. darstellt (a.a.O. S. 187). Die Frage einer sinnngemäßen Anwendung dieses Mitbestimmungstatbestandes hat sich dem Bundesarbeitsgericht nicht gestellt, da eine § 106 Abs. 1 SaarPersVG vergleichbare Vorschrift im Rheinland-Pfälzischen Personalvertretungsgesetz nicht existiert.
- 18 2. Nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts sprach der Beteiligte unter Inanspruchnahme eines „Letztentscheidungsrechts“ trotz ablehnender Stellungnahme des Antragstellers am 26. Januar 2011 die Beendigung der Tätigkeit des Mitarbeiters W.E. aus. Die Rechtsauffassung des Antragstellers, wonach diese Maßnahme seiner Mitbestimmung unterlag, ist im Lichte des oben unter Ziff. 1. Ausgeführten zutreffend. Für die von ihm mit dem Antrag zu 3. begehrte Feststellung, dass die „Letztentscheidung“ des Beteiligten sein Mitbestimmungsrecht verletzt habe, ist mittlerweile jedoch das Rechtsschutzbedürfnis entfallen. Für einen solchen Feststellungsantrag besteht nur ein Rechtsschutzbedürfnis, wenn die in Rede stehende Maßnahme - nach Nachholung eines unterbliebenen oder Fortsetzung eines abgebrochenen Mitbestimmungsverfahrens - rückgängig gemacht werden kann (vgl. Beschlüsse vom 7. Juli 2008 - BVerwG 6 P 13.07 - Buchholz 250 § 77 BPersVG Nr. 18 S. 10 m.w.N. - insoweit nicht abgedruckt in BVerwGE 131, 267 ff. und vom 8. November 2011 -



BVerwG 6 P 23.10 - BVerwGE 141, 134 = Buchholz 251.7 § 72 NWPersVG Nr. 38 Rn. 9 m.w.N.). Dies ist hier nicht der Fall. Da die Beendigung der Tätigkeit mit einer Frist von 12 Monaten ausgesprochen worden ist, sind spätestens seit Februar 2012 die Voraussetzungen für das Bestehen eines arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnisses im Sinne von § 12a TVG entfallen (Ziff. 5.3 TV 12a SR). Diese Folge kann durch Nachholung eines Mitbestimmungsverfahrens nicht mehr rückgängig gemacht werden.

Neumann

Büge

Dr. Möller

Hahn

Prof. Dr. Hecker

Sachgebiet: BVerwGE: nein

Personalvertretungsrecht Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

SaarPersVG § 110 Abs. 3, § 106 Abs. 1, § 80 Abs. 1 Buchst. b Nr. 10

Stichworte:

Mitarbeiter im Sinne von § 12a TVG; arbeitnehmerähnliche Personen; freie Mitarbeiter; Anwendung von Mitbestimmungstatbeständen auf Mitarbeiter im Sinne von § 12a TVG.

Leitsatz:

§ 80 Abs. 1 Buchst. b Nr. 10 SaarPersVG findet bei Beendigung oder Einschränkung der Tätigkeit von Mitarbeitern des Saarländischen Rundfunks, die dem Tarifvertrag für die beim Saarländischen Rundfunk beschäftigten arbeitnehmerähnlichen Personen nach § 12a TVG vom 13. April 1978, zuletzt geändert am 8. Juli 2009 („TV 12a SR“), unterfallen, entsprechende Anwendung.

Beschluss des 6. Senats vom 17. Dezember 2012 - BVerwG 6 P 6.12

I. VG Saarlouis vom 01.07.2011 - Az.: VG 9 K 121/11 -  
II. OVG Saarlouis vom 15.06.2012 - Az.: OVG 5 A 350/11 -