



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Die Einstellung nach § 99 BetrVG“

Dissertation vorgelegt von Sabrina Traeger

Erstgutachter: Prof. Dr. Markus Stoffels

Zweitgutachter: Prof. Dr. Thomas Lobinger

Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht

In der betrieblichen Praxis ist die Frage nach einem Beteiligungsrecht des Betriebsrats bei Einstellungen hoch relevant. Dabei ergibt sich eine Fülle von Problemfeldern und Fragen im Zusammenhang mit dem Mitbestimmungsrecht des § 99 BetrVG, deren Beantwortung für die Funktionsfähigkeit der Betriebsverfassung, insbesondere für die vertrauensvolle Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Betriebsrat, unerlässlich ist. Die Dissertation beschäftigt sich dabei nicht nur mit dem Gegenstand und der Reichweite des Einstellungsbegriffs. Vielmehr stehen auch Anwendungsfragen des Zustimmungserteilungs- und Zustimmungsersetzungsverfahrens im Fokus, die von der Erörterung der Rechtsstellung des einzustellenden Individuums flankiert werden.

Besondere Relevanz hat im Hinblick auf Beteiligungsfragen – wie stets im Arbeitsrecht – die Rechtsprechung des BAG. So sorgten insbesondere Entscheidungen zur Einordnung der Erhöhung der Arbeitszeit als Einstellung für Aufsehen.¹ Aber auch die Entwicklung der Rechtsprechung zur Erfassung von Fremdpersonal gab stets Anlass zu politischen wie rechtswissenschaftlichen Diskussionen. Daneben beschäftigt sich der Gesetzgeber immer wieder mit Fragen, die die Ausgestaltung des § 99 BetrVG betreffen. Insbesondere dem Vorschlag zur Einführung eines § 99a BetrVG ist dabei Beachtung zu schenken.² Wird eine weite Auslegung des § 99 BetrVG in Betracht gezogen, muss auch immer die hierdurch betroffene unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers im Blick behalten werden, die unter verfassungsrechtlichem Schutz steht.

Im ersten Teil der Arbeit werden zunächst allgemeine Vorüberlegungen zum Einstellungsbegriff getroffen, wobei insbesondere eine Beschäftigung mit dem Aufbau des Beteiligungsrechts des § 99 BetrVG stattfindet, um schließlich eine Grundsystematik herauszuarbeiten, an die konkret angeknüpft werden kann. Dabei wird im Besonderen ein Schwerpunkt auf die historische Entwicklung der Betriebsratsbeteiligung bei Einstellungen gelegt und festgestellt, dass die Intensität der Beteiligungsrechte vom Betriebsrätegesetz bis hin zum Betriebsverfassungsgesetz von 1972 stets gewachsen ist. Daneben ist aber auch der Vergleich des betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungstatbestands aus § 99 BetrVG mit denen des Personalvertretungsrechts, des Rechts der leitenden Angestellten sowie der kirchlichen Mitarbeitervertretung spannend und aufschlussreich. Trotz verschiedener Personenkreise, die von den entsprechenden Gesetzen erfasst sind, wird eine ähnliche Grundkonstruktion vorgesehen, die in Detailfragen auf die rechtlichen Unterschiede Rücksicht nimmt.

Schließlich ist das Telos des Beteiligungsrechts von entscheidender Bedeutung, wenn es um den Begriff, den Gegenstand und die Reichweite der Einstellung geht. Zwar fasst § 99 BetrVG mit der Einstellung, der Versetzung, der Ein- und Umgruppierung verschiedene personelle Maßnahmen zusammen, dennoch darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Maßnahmen nicht alle gleich gelagert sind und mit der Betriebsratsbeteiligung somit verschiedene Interessensphären vertreten werden sollen und zu berücksichtigen sind. Bei der

¹ BAG v. 25.1.2005, AP Nr. 114 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 15.5.2007, AP Nr. 30 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb.

² BT-Drucksache 17/12378, S. 7; BT- Drucksache 18/14, S. 6.

Einstellung geht es insofern weniger um den Schutz des betroffenen Arbeitnehmers, sondern vielmehr um die Interessen der bereits in den Betrieb eingegliederten Belegschaft.

Von diesen Grundüberlegungen führt die Untersuchung im zweiten Teil der Arbeit zur grundlegenden Weichenstellung des Einstellungsbegriffs. Hier werden die Bedeutung der Einstellung im Betriebsverfassungsgesetz untersucht und im Hinblick auf eine präzise Begriffsfindung zwei wesentliche Grundfragen herausgearbeitet. Einerseits steht in Frage, welchen Gegenstand die Einstellung ausmacht, die tatsächliche Eingliederung eines Beschäftigten in den Betrieb im Sinne der Herstellung einer Verbindung zur Belegschaft oder bereits der Vertragsschluss zwischen Betriebsinhaber und Betroffenen. Wie sich aus der Untersuchung der Rechtsprechung des BAG ergibt, die sich diesbezüglich seit Inkrafttreten des Betriebsverfassungsgesetzes von 1972 geändert hat und mittlerweile allein auf die Eingliederung in den Betrieb abstellt,³ sind mit dieser Fragestellung auch andere Problemstellungen verbunden, die besondere Vertragsgestaltungen und Modifikationen der Beschäftigung betreffen. Mithilfe der klassischen Auslegungsmethoden kann in diesem Zusammenhang ein erster Schritt unternommen werden, die Rechtsnatur des Einstellungsbegriffs zu finden. In erster Linie bringt die teleologische Auslegung das entscheidende Argument; die Belegschaft kann allein durch den Vertragsschluss noch nicht berührt werden, allein die tatsächliche Zusammenarbeit kann zu Interessenkonflikten führen, sodass auch diesbezüglich eine Kontrolle durch den Betriebsrat stattzufinden hat. Die Rechtsprechung knüpft hieran an, um auch die Modifikation der Arbeitszeit der Beteiligung unter dem Stichwort der Zweiteingliederung zu unterwerfen und den Begriff auf diese Weise sehr variabel zu gebrauchen und auszudehnen. Dogmatisch erscheint dies fragwürdig, deutet doch der Eingliederungsbegriff auf die Notwendigkeit der Betroffenheit eines Externen hin.

Auf der anderen Seite wird diskutiert, welcher Personenkreis vom Einstellungsbegriff erfasst wird. Auch hier werden verschiedene Ansichten vertreten, die sich vor allem im Hinblick auf den Wandel der modernen Arbeitswelt erklären lassen, in der immer mehr verschiedene Vertragsgestaltungen und Arbeitsformen denkbar sind. Ob hier mit herkömmlichen Auffassungen an die Begründung einer Arbeitnehmerstellung im Betrieb anzuknüpfen ist oder an das Rechtsverhältnis andere konkrete Anforderungen zu stellen sind, wird wiederum anhand der Gesetzesauslegung mit den klassischen Auslegungsmethoden untersucht. Insbesondere die im Hinblick auf die Grundlagen der Betriebsverfassung wichtige Begründung der Betriebszugehörigkeit musste dabei herausgearbeitet und untersucht werden, ob es auf diese auch im Rahmen von § 99 BetrVG ankommen kann. Eine Orientierung an Schutzzweckaspekten drängt sich auf, die die Repräsentationsfunktion des Betriebsrats in den Vordergrund stellen. Während aber die Repräsentation Betriebszugehöriger deren Schutz gewährleisten soll, hat der Betriebsrat den Einzustellenden dahingehend zu kontrollieren, ob Auswirkungen für die Belegschaft zu befürchten sind, sodass ein Gleichlauf der Funktionen von Betriebszugehörigkeit und Beteiligung bei der Einstellung abzulehnen ist.

Im folgenden Teil gilt es, die gefundenen Ergebnisse durch Anwendung auf verschiedenste Fallgruppen von Beschäftigungsbegründungen zu kontrollieren und zu verfeinern. Auch dabei kann eine Zerteilung der Untersuchung vorgenommen werden, sodass zunächst verschiede-

³ BAG v. 28.4.1992, AP Nr. 98 zu § 99 BetrVG 1972.

ne Formen der Eingliederung zu beleuchten sind, während anschließend eine Vielzahl von Beschäftigungsverhältnissen einzuordnen ist.

Ein Beschäftigungsverhältnis wird im Normalfall durch Vertragsschluss begründet, doch kommt eine Begründung auch durch Gesetz oder gerichtliche Anordnung in Betracht. Hier zu eruieren, inwieweit mangels arbeitgeberseitigen Willensentschlusses eine Betriebsratsbeteiligung dennoch zu erwägen ist, gelingt nur mittels differenzierter Betrachtung verschiedener Begründungstatbestände. So sind Fallgruppen denkbar, in denen eine Beschäftigung sogar gegen den Willen des Arbeitgebers erfolgen muss. Weiter kann – wie beim Betriebsübergang – der Beschäftigung eine wirtschaftliche Entscheidung zugrunde liegen. Andererseits kann die gesetzliche Begründung eines Arbeitsverhältnisses auch auf eine personelle Maßnahme des Arbeitgebers folgen; dies gerade im Fall der Übernahme eines Leiharbeitnehmers ohne Vorliegen einer Überlassungserlaubnis des Verleihers, §§ 9, 10 AÜG. Eine differenzierte Lösung anhand der Zwecksetzung von § 99 BetrVG ist unerlässlich.

Während das BAG auch die Modifikation der Beschäftigung eines bereits in den Betrieb Eingegliederten unter dem Stichwort der Zweiteingliederung vom Einstellungsbegriff erfassen möchte,⁴ ergibt eine nähere Untersuchung, dass dies mit der Gesetzessystematik im Regelfall nicht vereinbar ist. Allein der Wortlaut findet seine Grenzen, wenn es um die Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses oder die Erhöhung der Arbeitszeit geht. Aber auch die Systematik des Betriebsverfassungsgesetzes erlaubt eine Anknüpfung an § 99 BetrVG besonders bei der Erhöhung der Arbeitszeit nicht. Die Arbeitszeit wird in § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG der Mitbestimmung des Betriebsrats unterworfen, jedoch nur bei der vorübergehenden Veränderung und der generellen Verteilung auf die Arbeitswoche. Eine Ausweitung des § 99 BetrVG würde eine Umgehung dieser gesetzlichen Wertung darstellen. Ähnliche Erwägungen ergeben sich auch aus der funktionalen Aufgabenzuweisung des Betriebsrats, wenn es um die Verlängerung befristeter Beschäftigungsverhältnisse geht. Wird dem Betriebsrat die Aufgabe der Beschäftigungssicherung in § 80 BetrVG zugeteilt, widerspricht es dieser Intention, ihm über § 99 BetrVG die Möglichkeit einzuräumen, eine Vertragsverlängerung zu unterbinden und damit den Betroffenen aus dem Betrieb zu drängen, ohne dass hierfür ein Grund im Sinne von § 104 BetrVG gegeben ist.

Das sog. Normalarbeitsverhältnis wird heutzutage immer mehr von anderen Beschäftigungsformen verdrängt. So greift der Arbeitgeber aus Kosten- oder Flexibilitätsgründen auf Leiharbeitnehmer zurück oder schließt Verträge mit anderen Unternehmen, die wiederum ihre Arbeitnehmer zur Aufgabenerfüllung heranziehen. Auch der Einsatz von freien Mitarbeitern ist aufgrund des fehlenden Kündigungsschutzes sowie mangels Anwendbarkeit vieler weiterer Arbeitnehmerschutzbestimmungen eine gern gewählte Alternative zur Tätigkeitsverrichtung allein mit eigenen Arbeitnehmern. Die Verantwortung und Einflussnahme des Betriebsinhabers im Hinblick auf die Aufgabenerfüllung ist dabei verschieden ausgestaltet. Während die eigenen Arbeitnehmer seinem Weisungsrecht unterliegen, ist Fremdpersonal grundsätzlich nur an die Weisungen des eigenen Arbeitgebers gebunden. Daher wird in einem weiteren Schwerpunkt der Arbeit untersucht, ob auch im Rahmen anderer Beschäftigungsformen der Betriebsrat des Einsatzbetriebs nach § 99 BetrVG zu beteiligen ist.

⁴ BAG v. 25.1.2005, AP Nr. 114 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; BAG v. 15.5.2007, AP Nr. 30 zu §1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb.

Im Hinblick auf Leiharbeitnehmer greift § 14 Abs. 3 AÜG, dessen Reichweite es in der Arbeit zu untersuchen gilt und der trotz Anknüpfung an den Begriff der Übernahme mit dem Beteiligungsrecht aus § 99 BetrVG weitestgehend gleichzusetzen ist. Auf eine Vielzahl von Einzelproblemen ist an dieser Stelle hinzuweisen, die in der Literatur Anlass zu Diskussionen gegeben haben und anhand dogmatisch stringenter Überprüfung mit den Auslegungsmethoden sowie der Anknüpfung an die bisher gefundenen Ergebnisse konkret einzuordnen sind.

Besondere Praxisrelevanz wirft die Frage nach der Beteiligung des Betriebsrats beim Einsatz von Fremdarbeitnehmern auf, die im Arbeitsverhältnis zu einem anderen Unternehmer, dem Vertragspartner des Betriebsinhabers, stehen. In Unternehmen wird dabei vielfach versucht, durch entsprechende Vertragsgestaltungen die strengen Schutzvorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zu umgehen, indem formal Werkverträge geschlossen werden, die sich in ihrer Umsetzung stark an Arbeitnehmerüberlassung anlehnen. Dies führt dazu, dass Betriebsräte ihre Beteiligung beim Einsatz von Werkverträgen im Unternehmen fordern, was über § 99 BetrVG verwirklicht werden soll. Das BAG scheut sich an dieser Stelle vor einer klaren Einordnung des Werkvertrags und will auf den Einzelfall abstellen. Entscheidend soll sein, ob nach der konkreten Tätigkeitsgestaltung, die sich weniger anhand der vertraglichen Vereinbarung, sondern anhand der faktischen Durchführung ermitteln lässt, weisungsgebundene Arbeiten verrichtet werden, wobei dem Betriebsinhaber grundsätzlich die Personalhoheit über den Beschäftigten zukommt, mithin nicht nur das Arbeitsergebnis, sondern die Person des Beschäftigten in den Betrieb eingegliedert ist.⁵ In diesem Falle soll eine Beteiligung des Betriebsrats erforderlich sein, andernfalls sei eine rein wirtschaftliche Entscheidung des Arbeitgebers betroffen.

Die Möglichkeit eines Unternehmers, Arbeiten auszulagern, ist gesetzlich über das Institut des Werkvertrags vorgesehen. Diese Möglichkeit muss er nutzen können, ohne vom Betriebsrat insgesamt derart eingeschränkt zu werden, dass dieser die Grundentscheidung über die Verweigerung der Zustimmung blockiert. Gibt der Arbeitgeber hier Verantwortung in weitem Umfang ab, indem er auf die Entscheidungsfreiheit, wie und mit wem im konkreten Falle Tätigkeiten ausgeführt werden, verzichtet, kann der Betriebsrat den Arbeitgeber an dieser Stelle auch nicht mehr kontrollieren. Verbleibt die Verantwortung hingegen beim Arbeitgeber, indem er konkrete Weisungen über die Ausführung der Arbeit erteilt, handelt es sich tatsächlich nicht mehr um Werkvertragstätigkeit, sondern es liegt Arbeitnehmerüberlassung vor. In diesem Fall kann der Betriebsrat seine Rechte aus § 14 Abs. 3 AÜG geltend machen. Eine Abgrenzung hat mithin auf vorgelagerter Ebene zu erfolgen, was auch im Hinblick darauf sinnvoll ist, dass andere arbeits- und sozialrechtliche Fragen von der Einordnung als Leiharbeitnehmer oder Erfüllungsgehilfe eines Werkvertragspartners abhängen. Eine Einbeziehung von Werkverträgen in § 99 BetrVG würde das Problem mithin nur verlagern, nicht aber lösen.

Am Ende dieses Teils wird schließlich noch das Bedürfnis nach einer Erweiterung der gefundenen Einstellungsdefinition diskutiert. Die Aspekte, die für eine weite Beteiligungspflicht angeführt werden, lassen sich aber kaum in den Rahmen der Systematik von § 99 BetrVG

⁵ Vgl. etwa BAG v. 18.10.1994, AP Nr. 5 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung; BAG v. 13.12.2005, AP Nr. 50 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung.

einordnen. Beispielsweise eine Kontrolle von Outsourcing-Entscheidungen auf etwaige Nachteile für die Belegschaft lässt sich im Rahmen von § 111 S. 3 BetrVG besser realisieren, ohne die unternehmerische Grundentscheidung insgesamt in Frage zu stellen.

Im letzten großen Teil der Arbeit wird schließlich untersucht, wie die konkrete Beteiligung des Betriebsrats ausgestaltet ist. Im Hinblick auf die beschränkte Kontrollfunktion des Betriebsrats sind die Auskunftspflichten des Arbeitgebers aus § 99 Abs. 1 BetrVG anhand der Zustimmungsverweigerungsgründe aus § 99 Abs. 2 BetrVG zu konkretisieren. Der Betriebsrat hat dabei kein Mitentscheidungsrecht im Rahmen der Bewerberauswahl, da er nach § 99 Abs. 2 BetrVG nicht untersuchen soll, welcher Bewerber am verträglichsten ist, sondern nur, ob ein bestimmter ausgewählter Bewerber hinsichtlich der aufgezählten Aspekte nicht eingegliedert werden soll. Die Auskunftspflicht des Arbeitgebers ist daher zu begrenzen auf die für die Beurteilung der Zustimmungsverweigerungsgründe notwendigen Daten.

Von den Zustimmungsverweigerungsgründen ist § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG besonders praxisrelevant. In der Arbeit wird dabei herausgearbeitet, welche Anforderungen an ein „Gesetz“ in diesem Sinne zu stellen sind, gegen das eine Einstellung nicht verstoßen darf. Es ergibt sich schon aus der Gesetzesformulierung, dass die Einstellung selbst einen Verstoß darstellen muss, der Betriebsrat hingegen keine Vertragskontrolle durchführen kann. Gerade bei Auswahlentscheidungen, die sich etwa an bestimmten Gesichtspunkten orientieren müssen oder nicht orientieren dürfen, widerspricht aber grundsätzlich nicht die Einstellung des Ausgewählten selbst der gesetzlichen Vorgaben beispielsweise des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, sondern die Nichtberücksichtigung eines anderen Privilegierten. Eine Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats widerspricht hier der Gesetzesintention.

Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung, hat der Arbeitgeber insbesondere die Möglichkeit das in § 99 Abs. 4 BetrVG vorgesehene Zustimmungsersetzungsverfahren durchzuführen, in dem das Vorliegen von erheblichen Gründen voll überprüft wird. Der besonders von der Zustimmungsverweigerung betroffene einzustellende Arbeitnehmer ist hingegen als Verfahrensbeteiligter nicht vorgesehen. In der Literatur wird ihm daher teilweise eine eigene Antragsbefugnis eingeräumt oder zumindest ein Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Einleitung des Verfahrens diskutiert. Ein solcher Anspruch lässt sich mit Blick auf die Leistungstreuepflicht des Arbeitgebers dann erwägen, wenn er bereits einen vorbehaltlosen Vertrag mit dem einzustellenden Arbeitnehmer eingegangen ist, denn dann trifft den Arbeitgeber eine Beschäftigungspflicht, zu deren Verwirklichung er beizutragen hat. Das rechtliche Hindernis kann er dabei durch Einleitung des Verfahrens beiseiteschaffen; allerdings ist ihm dies dann unzumutbar, wenn ein Verweigerungsgrund offensichtlich gegeben ist. Dogmatisch ist dabei eine Anknüpfung an § 275 BGB vorzunehmen; nur wenn von einer Unmöglichkeit auszugehen ist, ist der Arbeitgeber von der Pflicht zur Einleitung des Verfahrens befreit. Dem Arbeitnehmer eine eigene Antragsbefugnis einzuräumen, widerspricht der Systematik des Beschlussverfahrens, in dem eine betriebsverfassungsrechtliche Rechtsposition geltend zu machen ist. Der Arbeitnehmer ist durch die Zustimmungsverweigerung hingegen allein mittelbar in seiner individualrechtlichen Rechtsposition betroffen.

Daneben kann der Arbeitgeber nach § 100 BetrVG die Einstellung vorläufig ohne Zustimmung durchführen, wenn er sich an die vorgeschriebenen Formalien hält. Die Norm gibt dem Arbeitgeber einen sehr weiten Spielraum und birgt die Gefahr der Umgehung der Betriebsratsrechte aus § 99 BetrVG. Einen besonderen Rechtsschutz des Betriebsrats für diesen Fall zu konstatieren, widerspricht jedoch der gesetzgeberischen Intention.

Die fehlende Zustimmung berührt zunächst die Wirksamkeit des Arbeitsverhältnisses nicht, dem Arbeitgeber ist aber untersagt, den Arbeitnehmer im Betrieb zu beschäftigen. Die sich hieraus ergebenden Konsequenzen werden in der Arbeit dargestellt. Insbesondere fragt sich, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ohne weiteres kündigen kann, sollte ihm eine Beschäftigung verboten sein. Dabei ist ganz entscheidend darauf abzustellen, ob das Kündigungsschutzgesetz bereits Anwendung findet. Das in diesem Zusammenhang geltende ultima-ratio-Prinzip lässt eine Kündigung nur als letztes Mittel zu. Kann der Arbeitgeber über die Durchführung des Zustimmungsersetzungsverfahrens das Hindernis für die Beschäftigung ausräumen, stellt sich dies als vorrangig zu beschreitender Weg dar. Ist das Kündigungsschutzgesetz hingegen – wie im Regelfall – noch nicht anwendbar, steht die Erprobungsmöglichkeit für den Arbeitgeber im Vordergrund und es ist möglich, sich vom Arbeitnehmer auch ohne die nähere Angabe von Gründen zu trennen, insbesondere wenn dieser nicht eingesetzt werden kann.