



Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern

von Rechtsanwalt Dr. Gerhard Lohfeld und Rechtsanwalt Othmar K. Traber, Fachanwälte für Arbeitsrecht*

Die Debatte über pro und contra der Leiharbeit ist nach wie vor höchst aktuell. Derjenige „politische Gegner“, der dem Arbeitgeber dabei die meisten Schwierigkeiten bereiten kann, ist sein Betriebsrat, wenn dieser aus einer generellen Ablehnungshaltung heraus bei jeglicher Einstellung von Leiharbeitnehmern die Zustimmung verweigert. Nachstehend soll aufgezeigt werden, wie man es als Arbeitgeber vermeidet, dem Betriebsrat hierbei „zu gute“ Argumente für seine Verweigerung der erforderlichen Zustimmung zur Einstellung zu geben.

I. Unterrichtung des Betriebsrats

Nach § 99 BetrVG hat der Arbeitgeber in Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern den Betriebsrat vor jeder Einstellung zu unterrichten. Erst wenn der Betriebsrat vollständig unterrichtet wurde, beginnt die einwöchige Stellungnahmefrist nach § 99 Abs. 3 BetrVG zu laufen. Die erste Fehlerquelle ist somit die Unvollständigkeit der Unterrichtung. Das Gesetz schreibt vor, dass dem Betriebsrat die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen sind und Auskunft über die Person der Beteiligten zu geben ist. Ebenso muss der Arbeitgeber den Betriebsrat unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen über die Auswirkungen der geplanten Maßnahme informieren.

Äußert sich der Betriebsrat binnen einer Woche nach der Unterrichtung nicht, so gilt seine Zustimmung als erteilt, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass er vollständig unterrichtet worden war. Ist sich der Arbeitgeber nicht sicher, worauf sich seine Unterrichtungspflicht erstreckt, so sollte er im Zweifelsfall lieber weitere Informationen kundtun, um sich die Möglichkeit zu erhalten, dass die Fiktionswirkung eintritt und bereits damit der Einstellung des Leiharbeitnehmers nicht mehr entgegen steht.

II. Zustimmungsverweigerungsgründe

Eine Zustimmungsverweigerung, die binnen einer Woche zu erklären wäre, ist nicht aus jedem erdenklichen Grund möglich, sondern muss sich einem der in § 99 Abs. 2

BetrVG aufgelisteten Zustimmungsverweigerungsgründe zuordnen lassen. Im Rahmen der Leiharbeit sind folgende Themen besonders aktuell:

1. Gesetzlicher Verstoß

Oft wird sich ein Betriebsrat darauf berufen, die Einstellung eines Leiharbeitnehmers verstoße gegen ein Gesetz. Ist diese Aussage zutreffend, so hat der Betriebsrat nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ein Zustimmungsverweigerungsrecht. Nicht berufen kann sich der Betriebsrat hierbei auf irgendwelche inhaltlichen Fragen der Arbeitsbedingungen, da § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG keine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle eröffnet, sondern nur darauf abstellt, ob gerade die Einstellung, also die tatsächliche Beschäftigung selbst den Gesetzesverstoß darstellt. Aktuell ist hierbei insbesondere die Thematik des § 81 SGB IX. Diese Norm verpflichtet den Arbeitgeber, bei Vorliegen eines freien Arbeitsplatzes jeweils zu prüfen, ob dieser mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann. Aktuell geht die Rechtsprechung davon aus, dass diese Pflicht auch bei zu besetzenden Leiharbeitsplätzen gilt, wobei der Agentur für die Prüfung sicherheitshalber bis zu drei Wochen Zeit gegeben werden sollte. Derzeit sind beim Bundesarbeitsgericht mehrere Verfahren anhängig, in welchen es darum geht, ob dies auch bei kurzfristigem Besetzungsbedarf gilt und ob auch solche Arbeitsplätze als „frei“ anzusehen sind, die nur mit befristet Beschäftigten besetzt werden sollen. Hier sollte ein Arbeitgeber sicher gehen, dass er jeweils auf dem aktuellsten Stand ist, welche Anforderungen § 81 SGB IX an ihn stellt, da der Betriebsrat nach der aktuellen Rechtslage jeglichen Verstoß vermittels § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG geltend machen und damit letztlich die Einstellung des Leiharbeitnehmers verhindern kann.



2. Benachteiligung bereits beschäftigter Arbeitnehmer

Bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern machen viele Betriebsräte geltend, dass darin eine Benachteiligung bereits beschäftigter Arbeitnehmer zu sehen ist. Wenig erfolgreich ist die Argumentation, dass der wiederholte Einsatz von Leiharbeitnehmern einen erhöhten Einarbeitungsaufwand bedeute, da dies jeder Einstellung eigen ist. Schwieriger wird es in der Praxis, wenn der Betriebsrat sich darauf beruft, dass befristet Beschäftigte benachteiligt sind, da die Besetzung einer Stelle mit einem Leiharbeiter ihre Chancen verringert, eine Entfristung ihres Arbeitsverhältnisses durchzusetzen. In gleicher Weise wird oft auch geltend gemacht, es liege eine Benachteiligung Teilzeitbeschäftigter vor, deren Chancen auf eine etwa gewünschte Arbeitszeitaufstockung dadurch geschmälert werden. Argumentiert der Betriebsrat in dieser Form, so ist es mitunter nicht ganz leicht, die Gerichte davon zu überzeugen, dass nicht jedes Vorliegen eines Entfristungs- oder Aufstockungsbegehrens den Weg zum Einsatz von Leiharbeitnehmern versperrt. Entscheidend ist, ob aus irgendeinem Rechtsgrund – beispielsweise § 9 TzBfG oder auch aus Tarifvertrag – bereits beschäftigte Arbeitnehmer einen entsprechenden Anspruch auf Fortsetzung ihres Beschäftigungsverhältnisses oder Erhöhung ihrer Arbeitszeit haben. Stellt die Anspruchsgrundlage auf das Vorliegen eines „freien Arbeitsplatzes“ ab, so wird man argumentieren können, dass ein mit einem Leiharbeiter zu besetzender Arbeitsplatz kein „freier Arbeitsplatz“ ist, da es sich letztendlich um einen Arbeitsplatz des Verleihunternehmens handelt, während der Entleiher im Rahmen seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit überhaupt nicht vorgesehen hat, an dieser Stelle selbst und unmittelbar ein Arbeitsverhältnis einzugehen.

3. Unterlassene innerbetriebliche Ausschreibung

Nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG hat der Betriebsrat ein Zustimmungsverweigerungsrecht, wenn eine nach § 93 BetrVG erforderliche Ausschreibung im Betrieb unterblieben ist. Nach § 93 BetrVG kann der Betriebsrat verlangen, dass Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, vor ihrer Besetzung innerhalb des Betriebs ausgeschrieben werden. Hier mag manch ein Arbeitgeber dazu neigen, die innerbetriebliche Stellenausschreibung schon deshalb für überflüssig zu halten, da es sich eigentlich um einen Arbeitsplatz im Verleihbetrieb handelt, während es im Entleihbetrieb technisch gesehen nur eine Beschäftigungsmöglichkeit gibt, aber keinen Arbeitsplatz. Dennoch halten Gerichte eine Ausschreibung nicht selten für verpflichtend, weshalb in der Praxis zu empfehlen ist, in jedem Fall eine solche innerbetriebliche Stellenausschreibung vorzunehmen, auch wenn man dies für eine überflüssige Förmerei halten sollte.

4. Kein Raum für politische Argumentation

Eine Argumentation, dass man generell „prekäre Arbeitsverhältnisse“ und den Austausch regulärer Beschäftigungsverhältnisse gegen Leiharbeitsverhältnisse ablehnt, kann für sich betrachtet keinen Erfolg haben. Betriebsräte können nicht durch permanente Ablehnungen die gesetzgeberische Entscheidung, Leiharbeit für grundsätzlich zulässig zu erklären, außer Kraft setzen. Lässt sich die geltend gemachte Zustimmungsverweigerung keinem der explizit aufgelisteten Zustimmungsverweigerungsgründe zuordnen, so ist sie unbeachtlich. Hier sollte man es als Arbeitgeber aber vermeiden, sich dem Vorwurf auszusetzen, eine Vorprüfung vorzunehmen, die mutmaßlich die Rechte des Betriebsrats unzulässig verkürzt. Da sich auch die politische Argumentation mit einiger Fantasie einzelnen Zustimmungsverweigerungsgründen zuordnen lässt, empfiehlt es sich in der Praxis, im Zweifelsfall immer ein Zustimmungsersetzungsverfahren einzuleiten, um auf der sicheren Seite zu sein.

III. Durchführung der personellen Maßnahme

Selbst wenn der Betriebsrat letztendlich zu Unrecht die Zustimmung verweigert, so hat der Arbeitgeber trotzdem die prozessuale Angriffslast, d. h. er muss in so gut wie jedem Fall das nach § 99 Abs. 4 BetrVG erforderliche Zustimmungsersetzungsverfahren einleiten. Möchte der Arbeitgeber während des laufenden Verfahrens die personelle Maßnahme aufrechterhalten, muss er sie als vorläufige Maßnahme nach § 100 BetrVG durchführen, was ihm gestattet ist, wenn dies aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist. Der Arbeitgeber hat nach § 100 Abs. 2 BetrVG den Betriebsrat unverzüglich von der vorläufigen personellen Maßnahme zu unterrichten. Bestreitet der Betriebsrat, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist und teilt dies dem Arbeitgeber mit, so hat der Arbeitgeber binnen drei Tagen beim Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats und die Feststellung zu beantragen, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war.

In der Praxis haben Anträge nach § 100 BetrVG meist dann Erfolg, wenn es gelingt, die Ablehnung des Betriebsrats als politisch motiviert zu entlarven. Da es in diesem Kontext gerade darauf ankommt, ob die Maßnahme „aus sachlichen Gründen dringend erforderlich“ ist, hat der Betriebsrat wenig Möglichkeiten, die Notwendigkeit zu bestreiten, wenn am Personalbedarf an sich keine Zweifel bestehen.



IV. Prozessuale Konsequenzen

Verliert der Arbeitgeber das Zustimmungseretzungsverfahren, muss er binnen zwei Wochen ab Rechtskraft der Entscheidung die vorläufige personelle Maßnahme aufheben. Diese schnelle Beendigung kann dann Schwierigkeiten bereiten, wenn sich die Maßnahme aus individualrechtlichen Gründen nicht in dieser kurzen Zeit aufheben lässt, da der Arbeitgeber grundsätzlich selbst das Risiko trägt, die betriebsverfassungsrechtliche Vorgabe individualrechtlich umsetzen zu können. Im ungünstigsten Fall zahlt der Arbeitgeber noch eine ganze Zeit sogenannten Annahmeverzugslohn, ohne den betreffenden Arbeitnehmer beschäftigen zu können. Bereits deshalb sollte in jedem Fall ein betriebsverfassungsrechtlich versierter Anwalt eingeschaltet werden, um die Chancen zu erhöhen, dass die gewünschten Maßnahmen möglichst lange, idealerweise dauerhaft durchgeführt werden können.

V. Fazit

Solange zahlreiche Fragen ungeklärt sind, wird man nicht umhin kommen, konsequent Zustimmungseretzungsverfahren einzuleiten, um sich nicht dem faktischen Druck zu beugen, wegen der damit verbundenen Verfahrenskosten auf Leiharbeit zu verzichten. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.

Hinweis

Unser Jusletter beruht auf einer sorgfältigen Recherche der Rechtslage. Deren allgemeine Darstellung kann die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles jedoch nicht berücksichtigen. Der Jusletter dient nur der Information und ist keine vertragliche Beratungsleistung. Er kann deshalb eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.

Diesen und weitere Jusletter finden Sie auf unserer Website www.ahlers-vogel.de.

Kontakt

Ahlers & Vogel _ Bremen
Contrescarpe 21 _ 28203 Bremen
Telefon +49 (421) 33 34-0
Telefax +49 (421) 33 34-111
E-Mail: bremen@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Hamburg
Schaarsteinwegsbrücke 2 _ 20459 Hamburg
Telefon +49 (40) 37 85 88-0
Telefax +49 (40) 37 85 88-88
E-Mail hamburg@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Leer
Königstraße 32 _ 26789 Leer
Telefon +49 (0491) 45 45 229-0
Telefax +49 (0491) 45 45 229-99
E-Mail leer@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Rostock
Gerhart-Hauptmann-Str. 24 _ 18055 Rostock
Telefon +49 (381) 491 39-0
Telefax +49 (381) 491 39-99
E-Mail: rostock@ahlers-vogel.de

***Dr. Gerhard Lohfeld** studierte Rechtswissenschaften in Hamburg, wurde 1982 als Rechtsanwalt zugelassen und ist auch als Notar tätig. Er ist Partner unserer Sozietät. Als Fachanwalt für Arbeitsrecht ist er überwiegend auf Arbeitgeberseite auf dem Gebiet des Arbeitsrechts tätig, und zwar sowohl im Individualarbeitsrecht als insbesondere auch im kollektiven Arbeitsrecht. Ferner gehört das Staatshaftungsrecht zu seinem Aufgabengebiet. Regelmäßig hält Herr Dr. Lohfeld als Dozent für einen Arbeitgeberverband Seminare zu arbeitsrechtlichen Themen. Er ist Mitglied der Bundesarbeitsgemeinschaft der Fachanwälte für Arbeitsrecht und des Fachausschusses Arbeitsrecht der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer Bremen (Zulassung von Fachanwälten). Darüber hinaus ist er Mitglied der Juristischen Gesellschaft Bremen e.V.

Othmar K. Traber studierte Rechtswissenschaften an der Universität Bonn und ist seit 2004 als Rechtsanwalt zugelassen. Er war ab 2005 als Syndikus in einem Arbeitgeberverband in Berlin und dort insbesondere im individuellen und kollektiven Arbeitsrecht tätig. Zuletzt leitete er die Rechtsabteilung des Verbandes und war schwerpunktmäßig mit der Restrukturierung von mittelständischen Unternehmen und mit kollektivrechtlichen Rechtsstreitigkeiten befasst. Seit 2009 ist er auch Fachanwalt für Arbeitsrecht. Herr Traber trat 2010 in unsere Sozietät ein und verstärkt unsere arbeitsrechtliche Praxisgruppe.