

Die Einstellung nach § 99 BetrVG

Von

Sabrina Traeger



Duncker & Humblot · Berlin

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	19
I. Problemstellung	19
II. Gang der Bearbeitung	24
B. Überblick über die betriebsverfassungsrechtliche Beteiligung bei Einstellungen nach § 99 BetrVG – Vorüberlegungen zum Einstellungsbegriff	27
I. Überblick über die Beteiligungsrechte des Betriebsrats	27
II. Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten	29
III. Historische Entwicklung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen	31
1. Mitbestimmung nach dem Betriebsrätegesetz	31
2. Mitbestimmung nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1952	33
3. Mitbestimmung nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1972	34
4. Erweiterungen durch das Reformgesetz von 2001	34
IV. Anwendungsbereich des § 99 BetrVG	35
1. Schwellenwert – Hintergründe der Bezugsgröße	35
2. Gemeinsamer Betrieb	37
3. Bei der Bezugsgröße zu berücksichtigender Personenkreis	41
4. Anwendung des Schwellenwertes auf § 14 Abs. 3 AÜG?	44
V. Einschränkung und Erweiterung der Rechte des § 99 BetrVG	45
1. Einschränkungen	46
2. Erweiterungen	46
3. Konkretisierungen	49
VI. Einstellung leitender Angestellter	50
VII. Einstellung nach dem Personalvertretungsrecht	53
VIII. Exkurs: Mitbestimmung bei Einstellungen in der Kirche	55
IX. Telos des § 99 BetrVG	57
1. Personelle Zweckerwägungen des § 99 BetrVG hinsichtlich der Einstellung	57
2. Sachliche Schutzzweckerwägungen	60
C. Der Begriff der Einstellung im Betriebsverfassungsrecht – grundlegende Weichenstellung	61
I. Die Bedeutung der Einstellung im Betriebsverfassungsgesetz	61
II. Entwicklung der Rechtsprechung zum Einstellungsbegriff	63
1. Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsgesetz 1952	63
2. Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsgesetz 1972	64

a)	Gegenstand: Vertragsschluss oder Eingliederung	64
b)	Umfasster Personenkreis: Voraussetzung der Begründung der Arbeitnehmereigenschaft?	66
c)	Aktuelle Definition und wichtige Bestandteile des Begriffs	67
aa)	Weisungsgebundene Tätigkeit	68
bb)	Eingliederung	69
3.	Rechtsprechung zum Bundespersonalvertretungsgesetz	70
III.	Meinungsspektrum in der Literatur	72
1.	Grundannahmen der Literatur zum Gegenstand des Einstellungs- begriffs	73
2.	Zum Personenkreis und Rechtsverhältnis	75
IV.	Stellungnahme – Auslegung des Einstellungsbegriffs	76
1.	Gegenstand	77
a)	Vorüberlegungen und Begriffsklärungen	78
aa)	Begründung eines Arbeitsverhältnisses	78
bb)	Zusammenhang von Vertragsschluss und Eingliederung	80
b)	Auslegung im Hinblick auf den erfassten Gegenstand	81
aa)	Grammatische Auslegung	81
bb)	Systematische Auslegung	82
cc)	Historische Auslegung	88
(1)	Vergleich mit dem Betriebsrätegesetz	88
(a)	Vergleich der Tatbestandsausgestaltung	88
(b)	Vergleich der Rechtsfolgenausgestaltung	89
(2)	Vergleich mit dem Betriebsverfassungsgesetz 1952	91
dd)	Teleologische Auslegung	92
c)	Ergänzungen	95
d)	Zusammenfassung der methodischen Aspekte	96
2.	Rechtsverhältnis und umfasster Personenkreis	97
a)	Vorüberlegungen und Begriffsklärungen	97
aa)	Allgemeiner arbeitsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff	97
bb)	Betriebszugehörigkeit	99
b)	Notwendigkeit eines Arbeitsverhältnisses zwischen Betriebsinhaber und Einzustellendem?	102
aa)	Systematische Auslegung	103
bb)	Historische Auslegung	107
cc)	Teleologische Auslegung	108
c)	Notwendigkeit der Begründung einer Stellung als betriebszuge- höriger Arbeitnehmer?	110
D.	Begriffsfindung durch die Untersuchung verschiedener Fallgruppen	114
I.	Formen der Eingliederung	115
1.	Neubegründung eines Arbeits-/Vertragsverhältnisses	115

a)	Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses durch Arbeitsvertrags-	115
b)	Rechtsunwirksame Verträge/faktisches Arbeitsverhältnis	118
c)	Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes oder Beschäftigung aufgrund	119
	gerichtlicher Anordnung	119
aa)	Betriebsübergang nach § 613a BGB	119
bb)	Begründung eines Arbeitsverhältnisses nach §§ 9, 10 AÜG	122
cc)	Andere Fälle der gesetzlich oder gerichtlich angeordneten	125
	Beschäftigung	125
2.	Modifikation der Beschäftigung und Statusänderungen	127
a)	Versetzung aus anderem Betrieb	127
aa)	Dauerhafte Versetzung	127
bb)	Vorübergehende Versetzung	129
cc)	Zusammenspiel von dauerhafter Versetzung und § 100 BetrVG	129
dd)	Anwendung des § 95 Abs. 3 S. 2 BetrVG	130
b)	Fortsetzung bzw. Verlängerung des Arbeitsverhältnisses	131
aa)	Fortsetzung über Altersgrenze hinaus	131
bb)	Verlängerung des Arbeitsverhältnisses	135
cc)	Übernahme eines Auszubildenden	138
c)	Arbeitszeitmodifikation	139
aa)	Absenkung der Arbeitszeit	140
bb)	Erhöhung der Arbeitszeit	141
	(1) Wortlaut und Systematik	142
	(2) Historie des Gesetzes und Entwicklung der Rechtsprechung	147
	(3) Telos	148
d)	Wiederaufnahme der Tätigkeit nach Unterbrechung	152
aa)	Wiederaufnahme nach Unterbrechung des Vertrags	152
bb)	Wiederaufnahme nach Ruhen des Arbeitsverhältnisses	153
cc)	Nachträglich vereinbarte Betätigung während des ruhenden	154
	Arbeitsverhältnisses – Tätigwerden während Elternzeit	154
II.	Erfasster Personenkreis	157
1.	Besondere Formen von Arbeitsverhältnissen	158
a)	Auszubildende	158
b)	Aufnahme in ein Assessment-Center	161
c)	Praktikanten	162
2.	Beschäftigte im Arbeitsverhältnis zu einem Dritten	163
a)	Leiharbeitnehmer	164
aa)	Übernahme	164
bb)	Exkurs: Vertragsschluss im Verleiherbetrieb	165
cc)	Reichweite des § 14 Abs. 3 AÜG und Behandlung besonderer	166
	Formen der Arbeitnehmerüberlassung	166
dd)	Einzelfälle der Überlassung von Leiharbeitnehmern	168

(1) Austausch von Leiharbeitnehmern nach Überlassung	168
(2) Verlängerung der Überlassung	170
(3) Wechsel des Verleihers	170
(4) Übernahme in ein Arbeitsverhältnis	171
(5) Rückkehr zum Verleiher	172
b) Gestellung	172
c) Einstellung in Matrix-Strukturen	173
d) Fremdarbeitnehmer	176
aa) Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung	177
bb) Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung	181
cc) Ansätze in der Literatur	183
dd) Stellungnahme zur Einordnung von Fremdpersonal	187
e) Hilfspersonen des Arbeitnehmers	194
3. Beschäftigte auf selbstständiger Grundlage	196
a) Freie Mitarbeiter	196
b) Sonderfall: Heimarbeiter	201
4. Beschäftigte auf nicht-privatrechtlicher oder nicht-arbeitsvertraglicher Grundlage	203
a) Strafgefangene	203
b) Zivildienstleistende und Freiwillige nach § 2 BFDG	206
aa) Zivildienstleistende	206
bb) Freiwillige des Bundesfreiwilligendienstes	208
c) Erwerbsfähige Leistungsberechtigte (Ein-Euro-Jobber)	210
d) Beamte	213
e) Mitarbeiter auf vereins- oder gesellschaftsrechtlicher Grundlage	214
III. Zusammenfassung der Erkenntnisse zur Definitionsfindung – Kriterien des Einstellungsbegriffs	216
IV. Praxistauglichkeit der Definition – die Einordnung neuer Beschäftigungsformen und -strukturen	219
V. Erweiterungsbedürfnis der Einstellungsdefinition?	220
1. Vorschläge zur Erweiterung des Einstellungsbegriffs	221
a) Einfügung eines § 99a BetrVG?	221
b) Kodifizierung der Rechtsprechung	222
2. Stellungnahme zum Erweiterungsbedürfnis	222
E. Betriebsverfassungsrechtliche Konsequenzen der Einstellung	227
I. Unterrichtungspflichten und andere Folgen der Einstellung für den Arbeitgeber	227
1. Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers	228
a) Zeitpunkt der Unterrichtung	228
b) Inhalt der Unterrichtung	230
aa) Vorzulegende Bewerbungsunterlagen	230
bb) Zu berücksichtigende Bewerber und Begriff der Beteiligten	233

cc) Spezialproblem: Leiharbeit	236
dd) Spezialproblem: Geheimhaltungsforderung des Bewerbers ..	239
ee) Auswirkungen	240
2. Pflicht zur Einholung der Zustimmung und Einschränkungen bei Tendenzbetrieben	240
3. Ausschreibungspflicht	242
4. Zu beteiligender Betriebsrat	244
II. Die Gründe zur Verweigerung der Zustimmung	245
1. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG: Verstoß gegen ein Gesetz oder eine andere Bestimmungen	245
a) Anforderungen an das Gesetz und Reichweite der Kontrollmöglich- keit	246
b) Einzelne Gesetzesverstöße	250
aa) Auswahlentscheidungen	252
(1) Beschäftigungsgebote	252
(2) Diskriminierungsverbote	253
bb) Unvollständige Unterrichtung	255
cc) Probleme im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung	256
(1) Verstöße im Rahmen der Behandlung der Leiharbeitnehmer	256
(2) Verstöße im Hinblick auf die Voraussetzungen der Arbeit- nehmerüberlassung	257
(3) Nicht nur vorübergehende Überlassung	258
(a) Problemaufriss	258
(b) Auslegung und Stellungnahme	263
(c) Legislative Änderung und Ausblick	269
2. § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG: Benachteiligung anderer Arbeitnehmer ...	271
a) Ursächlicher und unmittelbarer Zusammenhang	272
b) Berücksichtigter Personenkreis	273
c) Kündigung anderer Arbeitnehmer	274
d) Abgrenzung des Nachteils gegenüber dem Verlust nicht geschützter Chancen	275
aa) Rechtliche Nachteile	276
bb) Tatsächliche Nachteile	278
e) Beschäftigungssicherung der befristet Beschäftigten	278
f) Rechtfertigung	281
3. § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG: unterbliebene Ausschreibung	282
a) Fehlerhafte oder nicht rechtmäßige Ausschreibung	282
b) Rechtsmissbräuchliche Verwendung des Zustimmungsverweige- rungsrechts?	283
c) Analoge Anwendung auf § 7 Abs. 1 TzBfG	284
4. Sonstige Zustimmungsverweigerungsgründe	284
III. Streitigkeiten: Probleme des Zustimmungsverweigerungs- und des Zustim- mungsersetzungsverfahrens	286

1.	Verfahren der Zustimmungsverweigerung	286
a)	Frist	286
b)	Schriftlichkeit	287
c)	Unzureichende Begründung	288
d)	Nachträgliches Nachschieben von Gründen?	292
2.	Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers	294
a)	Zustimmungsersetzung nach § 99 Abs. 4 BetrVG	295
aa)	Antragsbefugnis und Rechtsstellung des Arbeitnehmers	295
(1)	Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Verfahrenseinleitung	295
(2)	Eigenes Antragsrecht des Arbeitnehmers	300
bb)	Beweislast	303
b)	Möglichkeit des § 100 BetrVG	304
aa)	Voraussetzungen des § 100 BetrVG	305
bb)	Problem der Umgehungsmöglichkeit durch den Arbeitgeber	308
IV.	Folgen eines Verstoßes gegen §§ 99, 100 BetrVG und Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats	311
1.	In Betracht kommende Fehler und Verstöße	311
2.	Kollektivrechtliche Folgen	312
a)	Fristhemmung	312
b)	Kein Eingreifen des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG	313
c)	§ 101 BetrVG	313
d)	Feststellungsantrag	315
e)	Allgemeiner Unterlassungsanspruch?	315
f)	Sonderfall kurzfristiger Maßnahmen – Möglichkeit einstweiliger Verfügungen?	317
g)	Möglichkeit des § 23 BetrVG?	320
3.	Ordnungswidrigkeit und Vertragsstrafen	322
V.	Individualarbeitsrechtliche Folgen fehlender Zustimmung	322
1.	Wirksamkeit des Vertragsverhältnisses	322
2.	Beschäftigungsverbot	325
3.	Möglichkeiten der Beendigung des Vertragsverhältnisses	327
a)	Bedingung	327
b)	Kündigung	328
aa)	Möglichkeit der Kündigung innerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes	330
bb)	Möglichkeit der Kündigung außerhalb des Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes	333
F.	Fazit und Schlussbetrachtung	335
	Literaturverzeichnis	344
	Sachwortregister	361