

Stefan Bell¹
Regine Windirsch^{1,2}
Sigrid Britschgi^{3,4}
Christopher Koll
Verena Linz

Rechtsanwälte und
zugleich Fachanwälte für
¹ Arbeitsrecht
² Sozialrecht
³ Familienrecht
⁴ auch OLG-Zulassung

Marktstraße 16
40213 Düsseldorf
Tel. (02 11) 863 20 20
Fax (02 11) 863 20 222
info@fachanwaeltInnen.de
Fach LG 37

Deutsche Bank, Ratingen
BLZ 300 700 24
Konto 477 455 001

St.-Nr. 5103/5013/0229

In Kooperation mit
folgenden Kanzleien
für Arbeitsrecht

Berlin
Dieter Hummel*
Volker Ratzmann*
Mechtild Kuby*

Frankfurt a.M.
Franzmann* Büdel* Bender*

Freiburg
Michael Schubert*
Anwaltsbüro im Hagarhaus

Hamburg
Klaus Müller-Knapp*
Jens Peter Hjort*
Wolfgang Brinkmeier*
Manfred Wulff*

Hannover
Detlef Fricke
Joachim Klug

Konstanz
Haenel-Zepf-Wirlitsch
und Kollegen

München
Kanzlei Rüdiger Helm

Nürnberg
Manske & Partner*

Wiesbaden
Schütte* Jancke* Heer*

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

Mandanteninfo Dezember 2007

Einstellung von Leiharbeitnehmern – eine Einstellung gemäß § 99 BetrVG

Die Einstellung von Leiharbeitnehmern ist eine zustimmungspflichtige personelle Maßnahme gemäß § 99 BetrVG, wenn sie im Betrieb des Entleihers eine **weisungsgebundene Tätigkeit** ausüben, die der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebes zu dienen bestimmt ist und daher vom Arbeitgeber (Entleiher) organisiert werden muss. Unerheblich ist dagegen, ob und gegebenenfalls von wem die Leiharbeitnehmer tatsächlich Weisungen hinsichtlich ihrer Tätigkeit erhalten. Der Entleiher hat deshalb gegenüber seinem BR eine Reihe von Pflichten aus §§ 99, 100 BetrVG auch bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern zu beachten:

- Der BR ist vor jeder Einstellung **rechtzeitig und umfassend** zu unterrichten, insbesondere über die genauen **Personalien** des Leiharbeitnehmers, den vorgesehenen Arbeitsplatz, Lage und Dauer der Arbeitszeit.
- Der Arbeitgeber hat die Frist des § 99 Abs. 3 BetrVG zu beachten: der **BR hat eine Woche Zeit**, seine Zustimmung zu verweigern oder zu erteilen.
- Will der Arbeitgeber die Einstellung eines Leiharbeitnehmers **kurzfristiger** vornehmen, hat er den BR unverzüglich über die Einstellung zu unterrichten und auch über die Gründe für die (angebliche) Eilbedürftigkeit. Verneint der BR die Eilbedürftigkeit der Maßnahme, muss der Arbeitgeber **innerhalb von 3 Kalendertagen ein Beschlussverfahren gegen den BR gemäß § 100 BetrVG** einleiten.
- Verstößt der Arbeitgeber gegen eine oder mehrere dieser Pflichten, kann der BR ein Beschlussverfahren gemäß § 101 BetrVG einleiten mit dem Antrag, die **Einstellung wieder aufzuheben**. Läuft dieses Beschlussverfahren ins Leere, weil die Leiharbeitnehmer nur für wenige Tage oder Wochen eingestellt werden, kann der BR seine Mitwirkungsrechte für die Zukunft auch durch ein Beschlussverfahren gemäß § 23 Abs. 3 BetrVG sichern (BAG AP Nr. 68, 82 zu § 99 BetrVG)

Bekanntlich ist die Einstellung von Arbeitnehmern und Leiharbeitnehmern aber nicht mitbestimmungspflichtig: Hält sich der Arbeitgeber bei der Einstellung an alle Vorschriften, kann der BR zwar seine Zustimmung verweigern, dies aber nur, wenn er einen **Grund gemäß § 99 Abs. 2 BetrVG** hat. Ein BR, der fest im Sattel sitzt, kann aber der Einstellung von Leiharbeitnehmern einen wirksamen Riegel vorschieben, wenn er seinen Arbeitgeber zwingt, vor jeder Einstellung eines Leiharbeitnehmer zunächst zu prüfen, ob dieser Arbeitsplatz **auch mit einem Schwerbehinderten** besetzt werden kann:

- 1. Die Einstellung eines nicht schwerbehinderten Arbeitnehmers verstößt gegen eine gesetzliche Vorschrift im Sinne von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, wenn der Arbeitgeber vor der Einstellung nicht gemäß § 81 Abs. 1 SGB IX geprüft hat, ob der freie Arbeitsplatz mit einem schwerbehinderten Arbeitnehmer besetzt werden kann. Der BR kann deshalb in diesem Fall seine Zustimmung zu der Einstellung verweigern.*
- 2. Diese Verpflichtungen des Arbeitgebers bestehen unabhängig davon, ob eine Beschäftigungspflicht nach den § 71 Abs. 1 und Abs. 2 SGB IX besteht oder ob der Arbeitgeber dieser Beschäftigungspflicht schon nachgekommen ist. Zweck der Vorschrift ist es, die Einstellung und Beschäftigung Schwerbehinderter, besonders der bei der Arbeitsagentur als arbeitslos gemeldeten Schwerbehinderten, zu fördern. Daher ist die Prüfung in jedem Falle, in dem ein freier Arbeitsplatz besetzt werden soll, durchzuführen.*
- 3. Diese Verpflichtung des Arbeitgebers besteht bei jeder Einstellung, unabhängig von dem Rechtsverhältnis, welches der Einstellung zugrunde liegt. Sie gilt deshalb auch für die Einstellung von Aushilfen und Leiharbeitnehmern.*
Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 14. 11. 1989 - 1 ABR 88/88
(Leitsätze vom Verfasser)

Diese gemäß § 81 Abs. 1 SGB IX **auch vor der Einstellung von Leiharbeitnehmern zwingend vorgeschriebene Prüfung** ist vor allem bei der kurzfristigen Einstellung von Leiharbeitnehmern (Aushilfen) für einen Arbeitgeber eine kaum zu überwindende Hürde: Anfrage, Bearbeitung und Beantwortung durch die Arbeitsagentur dauern in der Regel so lange, dass eine kurzfristige Einstellung gar nicht mehr möglich ist. Aber auch die sonstigen Pflichten aus §§ 99, 100 BetrVG sind für einen Arbeitgeber nicht immer einfach zu beachten, weil er häufig z.B. gar nicht weiß, welche Leiharbeitnehmer der Verleiher ihm schickt, so dass Informationen seines Betriebsrates über die genauen Personalien manchmal schwer zu erteilen sind.

Ein BR, der seine Mitwirkungsrechte aus §§ 99 folgende BetrVG klug zu nutzen versteht, könnte seinem Arbeitgeber die Vorzüge einer **freiwilligen Betriebsvereinbarung** verdeutlichen, wonach der BR zur Einstellung von Leiharbeitnehmern **seine Zustimmung pauschal erteilt**, wenn der **Anteil von Leiharbeitnehmern an der Belegschaft begrenzt wird** auf – sagen wir mal 10 %.