

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 349

Die Einstellung nach § 99 BetrVG

Von

Sabrina Traeger



Duncker & Humblot · Berlin

SABRINA TRAEGER

Die Einstellung nach § 99 BetrVG

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg

Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg

Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 349

Die Einstellung nach § 99 BetrVG

Von

Sabrina Traeger



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
hat diese Arbeit im Jahre 2017 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-15378-7 (Print)
ISBN 978-3-428-55378-5 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85378-6 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde für die Veröffentlichung überarbeitet, Rechtsprechung und Literatur konnten bis zum 31.10.2017 berücksichtigt werden.

Mein erster Dank gebührt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Markus Stoffels, an dessen Lehrstuhl am Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht ich als Wissenschaftliche Mitarbeiterin tätig sein durfte und der durch wertvolle Anregungen zum Gelingen dieser Arbeit entscheidend beigetragen hat. Herrn Prof. Dr. Thomas Lobinger danke ich für die freundliche Übernahme und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Danken möchte ich außerdem Michel Hoffmann, Diana Buntner, Christian Warns, Nicole Bung sowie Hazel Franke für konstruktiven Austausch und Diskurs sowie die freundschaftliche und stets freudige Zusammenarbeit am Lehrstuhl.

Ein besonderer Dank gilt schließlich Nils Gödecke für sehr viel Geduld und Beistand gerade in den letzten Zügen der Arbeit sowie für fachliche Diskussionen, konstruktive Anregungen und stete Unterstützung bei EDV-Fragen.

Der größte Dank gebührt meinen Eltern, Traute und Dr. Burkhard Traeger, nicht nur für das Lektorat der Arbeit, sondern besonders für ihre großartige Unterstützung und Förderung, ohne die das Studium und diese Arbeit nicht möglich gewesen wären.

Bremen, im Januar 2018

Sabrina Traeger

Inhaltsübersicht

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
IV. Anwendungsbereich des § 99 BetrVG	35
V. Einschränkung und Erweiterung der Rechte des § 99 BetrVG	45
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
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
III. Meinungsspektrum in der Literatur	72
IV. Stellungnahme – Auslegung des Einstellungsbegriffs	76
D. Begriffsfindung durch die Untersuchung verschiedener Fallgruppen	114
I. Formen der Eingliederung	115
II. Erfasster Personenkreis	157
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
E. Betriebsverfassungsrechtliche Konsequenzen der Einstellung	227
I. Unterrichtungspflichten und andere Folgen der Einstellung für den Arbeitgeber	227

II. Die Gründe zur Verweigerung der Zustimmung	245
III. Streitigkeiten: Probleme des Zustimmungsverweigerungs- und des Zustimmungsersetzungsverfahrens	286
IV. Folgen eines Verstoßes gegen §§ 99, 100 BetrVG und Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats	311
V. Individualarbeitsrechtliche Folgen fehlender Zustimmung	322
F. Fazit und Schlussbetrachtung	335
Literaturverzeichnis	344
Sachwortregister	361

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	
	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	
	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	
	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	
	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 Kontrollmöglichkeit	246
b) Einzelne Gesetzesverstöße	250
aa) Auswahlentscheidungen	252
(1) Beschäftigungsgebote	252
(2) Diskriminierungsverbote	253
bb) Unvollständige Unterrichtung	255
c) Probleme im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung	256
(1) Verstöße im Rahmen der Behandlung der Leiharbeitnehmer	256
(2) Verstöße im Hinblick auf die Voraussetzungen der Arbeitnehmerüberlassung	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 Zustimmungsverweigerungsrechts?	283
c) Analoge Anwendung auf § 7 Abs. 1 TzBfG	284
4. Sonstige Zustimmungsverweigerungsgründe	284
III. Streitigkeiten: Probleme des Zustimmungsverweigerungs- und des Zustimmungsersetzungsverfahrens	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 Handlungsmöglich- keiten 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 Anwendungs- bereichs des Kündigungsschutzgesetzes	330
bb)	Möglichkeit der Kündigung außerhalb des Anwendung- bereichs des Kündigungsschutzgesetzes	333
F.	Fazit und Schlussbetrachtung	335
	Literaturverzeichnis	344
	Sachwortregister	361

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AE	Arbeitsrechtliche Entscheidungen (Zeitschrift)
a. F.	alte Fassung
AG	Arbeitsgemeinschaft
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Zeitschrift)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Gesetz über die Gerichte für Arbeitsachen
AR-Blattei-SD	Arbeitsrechts-Blattei, Systematische Darstellungen
ArbPlSchG	Arbeitsplatzschutzgesetz
ArbR	Arbeitsrecht
ArbR	Arbeitsrecht (Zeitschrift)
ArbRB	Der Arbeits-Rechts-Berater (Zeitschrift)
ArbuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
Archiv	Archiviertes Recht (Zeitschrift)
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
Aufl.	Auflage
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Zeitschrift)
BAT-O	Bundesangestelltentarifvertrag – Manteltarifliche Vorschriften
BayPVG	Bayerisches Personalvertretungsgesetz
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
Bbg	Brandenburg
BBG	Bundesbeamtengesetz
BBiG	Berufsbildungsgesetz
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck online Rechtsprechung
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
BerzGG	Bundeserziehungsgeldgesetz
BeschFG	Gesetz über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung
BetrVerf-ReformG	Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz

BFDG	Gesetz über den Bundesfreiwilligendienst
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
BLV	Bundeslaufbahnverordnung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (Zeitschrift)
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz
BremPVG	Bremisches Personalvertretungsgesetz
BRG	Betriebsrätegesetz vom 4. 2. 1920
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BT	Bundestag
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
c.i.c.	culpa in contrahendo
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DKKW	Däubler/Kittner/Klebe/Bachner (Literatur)
EG	Europäische Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EKD	Evangelische Kirche in Deutschland
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht (Zeitschrift)
EzAÜG	Entscheidungssammlung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz und zum sonstigen drittbezogenen Personaleinsatz
f./ff.	folgender/folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK-BetrVG	Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz
GK-KSchG	Gemeinschaftskommentar Kündigungsschutzgesetz
GMP	Germelmann/Matthes/Prütting (Literatur)
GS	Gedenkschrift
GWBG	Grunsky/Waas/Benecke/Greiner (Literatur)
HAG	Heimarbeitsgesetz
HE	Hessen
Hess.	Hessisches
HGB	Handelsgesetzbuch

HHB	Hauck/Helm/Biebl (Literatur)
HmbPersVG	Hamburgisches Personalvertretungsgesetz
HPVG	Hessisches Personalvertretungsgesetz
HS.	Halbsatz
HSWGNR/ HWGNRH	Hess/Erdmann/Kammann (Literatur)
HWK	Henssler/Willemsen/Kalb (Literatur)
IG-Metall	Industriegewerkschaft Metall
i. S. d.	im Sinne der/im Sinne des
i. S. e.	im Sinne einer
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JurisPK-BGB	Juris Praxiskommentar BGB
jurisPR-ArbR	Juris PraxisReport Arbeitsrecht
JZ	Juristenzeitung
KR-KSchG	Becker/Bader/Treber (Literatur)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Sammlung der Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
LK	Löwisch/Kaiser (Literatur)
LPVG/LPersVG	Landespersonalvertretungsgesetz
LSA	Land Sachsen Anhalt
m.	mit
MAIS	Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales
MAVO	Mitarbeitervertretungsordnung
MBG Schl.-H.	Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
MiLoG	Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns
MTV	Manteltarifvertrag
MüKo	Münchener Kommentar
MünchArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MVG.EKD	Mitarbeitervertretungsgesetz – Evangelische Kirche in Deutschland
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NPersVG	Niedersächsisches Personalvertretungsgesetz
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NRW	Nordrhein-Westfalen
NW	Nordrhein-Westfalen
NWPersVG	Personalvertretungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht (Zeitschrift)
öAT	Zeitschrift zum öffentlichen Arbeits- und Tarifrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht

PersR	Der Personalrat (Zeitschrift)
PersVG	Personalvertretungsgesetz
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RGBL	Reichsgesetzblatt
Rh-Pf	Rheinland-Pfalz
RhPPersVG	Personalvertretungsgesetz des Landes Rheinland-Pfalz
Rn.	Randnummer
RPf.	Rheinland-Pfalz
Rs.	Rechtssache
S.	Satz/Seite
SächsPersVG	Sächsisches Personalvertretungsgesetz
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannter/sogenannte/sogenanntes
SPersVG	Saarländisches Personalvertretungsgesetz
SprAuG	Sprecherausschußgesetz
SSV	Schleusener/Suckow/Voigt (Literatur)
StVollzG	Strafvollzugsgesetz
TFJ	Thiel/Fuhrmann/Jüngst (Literatur)
ThürPersVG	Thüringer Personalvertretungsgesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
TV L/ZA	Tarifvertrag Leih-/Zeitarbeit
TVöD	Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge
UmwG	Umwandlungsgesetz
v.	von/vom
vor	Vorbemerkung
vgl.	vergleiche
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WPK	Wlotzke/Preis/Kreft (Literatur)
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZA	Zusatzabkommen
z. B.	zum Beispiel
ZBVR	Zeitschrift für Betriebsverfassungsrecht
ZBVR online	Zeitschrift für Betriebsverfassungsrecht – online
ZDG	Zivildienstgesetz
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht

A. Einleitung

Die Einstellung bildet den Grundstein eines jeden Arbeitsverhältnisses. Doch ist sie nicht nur individualarbeitsrechtlich von großer Bedeutung, auch betriebsverfassungsrechtlich zieht sie eine Reihe bedeutsamer Konsequenzen nach sich, sodass sich insbesondere für Arbeitgeber und Betriebsrat die Frage nach einer präzisen Definition stellt. Zwar hat sich in den vergangenen Jahren diesbezüglich bereits eine recht gefestigte Rechtsprechung herauskristallisiert, doch bleiben viele Fragen offen und es tauchen in diesem Zusammenhang immer wieder Probleme auf, nicht zuletzt im aktuell höchst brisanten Bereich des Fremdfirmeneinsatzes. Nicht jede durch die Rechtsprechung weit über den herkömmlichen Wortsinn der „Einstellung“ ausgedehnte Einordnung von Fallgruppen kann ohne nähere Beleuchtung und Kritik akzeptiert werden. Demgemäß mehren sich in der Literatur Stimmen, die der extensiven Rechtsprechung Einhalt gebieten wollen. Auch wenn der Streit um die Interpretation des Einstellungsbegriffs und seinen Anwendungsbereich schon einige Jahrzehnte andauert, hat sich an seiner Brisanz und Aktualität nichts geändert und neue Aspekte der Praxis ebenso wie der Gesetzgebung drängen Literatur und Rechtsprechung immer wieder in den Diskurs. Richtig ist, dass die Kritik nicht verstummen darf, solange eine interessengerechte wie auch rechtssichere Lösung nicht gefunden ist. Gerade für den Arbeitgeber und seinen Betrieb hat die Statuierung eines Beteiligungsrechts nämlich bedeutende wirtschaftliche und finanzielle Folgen.

I. Problemstellung

Unter Einstellung wird umgangssprachlich die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer verstanden.¹ Im DUDEN wird „einstellen“ definiert als „jemanden in ein Arbeitsverhältnis nehmen“.² So findet sich in erster Linie die Bedeutung der Einstellung im Individualarbeitsrecht, in der Begründung der Rechtsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Ohne sie ist jedenfalls im Grundsatz nicht an ein Arbeitsverhältnis zu denken; das gesamte Arbeitsrecht baut entscheidend auf der Einstellung auf.

Bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses greift der Grundsatz der Privatautonomie in Form der Vertragsabschlussfreiheit.³ In erster Linie kann jeder Arbeitgeber wie auch Arbeitnehmer autonom entscheiden, ob und mit wem er einen Arbeitsvertrag abschließt. Insbesondere kann dem Arbeitgeber auch kein Ar-

¹ [https://de.wikipedia.org/wiki/Einstellung_\(Arbeit\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Einstellung_(Arbeit)), zuletzt aufgerufen am 05.01.2018.

² Duden – Deutsches Universalwörterbuch, „einstellen“, <http://www.duden.de/node/664716/revisions/1382828/view>, zuletzt aufgerufen am 05.01.2018.

³ Vgl. hierzu etwa *Herrmann*, ZfA 1996, 19, 20 f.; *Zöllner*, AcP 1976, 221, 222 f.

beitnehmer aufgedrängt werden.⁴ Doch gerade vor dem Hintergrund der großen Bedeutung der Einstellung, die im Grunde die alternativlose Möglichkeit zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses darstellt, ist eine uneingeschränkte Einstellungsfreiheit auf Seiten des Arbeitgebers nicht unproblematisch. So ist die Disparität zwischen der Position von Arbeitgeber und Arbeitnehmer bzw. Bewerber zu beachten, die aufgrund der existenziellen Bedeutung des Arbeitsverhältnisses als Lebens- bzw. Versorgungsgrundlage des Menschen eine Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmerschaft begründet.⁵ Unerlässlich sind Regulierungen, die dem Arbeitnehmer ein gewisses Schutzniveau im Arbeitsverhältnis verschaffen und ihn vor willkürlichen Entscheidungen des Arbeitgebers bewahren. Daneben ist nicht nur der einzustellende Arbeitnehmer selbst von seiner Einstellung betroffen, auch die bereits vorhandene Belegschaft kann ein Interesse daran haben, auf die Vertragsabschlussfreiheit des Arbeitgebers kontrollierend einzuwirken. Die Einstellung hat daher – wie es Junker treffend formuliert⁶ – in den vergangenen Jahren eine starke „Verrechtlichung“ erfahren. Anders als Gamillscheg noch 1989 beklagte, hat der Arbeitgeber diesbezüglich kein „Grundrecht auf Willkür“ mehr.⁷ So sind in diesem Zusammenhang bis heute zahlreiche nennenswerte Normierungen ergangen, die die Einstellungsfreiheit vor dem Hintergrund ihrer weitreichenden Bedeutung einschränken. Vor allem im Individualarbeitsrecht hat eine stetige Entwicklung stattgefunden. Gerade auch durch europarechtliche Vorgaben in Richtlinien steht die Einstellung oft mit im Spektrum von neuen Gesetzesvorhaben. Wichtige rechtliche Aspekte zur Einstellung betreffen beispielsweise den Bereich des Frage- und Informationsrechts des Arbeitgebers.⁸ Hier wird seine Einstellungsfreiheit, die durch das Anfechtungsrecht nach § 123 Abs. 1 I. Alt. BGB geschützt wird, durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers und sein daraus entspringendes Geheimhaltungsbedürfnis beschnitten.⁹ In diesem Zusammenhang spielt auch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz eine wichtige Rolle, in dem bestimmte Merkmale genannt werden, wegen derer der Arbeitgeber auch Bewerber im Rahmen der Einstellung – etwa bei der Auswahlentscheidung – nicht benachteiligen darf. Einen der wichtigsten Aspekte der Verrechtlichung bildet aber der Gegenstand dieser Bearbeitung – die Beteiligung der Arbeitnehmervertretungen bei der Einstellung als kollektivrechtliche Problematik.¹⁰

⁴ Ausnahmetatbestände stellen insoweit z. B. § 613a BGB, § 78a Abs. 2 BetrVG und § 10 Abs. 1 AÜG dar.

⁵ *Richardi*, in: MünchArbR, § 3 Rn. 30 ff.

⁶ *Junker*, NZA-Beilage 2012, 27.

⁷ *Gamillscheg*, die Grundrechte im Arbeitsrecht, 1989, S. 66.

⁸ Vgl. hierzu die Rechtsprechungsentwicklung BAG v. 22. 9. 1961, AP Nr. 15 zu § 123 BGB; BAG v. 20. 2. 1986, AP Nr. 31 zu § 123 BGB; dazu auch *Junker*, NZA-Beilage 2012, 27, 29.

⁹ Vgl. hierzu *Künzl*, ArbR 2012, 235 ff.; *Wisskirchen/Bissels*, NZA 2007, 169 ff.

¹⁰ Vgl. etwa *Maul-Backer*, Rechtsfolgen betriebsverfassungswidriger Einstellungen, S. 1; *End*, Beteiligungsrechte; *Heinze*, Personalplanung; *Richardi*, ZfA 1972, Sonderheft, 1.

Auch wenn Individual- und Kollektivarbeitsrecht vielfach eng miteinander verknüpft sind, stellt sich doch die Frage, inwiefern der Einstellungsbegriff nicht vor dem Hintergrund anderweitig betroffener Schutzinteressen im Kollektivarbeitsrecht einen differenzierten Bedeutungsgehalt aufweist. Hier stehen nicht Belange des einzelnen Arbeitnehmers im Mittelpunkt, sondern die vom Betriebsrat repräsentierten Belegschaftsinteressen. Die Ermittlung des genauen Inhalts ist entscheidend für eine Reihe von Fragestellungen, zusammenhängend mit verschiedenen Beschäftigungsverhältnissen und Vertragsgestaltungen.

Zum einen bedarf die Frage Klärung, in welchen Fällen der Begründung und späteren Modifikation eines Arbeitsverhältnisses entsprechende Beteiligungsrechte des Betriebsrats zu beachten sind. Gerade bei der gesetzlichen Begründung von Arbeitsverhältnissen, etwa nach § 613a Abs. 1 BGB oder nach § 10 Abs. 1 AÜG, ergeben sich hier wichtige Weichenstellungen für die Betriebsparteien. Auch bei der von der Willensentscheidung nicht unmittelbar abhängenden Begründung der Beschäftigtenstellung kommt nämlich eine Betriebsratsbeteiligung in Betracht, an die der Unternehmer zu denken hätte.

Vielfach verändern sich Beschäftigungsverhältnisse während der Arbeitsbeziehung. Inwiefern auch im laufenden Arbeitsverhältnis der Betriebsrat unter dem Gesichtspunkt der Einstellung vom Arbeitgeber um Zustimmung ersucht werden muss, spielt für die Praxis eine ganz entscheidende Rolle. Nicht nur die Verlängerung von befristeten Arbeitsverhältnissen, sondern auch die Modifikation materieller Arbeitsbedingungen wie der Arbeitszeit sowie die Versetzung in einen anderen Betrieb sind für die Vertragsparteien Instrumente der Flexibilität.

Die Rechtsprechung sieht bei der Beurteilung der Beteiligungspflicht in diesem Bereich vielfach über Wortlaut und Systematik des Gesetzes hinweg und bildet immer weiter neue Fallgruppen der Einstellung.¹¹ Da dies die unternehmerische Freiheit in nicht unerheblichem Maße beschränkt, muss geprüft werden, ob dieser Entwicklung Einhalt zu gebieten ist. Eine ausufernde richterliche Rechtsfortbildung ist in Bereichen nicht hinzunehmen, in denen keine Gesetzeslücke besteht. Eine Beschränkung der arbeitgeberseitigen Gestaltungsfreiheit ist allein Sache des Gesetzgebers. Mithin gilt es festzustellen, inwiefern die Rechtsprechung die Grenzen der gesetzlichen Auslegung übertritt und ihren Kompetenzbereich überschreitet. Dass im Arbeitsrecht die Rechtsprechung vielfach die Rolle eines Ersatzgesetzgebers übernimmt, ist kein Geheimnis und aufgrund des Mangels an einer einheitlichen arbeitsrechtlichen Kodifikation vor allem im kollektiven Arbeitsrecht teils kaum zu vermeiden. Doch gibt es gerade im Recht der Mitbestimmung mit dem umfassend ausgestalteten Betriebsverfassungsgesetz eine Gesetzesgrundlage, die einen Ausgangspunkt der Rechtsanwendung bietet und deutliche Anhaltspunkte für Auslegungsfragen schafft, die nicht ignoriert werden dürfen.

Vor dem Hintergrund der sich wandelnden Industrie- und Arbeitswelt durch den fortwährend steigenden Einsatz moderner Technologien führt das zunehmende

¹¹ Vgl. nur BAG v. 18.7.1978, AP Nr. 9 zu § 99 BetrVG 1972; BAG v. 7.8.1990, AP Nr. 82 zu § 99 BetrVG 1972; BAG v. 25.1.2005, AP Nr. 114 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.