

# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b>	19
I. Problemstellung	19
II. Gang der Bearbeitung	24
<b>B. Überblick über die betriebsverfassungsrechtliche Beteiligung bei Einstellungen nach § 99 BetrVG – Vorüberlegungen zum Einstellungsbegriff</b>	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
<b>C. Der Begriff der Einstellung im Betriebsverfassungsrecht – grundlegende Weichenstellung</b>	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
<b>D.</b>	<b>Begriffsfindung durch die Untersuchung verschiedener Fallgruppen .....</b>	<b>114</b>
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
<b>E. Betriebsverfassungsrechtliche Konsequenzen der Einstellung .....</b>	<b>227</b>
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
cc) 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
<b>F.</b>	<b>Fazit und Schlussbetrachtung .....</b>	<b>335</b>
	Literaturverzeichnis .....	344
	Sachwortregister .....	361