

# 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 Einstellungsbums .....	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. Begriffsfundung durch die Untersuchung verschiedener Fallgruppen .....	114
I. Formen der Eingliederung .....	115
1. Neubegründung eines Arbeits-/Vertragsverhältnisses .....	115

a)	Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses durch Arbeitsvertragschluss .....	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 Bettätigung 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 Verleiher .....	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
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) Berücksichtiger 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 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