

## Mandanteninformation Januar 2004

Datum 30.12.2003

## Betriebsräte und Leiharbeit

Die von der Bundesregierung betriebene Deregulierung des Arbeitsmarktes (Hartz-Papier, Agenda 2010) wird vielleicht den erhofften Wirtschaftsaufschwung begünstigen; an der Massenarbeitslosigkeit wird sie nichts ändern. Insbesondere die als Kernstück der Hartz-Reformen gepriesene Ausweitung der Leiharbeit durch die Aufhebung der gewerberechtlichen Schutzvorschriften des § 3 Abs. 1 Nr. 3 bis 6 AÜG und die Einführung der Personalserviceagenturen (PSA) führen nicht zu zusätzlichen, neuen Arbeitsplätzen. Vielmehr ist der von einigen Gewerkschaften befürchtete "Drehtüreffekt" zu verzeichnen, nämlich die Reduzierung der Stammbeslegschaft bei gleichzeitiger Ausweitung der Leiharbeit. Betriebsräte können sich hiergegen jedoch zur Wehr setzen.

Der Einsatz von Leiharbeitnehmern ist in aller Regel eine Einstellung gemäß § 99 BetrVG. Der Betriebsrat kann also seine Zustimmung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigern, wenn die Einstellung gegen ein Gesetz verstößt.

Das BAG hat in seiner Entscheidung vom 14.11.1989 - 1 ABR 88/88 - (BAG AP Nr. 77 zu § 99 BetrVG; DB 90, 936; AiB 90, 169) ausdrücklich erklärt:

*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 § 14 Abs. 1 Satz 1 SchwbG (jetzt § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX, d. Verf.) geprüft hat, ob der freie Arbeitsplatz mit einem schwerbehinderten Arbeitnehmer besetzt werden kann.*

Zweck dieser Vorschrift ist es, die Einstellung und Beschäftigung Schwerbehinderter,

besonders der beim Arbeitsamt als arbeitslos gemeldeten Schwerbehinderten, zu fördern. Diese Entscheidung des BAG bezog sich ausdrücklich auf einen Sachverhalt, bei dem ein Arbeitgeber eine Einstellung als vorläufige personelle Maßnahme gemäß § 100 Abs. 1 BetrVG durchführen wollte.

Die Prüfungspflicht des Arbeitgebers aus § 81 Abs. 1 SGB IX bezieht sich auf jeden einzelnen zu besetzenden Arbeitsplatz, weil angesichts der Variationsbreite des Arbeitsmarktes und der Vielfalt der Bewerber und der bei ihnen möglichen Behinderungen jeder Arbeitsplatz und jeder Bewerber ganz spezifische Konstellationen aufweist.

Die Prüfungspflicht des Arbeitgebers ist absolut zwingend und kann auch nicht durch Tarifvertrag abbedungen werden. Sie ist unabhängig davon zu erfüllen, ob der Arbeitgeber nach § 71 SGB IX beschäftigungspflichtig ist oder nicht oder ob er die Pflichtquote erfüllt hat oder nicht. Sie ist während des Stellenbesetzungsverfahrens nicht nur irgendwann und nebenbei, sondern in allen Stadien dieses Verfahrens von der Schaffung bzw. dem Freiwerden des Arbeitsplatzes über die Ausschreibung und die Vorauswahl der Bewerber bis zur Einstellungsentscheidung gezielt zu beachten und auch unabhängig davon, ob bereits Bewerbungen von Schwerbehinderten vorliegen. Sie kann auch nicht durch Förderungsleistungen staatlicher oder anderer Stellen ersetzt werden, weil nur die Arbeitgeber die beruflich-betriebliche Integration von Schwerbehinderten vornehmen können.

Ein Betriebsrat kann also der Einstellung von Leiharbeitnehmern widersprechen, wenn der Arbeitgeber seiner Prüfungspflicht nicht nachgekommen ist. Enthält die Unterrichtung gem. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG hierzu überhaupt keine Informationen, kann der Betriebsrat Auskunft darüber verlangen, ob der Arbeitgeber die Prüfung nach § 81 Abs. 1 SGB IX vorgenommen hat. Solange diese Auskunft nicht erteilt ist, beginnt die Wochenfrist des § 99 Abs. 3 BetrVG nicht zu laufen (BAG aaO).

Werden trotz Zustimmungsverweigerung oder ohne vollständige Information des Betriebsrates Leiharbeitnehmer kurzfristig als vorläufige personelle Maßnahme eingestellt, kann der Betriebsrat spätestens beim dritten Mal einen Unterlassungsanspruch aus §§ 23 Abs. 3, 101 BetrVG geltend machen, sofern der Einsatz dieser Leiharbeitnehmer nur einige Tage oder Wochen gedauert hat und ein Beschlussverfahren nach § 101 BetrVG wegen seiner Dauer von mehreren Wochen oder Monaten ins Leere laufen würde.