

Für das Nachschlagewerk! Ja  
Für die Fachpresse! Ja  
Für die amtliche Sammlung! Ja

79

14. MAI 1974

-----  
Gesetz: BetrVG 1972 § 5 Abs 1, § 99; AÜG § 1,  
§ 3 Abs. 1 Nr. 6, § 11 Abs. 6 und 7

Leitsatz:

Bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern gemäß  
den Bestimmungen des Arbeitnehmerüberlassungs-  
gesetzes ist der Betriebsrat des Entleiherbetriebes  
gemäß § 99 BetrVG 1972 zu beteiligen.

Aktenzeichen: 1 ABR 40/73

Beschluß des BAG vom 14. Mai 1974

LAG Hamm



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3 Ta BV 13/73 Hamm

Verkündet am  
14. Mai 1974

gez. Henkelmann,  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

B e s c h l u ß  
-----  
In Sachen

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Mai 1974 durch den Richter Dr. Auffarth als Vorsitzenden, die Richter Wendel und Bichler sowie die ehrenamtlichen Richter Riedel und Kehrmann beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluß des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 24. Mai 1973 - 8 Ta BV 13/73 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Einstellungen dem Beteiligungsgesetz des Betriebsrats nach § 99 BetrVG 1972 unterlagen.

V o n   R e c h t s   w e g e n   !



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

## G r ü n d e :

I. Die Beteiligten streiten darüber, ob der Einsatz von Leiharbeitnehmern der Beteiligung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 BetrVG 1972 bedarf. Die Antragsgegnerin stellt Holzbearbeitungsmaschinen her und beschäftigt rd. 500 Arbeitnehmer. Der antragstellende Betriebsrat besteht aus 9 Mitgliedern.

Anfang Dezember 1972 setzte sich die Antragsgegnerin wegen aufgetretener Personalschwierigkeiten telefonisch mit der Fa. K GmbH & Co., die über eine Erlaubnis im Sinne des § 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) verfügt, wegen der Überlassung von Leiharbeitern in Verbindung. Man kam überein, daß der Antragsgegnerin zehn Maschinenschlosser und drei Elektromechaniker zur Verfügung gestellt werden sollten. Über diese Abrede wurde der Antragsteller mündlich unterrichtet. Der später vorgenommene Einsatz von Leiharbeitern, der allerdings nicht den anfänglich abgesprochenen Umfang erreichte, erfolgte ohne vorherige Rücksprache mit dem Antragsteller. Der Antragsteller hat der Beschäftigung von Leiharbeitern im Betrieb mit Schreiben vom 5. Dezember 1972 widersprochen, und zwar mit der Begründung, hierzu nicht rechtzeitig gehört worden zu sein.

Die Antragsgegnerin rechnete mit dem Verleihunternehmen nach festen Stundensätzen ab. Hierbei wurden nicht die Namen der einzelnen Arbeitnehmer, sondern nur Belegnummern, Stundenzahlen und Leistungsart genannt. Der Beschäftigung lagen u.a. folgende Bedingungen zugrunde:

"Die Abstellung unseres Personals erfolgt zu Stundensätzen, die alle Nebenkosten enthalten. Bei Aufträgen unter 8 Wochen Dauer wird die Reisezeit für die erste Anreise und letzte Abreise jedoch als Arbeitszeit berechnet.

Sollten Sie mit der Leistung eines unserer Mitarbeiter einmal nicht zufrieden sein, so können Sie ihn während seiner ersten Einsatzwoche ohne Begründung zurückweisen. In diesem Falle würden Ihnen nur die tatsächlichen geleisteten Stunden berechnet werden.

Nach dieser Zeit gilt für gewerbliches Personal eine Kündigungszeit von 6, für technisches Personal eine solche von 15 Arbeitstagen."



**JLaw - Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



Die Antragsgegnerin beschäftigte gemäß diesen Bedingungen die Arbeitnehmer Mi , Ma und Cu (ab 4. 12. 1972), Mü (ab 5. 1. 1973) und Gr (ab 8. 1. 1973). Diese Leiharbeiter sind bis zum 24. März 1973 alle wieder ausgeschieden. Die Antragsgegnerin zieht aber die erneute Beschäftigung von Leihararbeitern in Betracht. Der Antragsteller hat ursprünglich geltend gemacht, daß die Beschäftigung der genannten Leiharbeiter nach § 101 BetrVG 1972 der Aufhebung unterliege, da die Zustimmung des Betriebsrats nicht eingeholt worden sei. Leiharbeiter seien als echte Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes anzusehen. Daher sei auch § 99 BetrVG 1972 anzuwenden. Er hat in erster Instanz entsprechende Anträge gestellt.

Die Antragsgegnerin hat beantragt, den Antrag zurückzuweisen. Sie ist davon ausgegangen, § 99 BetrVG 1972 könne nicht angewandt werden. Es handle sich nicht um die Einstellung, sondern nur um die Beschäftigung von Leihararbeitern. Überdies sei sie überhaupt nicht imstande, dem Betriebsrat nähere Auskünfte über die zu beschäftigenden Leiharbeiter zu geben, da es insoweit nach den Gepflogenheiten des Verleihers an jeglichen Unterlagen fehle.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Hiergegen hat der Antragsteller Beschwerde eingelegt. Mit Rücksicht darauf, daß die umstrittenen Leiharbeiter inzwischen wieder aus dem Betrieb ausgeschieden sind, hat der Antragsteller seinen Antrag umgestellt und nunmehr beantragt, den angefochtenen Beschluß aufzuheben und festzustellen, daß die Antragsgegnerin bei der Beschäftigung und Einstellung der Arbeitnehmer Mi , Mü , Gr , Ma und Cu das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers verletzt habe.

Die Antragsgegnerin hat beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen. Sie verteidigt den angefochtenen Beschluß und weist darauf hin, daß Leiharbeiter nicht als Betriebsangehörige des entleihenden Betriebs anzusehen seien.



Nach altem Recht sei zwar überwiegend davon ausgegangen worden, der Leiharbeitnehmer gehöre sowohl dem Betrieb des Entleihers als auch dem Betrieb des Verleihers an. Insoweit habe aber das AÜG die Klarstellung gebracht, daß in aller Regel nur ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmern und Verleiher bestehe.

Das Landesarbeitsgericht hat der Beschwerde stattgegeben und festgestellt, daß die Einstellung der fünf Leiharbeitnehmer der Zustimmung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG 1972 bedurfte. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragsgegnerin das Ziel der Abweisung des Antrags weiter, während der Antragsteller um Zurückweisung der Rechtsbeschwerde bittet.

II. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Der Senat tritt in allen wesentlichen Punkten den Ausführungen des Landesarbeitsgerichts bei.

1. In Übereinstimmung mit dem angefochtenen Beschluß ist das Rechtsschutzbedürfnis für den in der Beschwerdeinstanz geänderten Antrag zu bejahen, obwohl inzwischen die beschäftigten Leiharbeitnehmer aus dem Betrieb der Antragsgegnerin wieder ausgeschieden sind. Das Landesarbeitsgericht stellt fest, die Antragsgegnerin erwäge die Beschäftigung weiterer Leiharbeitnehmer in der Zukunft. Dann ist aber ein berechtigtes Interesse an der Klärung der Frage nach wie vor vorhanden, ob es bei der Einstellung der Leiharbeitnehmer der Beteiligung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG 1972 bedurft hätte. Es ist zumindest möglich, daß in Zukunft gleichgelagerte Fälle und damit auch Streitigkeiten zwischen den Beteiligten entstehen. Da der Antrag in zweiter Instanz entsprechend umgestellt wurde, bedarf es hier auch nicht einer Erörterung der Frage, ob der Betriebsrat schon deshalb einen Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 aAO hatte, weil er nicht ordnungsgemäß beteiligt wurde (bejahend zum alten Recht BAG 21, 168 = AP Nr. 5 zu § 61 BetrVG; einschränkend zum neuen Recht, sofern der Arbeitgeber den gesetzlichen Vorschriften genügen wollte aber Beschluß vom 6. April 1973 - 1 ABR 13/72 - [demnächst] AP Nr. 1 zu § 99 BetrVG 1972, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt). Hier ist lediglich noch die Frage zu



klären, ob der Betriebsrat bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern nach § 99 Abs. 1 aaO zu beteiligen war oder nicht.

Die Umstellung des Antrags in zweiter Instanz erfolgte zwar nach Ablauf der Beschwerdefrist erst im Termin zur mündlichen Anhörung. Insoweit handelt es sich aber nicht um eine in Hinblick auf den Beschleunigungsgrundsatz unzulässige Antragsänderung (vgl. BAG 16, 8 [13] = AP Nr. 4 zu § 4 BetrVG), sondern nur um eine Anpassung des Antrags an die unstreitig geänderten Verhältnisse, womit gerade eine alsbaldige Klärung der zwischen den Beteiligten vorhandenen Streitfrage noch in diesem Verfahren ermöglicht wird (vgl. § 268 Nr. 2 und 3 ZPO). Für die Frage, ob eine Antragsänderung vorliegt, gelten die gleichen Grundsätze wie für die Klageänderung im Urteilsverfahren (BAG aaO).

2. Es handelt sich hier um Leiharbeitsverhältnisse im Sinne des AÜG. Die Verleiherfirma hatte eine Erlaubnis gemäß § 1 AÜG. Die Überlassung der Arbeitnehmer an die Antragsgegnerin erfolgte auch nicht für einen längeren Zeitraum als drei Monate (§ 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG). Das AÜG geht davon aus, daß der Leiharbeitnehmer echter Arbeitnehmer des Verleihers, auch im Sinne des Betriebsverfassungsrechts ist und damit wahlberechtigt und wählbar im Verleiherbetrieb (Ausschußbericht zum AÜG, BT-Drucks. VI/3505 Seite 4; Franßen-Haesen, AÜG, Einleitung Anm. 35; Sandmann-Vielhaber, AÜG, Art. 1, § 1 Anm. 7a; Dietz-Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 5 Anm. 25). Streitig ist aber die Frage, ob nach Inkrafttreten des AÜG die frühere, allgemein vertretene Auffassung noch aufrecht erhalten werden kann, der Leiharbeitnehmer gehöre betriebsverfassungsrechtlich sowohl dem Verleiherbetrieb als auch dem Entleiherbetrieb an (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 6 BetrVG und BAG 16, 1 = AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG; Fitting-Kraegeloh-Auffarth, BetrVG, 9. Aufl., § 6 Anm. 7 und Fitting-Auffarth, BetrVG, 10. Aufl., § 5 Anm. 7 mit weiteren Nachweisen). Diese Frage bedarf hier hinsichtlich des Wahlrechts im Entleiherbetrieb keiner Entscheidung (bejahend soweit ersichtlich: Franßen-Haesen, aaO, Anm. 37 und Ramm, DB 73, 1174; offenbar auch Kraft, GK-BetrVG, § 5 Anm. 14). Die



Wählbarkeit scheitert schon an dem Erfordernis der sechsmonatigen Betriebszugehörigkeit (§ 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG 1972). Jedenfalls hat auch der Arbeitgeber des Entleiherbetriebes gegenüber den auf Zeit beschäftigten Leiharbeitnehmern in verschiedener Hinsicht eine zumindest faktische Arbeitgeberstellung, vor allem hinsichtlich des Weisungsrechts für die Arbeitsleistung. In diesem, insbesondere dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 BetrVG 1972 unterliegenden Bereich, aber auch für andere Fragen, zum Beispiel gemäß § 75, § 80 Abs. 1 Nr. 1, § 81, § 82 Abs. 1, §§ 84, 85, 89 BetrVG 1972 besteht eine "Zuständigkeit" des Entleihers und damit auch ein Beteiligungsrecht des Betriebsrats des Entleiherbetriebes auch für die Leiharbeitnehmer; es ist nicht auf die "Stammelegschaft" des Betriebes beschränkt. Der angefochtene Beschluß führt zutreffend die Beispiele einer Betriebsordnung über Torkontrolle, Abstellen von Fahrzeugen, Kleiderordnung usw. und einer Kantinenregelung an. Insoweit kann es keine zwei "Klassen" von Arbeitnehmern geben. Der Betriebsrat des Entleiherbetriebes ist zum Beispiel berechtigt und verpflichtet, auch für die Leiharbeitnehmer in Fragen des Arbeitsschutzes und der Unfallverhütung tätig zu werden, wie sich aus § 11 Abs. 6 AÜG unmittelbar ergibt. Der Betriebsrat des Verleiherbetriebes hat während der Abordnung von Leiharbeitnehmern in den Entleiherbetrieb insoweit weder rechtliche Befugnisse noch die tatsächliche Möglichkeit, tätig zu werden. Würde man jede Zuständigkeit des Betriebsrates des Entleiherbetriebes verneinen, so würden die Leiharbeitnehmer in zahlreichen Fällen den Schutz des Betriebsverfassungsgesetzes praktisch entbehren, ein offenbar weder vom Gesetzgeber des AÜG noch des BetrVG 1972 beabsichtigtes Ergebnis. Da auch nach Inkrafttreten des AÜG die Arbeitgeberfunktionen zwischen Verleiher und Entleiher der Natur der Sache nach tatsächlich aufgespalten sind, ergibt sich hieraus eine entsprechende Aufspaltung der Befugnisse und Zuständigkeiten des Betriebsrats des Verleiherbetriebes und des Entleiherbetriebes für diese Arbeitnehmer (so auch Maurer, BB 74, 512). Es kann eben nicht übersehen werden, daß die



Leiharbeiter - wenn auch nur für vorübergehende Zeit - tatsächlich in den Entleiherbetrieb eingegliedert sind und auch der Ordnung dieses Betriebes unterliegen (vgl. auch das Urteil des Zweiten Senats vom 15. Februar 1974 - 2 AZR 57/73 - zur Veröffentlichung in der AP vorgehen). Dann besteht aber auch ein legitimes Interesse des Betriebsrats des Entleiherbetriebes, bei der Einstellung dieser Arbeitnehmer beteiligt zu werden. Das Gesetz bietet auch keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Vorschrift des § 99 BetrVG 1972 etwa auf zeitlich befristete Arbeitsverhältnisse keine Anwendung finden sollte.

3. Zu Recht geht das Landesarbeitsgericht auch davon aus, die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern falle unter den Begriff der "Einstellung" im Sinne des § 99 Abs. 1 BetrVG 1972 (so auch ArbG Kassel, Beschluß vom 28. 11. 1973 - 3 BV 10/73 -, DB 74, 536; Kraft, aaO, § 99 Anm. 5; Maurer, aaO; Ramm, aaO, 73, 1174; a.M. Dietz-Richardi, aaO, § 99 Anm. 15). Unter Einstellung wird nach überwiegender Meinung sowohl die Begründung eines Arbeitsverhältnisses als auch die zeitlich damit zusammenfallende, vorhergehende oder auch nachfolgende tatsächliche Arbeitsaufnahme in einem bestimmten Betrieb verstanden (vgl. statt aller Dietz-Richardi, aaO, § 99 Anm. 9; Fitting-Auffarth, aaO, § 99 Anm. 7 und Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., 2. Bd., 2. Halbbd., S. 1416, jeweils mit weiteren Nachweisen). Dabei ist man sich darüber einig, daß der Arbeitsvertrag nicht rechtswirksam zu sein braucht, wie gerade der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 1 aaO erweist (vgl. Dietz-Richardi, aaO, § 99 Anm. 13). Es genügt ein faktisches Arbeitsverhältnis. Dann muß aber sinnvollerweise das gleiche für den Fall gelten, daß ein Arbeitnehmer zwar rechtlich gesehen einen Arbeitsvertrag nur mit dem Verleiher-Arbeitgeber abschließt, er aber faktisch in den Entleiherbetrieb für eine bestimmte Zeit mit seinem Einverständnis eingegliedert ist und dort genauso arbeitet wie jeder "Stammarbeitnehmer" auch. Der Leiharbeitnehmer hat aufgrund seines Arbeitsvertrages mit dem Verleiher die Pflicht, beim jeweiligen Entleiher zu arbeiten und dessen Weisungen zu folgen.



Insoweit hat sich durch das Inkrafttreten des AUG nichts geändert.

4. Die von der Rechtsbeschwerde hiergegen geltend gemachten Bedenken vermögen nicht zu überzeugen. Sicherlich ist der Leiharbeitnehmer kein "Bewerber" für den Entleiherbetrieb, sondern er wird diesen Betrieb aufgrund eines Vertrages zwischen Verleiher und Entleiher und seines Vertrages mit dem Entleiher zugeteilt. Die Antragsgegnerin kann übrigens nach der hier gegebenen Vertragsgestaltung einen ihr zugewiesenen Leiharbeitnehmer binnen einer Woche zurückweisen. § 99 Abs. 1 aaO spricht aber überhaupt nicht von einem "Bewerber" sondern nur von Bewerbungsunterlagen, die dem Entleiher allerdings regelmäßig nur in geringerem Umfang als bei der Einstellung eigener Arbeitnehmer oder überhaupt nicht zur Verfügung stehen. Das ist aber ebenso wie bei der Anwerbung ausländischer Arbeitnehmer nicht eine Frage der Beteiligung des Betriebsrats überhaupt, sondern eine Frage der faktischen Beschränkung der Auskunftsmöglichkeiten und Pflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat. Daß das Wiederausscheiden von Leiharbeitnehmern binnen drei Monaten keine Kündigung darstellt und auch ein Beteiligungsrecht hinsichtlich der Eingruppierung von Leiharbeitnehmern im allgemeinen nicht in Betracht kommt, da die Vergütung allein durch den Arbeitsvertrag mit dem Verleiher geregelt ist, kann einer Beteiligung des Betriebsrats des Entleiherbetriebes bei der Frage der Einstellung als solcher nicht entgegenstehen. Es handelt sich um verschiedene Tatbestände.

Ein Vergleich mit Montagearbeitern und freiberuflich tätigen Handwerkern zieht ebenfalls nicht. Derartige Personen sind regelmäßig nicht oder nur in geringem Ausmaß dem Weisungsrecht des Arbeitgebers des Betriebes unterworfen, in dem sie arbeiten.

Schließlich ist die These der Rechtsbeschwerde in der vorgetragenen allgemeinen Formulierung nicht zutreffend, ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bestehe nur hinsichtlich der Frage, wer eingestellt werden solle, nicht darauf, ob überhaupt jemand eingestellt wird; die Person des zu entsendenden Leiharbeitnehmers bestimme aber der Verleiher; es bleibe daher kein Raum für eine Beteiligung des



Betriebsrats des Entleiherbetriebs. Nach der jedenfalls hier vorliegenden Vertragsgestaltung kann die Antragsgegnerin einen Arbeitnehmer binnen einer Woche ohne Begründung zurückweisen. Insoweit läuft das Beteiligungsrecht des Betriebsrats keinesfalls ins Leere, wobei hier offen bleiben kann, ob nicht in Hinblick auf das Beteiligungsrecht des Betriebsrats der Entleiher auf eine entsprechende Vertragsgestaltung mit dem Verleiher hinwirken muß. Es gilt auch nur im Grundsatz die These, der Arbeitgeber entscheide allein, ob überhaupt jemand eingestellt wird. Sicherlich kann der Arbeitgeber nicht gegen seinen Willen gezwungen werden, überhaupt Einstellungen vorzunehmen. Die beabsichtigte Einstellung von Leiharbeitnehmern für bestimmte Positionen kann aber unter Umständen einen Zustimmungsverweigerungsgrund für den Betriebsrat gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 2, 3 und 5 BetrVG 1972 bilden und der Arbeitgeber deshalb gehindert sein, Leiharbeiter einzustellen. Dem Betriebsrat obliegt im Rahmen des § 99 aaO insbesondere die Wahrung der kollektiven Interessen der Arbeitnehmerschaft des Betriebes, bei Einstellungen der der im Betrieb schon vorhandenen Arbeitnehmer.

5. Insgesamt gesehen mögen sich aus den Besonderheiten des Leiharbeitsverhältnisses gewisse tatsächliche Einschränkungen für den Umfang der Unterrichtungspflichten des Entleihers nach § 99 Abs. 1 BetrVG 1972 und hinsichtlich der möglichen Zustimmungsverweigerungsgründe des Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 aaO ergeben. Es besteht aber rechtlich weder die Möglichkeit noch auch ein gerechtfertigter Anlaß, dem Betriebsrat des Entleiherbetriebes die Beteiligung bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern grundsätzlich zu versagen. Das führt zur Zurückweisung der Rechtsbeschwerde. Zur Klarstellung war auszusprechen, daß der Betriebsrat gemäß § 99 BetrVG 1972 zu beteiligen war. Einer Zustimmung des Betriebsrats zu personellen Maßnahmen nach § 99 aaO im Sinne der §§ 182 ff. BGB bedarf es nicht. Der Betriebsrat kann lediglich unter den Voraussetzungen des § 99 Abs. 2 aaO seine Zustimmung verweigern.

gez. Dr. Auffarth

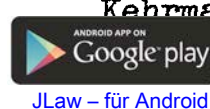
Wendel

Bichler



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)

Riedel



JLaw – für Android

Kehrmann



JLaw – für iOS