und sind mit bei der Berechnung, ob es sich um einen vorübergehenden Arbeitseinsatz von Leiharbeitnehmern handelt, zu berücksichtigen.

Fazit

Zwar ermöglicht das geänderte AÜG, die Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer sowohl in den Verleih- als auch Entleihunternehmen zu verbessern. Großes Manko der Neuregelung bleibt jedoch das Nichtberücksichtigen der Vorgabe aus Art. 10 Abs. 2 der europäischen Leiharbeitsrichtlinie. Nun ist es – wieder einmal – den Arbeitsgerichten überlassen, die unzureichende Umsetzung einer Sanktion im neuen AÜG durch Vorlage beim EuGH zu thematisieren und so eine Lösung dieser unbefriedigenden Rechtslage voranzutreiben.

Jan Grüneberg ist Jurist und Gewerkschaftssekretär bei der IG BCE- Hauptverwaltung in Hannover.

aib-web.de
Service für Betriebsräte

Hierzu finden Sie im Internet:
Die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 19.11.2008 über Leiharbeit und die hier zitierten Entscheidungen des BAG im Volltext.

Das bleibt übrig für den Betriebsrat

Aufgaben und Gestaltungsmöglichkeiten für Betriebsräte im Verleihunternehmen

Hier lesen Sie

- **welche Möglichkeiten der Verleihbetriebsrat bei der Eingruppierung hat**
- **warum der Betriebsrat im Verleihunternehmen bei Versetzungen nicht mitgestalten kann**
- **wie Betriebsräte gegen Kündigung geschützt sind**

In § 14 AÜG[1] heißt es lapidar: »Leiharbeitnehmer bleiben auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebs des Verleihers.« Wird im Stammbetrieb (Betrieb des Verleiherunternehmens) ein Betriebsrat aufgestellt und gewählt, sind die Beschäftigten, die in dritte Unternehmen verliehen sind, im vollen Umfang zu berücksichtigen.

Wahlrecht

In jedem Betrieb mit fünf oder mehr Beschäftigten (§ 1 BetrVG[2]) eines Unternehmens der privaten Wirtschaft kann ein Betriebsrat gewählt werden. Dies gilt auch in denen, die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung (Verleiherunternehmen) betreiben. Mit der Bildung von Betriebsräten im Stammbetrieb können die Interessen der Leiharbeitsbeschäftigten besser vertreten und ihre Rechte besser gewahrt werden.

Wahlberechtigt sind alle Beschäftigten im Stammbetrieb, die das 18. Lebensjahr vollendet haben (§ 7 BetrVG). In den Betrieb gewählt werden können die wahlberechtigten Beschäftigten, die sechs Monate dem Betrieb angehören (§ 8 BetrVG). Im Stammbetrieb wird es Beschäftigte beispielsweise in der Verwaltung geben, die nur dort arbeiten und die Beschäftigten, die zum Verleihen eingestellt wurden. Auch die Leiharbeitnehmer bleiben arbeitsrechtlich Beschäftigte des Stammbetriebes und sind dort wählbar, wie in § 14 AÜG festgelegt wurde.[3]

Wahlrisiko

Die Beschäftigten haben das Recht, wenn die genannten Voraussetzungen vorliegen, einen Betriebsrat zu wählen. Ab und an ist das bei den Arbeitgebern nicht gern gesehen. Deshalb gibt es den besonderen Schutz für Wahleinleiter. Also für diejenigen die beispielsweise zu einer Wahlbetriebsversammlung aufrufen. Deren Kündigung ist unzulässig ab dem Zeitpunkt, wo sie zur Versammlung aufrufen bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses (§ 15 Abs. 3a KSchG[4]). Die zu wählenden Wahlvorstände sind für die Zeit der Wahlvorbereitung und sechs Monate danach geschützt (§ 15 Abs. 3 KSchG). Auch diejenigen, die

1 Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG) gerade frisch überarbeitet in der ab 1.1.2012 geltenden Fassung.
2 Betriebsverfassungsgesetz.
3 Was aber auch aus anderen Gründen so wäre: DKKW-Schneider/Homburg, § 8 BetrVG Rdnr. 20.
4 Kündigungsschutzgesetz.

sich zur Wahl stellen (Wahlbewerber/innen) sind für diese Zeit und sechs Monate danach geschützt (§ 15 Abs. 3 KSchG). Die gewählten Betriebsräte sind für die Amtszeit und ein Jahr danach besonders geschützt § 15 Abs. 1 KSchG und § 103 BetrVG).

Welcher Betriebsrat macht was?

Der Betriebsrat im Stammbetrieb ist auch der »Stammbetriebsrat«. Ein Betriebsrat im Entleiherbetrieb ist nur eingeschränkt zuständig (§ 14 AÜG).[5] Der Stammbetriebsrat übt alle Mitbestimmungsrechte aus, die sich aus der arbeitsvertraglichen Beziehung zum Verleiher ergeben. Denn einen Arbeitsvertrag schließen die Leiharbeitnehmer nur mit dem Verleiher ab. Das fängt mit der Mitbestimmung bei der Einstellung und der richtigen Eingruppierung an (§ 99 BetrVG). Geht bei der Frage der Verteilung der Arbeitszeit und Mehrarbeit weiter (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG). Schließlich wäre der Stammbetriebsrat auch bei einer Kündigung zu beteiligen (§ 102 BetrVG).
Grundsätzlich ist der Betriebsrat im Stammbetrieb für alle sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten zuständig, die den Leiharbeitnehmer im Stammbetrieb betreffen. Über die Betriebsgrenze stehen ihm keine Beteiligungsrechte zu.[6] Da übergibt der Betriebsrat den Stab an den Betriebsrat im Entleiherbetrieb. Das Leiharbeitsverhältnis ist durch Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion zwischen dem Verleiher als dem Vertragsarbeitgeber und dem Entleiher als demjenigen, der die wesentlichen Arbeitgeberbefugnisse in Bezug auf die Arbeitsleistung ausübt, gekennzeichnet. Damit die Schutzfunktion der Betriebsverfassung nicht außer Kraft gesetzt wird, gibt es die entsprechend zugeteilte Zuständigkeit von zwei Betriebsräten.

Befristete Einstellung

Der Betriebsrat hat bei der arbeitsvertraglichen Einstellung beim Stammunternehmen (Verleiher) mitzubestimmen. Von manchen Leihunternehmen oder Zeitarbeitsfirmen habe ich gehört, dass diese befristet für zwei Jahre einstellen. Beim ersten Mal kein Problem, da das Teilzeit- und Befristungsgesetz dies problemlos ermöglicht. Beim zweiten Mal wird es kritisch, wenn es dafür keinen sachlichen Grund gibt. Das Argument, dass unklar ist, ob für einen größeren Zeitraum Bedarf bei den Entleihunternehmen besteht, zieht nicht. Das ist ein typisches Arbeitgeberrisiko, dass nicht auf die Beschäftigten verlagert werden darf.
Da kamen bundesweit tätige Verleihkonzern auf die Idee, einfach den Menschen an das Schwesterunternehmen weiter zu reichen. Dort wird ein neuer Arbeitsvertrag geschlossen und ansonsten bleibt alles wie es ist. Der Leiharbeitnehmer arbeitet bei dem Entleiher zu den bisherigen Bedingungen weiter. Wieder für bis zu zwei Jahre befristet. Da sagt nun das LAG Köln, so geht es nicht. Hier wird das Schutzgesetz umgangen.[7] Diese Konstruktion ist rechtsmissbräuchlich und stellt einen Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) dar. Der Betriebsrat hat zu Recht der befristeten Einstellung widersprochen. Dies gilt auch, wenn ein beim Entleiher befristet Beschäftigter vom Verleiher auch wieder mit einer Befristung übernommen werden soll, um seine Tätigkeit fortzusetzen.[8]

Eingruppierung

Über die Eingruppierung von Leiharbeitnehmern entscheidet der Verleiher. In arbeitsvertraglichen Beziehungen stehen die Leiharbeitnehmer nur zu diesem. Ausschließlich ihm gegenüber haben sie Vergütungsansprüche. Findet auf diese Arbeitsvertrag eine Vergütungsordnung (z.B. Tarifvertrag) Anwendung, entscheidet über die zutreffende Eingruppierung des Leiharbeitnehmers allein der vergütungspflichtige Verleiher und Vertragsarbeitgeber.
Deshalb steht das Recht auf Beteiligung an dieser Entscheidung dem Betriebsrat zu, der in dem Betrieb des Verleihers gewählt ist. Nur dieser kann Beteiligungsrechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz gegenüber dem Vertragsarbeitgeber und Inhaber des Entsendebetriebs wahrnehmen.[9]
Der Betriebsrat im Betrieb des Entleihers besitzt keine betriebsverfassungsrechtliche Rechtsposition gegenüber dem Inhaber eines Betriebs (Verleiher), für den er nicht gewählt ist.[10] Zwar heißt es in § 14 AÜG, dass vor Übernahme eines Leiharbeitnehmers der Betriebsrat im Entleiherbetrieb nach § 99 BetrVG zu beteiligen ist, dies betreffe aber nur die Frage der Einstellung, meint das BAG.
Der Betriebsrat bestimmt bei der Einstellung der Beschäftigten mit und dabei auch über deren richtige Eingruppierung (§ 99 BetrVG). Diese Einstellung erfolgt beim Verleiher und der dortige Betriebsrat hat zu entscheiden. Der Verleiher zahlt auch das Gehalt, egal wo die Beschäftigten tatsächlich arbeiten. Soweit ist die Argumentation des BAG[11] nachvollziehbar. Aber nun stellen wir uns vor, beim Verleiher gilt kein Tarifvertrag und auch keine andere Vergütungsordnung. Dann gibt es nicht mitzubestimmen, da keine Eingruppierung erfolgt.
Stellen wir uns weiter vor, der Leiharbeitnehmer wird in einem Unternehmen mit Tarifvertrag beschäftigt. Sein Gehalt liegt nach dem Arbeitsvertrag unter dem Tarifgehalt im Entleiherbetrieb. Dann hat der Betroffene Anspruch auf gleiche Bezahlung (§ 9 AÜG). Diese Konstellation kann nur der Betriebsrat beim Entleiher feststellen. Trotzdem soll er nicht zuständig sein, weil es sich um einen persön-

5 Siehe dazu den Beitrag von Hayen in diesem Heft auf Seite 170.
6 BAG v. 19.6.2001 – 1 ABR 43/00.
7 ArbG Köln v. 24.9.2009 – 17 BV 70/09.
8 ArbG Köln v. 9.12.2010 – 17 Ca 5170/10; so auch LAG Köln v. 25.3.2011 – 4 Sa 1399/10.
9 BAG v. 17.6.2008 – 39/07.
10 BAG v. 13.12.2005 – 1 ABR 31/03.
11 BAG v. 17.6.2008 – 1 ABR 39/07.

lichen Anspruch der Beschäftigten handele.[12] Eine Einstellung wird dadurch nicht verboten, sondern die Beschäftigten haben einen erhöhten Gehaltsanspruch.
Überprüfen könnte der Betriebsrat das auch nur, wenn er die arbeitsvertraglichen Regelungen kennen würde. Die hat sein Arbeitgeber aber nicht, da er mit dem Leiharbeitnehmer keinen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat. Damit die Betroffenen nicht allein gelassen werden, wäre es nötig, die Informationsrechte des Entleiherbetriebsrats auszuweiten. Leider herrscht eine ganz andere Tendenz vor, da das BAG genau dies gerade wieder abgelehnt hat.[13]

Versetzung

Erstaunlicherweise ist aber die Frage, in welchen Fremdbetrieb der Leiharbeitnehmer versetzt wird, mitbestimmungsfrei. Der § 95 Abs. 3 Satz 2 BetrVG wird dahingehend ausgelegt, dass er das Mitbestimmungsrecht bei Versetzungen aufhebt.[14]
»Werden Arbeitnehmer nach der Eigenart ihres Arbeitsverhältnisses üblicherweise nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt, so gilt die Bestimmung des jeweiligen Arbeitsplatzes nicht als Versetzung.«
Der Betriebsrat des Verleiherbetriebs ist zuständig für die Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Beteiligungsrechte in Bezug auf die Leiharbeitnehmer bis zur Betriebsgrenze. Ab da übernimmt quasi der Betriebsrat im Entleiherbetrieb. Da der Leiharbeitnehmer in diesen Betrieb eingegliedert wird. Das BAG stellte grundlegend dazu fest: »Die das Leiharbeitsverhältnis kennzeichnende Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion zwischen dem Verleiher als dem Vertragsarbeitgeber und dem Entleiher als demjenigen, der die wesentlichen Arbeitgeberbefugnisse in Bezug auf die Arbeitsleistung ausübt, darf nicht die Schutzfunktion der Betriebsverfassung außer Kraft setzen. Deshalb kommt ausnahmsweise auch eine betriebsverfassungsrechtliche Repräsentation von Leiharbeitnehmern durch den Betriebsrat des Entleiherbetriebs in Betracht, obwohl dieser Betriebsrat in Bezug auf die Leiharbeitnehmer nicht durch Wahl legitimiert ist, deren Interessen wahrzunehmen.«[15]
Daher würden Versetzungen von diesem Betrieb an andere Betriebsstätten des Entleihers dem Mitbestimmungsrecht gemäß § 99 BetrVG unterliegen. Dabei ist vorausgesetzt, dass nicht auch dieser Betrieb seine Mitarbeiter ständig an anderen Orten beschäftigt.

12 LAG Niedersachsen v. 26.11.2007 – 6 TaBV 33/07.
13 BAG v. 1.6.2011 – 7 ABR 117/09.
14 DKKW-Bachner § 99 BetrVG Rdnr. 112; BAG v. 19.6.2001 – 1 ABR 43/00.
15 BAG v. 19.6.2001 – 1 ABR 43/00.
16 BAG v. 19.6.2001 – 1 ABR 43/00.
17 Der Arbeitsvertrag muss entsprechende Klauseln enthalten, was hier unterstellt wird.
18 BAG v. 19.6.2001 – 1 ABR 43/00; hat die Entscheidung des LAG Köln v. 6.6.2000 – 13 TaBV 30/00 aufgehoben.
19 Vgl. BAG v. 9.6.2011 – 6 AZR 132/10.

Arbeitszeit

Sobald die Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb tätig sind, ist für Regelungen zur Verteilung der wöchentlichen Arbeitszeit der dortige Betriebsrat zuständig. Denn dem Entleiher steht das Weisungsrecht in Bezug auf die Leiharbeitnehmer zu und nur er ist befugt, seinen Betrieb zu organisieren und innerhalb seiner Betriebsorganisation anstelle des Vertragsarbeitgebers Beginn und Ende der Arbeitszeit auch für die Leiharbeitnehmer festzulegen.[16] Daher sind auch die im Entleiherbetrieb gültigen Betriebsvereinbarungen zur Arbeitszeit anwendbar.
In gewisser Weise kann sich aber die vereinbarte Arbeitszeit »automatisch« ändern. Hat der Leiharbeitnehmer beispielsweise eine Wochenarbeitszeit von durchschnittlich 35 Stunden vereinbart und wird in einen Betrieb entliehen, in dem mehr als 35 Stunden je Woche im Durchschnitt gearbeitet wird, so ändert sich seine Wochenarbeitszeit entsprechend.[17] Dabei ist aber der Stammbetriebsrat zu beteiligen. Denn entsendet der Verleiher die bei ihm vollzeitbeschäftigten Leiharbeitnehmer in Betriebe, in denen die betriebsübliche Arbeitszeit mehr als 35 Wochenstunden beträgt, für eine entsprechende Arbeitsleistung, so ordnet er auf Grund der im Leiharbeitsvertrag vereinbarten Befugnis gegenüber dem Leiharbeitnehmer die Leistung von Mehrarbeit an. Das führt zu einer mitbestimmungspflichtigen vorübergehenden Erhöhung der betriebsüblichen Arbeitszeit des Verleiherbetriebes.[18]

Urlaubsplanung

Der Anspruch auf Urlaub richtet sich nach dem Arbeitsvertrag und ggf. geltenden Tarifverträgen. Den Anspruch muss der Verleiher erfüllen. Daher fallen Fragen der Urlaubsplanung und Urlaubsfestsetzung in das Rechtsverhältnis zwischen Verleihunternehmen und Leiharbeitnehmer. Daraus folgt die Zuständigkeit des Betriebsrats beim Verleiher für diese Fragen.
Der Betriebsrat ist bei der Aufstellung von Urlaubsgrundsätzen zu beteiligen und bei der Aufstellung eines Urlaubplans (§ 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG). Auch wenn Beschäftigte ihre Urlaubswünsche zur zeitlichen Lage nicht erfüllt bekommen, ist der Betriebsrat zu beteiligen. Hier wäre es für die Beschäftigten schön, wenn der Betriebsrat ggf. die Initiative ergreift und die Aufstellung eines Urlaubplans rechtzeitig einfordert. Findet er keine Einigung mit dem Unternehmen, so würde die Einigungsstelle abschließend entscheiden.

Kündigung

Auch für den Fall einer Kündigung ist der Betriebsrat beim Verleiher anzuhören.[19] Schließlich wird mit der Kündigung der Arbeitsvertrag beendet. Dieser ist mit dem Verleih-

unternehmen abgeschlossen und kann nur von diesem wirksam gekündigt werden. Der Betriebsrat hat bei seiner Prüfung die Gegebenheiten im Verleihunternehmen zu prüfen. Auf die Probleme oder dergleichen beim Entleiher kommt es nicht an.

Schutz für Betriebsräte

Auch als befristet eingestellter Leiharbeitnehmer gilt ein erweiterter Kündigungsschutz für die Tätigkeit als Betriebsrat. Das Arbeitsgericht München[20] sieht sogar die Möglichkeit, einen Schutz vor willkürlicher Befristung von Arbeitsverträgen für Betriebsräte durchzusetzen. Bis der Gesetzgeber reagiert hat, ist der § 14 Abs. 2 TzBfG (Teilzeit- und Befristungsgesetz) nach Ansicht des Gerichts nicht anzuwenden. Diese Vorschrift ermöglicht nämlich erst die willkürliche, so genannte sachgrundlose Befristung.
Nach der Rechtsprechung des BAG (Bundesarbeitsgericht) war eine Befristung ohne sachlichen Grund vor der Geltung des TzBfG unzulässig. Nur die Befristung wegen eines vorhandenen sachlichen Grundes ist die einzige zugelassene Ausnahme von der Regel, dass Arbeitsverträge unbefristet abzuschließen sind. Denn nur so kann der Kündigungsschutz des KSchG gewährleistet werden.
Von dieser Ausnahme hat der Gesetzgeber mit dem Beschäftigungsförderungsgesetz von 1985 und dem § 14 im nachfolgen TzBfG von 2001 eine weitere Ausnahme vorgesehen. Bis zu zwei Jahre kann unter bestimmten Voraussetzungen ohne sachlichen Grund ein Arbeitsvertrag befristet werden.

§ 14 Abs. 2 TzBfG

Die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes ist bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig; bis zu dieser Gesamtdauer von zwei Jahren ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig. Eine Befristung nach Satz 1 ist nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Durch Tarifvertrag kann die Anzahl der Verlängerungen oder die Höchstdauer der Befristung abweichend von Satz 1 festgelegt werden. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren.

Das Arbeitsgericht München argumentiert, dass aufgrund der europäischen Schutzregeln die sachgrundlose Befristung unzulässig ist und ein sachliche Grund für eine Befristung fehlt, gilt der Arbeitsvertrag als unbefristet abgeschlossen.[21]

Freistellung Betriebsratsmitglieder

Die Betriebsratsmitglieder sind für ihre Tätigkeit als Betriebsrat von der Arbeit freizustellen. Werden die Beschäftigtenzahlen nach § 38 Abs. 1 BetrVG erreicht, so werden entsprechend Betriebsräte vollständig von ihrer Tätigkeit freigestellt. Bei der Anzahl der Beschäftigten gem. § 38 BetrVG zählen die entliehenen Beschäftigten für den Betriebsrat im Verleiherbetrieb mit. Dies folgt aus dem Umkehrschluss der BAG-Entscheidung aus dem Jahr 2003, wonach die Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb für die Frage der Freistellung nicht mitzählen.[22]

Besuchsrecht in den Entleiherfirmen

Der Betriebsrat hat aufgrund seiner Aufgaben nach § 80 BetrVG auch darauf zu achten, dass die entliehenen Beschäftigten beispielsweise nur auf Arbeitsplätzen beschäftigt werden, die den Anforderungen des Arbeitsschutzes genügen. Er wird sie daher in den Entleiherfirmen besuchen müssen. Dies kann ihm der Arbeitgeber nicht verweigern, sondern muss ihm die Möglichkeit einräumen. Dabei sind die Verhältnisse der Entleiherfirma zu beachten.[23]

Fazit

Die Beschäftigten beim Verleiher haben eine arbeitsvertragliche Bindung zum Verleihunternehmen, die unabhängig von ihrem tatsächlichen Einsatz bestehen bleibt. Diese berechtigt sie zur Wahl eines Betriebsrats (5 und mehr Beschäftigte als Voraussetzung) und sie können auch in diesen gewählt werden. Der Betriebsrat des Stammbetriebes ist bei allen Fragen zu beteiligen, die sich aus der arbeitsvertraglichen Beziehung ergeben. Dies fängt bei der Einstellung und Eingruppierung an, geht über Urlaubsfragen und andere sozialen, personelle und wirtschaftliche Angelegenheiten bis zur Kündigung. Besondere Aufmerksamkeit verdient eine Entscheidung des Arbeitsgericht München, dass auch befristet eingestellten Betriebsräten einen umfassenden Kündigungsschutz zuerkannt. Dies führt dann im Fall der Wahl zur Entfristung des sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrages.

Achim Thannheiser ist Rechtsanwalt und Betriebswirt in Hannover.
www.thannheiser.de

20 ArbG München v. 8.10.2010 – 24 Ca 861/10; s. dazu A. Thannheiser, Befristungen ohne sachlichen Grund in neuem Licht, AiB 2011, 427.
21 ArbG München v. 8.10.2010 – 24 Ca 861/10; Details dazu in AiB 2011, 267.
22 BAG v. 22.10.2003 – 7 ABR 3/03.
23 BAG v. 13.06.1989 – 1 ABR 4/88 wonach auch bei Wachpersonal der Betriebsrat diese in den überwachten Gebäuden aufsuchen darf, aber Verbote des Kunden beachten muss.