

3. ZAAR-Tagung

Freie Industriedienstleistung
als Alternative zur regulierten Zeitarbeit

Freitag, 9. September 2011
Düsseldorf, Holiday Inn



ZAAR

Zentrum für Arbeitsbeziehungen
und Arbeitsrecht

Inhaltsverzeichnis

| | Seite |
|--|-------|
| Vorwort | 2 |
| <hr/> | |
| Programm | 3 |
| <hr/> | |
| Referate | |
| | |
| Neue Wettbewerbsbedingungen für die Zeitarbeit <u>Professor Dr. Volker Rieble</u> Ludwig-Maximilians-Universität München ZAAR | 5 |
| <hr/> | |
| Industriedienstleistung und Zeitarbeit – Abgrenzung und Umstellung <u>Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür</u> R P O Rechtsanwälte, Köln | 7 |
| <hr/> | |
| Arbeitsrechtliche Verantwortung des Auftraggebers für den Dienstleister und seine Arbeitnehmer? <u>Professor Dr. Richard Giesen</u> Ludwig-Maximilians-Universität München ZAAR | 19 |
| <hr/> | |
| Drittbezogene Betriebsratsrechte im Einsatzbetrieb <u>Professor Dr. Martin Franzen</u> Ludwig-Maximilians-Universität München | 31 |

Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit

Zeitarbeit erfährt durch die Neufassung des AÜG intensivere Regulierung. Lohn-
gleichheit und Mindestlohn einerseits und die jedenfalls faktisch wirksame
Quotierung in großen Unternehmen andererseits nebst Rechtsrisiken verteuern diese.
Damit ist der Wettbewerb zur Industriedienstleistung, die auf der Basis von Dienst-
und Werkverträgen mitunter dieselben Arbeiten anbietet, verschoben. Einerseits
können „teure“ insbesondere große und tarifgebundene Dienstleister bessere
Marktchancen erhoffen, andererseits ist es denkbar, daß Zeitarbeitsunternehmen
ihrerseits verstärkt auf Dienstleistungen setzen, um im Geschäft zu bleiben. Der
Umstieg von der Arbeitnehmerüberlassung zur Industriedienstleistung ist durchaus
möglich. Die Auftraggeber achten dabei auf Schlüsselkompetenzen, doch werden
diese durch fremde Dienstleister nicht gefährdet. Die Industriedienstleistung hat
bislang nur geringe arbeitsrechtliche Aufmerksamkeit erfahren. Die Tagung will den
arbeitsrechtlichen Fragen nachgehen.

**Richard Giesen
Abbo Junker
Volker Rieble**

Programm

10.00 Uhr Begrüßung

10.10 Uhr **Neue Wettbewerbsbedingungen für die Zeitarbeit**
Professor Dr. Volker Rieble
Ludwig-Maximilians-Universität München | ZAAR

Diskussion

11.35 Uhr **Industriedienstleistung und Zeitarbeit – Abgrenzung und Umstellung**
Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür
R | P | O Rechtsanwälte, Köln

Diskussion

13.00 Uhr Mittagspause

14.00 Uhr **Arbeitsrechtliche Verantwortung des Auftraggebers für den Dienstleister und seine Arbeitnehmer?**
Professor Dr. Richard Giesen
Ludwig-Maximilians-Universität München | ZAAR

Diskussion

15.00 Uhr Kaffeepause

15.30 Uhr **Drittbezogene Betriebsratsrechte im Einsatzbetrieb**
Professor Dr. Martin Franzen
Ludwig-Maximilians-Universität München

Diskussion

16.30 Uhr Verabschiedung



Professor Dr. Volker Rieble

Ludwig-Maximilians-Universität München | ZAAR

Neue Wettbewerbsbedingungen für die Zeitarbeit



Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür

R | P | O Rechtsanwälte, Köln

Industriedienstleistung und Zeitarbeit – Abgrenzung und Umstellung

I. Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von der Industriedienstleistung

1. Grundlage der Abgrenzung: Gegenstand der vertraglich geschuldeten Leistung
2. Beurteilungskriterien: Vertragliche Gestaltung / Tatsächliche Handhabung
3. Definition der Arbeitnehmerüberlassung

Einem Entleiher werden Arbeitskräfte zur Verfolgung gestellt, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen und in dessen Interesse durchführen. Die Vertragspflicht des Verleihers beschränkt sich auf die Auswahl und Überlassung des Arbeitnehmers. Der Arbeitseinsatz selbst wird von dem Entleiher gesteuert, dem das Direktionsrecht gemäß § 106 GewO übertragen wird.

4. Definition der Industriedienstleistung

Ein Unternehmer erbringt für einen anderen eine Dienstleistung in eigener Verantwortung und eigener Organisation. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der geschuldeten Leistung verantwortlich. Die zur Erbringung der Dienstleistung eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen als dessen Erfüllungsgehilfen den Weisungen des Dienstleisters.

5. Einige Abgrenzungskriterien:

- Eingliederung in den Betrieb
- arbeitsteiliger Einsatz mit Mitarbeitern des Dienstherrn
- Abgrenzbarkeit der vereinbarten Leistung
- Weisungsrecht allein des Dienstleisters
- strukturelle Fähigkeit des Dienstleisters, fachlich und organisatorisch Weisungen zu erteilen
- kein Arbeitseinsatz über den vertraglich vereinbarten Umfang hinaus
- vertragliche Kompensation des Weisungsrechts
- Fehlen einer Überlassungserlaubnis

- Unternehmerrisiko / Gewährleistung / Haftung für Schäden in der Arbeitsausführung
 - Förderung allein des Betriebszwecks des Entleihers
6. Abschließende Gesamtbetrachtung
7. Vorteile der Industriedienstleistung
- Wirtschaftliche Gründe (Haftungsrisiken wg. equal pay / equal treatment, Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten)
 - bürokratische Gründe (Informationspflicht gegenüber Leiharbeitnehmern bei freien Stellen, Ausschreibung von Arbeitsplätzen, Konsultation der AA gemäß § 81 SGB IX, Beteiligung des Betriebsrats, Initiativrecht zur Aufstellung von Auswahlrichtlinien)
 - strategische Gründe (keine Begrenzung des Rechts zur betriebsbedingten Kündigung, konzerninterne Dienstleistungsgesellschaft, keine Erfassung von Erfüllungsgehilfen bei späterem Betriebsübergang)

II. Umstellung von der Eigenbeschäftigung auf die Industriedienstleistung

1. Arbeitsrechtliche Fragen der Umstellung – Kündigung
betriebsbedingte Kündigung bei Fremdvergabe an Dienstleister
2. Arbeitsrechtliche Fragen der Umstellung – Betriebsübergang oder Funktionsnachfolge
 - organisatorisch abgrenzbare Einheit beim Veräußerer
 - Übertragung der Einheit unter Wahrung ihrer Identität (Identität der Dienstleistung, Übertragung der identitätsstiftenden Produktionsfaktoren, Übergang der Kundschaft, keine wesentliche Änderung der Organisation, keine Aufteilung der Produktionsfaktoren)
3. Arbeitsrechtliche Fragen der Umstellung – umstellungsbedingte Beteiligungsrechte des Betriebsrats
 - Beteiligung bei Betriebsänderung, § 111 BetrVG
 - Anzeigeverfahren bei Massenentlassung
 - Beteiligung des Betriebsrats bei Kündigungen, § 102 BetrVG

Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von der Industriedienstleistung

Grundlage der Abgrenzung:

- ▶ Gegenstand der vertraglich geschuldeten Leistung / Geschäftsgegenstand.
Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werk-/Dienstvertrag
- ▶ gewünschte Rechtsfolge unerheblich

Beurteilungskriterien:

- ▶ Vertragliche Gestaltung
- ▶ Tatsächliche Handhabung – widerspricht sie der vertraglichen Gestaltung, erlaubt sie Rückschlüsse auf den tatsächlichen Vertragswillen der Parteien
Ausnahme: Vertragspartner kennen / dulden abweichende Handhabung nicht, oder:
nicht prägende Handhabung

▶ Arbeitnehmerüberlassung

liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfolgung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen und in dessen Interesse durchführen. Die Vertragspflicht des Verleihers beschränkt sich auf die Auswahl und Überlassung des Arbeitnehmers. Der Arbeitseinsatz selbst wird von dem Entleiher gesteuert, dem insoweit das Direktionsrecht gemäß § 106 GewO übertragen wird.

Wesentliche Kriterien der Arbeitnehmerüberlassung sind mithin:

- Eingliederung in den Betrieb des Entleihers
- Weisungsbefugnis des Entleihers
- Förderung der Interessen des Entleihers

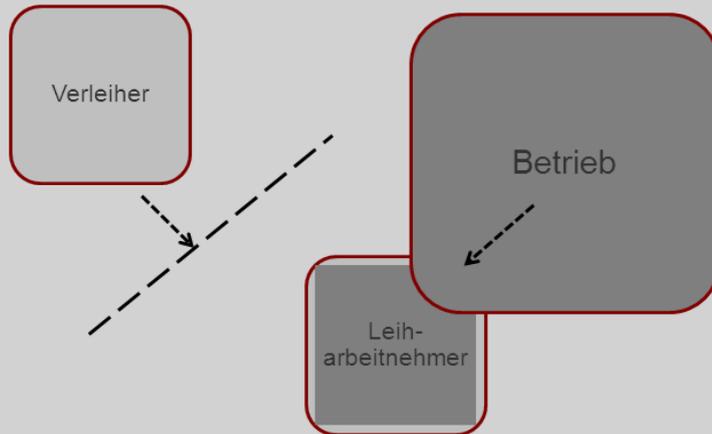
▶ Industriedienstleistung:

liegt vor, wenn ein Unternehmer für einen anderen eine Dienstleistung in eigener Verantwortung und eigener Organisation erbringt. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen in eigener betrieblicher Organisation und bleibt für die Erfüllung der geschuldeten Leistung verantwortlich. Die zur Erbringung der Dienstleistung eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen als dessen Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) den Weisungen des Dienstleisters.

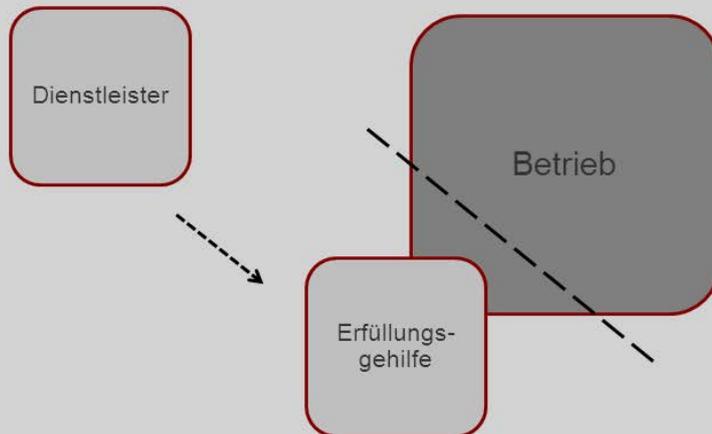
Wesentliche Kriterien der Industriedienstleistung sind mithin:

- unternehmerische Verantwortung für die Leistungserbringung
- eigene betriebliche Organisation
- Weisungsbefugnis des Dienstleisters

▶ Arbeitnehmerüberlassung:



▶ Industriedienstleistung:



▶ **Abgrenzungskriterien :**

- Feststellung aller für und wider eine Dienstleistung / Arbeitnehmerüberlassung sprechende Indizien
- Gewichtung der einzelnen Indizien
- Gesamtbetrachtung des Einzelfalls

▶ **Eingliederung in den Betrieb :**

Entscheidend ist, dass nicht nur die Dienstleistung an sich, sondern die ausführende Person in den Betrieb eingegliedert ist

- Nutzung betrieblicher Räume / sonstiger Betriebsmittel / Material (irrelevant)
- arbeitsteiliger Einsatz mit Mitarbeitern des Dienstherrn (gemeinsamer Einsatz, Vertretung in Urlaubs- und Krankheitsfällen)

▶ **Weisungsunterworfenheit :**

Abgrenzung zu § 645 BGB: Weisungen müssen gegenständlich begrenzt sein auf die geschuldete Dienstleistung (projektbegleitendes Qualitätsmanagement) und dürfen diese nicht erst bestimmen. Je enger die vertragliche Leistungsbestimmung, desto weiter das Weisungsrecht. Eigener Entscheidungsspielraum des Dienstleisters kann durch detaillierte Leistungsbeschreibung ausgeschlossen sein. Deshalb:

- Abgrenzbarkeit der vereinbarten Leistung erforderlich (nicht nur allgemeine Umschreibung)
- Weisungen zur Konkretisierung der (bestimmten oder vertraglich nicht bestimmaren) Leistung zulässig. Denkbar bei Weisungen durch Dienstleister *und* Dienstherrn

▶ **Weisungsunterworfenheit :**

- Ersteinweisung durch AG zulässig
- Arbeitsbezogene Weisungen (außer in Notfällen) im übrigen durch qualifizierte Mitarbeiter des Dienstleisters (Personaleinsatzplanung, Arbeitsabläufe, Überwachung)
- strukturelle Fähigkeit des Dienstleisters, fachlich und organisatorisch Weisungen zu erteilen (eigene Betriebsorganisation und Fachkompetenz)
- kein Arbeitseinsatz über den vertraglich vereinbarten Umfang hinaus
- vertragliche Kompensation des Weisungsrechts (Rahmenvorgaben zur Personaleinsatzplanung, Qualitätssicherung, Malusregelungen, Anforderungsprofile)

▶ **Sonstige denkbare Indizien:**

- Dauer / Umfang des Einsatzes unerheblich
- Vergütung nach Festpreis, Stundenverrechnungssätzen oder Stückzahlen unerheblich
- Fehlen einer Überlassungserlaubnis – Parteiwille zum rechtmäßigen Handeln (BGH)
- Vertragsüblichkeit
- ähnliche / gleichartige Tätigkeiten durch eigene Arbeitnehmer unerheblich
- Unternehmerrisiko / Gewährleistung / Haftung für Schäden in der Arbeitsausführung

▶ **Förderung allein des Betriebszwecks des Entleihers :**

- auch bei Übertragung des Weisungsrechts auf den Dienstherrn liegt keine Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn der Dienstnehmer mit dem Einsatz der Arbeitnehmer zumindest auch eigene betriebliche Zwecke verfolgt :

- Gemeinschaftsbetrieb
- unternehmerische Zusammenarbeit zur gemeinsamen Förderung der jeweils eigenen Betriebszwecke

- ▶ abschließende Gesamtbetrachtung:



„It may be hard to define -
but I know it, when I see it,“

Potter Stewart (1915 – 1985)

- ▶ Vorteile der Industriedienstleistung

→ Vermeidung der Nachteile der Arbeitnehmerüberlassung

wirtschaftliche Gründe :

- Grundsatz des equal pay / equal treatment. Haftungsrisiken gemäß § 28e Abs. 2 SGB IV bei unwirksamen Tarifverträgen der Leiharbeitsbranche. „Drehtürklausel“ bei Ausgliederung
- Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und –diensten , § 13b AÜG nF (bußgeldbewehrt)



▶ **Vorteile der Industriedienstleistung**

→ **Vermeidung der Nachteile der Arbeitnehmerüberlassung**

bürokratische Gründe :

- Informationspflicht gegenüber Leiharbeitnehmern bei freien Stellen in Betrieb oder Unternehmen, § 13a AÜG nF (bußgeldbewehrt)
- Ausschreibung von Arbeitsplätzen, die mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollen (BAG 01.02.2011 – 1 ABR 79/09)
- Konsultation der AA gemäß § 81 SGB IX, ob der Arbeitsplatz mit schwerbehindertem Arbeitnehmer besetzt werden kann (BAG 23.06.2010 – 7 ABR 3/09)
- Beteiligung des Betriebsrats gemäß § 99 BetrVG bei jedem individuellen Leiharbeitnehmer unter Namensnennung (BAG 09.03.2011 – 7 ABR 137/09)
- Initiativrecht gemäß § 95 Abs. 2 BetrVG zur Aufstellung von Auswahlrichtlinien

▶ **Vorteile der Industriedienstleistung**

→ **Vermeidung der Nachteile der Arbeitnehmerüberlassung**

strategische Gründe :

- keine Begrenzung des Rechts zur betriebsbedingten Kündigung trotz auf Dauer angelegter Dienstleistung
- unbegrenzte Einbeziehung konzerninterner Überlassungsgesellschaft in das AÜG
- Erfassung von Leiharbeitnehmern bei späterem Betriebsübergang (EuGH 21.10.2010 - C-242/09 Roest).

Umstellung von der Eigenbeschäftigung auf die Industriedienstleistung

► **Arbeitsrechtliche Fragen der Umstellung - Kündigung**

- betriebsbedingte Kündigung bei Fremdvergabe an Dienstleister zulässig.
Demgegenüber rechtfertigt die Entscheidung, auf Dauer angelegte Arbeitsplätze mit Leiharbeitnehmern zu besetzen, eine Kündigung des Arbeitsplatzinhaber regelmäßig nicht
- betriebsbedingte Kündigung auch bei Umstellung nicht auf Industriedienstleistung, sondern auf individuelle Dienstleistung (freie Mitarbeiter). Keine Verpflichtung, Tätigkeit als freier Dienstleister anzubieten

► **Arbeitsrechtliche Fragen der Umstellung – Betriebsübergang oder Funktionsnachfolge**

Voraussetzungen eines Betriebs(teil)übergangs:

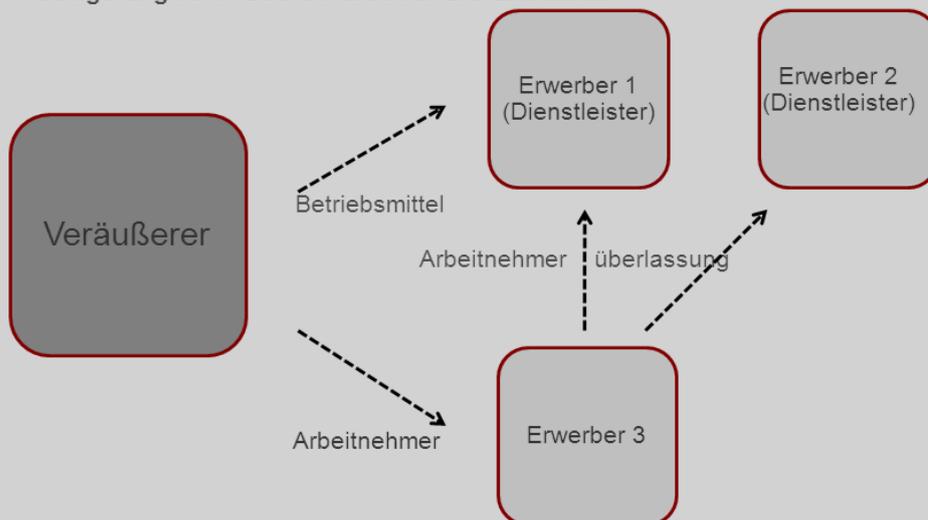
- Vorhandensein einer organisatorisch abgrenzbaren wirtschaftlichen Einheit beim Veräußerer
 - übergangsfähiger Betriebsteil kann nur eine organisierte Gesamtheit von Sachen und Personen sein, die innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks einen Teilzweck verfolgt
- Übertragung der Einheit unter Wahrung ihrer Identität

► **Arbeitsrechtliche Fragen der Umstellung – Betriebsübergang oder Funktionsnachfolge**

- Übertragung der Einheit unter Wahrung ihrer Identität

- Identität der Dienstleistung
- Übertragung von Produktionsfaktoren (Betriebsmittel oder Arbeitnehmer)
- Übertragung der identitätsstiftenden Produktionsfaktoren (abhängig von Betriebsmittellarmut oder Betriebsmittelprägung)
- Übergang der Kundschaft / der Lieferantenbeziehungen / des Auftrages
- Keine wesentliche Änderung in der Organisation, der Struktur oder im Konzept. Begründung einer neuen Organisationsstruktur unschädlich, sofern keine Aufhebung der funktionellen Verknüpfung und gegenseitigen Ergänzung der Produktionsfaktoren (EuGH 12.02.2009 – C-466/07 „Klarenberg“)
- Keine Aufteilung der Produktionsfaktoren (BAG 23.09.2010 – 8 AZR 567/09)

► **Auslagerung eines Betriebsteils auf drei Erwerber:**



- ▶ **Arbeitsrechtliche Fragen der Umstellung – umstellungsbedingte Beteiligungsrechte des Betriebsrats**
 - Beteiligung bei Betriebsänderung, § 111 BetrVG
 - Einschränkung/ Stilllegung wesentlicher Betriebsteile bzw. grundlegende Änderung der Betriebsorganisation, Spaltung eines Betriebes bei Betriebsübergang
 - Anzeigeverfahren bei Massenentlassung
 - Beteiligung des Betriebsrats bei Kündigungen, § 102 BetrVG

Professor Dr. Richard Giesen

Ludwig-Maximilians-Universität München | ZAAR

**Arbeitsrechtliche Verantwortung des Auftraggebers
für den Dienstleister und seine Arbeitnehmer?**

Übersicht

- I. Rechtliche Grundstrukturen des Einsatzes von Industriedienstleistern
- II. Schutzpflichten des Auftraggebers gegenüber dem Industriedienstleister und seinen Arbeitnehmern
 1. Arbeitsschutzpflichten im Arbeitsverhältnis
 2. Grundsätzliche Zuordnung der technischen Arbeitsschutzverantwortung beim Dienstleister
 3. Technische Arbeitsschutzverantwortung des Auftraggebers
 4. Zusätzliche zivilrechtliche Arbeitsschutzverantwortung des Auftraggebers
- III. Haftungsfreistellung nach §§ 104 ff. SGB VII bei der Verletzung von Schutzpflichten des Auftraggebers gegenüber den Arbeitnehmern des Dienstleisters
- IV. Fazit

I. Rechtliche Grundstrukturen des Einsatzes von Industriedienstleistern

Die Tätigkeit des Industriedienstleiters lässt sich wie folgt umschreiben:

- Der Industriedienstleister führt Arbeiten im Betrieb des Auftraggebers durch, und zwar selbst und/oder mit seinen Arbeitnehmern. Diese Arbeiten können Leistungen betreffen, die der Auftraggeber zuvor selbst mit Hilfe eigener Arbeitnehmer oder mit Hilfe von Leiharbeitnehmern durchgeführt hat.
- Der Einsatz erfolgt durch Arbeitnehmer des Dienstleiters oder durch den Dienstleister selbst. Das bedeutet, dass zwischen dem Auftraggeber und dem Dienstleister bzw. dessen Arbeitnehmern kein Arbeitsverhältnis besteht. Ausgeschlossen ist damit auch das Arbeitsverhältnis mit einer Mehrzahl von Arbeitgebern (Auftraggeber und Auftragnehmer), wie es etwa bei Arbeitsgemeinschaften – ARGEen – mehrerer Arbeitgeber vorkommen kann.¹
- Zudem liegt auch keine Arbeitnehmerüberlassung (Zeitarbeit) vor. Das heißt insbesondere, dass der Auftraggeber gegenüber den eingesetzten Personen kein Direktionsrecht innehat und auch kein Direktionsrecht ausüben kann. Jegliche Anweisungen erfolgen auf der Grundlage der Konkretisierung dienstvertraglicher Pflichten. Diese Konkretisierung geht nicht so weit, dass am Ende doch Leiharbeit oder ein unmittelbar bestehendes Arbeitsverhältnis angenommen werden kann.²
- Der Einsatz erfolgt für den Dienstleister und seine Arbeitnehmer im fremden Betrieb. Das bedeutet, dass Auftraggeber und Dienstleister keinen Gemeinschaftsbetrieb i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG unterhalten. Die fehlende Betriebszugehörigkeit des Dienstleiters und seiner Arbeitnehmer führt dazu, dass die beim Auftraggeber bestehenden betriebsverfassungsrechtlichen Regeln, also insbesondere die bei ihm anzuwendenden Betriebsvereinbarungen, für sie nicht gelten. Es kommt lediglich die Betriebsratsbeteiligung bei der Einsatzvereinbarung nach § 99 BetrVG in Betracht – dazu der Vortrag „Drittbezogene Betriebsratsrechte im Einsatzbetrieb“ von *Martin Franzen*. Der Einsatz im fremden Betrieb hat außerdem zur Folge, dass die nach § 3 Abs. 2 TVG betriebseinheitlich geltenden Tarifvorschriften für den Dienstleister und seine Arbeitnehmer nicht anzuwenden sind. Das betrifft etwa tarifvertragliche Regelungen zur betrieblichen Arbeitszeit (z.B. zur zeitlichen Positionierung von Schichten und Pausen), Ordnungsregelungen des Tarifvertrags (Überwachungsvorschriften, Kantinenregelungen) oder Besetzungsregeln (Vorgaben für die Zahl und Qualifikation von Arbeitnehmern an bestimmten Maschinen bzw. bei der Durchführung sonstiger Arbeitsabläufe).

Bei alledem darf der Auftrag an den Industriedienstleister keinen Formenmissbrauch darstellen. Er darf also nicht der Umgehung der arbeitsrechtlichen Bindungen dienen, welchen der Auftraggeber in Beziehung zu seinen eigenen Arbeitnehmern unterliegt.

¹ S. *Thüsing* in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 4. Aufl. 2010, Vor § 611 BGB, Rn. 125.

² S. *Kalb* in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 1 AÜG, Rn. 12 ff., insb. 17 ff.; *Steuer*, Die Arbeitnehmerüberlassung als Mittel zur Förderung des Arbeitsmarktes in Deutschland, 2009, S. 48 ff.

Diese Missbrauchsvorsorge wird durch den flexiblen Arbeitnehmerbegriff und den auf das Bestehen von Direktionsrechten abstellenden Leiharbeitsbegriff gewährleistet:

- Wenn neben der Leistungsbeziehung zwischen Auftraggeber und Dienstleister bzw. dessen Arbeitnehmer eine – auch konkludent begründbare – vertragliche Bindung besteht, die auf die Ausübung von Arbeitsleistungen unter dem Direktionsrecht des Auftraggebers gerichtet ist, ist diese als Arbeitsvertrag anzusehen.
- Wenn diese vertragliche Bindung nicht besteht, der Auftraggeber aber dennoch zur Direktionsrechtsausübung gegenüber dem Arbeitnehmer des Dienstleisters berechtigt wird, ist ein mit dem Industriedienstleister begründeter Arbeitnehmerüberlassungsvertrag anzunehmen (bei dessen Unwirksamkeit nach § 9 Nr. 1 AÜG wiederum gemäß § 10 Abs. 1 AÜG gesetzlich eine unmittelbare arbeitsvertragliche Bindung zwischen Auftraggeber und Arbeitnehmer zustande kommt).

Fehlen solche arbeitsvertragliche Bindungen, bleibt es bei der Fremdvergabe der jeweils auszuübenden Tätigkeiten. Diese wird arbeitsrechtlich gebilligt. Das zeigt sich nicht zuletzt in der Rechtmäßigkeit betriebsbedingter Kündigungen, die nach einer Umstellung von durch eigene Arbeitnehmer durchzuführender Arbeit auf die Fremdvergabe an Selbständige ausgesprochen werden.³

II. Schutzpflichten des Auftraggebers gegenüber dem Industriedienstleister und seinen Arbeitnehmern

Damit stellt sich weiter die Frage nach der Pflichtenstellung und der Haftung des Auftraggebers bezüglich des technischen Arbeitsschutzes.

1. Arbeitsschutzpflichten im Arbeitsverhältnis

Im Arbeitsverhältnis (also auch in der Beziehung zwischen dem Dienstleister und seinen Arbeitnehmern) ist diese Pflichtenstellung unproblematisch. Jeder Arbeitgeber ist seinen Arbeitnehmern gegenüber aus dem Arbeitsvertrag nach § 618, § 241 Abs. 2 BGB vertraglich zu Schutzmaßnahmen verpflichtet. Diese Schutzpflichten werden vor allem durch die Regelungen des technischen Arbeitsschutzes konkretisiert, die in technischer und organisatorischer Hinsicht vom Arbeitgeber umfassende Vorsorge verlangen.

Die entsprechende Normierung – häufig Umsetzung europäischer Richtlinien⁴ – erfolgt in Deutschland nach dem so genannten „dualen Arbeitsschutzsystem“. Dieses

³ BAG, 9.5.1996 – 2 AZR 438/95, NZA 1996, 1145 („weight watchers“); BAG, 13.03.2008 – 2 AZR 1037/06, NZA 2008, 878 („Moskito“); *Quecke* in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 1 KSchG, Rn. 268; s. dort Rn. 269 auch zum Nichtvorliegen einer unternehmerischen Entscheidung über den Wegfall von Arbeitsplätzen, wenn der Arbeitgeber lediglich von der Arbeitstätigkeit durch eigene Arbeitnehmer auf die Arbeitstätigkeit durch Leiharbeitnehmer umstellt.

⁴ S. zum Einfluss des EU-Rechts auf das Arbeitsschutzrecht *Balze* in Kollmer/Klindt, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, Einl. B, Rn. 82 ff.

ist geprägt einerseits durch die allgemeinen staatlichen Regelungen des Arbeitsschutzes, also Gesetze wie das Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG), das Arbeitssicherheitsgesetz (ASiG), das Chemikaliengesetz (ChemG), Verordnungen wie etwa die Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV), die Bildschirmarbeitsverordnung (BildscharbV), die Baustellenverordnung (BaustellV) oder die Gefahrstoffverordnung (GefStoffV) sowie durch diesbezüglich ergangene Verwaltungsvorschriften. Andererseits ist das System geprägt durch die Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften, die als Satzungsrecht auf der Grundlage von § 15 SGB VII erlassen werden. Hier sind die Berufsgenossenschaftliche Vorschrift A1 (BGV A1) zu nennen und die jeweils branchenbezogenen Unfallverhütungsvorschriften. Beide Systeme, der so genannte staatliche Regelungsbereich und der – letztendlich ebenfalls staatliche (vgl. § 29 SGB IV), nur auf der sozialversicherungsrechtlichen Selbstverwaltung beruhende – Regelungsbereich der Unfallverhütungsvorschriften nach dem SGB VII werden zusätzlich oft durch weitere Vorschriften unterhalb des Normenniveaus ergänzt wie etwa DIN-Normen, Merkblätter u.s.w.⁵

Bei Verletzung dieser Schutzpflichten haftet der Arbeitgeber prinzipiell – soweit nicht die Haftungsfreistellung gemäß §§ 104 ff. SGB VII eingreift – wegen Schutzpflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 S. 2, § 618 § 241 Abs. 2 BGB. Wenn – wie meist – die Pflichtverletzung bzw. das Verschulden bei Erfüllungsgehilfen liegt, greift zusätzlich die Zurechnungsnorm des § 278 BGB. Hinzu kommen gegebenenfalls weitere deliktsrechtliche Haftungstatbestände etwa nach Sondergesetzen wie dem Produkthaftungsgesetz oder aus §§ 823 ff. BGB. Im Fall der Rechtsgutsverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB gilt, dass die technischen Arbeitsschutzregelungen die Sorgfaltsanforderungen konkretisieren und somit über die Frage der Fahrlässigkeit des schädigenden Arbeitgebers entscheiden. Im Fall der Schutzgesetzverletzung nach § 823 Abs. 2 BGB ist es zumindest denkbar, die Arbeitsschutzregelungen als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB anzusehen, was allerdings bis heute nicht geklärt ist.⁶ § 823 Abs. 2 BGB greift aber jedenfalls in Verbindung mit Schutzgesetzen wie etwa den strafgesetzlichen Regelungen über die fahrlässige Körperverletzung oder die fahrlässige Tötung, wobei hier wiederum die Sorgfaltsmaßstäbe des technischen Arbeitsschutzes eingreifen. Im Fall der Schädigung durch Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB greifen diese Grundsätze ebenfalls, wobei § 831 BGB für den Verrichtungsgehilfen die Begehung eines Delikts nach §§ 823 ff. BGB voraussetzt.

Bei alledem – das sei nochmals betont – kommt es im Ergebnis regelmäßig nicht zur Haftung des Arbeitgebers, da in den meisten Fällen die Haftungsfreistellung gemäß §§ 104 ff. SGB VII eingreift, auf die ich unter III. noch näher zu sprechen kommen werde.

2. Grundsätzliche Zuordnung der technischen Arbeitsschutzverantwortung beim

⁵ Dazu *Kollmer* in *Kollmer/Klindt*, *ArbSchG*, 2. Aufl. 2011, Vor § 1, Rn. 1 ff., 89 ff.

⁶ Diese Frage wird in der Literatur als akademische Frage angesehen, da der Arbeitgeber ohnehin aus Vertragspflichtverletzung und § 823 Abs. 1 BGB hafte, *Kollmer* in *Kollmer/Klindt*, *ArbSchG*, 2. Aufl. 2011, § 1, Rn. 43.

Dienstleister

Es stellt sich weiter die Frage nach den Schutzpflichten des Auftraggebers gegenüber dem Dienstleister und seinen Arbeitnehmern.

Hinsichtlich der unmittelbaren arbeitsvertraglichen Pflichten ist die Situation klar: Der Auftraggeber unterhält kein Arbeitsverhältnis gegenüber den Arbeitnehmern des Industriedienstleisters, und deshalb ist er ihnen auch nicht aus § 618, 241 Abs. 2 BGB verpflichtet. Die entsprechende Pflicht trifft vielmehr ausschließlich den Arbeitgeber dieser Arbeitnehmer, also den Dienstleister.

Die Regeln des technischen Arbeitsschutzes beziehen sich grundsätzlich nur auf die Beteiligten des Arbeitsverhältnisses. So heißt es in § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG, „der Arbeitgeber“ sei verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes zwecks Einflusses auf die Sicherheit und Gesundheit „der Beschäftigten bei der Arbeit“ zu treffen. Diese „Beschäftigten“ sind ausschließlich diejenigen „des Arbeitgebers“ und nicht Arbeitgeber, so wie dies auch sonst in arbeitsrechtlichen Gesetzesregelungen der Fall ist (s. etwa § 6 TzBfG, der eine Verpflichtung des Arbeitgebers gegenüber „den Arbeitnehmern“ betrifft, womit aber lediglich diejenigen Arbeitnehmer gemeint sind, mit denen er selbst in einer arbeitsvertraglichen Beziehung steht). Dass der technische Arbeitsschutz nur innerhalb der arbeitsvertraglichen Beziehungen greift, ergibt sich zudem aus § 618 BGB, der als „Transmissionsnorm“ für die Überführung des öffentlich-rechtlichen technischen Arbeitsschutzes ins Arbeitsverhältnis dient.

Dennoch werden im Arbeitsschutzrecht Pflichten auch im Hinblick fremder Arbeitnehmer begründet, aber lediglich als Ausnahmen. So wird in § 8 Abs. 2 ArbSchG der Einsatz von Beschäftigten fremder Arbeitgeber im Betrieb geregelt. Danach muss sich der Betriebsinhaber, der nicht Arbeitgeber dieser Beschäftigten ist, „je nach Art der Tätigkeit vergewissern, dass die Beschäftigten anderer Arbeitgeber, die in seinem Betrieb tätig werden, hinsichtlich der Gefahren für ihre Sicherheit und Gesundheit während ihrer Tätigkeit in seinem Betrieb angemessene Anweisungen erhalten haben“. Regelungen über nicht beim Arbeitgeber Beschäftigte enthalten auch die §§ 5, 6 BGV A1. So ist ein Auftraggeber etwa gemäß § 5 Abs. 3 BGV A1 verpflichtet, bei der Erteilung von Aufträgen an Fremdunternehmen, die in seinem Betrieb ausgeführt werden, diese bei der Gefährdungsbeurteilung bezüglich der betriebsspezifischen Gefahren zu unterstützen. Ferner hat er sicherzustellen, dass Tätigkeiten mit besonderen Gefahren durch Aufsichtführende überwacht werden. Für die Zusammenarbeit mehrerer Unternehmer am Arbeitsplatz werden in § 6 BGV A1 zusätzliche Kooperationsverpflichtungen normiert, die ebenfalls auf die Zusammenführung der an sich getrennten Verantwortungsbereiche gerichtet ist.

Diese Ausnahmenvorschriften machen deutlich, dass die allgemeinen Regeln des gesetzlichen technischen Arbeitsschutzes jeweils nur arbeitsvertragliche Pflichten konkretisieren und nicht darüber hinaus reichen. Demnach ist auch der Ansicht zu widersprechen, welche eine Ausweitung der allgemeinen arbeitsschutzrechtlichen Pflichten aus dem ArbSchG auf alle in den Betrieb eingegliederten Personen nach § 99

BetrVG fordert.⁷ Der Begriff der betrieblichen Eingliederung ist im Arbeitsschutzrecht nicht angelegt. Er betrifft in § 99 BetrVG die Mitbestimmung des Betriebsrats beim Einsatz fremder Personen im Betrieb, kann aber mangels Bestehens direktionsrechtlicher Beziehungen nicht als Instrument zur Ausweitung von Arbeitsschutzpflichten dienen.

Diese Wirkungsbegrenzung der Arbeitsschutzvorschriften auf das Arbeitsverhältnis hat ihren guten Sinn. Es geht darum, Verantwortlichkeiten klar zuzuordnen. Technischer Arbeitsschutz ist nach modernem Verständnis geprägt durch organisatorische und strukturelle Vorsorge (s. insbesondere § 3 Abs. 2 ArbSchG). Diese besteht darin, in einem dauerhaften Prozess der Beurteilung, Dokumentation und Gestaltung von Arbeitsvorgängen und Arbeitsumfeld die Gefahrenprävention nach Stand von Technik, Arbeitsmedizin, Hygiene und arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen sicherzustellen (s. §§ 4 ff. ArbSchG). Entscheidend und gesetzlich gefordert ist somit ein ständiger Austausch zwischen den Betroffenen und der verantwortlichen Unternehmensleitung, der zu nachhaltiger Vorsorge führen soll. Ein solches prozessuales Verständnis von Arbeitssicherheit kann nur durch klar zuzuordnende Verantwortlichkeiten sicher gestellt werden. Wo keine eindeutigen Verantwortlichkeiten bestehen, werden Verantwortlichkeiten nach dem Regelungsmodell des Kölner U-Bahnbaus zwischen mehreren Instanzen hin- und hergereicht, bis sie nicht mehr existieren. Die gesetzgeberische Entscheidung ist somit deutlich. Im Regelfall wird ausschließlich dem Arbeitgeber die gesetzliche Verantwortung zur Sicherstellung des technischen Arbeitsschutzes auferlegt. Ausnahmen existieren, sind aber in § 8 Abs. 2 ArbSchG und §§ 5, 6 BGV A1 gesondert normiert.

3. Technische Arbeitsschutzverantwortung des Auftraggebers

Aus dieser prinzipiellen Zuordnung der technischen Arbeitsschutzverantwortung beim Dienstleister als Arbeitgeber ergibt sich aber keinesfalls ein Freibrief zugunsten des Auftraggebers.

Dieser ist vielmehr nach den eben genannten arbeitsschutzrechtlichen Regelungen zur Gefahrenvorsorge auch zugunsten der nicht bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer des Dienstleisters und – wenn dieser höchstpersönlich bei ihm tätig ist – zugunsten des Dienstleisters verpflichtet. Das heißt, dass der Auftraggeber als Inhaber des Betriebs, in dem die Dienstleistungen erbracht werden, zwar kein Direktionsrecht gegenüber den Arbeitnehmern des Dienstleisters hat.

- Er hat sich aber gemäß § 8 Abs. 2 ArbSchG zu vergewissern, dass diese fremden Arbeitnehmer die einschlägigen Weisungen zur Arbeitssicherheit erhalten haben. Eine Pflicht zum Sich-Erkundigen über die Erteilung von Anweisungen an die Betriebsfremden, welche wiederum auf Einhaltung von Arbeitsschutzregelungen gerichtet sind, ist zwar stark reduziert. Der Betriebsinhaber muss sich nicht einmal bezüglich der Einhaltung von Arbeitsschutzvorschriften vergewissern, sondern nur

⁷ Pieper, ArbSchR – Arbeitsschutzrecht, 4. Aufl. 2009, § 2 ArbSchG, Rn. 17.

hinsichtlich der Erteilung entsprechender Anweisungen durch den fremden Arbeitgeber. Jedoch hat er diese Pflicht zu befolgen. Wie er dies tut, wird nicht näher konkretisiert. Bei kleinen Aufträgen an zuverlässige Dienstleister dürfte es genügen, wenn eine entsprechende Zusicherung des Dienstleisters an den Auftraggeber vorliegt. Bei größeren und länger andauernden Tätigkeiten dürfte zusätzlich eine stichprobenartige Kontrolle notwendig sein.

- Zusätzlich hat der Auftraggeber den Dienstleister nach näherer Maßgabe von § 5 Abs. 1, 2 BGV A1 schriftlich aufzugeben, die geltenden Unfallverhütungsvorschriften und sonstigen technischen Regeln zu beachten.⁸ Weiter muss er ihn gemäß § 5 Abs. 3 BGV A1 bei einer gegebenenfalls notwendigen Gefährdungsbeurteilung bezüglich der betriebsspezifischen Gefahren unterstützen und sicherstellen, dass Tätigkeiten mit besonderen Gefahren durch Aufsichtführende überwacht werden, die die Durchführung der festgelegten Schutzmaßnahmen sicherstellen.

Diese Regelungen begründen nicht nur Pflichten des Auftraggebers. Sie dürften auch unmittelbar drittschützenden Charakter haben. Das bedeutet, dass der Auftraggeber im Fall der Verletzung von Körper oder Leben nach § 823 Abs. 1 BGB haftet, wenn sich aus den genannten Regelungen eine Pflicht zum Handeln ergab, die er verletzt hat – hier greift die Haftung aus Unterlassen. Weiter konkretisieren die genannten Regelungen die Sorgfaltspflichten des Auftraggebers und begründen somit gegebenenfalls den Vorwurf der Fahrlässigkeit. Vor diesem Hintergrund erscheint es auch konsequent, zumindest in den Regelungen des § 8 Abs. 2 ArbSchG Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zu sehen, da sie deutlich auf den Schutz der jeweils betroffenen Arbeitnehmer und sonstigen geschützten Personen gerichtet sind. Das bedeutet, dass aus ihrer Verletzung unmittelbar Ansprüche der fremden Arbeitnehmer gegen den Auftraggeber folgen, und zwar unabhängig vom Bestehen einer Vertragsbeziehung zwischen ihnen.

4. Zusätzliche zivilrechtliche Arbeitsschutzverantwortung des Auftraggebers

Damit bin ich beim nächsten Punkt, nämlich beim Bestehen einer vertraglich begründeten Pflichtenbeziehung zum Dienstleister und seinen Arbeitnehmern.

Zunächst folgen aus dem Dienstvertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Dienstleister unmittelbar Schutzpflichtverpflichtungen nach § 241 Abs. 2 BGB. Diese konkretisieren sich zum einen dadurch, dass der Auftraggeber seine eigene Tätigkeit und die seiner Arbeitnehmer so auszugestalten hat, dass der Dienstleister nicht zu Schaden kommt. Zum anderen muss der Auftraggeber Sorgfaltspflichten beachten, wenn er dem Dienstleister Betriebsgegenstände wie Maschinen, Räumlichkeiten etc. zum Gebrauch überlässt.

Aber nicht nur der Dienstleister selbst, sondern auch seine Arbeitnehmer fallen in den

⁸ Dazu *Kollmer* in *Kollmer/Klindt*, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, § 15, Rn. 7.

Schutzbereich der betreffenden Sorgfaltspflichten des Auftraggebers, auch wenn sie nicht selbst Vertragspartner des Auftraggebers sind. Hier dürfte ein klassischer Fall des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vorliegen. Schließlich befinden sich die Arbeitnehmer des Dienstleisters in „Leistungsnahe“, der Dienstleister ist für ihr „Wohl und Wehe“ verantwortlich, sie sind erkennbar ins Leistungsgeschehen einbezogen und auch schutzwürdig. Das bedeutet, dass die Arbeitnehmer im Fall der Schädigung durch den Auftraggeber oder seine Arbeitnehmer Ansprüche aus Schutzpflichtverletzung nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB haben (im Fall der Schädigung durch die Arbeitnehmer des Auftraggebers greift zusätzlich § 278 BGB).

Damit stellt sich weiter die Frage, wie die betreffenden Pflichten des Auftraggebers zu konkretisieren sind. Hier wird zu unterscheiden sein. Was die organisatorische Unfall- und Krankheitsvorsorge betrifft, sind die oben genannten Arbeitsschutzregelungen zu beachten, welche die Hauptverantwortung im organisatorischen Bereich dem Arbeitgeber zuweist. In organisatorischer Hinsicht, insbesondere bei der direktionsrechtlichen Durchsetzung der Arbeitsschutzregularien, bleibt es somit bei der Verantwortlichkeit des Dienstleisters für seine Beschäftigten. Der Auftraggeber hat hier eine – gelegentlich vielleicht sogar schwerer zu erfüllende – Hinweis- und Überwachungspflicht aus § 8 Abs. 2 ArbSchG, § 5 BGV A1, deren Verletzung zur Haftung gegenüber dem verletzten Arbeitnehmer führt. Hinzu kommen aber auch Arbeitsschutzvorschriften, die sich auf die vorzuhaltenden Betriebsräume, Gerätschaften und die damit verbundenen Arbeitsbedingungen beziehen. Weil und soweit der Auftraggeber hier eigene Räume und eigenes Gerät vorhält, trifft ihn insofern auch die primäre Verantwortlichkeit für die entsprechende Sachsisicherheit. Diese ist im Zweifel nach Maßgabe der einschlägigen Arbeitsschutzbestimmungen vorzuhaltenden. Ohne anderweitige Anhaltspunkte ist davon ausgegangen werden, dass es die technischen Arbeitsschutzbestimmungen sind, die den Stand der anerkannten Arbeitssicherheit spiegeln. An dieser Stelle kommt es dann somit – vermittelt durch die vertraglichen Schutzpflichten – dann doch noch zur Anwendung der staatlichen und berufsgenossenschaftlichen Arbeitsschutzbestimmungen.

Hinzu kommen die genannten deliktischen Ansprüche insbesondere aus § 823 Abs. 1, Abs. 2, § 831 BGB, wobei auch hier das Gesagte weiterhin gilt, nämlich für die Konkretisierung der für sie gültigen Sorgfaltspflichten und somit für die Erhebung des Fahrlässigkeitsvorwurfs.

III. Haftungsfreistellung nach §§ 104 ff. SGB VII bei der Verletzung von Schutzpflichten des Auftraggebers gegenüber den Arbeitnehmern des Dienstleisters

Wenn somit in vielen Fällen bei der Verletzung von Arbeitnehmern des Dienstleisters dem Grunde nach Haftungstatbestände greifen, werden diese oft nicht zur zivilrechtlichen Haftung führen.

Nach §§ 104–113 SGB VII ist kraft Unfallversicherungsrechts im Arbeitsleben eine Vielzahl von Schädigern haftungsbefreit. Die Regelungen setzen voraus, dass ein

Versicherungsfall i.S.d. Unfallversicherungsrechts vorliegt, greifen also nur bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten (§§ 7 f. SGB VII). Ausnahmen von der Freistellung der §§ 104 ff. SGB VII bestehen bei Vorsatz und bei Wegeunfällen; bei grober Fahrlässigkeit besteht die Möglichkeit des Regresses durch den Unfallversicherungsträger nach § 110 SGB VII. An die Stelle des solchermaßen weitgehend freigestellten Schädigers tritt die Versicherungsleistung des Unfallversicherungsträgers (sog. Haftungsersetzungsprinzip). Der Unfallversicherungsträger seinerseits kann – mangels entsprechender Haftung des Schädigers – nicht gemäß § 116 SGB X aus übergegangenem Recht des Geschädigten beim Schädiger Regress nehmen. Haftungsbeschränkungen bestehen dabei zunächst für Arbeitgeber, Arbeitskollegen und Personen, die auf einer „gemeinsamen Betriebsstätte“ tätig sind (§ 104, § 105, § 106 Abs. 3 SGB VII).

Daraus folgt, dass im Fall des Arbeitsunfalls eines Arbeitnehmers des Dienstleisters dieser als Arbeitgeber nach § 104 Abs. 1 SGB VII freigestellt ist von der Haftung, soweit er nicht Vorsatz zu vertreten hat oder der Arbeitsunfall ein Wegeunfall war.

Die Beschäftigten des Auftraggebers sind von der Haftung befreit, soweit sie mit dem Geschädigten „auf einer gemeinsamen Betriebsstätte“ tätig waren, § 106 Abs. 3 SGB VII. Die Rechtsprechung des BGH nimmt dies immer dann an, wenn ein bewusstes Miteinander im Arbeitsablauf vorlag, das sich zumindest tatsächlich als ein aufeinander bezogenes betriebliches Zusammenwirken mehrerer Arbeitnehmer verschiedener Unternehmen darstellt.⁹

Der Auftraggeber selbst steht mit dem geschädigten Arbeitnehmer selbst zwar nicht in einem Arbeitsverhältnis. Er kann aber, wenn er selbst höchstpersönlich mitarbeitet und dabei einen Arbeitnehmer des Dienstleisters schädigt, ebenfalls nach § 106 Abs. 3 SGB VII privilegiert sein.

Das gilt nicht, wenn er etwa nach § 278 BGB oder nach § 831 BGB für Verletzungshandlungen seiner Arbeitnehmer in Anspruch genommen wird.¹⁰ In dieser Situation greift dennoch auf den ersten Blick eine Haftungsfreistellung nach § 104 Abs. 1 SGB VII, weil der Arbeitnehmer des Dienstleisters als so genannter „Wie-Beschäftigter“ für den Auftraggeber tätig wird. „Wie-Beschäftigte“ nach § 2 Abs. 2 S. 1 SGB VII sind Personen, die als Betriebsfremde einem anderen Betrieb zuzuordnen sind, aber dennoch wie Arbeitnehmer für den Schädiger tätig sind.¹¹ Das ist etwa zu bejahen bei der Tätigkeit für Arbeitsgemeinschaften mehrerer Unternehmen (Arge), in Leiharbeitsverhältnissen oder bei kurzfristiger sonstiger Tätigkeit für Dritte.¹² Nach der neueren Rechtsprechung dürfte diese Privilegierung aber entfallen sein. Der BGH

⁹ BGH 17.10.2000 – VI ZR 67/00, Z 145, 331; BGH 24.6.2003 – VI ZR 434/01, Z 155, 205; BGH 17.6.2008 – VI ZR 257/06, NJW 2008, 2916; BGH 22.1.2008 – VI ZR 17/07, VersR 2008, 642; BAG 13.3.2007 – VI ZR 178/05, VersR 2007, 948; B. Schmidt, BB 2002, 1859 (1860 f.); Krasney, NZS 2004, 68 (70 f.).

¹⁰ BGH 17.6.2008 – VI ZR 257/06, NJW 2008, 2916.

¹¹ BGH v. 23.3.2004 – VI ZR 160/03, VersR 2004, 1045; BSG v. 24.6.2003 – B 2 U 39/02 R, NZA 2003, 1136; OLG Hamm v. 15.6.1998 – 6 U 34/98, VersR 1999, 597; BT-Drs. 13/2204, S. 100; Rolfs, NJW 1996, 3177 (3180); Waltermann, NJW 2004, 901 (903 f.).

¹² Vgl. hierzu Rolfs, AR-Blattei SD 860.2 Rz. 84 ff.

vertritt nämlich in einer Entscheidung aus dem Jahr 2009 die Meinung, bei nebeneinander tätigen Unternehmern könne nur einer von ihnen haftungsprivilegiert sein. Es ist also jeweils nach den Prioritätenregelungen des § 135 SGB VII zu ermitteln, welches Versicherungsverhältnis vorrangig eingreift; danach richtet sich auch, welche Person als „Unternehmer“ gemäß § 104 haftungsprivilegiert ist¹³. Nach § 135 Abs. 1 Nr. 7 SGB VII ist der allgemeine Versicherungsschutz für Arbeitnehmer aus § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII gegenüber demjenigen für „Wie-Beschäftigte“ aus § 2 Abs. 2 S. 1 SGB VII vorrangig. Deshalb besteht bei konsequenter Fortführung der BGH-Rechtsprechung also keine Haftungsfreistellung für den Auftraggeber, wenn außerdem der Versicherungsschutz des Arbeitnehmers aufgrund seiner Beschäftigung für den Dienstleister eingreift. Diese Rechtsprechung ist zutreffend kritisiert worden. Die Bedenken fußen darauf, dass § 135 SGB VII lediglich eine sozialversicherungstechnisch notwendige Prioritätenregelung enthält, die mit dem Sinn und Zweck der Haftungsprivilegierung nach §§ 104 ff. nichts gemein hat.¹⁴

Dennoch kommt eine Haftungsprivilegierung des Auftraggebers in Betracht, und zwar insoweit, wie der Dienstleister ohne Haftungsfreistellung nach §§ 104 ff. SGB VII ebenfalls haften würde. Hier greifen die Grundsätze über die Haftungsfreistellung im gestörten Gesamtschuldnerausgleich.¹⁵

IV. Fazit

Das technische Arbeitsschutzrecht weist die Sicherheitsverantwortung dem Industriedienstleister und nicht dem Auftraggeber zu. Der letztere wird aber in zweifacher Weise in die Pflicht genommen. Zum einen greifen zu seinen Lasten die Sonderregelungen über die Überwachung der Vorhaltung von Arbeitssicherheit bei der Tätigkeit fremder Arbeitnehmer im eigenen Betrieb und bei der Kooperation mit anderen Unternehmen, insbesondere § 8 Abs. 2 ArbSchG, §§ 5 f. BGV A1. Zum anderen bestehen zivilrechtliche Schutzpflichten aus dem zwischen dem Auftraggeber und dem Dienstleister bestehenden Dienstvertrag. Sie umfassen nach den Regeln über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch die Arbeitnehmer des Dienstleisters. Die Schutzpflichten verlangen den Schutz bei der Zusammenarbeit, vor allem aber bei der Vorhaltung von Räumen und Gerät. Für ihre Konkretisierung sind im Zweifel ebenfalls die Regeln über den technischen Arbeitsschutz zu beachten.

Im Fall der Schädigung eines Arbeitnehmers des Dienstleisters gilt in der Regel, dass der Dienstleister und seine Arbeitnehmer nach §§ 104 f. SGB VII haftungsbefreit sind. Die Arbeitnehmer des Auftraggebers (und der Auftraggeber, wenn er höchstselbst mitarbeitet) sind nach § 106 Abs. 3 SGB VII haftungsbefreit, wenn die Schädigung im

¹³ BGH 19.5.2009 – VI ZR 56/08, NJW 2009, 3235 = Z 181, 160; unter ausdrücklicher Aufgabe von BGH 4.4.1995 – VI ZR 327/93, Z 129, 195.

¹⁴ Ricke, NZS 2011, 454.

¹⁵ BGH v. 24.6.2003 – VI ZR 434/01, BGHZ 155, 205; v. 14.6.1996 – VI ZR 79/95, NJW 1996, 2023; BGH 2.12.1980 – VI ZR 265/78, NJW 1981, 760; Palandt/Grüneberg, § 426 BGB Rz.18 ff.

Rahmen kooperativer Zusammenarbeit eingetreten ist. Der Auftraggeber selbst war nach herkömmlichen Verständnis ebenfalls gemäß § 104 Abs. 1 SGB VII haftungsbefreit, weil der Arbeitnehmer des Dienstleisters als „Wie-Beschäftigter“ nach § 2 Abs. 2 S. 1 SGB VII einzuordnen war. Nach der neueren Rechtsprechung des BGH greift diese Haftungsbefreiung aber nicht, weil und soweit der Versicherungsschutz beim Dienstleister als Arbeitgeber gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 135 Abs. 1 Nr. 7 SGB VII vorrangig ist. Eine Haftungsprivilegierung des Auftraggebers kommt daher nur noch nach den Grundsätzen über die Haftungsfreistellung im gestörten Gesamtschuldnerausgleich in Frage.



Professor Dr. Martin Franzen

Ludwig-Maximilians-Universität München

Drittbezogene Betriebsratsrechte im Einsatzbetrieb

I. Einleitung

II. Vorbemerkungen

1. Exkurs: Betriebsverfassungsrechtliche Situation bei der Leiharbeit im Einsatzbetrieb
2. Abgrenzung: Kein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen

III. Analyse des Fallmaterials aus der Rechtsprechung

1. Rechtsprechung zur Beteiligung des Betriebsrats im Einsatzbetrieb
 - a) Der Beschluß des Arbeitsgerichts Passau vom 8.5.1990
 - b) Der Beschluß des LAG Frankfurt vom 24.10.1989
 - c) Fazit
2. Rechtsprechung zur Beteiligung des Betriebsrats im Dienstleistungsbetrieb
3. Folgerungen

IV. Aufnahme der Dienstleistung

1. Einstellung nach § 99 Abs. 1 BetrVG
2. Beteiligungsrechte nach § 111 BetrVG
3. Unterrichtsrecht nach § 80 Abs. 2 BetrVG
4. Sonstige Beteiligungsrechte

V. Durchführung der Dienstleistung

1. Verhaltenssteuernde Maßnahmen (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG)
2. Arbeitszeitregulierungen (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG)

3. Maßnahmen im Bereich des Arbeitsschutzes
 - a) Das Verhältnis von § 8 Abs. 1 und 2 ArbSchG
 - b) Die Zusammenarbeit von Einsatzbetrieb und Dienstleistungsbetrieb im Rahmen von § 8 Abs. 1 ArbSchG
 - c) Die Vergewisserungspflicht des § 8 Abs. 2 ArbSchG
4. Informationsrechte des Betriebsrats des Einsatzbetriebs (§ 80 Abs. 2 BetrVG)

VI. Beendigung der Dienstleistung

VII. Zusammenfassung

Dem Betriebsrat des Einsatzbetriebs stehen im Hinblick auf die Tätigkeit von Fremdfirmenarbeitnehmer regelmäßig keine Mitbestimmungsrechte im engeren Sinn zu. Insbesondere stellt der Einsatz von Fremdfirmenarbeitnehmern im Einsatzbetrieb keine Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 BetrVG dar, sofern der Vertragsarbeitgeber dieser Arbeitnehmer weiterhin über die Personalhoheit verfügt. Insgesamt beruht dieser Befund auf dem Umstand, daß der beim Einsatzarbeitgeber bestehende Betriebsrat gegenüber den Fremdfirmenarbeitnehmern nicht legitimiert ist und gegenüber deren Vertragsarbeitgeber kein Verhandlungsmandat hat. Ferner werden Maßnahmen gegenüber den Fremdfirmenarbeitnehmern, welche beteiligungspflichtige Tatbestände nach dem BetrVG auslösen, regelmäßig nur vom Vertragsarbeitgeber getroffen. Die tatsächlichen Vorgaben des Einsatzarbeitgebers werden dem Vertragsarbeitgeber zugerechnet. Damit stehen dem Betriebsrat des Einsatzbetriebs regelmäßig nur Informations- und Beratungsrechte hinsichtlich der Aufnahme, Durchführung und Beendigung der Dienstleistung zu. Anders kann dies im Einzelfall im Bereich des Arbeitsschutzes zu beurteilen sein, wenn und soweit die beiden Arbeitgeber – Inhaber des Einsatzbetriebs und externer Dienstleister – gesetzlich zur Zusammenarbeit verpflichtet sind (etwa nach § 8 Abs. 1 ArbSchG) und dadurch beteiligungspflichtige Maßnahmen ausgelöst werden.

I. Einleitung

Mein Thema lautet: „Drittbezogene Betriebsratsrechte im Einsatzbetrieb“. Es geht um die Frage: Inwieweit stehen dem Betriebsrat des Einsatzbetriebs Beteiligungsrechte zu, wenn der Arbeitgeber Personal nicht im Wege der Leiharbeit rekrutiert, sondern externe Dienstleistungsunternehmen beauftragt. Der wesentliche rechtliche Unterschied zur Leiharbeit besteht darin, daß bei der Beauftragung von externen Dienstleistungsunternehmen diese weiterhin das Direktionsrecht gegenüber den Arbeitnehmern innehaben. Demgegenüber steht das Direktionsrecht bei der Leiharbeit dem Arbeitgeber des Einsatzbetriebs (Entleiher) zu. Der Verleiher überträgt die Ausübung des Direktionsrechts im Wege des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags auf den Entleiher. Über die Abgrenzungskriterien zwischen Leiharbeit und Fremdfirmeneinsatz aufgrund von Werk- oder Dienstvertrag¹ haben wir heute schon im Referat von Frau *Oberthür* und der Diskussion hierzu einiges gehört. Darauf kann verwiesen werden.

In einem ersten Schritt möchte ich das einschlägige und, sieht man von Aussagen zu § 99 BetrVG² ab, relativ spärliche Fallmaterial aus der Rechtsprechung zur betriebsverfassungsrechtlichen Problematik des Fremdfirmeneinsatzes aus Sicht des Einsatzbetriebs analysieren (unter III). Dabei wird sich zeigen, daß die betriebsverfassungsrechtliche Situation im Kundenbetrieb – also im beauftragten Dienstleistungsbetrieb – ebenfalls in den Blick genommen werden muß (III 2). Die gewonnenen Abgrenzungskriterien sollen dann auf die einzelnen Stadien der Begründung (IV), Durchführung (V) und Beendigung des Fremdfirmeneinsatzes (VI) angewandt werden. Zunächst aber noch zwei Vorbemerkungen (unter II): Zuerst möchte ich auf die Leiharbeit eingehen und die hierfür entwickelten Grundsätze der betriebsverfassungsrechtlichen Rechte des Betriebsrats im Entleihbetrieb kurz rekapitulieren³ (unter II 1). Dem schließt sich eine zweite Vorbemerkung mit der Abgrenzung zum Gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen an (unter II 2).

II. Vorbemerkungen

1. Exkurs: Betriebsverfassungsrechtliche Situation bei der Leiharbeit im Einsatzbetrieb

Der Leiharbeitnehmer ist in die Arbeitsorganisation des Einsatzbetriebs, des Entleihers, eingegliedert und unterliegt dessen Direktionsrecht. Daher kann ein beim

¹ Zu den Abgrenzungskriterien *Jüttner*, Kollektivrechtliche Auswirkungen der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung im Betriebsverfassungsrecht, 2006, S. 43 ff.; aus der Rechtsprechung etwa BAG 6.8.2003 – 7 AZR 180/03 – AP Nr. 6 zu § 9 AÜG = EzA § 1 AÜG Nr. 13 mit Anm. *Hamann*.

² Siehe dazu ausführlich unten IV 1.

³ Siehe dazu umfassend *Rieble*, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, in *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Zukunft der Zeitarbeit, 6. ZAAR-Kongreß München am 8.5.2009, ZAAR Schriftenreihe Bd. 15, S. 65, 82 ff.; monografisch aus jüngerer Zeit *Jüttner*, Kollektivrechtliche Auswirkungen der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung im Betriebsverfassungsrecht, 2006.

Verleiher bestehender Betriebsrat nicht alle Aufgaben nach dem BetrVG wahrnehmen, da der Verleiherbetriebsrat auf den Entleiher keinen Einfluß ausüben kann⁴. Der Betriebsrat des Einsatzbetriebs wiederum hat keine Regelungsmacht hinsichtlich der Arbeitsverträge zwischen Leiharbeiter und Verleiher⁵. Daraus ergibt sich folgende Abgrenzung der Zuständigkeiten von Verleiher- und Entleiherbetriebsräten hinsichtlich Leiharbeiter: Der Verleiherbetriebsrat ist für vertragsbezogene Angelegenheiten, der Entleiherbetriebsrat für die organisationsbezogenen Angelegenheiten zuständig. Diese Abgrenzung läßt sich auf den Grundgedanken zurückführen, daß derjenige Betriebsrat zu beteiligen ist, dessen Arbeitgeber die beteiligungspflichtige Maßnahme getroffen hat⁶.

Aus dieser Grundabgrenzung ergeben sich folgende Lösungen von Einzelfragen: Der Einsatz von Leiharbeitern beim Entleiher ist nach § 99 BetrVG mitbestimmungspflichtig, nicht nur, weil dies § 14 Abs. 3 AÜG ausdrücklich sagt, sondern auch, weil damit eine organisatorische Eingliederung des Leiharbeiters in den Entleiherbetrieb verbunden ist, mithin eine Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 BetrVG vorliegt⁷. Fragen in Zusammenhang mit der Lage der Arbeitszeit⁸ (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) werden allein vom Betriebsrat des Einsatzbetriebs zusammen mit dem Entleiher geregelt. Der Entleiherbetriebsrat ist ferner ebenso in den meisten Fällen des Mitbestimmungsstatbestands nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG - vorübergehende Verkürzung und Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit - zuständig⁹: Soll im Entleiherbetrieb die betriebsübliche Arbeitszeit verkürzt werden, berührt dies nicht die arbeitsvertragliche Abrede zwischen Leiharbeiter und Verleiher. Dasselbe gilt für eine vorübergehende Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit beim Entleiher, wenn die längeren Arbeitszeiten das Stundendeputat der Leiharbeiter nicht überschreiten. Ist dies der Fall, liegt hierin zwar ein Eingriff in den Arbeitsvertrag, so daß an sich der Verleiherbetriebsrat zuständig wäre¹⁰. Der Verleiher hat jedoch sein Direktionsrecht typischerweise auf den Entleiher übertragen, so daß der Entleiher die beteiligungspflichtige Maßnahme anordnet und damit das Mitbestimmungsrecht des Entleiherbetriebsrats eröffnet¹¹. Vergütungsfragen (§ 87 Abs. 1 Nr. 10) wiederum sind vertragsbezogen und lösen daher regelmäßig das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beim Verleiher aus. Demgegenüber unterfallen Regelungen zur Ordnung des Betriebs, technischer Überwachung und zum Arbeitsschutz (§ 87 Abs. 1 Nr. 1, 6 und 7 BetrVG) der Mitbestimmung des Entleiher-

⁴ BAG 19.6.2001 – 1 ABR 43/00 – AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Leiharbeiter = NZA 2001, 1263 (unter B II 2).

⁵ BAG 17.6.2008 – 1 ABR 39/07 – AP Nr. 34 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung = EzA § 99 BetrVG 2001 Eingruppierung Nr. 3 Rn. 17 ff.

⁶ BAG 19.6.2001 – 1 ABR 43/00 – AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Leiharbeiter = NZA 2001, 1263 (Leitsatz 1).

⁷ Ständige Rechtsprechung, aus jüngster Zeit etwa BAG 9. 3. 2011 – 7 ABR 137/09 – Rn. 22 ff.

⁸ Siehe zu Arbeitszeitfragen *Hamann*, AuR 2002, 322.

⁹ Vgl. *Rieble*, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, in *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Zukunft der Zeitarbeit, 6. ZAAR-Kongreß München am 8. 5.2009, ZAAR Schriftenreihe Bd. 15, S. 65, 86 Rn. 51.

¹⁰ Vgl. BAG 19.6.2001 – 1 ABR 43/00 – AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Leiharbeiter = NZA 2001, 1263 (unter B II 5).

¹¹ *Fitting*, BetrVG, 25. Aufl. 2010, § 87 Rn. 137; BAG 25.8.2004 – 1 AZB 41/03 – AP Nr. 41 zu § 23 BetrVG 1972 (unter II 2c, bb).

betriebsrats, weil nur der Entleiher entsprechende Maßnahmen anordnen kann. Hinsichtlich des Arbeitsschutzes folgt die Pflicht und Zuständigkeit des Entleihers aus § 11 Abs. 6 AÜG und § 12 Abs. 2 ArbSchG; damit ist, soweit Mitbestimmungsrechte bestehen, grundsätzlich der Entleiherbetriebsrat zuständig¹².

2. Abgrenzung: Kein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen

In der Literatur – vor allem der gewerkschaftsnahen – wird bisweilen die Auffassung vertreten, daß die Zusammenarbeit des Einsatzarbeitgebers mit dem externen Dienstleister einen gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen im Sinne von § 1 Abs. 2 BetrVG entstehen läßt¹³. Dem ist freilich nicht zu folgen¹⁴. Diese Auffassung entspricht auch nicht der Rechtsprechung des BAG. Das BAG hat stets betont, daß die unternehmerische Zusammenarbeit zwischen zwei Arbeitgebern nicht ausreicht, um einen gemeinsamen Betrieb zu konstituieren; stets hinzukommen müsse, daß die Arbeitgeberfunktionen institutionell einheitlich für die beteiligten Unternehmen wahrgenommen werden¹⁵. Hierfür kommt es darauf an, ob der Kern der Arbeitgeberfunktionen in den sozialen und personellen Angelegenheiten von derselben institutionalisierten Leitung ausgeübt und ein (vertrags-)arbeitgeberübergreifender Personaleinsatz während des normalen Betriebsablaufs praktiziert wird¹⁶. Im Fall der Personalgestellung im Wege der Arbeitnehmerüberlassung hat das BAG das Entstehen eines gemeinsamen Betriebs abgelehnt, weil das personalstellende Unternehmen nicht am Betriebszweck des Einsatzbetriebs mitwirkt und der Personaleinsatz somit nur von einem der beteiligten Unternehmen – dem Einsatzbetrieb selbst – gesteuert wird¹⁷. Bei der Arbeitnehmerüberlassung fehlt es also an dem Einsatz des Personals durch mehrere Unternehmensträger. Diese Erwägung trifft auf den Personaleinsatz mit Hilfe externer Dienstleistungserbringer nicht zu. Hier wird aber das Personal nicht gemeinsam durch einen einheitlichen Leitungsapparat gesteuert. Vielmehr verbleibt die Personalhoheit bei jedem der Vertragsarbeitgeber.

¹² Ausführlich und differenzierend *Julius*, Arbeitsschutz und Fremdfirmenbeschäftigung, 2004, S. 131 ff.

¹³ Siehe beispielsweise die Überlegungen von *Kreuder*, AuR 1993, 316, 324; in ähnlicher Richtung *Trümner*, in *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde* (Hrsg.), BetrVG, 12. Aufl. 2010, § 1 Rn. 78c f.

¹⁴ Ebenso im Ergebnis *Walle*, NZA 1999, 518, 519.

¹⁵ BAG 31.5.2000 – 7 ABR 78/98 - AP Nr. 12 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb (unter II 2c, bb); BAG 22.10.2003 – 7 ABR 18/03 - AP Nr. 21 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb (unter C I); BAG 11.2.2004 – 7 ABR 27/03 – AP Nr. 22 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb = EzA § 1 BetrVG 2001 Nr. 2 (unter B I 1); BAG 22.6.2005 – 7 ABR 57/04 – AP Nr. 23 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb = EzA § 1 BetrVG 2001 Nr. 4 (unter B II 1); BAG 13.8.2008 – 7 ABR 21/07 – NZA-RR 2009, 255 Rn. 23.

¹⁶ Vgl. nur *Fitting*, BetrVG, 25. Aufl. 2010, § 1 Rn. 82.

¹⁷ Siehe BAG 16.4.2008 – 7 ABR 4/07 – AP Nr. 32 zu § 1 BetrVG 1972 = EzA § 1 BetrVG 2001 Nr. 1 Rn. 24 f.; BAG 25.10.2000 – 7 AZR 487/99 – EzA § 10 AÜG Nr. 10 (unter I 1b, bb).

III. Analyse des Fallmaterials aus der Rechtsprechung

1. Rechtsprechung zur Beteiligung des Betriebsrats im Einsatzbetrieb

Es gibt nur wenig Rechtsprechung und Literatur zu dem uns beschäftigenden Problem¹⁸. Im Vordergrund der Betrachtung steht die Frage der betriebsverfassungsrechtlichen Einordnung der Leiharbeitnehmer, nicht aber der Fremdfirmenarbeitnehmer. Die meisten veröffentlichten Fälle aus der Instanzgerichtsbarkeit stammen aus den späten 1980er und frühen 1990er Jahren¹⁹.

a) Der Beschluß des Arbeitsgerichts Passau vom 8.5.1990

Anschaulich beleuchtet ein rechtskräftiger Beschluß des Arbeitsgerichts Passau vom 8.5.1990 die Thematik²⁰. Der Arbeitgeber stellte Wohnwagen her und beschäftigte damals 690 Arbeitnehmern. In den einzelnen Produktionsbereichen wurde im Normalschichtbetrieb (Montage), Zweischichtbetrieb (Leisten, Lackiererei) und im Dreischichtbetrieb (Seitenteil-, Dach- und Bodenfertigung) gearbeitet. Wegen Produktionsrückstands setzte der Arbeitgeber für den Bereich der Lackiererei und der Seitenteilfertigung ungarisches Personal im Wege eines Werkvertrags ein. Der Einsatz sollte auch an Samstagen und an Tagen erfolgen, an denen für die Belegschaft des Werks Freischichten vereinbart worden waren. Überdies sollte in der Lackiererei eine dritte Schicht gefahren werden. Der Betriebsrat war der Auffassung, daß die Maßnahme des Arbeitgeber seine Mitbestimmungsrechte aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG verletzte und beantragte die Unterlassung der Maßnahme.

Das Arbeitsgericht Passau hat ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 BetrVG erwogen, aber mit Recht einen Unterlassungsanspruch abgelehnt, weil die Verletzung von § 99 BetrVG einen solchen Anspruch nicht stützt²¹. Ein Verstoß gegen Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG lehnte die Kammer ab, weil der Betriebsrat Repräsentant der dem Betrieb des Arbeitgebers angehörenden Arbeitnehmer und daher nicht zur Vertretung der Interessen sämtlicher im Betrieb Beschäftigter berufen sei²². Die Entscheidung wurde in der Literatur kritisiert, weil es sich in Wahrheit um Leiharbeit und nicht um einen Fremdfirmeneinsatz auf der Basis eines Werkvertrags gehandelt habe²³. In der Tat ist bei dem geschilderten Sachverhalt die Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung offen. Das ArbG Passau hat allerdings Leiharbeit im vorliegenden Fall ausdrücklich ausgeschlossen, weil es sich bei den Werkverträgen um echte Subunternehmerverträge gehandelt habe, bei denen das

¹⁸ Aus der Literatur beispielsweise *Bauschke*, NZA 2000, 1201; *Dauner-Lieb*, NZA 1992, 817; *Hunold*, NZA 1998, 1025; *Jedzig*, DB 1989, 978; *Kreuder*, AuR 1993, 316; *Walle*, NZA 1999, 518.

¹⁹ Siehe beispielsweise die Nachweise bei *Jedzig*, DB 1989, 978 Fn. 1; aus neuerer Zeit siehe etwa ArbG Mainz 7.11.2003 – 2 BVGa 2003/03 – NZA-RR 2004, 201; ArbG Wiesbaden 23. 7. 1997 – 7 BV 3/07 – NZA-RR 1998, 165.

²⁰ ArbG Passau 8.5.1990 – 4 BV Ga 1/90 – BB 1990, 2335.

²¹ ArbG Passau 8.5.1990 – 4 BV Ga 1/90 – BB 1990, 2335, 2336; ebenso inzwischen das BAG 23.6.2009 – 1 ABR 23/08, AP Nr. 48 zu § 99 BetrVG 1972 Versetzung = NZA 2009, 1430 = NJW 2010, 172 = EzA § 99 BetrVG 2001 Nr. 13.

²² ArbG Passau 8.5.1990 – 4 BV Ga 1/90 – BB 1990, 2335, 2336.

²³ *Leisten*, BB 1992, 266, 268.

Weisungsrecht bei dem Auftragnehmer verblieben sei²⁴.

b) Der Beschluß des LAG Frankfurt vom 24.10.1989

Einen ähnlichen Fall hatte das LAG Frankfurt zu entscheiden²⁵. In diesem Fall betraute der Arbeitgeber ein auf Lagerarbeiten spezialisiertes Unternehmen, im Lagerbereich für den Arbeitgeber klar umrissene Aufgabenfelder im Rahmen eines „Sachbearbeitungsvertrags/Werkvertrags“ eigenverantwortlich zu bearbeiten. Die Arbeitnehmer dieses Unternehmens führten dann Lagerhaltungstätigkeiten im Einsatzbetrieb in einer gesonderten Spätschicht durch, die sich aber zeitlich mit der Gleizeit der normalschichtig arbeitenden Lagerarbeiter des Einsatzbetriebs um zwei Stunden überschneidet. Die Arbeiten der Fremdfirma waren zunächst auf Kommissionierungsarbeiten, d. h. den Warenausgang beschränkt, erfassten später aber auch Einlagerungstätigkeiten.

Das LAG Frankfurt gelangte allerdings zu einem anderen Ergebnis als das Arbeitsgericht Passau: Es bejahte ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats des Einsatzbetriebs nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, weil sich aus dem Fremdfirmeneinsatz Rückwirkungen auf die Lage der Arbeitszeit der eigenen Belegschaft ergeben hatten und daher eine Koordination des Arbeitseinsatzes beider Arbeitnehmergruppen notwendig war²⁶. Das LAG Frankfurt hat sich ferner von der Überlegung leiten lassen, daß die Fremdfirmenarbeitnehmer im konkreten Fall in den Einsatzbetrieb eingegliedert gewesen seien, weil sie denselben arbeitstechnischen Zweck verfolgt hatten wie die Stammarbeitnehmer, und daher auch eine Einstellung im Sinne von § 99 BetrVG bejaht²⁷. Diese Argumentation ist allerdings mit der seit 1991 verfolgten Rechtsprechungslinie des BAG zum Begriff der Einstellung nach § 99 BetrVG nicht mehr vollständig kompatibel und daher nicht mehr tragfähig. Ich werde darauf noch zurückkommen²⁸.

c) Fazit

Die Argumente, die genannt wurden, lassen sich kurz zusammenfassen: Gegen Mitbestimmungsrechte des im Einsatzbetrieb bestehenden Betriebsrats beim Einsatz von Fremdfirmenarbeitnehmern sprechen dessen fehlende Legitimation und fehlendes Verhandlungsmandat. Für das Bestehen von Beteiligungsrechten im Einsatzbetrieb wurde vorgebracht die Notwendigkeit der Koordinierung des Einsatzes, welche notwendigerweise Rückwirkungen habe auf die Arbeitnehmer des Einsatz-

²⁴ ArbG Passau 8.5.1990 – 4 BV Ga 1/90 – BB 1990, 2335, 2336.

²⁵ LAG Frankfurt a. M. 24.10.1989 – 5 TaBV Ga 155/89 – LAGE § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 17 = DB 1990, 2126.

²⁶ LAG Frankfurt 24.10.1989 – 5 TaBV Ga 155/89 – LAGE § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 17, S. 3 = DB 1990, 2126; ähnlich LAG Baden-Württemberg 11. 5. 1988 – 9 Ta BV 2/88 – AiB 1988, 314; LAG Frankfurt 19.4.1988 – 5 TaBV GA 52/88 – AiB 1988, 313: Gedanke der Umgehung des Mitbestimmungsrechts; tendenziell zustimmend *Wiese*, in Gemeinschaftskomentar zum BetrVG, 9. Aufl. 2010, § 87 Rn. 291.

²⁷ LAG Frankfurt a. M. 24.10.1989 – 5 TaBV Ga 155/89 – LAGE § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 17, S. 3 = DB 1990, 2126.

²⁸ Siehe unten IV 1.

betriebs. Außerdem werden Schutzlücken befürchtet, wenn eine betriebsverfassungsrechtliche Beteiligung des Einsatzbetriebsrats unterbleibe²⁹.

2. Rechtsprechung zur Beteiligung des Betriebsrats im Dienstleistungsbetrieb

Man kann die vorliegende Problematik auch von der anderen Seite aus betrachten und sich fragen, inwieweit dem Betriebsrat des Dienstleistungsbetriebs in solchen Fällen Mitbestimmungsrechte zustehen. Ist das der Fall, werden die Interessen der Fremdfirmenarbeitnehmer dort – im Betrieb ihres Vertragsarbeitgebers – geschützt, so daß sich Schutzlücken an sich nicht auftun dürften. Ein Argument für die Beteiligung des Betriebsrats im Einsatzbetrieb entfiel.

In diesem Zusammenhang hat der Erste Senat des BAG am 27.1.2004 einen vielbeachteten Beschluß gefaßt³⁰. Der Arbeitgeber mußte aufgrund eines mit seinem Kunden (= Einsatzbetrieb) geschlossenen Werkvertrags einen 24-Stunden-Service für Störfälle von Kommunikationsanlagen sicherstellen. Im Einsatzbetrieb gab es ein biometrisches Zugangskontrollsystem mit Hilfe von sogenannten Personenver Einzelungsanlagen (Personalschleusen). Alle zugangsberechtigten Personen dieses Betriebs mußten zur Identifizierung ihre Fingerabdrücke hinterlegt haben. Mit diesen wurden die Fingerabdrücke der Zugang begehrenden Personen verglichen. Falls die Identifizierung erfolgt war, öffnete sich die Innentüre der Schleuse. Das Verlassen des Gebäudes erfolgt in gleicher Weise. Diese Prozedur wurde auch von den Mitarbeitern des Arbeitgebers – hier des externen Dienstleisters – verlangt.

Der bei dem externen Dienstleister bestehende Betriebsrat war der Auffassung, daß ihm wegen des Zugangs von Arbeitnehmern zu diesem Kundenbetrieb Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG zustehen. Das ist unproblematisch der Fall, wenn dieses Zugangskontrollsystem vom Arbeitgeber selbst, also dem Dienstleistungsunternehmen, herrührt. Das BAG hat allerdings die geltend gemachten Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats auch bejaht, wenn der Kunde des Arbeitgebers ein solches Zugangskontrollsystem vorhält und dessen Benutzung auch von Arbeitnehmern des Dienstleisters verlangt. Das BAG hat dies damit gerechtfertigt, daß der Betriebsbegriff funktional und nicht räumlich zu verstehen sei³¹. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG werde nicht dadurch ausgeschlossen, daß sich die Arbeitnehmer zur Verrichtung ihrer arbeitsvertraglichen Tätigkeit auf Anweisung des Arbeitgebers in den Betrieb eines anderen Arbeitgebers begäben. Denn die Arbeitnehmer unterliegen – nach richtiger Auffassung des Senats – auch bei der Arbeit im fremden Betrieb weiterhin den Weisungen ihres Vertragsarbeitgebers. Daher habe der von ihnen gewählte und sie repräsentierende Betriebsrat auch dann nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitzubestimmen, wenn die Weisungen das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer in einem

²⁹ Vgl. *Kreuder*, AuR 1993, 316, 322 f.; *Leisten*, BB 1992, 266, 269.

³⁰ BAG 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556.

³¹ BAG 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556, 557.

anderen Betriebs betreffen. Anderenfalls entstünde eine mit dem Schutzzweck des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht zu vereinbarende Lücke, weil der Betriebsrat des Kundenbetriebs für die Arbeitnehmer des externen Dienstleistungsunternehmens nicht zuständig sein könne³². Wörtlich führt der Erste Senat an dieser Stelle aus: „Ein im Kundenbetrieb“ – in unserer Terminologie Einsatzbetrieb – „errichteter Betriebsrat kann die Interessen der auf Grund von Werkverträgen dort tätigen Arbeitnehmer regelmäßig nicht wahrnehmen. Er besitzt dort für diese Arbeitnehmer weder ein Mandat noch kann er mit deren Vertragsarbeitgeber verhandeln. Diese haben im Übrigen auch keine rechtliche Möglichkeit, die Errichtung eines im Kundenbetrieb (Einsatzbetrieb) fehlenden Betriebsrats herbeizuführen“³³.

Der Erste Senat rechnet also die Maßnahme des Einsatzbetriebs – hier das Zugangskontrollsystem – dem externen Dienstleister zu. Dieser macht sich die jeweilige Anordnung im Einsatzbetrieb zu eigen und erteilt seinen eigenen Arbeitnehmern Weisungen hinsichtlich deren Ordnungsverhalten im Einsatzbetrieb. Der Einsatzbetrieb verfügt nach Auffassung des BAG überdies nicht über vertragliche Rechte, den in seinem Betrieb eingesetzten fremden Arbeitnehmern Weisungen hinsichtlich deren Ordnungsverhalten zu geben³⁴. Dies kann nur der Vertragsarbeitgeber.

3. Folgerungen

Die Ausführungen des BAG in seiner „Zugangskontrollentscheidung“ vom 27.1.2004 zeigen folgendes: Der Betriebsrat des Einsatzbetriebs ist für die Repräsentation von Arbeitnehmern des externen Dienstleisters nicht legitimiert und hat gegenüber deren Vertragsarbeitgeber kein Verhandlungsmandat. Diese Argumentation begegnete uns schon in dem Beschluß des ArbG Passau aus dem Jahr 1990³⁵.

Was bleibt nun noch von der Argumentation, wie sie beispielsweise in dem geschilderten Fall des LAG Frankfurt verwendet wurde? Das LAG hatte die Mitbestimmung des Betriebsrats des Einsatzbetriebs hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit mit dem Argument bejaht, daß der Einsatz der fremden Arbeitnehmer Rückwirkungen auf die Arbeitszeit der Stammbeslegschaft hätten. Das mag zutreffen, kann aber vor dem Hintergrund der aufgezeigten Legitimationsproblematik kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats im Einsatzbetrieb für Maßnahmen gegenüber den fremden Arbeitnehmern des Dienstleisters begründen. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats des Einsatzbetriebs mag dann bestehen, aber nur hinsichtlich der Maßnahmen des Arbeitgebers des Einsatzbetriebs gegenüber den eigenen Arbeitnehmern.

Leitlinie für die Abgrenzung der Zuständigkeiten ist mithin folgende Frage: Welcher Arbeitgeber verantwortet gegenüber den im Einsatzbetrieb tätigen Fremdfirmen-

³² BAG 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556, 558.

³³ BAG 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556, 558.

³⁴ BAG 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556, 558.

³⁵ ArbG Passau 8.5.1990 – 4 BV Ga 1/90 – BB 1990, 2335; siehe oben III 1.

arbeitnehmern die konkrete Maßnahme, die das Beteiligungsrecht des Betriebsrats auslöst? Bei diesem Arbeitgeber findet dann die Beteiligung des Betriebsrats – sofern vorhanden – statt. Diese Leitlinie fügt sich auch in die vorstehend skizzierte betriebsverfassungsrechtliche Situation bei Leiharbeitnehmer³⁶. Dies soll nun für die einzelnen Stadien der Aufnahme, Durchführung und Beendigung einer Dienstleistung im Einsatzbetrieb durchdekliniert werden.

IV. Aufnahme der Dienstleistung

1. Einstellung nach § 99 Abs. 1 BetrVG

Die Aufnahme der Tätigkeit von Arbeitnehmern eines Dienstleistungsunternehmens zur Durchführung eines Werk- oder Dienstvertrags im Einsatzbetrieb kann aus Sicht des Einsatzbetriebs eine Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 BetrVG darstellen. In diesem Sinne konnte manche Entscheidung des BAG insbesondere aus den späten 1980er und frühen 1990er Jahren gedeutet werden³⁷. Danach liege eine Einstellung im Sinne des § 99 Abs. 1 BetrVG vor, wenn Personen in den Betrieb eingegliedert werden, um zusammen mit den im Betrieb bereits beschäftigten Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck des (Einsatz-)Betriebs durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen. Dabei genüge es, wenn die Tätigkeit ihrer Art nach weisungsgebunden sei; ob und gegebenenfalls von wem tatsächlich Weisungen gegeben werden, sei unerheblich³⁸. Ferner komme es nicht darauf an, ob die betreffenden Personen in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen. Diese Aussagen haben Instanzgerichte veranlaßt, eine Einstellung auch dann anzunehmen, wenn Personen aufgrund eines Werkvertrags zwischen dem (Einsatz-)Arbeitgeber und einem Dritten im Einsatzbetrieb tätig werden³⁹. Beispielhaft habe ich den Beschluß des LAG Frankfurt vom 24. 10. 1989 geschildert⁴⁰.

Inzwischen hat das BAG klargestellt, daß dies nicht richtig ist. Es kommt vielmehr auf die tatsächliche Ausgestaltung der Tätigkeit der Fremdfirmenarbeitnehmer und deren Einbindung in die betriebliche Organisation des Einsatzarbeitgebers an⁴¹. Eine Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 BetrVG kommt für solche Fremdfirmenarbeitnehmer nur in Betracht, wenn diese so in die Arbeitsorganisation des Einsatzbetriebs

³⁶ Siehe oben II 1.

³⁷ Zur Rechtsentwicklung siehe *Raab*, in Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 9. Aufl. 2010, § 99 Rn. 31.

³⁸ In dieser Richtung BAG 18.4.1989 – 1 ABR 97/87 – AP Nr. 65 zu § 99 BetrVG 1972 (unter II 3); BAG 1.8.1989 – 1 ABR 54/88 – AP Nr. 68 zu § 99 BetrVG 1972 (unter B II 2); BAG 3.7.1990 – 1 ABR 36/89 – AP Nr. 81 zu § 99 BetrVG 1972 (unter III 1).

³⁹ Vgl. *Raab*, in Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 9. Aufl. 2010, § 99 Rn. 31.

⁴⁰ LAG Frankfurt a. M. 24.10.1989 – 5 TaBV Ga 155/89 – LAGE § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 17 = DB 1990, 2126; siehe oben III 1.

⁴¹ Siehe zum Ganzen auch *Raab*, in Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 9. Aufl. 2010, § 99 Rn. 32; der Rechtsprechung zustimmend *Richardi/Thüsing*, BetrVG, 12. Aufl. 2010, § 99 Rn. 54 ff.; *Löwisch/Kaiser*, BetrVG, 6. Aufl. 2010, § 99 Rn. 18; kritisch *Fitting*, BetrVG, 25. Aufl. 2010, § 99 Rn. 63 ff.; *Bachner*, in *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde* (Hrsg.), BetrVG, 12. Aufl. 2010, § 99 Rn. 59 f.

eingegliedert sind, daß der Inhaber dieses Betriebs die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über den Arbeitseinsatz dieser Personen, insbesondere hinsichtlich Zeit und Ort, treffen und damit die Personalhoheit ausüben kann⁴². In diesem Fall handelte es sich freilich bereits um Arbeitnehmerüberlassung und nicht mehr um Fremdpersonaleinsatz aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags. Das BAG hat ferner betont, daß es für eine Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 BetrVG nicht ausreicht, wenn die zu erbringende Dienst- oder Werkleistung hinsichtlich Art, Umfang, Güte, Zeit und Ort in den betrieblichen Arbeitsprozeß eingegliedert ist⁴³. Ebenso wenig genügt die detaillierte Beschreibung der dem Auftragnehmer übertragenen Tätigkeit in dem zugrundeliegenden Vertrag⁴⁴, die enge räumliche Zusammenarbeit im Betrieb, die Unentbehrlichkeit einer von der Fremdfirma erbrachten Hilfsfunktion für den Betriebsablauf und die Einweisung und Koordination des Fremdfirmeneinsatzes durch Mitarbeiter des Inhabers des Einsatzbetriebs⁴⁵ sowie umgekehrt die Ausübung arbeitgebertypischer Weisungsrechte durch das Fremdfirmenpersonal gegenüber Arbeitnehmern des Einsatzbetriebs⁴⁶. Ferner reicht es nicht aus, daß die Arbeiten bislang von Arbeitnehmern des Einsatzbetriebs ausgeführt wurden⁴⁷, daß es sich um Daueraufgaben des Betriebs handelte⁴⁸ und daß die Tätigkeit zu anderen Zeiten von Arbeitnehmern des Einsatzbetriebs ausgeführt wurde⁴⁹.

Nach dieser Rechtsprechung setzt eine Einstellung in solchen Konstellationen voraus, daß der Inhaber des Einsatzbetriebs die volle Personalhoheit über die Fremdfirmenmitarbeiter erhält. Das ist aber nur dann der Fall, wenn Leiharbeiter im Einsatzbetrieb beschäftigt werden, nicht aber, wenn der Personaleinsatz im Wege der Erfüllung eines Werk- oder Dienstvertrags durch den Dienstleistungsbetrieb erfolgt und von diesem gesteuert wird. Die Abgrenzungskriterien sind im Rahmen von § 99 BetrVG also dieselben wie auch sonst⁵⁰.

2. Beteiligungsrechte nach § 111 BetrVG

⁴² BAG 5.3.1991 – 1 ABR 39/90 – AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 99 (unter B II 5); BAG 9.7.1991 – 1 ABR 45/90 – AP Nr. 94 zu § 99 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 102 (unter I 1c); BAG 1.12.1992 – 1 ABR 30/92 – EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 110.

⁴³ BAG 5.3.1991 – 1 ABR 39/90 – AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 99 (unter B II 5).

⁴⁴ BAG 5.3.1991 – 1 ABR 39/90 – AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 99 (unter B II 4); BAG 5.5.1992 – 1 ABR 78/91 – AP Nr. 97 zu § 99 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 105 (unter B II 3b); BAG 1.12.1992 – 1 ABR 30/92 – EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 110 (unter B II 2a).

⁴⁵ BAG 9.7.1991 – 1 ABR 45/90 – AP Nr. 94 zu § 99 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 102 (unter I 2b); BAG 18.10.1994 – 1 ABR 9/94 – AP Nr. 5 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung (unter B II 2).

⁴⁶ BAG 13.3.2001 – 1 ABR 34/00 – AP Nr. 34 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung = EzA § 99 BetrVG 1972 Einstellung Nr. 8 (unter B II 2b); BAG 13.12.2005 – 1 ABR 51/04 – AP Nr. 50 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung = EzA § 99 BetrVG 2001 Einstellung Nr. 4 (unter B I 1 Rn. 12).

⁴⁷ BAG 9.7.1991 – 1 ABR 45/90 – AP Nr. 94 zu § 99 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 102 (unter I 1c); BAG 5.5.1992 – 1 ABR 78/92 – AP Nr. 97 zu § 99 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 105 (unter II 3).

⁴⁸ BAG 5.5.1992 – 1 ABR 78/92 – AP Nr. 97 zu § 99 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 105 (unter II 1).

⁴⁹ BAG 28.11.1989 – AP Nr. 5 zu § 14 AÜG = EzA § 14 AÜG Nr. 2.

⁵⁰ Ebenso die übereinstimmende Bewertung von *Richardi/Thüsing*, BetrVG, 12. Aufl. 2010, § 99 Rn. 55 f.; *Bachner*, in *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde* (Hrsg.), BetrVG, 12. Aufl. 2010, § 99 Rn. 60.

Mit der Aufnahme der Tätigkeit eines externen Dienstleisters kann im Einzelfall ein Abbau der Beschäftigung im Einsatzbetrieb verbunden sein. Dies löst das Beteiligungsrecht des dort bestehenden Betriebsrats nach §§ 111 BetrVG aus, wenn der Umfang einer Betriebsänderung erreicht wird. Die entsprechende Maßnahme – der Personalabbau im Einsatzbetrieb – verantwortet dann allein der Arbeitgeber des Einsatzbetriebs. Die gerade skizzierte Rechtsprechung des BAG zu § 99 BetrVG hat diesen Zusammenhang mit Recht erkannt: Die Entscheidung des Arbeitgebers, bestimmte Arbeiten nicht mehr selbst, sondern durch externe Unternehmen ausführen zu lassen, stellt eine unternehmerische Entscheidung dar, für welche eine Beteiligung des Betriebsrats allenfalls nach §§ 111 ff. BetrVG in Frage kommt. Eine mitbestimmungsfreie Betriebsänderung kann aber – wie das BAG mit Recht betont – nicht über § 99 BetrVG der Mitbestimmung des Betriebsrats unterworfen werden⁵¹.

3. Unterrichtsrecht nach § 80 Abs. 2 BetrVG

Der Betriebsrat des Einsatzbetriebs hat nach der Rechtsprechung des BAG ein Auskunftsrecht über den Einsatz von Fremdfirmenpersonal im Einsatzbetrieb⁵². Dies ergibt sich aus § 80 Abs. 2 BetrVG und schließt die Vorlage der mit dem Fremdunternehmen abgeschlossenen Werk- und Dienstverträge ein. Das BAG begründet dies zu Recht damit, daß der Betriebsrat aus eigener Anschauung beurteilen können muß, ob sich für ihn Aufgaben nach dem BetrVG – etwa nach § 80 Abs. 1 BetrVG – ergeben können. Dies kann der Fall sein, wenn es sich bei den Fremdfirmenarbeitnehmern in Wahrheit um Leiharbeitnehmer handelt. Dies würde den Mitbestimmungstatbestand des § 99 Abs. 1 BetrVG eröffnen. Außerdem hat der Betriebsrat die Aufgabe, darüber zu wachen, daß die für Leiharbeitnehmer geltenden Rechtsvorschriften im Entleiherbetrieb eingehalten werden⁵³. Der Gesetzgeber hat sich diese Auffassung im Betriebsverfassungs-Reformgesetz 2001 zu eigen gemacht und durch Einfügung des 2. Halbsatzes in § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG klargestellt, daß sich die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers auch auf Personen erstreckt, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen⁵⁴.

Diese Rechtsprechung liegt durchaus auf der Abgrenzungslinie, die hier entwickelt wurde. Es geht um die Frage: Welcher Arbeitgeber verantwortet die konkrete, das Beteiligungsrecht des Betriebsrats auslösende Maßnahme gegenüber den Fremdfirmenarbeitnehmern? Die Maßnahme, um die es insoweit geht, ist der Einsatz der Fremdfirmenarbeitnehmer im Einsatzbetrieb als solcher. Diese Maßnahme verantwortet der Arbeitgeber des Einsatzbetriebs. Soweit dieser Umstand Beteiligungsrechte des Betriebsrats auslöst, ist der Betriebsrat des Einsatzbetriebs

⁵¹ BAG 5.3.1991 – 1 ABR 39/90 – AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 99 (unter B II 5b); BAG 9.7.1991 – 1 ABR 45/90 – AP Nr. 94 zu § 99 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 102 (unter I 1c); BAG 18.10.1994 – 1 ABR 9/94 – AP Nr. 5 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung (unter B I 2).

⁵² BAG 31.1.1989 – 1 ABR 72/87 – NZA 1989, 932.

⁵³ BAG 31.1.1989 – 1 ABR 72/87 – NZA 1989, 932.

⁵⁴ Näher siehe *Weber*, in Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 9. Aufl. 2010, § 80 Rn. 60.

zuständig. Dies ist nicht der Fall bei § 99 BetrVG, weil eine Einstellung nicht vorliegt, wohl aber bei der vorgelagerten Frage, ob überhaupt Aufgaben des Betriebsrats des Einsatzbetriebs begründet werden können.

4. Sonstige Beteiligungsrechte

Die Aufnahme der Dienstleistung durch einen externen Dienstleister und die damit verbundene Übernahme von Aufgaben durch Mitarbeiter von Fremdfirmen berührt ferner die Personalplanung des Einsatzbetriebs. Dem dort vorhandenen Betriebsrat stehen daher insoweit Informations- und Beratungsrechte nach § 92 Abs. 1 und 2 BetrVG zu⁵⁵. Ferner kommt je nach Umfang des Fremdfirmeneinsatzes die Unterrichtung des Wirtschaftsausschusses nach § 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG in Betracht⁵⁶.

V. Durchführung der Dienstleistung

1. Verhaltenssteuernde Maßnahmen (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG)

Hinsichtlich der Durchführung der Dienstleistung kommen verschiedene Maßnahmen des Einsatzarbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmern des Dienstleisters in Betracht. Diese können beispielsweise das Ordnungsverhalten des Fremdfirmenpersonals im Betrieb betreffen. Nach dem tragenden Grund der vorstehend skizzierten „Zugangskontrollentscheidung“ des BAG vom 27.1.2004⁵⁷ wird eine solche Maßnahme allerdings regelmäßig dem Vertragsarbeitgeber, also dem externen Dienstleister, zugerechnet. Dieser macht sich mit seiner eigenen Anweisung an seine Arbeitnehmer, die Vorgaben des Einsatzbetriebs zu beachten, diese zu eigen und verantwortet sie gegenüber seinen Mitarbeitern. Damit ist nicht der Betriebsrat des Einsatzbetriebs, sondern derjenige des externen Dienstleisters zuständig. Dasselbe muß für den Einsatz technischer Überwachungseinrichtungen im Beschäftigungsbetrieb gelten. Soweit Fremdfirmenpersonal solchen Einrichtungen ausgesetzt ist, wird deren Anwendung dem Vertragsarbeitgeber zugerechnet und eröffnet dort gegebenenfalls ein Mitbestimmungsrecht.

2. Arbeitszeitregulierungen (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG)

Hinsichtlich der Arbeitszeit der Fremdfirmenarbeitnehmer gilt folgendes: Mitbestimmungspflichtige Maßnahmen, welche die Lage der Arbeitszeit oder vorübergehende Änderungen der Arbeitszeit der Fremdfirmenarbeitnehmer betreffen, verantwortet deren Vertragsarbeitgeber, und nicht der Einsatzarbeitgeber. Daher ist

⁵⁵ Ebenso *Walle*, NZA 1999, 518, 520.

⁵⁶ Ebenso *Walle*, NZA 1999, 518, 520.

⁵⁷ Siehe oben III 2; BAG 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556.

der Betriebsrat im Einsatzbetrieb nicht zuständig. Von diesem Grundsatz haben Instanzgerichte und auch die Literatur Ausnahmen gemacht, wenn sich der Einsatz der Fremdfirmenarbeitnehmer auf die Arbeitszeit der Stammebelegschaft auswirken kann – etwa bei einem Koordinationsbedarf beider Gruppen⁵⁸. Aber selbst unter dieser Voraussetzung stellt sich die Frage, welches Unternehmen die an sich beteiligungspflichtige Maßnahme gegenüber den Fremdfirmenarbeitnehmern trifft. Dies kann nur der Vertragsarbeitgeber sein. Bewirken die Zeitvorgaben des Einsatzarbeitgebers, daß die Lage oder die Dauer der Arbeitszeit der Fremdfirmenarbeitnehmer sich ändern muß (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG), dann macht sich in rechtlicher Hinsicht der Vertragsarbeitgeber diese Vorgabe zu eigen. Er setzt sie durch eine entsprechende Weisung gegenüber seinen Arbeitnehmern um und löst hierdurch das betriebsverfassungsrechtliche Beteiligungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 bzw. 3 BetrVG aus. Führt der Koordinationsbedarf im Hinblick auf die Arbeitszeit zusätzlich oder ausschließlich zu arbeitszeitregulierenden Maßnahmen gegenüber der Stammebelegschaft, ist hierfür selbstverständlich der Einsatzarbeitgeber verantwortlich. Insoweit sind dann Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats beim Einsatzarbeitgeber eröffnet, aber nur bezogen auf die Stammebelegschaft.

3. Maßnahmen im Bereich des Arbeitsschutzes

Besonderer Beachtung bedürfen betriebsverfassungsrechtliche Beteiligungsrechte im Bereich des Arbeitsschutzes. Die Fremdfirmenarbeitnehmer erbringen ihre Arbeitsleistung im Einsatzbetrieb und sind daher den dort obwaltenden Gefährdungen ausgesetzt. Zahlreiche arbeitsschutzrechtliche Vorschriften begründen Pflichten des Inhabers des Einsatzbetriebs, wenn betriebsfremde Arbeitskräfte im Betrieb tätig werden - beispielsweise § 8 ArbSchG, § 3 Baustellenverordnung oder § 15 Gefahrstoffverordnung. Im folgenden soll die Problematik anhand von § 8 ArbSchG dargestellt werden.

a) Das Verhältnis von § 8 Abs. 1 und 2 ArbSchG

§ 8 Abs. 1 ArbSchG erfaßt den Fall, daß mehrere Beschäftigte verschiedener Arbeitgeber an einem Arbeitsplatz tätig sind, und § 8 Abs. 2 ArbSchG behandelt die Konstellation, daß Beschäftigte anderer Arbeitgeber im Betrieb des Arbeitgebers tätig sind. Ein Teil der Literatur schließt daraus im Wege des Umkehrschlusses, daß sich § 8 Abs. 1 ArbSchG auf Arbeitsstätten außerhalb des eigentlichen Betriebs bezieht, etwa Bau- und Montagestellen⁵⁹. Demgegenüber soll die hier interessierende Fremdfirmenbeschäftigung ausschließlich von § 8 Abs. 2 ArbSchG erfaßt werden⁶⁰.

Diese Auffassung überzeugt nicht. Dem Wortlaut des § 8 ArbSchG ist eine derartige Abgrenzung nicht zu entnehmen. Gegen einen solchen Umkehrschluß spricht die

⁵⁸ Siehe *Wiese*, in Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 9. Aufl. 2010, § 87 Rn. 291, 376.

⁵⁹ Siehe nur *Leube*, BB 2000, 302; *Wank*, Kommentar zum technischen Arbeitsschutz, 1999, § 8 Rn. 1.

⁶⁰ *Schack/Schack*, in *Kollmer/Klindt*, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, § 8 Rn. 1.

Begründung des Regierungsentwurfs. Dort wird die in § 8 Abs. 2 ArbSchG normierte Pflicht des Einsatzarbeitgebers als zusätzliche, über § 8 Abs. 1 ArbSchG hinausreichende Pflicht angesehen⁶¹. Dafür lassen sich ferner die unionsrechtlichen Vorgaben der Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie 89/391/EWG ins Feld führen: Die Zusammenarbeitspflicht des § 8 Abs. 1 ArbSchG beruht auf Art. 6 Abs. 4 RL 89/391/EWG, während die Vergewisserungspflicht des § 8 Abs. 2 ArbSchG in Art. 12 Abs. 2 RL 89/391/EWG normiert ist. Der Richtlinie 89/391/EWG lassen sich überhaupt keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, daß die beiden Vorschriften nicht nebeneinander zur Anwendung kommen sollen. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß die Tatbestandsvoraussetzungen beider Bestimmungen durchaus voneinander abweichen: Während § 8 Abs. 1 ArbSchG voraussetzt, daß die Arbeitnehmer der verschiedenen Arbeitgeber an einem Arbeitsplatz tätig sind, genügt für § 8 Abs. 2 ArbSchG das Tätigwerden im selben Betrieb. Die Zusammenarbeitspflicht des § 8 Abs. 1 ArbSchG gilt nach alledem sowohl für außer- und auch für innerbetriebliche Arbeitsplätze und damit ebenso für den Fall des Einsatzes von Fremdfirmenpersonal im Betrieb des Auftraggebers⁶².

b) Die Zusammenarbeit von Einsatzbetrieb und Dienstleistungsbetrieb im Rahmen von § 8 Abs. 1 ArbSchG

§ 8 Abs. 1 ArbSchG verpflichtet also die beteiligten Arbeitgeber, bei der Durchführung der Sicherheits- und Gesundheitsschutzbestimmungen zusammenzuarbeiten, soweit Beschäftigte mehrerer Arbeitgeber „an einem Arbeitsplatz“ tätig werden. Damit wird eine solche Zusammenarbeitspflicht nicht in jedem Fall des Fremdfirmeneinsatzes begründet, sondern nur dann, wenn die Arbeitnehmer am selben Arbeitsplatz tätig sind. Der Begriff des Arbeitsplatzes im arbeitsschutzrechtlichen Sinn wird weit ausgelegt⁶³. Darunter versteht man die räumliche Umgebung im Sinne eines gemeinsamen Gefahren- und Wirkbereichs, in dem Beschäftigte mehrerer Arbeitgeber zeitgleich oder zeitlich versetzt tätig werden; nicht erforderlich ist, daß die Beschäftigten arbeitsteilig zusammenwirken⁶⁴.

In der Sache umfaßt die Zusammenarbeitspflicht die gegenseitige Information über die mit den Arbeiten verbundenen Gefahren und gegebenenfalls auch die Abstimmung der Maßnahmen zur Verhütung solcher Gefahren. Falls aufgrund dieser Abstimmung Regelungen über die Sicherstellung des Arbeitsschutzes getroffen werden, ist der Betriebsrat des Einsatzbetriebes wie auch der Betriebsrat des externen Dienstleistungsunternehmens zu beteiligen⁶⁵. Zu denken ist beispielsweise daran, daß

⁶¹ Siehe BT-Drucksache 13/3540, S. 17 r. Sp.: „In Absatz 2 ist die in Art. 12 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie enthaltene weitere Pflicht aufgenommen, daß sich der Arbeitgeber vergewissern muß ...“; ebenso die Bewertung von *Julius*, Arbeitsschutz und Fremdfirmenbeschäftigung, 2004, S. 160, 122 ff.

⁶² Ebenso *Julius*, Arbeitsschutz und Fremdfirmenbeschäftigung, 2004, S. 160; *Pieper*, Arbeitsschutzrecht, 4. Aufl. 2009, § 8 ArbSchG Rn. 4; *Wlotzke*, in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2000, § 210 Rn. 41; wohl auch *Kohte*, in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 292 Rn. 42.

⁶³ *Schack/Schack*, in *Kollmer/Klindt*, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, § 8 Rn. 11.

⁶⁴ Siehe *Julius*, Arbeitsschutz und Fremdfirmenbeschäftigung, 2004, S. 160 mit weiteren Nachweisen.

⁶⁵ Ebenso *Wiese*, in Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 9. Aufl. 2010, § 87 Rn. 610; *Wank*, Kommentar zum

aufgrund der Tätigkeit der Arbeitnehmer an einem Arbeitsplatz eine Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG und Unterweisung nach § 12 ArbSchG notwendig wird. Bei deren betrieblicher Ausgestaltung ist nach der Rechtsprechung des BAG der Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG eröffnet⁶⁶. Ferner kommt das allgemeine Überwachungsrecht des Betriebsrats bei der Durchführung der arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG sowie § 89 BetrVG in Betracht⁶⁷.

technischen Arbeitsschutz, 1999, § 8 Rn. 6; *Hecht*, in *Kollmer/Klindt*, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, Syst B Rn. 41.

⁶⁶ Siehe dazu BAG 11.1.2011 – 1 ABR 104/09 – NZA 2011, 651 = DB 2011, 1111; BAG 8.6.2004 – 1 ABR 13/03 – SAE 2005, 221 mit Anm. *Wank*; BAG 8.6.2004 – 1 ABR 4/03 – SAE 2005, 282 mit Anm. *Schöne*.

⁶⁷ Siehe dazu im einzelnen *Julius*, Arbeitsschutz und Fremdfirmenbeschäftigung, 2004, S. 175 ff.

c) Die Vergewisserungspflicht des § 8 Abs. 2 ArbSchG

Nach § 8 Abs. 2 ArbSchG muß sich der Arbeitgeber – das heißt der Einsatzarbeitgeber – vergewissern, daß die Beschäftigten anderer Betriebe, die in seinem Betrieb tätig werden, hinsichtlich der Gefahren für ihre Sicherheit und Gesundheit während ihrer Tätigkeit in seinem Betrieb angemessene Anweisungen erhalten haben. Das Gesetz geht also davon aus, daß der Vertragsarbeitgeber die „angemessenen Anweisungen“ vornimmt. Dieser bleibt arbeitsschutzrechtlich gegenüber seinen Arbeitnehmern umfassend in der Pflicht; auf seine Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG und Unterweisung nach § 12 ArbSchG kommt es an⁶⁸. Gegebenenfalls besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats im Betrieb des externen Dienstleisters⁶⁹. Den Inhaber des Einsatzbetriebs trifft insoweit nur eine Pflicht, sich zu vergewissern, ob der externe Dienstleister angemessene Anweisungen erteilt hat. Die herrschende Auffassung lehnt hinsichtlich dieser „Vergewisserungspflicht“ ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats vielfach ohne Begründung ab⁷⁰. Richtigerweise wird man darauf abstellen müssen, daß die in § 8 Abs. 2 ArbSchG normierte Vergewisserungspflicht des Einsatzarbeitgebers dem Schutz der Fremdfirmenbeschäftigten dient, für welche der Betriebsrat des Einsatzarbeitgebers keine Legitimation und kein Mandat hat.

Noch ein Wort zur arbeitsschutzrechtlichen Behandlung der Arbeitnehmerüberlassung⁷¹: Weitergehend verpflichtet § 11 Abs. 6 AÜG den Entleiher gegenüber den Leiharbeitnehmern vollständig zur Beachtung des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrechts. Außerdem muß der Einsatzarbeitgeber/Entleiher nach § 12 Abs. 2 ArbSchG die arbeitsschutzrechtliche Unterweisung gegenüber den von ihm entliehenen Arbeitnehmern vornehmen.

4. Informationsrechte des Betriebsrats des Einsatzbetriebs (§ 80 Abs. 2 BetrVG)

Informationsrechte des Betriebsrats des Einsatzbetriebs können bei der Durchführung des Fremdpersonaleinsatzes in vielfältiger Weise entstehen. Grundlage ist wiederum das allgemeine Informationsrecht nach § 80 Abs. 2 BetrVG. So hat das BAG in einem Beschluß aus dem Jahr 1989 das Recht des Betriebsrats des Einsatzbetriebs anerkannt, die Vorlage von Kontrolllisten zu verlangen, aus denen sich die Einsatztage und Einsatzzeiten der einzelnen Arbeitnehmer der Fremdfirmen ergeben⁷². Der Erste Senat hat dies damit begründet, daß dem Betriebsrat die Wahrnehmung seiner

⁶⁸ Vgl. *Wank*, Kommentar zum technischen Arbeitsschutz, 1999, § 8 Rn. 5; *Schack/Schack*, in *Kollmer/Klindt*, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, § 8 Rn. 27.

⁶⁹ Vgl. etwa beispielsweise BAG 16.6.1998 – 1 ABR 68/97 – BAGE 89, 139.

⁷⁰ Vgl. *Hecht*, in *Kollmer/Klindt*, ArbSchG, 2. Aufl. 2011, Syst. B Rn. 41; *Wiese*, in *Gemeinschaftskommentar zum BetrVG*, 9. Aufl. 2010, § 87 Rn. 610; *Wank*, Kommentar zum technischen Arbeitsschutz, § 8 Rn. 6; *Merten/Klein*, DB 1998, 673, 676; a. M.: *Julius*, Arbeitsschutz und Fremdfirmenbeschäftigung, 2004, S. 177; *Leube*, BB, 2000, 302, 303; *Klebe*, in *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde* (Hrsg.), BetrVG, 12. Aufl. 2010, § 87 Rn. 188b.

⁷¹ Siehe dazu ausführlich *Julius*, Arbeitsschutz und Fremdfirmenbeschäftigung, 2004, S. 79 ff.

⁷² BAG 31.1.1989 – 1 ABR 72/87 – NZA 1989, 932, 933.

Beteiligungsrechte hinsichtlich der Personalplanung ermöglicht werden muß⁷³. Nach § 92 Abs. 2 BetrVG kann der Betriebsrat dem Arbeitgeber Vorschläge für die Einführung einer Personalplanung und deren Durchführung machen. Gegenstand der Personalplanung können auch personelle Maßnahmen sein, welche zur Deckung eines gegenwärtigen oder künftigen Personalbedarfs erforderlich sind. Hierzu können auch Vorschläge gehören, im Betrieb anfallende Arbeiten von Fremdfirmen erledigen zu lassen, wie auch der umgekehrte Fall, diese Tätigkeiten durch eigene vorhandene oder neu einzustellende Arbeitnehmer vornehmen zu lassen. Um hier dem Arbeitgeber sachgerechte Vorschläge unterbreiten zu können, benötigt der Betriebsrat nach Auffassung des BAG Informationen über die Einsatzzeiten der Fremdfirmenarbeiter, welche in den entsprechenden Kontrolllisten verfügbar waren.

Dieser Gedanke ist zutreffend und kann auf weitere Informationen übertragen werden, die der Betriebsrat für die Beurteilung von Vorschlägen zur Personalplanung benötigt. Er deckt sich ferner mit der hier vorgeschlagenen Abgrenzung der Zuständigkeiten von Betriebsrat des Einsatzbetriebs und Betriebsrat beim Vertragsarbeitgeber. Maßgeblich ist, welcher Arbeitgeber die Maßnahme gegenüber dem Fremdfirmenarbeiter verantwortet. Dies ist vorliegend der Einsatzarbeitgeber, der die entsprechenden Informationen für eigene Zwecke erhoben hat – etwa um die Rechnungslegung seines Vertragspartners kontrollieren zu können.

VI. Beendigung der Dienstleistung

Die Beendigung der Dienstleistung als solche dürfte regelmäßig keine betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte des Betriebsrats auslösen – weder im Einsatzbetrieb noch beim externen Dienstleister. Es handelt sich um eine unternehmerische Entscheidung des Einsatzarbeitgebers. Darin kann man in Extremfällen eine Betriebsänderung erblicken, etwa wenn der Anteil der Fremdfirmenarbeiter im Verhältnis zur Stammebelegschaft relativ hoch war. In der Beendigung der Dienstleistung könnte man dann eine grundlegende Änderung der Betriebsorganisation im Sinne von § 111 S. 3 Nr. 4 BetrVG sehen⁷⁴. Folgt man dem, würde zunächst nur ein Beratungsrecht des Betriebsrats des Einsatzbetriebs ausgelöst. Interessenausgleich und Sozialplan setzen dann voraus, daß die Betriebsänderung – also die Beendigung des Fremdfirmeneinsatzes – Nachteile für die Arbeitnehmer des Einsatzbetriebs auslöst. Dies kann der Fall sein, wenn mit der Beendigung des Fremdfirmeneinsatzes weitere Veränderungen verbunden sind, welche die Arbeitnehmer des Einsatzbetriebs nachteilig betreffen. Im übrigen wird in solchen Fällen ein Unterrichts- und Beratungsrecht hinsichtlich der Personalplanung nach

⁷³ BAG 31.1.1989 – 1 ABR 72/87 – NZA 1989, 932, 933.

⁷⁴ Ebenso *Rieble*, Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher, in *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Zukunft der Zeitarbeit, 6. ZAAR-Kongreß München am 8.5.2009, ZAAR Schriftenreihe Bd. 15, S. 65, 95; a. A. *Jüttner*, Kollektivrechtliche Auswirkungen der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung im Betriebsverfassungsrecht, 2006, S. 287 für den Fall der Rückführung der Zeitarbeit.

§ 92 BetrVG entstehen.

VII. Zusammenfassung

Dem Betriebsrat des Einsatzbetriebs stehen im Hinblick auf die Tätigkeit von Fremdfirmenarbeitnehmer regelmäßig keine Mitbestimmungsrechte im engeren Sinn zu. Insbesondere stellt der Einsatz von Fremdfirmenarbeitnehmern im Einsatzbetrieb keine Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 BetrVG dar, sofern der Vertragsarbeitgeber dieser Arbeitnehmer weiterhin über die Personalhoheit verfügt. Insgesamt beruht dieser Befund auf dem Umstand, daß der beim Einsatzarbeitgeber bestehende Betriebsrat gegenüber den Fremdfirmenarbeitnehmern nicht legitimiert ist und gegenüber deren Vertragsarbeitgeber kein Verhandlungsmandat hat. Ferner werden Maßnahmen gegenüber den Fremdfirmenarbeitnehmern, welche beteiligungspflichtige Tatbestände nach dem BetrVG auslösen, regelmäßig nur vom Vertragsarbeitgeber getroffen. Die tatsächlichen Vorgaben des Einsatzarbeitgebers werden dem Vertragsarbeitgeber zugerechnet. Damit stehen dem Betriebsrat des Einsatzbetriebs regelmäßig nur Informations- und Beratungsrechte hinsichtlich der Aufnahme, Durchführung und Beendigung der Dienstleistung zu⁷⁵. Anders kann dies im Einzelfall im Bereich des Arbeitsschutzes zu beurteilen sein, wenn und soweit die beiden Arbeitgeber – Inhaber des Einsatzbetriebs und externer Dienstleister – gesetzlich zur Zusammenarbeit verpflichtet sind (etwa nach § 8 Abs. 1 ArbSchG) und dadurch beteiligungspflichtige Maßnahmen ausgelöst werden.

⁷⁵ Ebenso im Ergebnis *Walle*, NZA 1999, 518, 522.



ZAAR | Destouchesstraße 68 | 80796 München
Tel. 089 - 20 50 88 300 | Fax 089 - 20 50 88 304
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de