

BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 3/09
15 TaBV 20/08
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. Juni 2010

BESCHLUSS

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin,

2.

Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 23. Juni 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am

Bundesarbeitsgericht Dr. Kiel sowie die ehrenamtlichen Richter Güner und Hansen für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 19. November 2008 - 15 TaBV 20/08 - teilweise aufgehoben.

Auf die Beschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Braunschweig vom 16. Januar 2008 - 6 BV 96/07 - teilweise abgeändert:

Der Antrag der Arbeitgeberin auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung des Herrn J wird abgewiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

- A. Die Beteiligten streiten über die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung eines Leiharbeitnehmers. 1
- Die vormalige Antragstellerin, die B GmbH & Co. KG, betrieb in B einen Zeitungsverlag sowie eine Druckerei. Für Verlag und Druckerei war ein Betriebsrat gebildet. 2
- Am 25. April 2007 schrieb die vormalige Antragstellerin die Stelle des Leiters der mechanischen Werkstatt in dem internen Stellenmarkt aus. Nachdem sich aus der Belegschaft niemand um die Stelle beworben hatte, schaltete die vormalige Antragstellerin die DV GmbH & Co. KG zwecks Überlassung eines Leiharbeitnehmers ein. Mit Schreiben vom 18. Juli 2007 unterrichtete die vormalige Antragstellerin den Betriebsrat über die beabsichtigte unbefristete Einstellung des Leiharbeitnehmers J der DV ab dem 1. August 2007 als Leiter der mechanischen Werkstatt zu den bei der DV geltenden tariflichen Bestimmungen. Mit Hausmitteilung vom 26. Juli 2007 widersprach der Betriebsrat 3

der Einstellung. Er machte ua. geltend, nicht ordnungsgemäß von der beabsichtigten Einstellung unterrichtet worden zu sein; außerdem verstoße die Einstellung des Leiharbeitnehmers J gegen § 81 Abs. 1 SGB IX, da die Arbeitgeberin nicht geprüft habe, ob die Stelle mit einem schwerbehinderten Arbeitnehmer besetzt werden könne. Mit Schreiben vom 30. Juli 2007 unterrichtete die vormalige Antragstellerin den Betriebsrat darüber, dass die vorläufige Einstellung des Herrn J zum 1. August 2007 dringend erforderlich sei. Dies bestritt der Betriebsrat mit der Hausmitteilung vom 1. August 2007.

Mit ihrem am 2. August 2007 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antrag hat die vormalige Antragstellerin die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung des Leiharbeitnehmers J und die Feststellung der dringenden Erforderlichkeit der personellen Maßnahme begehrt. 4

Die vormalige Antragstellerin hat - soweit für die Rechtsbeschwerde von Bedeutung - beantragt, 5
die vom Betriebsrat mit Hausmitteilung vom 26. Juli 2007 verweigerte Zustimmung zur Einstellung von Herrn J zu ersetzen.

Der Betriebsrat hat die Abweisung des Antrags beantragt. 6

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag entsprochen. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde des Betriebsrats zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats, mit der er weiterhin die Abweisung des Antrags begehrt. 7

Nach Abschluss des ersten Rechtszugs wurde die vormalige Antragstellerin umbenannt in Z GmbH & Co. KG. Sie übertrug die von ihr betriebene Druckerei zum 1. März 2008 auf die neu gegründete D GmbH & Co. KG, die das Landesarbeitsgericht am vorliegenden Verfahren beteiligt hat. Der für den vormals einheitlichen Betrieb gebildete Betriebsrat trat am 6. Mai 2008 von seinem Amt zurück und bestellte einen Wahlvorstand, der die Neuwahl eines Betriebsrats für einen gemeinsamen Betrieb beider Unternehmen beschloss. Die Wahl fand am 27./28. August 2008 statt. Der neu gewählte Betriebsrat führte das vorliegende Beschlussverfahren an Stelle des bisherigen Betriebs- 8

rats fort. Nachdem in einem weiteren Beschlussverfahren vom Arbeitsgericht rechtskräftig festgestellt worden war, dass die Z GmbH & Co. KG und die D GmbH & Co. KG keinen gemeinsamen Betrieb führen und im Laufe des Rechtsbeschwerdeverfahrens für die Betriebe beider Unternehmen am 27. und 28. April 2010 getrennte Betriebsräte gewählt worden waren, hat der im Betrieb der D GmbH & Co. KG gewählte Betriebsrat das vorliegende Verfahren als Rechtsbeschwerdeführer weitergeführt. Die Arbeitgeberinnen haben erklärt, dass die D GmbH & Co. KG nunmehr Antragstellerin sei.

B. Die zulässige Rechtsbeschwerde des Betriebsrats ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat dem Antrag der Arbeitgeberin, die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung von J zu ersetzen, zu Unrecht stattgegeben. Der zulässige Antrag ist unbegründet. Der Betriebsrat hat seine Zustimmung zur Einstellung des Leiharbeitnehmers J zu Recht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigert, da die Arbeitgeberin gegen ihre Pflichten aus § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX verstoßen hat. 9

I. Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats ist zulässig. Sie ist nicht dadurch unzulässig geworden, dass nach Zustellung des angefochtenen Beschlusses des Landesarbeitsgerichts das Amt des bisher am Verfahren beteiligten, für einen gemeinsamen Betrieb der Z GmbH & Co. KG und der D GmbH & Co. KG gewählten Betriebsrats aufgrund der am 27. und 28. April 2010 erfolgten Wahl zweier getrennter Betriebsräte für die Betriebe beider Unternehmen geendet hat. An die Stelle des bisherigen, für einen Gemeinschaftsbetrieb gewählten Betriebsrats ist hinsichtlich des vorliegenden Beschlussverfahrens der für die D GmbH & Co. KG gewählte Betriebsrat getreten. 10

1. Nach § 83 Abs. 3 ArbGG richtet sich die Beteiligung an einem arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren nach materiellem Recht, ohne dass es einer darauf gerichteten Handlung der Person oder Stelle oder des Gerichts bedarf (*BAG 9. Dezember 2008 - 1 ABR 75/07 - Rn. 13, BAGE 128, 358*). Für das Prozessrechtsverhältnis ist entscheidend, wer materiell-rechtlich berechtigt oder verpflichtet ist. Geht im Laufe eines Beschlussverfahrens die Zuständigkeit zur Wahrnehmung des im Verfahren umstrittenen Mitbestimmungsrechts auf ein 11

anderes betriebsverfassungsrechtliches Gremium über, wird dieses Beteiligter des anhängigen Beschlussverfahrens (*BAG 25. September 1996 - 1 ABR 25/96 - zu B I und II 1 der Gründe, AP ArbGG 1979 § 97 Nr. 4 = EzA ArbGG 1979 § 97 Nr. 2; 18. Oktober 1988 - 1 ABR 31/87 - zu B I 2 a und b der Gründe, BAGE 60, 48*). Endet aufgrund einer Neuwahl das Amt eines Betriebsrats, wird nach dem Prinzip der Funktionsnachfolge (*BAG 27. Januar 1981 - 6 ABR 68/79 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 35, 1; 25. April 1978 - 6 ABR 9/75 - zu II 3 der Gründe, AP BetrVG 1972 § 80 Nr. 11 = EzA BetrVG 1972 § 80 Nr. 15*) und dem Grundgedanken der Kontinuität betriebsverfassungsrechtlicher Interessenvertretungen (*BAG 24. Oktober 2001 - 7 ABR 20/00 - zu B II 2 a aa der Gründe, BAGE 99, 208; 31. Mai 2000 - 7 ABR 78/98 - zu B IV 2 a bb der Gründe, BAGE 95, 15; 23. November 1988 - 7 AZR 121/88 - zu I 2 b aa der Gründe, BAGE 60, 191*) der neu gewählte Betriebsrat Funktionsnachfolger seines Vorgängers und tritt in dessen Beteiligtenstellung in einem arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren ein.

2. Hiernach ist der bei der D GmbH & Co. KG neu gewählte Betriebsrat Funktionsnachfolger des bisher am Verfahren beteiligten, für einen Gemeinschaftsbetrieb der Z GmbH & Co. KG und der D GmbH & Co. KG gewählten Betriebsrats geworden und in dessen Rechtsposition als Rechtsbeschwerdeführer eingetreten. Der für einen Gemeinschaftsbetrieb gewählte Betriebsrat ist infolge der Neuwahl zweier getrennter Betriebsräte nicht mehr im Amt. Er ist daher am vorliegenden Verfahren nicht mehr beteiligt. An dessen Stelle ist der bei der D GmbH & Co. KG gewählte Betriebsrat getreten. Auf ihn ist die Zuständigkeit zur Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts bei der Einstellung des Leiharbeitnehmers J nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG übergegangen, da dieser in dem Betrieb der D GmbH & Co. KG beschäftigt werden soll.

12

II. Neben dem Betriebsrat der D GmbH & Co. KG ist am vorliegenden Verfahren die D GmbH & Co. KG als Antragstellerin beteiligt. Die Z GmbH & Co. KG und der bei ihr neu gewählte Betriebsrat sind nicht Beteiligte des Verfahrens.

13

1. Die D GmbH & Co. KG ist aufgrund des nach der Einleitung des vorliegenden Beschlussverfahrens unstreitig erfolgten Übergangs des Betriebsteils Druckerei iSv. § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf sie betriebsverfassungsrechtlich in die Rechtsstellung der vormaligen Antragstellerin, der Z GmbH & Co. KG, eingetreten. 14
- a) Die Folgen eines Betriebs(teil-)übergangs während eines arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens auf die Rechtsstellung der am Verfahren Beteiligten sind gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Da sich die Beteiligung gemäß § 83 Abs. 3 ArbGG nach materiellem Recht richtet, ist es für die prozessuale Rechtsposition entscheidend, wer materiell-rechtlich beteiligt oder verpflichtet ist. Geht es um Rechte oder Pflichten des „Arbeitgebers“, ist dies sowohl iSv. § 83 Abs. 3 ArbGG als auch im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes der Inhaber des Betriebs. Berührt der Verfahrensgegenstand dessen betriebsverfassungsrechtliche Rechtsposition - sei es als Verpflichteter oder als Rechtsinhaber - und geht der Betrieb oder Betriebsteil im Laufe des Beschlussverfahrens auf einen Erwerber über, nimmt dieser als neuer Inhaber des Betriebs oder des von dem Beschlussverfahren betroffenen Betriebsteils auch ohne entsprechende Prozesserkklärungen der Verfahrensbeteiligten automatisch die verfahrensrechtliche Stellung des bisherigen Betriebsinhabers und Arbeitgebers ein (*vgl. zum Betriebsübergang BAG 9. Dezember 2008 - 1 ABR 75/07 - Rn. 13 mwN, BAGE 128, 385*). 15
- b) Hiernach ist die D GmbH & Co. KG Antragstellerin des vorliegenden Verfahrens geworden. Gegenstand des Beschlussverfahrens ist die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung des Leiharbeitnehmers J in den Betrieb der Druckerei. Der Verfahrensgegenstand betrifft daher die betriebsverfassungsrechtliche Rechtsstellung des Inhabers der Druckerei als Arbeitgeber. Dies ist seit dem Betriebsteilübergang die D GmbH & Co. KG. Sie ist daher in die Rechtsposition der Z GmbH & Co. KG als Antragstellerin eingetreten. 16
2. Weitere Personen oder Stellen sind am vorliegenden Beschlussverfahren nicht (mehr) beteiligt. Die B Z GmbH & Co. KG und der bei ihr be- 17

stehende Betriebsrat sind von der im vorliegenden Verfahren zu erwartenden Entscheidung nicht in einer betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsposition unmittelbar betroffen, da der Leiharbeitnehmer J nicht in ihrem Betrieb, sondern ausschließlich im Betrieb der D GmbH & Co. KG beschäftigt werden soll.

III. Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat dem Antrag der Arbeitgeberin, die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung des Leiharbeitnehmers J zu ersetzen, zu Unrecht stattgegeben. Der Antrag ist zwar zulässig. Die Zustimmung des Betriebsrats gilt nicht nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als erteilt. Der Antrag ist jedoch unbegründet. Der Betriebsrat hat seine Zustimmung zur Einstellung des Leiharbeitnehmers J zu Recht verweigert, da die Arbeitgeberin ihre Verpflichtungen aus § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX verletzt hat. Dies begründet ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. 18

1. Der Antrag ist zulässig. Die Arbeitgeberin hat ein Rechtsschutzbedürfnis an der begehrten Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung des Leiharbeitnehmers J. Diese gilt nicht nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als erteilt. Der Betriebsrat hat der Einstellung form- und fristgerecht unter Berufung auf § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG widersprochen. 19

a) Nach § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG hat der Betriebsrat dem Arbeitgeber die Verweigerung der Zustimmung zur Einstellung eines Arbeitnehmers innerhalb einer Woche nach der Unterrichtung durch den Arbeitgeber unter Angabe von Gründen schriftlich mitzuteilen. Geht dem Arbeitgeber innerhalb der Frist keine ordnungsgemäße Zustimmungsverweigerung zu, gilt die Zustimmung nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als erteilt. 20

b) Der Betriebsrat hat der beabsichtigten Einstellung des Leiharbeitnehmers J form- und fristgerecht widersprochen. Das Landesarbeitsgericht hat zwar offengelassen, ob die Zustimmungsverweigerung innerhalb der Wochenfrist des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG erklärt wurde. Der Senat kann hierüber jedoch selbst entscheiden, da die dazu erforderlichen Tatsachen festgestellt und unstreitig sind. Der Betriebsrat hat sowohl mit Schriftsatz vom 25. Oktober 21

2007 als auch in der Rechtsbeschwerdebegründung vorgetragen, die Hausmitteilung der Arbeitgeberin vom 18. Juli 2007, mit der diese die Zustimmung zur Einstellung des Leiharbeitnehmers J beantragt hatte, am 19. Juli 2007 erhalten zu haben. Dieses Vorbringen hat die Arbeitgeberin nicht bestritten, so dass als Zugangsdatum der 19. Juli 2007 zugrunde zu legen ist. Damit war die Zustimmungsverweigerung vom 26. Juli 2007 rechtzeitig. Sie genügte auch im Übrigen den Anforderungen des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG, da sie schriftlich erfolgte und ausreichend Zustimmungsverweigerungsgründe iSv. § 99 Abs. 2 BetrVG bezeichnet.

2. Der Betriebsrat hat die Zustimmung zur Einstellung des Leiharbeitnehmers J zu Recht verweigert, da die Arbeitgeberin gegen ihre Pflichten aus § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX verstoßen hat. Die Arbeitgeberin hat vor der Einstellung des Leiharbeitnehmers J nicht geprüft, ob die Stelle mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt werden kann. Dies begründet ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. 22

a) Nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG kann der Betriebsrat die Zustimmung zu einer vom Arbeitgeber beabsichtigten personellen Einzelmaßnahme verweigern, wenn diese gegen ein Gesetz verstoßen würde. Nach ständiger Rechtsprechung gilt dies nur, wenn die Maßnahme selbst gegen ein Gesetz, einen Tarifvertrag oder eine sonstige Norm verstößt (*vgl. etwa BAG 25. Januar 2005 - 1 ABR 61/03 - zu B II 4 b bb (3) (a) der Gründe mwN, BAGE 113, 218*). Dazu muss es sich nicht um ein Verbotsgesetz im technischen Sinne handeln, das unmittelbar die Unwirksamkeit der Maßnahme herbeiführt. Es muss nur hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen, dass der Zweck der betreffenden Norm darin besteht, die personelle Maßnahme selbst zu verhindern (*BAG 17. Juni 2008 - 1 ABR 20/07 - Rn. 20 mwN, BAGE 127, 51*). 23

b) Ein Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Pflichten aus § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX begründet bei Einstellungen ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG (*BAG 17. Juni 2008 - 1 ABR 20/07 - Rn. 24, 25 mwN, BAGE 127, 51*). 24

aa) Nach § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX sind die Arbeitgeber verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit solchen, die bei der Agentur für Arbeit arbeitslos oder arbeitssuchend gemeldet sind, besetzt werden können. Zweck der Prüfungspflicht ist es, die Einstellung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen zu fördern (*BAG 17. Juni 2008 - 1 ABR 20/07 - Rn. 20 mwN, BAGE 127, 51*). Die Prüfungspflicht wird konkretisiert durch die in § 81 Abs. 1 Satz 2 SGB IX normierte Verpflichtung des Arbeitgebers, frühzeitig Verbindung mit der Agentur für Arbeit aufzunehmen. Dadurch wird der Agentur für Arbeit oder einem Integrationsfachdienst die Möglichkeit eröffnet, dem Arbeitgeber geeignete schwerbehinderte Menschen vorzuschlagen. Ein Arbeitgeber verstößt gegen seine Pflichten, wenn er auf einen freien Arbeitsplatz einen nicht schwerbehinderten Menschen einstellt, ohne geprüft zu haben, ob der Arbeitsplatz mit einem schwerbehinderten Menschen besetzt werden könnte (*BAG 17. Juni 2008 - 1 ABR 20/07 - Rn. 20 mwN, aaO*).

25

bb) Die Einstellung des nicht schwerbehinderten Menschen verstößt in diesem Fall gegen ein Gesetz iSd. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG (*BAG 17. Juni 2008 - 1 ABR 20/07 - Rn. 24, BAGE 127, 51; vgl. zu der § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX entsprechenden Bestimmung des § 14 Abs. 1 Satz 1 SchwbG: BAG 14. November 1989 - 1 ABR 88/88 - zu 2 der Gründe, BAGE 63, 226*). Sie verstößt zwar als solche nicht gegen ein Beschäftigungsverbot. Der nach § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX verfolgte Zweck kann aber nur dadurch erreicht werden, dass die endgültige Einstellung des nicht schwerbehinderten Menschen jedenfalls zunächst unterbleibt. Durch die Einstellung eines nicht schwerbehinderten Menschen verwirklichen sich für die Gruppe der schwerbehinderten Menschen in typischer Weise die mit ihrer Schwerbehinderung verbundenen erhöhten Schwierigkeiten bei der Arbeitsplatzsuche, die durch die in § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX normierte Prüf- und Konsultationspflicht gemindert werden sollen. Die Einstellung eines nicht schwerbehinderten Arbeitnehmers stellt sich als potentielle Benachteiligung der Gruppe arbeitsloser schwerbehinderter Menschen dar und kann damit das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG iVm. § 1 AGG verletzen. Die

26

Nichteinschaltung der Agentur für Arbeit ist geeignet, die Vermutung einer Benachteiligung wegen der Schwerbehinderung zu begründen (*vgl. zu § 81 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 3 SGB IX aF: BAG 12. September 2006 - 9 AZR 807/05 - Rn. 22, BAGE 119, 262*). Zudem wird dem Arbeitsmarkt durch die Einstellung des nicht schwerbehinderten Menschen ein zur Verfügung stehender Arbeitsplatz zu Lasten der Gruppe der schwerbehinderten Menschen „entzogen“, deren Beschäftigungsinteressen § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX dienen (*BAG 17. Juni 2008 - 1 ABR 20/07 - Rn. 25 mwN, aaO*).

c) Diese Grundsätze gelten auch, wenn der Arbeitgeber beabsichtigt, einen freien Arbeitsplatz nicht mit einem eigenen Vertragsarbeitnehmer, sondern mit einem Leiharbeitnehmer zu besetzen. 27

aa) Auch in diesem Fall besteht die Prüfungspflicht des Arbeitgebers nach § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX (*ebenso zB: Kossens/von der Heide/Maaß SGB IX 3. Aufl. § 81 Rn. 4; Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen SGB IX 12. Aufl. § 73 Rn. 23; aA zB: Schüren/Hamann AÜG 4. Aufl. § 14 Rn. 196; Edenfeld NZA 2006, 126 ff.*). Dafür spricht bereits der Wortlaut des § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX. Die Vorschrift enthält insoweit keine Einschränkung. Voraussetzung für die Prüfpflicht des Arbeitgebers ist allein die beabsichtigte Besetzung eines freien Arbeitsplatzes. Darum handelt es sich auch, wenn ein frei werdender oder neu geschaffener Arbeitsplatz mit einem Leiharbeitnehmer besetzt werden soll. Diese Auslegung entspricht Sinn und Zweck der in § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX normierten Prüf- und Konsultationspflicht. Deren Befolgung durch den Arbeitgeber soll es noch nicht im Betrieb beschäftigten schwerbehinderten Menschen ermöglichen, sich um freie Arbeitsplätze zu bewerben und dadurch ihre Einstellungschancen zu verbessern. Das ist auch dann nicht von vornherein ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber beabsichtigt, einen freien Arbeitsplatz mit einem Leiharbeitnehmer zu besetzen. Der Leiharbeitnehmer wird zwar im Regelfall von dem Verleiher dem Arbeitgeber zur Verfügung gestellt, ohne dass dieser selbst eine Auswahlentscheidung trifft oder an einer solchen beteiligt wird. Es ist jedoch möglich, dass der Arbeitgeber nach einer § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX entsprechenden Prüfung von der zunächst 28

beabsichtigten Besetzung des Arbeitsplatzes mit einem Leiharbeitnehmer Abstand nimmt und stattdessen einen geeigneten schwerbehinderten Bewerber selbst einstellt.

bb) Eine Verletzung der nach § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX bestehenden Prüf- und Konsultationspflicht durch den Arbeitgeber berechtigt den Betriebsrat auch bei der Einstellung eines Leiharbeitnehmers zur Verweigerung der Zustimmung nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. Dem steht nicht entgegen, dass ein Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Pflichten aus § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX bei Versetzungen ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG nicht begründet (*BAG 17. Juni 2008 - 1 ABR 20/07 - Rn. 24 ff., BAGE 127, 51*). Durch die Versetzung eines bereits im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmers auf einen frei gewordenen oder neu geschaffenen Arbeitsplatz verwirklichen sich für arbeitslose schwerbehinderte Menschen nicht die mit der Schwerbehinderung verbundenen erhöhten Schwierigkeiten bei der Suche nach einem Arbeitsplatz. Die schwerbehinderten Menschen konkurrieren nicht mit anderen, nicht schwerbehinderten externen Bewerbern, sondern sind wie diese zu Gunsten schon im Betrieb beschäftigter Arbeitnehmer von der Stellenbesetzung von vornherein ausgeschlossen. Außerdem wird durch die Versetzung eines bereits beschäftigten, nicht schwerbehinderten Menschen dem Arbeitsmarkt kein zur Verfügung stehender Arbeitsplatz zu Lasten der Gruppe der schwerbehinderten Menschen „entzogen“ (*BAG 17. Juni 2008 - 1 ABR 20/07 - Rn. 26, aaO*). Demgegenüber wird bei der Einstellung eines Leiharbeitnehmers der frei gewordene oder neu geschaffene Arbeitsplatz mit einem externen, bislang noch nicht im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer besetzt. Der Arbeitgeber trifft zwar bei der Besetzung eines Arbeitsplatzes mit einem Leiharbeitnehmer in der Regel keine Auswahlentscheidung, da der Leiharbeitnehmer vom Verleiher ausgewählt und dem Arbeitgeber zur Arbeitsleistung überlassen wird. Gleichwohl vollzieht sich die Besetzung des freien Arbeitsplatzes - anders als bei einer Versetzung - nicht ausschließlich betriebsintern. Vielmehr wird dem Arbeitsmarkt ein an sich zur Verfügung stehender Arbeitsplatz zu Lasten der

29

Gruppe der schwerbehinderten Menschen „entzogen“, ohne dass diese zuvor die Gelegenheit erhalten haben, sich um den mit einem Externen zu besetzenden Arbeitsplatz zu bewerben. Dies widerspricht dem Zweck des § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX. Die Einstellung eines Leiharbeitnehmers hat daher zu unterbleiben, solange der Arbeitgeber seiner Prüf- und Konsultationspflicht aus § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 SGB IX nicht nachgekommen ist.

Linsenmaier

Gräfl

Kiel

Für den durch
Ablauf der Amts-
zeit an der Unter-
schrift gehinderten
ehrenamtlichen
Richter Hansen
Linsenmaier

G. Güner