

8 TaBV 110/12
5 BV 4/12
(ArbG Kempten)

Verkündet am: 27.03.2013

Lais
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

BESCHLUSS

In dem Beschlussverfahren

mit den Beteiligten

Firma C.
A-Straße, A-Stadt

- Antragstellerin und Beteiligte zu 1 und Beschwerdegegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte/r:

Rechtsanwälte D.
D-Straße, D-Stadt

gegen

A.
A-Straße, A-Stadt

- Beteiligter zu 2 und Beschwerdeführer -

Verfahrensbevollmächtigte/r:

Rechtsanwälte B.
B-Straße, B-Stadt

- 2 -

hat die 8. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Anhörung vom 6. Februar 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dyszak und die ehrenamtlichen Richter Plank und Beck

für Recht erkannt:

1. Die Beschwerde des Beteiligten zu 2) gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Kempten/Allgäu vom 13.09.2012 – 5 BV 4/12 – wird zurückgewiesen.
2. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Zustimmung des Beteiligten zu 2) (im Folgenden: Betriebsrat) zur Einstellung der Leiharbeiterin SM als erteilt gilt und ob diese Zustimmung gerichtlich zu ersetzen ist.

Die Antragstellerin baut und vertreibt Autowaschanlagen. Neben der Antragstellerin existieren noch eine CE, eine CP und eine CS. Außerdem gibt es eine CEn, die im Besitz einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung ist. Die CEn hat weder ein eigenes Büro noch Werkstätten. Sie verfügt auch nicht über Ausbilder. Die Personalabteilung der Antragstellerin erledigt sämtliche Aufgaben der CEn. Der Geschäftsführer der CEn ist Arbeitnehmer der Antragstellerin.

Die Antragstellerin ist an einen Auerkennnistarifvertrag gebunden, der vorsieht, dass die Flächentarifverträge der Bayerischen Metall- und Elektroindustrie für die Antragstellerin anwendbar sind.

Im Betrieb der Antragstellerin sind Arbeitnehmer tätig, die einen Arbeitsvertrag mit der Antragstellerin haben, sowie von der CEn an die Antragstellerin verliehene Leiharbeiter. Die Leiharbeiter haben eine regelmäßige Arbeitszeit von 40 Stunden pro Woche, die Arbeitnehmer der Antragstellerin eine 35 Stunden-Woche.

Mit Schreiben vom 21.12.2011 beantragte die Antragstellerin beim Betriebsrat die Zustimmung zur Einstellung der Leiharbeiterin SM. Frau M wurde zuvor als Leiharbeiterin der CEn auf einem Arbeitsplatz der Antragstellerin für diese von deren Mitarbeitern ausgebildet.

Im Zustimmungsantrag wurden dem Betriebsrat Name und Anschrift der Leiharbeiterin, ihr Geburtsdatum, die Abteilung, für die die Einstellung erfolgen sollte, sowie die wöchentliche Arbeitszeit mitgeteilt. Bezüglich des Entleihvertrags wurde auf das dem Betriebsrat vorliegende Muster Bezug genommen. Wegen der Beschreibung des Tätigkeitsbereiches wurde der Betriebsrat auf die interne Stellenausschreibung 73/2011 hingewiesen. Außerdem enthielt das Zustimmungersuchen folgenden Eintrag:

„Beginn und Ende des Einsatzes: 30.01.2012 vorübergehend“.

Mit Schreiben vom 23.12.2011 wies der Betriebsrat die Antragstellerin darauf hin, dass seiner Ansicht nach der konkrete Arbeitsplatz der Leiharbeiterin im Zustimmungsantrag nicht im erforderlichen Umfang beschrieben worden sei. Dem Betriebsrat sei lediglich die Abteilung angegeben worden. Es sei dem Betriebsrat deshalb nicht möglich, abschließend zu beraten. Daraufhin fand am 10.01.2012 eine Besprechung des Betriebsrats mit der Personalleitung statt, in der die Tätigkeit der Leiharbeiterin dargestellt wurde.

Mit Schreiben vom 17.01.2012 lehnte der Betriebsrat die Zustimmung zur Einstellung der Leiharbeiterin SM ab. Er begründete dies damit, dass gemäß § 1 Abs. 1 AÜG Leiharbeiter nur vorübergehend eingesetzt werden dürften und es deshalb unzulässig

sei, Dauerarbeitsplätze mit Leiharbeitern zu besetzen. Bei der zu besetzenden Stelle handle es sich um einen Dauerarbeitsplatz. Ergänzend wird auf die Anlage B. 1.2 (Bl. 9 d. A.) Bezug genommen.

Auf diese Zustimmungsverweigerung hin teilte die Antragstellerin dem Betriebsrat schriftlich mit, dass sie die Einstellung von Frau SM aus dringenden Gründen für erforderlich ansehe und deshalb die Einstellung vorläufig durchführe. Die Dringlichkeit wurde damit begründet, dass die von Frau M einzunehmende Position gegenwärtig unbesetzt sei. Die Position müsse aber zur Aufrechterhaltung der Produktion kurzfristig besetzt werden.

Der Betriebsrat widersprach mit Schreiben vom 26.01.2012 der vorläufigen Durchführung der personellen Maßnahme. Er wies darauf hin, dass Frau M auf der Stelle von Herrn F. J. Mü in der Abteilung Waschstraße eingesetzt werde und Herr Mü bereits zum 31.03.2011 die Firma verlassen habe. Seitdem werde Frau M auf dieser Stelle eingearbeitet. Es handle sich deshalb um keine kurzfristig zu besetzende Stelle.

Mit Antragschrift vom 30.01.2012, beim Arbeitsgericht Kempten eingegangen am Montag, den 30.01.2012, leitete die Antragstellerin das vorliegende Beschlussverfahren ein.

Am 22.05.2012 trat der Tarifvertrag zum Einsatz von Leih-/Zeitarbeitnehmern für die Bayerische Metall- und Elektroindustrie in Kraft. Dieser Tarifvertrag enthält u. a. folgende Regelungen:

§ 2 Einsatz von Leih-/Zeitarbeitnehmern

- 1. Durch den Einsatz von Leih-/Zeitarbeitnehmern darf für die Arbeitnehmer im Entleihbetrieb keine feststellbare Beeinträchtigung der Entgelt- und Arbeitsbedingungen und keine feststellbare Gefährdung der Arbeitsplätze bewirkt werden.*

Protokollnotiz

Leih-/Zeitarbeiter sollen nach Auffassung der Tarifvertragsparteien grundsätzlich nicht regelmäßig auf Arbeitsplätzen eingesetzt werden, die im Betrieb auf Dauer angelegt sind.

2. *Der vorübergehende Einsatz von Leih-/Zeitarbeitnehmern ist gem. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG zulässig. Ein vorübergehender Einsatz ist beispielsweise gegeben, wenn:*
- a) der Einsatz zeitlich befristet ist*
 - oder*
 - b) ein Sachgrund vorliegt, z. B. der Einsatz erforderlich ist, weil Fachkräfte mit speziellen Qualifikationen im Betrieb nicht vorgehalten werden (z. B. Projekte, die spezielle Qualifikationen verlangen) oder in Vertretungsfällen (z. B. Krankheit, Schwangerschaft)*
 - oder*
 - c) der Einsatz dazu dient, Auftragsspitzen oder anderen zeitlich begrenzten Mehrbedarf abzuarbeiten.*
3. ...

§ 4 Übernahmeangebot

1. Besteht keine Betriebsvereinbarung gem. § 3, gilt folgendes:
- *nach 18 Monaten Überlassung hat der Entleiher zu prüfen, ob er dem Leih-/Zeitarbeitnehmer einen befristeten Arbeitsvertrag anbieten kann.*
 - *nach 24 Monaten Überlassung hat der Entleiher dem Leih-/Zeitarbeitnehmer einen unbefristeten Arbeitsvertrag anzubieten. Dies kann nach Beratung mit dem Betriebsrat bei akuten Beschäftigungsproblemen entfallen.*
- Bei Unterbrechungen von weniger als drei Monaten werden Einsatzzeiten im selben Betrieb addiert.*
2. ...

Die Antragstellerin teilte mit Schreiben vom 15.06.2012 dem Betriebsrat mit, dass sie möglicherweise ihre Unterrichtungspflicht aus § 99 Abs. 1 BetrVG noch nicht vollständig erfüllt habe, da sie bei der Beschäftigungsdauer „vorübergehend“ angegeben habe. Sie schrieb deshalb dem Betriebsrat, dass das Enddatum der Arbeitnehmerüberlassung der Frau M der 30.04.2014 sei. Weiter bat die Antragstellerin den Betriebsrat, eine Ablehnung

des Antrages unter Angabe entsprechender Gründe innerhalb der gesetzlichen Fristen mitzuteilen.

Der Betriebsrat antwortete mit Schreiben vom 22.06.2012 und stimmte der Einstellung von Frau M wiederum nicht zu. Begründet wurde dies mit dem Hinweis, § 1 Abs. 1 AÜG besage, dass Leiharbeiter nur noch vorübergehend eingesetzt werden dürften. Nach herrschender Meinung sei es daher unzulässig, Dauerarbeitsplätze mit Leiharbeitern zu besetzen. Außerdem sei in der Protokollnotiz unter § 1 Nr. 1 des Tarifvertrages zum Einsatz von Leih-/Zeitarbeitnehmern vom 22.05.2012 festgelegt, dass Zeitarbeiter nach Auffassung der Tarifvertragsparteien grundsätzlich nicht regelmäßig auf Arbeitsplätzen eingesetzt werden sollen, die im Betrieb auf Dauer angelegt sind. Frau M bekleide zur Zeit nach Ansicht des Betriebsrats keine Stelle, die nur vorübergehend zu besetzen sei. Im Übrigen würden auch andere Leiharbeiter regelmäßig auf Dauerarbeitsplätzen eingesetzt. - Ergänzend wird auf die Anlage B 1.6 verwiesen.

Die Antragstellerin hat vor dem Arbeitsgericht die Auffassung vertreten, dass die Zustimmung des Betriebsrats bereits wegen des Ablaufs der Frist gemäß § 99 Abs. 3 BetrVG als erteilt gelte. Der Betriebsrat habe auf die Information vom 21.12.2011 erst mit Schreiben vom 17.01.2012 reagiert. Eine genaue Beschreibung des Arbeitsplatzes sei ihm mitgeteilt worden, da sie sich aus dem Abteilungs- und Ausschreibungsprofil ergebe. Die Angabe „vorübergehend“ im Anhörungsschreiben entspreche der gesetzlichen Vorgabe des § 1 Abs. 1 AÜG.

Selbst wenn die Zustimmungsfiktion nicht eingetreten sei, so liege doch kein Zustimmungsverweigerungsgrund vor. Frau M werde nur vorübergehend beschäftigt. Das Tatbestandsmerkmal „vorübergehend“ beziehe sich nicht auf den Arbeitsplatz, sondern auf den Leiharbeiter. Im Übrigen handle es sich bei § 1 AÜG nicht um eine Verbotsnorm. Nach der Rechtsprechung dürften Leiharbeiter auch auf Dauerarbeitsplätzen beschäftigt werden. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der Protokollnotiz des Tarifvertrages.

Im Übrigen sei die Durchführung der personellen Maßnahme dringend erforderlich, da die Stelle, auf der die Leiharbeiterin beschäftigt werde, zur Aufrechterhaltung der Pro-

duktion besetzt werden müsse. Eine innerbetriebliche Stellenausschreibung sei erfolglos gewesen.

Die Antragstellerin hat beantragt.

1. festzustellen, dass die Zustimmung des Antragsgegners zur Einstellung der Mitarbeiterin SM als erteilt gilt,

hilfsweise

1. die verweigerte Zustimmung des Antragsgegners zur Einstellung der Frau SM zu ersetzen,
2. festzustellen, dass die vorläufige Einstellung der Mitarbeiterin SM aus sachlichen Gründen dringend geboten war.

Der Betriebsrat hat beantragt.

den Antrag abzuweisen.

Er hat vor dem Arbeitsgericht geltend gemacht, aus § 1 Abs. 1 AÜG ergebe sich ein Zustimmungsverweigerungsgrund. Nach der Neuregelung des AÜG enthalte die gesetzliche Bestimmung mit dem Tatbestandsmerkmal „vorübergehend“ zwar keine feste Zeitgrenze. Die Überlassung müsse aber zeitlich absehbar sein. Unter Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben ergebe sich, dass Leiharbeit dann vorliege, wenn Arbeitnehmer für einen Zeitraum von bis zu drei Monaten verliehen würden. Nur diese Verleihdauer sei genehmigungsfähig. Arbeitsvermittlung für die Dauer von mehr als drei Monaten obliege hingegen dem Vermittlungsauftrag der Bundesagentur für Arbeit. Darüber hinaus stelle die Praxis der Antragstellerin, Leiharbeitnehmer des Tochterunternehmens einzustellen, einen Ver-

stoß gegen § 242 BGB dar. Im Übrigen sei die Beschäftigung eines Leiharbeitnehmers auf einem Dauerarbeitsplatz nicht zulässig.

Mit Beschluss vom 13.09.2012 – 5 BV 4/12 hat das Arbeitsgericht die Zustimmung des Betriebsrats ersetzt und festgestellt, dass die vorläufige Einstellung aus sachlichen Gründen dringend erforderlich gewesen sei.

Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, es sei zwar die Zustimmungsfiktion des § 99 Abs. 3 BetrVG nicht eingetreten, da die Antragstellerin dem Betriebsrat bzgl. der Einsatzdauer der Leiharbeiterin SM lediglich „30.01.2012 vorübergehend“ mitgeteilt habe. Die Antragstellerin habe es in ihrem Zustimmungsantrag vom 21.12.2011 damit unterlassen, die genaue Zeitspanne des Einsatzes oder das genaue Datum des Einsatzendes anzugeben. Dieser Mangel im Zustimmungersuchen sei offensichtlich. Das Zustimmungersuchen vom 21.12.2011 habe deshalb die Frist des § 99 Abs. 3 S. 1 BetrVG nicht in Lauf gesetzt. Da es sich um eine offenkundige Unvollständigkeit handele, sei der Betriebsrat auch nicht verpflichtet gewesen, die Antragstellerin darauf hinzuweisen.

Die verweigerte Zustimmung zur Einstellung von Frau SM sei jedoch zu ersetzen gewesen, da Zustimmungsverweigerungsgründe gem. § 99 Abs. 2 BetrVG fehlten.

Die Voraussetzung, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat i. S. v. § 99 Abs. 1 S. 1 u. S. 2 BetrVG ausreichend unterrichtet habe, sei erfüllt. Zwar habe die Unterrichtung trotz der Besprechung mit der Personalleitung an einem offenkundigen Mangel gelitten, da dem Betriebsrat das Enddatum der Arbeitnehmerüberlassung nicht mitgeteilt worden sei, womit trotz der Besprechung am 10.01.2012 die Frist des § 99 Abs. 3 S. 1 BetrVG zunächst nicht in Lauf gesetzt worden sei.

Die Antragstellerin habe aber noch im Zustimmungersetzungsverfahren die fehlenden Informationen nachholen können. Mit der Nachholung der Unterrichtung und der Vervollständigung der Informationen durch Schreiben vom 15.06.2012 sei die Wochenfrist des § 99 Abs. 3 S. 1 BetrVG in Lauf gesetzt worden.

Ein Zustimmungsverweigerungsgrund gemäß § 99 Abs. 2 BetrVG sei nicht gegeben. Die vom Betriebsrat angegebenen Gründe seien unzutreffend.

Die von der Antragstellerin beantragte personelle Maßnahme verstoße nicht gegen § 1 Abs. 1 AÜG. Danach erfolge die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher „vorübergehend“. Mit der Einfügung des Satzes 2 in § 1 Abs. 1 AÜG sei nach dem Willen des Gesetzgebers die Umsetzung der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 19.11.2008 über Leiharbeit erfolgt. Mit dieser gesetzgeberischen Formulierung sei klargestellt worden, dass ein Leiharbeiter bei dem entleihenden Unternehmen nur vorübergehend arbeiten dürfe. Jede Überlassung dürfe nur vorübergehend erfolgen. Erfolge sie nicht vorübergehend, handle es sich um Arbeitsvermittlung, die anderen rechtlichen Rahmenbedingungen unterliege. Eine maximale Laufzeit für die vorübergehende Überlassung verlange weder das AÜG noch die Leiharbeitsrichtlinie. Daraus folge, dass jede Überlassung in der feststehenden Absicht, den Arbeitnehmer nicht auf Dauer dem Entleiher zu überlassen, nicht als Arbeitnehmerüberlassung i. S. d. Gesetzes anzusehen sei.

Mit der beantragten Zustimmung zum Einsatz der Leiharbeiterin für die Zeit vom 30.01.2012 bis 30.04.2014 habe die Antragstellerin klargestellt, dass sie im Betrieb nur vorübergehend tätig sein solle.

Lege man § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG dahingehend aus, dass sich das Verbot der Dauerüberlassung nach auf den Einsatz eines einzelnen Leiharbeiters bezogenen Kriterien richte, so stehe die von der Antragstellerin beantragte personelle Maßnahme nicht in Widerspruch zu § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG. Abgestellt auf die zeitliche Dauer des Einsatzes der Frau Münzer erfolge ihre Beschäftigung vorübergehend und könne nicht als Dauerüberlassung qualifiziert werden. Der gesetzlichen Vorgabe des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG sei damit Genüge getan.

Dahingestellt bleiben könne, ob es sich bei dieser Norm überhaupt um eine Verbotsnorm i. S. v. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG handle.

Im Gegensatz zur Auffassung des Betriebsrats könne aus 1 Abs. 1 S. 2 AÜG nicht abgeleitet werden, dass eine Wahrnehmung von Daueraufgaben durch Zeitarbeitnehmer in Anlehnung an die Wertungen des Befristungsrechts nunmehr von Gesetzes wegen unzulässig sei. Die Vorschrift des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG sei nicht arbeitsplatz-, sondern arbeitnehmerbezogen. Der Betriebsrat im Entleiherbetrieb könne deshalb der Einstellung eines Leiharbeitnehmers auf einem wiederholt mit Leiharbeitnehmern besetzten Dauerarbeitsplatz nicht mit der Begründung die Zustimmung widersprechen, dies verstoße gegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG.

Zum einen lasse sich ein derartiges Verbot des Einsatzes auf einem Dauerarbeitsplatz nicht dem Wortlaut der Bestimmung des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG entnehmen. Hier sei lediglich normiert, dass die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher vorübergehend erfolge. Dies sei aber immer dann der Fall, wenn die Überlassung nicht in der feststehenden Absicht erfolge, den Arbeitnehmer auf Dauer dem Entleiher zu überlassen.

Außerdem lasse sich der Bestimmung des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG nicht entnehmen, dass damit der Entleiher in seiner unternehmerischen Freiheit, zu entscheiden, ob er bestimmte Daueraufgaben in seinem Betrieb mit eigenen Vertragsarbeitnehmern unter Anwendung der für ihn geltenden Tarifverträge erledigen, sie an Werk- oder Dienstvertragsnehmer vergeben oder mit Leiharbeitnehmern durchführen wolle, eingeschränkt werden solle. Es bestehe kein Anspruch darauf, dass ein Arbeitgeber statt eines Dauerarbeitsplatzes für Fremdpersonal einen solchen für eigene Arbeitnehmer einrichte.

Die Einstellung der Leiharbeiterin M verstoße auch nicht gegen die Bestimmungen eines Tarifvertrages. Auch diesbezüglich habe der Antragsgegner kein Recht, seine Zustimmung gem. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zu verweigern.

Über den Antrag auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates zur Einstellung eines Arbeitnehmers sei nach der im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung geltenden Rechtslage zu beschließen. Nach § 1 Abs. 2 Tarifvertrag Leih-/Zeitarbeitnehmer sei der vorübergehende Einsatz von Leih-/Zeitarbeitnehmern gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG zulässig. Ein vorübergehender Einsatz sei gemäß § 2 Abs. 2 S. 2 a Tarifvertrag Leih-/ Zeitarbeitnehmer gegeben, wenn der Einsatz zeitlich befristet sei. Diese Bestimmung sei ar-

beitnehmerbezogen und nicht arbeitsplatzbezogen. Die Antragstellerin habe die Zustimmung zu einer zeitlich befristeten Einstellung beantragt.

Die Bestimmungen des Tarifvertrages ließen nicht den Schluss zu, dass bei einem 24 Monate übersteigenden Einsatz eines Arbeitnehmers auf demselben Arbeitsplatz grundsätzlich eine unzulässige Dauerüberlassung vorliegen solle, sofern es hierfür keinen sachlichen Grund gebe. § 4 Abs. 1 Tarifvertrag Leih-/Zeitarbeit formuliere keine Höchstüberlassungsgrenze für die zeitbefristete Arbeitnehmerüberlassung.

Da der Einsatz der Leiharbeiterin M im Betrieb der Antragstellerin zeitlich befristet erfolge, sei den Vorgaben des Tarifvertrages Genüge getan.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der Protokollnotiz zu § 2 Abs. 1 Tarifvertrag Leih-/Zeitarbeitnehmer. Danach sollen Leih-Zeitarbeitnehmer nach Auffassung der Tarifvertragsparteien grundsätzlich nicht regelmäßig auf Arbeitsplätzen eingesetzt werden, die im Betrieb auf Dauer angelegt sind. Ein unmittelbarer rechtlicher Gehalt könne dieser Aussage der Protokollnotiz aber nicht entnommen werden. Aus den Tatbestandsmerkmalen „sollen“ und „grundsätzlich nicht regelmäßig“ könne keine Verpflichtung entnommen werden.

Die Zulässigkeit der Arbeitnehmerüberlassung der Frau M sei, da sie zeitlich befristet sei, an der Norm des § 2 Abs. 2 S. 2 a Tarifvertrag Leih-/Zeitarbeitnehmer zu messen. Die Protokollnotiz zu § 2 Abs. 1 TV Zeit-/Leiharbeiterin habe für die Regelung des § 2 Abs. 2 S. 2 a Tarifvertrag Zeit-/ Leiharbeiterin keine Bedeutung. Für den Bereich der Bayerischen Metall- und Elektroindustrie hätten die Tarifvertragsparteien in § 2 Abs. 2 TV Zeit-/Leiharbeiterin festgelegt, wann ein vorübergehender Einsatz i. S. d. § 1 S. 2 AÜG vorliege. Dies sei bei zeitlicher Befristung des Einsatzes der Fall.

Der Wortlaut der Protokollnotiz stehe diesem Ergebnis nicht entgegen. Die Protokollnotiz verbiete den Einsatz von Leiharbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen nicht grundsätzlich.

Dem Antrag auf Feststellung, dass die vorläufige Einstellung der Mitarbeiterin M aus sachlichen Gründen dringend geboten war, sei ebenfalls zu entsprechen gewesen. Die Voraussetzungen für die vorläufige Durchführung der personellen Maßnahme gemäß § 100 BetrVG seien vorliegend erfüllt.

Die Antragstellerin habe den Betriebsrat unverzüglich über die vorläufige personelle Maßnahme schriftlich unterrichtet. Nachdem der Betriebsrat mit Hausmitteilung vom 26.01.2012 bestritten habe, dass die Maßnahme erforderlich sei, habe die Antragstellerin beim Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates und die Feststellung, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war, fristgerecht innerhalb von 3 Tagen beantragt.

Die personelle Maßnahme sei aus sachlichen Gründen dringend erforderlich gewesen. Die Antragstellerin berufe sich darauf, dass die durch Frau M einzunehmende Arbeitsstelle unbesetzt sei, weil ein früherer Mitarbeiter aus dem Betrieb ausgeschieden sei und zur Aufrechterhaltung der Produktion die Stelle kurzfristig besetzt werden müsse. Diese Einschätzung der Antragstellerin werde durch den Betriebsrat in der Hausmitteilung vom 26.01.2012 bestätigt. Ein vernünftiger Arbeitgeber könne eine Arbeitsstelle, die im Rahmen der Produktion eingeplant sei, nicht so lange unbesetzt lassen, bis ein Beschlussverfahren gemäß § 99 BetrVG abgeschlossen sei.

Ergänzend wird wegen der Feststellungen und Erwägungen des Arbeitsgerichts auf die angegriffene Entscheidung verwiesen.

Gegen diesen Beschluss, der ihm am 04.10.2012 zugestellt wurde, wendet sich der Betriebsrat mit seiner am 19.10.2012 beim Landesarbeitsgericht München eingegangenen Beschwerde.

Zur Begründung seines Rechtsmittels bringt der Betriebsrat im Wesentlichen vor, das Arbeitsgericht habe verkannt, dass gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ein Zustimmungsverweigerungsgrund bestehe, da der Einsatz der Leiharbeiterin Frau M gegen § 1 Abs. 1 AÜG verstoße, weil sie auf einem Dauerarbeitsplatz eingesetzt werde. Gleichzeitig liege darin ein Verstoß gegen die Normen des Tarifvertrages Leih-/Zeitarbeit. Ferner sei die

Einstellung auf Grund der bei der Antragstellerin geschaffenen Strukturen einer konzern-eigenen Verleihfirma rechtsmissbräuchlich im Sinne von § 242 BGB.

Mit dem LAG Niedersachsen (Beschluss vom 19.09.2012 – 17 TaBV 124/11) sei davon auszugehen, dass in der geplanten Einstellung der Leiharbeiterin auf einem Dauerarbeitsplatz ein Gesetzesverstoß liege. Entscheidend sei, dass ein Arbeitsplatz unbefristet und somit auf Dauer zu besetzen sei; unerheblich sei dagegen, ob zu einer unbefristeten Einstellung angehört werde oder zu aufeinanderfolgend immer wieder befristeten Einsätzen. Denn mit dem LAG Niedersachsen sei davon auszugehen, dass der für die Auslegung entscheidende Gesetzeszweck einer Dauerüberlassung zuwiderlaufe. Maßgeblich sei, dass durch die Neufassung des AÜG nach der Gesetzesbegründung zum einen die Richtlinie 2008/104/EG (Leiharbeitsrichtlinie) umgesetzt und zum anderen der Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung unterbunden werden solle. Aus den Definitionen des Art. 3 Abs. 1 b - e der Leiharbeitsrichtlinie werde deutlich, dass auf den „vorübergehenden“ Charakter der Arbeit des Leiharbeiters im entleihenden Unternehmen abzustellen sei. Ferner zeige sich die Unzulässigkeit einer nicht nur vorübergehenden Überlassung auch in Art. 5 Abs. 5 der Leiharbeitsrichtlinie.

Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts richte sich das Verbot der Dauerüberlassung nicht nach auf den Einsatz des einzelnen Leiharbeiters bezogenen Kriterien. Vielmehr sei neben der arbeitnehmer- auch eine arbeitsplatzbezogene Betrachtung erforderlich. Wenn nach Art. 5 Abs. 5 der Leiharbeitsrichtlinie aufeinander folgende Überlassungen rechtsmissbräuchlich und zur Umgehung geeignet seien, müsse dies erst recht für den Dauerverleih gelten. Kettenbefristungen einzelner Arbeitnehmer seien ebenso ausgeschlossen wie der Einsatz wechselnder Arbeitnehmer auf einem Dauerarbeitsplatz.

Von einem Einsatz auf einem Dauerarbeitsplatz sei auch dann auszugehen, wenn zwar ein Datum für das Ende der Überlassung angegeben werde, ein vorübergehender Bedarf aber nicht begründet werde. Das AÜG wolle die Umwandlung von Stammarbeitsverhältnissen in Leiharbeitsverhältnisse verhindern.

Ziel des Gesetzes sei es, Leiharbeitern den Zugang zu unbefristeten Arbeitsverhältnissen im Unternehmen zu ermöglichen; diese Intention habe ihren Niederschlag in § 13a

AÜG n. F. gefunden. Sie würde durch die Zulassung einer dauerhaften Besetzung von Dauerarbeitsplätzen mit Leiharbeitnehmern faktisch vereitelt.

Die Richtlinie sei nur dann als umgesetzt anzusehen, wenn diese europarechtlichen Vorgaben bei der Auslegung des AÜG Berücksichtigung finden. Mit dem Wort „vorübergehend“ komme deutlich zum Ausdruck, dass ein Einsatz von Leiharbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen rechtlich unzulässig sei.

Mit dem Arbeitsgericht Offenbach sei zu fordern, dass für den Leiharbeitnehmer die Möglichkeit bestehen müsse, in den Verleihbetrieb zurückzukehren. Das Wort „vorübergehend“ habe also neben der zeitlichen auch eine sachliche Komponente. Die Überlassung müsse im Verhältnis zum Arbeitsvertrag des Leiharbeitnehmers mit dem Verleiher vorübergehend sein.

Eine Überlassung sei nicht bereits dann „vorübergehend“, wenn sie nicht in der feststehenden Absicht erfolge, den Arbeitnehmer auf Dauer dem Entleiher zu überlassen. Es müsse (wie ausgeführt) eine arbeitsplatzbezogene Beurteilung erfolgen.

Ein Einsatz werde auch nicht dadurch „vorübergehend“, dass bei einem eventuellen Wegfall des Beschäftigungsbedarfs beim Entleiher das Arbeitsverhältnis zum Verleiher fortbestehe. Mit dem LAG Niedersachsen sei davon auszugehen, dass die Beschäftigungsform der Leiharbeit sich nur hinsichtlich vorübergehender Überlassungen rechtfertigen lasse, bei denen die Einstellung des Leiharbeitnehmers nicht nur für einen Entleiher erfolge.

Da ein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG nur durch das Unterbleiben der Einstellung selbst vermieden bzw. beseitigt werden könne, müsse der Betriebsrat zur Zustimmungsverweigerung berechtigt sein. Die von Art. 10 der Leiharbeitsrichtlinie geforderten wirksamen, angemessenen und abschreckenden Sanktionen für Verstöße gegen die Richtlinie seien in Deutschland nur gegeben, wenn dem Betriebsrat gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ein Zustimmungsverweigerungsrecht zustehe. Mangels anderer Regelungen im AÜG könne der Richtlinienzweck nur dann erreicht werden, wenn die Einstellung selbst unterbleibe. Nur wenn der Arbeitgeber erläutere, nach dem Einsatz des Leiharbeitneh-

mers werde der relevante Arbeitsplatz nicht erneut besetzt werden, sei zu gewährleisten, dass kein Dauerarbeitsplatz besetzt werde.

Dass ein Verstoß gegen das AÜG den Betriebsrat berechtige, einer Einstellung gemäß § 99 BetrVG zu widersprechen, sei aus der Leiharbeitsrichtlinie herzuleiten. Beide Aspekte der Leiharbeitsrichtlinie sprächen für dieses Ergebnis. Zum Einen sei das Leitbild des Arbeitsverhältnisses europarechtlich der unbefristete Arbeitsvertrag mit dem Unternehmen. Für eine atypische Beschäftigung bedürfe es einer Begründung, die im Falle der Leiharbeit im vorübergehenden Bedarf liege. Die deutsche Gesetzgebung habe die Richtlinie nicht hinreichend umgesetzt. Der Schutz der europarechtlichen Vorgaben müsse damit auch durch das Betriebsverfassungsrecht als nationale Gepflogenheit geschehen, vergleichbar dem Unterlassungsanspruch bei Betriebsänderung im Sinne von § 111 BetrVG. Ein Effekt zum Schutze der zu Unrecht als Leiharbeitnehmer geführten Beschäftigten würde vorliegend schon deshalb eintreten, weil sie gezielt für den Einsatz bei der Arbeitgeberin ausgebildet worden seien. Zum Zweiten bezwecke die Richtlinie den Schutz der Stammkräfte. Dass dies hier in tatsächlicher Hinsicht notwendig sei, zeige sich daran, dass im Betrieb der Antragstellerin derzeit 80 Leiharbeitnehmer bei 370 Stammbeschäftigten eingesetzt seien, während Anfang 2005 noch kein Leiharbeitnehmer beschäftigt worden sei. Aus der höheren Regelarbeitszeit der Leiharbeitnehmer ergebe sich, dass für die Stammkräfte weniger Arbeit bleibe. EU-Recht sei umzusetzen. Gerade, weil der Gesetzgeber im AÜG keine besonderen Vorkehrungen zur Sicherung der vollständigen Umsetzung getroffen habe, seien die bereits üblichen Mechanismen zur Sicherstellung der Einhaltung der Gesetze gefordert und einschlägig und damit auch die Kontrolle durch den Betriebsrat auf der Basis von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG.

Seit September 2005 seien alle zu diesem Zeitpunkt befristet bei der Antragstellerin beschäftigten gewerblichen Mitarbeiter von der CEn übernommen worden. Sie hätten keinen unbefristeten Arbeitsvertrag mit der Antragstellerin erhalten. Die Azubis seien bis zum Jahr 2005 vertraglich bei der Arbeitgeberin geführt worden. Seit 2006 würden sie bei der CEn geführt, die nicht selbst ausbilden könne. Als Stammarbeitskräfte würden fast ausschließlich die Kundendienstmonteure und die Mitarbeiter im technischen Büro eingestellt. Die Angaben der Antragstellerin zum Anteil der Leiharbeitnehmer an der Belegschaft würden bestritten; ihr Anteil sei höher als angegeben.

Im Übrigen habe das LAG Berlin-Brandenburg mit Urteil vom 09.01.2013 – 15 Sa 1635/12 – entschieden, dass eine auf Dauer angelegte Arbeitnehmerüberlassung von der ursprünglich erteilten Erlaubnis nicht gedeckt sei, weil die Überlassung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG gerade als „vorübergehend“ definiert sei. Beim Einsatz eines Leiharbeitnehmers auf einem Dauerarbeitsplatz entstehe ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer. Es stelle einen „institutionellen Rechtsmissbrauch“ dar, wenn das konzerneigene Verleihunternehmen nicht am Markt werbend tätig sei und seine Beauftragung nur dazu diene, Lohnkosten zu senken oder Kündigungsschutzbestimmungen leerlaufen zu lassen. - So liege der Fall auch hier.

Der Betriebsrat habe die Zustimmung zur streitgegenständlichen Einstellung auch verweigern dürfen, weil sie gegen den „Tarifvertrag zum Einsatz von Leih-/Zeitarbeitnehmern für die bayerische Metall- und Elektroindustrie“ verstoße. Dieser sei entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts nicht dahin zu verstehen, dass der Einsatz von Leiharbeitnehmern für einen Zeitraum von bis zu 24 Monaten und darüber hinaus problemlos möglich sei und allenfalls die Folge habe, dass dem Leiharbeitnehmer ein unbefristeter Arbeitsvertrag anzubieten sei.

§ 2 Nr. 1 des Tarifvertrages enthalte i. V. m. der nachfolgenden Protokollnotiz das grundsätzliche Verbot, Leiharbeitnehmer auf Dauerarbeitsplätzen einzusetzen. Die als Sollvorschrift gefasste Protokollnotiz müsse als Mussvorschrift gelesen werden, wenn es für Abweichungen keine vernünftigen oder einsichtigen Gründe gebe. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz müsse im Einzelfall durch vernünftige und einsichtige Gründe gerechtfertigt seien und stehe zusätzlich unter dem Vorbehalt, dass sich damit keine feststellbaren Beeinträchtigungen und Gefährdungen verbinden dürfen. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts solle hiermit nicht nur das sogenannte rollierende System ausgeschlossen werden.

Wenn die Tarifvertragsparteien etwa im Falle einer Erkrankung eines Stammarbeitnehmers Leiharbeit für zulässig hielten, handele es sich um eine Gestaltung, bei der klar sei, dass der Arbeitsplatz des Stammarbeitnehmers nicht gefährdet sei, obwohl der Leiharbeitnehmer auf einem Dauerarbeitsplatz tätig werde.

Der Gesamtzusammenhang zwischen Tarifregelung und Protokollnotiz mache deutlich, dass die Tarifparteien den Betriebsräten bei Vorliegen der in der Protokollnotiz genannten Voraussetzungen ein Zustimmungsverweigerungsrecht eingeräumt haben. Dem Betriebsrat steht demnach ein Zustimmungsverweigerungsrecht zu, wenn Leiharbeitnehmer entgegen der in der Protokollnotiz genannten Grenzen regelmäßig, d. h. nicht nur einmalig, auf Dauerarbeitsplätzen tätig werden.

Ferner könne der Betriebsrat Zustimmung verweigern, weil die Einstellung gegen § 242 BGB verstoße. Die beabsichtigte Einstellung sei rechtsmissbräuchlich. Auf die Strukturen der Beschäftigung sei das Arbeitsgericht in keiner Weise eingegangen. Es habe unberücksichtigt gelassen, dass die Firma CEn eine reine „Briefkastengesellschaft“ sei. Auch den Umstand, dass Frau M bereits auf einem Arbeitsplatz der Antragstellerin für diese von deren Mitarbeiter ausgebildet worden sei, habe das Arbeitsgericht nicht gewürdigt.

Auch insoweit sei der Entscheidung des LAG Niedersachsen zu folgen. Danach könne ein Gesetzesverstoß auch bei rechtsmissbräuchlicher Ausnutzung einer an sich eröffneten rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit vorliegen. Dies entspreche den sich aus Treu und Glauben ergebenden Grundsätzen des institutionellen Rechtsmissbrauchs. Darunter sei die Ausübung von Ansprüchen außerhalb ihres sozialen Schutzzweckes oder des Schutzbereichs der anspruchsbegründenden Norm zu verstehen.

Dies sei vorliegend gegeben, da die Antragstellerin Leiharbeitnehmer einstelle, um eine Senkung der Personalkosten zu erreichen, nicht etwa, um vorübergehende Auftragsspitzen oder Vertretungsbedarf abzudecken. Sie verfolge damit einen Zweck, der der Leiharbeitsrichtlinie und dem AÜG entgegen stehe. Die Antragstellerin verfolge vorliegend das Ziel, das Lohnniveau durch die Einschaltung der konzerneigenen CEn zu unterschreiten. Unerheblich sei, ob die Antragstellerin ausschließlich Leiharbeitnehmer einstelle oder auch noch Stammarbeitnehmer. Der verfolgte Zweck, Lohnkosten zu senken, sei jedenfalls rechtsmissbräuchlich.

Der Einsatz von Leiharbeitnehmern unter Abweichung vom equal pay - Grundsatz durch ungünstigere Tarifverträge könne nur zulässig sein, wenn der Leiharbeitsvertrag und der

Einsatz im Entleiherbetrieb nicht zeitlich synchron liefern. Der Grundsatz, dass eine Verschlechterung der arbeitsvertraglichen Bedingungen durch Tarifvertrag nur möglich sei, wenn die Leiharbeitnehmer einen unbefristeten Vertrag mit dem Verleiher abgeschlossen hätten, ergebe sich ferner aus Art. 5 Abs. 2 der Leiharbeitsrichtlinie.

Unerheblich sei, ob die Antragstellerin ausschließlich Leiharbeitnehmer einstelle oder auch noch Stammarbeitnehmer. Maßgeblich komme es darauf an, dass Leiharbeitnehmer eingestellt würden, um Personalkosten zu senken, und nicht, um Auftragsspitzen abzufangen. Sie würden also nur zum Zwecke von Einsparungen und nicht auch aus anderen Gründen als Leiharbeitnehmer eingestellt. Ein derartiger Einsatz zur Lohnkostensenkung sei jedoch rechtsmissbräuchlich.

Damit habe das Arbeitsgericht die verweigerte Zustimmung zu Unrecht ersetzt. Frau M sei bereits seit 01.04.2011 auf der relevanten Stelle tätig. Ihr Vorgänger habe zum 31.03.2011 selbst gekündigt. Die Antragstellerin mache keine Angaben, warum hier ein zeitlich befristeter zusätzlicher Personalbedarf vorliegen solle oder welche sonstigen Gründe es für eine befristete Überlassung gebe. Insbesondere fehlten Ausführungen, warum zum Ende des Leiharbeitnehmereinsatzes keine Wiederbesetzung des Arbeitsplatzes erforderlich sei. Der Arbeitsplatz sei vielmehr auf unbegrenzte Zeit zu besetzen.

Es bestehe eine zeitliche Deckung zwischen befristetem Arbeitsverhältnis bei der Verleihfirma und der Befristung des Einsatzes bei der Entleiherin. Frau M werde bei der CEn nur zum Zwecke des Verleihs an die Antragstellerin beschäftigt. Eine Rückkehrmöglichkeit zur CEn bestehe nicht.

Die Zustimmungsfiktion nach § 99 Abs. 3 BetrVG sei keinesfalls eingetreten. Die Einsatzdauer gehöre zu den zwingenden Informationen. Dies habe das Arbeitsgericht zutreffend erkannt.

Eine sachlich begründete Eilbedürftigkeit sei schließlich ebenfalls nicht ersichtlich. Dies ergebe sich schon aus der Treuwidrigkeit der Maßnahme. Die Antragstellerin könne Frau M auch ohne weiteres, gegebenenfalls befristet, selbst einstellen.

Der Betriebsrat beantragt:

- 1. Der Beschluss des Arbeitsgerichts Kempten, Az: 5 BV 4/12 wird abgeändert.**
- 2. Die Anträge der Beteiligten zu 1 werden zurückgewiesen.**

Die Antragstellerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Antragstellerin verteidigt die Entscheidung des Arbeitsgerichts. Sie stehe im Einklang mit den Rechtssätzen des LAG Düsseldorf in dessen Beschluss vom 02.10.2012 – 17 TaBV 38/12. Entgegen der vom Betriebsrat vertretenen Auffassung ergebe sich aus dem AÜG kein Verbot, Leiharbeiter dauerhaft zu beschäftigen. Im Übrigen beschäftige die Antragstellerin die Leiharbeiterin nicht in diesem Sinne. Die Beschäftigung sei auch nicht treuwidrig.

Entgegen der Annahme des Arbeitsgerichts allerdings greife bereits die Zustimmungsfiktion des § 99 Abs. 3 BetrVG.

Dass dem Betriebsrat mit Antrag vom 21.12.2011 hinsichtlich der Einsatzdauer nur mitgeteilt worden sei, diese sei „vorübergehend“, schade nicht. Der Arbeitgeber müsse dem Betriebsrat einen Beschäftigungszeitraum nicht angeben, da § 1 AÜG nur von „vorübergehendem“ Einsatz spreche. Es sei also nicht erforderlich, dass der Arbeitgeber die Maßnahme von vornherein zeitlich befriste. Das Ersuchen vom 21.12.2011 habe deshalb die Frist gemäß § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG in Lauf gesetzt.

Das Arbeitsgericht habe zutreffend angenommen, die Beschäftigung der Leiharbeiterin erfolge vorübergehend. Es sei nämlich beabsichtigt, sie für einen Zeitraum von zwei

Jahren zu beschäftigen, was sich aus dem entsprechenden Antrag auf Erteilung der Zustimmung ergebe. Die Antragstellerin habe ausdrücklich die Zustimmung zu einer zeitlich befristeten Einstellung beantragt.

Selbst wenn man aus dem Tarifvertrag eine Konkretisierung des Merkmals „vorübergehend“ ableiten wollte, wäre diese Voraussetzung hier angesichts der auf zwei Jahre befristeten Beschäftigung erfüllt. Auf Weiteres komme es nicht an, das Gesetz stehe auch einer dauerhaften Einstellung von Leiharbeitnehmern nicht entgegen.

Zu Recht habe das Arbeitsgericht auch angenommen, die Besetzung eines Dauerarbeitsplatzes mit einem Leiharbeitnehmer sei kein Gesetzesverstoß.

Die zeitliche Limitierung im AÜG, soweit sie denn bestehe, sei auch nicht arbeitsplatz-, sondern arbeitnehmerbezogen. Auch die Tarifvertragsparteien hätten gegen einen Einsatz eines Leiharbeitnehmers auf einem Dauerarbeitsplatz nichts einzuwenden, wie sich insbesondere aus § 2 Abs. 2 Satz 2 b TV Leih-/Zeitarbeiter ergebe. In den dort genannten Fällen wie Krankheit und Schwangerschaft werde der Leiharbeitnehmer auf einem Dauerarbeitsplatz tätig.

Die Tarifvertragsparteien hätten die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen nicht untersagt. Vielmehr hätten sie ausdrücklich festgehalten, dass Leiharbeitnehmer auf Dauerarbeitsplätzen nicht beschäftigt werden „sollen“. Ein Beschäftigungsverbot sei damit nicht statuiert. Daraus und aus dem Wortlaut der Regelungen in § 2 Abs. 2 Satz 2 a TV Leih-/Zeitarbeiter sei zu schließen, dass der zeitlich befristete Einsatz eines Leiharbeitnehmers auf einem Dauerarbeitsplatz möglich und vom Tarifvertrag nicht verboten sei.

Hinsichtlich der behaupteten Treuwidrigkeit (§ 242 BGB) gehe der Betriebsrat unzutreffend davon aus, die Antragstellerin stelle nur noch Leiharbeitnehmer ein. Tatsächlich reagiere sie auf Auftragsspitzen und konjunkturelle Entwicklungen. Seit 2005 habe die Antragstellerin im gewerblichen Bereich etwa 60 % der Beschäftigten als Leiharbeitnehmer eingestellt, 40 % als Stammkräfte. Hinsichtlich der befristet Beschäftigten sei auszuführen, dass einige nach entsprechenden Prozessen unbefristet von der Antragstellerin

übernommen worden seien. Andere Befristungen hätten geendet und zum Ausscheiden der Beschäftigten bei der Antragstellerin geführt, ohne dass sie bei der CEn aufgenommen worden wären. - Hinsichtlich der Azubis erfolgte keine Stellungnahme.

Die Antragstellerin tritt der Auffassung entgegen, ein (etwaiger) Verstoß gegen § 1 AÜG berechtige den Betriebsrat dazu, einer Einstellung die Zustimmung zu verweigern; die Argumente des Betriebsrats betreffen nicht die Frage, inwieweit es sich um ein Verbotsgesetz im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG handele. Sie mögen ihren Platz in einem Individualrechtsstreit haben, keinesfalls jedoch hier. Dass ein Schutz der Stammkräfte erforderlich sei, sei nicht nachvollziehbar. Es sei weltfremd zu glauben, dass anstelle von 80 Leihmitarbeitern 80 unbefristete Stammkräfte eingestellt worden wären. Allenfalls sei an befristete Beschäftigungen zu denken.

Ergänzend wird wegen des Vorbringens der Beteiligten im Beschwerdeverfahren auf die Schriftsätze des Betriebsrats vom 03.12.2012 und vom 28.01.2013, den Schriftsatz der Antragstellerin vom 10.01.2013 und die Sitzungsniederschrift vom 06.02.2013 Bezug genommen.

II.

Die gemäß § 87 Abs. 1 ArbGG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde des Betriebsrats ist nicht begründet.

1. Das Arbeitsgericht hat die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung der Frau M zu Recht nach § 99 Abs. 4 BetrVG ersetzt.

- 1.1 Der Betriebsrat war gemäß § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG, § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu beteiligen; darüber besteht zwischen den Beteiligten auch kein Streit.
- 1.2 Die Zustimmung des Betriebsrats gilt entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht gemäß § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als erteilt, denn er hat ordnungsgemäß im Sinne von § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG, insbesondere fristgerecht, mitgeteilt, der beabsichtigten Maßnahme nicht zuzustimmen.

Wie das Arbeitsgericht zutreffend angenommen hat, wurde die Frist nicht bereits durch das Schreiben vom 21.12.2011 in Gang gesetzt, weil ihm die genaue Zeitspanne des Einsatzes bzw. das genaue Datum des Einsatzendes nicht zu entnehmen war und dies einen offensichtlichen Mangel der von § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG geforderten Unterrichtung darstellte. Zutreffend ist das Arbeitsgericht davon ausgegangen, erst das Schreiben vom 15.06.2012 habe diesen offensichtlichen Mangel geheilt. Das der Betriebsrat hierauf fristgemäß (§§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB) unter dem 22.06.2012 mit ausreichender Begründung reagiert hat, stellt auch die Antragstellerin nicht in Abrede.

- 1.3 Die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung war jedoch zu ersetzen, weil ein Grund, der gemäß § 99 Abs. 2 BetrVG die Verweigerung erlauben würde, nicht gegeben ist.

1.3.1 Entgegen der Annahme des Betriebsrats liegt zunächst kein Grund nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG vor, weil die Einstellung gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG verstoße.

Auch wenn mit dem Betriebsrat angenommen würde, der Einsatz von Leiharbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen sei mit dieser Norm nicht zu vereinbaren, so ergibt sich dadurch keine Berechtigung des Betriebsrats, die Zustimmung zur Einstellung zu verweigern.

1.3.1.1 Nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG kann die Zustimmung u. a. dann verweigert werden, wenn die personelle Maßnahme gegen ein Ge-

gesetz verstoßen würde. Es muss sich dabei nicht um ein Verbotsgesetz im technischen Sinne handeln, das unmittelbar die Unwirksamkeit der Maßnahme herbeiführt. Es muss aber hinreichend zum Ausdruck kommen, dass der Zweck der betreffenden Norm darin besteht, die Maßnahme selbst zu verhindern (vgl. BAG, Beschluss vom 23.06.2010 – 7 ABR 3/09, NZA 2010, 1361). Einer Einstellung kann der Betriebsrat, gestützt auf § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, seine Zustimmung also nur dann verweigern, wenn diese als solche untersagt ist (BAG, Beschluss vom 27.10.2010 – 7 ABR 36/09, NZA 2011, 527). Da unter einer Einstellung i. S. d. § 99 BetrVG ein Vorgang zu verstehen ist, durch den eine Person in den Betrieb eingliedert wird, um zusammen mit den schon im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck des Betriebes durch ihrer Art nach weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen, und es dabei auf das Rechtsverhältnis, in dem diese Person zum Arbeitgeber steht, nicht ankommt, muss sich die in Frage stehende Norm gegen die tatsächliche Eingliederung in den Betrieb, also gegen die tatsächliche Beschäftigung, gegen die Zuweisung eines Arbeitsbereichs im Betrieb richten.

Eine Vertragsinhaltskontrolle durch den Betriebsrat ist damit ausgeschlossen: Weil der rechtliche Akt des Abschlusses des Arbeitsvertrages (oder die Begründung eines sonstigen Rechtsverhältnisses) keine Einstellung darstellt, obliegt dem Betriebsrat im Rahmen seiner Mitbestimmung bei der Einstellung nicht die Vertragsinhaltskontrolle (BAG, Beschluss vom 27.10.2010 – 7 ABR 36/09, NZA 2011, 527).

§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG steht der Einstellung eines Leiharbeitnehmers damit auch dann nicht entgegen, wenn sich die Vorschrift gegen den Einsatz von Leiharbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen richten würde, wie der Betriebsrat unter Bezugnahme auf Stimmen in Rechtsprechung und Literatur (LAG Niedersachsen, 17. Kammer,

Beschluss vom 19.09.2012 – 17 TaBV 124/11, DB 2012, 2468, Juris, Bartl/Romanowski, NZA 2012, 845; **a. A.:** LAG Niedersachsen, 12. Kammer, Beschluss vom 14.11.2012 – 12 TaBV 62/12, Juris, LAG Düsseldorf, Beschluss vom 02.10.2012 – 17 TaBV 38/12, BB 2013, 64, Juris, Teusch/Verstege, NZA 2012, 1326) geltend macht. So verstanden richtet sich die Norm gegen eine bestimmte Gestaltung der vertraglichen Grundlage der Beschäftigung; der Arbeitsaufnahme durch die hierfür vorgesehene Person stünde sie nicht im Wege. Letztlich geht auch der Betriebsrat hiervon aus, wenn er auf die Handlungsoption der Antragstellerin hinweist, im Falle einer wirksamen Zustimmungsverweigerung Frau M eben nicht als Leiharbeitnehmerin, sondern auf der Grundlage eines mit ihr unmittelbar zu schließenden Arbeitsvertrages (als „Stammkraft“) auf dem für sie vorgesehenen Arbeitsplatz einzusetzen.

Wenn der Betriebsrat geltend macht, ein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG berechtige gleichwohl zur Verweigerung der Zustimmung, weil nur dadurch die Einstellung selbst vermieden bzw. beseitigt werden könne, so ist dem nicht zu folgen. Er übersieht, dass das (von ihm angenommene) Ziel des Gesetzgebers auf individualrechtlicher Ebene realisiert werden kann. Das vom Betriebsrat in den Vordergrund gestellte Anliegen, Leiharbeitnehmern den Zugang zu unbefristeten Arbeitsverhältnissen im Unternehmen des Entleihers zu ermöglichen, weist ebenfalls in diese Richtung; dadurch, dass Leiharbeitnehmern der Zugang zum Betrieb des Entleihers von vorneherein verschlossen bleibt, wird es regelmäßig nicht zu erreichen sein. Der Betriebsrat mag dabei übersehen, dass Konstellationen wie die vorliegende, in der die einzustellende Beschäftigte für den Einsatz bereits angelernt wurde, nicht den Normalfall darstellen. Ob die Grundlagen für eine individualrechtliche Sanktion eines Verstoßes gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG bereits gegeben sind (so LAG Berlin-Brandenburg, 15. Kammer, Teilurteil vom 09.01.2013 – 15 Sa 1635/12, BB 2013, 435, Juris, **a. A.:** LAG

Berlin-Brandenburg, 7. Kammer, Urteil vom 16.10.2012 - 7 Sa 1182/12, ArbRB 2013,41, Juris) oder vom Gesetzgeber erst noch geschaffen werden müssen, um einen Missbrauch der Leiharbeit zu verhindern, bedarf an dieser Stelle keiner Erörterung.

1.3.1.2 Ein anderes Ergebnis kommt auch nicht aus europarechtlichen Gründen in Betracht. Der Betriebsrat weist zwar zutreffend darauf hin, dass es ein Gebot zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts gibt; dies ist allseits anerkannt und mit deutschem Verfassungsrecht vereinbar (vgl. nur BAG, Beschluss vom 18.02.2003 – 1 ABR 2/02, BAGE 105, 32, mit weit. Nachw.). Lassen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang sowie Sinn und Zweck des Gesetzes mehrere Deutungen zu, von denen jedenfalls eine zu einem gemeinschaftsrechtskonformen Ergebnis führt, so ist eine Auslegung geboten, die mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang steht. – Der Betriebsrat verkennt jedoch, dass dieses Gebot nur innerhalb der Grenzen richterlicher Gesetzesauslegung Geltung entfaltet. Wie bei der verfassungskonformen Auslegung werden sie durch die allgemeinen Auslegungsregeln bestimmt. Die verfassungs- und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung darf zum Wortlaut und zum klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht in Widerspruch treten. Der Gehalt einer nach Wortlaut, Systematik und Sinn eindeutigen Regelung kann nicht im Wege der richtlinienkonformen Auslegung in sein Gegenteil verkehrt werden.

Die Berufungskammer folgt in dieser Frage der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts. Danach muss das innerstaatliche Gericht das nationale Recht soweit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auslegen, um das in der Richtlinie festgelegte Ziel zu erreichen und damit Art. 249 Abs. 3 EG zu genügen. Ermöglicht es das nationale Recht durch Anwendung seiner Auslegungsmethoden, eine in-

nerstaatliche Bestimmung so auszulegen, dass eine Kollision mit einer anderen Norm innerstaatlichen Rechts vermieden wird, sind die nationalen Gerichte verpflichtet, die gleichen Methoden anzuwenden, um das von der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen. - Die Verpflichtung zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung ist jedoch durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze, insbesondere durch den Grundsatz der Rechtssicherheit beschränkt. Sie darf nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts „contra legem“ dienen. Der Begriff der Auslegung „contra legem“ ist dabei funktionell zu verstehen und meint den Bereich, in dem eine richterliche Rechtsfortbildung unzulässig ist, weil sie eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers auf Grund eigener rechtspolitischer Vorstellungen ändern will und damit – nach deutschem Verfassungsrecht – die Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) verletzt (vgl. EuGH, Urteil vom 16.07.2009 – C-12/08 [Mono Car Styling], Juris; BAG, Urteil vom 17.11.2009 – 9 AZR 844/08, ArbR 2010, 193, Juris, Rn. 25 ff.; Beschluss vom 18.02.2003 – 1 ABR 2/02, BAGE 105, 32 – 58, Juris, Rn. 66, m. w. Nachw.).

Danach ermöglicht auch die „Leiharbeitsrichtlinie“ keine Auslegung des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG des Inhalts, dass die Vorschrift bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern eine Kontrolle der Vertragsgestaltung ermöglichen würde. Denn dies würde voraussetzen, dass das gefestigte – maßgeblich auf Wortlaut und Gesetzeszweck beruhende – Verständnis der „Einstellung“ im Sinne von § 99 BetrVG als durch die tatsächliche Arbeitsaufnahme gekennzeichnete Maßnahme in sein Gegenteil verkehrt würde. Dies kommt im Rahmen der nationalen Grundsätze der Gesetzesauslegung nicht in Betracht.

1.3.2 Der Betriebsrat war auch nicht deshalb berechtigt, die Zustimmung zur beabsichtigten Einstellung nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zu verweigern, weil die beabsichtigte Maßnahme im Widerspruch zu Bestimmungen des Tarifvertrages zum Einsatz von Leih-/Zeitarbeitnehmern für die bayerische Metall- und Elektroindustrie stünde. Entgegen der Auffassung des Betriebsrats ist aus § 2 Nr. 1 des Tarifvertrages i. V. m. der nachfolgenden Protokollnotiz nicht das grundsätzliche Verbot zu entnehmen, Leiharbeitnehmer auf Dauerarbeitsplätzen einzusetzen.

Das Beschwerdegericht folgt der Einschätzung des Arbeitsgerichts, dass die Protokollnotiz keine Rechtspflicht statuiert. Es ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Tarifvertragsparteien nach dem gewählten Wortlaut nur eine unverbindliche Einschätzung, nicht aber eine Tarifnorm schaffen wollten. Andere Auslegungskriterien, die sein Verständnis der Protokollnotiz stützen würde, hat auch der Betriebsrat nicht aufgezeigt.

1.3.3 Soweit der Betriebsrat schließlich geltend gemacht hat, die Zustimmungsverweigerung sei wegen eines Verstoßes gegen § 242 BGB berechtigt, so kann ihm bereits deshalb nicht gefolgt werden, weil er sich zur Begründung seiner Verweigerung weder im Schreiben vom 23.12.2011 noch im Schreiben vom 22.06.2012 auf diese Vorschrift oder auf den Gedanken des institutionellen Rechtsmissbrauchs gestützt hat. Ein Nachschieben von Zustimmungsverweigerungsgründen nach Ablauf der Wochenfrist ist im Verfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG aber grundsätzlich unzulässig. Denn durch die gewählte Begründung konkretisiert sich der Gegenstand des von der Arbeitgeberin durchzuführenden Zustimmungsersetzungsverfahrens. Sie muss sich nur mit den vom Betriebsrat bezeichneten Verweigerungsgründen auseinandersetzen; die Vorschriften über Form und Frist in § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG dienen der alsbaldigen Klarheit und der Rechtssicherheit. Sie ermöglichen der Arbeitgeberin abzuschätzen, ob die Begründung des Betriebsrats zutrifft und ob begründete Aussicht darauf besteht, die Zustimmung vom Gericht ersetzt zu erhalten. Folglich kommt es nur auf die Berechtigung der rechtzeitig und formgerecht vorgebrachten Gründe an

und nicht darauf, ob der Betriebsrat die Zustimmung zu Recht hätte verweigern können (vgl. BAG, Beschluss vom 03.07.1984 – 1 ABR 74/82, BAGE 46, 158; Beschluss vom 17.11.2010 – 7 ABR 120/09, DB 2011, 200).

Der Einwand des institutionellen Rechtsmissbrauchs ist dem Betriebsrat im vorliegenden Verfahren damit verwehrt.

2. Zu Recht hat das Arbeitsgericht auch festgestellt, dass die vorläufige Einstellung aus sachlichen Gründen dringend erforderlich gewesen sei.
 - 2.1 Eine vorläufige Maßnahme ist vom Gericht nur dann aufzuheben, wenn sie offensichtlich nicht aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war. Bei objektiver Beurteilung der Sachlage muss also klar zu erkennen gewesen sein, dass kein dringender sachlicher Grund vorgelegen hat. Es muss sich um eine grobe Verkennung der sachlich-betrieblichen Notwendigkeit der vorläufigen Durchführung der Personalmaßnahme gehandelt haben (vgl. BAG, Beschluss vom 07.11.1977 – 1 ABR 55/75, BAGE 29, 345).
 - 2.2 Zu Recht ist das Arbeitsgericht davon ausgegangen, dass die vorläufige Einstellung nicht aufzuheben war. Die Einschätzung, ein (unstreitig) dauerhaft bestehender Arbeitsplatz in der Produktion müsse vor Abschluss des Zustimmungseretzungsverfahrens besetzt werden, ist plausibel und kommt so als grobe Verkennung der betrieblichen Notwendigkeiten durch die Antragstellerin nicht in Betracht.

III.

Die Rechtsbeschwerde war gemäß §§ 92 Abs. 1, 72 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 ArbGG zuzulassen.

Der Antragstellerin steht dieses Rechtsmittel mangels Beschwer gleichwohl nicht zur Verfügung.

Der Betriebsrat kann die Rechtsbeschwerde nach Maßgabe der folgenden Rechtsmittelbelehrung einlegen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss kann der Betriebsrat Rechtsbeschwerde einlegen.

Für die Antragstellerin ist gegen diesen Beschluss kein Rechtsmittel gegeben.

Die Rechtsbeschwerde muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Beschlusses.

Die Rechtsbeschwerde muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

- 30 -

Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Rechtsbeschwerdeschrift und die Rechtsbeschwerdebegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Rechtsbeschwerdeeinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>