

LANDEsarBEITsGERICHT NÜRNBERG

7 TaBV 15/13

4 BV 3/13

(Arbeitsgericht Bamberg - Kammer Coburg -)

Datum: 29.10.2013

Rechtsvorschriften: § 99 Absatz 2 BetrVG, § 1 AÜG

Leitsatz:

Mit der Einfügung des Satzes 2 in § 1 AÜG hat der Gesetzgeber kein Verbot von Arbeitnehmerüberlassung geschaffen, die über einen "vorübergehenden" Einsatz hinausgeht. Weder der Gesetzeswortlaut noch die Gesetzesbegründung lassen diese Auslegung zu (entgegen Bundesarbeitsgericht - 7 ABR 91/11).

Im Bereich der bayerischen Metall- und Elektroindustrie haben die Tarifvertragsparteien die zulässige Dauer der Arbeitnehmerüberlassung jedenfalls dadurch geregelt, dass der Entleiher nach 18 Monaten Überlassung zu prüfen hat, ob eine Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis möglich ist, und nach 24 Monaten ein Übernahmeangebot abzugeben hat.

Beschluss:

1. Der Beschluss des Arbeitsgerichts Bamberg vom 23.04.2013 wird abgeändert.
2. Die Zustimmung des Antragsgegners zur befristeten Einstellung von Herrn D... H... wird ersetzt.
3. Es wird festgestellt, dass die Einstellung von Herrn D... H... aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war.
4. Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.
5. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

- 2 -

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten um die Ersetzung der Zustimmung zu einer Einstellung und die Dringlichkeit der Einstellung.

Die Antragstellerin bietet weltweit Druckluftsysteme an. Sie beschäftigt am Standort C... mehr als 1.600 Mitarbeiter. Der Antragsgegner ist der in C... bestehende Betriebsrat.

In der U... im Bereich Service Deutschland wurde zum 01.08.2012 eine Stelle frei, da der bis dahin dort beschäftigte Mitarbeiter der Antragstellerin Herr P... auf eine andere Position versetzt wurde.

Die Antragstellerin hörte den Antragsgegner mit Schreiben vom 05.09.2012 zur Einstellung von Herrn D... H... an. Herr H... ist Arbeitnehmer des Zeitarbeitsunternehmens P.... Der Einsatz begann am 01.10.2012, war für ca. vier Monate geplant und wurde wie beabsichtigt durchgeführt.

Unter dem 21.01.2013 führte die Antragstellerin eine innerbetriebliche Stellenausschreibung durch. Wegen des Wortlauts wird auf die in Kopie vorgelegte Stellenausschreibung Bezug genommen (Bl. 42/43 d.A.).

Mit Schreiben vom 24.01.2013 teilte die Antragstellerin dem Antragsgegner mit, sie beabsichtige, Herrn H... in der Position „Sachbearbeiter U... Abteilung: Kundendienst“ einzustellen. Als Einsatzzeit gab die Antragstellerin den Zeitraum 01.02.2013 bis 28.02.2014 an. Zur Vergütung enthielt die Anhörung den Vermerk: Eingruppierung K...: EG 6A“. In einem weiteren Schreiben an den Antragsgegner vom selben Tag kündigte die Antragstellerin an, sie werde Herrn H... im Wege einer vorläufigen personellen Einzelmaßnahme weiterhin einsetzen. Hierzu führte sie aus, mit dem Betrieb der U...-Stationen sei ein neues Marktsegment erschlossen worden, das zur Sicherung und Steigerung des Serviceumsatzes sehr wichtig sei. Die Anzahl der Lieferverträge sei gestiegen. Es bestünden ca. 150 Energielieferungsverträge und ca. 40 Full-Service-Verträge. Bei den Full-Service-Verträgen seien auch Aufgaben zu bearbeiten, die aus der fünfjährigen Gewährleistungsfrist für die baulichen Anlagen resultieren könnten, d.h., dass nicht nur technische Prob-

leme bei den Kompressorsystemen erkannt und behoben werden müssten. Auch Mängel an den Gebäuden oder Gebäudeteilen der Kompressorstationen könnten und würden von Kunden reklamiert. Für die Aufgaben seien eine abgeschlossene mindestens dreijährige Berufsausbildung und eine einschlägige fachspezifische Erfahrung erforderlich. Hierzu zähle auch ein vorhandenes Beziehungswissen zu den Wirkungsweisen einer Druckluftstation und möglichen Fehlerquellen. Um die stets zunehmende Zahl von Verträgen zeitnah bearbeiten zu können, sei der weitere Einsatz von Herrn H... dringend erforderlich. Herr H... habe sich aufgrund seiner praktischen Serviceerfahrungen schnell in die neuen Aufgaben eingearbeitet. Ohne dieses profunde Wissen über Druckluftsysteme im realen Betrieb sei das effiziente Ausführen dieser Tätigkeit mit der dahinter liegenden Haftung nicht möglich und verantwortbar. Ferner führte die Antragstellerin in ihrem Schreiben aus, am 23.01.2013 habe die Kick-Off-Verantaltung zu dem neuen Projekt im Service Deutschland stattgefunden. Dabei gehe es um die Erstellung einer „Remote-Service-Konzeption“ in Zusammenarbeit mit SAP. Das Projekt solle in 14 Monaten abgeschlossen sein. Bei diesem Projekt solle Herr H... stark eingebunden sein.

Der Antragsgegner teilte der Antragstellerin am 31.01.2013 mit, sie stimme der Einstellung von Herrn H... nicht zu und bestreite, dass die Maßnahme dringend erforderlich sei. Der Antragsgegner begründete dies damit, dass die Stellenbeschreibung der Angabe der Wertigkeit des Arbeitsplatzes bedürfe. Ferner handele es sich um die Besetzung eines Dauerarbeitsplatzes, weshalb ihm, dem Antragsgegner, ein Mitbestimmungsrecht im Hinblick auf die Einhaltung der Betriebsvereinbarung bzw. der gelebten Auswahlrichtlinien zustehe. Der Antragsgegner machte darüber hinaus geltend, § 1 AÜG normiere ausdrücklich, dass die Arbeitnehmerüberlassung nur vorübergehend erfolgen könne. Es entspreche der Zielsetzung des Gesetzgebers, Arbeitsplätze nur dann mit Leiharbeitskräften zu besetzen, wenn dies zur Deckung eines vorübergehenden Bedarfs erforderlich sei. Der Antragsgegner vertrat in seinem Schreiben vom 31.01.2013 die Auffassung, die Arbeitnehmer B... und W... würden durch die fehlende Berücksichtigung ihrer internen Bewerbung benachteiligt. Internen Bewerbern sei der Vorzug zu geben.

Es werde schließlich auch Herr H... benachteiligt, weil er lediglich im Rahmen eines Leiharbeitsverhältnisses und befristet beschäftigt werden solle.

Dringende betriebliche Erfordernisse für die Durchführung der personellen Maßnahme

seien nicht ersichtlich.

Die Antragstellerin leitete am 04.02.2013 beim Arbeitsgericht Bamberg das vorliegende Beschlussverfahren ein, mit dem sie primär die Feststellung begehrte, dass die Zustimmung des Antragsgegners zur Einstellung von Herrn H... als erteilt gelte. Hilfsweise beantragte sie, die Zustimmung des Antragsgegners zur Einstellung des Herrn H... zu erteilen. Ferner begehrte die Antragstellerin die Feststellung, dass die Einstellung von Herrn H... aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war.

Mit Beschluss vom 23.04.2013 wies das Arbeitsgericht die Anträge zurück. Es begründete seine Entscheidung im Anschluss an die Rechtsprechung des Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg damit, dass die Einstellung des Herrn H... gegen ein in § 1 Absatz 1 Satz 2 AÜG normiertes gesetzliches Verbot verstoße.

Der Beschluss wurde der Antragstellerin am 24.04.2013 zugestellt. Die Antragstellerin legte gegen den Beschluss am 23.05.2013 Beschwerde ein und begründete sie am 26.07.2013. Bis dahin war die Beschwerdebegründungsfrist verlängert worden.

Die Antragstellerin verfolgt mit ihrer Beschwerde ihr bisheriges Antragsziel weiter.

Sie führt aus, die Zustimmungsverweigerung des Antragsgegners sei unbeachtlich. Die vom Antragsgegner vorgebrachten Argumente seien willkürlich bzw. offensichtlich unbegründet, so dass die Zustimmung als erteilt gelte.

Zumindest seien die Hilfsanträge begründet.

Bei § 1 Absatz 1 Satz 2 AÜG handele es sich nicht um ein Verbotsgesetz. Im Übrigen sei der Einsatz von Herrn H... vorübergehend. Der Begriff „vorübergehende Überlassung“ sei auf das Tätigwerden des Leiharbeitnehmers zu beziehen und nicht arbeitsplatzbezogen zu sehen.

Die Antragstellerin macht geltend, Herr H... erhalte dieselben Arbeitsbedingungen wie ein bei ihr angestellter Arbeitnehmer. Die Leiharbeit werde somit nicht zur Umgehung tariflicher Arbeitsbeziehungen missbraucht.

Die Beteiligte zu 1 beantragt:

1. Der Beschluss des Arbeitsgerichts Bamberg – Kammer Coburg – vom 23. April 2013, Az. 4 BV 3/13 wird abgeändert.
2. Es wird festgestellt, dass die Zustimmung des Betriebsrats (Beschwerdegegner) zur befristeten Einstellung des Zeitarbeitnehmers, Herrn D... H..., als erteilt gilt. Hilfsweise wird beantragt:
3. Die vom Betriebsrat (Beschwerdegegner) verweigerte Zustimmung zur befristeten Einstellung vom 31. Januar 2013 des Zeitarbeitnehmers Herrn D... H..., wird ersetzt.
4. Es wird festgestellt, dass die Einstellung des Zeitarbeitnehmers, Herrn D... H..., aus sachlichen Gründen dringend geboten war.

Der Beteiligte zu 2 beantragt,

die Anträge der Beschwerdeführerin zurückzuweisen.

Der Antragsgegner macht geltend, seine Zustimmung zur Einstellung des Herrn H... gelte nicht als erteilt.

Darüber hinaus habe er die Zustimmung zu Recht verweigert.

Es liege der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Absatz 2 Nr. 1 BetrVG vor. Es entspreche der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, dass der Betriebsrat seine Zustimmung zur Einstellung eines Leiharbeitnehmers verweigern dürfe, wenn dieser nicht nur vorübergehend eingesetzt werden solle. Herr H... sei nicht nur vorübergehend eingestellt worden. Die Besetzung eines Dauerarbeitsplatzes sei nicht vorübergehend. Der Richtlinie 2008/104 EG könne entnommen werden, dass die Leiharbeit der Förderung der Flexibilität dienen solle. Diese Flexibilität werde jedoch bei der Besetzung von Dauerarbeitsplätzen nicht benötigt. Da mit dieser Zielsetzung auch mehrere aneinandergereihte Arbeitnehmerüberlassungen nicht vereinbar seien, sei auch diese unzulässig. Auch das mit Art. 6 der Richtlinie verfolgte Ziel, Leiharbeitnehmern den Zugang zu unbefristeten Arbeitsverhältnissen im Entleiherbetrieb zu ermöglichen, würde mit der Zulassung einer dauerhaften Besetzung von Dauerarbeitsplätzen mit Leiharbeitnehmern faktisch vereitelt.

Der Antragsgegner macht geltend, es liege auch der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Absatz 2 Nr. 3 BetrVG vor. Die Arbeitnehmer B... und W... hätten einen Rechtsanspruch auf eine bevorzugte Berücksichtigung. Beide hätten sich auf die Stelle beworben, beide seien für die Stelle geeignet.

Eine Benachteiligung im Sinne des § 99 Absatz 2 Nr. 3 BetrVG ergebe sich auch aus der Befürchtung, die Antragstellerin werde den früher mit einem Stammarbeitnehmer besetzten Arbeitsplatz mit einem Leiharbeitnehmer besetzen und demzufolge werde es zu einem Austausch von Stammpersonal kommen.

Ein Zustimmungsverweigerungsgrund ergebe sich aus § 99 Absatz 2 Nr. 5 BetrVG. Die interne Stellenausschreibung sei unvollständig, da sie keine Angabe enthalte, wie sie eingruppiert sei. Dem Laien sei es aufgrund des schwierigen tarifvertraglichen Vergütungssystems nicht möglich, anhand der Stellenbeschreibung die Vergütungsgruppe zu erkennen.

Die Zustimmungsverweigerung werde zudem auf § 99 Absatz 2 Nr. 2 BetrVG gestützt. Es liege eine gelebte Auswahlrichtlinie vor. Der Antragsgegner trägt vor, die Antragstellerin habe bis 2008 jahrelang befristet eingestellte Arbeitnehmer nach Ablauf der Befristung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen. Seit 2008 würden nahezu keine neuen Stammarbeitnehmer mehr übernommen. Alle bis dahin bestehenden befristeten Verträge seien entfristet und zum Zeitarbeitsunternehmen P... überführt worden. Die Antragstellerin habe ihren Personalbedarf in der Folge über dieses oder anderweitig zwischengeschaltete Zeitarbeitsunternehmen gedeckt. Anlässlich einer Unterredung zwischen den Betriebsparteien seien bestimmte Rahmenbedingungen hinsichtlich des Einsatzes von Leiharbeitnehmern der Firma P... festgelegt worden. Unter anderem sei vereinbart worden, dass Stammarbeitsplätze sowie neu zu besetzende Arbeitsplätze vorrangig wieder mit Stammarbeitnehmern besetzt und erst dann die Einstellung von Leiharbeitnehmern erfolgen solle. Dies sei von der Antragstellerin auf einer Betriebsversammlung vom 05.07.2008 bekanntgegeben worden. Mit Schreiben vom 18.09.2008 habe die Antragstellerin sodann detaillierte Bedingungen für den Einsatz von Leiharbeitnehmern mitgeteilt. Wegen des Inhalts der Mitteilung wird auf die vorgelegte Kopie Bezug genommen (Bl. 82 d.A.). Die Antragstellerin habe auch in der Vergangenheit nach dieser Auswahlrichtlinie gehandelt. So habe sich auf die von der Leiharbeitnehmerin Frau S... besetzte Stelle Herr

- 7 -

Wo... beworben und sei zum 01.08.2011 dort eingesetzt worden. Frau S... sei deshalb nicht mehr auf diesem Arbeitsplatz eingesetzt worden.

Der Antragsgegner führt aus, da sich die Einstellung des Herrn H... als rechtswidrig und rechtsmissbräuchlich erweise, könne nicht festgestellt werden, dass die Einstellung aus sachlichen Gründen dringend geboten sei. Es sei der Antragstellerin ohne weiteres möglich gewesen, Herrn H... als eigenen Mitarbeiter einzustellen.

Eine Beweisaufnahme hat nicht stattgefunden.

II.

Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist statthaft, § 87 Absatz 1 BetrVG, sowie form- und fristgerecht eingelegt worden, § 98 Absatz 2 ArbGG.

Die Beschwerde ist teilweise begründet.

Die Beschwerde hat keinen Erfolg, soweit die Antragstellerin festgestellt wissen will, dass die Zustimmung als erteilt gilt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der das erkennende Gericht folgt, muss der Betriebsrat, der einer personellen Einzelmaßnahme seine Zustimmung verweigern will, erkennen lassen, dass er von seiner Befugnis, aus den im Gesetz genannten Gründen die Zustimmung zu verweigern, Gebrauch macht. Die von ihm angeführten Zustimmungsverweigerungsgründe müssen daher den gesetzlichen Zustimmungsverweigerungsgründen noch irgendwie zuzuordnen sein, von deren Sinn und Zweck gedeckt werden. Diesem Erfordernis ist dann genügt, wenn die vom Betriebsrat für die Verweigerung seiner Zustimmung vorgetragene Begründung es als möglich erscheinen lässt, dass einer der in § 99 Absatz 2 BetrVG abschließend genannten Zustimmungsverweigerungsgründe geltend gemacht wird. Nur eine Begründung, die offensichtlich auf keinen dieser Verweigerungsgründe Bezug nimmt, ist unbeachtlich mit der Folge, dass die Zustimmung des Betriebsrats als erteilt gilt. Auch diese Anforderungen lassen dem Arbeitgeber ein begrenztes Vorprüfungsrecht dahin, ob die Zustimmungsverweigerung beachtlich ist. Gleiches würde jedoch auch dann gelten, wenn man nur eine rechtsmissbräuchliche Zustim-

mungsverweigerung für unbeachtlich halten wollte (vgl. Bundesarbeitsgericht – Beschluss vom 26.01.1988 – 1 AZR 531/86 – BAGE 57/242 und NZA 1988/476).

Diesen Anforderungen wird das Schreiben des Antragsgegners vom 31.01.2013 gerecht.

In dem Schreiben wird zwar nicht auf die jeweiligen Ziffern in § 99 Absatz 2 BetrVG Bezug genommen. Die Einwendungen des Antragsgegners in dem Schreiben können indes ohne weiteres dem Gesetzestext zugeordnet werden. Ohne dass an dieser Stelle bereits zu prüfen ist, ob dem Antragsgegner ein Zustimmungsverweigerungsrecht zustand, wird die Zustimmungsverweigerung doch auf Gründe gestützt, die in § 99 Absatz 2 BetrVG aufgeführt sind. So stützt der Antragsgegner seine Verweigerung auf § 99 Absatz 2 Nr. 5 BetrVG. Außerdem beruft sich der Antragsgegner auf § 99 Absatz 2 Nr. 2 BetrVG, indem er geltend macht, die Maßnahme verstoße gegen eine „gelebte“ Auswahlrichtlinie. Die Zustimmungsverweigerung wird ferner ersichtlich mit § 99 Absatz 2 Nr. 1 BetrVG sowie § 99 Absatz 2 Nr. 3 BetrVG begründet. Schließlich beruft sich der Antragsgegner in seinem Schreiben vom 31.01.2013 inhaltlich auf § 99 Absatz 2 Nr. 4 BetrVG.

Danach liegt eine formell ordnungsgemäß verweigerte Zustimmung zur Einstellung von Herrn H... vor. Der Hauptantrag der Antragstellerin ist vom Erstgericht daher zu Recht zurückgewiesen worden.

Die verweigerte Zustimmung des Antragsgegners war zu ersetzen, § 99 Absatz 4 BetrVG. Dem Antragsgegner steht ein Zustimmungsverweigerungsgrund nicht zur Seite.

Die Zustimmungsverweigerung kann nicht mit Erfolg auf § 99 Absatz 2 Nr. 5 BetrVG gestützt werden. Zwischen den Beteiligten ist unstrittig, dass die Antragstellerin den Arbeitsplatz, auf dem Herr H... beschäftigt wird, innerbetrieblich ausgeschrieben hat. Der Antragsgegner meint lediglich, die Stellenausschreibung genüge nicht den Anforderungen, die an sie zu stellen seien.

Das Gesetz enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen dazu, welche Anforderungen an Inhalt, Form und Frist einer Ausschreibung sowie deren Bekanntmachung zu stellen sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der das erkennende Gericht folgt, obliegt die konkrete Ausgestaltung allein dem Arbeitgeber. Näheres kann zwar in einer freiwilligen Betriebsvereinbarung geregelt werden; eine solche Betriebsvereinbarung be-

steht vorliegend indes nicht. Die Mindestanforderungen an Inhalt und Form einer Ausschreibung ergeben sich aus ihrem Zweck. Dieser geht dahin, die zu besetzende Stelle den in Betracht kommenden Arbeitnehmern zur Kenntnis zu bringen und ihnen die Möglichkeit zu geben, ihr Interesse an der Stelle kundzutun und sich darum zu bewerben. Aus der Ausschreibung muss daher hervorgehen, um welchen Arbeitsplatz es sich handelt und welche Anforderungen ein Bewerber erfüllen muss. Außerdem muss die Bekanntmachung so erfolgen, dass alle als Bewerber in Betracht kommenden Arbeitnehmer die Möglichkeit haben, von der Ausschreibung Kenntnis zu nehmen (vgl. Bundesarbeitsgericht – Beschluss vom 01.02.2011 – 1 ABR 79/09 = BAGE 137/106 und NZA 2011/703).

Diesen Anforderungen wird die Stellenausschreibung der Antragstellerin gerecht. Sie enthält insbesondere die Bezeichnung des Arbeitsplatzes bzw. die anfallenden Aufgaben und die erforderliche Qualifikation, die der Bewerber aufzuweisen hat. Weitere Informationen waren nicht erforderlich, insbesondere war die Antragstellerin nicht gehalten, die konkrete Vergütung mitzuteilen.

Ein Zustimmungsverweigerungsrecht ergibt sich nicht aus § 99 Absatz 2 Nr. 2 BetrVG. Es ist nicht ersichtlich, dass es im Betrieb der Antragstellerin eine Auswahlrichtlinie gibt, die die Antragstellerin verpflichtet, Stammarbeitsplätze und neu zu besetzende Arbeitsplätze auf jeden Fall vorrangig mit Stammarbeitnehmern zu besetzen und erst nachrangig mit Leiharbeitnehmern. Eine entsprechende Betriebsvereinbarung liegt nicht vor. Insbesondere behauptet dies der Antragsgegner selbst nicht. Es lässt sich auch eine entsprechende Regelungsabrede nicht feststellen. Der Antragsgegner trägt zwar vor, anlässlich einer Unterredung zwischen den Betriebsparteien habe er mit der Antragstellerin vereinbart, dass Stammarbeitsplätze sowie neu zu besetzende Stellen künftig vorrangig wieder mit Stammarbeitnehmern besetzt würden und erst dann die Einstellung von Leiharbeitnehmern erfolge. Ein freier Arbeitsplatz solle daher stets zunächst intern ausgeschrieben werden. Die Antragstellerin bestreitet dies. Der Antragsgegner hat nicht vorgetragen, wann die Vereinbarung geschlossen worden ist und welche genauen Absprachen hierbei getroffen wurden. Insbesondere lässt sich nicht erkennen, dass in der Vereinbarung eine Verpflichtung der Antragstellerin begründet werden sollte, die entsprechende Stelle in jedem Fall mit den internen Mitarbeitern zu besetzen, die sich auf die ausgeschriebene Stelle bewarben. Dies ergibt sich auch nicht aus dem vom Antragsgegner vorgelegten Informationsschreiben der Antragstellerin vom 18.09.2008 (Bl. 82 d.A.). Dort sind zwar unter

Ziffer 4) Regelungen enthalten, die als Auswahlrichtlinie ausgelegt werden können. Darin heißt es, vor dem Einsatz von P...-Zeitarbeitnehmern würden Versetzungsmöglichkeiten gleich gut geeigneter Arbeitnehmer aus anderen Bereichen im gleichen Betrieb ausgeschöpft. Unabhängig vom Einwand der Antragstellerin, sie sei wegen des Hinweises im Informationsschreiben, dass aus der Information keine Rechtsansprüche erwachsen, nicht gebunden, ist nicht erkennbar, dass die Entscheidung der Antragstellerin, die ausgeschriebene Stelle mit Herrn H... zu besetzen, gegen diese Richtlinie verstößt. Die Antragstellerin führt insoweit aus, die beiden Mitarbeiter, die sich beworben hätten, Herr B... und Herr W..., seien nicht gleich gut geeignet gewesen wie Herr H....

Bei der Prüfung, inwieweit ein Bewerber für die ausgeschriebene Stelle geeignet ist bzw. wer von den Bewerbern ein höheres Maß an Eignung aufweist, hat der Arbeitgeber einen Beurteilungsspielraum. Im gerichtlichen Verfahren hat der Arbeitgeber die objektiven Umstände vorzutragen, aus denen sich ergeben soll, dass eine Eignung der sich bewerbenden Mitarbeiter ausscheidet. Es unterliegt der gerichtlichen Kontrolle, ob die vom Arbeitgeber behaupteten Tatsachen vorliegen und ob sie den Schluss rechtfertigen, dass eine Eignung nicht gegeben ist (vgl. Bundesarbeitsgericht – Beschluss vom 22.01.1991 – 1 ABR 19/90 = AP Nr. 67 zu Art 12 GG und NZA 1991/675).

Gemessen hieran ist die Entscheidung der Antragstellerin, Herrn H... und nicht die bereits beschäftigten Mitarbeiter B... und W... auf der ausgeschriebenen Stelle einzusetzen, nicht zu beanstanden.

Nach den vorliegenden Feststellungen ist Herr W... gelernter Mechatroniker, Herr B... ist wie Herr H... Industriemechaniker. Zu den Kernkompetenzen eines Industriemechanikers gehören u.a. Wartung, Reparatur und Instandhaltung. Dies ist bei einem gelernten Mechatroniker nicht der Fall (s. Information der Bundesagentur für Arbeit, Berufenet unter „Industriemechaniker“ bzw. „Mechatroniker“). So führt der Antragsgegner auch selbst aus, Herr W... befinde sich in einer Weiterbildung. Herr B... ist zwar gelernter Industriemechaniker. Die Antragstellerin macht insoweit indes geltend, Herr H... habe in der Niederlassung in Schweden einschlägige Erfahrungen gesammelt. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Stelle des versetzten Herrn P... wiederbesetzt werden sollte, ist es nicht zu beanstanden, wenn die Antragstellerin sich dafür entschied, die Stelle mit einem Mitarbeiter zu besetzen, der bereits einschlägige Erfahrungen aufwies.

Die Zustimmung zur Einstellung von Herrn H... kann nicht aufgrund des § 99 Absatz 2 Nr. 4 BetrVG verweigert werden. Der Antragsgegner macht insoweit geltend, Herr H... werde durch die Maßnahme benachteiligt, da er nicht unbefristet eingestellt worden sei. Die Einstellung als solche ist keine Benachteiligung. Nachteilig, insbesondere im Vergleich zu anderen Mitarbeitern, können allenfalls die Arbeitsbedingungen sein, zu denen auch eine Befristung des Arbeitsverhältnisses gehört. Mit dieser Begründung kann der Betriebsrat die Zustimmung indes nicht verweigern, da der Betriebsrat bezüglich der arbeitsvertraglichen Bedingungen, von der richtigen Eingruppierung abgesehen, kein Mitbestimmungsrecht hat (vgl. Bundesarbeitsgericht – Beschluss vom 21.07.2009 – 1 ABR 35/08 = BAGE 131/250 und NZA 2009/1156; Fitting-Engels-Schmidt-Trebinger-Linsenmaier, Betriebsverfassungsrecht, 26. Auflage, RdNr. 245 zu § 99; Richardi, Betriebsverfassungsrecht, 13. Auflage, RdNr. 228 zu § 99).

Die Zustimmungsverweigerung kann auch nicht auf § 99 Absatz 2 Nr. 3 BetrVG gestützt werden. Insbesondere werden die Arbeitnehmer B... und W... durch die Einstellung von Herrn H... nicht benachteiligt.

Nachteile im Sinne dieser Vorschrift sind nicht unerhebliche Verschlechterungen in der tatsächlichen oder rechtlichen Stellung eines Arbeitnehmers. Dazu muss entweder ein Rechtsanspruch oder eine rechtlich erhebliche Anwartschaft auf die erstrebte Veränderung bestehen. Der Verlust einer Chance oder die Nichterfüllung der bloßen Erwartungen eines Arbeitnehmers genügt nicht (vgl. Bundesarbeitsgericht – Beschluss vom 17.11.2010 – 7 ABR 120/08 = AP Nr. 50 zu § 99 BetrVG 1972 Versetzung und NZA-RR 2011/415).

Gemessen hieran ist die Besorgnis unbegründet, Herr B... und Herr W... könnten Nachteile erleiden. Beide Mitarbeiter stehen in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis bei der Antragstellerin. Durch die Besetzung des frei gewordenen Arbeitsplatzes des Herrn P... werden die Arbeitsplätze der genannten Mitarbeiter nicht beeinträchtigt. Maßgebend ist vor allem auch, dass weder ein Rechtsanspruch noch eine rechtlich erhebliche Anwartschaft auf den ausgeschriebenen Arbeitsplatz bestand. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen zu § 99 Absatz 2 Nr.2 BetrVG Bezug genommen.

Ein Nachteil im Sinne der Nr. 3 ist auch nicht in der Befürchtung zu sehen, Arbeitsplätze, die bisher mit eigenen Mitarbeitern besetzt wurden, könnten künftig mit Leiharbeitnehmern besetzt werden (entgegen Fitting-Engels-Schmidt-Trebinger-Linsenmaier, Betriebs-

verfassungsrecht, 26. Auflage, RdNr. 220a zu § 99). Diese Auslegung negiert das grundsätzlich bestehende Recht des Unternehmens, im Rahmen der bestehenden Gesetze selbst zu bestimmen, wie der Arbeitskräftebedarf gedeckt wird. Der Einsatz von Leiharbeitnehmern ist ebenso wie befristete Arbeitsverträge Bestandteil der geltenden Rechtsordnung.

§ 99 Absatz 2 Nr. 3 BetrVG verlangt demgemäß konkrete Nachteile für die Beschäftigten des Betriebs. Solche sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist, wie bereits ausgeführt, nicht erkennbar, dass die Arbeitsplätze, die die Mitarbeiter W... und B... innehaben, oder andere Arbeitsplätze von der Einstellung des Herrn H... betroffen sind.

Vorliegend kommt hinzu, dass ein unbeschränkter Einsatz einzelner Leiharbeitnehmer bei der Antragstellerin infolge der tariflichen Regelungen nicht zulässig ist. Bei der Antragstellerin gelten die Tarifverträge für die bayerische Metall- und Elektroindustrie. Gemäß § 4 des Tarifvertrags vom 22.5.2012 zum Einsatz von Leih-/Zeitarbeitnehmern für die bayerische Metall- und Elektroindustrie (TR 5/10 – 300 ab 169) hat der Entleiher nach 18 Monaten Überlassung zu überprüfen, ob er dem Leiharbeitnehmer einen unbefristeten Vertrag anbieten kann, nach 24 Monaten ist grundsätzlich ein unbefristeter Arbeitsplatz anzubieten.

Die Zustimmungsverweigerung lässt sich nicht gemäß § 99 Absatz 2 Nr. 1 BetrVG begründen.

Allerdings hat das Bundesarbeitsgericht festgestellt, § 1 Absatz 1 Satz 2 AÜG verbiete die nicht mehr vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung und der Betriebsrat des Entleiherbetriebs könne nach § 14 Absatz 3 Satz 1 AÜG, § 99 Absatz 2 Nr. 1 BetrVG die Zustimmung zur Übernahme verweigern, wenn der Entleiher beabsichtige, einen Leiharbeitnehmer mehr als vorübergehend zu beschäftigen (Bundesarbeitsgericht – Beschluss vom 10.07.2013 – 7 ABR 91/11; juris).

Zur Begründung führt das Bundesarbeitsgericht aus, § 1 Absatz 1 Satz 2 AÜG verbiete die mehr als nur vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher. Die Bestimmung definiere nicht lediglich den Anwendungsbereich des AÜG; auch stelle sie nicht lediglich eine Beschreibung oder einen unverbindlichen Programmsatz dar. Vielmehr handele es sich um eine verbindliche Rechtsnorm, die von den Rechtsunterworfenen und

den Gerichten zu beachten sei. Der Wortlaut des § 1 Absatz 1 Satz 2 AÜG gebiete kein bestimmtes Ergebnis. Der Umstand, dass der Gesetzgeber sprachlich den indikativen Modus gewählt habe, obwohl eine imperative Formulierung (z.B. „hat vorübergehend zu erfolgen“, „muss vorübergehend sein“, „darf nur vorübergehend erfolgen“) unschwer möglich gewesen wäre, könne allerdings dafür sprechen, dass die Bestimmung lediglich beschreibenden und keinen normativ bindenden Charakter habe. Zwingend sei das jedoch nicht. Vielmehr verende der Gesetzgeber des Öfteren auch für bindende Gebote den Indikativ, beispielsweise in Art. 3 Absatz 1 GG oder in den §§ 26 Absatz 1, 27 Absatz 1 Satz 1 BetrVG. Der Wortlaut des § 1 Absatz 1 Satz 2 AÜG lasse daher ohne Weiteres auch ein Verständnis zu, wonach die Arbeitnehmerüberlassung vorübergehend zu erfolgen habe.

Für den normativen, verbindlichen Charakter des § 1 Absatz 1 Satz 2 AÜG sprächen entscheidend der Charakter sowie der Sinn und Zweck der Regelung. Im Regelfall sei davon auszugehen, dass sich gesetzliche Regelungen nicht in folgenlosen Beschreibungen erschöpfen. Das gelte auch für § 1 Absatz 1 Satz 2 AÜG. Die Regelung verlöre ihren Sinn als gesetzliche Norm, wenn sie im Falle des Vorliegens einer nicht mehr vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung keine Bedeutung hätte. Wenn aber davon auszugehen sei, dass mit dieser Bestimmung, wie auch sonst bei Gesetzen, die über bloße Definitionen oder Fiktionen hinausgingen, überhaupt etwas geregelt werden solle, so bestehe der Regelungsinhalt darin, dass die nicht mehr nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung unterbunden werden solle. Auch der aus den Gesetzesmaterialien erkennbare Wille des Gesetzgebers sei dahin gegangen, die nicht mehr vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung unabhängig von der bei Inkrafttreten des Missbrauchsverhinderungsgesetzes geltenden Rechtslage zu verbieten. Der Gesetzgeber habe mit dem Missbrauchsverhinderungsgesetz und damit auch mit der Einfügung von § 1 Absatz 1 Satz 2 AÜG Unionsrecht „vollständig, eins zu eins“ umsetzen wollen. Dabei sei er davon ausgegangen, die Umsetzung der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit erfordere Änderungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, weil sie Arbeitnehmerüberlassung als vorübergehend definiere. Vor diesem Hintergrund habe er mit § 1 Absatz 1 Satz 2 AÜG eine Regelung eingefügt, die „der Klarstellung“ diene, „dass das deutsche Modell der Arbeitnehmerüberlassung“ diesen Vorgaben entspreche. Das bedeute nach den Vorstellungen des Gesetzgebers: „Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz regelt ein auf vorübergehende Überlassungen angelegtes Modell der

Arbeitnehmerüberlassung, bei dem die Überlassung an den jeweiligen Entleiher ... vorübergehend ist“. Es habe also eine gesetzliche Regelung geschaffen werden sollen, die mehr als vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung ausschließe. Dass diese Regelung der Klarstellung diene, ändere daran nichts. Ohne eine normative Wirkung der Neuregelung liefe eine derartige Klarstellung ins Leere.

Das erkennende Gericht vermag sich dieser Rechtsprechung nicht anzuschließen. Weder der Wortlaut noch Sinn und Zweck des § 1 Absatz 1 Satz 2 AÜG lassen die Auslegung zu, der Gesetzgeber habe eine Überlassung von Leiharbeitnehmern, die den Begriff „vorübergehend“ nicht mehr erfülle, verbieten wollen.

Wie das Bundesarbeitsgericht selbst ausführt, enthält das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz in seiner jetzigen Fassung keinen Hinweis darauf, ob und welche Rechtsfolgen es haben solle, wenn eine Arbeitnehmerüberlassung nicht oder nicht mehr als vorübergehend anzusehen sei. Weder hat der Gesetzgeber bestimmt, dass dann eine Arbeitnehmerüberlassung nicht vorliege und das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht anzuwenden sei, noch findet sich ein Anhaltspunkt dafür, dass beispielsweise die Rechtsfolge des § 10 Absatz 1 Satz 1 AÜG eintreten solle. Erst recht gibt es keinen irgendwie gearteten Anhaltspunkt dafür, dass es dann unzulässig wäre bzw. würde, den betreffenden Leiharbeiter tatsächlich zu beschäftigen.

Aus der Begründung des Gesetzesentwurfs vom 17.02.2011 (BT-Drucksache 17/4804) ergibt sich nichts anderes. Ihr lässt sich insbesondere nicht entnehmen, dass § 1 Absatz 1 Satz 2 AÜG das Ziel verfolgt, die Unzulässigkeit von Leiharbeit zu bewirken, die über einen „vorübergehenden“ Zeitraum hinausgeht. Vielmehr ergibt sich aus der Gesetzesbegründung, dass die Aufnahme des Satzes 2 der Klarstellung dessen diene, dass das deutsche Modell der Arbeitnehmerüberlassung der europarechtlichen Vorgabe entspreche (vgl. Besonderer Teil, zu Art. 1 Nr. 2 Buchstabe a). Die Richtlinie 2008/104/EG enthält in Art. 3 keine Zulässigkeitsvoraussetzungen, sondern trägt die Überschrift „Begriffsbestimmungen“. Danach ist ein Leiharbeitsunternehmen eine natürliche oder juristische Person, die nach einzelstaatlichem Recht mit Leiharbeitnehmern Arbeitsverträge schließt oder Beschäftigungsverhältnisse eingeht, um sie entleihenden Unternehmen zu überlassen, damit sie dort unter deren Aufsicht und Leitung vorübergehend arbeiten. „Leiharbeiter“ ist ein Arbeitnehmer, der mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag

geschlossen hat oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen ist, um einem entleihenden Unternehmen überlassen zu werden und dort unter dessen Aufsicht und Leitung vorübergehend zu arbeiten. Der Schwerpunkt dieser Definition liegt nicht darin, dass ein Einsatz vorübergehend ist. Vielmehr ist entscheidend, dass der Zweck des Arbeitsvertrags bzw. des Beschäftigungsverhältnisses nicht die Beschäftigung des Mitarbeiters im eigenen Unternehmen, dem Leiharbeitsunternehmen, ist, sondern die Überlassung an einen fremden Arbeitgeber. Zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass, wie es das Bundesverfassungsgericht ausdrückt, kennzeichnend für die Arbeitnehmerüberlassung die Trennung von Arbeitnehmerüberlassungsverhältnis und arbeits- und sozialversicherungsrechtlichem Beschäftigungsverhältnis ist (vgl. Bundesverfassungsgericht – Beschluss vom 06.10.1987 – 1 BvR 1086/82, 1 BvR 1468/82, 1 BvR 1623/82 = BVerfGE 77/84 und NZA 1989/28). Diese Überlassung ist typischerweise vorübergehend, nämlich solange beim Entleiher ein entsprechender Bedarf besteht. Dementsprechend ist in der Gesetzesbegründung ausgeführt, der Begriff „vorübergehend“ werde im Sinne der Leiharbeitsrichtlinie als flexible Zeitkomponente verstanden und insbesondere auf genau bestimmte Höchstüberlassungsfristen verzichtet.

Allerdings ergibt sich aus der Gesetzesbegründung auch, dass die Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes den Zweck hatte, den missbräuchlichen Einsatz von Arbeitnehmerüberlassung zu unterbinden. Damit kam der Gesetzgeber der Anforderung des Art. 5 Absatz 5 RL 2008/104/EG nach.

Um das Problem des missbräuchlichen Einsatzes der Arbeitnehmerüberlassung zu lösen, wurden verschiedene gesetzliche Änderungen vorgenommen. Zu nennen ist hier zunächst die Einführung der sog. Drehtürklausel. Damit soll der missbräuchliche Einsatz der Arbeitnehmerüberlassung in den Fällen ausgeschlossen werden, in denen Arbeitnehmer aus dem sie beschäftigenden Unternehmen ausscheiden und innerhalb von sechs Monaten als Leiharbeitnehmer wieder in ihrem ehemaligen Unternehmen oder einem anderen Unternehmen des selben Konzerns zu schlechteren Bedingungen eingesetzt werden. Hierzu hat der Gesetzgeber die §§ 3 Absatz 1 Nr. 3 und 9 Nr. 2 AÜG geändert. Gleichzeitig wurde die Möglichkeit, zuvor arbeitslose Leiharbeitnehmer für die Dauer von sechs Wochen zu einem Nettoarbeitsentgelt in Höhe des zuletzt gezahlten Arbeitslosengeldes zu beschäftigen, als mit der Leiharbeitsrichtlinie nicht vereinbar gestrichen. Ferner wurden Art. 6 Absatz 1, Absatz 3 und Absatz 4 der Richtlinie umgesetzt, indem die §§ 13a und

13b in das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz aufgenommen wurden sowie § 9 AÜG um die Nummer 5 ergänzt wurde.

Schließlich wurde § 16 AÜG ergänzt, indem drei neue Ordnungswidrigkeitentatbestände eingefügt wurden. Dies erfolgte im Hinblick auf Art. 10 RL 2008/104/EG.

Der Gesetzgeber hat demgemäß die einzelnen Änderungen erklärtermaßen jeweils im Hinblick auf die sich aus der Richtlinie ergebenden Anforderungen geändert und angepasst und insoweit zu erkennen gegeben, dass er eine Rechtsänderung vornehmen wollte. Lediglich die Aufnahme des Satzes 2 in § 1 AÜG hat er damit begründet, er bezwecke eine Klarstellung. Dies impliziert, dass insoweit eine neue Rechtslage nicht geschaffen werden sollte. Entsprechend lautete die Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Dr. R... B... auf die Anfragen der Abgeordneten J... K...:

„Entsprechend dem Wesen einer Klarstellung ist eine Änderung der bestehenden Rechtslage nicht beabsichtigt. Demnach ist auch weiterhin eine nicht von vornherein zeitlich befristete Überlassung von Zeitarbeitnehmern möglich.“

Dies stimmt mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs überein, wonach die Richtlinie 1999/70/EG vom 28. Juni 1999 über befristete Arbeitsverträge und die am 18. März 1999 geschlossene Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang dieser Richtlinie weder auf das befristete Arbeitsverhältnis zwischen einem Leiharbeiter und einem Leiharbeitsunternehmen noch auf das befristete Arbeitsverhältnis zwischen einem Leiharbeiter und einem entleihenden Unternehmen anwendbar sind (Europäischer Gerichtshof – Urteil vom 11.04.2013 – C-290/12 = NZA 2013/495; juris).

Etwas anderes ergibt sich schließlich nicht aus dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderungen. Zwar ist es zutreffend, dass die Änderung des § 1 Absatz 1 Satz 2 AÜG erst am 01.12.2011 in Kraft getreten ist. Dies gilt indes für alle Änderungen mit Ausnahme der Drehtürklausel in den §§ 3 und 9 AÜG und der sich auf diese Neuregelungen beziehenden Übergangsvorschrift des § 19 AÜG.

Ein Verbot, einen Leiharbeiter zeitlich unbefristet einzusetzen, oder gar die Annahme, ein Dauerarbeitsplatz dürfe überhaupt nicht mit einem Leiharbeiter besetzt werden, lässt sich auch Art. 5 Absatz 5 RL 2008/104/EG nicht entnehmen. Darin ist nicht der Auftrag an den nationalen Gesetzgeber enthalten, aufeinander folgende Überlassungen generell zu verhindern. Vielmehr geht es um solche, mit denen die Bestimmungen der

Richtlinie umgangen werden sollen. Dies sind insbesondere die bezüglich der Arbeitsbedingungen, wie sie in Art. 5 Absatz 1 bis 4 der Richtlinie genannt werden. Dies wird durch Art. 2 der Richtlinie bestätigt, wonach deren Ziel nicht ein Verbot der Leiharbeit ist, sondern, für den Schutz der Leiharbeiter zu sorgen und die Qualität der Leiharbeit zu verbessern, in dem u.a. die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern gemäß Art. 5 gesichert wird.

Darüber hinaus würde sich ein Verbot einer dauerhaften Leiharbeit nachteilig für die Gruppe der Leiharbeiter auswirken. Insoweit ist das Bundesarbeitsgericht zu zitieren:

„Die Gesamtkonzeption des AÜG gebietet es nicht, im Falle eines Verstoßes gegen das Gleichstellungsgebot bereits die Übernahme des Leiharbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers als solche zu unterbinden. Vielmehr widerspräche es gerade dem Sinn und Zweck des AÜG, wenn die Einstellung in einem solchen Fall gänzlich unterbliebe. Erst durch die Übernahme in den Entleiherbetrieb ergibt sich für den Leiharbeiter die Möglichkeit, die bei Verletzung des Gleichstellungsgebots bestehenden Ansprüche nach § 10 Satz 4 AÜG oder gar im Falle einer späteren Rücknahme oder des Widerrufs der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 AÜG die Fiktion des Zustandekommens eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher nach § 10 Absatz 1 Satz 1 2. HS AÜG geltend zu machen. Unterbliebe die Einstellung überhaupt, hätte der Leiharbeiter diese Möglichkeiten nicht. Die Nichtübernahme würde seine Position nicht verbessern, sondern seinen schützenswerten Interessen gerade zuwiderlaufen“ (vgl. Bundesarbeitsgericht – Beschluss vom 21.07.2009 – 7 ABR 35/08 = BAGE 131/250 und NZA 2009/1156).

Dagegen stellt das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 10.07.2013 offensichtlich darauf ab, dass die kollektiven Interessen der betroffenen, heißt der Belegschaft des Entleiherbetriebs gewahrt werden sollen. Dieser Gesichtspunkt ist indes im Rahmen des § 99 Absatz 2 Nr. 3 BetrVG zu prüfen und läuft im Übrigen dem Sinn und dem Ziel sowohl der Richtlinie als auch dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz zuwider, Leiharbeiter zu schützen. Damit wird der Schutzzweck auf den Kopf gestellt.

Dass der Gesetzgeber darauf verzichtet, Rechtsfolgen für einen bestimmten Tatbestand zu regeln, ist nicht ungewöhnlich. So enthält das Nachweisgesetz keinerlei Rechtsfolgen für den Fall, dass der Arbeitgeber entgegen seiner gesetzlichen Pflicht (§ 2) die wesentli-

chen Vertragsbedingungen nicht schriftlich niederlegt, obwohl gemäß § 5 NachwG diese Verpflichtung unabdingbar ist. Es ist indes nicht Aufgabe der Recht sprechenden Gewalt, den Gesetzgeber zu korrigieren.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts steht die Anwendung und Auslegung der Gesetze durch die Gerichte mit dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Absatz 3 GG in Einklang, wenn sie sich in den Grenzen vertretbarer Auslegung und zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung bewegt. Art. 2 Absatz 1 GG gewährleistet in Verbindung mit Art. 20 Absatz 3 GG dem Einzelnen, dass ihm gegenüber ergehende Entscheidungen diesen Anforderungen genügen. Zu den Aufgaben der Rechtsprechung gehört die Rechtsfortbildung. Von daher ist auch eine analoge Anwendung einfachgesetzlicher Vorschriften sowie die Schließung von Regelungslücken von Verfassungs wegen grundsätzlich nicht zu beanstanden. Rechtsfortbildung stellt keine unzulässige richterliche Eigenmacht dar, sofern durch sie der erkennbare Wille des Gesetzgebers nicht beiseite geschoben und durch eine autark getroffene richterliche Abwägung der Interessen ersetzt wird.

Richterliche Rechtsfortbildung darf hingegen nicht dazu führen, dass die Gerichte ihre eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen. Die Aufgabe der Rechtsprechung beschränkt sich vielmehr darauf, den vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck eines Gesetzes unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen oder eine planwidrige Regelungslücke mit den anerkannten Auslegungsmethoden zu füllen. Eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den Wortlaut des Gesetzes hintanstellt und sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein (vgl. Bundesverfassungsgericht – Urteil vom 11.07.2012 – 1 BvR 3142/07 und 1 BvR 1569/08 = DB 2012/1618 und NJW 2012/3081).

Gemessen an diesen Grundsätzen sieht das erkennende Gericht die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung als überschritten an, wenn aus der Änderung des § 1 Absatz 1 AÜG Rechtsfolgen abgeleitet werden, für die nicht nur der geänderte Gesetzeswortlaut keinen Anhaltspunkt bietet, sondern denen der erklärte gesetzgeberische Wille entgegensteht.

Darüber hinaus ist im vorliegenden Fall der Einsatz des Herrn H... als „vorübergehend“

anzusehen. Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 10.07.2013 offen gelassen, wann ein Einsatz nicht oder nicht mehr „vorübergehend“ ist. Vorliegend endet der vorübergehende Einsatz jedenfalls nicht vor Ablauf von 18 Monaten. Bei der Antragstellerin gelten die Tarifverträge für die bayerische Metall- und Elektroindustrie. Gemäß § 4 des Tarifvertrags vom 22.5.2012 zum Einsatz von Leih-/Zeitarbeitnehmern für die bayerische Metall- und Elektroindustrie (TR 5/10 – 300 ab 169) hat der Entleiher nach 18 Monaten Überlassung zu überprüfen, ob er dem Leiharbeitnehmer einen unbefristeten Vertrag anbieten kann. Nach dieser tarifvertraglichen Wertung ist jedenfalls im Anwendungsbereich des genannten Tarifvertrags davon auszugehen, dass „vorübergehend“ nicht vor Ablauf von 18 Monaten endet. Der geplante Einsatz von Herrn H... beträgt auch unter Berücksichtigung der Vorbeschäftigung lediglich 17 Monate.

Da somit ein Zustimmungsverweigerungsgrund nicht gegeben ist, war die Zustimmung zur Einstellung des Herrn H... zu ersetzen.

Die vorläufige Einstellung von Herrn H... war dringend erforderlich, § 100 Absatz 1 BetrVG.

Dabei kann dahinstehen, ob die Mitarbeit von Herrn H... an dem Projekt „Remote-Service-Konzeption“ erforderlich ist, insbesondere ob Herr H..., was der Antragsgegner bestreitet, an dem Projekt beteiligt ist. Die Einstellung von Herrn H... war erforderlich, um die freigewordenen Stelle des Herrn P... zu besetzen. Der Antragsgegner führt selbst aus (Schriftsatz vom 18.03.2013, S. 9; Bl. 74 d.A.), dass der Bereich „Team Fernüberwachung“ mit zwei Mitarbeitern unterbesetzt sei. Der Antragsgegner bestreitet insbesondere nicht, dass das Arbeitsaufkommen in diesem Bereich dringend die Besetzung der dritten Stelle erforderte. Er macht vielmehr geltend, der Antragstellerin wäre es möglich gewesen, Herrn H... als eigenen Mitarbeiter einzustellen. Damit wendet er sich nicht gegen das Erfordernis, dass die Stelle besetzt wird, sondern beansprucht die Mitentscheidung der Frage, wer auf der Stelle eingesetzt werden soll. Dies ist indes keine Frage der Dringlichkeit.

Soweit der Antragsgegner ausführt, die Stelle sei bereits seit 01.08.2012 frei gewesen, ist festzustellen, dass Herr H... bereits seit 01.10.2012 auf dieser Stelle beschäftigt wird. Aus dem Vorbringen des Antragsgegners ergibt sich insbesondere nicht, inwiefern sich die Antragstellerin bei der Stellenbesetzung zögerlich verhalten hat.

Die Einstellung von Herrn H... war daher als dringlich anzusehen.

Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, §§ 92 Absatz 1, 72 Absatz 2 ArbGG. Die Entscheidung weicht zwar in der Begründung von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ab. Sie beruht indes nicht darauf. Auch wegen grundsätzlicher Bedeutung war die Rechtsbeschwerde nicht zuzulassen. Der Begriff „vorübergehend“ bedarf zwar nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts einer grundsätzlichen Klärung. Vorliegend enthält indes der Tarifvertrag zur Leiharbeit einschlägige Regelungen bezüglich der zulässigen Dauer der Überlassung der einzelnen Leiharbeitnehmer.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben; auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Weißenfels
Vorsitzende Richterin
am Landesarbeitsgericht

Dr. Schmölz
ehrenamtliche Richterin

Leikauf-Götz
ehrenamtlicher Richter