

## LANDESARBEITSGERICHT NÜRNBERG

### 3 TaBV 29/13

4 BV 10/13

(Arbeitsgericht Bamberg - Kammer Coburg -)

Datum: 09.05.2014

Rechtsvorschriften: § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG; Art. 5 Abs. 5 RL 2008/104/EG

Leitsatz:

Ein Verbot, einen Leiharbeiter zeitlich unbefristet einzustellen, oder gar die Annahme, ein Dauerarbeitsplatz dürfe überhaupt nicht mit einem Leiharbeiter besetzt werden, lässt sich aus Art. 5 Abs. 5 RL 2008/104/EG nicht entnehmen.

---

### Beschluss:

1. Der Beschluss des Arbeitsgerichts Bamberg – Kammer Coburg – vom 30. Juli 2013, Az.: 4 BV 10/13 wird in Ziffer 3 abgeändert.
2. Die Zustimmung des Beteiligten zu 2. zur befristeten Einstellung vom 24. April 2013 des Zeitarbeitnehmers Herr J... W... wird ersetzt.
3. Es wird festgestellt, dass die Einstellung des Zeitarbeitnehmers Herr J... W... aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war.
4. Die Zustimmung des Beteiligten zu 2. zur befristeten Einstellung vom 24. April 2013 der Zeitarbeiterin Frau D... L... wird ersetzt.
5. Es wird festgestellt, dass die Einstellung der Zeitarbeiterin Frau D... L... aus sachlichen Gründen dringend geboten war.
6. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

- 2 -

## Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten im Berufungsverfahren nur noch um die Ersetzung der Zustimmung von 2 Einstellungen und deren Dringlichkeit.

Die Beteiligte zu 1. bietet weltweit Druckluftsysteme an. Sie beschäftigt am Standort C... mehr als 1.600 Mitarbeiter. Der Beteiligte zu 2. ist der in C... bestehende Betriebsrat. Die Arbeitgeberin schrieb die nunmehr mit den Zeitarbeitnehmern vorläufig besetzten Stellen zunächst intern aus, ohne die tarifliche Entgeltgruppe, nach der die Tätigkeit vergütet werden sollte, anzugeben.

Mit Schreiben vom 22.04.2013, dem Betriebsrat am gleichen Tag zugegangen, unterrichtete die Arbeitgeberin den Betriebsrat über die beabsichtigte, bis zum 30.11.2014 befristete Einstellung der Leiharbeiterin D... L... als Sachbearbeiterin im strategischen Einkauf, nachdem Frau L... seit dem 06.11.2012 befristet auf dieser Stelle eingesetzt war. Die Arbeitgeberin fügte die Mitteilung, dass auf das Arbeitsverhältnis zwischen Zeitarbeiterin und Verleihfirma ein Tarifvertrag Anwendung findet, die Stellenbeschreibung, die Eingruppierung eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers sowie die Stellungnahme der Agentur für Arbeit vom 19.04.2013, wonach kein geeigneter schwerbehinderter Bewerber gemeldet ist, bei. Gleichzeitig informierte die Arbeitgeberin den Betriebsrat darüber, dass sie die Einstellung ab dem 03.05.2013 vorläufig durchführen werde. Wegen des genauen Inhalts dieses Unterrichtungsschreiben und der Anlagen wird Bezug genommen auf die Anlage AS 1 und 2 zur Antragschrift vom 29.04.2013 (Bl. 53 ff. d.A.).

Mit Schreiben vom 22.04.2013, dem Betriebsrat am gleichen Tag zugegangen, unterrichtet die Arbeitgeberin den Betriebsrat über die beabsichtigte, bis zum 30.11.2014 befristete Einstellung des Leiharbeitnehmers S... W... als Mitarbeiter Service-Werkstatt in der Abteilung Service Support. Die Arbeitgeberin fügte die Mitteilung, dass auf das Arbeitsverhältnis zwischen Zeitarbeitnehmern und Verleihfirma ein Tarifvertrag Anwendung findet, die Stellenbeschreibung, die Eingruppierung eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers sowie die Stellungnahme der Agentur für Arbeit vom 19.04.2013, wonach kein geeigneter schwerbehinderter Bewerber gemeldet ist, bei. Gleichzeitig informierte die Arbeitgeberin

den Betriebsrat darüber, dass sie die Einstellung ab dem 03.05.2013 vorläufig durchführen werde. Wegen des genauen Inhalts dieses Unterrichtungsschreiben und der Anlagen wird Bezug genommen auf die Anlage AS 4 und 5 zur Antragschrift vom 29.04.2013 (Bl. 66 ff. d.A.).

Mit Schreiben vom 22.04.2013, dem Betriebsrat am gleichen Tag zugegangen, unterrichtete die Arbeitgeberin den Betriebsrat über die beabsichtigte, bis zum Ende der Schwangerschaft und der sich anschließenden Elternzeit von Frau R..., maximal aber bis zum 30.04.2015 befristeten Einstellung der Leiharbeiterin G... B... als Sachbearbeiterin Serviceaufträge in der Abteilung Kundendienst Deutschland. Die Arbeitgeberin fügte die Mitteilung, dass auf das Arbeitsverhältnis zwischen Zeitarbeitnehmern und Verleihfirma ein Tarifvertrag Anwendung findet, die Stellenbeschreibung, die Eingruppierung eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers sowie die Stellungnahme der Agentur für Arbeit vom 19.04.2013, wonach kein geeigneter schwerbehinderter Bewerber gemeldet ist, bei. Gleichzeitig informierte die Arbeitgeberin den Betriebsrat darüber, dass sie die Einstellung ab dem 03.05.2013 vorläufig durchführen werde.

Wegen des genauen Inhalts des Unterrichtungsschreibens und der Anlagen wird Bezug genommen auf die Anlagen AS 4 und 5 zur Antragschrift vom 29.04.2013 = Bl. 66 f. d.A.

Auf Einladung mit E-Mail vom 23.04.2013 unter Nennung der Tagesordnung beschloss der Einstellungsausschuss in seiner Sitzung am 24.04.2014, den Einstellungen nicht zuzustimmen und der vorläufigen Durchführung der personellen Maßnahmen zu widersprechen. Im Einzelnen berief sich der Betriebsrat auf die Zustimmungsverweigerungsgründe des § 99 Abs. 2 Nr. 1, 2, 3 und 5 BetrVG. Der Betriebsrat führt aus, dass in der innerbetrieblichen Stellenausschreibung die Entgeltgruppe nicht angegeben gewesen sei, so dass keine ordnungsgemäße Stellenausschreibung vorgelegen habe. Weiter wies der Betriebsrat darauf hin, dass die Einstellung gegen § 1 Abs. 1 AÜG sowie gegen eine gelebte Auswahlrichtlinie verstoße, wonach Stammarbeitsplätze nicht mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollen. Schließlich sah der Betriebsrat in der Einstellung von Herrn W... eine Benachteiligung von Herrn B... und Herrn Ch..., die als interne Bewerber nicht berücksichtigt worden sein sollen.

Die Zustimmungsverweigerungen und die Widersprüche zur vorläufigen Durchführung vom 24.04.2013 (vgl. Anlagen AS 3, 6 und 9 zur Antragschrift vom 29.04.2013 = Bl. 61, 75, 87 ff. d.A.) gingen der Arbeitgeberin am 24.04.2013 zu. Mit Antragschrift vom 29.04.2013, am gleichen Tag beim Arbeitsgericht Bamberg – Kammer Coburg - eingegangen, leitete die Arbeitgeberin das vorliegende Beschlussverfahren ein.

Die Arbeitgeberin hat erstinstanzlich vorgetragen, die Zustimmungen zu den beabsichtigten Einstellungen seien zu ersetzen und es sei festzustellen, dass die vorläufige Durchführung aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war. Weiter war die Arbeitgeberin der Ansicht, dass der Betriebsrat seine Zustimmungsverweigerung nicht auf einen Verstoß gegen § 1 Abs. 1 AÜG stützen könne. Schließlich war sie noch der Ansicht, dass die Angabe einer Entgeltgruppe in der innerbetrieblichen Stellenausschreibung nicht erforderlich sei.

Die Arbeitgeberin hat erstinstanzlich beantragt:

Die vom Betriebsrat (Antragsgegner) verweigerte Zustimmung zur befristeten Einstellung vom 24. April 2013 des Zeitarbeitnehmers, Herrn J... W..., wird ersetzt.

Es wird festgestellt, dass die Einstellung des Zeitarbeitnehmers, Herrn J... W..., aus sachlichen Gründen dringend geboten war.

Die vom Betriebsrat (Antragsgegner) verweigerte Zustimmung zur befristeten Einstellung vom 24. April 2013 der Zeitarbeiterin, Frau D... L..., wird ersetzt.

Es wird festgestellt, dass die Einstellung der Zeitarbeiterin, Frau D... L..., aus sachlichen Gründen dringend geboten war.

Die vom Betriebsrat (Antragsgegner) verweigerte Zustimmung zur befristeten Einstellung vom 24. April 2013 der Zeitarbeiterin, Frau G... B..., wird ersetzt.

Es wird festgestellt, dass die Einstellung der Zeitarbeiterin, Frau G... B..., aus sachlichen Gründen geboten war.

Demgegenüber hat der Betriebsrat beantragt, die Anträge zurückzuweisen.

Er hat erstinstanzlich vorgetragen, dass die Einstellungen insbesondere gegen § 1 Abs. 1 AÜG verstoßen.

Mit Beschluss vom 30.07.2013 hat das Arbeitsgericht Bamberg – Kammer Coburg – die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zur befristeten Einstellung vom 24. April 2013 der Zeitarbeiterin Frau G... B... ersetzt. Gleichzeitig hat es festgestellt, dass die Einstellung der Zeitarbeiterin Frau G... B... aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war. Im Übrigen hat das Arbeitsgericht Bamberg – Kammer Coburg – die Anträge zurückgewiesen.

Es begründete seine abweisende Entscheidung in Anlehnung an die Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg damit, dass die Einstellung gegen ein in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG normiertes gesetzliches Verbot verstoßen würde.

Der Beschluss des Arbeitsgerichts Bamberg – Kammer Coburg – vom 30.07.2013 ist der Beteiligten zu 1) am 02.08.2013 zugestellt worden. Die Beschwerdeschrift vom 29.08.2013 ist beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am 29.08.2013 eingegangen. Die Beschwerdebegründung vom 31.10.2013 ist am 31.10.2013 beim Landesarbeitsgericht Nürnberg eingegangen, nachdem die Begründungsfrist bis zum 04.11.2013 verlängert worden war.

Die Beschwerdeführerin meint, entgegen der Auffassung des Ausgangsgerichtes erweise sich die Einstellung der beiden Zeitarbeiter Herrn J... W... und Frau D... V... nicht als gesetzeswidrig. Insbesondere liege kein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG vor. Der Betriebsrat habe kein Zustimmungsverweigerungsrecht gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. Bei § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG handele es sich um kein Verbotsgesetz. Auch wenn das Bundesarbeitsgericht zuletzt kein Verbotsgesetz im technischen Sinne fordere, müsse in der Norm hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen, dass die Einstellung selbst verhindert werden solle. Einen Zustimmungsverweigerungsgrund nehme das Bundesarbeitsgericht nur an, wenn der Zweck der Verbotsnorm nur dadurch erreicht werden könne, dass die Einstellung insgesamt unterbleibe. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG regle weder eine

Höchstdauer der zulässigen Arbeitnehmerüberlassung noch eine Rechtsfolge, die eintrete, wenn die Überlassung dauerhaft erfolgen solle. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG ordne kein Verbot an, sondern beinhalte schlicht die Feststellung, dass die Arbeitnehmerüberlassung vorübergehend erfolge. Ein explizites Verbot dessen, was demgegenüber unzulässig oder unwirksam sein solle, geschweige denn im Gesetz geregelte Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen ein solches Verbot, suche man im AÜG vergebens. Damit werde in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG lediglich deklaratorisch die Tatsache erwähnt, dass die Arbeitnehmerüberlassung nach dem in der Bundesrepublik Deutschland praktizierten Modell typischerweise vorübergehend stattfindet (LAG Niedersachsen vom 14.11.2012, 12 TaBV 62/12).

Auch die Richtlinie 2008/104/EG vom 19.11.2008 gebe keine Veranlassung zu einer Auslegung, die von der Auslegung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG abweiche. Im Übrigen verstoße die befristete Einstellung von Herrn J... W... und Frau D... V... nicht gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, in der ab dem 01.12.2011 geltenden Fassung. Weder durch das AÜG, noch durch die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 19.11.2008 über Leiharbeit solle der Einsatz auf einem Dauerarbeitsplatz verhindert werden.

Das Wort „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG beziehe sich auf das Wort „Überlassung“. Nach dem Duden habe der Begriff „überlassen“ unter anderem die Bedeutung „auf etwas (den Gebrauch, den Nutzen von etwas) zugunsten einer anderen Person (vorübergehend) zu verzichten, es ihr zur Verfügung zu stellen“. Bei der Arbeitnehmerüberlassung überlasse eine Person der anderen Person ihren Arbeitnehmer. Es werde kein Arbeitsplatz verliehen. Damit beziehe sich die Überlassung auf das Tätigwerden des Zeitarbeitnehmers beim Entleiher und nicht auf den Ort der Tätigkeit. Entscheidend sei auch, dass der zeitliche Einsatz der Zeitarbeitnehmer beschränkt sei auf zwei Jahre. Danach müsse den Zeitarbeitnehmern ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bei der Antragstellerin angeboten werden. Von einem Missbrauch könne daher nicht gesprochen werden. Zudem könne nach heutigem Stand nicht sicher beurteilt werden, dass die Arbeitsplätze über den 30.11.2014 hinaus bei der Antragstellerin existieren. Deshalb könne nicht davon gesprochen werden, dass es sich um einen Dauerarbeitsplatz für „immer und ewig“ handele.

Letztlich verkenne das Ausgangsgericht auch, dass § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG keine Sanktion vorsehe. Hinsichtlich der Einstellung von Frau D... V... bedurfte es keiner Angabe der Eingruppierung, nachdem es sich vorliegend um die Einstellung einer Zeitarbeiterin handele. Es gebe bei der Antragstellerin auch keine Auswahlrichtlinien gemäß § 95 BetrVG, weder in Form einer Betriebsvereinbarung noch in Form einer Regelungsabrede. Aus diesem Grund gebe es auch keine „Vereinbarung zwischen den Parteien, dass Stammarbeitsplätze nicht mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollen“. Ebenso liege im Falle der Einstellung von Herrn J... W... keine Benachteiligung von Herrn Ba... sowie Herrn Ch... vor. Die vorläufige Einstellung der Zeitarbeiterin Frau D... V... und Herrn J... W... sei auch aus sachlichen Gründen dringend gemäß § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG erforderlich.

Die Beteiligte zu 1) beantragt daher:

Der Beschluss des Arbeitsgerichts Bamberg – Kammer Coburg – vom 30. Juli 2013, Az. 4 BV 10/13 wird in Ziffer 3 abgeändert.

Die vom Betriebsrat (Beschwerdegegner) verweigerte Zustimmung zur befristeten Einstellung vom 24. April 2013 des Zeitarbeitnehmers, Herr J... W..., wird ersetzt.

Es wird festgestellt, dass die Einstellung des Zeitarbeitnehmers, Herr J... W..., aus sachlichen Gründen dringend geboten war.

Die vom Betriebsrat (Beschwerdegegner) verweigerte Zustimmung zur befristeten Einstellung vom 24. April 2013 der Zeitarbeiterin, Frau D... L..., wird ersetzt.

Es wird festgestellt, dass die Einstellung der Zeitarbeiterin, Frau D... L..., aus sachlichen Gründen dringend geboten war.

Demgegenüber beantragt der Beteiligte zu 2), die Anträge zurückzuweisen.

Er meint, der Beschwerde sei nicht stattzugeben. Das erstinstanzliche Gericht habe zu Recht die Zustimmungen zu den Einstellungen der Leiharbeiterin D... V... und J... W... nicht ersetzt.

Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2) stelle § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG ein Verbotsgesetz dar, bei dessen Verstoß der Betriebsrat seine Zustimmung zu einer personellen Maßnahme verweigern dürfe. Das Bundesarbeitsgericht führe in seiner Entscheidung vom 10.07.2013, 7 ABR 91/11, wie folgt aus:

„2. Nach 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG erfolgt die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher vorübergehend. Die Vorschrift verbietet die mehr als nur vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmern. Das ergibt sich aus ihrem Charakter als Rechtsnorm. Die Regelung verlöre ihren Sinn als gesetzliche Norm, wenn sie im Falle einer nicht mehr vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung keine Bedeutung hätte. Auch der aus den Gesetzesmaterialien erkennbare Wille des Gesetzgebers ging dahin, die nicht mehr vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung zu verbieten.

3. Die Vorschrift ist mit diesem Inhalt verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie bedarf zwar der Konkretisierung, ist aber nicht zu unbestimmt. In die Berufsfreiheit von Verleihern oder Entleihern ist nicht unzulässig eingegriffen. Die Regelung dient sowohl dem Schutz der Leiharbeiter als auch dem kollektiven Interesse der Belegschaft des Entleiherbetriebs, deren Spaltung begrenzt werden soll.

4. Unionsrecht steht ebenfalls nicht entgegen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Leiharbeitsrichtlinie die Auslegung gebietet, jedenfalls verbietet sie sie nicht. Die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 der Grundrechtscharta ist nicht verletzt.

5. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG ist ein Verbotsgesetz i.S.v. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. Die Bestimmung schränkt die Organisationsgewalt des Arbeitgebers, die Belegschaft in bestimmter Weise zusammenzusetzen, ein. Ihr Zweck kann nur erreicht werden, wenn die Einstellung insgesamt unterbleibt. Unerheblich ist, ob in den Fällen der nicht mehr nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und Leiharbeiter besteht.“

Das BAG führe insbesondere aus, dass die unternehmerische Freiheit dem nicht entgegen stehe.

Leider führe das BAG nichts aus zum Begriff „vorübergehende“. In der Entscheidung könne dahingestellt bleiben, wie der Begriff „vorrübergehende“ zu konkretisieren sei, da jedenfalls bei der dem BAG vorliegenden Fallgestaltung keine vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung mehr vorlag.

Der Entscheidung des BAG könne aber entnommen werden, dass der Begriff „vorübergehend“ entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1) sich auch danach beurteile, ob ein Dauerarbeitsplatz besetzt werden soll. Es bestehe somit durchaus ein Bezug zum Arbeitsplatz.

Die Beteiligte zu 1) habe den Beteiligten zu 2) bereits mit Schreiben vom 26.10.2012 zu einer beabsichtigten, für knapp 6 Monate befristeten Einstellung um Zustimmung ersucht. Zudem sei dargelegt worden, dass es bei der Beteiligten zu 1) üblich sei, Leiharbeitnehmer ständig befristet einzustellen und deren Arbeitsverhältnisse nahtlos vielfach zu verlängern.

Eine Beweisaufnahme hat nicht stattgefunden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des beiderseitigen Parteivorbringens insbesondere im Berufungsverfahren wird auf die vorliegenden Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

## II.

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

Die Beschwerde ist in vollem Umfang begründet.

Zunächst ist festzustellen, dass das Erstgericht die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zur befristeten Einstellung vom 24. April 2013 hinsichtlich der Zeitarbeiterin G... B... ersetzt hat.

Darüber hinaus wurde festgestellt, dass deren Einstellung dringend erforderlich war.

Nachdem der Beteiligte zu 2) hinsichtlich dieser Zustimmungsersetzungsentscheidung keine Anschlussbeschwerde eingelegt hat, ist der Beschluss des Erstgerichts hinsichtlich der Person von Frau Ba... rechtskräftig geworden.

Im Beschwerdeverfahren war daher nur noch über die Einstellung der Zeitarbeitnehmer J... W... und D... L... zu entscheiden.

Insoweit war die verweigerte Zustimmung der Beteiligten zu 2) zu ersetzen, § 99 Abs. 4 BetrVG. Dem Beteiligten zu 2) steht ein Zustimmungsverweigerungsgrund nicht zur Seite.

Die Zustimmungsverweigerung kann nicht mit Erfolg auf § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG gestützt werden.

Im vorliegenden Fall hat der Betriebsrat seine Zustimmungsverweigerung für beide Arbeitnehmer inhaltsgleich darauf gestützt, dass eine Stellenausschreibung der Angabe der Wertigkeit bedürfe und der Tätigkeitsbeschreibung allein eine beabsichtigte Eingruppierung nicht entnommen werden könne. Auf diese Problematik sei schon vielfach hingewiesen und um Abhilfe gebeten worden.

Nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG kann der Betriebsrat seine Zustimmung verweigern, wenn eine nach § 93 BetrVG erforderliche Ausschreibung im Betrieb unterblieben ist.

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 besteht 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 kund zu tun 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. BAG – Beschluss vom 01.02.2011 – 1 ABR 79/09 = BAGE 137/106 und NZA 2011/703).

Diesen Anforderungen wird die Stellenausschreibung der Beteiligten zu 1) 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 Beteiligte zu 1) nicht gehalten, die konkrete Vergütung mitzuteilen.

Ein Zustimmungsverweigerungsrecht ergibt sich auch nicht aus § 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG. Insoweit hat der Betriebsrat inhaltsgleich bei beiden Arbeitnehmern gerügt, dass die beabsichtigte Maßnahme gegen eine Betriebsvereinbarung bzw. gegen eine gelebte Auswahlrichtlinie verstoße, da Stammarbeitsplätze nicht mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollten. Nach § 99 Abs. 2 Ziffer 2 BetrVG kann der Betriebsrat die Zustimmung verweigern, wenn die personelle Maßnahme gegen eine Richtlinie nach § 95 BetrVG verstoßen würde.

Es ist nicht ersichtlich, dass es im Betrieb der Beteiligten zu 1) eine Auswahlrichtlinie gibt, die die Beteiligte zu 1) verpflichtet, Stammarbeitsplätze und neu zu besetzende Arbeitsplätze auf jeden Fall vorrangig mit Stammarbeitnehmern zu besetzen und das erst nachrangig mit Leiharbeitnehmern. Eine entsprechende Betriebsvereinbarung liegt nicht vor. Insbesondere behauptet dies der Beteiligte zu 2) selbst nicht. Es lässt sich auch eine entsprechende Regelungsabrede nicht feststellen.

Der Beteiligte zu 2) hat zwar erstinstanzlich vorgetragen, dass bezüglich des Einsatzes von Leiharbeitnehmern im Betrieb der Beteiligten zu 1) eine grundsätzliche Handhabung bzw. aus diesseitiger Sicht eine Regelungsabrede bestehe, wonach der Einsatz von befristeten Leiharbeitnehmern auf 4 Monate zu begrenzen sei und der Betriebsrat dann im Falle einer beabsichtigten Verlängerung des Einsatzes erneut zu beteiligen sei. Die Beteiligte zu 1) hat ausdrücklich bestritten, dass eine Zusage getroffen wurde, dass die Zeitar-

beitnehmer für maximal 4 Monate befristet würden. Auch im August 2008 sei in einer angeblichen Unterredung keine Zusage erteilt worden. Der Beteiligte zu 2) hat aufgrund des Bestreitens der Beteiligten zu 1) 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 Beteiligten zu 1) begründet werden sollte, dass die Einstellungen lediglich befristet auf etwa maximal 4 Monate erfolgen sollten. Insoweit hat der Beteiligte zu 2) keine Tatsachen vorgetragen, die diese Absprache konkret beweisen.

Das entsprechende Beweisangebot war als unzulässiger Ausforschungsbeweis zurückzuweisen.

Die Zustimmungsverweigerung kann bezüglich des Arbeitnehmers W... auch nicht auf § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG gestützt werden.

Insbesondere werden die Arbeitnehmer Ba... und Ch... nicht benachteiligt.

Nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG kann der Betriebsrat widersprechen, wenn die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, dass infolge der personellen Maßnahme im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer gekündigt werden oder sonstige Nachteile erleiden, ohne dass dies aus betrieblichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist; als Nachteil gilt bei unbefristeter Einstellung auch die Nichtberücksichtigung eines gleich geeigneten und befristeten ??? Beschäftigten.

Nachteile im Sinne dieser Vorschrift sind aber nicht nur 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. BAG – 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 Ba... und Herr Ch... könnten keine Nachteile erleiden. Beide Mitarbeiter stehen in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis bei der Beteiligten zu 1). Die Besetzung des freigewordenen Arbeitsplatzes, der Stelle von Frau P... M..., hat die Arbeitsplätze der genannten Mitarbeiter nicht beeinträchtigt. Maßgebend ist auch, dass weder ein Rechtsanspruch noch eine rechtlich erhebliche Anwartschaft auf den ausgeschriebenen Arbeitsplatz bestand. Insoweit hat die Beteiligte zu 1) auch vorgetragen, dass Herr Ba... bei einer Probearbeit im Bereich der Servicewerkstatt nicht überzeugen konnte, da ihm offensichtlich grundlegende Computerkenntnisse fehlten. Herr Ba... sei seit 01.04.1994 bis heute als Monteur in der Schraubenanlagenmontage bei der Beteiligten zu 1) tätig. Auch Herr Ch... sei aufgrund mangelnder Kenntnisse und Fähigkeiten für die Stelle fachlich nicht geeignet. Er sei im Bereich der Pulverbeschichtung tätig. Über die notwendigen kaufmännischen Kenntnisse verfüge Herr Ch... nicht. Aufgrund der fehlenden Eignung könnten beide Personen nicht für einen Einsatz auf die vorliegende Stelle in der Servicewerkstatt Abteilung Service Support in Betracht kommen. Den Ausführungen der Beteiligten zu 1) wurden von dem Beteiligten zu 2) in der Berufungsinstanz nicht mehr substantiiert widersprochen. Es war daher von der Richtigkeit des Vorbringens der Beteiligten zu 1) auszugehen.

Soweit der Betriebsrat bezüglich der Zeitarbeiterin L... wegen falscher Eingruppierung (Entgeltgruppe 5 statt Entgeltgruppe 6) widersprochen hat, ist festzustellen, dass es bei Frau D... L... der Angabe der Eingruppierung nicht bedurfte, nachdem es sich vorliegend um die Einstellung einer Zeitarbeiterin handelte. Im Übrigen hat der Beteiligte zu 2) substantiiert und von der Beteiligten zu 1) nicht mehr widersprochen vorgetragen, dass die korrekte Entgeltgruppe EG 5 sei.

Letztendlich lässt sich die Zustimmungsverweigerung auch nicht auf § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG begründen.

Insoweit wurde die Zustimmungsverweigerung für beide Zeitarbeiter auf § 99 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG gestützt.

Nach dieser Vorschrift erfolgt die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher vorübergehend.

Allerdings hat das Bundesarbeitsgericht festgestellt, § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG verbiete die nicht mehr vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung und der Betriebsrat des Entleiherbetriebes könne nach § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG die Zustimmung

zur Übernahme verweigern, wenn der Entleiher beabsichtige, einen Leiharbeitnehmer mehr als vorübergehend zu beschäftigen (BAG Beschluss vom 10.07.2013 – 7 ABR 91/11).

Zur Begründung führt das Bundesarbeitsgericht aus, § 1 Abs. 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 Abs. 1 Satz 1 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 verwende der Gesetzgeber des Öfteren auch für bindende Gebote den Indikativ, beispielsweise in Artikel 3 Abs. 1 GG oder in den §§ 26 Abs. 1, 27 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Der Wortlaut des § 1 Abs. 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 Abs. 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 Abs. 1 Satz 2 AÜG. Die Regelung verlöre ihren Sinn als gesetzliche Norm, wenn sie im Falle des Vorliegens einer nicht nur 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 hinaus gingen, überhaupt etwas geregelt werden sollte, 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 Abs. 1 Satz 2 AÜG Unionsrecht voll-

ständig eins zu eins umsetzen wollen. Dabei sei er davon ausgegangen, die Umsetzung der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit erfordere Änderungen im AÜG, weil sie Arbeitnehmerüberlassung als vorübergehend definiere. Vor diesem Hintergrund habe er mit § 1 Abs. 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 darin 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 Abs. 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 AÜG 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 AÜG nicht anzuwenden sei, noch findet sich ein Anhaltspunkt dafür, dass beispielsweise die Rechtsfolgen des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG eintreten sollen. Erst recht gibt es keinen irgendwie gearteten Anhaltspunkt dafür, dass es dann unzulässig wäre bzw. würde, die betreffenden Leiharbeitnehmer tatsächlich zu beschäftigen. Aus der Begründung des Gesetzesentwurfs vom 17.02.2011 (BT-Drucksache 17/4804) ergibt sich nichts anderes. Hier lässt sich insbesondere nicht entnehmen, dass § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG das Ziel verfolgt, die Unzulässigkeit von Leiharbeit zu bewirken, die über einen vorübergehenden Zeitraum hinausgeht. Vielmehr ergibt sich aus der Gesetzestextbegründung, dass die Aufnahme des Satzes zwei 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 Ar-

beitsverträge schließ 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 einen 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 Arbeitsvertrages 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 1486/82, 1 BVR 1464/82 = 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 „vorübergehende“ 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 AÜG den Zweck hatte, den missbräuchlichen Einsatz von Arbeitnehmerüberlassung zu unterbinden. Damit kam der Gesetzgeber der Anforderung des Art. 5 Abs. 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 sogenannten Drehtürklausel. Damit soll der missbräuchliche Einsatz der Arbeitnehmerüberlassung in den Fällen ausgeschlossen werden, in denen Arbeitnehmer aus den sie beschäftigenden Unternehmen ausscheiden und innerhalb von sechs Monaten als Leiharbeiter wieder in ihrem ehemaligen Unternehmen oder einem anderen Unternehmen des selben Konzerns zu schlechteren Besitzbedingungen eingesetzt werden. Hierzu hat der Gesetzgeber die §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 und 9 Nr. 2 AÜG geändert. Gleichzeitig wurde die Möglichkeit, zuvor arbeitslose Leiharbeiter für die Dauer von sechs Wochen zu einem Nettoarbeitsentgelt in Höhe des zuletzt gezahlten Ar-

beitslosengeldes zu beschäftigen, als mit der Leiharbeitslinie nicht vereinbar gestrichen. Ferner wurden Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 und Abs. 4 der Richtlinie umgesetzt, indem die §§ 13a und 13b in das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz aufgenommen wurden sowie § 9 AÜG um die Nr. 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 zwei 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 Staatssekretäres Dr RB... auf die Anfrage der Abgeordneten JK...: 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, und auch die Richtlinie 199/70/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 Leiharbeitnehmer und einem Leiharbeitsunternehmen noch auf das befristete Arbeitsverhältnis zwischen einem Leiharbeitnehmer und einem entleihender Unternehmer anwendbar sind (Europäischer Gerichtshof Urteil vom 11.04.2013 – C-290/12 = NZA 2013/495).

Etwas anderes ergibt sich schließlich nicht aus dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderungen. Zwar ist es zutreffend, dass die Änderung des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG erst ab 01.12.2011 in Kraft getreten ist. Dies gilt indes für alle Änderungen mit Ausnahme der Drehtürklausel in §§ 3 und 9 AÜG und der sich auf diese Neuregelungen beziehenden Übergangsvorschrift des § 19 AÜG. Ein Verbot, einen Leiharbeitnehmer zeitlich unbefristet einzusetzen oder gar die Annahme, ein Dauerarbeitsplatz dürfe überhaupt nicht mit einem Leiharbeitnehmer besetzt werden, lässt sich auch aus Art. 5 Abs. 5 RL 2008/105/105/EG nicht entnehmen. Darin ist nicht der Auftrag an den nationalen Gesetzgeber enthalten, aufeinanderfolgende Überlassungen generell zu verhindern. Vielmehr geht es um solche, mit denen die Bestimmungen der Richtlinien übergangen werden sol-

len. Dies sind insbesondere die bezüglich der Arbeitsbedingungen, wie sie in Art. 5 Abs. 1 bis 4 der Richtlinien genannt werden. Dies wird in Art. 2 der Richtlinien 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 unter anderen 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 im Betrieb des Entleiherers als solche zu unterbinden. Vielmehr widerspräche es gerade Sinn und Zweck des AÜG wenn die Einstellung in einem solchen Fall gänzlich unterbliebe. Erst durch die Übernahme des Entleiherbetriebs ergibt sich für den Leiharbeiter die Möglichkeit, die bei Verletzung des Gleichstellungsgebotes bestehenden Ansprüche nach § 10 Abs. 4 AÜG oder bei im Falle einer späteren Rücknahme oder des Widerrufs der Erlaubnis der Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 AÜG die Fiktion des Zustandekommens eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher nach § 10 Abs. 1 S. 1 2. Halbsatz AÜG geltend zu machen. Unterbliebe die Einstellung überhaupt, hätte der Leiharbeiter diese Möglichkeiten nicht. Die Nichtübernahme würde seine Position nicht verbessern, sondern seinen schutzwerten Interessen geradezu widerlaufen (vgl. BAG – Beschluss vom 21.07.2009 – 7 ABR 35/08 = BAGE 131/53 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 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG zu prüfen und läuft 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 wesentlichen Vertragsbedingungen nicht schriftlich niederlegt, obwohl gemäß § 5 Nachweisgesetz diese Verpflichtung unabdingbar ist. Es ist indes nicht Aufgabe der Rechtsprechung Gewalt, dem Gesetzgeber zu korrigieren.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts steht die Anwendung und Auslegung der Gesetze durch die Gerichte mit dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG in Einklang, wenn sie sich in den Grenzen vertretbarer Auslegung und zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung bewegt. Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet in Verbindung mit Art. 20 Abs. 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 einfach gesetzlicher Vorschriften sowie die Schließung von Regelungslücken von Verfassung wegen grundsätzlich nicht zu beanstanden. Rechtsfortbildung stellt keine unzulässige richterliche Eigenmacht dar, sofern durch sie der erkennbare Wille des Gesetzgebers nicht beiseite geschoben wird 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 anstelle 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 planwillige 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 legitimen 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 Abs. 1 AÜG die Rechtsfolgen abgeleitet werden, für die nicht nur der geänderte Gesetzeswortlaut keinen Anhaltspunkt bietet, sondern denen der erklärte gesetzgeberische Wille entgegensteht (so auch LAG Nürnberg Urteil vom 29.10.2013, Az.: 7 TaBV 15/13).

Darüber hinaus ist im vorliegenden Fall der Einsatz der Zeitarbeitnehmer W... und L... ohnehin als vorübergehend anzusehen. Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 10.07.2013 offen gelassen, wann ein Einsatz nicht oder nicht nur vorübergehend ist. Vorliegend endet der vorübergehende Einsatz jedenfalls nicht vor Ablauf von 18

Monaten. Bei der Antragstellerin gelten die Tarifverträge für Bayerische Metall- und Elektroindustrie. Gemäß § 4 des Tarifvertrages vom 22.05.2012 zum Einsatz von Leihzeitarbeitnehmern für die Bayerische Metall- und Elektroindustrie (TR 5/10 300 ab 169) hat der Entleiher nach 18 Monaten zur Überlassung zu prüfen, ob er dem Leiharbeitnehmer einen unbefristeten Vertrag anbieten kann. Nach dieser tarifvertraglichen Wertung ist jedenfalls im Anwendungsbereich des genannten Tarifvertrages davon auszugehen, dass vorübergehend nicht vor Ablauf von 18 Monaten endet. Darüber hinaus ist der Einsatz eines Leiharbeitnehmers nicht möglich.

Die geplanten Einsätze der Zeitarbeitnehmer V... und W... liegen unter dem Zeitraum von 18 Monaten und sind eindeutig befristet.

Der Schutzzweck des § 1 Abs. 1 Ziffer 2, AÜG, wonach die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleihern nur vorübergehend zu erfolgen hat, ist somit im vorliegenden Fall ohnehin eindeutig erfüllt

Da somit ein Zustimmungsverweigerungsgrund nicht gegeben ist, war die Zustimmung zu den weiteren Einstellungen V... und W... zu ersetzen.

Die vorläufige Einstellung von Herrn W... war auch dringend erforderlich, § 100 Abs. 1 BetrVG.

Die Beteiligte zu 1. musste sich nicht, wie vom Erstgericht entschieden, darauf verweisen lassen, diese als eigene Mitarbeiter einzustellen. Dies ist ein ungerechtfertigter Eingriff in die unternehmerische Freiheit. Zudem ist die befristete Einstellung eines Zeitarbeitnehmers weder durch die Richtlinie noch durch das AÜG untersagt. Das Ausgangsgericht lässt unberücksichtigt, dass die Mitarbeiter bei der Verleihfirma eingestellt sind. Aus diesem Grund besteht ein Arbeitsverhältnis, von dem sie sich noch lösen müssen. Dies setzt das Einhalten der ordentlichen Kündigungsfrist voraus. Ferner müssten die Zeitarbeitnehmer die notwendige Erklärung abgeben. Hierauf hat die Beteiligte zu 1. keinerlei Einfluss. Im Übrigen hat die Beteiligte zu 1. substantiiert vorgetragen, dass hinsichtlich der Tätigkeit von Frau D... V... die Einstellung aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war. Nachdem die Beteiligte zu 1. kurzfristig zwei Sachbearbeiter verlassen haben und

**Frau H...** seit dem 01.03.2013 in einem anderen Bereich tätig war, war im Bereich des strategischen Einkäufer Handlungsbedarf bei den administrativen Unterstützungstätigkeiten gegeben. Es mussten die aufgelaufenen Spitzen im Bereich der Sachbearbeitung abgearbeitet werden, um Nachteile für die Beteiligte zu 1. zu vermeiden. Die Beteiligte zu 1. hat weiter glaubhaft vorgetragen, dass wenn die Stelle unbesetzt geblieben wäre, sich Besuche beim Lieferanten verzögert hätten oder ausgefallen wären. Bestehende Lieferverträge wären ohne Neuverhandlungen ausgelaufen, ohne dass die Möglichkeit bestanden hätte, günstige Einkaufsbedingungen zu verhandeln. Auch für die Beschäftigung von Herrn J... W... hat die Beteiligte zu 1. sachliche Gründe für die dringende Erforderlichkeit vorgetragen. Sie hat erklärt, nachdem Frau **P... M...** in dem Bereich strategischer Einkauf gewechselt ist, zudem Aufgaben von **F...** mit übernommen werden sollten sowie eine krankheitsbedingte Vertretung für Herrn **Sch....** zu gewährleisten war, sei dringender Handlungsbedarf geboten gewesen. Wäre Herr J... W... nicht zum Einsatz gekommen, hätten die Kunden länger auf reparierte Maschinen warten müssen, als dies vom Servicekonzept der Beteiligten zu 1. zugesagt wäre. Aus diesem Grunde habe die Gefahr bestanden, dass die Kunden ihre Servicedienstleistungen von einem Dritten durchführen lassen. Ferner hätten sich die Geldeingänge bei der Beteiligten zu 1. verspätet, die notwendige Liquidität wäre gefährdet. Im Übrigen erlaubt sich das Landesarbeitsgericht den Hinweis, dass auf Grund der Feststellung, dass die Zustimmung endgültig zu ersetzen ist, sich der Feststellungsantrag des Arbeitgebers nach § 100 Abs. 2 S. 3 BetrVG ohnehin erledigt hat (BAG 19.06.84 AP Nr. 1 zu Art. 72 ZA Natotruppenstaat).

Die Rechtsbeschwerde war zuzulassen. Die Entscheidung weicht zumindest in der Begründung, möglicherweise aber auch im Ergebnis von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ab.

Auch liegt der Zulassungsgrund grundsätzlicher Bedeutung vor. Der Begriff „vorübergehende“ bedarf einer grundsätzlichen Klärung. Nachdem der Tarifvertrag zur Leiharbeit einschlägige Regelungen bezüglich der zulässigen Dauer der Überlassung der einzelnen Leiharbeiter enthält, ist zu klären, ob die gesetzliche Regelung in § 1 S. 2 AÜG eine Verbotsnorm enthält, welche auch durch die Vorschriften eines Tarifvertrages nicht abänderbar ist.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Beschluss kann der Beteiligte zu 2) Rechtsbeschwerde einlegen.

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

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>

...

Bär  
Vorsitzender Richter  
am Landesarbeitsgericht

Hummer  
ehrenamtlicher Richter

Friedel  
ehrenamtlicher Richter