



LANDEsarBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
BESCHLUSS

In dem Beschlussverfahren
unter Beteiligung

1. T. Consumer Bank AG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorsitzenden V. M., T. Platz 1, N.,

-Antragstellerin und Beschwerdegegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Kliemt & Vollstädt,
Speditionstraße 21, 40221 Düsseldorf,

2. Betriebsrat Sales der T. Consumer Bank AG, vertreten durch den Vorsitzenden W. C., T.-Platz 1, N.,

- Antragsgegner und Beschwerdeführer -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Burgmer u. a.,
Graf-Adolf-Straße 16, 40212 Düsseldorf,

hat die 17. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Anhörung vom 07.08.2012
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Jansen als Vorsitzenden
sowie den ehrenamtlichen Richter Sage und den ehrenamtlichen Richter Norbistrath

b e s c h l o s s e n :

Die Beschwerde des Betriebsrats gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Mönchengladbach vom 29.03.2012 - 3 BV 3/12- wird zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

GRÜNDE:

A.

Die Beteiligten streiten über die Berechtigung des Betriebsrats zur Verweigerung der Zustimmung zur „Versetzung“ eines Leiharbeitnehmers und zur vorläufigen Durchführung der Maßnahme.

Die Antragstellerin (im Folgenden: Arbeitgeberin) betreibt die Vergabe von Konsumentenkrediten für Fahrzeuge, Hausrat und Reisen sowie das Filial- und Direktbankgeschäft mit Privatkunden. Sie beschäftigt ca. 3600 Mitarbeiter deutschlandweit. Antragsgegner ist der für den Betrieb „Sales“ gebildete Betriebsrat.

Der Leiharbeitnehmer U. T. war Arbeitnehmer der B. Personaldienstleistungen GmbH, die mit der erforderlichen Erlaubnis Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Herr T. wurde als Kundenberater bei der Arbeitgeberin in der Filiale Berlin I eingesetzt, die zum Betrieb der Hauptverwaltung mit einem eigenen Betriebsrat gehört.

Die Arbeitgeberin schrieb die Position des Kundenberaters für die Filiale Berlin-O. in der Zeit vom 23.11.2011 bis 07.12.2011 intern aus. Interne Bewerbungen gingen nicht ein.

Mit Schreiben vom 06.01.2012 bat die Arbeitgeberin den Betriebsrat im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung um Zustimmung zur Versetzung des Herrn T. zum 15.01.2012 von der Filiale Berlin I in die Filiale Berlin-O.. Mit Schreiben vom 09.01.2012 verweigerte der Betriebsrat unter Bezugnahme auf § 99 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 5 BetrVG seine Zustimmung. Er wies u.a. darauf hin, dass ein Verstoß gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz vorliege, weil eine unbefristete Beschäftigung nicht „vorübergehend“ sei und die Besetzung des Arbeitsplatzes mit einem Leiharbeitnehmer eines sachlichen Grundes bedürfe.

Mit Schreiben vom 11.01.2012 teilte die Arbeitgeberin dem Betriebsrat mit, dass beabsichtigt sei, den Leiharbeitnehmer U. T. vorläufig zu versetzen. Wegen des Inhalts wird auf das Unterrichtungsschreiben (Bl. 21 d. A.) Bezug genommen. Mit Schreiben vom 17.01.2012 bestritt der Betriebsrat, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich sei.

Nach Durchführung der Versetzung änderte sich der Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers.

Mit dem am 20.01.2012 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antrag begehrt die Arbeitgeberin die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zu der Personalmaßnahme sowie die Feststellung, dass die vorläufige Versetzung aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war.

Die Arbeitgeberin hat behauptet, dass eine vorübergehende Einstellung des Leiharbeitnehmers beabsichtigt sei. Da sich kein Mitarbeiter auf die intern ausgeschriebene Stelle beworben habe, habe sie sich entschlossen, die Stelle vorübergehend mit einem Leiharbeitnehmer zu besetzen. Sie hat die Auffassung vertreten, dass es sich um eine Versetzung handele, da dem Leiharbeitnehmer ein neuer Arbeitsbereich zugewiesen werde. Der Betriebsrat habe kein Zustimmungsverweigerungsrecht, weil kein Verstoß gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz gegeben sei. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG sei bereits nicht einschlägig, da diese Vorschrift nur bei der erstmaligen Übernahme zur Anwendung komme. Der Leiharbeitnehmer sei aber vor dem Inkrafttreten des neuen Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes übernommen worden. Im Übrigen liege auch kein Gesetzesverstoß vor. Es könne letztlich dahinstehen, ob eine vorübergehende Überlassung vorliege. Die Vorschrift habe nur eine klarstellende Funktion. Die vorläufige Durchführung sei aus sachlichen Gründen dringend erforderlich, weil die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes ansonsten nur unter Inanspruchnahme unzumutbarer Schwierigkeiten möglich sei.

Die Arbeitgeberin hat beantragt,

die Zustimmung des Antragsgegners zur Versetzung des Leiharbeitnehmers U. T. von der Filiale Berlin I in die Filiale Berlin-O. ab dem 15.01.2012 wird ersetzt.

Es wird festgestellt, dass die zum 15.01.2012 vorgenommene vorläufige Versetzung des Leiharbeitnehmers U. T. aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist.

Der Betriebsrat hat beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Der Betriebsrat hat die Auffassung vertreten, dass er nicht ordnungsgemäß unterrichtet worden sei, da es sich nicht um eine Versetzung, sondern um eine Einstellung handele. Auch über den Wechsel des Arbeitgebers habe der Betriebsrat informiert werden müssen. Die Einstellung sei wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG unwirksam. Das Gesetz erlaube nur vorübergehende Einsätze. Der Leiharbeitnehmer soll aber nach dem Antrag nicht zeitlich begrenzt eingesetzt werden. Von einer vorübergehenden Überlassung könne zudem nur ausgegangen werden, wenn ein sachlicher Grund iSd. Teilzeit- und Befristungsgesetzes vorliege. Eine Dringlichkeit der Maßnahme sei nicht gegeben, da die Arbeitgeberin ausreichend Zeit gehabt habe, die Stelle zu besetzen.

Mit Beschluss vom 29.03.2012 hat das Arbeitsgericht den Anträgen stattgegeben und im Wesentlichen ausgeführt, dass kein Gesetzesverstoß vorliege, weil das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz die nicht vorübergehende Beschäftigung nicht verbiete. Weder der Gesetzeswortlaut noch der sich daraus ergebende gesetzgeberische Wille lasse einen solchen Schluss zu. Die Formulierung „vorübergehend“ habe nur klarstellende Funktion. Ein Verstoß gegen die EU-Richtlinie sei auch nicht gegeben. Der Feststellungsantrag sei ebenfalls begründet, weil die Personalmaßnahme nicht offensichtlich willkürlich und nicht offensichtlich nicht dringend erforderlich sei.

Gegen den dem Betriebsrat am 11.04.2012 zugestellten Beschluss hat der Betriebsrat mit dem am 24.04.2012 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen

Schriftsatz Beschwerde eingelegt und diese mit dem am 04.06.2012 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet

Der Betriebsrat ist der Auffassung, dass er bereits nicht ordnungsgemäß unterrichtet worden sei, da nur mitgeteilt worden sei, in welcher Filiale der Leiharbeiter beschäftigt gewesen sei und wo er eingesetzt werden soll. Darüber hinaus sei auch nicht über den Wechsel des Verleihers informiert worden. Dies sei erforderlich, da ansonsten die Gefahr bestehe, dass die Rechte des Betriebsrats nach § 14 Abs. 3 AÜG umgangen werden könnten. Die Zustimmung des Betriebsrats hätte nicht ersetzt werden dürfen. Die Maßnahme verstoße gegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG. Danach sei nur eine vorübergehende Überlassung von Leiharbeitnehmern zulässig. Diese liegt hier nicht vor, da die Arbeitgeberin die Zustimmung zu einer nicht befristeten Übernahme beantragt habe. Eine beabsichtigte vorübergehende Beschäftigung werde mit Nichtwissen bestritten. Selbst wenn die Absicht bestanden habe, den Mitarbeiter nur vorübergehend einzusetzen, sei die Zustimmung zu Recht verweigert worden. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG sei ein Verbotsgesetz. Dem stehe nicht entgegen, dass das Gesetz keine Sanktionen für einen Verstoß gegen eine vorübergehende Überlassung vorsehe. Ein Verbotsgesetz liege auch vor, wenn das Gesetz das Ziel verfolge, eine dauerhafte Überlassung zu verhindern. Dies sei hier gegeben, da das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz die EG-Leiharbeitsrichtlinie umsetzen wolle. Nach der EG-Richtlinie sei der Austausch von Stammarbeitnehmern durch Leiharbeiter unerwünscht. Der Aufnahme einer vorübergehenden Überlassung könne nur entnommen werden, dass die dauerhafte Überlassung eines Leiharbeitnehmers nicht zulässig sei. Da der deutsche Gesetzgeber nur die Richtlinie umsetze, sei die dauerhafte Überlassung verboten. Hier liege eine dauerhafte Überlassung vor, da kein Enddatum angegeben worden sei. Ein vorübergehender Charakter der Arbeitnehmerüberlassung könne nur angenommen werden, wenn ihr ein sachlicher Grund entsprechend § 14 Abs. 1 Nr. 1-5 TzBfG zugrunde liege. Unabhängig von dieser Beurteilung unterliege der Einsatz eines Leiharbeitnehmers der Missbrauchskontrolle. Die vorläufige Durchführung der Maßnahme sei unwirksam, da sie offensichtlich unsachlich, unvernünftig bzw. will-

kürlich erfolge. Der Betriebsrat habe auch zu Recht die Eilbedürftigkeit der Maßnahme verneint. Der Vortrag des Arbeitgebers sei zu pauschal.

Der Betriebsrat beantragt,

1. der Beschluss des Arbeitsgerichts Mönchengladbach vom 29.03.2012 -3 BV 3/12 - wird abgeändert.

2. Die Anträge der Arbeitgeberin werden zurückgewiesen.

Die Arbeitgeberin beantragt,

die Beschwerde des Beteiligten zu 2. gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Mönchengladbach vom 29.03.2012-3 BV 3/12-wird zurückgewiesen.

Die Arbeitgeberin ist der Auffassung, dass der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört worden sei. Nach der Definition des Betriebsverfassungsgesetzes handele es sich bei dem Einsatz des Leiharbeitnehmers in einer anderen Filiale um eine Versetzung. Im Übrigen sei dem Betriebsrat die Maßnahme bekannt gewesen und eine möglicherweise fehlerhafte Bezeichnung unschädlich. Der Betriebsrat sei auch nicht über den Wechsel des Verleihers zu informieren gewesen, da der Wechsel des Verleihunternehmens mit der tatsächlichen Eingliederung des Arbeitnehmers, der dem Mitbestimmungsrecht zugrundeliege, nicht in einem Zusammenhang stehe. Dem Betriebsrat stehe auch kein Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zu. Die Vorschrift sei bereits nicht tatbestandlich einschlägig, da die erstmalige Überlassung des Leiharbeitnehmers vor Inkrafttreten des Gesetzes erfolgt sei. Einer Anwendung der neuen Vorschrift auf die Maßnahme stünde das im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Rückwirkungsverbot entgegen. Im Übrigen sei nur ein vorübergehender Einsatz beabsichtigt. Dies sei bereits dem Antrag an den Betriebsrat zu entnehmen. Unabhängig davon sei auch bei einer dauernden Versetzung kein Verstoß gegen das neue AÜG gegeben. Es handele sich nicht um eine Verbotsnorm. Es müsse hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen, dass der

Zweck der betreffenden Norm darin bestehe, die personelle Maßnahme selbst zu verhindern. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Einstellungen und Versetzungen sei kein Instrument der Vertragskontrolle. Die vorliegende Versetzung müsste verboten sein. Dies komme in der Regelung nicht zum Ausdruck. Sie enthalte keine Sanktion bei einer nicht vorübergehenden Überlassung. Dem neuen AÜG sei auch nicht die Intention zu entnehmen, nicht vorübergehende Überlassungen zu verhindern. Dies ergebe sich auch nicht aus der Gesetzesbegründung. Ein Verstoß gegen die EG-Leiharbeitsrichtlinie vom 19.11.2008 liege nicht vor. Ihr lasse sich auch kein Verbot einer dauerhaften Beschäftigung entnehmen. Ihr Ziel bestehe darin, Leiharbeit als arbeitsmarktpolitisches Instrument EU-weit zu harmonisieren, nicht jedoch, sie einzuschränken. Der Feststellungsantrag sei ebenfalls begründet. Hinweise für eine unsachliche Maßnahme habe der Betriebsrat nicht aufgeführt.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf den Akteninhalt sowie auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze und gerichtlichen Protokolle, einschließlich der Gründe I. des erstinstanzlichen Beschlusses Bezug genommen.

B.

I. Die Beschwerde des Betriebsrats ist zulässig. Sie ist statthaft (§ 87 Abs. 1 ArbGG), frist- sowie formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 87 Abs. 2 S. 1, 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO).

II. Die Beschwerde ist aber nicht begründet.

1. Der Zustimmungsersetzungsantrag der Arbeitgeberin ist zulässig.

a) Für den Antrag besteht das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis gemäß § 256 Abs. 1 ZPO. Gemäß § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG ist der Betriebsrat des Entleiherbetriebs vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung

nach § 99 BetrVG zu beteiligen. Die Vorschrift gibt dem Betriebsrat des Entleiherbetriebs hinsichtlich der Übernahme eines Leiharbeitnehmers ausdrücklich ein Anhörungsrecht nach § 99 BetrVG. S. 2 und 3 erweitert die Unterrichtungspflicht des Entleihers (Kort DB 2010, 1291). Weil der Betriebsrat der Einstellung seine Zustimmung verweigert hat, kann die Arbeitgeberin diese gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG gerichtlich ersetzen lassen.

2. Der Antrag ist begründet. Die Kammer folgt im Ergebnis der Auffassung des Arbeitsgerichts, dass die Zustimmung des Betriebsrats zu der „Versetzung“ des Leiharbeitnehmers zu ersetzen war.

a) Die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zu einer personellen Einzelmaßnahme setzt voraus, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat iSv. § 99 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BetrVG ausreichend unterrichtet hat. Die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung darf - unabhängig von den dafür vorgebrachten Gründen - von den Gerichten nur ersetzt werden, wenn die Frist des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG in Gang gesetzt wurde. Dazu muss der Arbeitgeber die Anforderungen des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sowie bei Einstellungen und Versetzungen auch diejenigen des § 99 Abs. 1 Satz 2 BetrVG erfüllt haben (st. Rspr. z.B. BAG 01.06.2011 - 7 ABR 117/09 - AP Nr. 64 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung; BAG 28.06.2005 - 1 ABR 26/04 - AP Nr. 49 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung).

aa) Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Der Betriebsrat wurde über den Leiharbeitnehmer und seinen alten und neuen Einsatz informiert. Die vom Betriebsrat insoweit gerügte falsche Bezeichnung der Maßnahme als Versetzung ist unschädlich, solange der Betriebsrat erkennen kann, welcher Mitbestimmungstatbestand in Frage steht. Dies ist hier gegeben. Die Arbeitgeberin will den Leiharbeitnehmer aus der Filiale Berlin I in der Filiale in Berlin O. beschäftigen. Dies war für den Betriebsrat klar erkennbar. Im Übrigen handelt es sich zwar bei einer betriebsübergreifenden Versetzung eines Arbeitnehmers für den aufnehmenden Betrieb um eine Einstellung (BAG 26.01.1993 -1 AZR 303/92- AP Nr. 102 zu § 9 BetrVG 1972). § 14 Abs. 3 AÜG unterscheidet aber nicht

zwischen Versetzung und Einstellung, sondern statuiert das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats des Entleihbetriebs vor der Übernahme des Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung. Der Betriebsrat soll mithin beteiligt werden, wenn der Arbeitnehmer beim Entleiher eingegliedert wird. Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrates aus § 99 BetrVG ist der Schutz der beschäftigten Arbeitnehmer vor möglichen Nachteilen in Form von Kündigungen oder Versetzungen (BAG 05.03.1991 - 1 ABR 39/90 - AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972). Der Einsatz in einem anderen Betrieb ist iSd. der Vorschrift eine erneute Übernahme zur Arbeitsleistung, da der Arbeitnehmer neu in einen anderen Betrieb eingegliedert wird.

bb) Soweit der Betriebsrat weiter eine mangelhafte Unterrichtung rügt, weil ihm nicht mitgeteilt worden sei, dass beabsichtigt gewesen sei, den Leiharbeitnehmer vorübergehend einzusetzen, führt das nicht zu einer anderen Beurteilung. Zum Einen ergibt sich bereits aus dem Anhörungsschreiben, mit dem die Zustimmung zur Versetzung im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung beantragt wurde, dass eine Beschäftigung nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, das von einer „vorübergehenden“ Überlassung spricht, beantragt wurde. Zum Anderen hat die Arbeitgeberin die Absicht der vorübergehenden Überlassung mit der Antragstellung noch mal klargestellt. Eine weitere Information war insoweit entbehrlich, da der Widerspruch des Betriebsrats deutlich erkennen lässt, dass der Widerspruch auch für diesen Fall erfolgt ist, also diesen Umstand mit erfasst. Für den Betriebsrat ist es ausweislich des Widerspruchs nicht von Bedeutung gewesen, ob die Arbeitgeberin die Absicht hat, den Leiharbeitnehmer vorübergehend einzusetzen. Der Betriebsrat sieht bereits die Beschäftigung eines Leiharbeitnehmers ohne ein zeitliches Ende anzugeben bzw. die Beschäftigung ohne Angabe eines sachlichen Grundes gemäß § 14 Abs. Nr. 1 - 5 BetrVG, aus dem sich ein vorübergehender Bedarf und dessen Dauer ergeben, als dauerhafte Beschäftigung und Verstoß gegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG an und hat deswegen widersprochen.

cc) Eine fehlerhafte Unterrichtung ergibt sich nicht auch deswegen, weil der Betriebsrat nicht über den Wechsel des Verleihers informiert worden ist. Für die Beurteilung kommt es auf die Umstände zum Zeitpunkt der Antragstellung an. Der Wechsel des Arbeitgebers des Leiharbeitnehmers erfolgte nach der Anhörung des Betriebsrats. Zudem ist im Hinblick auf den Normzweck des § 99 BetrVG allein maßgeblich, ob Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts eine erneute Beteiligung des Betriebsrats verlangen. Dies ist hier nicht gegeben. Für die Mitbestimmungspflichtigkeit eines Tatbestandes kommt es nicht auf das zugrundeliegende Rechtsverhältnis an, sondern auf die Eingliederung in den Betrieb (BAG 28.04.1998, aaO.). Der Wechsel des Vertragsarbeitgebers der Leiharbeitskraft und der Wechsel des Zeitarbeitsunternehmens als Vertragspartner der Antragstellerin ist damit für die Beurteilung der mitbestimmungsrechtlichen Frage unerheblich (LAG Düsseldorf Beschluss vom 30.10.2008 -15 TaBV 12/08- EzAÜG BetrVG Nr. 110).

b) Die Zustimmung des Betriebsrats gilt auch nicht gemäß § 99 Abs. 3 BetrVG als erteilt. Der Betriebsrat hat in seinem Schreiben vom 09.01.12 form- und fristgerecht und in inhaltlich zu beachtender Weise Verweigerungsgründe vorgebracht, die sich den Gründen des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zuordnen lassen.

c) Der Betriebsrat hat seine Zustimmung zu Unrecht verweigert. Das Arbeitsgericht hat die Zustimmung des Betriebsrats zur „Versetzung“ in die Filiale- O. zu Recht ersetzt.

Der Betriebsrat rügt einen Verstoß gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, weil der Leiharbeitnehmer ohne eine zeitliche Befristung bzw. ohne Darlegung eines Grundes aus dem sich ein vorübergehender Bedarf ergibt, in der Filiale Berlin O. eingesetzt werden soll.

aa) Es kann dahinstehen, ob der Anwendung des § 1 Abs.1 S. 2 AÜG bereits entgegensteht, dass der Leiharbeitnehmer bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes überlassen war. Ein Gesetzesverstoß liegt nicht vor.

bb) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG 12.11.2002 - 1 ABR 1/02 - AP Nr. 41 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung mwN.) kann der Betriebsrat einer personellen Maßnahme seine Zustimmung gemäß § 99 Absatz 2 Nr. 1 BetrVG nur dann versagen, wenn die Maßnahme selbst gegen ein Gesetz, einen Tarifvertrag oder eine sonstige Norm verstößt. Geht es um die Übernahme eines Leiharbeitnehmers und damit um eine Einstellung iSd. § 99 Absatz 1, S. 1 BetrVG, muss diese als solche untersagt sein. Dazu bedarf es zwar keines Verbotsgesetzes im technischen Sinne, das unmittelbar die Unwirksamkeit der Maßnahme herbeiführt (BAG 28. 09. 1988 -1 ABR 85/87- AP Nr. 60 zu § 99 BetrVG 1972). Der Zweck der betreffenden Norm, die Einstellung selbst zu verhindern, muss aber hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen. Dazu genügt es nicht, dass einzelne Vertragsbedingungen rechtswidrig sind. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Einstellungen ist kein Instrument zur umfassenden Vertragsinhaltskontrolle (BAG 12.11.2002 aaO; BAG 28. 03. 2004, BAGE Band 94 Seite 169 mwN). Der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ist bei Einstellungen lediglich dann gegeben, wenn der Zweck der Verbotsnorm nur dadurch erreicht werden kann, dass die Einstellung insgesamt unterbleibt (BAG 28. 6. 1994 - 1 ABR 59/93 - AP Nr. 4 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung).

cc) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist kein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats gegeben.

(1) Es kann dahinstehen, ob das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz eine nicht „vorübergehende“ Überlassung verbietet (erfasst), insoweit ein Verbotsgesetz darstellt bzw. die Zielrichtung des Gesetzes ist, eine nicht „vorübergehende“ Überlassung zu verhindern und dem Betriebsrat bei Verstößen ein Zustimmungsverweigerungsrecht zusteht (dagegen u.a. Arbeitsgericht Leipzig 15.02.2012 – 11BV 79/11- AiB 2012, 402 ff; Arbeitsgericht Leipzig 23.03.2012 - 3 BV 84/11 -juris.de; Thüsing /Stiebert DB 2012, 632 ff; Giesen Fa 2012, 66 ff; Kranich/Simon BB 2012 1413 ff; Boehmke – juris PR-ArbG 27/2912 - Anm 2;

dafür u.a. Bartl/Romanowski NZA Online 3/12; Böhm, DB 2012, 918, 921; Brors, jurisPR-ArbR 16/2012 Anm. 6; Düwell, ZESAR 2011, 449, 459; Hamann, RdA 2011, 322,327; Hamann, jurisPR-ArbR 46/2010 Anm. 2; Schuster/Grüneberg, AiB 2012, 81, 83; Ulber, AiB 2012, 7, 9; Ulber/zu Dohna-Jaeger, AÜG, § 14 Rn. 216).

(2) Eine solche Fallkonstellation liegt nach Auffassung der Kammer nicht vor. Die Arbeitgeberin beabsichtigt die vorübergehende Besetzung der Stelle mit einem Leiharbeitnehmer. Dies hat sie mit dem Antrag klargestellt. Der Einsatz erfolgte vor dem Hintergrund, dass eine interne Stellenausschreibung für die Stelle seitens der Stammelegschaft zu keinem Erfolg geführt hat. Die Stellenausschreibung ist unstrittig. Der Betriebsrat hat auch selbst nicht vorgetragen, dass sich ein Mitarbeiter der Stammelegschaft auf die Stelle beworben hat. Hiervon ist für die Beurteilung auszugehen. Der Betriebsrat bestreitet zwar mit Nichtwissen die Absicht einer vorüberübergehenden Maßnahme. Eine weitere Aufklärung war jedoch nicht erforderlich, da es im Verfahren gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG um die Zustimmung zu einer vom Arbeitgeber beabsichtigten Maßnahme geht.

(3) Der von der Arbeitgeberin geplante Einsatz verstößt nicht gegen das AÜG. Er ist als „vorübergehend“ iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 AÜG anzusehen.

(a) Dem steht nicht entgegen, dass die Arbeitgeberin die Maßnahme nicht von vornherein zeitlich befristet hat. Der Gesetzgeber hat den Begriff „vorübergehend“ im Sinn der Leiharbeitsrichtlinie als flexible Zeitkomponente verstanden und insbesondere auf genau bestimmte Höchstfristen verzichtet. Der Gesetzgeber führt in der Begründung aus, „Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz regelt ein auf vorübergehende Überlassungen angelegtes Modell der Arbeitnehmerüberlassung, bei dem die Überlassung an den jeweiligen Entleiher im Verhältnis zum Arbeitsvertragsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer vorübergehend ist.“ Dabei wird der Begriff „vorübergehend“ im Sinne der Leiharbeitsrichtlinie als flexible Zeitkomponente verstanden und insbe-

sondere auf genau bestimmte Höchstüberlassungsfristen verzichtet (BT-Drs. 17/4804, S. 8). Im Rahmen einer parlamentarischen Anfrage hat die Bundesregierung sich zum Gesetzesentwurf wie folgt geäußert: „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 (BT-Drs. 17/8829, S. 24; siehe auch Boehmke aaO.).“ Damit stehen dem AÜG keine Einsätze entgegen, deren Dauer, wie im vorliegenden Fall, noch nicht endgültig feststeht. Die Entstehungsgeschichte und Gesetzesbegründung der flexiblen Zeitkomponente sprechen mithin dagegen, dass bereits zu Beginn einer Überlassung deren Ende festgelegt werden muss (s.a. Sandmann/Marschall/Schneider AÜG Art. 1 § 1 S. 40).

(b) Soweit der Betriebsrat der Auffassung ist, dass zur Auslegung des Begriffs „vorübergehend“ das TzBfG heranzuziehen ist, und nach dem Regelungswillen des Gesetzgebers ein vorübergehender Charakter der Arbeitnehmerüberlassung nur angenommen werden kann, wenn ihr ein sachlicher Grund entsprechend § 14 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 TzBfG zugrunde liegt (u.a. Bartl/Romanowski NZA 2012, Seite 4 mwN.), insbesondere ein Einsatz auf einem Dauerarbeitsplatz verhindert werden soll, kann dem nicht gefolgt werden. Für eine solche Beschränkung des Einsatzes von Leiharbeitnehmern durch Anbindung an darzulegende Sachgründe ergeben sich nach Auffassung der Kammer weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte ausreichende Anhaltspunkte.

Eine Gleichstellung des Merkmals „vorübergehend“ im Sinne des Teilzeit- und Befristungsgesetzes einerseits und des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes kann dem AÜG nicht entnommen werden. Damit findet eine Verlagerung der Begrifflichkeit von einer rein zeitlichen Komponente zu einer zweckbestimmten Komponente statt (Thüsing/Stiebert aaO.), wie sie sich in § 14 Abs. 1 Nr.1 TzBfG wiederfindet. Der Gesetzgeber hat zwei arbeitsmarktpolitische Instrumente mit unterschiedlichen Regelungszwecken zur Verfügung gestellt (Kranich/Simon DB 2012, Seite 1414). Dort, wo der Gesetzgeber einen sachlichen

Grund fordert, wie im TzBfG, führt er diesen auf. Unterlässt er dies und verwendet er nur einen unbestimmten zeitlichen Begriff, so kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber einen sachlichen Grund für den vorübergehenden Einsatz fordert (Thüsing/Stiebert aaO.).

Für diese Beurteilung spricht auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Im Entwurf der Bundesregierung zum „Gesetz zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“ vom 02.09.2010 war noch zur näheren Konkretisierung des Begriffs „vorübergehend“ erläuternd ausgeführt: „Zugleich soll aber ausgeschlossen werden, dass Unternehmen mit Hilfe der Arbeitnehmerüberlassung ihren dauerhaften Bedarf an Arbeitskräften abdecken. In der Regel kann immer dann von einer vorübergehenden Überlassung ausgegangen werden, wenn der Einsatz in dem Entleihunternehmen nicht dauerhaft sein soll und beispielsweise im Rahmen einer Urlaubs- oder Krankenvertretung oder zur Durchführung eines besonderen Projekts oder Auftrags stattfindet.“ Diese sich an Sachgründen orientierende Formulierung findet sich in der dem Bundestag und Bundesrat vorgelegten Gesetzesbegründung, wie oben ausgeführt (BT-Drs. 17 /4804, S. 8), nicht mehr. Damit war auch im Streitfall die geforderte Angabe eines konkreten sachlichen Grundes i.S.d. TzBfG für den Einsatz an sich, und dessen Dauer entbehrlich.

(c) Der Beurteilung steht auch nicht die EU-Richtlinie entgegen. Die nachträgliche Einfügung des Begriffs vorübergehend, mag zwar dafür sprechen, dass dem Merkmal eine Bedeutung zuzumessen ist (Bartl/Romanowski aaO.). Die Erwägungen der Richtlinie mögen auch zum Ausdruck bringen, dass durch eine „vorübergehende“ Leiharbeit nur der Flexibilisierungsbedarf und nicht ein Dauerbedarf abgedeckt werden soll (Bartl/ Romanowski aaO.). Daraus und aus den Regelungen in Art 5 1. (5) und Art. 6 (1) der Richtlinie ergibt sich aber nicht für die Kammer, dass eine über den Wortsinn hinausgehende Regelung getroffen werden sollte und folglich Dauerarbeitsplätze auch nicht vorübergehend mit Leiharbeitskräften besetzt werden können bzw. Sachgründe erforderlich sind, um einen zeitweisen Einsatz eines Leiharbeitnehmers u.a. auf Dauerarbeits-

plätzen zu rechtfertigen. Insoweit kann dahinstehen, ob von der Richtlinie überhaupt die dauernde Überlassung erfasst wird (zu den unterschiedlichen Auffassungen (2. c) cc) (1)).

dd) Soweit der Beurteilung entgegengehalten wird, dass die vorliegende Auffassung, allein auf die erklärte Planungsabsicht des Arbeitgebers abzustellen, dazu führt, dass dem Betriebsrat die Kontrolle eines Gesetzesverstößes nur erschwert möglich ist, ist dem entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit hat, das Merkmal „vorübergehend“ wie im TzBfG mit den dort aufgeführten Sachgründen zu verknüpfen. Wenn er darauf verzichtet, kann dies nur dahingehend verstanden werden, dass Sachgründe nicht gefordert werden. Es darf nicht übersehen werden, dass in der Gesetzesbegründung betont wird, „dass die Arbeitnehmerüberlassung“ in der Regel voll sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse schaffe. Der überwiegende Teil der ehemaligen Leiharbeitskräfte befinde sich mittelfristig weithin in Beschäftigung und nicht in Arbeitslosigkeit. Damit leiste die Arbeitnehmerüberlassung einen wichtigen Beitrag dazu, dass die positive wirtschaftliche Entwicklung schnell in neue Beschäftigungschancen umgesetzt wird (BT- DS 17 /4804 S. 7). Angesichts der dokumentierten Bedeutung der Leiharbeit für die Dynamik auf dem Arbeitsmarkt und der Stärkung der Stellung des Leiharbeitnehmers durch den equal-pay Grundsatz, kann mithin allein aus der Einfügung des Merkmals „vorübergehend“ nicht entnommen werden, dass bereits die Einstellung eines Leiharbeitnehmers unterbleiben soll, wenn ein geplanter vorübergehender Einsatz ohne Zeitendangabe und nähere Begründung erfolgt. Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass die Streitfragen über den Einsatz des Leiharbeitnehmers bereits während des Gesetzgebungsverfahrens diskutiert worden sind. Es verbleibt insofern allein die Missbrauchskontrolle, die häufig zutreffend erst im Nachhinein getroffen werden kann. Ausreichende Anhaltspunkte für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten liegen hier nicht vor.

Nach alledem verstößt die als vorübergehend geplante Maßnahme der Arbeitgeberin nicht gegen § 1 Abs. 1 S. 2 BetrVG.

d) Der Betriebsrat konnte die Zustimmung nicht gemäß § 99 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG verweigern. Unstreitig wurde die Stelle im Betrieb ausgeschrieben.

Nach alledem war die Zustimmung zu ersetzen.

2. Der Feststellungsantrag ist zulässig und begründet. Die Kammer folgt dem Arbeitsgericht im Ergebnis und in der Begründung.

a) Nach § 100 Abs. 1 Satz 1 BetrVG kann der Arbeitgeber, wenn dies aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist, die personelle Maßnahme im Sinne des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG vorläufig durchführen, bevor der Betriebsrat sich geäußert oder wenn er die Zustimmung verweigert hat. Hat der Arbeitgeber den Betriebsrat unverzüglich von der vorläufigen personellen Maßnahme unterrichtet und der Betriebsrat die dringende Erforderlichkeit bestritten, darf der Arbeitgeber nach § 100 Abs. 2 BetrVG die vorläufige Maßnahme nur aufrecht erhalten, wenn er innerhalb von drei Tagen beim Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats und die Feststellung beantragt hat, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war.

b) Die formellen Voraussetzungen des § 100 Abs. 2 BetrVG liegen vor. Die Arbeitgeberin hat den Betriebsrat, nachdem dieser die beantragte Zustimmung zur Versetzung des Leiharbeitnehmers mit Schreiben vom 09.01.2012 verweigert hatte, mit Schreiben vom 11.01.2012 darüber unterrichtet, dass die personelle Maßnahme vorläufig durchgeführt werde und darin die Gründe für diese vorläufige Maßnahme gem. § 100 Abs. 2 Satz 1 BetrVG mitgeteilt. Nachdem der Betriebsrat mit Schreiben vom 17.01.2001 die Notwendigkeit der vorläufigen Maßnahme bestritten hat, hat die Arbeitgeberin innerhalb von drei Tagen mit dem am 20.01.2012 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antrag das vorliegende Verfahren gem. § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG eingeleitet.

c) Der Feststellungsantrag ist nur dann abzuweisen, wenn die vorläufige personelle Maßnahme offensichtlich aus sachlichen Gründen nicht dringend erforderlich war (§ 100 Abs. 3 S. 1 BetrVG). Das Merkmal der Offensichtlichkeit erfordert eine grobe, ohne weiteres ersichtliche Verkennung der sachlich-betrieblichen Notwendigkeiten für eine alsbaldige Durchführung der Maßnahme, wobei von dem Zeitpunkt der Entscheidung des Arbeitgebers, nicht aber von der nachträglichen Beurteilung der Situation auszugehen ist (vgl. BAG Beschluss vom 07.11.1977 – 1 ABR 55/75 – AP Nr. 1 zu § 100 BetrVG 1972; BAG Beschluss vom 18.10.1988 – 1 ABR 36/87 – AP Nr. 4 zu § 100 BetrVG 1972).

Eine grobe Verkennung der sachlich-betrieblichen Notwendigkeiten für eine alsbaldige Durchführung der Maßnahme ergibt sich nicht. Der Arbeitgeber hat auf einen notwendigen Einsatz eines zusätzlichen Kundenberaters in der Filiale hingewiesen. Der Betriebsrat rügt zwar die allgemeine auch in weiteren anhängigen Verfahren verwandte Begründung der Arbeitgeberin. Er hat aber selbst nicht vorgetragen, dass kein Bedarf für den zusätzlichen Einsatz eines Mitarbeiters in der Filiale bestand. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass er die Eilbedürftigkeit herbeigeführt hat. Da der Betriebsrat die Ausschreibung von Stellen geltend gemacht hat, hatte die Arbeitgeberin die Stelle zunächst auszuschreiben und die Ausschreibungsfrist abzuwarten. Auch angesichts des Zeitablaufs kann nicht von einer offensichtlich nicht aus sachlichen Gründen dringend erforderlichen Maßnahme ausgegangen werden.

Nach alledem war die Beschwerde zurückzuweisen.

III. Die Beschwerdekammer hat den entscheidungserheblichen Rechtsfragen grundsätzliche Bedeutung zugemessen und deswegen die Rechtsbeschwerde für Betriebsrat an das Bundesarbeitsgericht zugelassen (§§ 92 Abs. 1 S. 2, 72 Abs. 2 Ziffer 1 ArbGG).

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen diesen Beschluss kann von dem Betriebsrat

RECHTSBESCHWERDE

eingelegt werden.

Für die Arbeitsgeberin ist kein Rechtsmittel gegeben.

Die Rechtsbeschwerde muss

innerhalb einer Notfrist* von einem Monat

nach der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses schriftlich beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361-2636 2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Rechtsbeschwerdeschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder eines anderen Verbandes oder Zusammenschlusses mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Rechtsbeschwerdeschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

(Jansen)

(Sage)

(Norbisrath)