

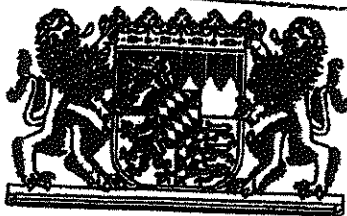
Ausfertigung

12 BV 51/12

Eingegangen
24. MAI 2013
kanzlei
bell.helm.partnerinnen

Verkündet am: 13.05.2013

Ihle
Urundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Arbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

BESCHLUSS

In dem Beschlussverfahren

mit den Beteiligten

1.

- Antragstellerin und Beteiligte zu 1 -

2.

- Antragstellerin und Beteiligte zu 2 -

3.

- Beteiligter zu 3 -

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte bell.helm.partnerInnen
Schwanthalerstraße 73, 80336 München

hat die 12. Kammer des Arbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Anhörung vom [] durch den Richter am Arbeitsgericht Swienty, die ehrenamtliche Richterin Mühlberger und den ehrenamtlichen Richter Musch

für Recht erkannt:

Die Anträge werden zurückgewiesen.

Gründe:

Die Beteiligten streiten im Hauptantrag über die Zustimmungsersetzung zur Einstellung eines Leiharbeitnehmers sowie die Feststellung der Erforderlichkeit der vorläufigen Durchführung der Maßnahme, im Hilfsantrag über die Feststellung, dass die Zustimmung des Beteiligten zu 3) als erteilt gilt.

Die antragstellenden Arbeitgeberinnen (Beteiligte zu 1) und zu 2)) erbringen [] u.a. in der [] Die Arbeitgeberinnen bilden zusammen einen gemeinsamen Betrieb. Seit dem [] wird die [] allein von der Arbeitgeberin zu 1) erbracht, nachdem am [] ein Teilbetriebsübergang des Geschäftsbereichs [] von der Arbeitgeberin zu 2) auf die Arbeitgeberin zu 1) stattgefunden hat. Dem Übergang widersprechende Arbeitnehmer werden im Wege der Personalgestellung von der Arbeitgeberin zu 2) an die Arbeitgeberin zu 1) verliehen. Der Beteiligte zu 3) ist der bei den Arbeitgeberinnen bestehende Gemeinschaftsbetriebsrat.

Bereits mit Datum [] schlossen die Beteiligten eine Betriebsvereinbarung Arbeitszeitmodelle im Geschäftsbereich []. Darin ist unter b) als langfristiges Ziel der Einsatz von 30 % flexiblen Arbeitskräften, ab eine Leiharbeitnehmerquote von maximal 15 % vorgesehen.

Mit Datum [] schlossen die Beteiligten einen Teilinteressenausgleich []. Darin war in Ziffer I.2. geregelt:

„Der Geschäftsbereich [] wird reorganisiert. Alle Mitarbeiter, die heute im Bereich [] beschäftigt sind, werden einem Mitarbeiterpool zugeordnet.“

Es besteht zwischen den Parteien Einigkeit, dass das [] und der Bereich [] einen Arbeitsbereich darstellen, der aus diesem Mitarbeiterpool gespeist wird. Innerhalb dieses Pools bedient sich die Personalressourcenplanung und aufbauend auf der Personalressourcenplanung die [] und []. Vereinfacht ausgedrückt erhalten die dem Pool zugeordneten Mitarbeiter vor ihrem konkreten Arbeitseinsatz die Mitteilung, wo sie arbeiten müssen. Selbst wenn ein einzelner Arbeitnehmer beispielhaft durch die Personalressourcenplanung über einen längeren Zeitraum im [] eingesetzt wird, kann er am nächsten Tag im [] eingesetzt werden(!)“

In Ziffer II.6. ist folgendes geregelt:

„Die Betriebsparteien vereinbaren, bis [] ein Konzept zur [] zu entwickeln und zu implementieren, wobei [] und [] gleich zu behandeln sind.“

In Ziffer III.3. ist folgendes geregelt:

„(...) Der Arbeitgeber des Gemeinschaftsbetriebes hat (...) dem Betriebsrat jährlich bis spätestens Beginn eines Geschäftsjahres die zukünftige Personalplanung vorzulegen, diese zu erläutern und mit ihm zu beraten. (...)“

Mit interner Mitteilung vom [redacted] teilte die Arbeitgeberin zu
 1) dem Beteiligten zu 3) die Personalbedarfsplanung für die Sommeroperation ([redacted]
 [redacted] und mit Schreiben vom [redacted] 1 die Personalbedarfsplanung für Ju-
 ni/Juli [redacted] 1 und den Ausblick auf die [redacted] 1 mit.

Mit Schreiben vom [redacted] : unterrichteten beide Arbeitgeberinnen den Beteiligten zu
 3) über die geplante Einstellung von neun im Antrag bezeichneten Leiharbeitnehmern
 zum [redacted] bis [redacted] 4. Die Arbeitgeberinnen ersuchten um Zustimmung und
 wiesen auf die dringende Erforderlichkeit der Maßnahme hin. Hinsichtlich der Einzelheiten
 wird auf Anlage [redacted]) Bezug genommen.

Mit Schreiben vom [redacted]) verweigerte der beteiligte
 Betriebsrat die Zustimmung und verneinte die Erforderlichkeit der vorläufigen Durchfüh-
 rung der personellen Maßnahme.
 Er rügte im Wesentlichen die unzureichenden Informationen hinsichtlich der Personalpla-
 nung und ihrer Dauerhaftigkeit, fehlende Angaben zum konkreten Arbeitsplatz und den
 zur Anwendung kommenden Arbeitszeiten, sowie fehlende Angaben zur gesundheitlichen
 Eignung der Betroffenen. Da der geplante Einsatz nicht nur vorübergehend im Sinne von
 § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG sei, handle es sich nicht um echte Leiharbeit.

Das Schreiben des Betriebsrats ging den Antragstellerinnen am [redacted] zu. Mit Antrag
 vom [redacted] , eingegangen bei Gericht am [redacted] .. beantragten die Arbeitgeberin-
 nen die Ersetzung der Zustimmung sowie die Feststellung der Erforderlichkeit der vorläu-
 figen Durchführung der personellen Maßnahmen. Mit Antragsweiterung vom [redacted]
 stellten sie den Hilfsantrag auf Feststellung, dass die Zustimmung des Beteiligten zu 3)
 als erteilt gilt.

Die Arbeitgeberinnen sind der Auffassung, der Betriebsrat sei ausreichend informiert wor-
 den. Ein Zustimmungsverweigerungsgrund liege nicht vor, insbesondere sei § 1 Abs. 1 S.
 2 AÜG kein Verbotsgesetz im Sinne von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. Die Überlassung der
 fraglichen Arbeitnehmer erfolge nur vorübergehend. Die vorläufige Durchführung der
 Maßnahme sei auch dringend erforderlich.

Nach Antragsrücknahme hinsichtlich von acht der neun Arbeitnehmer am
beantragen die Arbeitgeberinnen:

1. Die Zustimmung des Antragsgegners zur befristeten) Ein-
stellung des Leiharbeitnehmers im bei der Antragstellerin zu 1) be-
stehenden wird ersetzt.
2. Es wird festgestellt, dass die vorläufige Durchführung der personellen Maßnahme hin-
sichtlich des Leiharbeitnehmers ab dem ! aus sachlichen
Gründen dringend erforderlich ist.
3. Hilfsweise, für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu Ziffer 1.:

Es wird festgestellt, dass die Zustimmung des Beteiligten zu 3) zur befristeten
) Einstellung des Leiharbeitnehmers im
bei der Antragstellerin zu 1) bestehenden als erteilt gilt.

Der Beteiligte zu 3 beantragt die

Zurückweisung der Anträge.

Es sei schon kein auf personelle Maßnahmen i.S.v. § 99 Abs. 1 BetrVG gerichteter Antrag
an den Betriebsrat gestellt worden. Eine Zuweisung zum. | sei keine
personelle Einzelmaßnahme. Eine ausreichende Unterrichtung des Betriebsrates sei nicht
erfolgt. Auch läge ein Gesetzesverstoß gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG i.V.m. der Richtlinie
2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Leihar-
beit (Amtsblatt der Europäischen Union vom 05.12.2008, L 327/9, im folgenden: „Leihar-
beitsrichtlinie“) vor.

Bezüglich des Vorbringens der Beteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst
Anlagen sowie den gesamten Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Anträge sind zulässig, aber nicht begründet.

1. Der Hauptantrag zu 1. ist zulässig, insbesondere besitzen die Arbeitgeberinnen das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis. Gemäß § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG ist der Betriebsrat des Entleiherbetriebes vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung nach § 99 BetrVG zu beteiligen. Die Vorschrift gibt dem Betriebsrat des Entleiherbetriebes hinsichtlich der Übernahme eines Leiharbeitnehmers ausdrücklich ein Anhörungsrecht nach § 99 BetrVG. Satz 2 und 3 erweitert die Unterrichtungspflicht des Entleihers. Weil der Betriebsrat der Einstellung seine Zustimmung verweigert hat, kann die Arbeitgeberin diese gem. § 99 Abs. 4 BetrVG gerichtlich ersetzen lassen. Die Arbeitgeberinnen sind als Inhaber des Gemeinschaftsbetriebes auch antragsbefugt, weil es vorliegend um eine der gemeinschaftlichen Leitungsmacht unterfallende Maßnahme geht.
2. Der Zustimmungsersetzungsantrag der Arbeitgeberinnen ist nicht begründet. Zwar ist der Antrag hinreichend bestimmt, der Betriebsrat hat seine Zustimmung aber zurecht gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigert, da der Leiharbeitnehmer im vorliegenden Fall entgegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG nicht nur vorübergehend eingesetzt werden soll.
 - a. Der Antrag auf Erteilung der Zustimmung zur befristeten Eingliederung der im Antrag bezeichneten Leiharbeitnehmer ist in der gewählten Form ausreichend bestimmt. Da die beteiligte Arbeitgeberin zu 1) den Geschäftsbereich
betreibt, ist die Formulierung „
“ nicht zu beanstanden. Dass beide Arbeitgeberinnen unstreitig einen Gemeinschaftsbetrieb betreiben, wird durch diese Formulierung nicht in Zweifel gezogen.
 - b. Die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zu einer personellen Einzelmaßnahme setzt voraus, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat i.S.v. § 99 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BetrVG ausreichend unterrichtet hat. Diese Voraussetzungen sind hier

erfüllt. Dem Betriebsrat wurden die Personalien der zur Einstellung vorgesehenen Leiharbeitnehmer mitgeteilt. Auch hinsichtlich der Qualifikation der Leiharbeitnehmer wurde unter I.2. des Antrags auf Zustimmung Angaben gemacht. Auch Einsatzbeginn und Einsatzdauer wurden mitgeteilt. Die Erlaubnis der Verleihunternehmen wurde dem Beteiligten zu 3) vorgelegt. Die Information über den vorgesehenen Arbeitsplatz der zur Einstellung vorgesehenen Leiharbeitnehmer war ausreichend. Dem Beteiligten zu 3) war aus dem Teilinteressenausgleich vom ... bekannt, dass die Bereiche ... und der ... einen Arbeitsbereich darstellen, der aus einem ... gespeist wird. Weiter ergibt sich aus dem Teilinteressenausgleich, dass die ... vorangetrieben werden soll, was nach Darstellung der Arbeitgeberinnen bedeutet, dass die Trennung von ... nicht mehr gewollt ist. Soweit der Betriebsrat moniert, die Arbeitgeberinnen hätten nicht konkret über die Arbeitszeiten der Leiharbeitnehmer informiert, ist dies unbeachtlich, da die Arbeitszeit als wesentliche Vertragsbestimmung nicht dem Kontrollrecht des Betriebsrates obliegt, der keine Inhaltskontrolle des Arbeitsvertrages hat (BAG, 01.06.2011, 7 ABR 117/09). Die Arbeitgeberinnen haben in ihrem Antrag auf Zustimmung vom ... auch über den Hintergrund und die Auswirkungen der Einstellung der Leiharbeitnehmer informiert. Welche Informationen der beteiligte Betriebsrat darüber hinaus hätte erhalten wollen, erschließt sich nicht.

- c. Der Betriebsrat hat seine Zustimmung zu Recht gem. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG verweigert.
- aa. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG (vgl. BAG, 12.11.2002, 1 ABR 1/02) kann der Betriebsrat einer personellen Maßnahme seine Zustimmung gem. § 99 Abs. 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 i.S.d. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, muss diese als solche untersagt sein. Dazu bedarf es zwar keines Verbotsgesetzes im technischen Sinn,

das unmittelbar die Unwirksamkeit der Maßnahme herbeiführt (BAG, 28.09.1988, 1 ABR 85/87). 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. 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, 28.06.1994, 1 ABR 59/93).

- bb. Die vom Betriebsrat herangezogene Vorschrift des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG enthält in seiner hier anwendbaren Neufassung vom 20.12.2011 nach der Auffassung der Kammer eine solche Verbotsnorm. Es ist darin normiert, dass nicht als vorübergehend zu qualifizierende Einstellungen von Leiharbeitnehmern unzulässig sind.

Die Kammer folgt in dieser strittigen Rechtsfrage der Entscheidung des LAG Niedersachsen vom 19.09.2012 (17 TaBV 22/12, BeckRS 2012, 76001) und nicht der Auffassung des Arbeitsgerichts Leipzig vom 23.03.2012 (5 BV 85/11), der sich andere Kammern des Arbeitsgerichts München angeschlossen haben.

(1)

Nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG erfolgt Arbeitnehmerüberlassung vorübergehend, das heißt: „nicht auf Dauer“ (englische Fassung der Leiharbeitsrichtlinie: „temporarily“ = „nur eine gewisse Zeit dauernd“). Wie die Antragsteller und Teile der Literatur dennoch im Ergebnis dazu kommen wollen, die Norm erlaube eine Dauerüberlassung, erschließt sich nicht.

Richtig ist, dass § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG keine zeitlich genau definierte Grenze definiert, sondern eine flexible Zeitkomponente (LAG Düsseldorf, Beschluss vom 02.10.2012 – 17 TaBV 48/12, NZA 2012, 1378). Dies bedeutet - entgegen der Entscheidung des Arbeitsgerichts Leipzig - aber gerade nicht, dass gar keine zeitliche Begrenzung gibt. Vielmehr markiert der Begriff „vorüber-

gehend“ eine flexible, nach den Umständen den Einzelfalls näher zu bestimmende Grenze.

(2)

Systematisch steht die Vorschrift unmittelbar zwischen der Norm, die die Erlaubnispflichtigkeit der Arbeitnehmerüberlassung regelt (§ 1 Abs. 1 S. 2 AÜG) und der Norm, die die bedeutendste individualrechtliche Folge eines Verstoßes gegen die Bestimmungen des AÜG festlegt (§ 1 Abs. 2 AÜG: Vermutung der Arbeitsvermittlung). Die Gesetzssystematik spricht damit klar gegen eine Auslegung von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG als leerer Programmsatz.

(3)

Die Gesetzeshistorie gibt kein klares Bild. Für beide Auffassungen lassen sich Äußerungen zuständiger Ministerien und Behörden, Abgeordnetenbeiträge oder Passagen der Gesetzesbegründung zitieren.

(4)

Entscheidend ist aus Sicht der Kammer die teleologische Auslegung der Vorschrift, bei der insbesondere zu berücksichtigen ist, dass durch die Neuregelung die Leiharbeitsrichtlinie umgesetzt wurde.

In der Leiharbeitsrichtlinie wird zum einen mehrfach klargestellt, dass Leiharbeit nur vorübergehend zulässig ist (Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1), zum anderen soll die Richtlinie nach ihrem Art. 5 Abs. 5 dem Missbrauch des Instruments der Leiharbeit gegensteuern (vgl. LAG Niedersachsen, a.a.O., unter Ziffer 3.1 mit Nachweisen), wozu die Mitgliedstaaten nach Erwägungsgrund 21 wirksame Sanktionen vorsehen sollen. Dies spricht für eine Auslegung von § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG als Verbotsgesetz.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Art. 5 Abs. 5 der Leiharbeitsrichtlinie aufeinander folgende Überlassungen, mit denen Bestimmungen der Richtlinie umgangen werden sollen, nur als ein Regelbeispiel für einen Missbrauch des Instruments der Leiharbeit benennt. Es trifft daher nicht zu, wenn das Arbeitsgericht Leipzig und Teile der Literatur (etwa

Teusch/Verstege, NZA 2012, 1328) meinen, die Missbrauchsbekämpfung beschränke sich auf die so genannte Drehtürklausel.

(5)

Dass eine zeitliche Grenze für die Leiharbeit ein Verbotsgesetz nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ist, hat das Bundesarbeitsgericht bereits in seiner Entscheidung vom 28.09.1988 festgestellt (1 ABR 85/87, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 60; zum früheren Art. 1 § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG), in der es neben den Interessen der betroffenen Leiharbeitnehmer auch auf die kollektiven Interessen der Belegschaft des Betriebs abgestellt hat. Diese zu einer fest definierten Zeitgrenze ergangene Entscheidung ist auf die jetzt geltende flexible Zeitgrenze ohne weiteres anzuwenden, ein Ansatz für eine Differenzierung nach der Art der Zeitgrenze ist nicht ersichtlich.

cc. Der hier fragliche Einsatz des Leiharbeitnehmers ist auch nicht vorübergehend.

(1)

Vorübergehend im Sinne von § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG ist ein Leiharbeitnehmereinsatz dann, wenn entweder ein Befristungsgrund gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 – 5 TzBfG vorliegt oder sich die in Aussicht genommene Einsatzzeit im Verhältnis zu den im Einzelfall maßgeblichen Planungsrhythmen als nicht dauerhaft darstellt.

(2)

Zur ersten Alternative – Parallelwertung zu § 14 Abs. 1 Nr. 1 – 5 TzBfG – haben die Antragstellerinnen nicht vorgetragen.

(3)

Es ist dem LAG Düsseldorf (a.a.O., S. 1381) insofern zu folgen, als bei der Bestimmung des Begriffs „vorübergehend“ jedenfalls nicht nur auf die Parallelwertung zu § 14 Abs. 1 TzBfG abzustellen ist. Wenn das LAG Düsseldorf indes jede Befristung bis zu zwei Jahren unter Hinweis auf § 14 Abs. 2

TzBfG als vorübergehend qualifiziert (a.a.O., S. 1381), übersieht dies, dass die Neuregelung des AÜG gerade keine feste Zeitgrenze vorsieht.

(4)

Richtigerweise ist die jeweilige Zeitgrenze zur Abgrenzung von vorübergehend und dauerhaft im Einzelfall zu bestimmen.

Das Konzept „vorübergehend“ verweist auf einen Planungshorizont oder Planungsrhythmus. Im Schulbereich ist dieser Zeitraum das Schuljahr, eine vorübergehende Beschäftigung endet spätestens mit Schuljahresende. Im Bereich der Parlamente ist der Planungshorizont die Legislaturperiode, bei Amtsträgern die Amtszeit und bei Theatern oder Sportmannschaften die Spielzeit. Jedenfalls eine Beschäftigung, die von Anfang an geplant mehr als zwei solcher Planungsperioden umfasst, ist nicht mehr vorübergehend.

Im vorliegenden Fall ist die maßgebliche Planungsperiode der jeweils halbjährige . Die hier vorgesehene Beschäftigung (, erstreckt sich über insgesamt Pla-
nungsperioden. Der Einsatz ist damit nicht vorübergehend.

An dieser Bewertung ändert sich auch dann nichts, wenn in Anlehnung an Ziffer III. 3 des Teilinteressenausgleichs vom vom Geschäftsjahr als Planungsperiode ausgegangen wird.

3. Der Hilfsantrag ist zulässig, aber unbegründet, denn die Zustimmung des Betriebsrates gilt nicht gem. § 99 Abs. 3 BetrVG als erteilt. Der Betriebsrat hat form- und fristgerecht und in inhaltlich zu beachtender Weise Verweigerungsgründe vorgebracht, die sich den Gründen des § 99 Abs. 2 BetrVG zuordnen lassen.
4. Der Antrag auf die Feststellung, dass die vorläufige Einstellung des Leiharbeitnehmers aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war, ist zulässig, aber ebenfalls unbegründet.

- 12 -

Die formellen Voraussetzungen des § 100 Abs. 2 BetrVG liegen vor. Eine rechtswidrige Maßnahme kann jedoch ,nicht dringlich sein. Zudem wäre für die Frage der Dringlichkeit detaillierter Sachvortrag erforderlich. Der Hinweis auf eine Unterbesetzung bzw. auf eine , ohne weitere Substantiierung insbesondere nach Zeit und konkreter Beschäftigung reicht nicht aus.

III.

Gegen diese Entscheidung ist für die Antragstellerinnen das Rechtsmittel der Beschwerde gem. § 87 BetrVG statthaft. Auf anliegende Belehrung wird hingewiesen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss können die Antragstellerinnen Beschwerde einlegen.

Die Beschwerde muss innerhalb einer Notfrist von einem Monat ab Zustellung dieses Beschlusses schriftlich beim

**Landesarbeitsgericht München
Winzererstraße 104
80797 München**

eingelegt werden.

Die Beschwerde muss innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Beschlusses schriftlich begründet werden.

Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründungsschrift müssen jeweils von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Sie können auch von dem Bevollmächtigten einer Gewerkschaft, eines Arbeitgeberverbandes oder eines Zusammenschlusses solcher Verbände unterzeichnet werden, wenn sie für ein Mitglied eines solchen Verbandes oder Zusammenschlusses oder für den Verband oder den Zusammenschluss selbst eingelegt wird.

Mitglieder der genannten Verbände können sich auch durch den Bevollmächtigten eines anderen Verbandes oder Zusammenschlusses mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen.

Swienty

Für den Gleichlaut mit der Urschrift
München, 23. Mai 2012
Kirehberger
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

