

Bundesarbeitsgericht
Erster Senat

Beschluss vom 30. September 2014
- 1 ABR 79/12 -

I. Arbeitsgericht Braunschweig

Beschluss vom 26. Oktober 2011
- 7 BV 12/11 -

II. Landesarbeitsgericht Niedersachsen

Beschluss vom 19. September 2012
- 17 TaBV 124/11 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Übernahme eines Leiharbeitnehmers - nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung

Bestimmungen:

BetrVG § 99; AÜG § 1 Abs. 1 Satz 2

BUNDESARBEITSGERICHT



1 ABR 79/12
17 TaBV 124/11
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
30. September 2014

BESCHLUSS

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

2.

Beschwerdeführer,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 30. September 2014 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt, den Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht K. Schmidt sowie die ehrenamtlichen Richter Schäferkord und Platow für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 19. September 2012 - 17 TaBV 124/11 - wird zurückgewiesen, soweit sie sich gegen die Entscheidung über den Antrag zu 1. richtet.

Im Übrigen wird das Verfahren eingestellt.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Beteiligten streiten über die Ersetzung der vom Betriebsrat verweigerten Zustimmung zur Einstellung einer Leiharbeiterin. 1

Die zu 1. beteiligte Arbeitgeberin ist nach ihrem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen im Rechtsbeschwerdeverfahren „Rechtsnachfolgerin“ der B GmbH & Co. KG, welche 272 (Stamm-)Arbeitnehmer und 55 Leiharbeiter beschäftigt. In ihrem Betrieb ist der zu 2. beteiligte Betriebsrat gebildet. Diesem teilte die vormalige Arbeitgeberin im Dezember 2006 ihre grundsätzliche Absicht mit, ab dem 1. April 2007 alle freien oder frei werdenden Stellen mit Arbeitnehmern zu besetzen, die bei der D GmbH & Co. KG (D) angestellt sind und der Arbeitgeberin zur Arbeitsleistung überlassen werden. Die D verfügt über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. 2

Am 4. Mai 2011 schrieb die vormalige Arbeitgeberin unternehmensintern „zur Beschäftigung über die D“ die Stelle eines „Personalreferenten (m/w) Schwerpunkt Recruiting“ aus. Mit „Einstellungsmeldung“ vom 22. Juni 2011 informierte sie den Betriebsrat, sie beabsichtige „ab 01.07.2011 die unbefristete Einstellung ... im Wege der Arbeitnehmerüberlassung über die Firma D“ der Arbeitnehmerin W (nunmehr R). Am 29. Juni 2011 ging bei ihr eine Hausmitteilung des Betriebsrats ein, mit der er seine Zustimmung zu dieser Maßnahme verweigerte und ua. ausführte: 3

„Die beim B praktizierte Dauerausleihe und die damit einhergehende Umgehung der im B geltenden Tarifordnung verstößt gegen Artikel 9 des Grundgesetzes. Ziel des AÜG ist es, neue Beschäftigungsmöglichkeiten zu erschließen. Ziel war und ist es nicht, Stammarbeitsplätze in Leiharbeitsplätze umzuwandeln.“

Mit Schreiben vom 30. Juni 2011 unterrichtete die vormalige Arbeitgeberin den Betriebsrat über die beabsichtigte vorläufige Einstellung der Arbeitnehmerin. Der Betriebsrat widersprach dem mit Schreiben vom 6. Juli 2011. 4

Mit am 7. Juli 2011 beim Arbeitsgericht eingegangener Antragschrift hat die Rechtsvorgängerin der Arbeitgeberin die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung von Frau R sowie die Feststellung der dringenden Erforderlichkeit deren vorläufigen Einsatzes begehrt. Sie hat vorgebracht, die vom Betriebsrat geltend gemachten Gründe berechtigten nicht, der personellen Maßnahme die Zustimmung zu verweigern. Die vorläufige Durchführung der Maßnahme sei dringend erforderlich. 5

Die Arbeitgeberin hat - sinngemäß - beantragt, 6

1. die vom Betriebsrat mit Hausmitteilung vom 29. Juni 2011 verweigerte Zustimmung zur Einstellung von Frau R zu ersetzen und
2. festzustellen, dass die zum 1. Juli 2011 vorgenommene vorläufige Einstellung von Frau R aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war.

Der Betriebsrat hat beantragt, die Anträge abzuweisen. 7

Das Arbeitsgericht hat den Anträgen entsprochen. Das Landesarbeitsgericht hat sie auf die Beschwerde des Betriebsrats am 19. September 2012 abgewiesen. Mit ihrer Rechtsbeschwerde begehrt die Arbeitgeberin die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 8

B. Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin ist unbegründet. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht den Zustimmungsersetzungsantrag unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung abgewiesen. Hinsichtlich der Feststellung 9

der dringenden Erforderlichkeit der vorläufigen personellen Maßnahme war das Verfahren einzustellen.

- I. Der im Rechtsbeschwerdeverfahren gehaltene und vom Betriebsrat nicht in Abrede gestellte Vortrag, die Arbeitgeberin sei Rechtsnachfolgerin der B GmbH & Co. KG, hat keine verfahrensrechtlichen Auswirkungen. Es ist zwar unklar, auf welchen Tatsachen die mitgeteilte Rechtsnachfolge beruht; das ist aber unschädlich. Sollte es sich um eine bloße Umfirmierung handeln, folgte hieraus keine prozessuale Besonderheit. Sollte ein Betriebsübergang iSv. § 613a BGB (oder eine gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung mit den Folgen des § 613a BGB) stattgefunden haben, wäre die Arbeitgeberin zum einen verfahrensrechtlich in die Stellung als Rechtsbeschwerdeführerin und zum anderen betriebsverfassungsrechtlich in die Rechtsstellung der vormaligen Antragstellerin eingetreten. Auch der Betriebsrat wäre Funktionsnachfolger seines Vorgängers und träte in dessen Beteiligtenstellung in einem arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren ein (*vgl. zum Betriebsübergang BAG 28. April 2009 - 1 ABR 97/07 - Rn. 12 ff., BAGE 131, 1*). 10
- II. Der zulässige Zustimmungsersetzungsantrag zu 1. ist unbegründet. 11
1. Das mit dem Antrag verfolgte Zustimmungsersetzungsbegehren ist zulässig. Die Arbeitgeberin besitzt das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis. In ihrem Unternehmen sind in der Regel mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt. Eine personelle Einzelmaßnahme bedarf daher nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats. Gemäß § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG hat die Arbeitgeberin den Betriebsrat nach § 99 BetrVG (auch) vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung zu beteiligen. 12
2. Der Antrag ist unbegründet. Zwar hat die vormalige Arbeitgeberin den Betriebsrat mit ihrer Einstellungsmeldung vom 22. Juni 2011 ordnungsgemäß iSv. § 99 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BetrVG iVm. § 14 Abs. 3 AÜG um Zustimmung zu der beabsichtigten Übernahme von Frau R zur Arbeitsleistung ersucht, so dass die Frist für die Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG zu laufen begonnen hat. Auch gilt die Zustimmung des Betriebsrats 13

nicht nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als erteilt, denn er hat mit der am 29. Juni 2011 bei der vormaligen Arbeitgeberin eingegangenen Hausmitteilung seine Zustimmung fristgerecht, schriftlich und unter Angabe von Gründen iSv. § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG verweigert. Der Antrag der Arbeitgeberin auf gerichtliche Ersetzung der Zustimmung nach § 99 Abs. 4 BetrVG hat aber keinen Erfolg, weil der Betriebsrat seine Zustimmung zu Recht mit der Begründung verweigert hat, die geplante Maßnahme verstoße gegen ein Gesetz.

- a) Der Betriebsrat kann seine Zustimmung zu einer personellen Maßnahme nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigern, wenn die Maßnahme selbst gegen ein Gesetz, einen Tarifvertrag oder eine sonstige Norm verstößt. Geht es um die Übernahme eines Leiharbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers und damit um eine Einstellung iSd. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, muss diese als solche untersagt sein. Dazu bedarf es zwar keiner Verbotsnorm im technischen Sinne, die unmittelbar die Unwirksamkeit der Maßnahme herbeiführt. Der Zweck der betreffenden Norm, die Einstellung selbst zu verhindern, muss aber hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen. Der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ist bei Einstellungen daher dann gegeben, wenn der Zweck der Verbotsnorm nur dadurch erreicht werden kann, dass die Einstellung insgesamt unterbleibt (*vgl. zB BAG 10. Oktober 2012 - 7 ABR 42/11 - Rn. 65 mwN*). 14
- b) Hiernach hat der Betriebsrat die Zustimmung zwar nicht im Hinblick auf den geltend gemachten Verstoß gegen Art. 9 GG, wohl aber gegen das AÜG zu Recht verweigert. 15
- aa) Der vom Betriebsrat geltend gemachte Verstoß gegen Art. 9 GG unter „Umgehung der ... geltenden Tarifordnung“ betrifft kein Gesetz, das die Einstellung an sich verhindern will. Der auf die allein in Frage kommende kollektive Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG gestützte Einwand berührt allenfalls die Arbeitsbedingungen der einzustellenden Leiharbeitnehmerin. 16
- bb) Zutreffend macht der Betriebsrat aber geltend, die beabsichtigte personelle Einzelmaßnahme verstoße gegen das AÜG. Maßgeblich ist die im Zeit- 17

punkt der Senatsentscheidung geltende Rechtslage und damit ua. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, der nach Art. 1 Nr. 2 Buchst. a, Buchst. bb des „Ersten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes - Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“ vom 28. April 2011 (- *Missbrauchsverhinderungsgesetz - BGBl. I S. 642*) - in § 1 Abs. 1 AÜG eingefügt worden ist und nach Art. 2 des Missbrauchsverhinderungsgesetzes am 1. Dezember 2011 in Kraft trat. Diese Bestimmung untersagt die nicht vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmern. Sie stellt ein Gesetz iSv. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG dar, dessen Zweck nur erreicht werden kann, wenn die Einstellung unterbleibt. Die beabsichtigte Übernahme der Leiharbeiterin R zur Arbeitsleistung verstößt gegen dieses Gesetz, denn ihr liegt keine „vorübergehende“ Überlassung zugrunde.

(1) Entscheidend ist die Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung über das Zustimmungsersetzungsgesuch. Gegenstand eines Verfahrens auf Ersetzung der Zustimmung zu einer Einstellung nach § 99 Abs. 4 BetrVG ist die Frage, ob die beabsichtigte personelle Maßnahme angesichts der vorgebrachten Verweigerungsgründe gegenwärtig und zukünftig zulässig ist. Verfahrensgegenstand ist nicht, ob die Maßnahme im Zeitpunkt der Antragstellung zulässig war. Die streitgegenständliche Frage ist deshalb nach Maßgabe der im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung geltenden Rechtslage zu beantworten. Das gilt auch, wenn die Änderung der Rechtslage für die vom Betriebsrat angebrachten Verweigerungsgründe eine geänderte rechtliche Beurteilung erfordert. Wenn und soweit darin eine Änderung des Verfahrensgegenstandes und damit - trotz gleichbleibenden Antragswortlauts - eine Antragsänderung liegt, ist diese in der Rechtsbeschwerdeinstanz zulässig, wenn der festgestellte Sachverhalt die rechtliche Beurteilung nach der neuen Rechtslage ermöglicht, der Streitstoff nicht erweitert wird und die Rechte der Beteiligten nicht verkürzt werden (*BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 30 mwN, BAGE 145, 355*). Vorliegend hat der Betriebsrat von vornherein geltend gemacht, die „dauerhafte Ausleihe“ von Leiharbeitnehmern widerspreche dem AÜG. Dieser Zustimmungsverweigerungsgrund hat sich nicht verändert. Für seine Beurteilung ist die derzeitige Rechtslage maßgeblich. Soweit mit der Änderung der zu be-

18

achtenden Rechtslage zugleich eine Änderung des Verfahrensgegenstandes in der Rechtsbeschwerdeinstanz verbunden sein sollte, wäre diese ausnahmsweise zulässig. Der Sachverhalt steht fest. Rechte der Beteiligten werden nicht beeinträchtigt.

(2) Danach kommt es auf das Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung in der am 30. September 2014 geltenden Fassung an. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts verbietet § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG in der seit dem 1. Dezember 2011 geltenden Fassung die mehr als vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher. Das folgt aus einer Auslegung der Norm (*BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 32 ff., BAGE 145, 355; 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 17, BAGE 146, 384*). Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ist damit eine den Wortsinn übersteigende Rechtsfortbildung nicht verbunden. 19

(a) Der Wortlaut des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG gebietet kein bestimmtes Ergebnis (*vgl. BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 33, BAGE 145, 355*). Der in der Vorschrift gebrauchte Modus des Indikativs deutet allerdings nicht immer auf die (bloße) Beschreibung eines Geschehens, sondern kann auch Verbindlichkeit ausdrücken. In Gesetzen oder anderen Normtexten ist es nicht unüblich, stilistisch anstelle des (befehlenden) Imperativs den (beschreibenden) Indikativ zu verwenden (*vgl. hierzu die Empfehlungen zur Gestaltung von Rechtsvorschriften des Bundesministeriums der Justiz in: Handbuch der Rechtsförmlichkeit 3. Aufl. 2008 [BAnz. vom 22. Oktober 2008 Nr. 160a S. 1 ff.] Teil B - Allgemeine Empfehlungen für das Formulieren von Rechtsvorschriften - Rn. 83 und Teil C - Stammgesetze - Rn. 393*). Die Verwendung des Indikativs lässt daher nicht zwingend darauf schließen, ein Ver- oder Gebot nicht aufstellen zu wollen. 20

(b) Gesetzessystematische Erwägungen streiten für einen obligatorischen Inhalt des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG (*vgl. BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 34, BAGE 145, 355; 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 26, BAGE 146, 384*). § 1 AÜG mit der Normüberschrift „Erlaubnispflicht“ bestimmt in seinem Abs. 1 Satz 1, dass Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Ar- 21

beitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, der Erlaubnis bedürfen. Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG erfolgt die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher vorübergehend. Im Kontext zu § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG deutet dies darauf, die unter den Erlaubnisvorbehalt für die Verleiher gestellte Überlassung (nur) in einer vorübergehenden zu sehen und eine dem nicht entsprechende Überlassung als gesetzwidrig, mithin nicht erlaubnisfähig einzuordnen. Dass Satz 2 von § 1 Abs. 1 AÜG insofern eine über einen unverbindlichen „Programmsatz“ hinausgehende Bedeutung im Sinn einer gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzung der Arbeitnehmerüberlassung hat, zeigt ferner der systematische Vergleich mit Satz 3 der Vorschrift, in welchem näher festgelegt ist, in welcher Konstellation keine Arbeitnehmerüberlassung (und damit auch keine Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG) vorliegt.

(c) Entscheidend für ein Verständnis des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG als Untersagung der nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung sind Sinn und Zweck der Vorschrift. Regelmäßig erschöpfen sich gesetzliche Bestimmungen nicht in bloßen Beschreibungen. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass nach der Intention des Gesetzgebers die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung ohne Folgen bleiben sollte. Wenn aber davon auszugehen ist, dass mit § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG - wie auch sonst bei Gesetzen, die über Definitionen oder Fiktionen hinausgehen - überhaupt etwas geregelt werden soll, so besteht der Regelungsinhalt darin, die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung auszuschließen (*vgl. BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 35, BAGE 145, 355*). 22

(d) Entgegen der von der Arbeitgeberin unter Verweis auf die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 29. Oktober 2013 (- 7 TaBV 15/13 -) vertretenen Auffassung sprechen weder die Gesetzesmaterialien noch ein im Gesetzgebungsverfahren deutlich erkennbarer Wille des Gesetzgebers gegen ein Verständnis des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG als eine die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung untersagende Norm. 23

(aa) Der Gesetzgeber wollte mit dem Missbrauchsverhinderungsgesetz und damit auch mit der Einfügung von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG unionsrechtliche Vorgaben „vollständig, eins zu eins“ umsetzen (*so die Ausführung der zuständigen Bundesministerin in der abschließenden Plenarberatung des Deutschen Bundestages, BT-Plenarprotokoll 17. Wahlperiode S. 11366 [B]*). Er ist davon ausgegangen, die Umsetzung der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (*ABl. EU L 327 vom 5. Dezember 2008 S. 9 - fortan: Richtlinie 2008/104 -*) erfordere Änderungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, weil sie Arbeitnehmerüberlassung als vorübergehend definiere (*vgl. den Regierungsentwurf zum Missbrauchsverhinderungsgesetz BT-Drs. 17/4804 S. 1*). Vor diesem Hintergrund ist mit § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG eine Regelung eingefügt worden, die „der Klarstellung“ dient, „dass das deutsche Modell der Arbeitnehmerüberlassung dieser europarechtlichen Vorgabe entspricht“ (*BT-Drs. 17/4804 S. 8*). Das bedeutet nach den verlautbarten Vorstellungen des Gesetzgebers (*BT-Drs. 17/4804 S. 8*):

„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 insbesondere auf genau bestimmte Höchstüberlassungsfristen verzichtet.“

Auch wenn damit die „Zeitkomponente“ der Kategorie „vorübergehend“ nach der Erklärung in den Gesetzesmaterialien „flexibel“ verstanden werden soll, kommt doch erkennbar zum Ausdruck, dass eine gesetzliche Regelung geschaffen werden sollte, die ein anderes als das auf „vorübergehende Überlassungen angelegte Modell der Arbeitnehmerüberlassung“ ausschließt. Dass dies als „Klarstellung“ bezeichnet ist, ändert nichts am Regelungsgehalt. Die von dem Parlamentarischen Staatssekretär Dr. Ralf Brauksiepe verantwortete, auf eine schriftliche Abgeordnetenfrage gegebene Antwort vom 29. Februar 2012, wonach „entsprechend dem Wesen einer Klarstellung ... eine Änderung der bestehenden Rechtslage nicht beabsichtigt“ und „demnach ... auch weiter-

24

25

hin eine nicht von vornherein zeitlich befristete Überlassung von Zeitarbeitnehmern möglich“ sei (vgl. *BT-Drs. 17/8829 S. 24*), vermag das nicht zu entkräften. Ungeachtet dessen, dass eine - im vorliegenden Fall nach dem Inkrafttreten des geänderten AÜG verfasste - Stellungnahme selbst von den am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen oder Stellen zumindest auch Beweggründe und Erwartungen bekunden mögen und nicht stets und ausschließlich den Willen des parlamentarischen Gesetzgebers, ist die zitierte Antwort widersprüchlich. In ihr wird einerseits erklärt, dass eine Modifikation der Rechtslage nicht beabsichtigt gewesen sei, andererseits aber auch ausgeführt, der Gesetzgeber habe in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG klargestellt, dass das AÜG ein auf eine „vorübergehende Überlassung angelegtes Modell der Arbeitnehmerüberlassung regelt, bei dem die Überlassung an den jeweiligen Entleiher im Verhältnis zum Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer vorübergehend ist“ (*BT-Drs. 17/8829 S. 24*).

(bb) Dass nach den Vorstellungen des Gesetzgebers durch die Einfügung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG die Rechtslage modifiziert worden ist, zeigen vor allem die Bestimmungen zum Inkrafttreten des geänderten Gesetzes. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG gehört zu den Vorschriften, die nach Art. 2 des Missbrauchsverhinderungsgesetzes nicht schon einen Tag nach der Gesetzesverkündung am 29. April 2011, sondern erst am 1. Dezember 2011 in Kraft traten. Das erheblich spätere Inkrafttreten begründete der Gesetzgeber mit der Erwägung, dies gebe „den Verleihern und Entleihern ... ausreichend Zeit, ihre vertraglichen Vereinbarungen und sonstige Regelungen bei Bedarf an die neue Rechtslage anzupassen“ (*BT-Drs. 17/4804 S. 11*). Wäre durch § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG in der Neufassung keine von der vormaligen Rechtslage abweichende geregelt worden, erklärte es sich vor dem verlautbarten „Anpassungsbedarf für Entleiher und Verleiher“ kaum, das Inkrafttreten der Bestimmung zeitlich hinauszuschieben (vgl. *BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 37, BAGE 145, 355*).

26

(e) Mit der Interpretation von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG als Verbotsnorm sind entgegen der insoweit nicht näher begründeten - und im Übrigen auch nicht

27

tragenden - Erwägung des Landesarbeitsgerichts Nürnberg in seiner Entscheidung vom 29. Oktober 2013 (- 7 TaBV 15/13 -) nicht die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung überschritten. Der Vorwurf einer der Gewährleistung von Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG zuwiderlaufenden unzulässigen Rechtsfortbildung ist schon im Ausgangspunkt nicht gerechtfertigt. Es handelt sich nicht um eine (unzulässige) Fortbildung von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, sondern um seine an Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck sowie Gesetzeshistorie orientierte Auslegung.

(f) Dem Verständnis von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG als eine die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung untersagende Bestimmung begegnen keine unionsrechtlichen Bedenken. 28

(aa) Das gilt zum einen für die in Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) anerkannte unternehmerische Freiheit. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Richtlinie 2008/104 eine Regelung zur nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung enthält und damit den für die Anwendung der GRC notwendigen unionsrechtlichen Bezug nach Art. 51 Abs. 1 GRC herstellt. Jedenfalls wird durch ein solches Verbot die durch Art. 16 GRC insbesondere geschützte Vertragsfreiheit nicht in einem Umfang eingeschränkt, der geeignet wäre, von einer Beeinträchtigung des Wesensgehalts des Rechts auf unternehmerische Freiheit zu sprechen (*auf eine Beeinträchtigung des „Wesensgehalts“ des Rechts auf unternehmerische Freiheit stellt ab: EuGH 18. Juli 2013 - C-426/11 - [Alemo-Herron ua.] Rn. 35*). Vielmehr achtet der gesetzlich vorgesehene, aus Gründen des Gemeinwohls erfolgende und den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit genügende geringfügige Eingriff iSv. Art. 52 Abs. 1 Sätze 1 und 2 GRC den wesentlichen Gehalt der unternehmerischen Freiheit. Zudem dient das Verbot dem durch Art. 31 Abs. 1 GRC geschützten Recht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen und damit dem Schutz der Rechte Anderer. Hiernach ist der deutsche Gesetzgeber befugt, die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung zu unterbinden (*BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 47, BAGE 145, 355*). 29

(bb) Zum anderen unterliegt es keinen Zweifeln, dass die Richtlinie 2008/104 dem nationalen Verständnis des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG als Untersagung der nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung nicht entgegensteht. 30

(aaa) Sollte nach der Richtlinie 2008/104 die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung verboten sein, müsste § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG bereits wegen des Gebots der unionsrechtskonformen Auslegung in diesem Sinn ausgelegt werden (*BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 46, BAGE 145, 355*). 31

(bbb) Sollte die Richtlinie 2008/104 die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung nicht untersagen, so kann ihr immerhin aber klar und zweifelsfrei entnommen werden, dass sie bei der Leiharbeit von einer im Wesentlichen durch das Merkmal „vorübergehender“ Überlassungen geprägten Arbeitsform ausgeht. 32

(aaaa) Nach den verlautbarten Vorstellungen des Richtliniengebers entspricht Leiharbeit nicht nur dem Flexibilitätsbedarf der Unternehmen, sondern auch dem Bedürfnis der Arbeitnehmer, Beruf und Privatleben zu vereinbaren. Sie trägt somit zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Teilnahme am und zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt bei (*Erwägungsgrund 11 der Richtlinie*). Nach ihrem Art. 1 Abs. 1 gilt die Richtlinie 2008/104 für Arbeitnehmer, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um „vorübergehend“ unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten. „Leiharbeitsunternehmen“ ist nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2008/104 eine natürliche oder juristische Person, die mit Leiharbeitnehmern Arbeitsverträge oder Beschäftigungsverhältnisse eingeht, um sie entleihenden Unternehmen zu überlassen, damit sie dort unter Aufsicht und Leitung „vorübergehend“ arbeiten. Gemäß Art. 3 Abs. 1 Buchst. c Richtlinie 2008/104 ist „Leiharbeitnehmer“ ein Arbeitnehmer, der mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen hat oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen ist, um einem entleihenden Unternehmen überlassen zu werden und dort unter dessen Aufsicht und Leitung „vorübergehend“ zu arbei- 33

ten. Art. 3 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie 2008/104 definiert als „entleihendes Unternehmen“ eine natürliche oder juristische Person, in deren Auftrag und unter deren Aufsicht und Leitung ein Leiharbeitnehmer „vorübergehend“ arbeitet. „Überlassung“ ist nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. e Richtlinie 2008/104 der Zeitraum, während dessen der Leiharbeitnehmer dem entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt wird, um dort unter dessen Aufsicht und Leitung „vorübergehend“ zu arbeiten.

(bbbb) Auch die Auswertung der Sprachfassungen der Richtlinie 2008/104 erlaubt keinerlei Zweifel daran, dass Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen der Richtlinie an den Umstand einer temporären Arbeit des Leiharbeitnehmers bei dem entleihenden Unternehmen anknüpfen. Das ist buchstäblich ausgedrückt in der französischen („temporaire“), englischen („temporarily“), spanischen („temporalmente“), italienischen („temporaneamente“), griechischen („προσωρινά“), bulgarischen („временно“), tschechischen („po přechodnou dobu“ [„für eine Übergangszeit“]), dänischen („midlertidigt“), estnischen („ajutiselt“), kroatischen („privremeno“), lettischen („pagaidu“), litauischen („laikinai“), ungarischen („ideiglenesen“), maltesischen („temporanjament“), niederländischen („tijdelijk“), polnischen („tymczasowo“), portugiesischen („temporariamente, temporária, temporário“), rumänischen („temporar“), slowakischen („dočasne, dočasný, dočasnej“), slowenischen („začasno“), finnischen („tilapäisesti“) und schwedischen („tillfälligt“) Fassung.

34

(cccc) Die Bedeutung der Kategorie „vorübergehend“ kommt darüber hinaus deutlich in der Entstehungsgeschichte der Richtlinie 2008/104 zum Ausdruck. Der ursprüngliche Vorschlag für eine Richtlinie über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern - von der Kommission vorgelegt am 20. März 2002 - enthielt eine mit diesem oder einem ähnlichen Merkmal verknüpfte Beschreibung noch nicht (*ABl. EG C 203 E vom 27. August 2002 S. 1*). In der „Legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern“ (*ABl. EU C 25 E vom 29. Januar 2004 S. 368*) findet sich dann der Ausdruck „zeitweilig“, etwa bei der Begriffsbestimmung

35

„Leiharbeitnehmer“ („...ist jede Person, die mit einem Leiharbeitunternehmen einen Arbeitsvertrag schließt oder ein Arbeitsverhältnis von unbestimmter oder befristeter Dauer eingeht, um zeitweilig einem entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt zu werden, unter dessen Leitung und Aufsicht sie tätig ist“). Der geänderte Vorschlag der Kommission (*CELEX 52002PC0701*) verwendet die Formulierung „befristet“, etwa bei der Festlegung des Anwendungsbereichs („Diese Richtlinie gilt für Arbeitnehmer, die mit einem Leiharbeitunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Arbeitsverhältnis eingegangen sind und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um befristet unter deren Aufsicht zu arbeiten“) oder bei dem Begriff des Leiharbeitnehmers („...ist eine Person, die mit einem Leiharbeitunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen hat oder ein Arbeitsverhältnis eingegangen ist, um einem entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt zu werden und dort unter dessen Aufsicht befristet zu arbeiten“) sowie der Überlassung („... ist der Zeitraum, während dessen der Leiharbeitnehmer einem entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt wird, um dort befristet unter dessen Aufsicht zu arbeiten“). Der „Gemeinsame Standpunkt (EG) Nr. 24/2008 vom Rat festgelegt am 15. September 2008“ (*ABl. EU C 254 E vom 7. Oktober 2008 S. 36*) knüpft schließlich an die später Richtlinien text gewordene Kategorie „vorübergehend“ an.

(ccc) Damit dürfte fraglich sein, ob die „nicht vorübergehende“ Überlassung von (Leih-)Arbeitnehmern eines (Leiharbeits-)Unternehmens an (entleihende) Unternehmen überhaupt der Richtlinie 2008/104 unterfällt. Ginge man hiervon aus, hinderten die Richtlinienvorgaben jedenfalls keine Untersagung der nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung (*im Ergebnis ebenso BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 46, BAGE 145, 355*). Nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104 sind zwar Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit nur aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Versteht man diese Vorschrift dahingehend, dass sie die Beibehaltung oder die Einführung von Verboten oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit verbietet, die nicht aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, wäre bei einer Unterbindung nicht nur vorübergehender Arbeitnehmerüberlassung durch § 1

36

Abs. 1 Satz 2 AÜG - ebenso wie bei der die Leiharbeit im unionsrechtlichen Sinn einschränkenden Erlaubnispflicht für Verleiharbeitgeber nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG - aber von solch einer Rechtfertigung auszugehen. Als Beispiele für mögliche Rechtfertigungsgründe führt Art. 4 Abs. 1 Halbs. 2 Richtlinie 2008/104 unmissverständlich ua. den Schutz der Leiharbeitnehmer sowie die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhüten, an (*vgl. hierzu auch den Erwägungsgrund 18 der Richtlinie*). Die Erlaubnispflicht für Verleiharbeitgeber und die Untersagung der nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 AÜG dienen solchen Gründen des Allgemeininteresses. „Nicht vorübergehende“ Leiharbeit, obwohl diese nach der Richtlinie unverkennbar dadurch geprägt ist, dass Arbeitnehmer entleihenden Unternehmen überlassen werden, damit sie dort unter deren Aufsicht und Leitung „vorübergehend“ arbeiten, wäre auch im unionsrechtlichen Verständnis kein Ge-, sondern Missbrauch dieser Arbeitsform. Darauf lässt nicht zuletzt Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2008/104 schließen, wonach „aufeinander folgende Überlassungen“, mit denen die Bestimmungen der Richtlinie umgangen werden sollen, zu verhindern sind.

(ddd) In diesem Zusammenhang bedarf es keiner Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union - Gerichtshof - im Wege der Vorabentscheidung nach Art. 267 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Die richtige Anwendung des Unionsrechts ist bezüglich der Annahme, das Verständnis von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG als eine die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung ausschließende Norm laufe den Vorgaben der Richtlinie 2008/104 nicht zuwider, derart offenkundig, dass für Zweifel kein Raum bleibt (*vgl. zu diesem Maßstab EuGH 6. Oktober 1982 - 283/81 - [CILFIT] Slg. 1982, 3415; ErfK/Wißmann 14. Aufl. Art. 267 AEUV Rn. 33 mwN*). Das beim Gerichtshof anhängige Vorabentscheidungsersuchen des finnischen Työtuomioistuin (*eingereicht am 9. Oktober 2013 - Auto - ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry/Öljytuote ry, Shell Aviation Finland Oy; beim EuGH anhängig unter dem Az. - C-533/13 - ABI. EU C 352 vom 30. November 2013*

37

S. 10; vgl. hierzu auch zB *Thüsing/Stiebert ZESAR 2014, 27*) gebietet keine andere Sichtweise.

(aaaa) Der Työtuomioistuin möchte mit seinem Vorabentscheidungsersuchen wissen, ob eine Tarifvertragsbestimmung über den Einsatz von Leiharbeitnehmern eine ungerechtfertigte Einschränkung des Einsatzes von Leiharbeitnehmern darstellt, die mit Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2008/104 unvereinbar ist und deshalb unberücksichtigt bleiben muss. In der beim Työtuomioistuin anhängigen Rechtssache begehrt eine Gewerkschaft mit ihrer Klage, einen Arbeitgeberverband und dessen Mitglieder zu einer Strafzahlung nach dem Työehtösopimuslaki (Tarifvertragsgesetz) zu verurteilen. Nach der für den Streitfall maßgeblichen Tarifbestimmung haben Unternehmen den Einsatz von Leiharbeitnehmern auf den Ausgleich von Arbeitsspitzen oder sonst auf zeitlich oder ihrer Art nach begrenzte Aufgaben zu beschränken, die wegen der Dringlichkeit, der begrenzten Dauer der Arbeit, erforderlicher beruflicher Kenntnisse und Spezialgeräte oder aus vergleichbaren Gründen eigenen Arbeitnehmern nicht übertragen werden können. Die Entleihe von Arbeitnehmern wird tarifvertraglich als „unlauter“ angesehen, wenn Leiharbeitnehmer, die von Unternehmen vermittelt werden, die verschiedene Arbeitskräfte zur Verfügung stellen, im Rahmen der normalen Tätigkeit eines Unternehmens neben dessen Stammarbeitnehmern und über einen längeren Zeitraum unter derselben Leitung beschäftigt werden. Der Työtuomioistuin hat dem Gerichtshof daher die Fragen gestellt:

38

a) Ist Art. 4 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie (2008/104/EG) dahin auszulegen, dass den nationalen Behörden einschließlich der Gerichte die dauerhaft geltende Verpflichtung auferlegt wird, mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln sicherzustellen, dass keine innerstaatlichen Vorschriften oder Tarifvertragsbestimmungen in Kraft sind oder angewandt werden, die einer Vorschrift der Richtlinie zuwiderlaufen?

b) Ist Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, wonach der Einsatz von Leiharbeitnehmern nur in den eigens aufgeführten Fällen wie dem Ausgleich von Arbeitsspitzen oder bei Arbeiten, die nicht durch eigene Arbeitnehmern eines Unternehmens erledigt werden können, zulässig ist? Kann der längerfristige Einsatz von Leiharbeitnehmern neben

den eigenen Arbeitnehmern eines Unternehmens im Rahmen der gewöhnlichen Arbeitsaufgaben des Unternehmens als verbotener Einsatz von Leiharbeitskräften eingestuft werden?

c) Welche Mittel stehen, wenn die nationale Regelung als richtlinienwidrig angesehen wird, dem Gericht zur Verfügung, um die Ziele der Richtlinie zu erreichen, wenn es sich um einen von Privaten einzuhaltenden Tarifvertrag handelt?

(bbbb) Damit sind Fragen aufgeworfen zum inhaltlichen Verständnis von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104 bei einer nationalen Vorschrift, die den Einsatz von (verschiedenen) Leiharbeitnehmern unter den Vorbehalt besonders genannter Fälle und Umstände stellt. Sie betreffen nicht die Untersagung „nicht vorübergehender“ Überlassungen. Mag der Richtlinie 2008/104 nicht zweifelsfrei zu entnehmen sein, wie „vorübergehend“ im unionsrechtlichen Sinn zu definieren ist, so ist in ihr aber jedenfalls - wie bereits ausgeführt - ohne jeden Zweifel ausgedrückt, dass Leiharbeit und Leiharbeitsbeziehungen durch dieses Kriterium geprägt sind. 39

(3) § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG ist ein Verbotsgesetz iSv. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, dessen Verletzung den Betriebsrat zur Verweigerung der Zustimmung zur Einstellung berechtigt. Der Zweck der Regelung kann nur erreicht werden, wenn die Einstellung insgesamt unterbleibt. 40

(a) Der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ist bei Einstellungen und Versetzungen gegeben, wenn das Ziel der Norm allein dadurch erreicht werden kann, dass die personelle Maßnahme insgesamt unterbleibt. Bei Einstellungen ist das der Fall, wenn durch die betreffende Norm im Sinne einer „Absperrtechnik“ verhindert werden soll, dass bestimmte Arbeitnehmer überhaupt in den Betrieb aufgenommen werden. Das in Betracht kommende Gesetz muss den Zweck haben, die Organisationsgewalt des Arbeitgebers im Hinblick auf eine bestimmte Zusammensetzung der Belegschaft zu beschränken. Dementsprechend kommt das Zustimmungsverweigerungsrecht insbesondere dann in Betracht, wenn mit der betreffenden Rechtsnorm auch 41

die kollektiven Interessen der betroffenen Belegschaft gewahrt werden sollen (*BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 49 mwN, BAGE 145, 355*).

(b) Danach ist der Ausschluss der nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG ein Verbotsgesetz, das den Betriebsrat zur Zustimmungsverweigerung berechtigt. Denn er dient jedenfalls auch den kollektiven Interessen der betroffenen Belegschaft. Im Interesse auch der Stammarbeitnehmer soll eine Spaltung der Belegschaft begrenzt und die Gefahr eingeschränkt werden, dass zumindest faktisch auf deren Arbeitsplatzsicherheit und die Qualität ihrer Arbeitsbedingungen Druck ausgeübt wird. Im Rahmen dieser Begrenzung wird die Organisationsgewalt des Arbeitgebers, die Belegschaft in bestimmter Weise zusammenzusetzen, eingeschränkt. Demgemäß war in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bereits für die früher geltende zeitliche Höchstbegrenzung der Arbeitnehmerüberlassung anerkannt, dass ein Verstoß dagegen das Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG auslöste (*grundlegend: BAG 28. September 1988 - 1 ABR 85/87 - zu B II 2 c der Gründe, BAGE 59, 380; vgl. BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 50, BAGE 145, 355*).

42

(4) Die von der Arbeitgeberin beabsichtigte Einstellung von Frau R ist nicht vorübergehend iSv. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG und verstößt deshalb gegen das in dieser Vorschrift enthaltene Verbot. Dabei kann offenbleiben, wie der Begriff „vorübergehend“ im Einzelnen zu konkretisieren ist. Jedenfalls bei der vorliegenden Fallgestaltung handelt es sich nicht um „vorübergehende“ Überlassung. Die ohne jegliche zeitliche Begrenzung vorgenommene Arbeitnehmerüberlassung, bei der ein Leiharbeitnehmer dauerhaft anstelle eines Stammarbeitnehmers eingesetzt werden soll, ist nicht (mehr) vorübergehend. Um einen solchen Fall handelt es sich bei der beabsichtigten Übernahme von Frau R.

43

III. Wegen des Feststellungsantrags zu 2. war das Verfahren in entsprechender Anwendung von § 81 Abs. 2 Satz 2, § 83a Abs. 2 Satz 1 ArbGG einzustellen. Eine Entscheidung über den Feststellungsantrag des Arbeitgebers nach § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG kommt regelmäßig nicht mehr in Frage, wenn rechtskräftig über den Zustimmungsersetzungsantrag entschieden worden ist

44

(vgl. ausf. BAG 14. Dezember 2004 - 1 ABR 55/03 - zu B III der Gründe, BAGE 113, 109; vgl. auch 10. März 2009 - 1 ABR 93/07 - Rn. 51 mwN, BAGE 130, 1).

Schmidt

Koch

K. Schmidt

Schäferkord

Platow