

**Landesarbeitsgericht Schleswig-
Holstein**

Aktenzeichen: 4 TaBV 8/13

3 BV 35 a/12 ArbG Elmshorn

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 24.10.2013

gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Beschluss

Im Namen des Volkes

**Im Beschlussverfahren
mit den Beteiligten:**

pp.

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die Anhörung der Beteiligten am 24.10.2013 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

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

Die Beschwerde der Antragstellerin und die Anschlussbeschwerde des Betriebsrats gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 07.02.2013 – 3 BV 35 a/12 – werden zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird für die Beteiligten zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss können die Beteiligten durch Einreichung einer Rechtsbeschwerdeschrift bei dem

Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1,
Telefax: 0361 2636-2000,

Rechtsbeschwerde einlegen.

Die Rechtsbeschwerdeschrift muss

binnen einer Notfrist von einem Monat

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Rechtsbeschwerdeführer muss die Rechtsbeschwerde begründen. Die Rechtsbeschwerdebegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Rechtsbeschwerdeschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Rechtsbeschwerdebegründung beträgt

zwei Monate.

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Rechtsbeschwerde beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Rechtsbeschwerdeschrift muss den Beschluss bezeichnen, gegen den die Rechtsbeschwerde gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen diesen Beschluss Rechtsbeschwerde eingelegt werde.

Die Rechtsbeschwerde und ihre Begründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

An seine Stelle kann auch ein Vertreter eines Verbandes (Gewerkschaften, Arbeitgebervereinigungen) oder eines Spitzenverbandes (Zusammenschlüsse solcher Verbände) treten, sofern er kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt und die Partei Mitglied des Verbandes oder Spitzenverbandes ist. An die Stelle der vorgenannten Vertreter können auch Angestellte einer juristischen Person, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, treten, sofern die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung der Verbandsmitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und der Verband für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Ist die Partei Mitglied eines Verbandes oder Spitzenverbandes, kann sie sich auch durch einen Vertreter eines anderen Verbandes oder Angestellten einer der oben genannten juristischen Personen mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen. Die Personen, die für diese Organisationen handeln, müssen über die **Befähigung zum Richteramt** verfügen.

Der Rechtsbeschwerdeschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Beschlusses beigefügt werden.

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments genügt, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Schriftsätze können dazu über eine gesicherte Verbindung in den elektronischen Gerichtsbriefkasten des Bundesarbeitsgerichts eingelegt werden. Die erforderliche Zugangs- und Übertragungssoftware kann lizenzkostenfrei über die Internetseite des Bundesarbeitsge-

rechts (www.bundesarbeitsgericht.de) heruntergeladen werden. Das Dokument ist mit einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen. Nähere Informationen finden sich auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (s.o.) sowie unter www.egvp.de.

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen).

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten um die Ersetzung der Zustimmung zur Einstellung eines Leiharbeitnehmers im Betrieb der Entleiherin (Antragstellerin, nachfolgend: Arbeitgeberin) und um die Feststellung, ob die vorläufige Einstellung des Leiharbeitnehmers aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war. Der Antragsgegner (nachfolgend: Betriebsrat) ist der bei der Arbeitgeberin gebildete Betriebsrat, der aus drei Mitgliedern besteht. Ersatzmitglieder gibt es nicht.

Die Arbeitgeberin ist ein Unternehmen der Abfallwirtschaft und Abfallbehandlung und betreibt für die Müllverbrennung ein Müllheizkraftwerks an 365 Tagen im Jahr 24 Stunden täglich. Es wird im Schichtbetrieb gearbeitet, und zwar mit sechs Schichten, wobei für jede dieser sechs Schichten jeweils feste Teams existieren, die aus je vier Mitarbeitern bestehen, und zwar den Schichtleiter/Schichtmeister, den Schaltwart, den Schichtmitarbeiter und den Kranfahrer. Die festen Teams werden jeweils vom Schichtleiter als Vorgesetzten geführt.

Einer der Schichtleiter war Herr G..., der Arbeitnehmer des Kreises P... war und von diesem im Wege der Gestellung bei der Arbeitgeberin eingesetzt wurde. G... kündigte sein mit dem Kreis P... bestehendes Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 16. Juli 2012 zum 31. Oktober 2012, wobei er damit die tarifliche Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Quartalsende nicht einhielt. Der Kreis P... unterbreitete ihm jedoch mit Schreiben vom 28. August 2012 ein Angebot zum Abschluss eines Auflösungsvertrages zum 31. Oktober 2012, das Herr G... annahm.

Seit dem 1. November 2012 war die von Herrn G... geleitete Schicht ohne Schichtleiter. Der Schichtleiter hat die gesamte Verantwortung für den Schicht- und Müllverbrennungsanlagenbetrieb, eine Schicht muss von einem Schichtleiter geführt werden. Es handelt sich dabei um einen Dauerarbeitsplatz.

Wegen des Ausscheidens von Herrn G... schrieb die Arbeitgeberin extern im Sommer 2012 mit Bewerbungsschluss zum 31. August 2012 die Stelle eines Schichtleiters/Kraftwerkmeisters aus. Wegen der Einzelheiten der Ausschreibung wird Bezug genommen auf die zur Akte gereichte Kopie (Bl. 42 d.A.).

Der Betriebsrat verlangte im September 2012 eine interne Stellenausschreibung. Diese erfolgte sodann unter dem 18. September 2012 durch die G... Service GmbH mit dem Hinweis, aussagekräftige Bewerbungsunterlagen bis zum 30. September 2012 an die G... Service GmbH zu richten. Wegen der Einzelheiten der Stellenausschreibung wird Bezug genommen auf die zur Akte gereichte Kopie Bl. 44 d. A.)

Die Arbeitgeberin hatte bereits unter dem 14. August 2008 mit der G...-Service GmbH einen Rahmenvertrag zur konzerninternen Überlassung von Arbeitnehmern abgeschlossen. In § 1 S. 2 dieses Rahmenvertrages heißt es, die G...-SG betreibe die vertragsgegenständliche Arbeitnehmerüberlassung ohne Gewinnerzielungsabsicht. § 2 des Rahmenvertrages regelt die Vergütung und in § 3 heißt es, die G...-SG habe dafür Sorge zu tragen, dass die mit den überlassenen Arbeitnehmern abzuschließenden Arbeitsverträge keine tarifliche Bezugnahme aufwiesen und insbesondere keine Beteiligung an der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder statt-

finde. Wegen der Einzelheiten des Rahmenvertrages wird Bezug genommen auf die zur Akte gereichte Kopie (Bl. 45 - 46 d.A.)

Aus der Stammebelegschaft der Arbeitgeberin G... es weder auf die externe noch auf die interne Stellenausschreibung einen Bewerber.

Mit Schreiben vom 2. November 2012 teilte die Arbeitgeberin dem Betriebsrat mit, sie beabsichtige, zum 1. November 2012 Herrn U.P... in ihrem Betrieb im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung einzustellen, und zwar in Vollzeitbeschäftigung als Schichtmeister, und zwar im Wege der Arbeitnehmerüberlassung auf der Grundlage des Rahmenvertrages zur konzerninternen Überlassung von Arbeitnehmern mit der G...-Service GmbH. Dieses Schreiben ging am 2. November 2012 um 14:08 Uhr beim Betriebsrat ein.

Mit weiterem Schreiben vom 2. November 2012 informierte die Arbeitgeberin den Betriebsrat über die Durchführung der vorläufigen Einstellung des Leiharbeitnehmers P... mit der Begründung, nur dadurch könne ein reibungsloser Betriebsablauf im Schichtbetrieb sichergestellt werden.

Am 2. November 2012 waren von dem dreiköpfigen Betriebsrat sowohl der Betriebsratsvorsitzende M... als auch die stellvertretende Betriebsratsvorsitzende S-S... arbeitsunfähig erkrankt. Frau S-S... war schon seit Monaten bis auf weiteres erkrankt, der Betriebsratsvorsitzende M... war bereits seit ca. einem Monat arbeitsunfähig erkrankt bis einschließlich 12. November 2012. Für beide Mitarbeiter lagen der Arbeitgeberin ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vor. Lediglich das Betriebsratsmitglied F... befand sich am 2. November 2012 im Betrieb. Er arbeitete in der Instandhaltung, für die die Betriebsvereinbarung über die Regelung der Arbeitszeit vom 14. März 2008 gilt, ausweislich derer freitags von 6:45 Uhr bis 13:00 Uhr gearbeitet wird. Der Betriebsrat F... stempelte - wie sich aus seinem Mitarbeiterjournal ergibt - am 2. November 2012 und 13:24 Uhr aus.

Mit Schreiben vom 6. November 2012 verweigerte der Betriebsrat die Zustimmung zur vorläufigen Einstellung des Herrn P..., wobei das Schreiben für den Betriebsrat

unterzeichnet wurde durch Herrn M... als Betriebsratsvorsitzender. Herr M... war am 6. November 2012 trotz seiner Arbeitsunfähigkeit zum Zwecke der Erledigung von Betriebsratstätigkeit - der Stellungnahme gemäß § 100 BetrVG - im Betrieb der Arbeitgeberin. Auch am 7. November 2012 war Herr M... im Betrieb und fertigte eine Mail (Bl. 61 d.A.), die jedoch nicht im Zusammenhang mit Betriebsratstätigkeit stand. Vielmehr erschien Herr M... auf eine seitens eines Kollegen geäußerte Bitte im Betrieb, um im Rahmen seiner arbeitsvertraglichen Tätigkeit in einer bestimmten Angelegenheit unterstützend tätig zu sein.

Am 12. November 2012 um 9:45 Uhr ging bei der Arbeitgeberin ein Schreiben des Betriebsrates ein, mit dem dieser die Zustimmung zur Einstellung des U.P... verweigerte. Wegen der Einzelheiten des Schreibens wird Bezug genommen auf die zur Akte gereichte Kopie (Bl. 19 - 20 d. A.)

Die Arbeitgeberin hat am 8. November 2012 beim Arbeitsgericht beantragt, die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zur Einstellung des Herrn P... zu ersetzen und festzustellen, dass die vorläufige Einstellung aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist.

Die Arbeitgeberin hat die Auffassung vertreten, die Zustimmung des Betriebsrates gelte nach § 99 Abs. 3 S. 2 BetrVG als erteilt, weil die Frist am 9. November 2012 abgelaufen sei. Die Erkrankung der beiden Betriebsratsmitglieder stehe der Ausübung des Betriebsratsamtes nicht entgegen. Sie bestreite mit Nichtwissen, dass das Betriebsratsmitglied F... den Betrieb mit Arbeitsschluss vor Zugang des E-Mail-Schreibens verlassen habe. Jedenfalls habe durch die Übersendung per E-Mail noch am selben Tag die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Betriebsrat bestanden.

Die Zustimmung zur Einstellung sei auch zu ersetzen. Der Betriebsrat könne sich insoweit nicht auf § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG stützen. Dies sei keine Verbotsnorm. Zudem erfolge die Überlassung des Herrn P... nur vorübergehend, weil dieser auch bei anderen Unternehmen eingesetzt werden könne, mit denen die G...-Service GmbH Rahmenverträge abgeschlossen habe.

Schließlich sei die vorläufige Einstellung auch aus sachlichen Gründen dringend erforderlich. Herr P... sei die einzige zur Verfügung stehende Person, die auf die Position des Schichtleiters für die „Schicht G...“ eingesetzt werden könne. Es existiere kein Schichtleiterversorger. Der Schichtwart habe nicht die Befugnis zur dauerhaften Übernahme der Tätigkeit des Schichtleiters. Ausschließlich in Ausnahmefällen - Krankheit und Urlaub - könne der Schichtleiter vom Schichtwart vertreten werden. Herr H..., Schichtwart in der „Schicht G...“, habe ebenso wie die Schichtwarte der anderen Schichten eine Übernahme der Schichtleiterposition abgelehnt. Sie habe das Einstellungsverfahren auch mit hinreichender zeitlicher Effizienz durchgeführt, weshalb ihr nicht vorgehalten werden könne, sie habe das dringende Erfordernis selbst verursacht.

Die Arbeitgeberin hat beantragt,

- 1) die Zustimmung des Betriebsrates zur Einstellung des Herrn U.P..., ..., als Schichtmeister im Schichtbetrieb der A... zu ersetzen;
- 2) festzustellen, dass die Einstellung des Herrn U.P... gemäß Ziffer 1) als personelle Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war gemäß § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG.

Der Betriebsrat hat beantragt,

die Anträge abzuweisen.

Der Betriebsrat hat die Auffassung vertreten, der Widerspruch sei rechtzeitig innerhalb der Wochenfrist erfolgt. Er – Betriebsrat - sei nicht verpflichtet, durch seine Mitglieder Erklärungen des Arbeitgebers außerhalb der Arbeitszeit der Betriebsratsmitglieder entgegenzunehmen. Die beabsichtigte Einstellung des Herrn P... erfolge nicht lediglich vorübergehend. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG sei ein Verbotsgesetz, auf das der Widerspruch gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG gestützt werde. Schließlich erweise sich die beabsichtigte Maßnahme auch als rechtsmissbräuchlich. Denn die Arbeitgeberin

beabsichtige, Leiharbeitskräfte ohne vorübergehenden Vertretungsbedarf auf einem Dauerarbeitsplatz einzusetzen, wobei die Ungleichbehandlung von Stamm- und Leihbeschäftigten hinsichtlich des Entgelts und der sonstigen Arbeitsbedingungen nicht zu rechtfertigen sei.

Die vorläufige Maßnahme sei auch nicht aus sachlichen Gründen dringend erforderlich. Bereits im Jahre 2005 sei ein Schichtleiter während seines krankheitsbedingten längeren Ausfalls intern durch einen anderen Schichtleiter vertreten worden.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten in der ersten Instanz wird Bezug genommen auf den darstellenden Teil im angefochtenen Beschluss des Arbeitsgerichts.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag der Arbeitgeberin auf Ersetzung der vom Betriebsrat verweigerten Zustimmung des Herrn P... zurückgewiesen, jedoch festgestellt, dass dessen vorläufige Einstellung gemäß § 100 Abs. 2 S. 3 BetrVG aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war. Das Arbeitsgericht hat die Auffassung vertreten, die beabsichtigte Einstellung des Herrn P... sei kein vorübergehender Einsatz und verstoße deshalb gegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG. Bei dieser Vorschrift handele es sich um eine Verbotsnorm gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. Die beabsichtigte Einstellung sei zudem auch rechtsmissbräuchlich. Sie diene erkennbar nicht der Abdeckung eines flexiblen Beschäftigungsbedarfes, sondern offenkundig dem Ziel, eine Senkung der Personalkosten zu erreichen. Damit werde der soziale Schutz der Leiharbeitsrichtlinie und des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in seiner neuen Fassung unterlaufen. Die verweigerte Zustimmung des Betriebsrates gelte auch nicht gemäß § 99 Abs. 3 S. 2 BetrVG als erteilt. Denn wegen der Erkrankung der beiden Betriebsräte und des Dienstendes des Betriebsrates F... um 13:24 Uhr sei das Schreiben der Arbeitgeberin dem Betriebsrat erst am folgenden Montag zugegangen.

Der Feststellungsantrag sei begründet. Die Arbeitgeberin habe dargelegt, dass für die Schicht jeweils zwingend ein Schichtleiter erforderlich sei, da dieser die Gesamtverantwortung trage. Wegen der weiteren Begründung des Arbeitsgerichts wird Bezug genommen auf Ausführungen im angefochtenen Beschluss.

Die Arbeitgeberin hat gegen den ihr am 14. Februar 2013 zugestellten Beschluss am 18. Februar 2013 Beschwerde eingelegt und diese nach Verlängerung der Frist bis 14. Mai 2013 am 14. Mai 2013 begründet.

Die Arbeitgeberin wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag und ist weiterhin der Meinung, die verweigerte Zustimmung des Betriebsrates gelte als ersetzt. Sie müsse mit Nichtwissen bestreiten, dass am 2. November 2012 um 14:08 Uhr kein Betriebsratsmitglied anwesend gewesen sei. Auch in der Abteilung Instandhaltung sei es nicht ausgeschlossen, dass nach 13:00 Uhr noch gearbeitet werde. Sofern eine betriebliche Notwendigkeit vorliege, könne im Anschluss an die regelmäßige Arbeitszeit Mehrarbeit angeordnet werden. Frau S-S... sei zudem im Schichtbetrieb tätig, der rund um die Uhr laufe. Herr M... arbeite im technischen Büro, welches freitags aufgrund der Gleitzeitregelung bis 18:00 Uhr besetzt sei. Es obliege dem Betriebsrat, dafür Sorge zu tragen, dass er seinen ihm vom Betriebsverfassungsgesetz übertragenen Aufgaben fristgemäß nachkommen könne. Im Übrigen fehle es auch am Zustimmungsverweigerungsgrund. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG sei keine Verbotsnorm gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. Zudem stehe diese Vorschrift einem vorübergehenden Einsatz eines Leiharbeitnehmers auf einem Dauerarbeitsplatz nicht entgegen. Ob es sich um einen solchen Dauerarbeitsplatz handle, sei rechtlich irrelevant. Der Begriff „vorübergehend“ im Sinne der Leiharbeitsrichtlinie sei als flexible Zeitkomponente zu verstehen und verzichte auf Höchstfristen, weshalb einer Begriffserfüllung „vorübergehend“ nicht entgegenstehe, dass der Arbeitgeber die Maßnahme nicht von vornherein zeitlich befristet habe. Herr P... könne nicht nur bei ihr, sondern auch bei den anderen Unternehmen im Konzern der G...-GmbH beschäftigt werden. Wegen der Rückkehrmöglichkeit und der denkbaren verschiedenen Einsatzmöglichkeiten des Herrn P... dürfe nicht von einer dauerhaften Überlassung ausgegangen werden.

Die Arbeitgeberin beantragt,

den Beschluss des Arbeitsrechts Elmshorn vom 7. Februar 2013 – 3 BV 35 a/12,- zu Ziffer 2) abzuändern und die Zustimmung des Betriebsrates zur Einstellung des Herrn U.P..., ..., als Schichtmeister im Schichtbetrieb der A... zu ersetzen.

Der Betriebsrat beantragt,

diesen Antrag zurückzuweisen.

Der Betriebsrat wiederholt und vertieft seinen erstinstanzlichen Vortrag und verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung.

Der Betriebsrat beantragt im Wege der Anschlussbeschwerde,

den Beschluss des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 7. Februar 2013 - 3 BV 35 a/12 - abzuändern und den Antrag der Arbeitgeberin zu 1) auf Feststellung der dringenden Erforderlichkeit der Einstellung des Herrn U.P... als personelle Maßnahme zurückzuweisen.

Der Betriebsrat meint, wegen der Rechtsmissbräuchlichkeit der von der Arbeitgeberin beabsichtigten Einstellung könne die vorläufige Maßnahme nicht aus sachlichen Gründen dringend erforderlich sein. Die Arbeitgeberin könne den Mitarbeiter P... selbst einstellen. Zudem sei es ihr möglich und zumutbar, eine vorübergehende Vertretung des Schichtleiters ohne betriebliche Störungen durchzuführen. Dies sei bereits im Jahre 2005 möglich gewesen. Dort sei ein erkrankter Schichtleiter nahezu zwei Jahre durch den Schichtführer R... vertreten worden. Zudem arbeite seit 2011 der über die G... Service GmbH eingestellte Leiharbeiter V... in ihrem Betrieb, der sowohl mit den betrieblichen Abläufen vertraut sei als auch die erforderliche Qualifikation (Kraftwerker KWS) besitze. Schließlich habe die Arbeitgeberin durch die „interne“ Ausschreibung über die G... Service GmbH den zeitlichen Druck selbst herbeigeführt. Denn entgegen der Zielsetzung des Betriebsrates, mit dem Verlangen der internen Ausschreibung den eigenen Beschäftigten eine berufliche Entwicklungsmöglichkeit zu verschaffen, seien interne Bewerber gezwungen gewesen, unter Aufgabe des bei der Arbeitgeberin erworbenen sozialen Besitzstandes in das neue Leiharbeitsverhältnis bei der G... Service zu wechseln. Damit habe die Arbeitgeberin selbst eine entscheidende Ursache dafür gesetzt, dass es zu keiner internen Bewerbung gekommen sei. Schließlich sei die Notwendigkeit der Neubesetzung bereits seit

langem bekannt, sie sei schon frühzeitig in der Monatsbesprechung der Beteiligten vom 7. September 2011 Gesprächsthema gewesen.

Die Arbeitgeberin beantragt,

diesen Antrag zurückzuweisen.

Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag und führt aus, es stehe kein „Schichtleitervertreter“ und auch kein Schaltwart zur Verfügung, der die Position des Schichtleiters ausüben könne. Eine solche Vertretung komme nur in Ausnahmefällen in Betracht. Im Jahre 2005 sei eine derartige Vertretung im Krankheitsfall erfolgt, weil niemand für die Stellenbesetzung zur Verfügung gestanden habe. Zudem sei damals der Krankenstand geringer als im Herbst/Winter 2012 gewesen. Wegen des im Jahre 2012 höheren Krankenstandes habe eine solche Vertretungslösung nicht realisiert werden können. Eine Vertretung durch Herr V... könne im Übrigen nicht erfolgen. Zum einen sei er auch über die G... Servicegesellschaft eingestellt. Zum anderen habe er vor Aufnahme seiner Tätigkeit bei der G... Service GmbH zum 1. Januar 2012 zehn Jahre in der Gastronomie gearbeitet. Ihm fehlten Erfahrungen in einem Müllheizkraftwerk.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten in der Beschwerdeinstanz wird Bezug genommen auf den Inhalt der dort gewechselten Schriftsätze.

II.

Die Beschwerde der Arbeitgeberin ist zulässig. Sie ist statthaft und frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden. In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat zutreffend den Antrag auf Ersetzung der vom Betriebsrat verweigerten Zustimmung zur Einstellung des Herrn P... zurückgewiesen. Die Angriffe der Beschwerde rechtfertigen insoweit keine Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung. Dies gilt auch für die vom Betriebsrat eingelegte Anschlussberufung. Auch diese ist zulässig, denn sie ist statthaft und frist- und formgerecht eingelegt und

begründet worden. Auch sie hat in der Sache keinen Erfolg. Denn auch insoweit hat das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt, dass die vorläufige Einstellung des Herrn P... aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war. Dazu im Einzelnen:

1. Die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zur beabsichtigten Einstellung des Herrn P... gilt nicht bereits gemäß § 99 Abs. 3 S. 2 BetrVG als erteilt. Denn der Betriebsrat hat die Zustimmung rechtzeitig innerhalb der Wochenfrist des § 99 Abs. 3 S. 1 BetrVG schriftlich unter Angabe von Gründen verweigert.

a. Die Arbeitgeberin hat nicht ausdrücklich den Antrag auf Feststellung gestellt, dass die Zustimmung als erteilt gelte. Dies ist unschädlich. Denn sofern ein Arbeitgeber beantragt, eine vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zu ersetzen, so hat das Gericht auch ohne einen ausdrücklich darauf gerichteten Antrag des Arbeitgebers zu prüfen und gegebenenfalls festzustellen, dass die Zustimmung als erteilt gilt (BAG Beschluss vom 18.10.1988 – 1 ABR 33/87 –; AP Nr. 57 zu § 99 BetrVG 1972; Raab in GK-BetrVG, 9. Auflage, § 99 Rn. 179).

b. Die bei der Arbeitgeberin am 12. November 2012 um 9:45 Uhr eingegangene Verweigerung der Zustimmung des Betriebsrates zur Einstellung des Herrn P... erfolgte fristgerecht in der Wochenfrist des § 99 Abs. 3 S. 1 BetrVG. Denn diese Frist begann am 5. November 2012 (§ 187 Abs. 1 BGB) und endete folglich erst mit Ablauf des 12. November 2012 (§ 188 Abs. 2 BGB)

aa. Gemäß § 26 Abs. 2 S. 2 BetrVG ist zur Entgegennahme von Erklärungen, die dem Betriebsrat gegenüber abzugeben sind, der Vorsitzende und im Falle seiner Verhinderung sein Stellvertreter berechtigt. Dem Betriebsrat ist die Erklärung also solange nicht zugegangen, als sie nicht dem Vorsitzenden oder dem Betriebsrat als Gremium zur Kenntnis gelangt ist. Sind sowohl der Betriebsratsvorsitzende als auch sein Stellvertreter verhindert und hat der Betriebsrat versäumt, für diesen Fall Vorkehrungen zu treffen, so kann der Arbeitgeber grundsätzlich jedem Betriebsratsmitglied gegenüber Erklärungen abgeben mit der Folge, dass eine etwaige gesetzliche Frist zu laufen beginnt. Der Betriebsratsvorsitzende oder im Vertretungsfall sein Stellvertreter sind wiederum nicht verpflichtet, Erklärungen des Arbeitgebers außer-

halb der Arbeitszeit oder außerhalb des Betriebes entgegenzunehmen. Aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit gemäß § 2 Abs. 1 BetrVG ergibt sich für den Arbeitgeber die Verpflichtung, durch entsprechende organisatorische Vorkehrungen dafür Sorge zu tragen, dass Betriebsratsmitglieder in ihrer Amtseigenschaft regelmäßig nur während ihrer Arbeitszeit in Anspruch genommen werden. Vom Arbeitgeber einzuleitende Verfahren, bei denen sich der Betriebsrat innerhalb einer bestimmten Frist zu äußern hat, sind daher vom Arbeitgeber grundsätzlich während der Arbeitszeit des für die Vertretung des Betriebsrates zuständigen Betriebsratsmitgliedes einzuleiten (BAG, Urteil vom 27.08.1982 – 7 AZR 30/80 -, zitiert nach juris Rn. 19).

bb. Wie und wann dieser Zugang bewirkt beziehungsweise als bewirkt anzusehen ist, wird nicht in § 26 Abs. 2 S. 2 BetrVG geregelt, sondern diesbezüglich ist § 130 BGB heranzuziehen (LAG Niedersachsen, Beschluss vom 26.11.2007 – 6 TaBV 34/07 –, zitiert nach juris Rn. 42). Gemäß § 130 Abs. 1 BGB wird eine unter Abwesenden abgegebene Willenserklärung in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie dem Empfänger zugeht. Eine schriftliche Willenserklärung ist nach § 130 Abs. 1 BGB zugegangen, wenn sie in verkehrsüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt ist und für den Empfänger unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von dem Inhalt des Schreibens Kenntnis zu nehmen. Aber auch insoweit gilt, dass aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit folgt, dass der Arbeitgeber die Verpflichtung hat, dafür Sorge zu tragen, dass Betriebsratsmitglieder in ihrer Amtseigenschaft regelmäßig nur während ihrer Arbeitszeit in Anspruch genommen werden (LAG Niedersachsen, Beschluss vom 26.11.2007 – 6 TaBV 34/07 -, zitiert nach juris Rn. 42).

cc. Der Betriebsratsvorsitzende M... war am 2. November 2012 arbeitsunfähig erkrankt. Eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit führt in der Regel dazu, dass das Betriebsratsmitglied sein Amt auch nicht ausüben kann. Dies ist allerdings nicht zwangsläufig so und ob ein Verhinderungsfall gemäß § 25 BetrVG vorliegt, beurteilt sich jeweils nach den Umständen des Einzelfalls.

Zwar könnte gegen eine Verhinderung des Betriebsratsvorsitzenden am 2. November 2012 sprechen, dass er auch während seiner Arbeitsunfähigkeit am 6. November 2012 im Betrieb erschien und im Hinblick auf die von der Arbeitgeberin beabsichtigte vorläufige Einstellung Betriebsratsarbeit leistete und eine entsprechende Stellungnahme verfasste. Auch erschien er am 7. November 2012 im Betrieb, jedoch nicht, um Betriebsratstätigkeit auszuüben, sondern um trotz seiner Erkrankung bezogen auf eine dienstliche Angelegenheit Unterstützung zu leisten.

Aufgrund dieser Umstände kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass der Betriebsratsvorsitzende am 2. November 2012 nicht verhindert war, sein Amt auszuüben. Auf Frage des Vorsitzenden in der Beschwerdeverhandlung hat er deutlich betont, am 2. November 2012 nicht im Betrieb gewesen zu sein. Aus seinem nachfolgenden Verhalten am 6. und 7. November 2012 folgt nicht, dass der Betriebsrat als Gremium bezogen auf die Frage des Zuganges so zu behandeln wäre, als wäre der Vorsitzende am 2. November 2012 zur Betriebsratstätigkeit bereit gewesen. Auch insoweit gilt der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit. Die Arbeitgeberin wusste, dass der Betriebsratsvorsitzende arbeitsunfähig an diesem Tag erkrankt war. Sie konnte nicht davon ausgehen, dass er an diesem Tag im Betrieb erscheint. Zwar mag es so sein, dass sie es möglicherweise auch nicht ausschließen konnte, dass er vielleicht noch erscheinen würde. Darauf kommt es aber nicht an. Will die Arbeitgeberin eine Frist in Gang setzen und beruft sie sich darauf, sie sei davon ausgegangen oder habe davon ausgehen dürfen, dass der Betriebsratsvorsitzende trotz seiner Arbeitsunfähigkeit bereit sei, Betriebsratstätigkeit zu leisten, so wäre sie unter dem Gesichtspunkt der vertrauensvollen Zusammenarbeit verpflichtet gewesen, sich darüber zu informieren, ob der Vorsitzende tatsächlich im Betrieb ist beziehungsweise bereit ist, noch im Betrieb zu erscheinen. Sie hätte also vorher Kontakt aufnehmen müssen mit dem Betriebsratsvorsitzenden und ihn darauf hinweisen müssen, dass während seiner krankheitsbedingten Abwesenheit dem Betriebsrat ein fristauslösendes Schreiben zugestellt werden soll. Wenn der Betriebsratsvorsitzende dann noch an diesem Tag in den Betrieb gekommen wäre, hätte dies die Frist in Gang gesetzt. Es blieb ihm aber unbenommen, die Betriebsratstätigkeit wegen seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit abzulehnen. Sofern er dann nicht erscheint, bleibt es bei seiner Verhinderung. Da er aber von der Arbeitgeberin schon nicht über das Schrei-

ben am 2. November 2012 informiert wurde, kann sich diese auch nicht darauf berufen, sie bestreite mit Nichtwissen, dass er im Betrieb gewesen sei und folglich sei von einem Zugang an diesem Tag auszugehen.

Dies gilt auch für die seit langem und auch am 2. November 2012 ebenfalls arbeitsunfähig erkrankte stellvertretende Betriebsratsvorsitzende. Auch insoweit bestehen überhaupt keine Anhaltspunkte, dass sie an diesem Tag in Betrieb war. Im Übrigen wäre es auch Verpflichtung der Arbeitgeberin gewesen, Frau S-S... unter dem Gesichtspunkt der vertrauensvollen Zusammenarbeit am 2.11.2012 darüber zu unterrichten, dass dem Betriebsrat ein Schreiben zugestellt werden sollte. Insoweit gelten obige Ausführungen.

Schließlich führt auch die Anwesenheit des Betriebsrates F... am 2. November 2012 nicht dazu, dass dem Betriebsrat der Antrag auf die beantragte Zustimmung bereits am 2. November 2012 zugeing. Das Betriebsratsmitglied F... wäre zwar angesichts der Verhinderung des Betriebsratsvorsitzenden und der stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden grundsätzlich geeigneter Adressat für Zustellungen durch den Arbeitgeber gewesen. Entscheidend ist aber - wie bereits oben ausgeführt - das insoweit auf den Zugang während der persönlichen Arbeitszeit des Betriebsratsmitgliedes abzustellen ist. Herr F... stempelt an diesem Tag aber - unstrittig - bereits um 13:24 Uhr aus. Das Schreiben ging also außerhalb seiner persönlichen Arbeitszeit beim Betriebsrat ein. Dies führt dazu, dass die Frist erst am folgenden Montag begann.

Die Argumentation der Arbeitgeberin, wonach der Betriebsrat dafür Sorge tragen müsse, dass auch bei Abwesenheit von einzelnen Mitgliedern während der Geschäftszeit eine Unterrichtung des Arbeitgebers erfolgen könne, trägt hier nicht. Denn wegen der bei der Arbeitgeberin bekannten krankheitsbedingten Abwesenheit beider Betriebsratsmitglieder und der weiterhin bekannten Arbeitszeit des verbliebenen Betriebsrates F... war es Verpflichtung der Arbeitgeberin, dafür Sorge zu tragen, dass die Betriebsratsmitglieder in ihrer Amtseigenschaft eben nur während ihrer Arbeitszeit in Anspruch genommen werden. Will die Arbeitgeberin etwas anderes erreichen, so muss sie mindestens unter dem Gesichtspunkt der vertrauensvollen Zusammenarbeit mit den entsprechenden Betriebsratsmitgliedern kommunizieren und dafür

Sorge tragen, dass diese darüber informiert werden, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt trotz ihrer Abwesenheit ein fristauslösendes Schreiben zugehen soll. Aber auch in einem solchen Fall bleibt es allein die Entscheidung der Betriebsratsmitglieder, ob sie außerhalb ihrer eigenen Arbeitszeit oder während der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit Betriebsratstätigkeit ausüben wollen.

2. Der Betriebsrat hat die von der Arbeitgeberin beantragte Zustimmung zur Einstellung des Herrn P... auch zutreffend gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG in Verbindung mit § 14 Abs. 3 S. 1 AÜG und § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG verweigert. Der Antrag ist zwar zulässig, jedoch nicht begründet. Seiner Zulässigkeit steht nicht entgegen, dass er bereits mit Antragsschrift am 8. November 2012 beim Arbeitsgericht erhoben wurde, obwohl die Zustimmung vom Betriebsrat erst am 12. November 2012 verweigert wurde. Für die Zulässigkeit des Antrages ist auf die letzte mündliche Tatsachenverhandlung abzustellen. Zu deren Zeitpunkt lag die Verweigerung der Zustimmung vor. Der Antrag ist jedoch unbegründet. Gemäß § 14 Abs. 3 S. 1 AÜG ist vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung der Betrieb des Entleiherbetriebes gemäß § 99 BetrVG zu beteiligen. Gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG kann der Betriebsrat die Zustimmung verweigern, wenn die personelle Maßnahme gegen ein Gesetz verstößt. Dies ist der Fall, denn die beabsichtigte Einstellung des Herrn P... verstößt gegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG, weil seine Überlassung an die Arbeitgeberin nicht vorübergehend erfolgt. Dazu im Einzelnen:

a. Ein Gesetzesverstoß gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG als Zustimmungsverweigerungsgrund setzt voraus, dass die personelle Maßnahme als solche gesetzeswidrig ist. Der Betriebsrat kann die Zustimmung zu einer Einstellung nur dann nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigern, wenn nach dem Zweck der verletzten Norm die geplante Einstellung ganz unterbleiben muss.

§ 1 Abs. 1 S. 2 AÜG ist eine solche Verbotsnorm. Dies hat das Bundesarbeitsgericht zwischenzeitlich mit Beschluss vom 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 – entschieden. Auch wenn bislang lediglich die Pressemitteilung Nr. 46/13 vorliegt, so lässt sich dieser doch mit der gebotenen Deutlichkeit entnehmen, dass der Senat die Auffassung vertritt, § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG sei ein Gesetz im Sinne von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG.

Denn die Bestimmung enthalte nicht lediglich einen unverbindlichen Programmsatz, sondern untersage die nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung. Sie diene zum einen dem Schutz der Leiharbeiter. Zum anderen solle sie auch die dauerhafte Aufspaltung der Belegschaft des Entleiherbetriebes in eine Stammbeflegschaft und eine entliehene Belegschaft verhindern. Der Betriebsrat des Entleiherbetriebes könne daher seine Zustimmung zur Einstellung des Arbeitnehmers verweigern, wenn dieser im Entleiherbetrieb nicht nur vorübergehend beschäftigt werden solle.

Die Beschwerdekammer schließt sich dieser Auffassung an. Sie sieht von weiteren eigenen Ausführungen angesichts der zu erwartenden schriftlichen Begründung des Bundesarbeitsgerichts ab.

b. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG findet auch Anwendung. Dem steht nicht entgegen, dass die Überlassung des Herrn P... im Wege der konzerninternen Überlassung auf der Grundlage des Rahmenvertrages vom 14. August 2008 erfolgen soll. Eine möglicherweise bei der die G...-SG nicht bestehende Gewinnerzielungsabsicht steht dem nicht entgegen. § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG stellt bezüglich der Erlaubnispflicht nunmehr nur noch auf den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit ab. Maßgeblich ist somit alleine eine Teilnahme am Wirtschaftsverkehr unabhängig davon, ob die Arbeitnehmerüberlassung gewerbsmäßig erfolgt. Durch die Neuregelung soll klargestellt werden, dass beispielsweise auch konzerninterne Personalservicegesellschaften, die Leiharbeiter zum Selbstkostenpreis anderen Konzernunternehmen überlassen, eine Erlaubnis nach § 1 benötigen (Waas in AÜG, Kommentar, herausgegeben von Thüsing, 3. Auflage 2012, § 1 Rn. 101 a).

Auf die Ausnahmenvorschriften des § 1 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 2 a AÜG kann sich die Arbeitgeberin nicht stützen. Denn § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG ist nicht anwendbar, weil die Einstellung von Herrn P... gerade zum Zweck der Überlassung erfolgte. Dies gilt auch für § 1 Abs. 3 Nr. 2 a, denn die Überlassung erfolgt weder gelegentlich noch wurde Herr P... nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt.

c. Die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG sind bezogen auf die beabsichtigte Einstellung des Herrn P... auch erfüllt. Denn die Überlassung von Herrn P... an die Arbeitgeberin erfolgt nicht vorübergehend.

Die Pressemitteilung Nr. 46/13 des Bundesarbeitsgerichts zum Beschluss vom 10. Juli 2013 enthält auch insoweit den deutlichen Hinweis, dass der beabsichtigte Einsatz eines Leiharbeitnehmers ohne jegliche zeitliche Begrenzung statt einer Stammkraft jedenfalls nicht mehr vorübergehend ist. Auch insoweit schließt sich die Beschwerdekammer dieser Auffassung des Bundesarbeitsgerichts an und sieht von einer weiteren Begründung angesichts der zu erwartenden Gründe ab.

aa. Die Arbeitgeberin beabsichtigte, Herrn P... ohne jegliche zeitliche Begrenzung statt einer Stammkraft einzusetzen. Dem Betriebsrat wird im Schreiben vom 2. November 2012 nicht mitgeteilt, dass die Einstellung nur vorübergehend für einen bestimmten Zeitraum erfolgen solle. Vielmehr ist dem Schreiben zu entnehmen, dass Herr P... ohne zeitliche Begrenzung die ehemalige Schicht G... übernehmen solle. Auch die externe und die interne Stellenausschreibung enthalten keine zeitlichen Begrenzungen.

bb. Für das Beschwerdegericht bestehen auch im Übrigen angesichts der zu erbringenden Arbeitsleistung keine Anhaltspunkte dafür, dass die Arbeitgeberin beabsichtigte, Herrn P... nur vorübergehend mit der Stelle des Schichtleiters/Kraftwerkmeisters zu betrauen. Bei dieser Tätigkeit handelt es sich um eine anspruchsvolle Aufgabe. Der Stellenausschreibung lässt sich entnehmen, dass eine abgeschlossene Ausbildung zum Kraftwerker/Kraftwerkmeister erforderlich ist sowie eine mehrjährige Berufserfahrung in Müllheizkraftanlagen und selbständiges Arbeiten, Teamfähigkeit, Flexibilität, Belastbarkeit und Verantwortungsbewusstsein. Die Arbeitgeberin betont, wie wichtig die Tätigkeit des Schichtleiters für den Betrieb des Kraftwerkes beziehungsweise das Führen der Schicht ist. Gerade diese Anforderungen an die Qualifikation des Schichtleiters und die Herausforderungen der beruflichen Tätigkeit belegen, dass eine solche Stelle nicht - wenn ein geeigneter Bewerber gefunden wurde - nur vorübergehend besetzt wird. Zudem kommt hinzu, dass es sich unstreitig bei dieser Tätigkeit um einen Dauerbedarf handelt. Letztlich kann auch nicht unbeachtet

bleiben, dass auch der Vorgänger G... dauerhaft die Tätigkeit bekleidete, allerdings auch im Wege der Personalgestellung.

Nach alledem bestehen überhaupt keine Anhaltspunkte dafür, dass nur ein vorübergehender Einsatz beabsichtigt war. Im Gegenteil: Alles spricht für einen Einsatz ohne jegliche zeitliche Begrenzung statt einer Stammkraft.

Dem steht auch nicht die Argumentation der Arbeitgeberin entgegen, Herr P... habe ein Rückkehrrecht und könne auch bei anderen Unternehmen im Konzern der G...-GmbH eingesetzt werden. Diese bloß theoretische Möglichkeit führt nicht dazu, dass sein Einsatz bei der Arbeitgeberin nur vorübergehend erfolgt. Insoweit bleibt es entscheidend dabei, dass die Arbeitgeberin nicht im Ansatz verdeutlicht hat, warum konkret aufgrund welcher Umstände der Einsatz nur vorübergehend erfolgen soll. Dazu hätte es angesichts des Charakters der Daueraufgabe, der Anforderungen an die Tätigkeit und des Inhaltes der Stellenausschreibungen und des Beteiligungsschreibens der Arbeitgeberin an den Betriebsrat genauerer Anhaltspunkte bedurft, die nicht erkennbar sind. § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG wäre sinnentleert, wenn eine solche ohne zeitliche Begrenzung vorgenommene Übertragung einer Daueraufgabe anstelle eines Stammarbeitnehmers nur wegen der bloß theoretischen anderen Einsatzmöglichkeiten noch als vorübergehend anzusehen wäre.

3. Das Arbeitsgericht hat zutreffend dem Feststellungsantrag der Arbeitgeberin gemäß § 100 Abs. 2 S. 3 BetrVG stattgegeben. Dieser Antrag ist nur dann nicht begründet, wenn offensichtlich die Maßnahme aus sachlichen Gründen nicht dringend erforderlich ist. Das Merkmal „offensichtlich“ erfordert eine grobe Verkennung der sachlich betrieblichen Notwendigkeit der vorläufigen Durchführung der Personalmaßnahme seitens des Arbeitgebers (BAG, Beschluss vom 7.11.1977 - 1 ABR 55/75 - zitiert nach juris Rn. 29). Maßgebend ist dabei allein, ob es mit dem ordnungsgemäßen betrieblichen Ablauf zu vereinbaren ist, dass der Arbeitsplatz etwa für längere Zeit unbesetzt bleibt. Von einer solchen groben Verkennung der sachlich betrieblichen Notwendigkeit durch den Arbeitgeber kann keine Rede sein.

- a. Zutreffend hat die Arbeitgeberin auf die Notwendigkeit hingewiesen, die Schicht des ehemaligen Schichtleiters G... sofort wieder mit einem Schichtleiter zu besetzen. Es bedarf überhaupt keiner näheren Begründung, dass angesichts der Bedeutung dieser Tätigkeit und der damit verbundenen Verantwortung für den Schicht- und Müllverbrennungsanlagenbetrieb ein Schichtleiter zur Verfügung stehen muss. Insoweit hat die Arbeitgeberin die sachliche Notwendigkeit nicht grob verkannt.
- b. Ihr kann auch nicht vorgehalten werden, es sei ihr zumutbar, für einen vorübergehenden Zeitraum eine interne Vertretungsregelung zu wählen. Darauf muss sich die Arbeitgeberin nicht einlassen. Sie hat dargelegt, dass es weder Schichtleitervertreter noch Schaltwarte G..., die bereit waren, die Leitung zu übernehmen. Dass im Jahre 2005 ein anderer Schichtleiter während der krankheitsbedingten längeren Abwesenheit eines Schichtleiters dessen Tätigkeit vertretungsweise übernahm, bleibt unbeachtlich. Insoweit hat die Arbeitgeberin auf den Krankenstand im Jahre 2012 hingewiesen und darüber hinaus ausgeführt, es gebe keine vertretungsbereite Person. Letztlich kommt es darauf aber auch nicht an. Im Rahmen von § 100 BetrVG ist die Entscheidung der Arbeitgeberin vom Gericht zu akzeptieren, zur Gewährleistung der betrieblichen Abläufe einen Schichtleiter und nicht etwaige Vertretungskräfte vorübergehend einzusetzen.
- c. Auch der Hinweis des Betriebsrates auf den Mitarbeiter V... trägt nicht. Zum einen ist zu beachten, dass auch dieser bei der G... Servicegesellschaft beschäftigt ist und insoweit der vom Betriebsrat bezogen auf die beabsichtigte Einstellung des Herrn P... beanstandete Verstoß gegen § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG dann in der Person des Herrn V... bestünde. Zum anderen hat die Arbeitgeberin - und insoweit hat sie einen weiten Beurteilungsspielraum - vorgetragen, aufgrund des beruflichen Werdegangs und der Qualifizierung von Herrn V... sei dieser nicht geeignet, vorübergehend die Schichtleitung zu übernehmen. Dass die Arbeitgeberin insoweit die Verhältnisse grob verkannt hat, ist nicht ersichtlich.
- d. Weiterhin kann auch keine Rede davon sein, dass sich die Arbeitgeberin selbst unter „Zugzwang“ gesetzt hat. Unabhängig davon, dass es für die Frage der dringenden Erforderlichkeit darauf überhaupt nicht ankommt (vgl. dazu Raab in GK-

BetrVG, 9. Auflage, § 100 Rn. 11) so ist festzuhalten, dass der Arbeitgeberin insoweit ein Versäumnis nicht entgegengehalten werden kann. Sie hat ausgeführt, der Vorgänger G... habe unter Nichteinhaltung der Kündigungsfrist gekündigt und der Kreis P... habe sich dann mit ihm auf eine Beendigung zum 31. Oktober 2012 verständigt. Wenn dann die Arbeitgeberin selbst die Stelle extern mit Bewerbungsschluss Ende August 2012 ausschrieb und die G...-Service GmbH im September 2012 die Stelle intern ausschrieb, so kann keine Rede davon sein, dass insoweit das Einstellungsverfahren nur zögerlich betrieben wurde. Der Umstand, dass die G...-Service GmbH die Stelle dann intern ausschrieb, vermag entgegen der Auffassung des Betriebsrates den von ihm herangezogenen „Zugzwang“ nicht zu begründen. Es mag zwar sein, dass sich auf die interne Stellenausschreibung der G...-Service GmbH keine Mitarbeiter der Arbeitgeberin bewarben, weil sie ansonsten aus dem Arbeitsverhältnis mit der Arbeitgeberin hätten ausscheiden müssen. Dies ist aber nicht relevant für die Frage, ob Anfang November 2012 ein unaufschiebbarer Bedarf für die vorläufige Einstellung bestand.

e. Letztlich trägt auch die Argumentation des Betriebsrates nicht, wonach es europarechtlich geboten sei, dauerhaft eine Aufspaltung in die Stammebelegschaft und eine entliehene Belegschaft zu verhindern. Eine vorläufige Maßnahme gemäß § 100 BetrVG bewirkt nicht eine solche dauerhafte Aufspaltung, sondern regelt lediglich einen vorübergehenden Zustand, der – zugegeben - bei Inanspruchnahme von drei Instanzen einige Zeit andauern kann. Dies liegt aber in der gesetzgeberischen Konzeption der §§ 99, 100 BetrVG und ist selbstverständlich hinzunehmen. Auch steht der Begründetheit des Feststellungsantrages nicht entgegen, dass - wie der Betriebsrat meint – die Arbeitgeberin rechtsmissbräuchlich bei der beabsichtigten Einstellung des Herrn P... handele. Unabhängig davon, ob man hier überhaupt zu Rechtsmissbrauch gelangen kann, bleibt aber festzuhalten, dass der Gesetzgeber es durch die Regelung in § 100 BetrVG hinnimmt, dass eine personelle Maßnahme, die möglicherweise gegen ein Verbotsgesetz gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verstößt, dennoch vorläufig durchgeführt wird. Der Verstoß gegen ein Verbotsgesetz kann aber nicht anders behandelt werden als ein angeblicher Rechtsmissbrauch. Deshalb ist auch bei letzterem hinzunehmen, dass die Maßnahme wegen der Unaufschiebbarkeit vorläufig durchgeführt wird.

Nach alledem sind die Beschwerde und die Anschlussbeschwerde zurückzuweisen.

Das Beschwerdegericht hat die Rechtsbeschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen. Zwar ist das Beschwerdegericht der Auffassung, dass die für diesen konkreten Fall entscheidungserheblichen Rechtsfragen durch den Beschluss des 7. Senats vom 10. Juli 2013 geklärt sind. Die Pressemitteilung ist insoweit sehr eindeutig. Da die Gründe im Volltext jedoch zum Zeitpunkt der Verkündung dieses Beschlusses noch nicht vorlagen, hält es das Beschwerdegericht für ein Gebot der Fairness, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, damit die Beteiligten die Möglichkeit haben, diese Entscheidung nachfolgend an den zu erwartenden schriftlichen Gründen der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zu messen und sie gegebenenfalls überprüfen zu lassen.

Für den Betriebsrat ist aber zu beachten, dass der Feststellungsantrag nicht mehr zur Entscheidung anfällt, sobald über den Zustimmungsersetzungsantrag rechtskräftig entschieden ist.

gez. ...

gez. ...

gez. ...