

**Landesarbeitsgericht Schleswig-
Holstein**

Aktenzeichen: 3 TaBV 9/16

3 BV 39 a/15 ArbG Neumünster
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 06.07.2016

Gez. ...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Beschluss

Im Namen des Volkes

**Im Beschlussverfahren mit den Beteiligten
pp.**

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die Anhörung der Beteiligten am 06.07.2016 durch die Vizepräsidentin des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzende und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

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

Die Beschwerde der Beteiligten zu 1. gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Neumünster vom 06.01.2016 – 3 BV 39 a/15 – wird zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann d. Beteiligte zu 1. durch Einreichung einer Rechtsbeschwerdeschrift bei dem

Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1,
Telefax: (0361) 26 36 - 20 00,

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 beigelegt 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 Bundesarbeitsgerichts (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 des Beteiligten zu 2 zur erneuten befristeten Einstellung einer Leiharbeiterin.

Die Beteiligte zu 1 ist ein in N... ansässiges Tochterunternehmen eines weltweit im Bereich der Gesundheitsvorsorge agierenden Konzerns. Sie stellt am Standort chirurgisches Nahtmaterial und Implantate her. Der Beteiligte zu 2 ist der bei ihr gebildete Betriebsrat.

Die Arbeitnehmerin P... ist seit Februar 2011 bei der Beteiligten zu 1 als Leiharbeiterin im Bereich FOD (Franchise Operations Development) als Assistentin tätig. Diese Position war vorher mit einem/einer Stammarbeiter/in besetzt. Im Bereich FOD arbeiten 10 Ingenieure und 4 Führungskräfte auf Planstellen. Diesen 14 Stammarbeitskräften muss zugearbeitet werden. Das geschieht über sogenannte Assistenten. Planstellen sind bei der Beteiligten zu 1 über den sog. „Headcount“ mit dem Konzern abgestimmt. Der amerikanisch geführte Konzern hat eine solche Assistenzplanstelle derzeit nicht genehmigt.

Die Leiharbeiterin P... arbeitete im Bereich FOD als Assistentin seit dem 01.02.2011 bis heute auf dem gleichen Arbeitsplatz, und zwar vor folgendem Hintergrund: Sie wurde dort zunächst befristet vom 01.02.2011 bis 31.03.2013 eingesetzt. Im Frühjahr 2013 beantragte die Beteiligte zu 1 beim Betriebsrat die Erteilung der Zustimmung zur erneuten befristeten Einstellung vom 01.04.2013 bis 31.03.2015. Der Betriebsrat verweigerte, gestützt auf § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG i. V. m. § 14 Abs. 3 S. 1 AÜG, die Zustimmung. Daraufhin wurde Frau P... gem. § 100 BetrVG vorläufig beschäftigt und das Zustimmungsersetzungsverfahren eingeleitet. Die Beteiligte zu 1 unterlag durch zwei Instanzen mit der Begründung, die Beteiligte zu 1 besetze einen Dauerarbeitsplatz und decke mit der Beschäftigung der Leiharbeiterin einen Dauerbedarf. Das sei nicht mehr vorübergehend im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG. Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein ließ mit Beschluss vom

08.01.2014 – 3 TaBV 43/13 - die Rechtsbeschwerde zu. Das Bundesarbeitsgericht traf infolge des Ablaufs des Befristungszeitraums (31.03.2015) keine Entscheidung. Ungeachtet des Zeitablaufs und damit des Fehlens jeglicher Zustimmung des Betriebsrats beschäftigte die Beteiligte zu 1 die Leiharbeiterin über den 31.03.2015 hinaus unverändert auf dem gleichen Arbeitsplatz weiter.

Der Betriebsrat leitete deshalb im September 2015 beim Arbeitsgericht ein Zwangsgeldverfahren nach § 101 BetrVG ein. Am 25.09.2015 beantragte daraufhin die Beteiligte zu 1 beim Betriebsrat die Erteilung der Zustimmung zur Einstellung der Leiharbeiterin P..., unverändert als Assistentin im Bereich FOD, nunmehr für die Zeit vom 28.09.2015 bis zum 27.09.2016. Dieser verweigerte am 01.10.2015 die Zustimmung. Die Beteiligte zu 1 beschäftigte die Leiharbeiterin wieder gem. § 100 BetrVG vorläufig weiter, unterrichtete den Betriebsrat hiervon am 02.10.2015 und leitete, nachdem dieser am 07.10.2015 die Dringlichkeit bestritten hatte, am 09.10.2015 das vorliegende Verfahren auf Ersetzung der Zustimmung und Feststellung der Erforderlichkeit der vorläufigen Beschäftigung ein.

Nach dem Ergebnis der Verhandlung im Beschwerdeverfahren besteht unstreitig auch nach dem 25.09.2016 Bedarf für die Beschäftigung einer Assistentin auf diesem Arbeitsplatz im Bereich FOD.

Der Betriebsrat hat im Zusammenhang mit der Zustimmungsverweigerung stets die Ansicht vertreten, die Beteiligte zu 1 decke mit der vorliegenden Einstellung keinen vorübergehenden Bedarf ab, sondern einen klassischen Dauerbedarf auf einem Dauerarbeitsplatz. Sie verstoße damit gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG und Europarecht.

Die Beteiligte zu 1 hat stets die Auffassung vertreten, § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG stelle keine Verbotsnorm im Sinne des § 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG dar. Zudem sei eine Besetzung von Dauerarbeitsplätzen mit Leihararbeitern auch nach der ab dem 01.12.2011 geltenden Fassung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG erlaubt. Das Wort „vorübergehend“ stelle lediglich klar, dass das deutsche Modell der Arbeitnehmerüberlassung der europarechtlichen Vorgabe entspreche. Der Begriff „vorübergehend“ be-

ziehe sich lediglich auf die zeitliche Komponente der Beschäftigung. Erfolge die Einstellung befristet, handele es sich um eine vorübergehende Beschäftigung im Sinne des Gesetzes. Dabei sei unbeachtlich, ob sich mehrere Befristungen aneinanderreihen.

Die Beteiligte zu 1 hat beantragt,

1. die Zustimmung des Beteiligten zu 2 zur Einstellung der Frau B... P... zu ersetzen und
2. festzustellen, dass die Einstellung von Frau B... P... als vorläufige Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war.

Der Beteiligte zu 2 hat beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Das Arbeitsgericht hat die Anträge der Beteiligten zu 1 mit Beschluss vom 10.07.2013 zurückgewiesen. Das ist im Wesentlichen mit der Begründung geschehen, es handele sich um keinen vorübergehenden Bedarf. Das zeige schon die lange Beschäftigungsdauer der Leiharbeiterin auf dem gleichen Arbeitsplatz. Die Besetzung von Dauerarbeitsplätzen mit Leihararbeitern sei gem. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG unzulässig. Zu einem absehbaren Ende des Bedarfs für eine Assistentin zur Unterstützung von Projekten im Bereich FOD fehle jegliches Vorbringen. Dann sei die Arbeitnehmerüberlassung aber nicht mehr vorübergehend im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG. Die Voraussetzungen für eine vorläufige Beschäftigung lägen nicht vor. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf den Inhalt des erstinstanzlichen Beschlusses vom 06.01.2016 verwiesen.

Gegen diesen der Beteiligten zu 1 am 19.01.2016 zugestellten Beschluss hat sie am 19.02.2016 Beschwerde eingelegt, die nach Fristverlängerung am 21.04.2016 begründet wurde.

Die Beteiligte zu 1 wiederholt und vertieft im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen. Der Begriff „vorübergehend“ sei personenbezogen. Auch die Leiharbeitsrichtlinie 2008/104 EG vom 19.11.2008 stehe dem nicht entgegen.

Die Beteiligte zu 1 beantragt,

1. den Beschluss des Arbeitsgerichts Neumünster vom 06.01.2016, Az. 3 BV 39 a/15 abzuändern und die Zustimmung des Beteiligten zu 2 zur befristeten Einstellung der Frau B... P... als Assistentin für den befristeten Zeitraum vom 28.09.2015 bis zum 27.09.2016 zu ersetzen.
2. Festzustellen, dass die Einstellung von Frau B... P... als vorläufige Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war.

Der Beteiligte zu 2 beantragt,

die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Er hält den angefochtenen Beschluss sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht für zutreffend. Es liege vorliegend keine nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung mehr vor. Das ergebe sich schon daraus, dass die Leiharbeitnehmerin P... diesen Assistenzarbeitsplatz dann bereits insgesamt 5 1/2 Jahre besetze und eine Assistenz im Bereich FOD generell benötigt werde. Zudem könne es zur Beantwortung der Frage, ob ein Dauerbeschäftigungsbedarf vorliege und zulässig mit Leiharbeit gedeckt werde, nicht darauf ankommen, ob der Arbeitsplatz im Stellenplan fest eingeplant ist.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und die Sitzungsniederschriften nebst Anlagen verwiesen.

II.

Die in Bezug auf den Antrag zu 1 zulässige Beschwerde ist unbegründet. Der Antrag der Beteiligten zu 1, die vom Betriebsrat verweigerter Zustimmung zur befristeten Einstellung der Leiharbeiterin P... gerichtlich zu ersetzen, ist zu Recht zurückgewiesen worden. Die Einstellung verstößt gegen ein Gesetz (§ 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG). Sie widerspricht dem aus § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG folgenden Verbot einer mehr als vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung. Soweit sich die Beschwerde auf Feststellung der Erforderlichkeit der vorläufigen Beschäftigung richtet, ist sie unzulässig.

A. Die Beschwerde ist in Bezug auf den mit dem Antrag zu 1 geltend gemachten Zustimmungsersetzungsantrag zulässig. Sie ist statthaft (§ 87 Abs. 1 ArbGG) sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 87 Abs. 2, 66 Abs. 1 Satz 2, 89 Abs. 1 und Abs. 2 ArbGG).

Das notwendige Rechtsschutzbedürfnis liegt vor. Die Beteiligte zu 1 hat den Betriebsrat gem. § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG i.V.m. § 99 BetrVG vor der Übernahme eines Leiharbeiters zu beteiligen. Auch die Verlängerung eines Einsatzes von Leiharbeitern ist als Einstellung nach § 99 Abs. 1 BetrVG, § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG mitbestimmungspflichtig.

B. Die Beschwerde hat jedoch keinen Erfolg. Die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung der Leiharbeiterin war nicht zu ersetzen. Der Betriebsrat hat die Zustimmung vielmehr zu Recht verweigert, da sie im Sinne von § 99 Abs. 2 Satz 1 BetrVG gegen ein Gesetz verstößt.

1. Die Beteiligte zu 1 hat das Zustimmungsersetzungsverfahren ordnungsgemäß eingeleitet. Die von der Beteiligten zu 1 gemachten Angaben im Zustimmungsverfahren sind nicht offenkundig unvollständig. Der Betriebsrat ist auch ausreichend unterrichtet worden. Die Beteiligte zu 1 hat den Betriebsrat über die Person der Leiharbeiterin sowie über den Arbeitsplatz, auf dem diese weiter eingesetzt werden soll und über die beabsichtigte Einsatzdauer informiert. Da die betreffende Leihar-

beitnehmerin im Betrieb schon tätig war, konnte die Beteiligte zu 1 davon ausgehen, den Betriebsrat vollständig unterrichtet zu haben, zumal er keine weitergehende Unterrichtung verlangt hat (BAG vom 10.07.2013 – 7 ABR 91/11 – juris, Rz. 19 f m.w.N.). Davon gehen die Beteiligten auch übereinstimmend aus.

2. Der Betriebsrat hat nach der Anhörung vom 25.09.2015 in seinem Schreiben vom 01.10.2015 gerügt, die geplante personelle Maßnahme verstoße gegen das AÜG und damit gegen ein Gesetz im Sinne des § 99 Abs. 2 Satz 1 BetrVG. Er hat dieses auch detailliert unter Hinweis auf Gesetzeswortlaut, Europarecht und Literatur begründet. Auf die Anlagen 2 und 4, Bl. 8 f, 12 d. A., wird verwiesen. Auf die Schlüssigkeit der Begründung kommt es nicht an. Daher hat der Betriebsrat in hinreichender Weise den Zustimmungsverweigerungsgrund „Verstoß einer Maßnahme gegen ein Gesetz“ in Anspruch genommen, so dass die Zustimmung des Betriebsrats auch nicht gem. § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als erteilt gilt.

3. Die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung ist nicht gerichtlich zu ersetzen, da die beabsichtigte befristete Einstellung der Leiharbeitnehmerin P... gegen ein Gesetz verstößt.

a) Gem. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG kann der Betriebsrat die Zustimmung zu einer personellen Maßnahme u.a. verweigern, wenn die Maßnahme selbst gegen ein Gesetz verstößt. Geht es um die Übernahme eines Leiharbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers und damit um eine Einstellung i.S.d. § 99 Abs. 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 lediglich dann gegeben, wenn der Zweck der Verbotsnorm nur dadurch erreicht werden kann, dass die Einstellung insgesamt unterbleibt (BAG vom 30.09.2014 – 1 ABR 79/12; BAG vom 10.07.2013 – 7 ABR 91/11 m.w.N.; BAG vom 01.06.2011 – 7 ABR 117/09 –, Rz. 42 m.w.N, jeweils zitiert nach juris.).

b) § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG in der ab 01.12.2011 geltenden Fassung verbietet die mehr als nur vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher. Insoweit handelt es sich nicht lediglich um einen unverbindlichen Programmsatz. Die Bestimmung definiert auch nicht lediglich den Anwendungsbereich des AÜG (BAG vom 10.07.2013 – 7 ABR 91/13 – juris, Rz. 32 ff; BAG vom 30.09.2014 – 1 ABR 79/12). Das Verbot der nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung ist durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt. Es dient dem Schutz des Leiharbeitnehmers, begrenzt aber auch im kollektiven Interesse der Belegschaft des Entleiherbetriebes deren Spaltung (BAG vom 10.07.2013, a.a.O., Rz. 42, m.w.N.).

c) § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG ist ein Verbotsgesetz im Sinne von § 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG, dessen Verletzung den Betriebsrat zur Verweigerung der Zustimmung zur Einstellung berechtigt. Der Zweck der Regelung, die mehr als nur vorübergehende Überlassung von Leiharbeitnehmern zu verbieten, kann nur erreicht werden, wenn die Einstellung insgesamt unterbleibt (BAG vom 30.09.2014 – 1 ABR 79/12 – LS 1 und Rz. 17; BAG vom 10.07.2013 – 7 ABR 91/11 – Rz. 48 mit einer Vielzahl von Nachweisen; LAG Niedersachsen v. 19.09.2012 – 17 TaBV 124/11, Rz. 33 ff; LAG Berlin-Brandenburg vom 01.03.2013 – 9 TaBV 2112/12, Rz. 45; vom 09.01.2013 - 24 TaBV 1869/12 – und vom 19.12.2012 – 4 TaBV 1163/12, jeweils zitiert nach juris; Fitting, BetrVG, 26. Aufl. § 99 Rn. 192a; Hamann, NZA 2011, 70, 75).

d) Die von der Beteiligten zu 1 beabsichtigte, zum dritten Mal befristete Einstellung der Leiharbeiterin P... ist nicht nur „vorübergehend“ im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG. Sie verstößt deshalb gegen das in dieser Vorschrift enthaltene Verbot.

aa) Der Begriff „vorübergehend“ bedarf mangels Konkretisierung im Gesetzestext der Auslegung.

bb) Die am 05.12.2008 in Kraft getretene Richtlinie 2008/104/ EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (künftig: Leiharbeitsrichtlinie), die nach Art. 11 Abs. 1 der Richtlinie bis zum 05.12.2011 umzusetzen war, ist bei der Auslegung des Begriffs „vorübergehend“ zu berücksichtigen. Innerstaatliche Gerichte müssen das nationale Recht so weit wie möglich anhand des

Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auslegen. Sie müssen es so weit wie möglich unterlassen, das innerstaatliche Recht in einer Weise auszulegen, die die Erreichung des mit dieser Richtlinie verfolgten Zieles nach Ablauf der Umsetzungsfrist ernsthaft gefährden würde. Das gesamte nationale Recht ist deshalb im Licht des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen (EuGH vom 16.7.2009 – C 12/08 (Mono Car Styling), Rz. 60, 61; BAG vom 23.3.2011, 5 AZR 7/10 – zitiert nach juris, Rz. 26).

cc) Es kann hier dahingestellt werden, dass eine „vorübergehende Überlassung eines Leiharbeitnehmers“ im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG in Verbindung mit der Leiharbeitsrichtlinie dann nicht mehr vorliegt, wenn dieser beim Entleiher Daueraufgaben wahrnimmt, beispielsweise in Form einer unbefristeten Beschäftigung auf einem Stammarbeitsplatz (so BAG vom 10.7.2013 – 7 ABR 91/11 und vom 30.09.2014 – 1 ABR 79/12 zur Frage des unbefristeten Einsatzes auf einem Stammarbeitsplatz). Es ist hier auch nicht zu entscheiden, ob es sich allein deshalb nicht mehr um eine „vorübergehende“ Beschäftigung im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG in Verbindung mit der Leiharbeitsrichtlinie handelt, wenn der Leiharbeitnehmer in Form einer befristeten Beschäftigung anstelle eines Stammarbeitnehmers auf einem klassischen Stammarbeitsplatz eingesetzt wird – wofür viel spricht (so u.a. LAG Berlin vom 21.03.2013 – 18 TaBV 2150/12; vom 01.03.2013 - 9 TaBV 2112/12; vom 9.1.2013 - 24 TaBV 1969/12; LAG Niedersachsen 19.09.2012 - 17 TaBV 124/11 - zitiert nach juris Rn. 30; ArbG Cottbus 25.04.2012 - 2 BV 8/12 - zitiert nach juris Rn. 32; ArbG Cottbus 22.08.2012 - 4 BV 2/12 - zitiert nach juris Rn. 58; Bartl/Romanowski, NZA 2012, 845 ff.; Fitting, BetrVG § 99 Rn. 192a; Brors, „Vorübergehend“ – AuR 2013, S. 108 ff; Hamann, NZA 2011, 70, 72; Preis/Sansone, Anforderungen der Leiharbeitsrichtlinie der Europäischen Union an das deutsche Recht der Arbeitnehmerüberlassung, Rechtsgutachten, S. 10; Sansone, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, S. 571; Schüren/Wank, RdA 2011, 1, 3; a.A. LAG Düsseldorf 02.10.2012 - 17 TaBV 38/12 - zitiert nach juris Rn. 50; ArbG Leipzig 15.02.2012 - 11 BV 79/11 - zitiert nach juris Rn. 47; ArbG Offenbach 01.08.2012 - 10 BV 1/12 - zitiert nach juris Rn. 49; Teusch/Verstege, NZA 2012, 1326, 1328 f.; Thüsing/Stiebert, DB 2012, 632 ff.).

(dd) Eine nur „vorübergehende Überlassung eines Leiharbeitnehmers“ im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG in Verbindung mit der Leiharbeitsrichtlinie liegt aber auch dann nicht mehr vor, wenn dieser beim Entleiher – befristet oder unbefristet beschäftigt – Daueraufgaben erfüllt und diese vom Leiharbeitnehmer nicht nur aushilfsweise wahrgenommen werden. Neben der arbeitnehmer- ist daher auch eine arbeitsplatzbezogene Betrachtung dahingehend erforderlich, dass beim Entleiher durch die Arbeitnehmerüberlassung kein Dauerbeschäftigungsbedarf abgedeckt wird (so Sansone, ebd., S. 571; auch LAG Niedersachsen vom 19.09.2012 – 17 TaBV 124/11, RZ. 30). Würde nur auf die Befristung des Einsatzes des Leiharbeitnehmers, also eine rein arbeitnehmerbezogene Betrachtung erfolgen, ermöglichte dieses ein „Karussell für Leiharbeitnehmer“, mit dem durch aufeinanderfolgenden Einsatz verschiedener Leiharbeitnehmer ein Dauerarbeitsplatz besetzt oder Daueraufgaben bewältigt werden. Dann dient die Überlassung aber nur der vom deutschen Gesetzgeber und nach Europarecht unerwünschten Ersetzung eines an sich notwendigen Stammarbeitnehmers und damit einer dauerhaften Aufspaltung der Belegschaft in Stammarbeitnehmer und Leiharbeitnehmer (siehe Düwell, Anmerkung: Die Modernisierung des Arbeitsrechts in der 18. Legislaturperiode, jurisPR – ArbR 49/2013).

Das ergibt die richtlinienkonforme Auslegung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG.

(1) Der Wortlaut des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG enthält keine Konkretisierung des Begriffes „vorübergehend“. Dort heißt es schlicht: „Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt vorübergehend“. Weitergehende Anhaltspunkte zur Auslegung des Begriffes sind dem Wortlaut des AÜG nicht zu entnehmen.

(2) Ziel des Gesetzgebers war es, eine flexible Zeitkomponente zu schaffen und auf genau bestimmte Höchstüberlassungsgrenzen zu verzichten. (BT-Drucksache 17/4804 S. 8; BAG vom 10.07.2013 – Rz. 39). Der zu berücksichtigende Schutzzweck des Verbotes der nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung hat zwei Komponenten. Es dient dem Schutz der Leiharbeitnehmer und auch dem kollektiven Interesse der Belegschaft des Entleiherbetriebes, indem es deren Spaltung in eine entlehene und eine Stammbeslegschaft begrenzt (BAG a.a.O, Rz. 42).

(3) Hintergrund der zum 01.12.2011 durch das Missbrauchsverhinderungsgesetz vorgenommenen Gesetzesänderung in Form der Aufnahme des Satzes „Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt vorübergehend“ war die sich aus der Leiharbeitsrichtlinie ergebende und vom Gesetzgeber aufgegriffene Verpflichtung zur Umsetzung des Unionsrechtes. So auch die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 17/4804. S. 8). Für die Mitgliedstaaten normierte Art. 11 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie eine Umsetzungsfrist bis spätestens 05.12.2011. Der deutsche Gesetzgeber wollte das Unionsrecht „vollständig, eins zu eins“ umsetzen (vgl. die BAG-Entscheidung vom 10.07.2013, a.a.O, Rz. 36 f, die das BT–Plenarprotokoll 17. Wahlperiode S. 11366 (B) zitiert; BAG vom 30.09.2014 – 1 ABR 79/12 – Rz. 24). Schon vor diesem Hintergrund ist § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG unionsrechtskonform unter Berücksichtigung der Intention der Leiharbeitsrichtlinie zu betrachten.

(4) Die richtlinienkonforme Auslegung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG und der Wille des deutschen Gesetzgebers, mit dem Missbrauchsverhinderungsgesetz die Leiharbeitsrichtlinie umsetzen zu wollen, ergibt, dass in Anlehnung an das Befristungsrecht die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern mit Daueraufgaben unzulässig, da nicht mehr vorübergehend ist (so auch Düwell ZESAR 2011, 449, 453 f; Düwell, Anmerkung: Die Modernisierung des Arbeitsrechts in der 18. Legislaturperiode, JurisPR – ArbR 49/2013). Maßgebend für das aus der Leiharbeitsrichtlinie abzuleitende Verbot der nicht vorübergehenden Überlassung ist nicht allein, wie lange der einzelne Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb verweilt, sondern auch, ob sein Einsatz auf einem Arbeitsplatz erfolgt, auf dem vorübergehend Aufgaben oder dauerhaft Arbeitsaufgaben anfallen (Düwell, JurisPR-ArbR 49/13 – Stichwort Arbeitnehmerüberlassung m.w.N., Düwell, ZESAR 2011, 449, 452; teilweise modifizierend Hamann, RdA 2011, 322, 326: aner kennenswerter Grund; Ulber/Ulber, AÜG, 4. Aufl., § 1 Rn. 230u ff: sowohl arbeitnehmerbezogen auf die Dauer des Einsatzes des Leiharbeitnehmers beim Entleiher als auch arbeitsplatzbezogen auf den beim Entleiher zu besetzenden Arbeitsplatz; Brors, ArbuR 2013, 108, 112: berechtigtes Flexibilisierungsinteresse).

(5) Das folgt auch aus Art. 5 Abs. 5 S. 1 der Leiharbeitsrichtlinie. Danach ergreifen die Mitgliedsstaaten die erforderlichen Maßnahmen gemäß ihren nationalen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten, um ... insbesondere aufeinanderfolgende

Überlassungen, mit denen die Bestimmungen der Richtlinie umgangen werden sollen, zu verhindern. Mit dieser Regelung hat der Richtliniengeber zum Ausdruck gebracht, dass er aufeinanderfolgende Überlassungen (Karussell für Leiharbeiter) grundsätzlich als rechtsmissbräuchlich ansieht, da sie geeignet sind, die Bestimmungen der Leiharbeitsrichtlinie zu umgehen.

(6) Rechtsmissbräuchliche Arbeitnehmerüberlassung und damit eine Umgehung der Leiharbeitsrichtlinie muss dann auch bei Befriedigung von Dauerbeschäftigungsbedarf durch den Einsatz von Leiharbeitern beispielsweise auf Dauerarbeitsplätzen gelten. Dadurch werden den entsprechenden Leiharbeitern die bei dem Entleiher geltenden, in der Regel besseren Arbeitsbedingungen vorenthalten, obwohl der Leiharbeiter aufgrund des dauernden Beschäftigungsbedarfs bei dem Entleiher als Stammarbeiter eingestellt werden könnte. Die Leiharbeit darf jedoch gerade nicht zur Umgehung tariflicher Arbeitsbedingungen missbraucht werden (LAG Niedersachsen vom 19.9.2012 – 17 TaBV 124/11 – zitiert nach Juris, Rz. 30; LAG Berlin vom 21.03.2013 – 18 TaBV 2150/12 – zitiert nach juris, Rz. 51 m.w.N.).

(7) Für die Unzulässigkeit der Befriedigung von Dauerbeschäftigungsbedarf mit Leiharbeitern sprechen ferner die Erwägungsgründe 8 und 11 der Leiharbeitsrichtlinie. Danach soll dem Flexibilisierungsbedarf der UN Rechnung getragen und die Flexibilität gefördert werden. Nach herrschendem Verständnis ist damit gemeint, dass der Arbeitgeber flexibel auf Auftragsspitzen sowie Vertretungsbedarf reagieren können soll. Die Auslegung, dass die Beschäftigung von Leiharbeitern nicht zur Befriedigung von Dauerbeschäftigungsbedarf genutzt werden darf, führt gerade nicht zu einer generellen Außerachtlassung des von der Richtlinie geschützten Flexibilisierungsinteresses. Auftragsspitzen sind von der Natur der Sache her „vorübergehend“, anderenfalls wären sie keine Spitzen. Gleiches gilt für sonstige zeitlich befristete Ereignisse, die nicht über die Beschäftigung der Stammelegschaft abgedeckt werden können. Leiharbeiter können daher z.B. auf Dauerarbeitsplätzen beschäftigt werden, wenn dies aufgrund Vertretungsbedarfs für den auf dem Dauerarbeitsplatz an sich beschäftigten Arbeitnehmer erforderlich ist (vgl. auch LAG Berlin vom 1.3.2013 – 9 TaBV 2112/12, Rz. 42). Dann arbeiten sie aushilfsweise und nehmen damit eine nur vorübergehende Aufgabe wahr. Bei der Abdeckung eines ständigen

Beschäftigungsbedarfs ersetzt der Leiharbeitnehmer einen an sich benötigten Stammarbeitnehmer. Das zu ermöglichen ist nicht vom Schutzzweck der Richtlinie gedeckt. Eine solche Vorgehensweise stellt vielmehr institutionellen Rechtsmissbrauch dar. Der in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG aufgenommene Begriff „vorübergehend“ darf daher im Rahmen der unionsrechtskonformen Auslegung nur dahingehend konkretisiert werden, dass je nach Fallkonstellation sowohl eine personenbezogene als auch eine aufgabenbezogene Betrachtung zu erfolgen hat und ein Leiharbeitnehmer bei objektiv dauerhaft anfallendem Bedarf nur zur aushilfsweisen Wahrnehmung herangezogen werden darf. Anderenfalls ist sein Einsatz nicht mehr „vorübergehend“.

(8) Diese Auslegung des Begriffs „vorübergehend“ findet sich auch im deutschen Befristungsrecht wieder. Der Begriff wird in § 14 Abs. 1 Ziff. 1 TzBfG ebenfalls verwendet. Danach ist die Befristung eines Arbeitsvertrages zulässig, wenn „der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung vorübergehend ist“. Eine Definition des Begriffs „vorübergehend“ erfolgt durch den nationalen Gesetzgeber auch dort nicht. Mangels anderer greifbarer Anhaltspunkte kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber dem gleichen Begriff in unterschiedlichen Gesetzen einen unterschiedlichen Inhalt geben wollte. Es ist davon auszugehen, dass er dieses dann in dem jeweiligen Gesetz durch entsprechende Begriffsdefinition formuliert hätte. Derartige Begriffsdefinitionen sind durchaus üblich, wie sich beispielsweise aus §§ 2 und 2 TzBfG ergibt.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der „vorübergehende Bedarf“ z.B. darauf beruhen, dass für einen begrenzten Zeitraum in dem Betrieb zusätzliche Arbeiten anfallen oder auf einer zeitweise übernommenen Sonderaufgabe oder auf einer im Bereich der Daueraufgaben des Arbeitgebers vorübergehend angestiegenen Arbeitsmenge, für deren Erledigung das vorhandene Personal nicht ausreicht. Das Personal kann auch nur zeitlich begrenzt nicht ausreichen. Maßgeblich ist, dass im Betrieb nur ein zeitweiliger Bedarf besteht (vgl. nur BAG vom 17.03.2010 – 7 AZR 640/08 – zitiert nach Juris, Rz. 11 f m.w.N.). Mit diesem Inhalt ist daher auch der vom nationalen Gesetzgeber erneut in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG verwendete Begriff „vorübergehend“ zu konkretisieren.

Das gilt umso mehr als die Intention des Befristungsrechts auch im Unionsrecht in der Leiharbeitsrichtlinie aufgegriffen wurde. Das ergibt sich aus dem bereits erwähnten Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie.

(9) Letztendlich ergibt sich auch keine andere Betrachtungsweise, wenn beim Arbeitgeber - wie vorliegend bei der Beteiligten zu 1 – kein Stammarbeitsplatz im Stellenplan ausgewiesen ist. Maßgeblich kann in diesem Zusammenhang allein sein, ob objektiv dauerhaft eine Daueraufgabe vorliegt, die der Arbeitgeber zu bewältigen hat. Es kann nicht darauf ankommen, ob für diese tatsächlich vorhandene Daueraufgabe eine Planstelle geschaffen worden ist. Anderenfalls hätte es der Arbeitgeber selbst in der Hand, durch schlichte Deklaration bzw. eigenen Organisationsakt die Anwendbarkeit des AÜG zu unterlaufen. Auf nach Ansicht der Kammer vergleichbare Ansatzpunkte in der Rechtsprechung des BAG zum Befristungsrecht, beispielsweise in der Entscheidung vom 9.3.2011, 7 AZR 47/10 zur Haushaltsbefristung, wird verwiesen.

(ee) Bei der Auslegung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG zu beachten ist ferner, dass nach Art 5 Abs. 5 der Richtlinie 2008/104 „aufeinanderfolgende Überlassungen“ zu verhindern sind (BAG vom 30.09.2014 – a.a.O, Rz. 36). Da § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG europarechtskonform zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung geschaffen wurde, muss sich dieser Gesichtspunkt bei der Konkretisierung des Begriffs „vorübergehend“ wiederfinden.

Vor diesem Hintergrund kann vorliegend nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Beteiligte zu 1 ohne Darlegung von Sachgründen mehrere zeitlich befristete Beschäftigungen der Leiharbeitnehmerin P... auf dem gleichen Arbeitsplatz aneinanderreicht. Das geschieht noch dazu mit dem Wissen, dass diese Tätigkeit der Assistenz auch noch über den in diesem Verfahren genannten Zeitraum weiterhin gebraucht wird. Eine all diese Faktoren außer Acht lassende Reduzierung des Begriffs „vorübergehend“ auf den von einem Arbeitgeber beliebig festlegbaren reinen Zeitfaktor widerspricht dem europarechtlich vorgegebenen Zweck des Gesetzes, Arbeitnehmerüberlassung zur Abdeckung von Auftragsspitzen oder zeitlich begrenztem Bedarf

zu ermöglichen, aber einen Missbrauch der Arbeitsform der vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung zu unterbinden.

4. Die auf ein weiteres Jahr erneute befristete Einstellung der schon dort mit gleicher Tätigkeit 4 ½ Jahre tätigen Leiharbeiterin P... ist nicht mehr nur „vorübergehend“ im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG. Sie hat nahtlos aneinandergereiht den dritten befristeten Arbeitsvertrag für diese Tätigkeit. Ihre Einsatzzeit auf der Assistenzstelle im Bereich FOB beläuft sich mit Blick auf die vorgesehene Befristung bis zum 27.09.2016 dann auf 5 ½ Jahre. Es besteht unstreitig objektiv ein Dauerbedarf für eine Assistenzstelle in der Abteilung FOD, auf der zehn Ingenieuren und vier Führungskräften zuzuarbeiten ist. Damit greift nicht das vom AÜG und der Leiharbeitsrichtlinie geschützte Flexibilisierungsinteresse. Es liegt weder eine Auftragsspitze vor noch ein Vertretungsbedarf oder ein sonstiger Aushilfsgrund. Sowohl bei aufgabenbezogener als auch bei personenbezogener Betrachtung ist die Überlassung der Leiharbeiterin P... nicht nur vorübergehend und verstößt deshalb gegen das in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG enthaltene Verbot.

C. Die Beschwerde ist in Bezug auf den mit dem Antrag zu 2 geltend gemachten Feststellungsantrag unzulässig. Sie ist zwar statthaft (§ 87 Abs. 1 ArbGG) und formgerecht eingelegt worden. Die Beschwerde ist insoweit jedoch nicht begründet worden (§§ 87 Abs. 2, 66 Abs. 1 Satz 2, 89 Abs. 1 und Abs. 2 ArbGG). Die Beschwerdebegründung vom 21.04.2016 enthält keinerlei Ausführungen zur vorläufigen Beschäftigung der Leiharbeiterin P... und zu einer etwaigen Erforderlichkeit.

D. Aus den genannten Gründen war der Beschwerde der Erfolg versagt.

Die Entscheidung ergeht gerichtsgebührenfrei.

Die Zulassung der Rechtsbeschwerde für die Beteiligte zu 1 folgt wegen grundsätzlicher Bedeutung aus §§ 92 Abs. 1, 72 Abs. 2 Ziff. 1 ArbGG.

gez. ...

gez. ...

gez. ...