

**Landesarbeitsgericht Schleswig-
Holstein**

Aktenzeichen: 5 TaBV 33/08

3 BV 38/08 ArbG Lübeck

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 20.01.2009

Gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Beschluss

Im Namen des Volkes

Im Beschlussverfahren mit den Beteiligten

pp.

1.

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die Anhörung der Beteiligten am 20.01.2009 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... 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:

1. Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Lübeck vom 24. Juli 2008, Az. 3 BV 38/08, wird zurückgewiesen.
2. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde nicht gegeben;
im Übrigen wird auf § 92 a Arbeitsgerichtsgesetz verwiesen.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten im Beschwerdeverfahren über die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung von fünf Leiharbeitnehmern.

Die Antragstellerin betreibt an den Standorten N... ..., H... und K... drei psychiatrische Einrichtungen in Schleswig-Holstein. Der Antragsgegner (künftig: Betriebsrat) ist der bei ihr gebildete 14-köpfige Betriebsrat. Die Antragstellerin gehört zur A...-Unternehmensgruppe. Muttergesellschaft ist die A... Psychiatrie Holding GmbH. Die A... Servicegesellschaft (künftig: A...-SG) ist auf dem Gebiet Zeitarbeit und Personal-leasing tätig und ebenfalls eine Tochter der A... Psychiatrie Holding GmbH. Die A...-SG ist im Besitz einer Erlaubnis der Bundesagentur für Arbeit zur Durchführung gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung. Ihr Firmensitz ist in H..., wo sie auf dem Krankenhausgelände der Antragstellerin eigene, vom Krankenhaus abgegrenzte Büroräume mit eigener Büroausstattung und eigenem Zugang unterhält. Daneben hat die A...-SG im Krankenhaus in N... einen nur von ihr genutzten Büroraum. Bei der A...-SG ist eine Teilzeitkraft, Frau L..., angestellt, die mit den einzustellenden Leiharbeitnehmern die Einstellungsgespräche führt. Frau L... hatte daneben bis zum 31.12.2008 ein Vollzeitarbeitsverhältnis mit der Arbeitgeberin. Seit dem 01.01.2009 beschäftigt die A...-SG zwei Vollzeitkräfte und zwei geringfügige Teilzeitkräfte auf € 400,00-Basis im Verwaltungsbereich. Bei der A...-SG sind ca. 180 Leiharbeitnehmer angestellt, die in unterschiedlichen Entleiherbetrieben in verschiedenen Bundesländern eingesetzt werden. Auf die Arbeitsverhältnisse der bei der A...-SG beschäftigten Leiharbeitnehmer finden die zwischen dem DGB und dem Arbeitgeberverband iGZ vereinbarten Tarifverträge für die Zeitarbeitsbranche Anwendung. Der Einsatz der Leiharbeitnehmer bei den jeweiligen Entleihern erfolgt dann aufgrund eines zwischen der A...-SG und dem Entleiher geschlossenen Arbeitnehmerüberlassungsvertrags.

Die Antragstellerin beantragte beim Betriebsrat die Zustimmung zur befristeten Einstellung folgender Leiharbeitnehmerinnen:

<u>Name</u>	<u>Antrag</u>	<u>Zeitraum</u>
B...	02.04.08	01.05.08 – 30.04.09
P...	07.07.08	15.07.08 – 06.03.09
H...	07.07.08	01.08.08 – 06.03.09
P...	04.07.08	01.08.08 – 31.07.09
St..	04.07.08	15.10.08 – 14.10.09

Sie unterrichtete den Betriebsrat in jedem Einzelfall darüber, dass die befristete Einstellung als Leiharbeitnehmer nach dem AÜG beabsichtigt und dass Verleiher die A...-SG sei. Wegen der Unterrichtungen gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG wird im Übrigen auf die Anlagen Ast 4, 5, 9, 12, 15 und 18 Bezug genommen. Die Leiharbeitnehmerin B... war zuvor bei der Antragstellerin auf der Grundlage befristeter Arbeitsverträge vom 01.05.2006 bis 30.04.2008 als Erzieherin beschäftigt. Nachdem der Betriebsrat seine Zustimmung zur Einstellung der Leiharbeitnehmerinnen B..., P..., H... und P... abgelehnt hatte, ersuchte die Antragstellerin den Betriebsrat jeweils um Zustimmung zur vorläufigen Einstellung nach § 100 BetrVG. Auch den beantragten Eilmaßnahmen widersprach der Betriebsrat.

Daraufhin hat die Antragstellerin das vorliegende Zustimmungsersetzungsverfahren beim Arbeitsgericht eingeleitet. Im Laufe des Beschlussverfahrens hat der Betriebsrat seine Widersprüche nur noch auf die Zustimmungsverweigerungsrechte gemäß § 99 Abs. 2 Nrn. 3 und 4 BetrVG gestützt.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands in erster Instanz, insbesondere des streitigen Vorbringens der Beteiligten, sowie der erstinstanzlichen Anträge wird auf die Darstellungen unter Ziff. I. der Gründe des angefochtenen Beschlusses einschließlich der Inbezugnahmen verwiesen, § 69 Abs. 2 ArbGG.

Das Arbeitsgericht hat mit Beschluss vom 24.07.2008 den Anträgen stattgegeben und die Zustimmung zur Einstellung der fünf Leiharbeitnehmerinnen ersetzt und im Hinblick auf die Leiharbeitnehmerinnen B..., P..., H... und P... festgestellt, dass die vorläufige Einstellung aus sachlichen Gründen dringend erforderlich sei. Ein Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG scheide aus, weil die Arbeitnehmer, deren Einstellung die Antragstellerin betreibe, nicht andere Arbeitneh-

mer im Sinne dieser Regelung seien, sondern nur betroffene Arbeitnehmer i. S. v. § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG. Ein Arbeitnehmer könne niemals er selbst und zugleich ein anderer Arbeitnehmer im rechtlichen Sinne sein. Durch die Einstellung der Leiharbeiterinnen würden auch nicht andere, befristet beschäftigte Arbeitnehmer benachteiligt, weil deren Status nicht geändert werde. Insbesondere hätten diese keinen Rechtsanspruch auf Vertragsverlängerung oder Aufhebung der Befristung. Auch ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG liege nicht vor. Die Einstellung als solche sei keine Benachteiligung. Dies erkenne letztlich auch der Betriebsrat an. Entgegen der Auffassung des Betriebsrats sei es aber auch nicht rechtsmissbräuchlich über die A...-SG Arbeitnehmer als Leiharbeiter befristet einzustellen, die sie, die Arbeitgeberin, wegen § 14 Abs. 2 TzBfG nicht mehr selbst zeitbefristet beschäftigen könne. Dieser Einwand des Betriebsrats betreffe nicht die Einstellung, sondern die Arbeitsbedingungen. Zu einer Inhaltskontrolle sei der Betriebsrat aber im Rahmen des § 99 Abs. 2 BetrVG nicht berechtigt. Auch handele ein Arbeitgeber, der eine Befristung nicht verlängere, um den betreffenden Arbeitnehmer anschließend im Rahmen eines Leiharbeitsverhältnisses auf demselben Arbeitsplatz einzusetzen, nicht rechtsmissbräuchlich. Dem Betriebsrat stehe ein Zustimmungsverweigerungsrecht unter dem Aspekt missbräuchlicher Ausnutzung von grundsätzlich rechtlich zulässigen Gestaltungsformen auch nicht gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zu. Der befristet beschäftigte Arbeitnehmer habe keinen Rechtsanspruch auf Vertragsverlängerung. Es bleibe dem Arbeitgeber unbenommen, diesen Arbeitnehmer nach Fristablauf von einer Zeitarbeitsfirma zu entleihen. Dabei könne es keine Rolle spielen, ob er mit der Zeitarbeitsfirma konzernrechtlich verknüpft sei oder nicht. Allein aus der konzernrechtlichen Verknüpfung zwischen der Antragstellerin und der A...-SG lasse sich der vom Betriebsrat pauschal behauptete und nicht näher begründete Missbrauchstatbestand nicht herleiten. Die von der Antragstellerin durchgeführten und die von ihr geplanten vorläufigen personellen Maßnahmen seien gemäß § 100 Abs. 1 BetrVG aus sachlichen Gründen dringend erforderlich gewesen. Der Betriebsrat könne sich nicht darauf berufen, dass die Antragstellerin in Kenntnis der auslaufenden Arbeitsverträge die Beteiligungsverfahren zu spät eingeleitet habe. Ein Arbeitgeber sei auch bei Vorliegen befristeter Arbeitsverhältnisse nicht gehalten, das Mitbestimmungsverfahren betr. die Einstellung neuer Arbeitnehmer so rechtzeitig einzuleiten, dass er auf Maßnahmen gemäß § 100 BetrVG nicht angewiesen sei.

Gegen diesen ihm am 26.08.2008 zugestellten Beschluss hat der Betriebsrat am 20.08.2008 beim Landesarbeitsgericht Beschwerde eingelegt und diese am Montag, den 27.10.2008, begründet.

Der Betriebsrat trägt vor,

bei der A...-SG handele es sich um eine 100%ige Tochter der Antragstellerin. Die Geschäftsführer der A...-SG seien im Unternehmen der Antragstellerin tätig. Der Betriebsrat bestreitet mit Nichtwissen, dass Frau L... von der A...-SG vergütet wird bzw. die Antragstellerin die Tätigkeit der Frau L... der A...-SG in Rechnung stellt, folglich bleibe das unternehmerische Risiko der Beschäftigung der Frau L... bei der Antragstellerin. Frau B. sei mehrjährig bei der Antragstellerin angestellt gewesen und werde jetzt über die von der Antragstellerin betriebene A...-SG auf dem gleichen Arbeitsplatz bei der Antragstellerin eingesetzt. Diese Konstruktion sei notwendig gewesen, da eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG bei der Antragstellerin nicht mehr möglich gewesen sei. Die Antragstellerin sei auch Ansprechpartner für die Begründung des Leiharbeitsverhältnisses gewesen. Es gebe keine eigenständigen Aktivitäten der A...-SG, am Markt tätig zu werden und Arbeitskräfte zu rekrutieren, die dann im Wege der Arbeitnehmerüberlassung bei anderen Unternehmen eingesetzt würden. Am 13.03.2008 habe die Geschäftsführung der Antragstellerin, Frau K..., Frau B. sowie weiteren befristet angestellten Mitarbeiterinnen mitgeteilt, dass bei der Antragstellerin eine Weiterbeschäftigung aufgrund der explodierenden Kosten nicht möglich sei. Indessen bestünde bei der A...-SG die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung. Für die Bewerbungen sei Frau L... in H... verantwortlich. Die Geschäftsführerin der Antragstellerin habe zudem die zu erwartenden Arbeitsbedingungen erläutert. Mithin seien die zukünftigen vertraglichen Bedingungen nicht mit der A...-SG, sondern mit der Antragstellerin ausgehandelt worden. Hierfür spreche auch das Schreiben der Antragstellerin vom 19.05.2008 an die A...-SG (Bl. 175 d. A.). Danach sollte die Grundvergütung der Leiharbeitnehmer nach Absprache mit der Geschäftsführung, Frau K..., für die qualifizierten Pflegekräfte beibehalten werden. Die Antragstellerin habe zusammen mit der A...-SG ein unternehmerisches Konzept gewählt, das faktisch nicht zu Änderungen in den betrieblichen Abläufen der Antragstellerin führen sollte, gleichwohl aber zum Verlust des Gleichbehandlungsgrundsatzes sowie des

equal-pay-Anspruchs aller im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer führen sollte. Die Nutzung der A...-SG sei rechtsmissbräuchlich, da sie eine Konstruktion darstelle, die allein darauf gerichtet sei, innerbetrieblich geschuldete Leistungen – wie die zur Zeit in Aussicht stehenden tarifvertraglichen Vereinbarungen mit der Gewerkschaft ver.di – an einen Teil der von ihr eingesetzten Pflegekräfte nicht erbringen zu müssen, ohne die eigenen betrieblichen und personalverwaltungsmäßigen Abläufe der Antragstellerin ändern zu müssen. Insbesondere die Weiterbeschäftigung von Alt-Arbeitnehmern mache deutlich, dass die A...-SG nicht am Markt tätig werde, sondern eher wie ein abgesonderter Teil der Personalabteilung für die Antragstellerin Arbeitskräfte rekrutiere, die dann bei der Antragstellerin zu erheblich schlechteren Bedingungen wieder eingesetzt würden. Obgleich formal betrachtet eine Mitarbeiterin nochmals sie selbst und zugleich eine andere Arbeitnehmerin i. S. v. § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG sein könne, gelte dies jedenfalls dann nicht, wenn – wie vorliegend – ein neuer Vertragsarbeitgeber tatsächlich nicht am Markt auftrete und die Vertragsinhalte vor Auslaufen des ursprünglichen befristeten Vertrages mit dem Alt-Arbeitgeber für den Neu-Arbeitgeber mitgeteilt würden und somit die Arbeitnehmerin noch während des Laufs des alten Arbeitsverhältnisses in ein neues Beschäftigungsverhältnis „gezwungen“ werde. Der Betriebsrat hält den Einwand, dass die Einstellung aus sachlichen Gründen nicht dringend erforderlich gewesen sei, aufrecht. Die Antragstellerin habe von Beginn an Vertragskonstruktionen gewählt, die den bereits beschäftigten bzw. neu einzustellenden Mitarbeitern ausschließlich zum Nachteil gereichten, ohne diese besonderen Umstände im Vorfeld mit dem Betriebsrat zu beraten. Folglich sei kein Grund ersichtlich, diese Mitarbeiter im Zuge vorläufiger personeller Maßnahmen einzustellen. Vielmehr habe die Antragstellerin die Möglichkeit, die bestehenden Beschäftigungsverhältnisse zu verlängern. Dann wäre das Zeitproblem nicht aufgetreten. Die Notwendigkeit der Eilmaßnahme habe sich erst dadurch ergeben, dass die Antragstellerin rechtsmissbräuchlich eine Vertragskonstruktion gewählt habe, die nicht haltbar sei und ihn, den Betriebsrat, zur Zustimmungsverweigerung nicht nur berechtige, sondern auch verpflichte.

Der Betriebsrat beantragt,

den Beschluss des Arbeitsgerichts Lübeck vom 24.07.2008 zum Aktenzeichen 3 BV 38/08 abzuändern und die Anträge zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt,
die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Antragstellerin verteidigt den angefochtenen Beschluss. Bei der A...-SG handele es sich um eine vollständig eigenständige Schwestergesellschaft der Antragstellerin mit eigenem Firmensitz, eigenen Büroräumen und eigenem Personal, welches auch von der A...-SG vergütet werde. Diese Zeitarbeitsfirma rekrutiere auch Arbeitskräfte am freien Markt. Die Einstellungsgespräche führten auch die Vertreter der A...-SG, nämlich deren Geschäftsführer T... oder deren Angestellte L.... Hiergegen sprächen weder die sogenannten Kennlerngespräche, die sie als Entleiherin mit den Leiharbeitnehmern führe, noch der Umstand, dass ehemals bei ihr befristet angestellte Arbeitnehmer nach Fristablauf von der A...-SG eingestellt und sodann im Wege eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags bei ihr, der Antragstellerin, wieder eingesetzt würden. Sie habe die unternehmerische Entscheidung getroffen, in verstärktem Maße Leiharbeitnehmer einzusetzen. Dies sei rechtlich zulässig und nicht rechtsmissbräuchlich. Es sei auch nicht zu beanstanden, in der Regel nur mit einer Zeitarbeitsfirma, die zur gleichen Unternehmensgruppe gehöre, zusammenzuarbeiten. Dem Betriebsrat stehe weder ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 noch nach Nr. 4 BetrVG zu.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten im Beschwerdeverfahren wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie den Inhalt des Sitzungsprotokolls vom 20.01.2009 verwiesen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden, §§ 89 Abs. 1, Abs. 2; 89 Abs. 2; 66 Abs. 1; 64 Abs. 6 ArbGG i. V. m. §§ 518; 519 ZPO.

In der Sache selbst hat die Beschwerde indessen keinen Erfolg, sie ist unbegründet.

Das Arbeitsgericht hat zu Recht die Zustimmung zu den Einstellungen der für im Antrag genannten fünf Leiharbeiterinnen ersetzt und die dringende Erforderlichkeit der vorläufigen Beschäftigung festgestellt. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen wird an dieser Stelle auf die sorgfältige Begründung unter Ziff. II. der Gründe des angefochtenen Beschlusses verwiesen. Lediglich ergänzend und auf die mit der Beschwerdebegründung vorgetragene Einwände eingehend, soll noch auf Folgendes hingewiesen werden:

1. Der Zustimmungsersetzungsanträge sind begründet.

a) Die Antragstellerin hat den Betriebsrat jeweils unter Wahrung der gesetzlich gemäß § 99 Abs. 3 BetrVG vorgeschriebenen Wochenfrist umfassend i. S. v. § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG über die beabsichtigte Einstellung der fünf Leiharbeiterinnen unterrichtet. Insbesondere hat sie dem Betriebsrat jeweils die Personalien der betreffenden Mitarbeiterin, deren beabsichtigte Beschäftigungsdauer und Arbeitszeit sowie Einsatzbereich als auch den Namen des Verleihers unter Hinweis auf die Möglichkeit zur Einsichtnahme in den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag mitgeteilt. Eines gesonderten Hinweises darauf, dass Frau B. bereits zuvor ein befristetes Arbeitsverhältnis mit ihr, der Antragstellerin, hatte, bedurfte es nicht. Unstreitig war dem Betriebsrat dieser Umstand bekannt. Zwischen den Beteiligten ist die Ordnungsgemäßheit der Unterrichtung nach § 99 BetrVG auch nicht mehr im Streit.

b) Die Zustimmung des Betriebsrats gilt zwar nicht nach § 99 Abs. 3 S. 2 BetrVG als bereits erteilt. Der Betriebsrat hat den beabsichtigten Einstellungen der Leiharbeiterinnen form- und fristgerecht widersprochen und in inhaltlich zu beachtender Weise Verweigerungsgründe vorgebracht, die sich den Gründen des § 99 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 3 und Nr. 4 BetrVG zuordnen lassen. Auch dies ist zwischen den Beteiligten unstreitig.

c) Indessen stützt die vom Betriebsrat in den jeweiligen Widersprüchen angegebene Begründung keinen Verweigerungsgrund i. S. v. § 99 Abs. 2 BetrVG. Es liegt weder ein Gesetzesverstoß i. S. d. Nr. 1 (aa) noch eine Benachteiligung von Arbeitnehmern nach Nr. 3 (bb) noch eine Benachteiligung anderer Arbeitnehmer nach Nr. 4 (cc) dieser Vorschrift vor.

aa) Der Betriebsrat kann sich bei der Einstellung der Leiharbeiterin B. und der übrigen vier Leiharbeiterinnen nicht mit Erfolg auf einen Gesetzesverstoß gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG berufen.

(1) Obgleich der Betriebsrat sowohl in erster als auch in zweiter Instanz seine jeweiligen Widersprüche nur noch auf die Verweigerungsgründe gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 BetrVG beschränkt hat, lässt sich seinem Sach- und Rechtsvortrag entnehmen, dass er nach wie vor einen Gesetzesverstoß gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG rügt. Der expliziten Benennung eines gesetzlich vorgesehenen Verweigerungsgrundes bedarf es nicht. Vielmehr genügt es, dass sich die Zustimmungsverweigerungsgründe des Betriebsrates noch einem der gesetzlichen Tatbestände nach § 99 Abs. 2 BetrVG zuordnen lassen (BAG Beschl. v. 11.06.2002 – 1 ABR 43/01 -, AP Nr. 118 zu § 99 BetrVG 1972). Der Betriebsrat behauptet, dass es sich bei der A...-SG um eine von der Antragstellerin beherrschte, weder mit eigenem Personal ausgestattete noch am freien Markt tätige Verleihfirma handele, deren einziger Unternehmenszweck sei, die von der Antragstellerin ansonsten innerbetrieblich geschuldeten (tariflichen) Leistungen an einen Teil der in ihren Kliniken beschäftigten Arbeitnehmer nicht erbringen zu müssen. Hierbei handele es sich um eine rechtsmissbräuchliche Umgehungs konstruktion. Bei dem Einwand des Rechtsmissbrauchs handelt es sich indessen um die Rüge eines Verstoßes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB und damit einen Gesetzesverstoß gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG.

(2) Die vorliegend gewählte Vertragskonstruktion zur sachgrundlos befristeten Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmerin B. durch Zwischenschaltung der A...-SG verstößt weder gegen das Teilzeit- und Befristungsgesetz noch gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz.

(a) Ein Betriebsrat kann seine Zustimmung zu einer personellen Maßnahme nach § 99 Abs. 2 BetrVG nur dann versagen, wenn die Maßnahme selbst gegen ein Gesetz, einen Tarifvertrag oder sonstige Norm verstößt. Dazu bedarf es zwar keines Verbotsgesetzes im technischen Sinne, dass unmittelbar die Unwirksamkeit der Maßnahme herbeiführt; der Zweck der betreffenden Norm, die Einstellung selbst zu verhindern, muss aber hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen.

(b) Hieran gemessen verstößt die Einstellung als solche bzw. der Einsatz der betreffenden, bei der A...-SG angestellten Leiharbeitnehmer weder gegen § 14 Abs. 2 TzBfG noch gegen die Vorschriften des AÜG. Ungeachtet dessen, dass weder ein Verstoß gegen § 14 Abs. 2 TzBfG noch ein Verstoß gegen das equal-pay-Gebot gemäß § 9 Nr. 2 AÜG die Einstellung bzw. die Beschäftigung der Leiharbeitnehmer beim Entleiher als solche verbietet und somit auch keinen Verweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG begründen könnte, liegt ein derartiger Verstoß hier auch nicht vor.

Die Überlassung eines Arbeitnehmers an seinen vormaligen Vertragsarbeitgeber, bei dem dieser zuvor zwei Jahre sachgrundlos befristet beschäftigt war, führt grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit einer anschließend mit dem Verleiher i. S. d. § 1 AÜG nach § 14 Abs. 2 TzBfG vereinbarten sachgrundlosen Befristung (BAG Urt. v. 18.10.2006 – 7 AZR 145/06 -, AP Nr. 4 zu § 14 TzBfG). Es ist mithin rechtlich nicht zu beanstanden, dass ein Arbeitgeber einen befristeten Arbeitsvertrag nicht verlängert, sondern von der gesetzlich zulässigen Möglichkeit Gebrauch macht, über den Abschluss eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages die bei der Personalleasingfirma sodann angestellte Mitarbeiterin auszuleihen und in seinem Betrieb als Leiharbeiterin weiterzubeschäftigen. Eine solche Vertragsgestaltung verstößt für sich genommen weder gegen den Tatbestand des § 14 Abs. 2 TzBfG noch gegen die arbeits- und gewerberechtlichen Vorgaben der §§ 3, 9 AÜG. Der Gesetzgeber hat für die Zulässigkeit der sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG nicht auf die vorherige Beschäftigung in einem Betrieb oder für den Betriebsinhaber, sondern auf den rechtlichen Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit dem Vertragsarbeitgeber ab-

gestellt (BAG Urt. v. 18.10.2006 – 7 AZR 145/06 -, a.a.O.). Dies wird vom Betriebsrat letztlich auch nicht in Abrede gestellt.

(3) Entgegen der Auffassung des Betriebsrats ist die Einstellung der fünf Leiharbeiter aber auch nicht deshalb rechtsmissbräuchlich und damit gemäß § 242 BGB verboten, weil die Antragstellerin mit dem zur A...-Gruppe gehörenden Personalleasingunternehmen einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag abgeschlossen hat. Hierbei handelt es sich um die A...-SG, die unbestritten seit dem 04.03.2008 über eine AÜG-Genehmigung verfügt, die kürzlich ohne Auflagen und ohne Widerrufsvorbehalt bis zum 06.03.2010 verlängert worden ist. Es kann mithin unterstellt werden, dass irgendwelche Versagungsgründe nach § 3 AÜG nicht vorliegen und sich die A...-SG bei der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen des gesetzlich Zulässigen hält.

(a) Soweit der Betriebsrat behauptet, die A...-SG sei nicht am freien Markt tätig, sondern rekrutiere eher wie ein abgesonderter Teil der Personalabteilung für die Antragstellerin Arbeitskräfte, die dann zu deutlich schlechteren Bedingungen bei der Antragstellerin eingesetzt würden, wird dies durch nichts belegt. Unstreitig verfügt die A...-SG über eine AÜG-Erlaubnis. Sie wendet unstreitig die für Zeitarbeit zwischen ver.di und iDG abgeschlossenen Tarifverträge an. Sie hat nicht nur einen formellen Firmensitz, sondern auch eigene Räumlichkeiten, eigene Büroausstattung und eigenes Personal. Sie ist in den Branchenbucheinträgen im Internet vertreten. Angesichts dessen ist nicht verständlich, warum der Betriebsrat gleichwohl davon ausgeht, dass es sich bei der A...-SG nur um einen sogenannten Strohmännchen der Antragstellerin handele. Es ist rechtsunerheblich, ob sich der Arbeitgeber einer externen oder konzernangehörigen Personalleasingfirma bedient, sofern der Zeitarbeitsfirma die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nach § 2 AÜG erteilt worden ist (LAG Niedersachsen Urt. v. 18.02.2008 – 12 TaBV 142/07 -, zit. n. Juris). Es ist nicht rechtsmissbräuchlich, wenn der Arbeitgeber von der gesetzlich zulässigen Möglichkeit des Einsatzes von Leiharbeitnehmern Gebrauch macht und anstelle eigenen Personals Leiharbeiter einstellt. Weder das Teilzeit- und Befristungsgesetz noch das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz verbieten es, einen bereits zwei Jahre lang sachgrundlos befristeten Arbeitnehmer nach Fristablauf als Leiharbeiter von einer

Zeitarbeitsfirma zu übernehmen. Nach Aufhebung der Höchstzulassungsdauer von 24 Monaten in § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG a. F. hat der Gesetzgeber die Nutzungs- und Gestaltungsmöglichkeiten der Leiharbeit bewusst erweitert, sodass selbst eine auf Dauer angelegte Arbeitnehmerüberlassung rechtlich zulässig ist. Sowohl die Antragstellerin als auch die A...-SG halten sich im Rahmen des gesetzlich Erlaubten. Es wäre allein Sache des Gesetzgebers, die Leiharbeit ggf. dort zu beschränken, wo Leiharbeiter unmittelbar vor deren Einsatz in dem Beschäftigungsbetrieb ebendort als Vertragsarbeitnehmer tätig gewesen sind.

(b) Eine andere Beurteilung der Sach- und Rechtslage ergibt sich auch nicht daraus, dass Frau L... bis zum 31.12.2008 ganz überwiegend im Rahmen eines Vollzeitverhältnisses für die Antragstellerin tätig gewesen ist. Die A...-SG hat ihre Geschäftstätigkeit erst im März 2008 aufgenommen, sodass naturgemäß die anfänglich erforderlichen Verwaltungsarbeiten eher gering gewesen sind und erst nach und nach an Umfang zunahm, sodass zwischenzeitlich zwei Vollzeitkräfte eingestellt worden sind. Zudem wird von dem Betriebsrat auch nicht bestritten, dass die A...-SG, d.h. deren Geschäftsführer bzw. die Mitarbeiterin L..., mit den einzustellenden Leiharbeitern selbst die Einstellungsgespräche geführt hat.

(c) Eine rechtsmissbräuchliche Vertragskonstruktion lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass die Antragstellerin die bei ihr befristet angestellten Arbeitnehmer/innen vor Fristablauf auf die Möglichkeit einer evtl. Weiterbeschäftigung aufgrund eines Leiharbeitsverhältnisses mit der A...-SG hinweist. Von dieser Vertragskonstruktion profitiert letztlich nicht nur die Antragstellerin, die eine bereits eingearbeitete Leiharbeiterin von der A...-SG übernimmt, sondern auch die betreffende Arbeitnehmerin, deren Arbeitsverhältnis mit der Antragstellerin ausläuft, ohne dass diese einen Anspruch auf Verlängerung oder Neuabschluss eines mit der Antragstellerin bestehenden (Zeit-)Arbeitsvertrages hat.

(d) Der Betriebsrat beruft sich zum Beleg des Rechtsmissbrauchs zu Unrecht darauf, dass sich die Antragstellerin im Rahmen des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages mit der A...-SG vorbehält, vor der Übernahme „neuer“ Leiharbeiter mit jenen ein sogenanntes Kennlerngespräch zu führen. Derartige Kennlerngespräche

zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer sind weder gesetzwidrig noch ansonsten zu beanstanden, sondern sachgerecht, um die Geeignetheit des Leiharbeitnehmers für die vorgesehene Position in den Kliniken der Antragstellerin zu überprüfen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Kennlerngespräche erst nach Einstellung durch die A...-SG aber vor Übernahme durch die Antragstellerin oder schon im sogenannten Anbahnungsverhältnis mit der A...-SG stattfinden. Es kann der Antragstellerin nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie bei Abschluss der Arbeitnehmerüberlassungsverträge von der A...-SG nicht „die Katze im Sack kauft“, sondern die Einstellung von der Geeignetheit der jeweiligen Leiharbeitnehmer abhängig macht.

Auch eine Gesamtschau der Umstände lässt keinen Rückschluss auf eine rechtsmissbräuchliche Vertragskonstruktion zwischen der Antragstellerin und der A...-SG zur Umgehung kündigungs- und befristungsrechtlicher Vorschriften zu. Es mag für die betroffenen Leiharbeitnehmer bedauerlich und arbeitsmarktpolitisch nicht wünschenswert sein, dass die Antragstellerin letztlich aus Kostengründen Dauerarbeitsplätze nur noch mit Leiharbeitnehmern besetzt, indessen ist diese Vorgehensweise durch die derzeitige Gesetzeslage gedeckt und damit auch nicht rechtsmissbräuchlich.

bb) Ein Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG liegt ebenfalls nicht vor. Nach dieser Vorschrift kann der Betriebsrat seine Zustimmung zur Einstellung versagen, wenn die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, dass infolge der Einstellung im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer gekündigt werden oder sonstige Nachteile erleiden. Die bei der Antragstellerin beschäftigten Arbeitnehmer werden durch die Eingliederung der Leiharbeitnehmer nicht benachteiligt. Weder droht ihnen eine Kündigung noch schlechtere Arbeitsbedingungen. Hierzu hat der Betriebsrat nichts vorgetragen. Insbesondere kann sich der Betriebsrat nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Antragstellerin nicht bereit sei, befristete Arbeitsverhältnisse mit Vertragsarbeitnehmern zu verlängern. Nach Fristablauf haben diese Vertragsarbeitnehmer keinen Anspruch auf unbefristete Weiterbeschäftigung oder Fristverlängerung ihres befristeten Arbeitsvertrages. Eine Benachteiligung anderer Arbeitnehmer i. S. v. § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG ist auch nicht deshalb anzunehmen, wenn der durch Fristablauf ausgeschiedene Vertragsarbeitnehmer im Wege der Ar-

beitnehmerüberlassung durch den Arbeitgeber von der Personalleasinggesellschaft als Leiharbeitnehmer wieder in den Betrieb eingegliedert wird. Der Leiharbeitnehmer ist dann nicht mehr anderer (Vertrags-)Arbeitnehmer der Arbeitgeberin, denn zum Zeitpunkt seiner beabsichtigten Einstellung als Leiharbeitnehmer bestand mit der Arbeitgeberin kein Vertragsarbeitsverhältnis mehr, das durch Kündigung oder sonstige Nachteile hätte bedroht werden können. Das Arbeitsgericht hat zu Recht darauf hingewiesen, dass der Arbeitnehmer, dessen Einstellung der Arbeitgeber betreibe, nicht zugleich ein anderer (Vertrags-)Arbeitnehmer i. S. v. § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG sein könne. Ein Arbeitnehmer kann niemals er selbst und zugleich ein anderer Arbeitnehmer im rechtlichen Sinne sein.

cc) Schließlich liegt auch kein Verweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG vor. Hiernach steht dem Betriebsrat ein Verweigerungsrecht zu, wenn die konkrete personelle Maßnahme selbst zu einer Benachteiligung des betroffenen Arbeitnehmers führt. Zwar können auch bei Neueinstellungen von Arbeitnehmern durch Vereinbarung schlechterer Arbeitsbedingungen Benachteiligungen vorkommen. Derartige Benachteiligungen begründen jedoch keine Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG, sondern allenfalls nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG (Fitting, 24. Aufl., Rn. 245 zu § 99 BetrVG), wie beispielsweise die Beschäftigung eines Ausländers ohne gültige Arbeitsgenehmigung. Die Einstellung als solche ist keine Benachteiligung. Weder Lohnwucher noch ein Verstoß gegen das equal-pay-Gebot verbieten die Beschäftigung als solche. Auch in diesen Fällen kommt im Rahmen der Mitbestimmung bei Einstellungen kein Verweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 BetrVG in Betracht. Vorliegend kommt hinzu, dass Vertragspartner nicht die Antragstellerin, sondern die A...-SG ist. Die Integration in den Entleiherbetrieb kann niemals zu einer Benachteiligung des Leiharbeitnehmers führen. Dies gilt unabhängig davon, wie die arbeitsvertraglichen Bedingungen des Leiharbeitsverhältnisses mit dem Verleiher ausgestaltet sind (Wensing/Freise, BB 2004, 2238 ff., 2243). Ungeachtet dessen sind auch keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die A...-SG die betreffenden Arbeitnehmer zu gesetzeswidrigen, den Arbeitnehmerüberlassungsgesetz widersprechenden Arbeitsbedingungen eingestellt hat. Die A...-SG wendet die Tarifverträge für Zeitarbeit an.

2. Das Arbeitsgericht hat dem Feststellungsantrag nach § 100 Abs. 1 BetrVG stattgegeben. Die vorläufige Einstellung der betreffenden vier Leiharbeiterinnen war objektiv eilbedürftig. Es wird in der Beschwerdeinstanz vom Betriebsrat nicht in Abrede gestellt, dass die jeweiligen Stellen, auf denen die betreffenden Leiharbeiter eingesetzt worden sind, auch zwingend besetzt werden mussten. Der vorläufige Einsatz der Leiharbeiter war aus betriebsorganisatorischen Gründen dringend erforderlich. Entgegen der Auffassung des Betriebsrats kommt es auch nicht darauf an, dass die Antragstellerin die Notwendigkeit der Wiederbesetzung der betreffenden Stellen hätte vorhersehen können, da diese mit befristet beschäftigten Arbeiterinnen besetzt gewesen seien und der Fristablauf erkennbar seit langem festgestanden habe. Die Antragstellerin musste indessen nicht damit rechnen, dass der Betriebsrat die jeweils fristgerecht und ordnungsgemäß beantragten Zustimmungen zur Einstellung der betreffenden Leiharbeiter nicht erteilen wird. Insbesondere war die Antragstellerin unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt verpflichtet, an Stelle des Einsatzes von Leiharbeitern die Arbeitsverträge der befristet angestellten Vertragsarbeiter zu verlängern. Die Antragstellerin hat den Widerspruch des Betriebsrats, der die Eilmaßnahme erforderlich machte, auch nicht – wie bereits ausgeführt - durch rechtsmissbräuchliche Vertragsgestaltung selbst verursacht.

3. Nach alledem war die Beschwerde des Betriebsrats zurückzuweisen.

Es bestand kein Anlass für die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach §§ 92 Abs. 1; 72 Abs. 2 ArbGG.

gez. ... gez. ... gez. ...