Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Aktenzeichen: 1 ABR 61/03

Bundesarbeitsgericht 1. Senat	Beschluß vom 25. Januar 2005 - 1 ABR 61/03 -
I. Arbeitsgericht Offenbach	Beschluß vom 23. Januar 2003 - 2 BV 94/02 -
II. Hessisches Landesarbeitsgericht	Beschluß vom 19. August 2003 - 4 TaBV 42/03 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichwort:

Mitbestimmung bei der Übernahme von Leiharbeitnehmern

Gesetze:

BetrVG §§ 99, 100, 75; AÜG nF § 1 Abs. 1, Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4; ArbGG § 81 Abs. 2, § 83a Abs. 2

Leitsätze:

1. Über den Antrag auf Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung eines Arbeitnehmers ist nach der im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung geltenden Rechtslage zu beschließen.

2. Zumindest im Fall nicht gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung kann der Betriebsrat seine Zustimmung zur Übernahme eines Leiharbeitnehmers nicht wegen eines Verstoßes gegen das Gleichstellungsgebot in § 9 Nr. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG nF verweigern. Darauf, ob dieses Gebot auf die nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung Anwendung findet, kommt es nicht an.

Hinweis des Senats:

Parallelverfahren zu Senat 25. Januar 2005 - 1 ABR 65/03 - u. - 1 ABR 66/03 -

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

BUNDESARBEITSGERICHT

1 ABR 61/03
4 TaBV 42/03
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
25. Januar 2005

BESCHLUSS

Klapp, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren

mit den Beteiligten

1.

Antragsteller, Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

2.

Rechtsbeschwerdeführer,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der Anhörung vom 25. Januar 2005 durch den Präsidenten des Bundesarbeitsgerichts Prof. Dr. Wißmann, die Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft und Linsenmaier sowie die ehrenamtlichen Richter Rösch und Brunner beschlossen:

1. Auf die Rechtsbeschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 19. August 2003 - 4 TaBV 42/03 - aufgehoben, soweit dieses die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

des Arbeitsgerichts Offenbach am Main vom 23. Januar 2003 - 2 BV 94/02 - zurückgewiesen hat.

2. Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Offenbach am Main vom 23. Januar 2003 - 2 BV 94/02 - weitergehend abgeändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

   Die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung der Arbeitnehmerin U R im J Alten- und Pflegeheim L wird ersetzt.

3. Soweit es Gegenstand der Rechtsbeschwerde des Betriebsrats ist, wird das Verfahren eingestellt.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Beteiligten streiten über die Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung einer Mitarbeiterin und die Notwendigkeit ihrer vorläufigen Durchführung.

Der Antragsteller ist ein Kreisverband des Deutschen Roten Kreuzes. Er betreibt das J Alten- und Pflegeheim in L. Für die Arbeitsverhältnisse der dort Beschäftigten ist die Geltung des BAT vereinbart. Im Betrieb ist ein Betriebsrat gewählt.

Um Personalkosten zu reduzieren, entschloss sich der Antragsteller, neue Mitarbeiter künftig nicht mehr selbst einzustellen, sondern über die DRK Senioren-Zentrum D „A“ gGmbH zu gewinnen, deren Gesellschaftsanteile er zu hundert Prozent hielt. Die D gGmbH ist nicht tarifgebunden.

Ende des Jahres 2002 beabsichtigte der Antragsteller, Frau R als Stationshilfe zu beschäftigen. Der Leiter des Personalwesens der D gGmbH unterrichtete den Betriebsrat des Altenheims mit Schreiben vom 17. Dezember 2002 darüber, dass beabsichtigt sei, Frau R zum 1. Januar 2003 auf Dauer nach dem „D-Modell“ im Altenheim einzustellen. Außerdem wurde dem Betriebsrat mitgeteilt, dass es wegen einer erheblichen Unterbesetzung der vorhandenen Stellen nötig sei, Frau R vorläufig einzustellen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Mit Schreiben vom 19. Dezember 2002 verweigerte der Betriebsrat die Zustimmung zur Einstellung und bestritt, dass eine vorläufige Einstellung aus sachlichen Gründen dringend erforderlich sei. Er brachte vor, die vorgesehene Einstellung verstoße gegen § 1 Abs. 2 AÜG, weil sie zeitlich unbefristet erfolgen solle. Außerdem solle Frau R zu schlechteren Arbeitsbedingungen als vergleichbare Arbeitnehmer des Antragstellers beschäftigt werden. Auch würden im Altenheim bereits befristet beschäftigte Arbeitnehmer durch die Einstellung Nachteile erleiden, weil ihre Verträge wegen der Beschäftigung von Leiharbeitnehmern nicht entfristet würden. Die vorläufige Einstellung von Frau R im „D-Modell“ sei nicht dringend erforderlich. Der Antragsteller könne jederzeit eigenes Personal einstellen.

Der Antragsteller leitete daraufhin das vorliegende Beschlussverfahren ein. Er hat die Ansicht vertreten, ein Verstoß gegen die Vorschriften des AÜG liege nicht vor. Dieses Gesetz finde im Streitfall keine Anwendung, weil weder er als gemeinnütziger Verein noch die D gGmbH gewerbsmäßig handelten. Zumindest werde keine Arbeitsvermittlung betrieben, weil er nicht beabsichtige, Mitarbeiter von der D gGmbH zu übernehmen. Im Übrigen gäben auch mögliche Verstöße gegen Vorschriften des AÜG dem Betriebsrat nicht das Recht, seine Zustimmung zur Einstellung von Frau R zu verweigern.

Der Antragsteller hat beantragt,

1. die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zur Einstellung der Arbeitnehmerin U R zu ersetzen;

2. festzustellen, dass die vorläufige Einstellung der Arbeitnehmerin U R zum 1. Januar 2003 aus sachlichen Gründen erforderlich ist.

Der Betriebsrat hat beantragt, die Anträge abzuweisen. Dazu hat er die Gründe aus seinem Verweigerungsschreiben vorgetragen.

Das Arbeitsgericht hat die Anträge des Antragstellers abgewiesen. Auf dessen Beschwerde hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, dass die Einstellung der Arbeitnehmerin U R aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war; im Übrigen hat es die Beschwerde zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung haben beide Beteiligten die zugelassene Rechtsbeschwerde eingelegt. Der Antragsteller verfolgt seinen Zustimmungsersetzungsantrag weiter, der Betriebsrat bittet um Abweisung auch des Fest-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
ANDROID APP ON Google play
JLaw – für Android
Available on the App Store
JLaw – für iOS

stellungsantrags in Form der gegenteiligen Feststellung, dass die vorläufige Einstellung der Frau U R offensichtlich nicht dringend erforderlich war.

B. Die Rechtsbeschwerde des Antragstellers ist begründet. Der Betriebsrat hat seine Zustimmung zur beabsichtigten Einstellung von Frau R jedenfalls nach der jetzt maßgeblichen Rechtslage zu Unrecht verweigert. Er kann sich weder auf einen Gesetzesverstoß nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG noch auf eine Benachteiligung anderer Arbeitnehmer iSv. § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG berufen. Über die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats war nicht zu entscheiden. Mit Rechtskraft der Entscheidung über den Zustimmungsersetzungsantrag ist die Rechtshängigkeit des Feststellungsantrags entfallen. Insoweit war das Verfahren einzustellen.

I. Der Zustimmungsersetzungsantrag ist zulässig. Bedenken, die sich daran aus der ab dem 1. Januar 2004 zu beachtenden Änderung des AÜG ergeben könnten, greifen nicht durch. Auch wenn die nach Abschluss der Beschwerdeinstanz eingetretene Änderung der Rechtslage zu einer Änderung des Streitgegenstands geführt haben sollte, ist eine damit verbundene Antragsänderung im Streitfall zulässig.

1. Der Erfolg des Antrags auf Zustimmungsersetzung hängt ua. davon ab, ob sich der Betriebsrat zu Recht auf einen Verstoß gegen Vorschriften des AÜG berufen hat. Das AÜG ist im Laufe des Verfahrens geändert worden. Durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002 (BGBl. I S. 4607) wurden die Höchstüberlassungsdauer von 24 Monaten in § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG aF und die 12-monatige Frist für das Eingreifen des Gebots der Gleichstellung von Stamm- und Leiharbeitnehmern in § 10 Abs. 5 AÜG aF aufgehoben. Ein Arbeitnehmer kann nunmehr auf unbegrenzte Zeit überlassen werden und das Gleichstellungsgebot gilt nach § 9 Nr. 2 AÜG nF vom Beginn der Überlassung an. Dies sind nicht nur unwesentliche Gesetzesänderungen. Sie sind ab dem 1. Januar 2004 auf alle Leiharbeitsverhältnisse anzuwenden.

Die Änderung der Rechtslage ist auch in der Rechtsbeschwerdeinstanz noch zu berücksichtigen. Streitgegenstand eines Verfahrens auf Ersetzung der Zustimmung zu einer Einstellung oder Versetzung nach § 99 Abs. 4 BetrVG ist die Frage, ob die beabsichtigte personelle Maßnahme angesichts der vorgebrachten Verweigerungsgründe gegenwärtig und zukünftig zulässig ist. Verfahrensgegenstand ist dagegen nicht, ob die Maßnahme im Zeitpunkt der Antragstellung zulässig war. Die streitgegenständliche Frage ist deshalb nach Maßgabe der Rechtslage zu beantworten, die im

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung gilt *(BAG 12. November 2002 - 1 ABR 1/02 - BAGE 103, 304, zu B I 2 der Gründe)*.

Mit der Änderung der Rechtslage kann eine Antragsänderung im Rechtsbeschwerdeverfahren verbunden gewesen sein. Zwar haben sich weder der Antragswortlaut noch der ihm zugrunde liegende tatsächliche Lebenssachverhalt geändert. Es kann aber auch eine wesentliche Änderung der entscheidungserheblichen rechtlichen Verhältnisse zu einer Änderung des Streitgegenstands und damit zugleich zu einer Antragsänderung führen *(BAG 12. November 2002 - 1 ABR 1/02 - BAGE 103, 304, zu B I 2 der Gründe; zur Beendigung der durch den Streitgegenstand bestimmten Rechtskraft einer Entscheidung bei späterer Änderung der Rechtslage: 6. Juni 2000 - 1 ABR 21/99 - BAGE 95, 47, zu B II 3, 4 der Gründe)*.

2. Ob dies hier anzunehmen ist, muss nicht abschließend beurteilt werden. Eine Antragsänderung wäre jedenfalls zulässig, weil der festgestellte Sachverhalt die rechtliche Beurteilung nach der neuen Rechtslage ermöglicht, der Streitstoff nicht erweitert wurde und Rechte der Beteiligten nicht verkürzt werden.

Die Novellierung des AÜG brachte keine Zustimmungsverweigerungsgründe iSd. § 99 Abs. 2 BetrVG mit sich, die der Betriebsrat im Streitfall nicht bereits geltend gemacht hätte. Er hatte sich auf eine Verletzung der zulässigen Höchstdauer einer Überlassung von Leiharbeitnehmern in § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG aF berufen und die unterschiedliche Behandlung von Stamm- und Leiharbeitnehmern beim Antragsteller als „gleichheitswidrig“ gerügt. Die Grundlage für den ersten Verweigerungsgrund ist durch die Gesetzesnovellierung entfallen. Für den zweiten Grund vermag sich der Betriebsrat nunmehr möglicherweise auch auf § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG nF berufen. Neue Verweigerungsgründe sind für den Betriebsrat dagegen nicht entstanden. Die geltend gemachten Verweigerungsgründe sind zwar auf der neuen rechtlichen Grundlage zu würdigen, das bisherige Prüfprogramm wird dadurch aber nicht erweitert.

II. Der Zustimmungsersetzungsantrag ist begründet. Der Antragsteller hat den Betriebsrat in einer dem Gesetz genügenden Weise um Zustimmung zu einer mitbestimmungspflichtigen Maßnahme ersucht und damit die Wochenfrist des § 99 Abs. 3 BetrVG in Gang gesetzt. Der Betriebsrat hat seine Zustimmung ohne rechtlichen Grund verweigert.

1. Der Antrag ist nicht etwa deshalb unbegründet, weil es der Zustimmung des Betriebsrats nicht bedurft hätte. Auch die Übernahme eines Leiharbeitnehmers ist zu-

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

stimmungspflichtig, wie aus der unverändert gebliebenen Vorschrift des § 14 Abs. 3 AÜG nF folgt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die beabsichtigte Übernahme des Leiharbeitnehmers auf gewerbsmäßiger oder nichtgewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung beruht *(BAG 22. März 2000 - 7 ABR 34/98 - BAGE 94, 144, zu B II 2 a dd der Gründe mwN)*.

2. Der Antragsteller hat die Wochenfrist des § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG, innerhalb derer sich der Betriebsrat äußern muss, in Gang gesetzt. Sie beginnt mit der korrekten Unterrichtung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Diese ist hier mit dem Schreiben vom 17. Dezember 2002 erfolgt.

Zwar stammt das Schreiben vom Leiter des Personalwesens der D gGmbH und nicht von der Geschäftsleitung des Antragstellers. Gleichwohl ist es dem Antragsteller zuzurechnen. Der Personalleiter der D gGmbH ist nicht als betriebsfremde Person anzusehen. An seiner Vertretungsbefugnis und Fähigkeit, überhaupt als Vertreter des Antragstellers aufzutreten, bestehen keine Bedenken. Vielmehr war er war nach dem unbestrittenen Vorbringen des Antragstellers zugleich für dessen Personalangelegenheiten zuständig.

Aus dem Schreiben wurde hinreichend deutlich, dass es um die Übernahme von Frau R beim Antragsteller und nicht um eine Einstellung bei der D gGmbH ging. Dies ergibt sich aus dem darin enthaltenen Hinweis, die Einstellung solle entsprechend dem „D-Modell“ erfolgen. Ebenso war erkennbar, dass der Personalleiter im Namen des Antragstellers handeln wollte. Im Seniorenzentrum der D gGmbH war kein eigener Betriebsrat gewählt, an den sich das Schreiben hätte richten können. So hat offensichtlich auch der beteiligte Betriebsrat das Schreiben verstanden.

Auch inhaltlich wurde der Betriebsrat in einer den Anforderungen des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG noch genügenden Weise unterrichtet. Gegen die entsprechende Würdigung des Landesarbeitsgerichts hat keiner der Beteiligten Einwendungen erhoben. Sie ist angesichts der tatsächlichen Umstände rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstanden.

3. Die Zustimmung des Betriebsrats gilt nicht nach § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG als bereits erteilt. Der Betriebsrat hat in seinem Schreiben vom 19. Dezember 2002 form- und fristgerecht und in inhaltlich zu beachtender Weise Verweigerungsgründe vorgebracht, die sich den Gründen des § 99 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 3 BetrVG zuordnen lassen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Das Vorbringen zur befürchteten Benachteiligung anderer Mitarbeiter iSv. § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG ist ausreichend konkret. Allerdings muss ein darauf gestützter Einwand „durch Tatsachen begründet“ sein, um Beachtung finden zu können. Auch wenn es dabei auf die Richtigkeit der entsprechenden Behauptungen nicht ankommt, genügen bloße Vermutungen nicht *(BAG 26. Oktober 2004 - 1 ABR 45/03 - NZA 2005, 535, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu B I 2 der Gründe mwN)*. Diesen Anforderungen wird das Verweigerungsschreiben gerecht. Zwar sind darin Arbeitnehmer, die beim Antragsteller nur befristet eingestellt worden seien und durch eine zeitlich unbegrenzte Übernahme von Leiharbeitnehmern benachteiligt würden, nicht namentlich benannt. Dem Schreiben ist aber mittelbar die Behauptung zu entnehmen, solche Arbeitnehmer seien im Betrieb beschäftigt. Zumindest für die Beachtlichkeit des vorgebrachten Grundes iSd. § 99 Abs. 3 Satz 2 BetrVG ist dies ausreichend.

4. Verweigerungsgründe nach § 99 Abs. 2 BetrVG sind nicht gegeben. Es liegt weder ein Gesetzesverstoß iSd. Nr. 1 noch eine Benachteiligung von Arbeitnehmern nach Nr. 3 der Vorschrift vor.

a) Soweit der Betriebsrat einen Verstoß gegen die zulässige Höchstdauer einer Überlassung gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG aF geltend gemacht hat, ist die dort vorgesehene zeitliche Begrenzung der Arbeitnehmerüberlassung durch die ersatzlose Aufhebung dieser Vorschrift spätestens ab dem 1. Januar 2004 weggefallen. Die Zulässigkeit von Arbeitnehmerüberlassung ist an die Einhaltung von Höchstüberlassungsfristen nicht mehr gebunden. Weil es, wie ausgeführt, auf die Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts ankommt, vermag der Betriebsrat die Verweigerung seiner Zustimmung auf diesen Umstand nicht mehr zu stützen.

b) Soweit der Betriebsrat vorgebracht hat, Frau R solle zu ungünstigeren Bedingungen tätig werden als die beim Antragsteller selbst beschäftigten Arbeitnehmer im Altenheim L liegt darin kein Gesetzesverstoß, der einer Übernahme von Frau R entgegenstünde.

aa) Der Betriebsrat hat geltend gemacht, die Nichtanwendung der Regelungen des BAT auf das Arbeitsverhältnis zwischen Frau R und der D gGmbH sei „gleichheitswidrig“, weil sich die Gehälter der im Altenheim eingesetzten Arbeitnehmer des Antragstellers nach diesem Tarifwerk richteten.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Zugunsten des Betriebsrats kann unterstellt werden, dass die - teilweise leistungsabhängige - Vergütung von Frau R tatsächlich geringer als die Vergütung vergleichbarer Arbeitnehmer beim Antragsteller ausfällt. Ein Rechtsverstoß des Antragstellers ist damit nicht verbunden. Es sind weder der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz noch die Grundsätze von Recht und Billigkeit nach § 75 Abs. 1 BetrVG verletzt. Der Antragsteller ist nicht der Vertragsarbeitgeber und deshalb nicht Schuldner der Vergütungsansprüche von Frau R. Ihm gegenüber geht der Vorwurf einer Ungleichbehandlung ins Leere.

Soweit der Vorwurf des Betriebsrats auf eine Ungleichbehandlung durch die D gGmbH zielt, ist er nicht begründet. Diese ist zwar gegenüber Frau R vergütungspflichtig. Sie ist aber nicht schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehalten, ihren Arbeitnehmern die gleichen Arbeitsbedingungen zu gewähren, wie sie für die Beschäftigten des Antragstellers gelten. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgt keine Verpflichtung zur Gleichbehandlung der Arbeitnehmer verschiedener Arbeitgeber.

bb) Der vom Betriebsrat erhobene Vorwurf lässt sich allerdings seit dem 1. Januar 2004 als Rüge eines Verstoßes gegen § 9 Nr. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG nF verstehen. Nach § 9 Nr. 2 AÜG nF sind Vereinbarungen unwirksam, die für den Leiharbeitnehmer während der Zeit seiner Überlassung an einen Entleiher schlechtere als die im Betrieb des Entleihers für vergleichbare Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen; etwas anderes gilt nur, wenn der Leiharbeitnehmer zuvor arbeitslos war oder ein Tarifvertrag abweichende Regelungen zulässt. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG nF ist die Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Verleiher gegen das Gleichstellungsgebot von Leiharbeitnehmern mit Stammarbeitnehmern des Entleiherbetriebs verstößt.

Dennoch vermag der Betriebsrat seine Zustimmungsverweigerung nicht auf eine Verletzung von § 9 Nr. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG nF zu stützen. Zwar ist auf das Arbeitsverhältnis von Frau R ein Tarifvertrag mit abweichenden Regelungen nicht anwendbar. Die D gGmbH betreibt jedoch keine gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung iSv. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG nF. Selbst wenn das Gleichstellungsgebot auch bei nicht gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung gelten sollte, stellt dessen Verletzung in diesem Fall keinen Gesetzesverstoß iSv. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG dar, der einer Übernahme des Leiharbeitnehmers entgegenstünde.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

(1) Die D gGmbH betreibt Arbeitnehmerüberlassung. Dazu ist nicht erforderlich, dass die Überlassung von Arbeitnehmern den hauptsächlichen Geschäftszweck des Verleihers darstellt *(BAG 21. März 1990 - 7 AZR 198/89 - BAGE 65, 43, zu I 2 bb der Gründe)*. Arbeitnehmerüberlassung ist durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehung zwischen Verleiher und Entleiher einerseits und Verleiher und Arbeitnehmer andererseits sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet. Bei ihr werden dem Entleiher die Arbeitskräfte - anders als im Rahmen eines Werkvertrags - zur Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt. Der Entleiher ist berechtigt, sie nach seinen Vorstellungen und Zielen im Betrieb wie eigene Arbeitnehmer einzusetzen. Leiharbeitnehmer sind in den Entleiherbetrieb voll eingegliedert und führen ihre Arbeiten ausschließlich nach den Weisungen des Entleihers aus *(BAG 6. August 2003 - 7 AZR 180/03 - AP AÜG § 9 Nr. 6 = EzA AÜG § 1 Nr. 13, zu II 1 der Gründe mwN)*.

Das ist hier der Fall. Die D gGmbH will dem Antragsteller auf der Grundlage einer entsprechenden Abrede die Arbeitskraft einer bei ihr angestellten Arbeitnehmerin zur Verfügung stellen, damit diese beim Antragsteller nach dessen Weisungen Arbeitsleistungen erbringen kann. Der Umstand, dass die Überlassung auf unbestimmte Dauer vorgesehen ist, steht dem Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung nicht entgegen; dies folgt aus § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG nF und wird durch die Aufhebung der Höchstüberlassungsgrenze in § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG aF bestätigt *(vgl. Hamann NZA 2003, 526)*.

(2) Die D gGmbH betreibt die Arbeitnehmerüberlassung jedoch nicht gewerbsmäßig. Gewerbsmäßig iSv. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG nF ist jede auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbständige Überlassungstätigkeit *(BAG 21. März 1990 - 7 AZR 198/89 - BAGE 65, 43, zu I 2 a bb der Gründe; Schüren/Hamann AÜG 2. Aufl. § 1 Rn. 283 mwN; Thüsing/Waas AÜG § 1 Rn. 96)*. Das entscheidende Kriterium für die Gewerbsmäßigkeit ist die Gewinnerzielungsabsicht *(BAG 21. März 1990 - 7 AZR 198/89 - aaO; 28. Juni 2000 - 7 AZR 45/99 - BB 2001, 98, zu II 1 der Gründe)*. Für diese kommt es zwar nicht darauf an, ob tatsächlich ein Gewinn erzielt wird. Es genügt, dass mit der Arbeitnehmerüberlassung lediglich ein mittelbarer Gewinn erstrebt wird. An einer Gewinnerzielungsabsicht fehlt es aber, wenn die Überlassung lediglich gegen Erstattung der Personalkosten erfolgen soll und dem Verleiher daraus auch mittelbar keine wirt-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

schaftlichen Vorteile erwachsen *(BAG 21. März 1990 - 7 AZR 198/89 - aaO, zu I 2 a bb, cc der Gründe)*.

Die D gGmbH ist als gemeinnützige Körperschaft nicht berechtigt, Gewinn zu erzielen. Es gibt keinen Grund für die Annahme, dass sie gleichwohl und unzulässigerweise eine die Personalkosten übersteigende Vergütung für die Überlassung von Arbeitnehmern erhält. Der Antragsteller hat stets behauptet, die D gGmbH erziele mit der Arbeitnehmerüberlassung keinen Gewinn. Mit ihr sei vereinbart worden, dass ihr lediglich die eigenen Vergütungsleistungen erstattet würden. Der Betriebsrat hat dies nicht bestritten. Gegenteilige Feststellungen hat das Landesarbeitsgericht nicht getroffen. Ebenso wenig bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die D gGmbH mittelbar wirtschaftliche Vorteile aus der Arbeitnehmerüberlassung zieht.

(3) Die Nichtgewährung der Gleichstellung iSv. § 9 Nr. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG nF vermag die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats jedenfalls bei nicht gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung nicht zu rechtfertigen.

Es ist bereits streitig, ob das Gleichstellungsgebot nicht ohnehin nur für gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung gilt *(so Boemke/Lembke AÜG Nachtrag 2003 § 9 Rn. 15; Richardi ZfA 2003, 655; aA Kokemoor NZA 2003, 238, 242; Ulber AuR 2003, 7)*. Die Frage muss hier nicht entschieden werden. Selbst dann, wenn es auch auf nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung anwendbar sein sollte, berechtigt eine Verletzung dieses Gebots den Betriebsrat nicht, der Übernahme eines Leiharbeitnehmers die Zustimmung zu versagen.

(a) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats kann der Betriebsrat einer personellen Maßnahme seine Zustimmung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG nur dann versagen, wenn die Maßnahme selbst gegen ein Gesetz, einen Tarifvertrag oder eine sonstige Norm verstößt. Geht es um die Übernahme eines Leiharbeitnehmers und damit um eine Einstellung iSd. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, muss diese als solche untersagt sein. Dazu bedarf es zwar keines Verbotsgesetzes im technischen Sinne, das unmittelbar die Unwirksamkeit der Maßnahme herbeiführte *(28. September 1988 - 1 ABR 85/87 - BAGE 59, 380, zu B II 2 b der Gründe)*. Der Zweck der betreffenden Norm, die Einstellung selbst zu verhindern, muss aber hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen. Dazu genügt es nicht, dass einzelne Vertragsbedingungen rechtswidrig sind. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Einstellungen ist kein Instrument zur umfassenden Vertragsinhaltskontrolle *(12. November 2002 - 1 ABR 1/02 - BAGE*

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS
Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

103, 304, zu B II 1 der Gründe; 28. März 2000 - 1 ABR 16/99 - BAGE 94, 169, zu II 2 a der Gründe mwN). 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 *(28. Juni 1994 - 1 ABR 59/93 - BAGE 77, 165, zu B II 1 der Gründe)*.

(b) Zumindest bei der nicht gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung steht ein Verstoß gegen das Gleichstellungsgebot nicht der Übernahme des Leiharbeitnehmers als solcher entgegen.

Ein Beschäftigungsverbot lässt sich nicht daraus herleiten, dass die Verletzung des Gleichstellungsgebots gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 4 Abs. 1, § 5 Abs. 1 Nr. 3 AÜG nF zur Versagung, Nichtverlängerung, Rücknahme oder zum Widerruf der erforderlichen Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG nF führen kann. Mag für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung angesichts solcher gewerberechtlichen Folgen zu bedenken sein, ob diese nach einem Verbot der tatsächlichen Beschäftigung des Leiharbeitnehmers verlangen, so gilt das für nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung nicht. Diese bedarf keiner staatlichen Erlaubnis *(Schüren/Hamann AÜG 2. Aufl. § 1 Rn. 276)*.

Auch aus der in § 9 Nr. 2 AÜG nF angeordneten Unwirksamkeit einer das Gleichstellungsgebot missachtenden Vereinbarung zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer folgt kein gesetzliches Beschäftigungsverbot. Das mit dem Gleichstellungsgebot verbundene gesetzliche Ziel verlangt nicht danach, dass im Verletzungsfall eine Beschäftigung des Leiharbeitnehmers ganz unterbleibt. Vielmehr geben die Regelungen in § 10 Abs. 4, § 13 AÜG nF deutlich zu erkennen, dass der bezweckte Schutz der Arbeitnehmer auf individualrechtlichem Weg erfolgt.

Ein Beschäftigungsverbot ergibt sich auch nicht aus § 1 Abs. 2 AÜG nF. Allerdings wird nach dieser Vorschrift ua. bei Verletzung des Gleichstellungsgebots vermutet, dass der Überlassende Arbeitsvermittlung betreibt. Die Vermutung gilt auch bei nicht gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung *(BAG 28. Juni 2000 - 7 AZR 45/99 - BB 2001, 98, zu II 3 der Gründe mwN; 21. März 1990 - 7 AZR 198/89 - BAGE 65, 43, zu I 3 der Gründe)*. Die vermutete Arbeitsvermittlung stellt jedoch ihrerseits keinen Verbotstatbestand mehr dar, nachdem das Alleinvermittlungsmonopol der damaligen Bundesanstalt für Arbeit durch Gesetz vom 21. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2353) und die Erlaubnispflicht für private Arbeitsvermittler im früheren § 291 SGB III mit Wirkung vom 27. März 2002 (BGBl. I S. 1130) aufgehoben wurde. Der Vermutung des § 1

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS
Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

Abs. 2 AÜG nF lässt sich deshalb zumindest bei der gegenwärtigen Rechtslage nicht die gesetzliche Wertung entnehmen, bei Vorliegen der Vermutungsvoraussetzungen solle die Beschäftigung des Leiharbeitnehmers ausgeschlossen sein *(im Ergebnis ebenso - selbst für gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung - Fitting BetrVG 22. Aufl. § 99 Rn. 163b; Hamann NZA 2003, 526, 533; ders. Anm. zu EzA BetrVG 2001 § 99 Nr. 1; Hanau ZIP 2003, 1573, 1577)*. Soweit vertreten wird, die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 2 AÜG nF führe nunmehr zu einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Leiharbeitnehmer (nicht) in ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher vermittelt worden, deshalb in Wirklichkeit dieser der Vertragsarbeitgeber geworden und der vermeintliche Verleiher bloßer Strohmann sei *(Schüren Jahrbuch des Arbeitsrechts Bd. 41 (2004) S. 49, 68)*, verlangt auch diese Auffassung nicht etwa nach einem Verbot der tatsächlichen Beschäftigung des (Leih-)Arbeitnehmers.

c) Ein Grund zur Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG ist nicht gegeben. Der Betriebsrat kann danach die Zustimmung zu einer personellen Maßnahme verweigern, wenn die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, dass in ihrer Folge im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer gekündigt werden oder sonstige Nachteile erleiden, ohne dass dies aus betrieblichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist; als Nachteil gilt dabei im Falle unbefristeter Einstellung auch die Nichtberücksichtigung eines gleich geeigneten befristet Beschäftigten. Der Betriebsrat hat eine Benachteiligung von befristet beschäftigten Arbeitnehmern des Antragstellers darin gesehen, dass durch die Einstellung von Leiharbeitnehmern „die Möglichkeit“ einer Verlängerung oder Aufhebung der Befristungen ausscheide.

aa) Dies ist kein Fall des § 99 Abs. 2 Nr. 3 2. Halbs. BetrVG. Dort ist vorausgesetzt, dass ein bereits befristet Beschäftigter und ein bislang nicht betriebsangehöriger Arbeitnehmer um einen Dauerarbeitsplatz konkurrieren. Dazu ist regelmäßig erforderlich, dass sich auch der befristet beschäftigte Arbeitnehmer um den betreffenden Arbeitsplatz beworben hat *(GK-BetrVG/Kraft 7. Aufl. Bd. II § 99 Rn. 142; Oetker NZA 2003, 937, 942)*. Im Streitfall liegt eine solche Konkurrenz schon deshalb nicht vor, weil es nicht um die Besetzung einer unbefristeten Stelle beim Antragsteller als Vertragsarbeitgeber, sondern um die Besetzung eines Arbeitsplatzes für Fremdpersonal geht.

Es kommt hinzu, dass der Betriebsrat keinen befristet beschäftigten Arbeitnehmer des Antragstellers konkret benannt hat, der durch die beabsichtigte Einstellung von Frau R benachteiligt werde. Dessen bedarf es jedoch, um die gleiche Eignung des

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS
Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

befristet beschäftigten und des neu einzustellenden Arbeitnehmers beurteilen zu können.

bb) Ebenso wenig liegt eine Benachteiligung befristet beschäftigter Arbeitnehmer iSd. § 99 Abs. 2 Nr. 3 1. Halbs. BetrVG vor. „Sonstige Nachteile“ im Sinne dieser Vorschrift sind nach der Rechtsprechung des Senats nicht unerhebliche Verschlechterungen in der tatsächlichen oder rechtlichen Stellung eines Arbeitnehmers *(26. Oktober 2004 - 1 ABR 45/03 - NZA 2005, 535, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu B I 3 b aa der Gründe mwN)*. Zweck der Regelung ist die Erhaltung des status quo der im Betrieb bereits Beschäftigten *(Richardi/Thüsing BetrVG 9. Aufl. § 99 Rn. 216)*. Ist mit der beabsichtigten Maßnahme für andere Arbeitnehmer nicht eine Veränderung oder Erschwerung der bestehenden Arbeitsbedingungen, sondern lediglich der Verlust einer Chance auf eine als vorteilhaft empfundene Veränderung verbunden, stellt dies keinen Nachteil dar. Dazu müsste entweder ein Rechtsanspruch auf die erstrebte Veränderung bestanden oder zumindest eine tatsächliche Position sich bereits zu einer rechtlich erheblichen Anwartschaft verstärkt haben *(BAG 30. August 1995 - 1 ABR 11/95 - AP BetrVG 1972 § 99 Versetzung Nr. 5 = EzA BetrVG 1972 § 99 Nr. 130, zu II A II 2 der Gründe)*.

Daran fehlt es hier. Ein befristet beschäftigter Arbeitnehmer hat grundsätzlich keinen Rechtsanspruch auf eine Verlängerung oder Aufhebung der Befristung; inwieweit sich aus § 99 Abs. 2 Nr. 3 2. Halbs. BetrVG etwas anderes ergeben kann, muss hier nicht entschieden werden. Er hat auch keinen Anspruch darauf, dass sein Arbeitgeber statt eines Dauerarbeitsplatzes für Fremdpersonal einen solchen für eigene Arbeitnehmer einrichtet. Soweit sich mit der Einstellung von Leiharbeitnehmern die bloßen Chancen von Stammarbeitnehmern des Entleihers auf eine Verlängerung des eigenen befristeten Arbeitsverhältnisses verringern sollten, liegt darin kein rechtlich bedeutsamer Nachteil.

III. Wegen des der Rechtsbeschwerde des Betriebsrats zugrunde liegenden Feststellungsantrags war das Verfahren einzustellen.

1. Streitgegenstand eines Feststellungsantrags nach § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG ist die betriebsverfassungsrechtliche Befugnis des Arbeitgebers, eine personelle Maßnahme solange vorläufig durchzuführen, bis über die Berechtigung zu ihrer dauerhaften Durchführung gerichtlich entschieden ist. Dieser Streit ist objektiv erledigt, sobald eine rechtskräftige Entscheidung über die Befugnis zur endgültigen Durchführung vor-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

liegt. Aus diesem Grund hat der Senat angenommen, dass eine Entscheidung über den Feststellungsantrag des Arbeitgebers nach § 100 Abs. 2 Satz 3 BetrVG nicht mehr in Frage kommt, wenn rechtskräftig über den Zustimmungsersetzungsantrag entschieden worden ist. Die Ausgestaltung des Verfahrens nach § 100 Abs. 2 BetrVG zeigt, dass der Feststellungsantrag des Arbeitgebers von vornherein nur für die Zeit bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Zustimmungsersetzungsantrag zu stellen ist. Dementsprechend wird die Auslegung - wie hier - regelmäßig ergeben, dass er auf eine vorübergehende Regelung gerichtet und auf die Dauer des Verfahrens über den Zustimmungsersetzungsantrag befristet ist. Ist dieses durch eine rechtskräftige Entscheidung beendet, endet damit automatisch auch die Rechtshängigkeit des Feststellungsantrags *(26. Oktober 2004 - 1 ABR 45/03 - NZA 2005, 535, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu B II 1, 2 der Gründe; 18. Oktober 1988 - 1 ABR 36/87 - BAGE 60, 66, zu B II der Gründe)*.

2. Wegen Wegfalls der Rechtshängigkeit des Feststellungsantrags war das ihn betreffende Verfahren einzustellen. Nach § 81 Abs. 2 Satz 2, § 83a Abs. 2 Satz 1 ArbGG ist ein Beschlussverfahren einzustellen, wenn entweder der Antragsteller seinen Antrag in zulässiger Weise zurücknimmt oder die Beteiligten es übereinstimmend für erledigt erklären. Die Vorschriften geben zu erkennen, dass ein Beschlussverfahren mit dem Ende der Rechtshängigkeit eines Antrags nicht von selbst sein Ende findet, sondern es dazu der förmlichen Einstellung durch das Gericht bedarf. In entsprechender Anwendung dieser Vorschriften war die Einstellung auch hier auszusprechen *(ebenso BAG 26. Oktober 2004 - 1 ABR 45/03 - aaO, zu B II 4 der Gründe)*.

Linsenmaier Kreft
zugleich für
den in den Ruhestand versetzten Präsidenten Prof.
Dr. Wißmann

Rösch Brunner

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS