

## Der „vorübergehende“ Leiharbeiter – weiterhin keine klärende Entscheidung durch das Bundesarbeitsgericht

### EINFÜHRUNG

Bereits die Mandanten-Info 02/2013 hatte neue Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zur Leiharbeit als Thema. Im Laufe des Jahres kamen noch weitere Entscheidungen hinzu. Wie bereits in der damaligen Mandanten-Info befürchtet, brach das BAG im Urteil vom 13.03.2013 (Az.: 7 ABR 69/11) mit seinem bisherigen Grundsatz, dass Leiharbeiter bei Betriebsratswahlen zwar mitwählen, aber nicht mitzählen, sofern sie regelmäßig im Entleiherbetrieb beschäftigt werden. Damit liegen nunmehr drei Entscheidungen vor, welche sich mit der Berücksichtigung von Leiharbeitern bei arbeitsrechtlichen Schwellenwerten befassen. Auch der Koalitionsvertrag der neuen Bundesregierung sieht einen diesbezüglichen Programmpunkt vor. Die zuletzt ergangenen Entscheidungen des BAG befassten sich nun vor allem mit der höchst relevanten Problematik des Merkmals „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG.

### SACHVERHALT

#### ENTSCHEIDUNG DES BAG VOM 10.07.2013

- 7 ABR 91/11 -;

#### VORINSTANZ LAG NIEDERSACHSEN, BESCHLUSS VOM 16.11.2011 – 17 TABV 99/11

In einer Entscheidung aus dem Juli 2013 stellte sich die Frage, ob der vom Arbeitgeber begehrten Zustimmungsersetzung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 4 BetrVG zur Einstellung einer Mitarbeiterin als Leiharbeiterin stattgegeben werden kann. Beabsichtigt war, alle neu zu vergebenden Stellen ausschließlich mit Leiharbeitern zu besetzen. Demzufolge sollte auch die tatsächliche Beschäftigung der betroffenen Mitarbeiterin zeitlich nicht begrenzt werden. Der Betriebsrat verweigerte die Zustimmung zur Einstellung mit Hinweis auf die nicht nur vorübergehende Beschäftigung und dem damit einhergehenden Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG.

Die Vorinstanzen hatten die Zustimmung des Betriebsrats jeweils ersetzt. Dabei wurde vor allem darauf abgestellt, dass die gerichtliche Entscheidung nach der geltenden Rechtslage zu treffen sei, der Zusatz „vorübergehend“ erst am 1.12.2011 in Kraft treten würde.

Das BAG entschied dann unter Berücksichtigung der neuen Rechtslage, dass der neue § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG die nicht lediglich vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung verbiete. Das neu ins Gesetz eingefügte Merkmal „vorübergehend“ sei kein Programmsatz ohne rechtliche Konsequenz, sondern viel mehr Bedingung für eine erlaubte Arbeitnehmerüberlassung. Beabsichtigt der

Entleiher also, Leiharbeiter nicht nur vorübergehend zu beschäftigen, könne der Betriebsrat des Entleiherbetriebs nach § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG i.V.m. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG die Zustimmung zur Einstellung verweigern. Ob es dabei auf eine arbeitsplatz- oder arbeitnehmerbezogene Betrachtung ankommt, hat das BAG in der Entscheidung offenlassen können, weil im vorliegenden Fall beides nicht „nur vorübergehend“ war.

#### ENTSCHEIDUNG DES BAG VOM 10.12.2013

- 9 AZR 51/13

#### VORINSTANZ LAG BADEN-WÜRTTEMBERG, URTEIL VOM 22.11.2012 – 11 SA 84/12

In seiner erst kürzlich ergangenen Entscheidung vom 10.12.2013 – bislang liegt lediglich eine Pressemitteilung vor – hatte das BAG sich wieder mit den Rechtsfolgen einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung zu befassen. Im vorliegenden Fall hatte ein Tochterunternehmen einen 2008 eingestellten Arbeitnehmer ausschließlich als Leiharbeiter bei der Muttergesellschaft eingesetzt. Das Tochterunternehmen verfügte über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Nachdem die Überlassung des Arbeitnehmers geendet hatte, der Arbeitsplatz bei der Muttergesellschaft allerdings weiter bestand, begehrte der Arbeitnehmer die Feststellung, dass er aufgrund der gesetzlichen Fiktion in § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG tatsächlich Arbeitnehmer der Muttergesellschaft sei. Die Überlassung an die Muttergesellschaft sei nicht nur vorübergehend gewesen.

Das LAG Baden-Württemberg gab der Klage statt, nachdem das Arbeitsgericht sie zuvor abgewiesen hatte. Bestehe beim Entleiher ein dauerhafter Beschäftigungsbedarf, sei die Arbeitnehmerüberlassung unzulässig. Der Begriff „vorübergehend“ werde insofern arbeitsplatzbezogen verstanden. Liege keine vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung vor, sei solch ein Vorgehen nach Art. 10 Abs. 2 der Richtlinie 2009/104/EG in wirksamer, angemessener und abschreckender Form zu sanktionieren. Solch eine Sanktion sei im AÜG zwar nicht explizit festgelegt, der für die ohne Erlaubnis erfolgende Arbeitnehmerüberlassung Sanktionen enthaltende § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG sei aber analog auf Fälle nicht nur vorübergehender Überlassung anzuwenden.

Ausweislich seiner Pressemitteilung hat das Bundesarbeitsgericht dem eine klare Absage erteilt. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG regle die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeiter nur für den Fall, dass die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis des Verleihers fehle. Für eine entsprechende Anwendung im

Falle einer „nicht nur vorübergehenden“ Überlassung fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke. Auch die Richtlinie 2008/104/EG sehe keine konkrete Sanktion für einen solchen Verstoß vor. Angesichts der Vielzahl möglicher Sanktionen obliege es dem Gesetzgeber und nicht den Gerichten, eine angemessene Sanktion festzulegen. Eine Entscheidung darüber, ob die Überlassung nicht vorübergehend war, traf das BAG laut Pressemitteilung erneut nicht. Es begründete dies damit, dass das Tochterunternehmen über eine Überlassungserlaubnis verfügte.

#### AUSBLICK

Der Beantwortung der für die Praxis entscheidenden Frage, wann eine Überlassung nicht mehr nur „vorübergehend“ ist, weicht das BAG leider weiterhin aus. In der Entscheidung vom 10.07.2013 legt es sich nicht einmal auf eine arbeitsplatz- oder arbeitnehmerbezogene Betrachtungsweise fest. Um dem Betriebsrat zukünftig kein pauschales Zustimmungsverweigerungsrecht zu bieten, mit dem er den Einsatz von Leiharbeitnehmern umfassend behindern kann, empfiehlt es sich für Arbeitgeber, in ihren Anträgen zur Einstellung von Leiharbeitnehmern herauszustellen, dass der Einsatz – zumindest des konkreten Leiharbeitnehmers – nicht dauerhaft erfolgen soll.

Ausweislich des Koalitionsvertrages soll eine Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten gesetzlich festgelegt

werden. Hiervon sollen nur auf kollektiver Ebene Ausnahmen vereinbart werden dürfen. Was bis zu einer gesetzlichen Konkretisierung gilt, ist nach wie vor unklar. Die Pressemitteilung des BAG zum Urteil vom 10.12.2013 macht wenig Hoffnung, dass sich aus den vollständigen Entscheidungsgründen mehr hierzu ergibt. Erfreulich ist allerdings die Feststellung, dass durch eine nicht mehr vorübergehende Überlassung kein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer entsteht. Abzuwarten bleibt allerdings, ob angesichts dieser Entscheidung nicht auch eine gesetzliche Sanktion eingeführt wird.

#### ANSPRECHPARTNER



**Dr. Henning Reitz**  
h.reitz@justem.de



**Christoph Frieling, LL.M.**  
c.frieling@justem.de  
www.justem.de