

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 3 TaBV 12/08

2 BV 89 d/07 ArbG Elmshorn

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 18.06.2008

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 18.06.2008 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin

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

Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 6.12.2007 – 2 BV 89 d/07 – wird zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss können die Beteiligten 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.

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

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

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 Parteien streiten im Beschwerdeverfahren über die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung von sieben Leiharbeitnehmern.

Die antragstellende Arbeitgeberin (im Folgenden: P.) betreibt ein Unternehmen des öffentlichen Personennahverkehrs. Sie ist ein Konzernunternehmen der V-AG. Zwischen der V-AG und der P. besteht ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag.

Tochterunternehmen der P. ist die Firma G. GmbH. Diese befasst sich ebenfalls mit dem öffentlichen Personennahverkehr, hat keine eigene Betriebsstätte. P. und G. GmbH führen einen Gemeinschaftsbetrieb. Die V-AG hat ein weiteres Tochterunternehmen, die H Gesellschaft mit beschränkter Haftung (im Folgenden HH). Diese wurde am 21.12.2006 ins Handelsregister eingetragen. Gegenstand ihres Unternehmens ist nach der HRB-Eintragung:

„Der Betrieb eines Unternehmens der Personenbeförderung in allen der Gesellschaft von den Behörden erlaubten Formen (insbesondere Linien- und Gelegenheitsverkehr), die Vermittlung von Beförderungsangeboten sowie die gewerbliche Überlassung von Arbeitnehmern nebst allen diesem Zweck dienenden Geschäften.“

(Bl. 65g d. A.).

Herr P. ist Geschäftsführer der HH, der P. und gleichzeitig vertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied der V-AG. Die HH verfügt über keine eigenen Betriebsmittel. Un-

geachtet der Eintragung im Handelsregister ist sie ausschließlich im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung tätig. Sie ist derzeit Vertragsarbeitgeberin von ca. 70 an die P./G. GmbH verliehenen befristet eingestellten Arbeitnehmern und von ca. weiteren 70 an die V-AG verliehenen befristet eingestellten Arbeitnehmern. Zwischen der HH und der Konzernmutter V-AG besteht ebenfalls ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag (Anlage A 9 – Bl. 55 ff. d. A.). Die HH hat abgesehen von den verliehenen Arbeitnehmern kein eigenes Personal. Die Bearbeitung von Verwaltungstätigkeiten sowie die Personalwirtschaft wurden per Geschäftsbesorgungsvertrag der Konzernmutter V-AG gegen Zahlung einer pauschalen Vergütung von monatlich 5 % der anfallenden Gesamtlohnkosten pro zu betreuendem Mitarbeiter übertragen (Anlage A 10 – Bl. 59 ff. d. A.). Die HH verfügt über keine Erlaubnis zur Personalüberlassung. Sie ist beantragt, aber – bisher – nicht erteilt.

Um Personalkosten zu reduzieren entschloss sich die Antragstellerin, die P., neue Mitarbeiter künftig nicht mehr selbst oder über ihr Tochterunternehmen G. GmbH einzustellen, diese vielmehr von ihrer Schwester, der Personalüberlassungsgesellschaft HH auszuleihen. Sie schloss mit der HH einen „Rahmenvertrag zur konzerninternen Überlassung von Arbeitnehmern“, nämlich Kraftomnibusfahrern. Als Vergütung für die Arbeitnehmerüberlassung wurde in § 2 die Zahlung der jeweils anfallenden Gesamtlohnkosten dieser Arbeitnehmer zuzüglich einer 5 %igen Verwaltungspauschale vereinbart. Die P. wurde darüber hinaus in § 4 dieses Rahmentarifvertrages unter anderem ermächtigt, disziplinarische Maßnahmen, insbesondere Ermahnungen, Abmahnungen und Kündigungen gegenüber den Arbeitnehmern im Namen der HH zu erklären. Die Überlassung der einzelnen Arbeitnehmer erfolgt gemäß § 6 des Rahmenvertrages jeweils unbefristet (Anlage A 8 – Bl. 51 – 54 d. A.).

Die Einstellungs- und Auswahlgespräche mit etwaigen bei der HH mit Einsatzbereich P./G. GmbH einzustellenden Arbeitnehmern führt die P..

Die HH schließt gleich lautende, jeweils sachgrundlos zeitlich auf maximal zwei Jahre befristete Arbeitsverträge mit ihren Leiharbeitnehmern. Es handelt sich um vollzeitbeschäftigte Busfahrer, die im Liniendienst und im Schichtbetrieb die gleichen Dienste wie die Stammebelegschaft der P./ G. GmbH verrichten. Deren Arbeitsver-

hältnis richtet sich nach dem allgemeinverbindlichen MTV für die gewerblichen Arbeitnehmer/innen des privaten Omnibusgewerbes in Schleswig-Holstein in der jeweils gültigen Fassung. Die Entlohnung richtet sich nach dem Lohntarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer des Omnibusgewerbes in Schleswig-Holstein (SH- OVN, Anlage A7 – Bl. 48 ff. d. A.; Anlage BK 1 – Bl. 129 ff d.A.).

Die P. zahlt über Tarif. Sie gewährt ihren Mitarbeitern u.a. – kürzbar nach Fehltagen - bei einer Anwesenheitsquote von 100% eine „Aktivprämie“ von 133,00 EUR brutto monatlich (Anlage BK 2 bis BK 4 – Bl.135 – 147 d. A.). Vergleichbare Ansprüche existieren weder bei der HH noch bei der G. GmbH. Ferner zahlt die P. ihren Arbeitnehmern jährlich 820,00 EUR, maximal $\frac{1}{2}$ Gehalt Urlaubsgeld, während die HH und die G. mbH ein tarifliches Urlaubsgeld von 15,00 EUR pro Urlaubstag gewähren. Das Weihnachtsgeld beläuft sich bei der P. auf 1800,00 EUR p.a. zzgl. 16,00 EUR pro Jahr der Betriebszugehörigkeit. Das von HH und G. GmbH geschuldete tarifliche Weihnachtsgeld beträgt 524,00 EUR. Darüber hinaus existieren weitere Betriebsvereinbarungen bei der P., die auf HH-Mitarbeiter keine Anwendung finden. Hinsichtlich der Details wird auf den Schriftsatz der Arbeitgeberin vom 13.06.2008 nebst den beigefügten Anlagen BK 1 – BK 10 verwiesen (Bl.123 – Bl. 163 d.A.).

Seit dem 01.04.2007 streiten sich die Beteiligten in einer Vielzahl von Zustimmungsersetzungsverfahren über die Erteilung der Zustimmung des Betriebsrates zur befristeten Einstellung von Leiharbeitnehmern der HH. Streitgegenstand ist vorliegend die befristete Einstellung von sieben von der HH entliehenen Busfahrern zu unterschiedlichen Zeitpunkten: ab 21.05.2007 I. B.; ab 01.07.2007 S. R., P. P., J. K.; ab 02.07.2007 N. I.; ab 16.07.2007 S. H. und ab 13.08.2007 H. Y.. Die Arbeitgeberin hatte beim Betriebsrat jeweils kurz vor Beginn des beabsichtigten Einsatzes ohne Einleitung eines Zustimmungsverfahrens nach § 99 BetrVG die vorläufige Einstellung der betroffenen Personen nach § 100 BetrVG beantragt (Bl. 12 – 19 d. A.). Auf den entsprechenden Formularschreiben kreuzte der Betriebsrat jeweils hierzu Zustimmung an. Parallel zur Durchführung diverser Zustimmungsersetzungsverfahren in anderen Fällen forderte der Betriebsrat die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 31.08.2007 (Bl. 20 d. A.) auf, für die sieben o.g. Arbeitnehmer das Verfahren nach § 99 BetrVG durchzuführen. Mit Schreiben vom 25.10.2007 (Bl. 23, 25, 32, 34,36, 38

d. A.) bat die Arbeitgeberin sodann den Betriebsrat um Zustimmung zu den beabsichtigten Einstellungen der genannten Leiharbeiter als Busfahrer und informierte nochmals nach § 100 BetrVG. Der Betriebsrat, dem die Arbeitsvertragsmuster, der Rahmenvertrag zur konzerninternen Überlassung von Arbeitnehmern, der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, der Geschäftsbesorgungsvertrag sowie der Handelsregisterauszug bereits vorlagen, verweigerte mit Schreiben vom 31.10.2007 die Zustimmung zur beantragten Einstellung und zum Einsatz dieser Personen. Auf den Inhalt seiner Stellungnahme wird verwiesen (Anlage A 6 – Bl. 46 f. d. A.). Daraufhin leitete die P. mit Schriftsatz vom 05.11.2007 u.a. - soweit für das Beschwerdeverfahren noch von Bedeutung - das vorliegende Zustimmungsersetzungsverfahren ein.

Das Arbeitsgericht hat diesen Antrag mit Beschluss vom 06.12.2007 zurückgewiesen. Ausgehend vom Vorliegen nicht gewerbsmäßiger und damit nicht erlaubnispflichtiger Arbeitnehmerüberlassung bejahte es einen Zustimmungsverweigerungsgrund im Sinne des § 99 Abs. 2 Ziff. 3 BetrVG. Der in Teilzeit beschäftigte Arbeitnehmer R. erleide durch die Einstellungen einen Nachteil im Sinne des § 99 Abs. 2 Ziff. 3 BetrVG, da er durch die Einstellungen der Leiharbeiter trotz Aufstockungsverlangen seine Arbeitszeit nicht auf Vollzeit habe erhöhen können. Hinsichtlich der erstinstanzlichen Anträge sowie der Einzelheiten des Beschlusses wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Entscheidung des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 06.12.2007 Bezug genommen.

Zwischenzeitlich hat der Arbeitnehmer R. einen Vollzeitarbeitsvertrag erhalten.

Gegen den der Arbeitgeberin am 24. Januar 2008 zugestellten Beschluss legte sie am 20.02.2008 Beschwerde ein, die nach Fristverlängerung innerhalb der verlängerten Frist begründet wurde. Sie verweist zunächst darauf, dass der Mitarbeiter R. seit dem 01.04.2008 eine Vollzeitbeschäftigung hat, so dass insoweit ein etwaiger Zustimmungsverweigerungsgrund nicht mehr vorliege. Im Übrigen ergänzt und vertieft sie ihr erstinstanzliches Vorbringen. Der Betriebsrat sei hinreichend unterrichtet worden. Zudem liege eine konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des § 1 Abs. 3 Ziff. 2 AÜG vor, so dass das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz weitgehend

unanwendbar sei. Auch betreibe die HH keine erlaubnispflichtige gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Ein Zustimmungsverweigerungsgrund im Sinne des § 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG sei daher nicht gegeben. Die HH, und nur auf diese sei abzustellen, handele weder mit unmittelbarer noch mit mittelbarer Gewinnerzielungsabsicht. Sie arbeite kostenneutral. Auf eine etwaige Gewinnerzielungsabsicht der Muttergesellschaft V-AG sei ebenso wenig abzustellen, wie auf eine Gewinnerzielungsabsicht der Arbeitgeberin P.. Ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot liege nicht vor, da die Stammbesellschaft und die Leiharbeitnehmer bei unterschiedlichen Arbeitgebern angestellt wären. Außerdem ergebe sich aus dem Grundsatz des „equal pay“ auch kein Zustimmungsverweigerungsgrund im Sinne des § 99 Abs. 2 Ziff. 3 BetrVG. Nachteile der P.-Besellschaft, die ein Recht zur Verweigerung der Zustimmung zur Einstellung der Leiharbeitnehmer auslösen könnten, seien nicht ersichtlich. Auch ein Verstoß gegen § 14 Abs. 2 TzBfG liege nicht vor. Die Antragstellerin und HH seien unterschiedliche Arbeitgeber.

Die Antragstellerin beantragt jetzt noch,

den Beschluss des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 6.12.2007, Az. 2 BV 89 d/07 abzuändern und

die verweigerte Zustimmung des Antragsgegners zur Einstellung folgender Arbeitnehmer zu ersetzen:

- 1) S. R.
- 2) P. P.
- 3) J. K.
- 4) S. H.
- 5) N. I.
- 6) H. Y.
- 7) I. B.

Der Betriebsrat beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen,

hilfsweise,

die Rechtsbeschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen.

Seines Erachtens verstößt die Einstellung der sieben von der HH entliehenen Arbeitnehmer gegen ein Gesetz, da die HH entgegen § 1 AÜG ohne Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Ihre Tätigkeit sei unmittelbar, mindestens jedoch mittelbar von Gewinnerzielungsabsicht geprägt, auch wenn sie selbst aus der Beschäftigung der Leiharbeiterin möglicherweise derzeit keine Gewinne erziele. Die Gewerbsmäßigkeit ergebe sich bereits aus den im Handelsregister eingetragenen Gegenständen des Unternehmens. Ferner sei aufgrund des Konzernverbundes vor allen Dingen auch angesichts der Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge auf die Gewinnerzielungsabsicht des Konzerns abzustellen. Das gelte umso mehr, als die HH nur ein „Papiertiger“ sei, ohne jegliches eigenes Personal und ohne jegliche eigenen Betriebsmittel. Jedenfalls stelle die vom Konzern gewählte und von der Mutter im Zusammenwirken mit der P. über die HH gesteuerte Vorgehensweise ein rechtmisbräuchliches Verhalten unter Verstoß gegen § 242 BGB dar. Das sei ebenfalls ein Gesetzesverstoß und damit ein Zustimmungsverweigerungsgrund im Sinne des § 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG. Außerdem verstoße die Einstellung der Leiharbeiterin gegen den Grundsatz des „equal pay“ und die tariflichen Bestimmungen des MTV. Das könne unter anderem ihrer zur Akte gereichten Tabelle über die Entgeltunterschiede entnommen werden (Anlage AG 1 – Bl. 121 f. d. A.). Zudem befürchte der Betriebsrat Nachteile für die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer, wie im Einzelnen im Widerspruch des Betriebsrats genannt.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den mündlich vorgetragene Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen, insbesondere auch auf das Protokoll der Verhandlung vom 18.06.2008 verwiesen.

II.

A) Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt und innerhalb der verlängerten Beschwerdebegründungsfrist auch begründet worden.

B) Die Beschwerde ist jedoch unbegründet. Die verweigerte Zustimmung ist nicht nach § 99 Abs. 4 BetrVG zu ersetzen. Das Arbeitsgericht hat die Ersetzung der Zustimmung zu den Einstellungen der sieben im Antrag im Einzelnen benannten von der HH entliehenen Arbeitnehmer im Ergebnis zu Recht verweigert. In der Begründung folgt die Kammer dem Arbeitsgericht allerdings nicht.

1. Der Zustimmungsersetzungsantrag scheidet entgegen der Ansicht des Betriebsrats nicht bereits daran, dass eine unvollständige Unterrichtung im Sinne des § 99 Abs. 1 BetrVG vorliegt. Der Betriebsrat ist in diesen personellen Angelegenheiten vor der Übernahme der jeweiligen Leiharbeitnehmer im Sinne des § 14 Abs. 3 S. 1 AÜG hinreichend unterrichtet worden. Ihm sind die Beschäftigungskonditionen, die Beschäftigungsdauer, die personellen Einzeldaten ebenso bekanntgegeben worden wie die wechselseitigen vertraglichen Weisungsbefugnisse und konzernbezogenen Abhängigkeitsverhältnisse. Die Wochenfrist ist durch die Anhörungen vom 25.10.2007 infolge der inhaltlich insgesamt genügenden Unterrichtung in Gang gesetzt worden.

Angesichts der innerhalb der Wochenfrist des § 99 Abs. 3 BetrVG bei der Arbeitgeberin eingegangenen Zustimmungsverweigerung vom 31.10.2007 gilt die Zustimmung des Betriebsrats auch nicht nach § 99 Abs. 3 S. 2 BetrVG als bereits erteilt. Der Betriebsrat hat in seinem Schreiben vom 31.10.2007 form- und fristgerecht und in inhaltlich zu beachtender Weise Verweigerungsgründe vorgebracht, die sich den Gründen des § 99 Abs. 2 Ziff. 1, Ziff. 3 und Ziff. 4 BetrVG objektiv zuordnen lassen.

2. Es liegt ein Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 BetrVG vor. Die Einstellung der sieben im Antrag benannten Leiharbeitnehmer verstößt gegen ein Gesetz im Sinne des § 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG, da sie gegen § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG verstößt. Die HH betreibt eine erlaubnispflichtige gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, ohne hierfür die Erlaubnis zu besitzen. Gleichzeitig ergibt sich ein Gesetzesverstoß im Sinne des § 99 Abs. 1 Ziff. 1 BetrVG aus § 242 BGB, da die von der Arbeitgeberin P., der Entleiherin HH sowie der Konzernmutter V-AG gewählte rechtliche Vorgehensweise zur Beschäftigung von Leiharbeitnehmern im Konzern über ihre ausschließlich konzernintern und nicht am Markt agierende sowie lediglich in Papierform existierende konzernangehörige Personalüberlassungstochter gegen das Um-

gehungsverbot verstößt. Die Konstruktion ist darauf gerichtet, durch die gezielte Wahl konzerninterner Organisationsformen ohne Änderung der betrieblichen Abläufe und ohne Änderung der arbeitgeberrechtlichen Weisungsbefugnisse über die Zwischenschaltung einer „künstlichen“ konzerninternen Personalüberlassungsgesellschaft die Anwendbarkeit des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes herbeizuführen, um dadurch in ihrem Unternehmen, vor allem bei der P./G. GmbH mit gleichen Tätigkeiten beschäftigte Arbeitnehmer vergütungsmäßig ungleich behandeln zu dürfen. Das ist unzulässig, da rechtsmissbräuchlich und führt ebenfalls zu einem Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG.

2. 1. Die Einstellung der sieben von der HH zu überlassenden Arbeitnehmer verstößt gegen § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Die HH handelt ohne eine hierzu nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz erforderliche Überlassungserlaubnis. Aus diesem Grunde hat der Betriebsrat ein Zustimmungsverweigerungsrecht gem. § 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG.

a) Die HH betreibt Arbeitnehmerüberlassung. Sie will der Arbeitgeberin P. auf der Grundlage einer entsprechenden Abrede, des Rahmenvertrages zur konzerninternen Überlassung von Arbeitnehmern, die Arbeitskraft von sieben bei ihr angestellter bzw. anzustellender Arbeitnehmer als Busfahrer zur Verfügung stellen, damit diese bei der P. nach deren Weisungen Arbeitsleistungen erbringen können. Die Arbeitnehmerüberlassung ist ihr Unternehmensgegenstand. Das lässt sich bereits aus den Eintragungen im Handelsregister entnehmen.

b) Entgegen der Ansicht der Arbeitgeberin P. ist das AÜG vorliegend anwendbar. Die vertraglichen Beziehungen zwischen der HH und der P. sowie die Einstellung der streitbefangenen Leiharbeiter erfüllen nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 Ziff. 2 AÜG. Danach ist das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz dann auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen nicht anzuwenden, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet. Eine vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen liegt hier jedoch nicht vor.

aa) Zweck der Vorschrift des § 1 Abs. 3 Ziff. 2 AÜG ist, das AÜG dann außer Anwendung zu lassen, wenn von einem Austausch von Arbeitnehmern nur der interne Arbeitsmarkt des Konzerns betroffen und somit der soziale Schutz der Leiharbeiter nicht gefährdet ist (Thüsing, Kommentar zum AÜG, Rz. 185 zu § 1; Schüren/Hamann, Komm. zum AÜG, 3. Aufl., Rz. 529 zu § 1). Allerdings darf die konzerninterne Überlassung nur vorübergehender Natur sein. Dabei bezieht sich „vorübergehend“ auf das Nichttätigwerden beim Vertragsarbeitgeber (Schüren/Hamann, Rz. 552 zu § 1 AÜG). Dementsprechend muss bereits zum Zeitpunkt der Überlassung feststehen, dass der Arbeitnehmer in sein ursprüngliches Unternehmen zurückkehren und nicht etwa endgültig aus diesem Unternehmen ausscheiden soll (Thüsing/Waas, AÜG Rz. 194 zu § 1 m. w. N.; Schüren/Hamann, AÜG Rz. 553 zu § 1). Für die Anwendung von § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG muss nicht die Überlassung vorübergehend sein, sondern die Tätigkeit außerhalb des Arbeitgeberunternehmens. Das Konzernprivileg findet daher keine Anwendung, wenn der Arbeitnehmer nach der vorübergehenden Überlassung an ein Konzernunternehmen nicht mehr in einem Betrieb seines Arbeitgebers tätig ist, sondern anschließend an weitere konzernzugehörige Entleiherunternehmen überlassen werden soll. Daher fallen reine konzernangehörige Personalführungsgesellschaften, deren Zweck die Einstellung und Beschäftigung von Arbeitnehmern ist, die dann dauerhaft zu anderen Konzernunternehmen entsandt werden sollen, nicht unter Abs. 3 Nr. 2, sondern unterliegen den Bestimmungen des AÜG (Boemke/Lembke, Komm. zum AÜG, 2. Aufl., Rz. 202 zu § 1 m. w. N.). Fehlt es zu Beginn der Überlassung an einem Rückkehrrecht, fehlt es immer an dem Merkmal einer „vorübergehenden“ Arbeitnehmerüberlassung (Ulber, Komm. zum AÜG, 3. Aufl., Rz. 253 zu § 1, m. w. N.).

bb) Diese Voraussetzungen sind vorliegend jedoch nicht erfüllt. Die HH überlässt der Arbeitgeberin P. nicht nur - quasi aushilfsweise - bei ihr angestellte Arbeitnehmer zum vorübergehenden Einsatz. Die Arbeitnehmer werden gerade zum Zwecke des Einsatzes bei der P./G. GmbH von der HH eingestellt. Sie können auch gar nicht bei ihrer Arbeitgeberin HH tätig werden. Diese hat unstreitig keinerlei Betriebsmittel.

c) Die HH betreibt die Arbeitnehmerüberlassung auch gewerbsmäßig mit der Folge, dass sie erlaubnispflichtig ist.

aa) Gewerbsmäßig im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG ist jede auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbständige Überlassungstätigkeit. Das entscheidende Kriterium für die Gewerbsmäßigkeit ist die Gewinnerzielungsabsicht. Für diese kommt es nicht darauf an, ob tatsächlich ein Gewinn erzielt wird. Es genügt die Absicht. Es genügt, dass mit der Arbeitnehmerüberlassung lediglich ein mittelbarer Gewinn erstrebt wird (BAG vom 25.01.2005 – 1 ABR 61/03, Rz. 37 m. w. N.; BAG vom 21.03.1990 – 7 AZR 198/89; BAG vom 20.04.2005 – 7 ABR 20/04, Rz. 26 – jeweils zitiert nach JURIS). Die Gewinnerzielungsabsicht setzt voraus, dass aus der Sicht des Handelnden die Möglichkeit einer Gewinnerzielung besteht. Gewinn ist dabei jede geldwerte Leistung, die der Verleiher über die Deckung seiner Kosten hinaus erzielt (BAG vom 20.04.2005 – 7 ABR 20/04 m. w. N.). Gewinnerzielungsabsicht im gewerberechtiglichen Sinne liegt regelmäßig dann vor, wenn ein Überschuss der Erträge gegenüber den Aufwendungen angestrebt wird. Demzufolge handelt der Verleiher mit Gewinnerzielungsabsicht, wenn er das Entgelt für die Überlassung des Leiharbeitnehmers so bemisst, dass es die Kosten übersteigt (BAG vom 20.04.2005 – 7 ABR 20/04 m. w. N.; BAG vom 25.01.2005, 1 ABR 61/03). Gewinnerzielungsabsicht fehlt, wenn die Arbeitnehmerüberlassung unmittelbar gemeinnützigen, karitativen oder sonstigen ideellen Zwecken dient (KR-Wank, Erf.Komm. Rz. 49 zu § 1 AÜG; Schüren/ Hamann, Rz. 315 zu § 1 AÜG; vgl. auch BAG vom 25.01.2005 – 1 ABR 61/03, Rz. 38, zitiert nach JURIS). So ist beispielsweise bei einer gemeinnützigen Körperschaft, die nicht berechtigt ist, Gewinne zu erzielen, vom Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht auszugehen, soweit keine konkreten anderweitigen Anhaltspunkte für das Gegenteil vorliegen (vgl. BAG a.a.O).

Der Begriff der Gewinnerzielungsabsicht ist weit zu verstehen. Ein positives Gesamtergebnis ist für die Gewinnerzielungsabsicht keine zwingende Voraussetzung. Es genügt vielmehr, wenn der Verleiher durch die Arbeitnehmerüberlassung finanziell günstiger gestellt wird. Gewinnerzielungsabsicht erfordert allerdings nicht, dass unmittelbare Vorteile aus der Tätigkeit gezogen werden, es genügt, wenn mittelbare wirtschaftliche Vorteile erstrebt werden. So reicht es aus, wenn der Verleiher die Geschäftsbeziehung zum Entleiher durch die Arbeitnehmerüberlassung zu verbessern

oder zu pflegen sucht bzw. wenn die Überlassung in der Erwartung erfolgt, hierdurch künftig Aufträge vom Entleiher zu erlangen bzw. künftige Kunden zu gewinnen (Boemke/Lembke, Rz. 48 – 51 zu § 1 AÜG). Generell kann im Rahmen der Tätigkeit von Wirtschaftsunternehmen von Gewinnerzielungsabsicht zumindest dann ausgegangen werden, wenn die Arbeitnehmerüberlassung der einzige oder zumindest einer der Betriebszwecke ist (Boemke/Lembke, Rz. 52 zu § 1; Ulber, Rz. 156 zu § 1 AÜG).

bb) Die Kammer geht hier vom Vorliegen mindestens mittelbarer Gewinnerzielungsabsicht aus.

aaa) Bei der HH handelt es sich um ein Wirtschaftsunternehmen mit den Steuervorteilen der Absetzbarkeit von Betriebsausgaben etc. Ihre Tätigkeit hat nichts mit gemeinnützigen, karitativen oder sonstigen ideellen Zwecken zu tun.

bbb) Zwar erfolgt zumindest gegenwärtig die Überlassung der Leiharbeitnehmer quasi auf Selbstkostenbasis. Die HH erhält für die Überlassung an die P. lediglich die Erstattung der Personalkosten und ihrer an die V-AG abzuführenden 5 %igen Verwaltungskostenpauschale für deren Personalverwaltung im Namen der HH. Damit scheint vordergründig die Gewinnerzielungsabsicht der HH als Verleiherin verneint werden zu müssen, weil derzeit nur auf Selbstkostenbasis gearbeitet wird. Ihre mittelbare Gewinnerzielungsabsicht ergibt sich aber bereits aus dem mit der Konzernmutter V-AG abgeschlossenen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag. Er wäre überflüssig, wenn weder kurz- noch langfristig überhaupt eine Gewinnerzielung angestrebt ist.

ccc) Es kann ferner nicht unberücksichtigt bleiben, dass die HH im Zusammenhang mit der Eintragung in das Handelsregister selbst als Gegenstand des Unternehmens die „gewerbliche“ Überlassung von Arbeitnehmern angegeben hat. Hieraus wird bereits deutlich, dass ihr Tätigkeitsziel weitergehend ist, als gegenwärtig auf dem Markt umgesetzt. Schon dieser selbstgesetzte eingetragene Unternehmenszweck muss dazu führen, dass vom Erfordernis einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis im Sinne des § 1 Abs. 1 AÜG auszugehen ist.

ddd) Zu berücksichtigen ist auch, in welchem sonstigen Kontext die eingetragene „gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung“ im Handelsregistereintrag steht. Eingetragener Gegenstand des Unternehmens ist auch der Betrieb eines Unternehmens der Personenbeförderung und die Vermittlung von Beförderungsangeboten. Angesichts dessen kann nur davon ausgegangen werden, dass die Überlassung auch in der Erwartung erfolgt, hierdurch künftig Aufträge vom Entleiher zu erlangen bzw. künftige Kunden zu gewinnen. Das reicht bereits für die Bejahung von mittelbarer Gewinnerzielungsabsicht aus.

Dass dieses geplant, gewollt und gewünscht ist, ergibt sich auch aus den Erörterungen in der Verhandlung vom 18.06.2008. Es geht dem Konzern und den Konzernunternehmen gerade darum, im Rahmen des Ausschreibungswettbewerbes Auftragspakete zu sichern und gegebenenfalls auszubauen. Das soll durch kostengünstigere Rückgriffmöglichkeiten der entleihenden P. auf die HH umgesetzt werden.

eee) Dem steht auch nicht die Entscheidung des BAG vom 20.4.2005 – 7 ABR 20/04 entgegen. Anders als in der genannten Entscheidung (siehe dort unter B II 2 c aa)) handelt es sich vorliegend nicht um eine „konzerninterne Personalführungsgesellschaft“, die zur Vereinheitlichung der Arbeitsrechtsbeziehungen quasi wie eine ausgelagerte Personalabteilung betrieben wird. Die Personalabteilung ist auf die Konzernmutter V-AG ausgelagert worden, nicht auf die HH. Die HH verfügt über keinerlei Abteilung zur Bearbeitung von Personalangelegenheiten. Sie unterstützt die angeschlossenen Konzernunternehmen gerade nicht bei der formalen Abwicklung von Arbeitsverträgen, weil sie insoweit keinerlei eigene Aktivitäten unternimmt. Sie führt noch nicht einmal die Einstellungsgespräche. Sie hat mit Ausnahme ihrer Leiharbeitnehmer kein eigenes Personal und keinerlei eigene Betriebsstrukturen. Sie vereinheitlicht nicht die Arbeitsrechtsbeziehungen; sie fungiert gerade als Zwischenglied, um verschiedene unterschiedliche Arbeitsrechtsbeziehungen im Konzern zu ermöglichen. Daher liegt der vom BAG abhandelte „Regelfall“ für die Verneinung der Gewinnerzielungsabsicht einer konzerninternen Personalführungsgesellschaft hier nicht vor.

fff) Bei der Feststellung einer unmittelbaren oder mittelbaren Gewinnerzielungsabsicht kann angesichts der gewählten Konzernstrukturen hier nicht allein auf die Absichten der streitgegenständlichen konzerninternen Personalbeschaffungsgesellschaft HH abgestellt werden. Vielmehr ist angesichts der gewählten Gestaltungsformen der Arbeitnehmerüberlassung, der Personalführung und der Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in diesem Konzern auch auf die sich ergebende Gewinnerzielungsabsicht der P. und der Konzernmutter, der V-AG abzustellen.

Im Rahmen konzerneigener Personalüberlassung kann bei der Prüfung, ob eine als Wirtschaftsunternehmen deklarierte, nicht am Markt agierende, über keine Betriebsmittel und keine Personalabteilung verfügende Personalüberlassungsgesellschaft bei der Arbeitnehmerüberlassung mit Gewinnerzielungsabsicht handelt, nicht nur auf den Verleiher abgestellt werden. Es entspricht nicht mehr der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Realität, den Einfluss von Konzernsachverhalten auf das Arbeitsrecht unberücksichtigt zu lassen (Brose, DB 2008, 1378ff, 1382). Gibt der konzerneigene Verleiher nur seinen Namen für die Arbeitnehmerüberlassung und handelt er im Übrigen weder konzernintern noch am Markt selbst, sondern nur durch Konzernmutter oder - entleihende - Konzernschwester, ist bei der Feststellung der Gewinnerzielungsabsicht auf deren Gewinnerzielungsabsichten abzustellen. Das muss jedenfalls dann gelten, wenn Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge bestehen.

Bei der HH handelt es sich – mit den Worten des Betriebsrats gesagt - tatsächlich ausschließlich um einen „Papiertiger“. Sie wird seit ihrer Gründung betrieben ohne Betriebsmittel, ohne Personalführungsaktivitäten, ohne jegliche Eigenaktivitäten - sei es nach innen, sei es am Markt -, und ohne eigenes Verwaltungspersonal.

Aufgrund der die Konzernstrukturen prägenden Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge sowohl der - keine eigenen Aktivitäten entfaltenden - HH als auch der Arbeitgeberin P. mit der V-AG kommt es daher vorliegend bezüglich der erforderlichen Gewinnerzielungsabsicht nicht allein auf etwaige Absichten der HH an, sondern auch auf die (un)mittelbaren Gewinnerzielungsabsichten der für die HH handelnden, die Vorteile ihrer Existenz als Verleihunternehmen nutzenden Konzernschwester P. und der die Gewinne erhaltenden Konzernmutter. Spätestens bei Letzterer entste-

hen durch die Gründung des konzerneigenen, aber nicht agierenden Verleihunternehmens im Zusammenhang mit dem Gewinnabführungsvertrag mittelbar die aus der Arbeitnehmerüberlassung entspringenden Gewinne aus niedrigeren Lohnkosten, absetzbaren Personalverwaltungskosten, niedrigerem Arbeitgeberisiko aus Annahmeverzugslohnansprüchen bei fehlender voller Auslastung; geringerem Sozialplankosten; geringeren Anwesenheitsprämien aufgrund unterschiedlicher arbeitsvertraglicher Zugehörigkeiten der Busfahrer. Es ist daher vorliegend auch von Bedeutung, dass die P. nach den Erörterungen in der Verhandlung vom 18.06.2008 unstreitig – in welcher Größenordnung auch immer – für ca. 70 über die HH eingestellte, in ihrem mit der G. GmbH zusammen geführten Gemeinschaftsbetrieb eingesetzte Buskraftfahrer u. a. keine Anwesenheitsprämien in Höhe von maximal 133,00 EUR pro Person und Monat zahlen muss. Das ist beispielsweise ihr Gewinn. Zu diesem Gewinn verhilft ihr die Konzernschwester HH. Diesen Gewinn muss die P. – wie alle ihre anderen Gewinne auch – genau so an die Konzernmutter V-AG abführen wie die HH, der konzerneigene, noch nicht einmal die Einstellungsgespräche führende oder über Entlassungen seiner Leiharbeitnehmer entscheidende Verleiher.

Das kann im Zusammenhang mit der Bewertung etwaiger Gewinnerzielungsabsichten eines „Papiertigers“ nicht ausgeblendet werden.

Aus den vorgenannten Gründen betreibt die HH gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des § 1 Abs. 1 AÜG. Diese ist erlaubnispflichtig. Die HH verfügt nicht über eine diesbezügliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis. Sie verstößt damit gegen § 1 Abs. 1 AÜG.

d) Der Betriebsrat hat aufgrund der fehlenden Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis zu Recht seine Zustimmung gem. §§ 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 AÜG verweigert.

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des BAG kann der Betriebsrat einer personellen Maßnahme die Zustimmung versagen, wenn die Maßnahme selbst gegen ein Gesetz, einen Tarifvertrag oder eine sonstige Norm verstößt. Geht es um die Einstellung eines Leiharbeitnehmers, muss diese als solche untersagt sein. Dazu bedarf es zwar

keines Verbotsgesetzes im technischen Sinne, das unmittelbar die Unwirksamkeit der Maßnahme herbeiführte. Der Zweck der betreffenden Norm, die Einstellung selbst zu verhindern, muss aber hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen (BAG vom 25.1.2005 – 1 ABR 61/03 Rz. 41 m.w.N. – zitiert nach JURIS).

bb) Verstöße gegen die Erlaubnispflicht berechtigen zur Zustimmungsverweigerung gemäß § 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG (Ulber, Rz. 162 ff zu § 14 AÜG). Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung ist grundsätzlich verboten, es sei denn, der Verleiher hat eine Erlaubnis. Die Verleiherlaubnis wird erteilt, wenn nicht die in § 3 aufgezählten negativen Voraussetzungen (Versagungsgründe) greifen. Das ermöglicht eine Präventivkontrolle der Verleiher durch die für die Erlaubniserteilung zuständige Arbeitsverwaltung (Schüren/ Schüren, Rz. 26 zu § 3 AÜG). Die Verleiherlaubnis ist personen gebunden. Zweck des Gesetzes ist zum einen die Regelung der legalen Arbeitnehmerüberlassung und zum anderen die Bekämpfung der illegalen Arbeitnehmerüberlassung (Wank, Erf.Komm. Rz. 2 zu § 1 AÜG). Die Verletzung des Gebots, eine gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung nur bei Vorliegen einer staatlichen Erlaubnis betreiben zu dürfen, führt zu einem Beschäftigungsverbot. Ihr Sinn und Zweck ist, durch die Kontrollmöglichkeiten der Bundesagentur für Arbeit die Einhaltung der Rechte der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis sicherzustellen und illegale Formen der Beschäftigung präventiv zu verhindern. Dieser Zweck des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt kann nur erreicht werden, wenn Rechtsfolge des Nichtvorhandenseins einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung ist, dass die Einstellung insgesamt unterbleibt. Der Betriebsrat kann daher im Mitbestimmungsverfahren bei Einstellungen von Leiharbeitnehmern seine Zustimmung verweigern, wenn der Verleiher keine Überlassungserlaubnis besitzt (Schüren/Hamann, Rz. 183, 184 zu § 14 AÜG; Boemke/Lembke, Rz. 107 zu § 14 AÜG; Ulber Rz. 162 zu § 14 AÜG; Kessler Handbuch/Düwell, 4.5. Rz 488; Melms/Lipinski, Absenkung des Tarifniveaus durch die Gründung von AÜG-Gesellschaften als Alternative oder flankierende Maßnahme zum Personalabbau, BB 2004, S. 2409 ff ,2413 m. w. N.; vgl. auch BAG vom 28.9.1988, 1 ABR 85/87 – zitiert nach JURIS; zum Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Ziff. 2 BetrVG bei Verstoß gegen das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe (§ 1b AÜG) Fitting, Engels u.a. Komm. zum BetrVG, 24. Aufl., Rz. 195 zu § 99). Ein diesbezügliches Zustimmungsverweigerungsrecht nach §

99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG ergibt sich auch als Konsequenz aus der Verpflichtung des Arbeitgebers nach § 14 Abs. 3 Satz 2 AÜG, dem Betriebsrat im Rahmen des Mitbestimmungsverfahrens die nach § 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG notwendige schriftliche Erklärung des Verleihers über das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis vorzulegen.

cc) Auf diesen Zustimmungsverweigerungsgrund hat der Betriebsrat sich in seiner Stellungnahme vom 31.10.2007 berufen.

2.2. Das Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats ergibt sich vorliegend auch aus § 242 BGB i. V. m. § 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG. Die im Konzernverbund gewählten vertraglichen und unternehmensrechtlichen Vereinbarungen sind rechtsmissbräuchlich und verstoßen gegen das sich aus § 242 BGB ergebende Umgehungsverbot. Sie sind darauf gerichtet, mittels der nur ihren Namen hergebenden, jedoch sonst nicht agierenden konzerneigenen Verleiherin HH das Vergütungsniveau bei der Arbeitgeberin P. zu unterschreiten und von ihr selbst ausgewählte, mit gleichen Tätigkeiten betraute, aber vertraglich bei der HH angesiedelte Busfahrer im Verhältnis zu bei ihr angestellten Stammarbeitnehmern ungleich zu behandeln.

a) Die unternehmerische Gestaltungs- und Entscheidungsfreiheit gilt nicht schrankenlos. Insoweit ist stets eine Missbrauchskontrolle durch die Gerichte möglich und zulässig. Neben Verstößen gegen gesetzliche und tarifliche Normen fallen hierunter vor allem Umgehungsfälle. Der Grundsatz von Treu und Glauben (§242 BGB) als Gebot der Redlichkeit und als allgemeine Schranke der Rechtsausübung bildet eine allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente Inhaltsbegrenzung. Die gegen § 242 BGB verstoßende Rechtsausübung oder Ausnutzung einer Rechtslage ist als Rechtsüberschreitung missbräuchlich und unzulässig. Die sich aus einer Rechtsnorm an sich ergebenden Folgen müssen zurücktreten, wenn sie zu einem mit Treu und Glauben unvereinbaren, schlechthin untragbaren Ergebnis führen (Palandt/Heinrichs, BGB 63. Aufl. § 242 Rz. 40); dies ist u.a. der Fall, wenn ein Vertragspartner die an sich rechtlich mögliche Gestaltung in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise nur dazu verwendet, sich zum Nachteil des anderen Vorteile zu verschaffen, die nach dem Normzweck nicht vorgesehen sind (BAG vom 18.10.2006,

7 AZR 145/06 – zitiert nach JURIS). So handelt der Arbeitgeber missbräuchlich, der zum Beispiel durch die Bildung separater betrieblicher Organisationsstrukturen seinen Betrieb in mehrere Teile aufspaltet, um Arbeitnehmern den allgemeinen Kündigungsschutz zu entziehen und ihnen „frei“ kündigen zu können (s. BAG vom 26.09.2002 – 2 AZR 636/01 – Rz. 20 – zitiert nach JURIS). Die Missbrauchskontrolle hat sich unter anderem daran zu orientieren, dass durch die Wertung der Willkür und des Missbrauchs der verfassungsrechtlich geforderte Schutz der Arbeitnehmer nicht unangemessen zurückgedrängt wird (vergl. BAG a. a. O.). Im Rahmen der Missbrauchskontrolle ist aber auch zu prüfen, inwieweit mit den gewählten Gestaltungsvarianten das gesetzliche Verbot der Arbeitnehmerüberlassung mit Erlaubnisvorbehalt mit der nach § 3 AÜG notwendigen Zuverlässigkeitsaufsicht und -kontrolle der dafür vom Gesetzgeber vorgesehenen Behörden eingehalten oder aber dadurch unterlaufen wird, dass tatsächlich andere als der Verleiher dessen Geschäftstätigkeit ausführen. So muss der Verleiher selbst das Verleihergewerbe betreiben. Es genügt nicht, dass er nur formal diese Funktion ausübt (Strohmann), während eine andere Person (Hintermann) ohne Verleiherlaubnis die Geschäftstätigkeit bestimmt und sich dadurch der Zuverlässigkeitsprüfung entzieht (vgl. Schüren/Schüren, Rz. 37 zu § 3 AÜG). Zur Zuverlässigkeitsprüfung gehört auch die Einhaltung des „equal pay“-Grundsatzes gem. § 3 Abs. 3 AÜG.

Indizien für unzulässige Umgehungsstrukturen im Zusammenhang mit der Gründung von konzerninternen AÜG-Gesellschaften sind beispielsweise Personalunion in der Geschäftsführung, 100%ige Gesellschaftsbeteiligungen an dem Unternehmen, von dem hauptsächlich Arbeitnehmer entliehen werden, keine örtliche Trennung der Gesellschaften, kein eigener Betrieb der Überlassungsgesellschaft, kein werbendes Auftreten des Verleihers am Markt (Melms/ Lipinski, BB 2004, 2409ff, 2416).

b) Nach diesen Grundsätzen liegt hier eine rechtsmissbräuchliche Umgehungsstruktur vor.

aa) Die Gründung von konzerninternen Arbeitnehmerüberlassungsgesellschaften wird zwar überwiegend für zulässig gehalten. Weiter ist kraft Gesetzes auch eine

längerfristige Arbeitnehmerüberlassung zulässig. § 9 Ziff. 2 AÜG fordert zwar gleiche Vergütung (equal pay) von Leiharbeitnehmern und im Entleiherbetrieb beschäftigten vergleichbaren Arbeitnehmern. Er lässt jedoch davon abweichende tarifvertragliche Regelungen zu, die auch ohne Tarifbindung arbeitsvertraglich vereinbart werden können. Ebenso hat das BAG entschieden, die Überlassung eines sachgrundlos befristet eingestellten Arbeitnehmers an seinen vormaligen Vertragsarbeitgeber, bei dem er zuvor schon 2 Jahre sachgrundlos befristet gearbeitet hat, stelle weder einen Verstoß gegen §§ 1, 14 Abs. 2 TzBfG dar noch sei diese Vertragsgestaltung rechtsmissbräuchlich (BAG vom 18.10.2006 – 7 AZR 145/06 – zitiert nach JURIS).

bb) Ihr unternehmerisches Ziel, die Arbeits- und Personalplanung der P. kostengünstiger und flexibler zu gestalten, hätten die die Arbeitgeberin P. und die Muttergesellschaft V-AG durch zahlreiche andere rechtlich zulässige Mittel verwirklichen können. Es kann eine am Markt werbende Personalserviceagentur in Anspruch genommen werden. Es kann ein Konzernunternehmen gegründet werden, das nicht nur konzernintern agiert sondern am Markt auftritt, zum Beispiel spezialisiert auf Arbeitnehmertätigkeiten des Einzugsbereichs der P.. Diese kann eine Erlaubnis beantragen und sich insoweit der Aufsichts- und Kontrollfunktion der Bundesagentur unterziehen. Das konzerninterne Verleihunternehmen, die HH, hätte dahingehend organisiert werden können, dass es selbst einen realen Betrieb führt und z. B. den Konzernschwestern Personalangelegenheiten abnimmt. Mindestens aber hätte es dahingehend gestaltet werden können, dass es als Verleiherin die ureigenen Rechte und Pflichten eines Arbeitgebers im Zusammenhang mit Einstellungen und Entlassungen selbst ausübt. Ferner besteht arbeitsrechtlich die Möglichkeit, nach dem TzBfG sachgrundlos befristete Beschäftigungsverhältnisse mit Arbeitnehmern einzugehen, um flexibel auf Auftragsschwankungen reagieren zu können. Es können unterschiedliche arbeitsvertragliche Bedingungen in einem Betrieb eingeführt werden und Betriebsvereinbarungen gekündigt werden. Arbeitgeber können bei Vorliegen dringender betriebsbedingter Gründe Arbeitsverhältnisse beenden. Soweit derartige Maßnahmen eine bestimmte Größenordnung erreichen, hat der Gesetzgeber Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen in §§ 111 ff. BetrVG vorgesehen.

cc) Die Arbeitgeberin P. hat zusammen mit der V-AG jedoch ein unternehmerisches Konzept gewählt, das faktisch nicht zu Änderungen in den betrieblichen Abläufen der P. führen sollte, aber zum Verlust des Gleichbehandlungsgrundsatzes sowie des equal-pay-Anspruchs aller im Betrieb der Arbeitgeberin mit gleichen Tätigkeiten beschäftigten Arbeitnehmer. Die von Arbeitgeberseite hier praktizierte Ausgestaltung der Nutzung einer konzerneigenen Personalüberlassungsgesellschaft ist rechtsmissbräuchlich, da sie eine Konstruktion darstellt, die darauf gerichtet ist, innerbetrieblich geschuldete Leistungen wie z.B. Anwesenheitsprämien und höheres Weihnachts- und Urlaubsgeld an einen Teil der von ihr eingesetzten Busfahrer nicht erbringen zu müssen, ohne die eigenen betrieblichen und personalverwaltungsmäßigen Abläufe der P. ändern zu müssen. Gleichzeitig wird über die Schaffung eines „Papiertigers“ HH als Verleiherin vereitelt, dass im Rahmen eines etwaigen Gewerbeerlaubnisverfahrens von der Erlaubnisbehörde die Zuverlässigkeit des tatsächlich den Geschäftsbetrieb Betreibenden überprüft wird.

Gibt im Rahmen einer konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung der konzerneigene Verleiher nur seinen Namen für die Arbeitnehmerüberlassung her, handelt er im Übrigen weder konzernintern noch am Markt selbst, sondern nur durch Konzernmutter oder - entleihende – Konzernschwester, verfügt der konzerneigene Verleiher zudem über keinerlei eigene Betriebsmittel und keinerlei eigenes (Verwaltungs)-Personal, lässt er außerdem noch die Einstellungsgespräche mit „seinen“ Arbeitnehmern von der konzerninternen Entleiherin führen und überträgt dieser die Entlassungs- und Abmahnungsbefugnis für seine Arbeitnehmer, stellt dieses eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung der arbeitsrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Beziehungen dar. Das muss jedenfalls dann gelten, wenn diese konzerninternen Vertragsgestaltungen dazu führen, dass die konzerninterne Entleiherin hierdurch im Ergebnis Lohnkosten senken kann und wegen der unterschiedlichen Vertragsarbeitgeber „ihren“ Arbeitnehmern geschuldete Vergütungsbestandteile wie Anwesenheitsprämien, höheres Urlaubs- und Weihnachtsgeld den Leiharbeitnehmern nicht zahlen muss.

Das unternehmerische konzerninterne Konzept bestand erklärtermaßen darin, u.a. im Rahmen einer Betriebsvereinbarung bspw. vereinbarte Anwesenheitsprämien für eine Vielzahl von im Gemeinschaftsbetrieb der P. tätigen Busfahrern nicht zahlen zu

müssen. Damit einhergehend entfällt die Verpflichtung, ebenfalls in Betriebsvereinbarungen vereinbarte Vergütungen für Vor- und Nachbereitungszeiten sowie Zuschläge verschiedenster Art nicht bzw. nicht in der in der Betriebsvereinbarung festgelegten Höhe zahlen zu müssen. Gleiches gilt für das Urlaubs- und das Weihnachtsgeld. Das unternehmerische Konzept bestand weiter darin, personalmäßig flexibler agieren zu können – was nicht verwerflich ist – aber auch gegebenenfalls bei einschneidenden Maßnahmen keine Sozialplanansprüche auslösen zu müssen. Die Art und Weise und das Ausmaß der Vorgehensweise der Arbeitgeberin bzw. der Konzernunternehmen, mit dem diese sich auch der festgelegten Kontrollfunktion der Bundesagentur für Arbeit entzogen hat, führt vorliegend zur Bejahung eines rechtsmissbräuchlichen Umgehungsgeschäftes.

c) Das Vorliegen eines solchen Umgehungsgeschäftes im Sinne des § 242 BGB stellt einen Zustimmungsverweigerungsgrund im Sinne des § 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG dar. Zwar ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Einstellungen kein Instrument zur umfassenden Vertragsinhaltskontrolle (BAG vom 25.01.2005 – 1 ABR 61/03 – Rz. 41 – zitiert nach JURIS). Bezüglich der Einhaltung des „equal pay“ ist der Arbeitnehmer daher regelmäßig auf den individualrechtlichen Weg zu verweisen (BAG a.a.O). Hier handelt es sich jedoch um eine gezielte rechtsmissbräuchliche Umgehung eines Bündels gesetzlicher Vorschriften. Nur die Verweigerung der Zustimmung zur Einstellung der Leiharbeitnehmer kann bei einer derartigen Fallkonstellation des Rechtsmissbrauchs, der Umgehung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Sich-Entziehens der Zuverlässigkeitsprüfung durch die BA dem Grundsatz von Treu und Glauben zum Recht verhelfen. Anderenfalls kann gerade der Umgehungszweck dieser gewählten gesellschaftsrechtlichen und arbeitsrechtlichen Konstruktionen nicht verhindert werden.

d) Der Betriebsrat war daher angesichts des Vorliegens eines Verstoßes gegen § 242 BGB berechtigt, auch insoweit die Zustimmung wegen des Verstoßes gegen ein Gesetz gemäß § 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG zu verweigern. Er hat auf die Nichteinhaltung der geschuldeten Vergütungsbestandteile in seinem Widerspruch hingewiesen und sich im Übrigen auch auf den Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom

20.8.2007 in dem Parallelverfahren2 BV 50 d/07 bezogen. In diesem wurde bereits ausdrücklich für den Betriebsrat Rechtsmissbrauch vorgetragen.

2.3. Die Tatsache, dass die streitbefangenen Arbeitnehmer ganz oder teilweise vor der befristeten Einstellung bei der HH bereits sachgrundlos befristete Arbeitsverträge mit der G. GmbH hatten, gewährt dem Betriebsrat aber kein Zustimmungsverweigerungsrecht. Wie bereits erwähnt, führt die Überlassung eines Arbeitnehmers an seinen vormaligen Vertragsarbeitgeber, bei dem er zuvor zwei Jahre sachgrundlos befristet beschäftigt war, nicht zur Unwirksamkeit einer anschließend mit dem Verleiher im Sinne des § 1 AÜG nach § 14 Abs. 2 TzBfG vereinbarten sachgrundlosen Befristung (BAG vom 18.10.2006 – 7 AZR 145/06 – zitiert nach JURIS). Abgesehen davon stellt die „Befristung“ eines Arbeitsvertrages nach langjähriger ständiger Rechtsprechung des BAG keinen Zustimmungsverweigerungsgrund des Betriebsrats im Sinne des § 99 BetrVG dar. Auch insoweit betreibt der Betriebsrat über § 99 Abs. 2 BetrVG eine unzulässige Vertragsinhaltskontrolle.

2.4. Soweit der Betriebsrat in seinem Widerspruch vom 31.10.2007 darüber hinaus unter Ziff. 4 als Widerspruchsgrund sonstige Nachteile für im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer befürchtet, ist dies bereits nicht hinreichend konkretisiert.

3. Der Zustimmungsersetzungsanspruch der Arbeitgeberin war daher im Ergebnis – wenn auch mit einer anderen Begründung – nach wie vor zu verneinen. Die Zustimmung des Betriebsrates zur Einstellung der sieben im Einzelnen benannten Leiharbeiter der Firma HH ist zu Recht nicht ersetzt worden.

Die Beschwerde der Arbeitgeberin war daher zurückzuweisen.

4. Die Rechtsbeschwerde war angesichts der entscheidungserheblichen Fragen der Gewinnerzielungsabsicht sowie des Vorliegens einer Gesetzesumgehung wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen (§§ 92 Abs. 1, 72 Abs. 2 Ziff. 1 ArbGG).

gez. ...

gez. ...

gez. ...