

**Landesarbeitsgericht Schleswig-
Holstein**

Aktenzeichen: 6 TaBV 11/08

2 BV 88 d/07 ArbG Elmshorn

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 02.07.2008

gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Beschluss

Im Namen des Volkes

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

pp.

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die Anhörung der Beteiligten am 02.07.2008 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

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

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 06.12.2007 - 2 BV 88 d/07 - wird zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann durch Einreichung einer Revisionschrift bei dem Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1, Telefax: (0361) 26 36 - 20 00 Revision eingelegt werden.

Die Revisionschrift muss

innen einer Notfrist von einem Monat

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Revisionskläger muss die Revision begründen. Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt

zwei Monate.

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Revision beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Revisionschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Der Revisionschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigefügt werden.

Die Revision und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen.)

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.eqvp.de.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten im Beschwerdeverfahren noch um die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung von fünf Leiharbeitnehmern ab dem 31.10.2007.

Die Arbeitgeberin, Antragstellerin und Beteiligte zu 1. betreibt mit etwa 580 Arbeitnehmern ein Unternehmen des öffentlichen Personennahverkehrs. Sie ist ein Konzernunternehmen der Verkehrsbetriebe H.... Zwischen der V...-AG und der P. besteht ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag.

Die P... betreibt ihrerseits ein Tochterunternehmen, die G. GmbH. Diese Gesellschaft befasst sich ebenfalls mit dem öffentlichen Personennahverkehr. Sie verfügt über keine eigene Betriebsstätte und bildet mit der P... einen Gemeinschaftsbetrieb.

Die V...-AG hat ein weiteres Tochterunternehmen, die H. GmbH. Diese Gesellschaft 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.“

Die H. besitzt noch keine Erlaubnis zur Personalüberlassung. Sie hat eine solche Erlaubnis allerdings beantragt. Am 20.09.2007 wurde der H. die Ausführung von Gelegenheitsverkehr mit Kraftomnibussen genehmigt.

Die H. verfügt über keine eigenen Betriebsmittel. Ungeachtet der Eintragung im Handelsregister ist sie ausschließlich im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung tätig. Sie ist derzeit Vertragsarbeitgeberin von ca. 70 an die P... GmbH verliehenen befristet eingestellten Arbeitnehmern sowie von etwa 70 an die V...-AG verliehenen befristet eingestellten Arbeitnehmern. Eigenes Personal beschäftigt die H. nicht. Die Verwaltungstätigkeiten sowie die Personalwirtschaft wurden durch Geschäftsversorgungsvertrag der Konzernmutter, der V...-AG, gegen Zahlung einer pauschalen Vergütung von monatlich fünf Prozent der anfallenden Gesamtlohnkosten für jeden zu betreuenden Mitarbeiter übertragen (Anlage A 8 = Bl. 55 ff. d. A.). Der Leistungsumfang ergibt sich aus der Anlage zu § 2 des Vertrages.

Zwischen der H. und der V...-AG als Konzernmutter besteht ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag vom 09.06.2006 (Anlage A 7 = Bl. 51 ff. d. A.). Herr P... ist zugleich Geschäftsführer der P..., der H., sowie Vorstandsmitglied der V...-AG.

Um Personalkosten zu reduzieren entschloss sich die P..., Mitarbeiter künftig nicht mehr selbst oder über ihr Tochterunternehmen G. GmbH einzustellen, sondern diese von ihrer Schwester, der H. auszuleihen. Sie schloss zu diesem Zweck mit der H. einen „Rahmenvertrag zur konzerninternen Überlassung von Arbeitnehmern“ (Anlage 6 = Bl. 47 d. A.). Als Vergütung für die Arbeitnehmerüberlassung wurde in § 2 des Vertrags die Zahlung der jeweils anfallenden Gesamtlohnkosten der überlassenen Arbeitnehmer zzgl. einer 5%-igen Verwaltungspauschale vereinbart. Die P... wurde in § 4 dieses Rahmenvertrags u. a. ermächtigt, disziplinarische Maßnahmen, insbesondere Ermahnungen, Abmahnungen und Kündigungen gegenüber den Arbeitnehmern im Namen der H. zu erklären. Die Überlassung der einzelnen Arbeitnehmer erfolgt gemäß § 6 des Rahmenvertrages grundsätzlich unbefristet.

Die H. schließt mit den Leiharbeitnehmern in der Regel auf maximal zwei Jahre befristete Verträge. Die Arbeitnehmer werden in Vollzeit beschäftigt und verrichten als Busfahrer im Liniendienst und im Schichtbetrieb die gleichen Dienste wie die Stammbesellschaft. Für ihre Arbeitsverhältnisse ist der allgemeinverbindliche Manteltarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer/innen des privaten Omnibusgewerbes in Schleswig-Holstein (MTV) in der jeweils gültigen Fassung maßgebend. Die Ent-

lohnung richtet sich nach dem Lohntarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer des Omnibusgewerbes in Schleswig-Holstein (LTV). Im vorliegenden Fall geht es ausnahmsweise um die unbefristete Einstellung von geringfügig beschäftigten Arbeitnehmern. Sie erhalten einen Stundenlohn in Höhe von 8,38 €.

Im Betrieb der P... gelten diverse Betriebsvereinbarungen, die auch Vergütungsansprüche regeln. So zahlt die P... u. a. aufgrund einer Betriebsvereinbarung (Anlage BK 4 = Bl. 139 ff. d. A.) bei einer Anwesenheitsquote von 100 % eine „Aktivprämie“ von 133,00 € brutto monatlich an ihre Mitarbeiter. Vergleichbare Ansprüche existieren weder bei der H. noch bei der G. GmbH. Ferner zahlt die P... ihren Arbeitnehmern ein Urlaubsgeld in Höhe von jährlich 820,00 €, maximal ein halbes Gehalt, während die H. und die ...G.GmbH (nur) ein tarifliches Urlaubsgeld in Höhe von 15,00 € pro Urlaubstag gewähren. Das Weihnachtsgeld beläuft sich bei der P... auf 1.800,00 € jährlich zzgl. 16,00 € pro Jahr der Betriebszugehörigkeit. Das von der H. und der G. GmbH gewährte tarifliche Weihnachtsgeld beträgt demgegenüber 524,00 €. Darüberhinaus gelten bei der P... weitere Betriebsvereinbarungen, die auf H.-Mitarbeiter keine Anwendung finden. Wegen der Einzelheiten wird auf den Schriftsatz der P... vom 13.06.2008 nebst Anlagen BK 1 - BK 10 verwiesen (Bl. 124 ff. d. A.).

Seit dem 01.04.2007 streiten sich die Beteiligten in einer Vielzahl von Zustimmungsersetzungsverfahren über die Erteilung der Zustimmung des Betriebsrats zur (befristeten) Einstellung von Leiharbeitnehmern der H.. Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die unbefristete Einstellung von fünf von der H. entliehenen Busfahrern ab 31.10.2007.

Mit Schreiben vom 26.10.2007 (Anlage 1 = Bl. 10 ff. d. A.) bat die P... den Betriebsrat um Zustimmung zu den beabsichtigten Einstellungen der im Antrag genannten Leiharbeitnehmer als Busfahrer. Für den Fall der Ablehnung ersuchte sie den Betriebsrat um Zustimmung zur vorläufigen Einstellung der Mitarbeiter. Dem Betriebsrat lagen die Arbeitsverträge zwischen den Leiharbeitnehmern und der H. vor (Anlage 3 = Bl. 22 ff. d. A.). Auch der Rahmenvertrag zur konzerninternen Überlassung von Arbeitnehmern, der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, der Geschäfts-

besorgungsvertrag sowie der Handelsregisterauszug der H. waren dem Betriebsrat bekannt.

Der Betriebsrat verweigerte mit Schreiben vom 30.10.2007 die Zustimmung zu den beabsichtigten Einstellungen und führte unter anderem aus, der Verleiher habe bis heute dem Betriebsrat keine Überlassungsurkunde der Bundesagentur für Arbeit vorgelegt. Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung sei nur zulässig, wenn der Arbeitgeber eine Erlaubnis habe. Wegen der weiteren Begründung wird auf die Anlage A 4 (= Bl. 34 ff. d. A.) verwiesen. Daraufhin leitete die Arbeitgeberin das vorliegende Zustimmungsersetzungsverfahren ein.

Wegen des erstinstanzlichen Vortrags der Beteiligten wird auf die Darstellung im angefochtenen Beschluss Bezug genommen. Dies gilt auch für die im ersten Rechtszug gestellten Anträge.

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, dass die vorläufige Einstellung der Mitarbeiter dringend erforderlich ist. Im Übrigen hat es den Antrag zurückgewiesen. Es hat einen Zustimmungsverweigerungsgrund im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG angenommen. Der Teilzeit beschäftigte Arbeitnehmer R. erleide durch die Einstellungen einen Nachteil, weil er seine Arbeitszeit nicht auf Vollzeit aufstocken könne.

Gegen den der P. am 24.01.2008 zugestellten Beschluss hat sie am 20.02.2008 Beschwerde eingelegt und diese nach Fristverlängerung bis zum 24.04.2008 am 24.04.2008 begründet.

Sie verweist zunächst darauf, dass der Mitarbeiter R. - insoweit unstrittig - seit dem 01.04.2008 in Vollzeit tätig sei, so dass der vom Arbeitsgericht angenommene Zustimmungsverweigerungsgrund entfallen sei. Im Übrigen ergänzt und vertieft sie ihr erstinstanzliches Vorbringen. Der Betriebsrat sei hinreichend unterrichtet worden. Die maßgebenden Verträge hätten ihm vorgelegen. Es handele sich um eine konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG, so dass das AÜG weitgehend unanwendbar sei. Die ...H.betriebe keine gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis benötige die H. nicht.

Ein Zustimmungsverweigerungsgrund im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG liege daher nicht vor. Die H., und nur auf diese sei abzustellen, handele weder mit unmittelbarer noch mit mittelbarer Gewinnerzielungsabsicht. Sie arbeite vielmehr kostenneutral. Auf eine etwaige Gewinnerzielungsabsicht der Muttergesellschaft V...-AG komme es nicht an. Ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot liege nicht vor, weil die Stammelegschaft und die Leiharbeitnehmer bei unterschiedlichen Arbeitgebern angestellt seien. Auch aus dem Grundsatz des „Equal Pay“ ergebe sich kein Zustimmungsverweigerungsgrund im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG. Nachteile der bei der P... beschäftigten Arbeitnehmer, die ein Recht zur Verweigerung der Zustimmung auslösen könnten, seien nicht ersichtlich. Weil Einstellungsbedarf bestehe, sei eine Verdrängung der Stammelegschaft durch Leiharbeitnehmer ausgeschlossen. Auch ein Verstoß gegen § 14 Abs. 2 TzBfG liege nicht vor. Die P... und die H. seien unterschiedliche Arbeitgeber.

Die P... (Arbeitgeberin) beantragt,

den Beschluss des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 06.12.2007,
Az. 2 BV 88 d/07, teilweise abzuändern und die verweigerte Zustimmung des Antragsgegners zur Einstellung folgender Arbeitnehmer zu ersetzen:

Dr. L. L., J... Str. , H...

A. K., M... Str. , L...

R. P., K... , R...

E. B., H..., S...

B. N., O..., S...

Der Betriebsrat beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Der Betriebsrat meint, die Einstellung der fünf von der H. entliehenen Arbeitnehmer verstoße gegen ein Gesetz, weil die H. entgegen § 1 AÜG ohne die erforderliche Erlaubnis gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung betreibe. Ihre Tätigkeit sei unmit-

telbar, mindestens jedoch mittelbar von Gewinnerzielungsabsicht geprägt, auch wenn sie selbst aus der Beschäftigung der Leiharbeitnehmer keinen Gewinn erziele. Die Gewerbsmäßigkeit ergebe sich bereits aus den im Handelsregister eingetragenen Unternehmensgegenständen. 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 H. nur ein „Papiertiger“ sei, ohne jegliches eigenes Personal und eigene Betriebsmittel. Jedenfalls stelle die vom Konzern gewählte und von der Konzernmutter im Zusammenwirken mit der Arbeitgeberin über die H. gesteuerte Vorgehensweise ein rechtsmissbräuchliches Verhalten dar. Dieser Verstoß gegen § 242 BGB begründe einen Zustimmungsverweigerungsgrund im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. Außerdem verstoße die Einstellung der Leiharbeitnehmer gegen den Grundsatz des „Equal Pay“ und die Bestimmungen des MTV. Das könne u. a. der zur Akte gereichten Tabelle über die Entgeltunterschiede entnommen werden (Anlagen AG 1 u. 2 = Bl. 116 f. d. A.). Zudem befürchtet der Betriebsrat für die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer Nachteile, wie sie im Einzelnen im Widerspruch des Betriebsrats genannt sind.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle der mündlichen Verhandlungen, insbesondere auch auf das der Anhörung vom 02.07.2008 verwiesen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist statthaft (§ 87 Abs. 1 ArbGG). Die PVG (Arbeitgeberin) hat ihre Beschwerde form- und fristgerecht eingelegt und innerhalb der verlängerten Beschwerdebegründungsfrist begründet (§§ 87 Abs. 2 S. 1, 89 Abs. 1 u. 2 ArbGG i. V. m. § 66 Abs. 1 S. 1, 2 u. 5 ArbGG). Die Beschwerde ist jedoch unbegründet. Das Arbeitsgericht hat zu Recht die Zustimmung zu den Einstellungen der fünf im Antrag genannten Arbeitnehmer nicht ersetzt.

1. Die P... hat das Mitbestimmungsverfahren mit ihren Anträgen vom 26.10.2007 ordnungsgemäß eingeleitet. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ergibt sich

aus § 14 Abs. 3 AÜG, § 99 BetrVG. Ob die Übernahme der Leiharbeitnehmer auf gewerbsmäßiger oder nichtgewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung beruht, ist insoweit nicht entscheidend (BAG 22.03.2000 - 7 ABR 34/98 - BAGE 94,144; 25.01.2005 - 1 ABR 61/03 - BAGE 113, 218).

Die P... hat den Betriebsrat vor der Übernahme der Leiharbeitnehmer nach Maßgabe von § 99 Abs. 1 BetrVG und § 14 Abs. 3 S. 1 AÜG ausreichend unterrichtet. Sie hat ihm die wesentlichen Beschäftigungskonditionen und die personellen Daten der Arbeitnehmer mitgeteilt. Diese ergeben sich aus den vorgelegten Arbeitsverträgen der H. und der Leiharbeitnehmer sowie aus dem Unterrichtsformular (Anlage A 1 = Bl. 10 ff. d. A.). Das vorgesehene Eintrittsdatum, das Alter, die Tätigkeit und der Einsatzbetrieb werden genannt. Dem Betriebsrat waren auch die wechselseitigen vertraglichen Weisungsbefugnisse und konzernbezogenen Abhängigkeitsverhältnisse bekannt. Die Wochenfrist ist durch die Schreiben vom 26.10.2007 infolge der inhaltlich insgesamt ausreichenden Unterrichtung in Gang gesetzt worden.

Die P... hat zwar entgegen § 14 Abs. 3 S. 2 AÜG keine Erklärung des Verleihers nach § 12 Abs. 1 S. 2 AÜG vorgelegt. Dennoch ist die Unterrichtung vollständig und abschließend. Denn die P... ist davon ausgegangen, dass die H. wegen des Betriebs nicht gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung keine Überlassungserlaubnis benötigt. Zudem hat sie das Konzernprivileg gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG für einschlägig gehalten.

2. Der Betriebsrat hat mit seiner schriftlichen Stellungnahme vom 30.10.2007, die der P... am 01.11.2007 zugegangen ist, innerhalb der Wochenfrist des § 99 Abs. 3 BetrVG die Zustimmung verweigert. Er hat Verweigerungsgründe vorgebracht, die sich den Gründen des § 99 Abs. 2 Nrn. 1, 3 u. 4 BetrVG objektiv zuordnen lassen. Insbesondere hat der Betriebsrat in Ziff. 1 seines Verweigerungsschreibens darauf abgestellt, dass keine Überlassungsurkunde vorgelegt worden ist, eine gewerbsmäßige Überlassung jedoch nur zulässig sei, wenn der Arbeitgeber über eine Erlaubnis verfüge. Folglich gilt seine Zustimmung nicht bereits gemäß § 99 Abs. 4 S. 2 BetrVG als erteilt.

3. Es ist ein Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 BetrVG gegeben. Zwar liegt der vom Arbeitsgericht angenommene Grund gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG nicht (mehr) vor. Die streitgegenständlichen Einstellungen verstoßen aber gegen ein Gesetz im Sinne von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, nämlich gegen § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG.

a) Das Arbeitsgericht hat die begehrten Zustimmungen nicht ersetzt, weil es angenommen hat, die Einstellungen begründeten die Besorgnis, dass der Mitarbeiter R. benachteiligt würde.

Richtig ist, dass dem Betriebsrat ein Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG zusteht, wenn ein Teilzeit beschäftigter Arbeitnehmer den Anspruch auf Verlängerung seiner Arbeitszeit nach § 9 TzBfG geltend macht und der Arbeitgeber beabsichtigt, den entsprechenden freien Arbeitsplatz mit einem externen Bewerber durch Einstellung zu besetzen. Der an Vollzeit interessierte Teilzeitarbeitnehmer erleidet einen sonstigen Nachteil, weil er seinen Rechtsanspruch nicht durchsetzen kann.

Im vorliegenden Fall ging es aber nicht um die Besetzung eines freien Arbeitsplatzes bei der P... als Vertragsarbeitgeber, sondern um die Besetzung eines Arbeitsplatzes für Fremdpersonal.

Jedenfalls lag der vom Arbeitsgericht angenommene Zustimmungsverweigerungsgrund zum maßgeblichen Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung im Beschwerdeverfahren nicht mehr vor. Streitgegenstand eines Zustimmungsersetzungsverfahrens 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 (BAG 25.01.2005 - 1 ABR 61/03 - BAGE 113, 218). Unstreitig konnte der Mitarbeiter R. sein Aufstockungsverlangen mittlerweile verwirklichen. Seit dem 01.04.2008 arbeitet er bei der P... in Vollzeit, sodass die streitgegenständlichen Maßnahmen für ihn keinen Nachteil mehr begründen können.

b) Es liegt jedoch ein Gesetzesverstoß im Sinne der Nr. 1 des § 99 Abs. 2 BetrVG vor. Denn die H. verfügt als Verleiherin der in Rede stehenden Arbeitnehmer über keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis im Sinne von § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG, obwohl sie gewerbsmäßig Arbeitnehmerüberlassung betreibt.

aa) Die Übernahme von Leiharbeitnehmern von einem gewerbsmäßig handelnden Verleiher, der über keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügt, verstößt gegen § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG und damit gegen ein Gesetz im Sinne von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. Hierauf kann der Betriebsrat seine Zustimmungsverweigerung stützen.

(1) Ein Gesetzesverstoß als Zustimmungsverweigerungsgrund setzt voraus, dass die personelle Maßnahme als solche gesetzwidrig ist. Der Betriebsrat kann die Zustimmung zu einer Einstellung nur dann gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigern, wenn nach dem Zweck der verletzten Norm die geplante Einstellung ganz unterbleiben muss (vgl. BAG 14.12.2004 - 1 ABR 54/03 - BAGE 113, 102). Bei der Einstellung eines Leiharbeitnehmers muss diese als solche untersagt sein.

(2) Gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG bedürfen Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, der Erlaubnis. Die Vorschrift will bei gewerbsmäßigen Verleihern die Überlassung der Arbeitnehmer und damit deren Einstellung im Entleiherbetrieb grundsätzlich verhindern, falls der Verleiher über keine Erlaubnis verfügt. Die Erlaubnis wird erteilt, wenn keiner der in § 3 Abs. 1 bis 3 AÜG genannten Versagungsgründe vorliegt. Damit handelt es sich um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Es dient dem präventiven Schutz der Entleiher und Leiharbeitnehmer vor unzuverlässigen Verleihern, indem diese keinen Zugang zum Leiharbeitsmarkt erhalten (BT-Drs. VI/2303, S. 11). Durch die behördlichen Kontrollmöglichkeiten soll gerade auch die Einhaltung der Rechte der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis gesichert werden. Dem Verbotszweck wird nur genügt, wenn ohne Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis die Einstellung insgesamt zu unterbleiben hat. Fehlt die erforderliche Erlaubnis für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, begründet dies daher für den Entleiher ein Verbot der tatsächlichen Beschäftigung des Leiharbeitnehmers (Ulber AÜG 3. Aufl. § 14 Rdn. 162 ff.; Schüren/Hamann AÜG, § 14 Rdn. 183 f.; Boemke/Lembke AÜG 2. Aufl. § 14 Rdn. 107; Melms/Lipinski, DB

2004, 240, 2413; der 1. Senat des BAG (25.01.2005 - 1 ABR 61/03 - BAGE 113, 218, 226) hat die Frage offen gelassen).

Daran ändert der Umstand nichts, dass das AÜG in § 10 Abs. 1 Nr. 1 vorsieht, dass bei Unwirksamkeit des Vertrags zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer als zustande gekommen gilt. Diese Rechtsfolge betrifft nur das individualrechtliche Verhältnis zwischen Leiharbeitnehmer, Verleiher und Entleiher. Es handelt sich um eine weitere Absicherung des Leiharbeitnehmers. Sie besagt nicht, dass § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG die Einstellung nicht als solche untersagen will. Gewerberechtlich gilt gemäß § 9 Nr. 1 AÜG auch der Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher als unwirksam. Zudem sieht § 14 Abs. 3 S. 2 AÜG vor, dass der Entleiher dem Betriebsrat die schriftliche Erklärung des Verleihers nach § 12 Abs. 1 S. 2 AÜG vorzulegen hat. Hierbei handelt es sich um die Erklärung, ob der Verleiher über die Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG verfügt. Gemäß S. 3 des § 14 Abs. 3 AÜG ist der Arbeitgeber ferner verpflichtet, Mitteilungen des Verleihers nach § 12 Abs. 2 AÜG - also zum Wegfall der Erlaubnis - unverzüglich dem Betriebsrat bekannt zu geben. Auf diese Weise bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass sich der Betriebsrat des Entleihers mit der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis befassen soll. Weil die Erklärung nach § 12 Abs. 1 S. 2 AÜG bereits vor der Übernahme des Leiharbeitnehmers vorzulegen ist, gehört die Frage ihres Vorliegens zu den Umständen, die der Betriebsrat im Rahmen der Zustimmungsverweigerungsgründe zu prüfen hat.

bb) Die H. betreibt Arbeitnehmerüberlassung. Sie stellt der P... auf der Grundlage des Rahmenvertrags zur konzerninternen Überlassung von Arbeitnehmern die Arbeitskraft von bei ihr angestellten bzw. anzustellenden Arbeitnehmern zur Verfügung, damit diese als Busfahrer bei der P... nach deren Weisungen Arbeitsleistungen erbringen können. In gleicher Weise stellt sie bei ihr angestellte Arbeitnehmer der Konzernmutter, der V.-AG, zur Verfügung. Der Unternehmensgegenstand - Arbeitnehmerüberlassung - entspricht dem im Handelsregister eingetragenen.

cc) Entgegen der Ansicht der P... ist das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz auf die streitgegenständlichen personellen Maßnahmen anwendbar. Die Voraussetzungen

der Ausnahmevorschrift des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG sind nicht erfüllt. Nach dieser Vorschrift ist das AÜG auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen i. S. d. § 18 AktG nicht anzuwenden, wenn die Überlassung vorübergehend erfolgt. Auch wenn die Arbeitgeberin und die H. unstreitig zum selben Konzern gehören, liegt keine vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen vor. Das AÜG findet grundsätzlich auch auf konzernangehörige Personalführungsgesellschaften Anwendung, soweit diese die Arbeitnehmer im eigenen Namen einstellen, um sie anderen Konzernunternehmen zu überlassen. Im vorliegenden Fall ist das Tatbestandsmerkmal „vorübergehend“ nicht erfüllt.

(1) Zum einen erfolgt die Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 6 des Rahmenvertrags grundsätzlich jeweils unbefristet. Anders als in anderen Fällen sind die von der streitgegenständlichen Maßnahme betroffenen Arbeitnehmer auch unbefristet eingestellt worden. Daher greift das von der Arbeitgeberin vorgetragene Argument nicht, dass die Arbeitnehmer aufgrund befristeter Einstellung nur vorübergehend tätig sind.

(2) Zum anderen bezieht sich das Merkmal „vorübergehend“ auf das Nichttätigwerden beim Vertragsarbeitgeber. Für die Anwendung von § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG muss also nicht die Überlassung vorübergehend sein, sondern die Tätigkeit außerhalb des Unternehmens des Vertragsarbeitgebers. Auch wenn das Merkmal „vorübergehend“ nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG 05.05.1988 - 2 AZR 795/87 - AP AÜG § 1 Nr. 8) weit auszulegen ist, wird doch nur die langfristige, nicht aber die endgültig geplante Arbeitnehmerüberlassung von der Anwendung des AÜG ausgenommen (LAG Hessen 26.05.2000 - 2 Sa 423/99 - DB 2000, 1968). Personalführungsgesellschaften, deren einziger Zweck die Einstellung und Beschäftigung von Arbeitnehmern ist, um sie dauerhaft zu anderen Konzernunternehmen zu entsenden, unterliegen deshalb den Bestimmungen des AÜG (BAG 20.04.2005 – 7 ARB 20/04 – NZA 2005, 1006). Ist eine Beschäftigung der Arbeitnehmer im eigenen Unternehmen überhaupt nicht vorgesehen, so ist § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG nicht anwendbar (BAG 20.04.2005 a.a.O.). Maßgebend ist, ob der Arbeitnehmer nach der zugrunde liegenden Regelung in sein ursprüngliches Unternehmen zurückkehren soll oder ob er endgültig aus dem Unternehmen ausscheidet (ErfK/Wank 8. Aufl. § 1 AÜG Rdn. 70 m. w. N.).

Im vorliegenden Fall ist eine Rückkehr der von der H. überlassenen Arbeitnehmer nicht vorgesehen. Die H. überlässt der P... oder auch der V.-AG keine Arbeitnehmer, die ansonsten bei ihr tätig sind. Die Arbeitnehmer werden vielmehr zum Zwecke des Einsatzes bei der G. GmbH oder der V.-AG von der H. eingestellt. Bei der H. selbst, also bei ihrer Vertragsarbeitgeberin, können sie gar nicht tätig werden. Diese verfügt unstreitig über keinerlei Betriebsmittel. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass ihr die Ausführung von Gelegenheitsverkehr mit Kraftomnibussen genehmigt worden ist. Unstreitig hat ein solcher Verkehr bislang nicht stattgefunden.

Vor diesem Hintergrund findet das Konzernprivileg keine Anwendung. Das gilt auch dann, wenn die Arbeitnehmer nach der vorübergehenden Überlassung an ein Konzernunternehmen anschließend an weitere konzernzugehörige Entleihunternehmen überlassen werden (sollen), hier etwa an die V.-AG. Reine konzernangehörige Personalführungsgesellschaften, deren Zweck die Einstellung und Beschäftigung von Arbeitnehmern ist, die in der Folge dauerhaft zu anderen Konzernunternehmen entsandt werden sollen, fallen nicht unter § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG. Fehlt es - wie hier - bereits zu Beginn der Überlassung an einem Rückkehrrecht, ist das Merkmal einer „vorübergehenden“ Arbeitnehmerüberlassung nicht erfüllt.

dd) Die H. betreibt gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Sie benötigt deshalb eine Erlaubnis, die bisher fehlt.

(1) Unter gewerbsmäßig im Sinne des § 1 Abs. 1 AÜG ist jede nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbstständige Tätigkeit zu verstehen. Das entscheidende Kriterium für die Gewerbsmäßigkeit ist die Gewinnerzielungsabsicht, wobei es nicht darauf ankommt, ob tatsächlich ein Gewinn erzielt wird (BAG 21.03.1990 - 7 AZR 198/89 - BAGE 65, 43). 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. Eine Gewinnerzielungsabsicht im gewerberechtlichen Sinne liegt regelmäßig nur dann vor, wenn ein Überschuss der Erträge gegen-

über 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. Deckt dagegen das Überlassungsentgelt allenfalls die Selbstkosten des Arbeitgebers, liegt grundsätzlich keine Gewinnerzielungsabsicht vor. Deshalb ist bei Wirtschaftsunternehmen regelmäßig davon auszugehen, dass sie aus der Arbeitnehmerüberlassung unmittelbare oder mittelbare wirtschaftliche Vorteile ziehen wollen (BAG 20.04.2005 - 7 ABR 20/04 - NZA 2005, 1006).

Abweichend hiervon fehlt es nach Auffassung des 7. Senats des Bundesarbeitsgerichts bei konzernangehörigen Personalführungsgesellschaften ebenso wie bei konzerninternen vorübergehenden Abordnungen in der Regel an der Absicht, aus der Arbeitnehmerüberlassung eigenen Gewinn zu erzielen. Jedenfalls dann, wenn die Personalführungsgesellschaft als eine Serviceagentur und ausgelagerte Personalabteilung auf Selbstkostenbasis betrieben wird, um die angeschlossenen Konzernunternehmen bei der formalen Abwicklung von Arbeitsverträgen zu unterstützen, sei sie nicht auf Gewinnerzielung angelegt (BAG 20.04.2005 a. a. O.).

(2) Im vorliegenden Fall spricht gegen die Gewinnerzielungsabsicht der H., dass sie gegenwärtig auf Selbstkostenbasis arbeitet. Sie überlässt die Leiharbeitnehmer gegen Erstattung der Personalkosten. Daneben berechnet sie nur eine 5 %-ige Verwaltungskostenpauschale, die sie allerdings vollständig an die V.-AG abführt

Dennoch liegt mindestens mittelbare Gewinnerzielungsabsicht vor, so dass sich die Tätigkeit der H. als gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung erweist.

Durch das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht soll sichergestellt werden, dass eine unmittelbar gemeinnützige, karitative, wissenschaftlichen oder sonstigen ideellen Zwecken dienende Arbeitnehmerüberlassung nicht vom AÜG erfasst wird (Thüsing/Waas AÜG § 1 Rdn. 100). Das Untermerkmal der Gewinnerzielungsabsicht wird erst klar, wenn man sich den Gegenbegriff verdeutlicht: eine Arbeitnehmerüberlassung, die unmittelbar gemeinnützigen oder sonstigen ideellen Zwecken dient, soll nicht erfasst werden (ErfK/Wank 8. Aufl. § 1 AÜG Rdn. 39). Die von der H. betriebene Arbeitnehmerüberlassung dient weder gemeinnützigen noch sonstigen ideellen

Zwecken. Vielmehr ist sie als GmbH gegründet und mit dem Geschäftsgegenstand „gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung“ ins Handelsregister eingetragen worden.

Daraus folgt noch nicht, dass stets gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, wenn die Überlassung nicht aus karitativen, gemeinnützigen oder sonstigen ideellen Zwecken erfolgt. Die Herausnahme aus dem Anwendungsbereich des AÜG kommt auch in Betracht für Verleiher, die als selbständige Beschäftigungsgesellschaften von mehreren an gemeinsamer Personalbeschaffung interessierten Unternehmen gegründet werden. Der 7. Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in seiner Entscheidung vom 20.04.2005 (a.a.O.) die Gewinnerzielungsabsicht einer in einem Konzern zur Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen gebildeten Personalführungsgesellschaft verneint, falls sie als Serviceagentur und ausgelagerte Personalabteilung auf Selbstkostenbasis betrieben wird, um die angeschlossenen Konzernunternehmen bei der formalen Arbeitsvertragsabwicklung zu unterstützen. Der Zweck einer solchen Gesellschaft besteht eben gerade darin, die Arbeitsrechtsbeziehungen zu vereinheitlichen und eine Dienstleistung für die angeschlossenen Konzernunternehmen zu erbringen. Wenn die Konzernunternehmen dieser mit einem solchen Zweck gegründeten Personalführungsgesellschaft die Selbstkosten erstatten, kann die Gewinnerzielungsabsicht nachvollziehbarerweise verneint werden.

Bei der H. handelt es sich nicht um eine Personalführungsgesellschaft in diesem Sinn. Weder erbringt sie für Konzernunternehmen Serviceleistungen noch unterstützt sie diese bei der formalen Abwicklung von Arbeitsverträgen. Diese Tätigkeiten werden von Mitarbeitern der Konzernmutter ausgeführt. Das ergibt sich aus dem Inhalt des Geschäftsbesorgungsvertrags zwischen der H. und der V.-AG. Die Arbeitnehmerüberlassung durch die H. dient nicht der Vereinheitlichung von Arbeitsbedingungen und die Beschaffung von Arbeitskräften auf dem Markt ist keine durch eigene Mitarbeiter erbrachte Dienstleistung. Zweck der Arbeitnehmerüberlassung ist vielmehr die Verbesserung der Kostenstruktur.

Auf Gewinnerzielungsabsicht der H. deutet im vorliegenden Fall der mit der Konzernmutter V.-AG abgeschlossene Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag hin (vgl. Anlage A 7 = Bl. 51 ff. d. A.). Gemäß § 9 Abs. 2 dieses Vertrags hat die H.

entstehende Gewinne an die V.-AG abzuführen, soweit sie nicht bei ihr zu belassen sind. Gewinne selbst können aber nur aus der Geschäftstätigkeit des Unternehmens entstehen. Als einer dieser Unternehmenszwecke ist in das Handelsregister die „gewerbliche Überlassung von Arbeitnehmern“ als Unternehmensgegenstand eingetragen. Dieser Unternehmensgegenstand in Verbindung mit dem Gewinnabführungsvertrag spricht deshalb dafür, dass zumindest langfristig eine Gewinnerzielung angestrebt wird. Ansonsten hätte es der Vereinbarung, dass Gewinne abgeführt werden, nicht bedurft.

Für eine Gewinnerzielungsabsicht lässt sich ferner anführen, dass die im Konzern verbundenen Unternehmen darauf abzielen, im Rahmen des Ausschreibungswettbewerbs Auftragspakete zu erlangen und möglichst auszubauen. Kosten sollen dadurch gespart werden, dass keine unmittelbaren Einstellungen bei den am Markt tätigen Unternehmen erfolgen, sondern dass auf über die H. eingestellte Arbeitnehmer zurückgegriffen wird. Im Ergebnis soll dies allen Konzernunternehmen, also auch der H. zugute kommen.

Diese unter Ausnutzung der Konzernstruktur gewählte Konstruktion führt dazu, dass bei Beurteilung der Gewinnerzielungsabsicht nicht allein auf die H. abgestellt werden kann. Die Gewinnerzielungsabsicht der P... und der Konzernmutter, der V.-AG, darf nicht unberücksichtigt bleiben. Bestehen - wie im vorliegenden Fall - Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge muss dem konzerninternen Verleiher die Gewinnerzielungsabsicht zumindest der herrschenden Konzerngesellschaft zugerechnet werden. Das hat jedenfalls dann zu gelten, wenn der konzerninterne Verleiher lediglich als rechtliche Hülle existiert und zu eigenen Handlungen am Markt oder auch konzernintern gar nicht in der Lage ist, sich vielmehr als Teil eines anderen Konzernunternehmens darstellt. Die H. verfügt über keinerlei eigene Betriebsmittel und kein eigenes Personal. Verwaltungstätigkeiten sowie die Personalwirtschaft werden durch die V.-AG durchgeführt. Diese betreibt letztlich mit ihrem Personal und unter Nutzung ihrer Verwaltungsstrukturen die streitige Arbeitnehmerüberlassung. Im Ergebnis erzielt die V.-AG aufgrund der niedrigeren Lohnkosten, der absetzbaren Personalverwaltungskosten, des begrenzten Arbeitgeberrisikos aus Annahmeverzugslohnansprüchen bei fehlender voller Auslastung und geringeren Anwesenheitsprämien auf-

grund unterschiedlicher arbeitsvertraglicher Zugehörigkeiten der Busfahrer finanziell günstigere Rahmenbedingungen, die es ihr erleichtern, selbst oder über andere Tochterunternehmen Gewinne zu erzielen.

Vor diesem Hintergrund erweist sich die von der H. betriebene Arbeitnehmerüberlassung als gewerbsmäßig im Sinne von § 1 Abs. 1 AÜG. Diese ist erlaubnispflichtig. Die H. verfügt unstreitig (noch) nicht über eine diesbezügliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis. Somit verstößt sie gegen § 1 Abs. 1 AÜG.

c) Weil der Betriebsrat - gestützt auf § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG – berechtigterweise seine Zustimmung zu den streitgegenständlichen Maßnahmen verweigert hat, kann offenbleiben, ob die weiteren geltend gemachten Verweigerungsgründe gegeben sind.

Weil der Verstoß gegen den Grundsatz des „Equal Pay“ (§ 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG) mehrfach angesprochen worden ist, soll an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass sich die Zustimmungsverweigerung hierauf nicht stützen lässt. Dem Zweck der verletzten Norm kann nicht nur dadurch entsprochen werden, dass die Einstellung beim Verleiher oder die Überlassung an den Entleiher unterbleibt. Die Vergütungsvereinbarung selbst ist unwirksam und der Leiharbeitnehmer hat nach § 10 Abs. 4 i. V. m. § 9 Nr. 2 AÜG einen gesetzlichen Anspruch gegen den Verleiher auf Zahlung des im Entleiherbetrieb einem vergleichbaren Arbeitnehmer zu gewährenden Arbeitsentgelts. Dagegen soll der Verstoß des Verleihers gegen den Grundsatz des „Equal Pay“ gerade nicht die Einstellung selbst in Frage stellen (vgl. Fitting 24. Aufl. § 99 Rdn. 191 f. m. w. N.). Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einstellung begründet kein Instrument einer umfassenden Vertragskontrolle. Deshalb kann die Zustimmung zur Einstellung nicht allein deshalb verweigert werden, weil die betroffenen Arbeitnehmer als geringfügig Beschäftigte schlechter vergütet werden als Vollzeitbeschäftigte.

Auch der Umstand, dass der Arbeitnehmer K. bereits in einem Vollzeitarbeitsverhältnis zur P... steht und die Arbeitnehmer K..., B... u. N... in den vorzeitigen Ruhestand

gegangen sind und nun wieder bei der PVG beschäftigt werden sollen, berechtigt nicht zur Zustimmungsverweigerung.

Soweit der Betriebsrat in seinem Widerspruch vom 31.10.2007 unter Ziff. 6 auf sonstige Nachteile für im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer verwiesen hat, ist dies nicht hinreichend konkret geschehen. Es ist nicht erkennbar, welche Arbeitnehmer Nachteile erleiden.

3. Die Rechtsbeschwerde war im Hinblick auf die entscheidungserhebliche Frage der Gewinnerzielungsabsicht konzernangehöriger Arbeitnehmerüberlassungsgesellschaften wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen (§§ 92 Abs. 1, 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG).

gez. ...

gez. ...

gez. ...