

**Landesarbeitsgericht Schleswig-
Holstein**

Aktenzeichen: 4 TaBV 13/08

2 BV 90 d/07 ArbG Elmshorn

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 03.07.2008

gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Beschluss

Im Namen des Volkes

Im Beschlussverfahren mit den Beteiligten pp

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die Anhörung der Beteiligten am 03.07.2008 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und ... als Beisitzer **b e s c h l o s s e n**:

Die Beschwerde der Arbeitgeberin gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 06.12.2007 – 2 BV 90 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

innen 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 Beteiligten streiten um die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung von zwei Leiharbeitnehmern.

Die antragstellende Arbeitgeberin (im Folgenden: P.) betreibt ein Unternehmen des öffentlichen Personennahverkehrs. Der Antragsgegner ist Betriebsrat im Betrieb der P.. Die P. ist ein Konzernunternehmen der V.. Die V. schloss mit ihr einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag ab.

Ein Tochterunternehmen der P. ist die Firma G. GmbH. Diese befasst sich ebenfalls mit dem öffentlichen Personennahverkehr.

Die V. hat ein weiteres Tochterunternehmen, die H. ...gesellschaft mbH (im Folgenden: H.). Diese wurde am 21. Dezember 2006 ins Handelsregister eingetragen. Gegenstand ihres Unternehmens ist nach der 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. verfügt über keine eigenen Betriebsmittel. Sie ist derzeit Vertragsarbeitgeberin von ca. 70 an die P./G. GmbH verliehenen ganz überwiegend befristet eingestellten Arbeitnehmern und von ca. weiteren 70 an die V. verliehenen Arbeitnehmern.

Zur Reduzierung von Personalkosten und zur Steigerung der Flexibilität entschloss sich die P., neue Mitarbeiter künftig nicht mehr selbst oder über ihr Tochterunternehmen G. GmbH einzustellen, sondern diese von ihrer Schwester, der H. auszuleihen. Dazu schloss sie mit der H. einen Rahmenvertrag zur konzerninternen Überlassung von Arbeitnehmern, nämlich Kraftomnibusfahrern.

Gemäß § 2 dieser Rahmenvereinbarung zahlt die P. an die H. die für die einzelnen Arbeitnehmer im Überlassungszeitraum jeweils anfallenden Gesamtlohnkosten zuzüglich einer fünfprozentigen Verwaltungspauschale. Gemäß § 3 hat die H. dafür Sorge zu tragen, dass auf die Arbeitsverträge der überlassenen Arbeitnehmer der Manteltarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer/-innen des privaten Omnibusgewerbes in Schleswig-Holstein vom 16. Juli 1996 in seiner jeweils gültigen Fassung zur Anwendung kommt. Gemäß § 4 ist die P. berechtigt, die durch die H. zur Verfügung gestellten Mitarbeiter im gesamten Streckengebiet einzusetzen. Die H. tritt insoweit ihre Ansprüche auf Erbringung der vertragsgemäßen Tätigkeit gegenüber den überlassenen Arbeitnehmern an die P. ab. Diese ist wiederum für die Dauer der Überlassung gemäß § 4 Abs. 2 des Rahmenvertrages Inhaberin des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts. Gemäß § 4 Abs. 2 S. 2 des Rahmenvertrages ist die P. berechtigt, den an sie überlassenen Arbeitnehmern tätigkeitsbezogene Weisungen zu erteilen und die Erfüllung dieser Weisungen zu überwachen. Sie ist gemäß § 4 Abs. 2 S. 3 ermächtigt, disziplinarische Maßnahmen, insbesondere Ermahnungen, Abmahnungen und Kündigungen gegenüber den Arbeitnehmern im Namen der H. zu erklären.

Die H. hat mit Ausnahme der verliehenen Arbeitnehmer kein eigenes Personal. Sie schloss mit ihrer Mutter, der V., einen Geschäftsbesorgungsvertrag, der zum Vertragsgegenstand hat die Übertragung der Bearbeitung von Verwaltungstätigkeiten von der H. an die VHH insbesondere im Bereich der Personalwirtschaft. In § 1 S. 2 des Geschäftsbesorgungsvertrages (Bl. 19 d. A.) verpflichtet sich die V., für die H. in gleicher Weise die erforderlichen Personal- und Sachkapazitäten einzusetzen, wie sie dies in eigenen Angelegenheiten tut. Der Leistungsumfang erstreckt sich beispielhaft ausweislich der von der V. und der H. unterzeichneten Anlage zum Geschäftsbesorgungsvertrag (Bl. 21 d. A.) auf folgende Verwaltungstätigkeiten:

- Stellenausschreibungen
- Tätigkeiten bei der Einstellung und Einführung neuer Mitarbeiter sowie beim Ausscheiden von Mitarbeitern
- Anlegen und Führen von Personalakten
- Bearbeitung von Arbeits-, Urlaubs- und Fehlzeiten der Mitarbeiter
- Aus- und Weiterbildung von Mitarbeitern
- Personaldatenverwaltung
- Entgeltabrechnung
- Sozialverwaltung
- Personalstatistik
- Behördliches Meldewesen
- Finanzbuchhaltung
- Gesellschaftsrechtliche Betreuung (Registersachen, Bilanzierung etc.)

Die V. erhält für die Bearbeitung der Verwaltungstätigkeiten von der H. eine pauschale Vergütung von monatlich fünf Prozent der anfallenden Gesamtlohnkosten pro zu betreuenden Arbeitnehmer.

Neben diesem Geschäftsbesorgungsvertrag besteht zwischen der V. und der H. auch noch ein Beherrschungsvertrag vom 9. November 2006, ausweislich dessen die H. gemäß § 9 Abs. 2 während der Laufzeit des Vertrages entstehende Gewinne an die VHH abzuführen hat. Wegen der weiteren Einzelheiten des Beherrschungsvertrages wird Bezug genommen auf die zur Akte gereichte Kopie (Bl. 35 – 38 d. A.).

Die H. schließt gleich lautende, ganz überwiegend sachgrundlos zeitlich auf maximal zwei Jahre befristete Arbeitsverträge mit ihren Leiharbeitnehmern. Es handelt sich um vollzeitbeschäftigte Busfahrer, die im Liniendienst und im Schichtdienst die gleichen Dienste wie die Stammebelegschaft der P./G. GmbH verrichten. Deren Arbeitsverhältnis richtet sich nach dem allgemeinverbindlichen Manteltarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer/innen des privaten Omnibusgewerbes in Schleswig-Holstein in der jeweils gültigen Fassung. Die Entlohnung richtet sich nach dem Lohn-tarifvertrag für die gewerblichen Arbeitnehmer des Omnibusgewerbes in Schleswig-Holstein.

Die P. vergütet ihre Mitarbeiter ebenfalls nach den Tarifverträgen des privaten Omnibusgewerbes in Schleswig-Holstein. Ihre Stammebelegschaft erhält darüber hinaus

jedoch weitere Zahlungen, zum Beispiel eine auf einer Betriebsvereinbarung beruhende Aktivprämie in Höhe von 133,00 EUR monatlich. Die zusätzlichen Leistungen, die die P. an ihre Stammebelegschaft zahlt, erhalten die bei ihr eingesetzten Leiharbeitnehmer der H. nicht.

Mit Schreiben vom 24. Oktober 2007 unterrichtete die P. (Arbeitgeberin) den Betriebsrat über die beabsichtigte Einstellung des Leiharbeitnehmers G. ab 1. November 2007 als Busfahrer in der Abteilung Betrieb/P./G.. Der Betriebsrat widersprach der Einstellung unter dem 30. Oktober 2007, der Arbeitgeberin zugegangen am 1. November 2007. Mit seinem Ablehnungsschreiben (Bl. 29 d. A.) widersprach er nach § 99 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 3 und Nr. 4 BetrVG und führte unter anderem aus, der Verleiher (H.) habe ihm bis heute keine Überlassungsurkunde der Bundesagentur für Arbeit vorgelegt. Die gewerbsmäßige Arbeitgeberüberlassung sei nur zulässig, wenn der Arbeitgeber eine Erlaubnis habe. Zudem widersprach der Betriebsrat der geplanten Einstellung wegen Benachteiligung des Leiharbeitnehmers und darüber hinaus wegen zu befürchtender Nachteile für die Stammebelegschaft. Wegen der Einzelheiten der Widerspruchsründe wird Bezug genommen auf die zur Akte gereichte Kopie des Widerspruchsschreibens (Bl. 29 - 30 d. A.). Weiterhin unterrichtete die P. den Betriebsrat mit Schreiben vom 24. Oktober 2007 über die beabsichtigte Einstellung der Leiharbeiterin N. ab 6. November 2007 als Busfahrerin in der Abteilung Betrieb P. / G. (Bl. 27. d. A.). Der Betriebsrat widersprach am 30.10.2007 aus obigen Gründen.

Wegen des erstinstanzlichen Vortrages der Beteiligten und der dort geäußerten Rechtsauffassungen wird Bezug genommen auf den Inhalt des angefochtenen Beschlusses. Dies gilt auch für die erstinstanzlich gestellten Anträge.

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, dass die vorläufige Einstellung der Mitarbeiter N. und G. dringend erforderlich ist, den weitergehenden Antrag jedoch zurückgewiesen. Zur Begründung hat das Arbeitsgericht ausgeführt, der in Teilzeit beschäftigte Arbeitnehmer R. erleide durch die Einstellung einen Nachteil im Sinne des § 99 Abs. 2 Ziff. 3 BetrVG, da er durch die Einstellung des Leiharbeitnehmers trotz Aufstockungsverlangens seine Arbeit nicht auf Vollzeit habe erhöhen können.

Zwischenzeitlich erhielt der Arbeitnehmer R. einen Vollzeitarbeitsvertrag und der Betriebsrat führt diesen Gesichtspunkt im Beschwerdeverfahren nicht mehr an.

Gegen den der P. (Arbeitgeberin) am 24. Januar 2008 zugestellten Beschluss legte diese am 20. Februar 2008 Beschwerde ein und begründete sie nach Verlängerung der Begründungsfrist bis 24. April 2008 am 24. April 2008.

Die Arbeitgeberin wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Die vom Arbeitsgericht angeführte Begründung trage nicht mehr, weil der Arbeitnehmer R. zwischenzeitlich einen Vollzeitarbeitsvertrag erhalten habe. Auch sei der Betriebsrat hinreichend unterrichtet worden. Zudem liege eine konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 Abs. 3 Ziff. 2 AÜG vor, weshalb das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz weitgehend unanwendbar sei. Auch betreibe die H. keine erlaubnispflichtige gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Sie arbeite kostenneutral und handele deshalb weder mit unmittelbarer noch mit mittelbarer Gewinnerzielungsabsicht. Auf eine etwaige Gewinnerzielungsabsicht der Muttergesellschaft sei ebenso wenig abzustellen wie auf eine etwaige Gewinnerzielungsabsicht der P. (Arbeitgeberin). Die vom Betriebsrat angeführte - zu bestreitende - Verletzung des Grundsatzes des „equal pay“ sei kein Zustimmungsverweigerungsgrund. Schließlich gebe es auch keine Nachteile für die P.-Belegschaft, die infolge der Einstellung des Leiharbeitnehmers entstünden. So liege kein Verstoß gegen § 14 Abs. 2 TzBfG vor. P. und H. seien unterschiedliche Arbeitgeber.

Die Arbeitgeberin beantragt,

den Beschluss des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 06.12.2007 (2 BV 94 d/07) abzuändern und die verweigerte Zustimmung des Betriebsrats zur Einstellung der Mitarbeiter N. und G. zu ersetzen.

Der Betriebsrat beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Der Betriebsrat meint, die Einstellung der Leiharbeitnehmer verstoße gegen ein Gesetz, da die H. entgegen § 1 AÜG ohne Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung betreibe. Ihre Tätigkeit sei unmittelbar, jedenfalls aber mittelbar von Gewinnerzielungsabsicht geprägt, auch wenn sie selbst aus der Beschäftigung der Leiharbeitnehmer möglicherweise derzeit keine Gewinne erziele. Die Gewerbsmäßigkeit ergebe sich bereits aus den im Handelsregister eingetragenen Gegenständen des Unternehmens und der Existenz eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages zwischen der V. und der H.. Das gelte umso mehr, weil die H. nur ein „Papiertiger“ sei, ohne jegliches eigenes Personal und ohne jegliche eigenen Betriebsmittel. Jedenfalls stelle die vom Konzern gewählte und von der Mutter im Zusammenhang mit der P. (Arbeitgeberin) und über die H. gesteuerte Vorgehensweise ein rechtsmissbräuchliches Verhalten unter Verstoß gegen § 242 BGB dar. Dies sei ebenfalls ein Gesetzesverstoß und damit ein Zustimmungsverweigerungsgrund gemäß § 99 Abs. 2 Ziff. 1 BetrVG. Außerdem verstoße die Einstellung des Leiharbeitnehmers gegen den Grundsatz des „equal pay“ und die tariflichen Bestimmungen des MTV. Handele ein Verleiher gewerbsmäßig, so stelle die Verletzung der Verpflichtung zum „equal pay“ einen Zustimmungsverweigerungsgrund dar. Denn ein gewerbsmäßiger Verleiher verliere diese Erlaubnis, wenn er den Grundsatz des „equal pay“ nicht einhalte. Zudem seien – so meint der Betriebsrat – Nachteile für die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu befürchten.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten in der Beschwerde wird Bezug genommen auf den Inhalt der dort gewechselten Schriftsätze.

II.

Die Beschwerde der Arbeitgeberin ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt und innerhalb der verlängerten Beschwerdebegründungsfrist auch begründet worden. Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Die verweigerte Zustimmung ist nach § 99 Abs. 4 BetrVG nicht zu ersetzen. Dies gilt unabhängig davon, dass der vom Arbeitsgericht angenommene Zustimmungsverweigerungsgrund im Hinblick auf den Mitarbeiter R. entfallen ist, nachdem dieser nunmehr in Vollzeit beschäftigt wird. Die

begehrte Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrates zur beabsichtigten Einstellung des Leiharbeitnehmers H. scheitert jedoch an § 14 Abs. 3 AÜG i. V. m. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG und § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG. Gemäß § 14 Abs. 3 AÜG ist der Betriebsrat des Entleiherbetriebes vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung nach § 99 BetrVG zu beteiligen. Gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG wiederum kann der Betriebsrat die Zustimmung zur Einstellung verweigern, wenn diese gegen eine personelle Maßnahme verstößt. Die beabsichtigte Einstellung des Leiharbeitnehmers H. verstößt gegen ein Gesetz, nämlich gegen § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG. Danach bedarf der Arbeitgeber, der als Verleiher Dritten Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlässt, der Erlaubnis.

Die H. betreibt gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Ihr fehlt dazu die Erlaubnis. Sie verletzt daher § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG. Diese Vorschrift wiederum bezweckt grundsätzlich, dass es Arbeitgeber unterlassen, gewerbsmäßig Arbeitnehmer Dritten zur Arbeitsleistung zu überlassen, sofern sie dazu keine Erlaubnis haben. Es handelt sich also um eine Vorschrift, die der gewerbsmäßigen Überlassung und damit Einstellung eines Leiharbeitnehmers grundsätzlich entgegensteht, sofern eine diesbezügliche Erlaubnis beim Verleiher nicht vorliegt. Dazu im Einzelnen:

1. Die Anwendung des § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG scheitert nicht bereits an § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG. Nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG findet das AÜG mit nur wenigen Ausnahmen, die § 1 AÜG nicht erfassen, keine Anwendung auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen i. S. d. § 18 des Aktiengesetzes, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet.

Hier liegt kein Fall der vorübergehenden konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung vor. Das AÜG findet grundsätzlich auch auf eine konzernangehörige Personalführungsgesellschaft Anwendung, soweit diese die Arbeitnehmer im eigenen Namen einstellt, um sie anderen Konzernunternehmen zu überlassen. Die Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG, die das AÜG auf die Fälle vorübergehender konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung weitgehend für unanwendbar erklärt, greift für solche Personalführungsgesellschaften nicht ein, weil die Überlassung der Arbeitnehmer an die anderen Konzernunternehmen nicht nur vorübergehend erfolgt. Damit soll verhindert werden, dass durch die Einbeziehung eines reinen Verleihunternehmens

in einem Konzern die Überlassung von Arbeitnehmern innerhalb eines Konzerns unbeschränkt zulässig wird. 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, Beschluss vom 20.04.2005 – 7 ABR 20/04 – zitiert nach JURIS Rn. 23). Ist eine Beschäftigung der Arbeitnehmer im eigenen Unternehmen überhaupt nicht vorgesehen, so ist § 1 Abs. 3 Nr.2 AÜG nicht anwendbar (BAG, aaO, Rn. 24). Es muss also 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 Rn. 194 zu § 1).

Eine Beschäftigung bei der H. in deren eigenem Unternehmen ist überhaupt nicht vorgesehen. Die Mitarbeiter können auch bei der H. nicht tätig werden, denn diese hat unstreitig keine Betriebsmittel. Sie sind lediglich zum Zwecke des Einsatzes bei der P./G. GmbH von der H. eingestellt worden. Dies ist kein Fall der vorübergehenden konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung.

2. § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG ist auch eine gesetzliche Norm, die im Rahmen von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zur Zustimmungsverweigerung berechtigt.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann der Betriebsrat einer personellen Maßnahme die Zustimmung versagen, wenn die Maßnahme selbst gegen ein Gesetz verstößt. Geht es um die Einstellung eines Leiharbeitnehmers, so muss diese als solche untersagt sein. Dazu bedarf es zwar keines Verbotsgesetzes im technischen Sinne, das unmittelbar die Unwirksamkeit der Maßnahme herbeiführt. Der Zweck der betreffenden Norm, die Einstellung selbst zu verhindern, muss aber hinreichend deutlich zum Ausdruck kommen. Dazu genügt es nicht, dass einzelne Vertragsbedingungen rechtswidrig sind. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei Einstellungen ist kein Instrument zur umfassenden Vertragsinhaltskontrolle. Der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ist bei Einstellungen lediglich dann gegeben, wenn der Zweck der Verbotsnorm nur dadurch erreicht werden kann, dass die Einstellung insgesamt unterbleibt (BAG, Beschluss vom 25.01.2005 – 1 ABR 61/03 – zitiert nach JURIS Rn. 41).

§ 1 Abs. 1 S. 1 AÜG will bei gewerbsmäßigen Verleihern die Überlassung der Arbeitnehmer und damit deren Einstellung im Entleiherbetrieb grundsätzlich verhindern, sofern eine Erlaubnis des Verleihers nicht vorliegt.

Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung ist grundsätzlich verboten, es sei denn, der Verleiher hat eine Erlaubnis. Diese wird ihm erteilt, wenn nicht die in § 3 aufgezählten negativen Voraussetzungen gelten. Dies ermöglicht eine Präventivkontrolle der Verleiher durch die für die Erlaubniserteilung zuständige Arbeitsverwaltung (Schüren/Schüren, Rn. 26 zu § 3 AÜG). Zweck des Gesetzes ist zum einen die Regelung der legalen Arbeitnehmerüberlassung und zum anderen die Bekämpfung der illegalen Arbeitnehmerüberlassung (ErfK.-Wank, § 1 AÜG Rn. 2). Durch die Kontrollmöglichkeiten der Bundesagentur für Arbeit soll die Einhaltung der Rechte der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis sichergestellt werden und illegale Formen der Beschäftigung sollen präventiv verhindert werden. Dieser Zweck des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt kann nur erreicht werden, wenn die Rechtsfolge des Nichtvorhandenseins einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung jene ist, dass die Einstellung insgesamt unterbleibt. Der Betriebsrat kann daher im Mitbestimmungsverfahren bei Einstellung von Leiharbeitnehmern seine Zustimmung verweigern, wenn der gewerbsmäßige Verleiher keine Überlassungserlaubnis besitzt (Schüren/Hamann, Rn. 183, 184 zu § 14 AÜG; Boenke/Lembke, Rn. 107 zu § 14 AÜG, Melms/Lipinski; DB 2004, 2409 (2413)).

Etwas anderes folgt auch nicht aus § 9 Nr. 1 i. V. m. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG. Gemäß § 9 Nr. 1 sind Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern unwirksam, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis hat. Rechtsfolge der Unwirksamkeit eines solchen Vertrages ist gemäß § 10 Abs. 1 AÜG, dass zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen gilt. Mit dieser Rechtsfolge lässt sich aber nicht argumentieren, dass § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG keine Norm ist, die die Einstellung als solche untersagen will. § 10 Abs. 1 AÜG i. V. m. § 9 Nr. 1 AÜG ist lediglich eine weitere Absicherung des Leiharbeitnehmers. In erster Linie geht es

aber darum, bereits präventiv bei Nichtvorliegen der Erlaubnis das gewerbsmäßige Verleihgeschäft überhaupt zu unterbinden. Es geht eben nicht um eine Vertragsinhaltskontrolle, das heißt die Kontrolle einzelner Vertragsbedingungen, sondern es geht um das verbotswidrige Geschäft als solches, für das keine Erlaubnis vorliegt.

3. Die H. betreibt gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, für die eine Erlaubnis bisher fehlt.

a. 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 selbständige Tätigkeit zu verstehen. Das entscheidende Kriterium für die Gewerbsmäßigkeit ist die Gewinnerzielungsabsicht, wobei es nicht darauf ankommt, ob ein Gewinn tatsächlich erzielt wird. 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 gegenüber den Aufwendungen angestrebt wird. Demzufolge handelt der Verleiher mit Gewinnerzielungsabsicht, wenn er das Geld 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 (BAG, Beschluss vom 20.04.2005 – 7 ABR 20/04 – zitiert nach JURIS – Rn. 26).

Auch wenn bei Wirtschaftsunternehmen grundsätzlich davon auszugehen ist, dass sie aus der Arbeitnehmerüberlassung unmittelbare oder mittelbare wirtschaftliche Vorteile ziehen wollen, so gilt das nach Auffassung des 7. Senats des Bundesarbeitsgerichts nicht für konzernangehörige Personalführungsgesellschaften. Ebenso wie bei konzerninternen vorübergehenden Abordnungen soll es vielmehr auch bei der konzernangehörigen Personalführungsgesellschaft in der Regel an der Absicht fehlen, aus der Arbeitnehmerüberlassung einen Gewinn zu erzielen. Die im Konzern zur Vereinheitlichung der Arbeitsrechtsbeziehung gebildete Personalführungsgesellschaft sei jedenfalls dann nicht auf Gewinnerzielung angelegt, wenn sie als eine Ser-

vice-Agentur und ausgelagerte Personalabteilung auf Selbstkostenbasis betrieben werde, um die angeschlossenen Konzernunternehmen bei der formalen Abwicklung von Arbeitsverträgen zu unterstützen (BAG, Beschluss vom 20.04.2005 – 7 ABR 20/04 – zitiert nach JURIS, Rn. 26).

b. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsgrundsätze erweist sich die Tätigkeit der H. als gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung

(1). Vordergründig könnte tatsächlich mit der Argumentation des Arbeitsgerichts eine Gewinnerzielungsabsicht der H. verneint werden. Dass sie einen unmittelbaren eigenen Gewinn erzielt, ist nicht erkennbar. Denn sie erhält zwar von der P., der Entleiherin, eine fünfprozentige Verwaltungspauschale als Vergütung für die vertragsgegenständliche Überlassung der Arbeitnehmer. Diese Verwaltungspauschale verbleibt jedoch nicht bei der H., sondern wird von ihr sofort aufgrund des Geschäftsbesorgungsvertrages mit der V., die tatsächlich die Verwaltungstätigkeiten erledigt, an diese weitergereicht. Unmittelbar verbleibt also bei der H. kein finanzieller Ertrag beziehungsweise Gewinn.

(2) Eine solche Betrachtung greift jedoch zu kurz. Zu beachten ist insoweit zunächst, dass es teleologisch bei dem Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht nicht zuletzt darum geht sicherzustellen, dass eine unmittelbar gemeinnützigen, karitativen, wissenschaftlichen oder sonstige ideellen Zwecken dienende Überlassung nicht vom AÜG erfasst wird (Thüsing/Waas, AÜG, § 1 Rn. 100; Schüren/Hartmann, AÜG § 1 Rn. 315). Das Untermerkmal der Gewinnerzielungsabsicht gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG wird also erst klar, wenn man sich den Gegenbegriff verdeutlicht: eine Arbeitnehmerüberlassung, die unmittelbar gemeinnützigen oder sonstigen ideellen Zwecken dient, soll nicht erfasst werden (ErfK-Wank, § 1 AÜG, Rn. 40). Die H. dient weder gemeinnützigen noch sonstigen ideellen Zwecken. Im Gegenteil: sie ist gegründet als GmbH und mit dem Geschäftsgegenstand „gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung“ im Handelsregister eingetragen. Dies spricht zunächst dafür, dass eine Gewinnerzielungsabsicht gegeben ist.

(3) Andererseits ist jedoch zu beachten, dass nicht immer dann grundsätzlich bereits gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, sofern die Arbeitnehmerüberlassung nicht aus karitativen, gemeinnützigen oder sonstigen ideellen Zwecken erfolgt. Allerdings bedarf es bei Gesellschaften, die mit der Arbeitnehmerüberlassung solche Zwecke nicht verfolgen, einer besonderen Begründung, warum trotz der hier ausweislich des Handelsregistereintrages konkret vorhandenen Absicht gewerbsmäßiger Betätigung eine Gewinnerzielungsabsicht nicht vorliegt. So mag es durchaus sein, dass eine Herausnahme aus dem Anwendungsbereich des AÜG auch für solche Gesellschaften beziehungsweise Verleiher gerechtfertigt ist, die als rechtlich selbständige Beschäftigungsgesellschaften von mehreren an gemeinsamer Personalbeschaffung interessierten Unternehmen gegründet werden (Schüren/Hamann, AÜG § 1 Rn. 319). In diese Richtung geht auch die Argumentation des 7. Senats des Bundesarbeitsgerichts, wonach eine im Konzern zur Vereinheitlichung der Arbeitsrechtsbeziehung gebildete Personalführungsgesellschaft jedenfalls dann nicht auf Gewinnerzielung angelegt ist, wenn sie als Serviceagentur und ausgelagerte Personalabteilung auf Selbstkostenbasis betrieben wird, um die angeschlossenen Konzernunternehmen bei der formalen Abwicklung von Arbeitsverträgen zu unterstützen. Bei einer solchen Personalführungsgesellschaft besteht der Zweck der Gesellschaft 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 dann die Selbstkosten erstatten, so ist es ohne weiteres nachvollziehbar, dass insoweit eine Gewinnerzielungsabsicht zu verneinen ist.

(4) Mit einer solchen vom Zweck der Personalführung geprägten Gesellschaft ist die H. jedoch nicht vergleichbar. Die H. erbringt für die Konzernunternehmen keine Serviceleistungen. Die H. beschafft für die Konzerngesellschaften kein Personal auf dem Arbeitsmarkt. Sie unterstützt sie auch nicht bei der Abwicklung der Arbeitsverträge. Diese tatsächlichen Tätigkeiten werden alle ausgeführt von den dafür zuständigen Mitarbeitern der Konzernmutter. Die dortigen Mitarbeiter sind zuständig für die Stellenausschreibung, die Tätigkeiten bei der Einstellung und Einführung neuer Mitarbeiter, für das Anlegen und Führen von Personalakten, für die Bearbeitung von Arbeits-, Urlaubs- und Fehlzeiten der Mitarbeiter, für die Aus- und Weiterbildung, für die Per-

sonaldatenverwaltung, Entgeltabrechnung, Sozialverwaltung, Personalstatistik, behördliches Meldewesen und für die Finanzbuchhaltung. All diese Tätigkeiten gehören zum Leistungsumfang des Geschäftsbesorgungsvertrages zwischen H. und der V.. Mit anderen Worten: Die H. erbringt überhaupt keine Serviceleistung durch andere Mitarbeiter, sondern sie lässt diese erbringen durch ihre Konzernmutter, die V..

Betrachtet man die H. jedoch trotzdem als eine Personalführungsgesellschaft, so hat sie sich bisher jedenfalls lediglich mit der Maßgabe dargestellt, dass sie durch ihre Existenz als juristische Person die Möglichkeit eröffnet, Mitarbeiter, die der P. beziehungsweise G. tatsächlich eingesetzt werden, zu anderen materiellen Bedingungen zu beschäftigen als jene Mitarbeiter bei der P./G. GmbH. Der Zweck der Arbeitnehmerüberlassung durch die H. besteht also nicht in der Vereinheitlichung von Arbeitsbedingungen und in der Beschaffung von Arbeitskräften auf dem Markt durch eigene Mitarbeiter als Dienstleistung für Konzernunternehmen, sondern allein darin, die Kostenstruktur im Konzern zu verbessern.

(5) Dies rechtfertigt es, insoweit bezogen auf die Tätigkeit beziehungsweise die Existenz der H. auch von mittelbarer Gewinnerzielungsabsicht auszugehen. Bei der Feststellung einer unmittelbaren oder mittelbaren Gewinnerzielungsabsicht kann – insoweit schließt sich die erkennende Kammer der Auffassung der 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts (3 TaBV 8/08) an – angesichts der gewählten Konzernstrukturen hier nicht allein auf die Absichten der H. abgestellt werden. Vielmehr ist angesichts der gewählten Gestaltungsform der Arbeitnehmerüberlassung, der Personalführung und der Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in diesem Konzern auch auf die sich ergebende Gewinnerzielungsabsicht der P. und der Konzernmutter abzustellen.

Im Rahmen konzernerneigener Personalüberlassung kann bei der Prüfung, ob eine als Wirtschaftsunternehmen deklarierte, über keine eigenen Betriebsmittel und keine Personalabteilung verfügende Personalüberlassungsgesellschaft bei der Arbeitnehmerüberlassung mit Gewinnerzielungsabsicht handelt, nicht nur auf den Verleiher abgestellt werden. Gibt der konzerninterne Verleiher nur seinen Namen für die Arbeitnehmerüberlassung her und handelt er im Übrigen weder konzernintern noch am

Markt durch eigene Mitarbeiter selbst, sondern nur durch die Konzernmutter, so ist bei der Feststellung der Gewinnerzielungsabsicht auf deren Gewinnerzielungsabsichten abzustellen. Spätestens bei ihr entsteht durch die Gründung des konzerneigenen Verleihunternehmens ein mittelbar aus der Arbeitnehmerüberlassung entspringender Gewinn aus niedrigeren Lohnkosten, absetzbaren Personalverwaltungskosten, niedrigerem Arbeitgeberrisiko und geringeren Anwesenheitsprämien aufgrund unterschiedlicher arbeitsvertraglicher Zugehörigkeit der Busfahrer. Dieser wirtschaftliche Vorteil wirkt sich auf den Konzern und damit auch auf die zugehörigen Gesellschaften aus, also auch auf die H..

4. Der Betriebsrat hat sich auch auf diesen Zustimmungsverweigerungsgrund in seiner Stellungnahme berufen, wenn er dort ausführt, die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung sei nur zulässig, wenn der Arbeitgeber eine Erlaubnis habe. Damit will er erkennbar das Fehlen der Erlaubnis rügen und insoweit einen Gesetzesverstoß gegen § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG geltend machen.

Nach alledem ist die Zustimmung des Betriebsrates gemäß § 99 Abs. 4 BetrVG nicht zu ersetzen.

Die Rechtsbeschwerde wird wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen.

gez. ...

gez. ...

gez. ...