

# VOLLTEXTSERVICE

## ***Personalüberlassung durch gemeinnützige Körperschaften ist genehmigungspflichtig***

***LArbG Baden-Württemberg, Beschluss vom 11.02.2016, Az. 3TaBV 2/14***

### **Gründe**

Der zu 1 beteiligte Betriebsrat verlangt die Beteiligung an der Dienstplanerstellung für Küchenmitarbeiter, die die zu 2 beteiligte Arbeitgeberin der zu 3 beteiligten I. GmbH im Wege der Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD überlassen hat.

Der antragstellende Betriebsrat (künftig: Beteiligter zu 1) ist der bei der Arbeitgeberin (künftig: Beteiligte zu 2) gebildete Betriebsrat. Die Beteiligte zu 2, die seit 16. Dezember 2011 über eine zunächst befristet, ab dem 16. Dezember 2014 unbefristet erteilte Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt und den TVöD auf die Arbeitsverhältnisse der bei ihr Beschäftigten anwendet, betrieb am Standort R. eine Zentralküche, deren Aufgabenfeld sich von der reinen Essensversorgung der dort zu betreuenden Heimbewohner dahin verlagert hatte, dass zunehmend Kantinen in Behörden und Firmen, Kindertagesstätten und Schulen versorgt und beliefert wurden. Vor diesem Hintergrund gliederte die Beteiligte zu 2 mit Wirkung ab dem 1. Januar 2012 den Bereich Küche und Catering aus und übertrug ihn auf die damals noch in Gründung befindliche gemeinnützige I. GmbH (künftig: Beteiligte zu 3), deren Alleingesellschafterin die Beteiligte zu 2 ist. In diesem Zusammenhang schlossen die Beteiligten die „Betriebsvereinbarung Ausgliederung Küche und Catering sowie Personalgestellung (zugleich Interessenausgleich und Sozialplan)“ vom 23. November 2011 (künftig: BV Ausgliederung, Bl. 7-10 d. ArbG-Akte) folgenden Inhalts:

### **„§1 Rechte der Mitarbeiter**

(1) Die Übertragung des Geschäftsbereichs Küche und Catering in den Außenstellen führt zu einem Teilbetriebsübergang nach § 613 a BGB. Sämtliche Arbeitsverhältnisse des Geschäftsbereichs gehen mit Wirksamwerden der Ausgliederung mit allen Rechten und Pflichten nach Maßgabe des § 613 a Abs. (1) BGB inhaltlich unverändert auf die zu gründende Integrationsfirma I. über.

(2) Die vom Betriebsübergang betroffenen Mitarbeiter werden rechtzeitig zuvor durch ein Unterrichtungsschreiben unter Beachtung der inhaltlichen Anforderungen gem. § 613 a Abs. (5) BGB hiervon in Textform informiert. Auf das Widerspruchsrecht gem. § 613 a Abs. (6) BGB wird hingewiesen.

### **WINHELLER**

#### **Rechtsanwaltsgesellschaft mbH**

Tower 185

Friedrich-Ebert-Anlage 35-37

60327 Frankfurt am Main

Tel.: +49 (0)69 76 75 77 80

Fax: +49 (0)69 76 75 77 810

E-Mail: [info@winheller.com](mailto:info@winheller.com)

Internet: [www.winheller.com](http://www.winheller.com)

Frankfurt | Karlsruhe | Berlin

Hamburg | München

(3) Mitarbeiter, die dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung gem. § 613 a Abs. (6) BGB widersprechen, bleiben Arbeitnehmer der L..

(4) Ungeachtet dessen, dass die Zustimmung der betroffenen Mitarbeiter zu ihrer Personalgestellung an die zu gründende Integrationsfirma nicht erforderlich ist, werden die L. und der BR gemeinsam darauf hinwirken, dass die betroffenen Mitarbeiter der Personalgestellung im Fall des Widerspruchs zustimmen.

## §2 Personalgestellung

(1) Mitarbeiter, die dem Teilbetriebsübergang widersprechen, werden der zu gründenden Integrationsfirma durch die L. auf der Grundlage von § 4 Abs. (3) TVöD zur Dienstleistung überlassen.

(2) Die Mitarbeiter bleiben unbeschadet ihrer Dienstleistung für die zu gründende Integrationsfirma Beschäftigte der L.. Die für das Arbeitsverhältnis mit der L. geltenden gesetzlichen und tariflichen Bestimmungen sowie die arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten gelten weiter.

(3) Die Mitarbeiter unterliegen während der Personalgestellung dem Direktionsrecht der zu gründenden Integrationsfirma, der auch die Erfüllung der Arbeitgeberpflichten obliegt.

Der Integrationsfirma ist das dienstaufsichtliche Weisungsrecht übertragen, soweit es für den störungsfreien Ablauf erforderlich ist. Das Direktionsrecht für die personalgestellten Mitarbeiter beinhaltet insbesondere die Einhaltung der Arbeitszeit, die Gewährung von Erholungsurlaub und die Entscheidung über Arbeitsbefreiung, während die Personalaktenführung und die abschließende Entscheidung über personalrechtliche Angelegenheiten (z. B. Abmahnung, Kündigung) weiterhin bei der L. liegt.

(4) Für die personalgestellten Mitarbeiter gilt im Hinblick auf ihre Arbeitszeit die Betriebsvereinbarung „Arbeitszeit Küche und Außenstellen“ vom 24.11.2011.

(5) Endet die Personalgestellung aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung von L. innerhalb der nächsten 6 Jahre nach Abschluss dieser Vereinbarung, erhalten die bisher personalgestellten Mitarbeiter ein Angebot der Integrationsfirma, auf der Grundlage der bis zu diesem Zeitpunkt erworbenen Rechte nach Maßgabe der Bestimmungen des TVöD-B übernommen zu werden; keine Verpflichtung zur Übernahme auch während dieses Zeitraums besteht insbesondere bei Auslaufen eines befristeten Arbeitsverhältnisses personalgestellter Mitarbeiter oder Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem personalgestellten Mitarbeiter aus verhaltens- und/oder personenbedingten Gründen.

## §3 Rechte des Betriebsrats

(1) Der BR wird für den Fall, dass die von dem Teilbetriebsübergang betroffenen Mitarbeiter dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf die Integrationsfirma widersprechen, der Personalgestellung i.S. von § 2 Abs. (1) dieser Vereinbarung zustimmen.

(2) Der BR bleibt für die personalgestellten Mitarbeiter weiterhin zuständig.

(3) Für die dem Teilbetriebsübergang nicht widersprechenden Mitarbeiter und die bei der zu gründenden Integrationsfirma neu eingestellten Arbeitnehmer bleibt der Betriebsrat im Rahmen des Übergangsmandats bis zur Wahl eines eigenen Betriebsrats bei der Integrationsfirma zuständig, längstens jedoch bis zum 31.12.2012.

(4) Die Betriebsparteien sind sich darüber einig, dass die L. (Betrieb R.) und die Integrationsfirma I. keinen gemeinsamen Betrieb mehrerer rechtlich selbstständiger Unternehmen bilden, weshalb die Zuständigkeit des BR für die Mitarbeiter der Integrationsfirma mit Beendigung des Übergangsmandats erlischt.

#### § 4 Interessenausgleich und Sozialplan

(1) Diese Betriebsvereinbarung enthält zugleich abschließend die Regelungen über die Durchführung von Maßnahmen im Zusammenhang mit der Übertragung des Küchenbereichs einschließlich Catering in den Außenstellen auf die Integrationsfirma (Interessenausgleich).

(2) Soweit mit der Übertragung des Küchenbereichs einschließlich Catering in den Außenstellen auf die Integrationsfirma Nachteile für die Mitarbeiter verbunden sind, erfolgt deren Ausgleich oder Milderung abschließend durch die Regelungen unter § 2 dieser Betriebsvereinbarung (Sozialplan).

#### § 5 Schlussbestimmungen

(1) Soweit I. durch diese Betriebsvereinbarung gem. § 2 Abs. (6) verpflichtet wird, tritt sie der Betriebsvereinbarung bei.

(2) Diese Betriebsvereinbarung tritt mit ihrer Unterzeichnung in Kraft.

(3) Die Betriebsvereinbarung endet ohne Nachwirkung mit Ablauf des 31.12.2017.“

Außerdem schlossen die Beteiligten zu 1 und zu 2 eine „Regelungsabrede über die Arbeitsbedingungen der in der Küche und im Catering Beschäftigten bei der I. GmbH i.G.“ vom 23. November 2011, wegen deren Wortlauts auf Bl. 11-18 der ArbG-Akte Bezug genommen wird.

Der in der BV Ausgliederung genannte § 4 Abs. 3 TVöD lautet wie folgt:

„§ 4 Versetzung, Abordnung, Zuweisung, Personalgestellung

...(3) Werden Aufgaben der Beschäftigten zu einem Dritten verlagert, ist auf Verlangen des Arbeitgebers bei weiter bestehendem Arbeitsverhältnis die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung bei dem Dritten zu erbringen (Personalgestellung). § 613 a BGB sowie gesetzliche Kündigungsrechte bleiben unberührt.

Protokollerklärung zu Absatz 3:

Personalgestellung ist - unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses - die auf Dauer angelegte Beschäftigung bei einem Dritten. Die Modalitäten der Personalgestellung werden zwischen dem Arbeitgeber und dem Dritten vertraglich geregelt.“

Im Betrieb der Beteiligten zu 2 existiert weiterhin eine zwischen dieser und dem Beteiligten zu 1 abgeschlossene „Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit Küche und Außenstellen“ vom 23./24. November 2011 (künftig: BV Arbeitszeit, Bl. 19-26 d. ArbG-Akte) die auszugsweise wie folgt lautet:

#### § 1 Geltungsbereich

Die Vereinbarung findet Anwendung auf alle in der Zentralküche und Außenstellen tätigen Köche, Beiköche und Küchenhelfer im Sinne des § 5 Abs. (1) BetrVG. Sie gilt nicht für leitende Angestellte.

#### § 2 Arbeitszeit

(1) Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit richtet sich nach den jeweils gültigen Bestimmungen des TVöD-B. Sie beträgt zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser Vereinbarung 39 Stunden wöchentlich, regelmäßig verteilt auf fünf Tage....

#### § 4 Zeitausgleichskonto

(1) Für jeden Mitarbeiter wird ein persönliches Zeitausgleichskonto, welches kein Arbeitszeitkonto im Sinne von § 10 TVöD-B ist, eingerichtet. Ausgehend von der vertraglich vereinbarten Wochenarbeitszeit (= Nullsaldo) werden Zeitguthaben und Zeitschulden verbucht.

(2) Die höchstzulässige Zeitschuld beträgt 30 Stunden für Vollzeitbeschäftigte. Das höchstzulässige Zeitguthaben beträgt 60 Stunden für Vollzeitbeschäftigte. Die höchstzulässigen Zeitguthaben bzw. Zeitschulden für Teilzeitbeschäftigte werden entsprechend der mit ihnen vereinbarten Arbeitszeit reduziert....

(4) Das Zeitausgleichskonto wird mit einer Ampelfunktion mit insgesamt 5 Phasen versehen, die für Mitarbeiter und deren Vorgesetzte unterschiedlich strenge Handlungspflichten zum Abbau einer Zeitschuld oder eines Zeitguthabens auslösen....

#### § 6 Dienstplanerstellung/Personaleinsatzplanung

(1) Dienstpläne werden in der Regel für den Zeitraum eines Kalendermonats erstellt. Diese regulären Dienstpläne werden dem BR spätestens zwei Wochen, Sonderdienstpläne unverzüglich, spätestens aber eine Woche vor Dienstplanbeginn zur Genehmigung vorgelegt.

Erhebt der BR innerhalb von einer Woche keine Einwendungen, gilt der Dienstplan als genehmigt.

...(5) Änderungen des Dienstplans, die dazu führen, dass der rote oder dunkelblaue Bereich im Sinne von § 4 Abs. (4) erreicht wird oder Mitarbeiter sich im roten oder dunkelblauen Bereich bewegen, bedürfen in jedem Einzelfall der vorherigen Zustimmung des BRs und modifizieren im Fall der Zustimmung den regulären Dienstplan....

#### § 8 Schlussbestimmungen

(1) Diese Betriebsvereinbarung tritt am 01.01.2012 in Kraft. ...

(2) Die Betriebsvereinbarung kann von beiden Seiten mit einer Frist von drei Monaten zum Ende des Ausgleichszeitraums gekündigt werden....“

Am 26. November 2012 unterzeichneten die Beteiligten zu 1 und zu 2 einen rückwirkend zum 01. Januar 2012 in Kraft getretenen Nachtrag zur BV Arbeitszeit (Bl. 27 der ArbG-Akte).

Die am 01. Januar 2012 bei der Beteiligten zu 2 beschäftigten Küchenmitarbeiter (2 Köche und 6 weitere Küchenmitarbeiterinnen) widersprachen dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf die Beteiligte zu 3 im Rahmen des stattfindenden Teilbetriebsübergangs. Die Beteiligte zu 2 setzt diese Küchenmitarbeiter seit 01. Januar 2012 im Rahmen der Gestellung gem. § 4 Abs. 3 TVöD bei der Beteiligten zu 3 ein.

Mitte Dezember 2012 wurde bei der Beteiligten zu 3 ein Betriebsrat, der frühere Beteiligte zu 4, gewählt, der am 14. Juni 2013 mit der Beteiligten zu 3 eine Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit Küche und Außenstellen (Bl. 36-41 d. LAG-Akte) schloss. Die Amtszeit des bei der Beteiligten zu 3 gebildeten Betriebsrats endete im Mai 2014, eine Betriebsratsneuwahl fand dort nicht mehr statt.

Nachdem die Dienstplaneinteilung der von der Beteiligten zu 2 an die Beteiligte zu 3 gestellten Küchenmitarbeiter dazu geführt hatte, dass diese mit dem Stand ihres Arbeitszeitkontos in den roten Bereich des Zeitausgleichskontos nach § 4 der BV Arbeitszeit geraten waren, widersprach der Beteiligte zu 1 den ihm von der Beteiligten zu 2 übermittelten Dienstplänen für die Monate Dezember 2013 und Januar 2014. Dennoch setzte die Beteiligte zu 2 diese Dienstpläne einseitig in Kraft und setzte die betroffenen Küchenmitarbeiter dem Dienstplan entsprechend ein. Daraufhin leitete der Beteiligte zu 1 am 20. Januar 2014 das vorliegende Beschlussverfahren ein.

Der Beteiligte zu 1 hat vorgetragen:

Er sei auch für die gestellten Küchenmitarbeiter im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 BetrVG zuständig, wie sich aus dem Beschluss des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 17. April 2013 (4 TaBV 7/12) ergebe. Die Beteiligte zu 2 habe mehrfach Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit der gestellten Küchenmitarbeiter einseitig festgesetzt, ohne das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zu beachten. Dem Betriebsrat stehe im Bereich der sozialen Mitbestimmung ein allgemeiner Unterlassungsanspruch gegen mitbestimmungswidrig durchgeführte Maßnahmen zu; ein grober Verstoß sei insoweit nicht erforderlich. Die Zwangsmittellandrohung nach § 890 ZPO könne mit dem Antrag im Erkenntnisverfahren verbunden werden. Mit den Anträgen unter II. begehre er die Durchführung der BV Arbeitszeit. Dieser Anspruch bestehe unabhängig von einem etwaigen allgemeinen Unterlassungsanspruch. Die Beteiligte zu 2 habe durch entsprechende Dienstplangestaltung dafür Sorge zu tragen, dass der in § 4 Abs. 4 der BV-Arbeitszeit definierte rote Bereich für den Mitarbeiter unverzüglich verlassen werde; dies könne nur durch entsprechende Dienstplangestaltung geschehen. Die Passivlegitimation der Beteiligten zu 2 für die hier streitgegenständliche Maßnahme ergebe sich aus § 3 Abs. 2 der BV-Ausgliederung, wonach der Beteiligte zu 1 für die personalgestellten Mitarbeiter weiterhin zuständig bleibe.

Der Beteiligte zu 1 hat beantragt:

I. 1. Der Beteiligten zu 2 wird aufgegeben, es zu unterlassen, Dienstpläne bezüglich der der Beteiligten zu 3 gestellten Arbeitnehmer, mit Ausnahme leitender Angestellter, einseitig in Kraft zu setzen, obwohl der Beteiligte zu 1 innerhalb einer Woche nach Vorlage des Dienstplans Einwendungen erhoben hat.

2. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung aus Ziffer 1 wird der Beteiligten zu 2 pro Tag und pro betroffenem Arbeitnehmer ein Ordnungsgeld angedroht, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, ersatzweise Ordnungshaft.

II. 1. Der Beteiligten zu 2 wird aufgegeben, für die an die Beteiligte zu 3 gestellten Köche bei Überschreiten des höchstzulässigen Zeitguthabens von 80 Stunden gem. § 4 der Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit Küche und Außenstellen vom 23./24.11.2011 zwischen dem Beteiligten zu 1 und der Beteiligten zu 2 sowie dem Nachtrag zur Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit Küche und Außenstellen vom 26.11.2012 zwischen dem Beteiligten zu 1 und der Beteiligten zu 2 bei Vorliegen der Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer, die 80 Stunden überschreitenden Zeitguthaben mit der nächsten Gehaltsabrechnung den betroffenen Arbeitnehmern finanziell abzugelten.

2. Der Beteiligten zu 2 wird aufgegeben, die an die Beteiligte zu 3 gestellten Köche, die einem finanziellen Ausgleich von Zeitguthaben nicht zugestimmt haben sowie die der Beteiligten zu 3 gestellten Küchenmitarbeiter, die sich nach § 4 der Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit Küche und Außenstellen vom 23./24.11.2011 zwischen den Beteiligten zu 1 und der Beteiligten zu 2 sowie des Nachtrags zur Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit Küche und Außenstellen vom 26.11.2012 zwischen dem Beteiligten zu 1 und der Beteiligten zu 2 im roten Bereich befinden, im nächstfolgenden Dienstplan so einzuplanen, dass diese nicht mehr den roten Bereich erreichen.

3. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung aus II. Ziff. 1. und 2. wird der Beteiligten zu 2 pro Tag und pro betroffenem Arbeitnehmer ein Ordnungsgeld angedroht, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, ersatzweise Ordnungshaft.

Die Beteiligten zu 2 und 3 haben beantragt,

die Anträge des Beteiligten zu 1 zurückzuweisen.

Sie haben vorgetragen: Nach dem Teilbetriebsübergang des Küchenbereichs einschließlich Catering auf die Beteiligte zu 3 und dem Widerspruch der betroffenen Arbeitnehmer bleibe die Beteiligte zu 2 kraft Fortbestehens der Arbeitgeberstellung für das „Grundverhältnis“ der personalgestellten Arbeitnehmer zuständig. Im Hinblick auf das „Betriebsverhältnis“ und damit unter anderem für Mitbestimmungsrechte gem. §§ 87, 88 BetrVG für die personalgestellten Arbeitnehmer bestehe jedoch keine Zuständigkeit des Beteiligten zu 1. Die Beteiligte zu 2 sei nicht passivlegitimiert, da Betreiberin der Zentralküche sowie der Außenstellen und damit zuständig für mitbestimmungspflichtige Maßnahmen im Sinne von § 87 BetrVG sowohl im Hinblick auf die eigenen als auch die personalgestellten Arbeitnehmer die Beteiligte zu 3 sei. Die Vorschrift des § 4 Abs. 3 TVöD sei eine dem Sozialschutz der Arbeitnehmer dienende Bestimmung mit der Folge, dass die dauerhafte Personalgestaltung aufgrund teleologischer Reduktion von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG zulässig sei, sofern eine behördliche Erlaubnis vorliege. Da die Personalgestaltung nicht unwirksam sei, habe eine wirksame Übertragung des Direktionsrechts auf die Beteiligte zu 3 stattgefunden; mithin bestehe mit dieser ein Betriebsverhältnis. Die Personalgestaltung erfolge im Übrigen auch nicht im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit. Somit sei der Beteiligte zu 1 nicht aktivlegitimiert.

Das Arbeitsgericht hat unter Zurückweisung der Anträge im Übrigen dem Antrag I. 1. mit Beschluss vom 22. Mai 2014 stattgegeben und der Beteiligten zu 2 für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die ausgesprochene Verpflichtung ein Ordnungsgeld von bis zu 10.000,- EUR angedroht. Zur Begründung hat es, soweit es dem Antrag zu 1 unter Ordnungsgeldandrohung stattgegeben hat, ausgeführt: Dem Beteiligten zu 1 stehe auf der Grundlage der BV-Arbeitszeit ein Anspruch auf Unterlassung des Inkraftsetzens von Dienstplänen, gegen die der Beteiligte zu 1 inner-

halb einer Woche nach Vorlage Einwendungen erhoben habe, bezüglich der personalgestellten Arbeitnehmer zu. Die Beteiligte zu 2 habe bezüglich des Dienstplans für den Dezember 2013 gegen § 6 BV-Arbeitszeit verstoßen. Die Wiederholungsgefahr ergebe sich aus dem Umstand, dass sie den Dienstplan für Januar 2014 wiederum trotz der Einwendungen des Beteiligten zu 1 in Kraft gesetzt habe. Selbst bei unterstellter Wirksamkeit der Personalgestaltung gelte die BV-Arbeitszeit für die personalgestellten Arbeitnehmer jedenfalls bis 31. Dezember 2017 fort, wie sich aus § 2 Abs. 4 der BV-Ausgliederung ergebe. Eine Beschränkung auf die Zeit des Übergangsmandats des Beteiligten zu 1 gehe aus der BV-Ausgliederung nicht hervor. Durch § 2 Abs. 4 BV-Ausgliederung habe ausgeschlossen werden sollen, dass ein bei der Beteiligten zu 3 gebildeter Betriebsrat aufgrund der ihm obliegenden Entscheidungsbefugnis bezüglich der in der BV-Arbeitszeit geregelten Sachverhalte auch für die personalgestellten Arbeitnehmer gültige von der BV-Arbeitszeit abweichende Vereinbarungen mit der Beteiligten zu 3 treffen könnte. Als Alleingesellschafterin und auch wegen der bestehenden Geschäftsführeridentität sei es der Beteiligten zu 2 ohne weiteres möglich, die Entscheidungsbefugnis bezüglich der in der BV-Arbeitszeit für die personalgestellten Arbeitnehmer geregelten Sachverhalte so zu regeln, dass diese bei ihr bestehen bleibe und sie so ihren Verpflichtungen aus der BV-Arbeitszeit nachkommen könne. Dem Antrag auf Androhung eines Ordnungsgeldes, nicht aber auf Ordnungshaft sei ohne Weiteres stattzugeben gewesen.

Gegen den ihnen am 4. Juni 2014 zugestellten arbeitsgerichtlichen Beschluss vom 22. Mai 2014 haben die Beteiligten zu 2 und zu 3 am 6. Juni 2014 Beschwerde eingelegt, die sie am 4. August 2014 begründet haben.

Die Beteiligten zu 2 und zu 3 tragen vor:

§ 2 Abs. 4 der BV-Ausgliederung konkretisiere die Pflicht und auch das Recht der Beteiligten zu 3, auf die Einhaltung der Arbeitszeit zu achten; mitnichten ergebe sich im Umkehrschluss aus dieser Bestimmung, dass die Beteiligte zu 2 für die Dienstplanerstellung zuständig bleiben sollte. § 2 Abs. 4 der BV-Ausgliederung verweise nur insoweit auf die §§ 2 und 3 der BV-Arbeitszeit als dort die Ruhepausen niedergelegt seien, die nicht zur Arbeitszeit gehörten, dagegen nicht auf § 6 der BV-Arbeitszeit. Auch der in § 5 Abs. 3 BV-Ausgliederung geregelten Laufzeit der Betriebsvereinbarung sei nicht zu entnehmen, dass der Beteiligte zu 1 bis Ende 2017 für die Dienstplanerstellung der personalgestellten Arbeitnehmer zuständig bleiben sollte, denn § 5 Abs. 3 der BV-Ausgliederung stehe ersichtlich im Zusammenhang mit deren § 2 Abs. 5. In § 3 Abs. 3 der BV-Ausgliederung sei lediglich deklaratorisch aufgenommen worden, dass der Beteiligte zu 1 für die personalgestellten Arbeitnehmer weiterhin im Rahmen seiner Zuständigkeit aus dem Grundverhältnis zuständig bleibe. Für die personalgestellten Arbeitnehmer könne nichts anderes als für in den Entleiherbetrieb eingegliederte Leiharbeiter gelten, auf die die im Entleiherbetrieb auf der Grundlage von § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG geschlossenen Betriebsvereinbarungen anwendbar seien. Unerheblich sei, dass irrtümlich die Auffassung bestanden habe, den Beteiligten zu 1 beteiligen zu müssen. Die Personalgestaltung wäre sinnlos, wenn der Dritte dem personalgestellten Arbeitnehmer im sogenannten „Betriebsverhältnis“ keine Weisungen dazu erteilen könnte, wie er seine Arbeit zu verrichten habe; die Übertragung des Weisungsrechts finde nur da ihre Grenze, wo das weiterbestehende Arbeitsverhältnis als solches (Grundverhältnis) betroffen sei, zB. bei beabsichtigten Kündigungen, die das Beteiligungsrecht des Beteiligten zu 1 nach § 102 BetrVG auslösten. Im Unterschied zu der vom Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg in seinem Beschluss vom 17. April 2013 (4 TaBV 7/12) zu beurteilenden Fallkonstellation handele es sich bei der vorliegenden Personalgestaltung zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen um einen Teilbetriebsübergang. § 4 Abs. 3 TVöD diene dem Schutz der personalgestellten Arbeitnehmer, da der Vertragsarbeitgeber die Arbeitnehmer mangels Aufgabe nicht mehr beschäftigen könne und sie ohne die Gestellung betriebsbedingt gekündigt werden müssten. Die Beteiligten zu 2 und zu 3 könnten sich auch auf das Konzernprivileg des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG berufen. Die Nichtanwendbarkeit des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes auf konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung in Fällen, in denen die Arbeitnehmer nicht zu Zwecken der Überlassung eingestellt

werden, gelte nicht nur für Fälle im Übrigen an sich zulässiger, wenngleich erlaubnispflichtiger Arbeitnehmerüberlassungen, sondern auch für Fälle der dauerhaften Überlassung. Denn Hintergrund für die Herausnahme der konzerninternen Überlassung von Arbeitnehmern aus dem Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes durch § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG sei die Einschätzung des Gesetzgebers, dass bei diesen Gestaltungen - wie im Übrigen auch in den Fällen des § 4 Abs. 3 TVöD - eine soziale Gefährdung der Arbeitnehmer nicht gegeben sei. Für die Fallgestaltungen des „Konzernprivilegs“ sei der Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie nicht eröffnet. Leiharbeitnehmer im Sinne der Richtlinie seien gem. deren Art. 3 lit. a nur solche Arbeitnehmer, die den Arbeitsvertrag mit dem Zweck geschlossen haben, als Leiharbeitnehmer überlassen zu werden.

Die Beteiligten zu 2 und zu 3 beantragen:

Der Beschluss des Arbeitsgerichts Reutlingen vom 22. Mai 2014 - Az. 1 BV 1/14 - wird im Hinblick auf die Ziffern 1. und 2. des Tenors abgeändert. Die Anträge Ziff. I. 1. und 2. des Beteiligten zu 1 werden zurückgewiesen.

Der Beteiligte zu 1 beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Der Beteiligte zu 1 trägt vor:

Aus dem klaren Wortlaut von § 2 Abs. 4 der BV-Ausgliederung sei ersichtlich, dass die parallel verhandelte und abgeschlossene BV-Arbeitszeit insgesamt Gültigkeit haben sollte. Unabhängig vom Bestand des Übergangsmandats habe der Beteiligte zu 1 für die personalgestellten Arbeitnehmer weiter zuständig bleiben sollen, wie sich aus der Gegenüberstellung von § 3 Abs. 2 BV-Ausgliederung einerseits und dessen Abs. 3 andererseits ergebe. § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG sei im Hinblick auf die Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit so zu lesen, dass das Gesetz nicht anzuwenden sei, wenn Ver- und Entleiher demselben Konzern angehörten und die Arbeitnehmerüberlassung vorübergehend erfolge. Auch im Konzerninnenverhältnis sei eine Personalgestaltung als dauerhafte Überlassung in Ansehung des EG-Gemeinschaftsrechts nicht zulässig.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird gem. §§ 87 Abs. 2, 64 Abs. 6 ArbGG iVm. § 313 Abs. 3 Satz 2 ZPO auf die Schriftsätze der Beteiligten in erster und zweiter Instanz nebst der Anlagen sowie der Protokolle über die Anhörungstermine Bezug genommen.

B.

Die Beschwerde ist unzulässig, soweit sie auch von der Beteiligten zu 3 eingelegt wurde. Die Beteiligte zu 3 ist durch die arbeitsgerichtliche Entscheidung nicht beschwert. Die insoweit unrichtig erteilte Rechtsmittelbelehrung im arbeitsgerichtlichen Beschluss führt nicht zur Zulässigkeit der nicht statthafter Beschwerde (BAG 22. Juni 2008 - 3 AZB 26/08 - BAGE 127, 173).

C.

Die von der Beteiligten zu 2 eingelegte Beschwerde ist gem. § 87 Abs. 1 ArbGG statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 87 Abs. 2, 66 Abs. 1, 89 Abs. 2 ArbGG).



D.

Die Beschwerde der Beteiligten zu 2 ist in der Sache unbegründet.

I.

Der Beteiligte zu 1 kann sein Unterlassungsbegehren allerdings nicht wie vom Arbeitsgericht angenommen auf § 2 Abs. 4 der BV-Ausgliederung stützen, wonach für die personalgestellten Arbeitnehmer im Hinblick auf ihre Arbeitszeit die BV-Arbeitszeit gelten soll. Das Arbeitsgericht ist insoweit davon ausgegangen, dass sich ungeachtet der Frage der Wirksamkeit der Personalgestaltung die Beteiligte zu 2 gegenüber dem Beteiligten zu 1 verpflichtet habe, bezüglich der personalgestellten Arbeitnehmer weiterhin bis zum 31. Dezember 2017 die BV-Arbeitszeit zur Anwendung zu bringen. Dem ist nicht zu folgen. Die Frage der Wirksamkeit der Personalgestaltung kann hier nicht offen bleiben, denn eine wirksame Personalgestaltung würde dazu führen, dass die personalgestellten Arbeitnehmer bezüglich des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG den Regelungen der zwischen der Beteiligten zu 3 und deren Betriebsrat abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen unterfielen (vgl. BAG 19. Juni 2001 - 1 ABR 43/00 - BAGE 98, 60; LAG Hessen 3. Dezember 2013 - 7 TaBV 89/13 - juris; Hinrichs/Wenzel/Knoll ZTR 2014, 68, 73). Es bedarf einer - hier nicht vorliegenden - besonderen gesetzlichen Anordnung, um die Zuständigkeit eines für einen Betrieb gewählten Betriebsrats zu verändern (BAG 17. September 2013 - 1 ABR 21/12 - BAGE 146, 89; 18. November 2014 - 1 ABR 21/13 - AP BetrVG 1972 § 3 Nr. 12 = EzA BetrVG 2001 § 3 Nr. 8). Die Beteiligten zu 2 und zu 3 führen auch keinen gemeinsamen Betrieb iSd § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG. Folglich wäre die Regelung in § 2 Abs. 4 der BV-Ausgliederung bei wirksamer Personalgestaltung unwirksam, soweit sie eine Bindung der Beteiligten zu 2 an die BV-Arbeitszeit bezüglich der personalgestellten Arbeitnehmer über den Zeitraum des Übergangsmandats des Beteiligten zu 1 hinaus vorsieht.

II.

Dem Unterlassungsbegehren des Betriebsrats war aber stattzugeben, weil § 4 Abs. 3 TVöD, auf den sich die Beteiligte zu 2 bezüglich der Personalgestaltung stützt, wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG unwirksam ist und dies zur Folge hat, dass die Beteiligte zu 2 ihr Weisungsrecht gem. § 106 GewO nicht wirksam auf die Beteiligte zu 3 übertragen hat, mit der weiteren Rechtsfolge, dass die personalgestellten Arbeitnehmer nicht in den Betrieb der Beteiligten zu 3 eingegliedert worden sind und die BV-Arbeitszeit weiterhin auf die Küchenmitarbeiter Anwendung findet.

1. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz ist auf die Personalgestaltung nach § 4 Abs. 3 TVöD anwendbar.

a) Nach § 4 Abs. 3 TVöD ist unter Personalgestaltung die auf Verlangen des Arbeitgebers auf Dauer angelegte Erbringung der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung bei einem Dritten unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses zu verstehen, die zum Anlass hat, dass die Aufgaben des Beschäftigten zu diesem Dritten verlagert worden sind. In der Sache handelt es sich bei der Personalgestaltung somit um eine Personalüberlassung im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (BAG 24. Mai 2012 - 6 AZR 648/10 - ZTR 2012, 515; LAG Baden-Württemberg 17. April 2013 - 4 TaBV 7/12 - ZTR 2013, 618; Gaenslen öAT 2015, 181, 182; Gerdorn öAT 2011, 150; offen gelassen von BVerwG 22. September 2015 - 5 P 12/14 - juris - Rn. 37; a. A. Ruge/von Tiling ZTR 2012, 263). Hiervon geht auch das Bundesministerium des Inneren in mehreren Rundschreiben (u.a. vom 21. Dezember 2011 - D 5-220110/7- und vom 10. Oktober 2013 - DS-31001/4#3) aus.

b) Dem kann nicht mit dem Einwand begegnet werden, dass der Geltungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes im Hinblick auf die Zielsetzung der Personalgestaltung, nämlich Schutz des Arbeitnehmers vor dem neuen Aufgabenträger und Erhalt der angestammten Arbeitsbedingungen, teleologisch zu reduzieren und die Personalgestaltung aus dem Geltungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes auszunehmen sei (so aber OVG Münster 19. September 2014 - 20 A 281/13.PVB - ZTR 2015, 107; DKKW-Trümner 14. Aufl. § 5 Rn. 119; Fieberg NZA 2014, 187, 189 f.). Denn der Zweck der Erlaubnispflicht nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz besteht darin, die Arbeitsbedingungen entliehener Arbeitnehmer abzusichern und die Einhaltung der diesbezüglich aus dem AÜG resultierenden Verpflichtungen einer Kontrolle zu unterstellen, was auch die Überlassung im Rahmen einer Personalgestaltung erfasst (Hinrichs/Wenzel/Knoll ZTR 2014, 68). Die Personalgestaltung kann jedenfalls in betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht zu einer Absenkung des Schutzniveaus für die personalgestellten Arbeitnehmer führen, weil beispielsweise für die Dienstplanerstellung die betriebliche Interessenvertretung - soweit überhaupt vorhanden - des Arbeitgebers zuständig sein soll, dem der Arbeitnehmer infolge der Personalgestaltung zugeordnet wird.

c) Die von der Beteiligten zu 2 an die Beteiligte zu 3 vorgenommene Personalgestaltung ist auch nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG, wonach Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten Arbeitnehmer im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, der Erlaubnis bedürfen, erlaubnispflichtig. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz enthält keine eigene Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit. Vielmehr hat der Gesetzgeber, der mit dem Missbrauchsverhinderungsgesetz die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 19. November 2008 über Leiharbeit (im Folgenden Leiharbeitsrichtlinie) umsetzen wollte (vgl. Bundestagsdrucksache 17/4804 S. 1) den in Art. 1 Abs. 2 der Leiharbeitsrichtlinie verwandten Begriff übernommen. Art. 1 Abs. 2 der Leiharbeitsrichtlinie lautet wie folgt: „Diese Richtlinie gilt für öffentliche und private Unternehmen, bei denen es sich um Leiharbeitsunternehmen oder entleihende Unternehmen handelt, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht“. Unter dem Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit ist nach der Definition des Europäischen Gerichtshofs im Rahmen des Wettbewerbsrechts jede Tätigkeit zu verstehen, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten (EuGH 10. Januar 2006 - C-222/04 - EuZW 2006, 306). Damit wird auch eine ohne Gewinnerzielungsabsicht betriebene Arbeitnehmerüberlassung durch eine gemeinnützige Institution erfasst. Denn diese tritt dabei als Verleiherin in Konkurrenz zu anderen Verleihern und nimmt damit am Wirtschaftsverkehr teil, so dass die Überlassung „im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit“ stattfindet (Lembke DB 2011, 414), was ausreichend ist (Ulber AÜG 4. Aufl. § 1 Rn. 197). Unerheblich ist, ob die Arbeitnehmerüberlassung Hauptzweck des Unternehmens ist oder nur gelegentlich erfolgt (Thüsing/Thieken DB 2012, 347, 349).

Diese Voraussetzungen liegen bei der Beteiligten zu 2 im Hinblick auf die Personalgestaltung an die Beteiligte zu 3 vor, denn die wirtschaftliche Tätigkeit des Überlassenden muss zwar auf den Markt, aber nicht notwendigerweise auf den externen Markt gerichtet sein. Ob ein Marktbezug vorliegt, richtet sich in erster Linie danach, ob die Dienstleistung allgemein auch auf dem Markt angeboten wird und daher bei eigener Ausübung in Konkurrenz zu externen Anbietern steht (Ulber aaO Rn. 204; a. A. Ruge/von Tiling ZTR 2014, 263; differenzierend Bissels in: Tschöpe Arbeitsrecht Handbuch 9. Aufl. D Arbeitnehmerüberlassungsrecht Rn. 3 b). Mit der Überlassung von Küchenpersonal an die Beteiligte zu 3 tritt die Beteiligte zu 2 in Konkurrenz zu anderen Arbeitnehmer mit vergleichbaren Qualifikationen verleihenden Unternehmen und nimmt damit am Wirtschaftsleben teil, weshalb die Überlassung im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit stattfindet (vgl. Lembke DB 2011, 414).

An diesem Ergebnis würde sich im Übrigen auch nichts ändern, wenn man dieses wettbewerbsrechtlich geprägte Verständnis des Begriffs der wirtschaftlichen Tätigkeit für auf die Auslegung der Leiharbeitsrichtlinie nicht übertragbar

hielte. Denn dann müsste dieser Begriff im Hinblick auf den mit der Leiharbeitsrichtlinie verfolgten Arbeitnehmerschutz allenfalls noch weiter ausgelegt werden (vgl. Thüsing/Thieken aaO S. 349).

2. Die Beteiligte zu 2 kann sich nicht auf das sogenannte Konzernprivileg nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG berufen, wonach das AÜG weitestgehend unanwendbar zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG ist, wenn der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt ist.

a) Da die Beteiligte zu 2 Alleingesellschafterin der Beteiligten zu 3 ist, ist allerdings zunächst aufgrund der nicht widerlegten Vermutungswirkung nach §§ 17 Abs. 2, 18 Abs. 1 Satz 3 AktG davon auszugehen, dass die beiden Gesellschaften einen Konzern bilden. Für die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen ist unerheblich, in welcher Rechtsform das herrschende und das beherrschte Unternehmen geführt werden (BAG 11. Februar 2015 - 7 ABR 98/12 - EzA BetrVG 2001 § 54 Nr. 6).

b) Das Konzernprivileg greift aber nicht zugunsten der Beteiligten zu 2 ein, weil die personalgestellten Arbeitnehmer nunmehr dauerhaft zum Zweck der Überlassung beschäftigt werden. Der wenig gelungene Wortlaut des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG ist richtigerweise dahin auszulegen, dass es statt „eingestellt und beschäftigt“ „eingestellt oder beschäftigt“ heißen muss, wie sich aus folgenden Überlegungen ergibt: In der im Referentenentwurf vom 02. September 2010 geplanten Gesetzesfassung erfasste das Konzernprivileg noch die konzerninterne Überlassung von Arbeitnehmern, die „nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt“ werden (Lembke BB 2012, 2497, 2499). Danach kam es auf den Zeitpunkt der Einstellung an, wodurch Umgehungsmöglichkeiten zu einem späteren Zeitpunkt eröffnet waren (Lembke aaO; derselbe DB 2011, 414, 416), etwa durch die nach der Einstellung getroffene Vereinbarung, den Arbeitnehmer künftig nur noch als Leiharbeiter einzusetzen (vgl. Ulber AuR 2010, 412, 414). Mit der jetzt Gesetz gewordenen Fassung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG, wonach „der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt“ werden darf, wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass es nicht allein auf den bei Abschluss des Arbeitsvertrages festgelegten Leistungsinhalt ankommt, sondern auch darauf, dass der Arbeitnehmer nicht später zum Zweck der Überlassung beschäftigt wird (Lembke jeweils aaO), wie sich aus der Gesetzesbegründung (Bundestagsdrucksache 17/4804 S. 8) ergibt, wo ausgeführt wird: „Beide Regelungen, sowohl das Konzernprivileg als auch die gelegentliche Überlassung, beziehen sich auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden. Mit dieser Formulierung wird sichergestellt, dass es nicht allein auf den bei Abschluss des Arbeitsvertrages festgelegten Leistungsinhalt ankommt, sondern auch darauf, dass sie später nicht zum Zweck der Überlassung beschäftigt werden“. Angesichts dieser Gesetzesbegründung müsste es in § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG richtigerweise statt „und“ wohl „oder“ heißen (Bissels in: Tschöpe, Arbeitsrecht Handbuch, 9. Aufl. D Arbeitnehmerüberlassungsrecht Rn. 32 a; Lembke DB 2011 aaO). Nicht privilegiert soll der Fall sein, dass ein Arbeitnehmer zwar nicht als Leiharbeiter eingestellt wurde, später aber ausschließlich an andere Konzernunternehmen überlassen wird, ohne jemals wieder beim Vertragsarbeitgeber beschäftigt zu werden (Ambs in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze AÜG § 1 Rn. 38 a; Hamann RdA 2011, 321, 333; Lembke DB 2011 aaO; unentschieden Vogt, Arbeitsrecht im Konzern, § 6 Arbeitnehmerüberlassung im Konzern Rn. 30). Diese Sachlage ist bei der Personalgestellung jedoch gegeben, weil sie per definitionem wegen Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit beim Vertragsarbeitgeber zum auf Dauer angelegten Dritteinsatz des personalgestellten Arbeitnehmers führen soll.

c) Die in der Literatur (z.B. ErfK/Wank 16. Aufl. § 1 AÜG Rn. 57 mwN) aufgeworfene Frage nach der Vereinbarkeit des Konzernprivilegs mit dem Gemeinschaftsrecht kann hier dahingestellt bleiben (ebenfalls offen gelassen von BAG 20. Januar 2015 - 9 AZR 735/13 - AP TzBfG § 8 Nr. 32 = EzA TzBfG § 8 Nr. 31).

3. Die Personalgestellung ist als verbotene Arbeitnehmerüberlassung zu qualifizieren. Soweit § 4 Abs. 3 TVöD die dauerhafte Überlassung von Arbeitnehmern gestattet, verstößt diese Norm gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG mit der Folge ihrer Unwirksamkeit (so auch LAG Baden-Württemberg 17. April 2013 - 4 TaBV 7/12 - ZTR 2013, 618).

a) § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG bestimmt mit Wirkung ab 1. Dezember 2011, dass die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher vorübergehend erfolgt. Es handelt sich seitdem bei einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung nicht mehr um eine rechtlich zulässige Gestaltung. Die Bestimmung definiert nicht lediglich den Anwendungsbereich des AÜG und sie stellt auch nicht lediglich eine Beschreibung oder einen unverbindlichen Programmsatz dar. Vielmehr handelt es sich um eine verbindliche Rechtsnorm, die von den Rechtsunterworfenen und den Gerichten zu beachten ist. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG untersagt die nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung (BAG 30. September 2014 - 1 ABR 79/12 - EzA BetrVG 2001 § 99 Einstellung Nr. 20 = NZA 2015, 240). Ungeachtet der noch offenen Frage, wie der Begriff „vorübergehend“ im Einzelnen zu konkretisieren ist, liegt jedenfalls dann keine „vorübergehende“ Arbeitnehmerüberlassung mehr vor, wenn sie ohne jegliche zeitliche Begrenzung erfolgt (BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - BAGE 145, 355).

Diesem nationalen Verständnis des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG als Untersagung der nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung steht die Leiharbeitsrichtlinie jedenfalls nicht entgegen (BAG 30. September 2014 - 1 ABR 79/12 - aaO). Diesem Auslegungsergebnis kann auch nicht Art. 4 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie entgegengehalten werden (so aber Rieble/Vielmeier EuZA 2011, 474, 489 f). Denn zum einen zählt Art. 4 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie zu den zulässigen Einschränkungsmöglichkeiten ausdrücklich den Schutz der Leiharbeiter (Hamann RdA 2014, 271, 275). Zum anderen ist Art. 4 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs dahin auszulegen, dass die Bestimmung nur an die zuständigen Behörden des jeweiligen Mitgliedsstaates gerichtet ist und die nationalen Gerichte nicht verpflichtet, alle Bestimmungen des nationalen Rechts unangewendet zu lassen, die Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit enthalten, die nicht aus Gründen des Allgemeininteresses iSv Art. 4 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie gerechtfertigt sind (EuGH 17. März 2015 - C-533/13 - AKT - NZA 2015, 423).

Eine solche zeitlich unbegrenzte und auf Dauer angelegte Arbeitnehmerüberlassung liegt aber bei einer Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD definitionsgemäß vor.

4. Rechtsfolge des Verstoßes gegen das Verbot der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG ist nicht die Unwirksamkeit der zwischen den personalgestellten Arbeitnehmern und der Beteiligten zu 2 begründeten Arbeitsverhältnisse und die Fiktion von Arbeitsverhältnissen zwischen den gestellten Arbeitnehmern und der Beteiligten zu 3 gem. §§ 9 Nr. 1, 10 Abs 1 S. 1 Halbs. 2 AÜG, jedoch führt der Gesetzesverstoß dazu, dass die mit der Personalgestellung bezweckte Erweiterung des Direktionsrechts wegen Unwirksamkeit der tariflichen Regelung des § 4 Abs. 3 TVöD nicht eintritt mit der weiteren Folge, dass eine Eingliederung der personalgestellten Arbeitnehmer in den Betrieb der Beteiligten zu 3 nicht erfolgt ist und der Beteiligte zu 1 für die Ausübung der Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG im Hinblick auf die personalgestellten Arbeitnehmer zuständig bleibt.

a) Im Hinblick auf die der Beteiligten zu 2 mit Wirkung ab 16. Dezember 2011 zunächst befristet erteilte Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis kommt ein Unwirksamwerden der Arbeitsverträge der personalgestellten Arbeitnehmer mit der Arbeitgeberin ab dem 01. Januar 2012 als dem Zeitpunkt des Beginns der Personalgestellung nicht in Betracht.

aa) Ab dem 01. Dezember 2011 als dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Missbrauchsverhinderungsgesetzes handelt es sich bei einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung nicht mehr um eine rechtlich zulässige

Gestaltung. Ein mehr als vorübergehender Einsatz eines Leiharbeitnehmers bei einem Entleiher ist seitdem verboten (BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - BAGE 145, 355). Entleiher und Verleiher, die sich über die nicht nur vorübergehende Überlassung eines Leiharbeitnehmers einigen, verstoßen damit gegen ein gesetzliches Verbot.

bb) Der vorliegende Verstoß der Beteiligten zu 2 gegen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG führt aber nicht zur direkten oder analogen Anwendbarkeit der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG (Hamann RdA 2014, 271, 272; Hamann/Rudnik jurisPR-ArbR 34/2013 Anm. 1). Denn hierfür wäre Voraussetzung, dass der Verleiher überhaupt keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis hat, während es im vorliegenden Fall darum geht, dass er von seiner Erlaubnis einen unzulässigen Gebrauch macht (ErfK/Wank 16. Aufl. § 1 AÜG Rn. 37 f). Auch eine nach dem 30. November 2011 erteilte Überlassungserlaubnis erfasst die nicht nur vorübergehend betriebene Arbeitnehmerüberlassung. Obwohl das Missbrauchsverhinderungsgesetz die zeitliche Dauer der Überlassung eines Arbeitnehmers beschränkt hat, enthält es keine Regelungen über die entsprechende gesetzliche Beschränkung der Wirkung der Überlassungserlaubnis (Hamann, jurisPR - ArbR 14/2015 Anm. 1). Eine Gleichsetzung des Fehlens der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis mit anderen Verstößen entspräche nicht der Systematik des AÜG, das mit der Präventivkontrolle nach § 3 AÜG im verwaltungsrechtlichen Erlaubniserteilungsverfahren sicher stellen will, dass nur seriöse Verleiher die Erlaubnis erhalten. Nach Erlaubniserteilung stellt das AÜG mit der Nichtverlängerung, der Rücknahme und dem Widerruf der Erlaubnis spezielle Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung. Zu diesem Konzept würde die Annahme der Unwirksamkeit der Erlaubnis in Fällen, in denen Bestimmungen des AÜG verletzt werden, in Widerspruch stehen. Die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis erfasst auch den Verleih unter Verstoß gegen das AÜG (so zutreffend Hamann/Rudnik NZA 2015, 449, 451). Die vom Gesetzgeber nicht vorgesehene Sanktion der Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher für den Fall von Verstößen des mit einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis ausgestatteten Verleihers gegen Vorschriften des AÜG kann auch nicht mittels einer Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) herbeigeführt werden (vgl. BAG 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 - BAGE 146, 384). Hinzu kommt, dass der Entleiher durch Einsichtnahme in die Erlaubnis das Risiko ausschließen können soll, dass die Fiktionswirkung der §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG eintritt. Es widerspräche dem Sinn und Zweck der Anknüpfung an das rechtstatsächliche Vorliegen einer Erlaubnis, wenn der Entleiher auch noch rechtssicher beurteilen müsste, inwieweit diese Erlaubnis beschränkt ist und ob diese Beschränkungen eingehalten werden (vgl. Lipinski/Praß BB 2014, 1465, 1467).

b) Der Verstoß der Beteiligten zu 2 gegen das Verbot der nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung führt im vorliegenden Fall aber dazu, dass die mit der Tarifregelung des § 4 Abs. 3 TVöD verbundene Erweiterung des Direktionsrechts des Arbeitgebers gem. § 106 GewO dahingehend, dass der Vertragsarbeitgeber einseitig die Leistungserbringung bei einem Dritten verlangen kann (LAG Baden-Württemberg 17. April 2013 - 4 TaBV 7/12 - ZTR 2013, 618), nicht eintritt. Mangels rechtlicher Grundlage für die Weisung an die personalgestellten Arbeitnehmer, ihre Arbeitsleistung dauerhaft bei der Beteiligten zu 3 zu erbringen und sich deren Weisungsrecht zu unterwerfen, liegt keine Eingliederung dieser Arbeitnehmer in den Betrieb der Beteiligten zu 3 vor. Denn eine solche setzt voraus, dass dem Inhaber des Einsatzbetriebs Weisungsbefugnisse zustehen und er in diesem Sinn eine betriebsverfassungsrechtlich relevante (und sei es partielle) Arbeitgeberstellung einnimmt (vgl. HaKo - BetrVG/Kloppenburger 4. Aufl. § 5 Rn. 25).

Diesem Ergebnis steht der Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 15. August 2012 (7 ABR 24/11 - juris), wonach für die Einordnung der in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG genannten Beschäftigten in den Betrieb nur an einen tatsächlichen Umstand anzuknüpfen ist und es nicht darauf ankommt, ob dem Einsatz rechtliche Bedenken entgegen stehen, nicht entgegen. Denn zum einen handelt es sich bei den personalgestellten Arbeitnehmern der Beteiligten zu 2, die privatrechtlich organisiert ist, nicht um „Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes“ iS des § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG, da hierzu nur solche zählen, die einen dem öffentlichen Dienst zuzuordnenden Dienstherrn iS des § 130 BetrVG haben

(ErfK/Koch 16. Aufl. § 5 BetrVG Rn. 3a). Nicht zum öffentlichen Dienst iSd § 130 BetrVG zählen Betriebe mit privater Rechtsform wie die Beteiligte zu 2, auch wenn sie ausschließlich oder überwiegend der öffentlichen Hand gehören (Fitting BetrVG 27. Aufl. § 130 Rn. 4). Der Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 S. 3 BetrVG ist also auf Fälle der Überlassung von Arbeitnehmern von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zu einer Einrichtung des Privatrechts begrenzt, was Arbeitnehmer einer Tochtergesellschaft der öffentlichen Hand ausschließt (DKKW-Trümmer 14. Aufl. § 5 Rn. 116). Zum anderen hat das Bundesarbeitsgericht in seinem Beschluss vom 15. August 2012 seine Aussage auch auf Fallgestaltungen beschränkt, in denen es sich um einen zwischen der Dienststelle und dem Dritten koordinierten, vom Beschäftigten akzeptierten Einsatz handelt. Die zukunftsgerichtete Korrektur eines als betriebsverfassungswidrig erkannten Zustands muss möglich sein.

5. Folglich unterfallen die personalgestellten Küchenmitarbeiter mangels wirksamer Gestellung weiterhin dem Direktionsrecht der Beteiligten zu 2, sind betriebsverfassungsrechtlich deren Betrieb zuzuordnen und damit auch vom Geltungsbereich der BV Arbeitszeit erfasst.

6. Die Beteiligte zu 2 hat gegen die sich ergebenden Verpflichtungen aus der BV Arbeitszeit, wie vom Arbeitsgericht im Einzelnen ausgeführt, mehrfach verstoßen, indem sie entgegen § 6 Abs. 1 der BV Arbeitszeit Dienstpläne in Kraft gesetzt hat, obwohl der Betriebsrat diesen innerhalb der Wochenfrist nach § 6 Abs. 1 Satz 3 der BV Arbeitszeit widersprochen hatte. Der Beteiligte zu 1 kann verlangen, dass sie eine solche betriebsvereinbarungswidrige Maßnahme unterlässt (BAG 10. November 1987 - 1 ABR 55/86 - BAGE 56, 313).

Gegen die in § 6 Abs. 1 der BV Arbeitszeit getroffene Regelung bestehen auch keine Wirksamkeitsbedenken. Solche ergeben sich auch nicht aus dem die Unwirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs feststellenden Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 09. Juli 2013 (1 ABR 19/12 - BAGE 145, 330), in dem dieses in Rn. 30 ausgeführt hat: "Die Äußerung des Betriebsrats gegenüber einem Ersuchen des Arbeitgebers in den Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG bedarf keiner bestimmten Form und muß auch nicht binnen einer bestimmten Frist erfolgen. Eine für personelle Angelegenheiten vergleichbare Zustimmungsfiktion (§ 99 Abs. 3 BetrVG) ist in § 87 Abs. 2 BetrVG ebenso wenig vorgesehen wie die Angabe von Gründen, auf denen das fehlende Einverständnis des Betriebsrats beruht".

Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass die BV Arbeitszeit - soweit ersichtlich - nicht auf dem Spruch einer Einigungsstelle beruht und die Einwendungen des Beteiligten zu 1 weder einer Begründung noch einer besonderen Form bedürfen. Die vereinbarte Zustimmungsfiktion bei Nichterheben von Einwänden binnen Wochenfrist dürfte rechtlich unbedenklich sein, wenn man berücksichtigt, dass Mitbestimmung bei der Aufstellung von Dienstplänen nicht bedeutet, dass jeder einzelne Dienstplan der Zustimmung des Betriebsrats bedürfte. Die Betriebspartner können sich auch auf bestimmte Grundregeln beschränken, die der Dienstplan beachten muss, und dem Arbeitgeber sogar eine Freiheit einräumen, die einem mitbestimmungsfreien Zustand nahe kommt (BAG 28. Oktober 1986 - 1 ABR 11/85 - AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 20 = EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 20).

7. Auch die Androhung eines Ordnungsgeldes bis zu 10.000 Euro für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die ausgesprochene Unterlassungsverpflichtung ist nicht zu beanstanden (vgl. LAG Hessen 01. September 2011 - 5 TaBV 44/11 - AiB 2012, 540).

E.

I.

In diesem Verfahren werden gem. § 2 Abs. 2 GKG Kosten nicht erhoben.

II.

Die Zulassung der Rechtsbeschwerde beruht auf § 72 Abs. 2 Nr. 1 iVm § 92 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 ArbGG. Die für die Zurückweisung der Beschwerde der Beteiligten zu 2 entscheidungserheblichen Rechtsfragen sind von grundsätzlicher Bedeutung.