

**Landesarbeitsgericht Schleswig-
Holstein**

Aktenzeichen: 5 TaBV 38/10

1 BV 41/10 ArbG Lübeck

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 23.06.2011

Gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Beschluss

Im Namen des Volkes

pp.

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die Anhörung der Beteiligten am 23.06.2011 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

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

1. Die Beschwerde des Betriebsrates gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Lübeck vom 04.11.2010, Az. 1 BV 41/10, wird zurückgewiesen.
2. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss kann d. Beteiligte zu 2. durch Einreichung einer Rechtsbeschwerdeschrift bei dem

Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1,
Telefax: 0361 2636-2000,

Rechtsbeschwerde einlegen.

Die Rechtsbeschwerdeschrift muss

binnen einer Notfrist von einem Monat

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Rechtsbeschwerdeführer muss die Rechtsbeschwerde begründen. Die Rechtsbeschwerdebegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Rechtsbeschwerdeschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Rechtsbeschwerdebegründung beträgt

zwei Monate.

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

Die Rechtsbeschwerdeschrift muss den Beschluss bezeichnen, gegen den die Rechtsbeschwerde gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen diesen Beschluss Rechtsbeschwerde eingelegt werde.

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

An seine Stelle kann auch ein Vertreter eines Verbandes (Gewerkschaften, Arbeitgebervereinigungen) oder eines Spitzenverbandes (Zusammenschlüsse solcher Verbände) treten, sofern er kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt und die Partei Mitglied des Verbandes oder Spitzenverbandes ist. An die Stelle der vorgenannten Vertreter können auch Angestellte einer juristischen Person, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, treten, sofern die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung der Verbandsmitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und der Verband für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Ist die Partei Mitglied eines Verbandes oder Spitzenverbandes, kann sie sich auch durch einen Vertreter eines anderen Verbandes oder Angestellten einer der oben genannten juristischen Personen mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen. Die Personen, die für diese Organisationen handeln, müssen über die **Befähigung zum Richteramt** verfügen.

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

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 über die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl.

Die Antragstellerin (Arbeitgeberin) zählt zur A.-Gruppe, die weltweit IT-Produkte wie Notebooks, Netbooks, PCs etc. entwickelt, herstellt und vertreibt. Im März 2010 beschäftigte die Arbeitgeberin in ihrem Betrieb in A. 274 eigene Arbeitnehmer sowie zusätzlich 197 Leiharbeiter von verschiedenen Zeitarbeitsfirmen.

Für die am 27.04.2010 beabsichtigte Betriebsratswahl erließ der Wahlvorstand am 12.03.2010 ein Wahlausschreiben, in dem er darauf hinwies, dass in dem Betrieb 72 Frauen und 430 Männer beschäftigt seien. Der Betriebsrat habe mithin aus 11 Mitgliedern zu bestehen (Bl. 6 f. d. A.). Mehrfach, zuletzt mit Schreiben vom 20.04.2010, wies die Arbeitgeberin den Wahlvorstand darauf hin, dass Leiharbeiter bei der Frage der Größe des Betriebsrats sowie der frei zu stellenden Betriebsratsmitglieder nicht mitzählten. Hierdurch reduziere sich die Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder von 11 auf 9 Betriebsratsmitglieder und die Zahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder von zwei auf ein Betriebsratsmitglied (Bl. 21 d. A.). Trotz dieser Hinweise ließ der Wahlvorstand am 27.04.2010 einen Betriebsrat mit 11 Mitgliedern wählen und gab das Wahlergebnis mit Schreiben vom 29.04.2010 bekannt (Bl. 23 - 25 d. A.).

Mit beim Arbeitsgericht per Telefax am 11.05.2010 eingegangenem Schriftsatz hat die Arbeitgeberin die Betriebsratswahl angefochten.

Die Arbeitgeberin hat beantragt,

die Betriebsratswahl vom 27.04.2010 für unwirksam zu erklären.

Der Betriebsrat hat beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands in erster Instanz, insbesondere der streitigen Rechtsauffassungen der Beteiligten zur Frage, ob bei der Staffel des § 9 BetrVG Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen sind, wird auf Ziff. I. des angefochtenen Beschlusses einschließlich der Inbezugnahmen verwiesen.

Das Arbeitsgericht hat mit Beschluss vom 04.11.2010 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 22.11.2010 (Bl. 99 d. A.) dem Antrag stattgegeben. Die Betriebsratswahl habe unter einem wesentlichen Mangel i. S. v. § 19 Abs. 1 BetrVG gelitten. Bei der Betriebsratswahl sei gegen § 9 Satz 1 BetrVG verstoßen worden. Es hätte nur ein aus neun Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt werden dürfen, da im Betrieb der Arbeitgeberin nicht mehr als 400 Arbeitnehmer i. S. v. § 9 Satz 1 BetrVG beschäftigt waren. Leiharbeitnehmer hätten bei der Bestimmung der Größe des Betriebsrats nicht berücksichtigt werden dürfen. Dies habe bereits das Bundesarbeitsgericht mit Beschluss vom 16.04.2003 – 7 ABR 53/02 – entschieden. Hieran sei auch nach der gesetzlichen Streichung der bis zum 31.12.2003 geltenden höchst zulässigen Verleihdauer von 24 Monaten festzuhalten. Die geltende Rechtslage lasse eine Mitberücksichtigung der Leiharbeitnehmer auch jetzt nicht zu.

Gegen diesen ihm am 12.11.2010 zugestellten Beschluss hat der Betriebsrat am 10.12.2010 beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein Beschwerde eingelegt und diese nach gewährter Fristverlängerung bis zum 14.02.2011 am 14.02.2011 begründet.

Der Betriebsrat trägt vor,

die angefochtene Entscheidung berücksichtige nicht hinreichend, dass mehr als 40 % der Gesamtbelegschaft Leiharbeitnehmer seien. Von den insgesamt 197 Leiharbeitnehmern seien 58 Leiharbeitnehmer seit mehr als zwei Jahren für die Arbeitgeberin tätig. Zudem nähmen die Leiharbeitnehmer J. A. und D. S. im Vertretungsfalle Führungsaufgaben wahr. Beide hätten im PC-Werkstattbereich den dortigen Leiter im Falle dessen Abwesenheit zu vertreten. Zudem sei der Leiharbeitnehmer Th. Z. in der PC-Werkstatt Leiter des Teams T. 2000 mit ca. 30 bis 35 Arbeitnehmern. Er führe das Team „Box 10“ bestehend aus 18 T. 2000 Leiharbeitnehmern sowie ca. 10 Leiharbeitnehmern anderer Verleiher. Er habe den Team-Mitarbeitern Arbeit zuzu-

weisen, Lage und Organisation des Urlaubs zu verwalten und im Krankheitsfalle die Kompensation des Ausfalls zu organisieren. Vertreter des Leiharbeitnehmers Z. sei wiederum ein Leiharbeitnehmer, Herr St. S.. Die Leiharbeitnehmer seien vollständig in die betrieblichen Abläufe integriert. Die Arbeitgeberin übe gegenüber den Leiharbeitnehmern das Weisungsrecht aus, lege deren Arbeitszeiten fest und gewähre ihnen Urlaub unter Berücksichtigung der betrieblichen Interessen. Die Leiharbeitnehmer müssten sich im Zeiterfassungssystem ein- und ausstempeln und müssten die Urlaubsanträge der Arbeitgeberin benutzen und von dem jeweiligen Vorgesetzten genehmigen lassen. Die Urlaubsplanung erfolge abteilungsbezogen. Die Fa. T. 2000 beschäftige ausschließlich bei der Arbeitgeberin eingesetzte Leiharbeitnehmer. Die Werkstattleitung der Arbeitgeberin entscheide, wer bei der T. 2000 als Leiharbeitnehmer eingestellt oder entlassen werde. Die Arbeitgeberin rechne zudem nicht nur den stückzahlenabhängigen Bonus, sondern auch das Festgehalt der Leiharbeitnehmer ab und teile die abgerechneten Beträge den jeweiligen Verleihunternehmen mit. Zumindest - wenn wie vorliegend - die Leiharbeitnehmer über Jahre eingesetzt würden und sämtliche Arbeitsanweisungen von dem Entleiher erhielten und teilweise sogar Führungspositionen im Entleiherbetrieb übernähmen, ihnen allein nach den betrieblichen Interessen des Entleihers Urlaub gewährt werde und sich somit die Funktion des Verleihers auf die Auszahlung des Gehalts reduziere, liege ein Ausnahmefall vor, der eine Abweichung von der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung gebiete. Denn angesichts der zeitlich unbegrenzten Einsatzmöglichkeit von Leiharbeitnehmern könnte der Entleiher mit einer Minimalzahl von fest angestellten Arbeitnehmern bei gleichzeitigem Einsatz von einer Vielzahl von Leiharbeitnehmern seinen Betrieb fortführen bei einem nur geringköpfigen Betriebsrat. Es läge damit in der Hand des Entleihers, ob und in welcher Größe in seinem Betrieb gewählt werden würde. Dies führe aber zu einer Umgehung der betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass die Schutzfunktionen des Betriebsverfassungsgesetzes auch für die im Entleiherbetrieb tätigen Leiharbeitnehmer Geltung beanspruchten. Die Wahrnehmung der kollektiven Interessen der im Entleiherbetrieb eingesetzten Leiharbeitnehmer durch den Betriebsrat des Entleiherbetriebs, müsse auch Auswirkungen auf die Strukturen des Betriebsrats haben. Infolgedessen müssten die Leiharbeitnehmer auch für die Bestimmung der Größe des Betriebsrats anhand der Staffel des § 9 BetrVG mitzählen. Erst durch die Mitberück-

sichtigung der Leiharbeitnehmer werde die Handlungs- und Arbeitsgrundlage des Betriebsrats sichergestellt. Dies gelte jedenfalls dann, wenn die Leiharbeitnehmer – wie vorliegend – in die Arbeitsorganisation des Entleihers ohne zeitliche Begrenzung oder wiederholt langfristig, d. h. über die frühere Begrenzung von zwei Jahren, vollständig eingebunden seien. Bei der Arbeitgeberin gebe es Leiharbeitsverhältnisse, die die ehemalige Begrenzung von zwei Jahren deutlich überschritten, sodass von einer dauerhaften Überlassung auszugehen sei. Die Auslegung von § 9 BetrVG nach Sinn und Zweck ergebe, dass Leiharbeitnehmer in dem Betrieb, in dem sie dauerhaft tätig seien und der Verleiher keine Arbeitgeberrechte ihnen gegenüber ausübe, in gleicher Weise bei der Größenstaffel zu berücksichtigen seien wie eigene Arbeitnehmer des Entleihers.

Der Betriebsrat beantragt,

den Beschluss des Arbeitsgerichts Lübeck vom 04.11.2010, Az. 1 BV 41/10, abzuändern und den Antrag zurückzuweisen.

Die Arbeitgeberin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Arbeitgeberin verteidigt

den angefochtenen Beschluss. Sie bestreitet, dass sie mit Ausnahme der Gehaltszahlung ansonsten alle Arbeitgeberfunktionen gegenüber den Leiharbeitnehmern ausübe. Vielmehr würden Vertreter aller Verleiher in ein- bis zweiwöchigen Abständen im Betrieb mit den jeweils abgesandten Leiharbeitnehmern sprechen und insoweit die Arbeitgeberfunktionen ausüben. Die Urlaubsplanung der Leiharbeitnehmer erfolge ausschließlich im Verhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher. Sie, die Arbeitgeberin, teile dem Verleiher lediglich die benötigten Personalkapazitäten mit. Es sei Sache der Verleiher für entsprechende Urlaubs- oder auch Krankheitsvertretung zu sorgen. Bei ihr, der Arbeitgeberin, würden weder Urlaubs- noch Krankheitslisten für die Leiharbeitnehmer geführt. Aus Gründen der Arbeitsorganisation erfolge lediglich eine Abstimmung in den Fachabteilungen. Die Personalabteilung sei in die Urlaubsplanung der Leiharbeitnehmer nicht involviert. Die Sachbearbeiterin G. sei nicht ausschließlich für die Leiharbeitnehmer zuständig. Vielmehr verwende diese ca. 20 - 25 % ihrer Arbeitszeit auf Rechnungsprüfung, Übermittlung der Stundenmitteilungen

an die Verleiher, Organisation neuer Leiharbeiter in Rücksprache mit den Fachabteilungen u. ä. Arbeitgeberfunktionen übe sie gegenüber den Leiharbeitern nicht aus. Die jeweiligen Verleiher seien auch berechtigt, die eingesetzten Leiharbeiter abzuziehen und gegen andere Leiharbeiter zu ersetzen. Sie, die Arbeitgeberin, übe mithin gegenüber den Leiharbeitern nur insoweit das Direktionsrecht aus, als sie die Art und Weise der Arbeitsleistung im Betrieb festlege. Die Leiharbeiter würden auch nicht auf Führungspositionen eingesetzt. Im Falle der Abwesenheit des Leiters des PC-Werkstattbereichs, des Zeugen K., stünden die Leiharbeiter nur für Anfragen zu Verfügung. Personalführungsbefugnis hätten sie nicht. Dies gelte auch für den Leiharbeiter des Verleihers T. 2000, Herrn Z.. Letzterer sei von der Fa. T. als Teamleiter eingesetzt, für die in der PC-Werkstatt tätigen 30 - 35 Leiharbeiter der Fa. T. 2000. Auch erhielten die Leiharbeiter das eigentliche stundenbezogene Entgelt zzgl. etwaiger Zuschläge von den jeweiligen Entleihern. Ihr, der Arbeitgeberin, sei das jeweilige zu zahlende Entgelt gar nicht bekannt. Sie, die Arbeitgeberin, stelle den Verleihern lediglich die Stundenzettel zur Verfügung. Die Abrechnung der Gehälter erfolge dann jeweils durch die Verleiher.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten im Beschwerdeverfahren wird auf den mündlich vorgetragene Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie den Inhalt des Sitzungsprotokolls vom 23.06.2011 verwiesen.

II.

Die Beschwerde des Betriebsrats ist zulässig, insbesondere ist sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden, §§ 89 Abs. 1, Abs. 2; 89 Abs. 2; 66 Abs. 1; 64 Abs. 6 ArbGG i. V. m. §§ 518; 519 ZPO.

In der Sache selbst hat die Beschwerde indessen keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat dem Antrag der Arbeitgeberin sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zu Recht stattgegeben. Die Betriebsratswahl vom 27.04.2010 ist gemäß § 19 Abs. 1 BetrVG unwirksam, weil bei der Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder die bei der Arbeitgeberin eingesetzten Leiharbeiter unter Verstoß gegen § 9 Satz 1 BetrVG mitberücksichtigt worden sind und damit gegen wesentliche Vorschriften des

Wahlverfahrens verstoßen worden ist. Die hiergegen vom Betriebsrat im Beschwerdeverfahren erhobenen Einwände rechtfertigen keine abweichende Entscheidung.

1. Die formellen Voraussetzungen zur Anfechtung der Betriebsratswahl durch die Arbeitgeberin sind vorliegend unstreitig erfüllt. Die Arbeitgeberin ist gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 BetrVG anfechtungsberechtigt und hat die am 29.04.2010 bekanntgemachte Betriebsratswahl auch innerhalb der zweiwöchigen Frist am 11.05.2010 gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG beim Arbeitsgericht angefochten.

2. Zudem liegt ein Anfechtungsgrund nach § 19 Abs. 1 BetrVG vor. Danach kann die Betriebsratswahl vom Arbeitgeber angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Bei der Betriebsratswahl vom 27.04.2010 wurde gegen § 9 Satz 1 BetrVG verstoßen. Nach der Staffel des § 9 Satz 1 BetrVG hätte unter Berücksichtigung dessen, dass bei der Arbeitgeberin nur ca. 275 eigene Arbeitnehmer regelmäßig beschäftigt werden, nur ein aus neun Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt werden dürfen. Die Einbeziehung der bei der Arbeitgeberin tätigen knapp 200 Leiharbeiter bei der Ermittlung der Anzahl der Betriebsratsmitglieder hat mithin auch das Wahlergebnis beeinflusst, denn ab einer Anzahl von mehr als 400 Arbeitnehmern besteht der Betriebsrat nach der Staffel des § 9 Satz 1 BetrVG aus elf Mitgliedern.

3. Entgegen der Auffassung des Betriebsrats waren vorliegend die knapp 200 bei der Arbeitgeberin eingesetzten Leiharbeiter auch nicht aufgrund der konkreten Umstände im Betrieb der Arbeitgeberin bei der Ermittlung der Größe des Betriebsrats nach § 9 Satz 1 BetrVG mit zu berücksichtigen.

a) Leiharbeiter zählen nicht zu den Arbeitnehmern i. S. v. § 9 Satz 1 BetrVG. Nach der ständigen Rechtsprechung des insoweit zuständigen 7. Senats des Bundesarbeitsgerichts sind Arbeitnehmer im Sinne von § 9 BetrVG nur die betriebsangehörigen Arbeitnehmer (BAG Beschl. vom 16.04.2003 – 7 ABR 53/02 –, AP Nr. 1 zu §

9 BetrVG 2002; BAG, Beschl. vom 10.03.2004 – 7 ABR 43/03 -, AP Nr. 8 zu § 7 BetrVG 1972). § 9 Satz 1 BetrVG verwendet den in § 5 Abs. 1 BetrVG definierten Arbeitnehmerbegriff. Zu den betriebsangehörigen Arbeitnehmern i. S. v. § 9 Satz 1 BetrVG zählen mithin nach der sogenannten „Kumulationstheorie“ oder auch „Zwei-Komponenten-Lehre“ nur die Arbeitnehmer, die einerseits in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen und andererseits zugleich in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert sind. Dies trifft auf Leiharbeiter nicht zu, sodass diese bei der Staffel des § 9 BetrVG grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sind. Zwischen dem Entleiher (hier: der Arbeitgeberin) und dem Leiharbeiter besteht keine arbeitsvertragliche Beziehung, vielmehr bleiben Leiharbeiter auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebs des Verleihers, § 14 Abs. 1 AÜG. Damit steht die hier vertretene Auslegung von § 9 Satz 1 BetrVG auch in Einklang mit § 14 Abs. 1 AÜG. Gerade aus dem Umstand, dass den Leiharbeitern gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 AÜG nur einzelne betriebsverfassungsrechtliche Rechte im Entleiherbetrieb zugestanden werden, wird deutlich, dass diese gerade nicht i. S. d. Betriebsverfassungsgesetzes „gleichberechtigt“ mit den betriebsangehörigen Arbeitnehmern sind. Etwas anderes folgt auch nicht aus dem gesetzlich geregelten aktiven Wahlrecht für Leiharbeiter gemäß § 7 Satz 2 BetrVG. Dadurch werden Leiharbeiter nicht zu betriebsangehörigen Arbeitnehmern des Entleihers. Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des § 7 BetrVG, der in den Sätzen 1 und 2 zwischen „Arbeitnehmer des Betriebs“ und „Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers“ unterscheidet. Leiharbeiter werden mithin gerade nicht gleichgesetzt mit den betriebsangehörigen Arbeitnehmern. Mit der Zuerkennung des aktiven Wahlrechts wollte der Gesetzgeber die Anbindung der Leiharbeiter an die Belegschaft des Entleiherbetriebs stärken, ohne sie indes zugleich in rechtlich unzutreffender Weise als Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs einzustufen (BT-Drucks. 14/5741 S. 28). Die Anzahl der Betriebsratsmitglieder hängt gemäß der Staffel des § 9 Satz 1 BetrVG von der Größe der Belegschaft ab. Nach dem Sinn und Zweck der Norm soll sichergestellt werden, dass der Betriebsrat die ihm obliegenden Mitbestimmungs- und Beteiligungsrechte gegenüber den von ihm repräsentierten Arbeitnehmern auch wahrnehmen kann. Nur betriebsangehörige Arbeitnehmer verursachen jeweils einen bei der Bemessung der Betriebsratsgröße zu beachtenden etwa gleichen Arbeitsaufwand. Demgegenüber werden Leiharbeit-

nehmer nur partiell vom Betriebsrat des Entleiherbetriebs repräsentiert. Die Betriebsratsarbeit im Entleiherbetrieb wird durch die Repräsentation der Leiharbeiter gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 und 3 und Abs. 3 AÜG nicht maßgeblich geprägt. Dabei verkennt die Beschwerdekammer nicht, dass vorliegend 40 % aller im Betrieb der Arbeitgeberin Beschäftigten Leiharbeiter sind. Ein derart hoher Prozentsatz beeinträchtigt die Betriebsratsarbeit nicht nur unwesentlich. Gleichwohl ist der Arbeitsaufwand des Betriebsrates des Entleiherbetriebs betreffend die kollektiven Rechte der Leiharbeiter, die nur partiell und nicht umfassend sind, nicht gleichzusetzen mit dem Arbeitsaufwand gegenüber den betriebsangehörigen Arbeitnehmern. Es sind auch keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass der Gesetzgeber den nur partiellen und damit regelmäßig geringer einzuschätzenden Arbeitsaufwand für Leiharbeiter bei der Bemessung der Größe des Betriebsrats berücksichtigen wollte. Das Gegenteil ist der Fall. Denn anderenfalls hätte er den Leiharbeitern nicht nur das aktive Wahlrecht gemäß § 7 Satz 2 BetrVG zugestanden, sondern zugleich auch § 9 Satz 1 bzw. § 5 Abs. 1 BetrVG in entsprechender Weise geändert. Den insoweit vom Bundesarbeitsgericht in den Beschlüssen vom 16.04.2003 – 7 ABR 53/02 – und vom 10.03.2004 - 7 ABR 49/03 – getroffenen Auslegungsergebnissen folgt die Beschwerdekammer uneingeschränkt.

b) Auch die durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002 (BGBl. I S. 4607) zum 01.01.2003 in Kraft getretene Streichung der bis dato gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG a. F. (Fassung vom 10.12.2001) geltende höchstzulässige Verleihdauer von 24 Monaten führt vorliegend nicht zu einer Abkehr von der Kumulationstheorie. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der vom Betriebsrat behaupteten angeblichen tatsächlichen Veränderungen im Hinblick auf die Integration der Leiharbeiter in den Betrieb der Arbeitgeberin und der sich daraus angeblich ergebenden höheren Arbeitsbelastung für ihn, den Betriebsrat.

aa) Das Bundesarbeitsgericht hat bereits in seiner Entscheidung vom 10.03.2004 (7 ABR 49/03) darauf hingewiesen, auch die längerfristige Überlassung von Leiharbeitern führe mangels einer arbeitsvertraglichen Bindung zum Entleiher nicht dazu, dass die überlassenen Arbeitnehmer zu Betriebsangehörigen des Entleiherbetriebs im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes würden, sofern sichergestellt sei, dass

die Arbeitnehmer nicht auf Dauer überlassen würden (Rn. 19 der Entscheidungsgründe, a. a. O.). Allein der Wegfall der nach § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG a. F. geltenden gesetzlichen Überlassungshöchstdauer von 24 Monaten indiziert indessen nicht generell, dass Leiharbeiter – ohne konkrete Anhaltspunkte dafür zu haben - auf Dauer beim Entleiher beschäftigt werden. Dies behauptet auch der Betriebsrat selbst nicht.

bb) Ob aufgrund der konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalles eine andere Betrachtungsweise zur Betriebszugehörigkeit der Leiharbeiter zum Entleiherbetrieb für den Fall geboten ist, wenn die Leiharbeiter von vornherein ohne zeitliche Begrenzung oder aber wiederholt langfristig über die frühere öffentlich-rechtliche Begrenzung von zwei Jahren hinaus beim Entleiher eingesetzt werden und der Verleiher wie ein Arbeitsvermittler außer der Entgeltzahlung keinerlei Arbeitgeberrechte mehr ausübt (Dörner, Der Leiharbeiter in der Betriebsverfassung, Festschrift für Wißmann, S. 298; vgl. auch LAG Hamburg Beschl. v. 03.09.2007 – 8 TaBV 17/06 – sowie LAG Schleswig-Holstein Beschl. v. 24.05.2007 – 1 TaBV 64/06 – jeweils zur Frage des aktiven Wahlrechts von „Fremdarbeitnehmern“ im Falle einer dauerhaften Personalgestellung, zit. jeweils nach Juris), kann vorliegend dahingestellt bleiben.

(1) Unstreitig unterhält die Arbeitgeberin zu mehreren, teilweise bundesweit tätigen Leiharbeits- bzw. Zeitarbeitsfirmen Vertragsbeziehungen. Die bei ihr tätigen Leiharbeiter entstammen von verschiedenen Verleihern. Für den Fall, dass die einzige Aufgabe eines mit oder ohne Erlaubnis tätigen Verleihers darin bestehe, einem einzigen Vertragspartner die Mitarbeiter zur Verfügung zu stellen, vertritt Dörner die Auffassung, dass abweichend von der Kumulationstheorie auf das Erfordernis einer Vertragsbeziehung zwischen Entleiher und Leiharbeiter dann verzichtet werden sollte (Festschrift für Wissmann, 2005, Seite 298). Eine derartige Konstellation ist hier indessen nicht gegeben. Vielmehr entleiht die Arbeitgeberin die Leiharbeiter von Leiharbeitsfirmen, die außerhalb des Konzerns stehen und die bundesweit sogar teilweise europaweit Arbeitgebern gewerblich Leiharbeiter zur Verfügung stellen, wie z. B. die Firmen M., R., T. 2000. Die mit der Arbeitgeberin kontrahierenden Verleihunternehmen sind frei am Markt tätig und fungieren nicht lediglich als so-

genanntes externes Personalbüro der Arbeitgeberin. Der Betriebsrat hat auch nicht behauptet, dass die Arbeitgeberin seit dem 01.01.2003 stets unbefristet Leiharbeitnehmer „einstellt“ oder aber die bereits befristet beschäftigten Leiharbeitnehmer stets durch Folgeanschlussverträge mit den jeweiligen Verleihern sozusagen unbefristet weiterbeschäftigt. Das Gegenteil ist der Fall. Die Arbeitgeberin hat unbestritten vortragen, dass sie diverse Leiharbeitnehmer nach Ablauf der Verleihfrist und entsprechender Eignung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen hat. Hierzu bestünde keine Veranlassung, wenn sie bewusst die Arbeitnehmerschutzvorschriften des Betriebsverfassungsrechts durch permanente bzw. unbefristete Beschäftigung von Leiharbeitnehmern hätte umgehen wollen. Im Übrigen übersieht der Betriebsrat, dass von den bei der Arbeitgeberin eingesetzten ca. 200 Leiharbeitnehmern unstreitig nur ca. 60 Leiharbeitnehmer mehr als zwei Jahre bei der Arbeitgeberin tätig sind. Aus dem Umkehrschluss kann geschlussfolgert werden, dass die übrigen Leiharbeitnehmer mithin innerhalb von zwei Jahren wieder aus dem Betrieb der Arbeitgeberin ausscheiden. 70 % der Leiharbeitnehmer werden mithin gerade nicht dauerhaft bzw. unbefristet wie eigene Arbeitnehmer bei der Arbeitgeberin beschäftigt. Die Aufhebung der starren zeitlichen Obergrenze für die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung hat im konkreten Fall mithin nichts daran geändert, dass für die Verleihfirmen die Arbeitnehmerüberlassung ihrem Wesen nach zeitlich begrenzt ist. Die Verleiher behalten weiterhin die Disposition über ihre Arbeitnehmer, die entweder dazu führen kann, dass die Arbeitnehmer wieder in dem Betrieb des Vertragsarbeitgebers oder auf Geheiß des Vertragsarbeitgebers in dem gleichen oder einem anderen Betrieb eingesetzt werden. Mithin kann auch bei einem mehr als zweijährigen Einsatz der Leiharbeitnehmer nicht davon ausgegangen werden, dass diese dauerhaft beim Entleiher beschäftigt werden. Die Arbeitnehmerüberlassung ist daher mit der sogenannten „Gestellung“ von Arbeitnehmern, sofern diese auf Dauer gerichtet ist, nicht vergleichbar (so auch LAG Hamburg - Beschluss vom 03.09.2007 – 8 TaBV 17/06 -, zit. n. Juris, Rn. 51; LAG Schleswig-Holstein Beschl. v. 02.07.2009 – 4 TaBV 7/09 -, zit. n. Juris). Zudem gebietet es der Grundsatz der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, auch im Falle langfristig und damit mehrjährig beschäftigter Leiharbeitnehmer, diese nicht mit in die Staffel des § 9 Satz 1 BetrVG einzubeziehen, sofern sichergestellt ist, dass deren Einsatz befristet ist. Dieses ist vorliegend bereits deshalb der Fall, weil die Verleiher weiterhin die Befugnis haben, ihre Leiharbeitnehmer – auch ohne Zu-

stimmung der Arbeitgeberin – aus dem Entleiherbetrieb abzuziehen und anderweitig einzusetzen oder zu kündigen.

Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass ca. 60 Leiharbeitnehmer bei der Beklagten nicht nur vorübergehend, sondern aufgrund ihres mehr als zweijährigen Einsatzes nahezu dauerhaft beschäftigt werden, würde die Einbeziehung dieser ca. 60 Leiharbeitnehmer bei der Ermittlung der Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder nach der Staffel des § 9 Satz 1 BetrVG lediglich dazu geführt haben, dass auch nur neun und nicht elf Betriebsratsmitglieder hätten gewählt werden dürfen ($274 + 58 = 332$). Auch bei Einbeziehung der langjährig beschäftigten Leiharbeitnehmer leidet die strittige Betriebsratswahl vom 27.04.2010 an einem wesentlichen Verfahrensfehler, d. h. an einem Verstoß gegen § 9 Satz 1 BetrVG.

(2) Der Betriebsrat hat aber auch nicht hinreichend dargelegt, dass die Arbeitgeberin – mit Ausnahme der Gehaltszahlungen – gegenüber den (allen?) Leiharbeitnehmern sämtliche Arbeitgeberfunktionen ausübt. Dabei verkennt der Betriebsrat, dass es in der Natur der Sache liegt, dass die Leiharbeitnehmer in die Arbeitsorganisation des Entleiherbetriebs eingegliedert werden. Das ist das Wesen der Leiharbeitnehmer. Der Verleiher überträgt sein Direktionsrecht in Bezug auf die Art und Weise der zu leistenden Arbeit auf den Entleiherbetrieb. Insoweit sind die Leiharbeitnehmer während der Dauer der Entsendung auch in die Arbeitsabläufe im Entleiherbetrieb integriert. Dies ändert aber nichts daran, dass der Entleiher nach wie vor über die Grundentscheidung, ob und wie lange er seine Vertragsarbeitnehmer seinen jeweiligen Vertragspartnern (Arbeitgebern) überlässt, entscheiden kann. Zudem entscheidet die jeweilige Zeitarbeitsfirma unstreitig über die Gewährung von Urlaub. Hiergegen spricht auch nicht der Umstand, dass sich die Leiharbeitnehmer bei ihren Urlaubswünschen mit ihren Teamkollegen absprechen. Dies ist Ausfluss der zeitlich begrenzten Eingliederung in eine Arbeitsorganisation. Der jeweilige Teamleiter koordiniert lediglich die Urlaubswünsche der ihm unterstellten Arbeitnehmer und Leiharbeitnehmer. Es obliegt ihm weder, den Urlaub der Arbeitnehmer noch der Leiharbeitnehmer zu bewilligen. Vielmehr erfolgt die Urlaubsgenehmigung für die Arbeitnehmer durch die Personalabteilung der Arbeitgeberin und für die Leiharbeitnehmer durch deren Vertragsarbeitgeberin, d. h. den jeweils zuständigen Verleiher. Ähnlich verhält

es sich mit der Krankmeldung der Leiharbeitnehmer. In erster Linie erfolgt diese gegenüber dem Vertragsarbeitgeber. Die Entgeltfortzahlung erfolgt durch den Verleiher, infolgedessen muss allein dieser die Arbeitsunfähigkeitszeiten auch erfassen. Aber auch der Entleiherbetrieb muss wissen, ob ein Leiharbeitnehmer den Dienst antritt oder wegen Arbeitsunfähigkeit fehlt. Erst dann kann der Arbeitgeber/Entleiher entscheiden, ob der personelle Ausfall mit vorhandenen eigenen Arbeitnehmern und Leiharbeitnehmern überbrückt werden kann oder ob die Leiharbeitsfirma einen Ersatzleiharbeitnehmer stellen muss.

Es kann dahingestellt bleiben, ob von den ca. 200 Leiharbeitnehmern zwei Leiharbeitnehmer im Falle der Abwesenheitsvertretung teilweise auch Leitungsaufgaben wahrnehmen. Dieser Umstand rechtfertigt nicht, alle Leiharbeitnehmer gleichermaßen als betriebszugehörig im Sinne der Kumulationstheorie anzusehen.

(3) Der Einsatz der Leiharbeitnehmer bei der Arbeitgeberin bewegt sich nach alledem im klassischen Bereich der vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung. Der Umstand, dass die Höchstdauer von zwei Jahren entfiel, veranlasst daher in diesem konkret zu beurteilenden Sachverhalt nicht, eine Ausnahme von der Kumulationstheorie anzunehmen. Denn anderenfalls müsste – da potentiell jede Arbeitnehmerüberlassung nunmehr auf einen längeren Zeitraum ausgerichtet werden kann – auch jeder Leiharbeitnehmer, der länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt wird, bei der Staffel des § 9 BetrVG berücksichtigt werden. Dies lässt sich aber weder mit der vom Bundesarbeitsgericht aus der Gesetzessystematik entwickelten Kumulationstheorie in Einklang bringen, noch dürfte Dörner mit seinen Hinweisen in der Festschrift für Wißmann so weit gehen, da er ausdrücklich darauf hinweist, dass nur im Einzelfall ohne arbeitsvertragliche Bindung allenfalls dann eine Ausnahme von der Kumulationstheorie anzunehmen sein könnte, sofern der Verleiher keinerlei Arbeitgeberrechte ausübe, wovon hier jedoch nicht die Rede sein kann (LAG Schleswig-Holstein Beschl. v. 02.07.2009 – 4 TaBV 7/09 -, zit. n. Juris).

cc) Ungeachtet dessen sieht sich auch die erkennende Beschwerdekammer - ebenso wie die 4. Kammer des LAG Schleswig-Holstein (Beschl. v. 02.07.2009 – 4 TaBV 7/09) - aus Gründen der Gewaltenteilung als auch nicht befugt an, in dem hier

zu beurteilenden Sachverhalt die Kumulationstheorie aufzugeben. Denn das Beschwerdegericht geht von einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers aus, im Jahre 2002 durch § 7 Satz 2 BetrVG den Leiharbeitnehmern unter bestimmten Voraussetzungen das aktive Wahlrecht zuzusprechen, sie aber im Übrigen bei der Staffel des § 9 BetrVG nicht zu berücksichtigen. Hierauf hat bereits das Bundesarbeitsgericht in seinen Beschlüssen vom 16.04.2003 (7 ABR 53/02) und vom 10.03.2004 (7 ABR 49/03) zutreffend hingewiesen. Der einfachen Aufgabe der Kumulationstheorie steht das Gesetz entgegen. Der Gesetzgeber geht in § 14 AÜG und nunmehr sogar verdeutlicht in § 7 Satz 2 BetrVG von der Maßgeblichkeit der arbeitsvertraglichen Grundlagen aus. Wer auf die beiden Merkmale der Betriebszugehörigkeit verzichten will, muss auch die differenzierten Bestimmungen dieser Normen für obsolet halten, dem Gesetzgeber also Makulatur seiner von ihm nicht beseitigten, sondern erhaltenen Bestimmungen bescheinigen oder weitergehende Schlüsse ziehen (Dörner, Der Leiharbeiter in der Betriebsverfassung, Festschrift für Wißmann, S. 296). Ein solches Vorgehen verbietet sich, weil Gerichte nicht befugt sind, bewusste Entscheidungen des Gesetzgebers nicht zu berücksichtigen und – weil es vielleicht aus rechtspolitischen Gründen wünschenswert sein könnte – den Anwendungsbereich einer Norm zu erweitern. Angesichts der überzeugenden Auslegung durch den 7. Senat des Bundesarbeitsgerichts kann keine Rede davon sein, dass der Gesetzgeber im Jahre 2002 beziehungsweise mit der Änderung des AÜG zum 01.01.2003 eine „unbewusste“ Regelungslücke schuf, die mit den bekannten Instrumenten durch Gerichte geschlossen werden darf. Die Möglichkeit, dass nun ein Leiharbeiter über mehrere Jahre hinweg in demselben Entleiherbetrieb tätig wird und vielleicht faktisch dieselben Interessen wie die Stammarbeiter hat, mag Unbehagen auslösen. Dieses Unbehagen kann jedoch nur der Gesetzgeber beseitigen (Brose, NZA 05, 797 ff., 800; LAG Schleswig-Holstein Beschl. v. 02.07.2009 4 TaBV 7/09 -, zit. n. Juris.; Thüringer Landesarbeitsgericht, Beschl. v. 29.03.2007 – 8 TaBV 12/06 – zit. nach Juris). Ebenso wie die 4. Kammer des hiesigen Landesarbeitsgerichts als auch das Thüringer Landesarbeitsgericht sieht sich die erkennende Beschwerdekammer außerstande, angesichts der gefestigten und nachvollziehbaren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der Haltung des Gesetzgebers bei der Neuregelung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes die einschlägigen Rechtsnormen anders als die

bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung auszulegen und eine ausdehnende Anwendung aus rechtstatsächlichen und rechtspolitischen Erwägungen vorzunehmen.

Hätte der Gesetzgeber es beabsichtigt, Leiharbeitnehmer auch bei der Staffel des § 9 BetrVG zu berücksichtigen, so hätte er sich nicht darauf beschränken dürfen, dem § 7 BetrVG bezogen auf die Leiharbeitnehmer für deren aktives Wahlrecht einen Satz 2 hinzuzufügen. Es wäre dann naheliegend gewesen, beispielsweise in § 5 Abs. 1 BetrVG den Leiharbeitnehmer auch als Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes zu definieren oder aber ausdrücklich in § 9 – wie in § 7 für das aktive Wahlrecht geschehen – auch eine Regelung für die Leiharbeitnehmer vorzunehmen. Da weder dies geschehen ist noch der § 14 AÜG anlässlich des Wegfalls der Höchstdauer zum 01.01.2004 geändert wurde, muss davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber insoweit eine bewusste Entscheidung traf, die eine Aufgabe der Kumulationstheorie verbietet. Hätte der Gesetzgeber in § 9 BetrVG auch die Leiharbeitnehmer berücksichtigen wollen, so wäre es ohne Weiteres möglich gewesen, statt des Begriffes „wahlberechtigten Arbeitnehmern“ in Betrieben bzw. Arbeitnehmern in Betrieben allein auf den Begriff der Wahlberechtigten abzustellen, womit insoweit dann Einklang zu § 7 Satz 1 und § 7 Satz 2 BetrVG hergestellt worden wäre. Auch dies belegt die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, Leiharbeitnehmer nicht bei der Staffel des § 9 BetrVG zu berücksichtigen.

Dabei wird nicht verkannt, dass die Möglichkeit, Leiharbeitnehmer über einen langen Zeitraum unbefristet im Entleiherbetrieb einzusetzen, möglicherweise rechtspolitisch Veranlassung sein könnte, den § 9 BetrVG bezogen auf Leiharbeitnehmer zu ändern. Diese rechtspolitische Entscheidung hat aber der Gesetzgeber zu treffen. Angesichts der klaren Gesetzssystematik müssen sich die Gerichte für Arbeitssachen zurückhalten bei der ausdehnenden Interpretation des § 9 BetrVG. Denn jede nur am Sinn und Zweck orientierte expansive Auslegung einer Norm geht zumeist auch mit einem Verlust an Rechtssicherheit einher. Die Rechtmäßigkeit von Betriebsratswahlen wäre noch weniger berechenbar als bisher (LAG Schleswig-Holstein Beschl. v. 02.07.2009 – 4 TaBV 7/09 -, zit. n. Juris; Dörner, Festschrift für Wißmann, S. 299).

4. Nach alledem ist die Beschwerde des Betriebsrates zurückzuweisen.

Die Rechtsbeschwerde war wegen grundsätzlicher Bedeutung gemäß §§ 92 Abs. 1 Satz 2; 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zuzulassen. Mit der Zulassung der Rechtsbeschwerde soll dem Betriebsrat die Gelegenheit gegeben werden, die sowohl in der instanzlichen Rechtsprechung als auch der Literatur kontrovers diskutierte Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen Leiharbeitnehmer nunmehr aufgrund der Aufhebung der höchstzulässigen Überlassungsdauer gemäß § 9 BetrVG Berücksichtigung finden, höchstrichterlich klären zu lassen.