

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein
Aktenzeichen: 1 TaBV 64/06

2 BV 31/06 ArbG Lübeck

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 24.05.2007

Gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Beschluss

Im Namen des Volkes

Im Beschlussverfahren mit den Beteiligten

pp.

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die Anhörung der Beteiligten am 26.04.2007 durch den Präsidenten des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzenden und die ehrenamtliche Richterin ... und den ehrenamtlichen Richter ...

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

Auf die Beschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Lübeck zum Az.: 2 BV 31/06 -, verkündet am 23.11.2006, geändert.

Die Anträge werden zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss können die Beteiligten durch Einreichung einer Rechtsbeschwerdeschrift bei dem Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1, Telefax: (0361) 26 36 - 20 00, Rechtsbeschwerde einlegen.

Die Rechtsbeschwerdeschrift muss

binnen einer Notfrist von einem Monat

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

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

zwei Monate.

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

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

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

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

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

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten um die Nichtigkeit bzw. Anfechtung einer Betriebsratswahl und die Anzahl der Betriebsratsmitglieder. Kern des Streits ist die Frage, ob von einem anderen Arbeitgeber gestellte Arbeitnehmer bei der Betriebsratsgröße zu berücksichtigen und ob diese Arbeitnehmer wählbar sind.

Die Antragstellerin (im Folgenden: GmbH) ist von den Landesversicherungsanstalten Braunschweig, Freie und Hansestadt Hamburg, Hannover, Schleswig-Holstein und der Seekasse gegründet worden, die ihre bisherigen Datenverarbeitungsbereiche auf die GmbH ausgegliedert haben. Die GmbH beschäftigt 207 Arbeitnehmer, hiervon 34, die einen Arbeitsvertrag mit der GmbH geschlossen haben und 173 Arbeitnehmer, die die Gesellschafterinnen der GmbH (Landesversicherungsanstalten) im Wege der Personalgestellung der GmbH überlassen haben.

Am Standort Lübeck sind 9 Arbeitnehmer tätig, die mit der GmbH einen Arbeitsvertrag geschlossen haben (Vertragsarbeitnehmer) und weitere 19 Angestellte, die im Wege der Personalgestellung der GmbH überlassen worden sind (beigestellte Arbeitnehmer) sowie von der GmbH beigestellte Beamte. Die Gesellschafterinnen der GmbH und die GmbH einerseits und die Gewerkschaft ver.di und die Gewerkschaft der Sozialversicherung andererseits haben zur Sicherung der Arbeitsverhältnisse und der Mitbestimmung am 13.01.2003 einen Rahmenvertrag nebst Anlage 1 („vereinbarung in Ergänzung des bestehenden Arbeitsvertrages“) und Anlage 2 („Zuweisungsverfügung“) geschlossen. Der Rahmenvertrag enthält u.a. folgende Regelungen:

"§ 3

Betriebsrat

(1) Für die R..-GmbH gilt das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Die Betriebsteile in Lübeck, Hamburg, Hannover und Braunschweig gelten als selbständige Betriebe, in denen Betriebsräte gewählt werden können, sofern und sobald die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 BetrVG vorliegen. ...

§ 4

Tarifangestellte

Die Tarifangestellten im Sinne des § 1 Abs. 1 des Rahmenvertrages erbringen ihre Arbeitsleistung im Wege der unbefristeten Personalbeistellung für die R..-GmbH. Zwischen der Tarifangestellten/dem Tarifangestellten und dem RV-Träger wird eine "Vereinbarung in Ergänzung des bestehenden Arbeitsvertrages" nach dem als Anlage 1 beigefügten Muster abgeschlossen. Das Weisungsrecht der R..-GmbH ist in § 9 des Rahmenvertrages geregelt. Das Arbeitsvertragsverhältnis besteht weiterhin zwischen der Tarifangestellten/dem Tarifangestellten und dem RV-Träger und bleibt im Übrigen in sämtlichen gegenseitigen Rechten und Pflichten unberührt. ...

.....

§ 7

Zustimmung der Beschäftigten

(1) Die Personalbeistellungen nach § 4 und die Zuweisungen nach § 5 werden nur mit Zustimmung der Beschäftigten bzw. des Beschäftigten erfolgen.

(2) Auf Antrag der Beschäftigten bzw. des Beschäftigten wird der jeweilige RV-Träger den Einsatz für die R..-GmbH innerhalb angemessener Frist, längstens nach 6 Monaten, beenden und die Beschäftigte bzw. den Beschäftigten anderweitig einsetzen. Gegebenenfalls wird der RV-Träger der Auflösung der Vereinbarung nach § 4 Satz 2 zustimmen bzw. die Zuweisung nach § 5 Satz 1 aufheben.

.....

§ 9

Weisungsrecht und Befugnisse

(1) Das Weisungsrecht der R..-GmbH umfasst sämtliche Maßnahmen und Anordnungen, die die fachliche Ausübung der Tätigkeit und die Organisation der Arbeitsabläufe und des Dienstbetriebes in der R..-GmbH betreffen.

(2) Zu den Befugnissen der R..-GmbH gehören unbeschadet des Abs. 1 insbesondere: ...

§ 11

Zusammenarbeit zwischen den RV-Trägern und der R..-GmbH

Der jeweilige RV-Träger und die R..-GmbH werden alle Einzelfragen in Personalangelegenheiten bezüglich der Beschäftigten im Sinne des § 1 Abs. 1 des Rahmenvertrages, die einer einvernehmlichen Regelung bedürfen, miteinander abstimmen. Dieses gilt insbesondere für eine Beendigung der Beistellung bei Tarifangestellten sowie für eine Aufhebung der Zuweisung bei Beamtinnen/Beamten. § 7 Abs. 2 des Rahmenvertrages bleibt unberührt. ... „

Wegen des weiteren Inhalts des Rahmenvertrages und seiner Anlagen 1 und 2 wird auf Bl. 10 – 23 d. A. Bezug genommen.

Außerdem haben die GmbH und die Gewerkschaft der Sozialversicherung am 08.10.2003 einen Tarifvertrag zur Errichtung von Betriebsräten und beamtenrechtlichen Sondervertretungen abgeschlossen (Abl. Bl. 23/24 d.A.).

Am 21. März 2006 wurde vom Wahlvorstand im Betrieb der GmbH in Lübeck das Wahlausschreiben zur Betriebsratswahl 2006 ausgehängt (Abl. Bl. 25 – 27 d. A.). Er hat die Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder auf 3 festgesetzt und dabei sowohl die 9 Vertragsarbeitnehmer als auch die 19 personalgestellten Arbeitnehmer als wahlberechtigte Arbeitnehmer bei der Bestimmung der Größe des Betriebsrats berücksichtigt als auch die personalgestellten Arbeitnehmer in Nr. 7 S. 2 des Wahlausschreibens als wählbar bezeichnet. Entsprechend sind alle diese Arbeitnehmer in die Wählerliste aufgenommen worden (Abl. Bl. 28 d. A.).

Am 10. Mai 2006 wurde die Betriebsratswahl durchgeführt. Am 16. Mai 2006 hat der Wahlvorstand das Wahlergebnis bekannt gegeben (Abl. Bl. 30 d. A.). Als Betriebsratsmitglieder in den dreiköpfigen Betriebsrat gewählt worden sind von den personalgestellten Arbeitnehmern E... und A... und als Ersatzmitglied Frau B... und von den Vertragsarbeitnehmern der Arbeitnehmer F... als Betriebsratsmitglied und der Arbeitnehmer S... als Ersatzmitglied.

Mit ihrer beim Arbeitsgericht am 18. Mai 2006 eingegangenen Antragschrift will die GmbH die Feststellung erreichen, dass die Betriebsratswahl nichtig, hilfsweise unwirksam ist und dass der Betriebsrat aus einer Person besteht.

Das Arbeitsgericht hat neben der GmbH und dem Betriebsrat alle gewählten Betriebsratsmitglieder und Ersatzmitglieder am Anfechtungsverfahren beteiligt: die personalgestellten Arbeitnehmer als Beteiligte zu 3., 4. und 6., die Arbeitnehmer der GmbH als Beteiligte zu 5. und 7..

Die GmbH hat vorgetragen:

Die Wahl sei nichtig, da die beigestellten Arbeitnehmer keine wählbaren Arbeitnehmer seien. Sie hätten daher für die Berechnung der Zahl der Betriebsratsmitglieder

gemäß § 9 BetrVG nicht berücksichtigt werden dürfen. Die Betriebsgröße rechtfertige bei 9 Vertragsarbeitnehmern nur ein Betriebsratsmitglied. Es fehle an einer erforderlichen vertraglichen Beziehung zwischen der GmbH und den gestellten Mitarbeitern. Damit liege eine wesentliche Voraussetzung für die Berücksichtigung dieser Arbeitnehmer bei der Betriebsratsgröße und für deren Wählbarkeit nicht vor. Die tatsächliche Eingliederung in die Betriebsorganisation begründe nicht die Betriebszugehörigkeit zum Entleiherbetrieb. Den Beigestellten stehe ein Rückkehrrecht aus § 7 Abs. 2 des Rahmenvertrages zu. Darüber hinaus könne die Beistellung auch aus anderen Gründen beendet werden. Auch bestünden bei den Gesellschafterinnen tatsächliche Beschäftigungsmöglichkeiten für die beigestellten Arbeitnehmer oder Beamten. Bei jeder Gesellschafterin gebe es so genannte IT-Verbindungsstellen. Darüber hinaus habe der überwiegende Teil der beigestellten Arbeitnehmer eine rentenversicherungsrechtliche Ausbildung entweder als Sozialversicherungsfachangestellter oder Diplomverwaltungswirt. Auch soweit bestünden faktische Rückkehrmöglichkeiten.

Die GmbH hat beantragt,

1. festzustellen, dass der Betriebsrat des Standorts Lübeck der Antragstellerin und Beteiligten zu 1. aus einer Person besteht.
2. Die Nichtigkeit der Betriebsratswahl für den Standort Lübeck der Antragstellerin und Beteiligten zu 1. vom 19.04. bis 24.04.2006 festzustellen, hilfsweise diese Betriebsratswahl für unwirksam zu erklären.

Die Beteiligten zu 2. – 6. haben beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Der Beteiligte zu 2. (im Folgenden: Betriebsrat) hat vorgetragen:

Die personalgestellten Arbeitnehmer seien für die Bestimmung der Betriebsratsgröße zu Recht gemäß § 9 BetrVG als wählbar eingestuft worden, da die personalgestellten Arbeitnehmer nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft überlassen worden seien. Aus der Präambel des Rahmenvertrages in Zusammenschau mit § 4 ergebe sich,

dass die Personalgestellung ohne zeitliche Begrenzung und damit nicht nur vorübergehend erfolgt sei. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Verleiher keine Möglichkeit habe, die Arbeitnehmer selbst einzusetzen, da durch die Gründung der GmbH und die Ausgliederung der Datenverarbeitung auf diese, das Tätigkeitsgebiet, mit dem die personalgestellten Arbeitnehmer betraut gewesen seien, komplett eingestellt worden sei. Damit sei die tatsächliche Beschäftigungsmöglichkeit für alle personalgestellten Arbeitnehmer entfallen. Die Gesellschafterinnen hätten auch rechtlich kein Rückrufsrecht, da eine Abstimmung gemäß § 11 des Rahmenvertrages zu erfolgen habe. Mithin könnten die Gesellschafterinnen nicht selbständig ihre Beigestellten zurückrufen. Auch tatsächlich bestehe keine Beschäftigungsmöglichkeit für die Beigestellten. Die GmbH sei das Ergebnis der Zentralisierung und Ausgliederung der Datenverarbeitung. Der Anteil der Tätigkeiten, die zur Datenverarbeitung zählten, liege bei den sog. IT- Verbindungsstellen lediglich bei 30 %. Die in Lübeck beigestellten Arbeitnehmer hätten überwiegend keine rentenrechtliche Ausbildung. Die Gesellschafterinnen seien im Übrigen gemäß dem Organisations- und Rentenreformgesetz zu Einsparungen gehalten.

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag zu 1. und dem Hilfsantrag des Antrags zu 2, die Betriebsratswahl für unwirksam zu erklären, stattgegeben und den Hauptsantrag zu 2. zurückgewiesen.

Die Betriebsratswahl sei nicht nichtig, jedoch nach § 19 Abs. 1 BetrVG unwirksam, da gegen wesentliche Vorschriften des Wahlrechts verstoßen worden sei.

Die GmbH habe die Wahl fristgerecht angefochten. Die Anfechtung sei auch begründet. Die Betriebsratswahl sei unwirksam. Bei der Wahl sei gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden; dies habe auch Auswirkungen auf das Wahlergebnis gehabt. Es sei gegen § 9 Satz 1 BetrVG verstoßen worden. Es habe nur ein aus einem Mitglied bestehender Betriebsrat gewählt werden dürfen, da im Betrieb der GmbH nicht mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer im Sinne von § 9 S. 1 BetrVG beschäftigt gewesen seien. Die beigestellten 19 Arbeitnehmer seien zu Unrecht bei der Berechnung der Betriebsratsgröße und bei der Wählbarkeit berücksichtigt worden. Diese Mitarbeiter

zählten nicht zu den Arbeitnehmern im Sinne des § 9 S. 1 BetrVG, denn sie seien keine Arbeitnehmer der GmbH. Die tatsächliche Eingliederung in die Betriebsorganisation begründe nicht die Betriebszugehörigkeit zum Entleiherbetrieb. Dies ergebe sich aus § 14 Abs. 1 AÜG. Danach blieben Leiharbeiter auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebs.

Daran habe sich durch die Einräumung des aktiven Wahlrechts für Leiharbeiter in § 7 Satz 2 BetrVG - in der ab dem 28. Juni 2001 geltenden Fassung des Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes vom 23. Juli 2001- nichts geändert. § 14 Abs. 1 AÜG gelte zwar unmittelbar nur für die hier nicht vorliegende gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Wegen der Vergleichbarkeit der Interessenlage finde die Norm im vorliegenden Fall jedoch entsprechende Anwendung. Die Arbeitgeberstellung zwischen den Rentenversicherungsträgern und der GmbH sei nach dem Inhalt des zwischen ihnen geschlossenen Vertrages in der für die Arbeitnehmerüberlassung prägenden Art aufgespalten worden mit der Folge, dass zwischen der GmbH und den Gestellten kein vertraglich begründetes Arbeitsverhältnis bestehe. Die Gesellschafterinnen behielten das Arbeitgeberisiko, da den Beigestellten nach § 7 des Rahmenvertrages die Möglichkeit eingeräumt worden sei, auf Antrag die Gestellung zu beenden und die jeweilige Gesellschafterin in diesem Fall verpflichtet sei, den Arbeitnehmer anderweitig einzusetzen. Ein Einsatz bei den Rentenversicherungsträgern sei auch nicht ausgeschlossen, da zumindest auch Tätigkeiten bei den Rentenversicherungsträgern im EDV-Bereich anfielen, wobei der Umfang der Tätigkeit zwischen den Beteiligten streitig sei, sowie weitere Tätigkeiten zumindest von einem Teil der Gestellten aufgrund deren Ausbildung durchgeführt werden könnten.

So seien in der Vergangenheit auch Beigestellte, die von ihrem Rückrufsrecht Gebrauch gemacht hatten (mit einer Ausnahme), wieder bei den Rentenversicherungsträgern tätig. Der Schwerpunkt der arbeitsrechtlichen Beziehung liege daher im Verhältnis zum Vertragsarbeitgeber. Auch die Regelung in § 9 des Rahmenvertrages führe zu keiner anderen Wertung. Auch der Umstand, dass die Arbeitnehmer unbefristet der GmbH überlassen worden seien, ändere nichts daran, dass die Interessenlage wegen der aufgespaltenen Arbeitgeberstellung mit derjenigen bei der gewerbs-

mäßigen Arbeitnehmerüberlassung vergleichbar und daher hinsichtlich der betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnung die entsprechende Anwendung des § 14 Abs. 1 AÜG geboten sei.

Gegen diesen ihm am 04.12.2006 zugestellten Beschluss richtet sich die am 18.12.2006 durch Telekopie und am 20.12.2006 durch Originalschriftsatz eingelegte Beschwerde des Betriebsrats, die er - nach Verlängerung der Beschwerdebegründungsfrist bis zum 12.02.2007 – am 12.02.2007 durch Telekopie und am 13.02.2007 durch Originalschriftsatz begründet hat.

Der Betriebsrat trägt vor:

Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts sei die Betriebsratswahl ordnungsgemäß durchgeführt worden. Zu Recht sei von 28 regelmäßig Beschäftigten und einer Betriebsratsgröße von 3 Betriebsratsmitgliedern ausgegangen worden. Das Arbeitsgericht habe zu Unrecht die 19 gestellten Arbeitnehmer der Gesellschafterinnen nicht als Arbeitnehmer i.S.v. § 9 BetrVG bewertet. Richtig sei zwar, dass nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nur betriebsangehörige Arbeitnehmer zu zählen sind, und dass – bis dato – nur diejenigen zählten, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stünden und in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert seien. Insbesondere aus der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 10.03.2004 - 7 ABR 49/03 – ergebe sich jedoch, dass im vorliegenden Fall gestellte Arbeitnehmer als betriebsangehörige Arbeitnehmer i.S.v. § 9 BetrVG zu behandeln seien. Im Fall der Konzernleihe seien die entliehenen Arbeitnehmer dann keine betriebsangehörigen Arbeitnehmer des Entleiherbetriebes, wenn sie ihre Arbeitsleistung vorübergehend bei einem anderen als ihrem Vertragsarbeitgeber erbrächten. Daraus ergebe sich umgekehrt, dass sie mitzuzählen seien, wenn sie auf Dauer gestellt seien. Im Fall dauerhafter Überlassung seien die personalgestellten Arbeitnehmer nicht nur eine Randbelegschaft, sondern integraler Bestandteil der Stammelegschaft.

Durch die Gründung der GmbH und die Ausgründung der Datenverarbeitung auf diese seien die Tätigkeitsgebiete der personalgestellten Arbeitnehmer bei den Gesell-

schafterinnen komplett entfallen. Es sei auch den Gesellschafterinnen der GmbH nicht möglich, „ihre“ Arbeitnehmer zurückzuholen und einzusetzen. Lediglich der beigestellte Arbeitnehmer habe die Möglichkeit, bei seinem Vertragsarbeitgeber zu beantragen, dass er zurückkehren dürfe. Insoweit bestehe jedoch keine Pflicht zur Rücknahme. Das alles sei das Ergebnis der Zentralisierung. Auch eine Beschäftigung in der IT der Gesellschafterinnen im Falle der Rückkehr sei nicht möglich. Aus den gesetzlichen Einsparungsvorgaben von 14 % für Verwaltungs- und Verfahrenskosten der DRV-Nord ergebe sich, dass der Stellenplan einzufrieren sei und dass nicht besetzte Stellen nicht neu zu besetzen seien. Die Geschäftsführerin der DRV-Nord, Frau K..., habe auf einer Betriebsversammlung erklärt, dass sie zurzeit nicht wisse, wie sie die Kollegen, die von ihrem Rückkehrrecht Gebrauch machten, überhaupt im Stammhaus unterbringen bzw. beschäftigen solle. Der Anteil der DV-Tätigkeiten in dem DRV liege bei nur 3 %, für die übrigen Tätigkeiten benötigten die Arbeitnehmer Renten- bzw. Reha-Know-how. Die in Lübeck beigestellten Arbeitnehmer verfügten jedoch überwiegend über keine Rentenausbildung. Soweit eine Rückkehr ausnahmsweise erfolgt sei, seien dies absolute Ausnahmefälle. Aus allen diesen Gründen drohe den gestellten Arbeitnehmern, die das Rückkehrrecht ausübten, eine betriebsbedingte Kündigung.

Der Betriebsrat beantragt,

den Beschluss des Arbeitsgerichts Lübeck zum Az.: 2 BV 31/06 -, verkündet am 23.11.2006, abzuändern.

Die von der Beschwerdegegnerin gestellten Anträge zurückzuweisen.

Die GmbH beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die GmbH verteidigt die Entscheidungsgründe des Arbeitsgerichts. Die Entscheidung stehe im Einklang mit den Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 10.03.2004 und insbesondere vom 20.04.2005 – 7 ABR 20/04 -. In der letztgenannten Entscheidung wende das Bundesarbeitsgericht das AÜG auf die dauerhafte unentgeltliche Arbeitnehmerüberlassung auch für den Fall an, dass eine konzernange-

hörige Personalführungsgesellschaft im eigenen Namen Arbeitnehmer einstelle, um sie anderen Konzernunternehmen zu überlassen. Die Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG sei insoweit nicht einschlägig. Allein entscheidend sei danach, dass eine Beschäftigung der Arbeitnehmer im anstellenden Unternehmen überhaupt nicht vorgesehen sei.

Der Betriebsrat verkenne, dass § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG nicht anwendbar sei und messe entgegen dem Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 20.04.2005 der Dauerhaftigkeit der Überlassung eine ihr nicht zukommende Bedeutung zu. Der Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 20.04.2005 berücksichtige die Aufhebung der gesetzlichen Höchstgrenze der Arbeitnehmerüberlassung durch Änderung des AÜG.

§ 14 AÜG korrespondiere im Übrigen mit dem Betriebsverfassungsgesetz und Personalvertretungsgesetz. Die Rechtslage bei den Landespersonalvertretungsgesetzen sei seit Jahren nicht geändert worden, obwohl das Problem bekannt sei.

Der Betriebsrat gehe auch von einem unrichtigen Sachverhalt aus. Es liege nämlich eine vorübergehende Überlassung vor. Das ergebe sich aus dem vertraglichen Recht der Arbeitnehmer auf Rückkehr. Das Rückkehrrecht sei auch realistisch und in der Vergangenheit umgesetzt worden. Außerdem sehe der Gesellschaftsvertrag eine Kündigungsmöglichkeit vor, nach deren Ausübung die jeweilige Gesellschafterin mit ihren Arbeitnehmern aus der GmbH ausscheide und die GmbH von den übrigen Gesellschaftern weitergeführt werde. Unrichtig sei auch die Annahme des Betriebsrats, dass die Rückkehr nur in Abstimmung aller Gesellschafterinnen möglich sei. Werde das Rückkehrrecht ausgeübt, müsse der jeweilige RV-Träger den Arbeitnehmer zurücknehmen und ihn anderweitig einsetzen. Die gesetzlichen Sparvorgaben hätten keine individualrechtlichen Wirkungen und habe es bei Abschluss des Rahmenvertrages noch nicht gegeben. Im Übrigen sei die Ausbildung der gestellten Mitarbeiter zu vernachlässigen. Es gebe bei den Gesellschafterinnen auch Querschnittsfunktionen und nicht nur sozialrechtlich geprägte Arbeitsbereiche, z. B. Einkauf/Finanzen/Bibliothek/Ausdruck/Fahrdienst und Pförtner. Bislang hätten auch alle Rückkehrer ihre Arbeit erfolgreich wieder aufgenommen.

II.

Die Beschwerde des Betriebsrats ist zulässig. Sie ist statthaft und form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 87 Abs. 1, § 89 Abs. 1 und 2 ArbGG). Sie ist auch in der Sache gerechtfertigt.

I. Das Arbeitsgericht hat zu Recht festgestellt, dass die durchgeführte Betriebsratswahl nicht nichtig ist. Da die GmbH keine Beschwerde eingelegt hat, ist das rechtskräftig festgestellt.

II. Das Beschwerdegericht folgt dem Arbeitsgericht jedoch nicht, soweit es den Anträgen der GmbH stattgegeben hat. Der Antrag auf Feststellung, dass der Betriebsrat des Standorts Lübeck nur aus einer Person besteht, ist ebenso begründet wie die Wahlanfechtung. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts sind die beigestellten Arbeitnehmer sowohl bei der Berechnung der Betriebsratsgröße zu berücksichtigen als auch für den Betriebsrat wählbar.

1. Das Arbeitsgericht hat zu Recht die als Betriebsratsmitglieder bzw. als Ersatzmitglied des Betriebsrats gewählten beigestellten Arbeitnehmer (Beteiligte zu 3. – 5.) an dem Beschlussverfahren beteiligt. Nach § 83 Abs. 3 ArbGG ist Beteiligter in einem arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren, wer durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung in seiner betriebsverfassungsrechtlichen Stellung unmittelbar betroffen ist. Das sind zum einen der Arbeitgeber und der Betriebsrat, zum anderen die Betriebsratsmitglieder, deren Wählbarkeit Gegenstand des Beschlussverfahrens ist (BAG, Beschl. vom 16.03.2005 - 7 ABR 40/04 -, BAGE 114, 119 im Anschluss an BAG, Beschl. vom 12.10.1976 – 1 ABR 1/76 -, BAGE 28, 203). Hingegen hat das Arbeitsgericht die in den Betriebsrat gewählten Arbeitnehmer der GmbH, nämlich die Arbeitnehmer F... und S..., zu Unrecht am Verfahren beteiligt. Deren Wählbarkeit steht nicht in Frage. Bei einer Gesamtanfechtung der Betriebsratswahl ist nur der Betriebsrat Beteiligter (Kreutz GK-BetrVG, § 19 Rz. 97; LAG München, Beschl. vom 04.10.1989 – 7 TaBV 10/89 -, LAGE § 19 BetrVG 1972).

2. Die Anträge der GmbH sind zulässig.

a) Für den Antrag zu 1. liegt das erforderliche Feststellungsinteresse gemäß § 256 ZPO im Hinblick auf zukünftige Betriebsratswahlen vor.

b) Die nach § 19 Abs. 2 BetrVG für eine Wahlanfechtung erforderlichen Voraussetzungen sind erfüllt. Die GmbH ist als Arbeitgeberin zugleich als Beteiligte nach § 19 Abs. 2 S. 1 BetrVG anfechtungsberechtigt. Auch die zweiwöchige Anfechtungsfrist des § 19 Abs. 2 S. 2 BetrVG ist gewahrt.

3. Der Feststellungsantrag der GmbH und ihr Antrag, die Betriebsratwahl für unwirksam zu erklären, sind unbegründet. Bei der am Standort Lübeck durchgeführten Betriebsratswahl ist nach Auffassung des Beschwerdegerichts nicht gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden.

a) Bei der Betriebsratswahl wurde § 9 Abs. 1 BetrVG nicht verletzt.

aa) Nach § 9 Abs. 1 BetrVG besteht der Betriebsrat in Betrieben mit in der Regel 5 – 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern aus einer Person und in Betrieben mit in der Regel 21 – 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern aus 3 Mitgliedern. Im vorliegenden Fall war von 28 wahlberechtigten Arbeitnehmer auszugehen. Die beigestellten Arbeitnehmer sind wahlberechtigte Arbeitnehmer im Sinne der Vorschrift und waren demnach mitzuzählen.

bb) Das Arbeitsgericht hat den Anträgen mit der Begründung stattgegeben, dass es an einer Voraussetzung der Betriebszugehörigkeit fehle. Die gestellten Arbeitnehmer hätten kein Arbeitsverhältnis mit der GmbH. Es hat sich dabei auf die einschlägige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Frage der Wählbarkeit fremder Arbeitnehmer bezogen. Danach sind grundsätzlich nur betriebszugehörige Arbeitnehmer wahlberechtigt nach § 7 S. 1 BetrVG und wählbar nach § 8 Abs. 1 S. 1 BetrVG. Zu den konstitutiven Merkmalen der Betriebszugehörigkeit gehören ein Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber, das in der Regel durch einen Arbeitsvertrag, ausnahmsweise auch durch Gesetz (z. B. § 10 Abs. 1 AÜG) zustande kommen kann sowie die tat-

sächliche Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebsorganisation des Arbeitnehmers (BAG, Beschl. vom 10.03.2004 – 7 ABR 49/03 -, unter Ziff. 17, BAGE 110, 27; Beschl. vom 20.04.2005 – 7 ABR 20/04 -, unter Ziff. 17, EzA § 14 AÜG Nr. 5 = NZA 2005, 1006; Beschl. vom 15.03.2006 – 7 ABR 39/05 -, unter Ziff. 11, nicht amtl. veröff.).

b) Es trifft zu, dass das Erfordernis einer Vertragsbeziehung zwischen der GmbH und den beigestellten Arbeitnehmern nicht erfüllt ist. Die mit den jeweiligen Gesellschafterinnen der GmbH (RV-Träger) bestehenden Arbeitsverhältnisse bestehen trotz der Beistellung fort (§ 4 S. 3 des Rahmenvertrages). Die Arbeitsverhältnisse sind auch nicht gemäß § 613a Abs. 1 BGB auf die GmbH übergegangen. Es kann dahingestellt bleiben, ob ein Betriebteilübergang von den Gesellschafterinnen auf die GmbH erfolgt ist. Auch dann wären die Arbeitsverhältnisse nicht übergegangen, da die beigestellten Arbeitnehmer gemäß § 1 der Anlage 1 zum Rahmenvertrag einem Übergang der Arbeitsverhältnisse widersprochen haben (§ 613a Abs. 6 BGB). Schließlich sind auch nach §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG zwischen der GmbH und den beigestellten Arbeitnehmern Arbeitsverhältnisse nicht begründet worden. Die RV-Träger haben zwar ihre Arbeitnehmer der GmbH überlassen, die Überlassung war jedoch nicht gewerbsmäßig, da sie nicht mit Gewinnerzielungsabsicht erfolgt ist (hierzu BAG, Beschl. vom 20.04.2005 – 7 ABR 20/04 -, unter Ziff. 26).

c) Das Beschwerdegericht ist jedoch der Auffassung, dass vorliegend wegen der Besonderheiten des Falles von dem Erfordernis einer arbeitsvertraglichen Beziehung abzusehen ist.

aa) Für den Fall der Konzernleihe vertritt Dörner (Festschrift für Wissmann, 2005, S. 298) die Auffassung, dass abweichend von der „Kumulationstheorie“ auf das Erfordernis einer Vertragsbeziehung verzichtet werden sollte, wenn die einzige Aufgabe eines mit oder ohne Erlaubnis tätigen Verleihers darin bestehe, einem einzigen Vertragspartner die Mitarbeiter zur Verfügung zu stellen. Auch das Bundesarbeitsgericht fordert nicht in jedem Fall, dass beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen. In seinem Beschluss vom 20.04.2005 hat es im Fall einer konzernangehörigen Personalführungsgesellschaft, die ihre Arbeitnehmer dauerhaft an andere Konzernge-

sellschaften überlässt, auf das zweite Erfordernis einer Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers verzichtet. Die verschiedenen Unternehmen des Konzerns überlassenen Arbeitnehmer seien in entsprechender Anwendung von § 14 AÜG betriebsverfassungsrechtlich der Personalführungsgesellschaft zugehörig. Der tatsächlichen Eingliederung in den Betrieb des Entleihers „werde dadurch Rechnung getragen“, dass ihnen in entsprechender Anwendung nach § 14 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 AÜG einzelne betriebsverfassungsrechtliche Rechte im Entleiherbetrieb zustünden. Eine vollständige betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit der Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb werde dadurch nicht begründet. In seinem Beschluss vom 10.03.2004 führt das BAG unter Ziff. 19 aus, dass auf die Konzernleihe § 14 Abs. 1 AÜG nicht anzuwenden ist. Aber auch den im Rahmen der Konzernleihe überlassenen Arbeitnehmern fehle die arbeitsvertragliche Beziehung zum Entleiher. Unter diesen Umständen führe auch eine längerfristige Überlassung mangels einer arbeitsvertraglichen Bindung zum Entleiher nicht dazu, dass die überlassenen Arbeitnehmer zu Betriebsangehörigen des Entleiherbetriebs im Sinne des BetrVG werden, „sofern sichergestellt ist, dass die Arbeitnehmer nicht auf Dauer überlassen werden“.

bb) In vorliegendem Fall liegt keine Konzernleihe i.S.v. § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG vor, da die beigestellten Arbeitnehmer der GmbH nicht nur vorübergehend überlassen worden sind. Die Gesellschafterinnen der GmbH haben ihre Datenverarbeitungsbereiche ausgegliedert und auf die GmbH übertragen. Diese Ausgliederung ist unstreitig nicht vorübergehend erfolgt. Gemäß § 4 des Rahmenvertrages erfolgt die Personalbeistellung unbefristet. Durch die „Zuweisungsverfügung“ an die betroffenen Arbeitnehmer wurde ihnen eine Tätigkeit bei der GmbH unbefristet zugewiesen. Weder in dem Rahmenvertrag noch in der Zuweisungsverfügung haben sich die Gesellschafterinnen ein Direktionsrecht in Form eines Rückrufes vorbehalten. Lediglich die beigestellten Arbeitnehmer haben die Möglichkeit, ihre Rückkehr zu der beistellenden Gesellschafterin zu verlangen. § 11 regelt lediglich Verpflichtungen der Gesellschafterinnen untereinander für den Fall einer Beendigung der Beistellung. Dass die Beendigung individualrechtlich möglich und vorbehalten ist, ergibt sich daraus nicht.

cc) Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts kann aus den dargelegten Gründen auch § 14 AÜG nicht entsprechend angewendet werden. Der vorliegende Fall unter-

scheidet sich in einem wesentlichen Punkt von dem Sachverhalt, den das BAG in seinem Beschluss vom 20.04.2005 zu beurteilen hatte. Zwar hatte auch die konzerninterne Personalführungsgesellschaft die an verschiedene Konzernunternehmen überlassenen Arbeitnehmer zu keiner Zeit selbst beschäftigt, sondern ausschließlich zur Überlassung eingestellt. Die Personalführungsgesellschaft übte aber weiterhin ihr Direktionsrecht durch Zuweisung an verschiedene Konzernunternehmen aus. Im Gegensatz hierzu erfolgte die Beistellung durch die Gesellschafterinnen auf Dauer an ein Unternehmen. Diese Form der dauernden Beistellung ist auch nach Aufhebung der zeitlichen Grenzen für die Überlassung i.S.d. AÜG nicht typisch. Das schließt eine entsprechende Anwendung von § 14 AÜG aus.

dd) Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass nur Arbeitnehmer betriebszugehörig sind, die in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Betriebes stehen, ist auch aus betriebsverfassungsrechtlichen Gründen geboten. Bei der vorliegenden Fallkonstellation der dauernden Überlassung von Personal an ein Unternehmen wäre eine ordnungsgemäße betriebsverfassungsrechtliche Vertretung der überlassenen, hier der beigestellten, Arbeitnehmer nicht gewährleistet. Die vom Bundesarbeitsgericht im Fall des drittbezogenen Arbeitnehmereinsatzes anerkannten Mitbestimmungsrechte des aufnehmenden Betriebes (hierzu Dörner, a.a.O., S. 288 ff) reichen hierfür nicht aus. Die Betriebsräte der Gesellschafterinnen wären auf Dauer unter Berücksichtigung der beigestellten Arbeitnehmer zu wählen und für diese originär zuständig, obwohl der Betriebsrat diese Arbeitnehmer faktisch immer weniger vertreten wird. In dem aufnehmenden Betrieb müsste sich hingegen ein kleiner Betriebsrat auf Dauer um die Belange einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern kümmern. Das wird ihn auf Dauer überlasten. Beides muss zwangsläufig zu einer systemwidrigen Schwächung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats führen.

ee) Eine betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung der beigestellten Arbeitnehmer zu dem Betrieb in Lübeck steht auch nicht im Widerspruch zu dem Rahmenvertrag. Die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung der beigestellten Arbeitnehmer ist nicht geregelt; § 3 bestimmt lediglich, dass die Betriebsteile Lübeck, Hamburg, Hannover und Braunschweig als selbständige Betriebe gelten. Auch die Regelung in § 4 S. 4 des Rahmenvertrages, wonach das Arbeitsvertragsverhältnis weiterhin zwischen

dem beigestellten Arbeitnehmer und der Gesellschafterin besteht und im Übrigen alle Rechte und Pflichten unberührt bleiben, gebietet keine abweichende Beurteilung. Insoweit handelt es sich lediglich um eine individualrechtliche Absicherung der beigestellten Arbeitnehmer für den Fall, dass deren Tätigkeit oder Arbeitsplatz bei der GmbH entfallen sollte. Das wird bestätigt durch die gemäß § 1 der Anlage 1 zum Rahmenvertrag erklärten Widersprüche der beigestellten Arbeitnehmer gegen den Betriebsübergang auf die GmbH. Dadurch ist sichergestellt worden, dass die Arbeitsverhältnisse nicht entgegen § 4 S. 4 des Rahmenvertrages auf die GmbH übergegangen sind (§ 613a Abs. 6 BGB).

Aus den dargelegten Gründen waren die Anträge der GmbH zurückzuweisen.

Die Rechtsbeschwerde ist gemäß §§ 92 Abs. 1 S. 2, 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zugelassen worden.

Gez. ...

gez. ...

gez. ..