

**Landesarbeitsgericht Schleswig-  
Holstein**

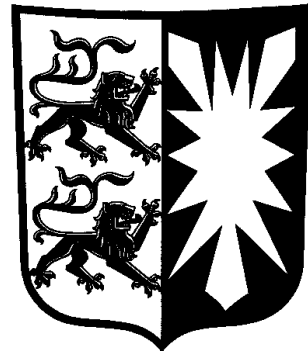
**Aktenzeichen: 3 TaBV 31/10**

5 BV 45/10 ArbG Lübeck

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 23.03.2011

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



**Beschluss**

Im Namen des Volkes

**Im Beschlussverfahren mit den Beteiligten**

**pp.**

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die Anhörung der Beteiligten am 23.03.2011 durch die Vizepräsidentin des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzende und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

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

Die Beschwerde des Beteiligten zu 2. gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Lübeck vom 15.09.2010 – Az. 5 BV 45/10 – wird zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird für den Beteiligten zu 2. 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) 26 36 - 20 00,

Rechtsbeschwerde einlegen.

Die Rechtsbeschwerdeschrift muss

**innen einer Notfrist von einem Monat**

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

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

**zwei Monate.**

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

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

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 beigefügt 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](http://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](http://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 Anfechtung einer am 10.05.2010 durchgeführten Betriebsratswahl und in diesem Zusammenhang über die Wählbarkeit von gestellten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern.

Die Beteiligte zu 1. ist eine im Betrieb der Beteiligten zu 3. vertretene Gewerkschaft. Die Beteiligte zu 3 beschäftigt in ihrem L... Betrieb derzeit ca. 536 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (im Folgenden nur „Mitarbeiter“), von denen lediglich ca. 315 mit ihr arbeitsvertraglich gebunden sind. Die restlichen 211 Mitarbeiter sind in ihrem Betrieb als von dem U...klinikum S...-H... „Gestellte“ tätig.

Nach entsprechendem Wahlausschreiben vom 26.03.2010 (Anlage A 3, Bl. 19 – 20 d. A.) wurde am 10.05.2010 ein aus neun Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt. Gemäß der Wählerliste gestand der Wahlvorstand den 221 gestellten Arbeitnehmern nur das aktive, nicht jedoch das passive Wahlrecht zu. Die Beteiligte zu 1. fertigte unter dem Kennwort „v...“ eine eigene Wahlvorschlagsliste (Anlage A 4, Bl. 21 – 22 d. A.). Die Wahlvorschlagsliste wies die Namen von 13 Beschäftigten auf, die im Rahmen der Personalgestellung bei der Beteiligten zu 3. tätig sind. Der Wahlvorstand teilte der Listenführerin mit Schreiben vom 08.04.2010 (Anlage A 5, Bl. 27 d. A.) mit, dass die eingereichte Vorschlagsliste einen unheilbaren Mangel habe, da die vorgeschlagenen Bewerberinnen und Bewerber kein passives Wahlrecht hätten. Nach Durchführung der Betriebsratswahl am 10.05.2010 machte der Wahlvorstand das Wahlergebnis am 17.05.2010 (Anlage A 1, Bl. 7 d. A.) bekannt. Der neue Betriebsrat ist zwischenzeitlich konstituiert. Mit am 21.05.2010 beim Arbeitsgericht eingegangener Antragschrift hat die Beteiligte zu 1 die Betriebsratswahl angefochten.

Hintergrund ist Folgender:

Die U... GmbH, die Beteiligte zu 3, wurde im Juni 2005 gegründet und war als Konzernunternehmen bis zum 31.12.2009 eine 100%ige Tochtergesellschaft des U...klinikums S...-H... (im Folgenden: UK S-H). Zum 01.01.2010 ist eine Minderheitsbeteiligung von 49 % auf einen privaten Investor übertragen worden. Aufgabe

der Beteiligten zu 3. ist es, Sekundärleistungen, insbesondere Reinigungs- und Sterilisationsleistungen, Hol- und Bringdienstleistungen sowie Transportleistungen für das UK S-H am Campus L...K und am Campus L... durchzuführen. Diese Aufgaben sind im Zusammenhang mit der Gründung der Beteiligten zu 3 im Jahre 2005 aus dem UK S-H ausgegliedert und dieser übertragen worden. Sie haben sich nicht durch die Beteiligung des privaten Dritten zum 01.01.2010 verändert.

Zur Erledigung der o.g. Aufgaben setzt die Beteiligte zu 3. einerseits eigene Mitarbeiter ein. Darüber hinaus sind in den Servicebereichen der Beteiligten zu 3 auch fortlaufend Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des UK S-H eingesetzt. Dabei handelt es sich um diejenigen Personen, die schon mit den Serviceaufgaben betraut waren, als das UK S-H diese Aufgaben noch selbst erfüllte. Insoweit ist hinsichtlich der Organisation der Aufgabenbewältigung keine grundlegende Veränderung eingetreten. Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des UK S-H sind in diesem Bereich nicht ausgewechselt worden. Es werden im Servicebereich aber seit 2005 zusätzliche neue Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit Arbeitsverträgen zur Beteiligten zu 3 beschäftigt. Diese beiden „Arbeitnehmergruppen“ - der Beteiligten zu 3 und des UK S-H - vermischen sich in der Arbeitsorganisation, z.B. bei der Urlaubs- und Krankheitsvertretung, beim dienstplanmäßigen Einsatz etc., zunehmend miteinander. Die diesbezügliche organisatorische Federführung obliegt der Beteiligten zu 3, allerdings unter Beachtung der für die jeweiligen Arbeitsverhältnisse geltenden unterschiedlichen Dienstvereinbarungen des UK S-H bzw. der Betriebsvereinbarungen der Service GmbH. Vertragliche Regelungen über den Personaleinsatz der UK S-H-Arbeitnehmer bei der Beteiligten zu 3 sind allerdings 2005 nicht getroffen worden. Der Einsatz ist rein tatsächlich erfolgt. Die Mitarbeiter des U...klinikums S...-H... haben schlicht gemeinsam mit den Arbeitnehmern der Beteiligten zu 3. die Arbeitsleistungen in den Servicebereichen erbracht.

Erst mit gesellschaftsrechtlicher Beteiligung eines privaten Partners zum 01.01.2010 ist zwischen dem U...klinikum und der Beteiligten zu 3. am 16.12.2009 ein Personalgestellungsvertrag (Anlage Bet. 1 - Bl. 73 – 83 d. A.) vereinbart worden. Er schreibt unter anderem in § 2 Abs. 2 b) die fachlichen Weisungsbefugnisse und die Ausübung des Direktionsrechtes durch die Beteiligte zu 3. fest (Bl. 75 d. A.), regelt in § 4 die

unveränderte Erstattungspflicht der Beteiligten zu 3. an die UK S-H in Bezug auf die arbeitgeberseitigen Vergütungsaufwendungen (Bl. 79 d. A.) und in § 11 die ordentlich unkündbare Laufzeit der Gestellung, gekoppelt an die Vertragslaufzeit des weiteren Vertrages zwischen der UK S-H und der Beteiligten zu 3. über die Erbringung nicht medizinischer Dienstleistungen( Bl. 82 d. A.). Im Einzelnen heißt es dort wie folgt:

## **„§ 2 Rechtsverhältnisse**

(1) ...

(2) ...

a) ...

b) In die Zuständigkeit der U... GmbH fallen insbesondere die fachlichen Weisungsrechte, die sich aus der Ausübung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechtes ergeben. Beispielsweise fällt in die Zuständigkeit der U... GmbH auch die konkrete Festlegung der Lage des Urlaubs, die Zuweisung der Arbeitstätigkeit im Rahmen der vereinbarten Eingruppierung, die Anordnung arbeitgeberbezogener Weisungen etc.

...

## **§ 4 Zahlung der Vergütung, Erstattungsleistungen**

(1) Das UK S-H zahlt an die gestellten Arbeitnehmer die Vergütungen wie bisher. Es erbringt auch alle weiteren vertraglichen Leistungen, die aufgrund der auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifverträge und Dienstverträge zu erbringen sind. Die überlassenen Arbeitnehmer werden mit den im UK S-H beschäftigten Arbeitnehmern gleichbehandelt.

(2) Die U... GmbH wird dem UK S-H für die Dauer der Gestellung der in der Anlage 1 verzeichneten Arbeitnehmer die dem UK S-H entstandenen arbeitgeberseitigen finanziellen Aufwendungen (Arbeitgeberbrutto) gemäß der als Anlage 2 beigefügten Aufstellung zzgl. etwaiger Tariflohnerhöhungen jeweils am Monatsende nach Vorlage einer Rechnung erstatten.

...

## **§ 11 Inkrafttreten, Dauer des Vertrages**

(1) Diese Vereinbarung tritt am 01.01.2010 in Kraft und endet zusammen mit der Vertragslaufzeit des Vertrages über nicht medizinische Dienstleistungen vom 16.12.2009. Verlängert sich der Vertrag über nicht medizinische Dienstleistungen vom 16.12.2009, verlängert sich auch der vorliegende Vertrag um die gleiche Zeit. Der vorliegende Vertrag ist bis dahin ordentlich nicht kündbar.

(2) Beide Parteien sind berechtigt, diesen Vertrag ohne eine Einhaltung einer Frist außerordentlich zu kündigen, wenn eine Vertragspartei trotz Abmahnung gegen Bestimmungen dieses Vertrages wiederholt verstößt. Seitens des UK S-H besteht insbesondere dann ein Kündigungsrecht, wenn die U... GmbH gesetzliche, tarifliche und/oder arbeitsvertragliche Bestimmungen fortgesetzt nicht beachtet.“

Auf den vollständigen Inhalt des Personalgestellungsvertrages wird verwiesen. Ihm war als Anlage 1 eine Liste der in L...K und L... etwa 600 betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beigefügt.

Die Beschäftigten nach § 613 a Abs. 5 BGB sind mit Schreiben vom 10.12.2009 darüber informiert worden, dass die Veräußerung der Minderheitsbeteiligung an der S... GmbH und der Abschluss des Personalgestellungsvertrages als Betriebsübergang einzuordnen ist und sie deshalb berechtigt sind, einem möglichen Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die Beteiligte zu 3. als neuen Arbeitgeber infolge des Betriebsübergangs zu widersprechen (Anl. Bet. 3., Bl. 187 ff d. A.). Sämtliche betroffenen Arbeitnehmer widersprachen innerhalb der Widerspruchsfrist dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die Beteiligte zu 3. Das UK S-H teilte sämtlichen Mitarbeitern mit, dass sie der Beteiligten zu 3. zur Dienstleistung gestellt würden. An dem tatsächlichen Einsatz der Arbeitnehmer der UK S-H bei der Beteiligten zu 3. änderte sich erneut nichts. Sie arbeiten auch über den 01.01.2010 hinaus dort unverändert weiter.

Am 10.05.2010 wurde die bereits erwähnte streitbefangene Betriebsratswahl unter Ausschluss des passiven Wahlrechts der UK S-H-Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter durchgeführt.

Am 19.05.2010 vereinbarten das U...klinikum S...-H..., die Beteiligte zu 3. sowie die V... D... v..., Landesbezirk N..., einen Tarifvertrag über die Zuständigkeit in Beteiligungsangelegenheiten und die Interessenvertretung der Beschäftigten. Nach § 4 trat die vorgenannte Vereinbarung am 01.04.2010 in Kraft. In § 1 Abs. 2 Satz 1 (Bl. 85 d. A.) heißt es:

Die aufgrund der Personalgestellung in der U... GmbH tätigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des UK S-H, Campus L...K, sind nach § 7 BetrVG zum Betriebsrat der U... GmbH, Betrieb L...K, wahlberechtigt und nach § 8 BetrVG wählbar. Entsprechendes

gilt für die am Campus L... tätigen, der U... GmbH gestellten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des UK S-H im Hinblick auf den Betriebsrat des Betriebes L....

Die Beteiligte zu 1. hat stets die Auffassung vertreten, aufgrund der Neufassung des § 5 Abs. 1 Satz 3 seien Beschäftigte, die zunächst in einer öffentlich-rechtlich organisierten Dienststelle tätig gewesen seien, ihre Arbeits- und Dienstleistung aber nunmehr in einem privatwirtschaftlich organisierten Betrieb erbringen müssten, nicht nur wahlberechtigt, sondern gemäß § 8 BetrVG auch wählbar. Der Gehalt von § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG sei nicht übertragbar.

Die Beteiligte zu 1. hat beantragt:

festzustellen, dass die Betriebsratswahl vom 10.05.2010 im Betrieb der Beteiligten zu 3. nichtig ist, hilfsweise, diese Betriebsratswahl für unwirksam zu erklären.

Der Beteiligte zu 2 hat beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Er hat die Auffassung vertreten, zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl sei unter verschiedenen rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkten eine wirksame Gestellung der Arbeitnehmer an die Beteiligte zu 3. noch nicht erfolgt. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG lägen vor. § 5 Abs. 3 BetrVG greife nicht ein.

Das Arbeitsgericht hat dem Wahlanfechtungsbegehren stattgegeben und die Betriebsratswahl nicht für nichtig, aber für unwirksam erklärt. Die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG seien schon allein in Anbetracht des tatsächlichen, auf Dauer angelegten Einsatzes der 221 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des UK S-H bei der Beteiligten zu 3. erfüllt. Maßgeblich sei die tatsächliche Beschäftigung, nicht der Zeitpunkt der Unterzeichnung des Gestellungsvertrages. Die Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 AÜG lägen nicht vor. Wegen der weiteren Begründung des Beschlusses wird Bezug genommen auf die dortigen Ausführungen.



Gegen diesen dem Beteiligten zu 2. am 01.10.2010 zugestellten Beschluss hat er am 28.10.2010 Beschwerde eingelegt, die nach Fristverlängerung bis zum 03.01.2011 am 03.01.2011 begründet wurde.

Er wiederholt und vertieft im Wesentlichen sein erstinstanzliches Vorbringen. Er bestreitet die tatsächliche Eingliederung der 221 bei der Beteiligten zu 3. eingesetzten Arbeitnehmer des UK S-H zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl. Seines Erachtens sind die Beschäftigten der Beteiligten zu 3 vielmehr in das UK S-H eingegliedert worden. Weiter trägt er vor, zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl sei eine wirksame Gestellung der Arbeitnehmer an die Beteiligte zu 3. noch nicht erfolgt. Es sei nicht bekannt, ob die Zustimmung des Personalrats zur Gestellung der Arbeitnehmer an die Beteiligte zu 3. vor Bekanntgabe des Wahlergebnisses erfolgt sei. Die ordnungsgemäße Beteiligung des Personalrats sei jedoch Voraussetzung für die Wirksamkeit der Gestellung. Jedenfalls seien die erforderlichen Einzelgestellungen erst nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses vorgenommen worden. Dies bedeute, dass zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl die Gestellungen noch nicht zur Durchführung gelangt seien und somit ein passives Wahlrecht der noch nicht gestellten Arbeitnehmer nicht in Betracht komme. Der Gestellungsvertrag führe nur zu einer zeitlich bestimmbarer Arbeitnehmerüberlassung des vorhandenen Personals. Auch sei der Gestellungsvertrag zeitlich befristet, da an die Laufzeit des Vertrages über nicht medizinische Dienstleistungen gekoppelt. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG lägen vor.

§ 5 Abs. 3 BetrVG greife nicht ein. Die Tatbestandsvoraussetzungen seien nicht erfüllt. Es fehle schon an einer dauerhaften Überlassung der Beschäftigten in die Beteiligte zu 3.

Der Beteiligte zu 2 beantragt:

1. Auf die Beschwerde des Beschwerdeführers wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Lübeck vom 15.09.2010 in Gestalt der durch den Beschluss vom 18.10.2010 erfolgten Berichtigung, Az. 5 BV 45/10 teilweise abgeändert.
2. Der Hilfsantrag zu 1 aus der Antragsschrift vom 20.5.2010 wird zurückgewiesen.

Die Beteiligte zu 1 beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie hält den angefochtenen Beschluss sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht für zutreffend. Mit der Ausgliederung der Servicearbeiten auf die Beteiligte im Jahr 2005 seien alle in diesem Verfahren erwähnten 221 in den ausgegliederten Bereichen Beschäftigten der UK S-H der Beteiligten zu 3. zugeordnet worden. Insofern sei es unbeachtlich, wer z.B. konkret die Dienstpläne oder die Urlaubspläne erstelle. Wenn ggf. ein UK S-H-Mitarbeiter diese Tätigkeit heute verrichte, so beruhe dieses ausschließlich darauf, dass er diese Tätigkeit vertraglich schulde und auch schon in der Vergangenheit verrichtet habe.

Die Beteiligte zu 3, die U... GmbH, hat keine Anträge gestellt. Sie trägt vor, die Beteiligte zu 3 entscheide seit 2005 in Bezug auf die 221 bei ihr eingesetzten Beschäftigten der UK S-H über sämtliche, den eigentlichen Arbeitseinsatz betreffenden Maßnahmen wie die Festlegung der Lage der Arbeitszeit, des Ortes der Arbeitsleistung sowie sämtliche arbeitsplatzbezogenen Weisungen und treffe sie.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

**II.**

**A.** Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt sowie innerhalb der verlängerten Beschwerdebegründungsfrist auch begründet worden.

**B.** Die Beschwerde ist jedoch unbegründet.

Die bei der Beteiligten zu 3. in L... am 10.5.2010 durchgeführte Betriebsratswahl ist unwirksam, weil gegen wesentliche Vorschriften über die Wählbarkeit verstoßen worden ist. Die 221 Mitarbeiter des UK S-H, die seit 2005 bei der Beteiligten zu 3. zur Erbringung ihrer arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung eingesetzt sind, können auf Grund des § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG auch im Betrieb der Beteiligten zu 3. Wählbarkeit im Sinne des § 8 BetrVG beanspruchen. Die Nichtzulassung ihrer Liste „v...“ zur Betriebsratswahl stellt deshalb einen zur Unwirksamkeit der Betriebsratswahl führenden Verstoß gegen § 19 BetrVG dar.

Das hat das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt. Dem folgt das Beschwerdegericht.

1. Die Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 BetrVG liegen vor.

a) Gem. § 19 Abs. 2 S. 1 BetrVG ist eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft zur Anfechtung berechtigt. Die Anfechtung ist gem. § 19 Abs. 2 S. 2 BetrVG nur innerhalb einer Frist von zwei Wochen ab Bekanntgabe des Wahlergebnisses zulässig.

b) Die Beteiligte zu 1. ist eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft. Sie hat die Betriebsratswahl form- und fristgerecht angefochten. Das Wahlergebnis ist am 17.05.2010 bekannt gegeben worden. Mit dem am 21.05.2010 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antrag ist die 2-wöchige Anfechtungsfrist des § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG gewahrt.

2. Ein Wahlanfechtungsgrund im Sinne des § 19 Abs. 1 BetrVG ist gegeben. Bei der Betriebsratswahl vom 10.05.2010 wurden wesentliche Vorschriften über die Wählbarkeit verletzt.

a) Gem. § 19 Abs. 1 BetrVG kann eine Betriebsratswahl angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahl-

verfahren verstoßen worden und eine rechtzeitige Berichtigung nicht erfolgt ist. Weitere Voraussetzung ist, dass der wesentliche Verstoß zu einem anderen Wahlergebnis geführt hat oder führen konnte, als es ohne den Verstoß zu verzeichnen gewesen wäre.

Verkennt der Wahlvorstand die Wählbarkeit eines Arbeitnehmers, der eine Vorschlagsliste anführt und schließt er deswegen die Vorschlagsliste von der Betriebsratswahl aus, liegt darin ein Verstoß gegen wesentliche Vorschriften über die Wählbarkeit. Der Verstoß kann im Anfechtungsverfahren geltend gemacht werden (BAG vom 14.05.1997 – 7 ABR 26/96 – zitiert nach Juris).

b) Wahlberechtigt sind nach § 7 BetrVG die Arbeitnehmer des Betriebes, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, und – soweit Arbeitnehmerüberlassung vorliegt - die länger als drei Monate in dem Betrieb eingesetzt sind. Wählbar sind nach § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG alle Wahlberechtigten, die dem Betrieb seit sechs Monaten angehören.

c) Die 221 seit 2005 bei der Beteiligten zu 3. tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der UK S-H sind „Angehörige des Betriebes im Sinne des § 8 BetrVG“ und damit wählbar. Sie gelten gemäß § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG kraft gesetzlicher Fiktion als deren Arbeitnehmer und sind deshalb wählbar im Sinne des § 8 BetrVG, obgleich sie der Beteiligten zu 3. zur Arbeitsleistung überlassen sind und kein Arbeitsverhältnis zur Beteiligten zu 3. haben. Sie sind keine unechten Leiharbeiter im Sinne des AÜG und per Dauereinsatz mittels Gestellung in den Betrieb der Beteiligten zu 3. eingegliedert. Die für die Wählbarkeit notwendige Betriebszugehörigkeit haben sie erfüllt.

aa) Die 221 im Betrieb der Beteiligten zu 3. eingesetzten Arbeitnehmer der UK S-H sind Arbeitnehmer dieses Einsatzbetriebes im Sinne des § 7 BetrVG. Das ergibt sich aus § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG. Die ab dem 04.08.2009 geltende gesetzliche Neuregelung des § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG legt fest, dass Beamte, Soldaten und auch Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes, die in Betrieben privatrechtlich organisierter

Unternehmen tätig sind, als Arbeitnehmer dieses Betriebes im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes gelten.

bb) Bei dem UK S-H, dem U...klinikum S...-H..., handelt es sich um eine Anstalt des öffentlichen Rechts, sodass die gestellten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen arbeitsvertraglich im Dienst einer juristischen Person des öffentlichen Rechts stehen. Die von der UK S-H praktisch seit der Ausgliederung des Service-Bereiches im Jahre 2005 bei der Beteiligten zu 3. zur Erbringung ihrer Arbeitsleistung eingesetzten 221 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind seither unter Aufrechterhaltung ihres Status als Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes ohne arbeitsvertragliche Veränderungen in einem privatrechtlich organisierten Betrieb tätig. Das ist jedenfalls spätestens seit dem 01.01.2010, der 49%igen Beteiligung eines privaten Investors an der Beteiligten zu 3. der Fall. Damit sind die Voraussetzungen einer Tätigkeit in einem Betrieb eines privatrechtlich organisierten Unternehmens im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG erfüllt.

cc) Das hat bereits kraft gesetzlicher Fiktion die Wahlberechtigung und vor allem die Wählbarkeit dieser 221 Beschäftigten im Sinne des § 8 BetrVG zu Betriebsratswahlen im Betrieb der Beteiligten zu 3 zur Folge.

(1) Auch wenn dieses nicht ausdrücklich im Gesetzestext des BetrVG aufgenommen worden ist, sind die in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG genannten drei Personengruppen - Beamte, Soldaten und Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes - aktiv und passiv wahlberechtigt zum Betriebsrat (Fitting, BetrVG, 25. Auflage, Rz 311 zu § 5; Hessischer Verwaltungsgerichtshof, 18.11.2010 – 22 A 959/10 PV – zitiert nach Juris, Rz. 33; Richardi, BetrVG, 12. Aufl. 2010, Rz. 6 zu § 8; Trümmner, Änderung des BetrVG, AiB 2009, 539 ff; Heise/Fedder, Beamte und Soldaten – Einsatz im Betriebsrat, NZA 2009, 1069; Thüsing, Schnellschuss ins Ungewisse: Zur Änderung des § 5 BetrVG, NZA 2009 2036 f; Klimpe-Auerbach, PersR 2010, S. 437ff, S. 440). Das ergibt sich aus Wortlaut, Systematik und Regelungszweck der Vorschrift.

(2) Entstehungsgeschichte und Gesetzesbegründung bestätigen, dass mit der Einführung des § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG die Wahlberechtigung und auch die Wählbar-

keit für die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes, die in Betrieben privatrechtlich organisierter Unternehmen tätig sind, herbeigeführt werden sollte. Bereits in der Begründung des Regierungsentwurfes zum Bundesschuldenwesenmodernisierungsgesetz, der in seinem § 5 Abs. 1 das aktive und passive Wahlrecht für den mittels Personalgestellung eingesetzten Personenkreis ausdrücklich regelt, heißt es:

„Der überwiegende Teil des Personals ...wird dauerhaft in der privatrechtlich organisierten Finanzagentur eingesetzt und vollständig in die Arbeitsabläufe eingegliedert. Mit der faktischen Eingliederung der Beamtinnen, Beamten, Angestellten, Arbeiterinnen und Arbeiter ... sind diese für den Bereich der betrieblichen Interessenvertretung ... den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern der Finanzagentur gleichzustellen“ (BT-Drucks. 16/1336, Seite 18).

Weiter wird ausgeführt, dass das AÜG keine Anwendung findet, weil es sich bei dem vorliegenden Gesetz um ein Spezialgesetz handle (vergl. BT-Drucks. 16/1336, Seite 16). Im Regierungsentwurf zur Neuregelung des § 5 BetrVG wird hierauf Bezug genommen. Dort heißt es:

„Mit den Änderungen in § 5 des Betriebsverfassungsgesetzes wird dem Wunsch des Bundesrates vom 26. April 2006 im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Bundesschuldenwesenmodernisierungsgesetz (Bundestagsdrucksache 16/1336) entsprochen, eine allgemeine Regelung in das Betriebsverfassungsgesetz aufzunehmen, nach der Beamte bei Zuweisung an privatrechtlich organisierte Einrichtungen generell für die Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes als deren Arbeitnehmer gelten und damit auch aktiv und passiv bei den Betriebsratswahlen wahlberechtigt sind. Gleiches wird auch für die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes sichergestellt und entspricht den in den Spezialgesetzen, z. B. im Bundesschuldenwesenmodernisierungsgesetz, dazu getroffenen Regelungen.“ (BT-Drucksache 16/11608, S. 21)

dd) Dem kann nicht entgegengehalten werden, die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes stünden nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber des Betriebes, in dem die Betriebsratswahl erfolge. Schon deshalb seien sie nicht wählbar (vgl. zu Beamten nach altem Recht: BAG vom 28.03.2001 – 7 ABR 21/00 – zitiert nach Juris). Aus dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG ergebe sich zur Frage des Wahlrechts und der Wählbarkeit der zugewiesenen Beschäftigten gerade nichts. Folglich sei auf § 7 und § 8 BetrVG und die hierzu ergangene Rechtsprechung zurückzugreifen. Mit der langjährigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sei wählbar nur derjenige, der einen Arbeitsvertrag mit dem Einsatzbetrieb habe und darüber hinaus dort eingegliedert sei. Voraussetzung für die Wählbarkeit der „Arbeit-

nehmer des öffentlichen Dienstes“ sei daher die Existenz eines Arbeitsvertrages zum „privaten“ Betriebsinhaber. Das müsse zwar nicht für die in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG erwähnten Soldaten und Beamten gefordert werden, aber für die Frage der Wählbarkeit der in privaten Betrieben tätigen „Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes“ (so Löwisch, Beamte als Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG, BB 2009, 2316f).

ee) Die Wählbarkeit der 221 bei der Beteiligten zu 3. eingesetzten Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes setzt keinen Arbeitsvertrag zur Beteiligten zu 3. voraus.

(1) Die langjährige, nicht unumstrittene Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts verlangt zwar regelmäßig als Voraussetzung für die Wählbarkeit im Sinne des § 8 BetrVG das Bestehen arbeitsvertraglicher Beziehungen und setzt außerdem eine tatsächliche Eingliederung in die Betriebsorganisation voraus (vgl. BAG vom 14.5.1997 – 7 ABR 26/96 – Rz. 15 m.w.N., vgl. auch BAG vom 17.2.2010 – 7 ABR 51/08 – zitiert nach Juris, Rz. 15f). Vom Erfordernis einer arbeitsvertraglichen Bindung soll jedenfalls für den Regelfall der klassischen Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des § 1 Abs. 1 AÜG, aber auch für Beamte auszugehen sein (BAG vom 28.03.2001 – 7 ABR 21/00 – zitiert nach Juris, Rz. 27).

(2) Ein solcher Regelfall liegt hier jedoch nicht vor. Das ergibt sich bereits aus der oben dargelegten Entstehungsgeschichte. Der Gesetzgeber hat Wählbarkeit gewollt, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG erfüllt werden (BT-Drucksache 16/11608, S. 21). Er hat deshalb gerade durch die gesetzliche Fiktion den genannten Personenkreis mit den „echten Arbeitnehmern des Betriebs“ völlig gleichgestellt. Dieser Personenkreis kann daher nicht abweichend vom Regelungswillen des § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG als „Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers“ im Sinne des § 7 Satz 2 BetrVG bezeichnet werden.

(3) Schon gar nicht kann der in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG genannte einheitliche Personenkreis Beamte, Soldaten und Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes „für die Beantwortung der Frage der Wählbarkeit auseinanderdividiert werden“. Das erlaubt die undifferenzierte, unterschiedslos aneinandergereihte Nennung von Beamten, Soldaten und Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes im Gesetzestext schon nach

dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG nicht. Alle drei Gruppen sind nach dem Wortlaut des Gesetzes gleichberechtigt. Für sie ist eine einheitliche Rechtsfolge festgelegt, nämlich dass sie als Arbeitnehmer des privaten Betriebes gelten, in dem sie tätig sind. Dann darf aber bei der Wählbarkeit keine unterschiedliche Rechtsfolge für die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes im Verhältnis zu den Beamten und Soldaten entstehen (so aber Löwisch a.a.O). Für einen derartigen Willen des Gesetzgebers gibt es keinerlei Anhaltspunkte.

(4) Die von Löwisch gewünschte Auslegung ist ausschließlich ergebnisbezogen und orientiert sich an einer gewünschten Einheitlichkeit der betriebsverfassungsrechtlichen Behandlung „überlassener Arbeitnehmer“, ungeachtet des Gesetzestextes und der dokumentierten gesetzlichen Zielsetzung. Gerichte sind jedoch nicht befugt, bewusste Entscheidungen des Gesetzgebers nicht zu berücksichtigen und – weil es vielleicht aus rechtspolitischen Gründen wünschenswert sein könnte – den Anwendungsbereich einer Norm zu erweitern bzw. zu reduzieren, nur weil diese unpraktikabel oder unzulänglich erscheint. § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG mag Unbehagen auslösen. Ein solches Unbehagen kann jedoch nur der Gesetzgeber beseitigen (vgl. zum Thema Wählbarkeit, Wahlberechtigung und Betriebsratsgröße bei klassischen, langfristig überlassenen Leiharbeitnehmern u.a. Brose, NZA 05, 797 ff., 800; Thüringer Landesarbeitsgericht, Beschluss vom 29.03.2007 – 8 TaBV 12/06 – zitiert nach juris, Rz. 19).

(5) Auch soll das AÜG und damit auch § 14 Abs. 2 AÜG schon nach der zitierten Gesetzesbegründung ausdrücklich keine Anwendung finden (vergl. BT-Drucks. 16/1336, Seite 16). Danach ist § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG gegenüber dem AÜG ein Spezialgesetz.

(6) Den bei der Beteiligten zu 3 seit 2005 eingesetzten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern der UK S-H würden anderenfalls gegen den Willen des Gesetzgebers ihre Wahlrechte beschnitten. Ihr Wahlrecht beim bisherigen Arbeitgeber ist u.U. gem. § 11 Abs. 2 MBG Schleswig-Holstein durch die länger als drei Monate währende Zuweisung einer Tätigkeit bei einem privaten Arbeitgeber ausgeschlossen, ihre Wählbarkeit wäre gem. § 12 MBG S.-H entfallen. Auf Dauer per Direktionsrecht des UK



S-H mittels Gestellung eingesetzt bei einem Privatbetrieb, wären sie gleichwohl auch dort nicht bei der Beteiligten zu 3 wählbar. Das sollte gerade nach dem Willen des Gesetzgebers verhindert werden.

ff) Ungeachtet dessen sind auch die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 AÜG nicht erfüllt. Schon deshalb greift § 14 Abs. 2 AÜG – fehlende Wählbarkeit im Entleiherbetrieb – nicht ein. Der Einsatz der 221 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der UK S-H im Betrieb der Beteiligten zu 2. ist keine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des § 1 Abs. 1 AÜG, vielmehr eine schlichte Personalgestellung im Sinne des § 4 Abs. 3 TV-UKN. Die Zusammenarbeit des UK S-H mit der Beteiligten zu 3 beschränkt sich auf das Zur-Verfügung-Stellen seiner für Servicearbeiten eingestellten Arbeitnehmer.

(1) § 4 Abs. 3 TV-UKN ist wortgleich mit § 4 Abs. 3 TVöD. Danach ist Personalgestellung gegeben, wenn Aufgaben der Beschäftigten auf einen Dritten verlagert werden und der Arbeitgeber bei weiter bestehendem Arbeitsverhältnis verlangt, die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung bei dem Dritten zu erbringen. § 613a BGB bleibt aber unberührt. Gemäß der Protokollnotiz zu § 4 Abs. 3 TVöD ist Personalgestellung die auf Dauer angelegte Beschäftigung bei einem Dritten unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses.

(2) Beschränkt sich die Zusammenarbeit zweier Unternehmen ohne Gewerbsmäßigkeit und Gewinnerzielungsabsicht auf das Zur-Verfügung-Stellen von Arbeitnehmern, liegt eine Personalgestellung vor, regelmäßig in Form der Arbeitnehmerüberlassung. Der Verleiher beschränkt sich auf die Zur-Verfügung-Stellung des benötigten Personals. Er trifft die Personalauswahlentscheidung und ihm verbleibt die Disziplinarbefugnis. Das entleihende Unternehmen entscheidet dagegen über den Personaleinsatz vor Ort, z. B. Zuweisung des konkreten Arbeitsplatzes, Art und Weise der Arbeitsausführung usw., (BAG 23.09 2010 - 8 AZR 567/09 – zitiert nach Juris, RZ 42; BAG vom 16. April 2008 - 7 ABR 4/07 - AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 32 = EzA BetrVG 2001 § 1 Nr. 7; 13. August 2008 - 7 ABR 21/07 - mwN, NZA-RR 2009, 255; 17. Februar 2010 - 7 ABR 51/08 - EzA BetrVG 2001 § 8 Nr. 2).

(3) Der Einsatz der 221 Beschäftigten der UK S-H beruht auf der Ausgliederung ihrer Tätigkeiten, nämlich der gesamten Serviceleistungen – Reinigungs-, Sterilisationsleistungen, Hol- und Bring-Dienstleistungen sowie Transportleistungen -, auf die Beteiligte zu 3.. Diese Aufgaben und das entsprechende, dort eingesetzte Personal der UK S-H sind im Jahre 2005 auf die Beteiligte zu 3. verlagert worden, damals noch ohne explizite vertragliche Regelungen zwischen der Beteiligten zu 3. und der UK S-H. Mit Hinzutreten eines privaten Investors zum 01.01.2010 ist Letzteres nachgeholt worden. Seit dem 01.01.2010 beruht der Einsatz dieser 221 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf dem Gestellungsvertrag vom 16.12.2009, ebenfalls ohne dass es im Tatsächlichen in ihrem Arbeitsalltag zu Veränderungen gekommen ist. Das ist der klassische Fall der Gestellung.

(4) Diese Gestellung ist auch auf Dauer angelegt. Sie ist dauerhaft an die unternehmerische Zusammenarbeit im Servicebereich gekoppelt (§ 11 des Gestellungsvertrages). Die sich aus § 613a BGB ergebenden Rechte und Pflichten sind vorliegend nicht tangiert. Die Betroffenen haben, nachdem sie im Jahre 2010 gem. § 613a Abs. 5 BGB von der UK S-H über einen möglichen Betriebsübergang informiert wurden, diesem innerhalb der Frist des § 613a Abs. 6 BGB widersprochen. Verändernde arbeitsvertragliche Vereinbarungen haben sie ebenfalls nicht mit der UK S-H getroffen.

(5) Diese Personalgestellung/ Überlassung von Beschäftigten ist keine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des § 1 AÜG. Es liegt schon keine Gewerbsmäßigkeit vor. Die UK S-H erhält von der Beteiligten zu 3. als Gegenleistung lediglich die Personalkosten erstattet (§ 4 Gestellungsvertrag – Bl. 79 d.A.). Zusätzliche Erlöse werden aus der Personal-“überlassung“ nicht generiert. Gewinnerzielungsabsicht im Sinne des AÜG besteht insoweit nicht. Die Personalgestellung ist nur als Regelungsinstrument gewählt worden, um den betroffenen Arbeitnehmern angesichts ihres Widerspruchs gemäß § 613 a Abs. 6 BGB den Arbeitsvertrag zur UK S-H zu erhalten und das Erfordernis der Prüfung betriebsbedingter Kündigungen zu verhindern. Die Beteiligte zu 3. kann die Gestellung des Personals durch die UK S-H nicht von sich aus beenden. Gemäß § 5 des Gestellungsvertrages ist sie nicht befugt, die Abberufung der eingesetzten Arbeitnehmer aus betriebsbedingten Gründen zu verlangen, d.h. den Einsatz

aus wirtschaftlichen Gründen einseitig zu beenden. Das ist aber die klassische Voraussetzung eines Entleiherverhältnisses im Sinne des AÜG.

(6) Auch handelt es sich bei der Beteiligten zu 3. um ein Konzernunternehmen der UK S-H. Aufgrund der Verteilung der Geschäftsanteile und des Umstandes, dass das UK S-H allein den Geschäftsführer der Beteiligten zu 3. stellt, besteht ein Konzernverhältnis im Sinne des § 18 AktG. Die Mitarbeiter sind gem. § 11 Abs. 1 Gestellungsvertrag (Bl. 82 d.A.) für die Laufzeit der vertraglichen Beziehungen zwischen der UK S-H, dem privaten Investor und der Beteiligten zu 3. bei der Beteiligten zu 3. im Einsatz. Es gilt daher die Ausnahme des § 1 Abs. 3 Ziffer 2 AÜG. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz ist nicht anwendbar. Auch § 14 Abs. 2 AÜG greift deshalb nicht ein.

Aus den genannten Gründen bedarf es zur Wählbarkeit der 221 Arbeitnehmer des UK S-H im Betrieb der Beteiligten zu 3. keines Arbeitsvertrages mit der Beteiligten zu 3.

gg) Die 221 vom UK S-H der Beteiligten zu 3. gestellten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind dort auch zur Erfüllung des Betriebszwecks der Beteiligten zu 3. eingegliedert und verfügen über die notwendige Betriebszugehörigkeitsdauer, so dass auch insoweit die Voraussetzungen des § 8 BetrVG für die Wählbarkeit erfüllt sind.

(1) Für die Anwendbarkeit des §§ 7, 8 BetrVG ist erforderlich, dass die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes durch entsprechende Eingliederung in die Betriebsorganisation für das privatrechtlich organisierte Unternehmen und nicht weiterhin allein für seinen Arbeitgeber tätig werden. Die notwendige Eingliederung muss dergestalt erfolgen, dass die Arbeitnehmer dem Weisungsrecht des aufnehmenden Betriebsinhabers unterliegen. Dieses muss nicht umfassend sein. Vielmehr reichen Weisungsbefugnisse aus, soweit sie für die Ausübung der Tätigkeit in dem aufnehmenden Betrieb erforderlich sind (Hessisches LAG vom 10.05.2010 – 5/9 TaBV 175/09 – zitiert nach Juris, Rz. 38 f m.w.N; Heise, Fedder, NZA 2009, 1069 (1070); vgl. auch Hessischer Verwaltungsgerichtshof vom 18.11.2010 – 22 A 959/10 PV – zitiert nach Juris

Rz. 35). Für eine Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation ist kennzeichnend, dass der Arbeitnehmer insbesondere hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Ausführung der übernommenen Dienste einem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt (vgl. Fitting, Rz. 45 zu § 5 BetrVG). Ausreichend sind Weisungsbefugnisse des Inhabers des aufnehmenden Betriebs, die für die Erfüllung der Aufgaben in dem aufnehmenden Betrieb erforderlich sind (Hessisches LAG a.a.O., Rz 40).

(2) Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Der Beteiligten zu 3. sind Weisungsbefugnisse gegenüber den ihr gestellten Arbeitnehmern eingeräumt worden. Sie erstrecken sich gem. § 2 Ziffer 2 b des Gestellungsvertrages auf alle Weisungen, die erforderlich sind, um die Aufgaben der Beteiligten zu 3. erfüllen zu können. Sie umfassen das komplette fachliche Weisungsrecht, aber auch die Zuweisung der Arbeitstätigkeit im Rahmen der Eingruppierung, die Urlaubsfestlegung, die Krankheitsvertretung, die Erteilung sonstiger Weisungen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass einzelne – gestellte – UK S-H-Arbeitnehmer die Dienstpläne erstellen. Sie üben diese Tätigkeit im Rahmen ihres Arbeitsvertrages aus, jedoch für die Beteiligte zu 3 im Rahmen der für diese zu erbringenden Arbeitsleistung, nämlich der Planung der Einsätze aller Beschäftigten. Diese UK S-H-Arbeitnehmer erbringen ihre Arbeitsleistung zur Erfüllung der – ausgelagerten – unternehmerischen Zwecke der Beteiligten zu 3. Das UK S-H verfolgt diese unternehmerischen Zwecke nicht mehr. An dieser Tatsache ändert sich auch nichts dadurch, dass teilweise in dem Betrieb der Beteiligten zu 3 noch Bereiche existieren, in denen ausschließlich UK S-H-Mitarbeiter unmittelbar Hand in Hand zusammenarbeiten. Das ist lediglich der Historie und der langjährigen, fluktuationslosen, unveränderten Beschäftigung dieser – gestellten – Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geschuldet. Gleichwohl sind diese Personen eingegliedert in das Organisationsgefüge der Beteiligten zu 3 und die bei Bedarf geschuldete Zusammenarbeit mit deren Vertragsarbeitnehmerinnen und -arbeitnehmern. Die Organisationshoheit des Servicebereiches obliegt aber unzweifelhaft der Beteiligten zu 3. Darin sind die Beschäftigten des UK S-H eingebunden.

(3) Auch die für die Wählbarkeit im Sinne des § 8 BetrVG notwendige Betriebszugehörigkeitsdauer ist gegeben. Unter Berücksichtigung der Gesetzessystematik der Wahlrechts- und Wählbarkeitsvoraussetzungen des BetrVG ist es notwendig, für die

Anwendbarkeit des § 8 BetrVG auf die gem. § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG in privaten Betrieben tätigen Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes zu verlangen, dass ihr Einsatz in dem privatwirtschaftlichen Betrieb schon wegen der an sich gegenläufigen Wertung des § 7 Satz 2 BetrVG mehr als nur kurzzeitig sein muss. Er muss zudem auf Dauer angelegt sein und eine Rückkehr darf nicht schon eingeplant sein (vgl. Heise/ Fedder, NZA 2009, 1070). Diese Frage wirft neben anderen auch Trümmner in AiB 2009, 539 auf. Eine detaillierte Stellungnahme zur notwendigen Eingliederungsdauer und deren Berechnungsweise erübrigt sich jedoch im vorliegenden Verfahren.

(4) Die Beschäftigten der UK S-H sind unzweifelhaft dauerhaft bei der Beteiligten zu 3 eingesetzt. Bereits seit mehreren Jahren, nämlich seit 2005 nehmen sie ununterbrochen in den ausgegliederten Servicebereichen bei der Beteiligten zu 3. die anfallenden Tätigkeiten wahr. Davor waren sie für das UK S-H tätig. Es ist unschädlich, dass die 49%ige Beteiligung eines privaten Investors erst zum 01.01.2010 erfolgte und die Betriebsratswahl keine sechs Monate später, nämlich am 10.05.2010 durchgeführt wurde. Die Zeiten der Vorbeschäftigung dieser 221 der Beteiligten zu 3. gestellten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind zu berücksichtigen. Die gesellschaftsrechtlichen Veränderungen in der Beteiligten zu 3. wirken sich nicht auf die Frage der Beschäftigungsdauer im Sinne des § 8 BetrVG aus.

Die Beschäftigung der 221 Arbeitnehmer der UK S-H als der Beteiligten zu 3. Gestellte ist auch weiterhin für die Zukunft auf unabsehbare Zeit beabsichtigt. Betriebsbedingte Kündigungen der UK S-H sind ausgeschlossen. Ebenso ein auf betriebsbedingte Gründe gestütztes Rückrufverlangen der Beteiligten zu 3. Der Gestellungsvertrag ist langfristig angelegt. Eine Beendigung ist zeitlich an die Beendigung der Vergabe der nicht medizinischen Dienstleistungen an die Konzerntochter geknüpft. Ansonsten ist die ordentliche Kündigung des Gestellungsvertrages ausgeschlossen (§ 11 des Vertrages).

Damit liegen die Voraussetzungen der Wählbarkeit zur Betriebsratswahl der 221 arbeitsvertraglich mit der UK S-H verbundenen, aber bei der Beteiligten zu 3 eingesetzt-

ten Arbeitnehmer gem. § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG in Verbindung mit § 8 BetrVG hier vor.

d) Es ist unerheblich, ob überhaupt und wann ggf. die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der UK S-H einer Personalgestellung im Einzelfall zugestimmt haben und wann ihnen eine förmliche Gestellungsmitteilung zugegangen ist. Auch ist unerheblich, ob der Personalrat des UK S-H seine Zustimmung zur Gestellung erteilt hat, vor allem, ob sie zum Zeitpunkt der angefochtenen Betriebsratswahl bereits vorgelegen hat.

aa) Bei der Personalgestellung handelt es sich um eine dem Direktionsrecht des Arbeitgebers zuzuordnende Maßnahme. Die Verpflichtung der Beschäftigten des UK S-H zur Aufnahme der Tätigkeit bei der Beteiligten zu 3. ergibt sich aus § 4 Abs. 3 des Tarifvertrages für das U...klinikum S...-H... im Tarifverbund Nord (TV-UKN) vom 01.04.2008. Der Arbeitnehmer hat „auf Verlangen“ des Arbeitgebers die geschuldete Arbeitsleistung bei einem Dritten zu erbringen. Die Beteiligung des Arbeitnehmers (Zustimmung o.ä.) ist nicht vorgesehen (Sponer/ Steinherr, Komm. zum TvöD, Rz. 135 zu § 4 TvöD). Daher kommt es auf die förmliche Bekanntgabe der Gestellungsanweisung für die Wählbarkeit der betroffenen Arbeitnehmer nicht an. Sie ist für den Beginn der Gestellung nicht konstitutiv. Sie hat keine kollektivrechtlichen Auswirkungen. Die Gestellungsanweisung berührt den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses ebenso wenig wie eine etwaige vorherige Abordnung. Maßgebend für Wahlberechtigung und Wählbarkeit sind insoweit allein das Fehlen einer rechtlichen Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses, sowie der tatsächliche Einsatz auf Weisung des Vertragsarbeitgebers und die tatsächliche Eingliederung im angewiesenen Einsatzbetrieb. § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG stellt nur auf ein Tätig-Sein im privaten Betrieb ab. Es kommt nicht darauf an, ob der Einsatz auf einer förmlichen oder überhaupt wirksamen Gestellungsverfügung beruht (Trümmner, AiB 2009, 2009, 241).

bb) Entgegen der Ansicht des Beteiligten zu 2. ist für die Wirksamkeit der Personalgestellung und deren Auswirkungen auf eine Wählbarkeit der gestellten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auch unbeachtlich, dass und ob zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl im Mai 2010 der Personalrat der UK S-H „ordnungsgemäß an der Gestel-

lung“ beteiligt worden ist. Die Anwendbarkeit der Vorschriften zum Wahlrecht und zur Wählbarkeit hängen nicht davon ab, ob im Zusammenhang mit dem Einsatz der betroffenen Arbeitnehmer die Mitbestimmungsrechte hinreichend beachtet worden sind und wann dieses ggfs. geklärt ist. Auch ist unerheblich, ob die Personalgestellung - aus welchen Gründen auch immer – im Einzelfall rechtlich wirksam ist. Das Gesetz stellt in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG nämlich nach seinem Wortlaut nur auf das Tätig-Sein im privaten Betrieb ab, ohne dass es hierbei auf eine bestimmte rechtliche Konstruktion, wie beispielsweise Zuweisungsverfügung, Gestellungsvertrag oder gesetzliche Gestellung ankommt. Das passive Wahlrecht hängt – wie bereits dargelegt - u.a. von der Eingliederung in den Betrieb ab. Maßgebend für die Dauer der Betriebszugehörigkeit im Sinne des § 8 BetrVG ist die tatsächliche Arbeitsaufnahme. Zweck der Bestimmung ist, dass der Wahlbewerber einen Einblick in die betrieblichen Verhältnisse erworben hat.

Zudem sind die Auswirkungen der betriebsverfassungsrechtlichen Rechtslage stets nach dem Schutzzweck des Mitbestimmungsrechts zu beurteilen. Rechtsfolge einer etwaigen nicht ordnungsgemäß erfolgten Mitbestimmung ist nicht der - vorübergehende - Verlust des Wahlrechts und der Wählbarkeit des eingesetzten Arbeitnehmers. Die Durchführung einer personellen Maßnahme ohne Zustimmung des Betriebsrats stellt zunächst nur einen Pflichtverstoß gegenüber dem Betriebsrat/ Personalrat dar, die Maßnahme ist betriebsverfassungsrechtlich/personalvertretungsrechtlich unter Umständen unwirksam (vgl. BAG vom 05.04.2001 – 2 AZR 580/99 – zitiert nach Juris, Rz. 35). Kommt schon eine gleichzeitige individualrechtliche Unwirksamkeit lediglich in Betracht, wenn Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts ein Durchschlagen der Rechtswidrigkeit von der kollektiven auf die individualrechtliche Ebene zwingend erfordern (BAG a.a.O), ist hier zu berücksichtigen, dass Streitgegenstand nicht die Wirksamkeit der Gestellung, sondern die Wählbarkeit des Gestellten ist. Hätte rechtswidriges Handeln auf kollektivrechtlicher Ebene Auswirkungen auf die Wählbarkeit des Betroffenen, hätten es die Betriebsparteien in der Hand, durch rechtswidriges Vorgehen und langwierige Streitereien die Betriebsratswahl einschließlich der Betriebsratsgröße zu beeinflussen. Das entspricht nicht dem Schutzzweck der betroffenen Mitbestimmungsrechte.

Es kann daher dahingestellt bleiben, welche Auswirkungen der rückwirkend in Kraft gesetzte Tarifvertrag über die Zuständigkeit in Beteiligungsangelegenheiten und die Interessenvertretung der Beschäftigten vom 19.5.2010 hat. Hierauf kommt es vorliegend nicht mehr an.

3. Es bleibt festzuhalten, dass die 221 der Beteiligten zu 3. gestellten Arbeitnehmer der UK S-H bei der Beteiligten zu 3. nicht nur wahlberechtigt, sondern auch wählbar waren.

4. Durch die Nichtberücksichtigung dieser wählbaren Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen des UK S-H, die bei der Beteiligten zu 3. tätig sind, wurde auch das Wahlergebnis beeinflusst. Der Wahlvorstand hat die Wählbarkeit der durch Personalge-  
stellung Beschäftigten abgelehnt. Wäre die Vorschlagsliste der Beteiligten zu 1. angenommen worden, hätten die dort genannten Beschäftigten in den Betriebsrat gewählt werden können. Damit ist die erforderliche Kausalität zu bejahen.

5. Aus den genannten Gründen war die bei der Beteiligten zu 3. in L... durchgeführte Betriebsratswahl vom 10.05.2010 unwirksam. Dem Anfechtungsbegehren ist daher zu Recht stattgegeben worden. Die Beschwerde des Betriebsrats war aus diesem Grunde zurückzuweisen.

Die Rechtsbeschwerde war wegen grundsätzlicher Bedeutung gem. §§ 92, 72 Abs. 2 BetrVG zuzulassen.

Die Entscheidung ergeht gerichtskostenfrei.

gez. ...                    gez. ...                    gez. ...