

Aktenzeichen: 7 ABR 20/04
Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Beschluß vom 20. April 2005
- 7 ABR 20/04 -

I. Arbeitsgericht
Offenbach

Beschluß vom 20. Februar 2003
- 2 BV 37/02 -

II. Hessisches
Landesarbeitsgericht

Beschluß vom 27. November 2003
- 9 TaBV 51/03 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Betriebszugehörigkeit - Arbeitnehmerüberlassung im Konzern

Gesetze:

AÜG § 14 Abs. 1, § 10 Abs. 1, § 9 Nr. 1, § 1 Abs. 1; BetrVG § 1 Abs. 1, § 7, § 8 Abs. 1, § 5 Abs. 2 und Abs. 3; ArbGG § 10; ZPO § 50

Leitsätze:

1. Wahlberechtigt nach § 7 Satz 1 BetrVG und wählbar nach § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sind nur betriebszugehörige Arbeitnehmer. Das sind Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Betriebes stehen und innerhalb der Betriebsorganisation des Arbeitgebers abhängige Arbeitsleistungen erbringen.

2. Hat ein konzernangehöriges Unternehmen als Personalführungsgesellschaft ausschließlich die Aufgabe, ihre Arbeitnehmer anderen Konzernunternehmen im In- und Ausland zur Arbeitsleistung ohne eigene Gewinnerzielungsabsicht zu überlassen, bleiben die Arbeitnehmer entsprechend § 14 Abs. 1 AÜG betriebsverfassungsrechtlich dem Betrieb dieses Vertragsarbeitgebers zugeordnet. Sie sind dort für den Betriebsrat wahlberechtigt und wählbar nach § 7, § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDEsarbeitsgericht



7 ABR 20/04
9 TaBV 51/03
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. April 2005

BESCHLUSS

Klapp, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren

mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

2.

Beschwerdeführer,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Anhörung vom 20. April 2005 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dörner, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl und den Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Gerschermann und Güner für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin gegen den Beschluss des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 27. November 2003 - 9 TaBV 51/03 - wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der im Betrieb der Arbeitgeberin in N durchgeführten Betriebsratswahl vom 29. April 2002, aus der der zu 2) beteiligte Betriebsrat hervorging.

Die zu 1) beteiligte antragstellende Arbeitgeberin ist die im Handelsregister des Amtsgerichts O eingetragene deutsche Zweigniederlassung der G mit Sitz in W.

Die Arbeitgeberin hat die Aufgabe einer ausgelagerten Personalabteilung und Service-Agentur, die im Auftrag und für Rechnung anderer Konzerngesellschaften konzerninterne Arbeitseinsätze mit Auslandsberührung, insbesondere den Auslandseinsatz inländischer Arbeitnehmer sowie den Inlandseinsatz ausländischer Arbeitnehmer abwickelt. Hierzu schließt sie jeweils im eigenen Namen einen Arbeitsvertrag mit den ihr zugewiesenen Arbeitnehmern ab, die dann in dem jeweiligen Konzernunternehmen im In- und Ausland eingesetzt werden. Die Vergütung zahlt die Arbeitgeberin. Alle das Arbeitsverhältnis betreffenden Entscheidungen sowie die Ausübung des Direktionsrechts erfolgen durch das Konzernunternehmen, das den Arbeitnehmer tatsächlich beschäftigt. Zur Erledigung ihrer Aufgaben sind für die Arbeitgeberin in N vier Arbeitnehmer tätig. Alle übrigen Arbeitnehmer, mit denen sie einen Arbeitsvertrag im eigenen Namen abgeschlossen hat, werden in den jeweiligen Unternehmen des G Konzerns eingesetzt. Die Arbeitgeberin erhält von dem Konzernunternehmen, in dem der Arbeitnehmer eingesetzt wird, die ihr entstandenen Lohnkosten erstattet zuzüglich eines Betrags in Höhe von 5 % der Bruttovergütung des überlassenen Arbeitnehmers. Die Umlage deckt nur die Kosten der Arbeitgeberin, ohne dass Gewinne erzielt werden.

Der im Betrieb der Arbeitgeberin in N aus der vormaligen Wahl hervorgegangene Betriebsrat bestellte zur Durchführung der regelmäßigen Betriebsratswahl im Jahr 2002 einen Wahlvorstand. Am 18. März 2002 erließ der Wahlvorstand das Wahlausschreiben, nach dem im Betrieb der Arbeitgeberin in N ein aus fünf Mitgliedern be-



stehender Betriebsrat zu wählen war. Nach Bekanntgabe der Wählerliste wandte sich die Geschäftsleitung an den Betriebsrat und machte Bedenken gegen die Wahlberechtigung der in den anderen Konzernunternehmen eingesetzten Arbeitnehmer geltend. Der Wahlvorstand führte gleichwohl die Betriebsratswahl am 29. April 2002 durch. In der Wählerliste waren alle 82 Arbeitnehmer aufgeführt, mit denen die Arbeitgeberin einen Arbeitsvertrag geschlossen hatte. Entsprechend wurde ein fünfköpfiger Betriebsrat gewählt.

Mit der am 13. Mai 2002 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antragsschrift hat die Arbeitgeberin die Nichtigkeit der Betriebsratswahl geltend gemacht und hilfsweise die Wahl angefochten.

Sie hat gemeint, ihr Betrieb in N sei nicht betriebsratsfähig, weil nur die dort tatsächlich beschäftigten vier Arbeitnehmer betriebszugehörig iSd. BetrVG seien. Einer Anwendung des § 14 AÜG zur Ersetzung der fehlenden Eingliederung in ihren Betrieb stehe der Wortlaut der Vorschrift („bleiben“) entgegen, nach dem die Leiharbeitnehmer vor ihrer Überlassung Angehörige des entsendenden Betriebs gewesen sein müssten. Darüber hinaus seien ihre Arbeitnehmer weitgehend als leitende Angestellte iSd. BetrVG anzusehen.

Die Arbeitgeberin hat beantragt,

1. festzustellen, dass die Wahl zum Betriebsrat 2002 bei der G, Zweigniederlassung N nichtig ist und bei ihr kein Betriebsrat besteht,

und hilfsweise

2. festzustellen, dass die am 29. April 2002 durchgeführte Wahl zum Betriebsrat der G, Zweigniederlassung N ungültig ist.

Der Betriebsrat hat beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Das Arbeitsgericht hat dem Hauptantrag zu 1) stattgegeben und die Nichtigkeit der Betriebsratswahl festgestellt. Auf die Beschwerde des Betriebsrats hat das Landesarbeitsgericht den Beschluss des Arbeitsgerichts abgeändert und die Anträge zurückgewiesen. Mit der Rechtsbeschwerde begehrt die Arbeitgeberin die Wiederher-



stellung der erstinstanzlichen Entscheidung. Der Betriebsrat beantragt, die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin zurückzuweisen.

B. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Die zulässigen Anträge der Arbeitgeberin sind unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass die Betriebsratswahl vom 29. April 2002 weder nichtig noch anfechtbar ist.

I. Die Anträge sind zulässig. Sie scheitern nicht an der fehlenden Beteiligungsfähigkeit der antragstellenden Arbeitgeberin. Sie ist als im Inland gelegene, im Handelsregister eingetragene deutsche Zweigniederlassung eines ausländischen Unternehmens nach § 10 2. Halbs. ArbGG beteiligtenfähig (*BAG 11. Juni 2002 - 1 ABR 43/01 - BAGE 101, 298 = AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 118 = EzA BetrVG 1972 § 99 Nr. 139, zu B II der Gründe, mit zust. Anm. Oetker; Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge-Matthes ArbGG 5. Aufl. § 10 Rn. 19*). Die Antragstellerin ist zwar selbst keine juristische Person. Sie ist aber als eine nach § 13 d - f HGB im Handelsregister einzutragende Niederlassung einer ausländischen Aktiengesellschaft zum selbständigen Abschluss von Rechtsgeschäften befugt. Dementsprechend schließt sie in ihrer Funktion als Service-Agentur selbständig Arbeitsverträge unter der Firma der Zweigniederlassung ab, so dass sie betriebsverfassungsrechtlicher Ansprechpartner des Betriebsrats und Arbeitgeberin iSd. BetrVG ist. Sie ist damit jedenfalls für Streitigkeiten über eine in der Zweigniederlassung durchgeführte Betriebsratswahl beteiligungsfähige „Stelle“ nach § 10 2. Halbs. ArbGG (*vgl. zur Beteiligungsfähigkeit einer Zweigniederlassung bei Mitbestimmungsrechten nach § 99 BetrVG: BAG 11. Juni 2002 - 1 ABR 43/01 - aaO, zu B III der Gründe*).

II. Die Betriebsratswahl vom 29. April 2002 ist weder nichtig noch anfechtbar. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde sind auch die 78 Arbeitnehmer, die mit der Arbeitgeberin einen Arbeitsvertrag geschlossen haben, aber tatsächlich in anderen Unternehmen des G Konzerns im In- und Ausland eingesetzt werden, betriebsverfassungsrechtlich dem Betrieb der Arbeitgeberin in N entsprechend § 14 Abs. 1 AÜG zuzuordnen und deshalb dort aktiv sowie passiv wahlberechtigt (§§ 7, 8 BetrVG). Sie sind bei der für die Betriebsratsfähigkeit nach § 1 Abs. 1 BetrVG erforderlichen Zahl von mindestens fünf wahlberechtigten und mindestens drei wählbaren Arbeitnehmern mit zu berücksichtigen. Es handelt sich auch nicht um Leitende Angestellte nach § 5 Abs. 3 BetrVG oder Organmitglieder nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. Das Landesarbeitsgericht hat zwar zu Unrecht angenommen, dass hinsichtlich dieser Arbeitnehmer



eine unerlaubte gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung vorliege und hierauf § 14 Abs. 1 AÜG Anwendung finde. Die Entscheidung erweist sich jedoch im Ergebnis als richtig (§ 561 ZPO), weil auf die hier vorliegende nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung § 14 Abs. 1 AÜG entsprechend Anwendung findet.

1. Wahlberechtigt nach § 7 Satz 1 BetrVG und wählbar nach § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sind nur betriebszugehörige Arbeitnehmer. Das sind Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Betriebs stehen und innerhalb der Betriebsorganisation des Arbeitgebers abhängige Arbeitsleistungen erbringen (*ständige Rspr.*, vgl. BAG 10. März 2004 - 7 ABR 49/03 - AP BetrVG 1972 § 7 Nr. 8 = EzA BetrVG 2001 § 9 Nr. 2, zu B I 1 a aa der Gründe; 22. März 2000 - 7 ABR 34/98 - BAGE 94, 144 = AP AÜG § 14 Nr. 8 = EzA AÜG § 14 Nr. 4, zu B II 2 a aa der Gründe). Zu den konstitutiven Merkmalen der Betriebszugehörigkeit gehören ein Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber, das in der Regel durch einen Arbeitsvertrag, ausnahmsweise aber auch durch Gesetz (zB § 10 Abs. 1 AÜG) zustande kommen kann, sowie die tatsächliche Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers.

2. Die in den anderen Unternehmen des G Konzerns eingesetzten Arbeitnehmer stehen in einem Arbeitsverhältnis zur antragstellenden Arbeitgeberin. Sie hat die Arbeitsverträge im eigenen Namen abgeschlossen. Sie waren allerdings nicht im Betrieb in N beschäftigt und deshalb nicht in die Betriebsorganisation ihrer Arbeitgeberin eingegliedert. Die Arbeitnehmer blieben dennoch entsprechend § 14 Abs. 1 AÜG trotz ihrer Arbeitsleistung in den Betrieben der jeweiligen Konzernunternehmen betriebsverfassungsrechtlich Angehörige ihrer entsendenden Arbeitgeberin und damit auch betriebszugehörig iSd. § 7 Satz 1, § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.

a) Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, die entsandten Arbeitnehmer seien den Konzernunternehmen ohne Erlaubnis gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen worden. Deshalb seien diese in unmittelbarer Anwendung von § 14 Abs. 1 AÜG betriebsverfassungsrechtlich Angehörige der Arbeitgeberin geblieben. Dem stehen die Rechtsfolgen einer unerlaubten gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nach § 9 Nr. 1 AÜG und § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG entgegen. Nach § 9 Nr. 1 AÜG sind bei unerlaubter gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung die Arbeitsverträge zwischen Verleiher und Leiharbeiternehmer unwirksam. Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG wird ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert. Damit ist die Annahme einer Betriebszugehörigkeit zum Betrieb des Verleihers ausgeschlossen. Denn der



überlassene Arbeitnehmer ist nicht Arbeitnehmer des Verleihers. Ob im Verhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer ein faktisches Arbeitsverhältnis fortbesteht (vgl. zum Meinungsstand: Schüren/Hamann AÜG 2. Aufl. § 14 Rn. 478; Becker AuR 1982, 369, 376; Hamann Anm. zu BAG 22. März 2000 - 7 ABR 34/98 - EzA AÜG § 14 Nr. 4; differenzierend BGH 31. März 1982 - 2 StR 744/81 - BGHSt 31, 32 = AP AÜG § 10 Nr. 4, zu I 3 c der Gründe: nur in dem Umfang, in dem der unerlaubt tätige Verleiher bereits Leistungen zu Gunsten des Arbeitnehmers erbracht hat; offen gelassen von BAG 26. Juli 1984 - 2 AZR 473/83 -, zu II 3 der Gründe) kann dahinstehen. Allein die faktische Durchführung eines nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksamen Arbeitsvertrags rechtfertigt keine entsprechende Anwendung des § 14 Abs. 1 AÜG. Aus § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 AÜG folgt abschließend, dass der Arbeitnehmer bei unerlaubter gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung nicht dem Verleiherbetrieb, sondern nur dem Entleiherbetrieb zuzuordnen ist, und zwar unabhängig davon, ob die Parteien die gesetzliche Regelung beachten oder nicht. Dem steht nicht entgegen, dass die Wirksamkeit des Arbeitsvertrags keine Voraussetzung für die Arbeitnehmereigenschaft iSd. BetrVG ist, solange der Arbeitnehmer auf Grund des nichtigen Arbeitsvertrags im Betrieb seines Arbeitgebers tatsächlich beschäftigt wird und damit in dessen Betriebsorganisation eingegliedert ist (vgl. hierzu Fitting BetrVG 22. Aufl. § 5 Rn. 20 und § 7 Rn. 20; DKK/Trümner BetrVG 9. Aufl. § 5 Rn. 9). Beim Leiharbeitnehmer mit unwirksamem Vertrag fehlt nicht nur die vertragliche Bindung an den Verleiher; es fehlt auch die tatsächliche Eingliederung in die Betriebsorganisation des Verleihers als Anknüpfungspunkt für die betriebsverfassungsrechtliche Betriebszugehörigkeit.

b) Die Arbeitgeberin hat die 78 Arbeitnehmer anderen Konzernunternehmen im In- und Ausland iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG überlassen. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts war die Überlassung jedoch nicht gewerbsmäßig.

aa) Arbeitnehmerüberlassung iSd. AÜG ist gegeben, wenn ein Arbeitgeber (Verleiher) einem anderen Unternehmen (Entleiher) Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellt, die in den Betrieb des Entleihers eingegliedert sind und ihre Arbeiten allein nach dessen Weisungen ausführen (vgl. BAG 6. August 2003 - 7 AZR 180/03 - AP AÜG § 9 Nr. 6 = EzA AÜG § 1 Nr. 13, zu II 1 a der Gründe; 18. Januar 1989 - 7 ABR 62/87 - BAGE 60, 368 = AP AÜG § 14 Nr. 2 = EzA AÜG § 14 Nr. 1, zu B III 2 b bb der Gründe).



bb) Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Die Arbeitgeberin hat mit den Arbeitnehmern, die sie anderen Konzernunternehmen zur Arbeitsleistung überlässt, jeweils Arbeitsverträge im eigenen Namen abgeschlossen. Die überlassenen Arbeitnehmer unterlagen dem alleinigen Weisungsrecht der entleihenden Konzernunternehmen und wurden von diesen wie eigene Arbeitnehmer eingesetzt.

cc) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde findet das AÜG grundsätzlich auch auf eine konzernangehörige Personalführungsgesellschaft Anwendung, soweit diese die Arbeitnehmer im eigenen Namen einstellt, um sie anderen Konzernunternehmen zu überlassen (*ebenso Becker/Wulfgramm AÜG 3. Aufl. Art. 1 § 1 Rn. 32; Schüren/Hamann AÜG 2. Aufl. § 1 Rn. 587*). Die Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG, die das AÜG auf die Fälle vorübergehender konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung weitgehend für unanwendbar erklärt, greift für solche Personalführungsgesellschaften nicht ein, weil die Überlassung der Arbeitnehmer an die anderen Konzernunternehmen nicht nur vorübergehend erfolgt. Damit soll verhindert werden, dass durch die Einbeziehung eines reinen Verleihunternehmens in einen Konzern die Überlassung von Arbeitnehmern innerhalb eines Konzerns unbeschränkt zulässig wird. Personalführungsgesellschaften, deren einziger Zweck die Einstellung und Beschäftigung von Arbeitnehmern ist, um sie dauerhaft zu anderen Konzernunternehmen zu entsenden, unterliegen deshalb den Bestimmungen des AÜG (*vgl. die Begründung zum Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung BT-Drucks. 10/3206 S. 33*).

Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ist es auch unerheblich, ob die überlassenen Arbeitnehmern nur vorübergehend bei einer bestimmten anderen Konzerngesellschaft tätig werden und dann wieder in ein anderes Unternehmen des Konzerns wechseln. Dadurch wird die Überlassung nicht vorübergehend iSd. § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG. Entscheidend ist allein, dass eine Beschäftigung dieser Arbeitnehmer im eigenen Unternehmen überhaupt nicht vorgesehen ist.

c) Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts erfolgte die Arbeitnehmerüberlassung durch die Arbeitgeberin nicht gewerbsmäßig. Denn es fehlte an der hierzu erforderlichen Gewinnerzielungsabsicht der Arbeitgeberin. Deshalb kommt nur eine entsprechende Anwendung von § 14 Abs. 1 AÜG in Betracht.

aa) Unter gewerbsmäßig im Sinne des § 1 Abs. 1 AÜG ist jede nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbständige Tätigkeit zu verstehen.



Das entscheidende Kriterium für die Gewerbsmäßigkeit ist die Gewinnerzielungsabsicht, wobei es nicht darauf ankommt, ob tatsächlich ein Gewinn erzielt wird (*BAG 21. März 1990 - 7 AZR 198/89 - BAGE 65, 43 = AP AÜG § 1 Nr. 15 = EzA AÜG § 1 Nr. 2, zu I 2 a bb der Gründe*). Die Gewinnerzielungsabsicht setzt voraus, dass aus der Sicht des Handelnden die Möglichkeit einer Gewinnerzielung besteht (*vgl. Schüren/Hamann AÜG 2. Aufl. § 1 Rn. 313*). Gewinn ist dabei jede geldwerte Leistung, die der Verleiher über die Deckung seiner Kosten hinaus erzielt (*vgl. Becker/Wulfgramm AÜG 3. Aufl. Art. 1 § 1 Rn. 29; Göbel RdA 1980, 204, 210; Schaub Arbeitnehmerüberlassung 2001 S. 242*). Eine Gewinnerzielungsabsicht im gewerberechtlichen Sinne liegt regelmäßig nur dann vor, wenn ein Überschuss der Erträge gegenüber den Aufwendungen angestrebt wird (*vgl. zu Begriff der Gewerbsmäßigkeit nach § 55 Abs. 1 GewO: BGH 30. August 1994 - 4 StR 45/94 - NStZ 1995, 38, zu II 1 a der Gründe*). Demzufolge handelt der Verleiher mit Gewinnerzielungsabsicht, wenn er das Entgelt für die Überlassung des Leiharbeitnehmers so bemisst, dass es die Kosten übersteigt. Deckt dagegen das Überlassungsentgelt allenfalls die Selbstkosten des Arbeitgebers, liegt grundsätzlich keine Gewinnerzielungsabsicht vor (*Becker/Wulfgramm aaO; Martens DB 1985, 2144, 2150; Schaub Arbeitnehmerüberlassung 2001 S. 243*). Auch wenn bei Wirtschaftsunternehmen grundsätzlich davon auszugehen ist, dass sie aus der Arbeitnehmerüberlassung unmittelbare oder mittelbare wirtschaftliche Vorteile ziehen wollen, gilt das nicht für konzernangehörige Personalführungsgesellschaften. Ebenso wie bei konzerninternen vorübergehenden Abordnungen fehlt es vielmehr auch bei der konzernangehörigen Personalführungsgesellschaft in der Regel an der Absicht, aus der Arbeitnehmerüberlassung einen Gewinn zu erzielen (*Becker/Wulfgramm AÜG 3. Aufl. Einleitung Rn. 27 a; Martens DB 1985 aaO*). Die im Konzern zur Vereinheitlichung der Arbeitsrechtsbeziehungen gebildete Personalführungsgesellschaft ist jedenfalls dann nicht auf Gewinnerzielung angelegt, wenn sie als eine Service-Agentur und ausgelagerte Personalabteilung auf Selbstkostenbasis betrieben wird, um die angeschlossenen Konzernunternehmen bei der formalen Abwicklung von Arbeitsverträgen zu unterstützen.

bb) Nach diesen Grundsätzen lässt die im Streitfall von den Konzernunternehmen zu zahlende 5 %ige Umlage nicht auf eine Gewinnerzielungsabsicht der Arbeitgeberin schließen. Zu den Kosten der Arbeitnehmerüberlassung gehören entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts nicht nur die Kosten der Beschäftigung als Leiharbeitnehmer (Bruttoarbeitsentgelt einschließlich aller Lohnnebenkosten, Aufwendungsersatz usw.), sondern auch die beim Verleiher für die Arbeitnehmerüberlassung anfallenden



Verwaltungskosten (Büromiete, Büropersonal, Kosten für Buchführung und Führung der Personalakten, Telefon usw. sowie sonstige Betriebskosten) (*Göbel RdA 1980, 204, 210; Schaub Arbeitnehmerüberlassung 2001 S. 242*). Nach dem unbestrittenen Vortrag der Arbeitgeberin werden durch die Umlage nur diese Kosten gedeckt, ohne Gewinne zu erzielen.

d) Die nicht gewerbsmäßig überlassenen Arbeitnehmer sind entsprechend § 14 Abs. 1 AÜG betriebsverfassungsrechtlich dem Betrieb der Arbeitgeberin in N zugehörig.

aa) Nach § 14 Abs. 1 AÜG bleiben Leiharbeiter auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebs. Der tatsächlichen Eingliederung in den Betrieb des Entleihers wird dadurch Rechnung getragen, dass Leiharbeitern nach § 14 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 AÜG einzelne betriebsverfassungsrechtliche Rechte im Entleiherbetrieb zustehen. Eine vollständige betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit des Leiharbeiters zum Entleiherbetrieb wird dadurch nicht begründet (*BAG 10. März 2004 - 7 ABR 49/03 - AP BetrVG 1972 § 7 Nr. 8 = EzA BetrVG 2001 § 9 Nr. 2, zu B I 1 a aa der Gründe; 22. März 2000 - 7 ABR 34/98 - BAGE 94, 144 = AP AÜG § 14 Nr. 8 = EzA AÜG § 14 Nr. 4, zu B II 2 a cc der Gründe*). Diese besteht weiterhin zum Betrieb des Verleihers.

(1) § 14 Abs. 1 AÜG gilt zwar unmittelbar nur für die hier nicht vorliegende gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Wegen der Vergleichbarkeit der Interessenlage findet sie auf die nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung entsprechend Anwendung. Ob ein Verleiher gewerbsmäßig oder nicht gewerbsmäßig handelt, ist für die betriebsverfassungsrechtliche Stellung eines Leiharbeiters ohne Belang. Auch bei einer nicht gewerbsmäßigen Überlassung wird der Leiharbeiter unter Fortbestand seiner arbeitsvertraglichen Beziehungen zum Verleiher in die Betriebsorganisation des Entleihers eingegliedert. Für die betriebsverfassungsrechtliche Interessenlage spielt es keine Rolle, ob der Vertragsarbeitgeber mit der Überlassung Gewinne erzielen will. Auch der Umstand, dass für diese Arbeitnehmer eine dauerhafte Überlassung an andere Konzernunternehmen im In- oder Ausland vorgesehen ist, ändert nichts daran, dass die Interessenlage wegen der aufgespaltenen Arbeitgeberstellung mit derjenigen bei (erlaubter) gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung vergleichbar und daher hinsichtlich der betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnung die entsprechende Anwendung des § 14 Abs. 1 AÜG geboten ist (*BAG 22. März 2000 - 7 ABR 34/98 - BAGE 94, 144 = AP AÜG § 14 Nr. 8 = EzA AÜG § 14 Nr. 4, zu B II 2 b bb der Gründe*).



(2) Der entsprechenden Anwendung des § 14 Abs. 1 AÜG steht nicht entgegen, dass die inländische Arbeitgeberin einen Teil ihrer Arbeitnehmer einem ausländischen Unternehmen zum Auslandseinsatz überlässt. Anknüpfungspunkt für die Anwendung des BetrVG ist nach dem Territorialitätsprinzip der im Inland gelegene Betrieb der Arbeitgeberin. Soweit Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen im Inland einen Betrieb iSd. §§ 1 und 4 BetrVG haben, gilt für sie das BetrVG (*Fitting BetrVG 22. Aufl. § 1 Rn. 14*). Mit der im Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung in N, in der vier Arbeitnehmer vor Ort beschäftigt werden, schuf die G eine Organisationseinheit, die zusammen mit den der Arbeitgeberin betriebsverfassungsrechtlich entsprechend § 14 Abs. 1 AÜG zuzuordnenden Arbeitnehmern nach § 1 Abs. 1 BetrVG betriebsratsfähig ist.

bb) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde lässt sich aus dem Wortlaut des § 14 Abs. 1 AÜG („bleiben“) nicht ableiten, dass der Arbeitnehmer vor seiner Überlassung in die Betriebsorganisation des Verleihers tatsächlich eingegliedert gewesen sein muss. Denn das ist bei den auch vom AÜG erfassten Verleihern, die ihre Arbeitnehmer ausschließlich zum Zwecke der Arbeitnehmerüberlassung einstellen und gewerbsmäßig anderen Unternehmen mit Erlaubnis der Bundesagentur für Arbeit überlassen, typischerweise nicht der Fall. § 14 Abs. 1 AÜG soll nach seinem Sinn und Zweck gerade für diese Arbeitgeber klarstellen, dass der individualrechtlich bei seinem Verleiher verbleibende Arbeitnehmer trotz seiner tatsächlichen Eingliederung in die Betriebsorganisation des Entleihers auch betriebsverfassungsrechtlich dem Betrieb seines Vertragsarbeitgebers zuzuordnen ist. Mit dem in § 14 Abs. 1 AÜG verwandten Begriff „bleiben“ wird lediglich verdeutlicht, dass der überlassene Arbeitnehmer nicht nur individualrechtlich, sondern auch betriebsverfassungsrechtlich bei seinem Vertragsarbeitgeber verbleibt, dh. trotz seiner Eingliederung in den Entleiherbetrieb seinem Vertragsarbeitgeber zuzuordnen ist.

3. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht die in der Anlage 9 a - c zur Antragschrift aufgeführten Arbeitnehmer in die Berechnung der Zahl der wahlberechtigten und wählbaren Arbeitnehmer nach § 7 Satz 1, § 8 Abs. 1 und § 9 BetrVG einbezogen. Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin handelt es sich nicht um Organmitglieder nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG oder leitende Angestellte iSv. § 5 Abs. 3 BetrVG. Die hiergegen gerichtete Verfahrensrüge der Arbeitgeberin greift nicht durch.

a) Soweit die Arbeitgeberin vorgetragen hat, dass es sich bei den in der Anlage 9 b aufgeführten Mitarbeitern (ausländische Mitarbeiter in Deutschland) zum Teil um



Vizepräsidenten, Personalvorstände, Geschäftsführer sowie Vorstandsvorsitzende ausländischer Konzernunternehmen handele, ist dies unerheblich. Aus der Funktion dieser Mitarbeiter in anderen ausländischen Konzernunternehmen folgt nicht, dass sie auch im Betrieb der Arbeitgeberin Organmitglieder iSd. § 5 Abs. 2 BetrVG oder Leitende Angestellte iSd. § 5 Abs. 3 BetrVG sind. Die Organstellung oder die Stellung als Leitender Angestellter in einem anderen Unternehmen des Konzerns ist nicht maßgebend. Die grundsätzliche Herausnahme der in § 5 Abs. 2 und Abs. 3 BetrVG genannten Personen aus dem Anwendungsbereich des BetrVG trägt dem Interessengegensatz zwischen den dem Arbeitgeber nahestehenden Mitarbeitern und der durch den Betriebsrat repräsentierten Belegschaft Rechnung (*ErfK/Eisemann 5. Aufl. § 5 BetrVG Rn. 30*). Ein derartiger Interessengegensatz besteht bei Mitarbeitern, die lediglich in einem anderen Unternehmen eine leitende Funktion bis hin zur Organschaft ausüben, nicht (*Falder NZA 2000, 868, 870*).

b) Anhaltspunkte dafür, dass in inländischen Betrieben eingesetzte Mitarbeiter die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 oder 3 BetrVG erfüllen, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Aus dem Vorbringen der Arbeitgeberin lässt sich auch nicht entnehmen, dass Mitarbeiter auf der Grundlage eines freien Dienstvertrags als Organmitglied eines anderen Konzernunternehmens eingesetzt werden. Vielmehr hat die Arbeitgeberin selbst vorgetragen, dass auch die in der Anlage 9 b benannten Mitarbeiter weisungsgebunden in dem jeweiligen deutschen Betrieb einer anderen Konzerngesellschaft eingesetzt werden.

c) Die Verfahrensrüge der Arbeitgeberin, das Landesarbeitsgericht hätte darauf hinweisen müssen, dass es ihren Vortrag, an der Wahl hätten auch Arbeitnehmer teilgenommen, die Leitende Angestellte iSd. § 5 Abs. 3 BetrVG gewesen seien, für unsubstantiiert halte, ist unzulässig. Wird die Verletzung der Amtsaufklärungspflicht durch das Beschwerdegericht gerügt, muss in der Rechtsbeschwerdebegründung dargelegt werden, welche weiteren Tatsachen in der Vorinstanz hätten ermittelt und welche weiteren Beweismittel hätten herangezogen werden können und inwieweit sich dem Beschwerdegericht eine weitere Aufklärung des Sachverhalts hätte aufdrängen müssen (*BAG 22. Oktober 2003 - 7 ABR 18/03 - AP BetrVG 1972 § 1 Gemeinsamer Betrieb Nr. 21 = EzA BetrVG 2001 § 1 Nr. 1, zu C II 3 c der Gründe*). Diesen Anforderungen



genügt die Rüge der Arbeitgeberin nicht. Die Arbeitgeberin hat nicht vorgetragen, welche weiteren Tatsachen das Landesarbeitsgericht hätte ermitteln müssen und welche Beweismittel es hierzu hätte heranziehen können.

Dörner

Gräfl

Krasshöfer

Gerschermann

G. Güner



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)