

**9 (4) TaBV 48/02**

4 BV 5/02 H

(Bayreuth)



**LANDEsarBEITSGERICHT NÜRNBERG**

IM NAMEN DES VOLKES

**BESCHLUSS**

in dem Beschlussverfahren

Firma **H.**,

- Antragstellerin u. Beschwerdegegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte: ...

**g e g e n**

**Betriebsrat der Fa. H.**,

- Antragsgegner und Beschwerdeführer -

Verfahrensbevollmächtigte: ...

**wegen** Wahlanfechtung

Die 9. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg hat durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht **R o t h** und die ehrenamtlichen Richter Haller und Baumgartner aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. Juli 2003

## **für Recht erkannt:**

1. Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Bayreuth - Kammer Hof - vom 20.08.2002 - Az.: 4 BV 5/02 H - wird zurückgewiesen.
2. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

## **Gründe:**

### I.

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der im Betrieb der Antragstellerin durchgeführten Betriebsratswahl vom 10.04.2002. Ferner darum, ob die Arbeitnehmer, die der Antragstellerin von der Firma H... überlassen werden, bei der Antragstellerin zum Betriebsrat wählbar sind und für die Feststellung der Betriebsratsgröße mitzählen.

Bei der Antragstellerin handelt es sich um ein Unternehmen, das in H... öffentlichen Personennahverkehr betreibt und das durch eine Ausgliederung aus den Stadtwerken entstanden ist. Die Stadt H.../Stadtwerke stellten der Antragstellerin auf der Grundlage des Personalgestellungsvertrages vom 11.05.1998 für die Abwicklung des öffentlichen Personennahverkehrs, den Werkstattdienst und Verwaltungsbereich zusätzliche Mitarbeiter zur Verfügung. Nach § 1 Ziffer 2 des Personalgestellungsvertrages blieben die Stadt H.../Stadtwerke für die personellen Angelegenheiten der zur Verfügung gestellten Arbeitnehmer zuständig, insbesondere "für das Arbeitsverhältnis als solches, die tariflichen Regelungen, Entgeltzahlungen, Entgeltgestaltung, Arbeitsunfähigkeit, Umfang des Urlaubs, Unfälle, Versicherungen, Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Disziplinarmaßnahmen und sonstige Angelegenheiten der Personalverwaltung". Die überlassenen Mitarbeiter wurden durch § 1 Ziffern 3 und 4 des Personalgestellungsvertrages dem fachlichen Weisungsrecht der Antragstellerin und der bei ihr geltenden Betriebsordnung unterworfen.

Im Rahmen einer weiteren Ausgliederungsmaßnahme aus den Stadtwerken entstand im Jahr 1999 die Firma H.... Zur Wahrung der Rechte der von der Ausgliederungsmaßnahme betroffenen Mitarbeiter schlossen die Stadt H..., die Stadtwerke H... und die Firma H... am 05.08.1999 einen Personalüberleitungsvertrag. Infolge dieser Ausgliederungsmaßnahmen ist nunmehr die Firma H... mit 74,9 Prozent an der Antragstellerin beteiligt und anstelle der Stadt H.../Stadtwerke in den Personalgestellungsvertrag vom 11.05.1998 eingetreten. Bezüglich des exakten Inhalts des Personalgestellungsvertrages und des Personalüberleitungsvertrages wird auf die bei den Akten befindlichen Kopien (Bl. 38 bis 44 d.A. und 53 bis 58 d.A.) verwiesen.

Im Wahlausschreiben für die Wahl des Betriebsrats bei der Antragstellerin vom 21.01.2002 (Kopie Bl. 47/48 d.A.) wurde u.a. darauf hingewiesen, dass fünf Betriebsratsmitglieder zu wählen sind und auf die Frauen ein und die Männer vier Betriebsratssitze entfallen. In der Wählerliste zu diesem Wahlausschreiben (Kopie Bl. 50 d.A.) sind sieben Frauen sowie 64 Männer aufgeführt. Bei 33 Arbeitnehmern handelt es sich um solche der Antragstellerin, die weiteren 38 Arbeitnehmer sind die von der Firma H... überlassenen Mitarbeiter. Laut der Wahlniederschrift vom 11.04.2002 (vgl. Kopie Bl. 52 d.A.) wurden in den Betriebsrat die männlichen Bewerber G... (49 Stimmen), L... (37 Stimmen), M... (33 Stimmen) und S... (27 Stimmen) sowie die weibliche Bewerberin D... (18 Stimmen) gewählt. Da der Wahlvorstand davon ausge-

gangen ist, ein Betriebsratssitz sei mit einer Frau zu besetzen, kamen die männlichen Wahlbewerber N... (24 Stimmen) und B... (18 Stimmen) nicht zum Zuge. Bei den gewählten Betriebsratsmitgliedern G..., M... und L... handele es sich um Arbeitnehmer, die von der Firma H... zur Verfügung gestellt werden.

Mit Schriftsatz vom 19.04.2002, beim Arbeitsgericht Bayreuth eingegangen am 22.04.2002, hat die Antragstellerin die Betriebsratswahl vom 10.04.2002 angefochten und die Feststellungen begehrt, die von der Firma H... an sie überlassenen Arbeitnehmer seien bei der Wahl zum Betriebsrat nicht gemäß § 8 BetrVG wählbar und bei der Festlegung der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder nicht zu berücksichtigen.

Bezüglich der gestellten Anträge und des Sachvortrags der Beteiligten erster Instanz wird auf den Tatbestand der Entscheidung des Erstgerichts vom 20.08.2002 (Kopie Bl. 95 bis 109 d.A.) Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht Bayreuth hat mit Beschluss vom 20.08.2002, dem Antragsgegner zugestellt am 10.10.2002, die Betriebsratswahl vom 10.04.2002 für unwirksam erklärt und festgestellt, dass die von der H... an die Antragstellerin überlassenen Arbeitnehmer bei der Wahl zum Betriebsrat der Antragstellerin nicht gemäß § 8 BetrVG wählbar und bei der Festlegung der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder gemäß § 9 BetrVG nicht zu berücksichtigen sind.

Hiergegen hat der Antragsgegner mit Schriftsatz vom 11.11.2002, der noch am selben Tag (Montag) beim Landesarbeitsgericht Nürnberg eingegangen ist, Beschwerde eingelegt und sie innerhalb der bis 10.01.2003 verlängerten Begründungsfrist mit dem am selben Tag beim Landesarbeitsgericht Nürnberg eingereichten Schriftsatz vom 10.01.2003 begründet.

Der Antragsgegner und Beschwerdeführer beantragt:

1. Der Beschluss des Arbeitsgerichts Bayreuth, Kammer Hof, vom 20.08.2002, Az. 4 BV 5/02 H, wird aufgehoben.
2. Die Anträge der Antragstellerin werden zurückgewiesen.

Die Antragstellerin und Beschwerdegegnerin beantragt,

die Beschwerde des Antragsgegners und Beschwerdeführers gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Bayreuth, Kammer Hof, vom 20. August 2002 - 4 BV 5/02 H - kostenpflichtig zurückzuweisen.

Der Beschwerdeführer meint, die Regelung der Wählbarkeit gemäß § 8 BetrVG knüpfe alleine an die der Wahlberechtigung in § 7 BetrVG an. Die Erstreckung der Wahlberechtigung durch § 7 Satz 2 BetrVG auf Leiharbeiter nach mehr als dreimonatigem Einsatz im Betrieb führe deshalb auch zu ihrer Wählbarkeit gemäß § 8 BetrVG. Etwas anderes könne aus § 14 AÜG nicht abgeleitet werden, denn diese Regelung gelte nur bei gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung und könne nach In-Kraft-Treten des BetrVG-Reformgesetzes nicht mehr analog angewandt werden. Bei aufgespaltener Arbeitgeberposition genüge nach der Intension des Gesetzes be-

reits die Weisungsunterworfenheit und die tatsächliche Eingliederung in den Betrieb des Entleihers für die Wahlberechtigung und Wählbarkeit des Arbeitnehmers, auch wenn dieser in keinem Arbeitsverhältnis mit dem Betriebsinhaber stehe. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass der Personalgestellungsvertrag vom 11.05.1998 nicht innerhalb seiner Laufzeit bis 31.03.2003 gekündigt worden sei und folglich bis 31.03.2006 fortbestehe. Ferner seien die überlassenen Mitarbeiter auch bei der Betriebsratswahl im Jahr 1998 als wahlberechtigt und wählbar angesehen worden. Die von der Firma H... überlassenen Mitarbeiter seien wie Post- und Bahnbeamte zu behandeln, die aufgrund spezialgesetzlicher Regelungen in den Betrieben, in denen sie nach der Privatisierung eingesetzt werden, ein aktives und passives Wahlrecht haben. Um der Erosion der Stammbesellschaft und den damit verbundenen negativen Auswirkungen auf die Betriebsratsgröße entgegen zu wirken, müssten die von § 7 Satz 2 BetrVG erfassten Leiharbeiter bei der Ermittlung der Beschäftigtenzahl i.R.d. § 9 BetrVG berücksichtigt werden.

Da § 15 Abs. 2 BetrVG und § 3 Nr. 4 Wahlordnung dem Schutz des Geschlechts dienen, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, sei ein Verstoß hiergegen zum Nachteil des Mehrheits-Geschlechts rechtlich unbeachtlich. Im Übrigen sei eine Korrektur des Wahlergebnisses möglich und geboten und deshalb die Betriebsratswahl nicht insgesamt für unwirksam zu erklären.

Die Antragstellerin und Beschwerdegegnerin wendet hiergegen ein, trotz Fortdauer des Personalgestellungsvertrages bis 31.03.2006 handele es sich um eine konzerninterne vorübergehende Personalüberlassung. Die ihr von der Firma H... zur Verfügung gestellten Mitarbeiter stünden mit ihr in keiner arbeitsvertraglichen Verbindung und seien deshalb keine Arbeitnehmer im Sinne des § 5 BetrVG. Zwar enthalte § 7 Satz 2 BetrVG eine Sonderregelung hinsichtlich ihrer Wählbarkeit, in Ermangelung entsprechender Regelungen in den §§ 8 und 9 BetrVG blieben Leiharbeiter hier unberücksichtigt. Dies ergebe sich auch aus § 14 AÜG, der auch auf den hier vorliegenden Fall der Personalüberlassung analoge Anwendung finde. Die Sonderregelungen für Bahn- und Postbeamte seien dagegen nicht analogiefähig, da es sich um Ausnahmebestimmungen handle.

Bezüglich der näheren Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten im Beschwerdeverfahren wird auf die von ihnen eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Von einer weitergehenden Darstellung des Tatbestandes wird in entsprechender Anwendung des § 69 Abs. 2 ArbGG abgesehen.

## II.

Die Beschwerde ist sachlich nicht begründet.

Das Erstgericht hat mit zutreffender Begründung den Anträgen stattgegeben. Die Betriebsratswahl vom 10.04.2002 ist zu Recht wegen der Verstöße gegen die Vorschriften der §§ 8, 9 BetrVG gemäß § 19 Abs. 1 BetrVG für unwirksam erklärt worden, da die der Antragstellerin von der Firma H... überlassenen Arbeitnehmer weder das passive Wahlrecht haben noch für die Festlegung der Betriebsratsgröße zählen. Aus diesem Grund sind auch die begehrten Feststellungen zu treffen gewesen.

1.

Die Zulässigkeit der Anträge wird von der Beschwerde nicht in Abrede gestellt, weshalb auf die Ausführungen unter II. 1.) der Gründe im Beschluss des Erstgerichts vollumfänglich verwiesen werden kann.

2.

Zutreffend hat das Arbeitsgericht Bayreuth festgestellt, dass die Betriebsratswahl vom 10.04.2002 unwirksam ist.

a)

Der gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 BetrVG antragsberechtigte Arbeitgeber hat die Betriebsratswahl fristgerecht innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG angefochten. Das Wahlergebnis ist am 11.04.2002 bekannt gegeben worden, der Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit der Wahl ist am 22.04.2002 bei Gericht eingegangen.

b)

Die Betriebsratswahl vom 10.04.2002 ist unwirksam, weil gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht (§§ 9, 15 Abs. 2 BetrVG, 3 Abs. 2 Ziff. 4 WO) und die Wählbarkeit (§ 8 BetrVG) verstoßen wurde, eine Berichtigung nicht erfolgen kann und der Verstoß zu einem anderen Wahlergebnis geführt hat, § 19 Abs. 1 BetrVG. Geht der Wahlvorstand von einer zu großen Zahl zu wählender Betriebsratsmitglieder aus, so beruht das Wahlverfahren auf einem wesentlichen Mangel im Sinne des § 19 Abs. 1 BetrVG; eine Korrektur des Wahlergebnisses durch Streichung der zuletzt zum Zuge gekommenen Wahlbewerber scheidet aus und die Betriebsratswahl muss im Ganzen wiederholt werden (so BAG vom 12.10.1976 - 1 ABR 14/76 - EzA Nr. 10 zu § 19 BetrVG 1972; vom 29.05.1991 - 7 ABR 67/90 - EzA Nr. 31 zu § 19 BetrVG 1972). Dies gilt auch für die Zulassung nicht wählbarer Kandidaten, da die auf sie entfallenden Stimmen das Stimmenverhältnis der wählbaren Bewerber beeinflussen konnte, sowie die fehlerhafte Mitteilung zu wählender Vertreter des Minderheiten-Geschlechts.

ba)

Die im Betrieb der Antragstellerin auf der Grundlage des Personalgestellungsvertrages vom 11.05.1998 zur Verfügung gestellten Mitarbeiter der Firma H... gehören nicht zu den bei der Ermittlung der Zahl der Betriebsratsmitglieder nach § 9 BetrVG zu berücksichtigenden Arbeitnehmer der Antragstellerin. Danach hätte, da die Zahl von 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern nicht überschritten wird, nur ein Betriebsrat aus drei Mitgliedern und nicht - wie geschehen - aus fünf Mitgliedern gewählt werden dürfen, § 9 Satz 1 BetrVG.

(1)

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG (vgl. Beschluss vom 18.01.1989, a.a.O.; Beschluss vom 22.03.2000 - 7 ABR 34/98 - AP Nr. 8 zu § 14 AÜG) sind betriebszugehörig i.S.d. Betriebsverfassungsgesetzes die Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Betriebes stehen und innerhalb der Betriebsorganisation des Arbeitgebers abhängige Arbeitsleistungen erbringen. Zu den konstitutiven Merk-

malen der Betriebszugehörigkeit gehören somit grundsätzlich einerseits ein Arbeitsverhältnis zu dem Betriebsinhaber und andererseits eine tatsächliche Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebsorganisation. Wird ein Arbeitnehmer von seinem Vertragsarbeitgeber einem anderen Betriebsinhaber zur Arbeitsleistung überlassen und von diesem in dessen Betriebsorganisation tatsächlich eingegliedert, so begründet dies grundsätzlich keine betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit zum Betrieb des fremden Betriebsinhabers. Dies zeigt § 14 Abs. 1 AÜG, wonach Leiharbeiter auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebes des Verleiher bleiben. Der Gesetzgeber misst damit im Falle der bei einem Leiharbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher (= Vertragsarbeitgeber) und dem Entleiher (= tatsächlicher Arbeitgeber) eintretenden Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion unter betriebsverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten der auf vertraglichen Grundlagen beruhenden Rechtsbeziehung zum Verleiher ein größeres Gewicht bei als der tatsächlichen Eingliederung in den Betrieb des Entleihers. Der tatsächlichen Eingliederung trägt der Gesetzgeber nur insofern Rechnung, als durch § 14 Abs. 2 und 3 AÜG dem Leiharbeiter einzelne betriebsverfassungsrechtliche Rechte im Entleiherbetrieb zugebilligt werden. Eine vollständige Betriebszugehörigkeit des Leiharbeitnehmers zum Entleiherbetrieb wird dadurch jedoch nicht begründet (so das BAG, a.a.O.).

(2)

An diesem rechtlichen Ausgangspunkt hat sich durch die geänderten Bestimmungen des BetrVG, insbesondere durch die Einräumung des aktiven Wahlrechts in § 7 Satz 2 BetrVG, nichts geändert.

Die erkennende Kammer folgt insofern der Rechtsansicht des LAG Hamm (Beschluss vom 14.01.2003 - 13 TaBV 90/02 - LAG-Report 2003, 143 - 145), das sich intensiv mit den unterschiedlichen Ansichten in Literatur und Rechtsprechung auseinandersetzt. Die Einbeziehung von Leiharbeitnehmern beschränkt sich nämlich auf die Einräumung des aktiven Wahlrechts durch § 7 Satz 2 BetrVG. Dagegen werden Leiharbeiter durch die Regelungen in den §§ 5, 8 und 9 BetrVG nicht generell den Arbeitnehmern eines Betriebes gleichgestellt, ihnen das passive Wahlrecht eingeräumt oder bei der Ermittlung der Betriebsgröße mitgezählt. Den Leiharbeitnehmern ist durch § 7 Satz 2 BetrVG ausschließlich das aktive Wahlrecht im Entleiherbetrieb eingeräumt worden. Ansonsten ist die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der Leiharbeiter unberührt und unverändert geblieben. Dies ergibt sich auch aus § 14 AÜG in der Fassung des Artikels 2 des Betriebsverfassungs-Reformgesetzes vom 28.07.2001. In § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG sind nämlich lediglich die Worte "weder wahlberechtigt noch" gestrichen und durch das Wort "nicht" ersetzt worden. Hieraus folgt, dass durch die Zuerkennung des aktiven Wahlrechts die Leiharbeiter nicht zu wählbaren Arbeitnehmern des Entleiherbetriebs gemacht worden sind. Eine weitere Stütze findet diese Rechtsansicht in § 2 Abs. 3 Satz 2 WO 2001, worin nochmals klargestellt wird, dass wahlberechtigten Leiharbeitnehmern nur das aktive Wahlrecht zusteht. Auch die amtliche Begründung des Betriebsverfassungs-Reformgesetzes (BT-Drucks. 14/5741 S. 28) geht ausdrücklich davon aus, dass die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der Leiharbeiter im Verleiherbetrieb unberührt bleibt. Leiharbeiter sollen durch die Einräumung des aktiven Wahlrechts zum Betriebsrat des Entleiherbetriebes lediglich "betriebsverfassungsrechtlich aus der Randbelegschaft an die Stammebelegschaft herangeführt werden, ohne sie in rechtlich unzutreffender Weise als Arbeitnehmer des Entleiherbetriebes einzustufen". Auch das Bundesarbeitsgericht hat in seiner noch nicht veröffentlichten Entscheidung vom 17.04.2003 (7 ABR 53/02, Pressemitteilung vom 17.04.2003) klargestellt, dass Leiharbeiter zwar nach § 7 Satz 2 BetrVG in der ab dem 28.07.2001 geltenden Fassung des BetrVG bei Betriebsratswahlen in dem Entleiher-

betrieb wahlberechtigt sind, wenn sie länger als drei Monate dort eingesetzt werden, sie jedoch nicht zu den Arbeitnehmern i.S.v. § 9 BetrVG zählen und bei der Ermittlung der Betriebsgröße dementsprechend nicht zu berücksichtigen sind. Da das Betriebsverfassungs-Reformgesetz die betriebsverfassungsrechtliche Behandlung der Leiharbeit nicht grundsätzlich neu regelt, kann - entgegen der Rechtsansicht des Beschwerdeführers - nach wie vor auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur weitgehenden analogen Anwendbarkeit des § 14 AÜG (Beschlüsse vom 18.01.1989 und 22.03.2000, a.a.O.) zurückgegriffen werden. Die betriebsverfassungsrechtliche Vorschrift des § 14 AÜG, die unmittelbar nur auf die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung anwendbar ist, findet wegen der Vergleichbarkeit der Interessenlage auch auf andere Erscheinungsformen der Arbeitnehmerüberlassung entsprechende Anwendung. Ob ein Verleiher gewerbsmäßig oder nicht gewerbsmäßig handelt, ist für die betriebsverfassungsrechtliche Stellung eines Leiharbeitnehmers rechtlich unbeachtlich. Auch bei einer nicht gewerbsmäßigen Überlassung wird der Leiharbeitnehmer unter Fortbestand seiner arbeitsvertraglichen Beziehung zum Verleiher in die Betriebsorganisation des Entleihers eingegliedert. Dabei spielt es für die Interessenlage auch keine Rolle, ob der Vertragsarbeitgeber mit der Überlassung einen eigenen arbeitstechnischen Zweck verfolgt. Selbst bei einer dauerhaften Überlassung von Arbeitnehmern, bei der die Vermutung der Arbeitsvermittlung nach § 1 Abs. 2 AÜG besteht, liegt eine vergleichbare Interessenlage vor, weshalb auch hier die entsprechende Anwendung des § 14 AÜG hinsichtlich der betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnung geboten ist (so das BAG im Beschluss vom 22.03.2000).

(3)

Um einen Fall der Arbeitnehmerüberlassung mit vergleichbarer Interessenlage, der die analoge Anwendung des § 14 AÜG gebietet, handelt es sich auch bei der Überlassung der Mitarbeiter der H... aufgrund des Personalgestellungsvertrages vom 11.05.1998. Es handelt sich hierbei um einen Fall der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. § 1 Abs. 3 Ziffer 2 AÜG. Bei der Antragstellerin und der Firma H... handelt es sich um Konzernunternehmen im Sinne dieser Vorschrift, wobei aufgrund der Mehrheitsbeteiligung die Firma H... als das beherrschende Unternehmen anzusehen ist. Wegen der teilweisen Personenidentität in der Geschäftsführung (Geschäftsführer H... F...) ist auch ohne eine rechtliche Leitungsvereinbarung von einer faktischen einheitlichen Leitung auszugehen, denn die identische Person in der Geschäftsführung beider Unternehmen kann planmäßig und auf eine gewisse Dauer angelegt, gezielt auf die wesentlichen Bereiche der Geschäftsführung Einfluss nehmen (vgl. hierzu Schüren, AÜG, § 1 Rz. 731 ff.). Die Regelung des § 1 Abs. 3 Ziffer 2 AÜG findet auch in den Fällen der Ausgliederung und Privatisierung kommunaler Institutionen Anwendung (vgl. hierzu EK-Wank, 3. Aufl., § 1 AÜG Rz. 86).

Aufgrund des zeitlich begrenzten Personalgestellungsvertrages handelt es sich auch um eine "vorübergehende" Arbeitnehmerüberlassung. Das Merkmal "vorübergehend" knüpft nicht an den Einsatz in dem anderen Konzernunternehmen, sondern an das Nicht-Tätig-Werden beim vertraglichen Arbeitgeber an. "Vorübergehend" ist deshalb jede nicht als endgültig geplante Überlassung. Es kommt nicht auf ihre tatsächliche Dauer an, sofern der Arbeitnehmer seine Arbeit normalerweise bei seinem vertraglichen Arbeitgeber erbringt und die Überlassung zeitlich begrenzt und als solche beabsichtigt ist. Bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis spielt die Überlassungsdauer grundsätzlich keine Rolle und selbst mehrjährige Überlassungen sind als "vorübergehend" zu qualifizieren (vgl. hierzu Schüren, a.a.O., Rz. 749 ff.). Insoweit schadet im vorliegenden Fall nicht, dass der Personalgestellungsvertrag von Anfang an eine Laufzeit von fünf Jahren hatte und wegen der bisher unterbliebenen Kündigung bis 31.03.2006 fort dauert. Die Entleihfirma hat sich in § 3 Ziffer 1 vorbehalten, bei Ei-

genbedarf den bisher entsandten Mitarbeiter zurückzuholen. Dies zeigt, dass eine endgültige Überlassung bestimmter Mitarbeiter nicht gewollt ist.

Die gewollte Aufspaltung der Arbeitgeberposition folgt insbesondere aus der Regelung in § 1 Ziffer 2 des Personalgestellungsvertrages. Danach sollte die Entleiherin, früher die Stadt H.../Stadtwerke nunmehr die Firma H..., für die personellen Angelegenheiten der überlassenen Mitarbeiter weiterhin zuständig und verantwortlich sein, insbesondere was die Anwendung tarifvertraglicher Regelungen, die Entgeltzahlung, Urlaubs- und Versicherungsfragen sowie die Beendigung des Arbeitsverhältnisses anlangt. Im Interesse der betroffenen Mitarbeiter gerade nicht gewollt ist ein Eintritt der Antragstellerin in deren Arbeitsvertrag. In ihrem Betrieb sollte lediglich die Arbeitsleistung erbracht und das fachliche Weisungsrecht durch Vorgesetzte ausgeübt werden. Entsprechend dieser arbeitsvertraglichen Teilung ist auch die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung in analoger Anwendung des § 14 AÜG vorzunehmen (im Ergebnis wie hier Richardi, NZA 1987, 145, 146; a.A. Schüren, a.a.O., Rz. 384; Fitting/Kaiser/ Heither/Engels/Schmidt, BetrVG, 21. Aufl., § 5 Rz. 213 ff.).

bb)

Die aufgrund des Personalgestellungsvertrages überlassenen Mitarbeiter sind bei der im Betrieb der Antragstellerin durchgeführten Betriebsratswahl nicht wählbar gemäß § BetrVG. Zwar sind nach dem Wortlaut des § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG alle Wahlberechtigten, die sechs Monate dem Betrieb angehören auch wählbar. Dies bezieht jedoch nicht die Leiharbeitnehmer mit ein, denen durch die Einfügung des § 7 Satz 2 BetrVG das aktive Wahlrecht eingeräumt wird. Die unverändert gebliebene Regelung des § 8 BetrVG bezieht sich hinsichtlich des Ausdrucks "Wahlberechtigten" auf die Regelung in § 7 Satz 1 BetrVG, wonach es sich bei diesen um alle Arbeitnehmer des Betriebes handelt, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Insoweit knüpft § 8 BetrVG an den Arbeitnehmerbegriff des § 5 Abs. 1 BetrVG an, der ebenfalls unverändert geblieben ist. Diese Schlussfolgerung ergibt sich auch aus den gesetzlichen Regelungen der §§ 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG, 2 Abs. 3 Satz 2 WO die das passive Wahlrecht ausdrücklich ausschließen, weshalb sich die Regelung in § 8 Abs. 1 Satz 1 gerade nicht auf die Neuregelung des § 7 Satz 2 BetrVG erstreckt (so auch Richardi, BetrVG, 8. Aufl., § 8 Rz. 6; GK-BetrVG, 7. Aufl., § 8 Rz. 16). Wie bereits ausgeführt kann § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG, über seinen unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus auch auf den vorliegenden Fall der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung entsprechend angewandt werden, da dies der Interessenlage bei der hier gegebenen Aufspaltung der Arbeitgeberstellung entspricht.

Dagegen können die Sonderregelungen, die für die Beamten gelten, die bei den Nachfolgerunternehmen der Deutschen Bundespost und der Deutschen Bundesbahn arbeiten (§§ 12 Abs. 2 DBGrG, 24 Abs. 2 Satz 1 PostPersRG) auf die Fälle konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung nicht analog angewandt werden. Dies verbietet sich aufgrund des spezialgesetzlichen Charakters dieser Vorschriften, die den Beamten ausnahmsweise auch das passive Wahlrecht einräumt (so auch Richardi, a.a.O.).

bc)

Die Betriebsratswahl erweist sich auch wegen der fehlerhaften Mitteilung im Wahlausschreiben, nach § 15 Abs. 2 BetrVG sei mindestens ein Betriebsratssitz mit einer weiblichen Bewerberin zu besetzen, rechtsunwirksam. Unabhängig ob die aufgrund des Personalgestellungsvertrages überlassenen Mitarbeiter bei der Belegschaftsstärke gemäß § 9 BetrVG mitzählen oder nicht, erfüllt der Anteil weiblicher Mitarbeiter nicht das erforderliche Maß von einem Drittel bei einem nur dreiköpfigen Betriebsrat oder einem Fünftel bei einem fünfköpfigen Betriebsrat. Danach hätte die Mitteilung im



Wahlausschreiben gemäß § 3 Abs. 2 Ziffer 4 WO unterbleiben müssen. Das Bewusstsein der Wähler, unabhängig von der Zahl der Stimmen im Verhältnis zu männlichen Mitbewerbern würde wenigstens eine Frau in den Betriebsrat einrücken, kann - wie das Erstgericht zutreffend dargestellt hat - zu einer Änderung im Wählerverhalten führen. Aus diesem Grund führt das fehlerhafte Wahlausschreiben zu einem Anfechtungsrecht gemäß § 19 BetrVG (vgl. hierzu Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt, BetrVG, 21. Aufl., § 19 Rz. 20, Richardi, BetrVG, 8. Aufl., § 15 Rz. 23).

3.

Auf Antrag der Antragstellerin waren die begehrten Feststellungen hinsichtlich der fehlenden Wählbarkeit der überlassenen Mitarbeiter gemäß § 8 BetrVG und deren Nichtberücksichtigung bei der Ermittlung der Betriebsratsgröße gemäß § 9 BetrVG zu treffen. Bedeutung haben diese rechtlichen Klarstellungen im Hinblick auf künftige Betriebsratswahlen.

Hinsichtlich der Begründetheit des Feststellungsbegehrens darf auf die obigen Ausführungen unter 2 b ba und bb vollumfänglich verwiesen werden.

III.

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der vorliegenden Rechtssache ist die Rechtsbeschwerde zum Bundesarbeitsgericht zuzulassen, §§ 92 Abs. 1 Satz 2, 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.

#### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Beschluss kann von dem Antragsgegner Rechtsbeschwerde eingelegt werden.

Die Rechtsbeschwerde muss innerhalb einer Notfrist von einem Monat schriftlich beim Bundesarbeitsgericht, **Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt** (Telefax-Nr. 0361/2636 - 20 00) eingelegt und in gleicher Weise innerhalb von zwei Monaten begründet werden. Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses.

Die Rechtsbeschwerdeschrift und die Rechtsbeschwerdebegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

**Roth**, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht

**Haller**, Ehrenamtlicher Richter

**Baumgartner**, Ehrenamtlicher Richter