


Gericht:	BAG 7. Senat	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	10.03.2004	Normen:	§ 1 Abs 3 Nr 2 AÜG, § 9 BetrVG, § 8 Abs 1 S 1 BetrVG, § 14 Abs 1 AÜG, § 5 BetrVG, § 7 S 2 BetrVG, § 15 Abs 2 BetrVG, § 5 BetrVG DV1WO, § 14 Abs 1 AÜG
Aktenzeichen:	7 ABR 49/03	Zitiervorschlag:	BAG, Beschluss vom 10. März 2004 - 7 ABR 49/03 -, BAGE 110, 27-37
Dokumenttyp:	Beschluss		

Betriebsratswahl - Leiharbeiternehmer - Mindestsitzzahl für Minderheitengeschlecht

Leitsatz

Arbeitnehmer, die nicht gewerbsmäßig oder im Wege der sog Konzernleihe nach § 1 Abs 3 Nr 2 AÜG einem Dritten zur Arbeitsleistung überlassen werden, sind keine Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs iSv § 9 BetrVG. Sie sind weder bei der für die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke zu berücksichtigen, noch steht ihnen nach § 8 BetrVG das passive Wahlrecht zum Betriebsrat des Entleiherbetriebs zu.

Orientierungssatz

1. Ein Verstoß gegen wesentliche Wahlvorschriften iSd § 19 Abs 1 BetrVG liegt vor, wenn das Wahlausschreiben für die Betriebsratswahl den unzutreffenden Hinweis enthält, nach § 15 Abs 2 BetrVG entfalle mindestens ein Betriebsratssitz auf eine Frau und der Wahlvorstand zu Unrecht feststellt, dass eine Frau zum Betriebsratsmitglied gewählt worden sei.
2. Bei der Wahl eines dreiköpfigen Betriebsrats entfällt nach dem d'Hondtschen Höchstzahlverfahren nicht mindestens ein Sitz auf eine Frau, wenn von 33 Arbeitnehmern 26 Angehörige des männlichen Geschlechts sind.

Fundstellen

BAGE 110, 27-37 (Leitsatz 1 und Gründe)
 AP Nr 8 zu § 7 BetrVG 1972 (Leitsatz 1 und Gründe, red. Leitsatz)
 DB 2004, 1836-1839 (Leitsatz 1 und Gründe)
 EBE/BAG 2004, 133-136 (Leitsatz 1 und Gründe)
 BAGReport 2004, 292-294 (Leitsatz 1 und Gründe)
 EzAÜG § 14 AÜG Betriebsverfassung Nr 56 (Leitsatz 1 und Gründe)
 NZA 2004, 1340-1344 (Leitsatz 1 und Gründe, red. Leitsatz 1-3)
 BB 2004, 2753-2756 (Leitsatz 1 und Gründe)
 EzA § 9 BetrVG 2001 Nr 2 (Leitsatz 1 und Gründe, red. Leitsatz 1-3)
 AR-Blattei ES 1100 Nr 34 (Leitsatz 1 und Gründe, red. Leitsatz 1-3)

weitere Fundstellen

EzA-SD 2004, Nr 17, 11 (Leitsatz 1, red. Leitsatz 1-3)
 EBE/BAG Beilage 2004, Ls 134/04 (Leitsatz 1)
 ArbRB 2004, 268 (red. Leitsatz 1, Kurzwiedergabe)
 FA 2004, 312 (Leitsatz 1)
 ArbuR 2004, 398 (Leitsatz 1, red. Leitsatz 1)
 AiB 2004, 581 (Leitsatz 1)

ZBVR 2004, 205 (Leitsatz 1)
PersF 2004, Heft 11, 93 (Leitsatz 1)
AP Nr 13 zu § 14 AÜG (Leitsatz 1)
SAE 2004, 346 (Leitsatz 1)
ZTR 2005, 58-59 (Leitsatz 1)
JR 2005, 220 (Leitsatz 1)
AP Nr 13 zu § 8 BetrVG 1972 (Leitsatz 1)
AP Nr 9 zu § 9 BetrVG 1972 (Leitsatz 1)
AiB 2005, 760 (red. Leitsatz 1)
AiB 2005, 761-762 (red. Leitsatz 1)
AiB 2006, 47 (Leitsatz 1)
AiB 2006, 106 (red. Leitsatz 1)

Verfahrensgang

vorgehend ArbG Bayreuth 4. Kammer, 20. August 2002, Az: 4 BV 5/02 H, Beschluss
vorgehend Landesarbeitsgericht Nürnberg 9. Kammer, 18. August 2003, Az: 9 (4) TaBV 48/02, Beschluss

Tenor

Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 18. August 2003 - 9 (4) TaBV 48/02 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass sich die arbeitsgerichtlichen Feststellungen zu II 1 und 2 auf die Betriebsratswahl vom 10. April 2002 beziehen.

Gründe

- 1 A. Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl sowie darüber, ob Arbeitnehmer, die nicht gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen werden, zum Betriebsrat des Entleiherbetriebs wählbar sind (§ 8 BetrVG) und ob diese bei der für die Anzahl der im Entleiherbetrieb zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke nach § 9 BetrVG zu berücksichtigen sind.
- 2 Die antragstellende Arbeitgeberin ist ein privatrechtliches Unternehmen des öffentlichen Personennahverkehrs. Sie ist durch Ausgliederung aus den Stadtwerken der Stadt H entstanden. Die Stadt H Stadtwerke stellte der Arbeitgeberin auf Grund eines Personalgestellungsvertrags vom 11. Mai 1998 für die Abwicklung des öffentlichen Personennahverkehrs, den Werkstattdienst und den Verwaltungsbereich zusätzliche Mitarbeiter gegen Erstattung der Personalkosten zuzüglich Mehrwertsteuer zur Verfügung. Der Vertrag wurde für eine Laufzeit von fünf Jahren abgeschlossen. Er verlängert sich jeweils um drei Jahre, sofern er nicht zwei Jahre vor Ablauf gekündigt wird. Eine Kündigung zum ersten möglichen Termin am 31. März 2003 ist nicht erfolgt.
- 3 Im Jahr 1999 wandelte die Stadt H den Eigenbetrieb "Verkehrsbetriebe H der Stadtwerke H im Wege der Ausgliederung in eine GmbH, die H Verkehr GmbH, um. Zur Wahrung der Rechte der davon betroffenen Arbeitnehmer schlossen die Stadt H und die H Verkehr GmbH am 5. August 1999 einen Personalüberleitungsvertrag. Die H Verkehr GmbH ist mit einer Beteiligung von 74,9 % Gesellschafterin der Arbeitgeberin. Sie ist an Stelle der Stadt H Stadtwerke in den Personalgestellungsvertrag mit der Arbeitgeberin eingetreten.
- 4 Am 10. April 2002 fand im Betrieb der Arbeitgeberin eine Betriebsratswahl statt. Zu diesem Zeitpunkt beschäftigte die Arbeitgeberin 33 eigene Arbeitnehmer und 38 von der H Verkehr GmbH auf Grund des Personalgestellungsvertrags zur Arbeitsleistung überlassene Arbeitnehmer. Es handelte sich insgesamt um 64 Männer und sieben Frauen. In dem Wahlausschreiben vom 21. Januar 2002 heißt es, es seien fünf Betriebsratsmitglieder zu wählen, wobei vier Betriebsratssitze auf Männer entfielen und ein Betriebsratssitz auf eine Frau. In der Wählerliste waren alle 71 Beschäftigten aufgeführt. Bei der Betriebsratswahl wurde der zu 2) beteiligte, aus fünf Mitgliedern bestehende Betriebsrat gewählt. Obwohl fünf männliche Kandidaten die meisten Stimmen erhielten, stellte der Wahlvorstand fest, dass als fünftes Betriebsratsmitglied die weibliche Kandidatin D gewählt sei. Drei der gewählten Betriebsratsmitglieder sind Arbeitnehmer der *P HVerkehr *PE GmbH.

- 5 Die Arbeitgeberin hat die Betriebsratswahl mit einem am 22. April 2002 beim Arbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz angefochten und gemeint, die ihr von der H Verkehr GmbH überlassenen Arbeitnehmer seien nicht wählbar und bei der Ermittlung der Betriebsratsgröße nicht zu berücksichtigen. Außerdem sei in dem Wahlausschreiben unzutreffenderweise darauf hingewiesen worden, dass ein Betriebsratssitz auf eine Frau entfalle.
- 6 Die Arbeitgeberin hat beantragt,
- 7 1. die am 10. April 2002 stattgefundene Wahl eines Betriebsrats für die H Bus GmbH für unwirksam zu erklären,
- 8 2. festzustellen, dass die von der H Verkehr GmbH an die Antragstellerin überlassenen Arbeitnehmer bei der Wahl zum Betriebsrat der Antragstellerin nicht gem. § 8 BetrVG wählbar sind,
- 9 3. festzustellen, dass die von der H Verkehr GmbH an die Antragstellerin überlassenen Arbeitnehmer bei der Festlegung der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder (§ 9 BetrVG) nicht berücksichtigt werden dürfen.
- 10 Der Betriebsrat hat die Zurückweisung der Anträge beantragt.
- 11 Das Arbeitsgericht hat den Anträgen stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde des Betriebsrats zurückgewiesen. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt der Betriebsrat sein Begehren, die Anträge zurückzuweisen, weiter. Die Arbeitgeberin beantragt die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde.
- 12 B. Die Rechtsbeschwerde ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat den Anträgen zu Recht stattgegeben. Die Betriebsratswahl vom 10. April 2002 ist unwirksam, da gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht und das Wahlverfahren verstoßen wurde. Die der Arbeitgeberin von der H Verkehr GmbH zur Arbeitsleistung überlassenen Arbeitnehmer waren bei der für die Anzahl der im Betrieb der Arbeitgeberin zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke gem. § 9 BetrVG bei der Betriebsratswahl 2002 nicht zu berücksichtigen. Deshalb hätte nur ein aus drei Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt werden dürfen. Außerdem waren die von der H Verkehr GmbH überlassenen Arbeitnehmer im Betrieb der Arbeitgeberin im Jahr 2002 nicht zum Betriebsrat wählbar. Schließlich wurde bei der Betriebsratswahl gegen § 15 Abs. 2 BetrVG verstoßen. Die Anträge sind daher begründet. Allerdings waren die mit den Anträgen zu 2) und 3) beantragten Feststellungen entsprechend der Antragsbegründung nur für die Betriebsratswahl vom 10. April 2002 zu treffen. Dies hat der Senat im Tenor klargestellt.
- 13 I. Der Antrag zu 1) ist begründet. Die Betriebsratswahl ist nach § 19 Abs. 1 BetrVG unwirksam. Nach dieser Bestimmung kann die Betriebsratswahl angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen wurde und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. Diese Voraussetzungen liegen vor. Bei der Betriebsratswahl vom 10. April 2002 wurde gegen § 9 Abs. 1, § 8 und § 15 Abs. 2 BetrVG verstoßen. Die Verstöße waren geeignet, das Wahlergebnis zu beeinflussen. Die Betriebsratswahl ist daher unwirksam.
- 14 1. Bei der Betriebsratswahl wurde § 9 Abs. 1 BetrVG verletzt.
- 15 Nach § 9 Abs. 1 BetrVG besteht der Betriebsrat in Betrieben mit in der Regel 21 bis 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern aus drei Mitgliedern, in Betrieben mit in der Regel 51 bis 100 wahlberechtigten Arbeitnehmern aus fünf Mitgliedern. Die von der H Verkehr GmbH überlassenen 38 Arbeitnehmer waren bei der Ermittlung der für die Betriebsratsgröße maßgeblichen Arbeitnehmerzahl nach § 9 BetrVG im Betrieb der Arbeitgeberin nicht zu berücksichtigen. Deshalb hätte ein aus nur drei Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt werden dürfen. Für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung hat der Senat bereits durch Beschluss vom 16. April 2003 (- 7 ABR 53/02 - AP BetrVG 2002 § 9 Nr. 1 = EzA BetrVG 2001 § 9 Nr. 1, zu II 2 a der Gründe) entschieden, dass Leiharbeiter im Entleiherbetrieb keine Arbeitnehmer iSv. § 9 Abs. 1 BetrVG sind. Für nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, um die es sich im Streitfall handelt, gilt nichts anderes. Auch wenn ein Fall sog. Konzernleihe gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG vorliegen

sollte, wovon das Landesarbeitsgericht ausgegangen ist, wären die von der H Verkehr GmbH überlassenen Arbeitnehmer im Betrieb der Arbeitgeberin keine Arbeitnehmer iSv. § 9 BetrVG.

- 16 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 9 BetrVG in der bis zum 27. Juli 2001 geltenden Fassung waren bei der für die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke nur betriebsangehörige Arbeitnehmer zu berücksichtigen (18. Januar 1989 - 7 ABR 21/88 - BAGE 61, 7 = AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 1 = EzA BetrVG 1972 § 9 Nr. 4, zu B II 1 b der Gründe). Für § 9 BetrVG idF des Gesetzes zur Reform der Betriebsverfassung vom 23. Juli 2001 (BGBl. I S. 1852) gilt grundsätzlich nichts anderes (BAG 16. April 2003 - 7 ABR 53/02 - AP BetrVG 2002 § 9 Nr. 1 = EzA BetrVG 2001 § 9 Nr. 1, zu II 2 a der Gründe).
- 17 aa) Betriebsangehörige Arbeitnehmer sind nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zu dem Betriebsinhaber stehen und die in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert sind (vgl. 18. Januar 1989 - 7 ABR 21/88 - BAGE 61, 7 = AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 1 = EzA BetrVG 1972 § 9 Nr. 4, zu B II 1 b 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 a aa der Gründe; 19. Juni 2001 - 1 ABR 43/00 - BAGE 98, 60 = AP BetrVG 1972 § 87 Leiharbeiter Nr. 1 = EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 63, zu B II 1 a der Gründe). Diese Voraussetzungen erfüllen Leiharbeiter nicht. Denn die Arbeitnehmerüberlassung ist gekennzeichnet durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitgeber und Entleiher (BAG 25. Oktober 2000 - 7 ABR 487/99 - BAGE 96, 150 = AP AÜG § 10 Nr. 15 = EzA AÜG § 10 Nr. 10, zu I 1 b der Gründe). Die tatsächliche Eingliederung in die Betriebsorganisation allein begründet nicht die Betriebszugehörigkeit zum Entleiherbetrieb. Dies ist § 14 Abs. 1 AÜG zu entnehmen. Danach bleiben Leiharbeiter auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebs. Der Gesetzgeber misst damit im Falle der bei einem Leiharbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Entleiher eintretenden Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen unter betriebsverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten der auf vertraglicher Grundlage beruhenden Rechtsbeziehung zum Verleiher ein größeres Gewicht bei als der tatsächlichen Eingliederung in den Betrieb des Entleihers (BAG 18. Januar 1989 - 7 ABR 21/88 - aaO). Der tatsächlichen Eingliederung in den Betrieb des Entleihers hat der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass Leiharbeitern nach § 14 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 AÜG einzelne betriebsverfassungsrechtliche Rechte im Entleiherbetrieb zustehen. Eine vollständige Betriebszugehörigkeit des Leiharbeiters zum Entleiherbetrieb ist dadurch jedoch nicht begründet (BAG 18. Januar 1989 - 7 ABR 21/88 - aaO, zu B II 1 b der Gründe; 22. März 2000 - 7 ABR 34/98 - aaO, zu B II 2 a cc der Gründe).
- 18 § 14 Abs. 1 AÜG gilt zwar unmittelbar nur für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Wegen der Vergleichbarkeit der Interessenlage findet sie aber auch auf die gesetzlich nicht geregelten Erscheinungsformen der nicht gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung entsprechende Anwendung (BAG 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; 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 bb der Gründe). Ob ein Verleiher gewerbsmäßig oder nicht gewerbsmäßig handelt, ist für die betriebsverfassungsrechtliche Stellung eines Leiharbeiters unbeachtlich. Auch bei einer nicht gewerbsmäßigen Überlassung wird der Leiharbeiter unter Fortbestand seiner arbeitsvertraglichen Beziehungen zum Verleiher in die Betriebsorganisation des Entleihers eingegliedert. Dabei spielt es für die betriebsverfassungsrechtliche Interessenlage keine Rolle, ob der Vertragsarbeitgeber mit der Überlassung einen eigenen arbeitstechnischen Zweck verfolgt (BAG 22. März 2000 - 7 ABR 34/98 - aaO).
- 19 Für die Arbeitnehmerüberlassung innerhalb eines Konzerns gilt grundsätzlich nichts anderes. Nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG ist zwar dieses Gesetz - mit Ausnahme von § 1b Satz 1, § 16 Abs. 1 Nr. 1b und Abs. 2 bis 5 sowie der §§ 17 und 18 - nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen iSd. § 18 AktG, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet. Damit findet auch § 14 Abs. 1 AÜG auf konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung keine Anwendung. Das bedeutet aber nicht, dass konzernintern überlassene Arbeitnehmer - anders als andere nicht gewerbsmäßig überlassene Arbeitnehmer - Betriebsangehörige des Entleiherbetriebs werden. Auch ihnen fehlt die arbeitsvertragliche Beziehung zu dem Entleiher. Deshalb sind auch sie betriebsverfassungsrechtlich nicht als betriebsangehörige Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs anzusehen. Dies gilt unabhängig davon, dass es für die Konzernleihe nach der hier maßgeblichen, im Jahr 2002 geltenden Rechtslage - im Gegensatz zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung und sonstigen Formen nicht gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung - keine genau bestimmte zeitliche Höchstgrenze für

- den Einsatz im Entleiherbetrieb gab. Konzernleihe iSv. § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG setzt lediglich voraus, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nur vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber erbringt, wobei vorübergehend iSd. Bestimmung ein Zeitraum von mehreren Jahren sein kann (BAG 21. März 1990 - 7 AZR 198/89 - BAGE 65, 43 = AP AÜG § 1 Nr. 15, zu I 3 b bb und cc der Gründe). Unter diesen Umständen führt auch eine längerfristige Überlassung mangels einer arbeitsvertraglichen Bindung zum Entleiher nicht dazu, dass die überlassenen Arbeitnehmer zu Betriebsangehörigen des Entleiherbetriebs im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes werden, sofern sichergestellt ist, dass die Arbeitnehmer nicht auf Dauer überlassen werden.
- 20 bb) Aus der Einräumung des aktiven Wahlrechts für Leiharbeiter durch § 7 Satz 2 BetrVG in der ab 28. Juli 2001 geltenden Fassung des Gesetzes zur Reform der Betriebsverfassung vom 23. Juli 2001 (BGBl. I S. 1852) ergibt sich nichts anderes. In § 7 BetrVG wird unterschieden zwischen Arbeitnehmern des Betriebs (Satz 1) und Arbeitnehmern eines anderen Arbeitgebers, die zur Arbeitsleistung überlassen werden (Satz 2). Daraus ist zu entnehmen, dass die überlassenen Arbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich gerade keine Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs sind (BAG 16. April 2003 - 7 ABR 53/02 - AP BetrVG 2002 § 9 Nr. 1 = EzA BetrVG 2001 § 9 Nr. 1, zu II 2 a bb der Gründe, mit zahlreichen Nachweisen auf den Meinungsstand im Schrifttum).
- 21 Dem steht die Entstehungsgeschichte von § 7 Satz 2 BetrVG nicht entgegen. In der Begründung zum Regierungsentwurf des Gesetzes zur Reform der Betriebsverfassung (BT-Drucks. 14/5741 S. 36 Nr. 7) heißt es zwar, § 7 Satz 2 erkenne die Zugehörigkeit der Leiharbeiter zum Einsatzbetrieb an. Dies steht jedoch im Widerspruch zu der Begründung, Leiharbeiter sollten durch die Zuerkennung des aktiven Wahlrechts aus der Randbelegschaft an die Stammbeflegschaft herangeführt werden, "ohne sie in rechtlich unzutreffender Weise als Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs einzustufen" (BT-Drucks. 14/5741 S. 28). Der Gesetzgeber ist daher nicht davon ausgegangen, dass Leiharbeiter dem Betrieb des Entleihers angehören. Es kann auch nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber des Betriebsverfassungsreformgesetzes die in § 9 BetrVG bestimmte Größe des Betriebsrats allein von der Anzahl der nach § 7 BetrVG Wahlberechtigten ungeachtet ihrer Betriebsangehörigkeit abhängig gemacht hat. Dem steht bereits der Wortlaut des § 9 BetrVG entgegen, der nicht nur von Wahlberechtigten, sondern von wahlberechtigten Arbeitnehmern bzw. Arbeitnehmern spricht. Damit nimmt die Bestimmung Bezug auf § 5 BetrVG. Der in dieser Vorschrift definierte Arbeitnehmerbegriff wurde durch das Betriebsverfassungsreformgesetz nicht geändert. Die Neufassung von § 5 Abs. 1 hat lediglich klarstellenden Charakter (BT-Drucks. 14/5741 S. 28, 35 zu Nr. 5).
- 22 Auch Sinn und Zweck von § 9 BetrVG gebieten es nicht, Leiharbeiter bei der Ermittlung der für die Größe des Betriebsrats maßgeblichen Arbeitnehmerzahl zu berücksichtigen. Dies gilt für alle Formen der Überlassung von Arbeitskräften. Nach § 9 BetrVG ist die Anzahl der Betriebsratsmitglieder von der Belegschaftsstärke abhängig. Dadurch soll sicher gestellt werden, dass die Zahl der Betriebsratsmitglieder in einem angemessenen Verhältnis zur Zahl der betriebsangehörigen Arbeitnehmer steht, deren Interessen und Rechte der Betriebsrat zu wahren hat. Nur für die betriebsangehörigen Arbeitnehmer hat der Betriebsrat sämtliche nach dem Betriebsverfassungsgesetz bestehenden Mitbestimmungsrechte wahr zu nehmen. Demgegenüber werden Leiharbeiter nur partiell vom Betriebsrat des Entleiherbetriebs repräsentiert. Sie verursachen zwar ebenfalls erhebliche Betriebsratsarbeit, die die Berücksichtigung bei der Betriebsratsgröße rechtfertigen könnte. Es sind jedoch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass dieser im Vergleich zu betriebsangehörigen Arbeitnehmern wegen der nur partiellen Vertretung regelmäßig geringer einzuschätzende Arbeitsaufwand für Leiharbeiter vom Gesetzgeber bei der Bemessung der Betriebsratsgröße in § 9 BetrVG zu berücksichtigen ist. Zwar wurde durch das Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder erhöht. Dies ist aber nicht auf die Belastung des Betriebsrats durch die Repräsentation von Leiharbeitern zurückzuführen, sondern beruht auf dem allgemein seit der Verabschiedung des Betriebsverfassungsgesetzes 1972 angewachsenen Arbeitsanfall. Dementsprechend wird im Regierungsentwurf des Gesetzes zur Reform der Betriebsverfassung (BT-Drucks. 14/5741 S. 36 Nr. 8) die Anhebung der Zahl der Betriebsratsmitglieder mit der Erweiterung der Aufgaben des Betriebsrats im Zusammenhang mit der Einführung und Anwendung neuer Techniken, moderner Produktions- und Arbeitsmethoden, Qualifizierung, Beschäftigungssicherung sowie Arbeits- und Umweltschutz begründet, nicht aber mit Aufgabenstellungen, die Leiharbeiter betreffen. Diese Aufgaben haben sich durch das Gesetz zur Reform der Betriebsverfassung und der Einräumung des aktiven Wahlrechts nicht geändert.

- 23 cc) Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Regelungen in § 24 Abs. 2 Satz 1 PostPersRG und § 19 Abs. 1 DBGrG, wonach Beamte für die Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes als Arbeitnehmer gelten, auf konzernintern überlassene Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb nicht entsprechend anzuwenden sind. Dem steht bereits der Ausnahmecharakter der Vorschriften entgegen. Diese tragen dem Umstand Rechnung, dass Beamte keine Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes sind und für sie deshalb ohne die Sonderregelungen in den genannten Vorschriften nach der Privatisierung von Post und Bahn keine Arbeitnehmervertretung mehr bestünde. In einer vergleichbaren Situation befinden sich konzernintern überlassene Arbeitnehmer nicht. Sie werden sowohl vom Betriebsrat des Verleiherbetriebs als auch partiell von demjenigen des Entleiherbetriebs repräsentiert.
- 24 b) Hiernach sind die der Arbeitgeberin von der H Verkehr GmbH überlassenen Arbeitnehmer bei der für die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke nicht zu berücksichtigen. Die Arbeitnehmer der H Verkehr GmbH sind nicht Arbeitnehmer der beteiligten Arbeitgeberin geworden. Sie wurden der Arbeitgeberin lediglich - nicht gewerbsmäßig - konzernintern zur Arbeitsleistung überlassen. Denn der H Verkehr GmbH fehlte die zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung erforderliche Gewinnerzielungsabsicht (vgl. BAG 15. April 1999 - 7 AZR 437/97 - BAGE 91, 200 = AP AÜG § 13 Nr. 1, zu II 1 der Gründe). Die Überlassung erfolgte lediglich gegen Erstattung der entstandenen Personalkosten zuzüglich Mehrwertsteuer.
- 25 Sollte es sich nicht um konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung iSv. § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG gehandelt haben, wären auch keine Arbeitsverhältnisse zwischen der Arbeitgeberin und den überlassenen Arbeitnehmern entstanden. Die Überlassung hätte zwar gegen § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG verstoßen, da die Arbeitnehmer der Arbeitgeberin länger als zwei Jahre überlassen wurden, so dass nach § 1 Abs. 2 AÜG zu vermuten wäre, dass die H Verkehr GmbH Arbeitsvermittlung betrieb. Dies konnte aber wegen der ersatzlosen Streichung von § 13 AÜG aF zum 1. April 1997 nicht zur Entstehung von Arbeitsverhältnissen zwischen der Arbeitgeberin und den überlassenen Arbeitnehmern führen. Seit dem Außer-Kraft-Treten von § 13 AÜG gibt es in den Fällen der nach § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG vermuteten Arbeitsvermittlung keine gesetzliche Grundlage mehr für das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeiter und dem Entleiher (vgl. dazu BAG 28. Juni 2000 - 7 AZR 100/99 - BAGE 95, 165 = AP AÜG § 13 Nr. 3 = EzA BGB § 620 Nr. 164, zu III der Gründe).
- 26 2. Bei der Betriebsratswahl vom 10. April 2002 wurde außerdem § 8 BetrVG verletzt, da den von der H Verkehr GmbH überlassenen Arbeitnehmern zu Unrecht das passive Wahlrecht zuerkannt wurde. Auf diesem Fehler beruht die Betriebsratswahl, weil drei der gewählten Betriebsratsmitglieder Arbeitnehmer der H Verkehr GmbH sind.
- 27 a) Nach § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sind alle Wahlberechtigten, die dem Betrieb sechs Monate angehören, zum Betriebsrat wählbar. Dazu zählen Leiharbeiter nicht.
- 28 aa) § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG spricht zwar nur von Wahlberechtigten, nicht von wahlberechtigten Arbeitnehmern wie etwa § 9 Abs. 1 BetrVG. Daraus allein könnte geschlossen werden, dass das passive Wahlrecht - nach sechsmonatiger Betriebszugehörigkeit - nur vom Bestehen des aktiven Wahlrechts gemäß § 7 BetrVG abhängt und deshalb grundsätzlich auch nach § 7 Satz 2 BetrVG wahlberechtigte Leiharbeiter nach sechsmonatigem Einsatz im Entleiherbetrieb zum dortigen Betriebsrat wählbar sind. Dem steht allerdings § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG entgegen, wonach Leiharbeiter zum Betriebsrat des Entleiherbetriebs nicht wählbar sind. § 14 AÜG gilt zwar unmittelbar nur für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Das bedeutet aber nicht, dass nicht gewerbsmäßig - auch konzernintern - überlassene Arbeitnehmer nach sechsmonatigem Einsatz im Entleiherbetrieb zum dortigen Betriebsrat wählbar sind (aA Boemke AÜG § 14 Rn. 64; Fitting BetrVG § 8 Rn. 27 wohl auch ErfK-Eisemann § 8 Rn. 217; DKK/Schneider BetrVG § 8 Rn. 20). Durch die Einräumung des aktiven Wahlrechts für Leiharbeiter in § 7 Satz 2 BetrVG wurde die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der Leiharbeiter im Übrigen nicht verändert. Da Leiharbeiter nach wie vor vom passiven Wahlrecht im Entleiherbetrieb ausgeschlossen bleiben sollten, wurde § 14 Abs. 2 AÜG nur an die Gewährung des aktiven Wahlrechts für Leiharbeiter im Entleiherbetrieb angepasst und im Übrigen nicht geändert. § 8 BetrVG, der das passive Wahlrecht regelt, hat durch das Betriebsverfassungsreformgesetz ebenfalls keine Änderung erfahren. Aus diesem Gesamtzusammenhang der gesetzlichen Rege-

lungen ergibt sich, dass mit "Wahlberechtigten" in § 8 BetrVG nur die von § 7 Satz 1 BetrVG erfassten betriebsangehörigen Arbeitnehmer gemeint sind.

- 29 bb) Dies entspricht Sinn und Zweck des Ausschlusses von Leiharbeitnehmern vom passiven Wahlrecht im Entleiherbetrieb. Der Grund dafür besteht nicht lediglich darin, dass Leiharbeitnehmer in der Regel nur vorübergehend und für relativ kurze Zeit im Entleiherbetrieb tätig sind. Der Ausschluss der Leiharbeitnehmer vom passiven Wahlrecht im Entleiherbetrieb beruht ferner auch darauf, dass der Betriebsrat des Entleiherbetriebs in wesentlichen Bereichen der Mitbestimmung für die Belange der Leiharbeitnehmer nicht zuständig ist. Diese sollen daher die Belegschaft des Entleiherbetriebs auch nicht aktiv repräsentieren. Dies gilt für die gewerbsmäßige und die nicht gewerbsmäßige - auch konzerninterne - Arbeitnehmerüberlassung gleichermaßen.
- 30 3. Bei der Betriebsratswahl vom 10. April 2002 wurde § 15 Abs. 2 BetrVG verletzt. Dies führt zur Unwirksamkeit der Wahl, weil nicht auszuschließen ist, dass das Wahlergebnis ohne den Verstoß anders ausgefallen wäre.
- 31 a) Nach § 15 Abs. 2 BetrVG muss das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein, wenn der Betriebsrat mindestens aus drei Mitgliedern besteht. Die Ermittlung der Mindestsitzzahl für das Minderheitengeschlecht erfolgt gem. § 5 WO nach dem Grundsatz der Verhältniswahl, dh. nach dem d'Hondtschen Höchstzahlverfahren. Danach entfiel unabhängig davon, ob im Betrieb der Arbeitgeberin ein aus fünf oder ein aus drei Mitgliedern bestehender Betriebsrat zu wählen war, nicht mindestens ein Betriebsratssitz auf eine Frau.
- 32 Im Betrieb der Arbeitgeberin wurden - einschließlich der von der H Verkehr GmbH überlassenen Arbeitnehmer - sieben Frauen beschäftigt. Bei Berücksichtigung der von der H Verkehr GmbH überlassenen Arbeitnehmer waren im Betrieb 64 Männer tätig, andernfalls handelte es sich um mindestens 26 Männer. Das weibliche Geschlecht war daher in jedem Fall in der Minderheit. Gleichwohl stand diesem nicht unabhängig vom Wahlergebnis zumindest ein Sitz im Betriebsrat zu. Nach dem d'Hondtschen Höchstzahlverfahren errechnen sich für die Wahl eines fünfköpfigen Betriebsrats bei 64 Arbeitnehmern männlichen Geschlechts die Höchstzahlen 64; 32; 21,3; 16; 12,8 gegenüber der Höchstzahl sieben bei den Angehörigen weiblichen Geschlechts. Bei der Wahl eines dreiköpfigen Betriebsrats und mindestens 26 Angehörigen männlichen Geschlechts errechnen sich für dieses die Höchstzahlen 26; 13 und 8,6 gegenüber der Höchstzahl sieben bei den Angehörigen weiblichen Geschlechts. In beiden Fällen entfällt daher nicht mindestens ein Sitz auf eine Frau.
- 33 Hiernach ist sowohl der Hinweis in dem Wahlausschreiben, mindestens ein Betriebsratssitz entfalle auf eine Frau, unzutreffend, als auch die Feststellung des Wahlergebnisses durch den Wahlvorstand, der den fünften Betriebsratssitz der Kandidatin D zuordnete, obwohl diese eine geringere Stimmenzahl erreicht hatte (18 Stimmen) als der fünfte männliche Kandidat M (24 Stimmen).
- 34 b) Auf diesen Mängeln beruht die Wahl. Entgegen der Auffassung des Betriebsrats ist das Wahlergebnis insoweit nicht korrigierbar. Unabhängig von der Feststellung des Wahlergebnisses durch den Wahlvorstand war der Fehler im Wahlausschreiben geeignet, das Wahlergebnis zu beeinflussen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Wähler ihre Stimmen anders vergeben hätten, wenn ihnen bewusst gewesen wäre, dass nicht ohnehin nach § 15 Abs. 2 BetrVG mindestens ein Betriebsratsmitglied weiblichen Geschlechts sein würde.
- 35 II. Da die von der H Verkehr GmbH überlassenen Arbeitnehmer bei der für die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke nicht zu berücksichtigen sind und ihnen das passive Wahlrecht bei der Wahl des Betriebsrats im Betrieb der Arbeitgeberin nicht zusteht, sind auch die nach § 256 Abs. 2 ZPO zulässigen Anträge zu 2) und 3) begründet. Allerdings war im Tenor klarzustellen, dass sich die Feststellungen auf die am 10. April 2002 durchgeführte Betriebsratswahl beziehen. Eine weitergehende Feststellung hat auch die Arbeitgeberin nicht begehrt, wie sich aus der Antragsbegründung ergibt. Einem weitergehenden Feststellungsbegehren hätte im übrigen nicht entsprochen werden können, weil damit die getroffenen Feststellungen auch für die Zukunft unabhängig von möglicherweise eintretenden Änderungen tatsächlicher oder rechtlicher Art Geltung beanspruchen würden.
- 36 Dörner Gräfl Brühler

