

## **BUNDESARBEITSGERICHT Beschluss vom 15.12.2011, 7 ABR 65/10**

Berücksichtigung der in Privatbetrieben tätigen Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes bei den Schwellenwerten des § 9 und § 38 BetrVG

Leitsätze

In Privatbetrieben tätige Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes zählen bei den Schwellenwerten der organisatorischen Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes mit.

Tenor

Auf die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 21. September 2010 - 14 TaBV 3/10 - aufgehoben.

Auf die Beschwerde der Arbeitgeberin wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Mannheim vom 28. Januar 2010 - 5 BV 12/09 - abgeändert:

Der Hauptantrag des Betriebsrats wird abgewiesen.

Auf den Hilfsantrag des Betriebsrats wird festgestellt, dass die Arbeitgeberin verpflichtet ist, drei vom Betriebsrat zu wählende Betriebsratsmitglieder von der beruflichen Tätigkeit freizustellen.

Gründe

- 1 A. Die Beteiligten streiten über die Freistellung eines weiteren (*dritten*) Betriebsratsmitglieds.
- 2 Die Arbeitgeberin erbringt als privatrechtlich organisiertes Serviceunternehmen verschiedene Dienstleistungen für das Universitätsklinikum H. Dieses ist ein medizinisches Zentrum in der Rechtsform einer Anstalt öffentlichen Rechts und hat die Arbeitgeberin mit Wirkung ab dem 1. Januar 2004 als Tochtergesellschaft gegründet. Die Arbeitgeberin beschäftigt ca. 750 Arbeitnehmer, mit denen sie einen Arbeitsvertrag geschlossen hat. Zusätzlich setzt sie ca. 460 ihr vom Universitätsklinikum H zugewiesene Arbeitnehmer ein. Der dem Einsatz zugrunde liegende, von dem Universitätsklinikum H und der Arbeitgeberin geschlossene „Gestellungsvertrag für Personal“ vom 13. Januar 2005 lautet auszugsweise:

### **„Präambel**

Das Universitätsklinikum hat zum 01.01.2004 die K GmbH als hundertprozentige Tochter des Klinikums gegründet. Diese gemeinnützige GmbH soll die nichtmedizinischen Dienstleistungen (insbesondere im Wirtschafts- und Versorgungsbereich), wirtschaftlich und flexibel erbringen und verhindern, dass diese Aufgaben an private Dienstleister ausgelagert werden müssen.

Dieser Personalgestellungsvertrag gilt für alle Beschäftigten in Bereichen, die jetzt oder in

Zukunft auf die K GmbH übertragen werden. Die betroffenen Beschäftigten werden jeweils in Anlage beigefügt.

Diese Übernahme der entsprechenden Einheiten des Klinikums stellt einen Betriebsübergang dar, der ohne Nachteile für die bisher dort Beschäftigten erfolgen soll. Die in diesem Vertrag geregelte Personalgestellung dient daher der Sicherheit der betroffenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.

## **§ 1**

### **Vertragszweck**

Das Universitätsklinikum H stellt der K GmbH für die Erfüllung der der Gesellschaft zugewiesenen und ihr übertragenen Aufgaben die in der Anlage zu dieser Vereinbarung namentlich aufgeführten Beschäftigten zur Verfügung. Endet das Arbeitsverhältnis mit einem in der Anlage aufgeführten Mitarbeiter, gleich aus welchem Rechtsgrund, reduziert sich der Umfang der Klinikumsbeschäftigten, die bei der K GmbH eingesetzt werden, entsprechend. ...

## **§ 2**

### **Rechtsstellung der Mitarbeiter**

1. Alle Beschäftigten, die der Überleitung ihres Arbeitsverhältnisses auf die K GmbH gem. § 613 a BGB widersprechen und sich bereit erklären, bei der K GmbH ihre Arbeitsleistung zu erbringen, werden durch diesen Vertrag der K GmbH zur Erbringung ihrer Aufgaben zur Verfügung gestellt.
2. Die gestellten Beschäftigten bleiben auch während der Gestellung Bedienstete des Universitätsklinikums mit allen daraus resultierenden Rechten und Pflichten.

...

## **§ 3**

### **Arbeitgeberfunktion**

1. Das Universitätsklinikum bzw. das Land B bleibt Arbeitgeber der gestellten Beschäftigten. Alle Maßnahmen, die das vertragliche Grundverhältnis als solches betreffen (insbesondere Kündigungen und Abmahnungen etc.) können nur durch das Universitätsklinikum erfolgen. Insbesondere ist das Universitätsklinikum allein berechtigt, Abmahnungen und Kündigungen auszusprechen und Beschäftigte umzusetzen. Die Übertragung von Arbeitgeber(teil-)funktionen richtet sich nach § 4.
2. Das Universitätsklinikum zahlt den in der Anlage 1 aufgeführten Beschäftigten u.a. die arbeitsvertragliche Vergütung und führt Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträge ab.

...

## **§ 4**

### **Übertragung von Befugnissen**

1. Das Universitätsklinikum überträgt das arbeitsvertragliche Weisungs- und Aufsichtsrecht hinsichtlich Arbeitsausführung, Lage der Arbeitszeit und Festsetzung

des Urlaubs auf die K GmbH. Die übrigen aus der Arbeitgeberstellung des Universitätsklinikums folgenden Weisungsbefugnisse, insbesondere hinsichtlich disziplinarischer Maßnahmen, verbleiben beim Universitätsklinikum und werden ausschließlich durch Beschäftigte des Klinikums ausgeübt.

2. Das Universitätsklinikum tritt seine Ansprüche auf Arbeitsleistung gegen die gestellten Beschäftigten an die K GmbH ab.
3. Die K GmbH ist verpflichtet, alle personellen und sozialen Angelegenheiten der in der Anlage aufgeführten Beschäftigten, welche die Arbeitgeberstellung des Universitätsklinikums betreffen, unverzüglich dem Universitätsklinikum anzuzeigen.
4. Schutz- und Arbeitskleidung für die von dieser Vereinbarung erfassten Beschäftigten werden von der K GmbH gestellt.

## **§ 5**

### **Einsatz bei der K GmbH**

1. Die K GmbH verpflichtet sich, die Beschäftigten entsprechend ihren arbeitsvertraglichen Bedingungen einzusetzen.
  2. Die Beschäftigten können in zumutbarem Umfang sozialverträglich und soweit erforderlich nach Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung mit dem Personalrat zu Tätigkeiten außerhalb des Betriebsgrundstückes des Universitätsklinikums herangezogen werden.
  3. Ein weiterer Personaleinsatz der in der Anlage aufgeführten Beschäftigten über den Betrieb der S-GmbH hinaus sowie an Dritte ist ausgeschlossen.“
- 3 Soweit Arbeitsplätze neu zu besetzen sind, stellt die Arbeitgeberin Arbeitnehmer ein; ihre Geschäftsführer sind leitende Angestellte des Universitätsklinikums H.
- 4 Von den Mitgliedern des im Betrieb der Arbeitgeberin bestehenden Betriebsrats waren zunächst vier - jeweils mit der Hälfte der Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten - von ihrer beruflichen Tätigkeit freigestellt. Aus Anlass des am 4. August 2009 in Kraft getretenen § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG beanspruchte der Betriebsrat die Freistellung eines weiteren Mitglieds, was die Arbeitgeberin ablehnte.
- 5 In dem von ihm eingeleiteten Beschlussverfahren hat der Betriebsrat die Auffassung vertreten, die vom Universitätsklinikum H gestellten Beschäftigten seien bei betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen, die auf die Betriebsgröße abstellen, als Arbeitnehmer der Arbeitgeberin zu berücksichtigen. Nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG seien daher mindestens drei Betriebsratsmitglieder von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen.
- 6 Der Betriebsrat hat beantragt,
1. die Arbeitgeberin zu verpflichten, dem Betriebsrat eine dritte Freistellung gem. § 38 BetrVG zu gewähren;
  2. hilfsweise festzustellen, dass dem Betriebsrat drei Freistellungen gem. § 38 BetrVG zustehen.
- 7 Die Arbeitgeberin hat beantragt, die Anträge abzuweisen. Sie hat gemeint, die vom

- Universitätsklinikum gestellten Arbeitnehmer seien weiterhin von dem dort gewählten Personalrat vertreten und zählten bei den Schwellenwerten des § 38 Abs. 1 BetrVG nicht mit. Verstünde man dies anders, begegne § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG verfassungsrechtlichen Bedenken. Es käme zu einem Wertungswiderspruch zwischen den betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnungsvorschriften von Leiharbeitnehmern in der Privatwirtschaft und von gestelltem Personal im öffentlichen Dienst.
- 8 Das Arbeitsgericht hat dem Hauptantrag entsprochen. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde der Arbeitgeberin zurückgewiesen. Mit ihrer Rechtsbeschwerde verfolgt die Arbeitgeberin weiter das Ziel der Antragsabweisung. Der Betriebsrat beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.
- 9 B. Die zulässige Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin ist zum Teil begründet. Der Hauptantrag des Betriebsrats ist unzulässig. Der dem Senat damit zur Entscheidung anfallende Hilfsantrag ist dagegen zulässig und begründet. Die Vorinstanzen haben zu Recht erkannt, dass nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG mindestens drei Mitglieder des bei der Arbeitgeberin bestehenden Betriebsrats von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen sind.
- 10 I. Der Hauptantrag des Betriebsrats ist unzulässig. Er ist nicht hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.
- 11 1. Ein Antrag muss nach der auch im Beschlussverfahren anwendbaren Vorschrift des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO so bestimmt sein, dass die eigentliche Streitfrage mit Rechtskraftwirkung zwischen den Beteiligten entschieden werden kann. Im Fall einer dem Antrag stattgebenden Entscheidung muss für den in Anspruch genommenen Beteiligten eindeutig erkennbar sein, was von ihm verlangt wird (*vgl. zum Auskunftsanspruch zB BAG 27. Juli 2010 - 1 ABR 74/09 - Rn. 11 mwN, AP ZPO § 253 Nr. 51*).
- 12 2. Diesen Anforderungen an seine Bestimmtheit wird der Hauptantrag nicht gerecht. Der Betriebsrat begehrt den Verpflichtungsausspruch, dass die Arbeitgeberin eine „dritte Freistellung zu gewähren“ habe. Damit verlangt er die Vornahme einer Handlung. Für die Arbeitgeberin ist aber mangels namentlicher Benennung nicht erkennbar, welches Betriebsratsmitglied sie freistellen soll. Bei einem auf § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG gestützten Verpflichtungsbegehren ist die namentliche Benennung des freizustellenden Betriebsratsmitglieds auch nicht etwa verzichtbar. Es ist nicht Sache des Arbeitgebers, das freizustellende Betriebsratsmitglied auszuwählen. Dieses ist vielmehr entsprechend § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG nach Beratung mit dem Arbeitgeber vom Betriebsrat aus seiner Mitte zu wählen. Erst nach erfolgter Wahl kann die Freistellung des Gewählten durch den Arbeitgeber verlangt werden (*vgl. BAG 22. Oktober 2003 - 7 ABR 3/03 - zu B I der Gründe, BAGE 108, 185*).
- 13 II. Der dem Senat damit zur Entscheidung anfallende Hilfsantrag ist zulässig und begründet. Die tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ermöglichen dem Senat die abschließende Entscheidung über diesen Antrag.
- 14 1. Der Antrag ist zulässig.
- 15 a) Er bedarf aber der Auslegung. Seinem Wortlaut nach ist der Antrag auf die Feststellung gerichtet, dass dem Betriebsrat „drei Freistellungen zustehen“. Dies könnte dahin verstanden werden, dass vom Betriebsrat eine Befugnis zur Freistellung beansprucht wird. Mit diesem Inhalt würde der Antragsteller aber von vornherein etwas begehren, was ihm nicht zusteht. Er hat das oder die freizustellende(n) Mitglied(er) zwar nach dem in § 38 Abs. 2 BetrVG geregelten Verfahren zu wählen; die Freistellung selbst nimmt jedoch nach § 38 Abs. 1 BetrVG der Arbeitgeber und nicht der Betriebsrat vor (*vgl. BAG 22. Oktober 2003 - 7 ABR 3/03 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 108, 185*). Aus der Antragsbegründung folgt jedoch, dass die Beteiligten nicht über das Freistellungsverfahren oder eine entsprechende Befugnis streiten, sondern allein über den Umfang - die „richtige“ Anzahl - der (Voll-)Freistellungen

- iSv. § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Das Begehren des Betriebsrats ist mithin auf die Feststellung der Verpflichtung der Arbeitgeberin gerichtet, drei von ihm zu wählende Mitglieder von der beruflichen Tätigkeit freizustellen.
- 16 b) Mit diesem Inhalt ist der Feststellungsantrag zulässig. Er ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Auch die Voraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO sind erfüllt. Der Streit über den Umfang der Mindestfreistellungen betrifft ein betriebsverfassungsrechtliches Rechtsverhältnis der Betriebsparteien im Sinn einer durch die Herrschaft einer Rechtsnorm über einen konkreten Sachverhalt entstandenen rechtlichen Beziehung. Der Betriebsrat hat ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung, ob die Voraussetzungen für Freistellungen dreier seiner Mitglieder vorliegen.
- 17 2. Der Antrag hat auch in der Sache Erfolg. Nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sind in Betrieben mit in der Regel 901 bis 1.500 Arbeitnehmern drei Betriebsratsmitglieder von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen. Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Bei den Schwellenwerten des § 38 Abs. 1 BetrVG zählen die vom Universitätsklinikum gestellten Arbeitnehmer mit. Dies folgt aus § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG. Die in dieser Vorschrift genannten Arbeitnehmer sind jedenfalls bei den organisatorischen Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes zu berücksichtigen, die auf die Anzahl der Arbeitnehmer des Betriebs abstellen.
- 18 a) Die Freistellung von Betriebsratsmitgliedern ist nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG von der Betriebsgröße abhängig. Maßgeblich hierfür ist die Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer (vgl. BAG 22. Oktober 2003 - 7 ABR 3/03 - zu B II 2 a aa der Gründe, BAGE 108, 185). Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sind Arbeitnehmer (*Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer*) im Sinn dieses Gesetzes Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, unabhängig davon, ob sie im Betrieb, im Außendienst oder mit Telearbeit beschäftigt werden. Nach § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG gelten als Arbeitnehmer ferner Beamte (*Beamtinnen und Beamte*), Soldaten (*Soldatinnen und Soldaten*) sowie Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, die in Betrieben privatrechtlich organisierter Unternehmen tätig sind. Ob daraus folgt, dass diese Beschäftigten generell der Betriebsverfassung unterfallen, ist vom Bundesarbeitsgericht bislang nicht entschieden.
- 19 aa) Das arbeitsrechtliche Schrifttum geht überwiegend davon aus, dass wegen der in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG angeordneten unwiderlegbaren gesetzlichen Fiktion die dort genannten Beschäftigten prinzipiell der Betriebsverfassung unterfielen und damit bei den Betriebsratswahlen im Einsatzbetrieb aktiv und passiv wahlberechtigt (§§ 7, 8 BetrVG) sowie bei den an die Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmer anknüpfenden Bestimmungen über die Größe des Betriebsrats (§ 9 BetrVG) oder den Umfang von Freistellungen (§ 38 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BetrVG) sowie bei den anderen Schwellenwerten im Betriebsverfassungsgesetz zu berücksichtigen seien (vgl. zB DKKW/Trümmer BetrVG 12. Aufl. § 5 Rn. 93a; Düwell jurisPR-ArbR 33/2009 Anm. 6 [auch mit Bezug auf die an bestimmte Schwellenwerte anknüpfenden Mitbestimmungstatbestände nach §§ 111, 112a Abs. 1 BetrVG]; ErfK/Koch 12. Aufl. § 5 BetrVG Rn. 3a; Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier BetrVG 25. Aufl. § 1 Rn. 32 und § 5 Rn. 311; GK/Raab BetrVG 9. Aufl. § 5 Rn. 6; HaKo-BetrVG/Kloppenburger 3. Aufl. § 5 Rn. 22; HSWGNR/Rose BetrVG 8. Aufl. § 5 Rn. 84; Richardi BetrVG 12. Aufl. § 5 Rn. 113 f.; Thüsing BB 2009, 2036; grds. aA Löwisch BB 2009, 2316 [keine „betriebsangehörigen“ Arbeitnehmer]; vgl. auch von Steinau-Steinrück/Mosch NJW-Spezial 2009, 706). Der in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG genannte Personenkreis habe im Hinblick auf eine Tätigkeit im Einsatzbetrieb die gleichen Rechte und Pflichten nach dem Betriebsverfassungsgesetz wie die Stammarbeitnehmer und werde vom dortigen Betriebsrat vertreten (Trümmer AiB 2009, 539; aA Löwisch BB 2009, 2316, 2318). Ihm komme grundsätzlich eine doppelte



Interessenvertretung sowohl durch den Personalrat des Arbeitgebers bzw. Dienstherrn im Bereich des § 130 BetrVG als auch durch den Betriebsrat des aufnehmenden privaten Arbeitgebers zu (*ErfK/Koch § 5 BetrVG Rn. 3a; HSWGNR/Rose BetrVG § 5 Rn. 4*). Der Senat hat zu § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG bereits ausgeführt, es handle sich um eine Sondervorschrift für echte Arbeitnehmerüberlassungen aus dem öffentlichen Dienst, aus der jedenfalls für die Frage der Wählbarkeit von zwischen Privatunternehmen überlassenen Arbeitnehmern keine rechtlichen Schlüsse gezogen werden könnten (*vgl. BAG 17. Februar 2010 - 7 ABR 51/08 - Rn. 24, BAGE 133, 202*).

- 20 bb) Der Streitfall verlangt keine Entscheidung, ob die in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG genannten Beschäftigten einschränkungslos bei allen Vorschriften, die auf die Anzahl der Arbeitnehmer des Betriebs abstellen, zu berücksichtigen sind oder ob etwa nach dem jeweiligen Zweck der Regelung Differenzierungen geboten sind (*vgl. hierzu zuletzt BAG 18. Oktober 2011 - 1 AZR 335/10 - Rn. 19, NZA 2012, 221*). Jedenfalls sind die in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG genannten Beschäftigten bei den an die Belegschaftsstärke anknüpfenden organisatorischen Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes - etwa zur Größe des Betriebsrats (§ 9 BetrVG) und zum Umfang von Freistellungen (§ 38 BetrVG) - zu berücksichtigen („mitzuzählen“). Dies ergibt eine am Wortlaut, an der Systematik und an Sinn und Zweck des § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG orientierte Auslegung, für die ebenso das teleologische Verständnis der in den organisatorischen Bestimmungen festgelegten Schwellenwerte streitet. Die Entstehungsgeschichte von § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG stützt dieses Auslegungsergebnis, gegen das keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen.
- 21 (1) Der Wortlaut von § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG deutet darauf, dass die näher beschriebenen Beschäftigten generell dem Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes unterstellt werden sollen. Das Argument der Rechtsbeschwerde, § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG enthalte keine eindeutige Aussage über die Betriebsangehörigkeit der dort genannten Personen, übersieht, dass auch § 5 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BetrVG eine solche Zuordnung zu einem Betrieb wörtlich nicht ausdrücken. Der Bezug von § 5 Abs. 1 Satz 1 bis Satz 3 BetrVG ist unmissverständlich. Die Bestimmung regelt, welche Beschäftigten in dem Betrieb eines privatrechtlich organisierten Unternehmens Arbeitnehmer im Sinn des Betriebsverfassungsgesetzes sind oder als solche gelten. Die Regelung in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG, nach der ua. „Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes“ als „Arbeitnehmer“ gelten, ergibt nur für den Betrieb des privatrechtlich organisierten Unternehmens, in dem sie tätig sind, Sinn. Bezogen auf ihren öffentlichen (Vertrags-)Arbeitgeber wäre sie tautologisch und sinnlos.
- 22 (2) Systematische Erwägungen sprechen dafür, die in Privatbetrieben tätigen Beamten, Soldaten und Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes jedenfalls bei den Bestimmungen über Größe und Geschäftsführung des Betriebsrats „mitzuzählen“. Das Gesetz verknüpft diverse organisationsrechtliche Materien regelungstechnisch mit dem - auf den Betrieb bezogenen - Begriff des „Arbeitnehmers“ oder des „wahlberechtigten Arbeitnehmers“ (*vgl. § 9 Satz 1 und Satz 2, § 28 Abs. 1 Satz 1, § 28a Abs. 1 Satz 1, § 38 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BetrVG*). Im Ersten Teil des Gesetzes ist unter der Überschrift „Allgemeine Vorschriften“ in § 5 Abs. 1 Satz 1 bis Satz 3 BetrVG näher festgelegt, wer Arbeitnehmer ist bzw. als solcher gilt. Diese Regelungssystematik deutet darauf, dass die in § 5 Abs. 1 Satz 1 bis Satz 3 BetrVG beschriebene Beschäftigtenkategorie auch bei den auf „Arbeitnehmer des Betriebs“ bezogenen Organisationsvorschriften zu berücksichtigen sind.
- 23 (3) Das textvergleichende Argument der Arbeitgeberin, im Gegensatz zu § 5 Abs. 1 des Gesetzes über das Personal der Bundeswertpapierverwaltung vom 12. Juli 2006 (*BWpVerwPG, BGBl. I S. 1469*) enthalte § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG keine ausdrückliche Formulierung zur aktiven und passiven Wahlberechtigung zugewiesener Beamten, Soldaten und Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst, so dass es für diese Beschäftigten bei den allgemeinen Regelungen zur Wahl und Wählbarkeit und einer

betrieblichen Einordnung nach den allgemeinen Grundsätzen verbleiben müsse, vermag im Ergebnis nicht zu überzeugen. Zu den mit § 5 Abs. 1 BWpVerwPG vergleichbaren Bestimmungen in §§ 1, 6 des Kooperationsgesetzes der Bundeswehr vom 30. Juli 2004 (*BwKoopG, BGBl. I S. 2027*) hat der Senat erkannt, dass die den privatrechtlich organisierten Kooperationsbetrieben der Bundeswehr zugewiesenen Beamten und zugewiesenen oder gestellten Arbeitnehmer grundsätzlich in vollem Umfang in die Betriebsverfassung einbezogen sind. Die Einbeziehung beschränkt sich gerade nicht auf das Recht zu der Wahl der in den Kooperationsbetrieben gebildeten Betriebsräte, wenngleich die Regelungen der §§ 1 und 6 Abs. 1 BwKoopG nach ihrem Wortlaut insoweit nicht völlig eindeutig sind (*vgl. BAG 4. Mai 2011 - 7 ABR 3/10 - Rn. 30, NZA 2011, 1373*). Gerade weil § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG keinen ausdrücklich formulierten Bezug zum Wahlrecht der dort genannten Beschäftigten aufweist, ist eher die Annahme gerechtfertigt, dass den Beamten, Soldaten und Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes im Fall einer Tätigkeit in Betrieben privatrechtlich organisierter Unternehmen nicht etwa nur das aktive und passive Wahlrecht zum dort gebildeten Betriebsrat zukommen soll.

- 24 (4) Der Zweck des § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG gebietet ebenfalls ein Verständnis dahingehend, dass Beamte, Soldaten und Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes, die in privatrechtlichen Unternehmen tätig sind, bei den Schwellenwerten der organisatorischen Vorschriften im Betriebsverfassungsgesetz - insbesondere bei denen zur Zahl der Betriebsratsmitglieder (§ 9 BetrVG) und zum Mindestumfang der Freistellungen (§ 38 BetrVG) - zu berücksichtigen sind. Eine solche Berücksichtigung ist auch im Hinblick auf den Zweck der Schwellenwerte bei den Organisationsvorschriften geboten.
- 25 (a) Nach der in der Gesetzesbegründung zu § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG verlautbarten Intention sollen Beamte und Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes bei einer Zuweisung an privatrechtlich organisierte Einrichtungen für die Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes generell als deren Arbeitnehmer gelten (*vgl. BT-Drucks. 16/11608 S. 21*). Der Gesetzgeber hat darauf verwiesen, dass dies den in den Spezialgesetzen, zB im Bundesschuldenwesenmodernisierungsgesetz, getroffenen Regelungen entspreche (*vgl. BT-Drucks. 16/11608 S. 21*). In der Begründung zum Entwurf des Bundesschuldenwesenmodernisierungsgesetzes ist angegeben, dass es ua. die für eine wirtschaftliche und zugleich sozial verträgliche Verwendung des bisherigen Personals der Bundeswertpapierverwaltung notwendigen Bestimmungen treffe. Im Rahmen der gesetzlichen Regelungen hierzu werde angestrebt, den Einsatz der Beschäftigten der bisherigen Bundeswertpapierverwaltung bei der Finanzagentur sozial verträglich und ohne Rechtsverlust für die Betroffenen auszugestalten (*vgl. BT-Drucks. 16/1336 S. 11*). Der überwiegende Teil des Personals der ehemaligen Bundeswertpapierverwaltung werde dauerhaft in der privatrechtlich organisierten Finanzagentur eingesetzt und dort vollständig in die Arbeitsabläufe eingegliedert. Mit der faktischen Eingliederung der Beamtinnen, Beamten, Angestellten, Arbeiterinnen und Arbeiter in die Finanzagentur seien diese ua. für den Bereich der betrieblichen Interessenvertretung den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern der Finanzagentur gleichzustellen (*vgl. BT-Drucks. 16/1336 S. 17*). Auch mit § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG verfolgt der Gesetzgeber demzufolge ersichtlich das Ziel einer Einbeziehung der in der Vorschrift genannten Beschäftigten in den Bereich der betrieblichen Interessenvertretung und ihre Gleichstellung mit den Arbeitnehmern des Einsatzbetriebs. Für den besonderen Schutz dieser Beschäftigten hat er deren Eingliederung in den Betrieb - und nicht deren vertrags- oder statusrechtliche Bindung - als ausschlaggebend angesehen.
- 26 (b) Der Zweck der betriebsverfassungsorganisatorischen Schwellenwerte rechtfertigt bei deren Ermittlung eine Einbeziehung der in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG genannten Personengruppen. Die in den Organisationsvorgaben geregelte Abhängigkeit etwa der Betriebsratsgröße oder des Freistellungsumfangs von der Anzahl der in der Regel im Betrieb beschäftigten (*wahlberechtigten*) Arbeitnehmer trägt dem Umstand Rechnung, dass hiervon der dem Betriebsrat entstehende

Tätigkeitsaufwand maßgeblich bestimmt wird. Je mehr Arbeit im Betriebsrat anfällt, desto mehr - freizustellende - Mitglieder soll er haben. Der Umfang der Betriebsratsarbeit wird aber auch von den im Betrieb tätigen Beschäftigten iSv. § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG beeinflusst. Selbst wenn dem Betriebsrat nicht bei allen Maßnahmen, die diese Beschäftigten betreffen, Beteiligungsrechte zukommen sollten, erstreckt sich jedenfalls ein Großteil der Mitbestimmungsrechte - insbesondere nach § 87 BetrVG, aber auch zB bei Einstellungen und Versetzungen - auch auf sie.

- 27 (5) Die Entstehungsgeschichte von § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG stützt dieses Auslegungsergebnis. Beim aktiven und passiven Wahlrecht zum Betriebsrat nach §§ 6, 7 BetrVG 1952 ist das Bundesarbeitsgericht zunächst davon ausgegangen, dass es nicht auf die formale Rechtsstellung einer im Einsatzbetrieb tätigen Person, sondern auf deren tatsächlich ausgeübte Beschäftigung ankomme. Werde ein Angestellter des öffentlichen Dienstes nicht innerhalb seiner Anstellungsbehörde tätig, sondern verrichte er seine Dienste im Einvernehmen mit seiner Anstellungsbehörde und einer dritten Stelle bei dieser, so sei er für den bei dieser zu bildenden Betriebsrat wahlberechtigt und wählbar (vgl. BAG 11. April 1958 - 1 ABR 2/57 - AP BetrVG § 6 Nr. 1). Auch ein Gemeindebeamter, der zur ständigen Dienstleistung in den Betrieb einer juristischen Person des Privatrechts abgeordnet sei, könne Arbeitnehmer dieses Betriebs iSv. §§ 4 ff. BetrVG 1952 sein (vgl. BAG 28. April 1964 - 1 ABR 1/64 - BAGE 16, 1). Diese Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht später aufgegeben und ausgeführt, dass ein an einen Betrieb in privater Trägerschaft überlassener Beamter auch aufgrund der besonderen rechtlichen und tatsächlichen Umstände seines Einsatzes betriebsverfassungsrechtlich nicht als Arbeitnehmer angesehen werden könne, wenn hierzu keine gesetzlichen Bestimmungen - wie etwa in § 24 Abs. 2 Postpersonalrechtsgesetz (*PostPersRG*, *BGBI. I S. 2353*) - getroffen seien (vgl. BAG 25. Februar 1998 - 7 ABR 11/97 - zu II 1 und 6 der Gründe, AP BetrVG 1972 § 8 Nr. 8 = *EzA BetrVG 1972 § 5 Nr. 62*). Beamte seien mit Ausnahme der spezialgesetzlich ausdrücklich geregelten Fälle keine wahlberechtigten Arbeitnehmer iSv. § 7 BetrVG. Dies gelte auch, wenn sie in einem von einem privaten Rechtsträger allein oder gemeinsam mit einem öffentlichen Rechtsträger geführten Betrieb eingegliedert seien (vgl. BAG 28. März 2001 - 7 ABR 21/00 - zu B I 2 der Gründe, BAGE 97, 226). Diese Rechtsprechung hat der Gesetzgeber aufgegriffen und „korrigieren“ (vgl. *ErfK/Koch § 5 BetrVG Rn. 3a*) bzw. „klarstellen“ (vgl. *Richardi BetrVG § 5 Rn. 113*) wollen, indem er - neben den personalrechtlichen Sonderbestimmungen etwa im Postpersonalrechtsgesetz, im Bundeswertpapierverwaltungspersonalgesetz, im Kooperationsgesetz der Bundeswehr oder im Gesetz über das Personal der Bundesagentur für Außenwirtschaft - mit dem durch Artikel 9 des Gesetzes zur Errichtung eines Bundesaufsichtsamtes für Flugsicherung und zur Änderung und Anpassung weiterer Vorschriften vom 29. Juli 2009 (*BGBI. I S. 2424*) mit Wirkung vom 4. August 2009 neu in § 5 Abs. 1 BetrVG eingefügten Satz 3 die aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses in Betrieben privater Rechtsträger tätigen Beschäftigten allgemein in den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff einbezogen hat. Bestätigt wird dies durch den Anlass der Änderung von § 5 Abs. 1 BetrVG. Die Einfügung des Satzes 3 beruht auf einer Prüfbitte des Bundesrats im Zusammenhang mit seiner Stellungnahme zum Entwurf des Bundesschuldenwesenmodernisierungsgesetzes (*so explizit BT-Drucks. 16/11608 S. 21*), in der es heißt (vgl. *BT-Drucks. 16/1336 S. 21*):

„Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Aufnahme einer Regelung in das Betriebsverfassungsgesetz zu prüfen, nach der Beamtinnen und Beamte bei Zuweisung an privatrechtlich organisierte Einrichtungen für die Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes als deren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelten und als solche aktiv und passiv wahlberechtigt sind.



## Begründung

Der Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldenwesens des Bundes enthält in Artikel 2 § 5 Abs. 1 eine sachgerechte Regelung, wonach die ehemaligen Beschäftigten der Bundeswertpapierverwaltung, die der Bundesrepublik Deutschland - Finanzagentur GmbH zur Dienstleistung zugewiesen sind, für die Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Finanzagentur gelten und als solche aktiv und passiv wahlberechtigt sind. Dies wird zutreffend damit begründet, dass diese Beschäftigten dauerhaft in der privatrechtlich organisierten Finanzagentur eingesetzt und dort vollständig in die Arbeitsabläufe eingegliedert werden und deshalb für den Bereich der betrieblichen Interessenvertretung den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern der Finanzagentur gleichzustellen sind.

Eine entsprechende Interessenlage besteht auch bei Privatisierungen auf Länderebene. Die Länder sind mangels Gesetzgebungskompetenz für das Betriebsverfassungsgesetz aber gehindert, für Beamtinnen und Beamte entsprechende Regelungen zu treffen. Dies führt dazu, dass Beamtinnen und Beamte auch bei länger andauernder Zuweisung zu einer privaten Einrichtung trotz faktischer Eingliederung dort keine Interessenvertretung haben. Diesem unbefriedigenden Rechtszustand kann nur durch eine Regelung im Betriebsverfassungsgesetz abgeholfen werden.“

- 28 (6) Die Argumentation der Rechtsbeschwerde, bei diesem Verständnis des § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG komme es für die dort genannten Beschäftigten zu einer im Betriebsverfassungsrecht nicht angelegten „Doppelvertretung“ und zu „Doppelzuständigkeiten“ des Personalrats und des Betriebsrats, ist schon deshalb nicht zwingend, weil die Beteiligungsrechte dieser Gremien ebenso wie ihre Organisationsvorgaben verschieden ausgestaltet sind und unterschiedliche Interessen schützen. Im Übrigen hat der Gesetzgeber jedenfalls ein „doppeltes Wahlrecht“ bewusst in Kauf genommen. In der Begründung zum Entwurf des Bundesschuldenwesenmodernisierungsgesetzes (vgl. *BT-Drucks. 16/1336 S. 17*), auf dessen Bestimmungen in der Begründung zum Gesetzentwurf der Einfügung des Satzes 3 in § 5 Abs. 1 BetrVG Bezug genommen wird (vgl. *BT-Drucks. 16/11608 S. 21*), ist verlautbart:

„... für die konkrete Ausgestaltung der gleichzeitigen Zugehörigkeit des im Rahmen der Personalgestellung eingesetzten Personals zum Bund und zur privatwirtschaftlich organisierten Finanzagentur sind ein Verlust an Beteiligungsrechten und damit wesentliche Beteiligungslücken nur vermeidbar, wenn dem betroffenen Personenkreis ein doppeltes Wahlrecht und die Wählbarkeit zu den Interessenvertretungen eingeräumt wird.“

- 29 (7) Anders als die Arbeitgeberin meint, bestehen gegen eine Berücksichtigung der in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG genannten Beschäftigten bei den an die Belegschaftsgröße anknüpfenden organisatorischen Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes keine verfassungsrechtlichen Bedenken.
- 30 (a) Zutreffend verweist die Arbeitgeberin allerdings auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, nach der die in § 7 Satz 2 BetrVG genannten - zur Arbeitsleistung überlassenen - Arbeitnehmer weder bei der für die Betriebsratsgröße noch bei der für den Freistellungsumfang maßgeblichen Belegschaftsstärke Berücksichtigung finden (vgl. *hierzu [noch vor Inkrafttreten des § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG] BAG 10. März 2004 - 7 ABR 49/03 - BAGE 110, 27 und 22. Oktober 2003 - 7 ABR 3/03 - BAGE 108, 185*). Dies gebietet aber kein Verständnis von § 5 Abs. 1

Satz 3 BetrVG dahingehend, dass die dort genannten Arbeitnehmer aus Gründen der Gleichbehandlung bei der Belegschaftsstärke des § 9 BetrVG oder § 38 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BetrVG nicht berücksichtigt werden dürften. Es kann insoweit offenbleiben, ob sich die Arbeitgeberin überhaupt auf einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG berufen kann. Immerhin rügt sie eine Besserstellung des Personals iSv. § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG gegenüber Leiharbeitnehmern. Unterstellte man zu ihren Gunsten eine Eröffnung des Geltungsbereichs des allgemeinen Gleichheitssatzes, braucht gleichfalls nicht abschließend darüber befunden zu werden, ob die unterschiedliche Berücksichtigung von Arbeitnehmern iSd. § 7 Satz 2 BetrVG und von Arbeitnehmern iSd. § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG bei den organisatorischen Schwellenwerten gerechtfertigt ist. Hierfür spräche ggf. der Umstand, dass die Arbeitnehmerüberlassung nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - auch wenn dieses keine Höchstüberlassungsgrenze (*mehr*) festlegt - anders als die Personalüberlassung im öffentlichen Dienst jedenfalls strukturell vorübergehend angelegt ist. Selbst wenn man aber - wiederum zugunsten der Arbeitgeberin - von einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung ausginge, wäre diese durch eine Berücksichtigung der Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten in den organisationsrechtlichen Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes zu beseitigen und nicht durch eine dem Zweck erkennbar widersprechende Auslegung von § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG.

- 31 (b) Ein Normverständnis, wonach § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG die dort genannten Personen als Arbeitnehmer dem Entleiherbetrieb zuordnet, verletzt schließlich weder die von Art. 12 und 14 GG geschützten Eigentums- und Berufsfreiheiten noch das Recht der Arbeitgeberin am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Die mögliche Beschränkung unternehmerischer Entscheidungsfreiheit durch organisationsrechtliche Vorschriften der Betriebsverfassung führt nicht zu einer Einschränkung dieser Organisationsvorgaben. Diese Beschränkung ist vielmehr die im Gesetz angelegte Folge und nicht verfassungswidrig (vgl. *[zu den Mitbestimmungsrechten nach dem BetrVG] BAG 4. Mai 2011 - 7 ABR 3/10 - Rn. 58 mwN, NZA 2011, 1373*).
- 32 b) Demnach hat die Arbeitgeberin drei Mitglieder des Betriebsrats von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen. Die Arbeitgeberin beschäftigt in ihrem Betrieb ca. 750 „eigene“ Arbeitnehmer. Die ihr vom Universitätsklinikum H auf der Grundlage des „Gestellungsvertrags für Personal“ vom 13. Januar 2005 zur Verfügung gestellten weiteren ca. 460 Arbeitnehmer zählen ebenfalls zu den in der Regel beschäftigten Arbeitnehmern iSv. § 38 Abs. 1 Satz 1, § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG. Damit ist der Schwellenwert von 901 Arbeitnehmern erreicht.
- 33 aa) Die gestellten Arbeitnehmer sind zum einen „Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes“. § 2 Nr. 2 des Gestellungsvertrags für Personal vom 13. Januar 2005 regelt, dass sie auch während der Gestellung Bedienstete des Universitätsklinikums bleiben. Dieses ist öffentlich-rechtlich verfasst. Nach § 3 Nr. 1 Satz 1 des Gestellungsvertrags bleiben das Universitätsklinikum bzw. das Land B Arbeitgeber der gestellten Beschäftigten.
- 34 bb) Die gestellten Arbeitnehmer sind zum anderen in einem „Betrieb eines privatrechtlichen Unternehmens tätig“. Die Arbeitgeberin ist in der Rechtsform einer GmbH privatrechtlich organisiert. Die Bediensteten des Universitätsklinikums werden ihr für die Erfüllung ihr zugewiesener und ihr übertragener Aufgaben zur Verfügung gestellt (vgl. § 1 Satz 1 des Gestellungsvertrags). Die Übertragung näher beschriebener Weisungs- und Aufsichtsrechte auf die Arbeitgeberin nach § 4 Nr. 1 Satz 1 des Gestellungsvertrags, die Abtretung der Ansprüche auf Arbeitsleistung gegen die gestellten Beschäftigten vom Universitätsklinikum an die Arbeitgeberin nach § 4 Nr. 2 des Gestellungsvertrags sowie die Verpflichtung zum Einsatz nach § 5 des Gestellungsvertrags zeigen, dass das vom Universitätsklinikum gestellte Personal im Betrieb der Arbeitgeberin tätig wird. Dem steht nicht

entgegen, dass nach § 4 Nr. 1 Satz 2 des Gestellungsvertrags bestimmte Weisungsbefugnisse beim Universitätsklinikum verbleiben. Die entscheidende Einsatzbefugnis obliegt der Arbeitgeberin und betrifft ihren Betrieb (vgl. § 5 Nr. 1 und Nr. 3 des Gestellungsvertrags). Soweit die Arbeitgeberin darauf verweist, die Arbeitsplätze des gestellten Personals befänden sich überwiegend „im Klinikum“, übersieht sie, dass sie ihren Betrieb im Sinn der Erbringung von Leistungen gerade „im Klinikum“ führt. Im Übrigen setzt die Arbeitgeberin nach den mit Verfahrensrügen nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ihre Vertragsarbeitnehmer auch „im Klinikum“ ein. Schließlich spricht der Umstand, dass die Geschäftsführer der Arbeitgeberin leitende Angestellte des Universitätsklinikums H sind, nicht gegen ein Tätigwerden des gestellten Personals im Betrieb der Arbeitgeberin. Die Bediensteten sind nicht den Geschäftsführern, sondern der Arbeitgeberin zur Arbeitsleistung überlassen.