

Krause, Rüdiger

Working Paper

Die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung

HSI-Working Paper, No. 03

Provided in Cooperation with:

Hugo Sinzheimer Institute for Labour and Social Security Law (HSI), Hans Böckler Foundation

Suggested Citation: Krause, Rüdiger (2014) : Die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung, HSI-Working Paper, No. 03, Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht (HSI), Frankfurt a. M.

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/303132>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

HSI-Working Paper Nr. 03



**Die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den
Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung**

Prof. Dr. Rüdiger Krause
Georg-August-Universität Göttingen

Dezember 2014

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht
Wilhelm-Leuschner-Str. 79
60329 Frankfurt am Main
www.hugo-sinzheimer-institut.de

Vorwort

In dem vorliegenden Working Paper befasst sich Prof. Dr. Rüdiger Krause mit der Frage, welche Rolle Leiharbeitnehmern bei der Ermittlung von Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung zukommt – einer Frage, die gegenwärtig auch die Rechtsprechung und Literatur befasst. Er legt überzeugend dar, dass Leiharbeitnehmer bei der Ermittlung solcher Schwellenwerte zu berücksichtigen sind. Zur Begründung führt der Gutachter aus, dass sich die Folgen unternehmerischer Planungen und der Leitung im Entleiherunternehmen nicht nur auf die Stammbeschäftigten auswirken, sondern Leiharbeitnehmer hiervon in gleicher Weise betroffen sind. Teilweise vorgebrachte europarechtliche Bedenken gegen diese Rechtsauffassung können nicht durchschlagen.

Mit Blick auf die hohe Zahl von Leiharbeitnehmern ist die vom Gutachter behandelte Frage von besonderer Bedeutung. Wir sind überzeugt, mit diesem Working Paper einen wichtigen Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Diskussion zu leisten.

Eine Kurzversion des Gutachten wurde bereits in der Zeitschrift für Wirtschaftsrecht veröffentlicht (Krause, ZIP 2014, 2209 ff).



Dr. Thomas Klebe
(Leitung HSI)



Prof. Dr. Marlene Schmidt
(Leitung HSI)



Dr. Johannes Heuschmid
(Stellv. Leitung HSI)

Inhaltsverzeichnis

I. Ausgangslage.....	2
II. Verlauf und Stand der Diskussion.....	4
III. Grundsätzliche Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern.....	9
1. Wortlautargumente	9
a) Verweisung auf § 5 Abs. 1 BetrVG	10
b) „Beschäftigung“ von Arbeitnehmern	11
c) Keine Überbewertung der unterschiedlichen Wortwahl.....	13
2. Systematische Argumente	14
a) Bedeutung der Zuerkennung des aktiven Wahlrechts	14
b) Keine Überinterpretation von § 14 AÜG	16
c) Unergiebigkeit von § 32 MitbestG.....	18
d) Parallelen zum fehlerhaften Arbeitsverhältnis und zum Gemeinschaftsbetrieb	19
3. Entstehungsgeschichtliche Argumente	20
a) Materialien des MitbestG.....	20
b) Materialien des AÜG	23
c) Reformen des Jahres 2001	24
4. Teleologische Argumente	25
a) Konzeption und Ziele der Mitbestimmung.....	25
b) Normzweck von § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG	26
c) Folgerungen	27
d) Betroffenheit von Leiharbeitnehmern und Stammbeschäftigten.....	29
e) Übertragung der methodischen Neuorientierung des BAG	30
f) Zwischenergebnis	31
5. Europarechtliche Hindernisse?	32
IV. „In der Regel“ beschäftigte Arbeitnehmer.....	35
V. Wesentliche Ergebnisse.....	38

I. Ausgangslage

Die unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 setzt gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG voraus, dass das in einer bestimmten Rechtsform betriebene Unternehmen in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt, wobei die Arbeitnehmer anderer Unternehmen in besonderen Gestaltungen¹ hinzugerechnet werden. Schwellenwerte für das Eingreifen der Mitbestimmung existieren daneben im Drittelbeteiligungsgesetz von 2004 (§ 1 Abs. 1 DrittelbG)² sowie in der Montanmitbestimmung (§ 1 Abs. 2 MontanMitbestG)³. Darüber hinaus hängt in bestimmten Fällen auch die Größe des Aufsichtsrats (§ 7 Abs. 1 S. 1 MitbestG) sowie die Frage, ob die Arbeitnehmervertreter im Grundsatz durch Delegierte oder unmittelbar gewählt werden (§§ 9, 18 MitbestG, § 7 MontanMitbestErgG), vom Erreichen gewisser Schwellenwerte ab. Die Anzahl der zu berücksichtigenden Arbeitnehmer ist damit ein zentraler Faktor für die Bildung eines mitbestimmten Aufsichtsrats, die Anzahl der Arbeitnehmervertreter sowie das bei ihrer Wahl einzuhaltende Verfahren.

Ob bei diesen Schwellenwerten auch Leiharbeiter im Unternehmen des Entleihers trotz des Fehlens einer arbeitsvertraglichen Beziehung mitzuzählen sind, ist zwar kein neues Problem, sondern im Schrifttum schon frühzeitig thematisiert worden.⁴ Abgesehen von einer älteren Entscheidung des BAG⁵ hat die Zurechnungsfrage in der forensischen Praxis aber lange Zeit soweit ersichtlich keine Rolle gespielt, was angesichts des geringen Verbreitungsgrades der Arbeitnehmerüberlassung in den ersten Jahrzehnten nach ihrer Legalisierung⁶ auch nicht weiter verwundert. So gab es am 30.6.1976 und damit einen Tag vor dem Inkrafttreten des MitbestG nicht einmal 17.000 Leiharbeiter in Deutschland.⁷ Bis Mitte 1991 war deren Anzahl auf knapp 134.000 angewachsen⁸ und noch im Jahr 2000 wurden im Jahresdurchschnitt lediglich 328.000 Leiharbeiter registriert.⁹ Zu einer massiven Ausweitung der Leiharbeit ist

¹ Kommanditgesellschaft: § 4 MitbestG; Konzern: § 5 MitbestG.

² Grundsätzlich mehr als 500 Arbeitnehmer.

³ Grundsätzlich Beschäftigung von mehr als 1.000 Arbeitnehmern.

⁴ Zu Nachweisen siehe unten in Fn. 17 und 18.

⁵ BAG 1.12.1961 – 1 ABR 15/60, AP BetrVG § 77 Nr. 1.

⁶ Initialzündung war die Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1967 zur Unvereinbarkeit des Verbots der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung mit dem Grundrecht der Verleiher aus Art. 12 Abs. 1 GG; vgl. BVerfG 4.4.1967 – 1 BvR 84/65, BVerfGE 21, 261. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) stammt in seiner Ursprungsfassung aus dem Jahr 1972.

⁷ Vgl. den Dritten Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – AÜG, BT-Drucksache 8/2025 vom 1.8.1978, S. 5.

⁸ Vgl. den Siebenten Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – AÜG, BT-Drucksache 12/3180 vom 31.8.1992, S. 8.

⁹ Vgl. den Zehnten Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – AÜG, BT-Drucksache 15/6008 vom 30.9.2005, S. 16.

es erst im Anschluss an die Liberalisierung des Arbeitnehmerüberlassungsrechts durch die Hartz-Reform zum 1.1.2003 gekommen, mit der die Politik diese Beschäftigungsform forcieren wollte, um den Arbeitsmarkt zu stimulieren und den Flexibilitätswünschen der Unternehmen entgegenzukommen. Die Unternehmen haben die Erweiterung ihrer Handlungsmöglichkeiten in den letzten Jahren auch umfassend genutzt, so dass die Zahl der Leiharbeiter mit einer kurzen Wachstumsdelle während der Krisenzeit 2008/2009 rasant auf fast 930.000 im August 2011 angestiegen ist¹⁰ und sich seit einiger Zeit in einer Größenordnung von 800.000 bis 900.000 eingependelt hat.¹¹

Diese Entwicklungen bilden den rechtstatsächlichen Hintergrund für die seit einiger Zeit lebhaft geführte Debatte über die Frage der Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den mitbestimmungsrechtlichen Schwellenwerten, die vor allem durch gegenläufige instanzgerichtliche Entscheidungen befeuert wird.¹² So hat das LAG Hessen im Jahr 2013 entschieden, dass Leiharbeiter bei der Frage, ob eine unmittelbare Wahl oder eine Delegiertenwahl im Sinne von § 9 MitbestG durchzuführen ist, mitzuzählen sind.¹³ Demgegenüber hat das OLG Hamburg in einem Beschluss von Anfang 2014 die Ansicht vertreten, dass Leiharbeiter für die Ermittlung des mitbestimmungsrechtlichen Schwellenwertes gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG für die Besetzung des Aufsichtsrates beim Entleiher nicht mit zu berücksichtigen seien.¹⁴ Besondere Brisanz gewinnt die Zurechnungsfrage dadurch, dass Leiharbeit auf der Grundlage der Sichtweise des OLG Hamburg strategisch genutzt werden kann. So könnte die Anzahl der Stammkräfte „künstlich“ unter den maßgeblichen Grenzen (vor allem 500 bzw. 2.000 Arbeitnehmer) gehalten und der darüber hinausgehende Arbeitskräftebedarf durch Arbeitnehmerüberlassung gedeckt werden, um auf diese Weise zwar das Unternehmen anwachsen zu lassen, zugleich aber dem erstmaligen Eingreifen von Mitbestimmung, dem Übergang von der Drittelbeteiligung zum paritätisch besetzten Aufsichtsrat oder auch einer Vergrößerung des Aufsichtsrats auszuweichen. In diesem Sinne ist die Leiharbeit im Schrifttum auch ganz

¹⁰ Vgl. den Zwölften Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – AÜG, BT-Drucksache 18/673 vom 26.2.2014, S. 27 f.

¹¹ Vgl. Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.), Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, 2014; S. 6, abrufbar unter: <http://doku.iab.de/externe/2014/k140304r20.pdf>. Für September 2014 werden 881.000 Leiharbeiter gemeldet, abrufbar unter: http://www.personaldienstleister.de/fileadmin/user_upload/03_Branche/Zahlen/IW-Zeitarbeitsindex/BAP-Bericht_Welle_69.pdf.

¹² Siehe *Hay/Grüneberg*, NZA 2014, 814 ff.; *Köstler/Pütz*, EWiR 2014, 347 f.; *Künzel/Schmid*, NZA 2013, 300 ff.; *Lambrich/Reinhard*, NJW 2014, 2229 ff.; *Lunk*, NZG 2014, 778 ff.; *Mückl*, BB 2014, 1472.

¹³ LAG Hessen 11.4.2013 – 9 TaBV 308/12, ZIP 2013, 1740; Rechtsbeschwerde beim BAG anhängig unter dem Az. 7 ABR 42/13.

¹⁴ OLG Hamburg 31.1.2014 – 11 W 89/13, ZIP 2014, 680; Rechtsbeschwerde beim BGH anhängig unter dem Az. II ZB 7/14.

offen als Fluchtstrategie charakterisiert worden, mit der ein mitbestimmungsrechtlicher „Sicherheitsabstand“ zu den Schwellenwerten geschaffen werden könne.¹⁵ Kann man die Zahl der in das Unternehmen im Wege der Leiharbeit eingegliederten Beschäftigten aber tatsächlich ohne Folgen für die mitbestimmungsrechtlichen Schwellenwerte beliebig steigern oder müssen diese Arbeitnehmer richtigerweise miteinbezogen werden?

II. Verlauf und Stand der Diskussion

Die soeben angesprochene Diskrepanz von zivilgerichtlicher und arbeitsgerichtlicher Spruchpraxis wird transparenter, wenn man sich die verschiedenen Strömungen in Rechtsprechung und Literatur in zeitlicher Abfolge vor Augen führt. Da das MitbestG und das DrittelbG sowohl für den Arbeitnehmerbegriff (§ 3 Abs. 1 MitbestG, § 3 Abs. 1 DrittelbG) als auch für das aktive Wahlrecht (§§ 10 Abs. 2 S. 2, 18 S. 2 MitbestG, § 5 Abs. 2 S. 2 DrittelbG, §§ 8 Abs. 2 S. 2, 10 g S. 2 MontanMitbestErgG) auf das BetrVG verweisen, ist neben dem Mitbestimmungsrecht auch die Entwicklung im Betriebsverfassungsrecht in den Blick zu nehmen. Hinzu tritt das gesetzgeberische Handeln im Arbeitnehmerüberlassungsrecht.

Soweit es um den Schwellenwert des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG geht, kristallisierte sich in der Literatur schon kurz nach dem Inkrafttreten des Gesetzes im Jahr 1976¹⁶ als herrschende Ansicht heraus, dass für einen längeren Zeitraum überlassene Arbeitnehmer mitzuzählen seien.¹⁷ Genauer gesagt sollte es darauf ankommen, ob sie auf regelmäßig vorhandenen Arbeitsplätzen des Unternehmens beschäftigt werden.¹⁸ Dass es hierdurch gegebenenfalls zu einer Doppelzuordnung von Arbeitnehmern sowohl zum Verleiher als auch zum Entleiher kommen kann, wurde keineswegs übersehen, sondern ausdrücklich bejaht.¹⁹ Auch spätere repräsentative Stimmen hielten an dieser Sichtweise zumindest im Ergebnis fest.²⁰ Das Schrifttum

¹⁵ *Rieble*, BB 2006, 2018, 2019.

¹⁶ In seiner ursprünglichen Fassung verwies § 3 MitbestG nicht nur auf § 5 BetrVG, sondern auch auf den (im Jahr 2001 weggefallenen) § 6 BetrVG, aus dessen Wortlaut man noch etwas stärker auf die Maßgeblichkeit der tatsächlichen Beschäftigung schließen konnte; vgl. BAG 28.4.1964 – 1 ABR 1/64, AP BetrVG § 4 Nr. 3 (unter I 5) zu § 5 BetrVG 1952 (= § 6 BetrVG 1972). Im damaligen Schrifttum spielte dieses Detail soweit ersichtlich aber keine Rolle.

¹⁷ *Lutter*, ZGR 1977, 195, 205; im Erg. auch *Hanau*, in: Hanau/Ulmer, MitbestG, 1981, § 3 Rn. 22, bei einer längerdauernden (nichtgewerbsmäßigen) Eingliederung; a. A. *Meilicke/Meilicke*, MitbestG, 1976, § 3 Rn. 6.

¹⁸ *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, 1976, § 1 Rn. 21; *Lux*, BB 1977, 905; GK-MitbestG/*Matthes*, 1978, § 3 Rn. 24; *Säcker*, Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, 1978, Rn. 46; etwas enger offenbar *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, MitbestG, 1978, § 1 Rn. 30: Mitberücksichtigung, wenn besetzte Stellen Bestandteil des Personalplans sind.

¹⁹ *Lutter*, ZGR 1977, 195, 205.

²⁰ *Mertens*, in: Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., Stand: 1995, Anh. § 117 B § 3 MitbestG Rn. 9; *Ulmer*, FS Heinsius, 1991, S. 855, 872 (Analogie zu § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG); *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern, 1989, S. 513; *Zöllner*, FS Semler, 1993, S. 995, 1012.

zum MitbestG knüpfte damit in der Sache zum einen an eine ältere Entscheidung des BAG zum Vorläufer des DrittelbG (§ 77 Abs. 2 BetrVG 1952) an, in der ebenfalls nur auf die Anzahl der ständig besetzten Arbeitsplätze, nicht aber auf das Bestehen eines Arbeitsvertrags zwischen dem Unternehmen und den Beschäftigten abgestellt wurde, wobei das BAG ausdrücklich Leiharbeiter erwähnte.²¹ Zum anderen befand sich diese Auffassung im Einklang mit der ursprünglichen Judikatur zum BetrVG, die in Überlassungsfällen, in denen ein Beschäftigter in den Betrieb eines anderen Unternehmens tatsächlich eingegliedert war, ohne zu ihm in einer arbeitsvertraglichen Beziehung zu stehen, in der Sache eine doppelte Zuordnung annahm²². Zu einer gerichtlichen Bestätigung dieser Konzeption auch für das MitbestG ist es in der Folgezeit allerdings nicht gekommen. Umso bedeutsamer sind die Veränderungen, die im Arbeitnehmerüberlassungsrecht sowie im Betriebsverfassungsrecht eingetreten sind und die sich auf die Diskussion im Mitbestimmungsrecht ausgewirkt haben.

Insoweit ist zunächst die Einfügung von § 14 AÜG zum 1.1.1982 zu nennen, der die betriebsverfassungsrechtliche Stellung von Leiharbeitnehmern regelt und als Grundsatz deren Zuordnung zum Betrieb des Verleihers festschreibt, sie aber zugleich in gewissem Umfang auch dem Betrieb des Entleihers zuordnet. Inhaltlich entsprechen diese Bestimmungen im Wesentlichen dem seinerzeit erreichten Stand der Rechtsprechung des BAG, das sich schon in den 1970er Jahren in zwei grundlegenden Entscheidungen mit der Frage befasst hatte, welche Beteiligungsrechte dem beim Entleiher bestehenden Betriebsrat in Abgrenzung zu einem beim Verleiher existierenden Betriebsrat zustehen²³. Die gesetzliche Neuregelung in § 14 AÜG mit ihrer Entscheidung für eine prinzipielle Zuordnung des Leiharbeitnehmers zum Verleiher als Vertragsarbeitgeber wiederum veranlasste das BAG dazu, für das Betriebsverfassungsrecht im Jahr 1989 die so genannte „Zwei-Komponenten-Lehre“²⁴ zu entwickeln.²⁵ Danach setzt die betriebsverfassungsrechtliche Betriebszugehörigkeit das kumulative Vorliegen zweier Elemente voraus, nämlich erstens das Bestehen eines Arbeitsvertrags zum Betriebsinhaber und zweitens die tatsächliche Eingliederung in dessen Betriebsorganisation. Mit dieser Konzeption,

²¹ BAG 1.12.1961 – 1 ABR 15/60, AP BetrVG § 77 Nr. 1 (Bl. 2 R).

²² Vgl. BAG 11.4.1958 – 1 ABR 2/57, AP BetrVG § 6 Nr. 1; BAG 28.6.1964 – 1 ABR 1/64, AP BetrVG § 4 Nr. 3.

²³ BAG 14.5.1974 – 1 ABR 40/73, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 2; BAG 6.6.1978 – 1 ABR 66/75, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 6.

²⁴ Diese im Schrifttum entwickelte Umschreibung hat das BAG selbst soweit ersichtlich erst kurz vor der Verabschiedung der Lehre aufgegriffen; vgl. BAG 10.10.2012 – 7 ABR 53/11, AP BetrVG 1972 § 8 Nr. 15 (Rn. 18).

²⁵ BAG 18.1.1989 – 7 ABR 21/88, AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 1 = NZA 1989, 724.

die in den kommenden Jahren mehrfach bestätigt wurde,²⁶ war die Ausklammerung von Leiharbeitnehmern bei der Bestimmung der maßgeblichen Arbeitnehmerzahl für die Betriebsratsgröße gemäß § 9 BetrVG beim Entleiher vorgezeichnet.²⁷ Die mit der Betriebsverfassungsrechtsreform von 2001 vollzogene Entscheidung des Gesetzgebers, allen Leiharbeitnehmern, die länger als drei Monate im Betrieb des Entleihers eingesetzt werden, dort das aktive Wahlrecht gemäß § 7 S. 2 BetrVG zuzuerkennen, war für das BAG kein Grund, seine Sichtweise zur Betriebszugehörigkeit als Basis für die Berechnung von Schwellenwerten zu revidieren.²⁸ Vielmehr diene die Einführung (nur) des aktiven Wahlrechts dem BAG gerade als Argument für sein bisheriges Verständnis.

Die mit dem Schlagwort des „Mitwählen, aber nicht mitzählen“ umschriebene damalige und in der Folgezeit wiederholt bekräftigte Auffassung des BAG zum Betriebsverfassungsrecht,²⁹ die vom Schrifttum überwiegend geteilt wurde,³⁰ bereitete den Boden für einen Meinungsumschwung auch im Mitbestimmungsrecht. So schloss sich das OLG Düsseldorf in der soweit ersichtlich ersten einschlägigen Entscheidung zur Frage der mitbestimmungsrechtlichen Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern im Entleiherunternehmen aus dem Jahr 2004 der seinerzeitigen Konzeption des BAG an, wobei es neben spezifisch mitbestimmungsrechtlichen Überlegungen gerade auch die Rechtslage im Betriebsverfassungsrecht in die eigene Argumentation einbezog.³¹ Dasselbe gilt für die Entscheidung des OLG Hamburg von 2007, das den Gleichlauf von DrittelbG und BetrVG und die zu § 5 Abs. 1 BetrVG vom BAG entwickelte „Zwei-Komponenten-Lehre“ zum Ausgangspunkt seiner Begründung wählte, mit der es die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern für den Schwellenwert verneine.³²

Nun ist es in der Rechtsprechung des BAG zur Schwellenwertfrage im Betriebsverfassungsrecht mittlerweile bekanntlich zu einem grundlegenden Kurswechsel gekommen. Den Beginn der Neuorientierung markiert eine Entscheidung aus dem Jahr 2011 zum Schwellenwert gemäß § 111 S. 1 BetrVG („in Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigte

²⁶ BAG 29.1.1992 – 7 ABR 27/91, AP BetrVG 1972 § 7 Nr. 1 = NZA 1992, 894; BAG 25.11.1992 – 7 ABR 7/92, AP GesamthafenbetriebsG § 1 Nr. 8 = NZA 1993, 955; BAG 22.3.2000 – 7 ABR 34/98, AP AÜG § 14 Nr. 8 = NZA 2000, 1119.

²⁷ So bereits BAG 18.1.1989 – 7 ABR 21/88, AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 1 = NZA 1989, 724.

²⁸ BAG 16.4.2003 – 7 ABR 53/02, AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 7 = NZA 2003, 1345.

²⁹ BAG 22.10.2003 – 7 ABR 3/03, AP BetrVG 1972 § 38 Nr. 28 = NZA 2004, 1052; BAG 10.3.2004 – 7 ABR 49/03, AP BetrVG 1972 § 7 Nr. 8 = NZA 2004, 1340; BAG 20.4.2005 – 7 ABR 20/04, NZA 2005, 1006; BAG 17.2.2010 – 7 ABR 51/08, AP BetrVG 1972 § 8 Nr. 14 = NZA 2010, 832.

³⁰ Siehe etwa *Hanau*, ZIP 2001, 1981, 1982; *Konzen*, RdA 2001, 76, 83; *GK-BetrVG/Kreutz*, 7. Aufl., 2002, § 7 Rn. 74 f.; *Löwisch*, BB 2001, 1734, 1737; *Maschmann*, DB 2001, 2446, 2448; a. A. aber schon damals *Brors*, NZA 2003, 1380, 1381 f.; *Däubler*, AuR 2001, 285, 286; *Reichold*, NZA 2001, 857, 861; *DKK/Trümner*, BetrVG, 8. Aufl., 2002, § 5 Rn. 12 ff., 72 ff.; *Wlotzke*, FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 1149, 1157 ff.

³¹ OLG Düsseldorf 12.5.2004 – 19 W 2/04, AG 2004, 616.

³² OLG Hamburg 29.10.2007 – 11 W 27/07, DB 2007, 2762.

Arbeitnehmern“) als Voraussetzung für das Bestehen von Beteiligungsrechten des Betriebsrats bei Betriebsänderungen.³³ Aus dem konkreten Zweck des Schwellenwertes, kleinere Unternehmen vor einer finanziellen Überforderung durch Sozialpläne zu schützen, folgert das BAG, dass überlassene Arbeitnehmer bei der Feststellung der Belegschaftsstärke mitzuzählen seien, weil es für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens keinen Unterschied mache, ob es seinen Personalbedarf durch Stammkräfte oder durch Leiharbeiter decke. Mit einem Beschluss aus dem Jahr 2012 hat das BAG sodann die pauschale Maßgeblichkeit der „Zwei-Komponenten-Lehre“ im Betriebsverfassungsrecht verabschiedet. Statt dessen spricht sich das Gericht in den Fällen des drittbezogenen Personaleinsatzes für differenzierende Lösungen aus, die auf der einen Seite spezialgesetzliche Normen zu beachten, auf der anderen Seite aber auch die Funktion des Arbeitnehmerbegriffs im jeweiligen betriebsverfassungsrechtlichen Kontext angemessen zu berücksichtigen hätten.³⁴ Zur Begründung führt das BAG zum einen die Schwächen der bisherigen Sichtweise an, die bei einer strengen Anwendung zur Folge hätte, dass ein Arbeitnehmer bei einer „aufgespaltenen Arbeitgeberstellung“ weder dem Vertragsarbeitgeber (mangels Eingliederung) noch dem Betriebsarbeitgeber (mangels Arbeitsvertrag) zugeordnet werden könne. Zum anderen wird auf die zahlreichen spezialgesetzlichen Vorschriften innerhalb³⁵ und außerhalb des BetrVG³⁶ verwiesen, zu denen es im Laufe der Zeit gekommen ist und die dagegen sprechen, von einem vom jeweiligen normativen Umfeld losgelösten betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff auszugehen. Nachdem das BAG im Jahr 2013 in einem weiteren Urteil entschieden hat, dass Leiharbeiter auch bei der für die Anwendbarkeit des allgemeinen Kündigungsschutzes maßgeblichen Betriebsgröße gemäß § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG mitzuzählen sind,³⁷ setzte das Gericht nur kurze Zeit später einen vorläufigen Schlusspunkt, indem es sich für eine Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Betriebsratsgröße nach § 9 BetrVG aussprach³⁸. Als gemeinsamer Nenner dieser Entscheidungen des BAG lässt sich ausmachen, die Frage der Zurechnung von Beschäftigten beim Entleiher nicht mehr allein anhand einer abstrakten Begriffsbildung zu beantworten, sondern vermehrt auf den konkreten Normzweck des jeweiligen Schwellenwertes abzustellen.³⁹

³³ BAG 18.10.2011 – 1 AZR 335/10, AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 70 = NZA 2012, 221 = ZIP 2012, 540.

³⁴ BAG 5.12.2012 – 7 ABR 48/11, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 81 = NZA 2013, 793.

³⁵ §§ 5 Abs. 1 S. 3, 7 S. 2 BetrVG.

³⁶ Siehe die Auflistung in *Fitting*, BetrVG, 27. Aufl., 2014, § 1 Rn. 38-56e.

³⁷ BAG 24.1.2013 – 2 AZR 140/12, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 49 = NZA 2013, 726 = ZIP 2013, 1442.

³⁸ BAG 13.3.2013 – 7 ABR 69/11, AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 15 = NZA 2013, 789 = ZIP 2013, 1489.

³⁹ Ebenso (im Zusammenhang mit § 5 Abs. 1 S. 3 BetrVG) auch BAG 15.12.2011 – 7 ABR 65/10, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 77 = NZA 2012, 519 (Rn. 26).

In der arbeitsgerichtlichen Instanzrechtsprechung zu unternehmensmitbestimmungsrechtlichen Fragen ist der Kurswechsel des BAG umgehend aufgegriffen worden. So haben zunächst das ArbG Offenbach⁴⁰ und sodann das LAG Hessen⁴¹ den Abschied des BAG von der betriebsverfassungsrechtlichen „Zwei-Komponenten-Lehre“ zum Anlass genommen, für die Frage des Wahlverfahrens nach § 9 MitbestG (unmittelbare Wahl oder Delegiertenwahl) die Leiharbeitnehmer in die maßgebliche Arbeitnehmerzahl einzubeziehen, während das BAG diese Frage jüngst noch einmal offenlassen konnte⁴². Demgegenüber hat sich das OLG Hamburg von der konzeptionellen Neuorientierung des BAG nicht beeindruckt lassen und sieht keinen Anlass, an der einige Jahre zuvor auf der Grundlage der früheren Sichtweise des BAG entwickelten Ausklammerung von überlassenen Arbeitnehmern im Hinblick auf die Erreichung des für das Eingreifen bzw. das Ausmaß der Unternehmensmitbestimmung relevanten Schwellenwertes zu rütteln.⁴³

Das Schrifttum zeigt sich uneinig. Im Betriebsverfassungsrecht ist die Hinwendung des BAG zu einem normzweckorientierten Ansatz sowie insbesondere die Berücksichtigung von regelmäßig im Betrieb tätigen Leiharbeitnehmern bei der Bestimmung der Betriebsratsgröße sowohl auf Zustimmung⁴⁴ als auch auf Kritik⁴⁵ gestoßen. Im Mitbestimmungsrecht gibt es ebenfalls Befürworter⁴⁶ wie Gegner⁴⁷ einer Zurechnung. Allerdings muss dabei in Rechnung gestellt

⁴⁰ ArbG Offenbach 22.8.2012 – 10 BV 6/11, BeckRS 2012, 75531.

⁴¹ LAG Hessen 11.4.2013 – 9 TaBV 308/12, ZIP 2013, 1740.

⁴² Vgl. BAG 13.3.2013 – 7 ABR 47/11, NZA 2013, 853 = ZIP 2013, 1880 (Rn. 25).

⁴³ OLG Hamburg 31.1.2014 – 11 W 89/13, ZIP 2014, 680.

⁴⁴ *Fitting*, BetrVG, 27. Aufl., 2014, § 9 Rn. 25 ff.; *DKKW/Homburg*, BetrVG, 14. Aufl., 2014, § 9 Rn. 14 ff.; *ErfK/Koch*, 14. Aufl., 2014, § 5 BetrVG Rn. 4; *Linsenmaier/Kiel*, RdA 2014, 135, 141 ff.; *Reichold*, FS v. Hoyningen-Huene, 2014, S. 413, 421 ff.; für § 111 S. 1 BetrVG letztlich zustimmend auch *Haas/Hoppe*, NZA 2013, 294, 299: „der Sache nach ... konsequent“; für eine generelle Einordnung von Leiharbeitnehmern als Angehörige des Entleiherbetriebs *Hamann*, GS Wörlen, 2013, S. 519, 523 ff.; *DKKW/Trümner*, BetrVG, 14. Aufl., 2014, § 5 Rn. 13 ff., 81 ff.

⁴⁵ *Benecke*, FS Wank, 2014, S. 27, 34 f.; *GK-BetrVG/Kreutz/Jacobs*, 10. Aufl., 2014, § 7 Rn. 10; *GK-BetrVG/Raab*, 10. Aufl., 2014, § 5 Rn. 112 ff.; nicht ganz eindeutig *Richardl/Thüsing*, BetrVG, 14. Aufl., 2014, § 9 Rn. 7a; ebenso (jeweils zu § 111 S. 1 BetrVG) *Mosig*, NZA 2012, 1411, 1412 ff.; *Rieble*, NZA 2012, 485, 486 f.; *Tschöpe*, NJW 2012, 2161, 2162 ff.

⁴⁶ *Boemke*, in: *Boemke/Lembke*, AÜG, 3. Aufl., 2013, § 14 Rn. 65 (a. A. noch *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, 1999, S. 468 ff.); *Hay/Grüneberg*, NZA 2014, 814, 815 ff.; *WWKK/Kleinsorge*, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2011, § 1 DrittelbG Rn. 55 f.; *WWKK/Koberski*, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2011, § 1 MitbestG Rn. 35 (unter j); *Schaub/Koch*, Arbeitsrechts-Handbuch, 15. Aufl., 2013, § 260 Rn. 3; *Köstler/Müller/Sick*, Aufsichtsratspraxis, 10. Aufl., 2013, Rn. 155; *Köstler/Pütz*, EWIR 2014, 347 f.; *Mohr/Rehm*, BB 2009, 1806, 1807; *Raiser/Veil*, MitbestG und DrittelbG, 5. Aufl., 2009, § 3 MitbestG Rn. 11; *MünchArbR/Wißmann*, 3. Aufl., 2009, § 279 Rn. 5; bei Rechtsmissbrauch ebenfalls *Henssler*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl., 2013, § 3 MitbestG Rn. 37; *ders.*, ZfA 2000, 241, 246.

⁴⁷ *MünchKommAktG/Gach*, 4. Aufl., 2014, § 1 MitbestG Rn. 20, § 3 MitbestG Rn. 20; *Kolbe*, Mitbestimmung und Demokratieprinzip, 2013, S. 259 ff.; *Künzel/Schmid*, NZA 2013, 300, 301 ff.; *Lambrich/Reinhard*, NJW 2014, 2229, 2230 ff.; *Lenze*, Folgen von Unternehmens- und Konzernveränderungen für die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat, 2005, S. 69 ff.; *Lunk*, NZG 2014, 778, 779; *ErfK/Oetker*, 14. Aufl., 2014, § 1 DrittelbG Rn. 27, § 3 MitbestG Rn. 2; *HWK/Seibt*, 6. Aufl., 2014, § 3 DrittelbG Rn. 2.

werden, dass ein nicht unerheblicher Teil derjenigen Stellungnahmen, die eine Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern verneint, die ältere betriebsverfassungsrechtliche Konzeption des BAG im Mitbestimmungsrecht schlicht nachzeichnet,⁴⁸ also keine die neueren Entwicklungen reflektierende Position entwickeln konnte.

III. Grundsätzliche Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern

Die Entscheidung der Frage, ob Leiharbeitnehmer im Unternehmen des Entleihers trotz des Fehlens eines Arbeitsvertrags für das Erreichen des Schwellenwertes gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG zu berücksichtigen sind, hängt davon ab, wie die Wendung „in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen“ zu verstehen ist. Im Kern geht es darum, ob es hierfür eines rechtlichen Bandes in Gestalt eines Arbeitsvertrags mit dem Unternehmensträger bedarf oder ob es genügt, dass der Arbeitnehmer in die betrieblichen Strukturen des Entleihers tatsächlich eingegliedert ist und dabei dessen Direktionsrecht unterliegt.⁴⁹

1. Wortlautargumente

Im Hinblick auf den Wortlaut der Vorschrift, der gemeinhin den Ausgangspunkt der Auslegung bildet, ist zunächst festzuhalten, dass zwischen den beiden Elementen „in der Regel“ und „Arbeitnehmer beschäftigen“ zu trennen ist. Erst wenn in einem ersten Schritt geklärt ist, welche Personen überhaupt zu den beschäftigten Arbeitnehmern gehören, kann in einem zweiten Schritt der Frage nachgegangen werden, ob es sich um Arbeitnehmer handelt, die regelmäßig beschäftigt werden. Wenn im Schrifttum gegen die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern zuweilen ins Feld geführt wird, dass diese nach der Neufassung des Arbeitnehmerüberlassungsrechts im Jahr 2011 nach § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG nur noch „vorübergehend“ überlassen werden,⁵⁰ ist dies jedenfalls kein tragfähiges Argument gegen die vorrangig zu prüfende Eigenschaft als Arbeitnehmer im Sinne des MitbestG.

⁴⁸ Z. B. (jeweils zum DrittelbG) *Deilmann*, NZG 2005, 659, 660; *Huke/Prinz*, BB 2004, 2633, 2635.

⁴⁹ Der Sonderfall, dass aufgrund des Fehlens einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher gemäß § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zustande kommt, soll im Folgenden nicht weiter behandelt werden, weil in diesen ohnehin nur seltenen Gestaltungen der Beschäftigte unstreitig mitzuzählen ist; siehe nur *Oetker*, in: *GroßkommAktG*, 4. Aufl., 1999, § 3 MitbestG Rn. 11; *MünchArbR/Wißmann*, 3. Aufl., 2009, § 279 Rn. 5.

⁵⁰ *Künzel/Schmid*, NZA 2013, 300, 301.

a) Verweisung auf § 5 Abs. 1 BetrVG

Die Arbeitnehmereigenschaft als solche wird im MitbestG nicht definiert. Vielmehr verweist § 3 Abs. 1 S. 1 MitbestG grundsätzlich auf die in § 5 Abs. 1 BetrVG bezeichneten Personen.⁵¹ Insoweit kann man in einem gewissen Sinne von einer Legaldefinition sprechen, wie es das BAG im Hinblick auf die Regelung in § 3 Abs. 3 Nr. 2 MitbestG a. F. für den früher stark umstrittenen Begriff der leitenden Angestellten getan hat⁵². Allerdings enthält § 5 Abs. 1 BetrVG ebenfalls keine gesetzestextliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs, sondern setzt die tradierte Begriffsbildung voraus⁵³. Danach ist Arbeitnehmer derjenige, der auf der Grundlage eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Vertragsarbeitgeber Leistung von unselbstständiger (weisungsgebundener, persönlich abhängiger) Arbeit verpflichtet ist.⁵⁴ Hält man sich streng an diese Begriffsbildung, trifft sie offenkundig auf Leiharbeiter zu. Der Leiharbeiter ist auf der Grundlage eines privatrechtlichen Vertrags tätig. Auch steht er im Dienst eines anderen und ist dazu verpflichtet, Arbeiten nach Weisung durchzuführen. Die Besonderheit bei der Leiharbeit betrifft ersichtlich nicht die Arbeitnehmereigenschaft als solche, sondern den Umstand, dass die Arbeitgeberstellung „aufgespalten“ ist und der Arbeitsvertrag mit dem Verleiher, die Weisungsunterworfenheit (für die Dauer der Überlassung) dagegen im Verhältnis zum Entleiher besteht. Wenn aus § 3 Abs. 1 S. 1 MitbestG i. V. m. § 5 Abs. 1 BetrVG mehr herausgelesen und das Bestehen eines Arbeitsvertrags gerade zum Unternehmensinhaber verlangt wird, bedeutet dies nichts anderes als die Fortschreibung der „Zwei-Komponenten-Lehre“, die vom BAG als allgemeingültige Basis für die Lösung konkreter Zuordnungsprobleme in den Fällen eines drittbezogenen Personaleinsatzes gerade aufgegeben worden ist⁵⁵.

Der Wortlaut von § 3 Abs. 1 S. 1 MitbestG spricht sogar eher gegen die strikte Notwendigkeit einer arbeitsvertraglichen Beziehung zum Unternehmensinhaber als Voraussetzung für die Erfüllung der mitbestimmungsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft. Da § 3 Abs. 1 S. 1 MitbestG auf den gesamten § 5 Abs. 1 BetrVG verweist, nimmt er nämlich auch § 5 Abs. 1 S. 3 BetrVG und damit die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes in Bezug, die aufgrund einer Gestellung in privatrechtlich organisierten Unternehmen tätig sind. Schon der Wortlaut der Regelung bezieht damit Personen in den mitbestimmungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ein, die in keinem Vertragsverhältnis zum Unternehmensträger stehen bzw. die noch nicht einmal überhaupt auf der Grundlage eines privaten Vertrags abhängige Dienste leisten. Zwar handelt

⁵¹ Die besondere Stellung der leitenden Angestellten bedarf hier keiner Erörterung.

⁵² BAG 29.1.1980 – 1 ABR 45/79, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 22 (unter B III 2 a).

⁵³ Vgl. BT-Drucksache 14/5741 vom 2.4.2001, S. 35.

⁵⁴ Siehe nur aus jüngerer Zeit BAG 25.9.2013 – 10 AZR 499/11, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 126 = NZA 2013, 1348 (Rn. 16); *Fitting*, BetrVG, 27. Aufl., 2014, § 5 Rn. 15 jeweils m. w. N.

⁵⁵ Siehe oben sub II mit Fn. 34.

es sich in den Fällen des § 5 Abs. 1 S. 3 BetrVG um eine strukturelle Sondersituation, die als solche nicht auf die Arbeitnehmerüberlassung übertragen werden kann.⁵⁶ Dennoch ist es vor diesem Hintergrund eine *petitio principii*, wenn pauschal argumentiert wird, dass eine Person stets nur im Verhältnis zu ihrem Arbeitgeber die Eigenschaft als Arbeitnehmer aufweisen kann und Leiharbeiter bereits aus diesem Grunde nicht als Arbeitnehmer des Unternehmens im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG bezeichnet werden können,⁵⁷ besteht die Frage doch gerade darin, ob auch solche Personen zum Kreis der zu berücksichtigenden Arbeitnehmer gehören, die unzweifelhaft abhängige Arbeit nach Weisung des Inhabers leisten und in dessen Betrieb eingegliedert sind, dies aber nicht auf der Grundlage eines gerade mit dem Unternehmensinhaber bestehenden privaten Vertrags tun. Der reine Wortlaut von § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG sowie von § 3 Abs. 1 S. 1 MitbestG i. V. m. § 5 Abs. 1 BetrVG spricht daher bei unbefangener Betrachtung keineswegs für die Notwendigkeit eines privatrechtlichen Vertrags zwischen dem abhängig Beschäftigten und dem Unternehmensträger als unabdingbares Erfordernis für die mitbestimmungsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft, sondern deutet eher in die umgekehrte Richtung.

b) „Beschäftigung“ von Arbeitnehmern

Zu berücksichtigen ist weiter, dass § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG auf die im Unternehmen „beschäftigten“ Arbeitnehmer abstellt und nicht etwa von mehr als 2.000 bei einem Unternehmensträger „angestellten“ Arbeitnehmern als Voraussetzung für die Erfüllung des Schwellenwertes spricht.⁵⁸ Insoweit hat schon *Ulmer* zutreffend hervorgehoben, dass diesem Tatbestandsmerkmal eine eigenständige Bedeutung zuzusprechen ist und es nicht lediglich als Synonym für den Arbeitnehmerbegriff angesehen werden sollte.⁵⁹ Es kann daher nicht überzeugen, wenn das OLG Hamburg diesem Teil des Gesetzeswortlauts keine Beachtung geschenkt hat.⁶⁰ Ähnlich wie beim Merkmal „tätig sind“ in § 5 Abs. 1 S. 3 BetrVG⁶¹ deutet „beschäftigen“ auf ein tatsächliches Tätigwerden hin.⁶² So versteht man unter der Beschäftigung eines anderen im Allgemeinen eine Situation, in der eine Person einer anderen Person Arbeit tatsächlich

⁵⁶ Zur Unterscheidung siehe BAG 15.12.2011 – 7 ABR 65/10, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 77 = NZA 2012, 519 (Rn. 30); BAG 15.8.2012 – 7 ABR 34/11, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 79 = NZA 2013, 107 (Rn. 30).

⁵⁷ *Lambrich/Reinhard*, NJW 2014, 2229, 2230.

⁵⁸ Siehe auch § 1 Abs. 2 MontanMitbestG: „mehr als eintausend Arbeitnehmer beschäftigen“.

⁵⁹ *Ulmer*, FS Heinsius, 1991, S. 855, 857 f., 864 ff.; in diesem Sinne bereits *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, 1976, § 1 Rn. 21.

⁶⁰ OLG Hamburg 31.1.2014 – 11 W 89/13, ZIP 2014, 680.

⁶¹ Vgl. BAG 15.8.2012 – 7 ABR 34/11, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 79 = NZA 2013, 107 (Rn. 35); BAG 12.9.2012 – 7 ABR 37/11, AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 14 = NZA-RR 2013, 197 (Rn. 21).

⁶² Insoweit auch (allerdings als zusätzliche Voraussetzung neben einem Arbeitsvertrag) *MünchKomm-AktG/Gach*, 4. Aufl., 2014, § 1 MitbestG Rn. 19, *Lambrich/Reinhard*, NJW 2014, 2229, 2232.

zuweist,⁶³ auch wenn ein Verständnis im Sinne einer bloßen Anstellung nicht gänzlich ausgeschlossen ist⁶⁴. Nun stellt die natürliche Sprache keinen der Rechtsfindung vorgelagerten archimedischen Punkt dar, an dem die Gesetzesinterpretation eindeutig angeknüpft werden kann.⁶⁵ Gleichwohl kann man ohne semantische Verrenkungen davon sprechen, dass die in einem Unternehmen eingesetzten Leiharbeitnehmer von diesem Unternehmen „beschäftigt“ werden. Eine Interpretation im Sinne eines tatsächlichen Vorgangs liegt zudem gerade in arbeitsrechtlichen Zusammenhängen umso näher, als man im Arbeitsvertragsrecht schon seit Jahrzehnten zwischen dem Bestehen einer arbeitsvertraglichen Beziehung und der tatsächlichen Beschäftigung des Arbeitnehmers unterscheidet.⁶⁶ Wenn das BAG in einer Entscheidung zum betriebsverfassungsrechtlichen Begriff des Arbeitnehmers gemäß §§ 4 und 5 BetrVG 1952 einen Schritt weitergegangen ist und sogar gemeint hat, dass das Gesetz „seinem eindeutigen Wortlaut nach“ auf die Tätigkeit als solche und nicht auf deren Rechtsgrundlage⁶⁷ abstelle,⁶⁸ ist dies heutzutage zwar nur noch eingeschränkt aussagekräftig, weil § 5 BetrVG 1952 für die Begriffe „Arbeiter“ und „Angestellter“ noch ausdrücklich auf die Ausübung einer Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts Bezug nahm. Unmittelbar einschlägig ist dagegen ein Beschluss des BAG zur Drittelbeteiligung nach dem BetrVG von 1952, in dem eine vergleichbare Gesetzesformulierung in § 76 Abs. 6 S. 1 BetrVG 1952 („weniger als fünfhundert Arbeitnehmer beschäftigen“) explizit in dem Sinne ausgelegt wurde, dass es hierfür nicht auf vertragliche Beziehungen zwischen dem Unternehmen und den einzelnen Arbeitnehmern ankomme, sondern lediglich auf die Anzahl der ständig besetzten Arbeitsplätze insbesondere auch unter Einschluss der Leiharbeitnehmer.⁶⁹ Unterstrichen wird dieser normtextliche Befund durch einen Seitenblick auf § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG, der für den kündigungsschutzrechtlichen Schwellenwert auf „Arbeitnehmer“ abstellt, die in Betrieben „beschäftigt werden“. Insoweit hat das BAG zutreffend ausgeführt, dass diese Formulierung ohne weiteres ein Verständnis deckt, nach dem die Eingliederung in einen Betrieb auch unabhängig vom Bestehen

⁶³ Vgl. *Grimm.*, Deutsches Wörterbuch, Erster Band, 1854, Nachdruck 2003, Spalte 1544: „einem ... zu schaffen geben“.

⁶⁴ Vgl. *Duden*, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache in zehn Bänden, 3. Aufl., 1999, Bd. 2, S. 544 f. (unter 3 a).

⁶⁵ Dazu eindringlich *Pötters/Christensen*, JZ 2011, 387, 389 ff.

⁶⁶ Siehe nur BAG (GS) 27.2.1985 – GS 1/84, AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14 = NZA 1985, 702 = ZIP 1985, 1214.

⁶⁷ Konkret ging es um den Status als Beamter.

⁶⁸ BAG 28.4.1964 – 1 ABR 1/64, AP BetrVG § 4 Nr. 3 (unter I 5).

⁶⁹ BAG 1.12.1961 – 1 ABR 15/60, AP BetrVG § 77 Nr. 1 (Bl. 2 R) mit insoweit aber kritischer Anmerkung von *Kötter*.

eines Arbeitsverhältnisses zum Betriebsinhaber genügt, wodurch Leiharbeitnehmer einbezogen wären.⁷⁰ Freilich hat das BAG auch erklärt, dass eine Beschränkung auf „eigene“ Arbeitnehmer des Betriebsinhabers mit dem Wortlaut von § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG durchaus vereinbar ist.

c) Keine Überbewertung der unterschiedlichen Wortwahl

Nun finden sich im Mitbestimmungsgesetz an anderer Stelle Umschreibungen, in denen im Zusammenhang mit den Arbeitnehmern des Unternehmens nicht zusätzlich auf deren „Beschäftigung“ abgestellt wird. Dies gilt insbesondere für die Schwellenwerte, von denen die Größe des Aufsichtsrats (§ 7 Abs. 1 MitbestG) sowie die Entscheidung über das Wahlverfahren (§ 9 MitbestG) abhängt. Sofern man nicht für eine unterschiedliche Interpretation des Arbeitnehmerbegriffs im Hinblick auf die Schwellenwerte für das grundsätzliche Eingreifen der paritätischen Mitbestimmung einerseits und die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder andererseits plädiert, die systematisch freilich wenig überzeugend wäre,⁷¹ könnte man bei einer textvergleichenden Analyse auf den ersten Blick folgern, dass es für die Arbeitnehmereigenschaft weniger auf die „Beschäftigung“ im Sinne eines tatsächlichen Geschehens als vielmehr auf die Existenz eines rechtlichen Bandes mit dem Unternehmensinhaber in Gestalt eines Arbeitsvertrags ankommen soll. Dies gilt erst recht, wenn man sich vor Augen hält, dass das DrittelbG durchgängig nur von Unternehmen „mit ... Arbeitnehmern“ spricht, ohne dabei zusätzlich den Terminus „beschäftigt“ zu verwenden.

Hierdurch würde die unterschiedliche Wortwahl⁷² aber überbewertet.⁷³ So ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das BAG in seiner soeben erwähnten Entscheidung zur Drittelbeteiligung nach dem BetrVG 1952 eine vergleichbare textliche Diskrepanz zwischen § 76 Abs. 6 S. 1 BetrVG 1952, der von beschäftigten Arbeitnehmern gesprochen hat, und § 77 Abs. 2 BetrVG 1952, wo schlicht nur von Arbeitnehmern die Rede war, auf rein sprachliche Gründe zurückgeführt hat, die keinen Schluss auf einen unterschiedlichen normativen Gehalt zuließen.⁷⁴ Weiter hat das BAG zur Wendung „Arbeitnehmer des Unternehmens“ im Sinne von § 5 Abs. 2 S. 1 DrittelbG erst kürzlich ausgeführt, dass hiermit auch eine Zugehörigkeit ausgedrückt werden

⁷⁰ BAG 24.1.2013 – 2 AZR 140/12, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 49 = NZA 2013, 726 = ZIP 2013, 1442 (Rn. 13); zur Unternehmensmitbestimmung a. A. *Künzel/Schmid*, NZA 2013, 300, 301 f., die sich freilich insoweit im Wesentlichen darauf beschränken, einen „eindeutigen Wortlaut“ zu beschwören (und zudem das ArbG Offenbach 22.8.2012 – 10 BV 6/11, BeckRS 2012, 75531, nicht ganz zutreffend zu zitieren); gleichsinnig *Lunk*, NZG 2014, 778, 779.

⁷¹ Ebenso *Hay/Grüneberg*, NZA 2014, 814, 819.

⁷² *Hay/Grüneberg*, NZA 2014, 814, 819, führen sie auf das schlichte Fehlen eines Relativsatzes zurück.

⁷³ Insoweit auch *Lambrich/Reinhard*, NJW 2014, 2229, 2232.

⁷⁴ BAG 1.12.1961 – 1 ABR 15/60, AP BetrVG § 77 Nr. 1.

kann, die nicht auf einem Arbeitsvertrag aufbaut.⁷⁵ Darüber hinaus bleibt es auch bei denjenigen Vorschriften des Mitbestimmungsrechts, in denen nur schlicht von den Arbeitnehmern des Unternehmens die Rede ist, dabei, dass sich der Arbeitnehmerbegriff vorrangig nach § 3 Abs. 1 S. 1 MitbestG i. V. m. § 5 Abs. 1 BetrVG bemisst. Wenn nun aber die in Bezug genommene Norm des Betriebsverfassungsrechts auch solche Personen definitiv als Arbeitnehmer bezeichnet, die keinen Arbeitsvertrag mit dem Betriebsinhaber geschlossen haben, kann für das Mitbestimmungsrecht keine strengere Sichtweise postuliert werden. Ferner sollte nicht übersehen werden, dass Leiharbeiter zwar keinen Arbeitsvertrag mit dem entleihenden Unternehmen geschlossen haben, aber gleichwohl in vielfältigen rechtlichen Beziehungen zum Entleiher stehen⁷⁶ und vor allem dessen Weisungsrecht unterliegen.⁷⁷ Nicht umsonst spricht der EuGH in diesem Kontext vom „nichtvertraglichen Arbeitgeber“.⁷⁸ Allerdings ist zuzugeben, dass eine reine Wortlautinterpretation das Erfordernis einer arbeitsvertraglichen Beziehung gerade zum Unternehmen außerhalb der speziellen Konstellationen des in Bezug genommenen § 5 Abs. 1 S. 3 BetrVG nicht definitiv ausschließt. Auch wenn der normtextliche Gehalt von § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG und § 3 Abs. 1 S. 1 MitbestG i. V. m. § 5 Abs. 1 BetrVG in der Zurechnungsfrage gewichtige Anhaltspunkte für ein weiteres Verständnis erkennen lässt, sperrt er sich doch nicht gegen eine engere Sichtweise.

2. Systematische Argumente

a) Bedeutung der Zuerkennung des aktiven Wahlrechts

In gesetzessystematischer Hinsicht steht zunächst die sich bereits unmittelbar aus dem Mitbestimmungsgesetz ergebende Frage im Vordergrund, welche Folgen aus der Zuerkennung des aktiven Wahlrechts an Leiharbeiter, die länger als drei Monate im Entleiherunternehmen eingesetzt werden (§§ 10 Abs. 2 S. 2, 18 S. 2 MitbestG jeweils i. V. m. § 7 S. 2 BetrVG), zu ziehen sind. In seiner früheren Judikatur zum Betriebsverfassungsrecht hatte das BAG aus § 7 S. 2 BetrVG einen Umkehrschluss abgeleitet. Wenn § 7 BetrVG im Hinblick auf das aktive Wahlrecht zwischen Arbeitnehmern des Betriebs (Satz 1) und überlassenen Arbeitnehmern eines anderen Arbeitgebers (Satz 2) unterscheidet, ergebe sich daraus, dass die überlassenen

⁷⁵ BAG 13.3.2013 – 7 ABR 47/11, NZA 2013, 853 = ZIP 2013, 1880 (Rn. 28).

⁷⁶ Vgl. *Däubler*, FS Buchner, 2009, S. 163, 170 ff., der insoweit von einem „partiellen Arbeitsverhältnis“ spricht.

⁷⁷ Zur rechtsdogmatischen Einordnung der Arbeitnehmerüberlassung als echter Vertrag zugunsten Dritter siehe nur *ErfK/Wank*, 14. Aufl., 2014, AÜG Einl. Rn. 33 m. w. N.

⁷⁸ EuGH 21.10.2010 – C-242/09, Slg. 2010, I-10309 = AP Richtlinie 2001/23/EG Nr. 7 = NZA 2010, 1225 = ZIP 2010, 2170 (Rn. 20) – Albron Catering.

Arbeitnehmer gerade keine Arbeitnehmer des Betriebs seien.⁷⁹ Konsequenterweise sollte bereits dieser Umstand dagegen sprechen, Leiharbeiter bei der Bestimmung der Betriebsratsgröße gemäß § 9 S. 1 BetrVG zu berücksichtigen. Eine damit vergleichbare Argumentation ist auch für § 10 Abs. 2 S. 1 und 2 sowie § 18 S. 1 und 2 MitbestG, die ebenfalls jeweils zwei Fallgruppen vorsehen, nicht von vornherein unplausibel. In seiner neueren Rechtsprechung hat das BAG diese Sichtweise indes aufgegeben bzw. modifiziert. Danach spreche der systematische Zusammenhang von § 9 S. 1 und § 7 S. 2 BetrVG gerade umgekehrt für eine Berücksichtigung von überlassenen Arbeitnehmern. Nun ist diese Neubewertung dem BAG dadurch erleichtert worden, dass § 9 S. 1 BetrVG in Betrieben mit bis zu 51 Arbeitnehmern auf „wahlberechtigte Arbeitnehmer“ abstellt und § 7 S. 2 BetrVG Leiharbeitnehmern im Fall einer Mindestüberlassungszeit von mehr als drei Monaten ausdrücklich das aktive Wahlrecht zubilligt. Demgegenüber ist in § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG nur von Arbeitnehmern, nicht aber von „wahlberechtigten Arbeitnehmern“ die Rede. Daher ließe sich prima facie argumentieren, dass Leiharbeiter bei der Bestimmung des allgemeinen Schwellenwertes gerade nicht einzu beziehen seien.⁸⁰

Eine solche Sichtweise würde aber im Hinblick auf die Frage, ob eine unmittelbare Wahl oder eine Delegiertenwahl vorzunehmen ist, zu Friktionen führen. Wenn man nämlich zwischen einem kleineren Kreis von Arbeitnehmern und einem größeren Kreis von wahlberechtigten Arbeitnehmern unterscheiden würde, wie es der Lesart von der Ausklammerung der überlassenen Arbeitnehmer entspricht, hätte dies zur Folge, dass die Leiharbeiter gemäß § 9 Abs. 1 bzw. 2 MitbestG über den Wahlmodus mitentscheiden könnten, obwohl sie bei der Frage, welcher Wahlmodus mangels eines entsprechenden Beschlusses zur Anwendung kommt, nicht mitzählen würden.⁸¹ Insoweit stimmt es also nicht ganz, wenn *Künzel/Schmid* eine scharfe Abgrenzung zwischen den allgemeinen Voraussetzungen der Unternehmensmitbestimmung sowie der abstrakten Wahlgrundsätze (§§ 1 bis 9 MitbestG = „Tatbestand“) einerseits und der konkreten Durchführung der Wahl andererseits (§§ 10 ff. MitbestG = „Rechtsfolge“) vornehmen wollen und jeden Einfluss der „Rechtsfolgenseite“ auf die „Tatbestandsseite“ als künstlich konstruiert ablehnen,⁸² weil die Unstimmigkeit bereits in § 9 MitbestG (und damit im „Tatbestand“) zum Vorschein tritt. Seine Ursache findet dieser Bruch nicht anders als im Betriebsverfassungsrecht letztlich darin, dass der Begriff des Arbeitnehmers an sich als

⁷⁹ BAG 16.4.2003 – 7 ABR 53/02, AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 7 = NZA 2003, 1345 (unter II 1 a bb); ebenso BAG 10.3.2004 – 7 ABR 49/03, AP BetrVG 1972 § 7 Nr. 8 = NZA 2004, 1340 (unter B I 1 a bb).

⁸⁰ So *Künzel/Schmid*, NZA 2013, 300, 302.

⁸¹ Vgl. ArbG Offenbach 22.8.2012 – 10 BV 6/11, BeckRS 2012, 75531 (Rn. 25).

⁸² *Künzel/Schmid*, NZA 2013, 300, 302; zust. *Lunk*, NZG 2014, 778, 779.

Basisgröße gedacht ist und sowohl an das aktive als auch an das passive Wahlrecht zusätzliche Anforderungen⁸³ gestellt werden.⁸⁴ Dieses Regelungskonzept harmoniert nicht mit der Vorstellung, dass bestimmte Beschäftigte „an sich“ nicht Arbeitnehmer sind, ihnen aber trotzdem ein Wahlrecht zustehen soll. Für die Frage der Betriebsratsgröße löst das BAG diesen Konflikt dahin auf, dass die kraft legislativer Anordnung wahlberechtigten Leiharbeiter letztlich auch insoweit als Arbeitnehmer angesehen werden, als § 9 S. 1 BetrVG nicht mehr von „wahlberechtigten Arbeitnehmern“, sondern – in Betrieben mit mehr als 51 wahlberechtigten Arbeitnehmern – schlicht von Arbeitnehmern spricht. Dieser Ansatz lässt sich auch auf das Mitbestimmungsrecht übertragen, obgleich nicht zu verkennen ist, dass er im Vergleich zum Betriebsverfassungsrecht schwächer ausgeprägt ist, weil für die Schwellenwertberechnung weder in § 1 Abs. 1 Nr. 2 noch in § 7 Abs. 1 S. 1 MitbestG von „wahlberechtigten Arbeitnehmern“ die Rede ist. Entsprechendes gilt für das DrittelbG.

Betrachtet man die in der Diskussion teilweise herangezogenen Wahlordnungen zum Mitbestimmungsrecht⁸⁵ näher, zeigt sich ein ähnlich disparates Bild. Auf der einen Seite findet sich in den Wahlordnungen vielfach eine Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern und wahlberechtigten Arbeitnehmern.⁸⁶ Auf der anderen Seite wird gerade bei den Regelungen zur Abstimmung über die Art der Wahl über den Wortlaut von § 9 MitbestG hinaus ausdrücklich von Arbeitnehmern gesprochen, die in den Unternehmen beschäftigt sind.⁸⁷ Insoweit ist nochmals daran zu erinnern, dass sich aus der Umschreibung „beschäftigt“ gerade nicht auf das Erfordernis eines Arbeitsverhältnisses zum Unternehmen schließen lässt. Aus den Wahlordnungen lassen sich daher keine weiteren Argumente⁸⁸ gewinnen, so dass offen bleiben kann, ob die Wahlordnungen überhaupt die Kraft haben, die Interpretation des Mitbestimmungsgesetzes verbindlich zu beeinflussen.

b) Keine Überinterpretation von § 14 AÜG

Als weiterer Anknüpfungspunkt für systematische Überlegungen kommt das Arbeitnehmerüberlassungsrecht in Betracht. So schließt § 14 Abs. 2 S. 1 AÜG die Wahl von Leiharbeiter-

⁸³ Vgl. §§ 7 S. 1, 8 BetrVG.

⁸⁴ Siehe GK-BetrVG/Raab, 10. Aufl., 2014, § 5 Rn. 114.

⁸⁵ Vgl. ArbG Offenbach 22.8.2012 – 10 BV 6/11, BeckRS 2012, 75531 (Rn. 24); Hay/Grüneberg, NZA 2014, 814, 819; Künzel/Schmid, NZA 2013, 300, 301 f.

⁸⁶ Vgl. etwa § 8 Abs. 1 S. 1 3. WOMitbestG.

⁸⁷ Siehe nur § 13 Abs. 1 S. 1 3. WOMitbestG.

⁸⁸ Ob es sich insoweit um ein systematisches Argument oder um ein semantisches Argument handeln würde, sei hier dahingestellt; zur Unterscheidung siehe Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl., 1991, S. 289, 295.

mern in den Aufsichtsrat im Entleiherunternehmen ausdrücklich aus. Das BAG hat diese Vorschrift ursprünglich als einen Beleg *gegen* die betriebsverfassungsrechtliche Betriebszugehörigkeit von überlassenen Arbeitnehmern gedeutet, also einen Umkehrschluss gezogen.⁸⁹ Zwingend ist eine solche Interpretation indes nicht. Vielmehr kann man den ausdrücklichen Ausschluss des passiven Wahlrechts durchaus als Anzeichen dafür werten, dass Leiharbeiternehmer an sich in die Unternehmensmitbestimmung einbezogen sind, weil die Regelung ansonsten nicht erforderlich gewesen wäre.⁹⁰ Die Austauschbarkeit dieser Erwägungen verdeutlicht, dass man § 14 Abs. 2 S. 1 AÜG nicht überinterpretieren darf. Die Bestimmung lässt weder in die eine noch in die andere Richtung ein umfassendes Regelungskonzept über die mitbestimmungsrechtliche Stellung von überlassenen Arbeitnehmern insbesondere im Hinblick auf die Berücksichtigung bei Schwellenwerten erkennen. Vergleichbares gilt für § 14 Abs. 1 AÜG, der festschreibt, dass Leiharbeiternehmer auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des Verleiherbetriebs bleiben. In systematischer Hinsicht trifft die Norm eine Aussage über die fortbestehende Betriebszugehörigkeit des Leiharbeitnehmers auch in Zeiten der Überlassung, äußert sich bei einer unbefangenen Betrachtungsweise aber nicht zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der überlassene Arbeitnehmer kumulativ dem Unternehmen des Entleihers zuzuordnen ist. Wenn die neuere Judikatur des BAG zum Betriebsverfassungsrecht herausstellt, dass den Vorschriften des AÜG gesetzssystematisch keine über ihren Regelungsgehalt hinausgehende Aussage entnommen werden kann⁹¹ und damit in der Sache an eine zwischenzeitlich offenbar in Vergessenheit geratene Aussage⁹² anknüpft, trifft dies auch für den Bereich der Unternehmensmitbestimmung zu. Entsprechendes gilt für die Sondernormen, nach denen Beamte und Arbeitnehmer, die privatisierten Unternehmen zugewiesen sind, für die Aufsichtsratsmitbestimmung als deren Arbeitnehmer gelten und als solche aktiv und passiv wahlberechtigt sind.⁹³ Auch insoweit muss es bei dem Befund bleiben, dass der Gesetzgeber für die Fälle des Fremdfirmeneinsatzes kein übergreifendes Konzept entwickelt hat, das einfache Umkehrschlüsse erlaubt. Stattdessen

⁸⁹ BAG 18.1.1989 – 7 ABR 21/88, AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 1 = NZA 1989, 724.

⁹⁰ Vgl. (zum Betriebsverfassungsrecht) *Hamann*, GS Wörlen, 2013, S. 519, 526.

⁹¹ BAG 5.12.2012 – 7 ABR 48/11, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 81 = NZA 2013, 793 (Rn. 22); BAG 13.3.2013 – 7 ABR 69/11, AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 15 = NZA 2013, 789 (Rn. 26).

⁹² BAG 15.12.1992 – 1 ABR 38/92, AP AÜG § 7 Nr. 14 = NZA 1993, 513 (unter B II).

⁹³ Zu nennen sind etwa § 5 Abs. 1 Bundeswertpapierverwaltungsgesetz (BWpVerwPG), BGBl. 2006 I, S. 1466, und § 5 Abs. 1 Gesetz über das Personal der Bundesagentur für Außenwirtschaft (BfAIPG), BGBl. 2008 I, S. 2370.

sind nur verstreute Einzelregelungen geschaffen worden, so dass es Aufgabe der Rechtsprechung ist, für ein konsistentes⁹⁴ bzw. kohärentes⁹⁵ Gesamtbild zu sorgen. Letztlich verstößt der häufig erstaunlich leichthändig unternommene Versuch, insbesondere aus § 14 Abs. 1 AÜG ein *argumentum e contrario* zu gewinnen,⁹⁶ gegen allgemein anerkannte Grundsätze der Gesetzesinterpretation⁹⁷. So ist erstens für einen Umkehrschluss von vornherein nur dann Raum, wenn es um die Schließung einer Gesetzeslücke geht, während im vorliegenden Zusammenhang die Auslegung Regelungen über die Schwellenwerte in Rede steht. Zweitens ist ein Umkehrschluss lediglich dann statthaft, wenn die existierenden gesetzlichen Regelungen klar erkennen lassen, dass eine bestimmte Rechtsfolge „nur“ in dem vom Tatbestand ausdrücklich erfassten Ausschnitt aus der Lebenswirklichkeit eintreten soll.⁹⁸ Auch diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt.

c) Unergiebigkeit von § 32 MitbestG

Nach Ansicht des OLG Hamburg lässt sich aus § 32 MitbestG ein Argument dafür entnehmen, dass es für das Eingreifen der Mitbestimmung lediglich auf die Größe der Stammebelegschaft, nicht aber zusätzlich auf die überlassenen Arbeitnehmer ankommen soll.⁹⁹ Bei § 32 MitbestG geht es darum, dass das Vertretungsorgan eines mitbestimmten Unternehmens bei der Ausübung bestimmter Beteiligungsrechte an einer mitbestimmten Untergesellschaft an das Votum des Aufsichtsrats der Obergesellschaft gebunden ist, wobei ein entsprechender Beschluss nur der Mehrheit der Anteilseignervertreter bedarf. Diese Regelung soll nach herrschender Ansicht sowohl eine Potenzierung als auch eine gegenständliche Ausweitung der Mitbestimmung verhindern.¹⁰⁰ Warum dieser Normzweck die Ausklammerung von Leiharbeitnehmern aus den Schwellenwerten nahe legen soll, erschließt sich freilich nicht. Der schlichte Umstand, dass

⁹⁴ Vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl., 1991, S. 323; ferner *Esser*, AcP 172 (1972), 97, 104.

⁹⁵ Zur Herstellung von Kohärenz der Rechtsordnung als genuine Aufgabe der Gerichte bereits *Zeidler*, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität Heidelberg, 1996, S. 645, 652; zum Kohärenzanspruch siehe auch *Günther*, Rechtstheorie 20 (1989), 163, 188 ff.; *Poscher*, JZ 2013, 1, 9 f.

⁹⁶ Z. B. OLG Düsseldorf 12.5.2004 – 19 W 2/04, AG 2004, 616; OLG Hamburg 29.10.2007 – 11 W 27/07, DB 2007, 2762, 2763.

⁹⁷ Zum Folgenden *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, S. 472, 476 f.; *Larenz*, Methodenlehre Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 66, 390 f.

⁹⁸ Erforderlich ist eine intensive oder gegenseitige Implikation, während eine extensive Implikation nicht genügt; vgl. *Klug*, Juristische Logik, 4. Aufl., 1982, S. 27, 143 ff.

⁹⁹ OLG Hamburg 31.1.2014 – 11 W 89/13, ZIP 2014, 680, 682.

¹⁰⁰ *WWKK/Koberski*, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2011, § 32 MitbestG Rn. 11; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl., 2013, § 32 MitbestG Rn. 2.

durch § 32 MitbestG der Einfluss der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Obergesellschaft zurückgedrängt wird, hat mit der Frage, ob in einer Gesellschaft überhaupt ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu bilden ist, nichts zu tun. Aus § 32 MitbestG eine allgemeine Wertung des Mitbestimmungsrechts abzuleiten, dass der Arbeitnehmereinfluss nach Möglichkeit zu beschränken sei, lässt sich ernstlich nicht annehmen.

d) Parallelen zum fehlerhaften Arbeitsverhältnis und zum Gemeinschaftsbetrieb

Weitere systematische Überlegungen sprechen eher dagegen, die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern beim Schwellenwert daran scheitern zu lassen, dass kein wirksames arbeitsvertragliches Band zwischen diesen Arbeitnehmern und dem Unternehmensinhaber besteht. In diesem Zusammenhang ist zunächst die Rechtsfigur des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses zu nennen. So ist die Anrechnung eines Arbeitnehmers auf den Schwellenwert des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG nach allgemeiner Ansicht nicht ausgeschlossen, wenn und solange dieser auf der Grundlage eines unwirksamen Arbeitsvertrags im Unternehmen beschäftigt wird.¹⁰¹ In diesem Fall wird dem tatsächlichen Geschehen also unstreitig der Vorrang gegenüber der vertragsrechtlichen Lage eingeräumt. Auch wenn das fehlerhafte Arbeitsverhältnis und die Arbeitnehmerüberlassung nicht gleichgesetzt werden können, stimmen beide Konstellationen noch darin überein, dass ein Beschäftigter mit dem Einverständnis des Unternehmensinhabers für eine bestimmte Zeit in die betrieblichen Strukturen eingegliedert wird und gemeinsam mit den Stammarbeitnehmern weisungsabhängige Tätigkeiten ausführt. Dieser Gleichlauf hat das BAG schon frühzeitig dazu veranlasst, die für das fehlerhafte Arbeitsverhältnis geltenden Wertungen auf die Leiharbeit zu übertragen.¹⁰² Weiter zu erwähnen ist die Rechtsfigur des Gemeinschaftsbetriebs, der von zwei Unternehmen geleitet wird. Insoweit hat das BAG vor kurzem im Hinblick auf das aktive Wahlrecht gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 DrittelbG eine Zuordnung zu beiden Trägerunternehmen angenommen,¹⁰³ womit es sich im Einklang mit der herrschenden Meinung befindet, die sogar für eine umfassende Doppelzuordnung aller Beschäftigten des Gemeinschaftsbetriebs plädiert¹⁰⁴. In einem vergleichbaren Sinne hat das BAG schon vor

¹⁰¹ *Henssler*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl., 2013, § 3 MitbestG Rn. 8; *WWKK/Koberski*, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2011, § 3 MitbestG Rn. 4; *Raiser/Veil*, MitbestG und DrittelbG, 5. Aufl., 2009, § 3 MitbestG Rn. 6.

¹⁰² BAG 14.5.1974 – 1 ABR 40/73, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 2 (unter II 3) mit insoweit ausdrücklich zustimmender Anmerkung von *Kraft* (unter II 1 b).

¹⁰³ BAG 13.3.2013 – 7 ABR 47/11, NZA 2013, 853 = ZIP 2013, 1880; ebenso bereits die Vorinstanz LAG Hessen 10.3.2011 – 9 TaBV 163/10, BeckRS 2011, 75532; bestätigt durch BAG 14.8.2013 – 7 ABR 46/11, AP DrittelbG § 5 Nr. 2.

¹⁰⁴ LG Hamburg 21.10.2008 – 417 O 471/07, ZIP 2008, 2364; *Däubler*, FS Zeuner, 1994, S. 19, 31; *Hanau*, ZfA 1990, 115, 127; *WWKK/Koberski*, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2011, § 3 MitbestG Rn. 42; *Raiser/Veil*, MitbestG und DrittelbG, 5. Aufl., 2009, § 3 MitbestG Rn. 44; *HWK/Seibt*, 6. Aufl., 2014, § 1 MitbestG Rn. 11; *Thüsing/Forst*, FS Kreuzt, 2010, S. 867, 873 ff. (einschränkend aber nunmehr *Thü-*

Jahrzehnten die Möglichkeit einer (wenn auch unter Umständen nur zeitanteiligen) Anrechnung von tatsächlich eingegliederten Arbeitnehmern ohne Rücksicht auf die Frage bejaht, zu welchem der beteiligten Rechtsträger das arbeitsvertragliche Band besteht.¹⁰⁵ Damit steht jedenfalls für bestimmte Konstellationen fest, dass weder die fehlende Vertragspartnerstellung noch der Umstand, dass es zu einer doppelten Zurechnung kommt, unüberwindliche Hindernisse für die Anrechnung eines Arbeitnehmers auf mitbestimmungsrechtliche Schwellenwerte sind, sofern dieser nur tatsächlich in die betrieblichen Strukturen eingegliedert ist.

3. Entstehungsgeschichtliche Argumente

Unter einem entstehungsgeschichtlichen Blickwinkel sind für die Anrechnungsproblematik das Mitbestimmungsrecht, das Betriebsverfassungsrecht und das Arbeitnehmerüberlassungsrecht auf etwaige ergiebige Hinweise durchzumustern.

a) Materialien des MitbestG

Im Regierungsentwurf des MitbestG heißt es zum Arbeitnehmerbegriff gemäß § 3 MitbestG zunächst, dass dieser Begriff für den gesamten Anwendungsbereich des Gesetzes maßgeblich sein solle,¹⁰⁶ was tendenziell gegen eine zu starke Differenzierung nach einzelnen Zusammenhängen spricht. Weiter solle durch die Verweisung auf das Betriebsverfassungsgesetz erreicht werden, dass zunächst alle Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG auch Arbeitnehmer im Sinne des MitbestG seien. Darüber hinaus sollten die leitenden Angestellten in der nach dem BetrVG maßgeblichen Abgrenzung einbezogen werden.¹⁰⁷ Diese Ausführungen lassen ein-

sing/Pöppers, FS Wank, 2014, S. 599, 608); ebenso offenbar *Hjort*, NZA 2001, 696, 699; bei Dauerüberlassung bzw. umfassender Leitungsmacht des vertragsfremden Unternehmens ebenfalls *Bonanni*, Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen, 2003, S. 294 f.; *Henssler*, in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl., 2013, § 3 MitbestG Rn. 120; *Lambrich/Reinhard*, NJW 2014, 2229, 2232; *Wanhöfer*, Gemeinschaftsbetrieb und Unternehmensmitbestimmung, 1994, S. 71 f.; *Zöllner*, FS Semler, 1993, S. 995, 1012; einschränkend *Säcker*, Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, 1978, Rn. 215 (Anrechnung nur zur Hälfte); a. A. LG Bremen 4.2.2005 – 7 AR 61/04, BeckRS 2010, 17611; LG Hannover 14.5.2012 – 25 O 65/11, BeckRS 2013, 12440; *Annuss*, FS v. Hoyningen-Huene, 2014, S. 17, 18 ff.; *Hohenstatt/Schramm*, NZA 2010, 846, 847 ff.; *Lüers/Schomaker*, BB 2013, 565, 567 ff.

¹⁰⁵ BAG 1.12.1961 – 1 ABR 15/60, AP BetrVG § 77 Nr. 1. Die vom BAG seinerzeit bejahte lediglich zeitanteilige Zurechnung entsprechend dem Umfang der im jeweiligen Trägerunternehmen des Gemeinschaftsbetriebs erbrachten Tätigkeit schloss eine umfassende Mehrfachzurechnung zwar grundsätzlich aus, hätte der Berücksichtigung von ausschließlich im Entleiherunternehmen beschäftigten Leiharbeitnehmern entsprechend der Kopfzahl aber nicht entgegengestanden.

¹⁰⁶ BT-Drucksache 7/2172 vom 29.4.1974, S. 20.

¹⁰⁷ BT-Drucksache 7/2172 vom 29.4.1974, S. 20.

deutig erkennen, dass der Gesetzgeber im Ausgangspunkt keinen vom Betriebsverfassungsrecht abgekoppelten mitbestimmungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff etablieren wollte.¹⁰⁸ Insbesondere enthalten die Darlegungen keine sich von den Vorgaben des BetrVG emanzipierende Entscheidung des schon damals aufgeflammten Streits¹⁰⁹ über die Frage, ob die ursprünglich vom BAG vertretene Sichtweise einer Doppelzuordnung von überlassenen Beschäftigten sowohl zum Verleiher als auch zum Entleiher¹¹⁰ nach dem Inkrafttreten des AÜG im Jahr 1972 aufrechterhalten werden könne. Anders als beim früher stark umstrittenen Begriff der leitenden Angestellten gab es bei der Abfassung des MitbestG auch keine umfassende neuere Judikatur zur Frage der Berücksichtigung von überlassenen Arbeitnehmern, die das Vorstellungsbild des Gesetzgebers hätte prägen können, wie es das BAG in seinen Ausführungen zum Gleichlauf von § 3 Abs. 3 Nr. 2 MitbestG a. F. und höchstrichterlicher Interpretation von § 5 Abs. 3 BetrVG a. F. angenommen hat.¹¹¹

Nun wird man davon auszugehen haben, dass der Gesetzgeber den mitbestimmungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff nicht auf dem Stand einfrieren wollte, den das BetrVG im Zeitpunkt des Inkrafttretens des MitbestG erreicht hatte. Vielmehr deutet die weitgehende Anbindung an das BetrVG auf eine „dynamische“ Verweisung hin. Etwaige Veränderungen im Normtext des BetrVG würden damit nach dem Willen des Gesetzgebers ohne weiteres auf das MitbestG durchschlagen. Dagegen erscheint es zweifelhaft, ob auch eine strikte Bindung an das jeweils zum BetrVG entwickelte Normverständnis gewollt ist.¹¹² Eine Anrechnung von Leiharbeitnehmern lässt sich daher nicht einfach mit dem Argument ablehnen, dass das BAG zum betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ab 1989 über viele Jahre hinweg die „Zwei-Komponenten-Lehre“ vertreten hat und im Hinblick auf überlassene Arbeitnehmer in seiner neueren Judikatur keinen davon abweichenden allgemeinen Begriff entwickelt hat, sondern stattdessen auf den Zweck der einzelnen Regelung abstellt. Umgekehrt kann der Verweisung auch nicht entnommen werden, dass die vom BAG nunmehr bejahte Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Betriebsratsgröße gemäß § 9 BetrVG¹¹³ automatisch eine Berücksichtigung auch beim Schwellenwert des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG zur Folge hat.

¹⁰⁸ *Raiser/Veil*, MitbestG und DrittelbG, 5. Aufl., 2009, § 3 Rn. 2.

¹⁰⁹ Vgl. BAG 14.5.1974 – 1 ABR 40/73, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 2 (unter II 2).

¹¹⁰ Siehe oben Fn. 22.

¹¹¹ BAG 29.1.1980 – 1 ABR 45/79, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 22 (unter B III 2 a).

¹¹² So offenbar *Raiser/Veil*, MitbestG und DrittelbG, 5. Aufl., 2009, § 3 Rn. 2, die von einem unmissverständlich erklärten Willen des Gesetzgebers sprechen, dass u. a. der Begriff des Arbeitnehmers übereinstimmend ausgelegt werden soll.

¹¹³ Siehe oben Fn. 38.

Soweit es um § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG selbst geht, spricht der Regierungsentwurf des MitbestG erstens davon, dass bezüglich der Unternehmensgröße allein an die Zahl der im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer angeknüpft werden solle, während andere Kriterien, wie etwa die Wertschöpfung oder die Bilanzsumme deshalb nicht aufgegriffen worden seien, weil sie in der mitbestimmungsrechtlichen Diskussion in den Hintergrund getreten seien. Mit der Arbeitnehmerzahl als dem einzig relevanten Größenmerkmal knüpfen die Verfasser an den Abschlussbericht der (ersten) Biedenkopf-Kommission zur Unternehmensmitbestimmung an,¹¹⁴ die sich in ihren Empfehlungen unter Zurückweisung alternativer Vorschläge ebenfalls ausdrücklich dafür ausgesprochen hat, das Eingreifen der institutionellen Mitbestimmung ausschließlich an der Größe der Belegschaft des Unternehmens zu orientieren.¹¹⁵ Zweitens begründet der Regierungsentwurf den festgelegten Schwellenwert von mehr als 2.000 beschäftigten Arbeitnehmern damit, dass Unternehmen dieser Größe regelmäßig eine hinreichend differenzierte Organisation aufwiesen, an der die Mitbestimmung wirkungsvoll ansetzen könne.¹¹⁶ In diesem Sinne hatte sich auch schon die Biedenkopf-Kommission geäußert, dabei aber noch eine Spannweite von 1.000 bis 2.000 Arbeitnehmern als Voraussetzung für die (fast) paritätische Mitbestimmung genannt.¹¹⁷ Ob Leiharbeiter bei der Berechnung des Schwellenwertes einzubeziehen sind, lässt sich den Ausführungen des Regierungsentwurfs für sich genommen weder in die eine noch in die andere Richtung mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen. Dasselbe gilt für die Darlegungen der Biedenkopf-Kommission. Der Abschlussbericht wartet zwar mit umfangreichem Zahlenmaterial zu den Unternehmen und den von ihnen beschäftigten Arbeitnehmern auf,¹¹⁸ wobei man davon ausgehen kann, dass überlassene Arbeitnehmer seinerzeit nicht mitgezählt wurden. Indes spielte Leiharbeit Ende der 1960er Jahre trotz der Ausweitung, zu der es im Anschluss an die Entscheidung des BVerfG zur Unvereinbarkeit des Verbots der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung mit dem Grundrecht der Verleiher aus Art. 12 Abs. 1 GG¹¹⁹ gekommen war, quantitativ nur eine untergeordnete Rolle.¹²⁰ Daher kann es als ausgeschlossen angesehen werden, dass die Biedenkopf-Kommission, die dem Mitbestimmungsgesetz den Weg bereitet hat, die Vorstellung entwickelt hatte, Leiharbeiter seien bei den Schwellenwerten nicht zu berücksichtigen, und zwar auch dann nicht,

¹¹⁴ Bericht der Sachverständigenkommission zur Auswertung der bisherigen Erfahrungen bei der Mitbestimmung (Mitbestimmungskommission), BT-Drucksache VI/334 vom 4.2.1970.

¹¹⁵ BT-Drucksache VI/334 vom 4.2.1970, S. 97, 114.

¹¹⁶ BT-Drucksache 7/2172 vom 29.4.1974, S. 19.

¹¹⁷ BT-Drucksache VI/334 vom 4.2.1970, S. 97, 114 f.

¹¹⁸ BT-Drucksache VI/334 vom 4.2.1970, S. 150 f.

¹¹⁹ BVerfG 4.4.1967 – 1 BvR 84/65, BVerfGE 21, 261.

¹²⁰ In der BT-Drucksache VI/2303 vom 15.6.1971, S. 9, ist von seinerzeit 550 Verleihfirmen die Rede (zum Vergleich: Im zweiten Halbjahr 2012 gab es bundesweit 18.024 Verleihbetriebe; BT-Drucksache 18/673 vom 26.2.2014, S. 26).

wenn ein Unternehmen dazu übergehen sollte, auf unbegrenzte Zeit eine „zweite Belegschaft“ aufzubauen, wie es nach herrschender Ansicht im Anschluss an die Aufhebung der Überlassungshöchstdauer durch die Hartz-Reform bis zur neuerlichen Reform des AÜG im Jahr 2011 zulässig war¹²¹.

b) Materialien des AÜG

Eine Betrachtung der Materialien zum AÜG führt zu einem ernüchternden Ergebnis. Die Ursprungsfassung des AÜG von 1972 enthielt keine Vorschriften über die betriebsverfassungsrechtliche Stellung von Leiharbeitnehmern. Der Gesetzgeber hielt die Aufnahme entsprechender Regelungen nicht für erforderlich, weil der Verleiher als echter Arbeitgeber anzusehen sei und Leiharbeitnehmer deshalb dem Betrieb des Verleihers zuzuordnen seien.¹²² In der Begründung zur Einfügung von § 14 AÜG aus dem Jahr 1981 heißt es dagegen, dass die allgemeine Schutzfunktion des Betriebsverfassungsrechts die doppelte Zuordnung der Leiharbeitnehmer gebiete.¹²³ Daher stelle § 14 Abs. 1 AÜG zum einen ausdrücklich klar, dass alle Arbeitnehmer auch während der Zeit ihrer Überlassung an einen Entleiher weiterhin dem Verleiher zugeordnet blieben. Zum anderen werde der Leiharbeitnehmer aufgrund seiner Eingliederung in den Betrieb des Entleihers und der Unterordnung unter dessen Weisungsrecht betriebsverfassungsrechtlich durch § 14 Abs. 2 und 3 AÜG in „gewissem Umfang“ aber auch dem Betrieb des Entleihers zugeordnet. Damit hat sich der Gesetzgeber seinerzeit einerseits nicht schon selbst für eine umfassende Doppelzuordnung ausgesprochen. Andererseits hat er die in der Rechtsprechung seinerzeit bereits begonnene Erstreckung von Beteiligungsrechten des beim Entleiher bestehenden Betriebsrats auf Leiharbeitnehmer¹²⁴ durch § 14 Abs. 3 S. 1 AÜG aufgegriffen und die gesetzlichen Regelungen ausdrücklich als nicht abschließend erklärt, so dass die Feststellung weiterer Beteiligungsrechte durch die Gerichte möglich sei.¹²⁵ Das aktive und passive Wahlrecht solle mit Rücksicht auf die kurze Überlassungsdauer von nicht mehr als drei Monaten allerdings ausgeschlossen bleiben.¹²⁶ Diese Aussagen liefern im

¹²¹ Vgl. BAG 25.1.2005 – 1 ABR 61/03, AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 48 = NZA 2005, 1199 (unter B I 1); ebenso BAG 15.5.2013 – 7 AZR 494/11, NZA 2013, 1267 (Rn. 24); BAG 10.12.2013 – 9 AZR 51/13, NZA 2014, 196 = ZIP 2014, 437 (Rn. 12); ferner LAG Niedersachsen 28.2.2006 – 13 TaBV 56/05, BeckRS 2006, 43575; LAG Düsseldorf 30.10.2008 – 15 TaBV 114/08, LAGE AÜG § 14 Nr. 4; LAG Niedersachsen 19.11.2008 – 15 TaBV 159/07, BeckRS 2011, 66909; LAG Niedersachsen 16.11.2011 – 17 TaBV 99/11, BeckRS 2012, 75089; *Lembke*, BB 2010, 1533, 1538; *Melms/Lipinski*, BB 2004, 2409, 2416; *Willemsen/Annuß*, BB 2005, 437, 438 f.

¹²² zu BT-Drucksache VI/3505 vom 15.6.1972, S. 4.

¹²³ BT-Drucksache 9/847 vom 28.9.1981, S. 8.

¹²⁴ BAG 14.5.1974 – 1 ABR 4/73, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 2; siehe auch BAG 6.6.1978 – 1 ABR 66/75, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 6.

¹²⁵ BT-Drucksache 9/847 vom 28.9.1981, S. 8 f.

¹²⁶ BT-Drucksache 9/847 vom 28.9.1981, S. 9.

Hinblick auf die betriebsverfassungsrechtliche Stellung von überlassenen Arbeitnehmern ein disparates Bild, wobei der Gesetzgeber bei den materiellen Beteiligungsrechten einer richterlichen Rechtsfortbildung ausdrücklich keine Hindernisse in den Weg legen wollte, während er sich zur Frage der Berücksichtigung bei den organisationsrechtlichen Vorschriften mit Ausnahme des verneinten aktiven und passiven Wahlrechts ausgesprochen hat.

c) Reformen des Jahres 2001

Soweit es schließlich um die Reformen des Jahres 2001 geht, ergeben die Ausführungen des Gesetzgebers ebenfalls kein völlig klares Bild. Im Hinblick auf das Betriebsverfassungsrecht, das aufgrund der Bezugnahme in § 3 Abs. 1 MitbestG stets in die Überlegungen einzubeziehen ist, heißt es auf der einen Seite im allgemeinen Teil der Begründung, dass die Leiharbeiter durch die Zuerkennung des aktiven Wahlrechts im Entleiherbetrieb gemäß § 7 S. 2 BetrVG betriebsverfassungsrechtlich aus der Belegschaft an die Stammelegschaft herangeführt werden sollen, ohne sie in rechtlich unzutreffender Weise als Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs einzustufen.¹²⁷ Diese für sich genommen eindeutige Aussage wird allerdings dadurch verwässert, dass § 7 S. 2 BetrVG für bestimmte Fälle die Betriebszugehörigkeit von Leiharbeitnehmern ausdrücklich anerkennt, um der Erosion der Stammelegschaft entgegenzuwirken.¹²⁸ Darüber hinaus führte ein Vertreter der Bundesregierung in der Sachverständigenanhörung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung aus, dass sich aus dem aktiven Wahlrecht von für länger als drei Monate überlassenen Leiharbeitnehmern die Berücksichtigung bei der Bestimmung der Betriebsratsgröße und der Zahl der Freistellungen ergebe.¹²⁹ Auch wenn man einzelne Aussagen eines Vertreters des für einen Gesetzesentwurf verantwortlichen Verfassungsorgans nicht überbewerten darf, können sie doch einen normativen Regelungswillen zum Ausdruck bringen, der sich mit bestimmten Gesetzesformulierungen verbindet. Keinen Aufschluss geben endlich die Ausführungen, die unmittelbar auf die Zuerkennung des aktiven sowie die Versagung des passiven Wahlrechts im Bereich des MitbestG bezogen sind.¹³⁰ Sie verhalten sich nur zum Wahlrecht selbst, nicht aber zum Problem der Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten.

¹²⁷ BT-Drucksache 14/5741 vom 2.4.2001, S. 28.

¹²⁸ BT-Drucksache 14/5741 vom 2.4.2001, S. 36.

¹²⁹ BT-Drucksache 14/6352 vom 20.6.2001, S. 54.

¹³⁰ BT-Drucksache 14/5741 vom 2.4.2001, S. 57 f.

4. Teleologische Argumente

Die Darlegungen zur Entstehungsgeschichte des MitbestG leiten zum Normzweck und zu den daraus zu ziehenden Folgerungen über, auf die letztlich das entscheidende Gewicht zu legen ist.

a) Konzeption und Ziele der Mitbestimmung

Geht man zunächst von den allgemeinen Zielsetzungen der Mitbestimmung aus, so nennt der Regierungsentwurf mehrfach die gleichberechtigte und gleichgewichtige Teilnahme von Anteilseignern und Arbeitnehmern an den Entscheidungsprozessen im Unternehmen.¹³¹ Dieser generelle Zweck des MitbestG ist freilich zu abstrakt, als dass sich hieraus bestimmte Schlüsse für die Anrechnung oder Nichtanrechnung von Leiharbeitnehmern auf die Schwellenwerte ziehen lassen. Immerhin deutet die im Gesetzgebungsverfahren zum Ausdruck gekommene Grundidee der Mitbestimmung, dass diejenigen Arbeitnehmer, deren Schicksal von unternehmerischen Planungen und Entscheidungen betroffen sind, auf diese Maßnahmen Einfluss haben sollen,¹³² darauf hin, dass über die Zurechnungsfrage nicht allein anhand der formalen Arbeitsvertragspartnerstellung entschieden werden sollte, die der Disposition der Unternehmensseite unterliegt, sondern dass es stärker auf die reale Betroffenheit der Beschäftigten und damit auf materielle Kriterien ankommen muss.

Konkretere Erkenntnisse liefert der Abschlussbericht der (ersten) Biedenkopf-Kommission, die mit ihren eingehenden Untersuchungen dem MitbestG politisch und konzeptionell die Bahn geebnet hat. In diesem Bericht wird die unternehmerische Mitbestimmung aus zwei zentralen Gedanken abgeleitet: Zum einen geht es um den besonderen Charakter des Arbeitsverhältnisses, der durch den Arbeitsvertrag, die organisatorische Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb und die Unterordnung unter die Verfügungsmacht des Arbeitgebers gekennzeichnet ist. Zum anderen wird auf die Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zum Unternehmen verwiesen, die durch das Arbeitsverhältnis begründet wird und ihre konkrete Gestalt durch den Beitrag erfährt, den der Arbeitnehmer zur Verwirklichung des Unternehmenszwecks entsprechend der unternehmerischen Planung und Leitung erbringt.¹³³ Mitbestimmung legitimiert sich danach wesentlich durch die Überlegung, der grundrechtlichen Wertentscheidung für Selbstbestimmung und Persönlichkeitsentfaltung unter den Bedingungen einer Arbeitsteilung im Unternehmen, die auf hierarchische Organisation und Leitung angewiesen ist und deshalb zu

¹³¹ BT-Drucksache 7/2172 vom 29.4.1974, S. 18 f.

¹³² Siehe die Ausführungen des damaligen Bundesarbeitsministers Arendt in der ersten Beratung des Gesetzentwurfs im Deutschen Bundestag am 20.6.1974, Stenografische Protokolle, S. 7461.

¹³³ BT-Drucksache VI/334 vom 4.2.1970, S. 56 (unter Nr. 1).

Fremdbestimmung führt, Rechnung zu tragen. Die Mitbestimmung erscheint nach dieser auch vom BVerfG geteilten Sichtweise¹³⁴ als Konsequenz der Leitungs- und Organisationsgewalt der Unternehmensorgane, wobei es auf der Ebene der unternehmerischen Mitbestimmung nicht um die Abmilderung der betriebsbezogenen Verfügung über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers geht, sondern um die Abmilderung der unternehmerischen Verfügung über das Arbeitskräftepotenzial des Unternehmens, also über den Produktionsfaktor Arbeit.¹³⁵ Zwar bezeichnet der Abschlussbericht den Arbeitsvertrag als rechtliche Grundlage des Arbeitsverhältnisses.¹³⁶ Von seiner ganzen Stoßrichtung her geht es dem Abschlussbericht aber ersichtlich darum, die tatsächlichen strukturellen Gegebenheiten des in eine unternehmerische Organisation eingebundenen Arbeitsverhältnisses ins Bewusstsein zu heben und ihnen mit den Instrumenten einer institutionalisierten Mitbestimmung Rechnung zu tragen.¹³⁷ Auch wenn die mit der Leiharbeit einhergehende „aufgespaltene“ Arbeitgeberstellung als solche im Bericht nicht thematisiert wird, liegt es doch ganz auf seiner Linie, dass alle „im Unternehmen tätigen Kräfte“¹³⁸, die von Planungs- und Leitungsentscheidungen über das im Unternehmen gebündelte Arbeitskräfte-reservoir spürbar betroffen sind, in den Anwendungsbereich der unternehmerischen Mitbestimmung einbezogen werden sollen. Dieser Gedanke umfasst zwanglos auch überlassene Arbeitnehmer als Teil des Arbeitskräfte-reservoirs des Unternehmens.

b) Normzweck von § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG

Betrachtet man den Normzweck gerade von § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG näher, führt der Regierungsentwurf zur Begründung des alleinigen Abstellens auf die Beschäftigtenzahl aus, dass es bei der Mitbestimmung um die innere Gestaltung des Unternehmens mit dem Ziel gehe, die Arbeitnehmer am Willensbildungsprozess im Unternehmen teilhaben zu lassen. Den konkreten Schwellenwert von mehr als 2.000 Arbeitnehmern motiviert der Entwurf sodann mit der rechtstatsächlichen Einschätzung, dass erst Unternehmen dieser Größe über eine ausreichend differenzierte Organisation verfügen würden, an der die Mitbestimmung effektiv ansetzen könne.¹³⁹ Mit diesen Erwägungen lehnt sich der Gesetzgeber bewusst¹⁴⁰ bis hinein in die

¹³⁴ BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 350.

¹³⁵ BT-Drucksache VI/334 vom 4.2.1970, S. 60 (unter Nr. 12).

¹³⁶ BT-Drucksache VI/334 vom 4.2.1970, S. 58 (unter Nr. 7).

¹³⁷ BT-Drucksache VI/334 vom 4.2.1970, S. 61 (unter Nr. 15).

¹³⁸ So BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 365 f.

¹³⁹ BT-Drucksache 7/2172 vom 29.4.1974, S. 19.

¹⁴⁰ Vgl. Bundesarbeitsminister *Arendt* (Fn. 132), Stenografische Protokolle, S. 7462.

konkrete Wortwahl an die Ausführungen der (ersten) Biedenkopf-Kommission an.¹⁴¹ Der Abschlussbericht der Kommission ergänzt diese Überlegungen durch den Gedanken, dass erst das Überschreiten einer bestimmten Betriebsgröße durch die Anonymisierung der Arbeitnehmer, die Bürokratisierung der Unternehmensverwaltungen sowie die Entstehung von Dienstwegen zu Problemen führen würde, denen durch eine institutionalisierte Mitbestimmung entgegengewirkt werden sollte.¹⁴² Dass es sich bei dieser insbesondere auch vom BGH geteilten Sichtweise¹⁴³ um sachliche Gründe für das Abstellen auf die Beschäftigtenzahl handelt, hat das BVerfG in seiner Mitbestimmungsentscheidung ausdrücklich bestätigt.¹⁴⁴

c) Folgerungen

Diese Aspekte gebieten die Einbeziehung überlassener Arbeitnehmer in den Schwellenwert beim Entleiherunternehmen, weil es für die gesteigerte Anonymität der Arbeitnehmer sowie die Bürokratisierung der internen Strukturen keine Rolle spielt, ob die Beschäftigten allesamt zur Stammbesellschaft gehören oder ob es neben den Stammbeschäftigten auch Randbeschäftigte gibt, die zwar keinen eigenen Arbeitsvertrag mit dem Unternehmensträger haben, aber wie eigene Arbeitnehmer in den betrieblichen Ablauf integriert sind.¹⁴⁵ Dass „künstliche Arbeitnehmerlosigkeit“, also eine Vorgehensweise, bei der sich ein Unternehmen die Verfügungsmacht über Arbeitnehmer sichert, ohne indes mit ihnen Arbeitsverträge abzuschließen, nicht zur Mitbestimmungsfreiheit bzw. einem Mitbestimmungsniveau führen kann, ist im Schrifttum schon frühzeitig als geradezu selbstverständlich herausgestellt worden.¹⁴⁶ Zudem erfordert die Abstimmung der verschiedenen Arbeitsvorgänge beim Einsatz von Leiharbeitnehmern keinen geringeren, sondern aufgrund der mangelnden Vertrautheit überlassener Arbeitnehmer mit den betriebsinternen Strukturen im Zweifel sogar einen höheren Aufwand. Darüber hinaus dürften die unternehmensinternen Entscheidungswege aus der Perspektive der Leiharbeitnehmer regelmäßig noch erheblich undurchsichtiger als für Stammkräfte sein. Sieht

¹⁴¹ Vgl. BT-Drucksache VI/334 vom 4.2.1970, S. 114.

¹⁴² BT-Drucksache VI/334 vom 4.2.1970, S.114 f. Gleichsinnig der Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, 1980, S. 104.

¹⁴³ BGH 7.2.2012 – II ZB 14/11, NZA 2012, 580, 582 = ZIP 2012, 669, 671; Kunze, FS R. Fischer, 1979, S. 365, 377. Pauschaler *Wißmann*, FS Däubler, 1999; S. 385: Indiz für die Bedeutung des Unternehmens; ebenso *Latzel*, Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung, 2010, Rn. 30.

¹⁴⁴ BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 381 f.

¹⁴⁵ Ebenso *Hay/Grüneberg*, NZA 2014, 814, 815, 817 f.

¹⁴⁶ Vgl. *Wiedemann*, SAE 1962, 210, 211: bei vollständiger Eingliederung eines Arbeitnehmers in den fremden Betrieb liege Zurechnung an den Entleiher „auf der Hand“; ferner *Kötter*, Anm. zu BAG, AP BetrVG § 76 Nr. 7 (Bl. 6 R), der sich seinerzeit für eine analoge Anwendung von § 76 Abs. 2 und 3 BetrVG 1952 aussprach.

man die Unternehmensmitbestimmung (auch) als Instrument zum Abbau von Informationsasymmetrien an,¹⁴⁷ ist ihr erstmaliges Eingreifen (beim Überschreiten der Grenze von 500 Arbeitnehmern) bzw. ihre Erweiterung zur Parität (beim Überschreiten der Grenze von 2.000 Arbeitnehmern) umso eher angezeigt, als durch den Einsatz von Leiharbeit das Informationsungleichgewicht zwischen Management und Belegschaft tendenziell gesteigert wird. Dasselbe gilt, wenn man der These von *Reuter* folgt, die unternehmerische Mitbestimmung als institutionalisiertes „soziales Gewissen“¹⁴⁸ aufzufassen. Haben steigende Arbeitnehmerzahlen eine wachsende Entfremdung zwischen Management und Belegschaft zur Folge, so dass der Gesetzgeber nicht mehr wie in kleineren Unternehmen auf eine informelle soziale Kontrolle der Unternehmenspolitik setzen kann, tritt dieses Phänomen unabhängig davon auf, ob eine größere Belegschaft nur aus Stammkräften oder zu einem gewissen Teil auch aus Leiharbeitskräften besteht. Die vorstehenden Überlegungen gelten auch für den Schwellenwert von in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern nach § 1 Abs. 1 DrittelbG, weil ab dieser Größe typischerweise ein Punkt erreicht ist, an dem die unternehmerischen Entscheidungen aus dem Blickfeld der Beschäftigten geraten.¹⁴⁹

Demgegenüber geht es bei der Bestimmung der Regelwahlart gemäß § 9 Abs. 1 MitbestG um die Erwägung, dass in Großunternehmen mit in der Regel mehr als 8.000 Arbeitnehmern deshalb grundsätzlich eine Delegiertenwahl durchgeführt werden soll, um die Wahl für die Beschäftigten gerade bei weit verzweigten Unternehmensstrukturen transparenter zu gestalten und den Belegschaften kleinerer Betriebe, denen die Kandidaten für ein Aufsichtsratsamt häufig persönlich unbekannt sein werden, einen größeren Einfluss zu verschaffen.¹⁵⁰ Hiervon ausgehend ist das Mitzählen von Leiharbeitnehmern Konsequenz ihres aktiven Wahlrechts nach § 10 Abs. 2 S. 2 MitbestG.¹⁵¹

¹⁴⁷ Dazu *Sadowsky/Junkes/Lindenthal*, ZGR 2001, 110, 120 f.; ferner *Furubotn/Wiggins*, ZgS 140 (1984), 176 ff.

¹⁴⁸ *Reuter*, Die Mitbestimmung als Bestandteil des Normativsystems für die juristischen Personen des Handelsrechts, 1987, S. 18.

¹⁴⁹ Vgl. *Kunze*, FS R. Fischer, 1979, S. 365, 376. Die Gesetzesmaterialien sind insoweit allerdings unergiebig; vgl. BT-Drucksache Nr. 3585 vom 8.7.1952; BT-Drucksache 12/6721 vom 1.2.1994, S. 11; BT-Drucksache 15/2542 vom 18.2.2004, S. 11.

¹⁵⁰ Vgl. BT-Drucksache 7/2172 vom 29.4.1974, S. 22; BT-Drucksache 7/4845 vom 10.3.1976, S. 6; *WWKK/Wißmann*, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2011, § 9 MitbestG Rn. 4.

¹⁵¹ LAG Hessen 11.4.2013 – 9 TaBV 308/12, ZIP 2013, 1740, 1741; *Hay/Grüneberg*, NZA 2014, 814, 819 f.; insoweit auch *ErfK/Oetker*, 14. Aufl., 2014, § 9 MitbestG Rn. 1; a. A. *Künzel/Schmidt*, NZA 2013, 300, 301 ff.

d) Betroffenheit von Leiharbeitnehmern und Stammbeschäftigten

Sowohl das OLG Düsseldorf¹⁵² als auch das OLG Hamburg¹⁵³ halten der Einbeziehung von überlassenen Arbeitnehmern entgegen, dass diese im Gegensatz zu Stammbeschäftigten von mitbestimmten Entscheidungen im Entleiherunternehmen kaum betroffen seien. Diese Einschätzung der faktischen Gegebenheiten steht zunächst in einem gewissen Widerspruch zur normativen Zuerkennung des aktiven Wahlrechts durch die Reform von 2001 (§§ 10 Abs. 2 S. 2, 18 S. 2 MitbestG). Diese Regelungen sind nämlich nur vor dem Hintergrund der gesetzlichen Wertung erklärlich, dass Leiharbeitnehmer deshalb einen Einfluss auf die Bestimmung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat haben sollen, weil sich deren Verhalten letztlich auf ihre eigene Stellung auswirkt. Dem Wirklichkeitsverständnis des Gesetzgebers kann sich die Rechtsprechung aber nicht ohne weiteres entziehen.¹⁵⁴ Die Annahmen der beiden Gerichte können aber auch in rechtstatsächlicher Hinsicht nicht überzeugen.¹⁵⁵ Vielmehr kann die grundsätzliche Unternehmenspolitik eines Entleihers für Leiharbeitnehmer von erheblichem Interesse sein, weil von ihnen die Aussichten auf eine Fortdauer ihrer Beschäftigung sowie gegebenenfalls auch auf eine Übernahme in eine feste Anstellung abhängen. Dass der Leiharbeitnehmer aufgrund des Arbeitsvertrags mit dem Verleiher eine Rückfallposition hat, mag in den Fällen weiterhelfen, in denen in einem wirtschaftlich prosperierenden Umfeld ein Weiterverleih zu gleichen Konditionen problemlos möglich ist. Indes wird es bei einem Wechsel des Einsatzbetriebs nicht selten zu Einbußen für den Beschäftigten kommen, indem tarifvertragliche Branchenzuschläge wegfallen, deren Höhe an die Überlassungsdauer gekoppelt ist¹⁵⁶. Wie anhand von § 5 Abs. 1 S. 3 BetrVG deutlich wird, kann zudem selbst in Fällen, in denen der Beschäftigte anderweitig statusmäßig umfassend abgesichert ist, eine Betroffenheit von Entscheidungen, die innerhalb des aufnehmenden Unternehmens getroffen werden, nicht vollständig geleugnet werden.¹⁵⁷ Dies gilt erst recht, wenn es um Leiharbeitnehmer geht, deren Arbeitseinsatz auf einen bestimmten Entleiher fokussiert ist und deren berufliches Schicksal erheblich von den unternehmerischen Planungs- und Leitungsentscheidungen des Entleihers abhängt. Wenn es etwa in der Wirtschaftskrise der Jahre 2008/2009 zu einem Rückgang der in der Leiharbeitsbranche Beschäftigten um über 200.000 Arbeitnehmer gekommen ist,¹⁵⁸ wird

¹⁵² OLG Düsseldorf 12.5.2004 – 19 W 2/04, AG 2004, 616, 617.

¹⁵³ OLG Hamburg 29.10.2007 – 11 W 27/07, DB 2007, 2762, 2764; OLG Hamburg 31.1.2014 – 11 W 89/13, ZIP 2014, 680, 682.

¹⁵⁴ Vgl. *Säcker*, ARSP 58 (1972), 215; zustimmend *Reuter*, AcP 179 (1979), 509, 523.

¹⁵⁵ In diesem Sinne bereits *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, MitbestG, 1976, § 1 Rn. 21.

¹⁵⁶ Zu den Branchenzuschlägen in der Leiharbeit etwa Bayreuther, BB 2014, 1973, 1975 ff.; *Mehner/Stubbe/Haber*, BB 2013, 1269 ff.; *Nießen/Fabritius*, BB 2013, 375 ff.

¹⁵⁷ BAG 15.8.2012 – 7 ABR 34/11, AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 79 = NZA 2013, 107 (Rn. 22).

¹⁵⁸ Vgl. den Elften Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – AÜG, BT-Drucksache 17/464 vom 18.8.2010, S. 21, sowie den Zwölften

daran deutlich, dass die „Abmeldung“ von Leiharbeitnehmern in solchen Fällen nicht nur zu einem schlichten Austausch des Arbeitgebers führt, sondern Maßnahmen von Entleiherunternehmen auf die Beschäftigungschancen von überlassenen Arbeitnehmern unmittelbar durchschlagen. Vor diesem Hintergrund überzeugt es nicht, wenn das OLG Hamburg das Mitzählen von Leiharbeitnehmern bei den mitbestimmungsrechtlichen Schwellenwerten in den Entleiherunternehmen mit der Überlegung verneinen will, dass die Sozialbindung des Eigentums schon durch den beim Verleiher bestehenden Schutz vor betriebsbedingten Kündigungen hinreichend verwirklicht werde¹⁵⁹. Dass auch Beschäftigte, die nicht durch einen Arbeitsvertrag mit einem Unternehmensträger verbunden sind, von dessen unternehmerischen Entscheidungen in einer mitbestimmungsrelevanten Weise betroffen sein können, zeigt nicht zuletzt der Beschluss des BAG zum Wahlrecht gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 DrittelbG bei den Aufsichtsratswahlen im Gemeinschaftsbetrieb¹⁶⁰.

Darüber hinaus blenden beide Gerichte zu Unrecht die Interessen der Stammbeschäftigten aus, die bei der Schwellenwertproblematik ebenfalls in Rechnung zu stellen sind. Da ein in großem Stil betriebener Rückgriff auf das Instrument der Leiharbeit zur Deckung des Arbeitskräftebedarfs das arbeitsorganisatorische Zusammenwirken zwischen den verschiedenen Beschäftigtengruppen im Entleiherunternehmen erheblich beeinflussen und darüber hinaus zu Verdrängungseffekten sowie einem Druck auf das Entgeltniveau führen kann, greift es zu kurz, diese Aspekte bei der Frage einer Anrechnung von Leiharbeitnehmern völlig zu übergehen.

e) Übertragung der methodischen Neuorientierung des BAG

Wenn es das OLG Hamburg ablehnt, eine Parallele zur neueren Entscheidung des BAG über die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Betriebsratsgröße gemäß § 9 BetrVG¹⁶¹ zu ziehen, so erscheint dies im Ansatz zwar durchaus schlüssig. Während sich eine größere Anzahl von überlassenen Arbeitnehmern unmittelbar in einer Zunahme der Betriebsratsarbeit niederschlägt, die eine Vergrößerung des Betriebsrats rechtfertigt, bleibt der Tätigkeitsumfang eines Aufsichtsrats von den konkreten betriebsorganisatorischen Maßnahmen zur Umsetzung der unternehmerischen Vorgaben prima facie unberührt. Allerdings ist die Personalplanung gemäß § 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AktG Gegenstand der periodischen Berichterstattung des Vorstands an den Aufsichtsrat. Hierzu wird man auch die Fragen zu rechnen haben, ob und inwieweit der Arbeitskräftebedarf durch eigenes Personal oder durch Fremdpersonal gedeckt

Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – AÜG, BT-Drucksache 18/673 vom 26.2.2014, S. 27 f.

¹⁵⁹ OLG Hamburg 31.1.2014 – 11 W 89/13, ZIP 2014, 680, 681.

¹⁶⁰ BAG 13.3.2013 – 7 ABR 47/11, NZA 2013, 853 = ZIP 2013, 1880 (Rn. 35 f.).

¹⁶¹ Siehe oben Fn. 38.

werden soll und welche personalpolitischen Folgen ein möglicherweise umfangreicher und längerfristiger Einsatz von Leiharbeit im Unternehmen auslösen wird.¹⁶² Zudem verbessert eine Zunahme der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat die Chancen, die bei größeren Belegschaften immer heterogener werdenden Interessen in die Aufsichtsratsarbeit einfließen zu lassen. Dieser Gedanke liegt nicht zuletzt § 7 Abs. 1 S. 1 MitbestG zugrunde, der die Aufsichtsratsgröße mit der Arbeitnehmerzahl ansteigen lässt, um eine angemessene Vertretung der verschiedenen Gruppierungen innerhalb der Arbeitnehmerschaft zu ermöglichen.¹⁶³ Denkt man diese Wertungen zu Ende, ist es nur konsequent, auch Leiharbeitnehmer auf die Schwellenwerte der §§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 7 Abs. 1 S. 1 MitbestG anzurechnen. Bei der Frage, ob sich aus der Neuorientierung des BAG vornehmlich im Betriebsverfassungsrecht Schlüsse für die Unternehmensmitbestimmung ziehen lassen, geht es nämlich nicht um eine schlichte Übertragung der zu § 9 BetrVG oder anderen Vorschriften entwickelten Grundsätze. Vielmehr besteht der entscheidende methodische Neuanfang des BAG darin, von einer allgemeinen Formel für die Lösung der Zurechnungsfrage Abstand zu nehmen und stattdessen die Funktion des Arbeitnehmerbegriffs in der jeweils in Rede stehenden Norm darüber entscheiden zu lassen, ob Leiharbeitnehmer anzurechnen sind oder nicht. Dieses methodische Vorgehen kann ohne weiteres auf das Mitbestimmungsrecht übertragen werden.

f) Zwischenergebnis

Damit bleibt es dabei, dass Leiharbeitnehmer ungeachtet des Fehlens einer arbeitsvertraglichen Bindung aus teleologischen Gründen als im entleihenden Unternehmen beschäftigte Arbeitnehmer im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG anzusehen sind. Aus der Perspektive des mitbestimmungsrechtlichen Schwellenwertes genügt die Unterstellung unter das Direktionsrechts des Unternehmensinhabers, damit eine Anrechnung grundsätzlich statthaft ist. Ob dies nicht nur einfachrechtlich geboten, sondern unter dem Blickwinkel des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) sogar verfassungsrechtlich gefordert wird, damit Gleiches nicht ohne hinreichenden Grund ungleich behandelt wird, mag hier dahinstehen. Immerhin kann man in Anlehnung an die grundsätzliche Entscheidung des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel gemäß § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG a. F. mit ihrer Forderung nach einer verfassungskonformen Beschränkung auf tatsächlich kleine Einheiten¹⁶⁴ sowie das gerade auch auf verfassungsrechtliche Erwägungen gestützte Urteil des BAG zur Berücksichtigung von überlassenen Arbeitnehmern bei der konkreten Bestimmung der kündigungsschutzrechtlichen Betriebsgröße nach

¹⁶² Zur umstrittenen Frage von arbeitnehmerbezogenen Zustimmungsvorbehalten i. S. v. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG bejahend *Thiessen*, AG 2013, 573, 579 ff.; ablehnend *Fleischer*, BB 2013, 835, 841.

¹⁶³ WWKK/*Wißmann*, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2011, § 7 MitbestG Rn. 2.

¹⁶⁴ BVerfG 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, BVerfGE 97, 169 = AP KSchG 1969 § 23 Nr. 17 = NZA 1998, 470 = ZIP 1998, 705 (unter B II 4 b bb).

§ 23 Abs. 1 S. 3 KSchG¹⁶⁵ mit guten Gründen anzweifeln, ob es gerechtfertigt ist, den Arbeitnehmern den durch die unternehmerische Mitbestimmung gewährten erhöhten Schutz durch die Ausklammerung der Leiharbeitnehmer ganz oder teilweise vorzuenthalten, obwohl die reale Unternehmensgröße den maßgeblichen Schwellenwert überschreitet. Vor diesem Hintergrund erscheint es stimmiger, für den Schwellenwert auf die tatsächliche Beschäftigungsstrukturen abzustellen, als lediglich formale und manipulationsanfällige Kriterien über die Anwendbarkeit bzw. den Umfang der unternehmerischen Mittelbestimmung entscheiden zu lassen. Festgehalten werden kann jedenfalls, dass die strukturellen Unterschiede zwischen Stammarbeitskräften und Leiharbeitskräften, die nach Ansicht des BAG den einfachgesetzlich angeordneten Ausschluss des passiven Wahlrechts gemäß § 14 Abs. 2 S. 1 AÜG verfassungsrechtlich legitimieren, für die Schwellenwertfrage nicht ins Feld geführt werden können. Dies gilt für die Gewährleistung der Kontinuität des Aufsichtsrats als Organ und die Unabhängigkeit der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder ebenso wie für die Vermeidung von mit einer Doppelmitgliedschaft verbundenen Problemen und den Aspekt, dass die Kompetenzen des Aufsichtsrats des Entleiherunternehmens für die Belange der überlassenen Arbeitnehmer nur insoweit relevant sind, als es um diejenigen Fragen geht, die mit der Begründung Durchführung und Beendigung ihrer tatsächlichen Eingliederung verbunden sind.¹⁶⁶ Der vom BAG darüber hinaus angeführte Umstand, dass es nicht zu beanstanden sei, wenn der Gesetzgeber typisierend von einer nur kurzen Überlassungsdauer ausgegangen sei, lässt sich über das noch anzusprechende Tatbestandsmerkmal „in der Regel“ einfangen,¹⁶⁷ ohne dass es notwendig ist, Leiharbeitnehmer von vornherein aus dem Kreis der anzurechnenden Beschäftigten auszuklammern.

5. Europarechtliche Hindernisse?

Fraglich ist schließlich, ob die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern beim mitbestimmungsrechtlichen Schwellenwert an europarechtlichen Hindernissen scheitert, wie es die Argumentation von *Rieble*¹⁶⁸ nahelegt. Danach soll sich ein solches Hindernis aus Art. 7 der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG ergeben. Diese Vorschrift befasst sich ausdrücklich mit der Anrechnung von überlassenen Arbeitnehmern auf Schwellenwerte für die Einrichtung von Arbeitnehmervertretungen. Sie enthält in Abs. 1 den Grundsatz, dass Leiharbeitnehmer im Leiharbeitsunternehmen zu zählen sind.¹⁶⁹ Nach Abs. 2 *können* die Mitgliedstaaten vorsehen, dass

¹⁶⁵ BAG 24.1.2013 – 2 AZR 140/12, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 49 = NZA 2013, 726 = ZIP 2013, 1442 (Rn. 23).

¹⁶⁶ BAG 17.2.2010 – 7 ABR 51/08, AP BetrVG 1972 § 8 Nr. 14 = NZA 2010, 832 (Rn. 28).

¹⁶⁷ Dazu unten sub IV.

¹⁶⁸ *Rieble*, NZA 2012, 485, 487.

¹⁶⁹ Das von *Rieble* in Klammern hinzugefügte Wort „nur“ findet sich nicht im Richtlinien-text.

Leiharbeiternehmer im entleihenden Unternehmen in derselben Weise berücksichtigt werden wie Stammarbeitskräfte. Abs. 3 besagt schließlich, dass Mitgliedstaaten, welche die Option nach Abs. 2 wahrnehmen, nicht verpflichtet sind, Abs. 1 umzusetzen. Hierdurch bringt Abs. 3 zugleich zum Ausdruck, dass die Mitgliedstaaten frei sind, sowohl die Option nach Abs. 1 als auch nach Abs. 2 kumulativ zu nutzen, also eine doppelte Zählung anordnen können.¹⁷⁰ Auch wenn eine Doppelzurechnung als solche somit im Ergebnis unionsrechtlich eindeutig zulässig ist, gelangt *Rieble* gleichwohl zur Europarechtswidrigkeit der Annahme des BAG, Leiharbeiternehmer seien beim Schwellenwert des § 111 S. 1 BetrVG mit zu berücksichtigen,¹⁷¹ indem er die These aufstellt, dass das Wahlrecht dem Gesetzgeber vorbehalten sei und nicht von der Rechtsprechung ausgeübt werden könne („Optionsanmaßung“).¹⁷² Soweit in der sonstigen Literatur davon die Rede ist, dass es einer transparenten gesetzlichen Regelung bedarf,¹⁷³ wird allerdings nicht hinreichend deutlich, ob damit ebenfalls gemeint ist, den Gerichten sei durch Art. 7 Abs. 2 RL 2008/104/EG die traditionelle Aufgabe der Auslegung gesetzlicher Normen aus der Hand genommen.

Nun kann man schon fragen, ob die Unternehmensmitbestimmung überhaupt unter den Begriff der Einrichtung von Arbeitnehmervertretungen zu fassen ist, weil nur unter dieser Voraussetzung der Anwendungsbereich von Art. 7 RL 2008/104/EG eröffnet ist. Immerhin deutet der systematische Zusammenhang mit Art. 8 RL 2008/104/EG darauf hin, dass es insoweit nur um diejenigen Arbeitnehmervertretungen geht, die nach europarechtlichem Verständnis üblicherweise dem Bereich von Unterrichtung und Anhörung zuzuordnen sind. So unterscheidet die SE-Beteiligungsrichtlinie 2001/86/EG ausdrücklich zwischen Unterrichtung und Anhörung einerseits sowie Mitbestimmung andererseits.¹⁷⁴ Dasselbe gilt für die Kompetenznorm des Art. 153 Abs. 1 in lit. e und lit. f AEUV, wobei für das Zustandekommen von Richtlinien entsprechend dem jeweiligen Regelungsgegenstand (Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer bzw. Mitbestimmung) im Grundsatz unterschiedliche Voraussetzungen (Mehrheitsprinzip oder Einstimmigkeitsprinzip) gelten (vgl. Art. 153 Abs. 2 S. 2 bis 4 AEUV). Einer auf den Themenkomplex von Unterrichtung und Anhörung bezogenen unionsrechtlichen Vorschrift kann daher keine auf den Themenkomplex der Unternehmensmitbestimmung bezogene Regelung entnommen werden. Im Übrigen erlaubt Art. 153 Abs. 2 AEUV¹⁷⁵ als Kompetenzgrundlage der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG ohnehin nur die Schaffung von Mindeststandards, wie sich

¹⁷⁰ Siehe nur *Hamann*, EuZA 2009, 287, 322.

¹⁷¹ Siehe oben Fn. 33.

¹⁷² Zustimmung *Künzel/Schmidt*, NZA 2013, 300, 302; ebenso offenbar *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., 2011, § 4 Rn. 71.

¹⁷³ *Düwell*, AuR 2011, 288; *Hamann*, GS Wörlen, 2013, S. 519, 529.

¹⁷⁴ Art. 2 lit h bis k RL 2001/86/EG.

¹⁷⁵ Früher Art. 137 Abs. 2 EG.

aus Art. 153 Abs. 4 Spiegelstrich 2 AEUV ergibt.¹⁷⁶ Strengere Schutzmaßnahmen, zu denen auch die Anrechnung von Leiharbeitnehmern beim entscheidenden Unternehmen zu zählen sind, bleiben daher europarechtlich zulässig.

Hiervon abgesehen greift es zu weit, einer pauschal an die Mitgliedstaaten adressierten Option zu entnehmen, dass sie der Rechtsprechung eine nach nationalem Recht *lege artis* gewonnene Rechtsfindung untersagt und eine Art Parlamentsvorbehalt anordnet.¹⁷⁷ Die in diesem Zusammenhang angeführten Entscheidungen des EuGH betrafen andere Konstellationen und können eine solche Sichtweise daher nicht stützen. In der Rechtssache *Kommission/Niederlande* befand der EuGH, dass die bloße Möglichkeit, durch eine systematische Auslegung ein richtlinienkonformes Ergebnis zu erzielen, die mitgliedstaatliche Verpflichtung nicht erfülle, eine Richtlinienvorgabe hinreichend rechtssicher umzusetzen, wobei der EuGH angesichts der in Rede stehenden Materie (Umsetzung der Klauselrichtlinie 93/13/EWG) zusätzlich auf den Verbraucherschutz abstellte.¹⁷⁸ In der Rechtssache *Kommission/Italien* traf der EuGH die Aussage, dass es nicht genügt, verbindliche Richtlinienvorgaben lediglich durch leicht abänderbare Verwaltungsvorschriften umzusetzen, sondern dass hierfür Vorschriften mit derselben rechtlichen Bedeutung wie diejenigen innerstaatlichen Vorschriften geschaffen werden müssen, mit denen die frühere Fassung einer Richtlinie umgesetzt worden war.¹⁷⁹ Einen Grundsatz des Inhalts, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte an einer Rechtsgewinnung gehindert sind, die das europäische Recht den Mitgliedstaaten gerade freistellt, lässt sich diesen Entscheidungen nicht entnehmen. Vielmehr geht es in der gesamten europarechtlichen Diskussion ausschließlich um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Richterrecht als ordnungsgemäße Richtlinienumsetzung anzuerkennen ist.¹⁸⁰ Soweit das Thema überhaupt gestreift wird, geht die übrige Literatur dementsprechend wie selbstverständlich davon aus, dass es aus europarechtlicher Sicht in der Hand des BAG liegt, durch Interpretation des nationalen Rechts zu einer Zuordnung von Leiharbeitnehmern zum Entleiher zu gelangen.¹⁸¹ In

¹⁷⁶ Vgl. *Streinz/Eichenhofer*, EUV/AEUV, 2. Aufl., 2012, Art. 153 AEUV Rn. 4; *Högl*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., 2003, Art. 137 EG Rn. 55; *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl., 2011, Art. 153 AEUV Rn. 30; *Rebhahn/Reiner*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl., 2012, Art. 153 AEUV Rn. 75 f.

¹⁷⁷ Im Ergebnis auch *Hay/Grüneberg*, NZA 2014, 814, 817.

¹⁷⁸ EuGH 10.5.2001 – C-144/99, Slg. 2001, I-3541 (Rn. 21) – *Kommission/Niederlande*.

¹⁷⁹ EuGH 3.3.1988 – 116/86, Slg. 1988, 1323 (Rn. 14) – *Kommission/Italien*.

¹⁸⁰ Vgl. *Herrmann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003, S. 207 ff.

¹⁸¹ *Boemke*, RIW 2009, 177, 187 f.

diesem Sinne hat die EU-Kommission in ihrem aktuellen Bericht über die Anwendung der Leiharbeits-RL 2008/104/EG keine Bedenken gegen die betriebsverfassungsrechtliche Doppelzuordnung in Deutschland erhoben.¹⁸²

IV. „In der Regel“ beschäftigte Arbeitnehmer

Die mitbestimmungsrechtlichen Schwellenwerte verlangen durchgängig, dass die erforderliche Arbeitnehmerzahl „in der Regel“ erreicht wird. Mit dieser Formulierung, die bewusst an die entsprechende Regelung im BetrVG (heute in § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG) angelehnt ist, wollte der Gesetzgeber einem häufigen Wechsel der Mitbestimmungsform aufgrund von Schwankungen der Beschäftigtenzahl entgegenwirken.¹⁸³ Daher kommt es nach allgemeiner Ansicht auf den normalen Personalbestand unter Ausschluss kurzfristiger Erhöhungen oder Verminderungen der Arbeitnehmerzahl an.¹⁸⁴ Folgerichtig bedarf es einer rückwirkenden Betrachtung als auch einer Prognose über die künftige Entwicklung, wobei das stärkere Gewicht auf die in Zukunft zu erwartende Personalstärke zu richten ist.¹⁸⁵ Im Hinblick auf die Bestimmung der maßgeblichen Referenzperiode kursieren in Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Zeiträume.¹⁸⁶ Stellt man auf der einen Seite das Bedürfnis nach einer gewissen Stabilität der jeweiligen Mitbestimmungsform und auf der anderen Seite die in den letzten Jahren angestiegene Volatilität des Personalbestandes von Unternehmen in Rechnung, erscheint ein Referenzzeitraum von 12 bis 18 Monaten angemessen.

Für die Frage der Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bedeuten diese allgemeinen Vorgaben, dass es darauf ankommt, ob durch überlassene Arbeitnehmer nur vergleichsweise kurzfristige Auftragspitzen abgearbeitet werden sollen oder ob der Einsatz von Leiharbeitnehmern den Personalbestand des in Rede stehenden Unternehmens über einen längeren Zeitraum prägt. Sofern Arbeitnehmer nicht ständig, sondern lediglich immer wieder zeitweise

¹⁸² Vgl. COM (2014) 176 final, S. 16.

¹⁸³ BT-Drucksache 7/4845 vom 10.3.1976, S. 4.

¹⁸⁴ *Henssler*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl., 2013, § 3 MitbestG Rn. 63; *WWKK/Koberski*, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2011, § 1 MitbestG Rn. 38.

¹⁸⁵ LG Nürnberg-Fürth 11.6.1982 – 4 O 9031/81, BB 1982, 1625; LG Nürnberg-Fürth 10.11.1983 – 4 O 3900/83, ZIP 1984, 325, 326; LG Stuttgart 11.9.1984 – 2 AktE 1/84, DB 1984, 2551. Die starke Vergangenheitsorientierung des ArbG Offenbach 22.8.2012 – 10 BV 6/11, BeckRS 2012, 75531, stellt nicht in Rechnung, dass die in Bezug genommene Entscheidung des BAG den Fall einer Betriebsstilllegung betraf, bei der es naturgemäß im Allgemeinen nur auf die bisherige Belegschaft stärker ankommen kann; vgl. BAG 16.11.2004 – 1 AZR 642/03, AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 58 = ZIP 2005, 500.

¹⁸⁶ Vgl. OLG Düsseldorf 9.12.1994 – 19 W 2/94 AktE, DB 1995, 277, 278: 17 bis 20 Monate; *Köstler/Müller/Sick*, Aufsichtsratspraxis, 10. Aufl., 2013, Rn. 156: 18 Monate; *Henssler*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl., 2013, § 3 MitbestG Rn. 62, *Raiser/Veil*, MitbestG und DrittelbG, 5. Aufl., 2009, § 1 MitbestG Rn. 18, und *Rittner*, AG 1983, 99, 102 ff.: jeweils 18 bis 24 Monate; *Ulmer*, FS Heinsius, 1991, S. 855, 864: 6 bis 12 Monate.

beschäftigt werden, wie es gerade bei Leiharbeitnehmern vorkommen kann, wird man darauf abzustellen haben, ob sie während des Referenzzeitraums im Jahresverlauf üblicherweise länger als sechs Monate beschäftigt werden, weil dann davon ausgegangen werden kann, dass sie zum personellen Regelbestand des Unternehmens zählen.¹⁸⁷ Für die Zeit seit der Liberalisierung der Arbeitnehmerüberlassung durch die Hartz-Reform zum 1.1.2003 bis zum Inkrafttreten des ersten AÜG-Änderungsgesetzes zum 1.12.2011 ergaben sich von vornherein keine weiteren leiharbeitsrechtlichen Besonderheiten, weil insbesondere das BAG von der Statthaftigkeit einer Dauerüberlassung ausging¹⁸⁸ und zahlreiche Unternehmen das Instrument der Arbeitnehmerüberlassung auch permanent nutzten.¹⁸⁹

Die Einführung des Tatbestandsmerkmals „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG als Charakteristikum der Leiharbeit zum 1.12.2011 veranlasst einzelne Stimmen zu dem Schluss, dass Leiharbeitnehmer nunmehr per definitionem nicht mehr zu den in der Regel beschäftigten Arbeitnehmern gehören könnten.¹⁹⁰ Insoweit handelt es sich freilich um einen Fehlschluss.¹⁹¹ Zunächst führt die neue Gesetzesfassung nicht von selbst dazu, dass längerfristige Arbeitnehmerüberlassungen künftig ausnahmslos unterbleiben. Dies gilt umso mehr, als das BAG bei einer geplanten Dauerüberlassung zwar dem Betriebsrat ein Zustimmungsverweigerungsrecht im Sinne von § 99 BetrVG zuerkennt,¹⁹² die scharfe Sanktion des Zustandekommens eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher kraft Gesetzes aber verneint hat¹⁹³. Außerdem ist der Bezugspunkt für die Frage, ob Leiharbeitnehmer beim Schwellenwert mitzuzählen sind, ohnehin nicht der Einsatz des einzelnen Beschäftigten, der in der Tat häufig bereits nach kurzer Zeit wieder beendet ist,¹⁹⁴ sondern die längerfristige Nut-

¹⁸⁷ Vgl. BAG 18.10.2011 – 1 AZR 335/10, AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 70 = NZA 2012, 221 = ZIP 2012, 540 (Rn. 21); LAG Hessen 11.4.2013 – 9 TaBV 308/12, ZIP 2013, 1740, 1742; *Hay/Grüneberg*, NZA 2014, 814, 817; *WWKK/Koberski*, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., 2011, § 1 MitbestG Rn. 38.; ebenso bereits BAG 25.11.1992 – 7 ABR 7/92, AP GesamthafenbetriebsG § 1 Nr. 8 = NZA 1993, 955 (unter B III).

¹⁸⁸ Siehe die Nachweise in Fn. 121.

¹⁸⁹ Von 2004 bis 2008 stieg der Anteil der Nutzungsbetriebe unter den so genannten Großbetrieben (ab 250 Arbeitnehmer) von 34 Prozent auf 48 Prozent, die durchschnittliche Anzahl der Leiharbeitnehmer nahm in Großbetrieben von 24 auf 46 zu; vgl. den Elften Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – AÜG, BT-Drucksache 17/464 vom 18.8.2010, S. 21, sowie den Zwölften Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – AÜG, BT-Drucksache 18/673 vom 26.2.2014, S. 28 f.

¹⁹⁰ So *Künzel/Schmid*, NZA 2013, 300, 301.

¹⁹¹ Abl. auch *Hay/Grüneberg*, NZA 2014, 814, 817.

¹⁹² BAG 10.7.2013 – 7 ABR 91/11, AP AÜG § 1 Nr. 33 = NZA 2013, 1296 = ZIP 2013, 2275.

¹⁹³ BAG 10.12.2013 – 9 AZR 51/13, AP AÜG § 1 Nr. 34 = NZA 2014, 196 = ZIP 2014, 437.

¹⁹⁴ So endete im ersten Halbjahr 2013 knapp die Hälfte der Leiharbeitsverhältnisse nach weniger als drei Monaten; die durchschnittliche Dauer der Beschäftigung in der Arbeitnehmerüberlassung betrug im Jahr 2012 rund 10,3 Monate; vgl. Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.), *Der Arbeitsmarkt in Deutschland –*

zung von Leiharbeit als Instrument der Deckung des Personalbedarfs durch das jeweilige Unternehmen.¹⁹⁵ Wenn ein Unternehmen längere Zeit über einen bestimmten Bestand an Leiharbeitskräften verfügt, wird die Berücksichtigung dieses Bestandes somit nicht dadurch ausgeschlossen, dass es innerhalb des Bestandes lediglich zum vorübergehenden Einsatz von Beschäftigten kommt. Sofern die im Koalitionsvertrag der Regierungsparteien angekündigte Einführung einer Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten¹⁹⁶ auf den einzelnen Leiharbeitnehmer bezogen wird, bleiben diese Grundsätze von vornherein unberührt.¹⁹⁷ Selbst wenn die zu erwartende gesetzliche Regelung so ausgestaltet würde, dass Unternehmen auf Leiharbeit insgesamt nur vorübergehend zugreifen dürfen, wäre immer noch zu fragen, ob es jedenfalls für einen Zeitraum von immerhin 18 Monaten zu einer relevanten Erhöhung des Personalbestandes durch Arbeitnehmerüberlassung kommen wird. Auch die avisierte ausdrückliche Einbeziehung von Leiharbeitnehmern in die betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerte sollte nicht sogleich wieder zum Anlass für einen Umkehrschluss genommen werden. Wenn sich der Gesetzgeber einem Problem zuwendet, um es zu lösen, greift es unter den heutigen Verhältnissen zu weit, daraus eine bewusste Entscheidung abzuleiten, alle vergleichbaren Probleme keiner Regelung zuführen zu wollen.

Im Übrigen ist in allen diesen Gestaltungen darauf zu achten, dass es zu keiner unzulässigen Doppelzählung von Arbeitnehmern kommt. Wenn Beschäftigte also im Wege der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung in einem anderen konzernangehörigen Unternehmen eingesetzt werden, sind sie beim herrschenden Konzernunternehmen nicht doppelt zu zählen.¹⁹⁸ Gleiches gilt, wenn ein Leiharbeitnehmer für einen längeren Zeitraum einen anderen Arbeitnehmer vertritt. In derartigen Fällen ist der Rechtsgedanke von § 21 Abs. 7 BEEG zu verallgemeinern, so dass grundsätzlich nur der vertretene Arbeitnehmer anzurechnen ist.

Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, 2014; S. 17, abrufbar unter: <http://doku.iab.de/externe/2014/k140304r20.pdf>.

¹⁹⁵ In diesem Sinne bereits *Lutter*, ZGR 1977, 195, 205.

¹⁹⁶ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode, S. 49 f., abrufbar unter: <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf>.

¹⁹⁷ Nicht überzeugend daher die Skepsis bei *Lunk*, NZG 2014, 778, 780.

¹⁹⁸ Vgl. MünchArbR/*Wißmann*, 3. Aufl., 2009, § 279 Rn. 5 i. V. m. Rn. 3.

V. Wesentliche Ergebnisse

Leiharbeitnehmer sind trotz des Fehlens einer arbeitsvertraglichen Beziehung im Entleiherunternehmen als Arbeitnehmer im Sinne der unternehmensmitbestimmungsrechtlichen Schwellenwerte zu qualifizieren. Der Wortlaut, die Systematik und die Entstehungsgeschichte der relevanten Regelungen des Mitbestimmungsrechts, des Betriebsverfassungsrechts und des Arbeitnehmerüberlassungsrechts sprechen nicht nur nicht dagegen, sondern eher dafür, auch überlassene Arbeitnehmer mitzuzählen.

Den Ausschlag für die Einbeziehung von Leiharbeitnehmern geben teleologische Überlegungen: Sowohl die Grundidee der Mitbestimmung als auch der spezifische Normzweck von § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, der das Eingreifen der paritätischen Mitbestimmung deshalb an die Beschäftigung von in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmern knüpft, um den abhängig Beschäftigten trotz Anonymisierung und Bürokratisierung von Großunternehmen Gehör und Einfluss zu verschaffen, gebieten es, neben den Stammbeschäftigten grundsätzlich auch Leiharbeitnehmer mitzuzählen. Beide Beschäftigtengruppen sind in ähnlicher Weise von der unternehmerischen Planung und Leitung im Entleiherunternehmen betroffen. Entsprechendes gilt für die Schwellenwerte des § 1 Abs. 1 DrittelbG, bei denen es ebenfalls um eine Reaktion auf den zunehmenden Abstand zwischen Management und Belegschaft geht, zu dem es auch beim Einsatz von Leiharbeit kommt. Dasselbe ist im Ergebnis auch für die Schwellenwerte des § 7 Abs. 1 S. 1 MitbestG, die für eine angemessene Vertretung der unterschiedlichen Arbeitnehmerinteressen sorgen sollen, sowie des § 9 MitbestG anzunehmen, der den Vorrang der Delegiertenwahl bei Großunternehmen anordnet, um dem zunehmenden Abstand zwischen der Belegschaft und den Wahlbewerbern zu begegnen. Europarechtliche Hindernisse in Gestalt der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG stehen einer dahingehenden Gesetzesinterpretation nicht entgegen.

Im Einzelnen sind Leiharbeitnehmer beim Entleiher dann zu berücksichtigen, wenn sie dort „in der Regel“ beschäftigt werden. Hierfür kommt es auf einen Referenzzeitraum von 12 bis 18 Monaten an. Maßgeblicher Bezugspunkt ist dabei die Frage, wie viele Leiharbeitnehmer das Unternehmen innerhalb der Referenzperiode voraussichtlich üblicherweise zeitgleich beschäftigen wird. Ob der einzelne Leiharbeitnehmer nur für einen kürzeren Zeitraum im Unternehmen eingesetzt wird, ist unerheblich. Eine Doppelzurechnung desselben Beschäftigten innerhalb des Konzerns oder die Berücksichtigung eines nur zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigten Leiharbeitnehmers ist zu vermeiden.