

---

## Kommentar

---

Professor Dr. Volker Rieble\*

### Leiharbeitnehmer zählen doch?

#### I. Zwei neue Entscheidungen

Der 7. Senat steht in gefestigter Rechtsprechung auf dem Standpunkt: Leiharbeitnehmer wählen – aber zählen für die Betriebs- und Unternehmensgröße nicht<sup>1</sup> – also nicht in jenen Schwellenwerten, die auf die „wahlberechtigten Arbeitnehmer“ im Unternehmen oder Betrieb abstellen. Dabei geht es zentral um die Betriebs(rats)größe des § 9 BetrVG, aber auch um die Freistellungen des § 38 BetrVG und um die Organisationsregeln des BetrVG (vereinfachtes Wahlverfahren nach § 14 a BetrVG, Antragsbefugnis nach § 23 I BetrVG, Betriebsausschuss nach § 27 BetrVG, Ausschüsse und Arbeitsgruppen nach §§ 28, 28 a BetrVG, aber auch Betriebsgröße für das Übergangsmandat nach § 21 a II BetrVG und Stimmgewicht im Gesamtbetriebsrat nach § 47 VII BetrVG). Mittelbar bedeutsam ist die Frage für die Unternehmensmitbestimmung, weil § 3 I 1 Nr. 1 MitbestG und § 3 I DrittelbG jeweils auf den Arbeitnehmerbegriff des § 5 I BetrVG verweisen. Leiharbeitnehmer zählen also in der Unternehmensmitbestimmung – nicht<sup>2</sup>. Dagegen sollen sie für den Wirtschaftsausschuss des § 106 BetrVG doch zählen<sup>3</sup> – obzwar jene Norm auf das Wahlrecht des § 7 S. 2 BetrVG gar nicht abstellt, sondern nur auf „ständig beschäftigte Arbeitnehmer“ und obwohl es schwer verständlich ist, dass für die betriebsverfassungsrechtliche Mitwirkung in wirtschaftlichen Angelegenheiten eine andere Zählweise maßgebend sein soll, als in der Unternehmensmitbestimmung.

Leihkräfte sind zwar in die betriebliche Arbeitsorganisation eingegliedert, ihnen fehlt aber das für die betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmereigenschaft des § 5 I 1 BetrVG zusätzlich erforderliche Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber. § 7 S. 2 BetrVG verleiht den Leihkräften also ein aktives Wahlrecht – ohne sie der Belegschaft zuzuordnen.

Dieses Prinzip wird durch zwei neue Entscheidungen modifiziert: Der 7. Senat schließt aus der Neuregelung des § 5 I 3 BetrVG, dass im Wege der Personalgestaltung an privatrechtlich organisierte Unternehmen „verliehene“ Beamte, Soldaten

und Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes doch zählen<sup>4</sup>. Das ist in der Sache durchweg konsequent, weil diese „Leiharbeitnehmer“ nicht bloß in § 7 BetrVG das Wahlrecht erhalten, sondern nach § 5 I 3 BetrVG als Arbeitnehmer „gelten“, also den Stammkräften gleichgestellt sind – und deshalb wie diese mitzählen müssen. Zugleich bestätigt der Gesetzgeber mit dieser (angreifbaren) Differenzierung die Grundkonzeption der „Nicht-Zählens“ im Umkehrschluss: Dadurch, dass nur die Personalgestaltung aus dem öffentlichen Dienst „zählt“, folgt doch denkbare, dass normale Leiharbeitnehmer mit anderer Verleih-Herkunft keine Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG sind und nicht zählen können. Diese gesetzgeberische Unterscheidung schreibt also das „Nichtzählen“ der Leiharbeitnehmer einfachrechtlich fest. Zur Sachgerechtigkeit ist damit nichts gesagt – nur zum Gesetzesgehorsam.

Diametral gegenläufig ist eine Entscheidung des 1. Senats, der für den Schwellenwert des § 111 BetrVG, der ebenfalls auf eine bestimmte Anzahl „wahlberechtigter Arbeitnehmer“ abstellt, im Wege teleologischer Restriktion zu einem anderen Wortlautverständnis gelangt: Hier sollten doch die Leiharbeitnehmer des § 7 S. 2 BetrVG zählen, weil die Kleinunternehmensausnahme eben nur eine Ausnahme mit Rücksicht auf die geringere wirtschaftliche Belastbarkeit sei. Ein Unternehmen aber, das mit Stamm- und Leihkräften den Schwellenwert von mehr als zwanzig Arbeitnehmern überschreite,

---

\* Der Autor ist Direktor des Instituts des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München.

1 BAG, NZA 2003, 1345; BAG, NZA 2004, 1340; BAG, NZA 2004, 1053.

2 Ulmer/Habersack/Henssler, MitBestR, 2. Aufl. (2006), § 3 MitbestG Rdnr 32; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, MitbestimmungsR, 3. Aufl. (2008), § 3 Rdnr. 8; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12. 5 2004 – 19 W 2/04 AktE, BeckRS 2004, 07727 = GmbHR 2004, 1081: Leiharbeitnehmern fehlt die unternehmensmitbestimmungsrechtliche Betroffenheit.

3 Etwa Richardi/Annuf, BetrVG 13. Aufl. (2012) § 106 Rdnr. 11; richtig dagegen GK-BetrVG/Oetker, 9. Aufl. (2010), § 106 Rdnr. 30.

4 BAG, NZA 2012, 519 (in diesem Heft).

sei wirtschaftlich ebenso belastbar, wie ein solches mit gleich großer Stammebelegschaft: Es zahle schließlich über das Überlassungsentgelt mittelbar den Lohn auch für die Leiharbeiternehmer<sup>5</sup>. Es steht zu erwarten, dass der 1. Senat die Ausnahmereduktion auf andere „Verschonungstatbestände“ für Kleinunternehmen ausweiten wird, vor allem auf die gleichgelagerte Einstellungs- und Versetzungsmitwirkung des § 99 BetrVG. Auf den neuen § 5 I 3 BetrVG geht der Senat leider nicht ein. Der 1. Senat betont dabei, dass er die Rechtsprechung des 7. Senats zu den „Grundschwellenwerten“ der §§ 9, 38 BetrVG mit Blick auf die „unterschiedlichen Zwecke“ nicht in Frage stellt. Sonst hätte er auch den Großen Senat anrufen bzw. zunächst eine Voranfrage nach § 45 III 1 ArbGG an den 7. Senat stellen müssen.

## II. Nationale Probleme

### 1. Gleichheit in der Zählweise

Dass nach § 5 I 3 BetrVG Leiharbeiternehmer seit dem 1. 7. 2009 dann ausnahmsweise zählen, wenn sie aus dem öffentlichen Dienst im Wege der Personalgestellung verliehen werden und sonst nicht – ist zunächst dem beschränkten Zweck des „Gesetzes zur Errichtung eines Bundesaufsichtsamts für Flugsicherung und zur Änderung und Anpassung weiterer Vorschriften“ zu verdanken, in dessen Art. 9 die Änderung des BetrVG verankert ist.

Die Entwurfsbegründung<sup>6</sup> weist aus, dass eine punktuelle Vorschrift in § 5 I Bundeswertpapierverwaltungspersonalgesetz (das Wort muss man sich auf der Zunge zergehen lassen) verallgemeinert werden sollte, auch wenn man jene Sondernorm nicht hat aufheben wollen. Daneben sind ähnliche Sondernormen für Deutsche Bahn, die Post-Aktiengesellschaften und die Bundeswehr zu verzeichnen<sup>7</sup>, die inzwischen ebenfalls von § 5 I 3 BetrVG eingeholt, aber nicht aufgehoben sind. Für die der Beamtengestellung ähnlichen Schwestergestellungsverträge vertritt Richardi die Auffassung, dass die überlassenen Krankenpflegekräfte dem betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zuzuordnen seien<sup>8</sup> – obschon sie sowenig wie ein Leiharbeiternehmer ein Arbeitsverhältnis zum Einsatzbetrieb vorweisen können.

Nun sind Personalgestellung und Arbeitnehmerüberlassung im Kern gleichgelagerte Sachverhalte: Die Herkunft der überlassenen Arbeitskraft aus dem öffentlichen Dienst oder einer Schwestergestellung macht keinen Unterschied gegenüber Zeitarbeitsunternehmen. Worin also liegt der Sachgrund, weswegen überlassene Staatsbedienstete zählen, Leiharbeiternehmer aber nicht? Warum können 50 überlassene Staatsbedienstete zwei zusätzliche Betriebsratsmandate oder eine zusätzliche Freistellung bedeuten, 50 Leiharbeiternehmer aber nicht? Einen Sachgrund nicht etwa in der „Herkunft“ der Mitarbeiter, sondern in der allein maßgeblichen Beschäftigungswirkung im Einsatzbetrieb – auf den die Regelung des § 5 I 3 BetrVG beschränkt ist und der dort die betriebsverfassungsrechtliche Ungleichbehandlung tragen müsste, sehe ich nicht. Dass die Gestellung von Staatsbediensteten typischerweise an staatlich beherrschte Unternehmen erfolgt, rechtfertigt doch keine Sonderbetriebsverfassung nur für diese. Dass überlassene Beamte, Soldaten und Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes dem Einsatzbetrieb und dessen Betriebsrat mehr Arbeit machten als Leihkräfte, ist nicht ansatzweise ersichtlich. Allenfalls ließe sich mit Blick auf das passive Wahlrecht womöglich differenzieren, weil vom Staat beherrschte Unternehmen eine in den Betriebsrat gewählte Fremdkraft womöglich seltener zurückgeben, damit dessen Betriebsratsamt beendet und den Betriebsrat als Gremium

destabilisierten. Aber solche Amtskontinuitätsfragen trügen eben einen Unterschied nur im passiven Wahlrecht, aber nicht in der betriebsgrößenrelevanten Zählweise. Mit *Thüsing* halte ich die Norm für augenscheinlich gleichheitswidrig<sup>9</sup>. Der 7. Senat lässt eine Auseinandersetzung hiermit vermissen. Doch hätte er nach Art. 100 I GG sein Verfahren aussetzen und dem *BVerfG* die Frage nach dem Verstoß gegen Art. 3 I GG vorlegen müssen. Folgte man dieser Ansicht, so war der 7. Senat hier nicht der gesetzliche Richter.

### 2. Inkonsistenz teleologischer Reduktion

Die Entscheidung des 1. Senats passt zwar zu seiner (ebenso unausgewogenen) Rechtsprechung zur Zählweise im Gemeinschaftsbetrieb<sup>10</sup> – der aber seinerseits wenig über die Belastbarkeit der beteiligten Unternehmen aussagt. Zunächst übersteigt die teleologische Restriktion die Wortlautgrenze, weil der Gesetzgeber des BetrVG den Begriff „Arbeitnehmer“ einheitlich verwendet – eben um eine einfache Handhabung der Schwellenwerte zu ermöglichen. Die vom 1. Senat befürwortete Differenzierung ist mit dem Wortlaut nicht vereinbar und sprengt die Bindung des Richters an das Gesetz.

Außerdem ist sie in sich widersprüchlich: Leistungsfähig können viele Unternehmen mit bis zu 20 Arbeitnehmern sein: Von der schmalen Konzernholding, die mit nur acht Beschäftigten eine wirtschaftliche Einheit mit tausenden Arbeitnehmern steuert, von Kleinunternehmen, das den Widrigkeiten der Arbeitnehmerüberlassung mit (echten) Werkverträgen begegnet, bis hin zur Produktionseinheit, deren Fertigungstiefe gering ist und die vor allem Vorprodukte montieren lässt. Auch kommt es nur auf die Arbeitnehmerzahl im Inland an; ausländische Arbeitnehmer desselben Unternehmens sind nach dem BetrVG nicht wahlberechtigt und zählen nicht. In all jenen Fällen ist eine teleologische Reduktion nicht möglich; insbesondere sieht § 111 BetrVG keine Konzernzurechnung vor und macht damit selbst deutlich, dass ihm die „wirtschaftliche Belastbarkeit“ des Unternehmens weitgehend egal ist. Dass der 1. Senat sich dann gerade nur die Arbeitnehmerüberlassung restringierend herausnimmt, ist unlogisch und systemwidrig.

Für die Beratungspraxis ist jede inkonsistente Rechtsprechung mandatsfördernd: Das BAG „erwischt“ am Ende nur diejenigen, die ihre Unternehmensorganisation nicht hinreichend „glatt“ ausgestaltet haben und deshalb noch zu fassen sind. Das wiederum fördert den Arbeitsrechtsverdross bei denen, die nicht so gewieft sind. Arbeitsrecht wird zu einem Sonderrecht, das Schlaumeier unter den Arbeitnehmern vor den nicht grad ganz schlauen Arbeitgebern schützt. Das mag jeder für sich bewerten.

### III. Art. 7, 8 Leiharbeitsrichtlinie

Erstaunlich, dass beide Senate nicht auf die Leiharbeitsrichtlinie der Union achteten: Die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 11. 2008 „über Leiharbeit“<sup>11</sup> regelt in ihrem Art. 7 explizit die Zählweise von Leiharbeitnehmern für Arbeitnehmervertretungen

5 BAG, NZA 2012, 221.

6 BT-Dr 16/11608, S. 21.

7 Dazu Richardi (o. Fußn. 3), § 5 Rdnrn. 115 ff. und BAG, NZA-RR 2008, 634.

8 Richardi (o. Fußn. 3), § 5 Rdnr. 112. Zur Erscheinungsform: BAG, NZA 2010, 1302.

9 Thüsing, BB 2009, 2036 (2037).

10 BAG, NZA 2005, 420; zur Kritik Richardi/Annuß (o. Fußn. 3), § 111 Rdnr. 26 m. w. Nachw.

11 ABIEU 2008 Nr. L 327, S. 9.

- und zwar „bei der Berechnung des Schwellenwerts für die Einrichtung der Arbeitnehmervertretungen“:
- Nach dem Grundsatz des Abs. 1 zählen Leiharbeiter (nur) als Arbeitnehmer des Verleihers.
- Abs. 2 eröffnet explizit die Option, Leiharbeiter beim Entleiher so zu zählen, wie dort Stammkräfte zählen.
- Abs. 3 stellt schließlich klar, dass der Mitgliedsstaat sowohl die Option hat, Leihkräfte nur beim Entleiher zählen zu lassen, aber auch eine Doppelzählung vorsehen dürfen.

Art. 8 legt eine Mindestunterrichtungspflicht der Arbeitnehmervertretung des Entleihers „über den Einsatz von Leiharbeitern in dem Unternehmen“ fest – allerdings „unbeschadet strengerer und/oder spezifischerer einzelstaatlicher [...] Vorschriften.“

Nun ließe sich bei enger Lesart jede Relevanz der Richtlinie bestreiten: Ob Leiharbeiter zählen, ist in Ansehung der „Errichtung“ nur für den Fünfer-Wert in § 1 I 1 BetrVG von Bedeutung. Doch geht es der Richtlinie um die „Einrichtung“ – was sich ohne Weiteres als Bezug jedenfalls zu allen organisatorischen Fragen verstehen lässt oder womöglich auch als Vorgabe für die Ausstattung mit Mitbestimmungsrechten. Dagegen wiederum ließe sich die gesonderte Erwähnung der „strengerer und/oder spezifischeren“ nationalen Regelungen des Art. 8 einwenden. Was die Richtlinie insofern meint, kann nur der *EuGH* entscheiden. Rationale Vorhersage ist unmöglich.

Nun ja – wird der geneigte Leser einwenden: Art. 7 gestattet doch gerade die Zählung auch im Einsatzbetrieb oder sogar die Doppelzählung. Was ist dann gegen das *BAG* einzuwenden? Die Richtlinienumsetzung ist nach Art. 288 III AEUV den Mitgliedstaaten aufgegeben, damit aber gerade nicht dem nationalen Richterrecht. Der *EuGH* hat den kritischen Blick: Richtlinienumsetzung durch „nationale Rechtsprechung“ könne „nicht die Klarheit und Bestimmtheit aufweisen [...], die notwendig sind, um dem Erfordernis der Rechtssicherheit zu genügen“<sup>12</sup>. Außerdem müssen Umsetzungsmaßnahmen mindestens denjenigen rechtlichen Rang aufwei-

sen, wie das die Materie im Übrigen regelnde nationale Recht<sup>13</sup>. Das Arbeitnehmerüberlassungsrecht wird in Deutschland vom Gesetzgeber mit dem AÜG geregelt. Also scheidet schon europarechtlich jede „Optionsanmaßung“ durch das *BAG* aus. Nur der Bundestag kann entscheiden, ob er von den Optionsmöglichkeiten des Art. 7 Leiharbeitsrichtlinie im AÜG Gebrauch machen will. Auf innerstaatliche Parlamentsvorbehalte kommt es nicht mehr an. Das wiederum heißt: Jedenfalls der 1. Senat hätte – beschränkt durch das Frustrationsverbot – dem *EuGH* die Frage vorlegen müssen, ob seine teleologische Reduktion des Schwellenwertes in § 111 BetrVG mit Art. 7 der Richtlinie vereinbar ist.

§ 5 I 3 BetrVG kann zwar als selektive Optionswahrnehmung durch den Gesetzgeber aufgefasst werden. Doch trifft der Gleichheitsverstoß auf ein europarechtliches Echo: § 5 I 3 BetrVG steht unter dem Umsetzungsregime der Leiharbeitsrichtlinie. Das wiederum eröffnet nach Art. 51 GRCh den Anwendungsbereich eben der Grundrechtecharta, ebenso wie die Achtungspflicht gegenüber der Anhörungsrichtlinie 2002/14/EG. Damit aber ist die Anwendung des Gleichheitssatzes nach Art. 20 GRCh eröffnet, der gerade i.V. mit Art. 27 GRCh als „Mitbestimmungsgrundrecht“ strikte Gleichheit in der betrieblichen Mitbestimmung insbesondere bei der Zählweise fordert. Und wer darf diese Frage entscheiden? Nur der *EuGH*.

Das *BAG* veranstaltete 2012 sein Siebtes Europarechtliches Symposium in Erfurt. Das ließe stärkere europarechtliche Sensibilität erhoffen. Die Bindung des Richters an Verfassung und Gesetz, an das europäische Recht und an die ausschließlichen Entscheidungskompetenzen der durch Vorlagepflichten ausschließlich zuständigen Gerichte konstituiert das Rechtsstaatsprinzip. Diesbezüglich wäre eine größere Sensibilität in Erfurt wünschenswert. ■

<sup>12</sup> *EuGH*, NJW 2001, 2244 Rdnr. 21 – Kommission/Niederlande.

<sup>13</sup> *EuGH*, Slg. 1988, 1323 Rdnr. 14; Herrmann, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung (2003), S. 209 f.