

BUNDEsarbeitsgericht



7 ABR 34/11

2 TaBV 35/10

Landesarbeitsgericht
Schleswig-Holstein

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
15. August 2012

BESCHLUSS

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin,

2.

Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

3.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 15. August 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Zwanziger, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Schmidt sowie die ehrenamtlichen Richter Coulin und Kley für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein vom 5. April 2011 - 2 TaBV 35/10 - wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

- A. Gegenstand des Verfahrens ist die Anfechtung einer Betriebsratswahl. 1
- Die Beteiligte zu 1. ist eine im Betrieb „Campus K“ der zu 3. beteiligten Arbeitgeberin vertretene Gewerkschaft. Im vorliegenden Verfahren ficht sie die Wahl des in diesem Betrieb gebildeten und zu 2. beteiligten Betriebsrats an. 2
- Die Arbeitgeberin, eine GmbH, wurde im Jahre 2005 gegründet. Bis zum 31. Dezember 2009 war sie eine 100 %ige Tochtergesellschaft des Universitätsklinikums Schleswig-Holstein, einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts (*künftig: UK-SH*). Zum 1. Januar 2010 trat mit 49 % ein privater Investor ein. Die Geschäftsführung der Arbeitgeberin wurde vom UK-SH gestellt. 3
- Die Arbeitgeberin erbringt für das UK-SH nichtmedizinische Dienstleistungen, insbesondere Reinigungs- und Sterilisationsleistungen, Hol- und Bringdienste sowie Transportleistungen. Dafür unterhält sie zwei Betriebe, darunter einen am „Campus K“. Sie setzt eigene, bei ihr angestellte Arbeitnehmer ein. Das sind in K ca. 700. Darüber hinaus sind dort bereits seit vielen Jahren 284 beim UK-SH angestellte Arbeitnehmer tätig. Dabei handelt es sich um Arbeitnehmer, die in Servicebereichen eingesetzt waren, die vor der Gründung der 4

Arbeitgeberin das UK-SH selbst betrieben hatte. Die tatsächliche Regelung des Arbeitseinsatzes oblag dabei seit ihrer Gründung allein der Arbeitgeberin. Die beim UK-SH angestellten Arbeitnehmer führten die Tätigkeiten zusammen mit den eigenen Arbeitnehmern der Arbeitgeberin durch.

Eine förmliche Regelung des Einsatzes der beim UK-SH angestellten Arbeitnehmer bei der Arbeitgeberin bestand zunächst nicht. Erst als zum 1. Januar 2010 der private Partner bei der Arbeitgeberin eintrat, schloss das UK-SH mit der Arbeitgeberin am 16. Dezember 2009 einen Personalgestellungsvertrag. Danach stellte das UK-SH die von ihm angestellten Arbeitnehmer der Arbeitgeberin zur Verfügung, die sich ihrerseits verpflichtete, diese Arbeitnehmer einzusetzen. Das UK-SH behält sich diese Arbeitnehmer betreffende grundsätzliche personelle Angelegenheiten, beispielsweise die Entscheidung über Kündigungen und ihren Ausspruch vor. Demgegenüber fallen nach der Vereinbarung in die Zuständigkeit der Arbeitgeberin insbesondere die fachlichen Weisungsrechte, die sich aus der Ausübung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts ergeben, zB die Zuweisung der Arbeitstätigkeit. Das UK-SH verfügt über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis.

5

Im Zusammenhang mit dem Abschluss des förmlichen Personalgestellungsvertrages widersprachen sämtliche beim UK-SH angestellten und bei der Arbeitgeberin eingesetzten Arbeitnehmer dem mit einem möglichen Betriebs(teil-)übergang verbundenen Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse.

6

Im Betrieb „Campus K“ der Arbeitgeberin stand am 4. und 5. Mai 2011 eine Betriebsratswahl an. Der dafür eingesetzte Wahlvorstand sah die im Wege der Personalgestaltung eingesetzten Beschäftigten des UK-SH nicht als passiv wahlberechtigt an. Der dagegen gerichtete Einspruch einer betroffenen Arbeitnehmerin gegen die Wählerliste wurde als unbegründet zurückgewiesen. Die Antragstellerin reichte eine eigene Wahlvorschlagsliste ein, die sie am 6. April 2010 beim Wahlvorstand abgab. Die Liste enthielt die Namen von zehn Beschäftigten, die im Rahmen der Personalgestaltung bei der Arbeitgeberin tätig sind. Unter dem 7. April 2010 wies der Wahlvorstand diese Vorschlagsliste zurück, da sie wegen der Aufnahme gestellter Arbeitnehmer an einem unheilba-

7

ren Mangel leide. Die Wahl wurde ohne diese Vorschlagsliste durchgeführt. Der Wahlvorstand gab das Wahlergebnis am 5. Mai 2010 bekannt.

Mit ihrem am 17. Mai 2010 beim Arbeitsgericht eingegangenen und am 20. Mai 2010 zugestellten Antrag hat die Antragstellerin die Betriebsratswahl im Betrieb „Campus K“ der Arbeitgeberin angefochten. Sie hat die Ansicht vertreten, der Wahlvorstand habe gegen wesentliche Wahlvorschriften verstoßen, indem er die gestellten Arbeitnehmer nicht als wählbar behandelt und den Wahlvorschlag der Antragstellerin zurückgewiesen habe. Dies berechtige zur Anfechtung.

8

Die Antragstellerin hat zuletzt sinngemäß beantragt,

9

die am 4. und 5. Mai 2010 im Betrieb „Campus K“ der Arbeitgeberin durchgeführte Betriebsratswahl für unwirksam zu erklären.

Der Betriebsrat hat beantragt, den Antrag abzuweisen.

10

Er hat sich darauf berufen, Wahlfehler lägen nicht vor. Zu Recht sei der Wahlvorstand davon ausgegangen, dass die im Wege der Personalgestellung bei der Arbeitgeberin eingesetzten Arbeitnehmer nicht passiv wahlberechtigt seien. § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG besage nichts anderes. Ferner greife die Bestimmung nicht, wenn es - wie hier - nicht um die Privatisierung hoheitlicher Aufgaben gehe. Zu berücksichtigen sei ferner, dass ein Fall der Arbeitnehmerüberlassung vorliege. Die überlassenen Arbeitnehmer seien daher nach § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG im Betrieb der Arbeitgeberin nicht wählbar. Außerdem sei die Gestellung rechtsunwirksam. Der Personalrat des UK-SH sei nicht ordnungsgemäß beteiligt worden und zudem sei bei der Gestellung die Zustimmung des Betriebsrats der Arbeitgeberin nach § 99 BetrVG nicht eingeholt worden.

11

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag stattgegeben. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Betriebsrats hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit seiner Rechtsbeschwerde verfolgt der Betriebsrat weiterhin sein Ziel der Antragsabweisung. Die Antragstellerin begehrt die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde.

12

- B. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Zu Recht hat das Landes- 13
arbeitsgericht die Beschwerde gegen die dem Anfechtungsantrag stattgebende
Entscheidung des Arbeitsgerichts zurückgewiesen. Durch die Nichtberücksich-
tigung der gestellten Arbeitnehmer als passiv wahlberechtigt und die Zurück-
weisung der von der Antragstellerin eingereichten Liste, auf der solche Arbeit-
nehmer als Kandidaten aufgeführt waren, hat der Wahlvorstand Wahlfehler
begangen, die zur Anfechtung der Betriebsratswahl berechtigen.
- I. Neben den Beteiligten des Verfahrens sind weitere Personen oder 14
Stellen nicht nach § 83 Abs. 3 ArbGG am Verfahren beteiligt. Beteiligter in
Angelegenheiten des Betriebsverfassungsgesetzes ist nach der ständigen
Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts jede Stelle, die durch die begehrte
Entscheidung in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Stellung unmittelbar
betroffen ist (*vgl. etwa BAG 17. April 2012 - 1 ABR 84/10 - Rn. 15 mwN*).
1. Unmittelbar in diesem Sinne sind weder das UK-SH noch der bei ihm 15
gebildete Personalrat betroffen (*vgl. auch Hess. LAG 16. August 2007 - 9 TaBV
27/07 - Rn. 29 und LAG Bremen 24. November 2009 - 1 TaBV 27/08 - Rn. 50*).
§ 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG regelt die Einbeziehung der dort genannten Beschäf-
tigten in die Betriebsverfassung. Er trifft keine Aussage dazu, ob und wie diese
Beschäftigten in das System der Personalvertretung bei der Dienststelle,
hinsichtlich derer ein individualrechtliches Rechtsverhältnis besteht, einzube-
ziehen sind. Die Frage, wie die gestellten Arbeitnehmer betriebsverfassungs-
rechtlich einzuordnen sind, sagt deshalb nichts dazu aus, wie sich ihre perso-
nalvertretungsrechtliche Stellung darstellt.
2. Ebenso wenig sind die gewählten Betriebsratsmitglieder oder die 16
gestellten Arbeitnehmer am Verfahren beteiligt. Anders als bei einer Teilanfech-
tung der Betriebsratswahl (*vgl. dazu zum Beispiel BAG 16. März 2005 - 7 ABR
40/04 - zu B I 1 der Gründe, BAGE 114, 119*) findet eine Beteiligung nicht statt,
wenn die Betriebsratswahl insgesamt angefochten wird (*vgl. BAG 14. Januar
1983 - 6 ABR 39/82 - zu II 1 c der Gründe, BAGE 41, 275*).

- II. Nach § 19 BetrVG kann ua. eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft - wie die Antragstellerin - eine Betriebsratswahl binnen einer Frist von zwei Wochen vom Tage der Bekanntgabe des Wahlergebnisses an gerechnet anfechten, wenn ua. gegen wesentliche Vorschriften über die Wählbarkeit verstoßen worden ist und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. Diese Voraussetzungen einer Anfechtung liegen hier vor. 17
1. Die nach § 19 Abs. 2 Satz 1 BetrVG anfechtungsberechtigte Antragstellerin hat mit dem am 17. Mai 2010 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antrag die zweiwöchige Frist zur Anfechtung der am 5. Mai 2010 bekannt gemachten Betriebsratswahl eingehalten. 18
2. Die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit liegen vor. Der Wahlvorstand hat gegen Vorschriften über die Wählbarkeit verstoßen, indem er die beim UK-SH angestellten und im Betrieb „Campus K“ der Arbeitgeberin tätigen Arbeitnehmer nicht als wählbar behandelt und die von der Antragstellerin eingereichte Liste deshalb zurückgewiesen hat. Dieser Fehler wurde nicht berichtigt und konnte Auswirkungen auf das Wahlergebnis haben (§ 19 Abs. 1 BetrVG). 19
- a) Die beim UK-SH angestellten, bei der Arbeitgeberin eingesetzten und im Betrieb „Campus K“ tätigen Arbeitnehmer waren bei der Betriebsratswahl passiv wahlberechtigt. Das ergibt sich aus § 5 Abs. 1 Satz 3, § 7 und § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Wie der Senat in seinem Beschluss vom 15. Dezember 2011 entschieden hat, sind die in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG genannten Beschäftigten jedenfalls bei den organisatorischen Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes zu berücksichtigen, die auf die regelmäßige Anzahl der (*wahlberechtigten*) Arbeitnehmer des Betriebs abstellen (- 7 ABR 65/10 - Rn. 20 ff., EzA BetrVG 2001 § 5 Nr. 7). Das hat der Senat aus Wortlaut, Zweck, Systematik und Entstehungsgeschichte der Bestimmung hergeleitet. Daran hält der Senat uneingeschränkt fest und sieht daher von einer erneuten Wiedergabe der im Beschluss vom 15. Dezember 2011 (- 7 ABR 65/10 - Rn. 20 bis 31, aaO) im Einzelnen dargestellten Erwägungen ab. Für das passive Wahlrecht der in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG genannten Beschäftigten, die in Betrieben privatrechtlich 20

organisierter Unternehmen tätig sind, gilt nichts anderes. Dabei verlangt auch der vorliegende Streitfall keine abschließende Beurteilung, ob die in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG genannten Arbeitnehmer in jeglicher Hinsicht den Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes unterfallen. Jedenfalls sind sie im Einsatzbetrieb passiv wahlberechtigt nach § 8 BetrVG, soweit sie die dort genannten weiteren Voraussetzungen erfüllen. Das entspricht auch der ganz überwiegenden Meinung im Schrifttum (so *DFL/Maschmann* 4. Aufl. § 5 BetrVG Rn. 5; *DKKW/Trümner* 13. Aufl. § 5 Rn. 108; *Düwell jurisPR-ArbR* 33/2009 Anm. 6; *Fitting* 26. Aufl. § 5 Rn. 318; *HaKo-BetrVG/Kloppenburg* 3. Aufl. § 5 Rn. 22; *Hamann jurisPR-ArbR* 21/2011 Anm. 4; *Heilmann AiB* 2009, 500, 502; *Heise/Fedder NZA* 2009, 1069, 1071; *HWK/Gaul* 5. Aufl. § 5 BetrVG Rn. 34a; *H/S/W/G/N/R/Rose* 8. Aufl. § 5 Rn. 84; *Thüsing in Richardi BetrVG* 13. Aufl. § 8 Rn. 6; *Raab GK-BetrVG* 9. Aufl. § 5 Rn. 6, 14; *Thüsing BB* 2009, 2036; *Wolmerath dbr* 10/2009, 32; aA *Löwisch BB* 2009, 2316, 2317; v. *Steinau-Steinrück/Mosch NJW-Spezial* 2009, 706).

- aa) Für die Wählbarkeit der in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG genannten Beschäftigten spricht bereits der Wortlaut der gesetzlichen Regelung. Wenn die dort genannten Personen als „Arbeitnehmer“ gelten, dann sind sie unter den Voraussetzungen des § 7 Satz 1 BetrVG „wahlberechtigt“, was wiederum unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ihre Wählbarkeit zur Folge hat. 21
- bb) Auch der Zweck von § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG spricht für dieses Ergebnis. Die grundsätzliche Einbeziehung der dort genannten Beschäftigtengruppen in die Betriebsverfassung hat ihren Sinn letztlich in der Erkenntnis, dass diese Personengruppe aufgrund ihrer Tätigkeit im Einsatzbetrieb von den dort getroffenen Entscheidungen des Betriebsinhabers betroffen ist. Vor diesem Hintergrund entspricht es dem Zweck der Regelung, wenn sich diese Betroffenheit auch in der Möglichkeit auswirkt, in das System der betrieblichen Interessenvertretung integriert, also auch zum Betriebsrat aktiv und passiv wahlberechtigt zu sein. 22
- cc) Aus rechtssystematischen Argumenten folgt nichts anderes. 23

(1) Dem steht nicht entgegen, dass in § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG die in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG genannten Beschäftigungsgruppen, anders als die in Heimarbeit Beschäftigten, nicht ausdrücklich genannt sind. Der Gesetzgeber hebt in § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG die in Heimarbeit Beschäftigten heraus, weil für sie der Arbeitnehmerstatus nicht davon abhängt, dass sie dem Betrieb angehören, sondern davon, ob sie - wie es in § 5 Abs. 1 Satz 2 BetrVG heißt - „für den Betrieb arbeiten“. Die sonstigen in § 5 Abs. 1 BetrVG genannten Arbeitnehmergruppen, nämlich Arbeitnehmer iSv. § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG und die in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG genannten Beschäftigtengruppen gehören dem Betrieb an und müssen deshalb nicht gesondert in § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG genannt werden. Die in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG genannten Arbeitnehmer fallen ohne Weiteres unter § 8 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BetrVG.

24

(2) Auch ein Vergleich mit den Regelungen, die die Wahlberechtigung von Leiharbeitnehmern regeln, führt nicht dazu, dass die in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG genannten Arbeitnehmer nicht oder jedenfalls dann nicht passiv wahlberechtigt sind, wenn gleichzeitig Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Allerdings regelt das Gesetz in § 7 Satz 2 BetrVG, § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG, dass Leiharbeitnehmer zwar aktiv, nicht jedoch passiv wahlberechtigt sind. Diesen Bestimmungen gehen § 5 Abs. 1 Satz 3 iVm. § 7 Abs. 1 Satz 1, § 8 BetrVG jedoch vor. Das ergibt sich schon daraus, dass nach § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG außerhalb des öffentlichen Dienstes eingesetzte Beamte und Soldaten einerseits und außerhalb des öffentlichen Dienstes eingesetzte Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes andererseits im Rahmen eines Einsatzes bei einem privatrechtlich organisierten Unternehmen betriebsverfassungsrechtlich gleichbehandelt werden sollen. Da aber für Beamte und Soldaten das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht, auch nicht entsprechend gilt (*vgl. für Beamte: BAG 24. März 1993 - 4 AZR 291/92 - zu II 3 der Gründe, AP TVG § 1 Tarifverträge: Autokraft Nr. 1*), könnte eine abweichende Ansicht dazu führen, dass im Rahmen derselben Überlassung von Beschäftigten des öffentlichen Dienstes zwar die Beamten oder Soldaten das passive Wahlrecht im Einsatzbetrieb hätten, nicht jedoch die gleichzeitig dort eingesetzten Arbeitnehmer. Dies entspricht weder der Systematik noch dem Zweck des Gesetzes.

25

(3) Ebenso wenig spricht gegen dieses Ergebnis, dass anders als in § 5 Abs. 1 des Gesetzes über das Personal der Bundeswertpapierverwaltung vom 12. Juli 2006 (*BWpVerwPG*, *BGBI. I* S. 1466) in § 5 Abs. 1 Satz 3 *BetrVG* die Frage des aktiven und passiven Wahlrechts nicht ausdrücklich angesprochen ist (*vgl. dazu auch schon BAG 15. Dezember 2011 - 7 ABR 65/10 - Rn. 23, EzA BetrVG 2001 § 5 Nr. 7*). Das gebietet keinen Umkehrschluss. Nach § 5 Abs. 1 *BWpVerwPG* gelten die von diesem Gesetz erfassten Beschäftigten der Bundeswertpapierverwaltung „für die Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes ... als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Bundesrepublik Deutschland - Finanzagentur GmbH und sind als solche aktiv und passiv wahlberechtigt“. Der Gesetzgeber dieses Gesetzes hat deshalb die Frage der Wahlberechtigung als - nach dem Gesetzeswortlaut selbstverständliche - Folge der in der gesetzlichen Vorschrift fingierten Arbeitnehmereigenschaft bei der Finanzagentur GmbH angesehen. Diese selbstverständliche Rechtsfolge erneut - deklaratorisch - auszusprechen, hat der Gesetzgeber in § 5 Abs. 1 Satz 3 *BetrVG* ersichtlich nicht für erforderlich gehalten.

dd) Für die Wählbarkeit der in § 5 Abs. 1 Satz 3 *BetrVG* genannten Personen im Einsatzbetrieb sprechen schließlich auch Gesetzesbegründung und Entstehungsgeschichte der Regelung (*vgl. dazu im Einzelnen schon BAG 15. Dezember 2011 - 7 ABR 65/10 - Rn. 25 und 27, EzA BetrVG 2001 § 5 Nr. 7*). Die Einführung der Regelung in das Betriebsverfassungsgesetz beruht auf einer Prüfbitt des Bundesrates in seiner Stellungnahme vom 7. April 2006 (*BT-Drucks. 16/1336 S. 21*) zum Entwurf des Bundesschuldenwesenmodernisierungsgesetzes. Danach sollte geprüft werden, ob das Betriebsverfassungsgesetz durch Einfügung einer allgemeinen Regelung dahingehend geändert werden könne, dass Beamtinnen und Beamte bei Zuweisung in privatrechtliche Einrichtungen für die Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelten und als solche aktiv und passiv wahlberechtigt sind. Hieran anknüpfend hat der historische Gesetzgeber eine allgemeine Regelung in das Betriebsverfassungsgesetz aufnehmen wollen, nach der Beschäftigte des öffentlichen Dienstes - auch Arbeitnehmer - bei Zuweisung an privatrechtlich organisierte Einrichtungen generell für die Anwendung des

Betriebsverfassungsgesetzes als deren Arbeitnehmer gelten und damit auch aktiv und passiv bei den Betriebsratswahlen wahlberechtigt sein sollen (*BT-Drucks. 16/11608 S. 21*).

ee) Auch verfassungsrechtliche Gründe stehen dem Ergebnis nicht entgegen. 28

(1) Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes folgt aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. Die danach dem Bund zustehende konkurrierende Gesetzgebung für das Arbeitsrecht schließt ausdrücklich auch die Betriebsverfassung ein. § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG regelt nur die Stellung der dort genannten Beschäftigten bei den privatrechtlich organisierten Unternehmen, also eine betriebsverfassungsrechtliche Frage und keine Frage der Personalvertretung im öffentlichen Dienst, die dem Personalvertretungsrecht zuzuordnen wäre (*vgl. zur Abgrenzung BVerfG 3. Oktober 1957 - 2 BvL 7/56 - zu B II 4 der Gründe, BVerfGE 7, 120*). Fragen der Personalvertretung im öffentlichen Dienst der Länder sind von dieser Bestimmung daher nicht angesprochen. Dem Landesgesetzgeber steht es insoweit frei, personalvertretungsrechtliche Regelungen über die Stellung der in dieser Vorschrift genannten Beschäftigtengruppen zu treffen. 29

(2) Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (*Art. 3 Abs. 1 GG*) liegt nicht etwa deswegen vor, weil zwar die in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG genannten, individualrechtlich im öffentlichen Dienst tätigen, jedoch anderweitig eingesetzten Arbeitnehmer ein passives Wahlrecht haben, nicht jedoch die Arbeitnehmer, für die § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG gilt. § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG regelt eine strukturell auf Dauer angelegte Sondersituation, nämlich organisatorische Änderungen im öffentlichen Dienst, die sich auf privatrechtlich organisierte Arbeitgeber auswirken. Das ist mit der Situation der Überlassung einzelner Arbeitnehmer nicht vergleichbar (*vgl. insoweit auch bereits BAG 15. Dezember 2011 - 7 ABR 65/10 - Rn. 30, EzA BetrVG 2001 § 5 Nr. 7*). 30

(3) Entgegen der Rechtsbeschwerde bestehen auch sonst keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Dass trotz der generell auf Dauer angelegten Umstrukturierungen möglicherweise eine gewisse Unstetigkeit durch die ge- 31

setzliche Regelung in die Betriebsverfassung gebracht wird, ist nicht verfassungswidrig. Die Verfassung sieht keine bestimmte Form der Betriebsverfassung vor. Der Gesetzgeber hat deshalb von Verfassungs wegen einen weiten Beurteilungsspielraum bei der Ausgestaltung der Betriebsverfassung. Dieser ist hier nicht überschritten.

b) Die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG sind erfüllt. Die 32
beim UK-SH angestellten und aufgrund des Gestellungsvertrages bei der Arbeitgeberin eingesetzten Arbeitnehmer waren daher zur Betriebsratswahl passiv wahlberechtigt und der Wahlvorstand hätte den von der Antragstellerin eingereichten Wahlvorschlag nicht zurückweisen dürfen.

aa) Das UK-SH ist als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts Teil des 33
öffentlichen Dienstes. Die Arbeitnehmer, deren passives Wahlrecht hier streitbefangen ist, sind Arbeitnehmer des UK-SH. Einem - möglichen - Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse auf die Arbeitgeberin haben sie widersprochen. Als GmbH ist die Arbeitgeberin auch ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen iSv. § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG. Die Vorschrift setzt entgegen der Auffassung des Betriebsrats nicht voraus, dass hoheitliche Aufgaben privatisiert werden.

bb) Die Arbeitnehmer sind auch bei der Arbeitgeberin „tätig“ iSd. gesetzli- 34
chen Bestimmung.

(1) Indem § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG es für die Einordnung der in dieser 35
Bestimmung genannten Beschäftigten in den Betrieb ausreichen lässt, dass sie dort „tätig sind“, knüpft er allein an einen tatsächlichen Umstand an. Das gesetzliche Tatbestandsmerkmal stellt insoweit darauf ab, ob die dort benannten Beschäftigten tatsächlich betriebsangehörig sind. Betriebsangehörig in diesem Sinne sind - da es auf ein individualrechtliches Beschäftigungsverhältnis zum Inhaber des Einsatzbetriebs nicht ankommt - alle Beschäftigten, die nach den allgemeinen in der Betriebsverfassung geltenden Grundsätzen in die Betriebsorganisation eingegliedert sind (*vgl. zu diesen Grundsätzen BAG 21. Juli 2004 - 7 ABR 38/03 - zu B I 2 a der Gründe, AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 8 = EzA BetrVG 2001 § 9 Nr. 3*).

Im Hinblick auf die rein tatsächliche Ausgestaltung des gesetzlichen Tatbestandsmerkmals kommt es auch nicht darauf an, ob dem Einsatz der in § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG genannten Beschäftigtengruppen im Einsatzbetrieb rechtliche Bedenken entgegenstehen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich - wie hier - um einen zwischen der Dienststelle und dem privatrechtlich organisierten Unternehmen koordinierten, vom Beschäftigten akzeptierten Einsatz handelt (*im Ergebnis ebenso ErfK/Koch 12. Aufl. § 5 BetrVG Rn. 3a; DKKW/Trümner § 5 Rn. 114*).

36

Etwas anderes gilt auch nicht dann, wenn - was der Betriebsrat hier geltend macht - die Eingliederung unter Verstoß gegen § 99 BetrVG zustande gekommen sein sollte. Im Falle eines Verstoßes gegen § 99 BetrVG bleibt es dem Betriebsrat unbenommen, nach § 101 BetrVG vorzugehen und gerichtlich das Ende der Eingliederung der betroffenen Arbeitnehmer in den Betrieb durchzusetzen. Diese Bestimmung ist Teil eines in sich austarierten Rechtsfolgensystems bei personellen Einzelmaßnahmen. Es widerspräche der gesetzlichen Systematik, aus Verstößen gegen § 99 BetrVG weitere, im Gesetz nicht ausdrücklich geregelte Rechtsfolgen herzuleiten (*vgl. BAG 23. Juni 2009 - 1 ABR 23/08 - Rn. 19, BAGE 131, 145*).

37

(2) Nach diesen Grundsätzen sind die beim UK-SH angestellten und bei der Arbeitgeberin eingesetzten Arbeitnehmer in die Betriebsorganisation eingegliedert, da die Arbeitgeberin das für ein Arbeitsverhältnis typische Weisungsrecht innehat und die Entscheidung über den Einsatz auch nach Zeit und Ort trifft. Die Arbeitgeberin übt diese Funktion hier jedenfalls im Sinne einer aufgespaltenen Arbeitgeberstellung aus (*vgl. BAG 11. September 2001 - 1 ABR 14/01 - zu B I der Gründe, EzA BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 10, für die Regelung in § 99 BetrVG*).

38

cc) Die weiteren Voraussetzungen für die Wählbarkeit der gestellten Arbeitnehmer nach § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG liegen ebenfalls vor. Sie gehörten zum Wahlzeitpunkt dem Einsatzbetrieb länger als sechs Monate an. Das gilt auch, wenn man - was offenbleiben kann - auf eine Tätigkeit unter der Geltung von § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG abstellt. Diese Vorschrift trat bereits am 4. August

39

2009 in Kraft (Art. 9 Nr. 1 iVm. Art. 17 des Gesetzes vom 29. Juli 2009, verkündet am 3. August 2009, BGBl. I S. 2424).

c) Damit liegt ein Wahlfehler vor, der nicht berichtigt wurde. Er konnte sich auf das Wahlergebnis auswirken, da bei einer Zulassung der von der Antragstellerin eingereichten Liste ein anderes Wahlergebnis möglich gewesen wäre.

40

Linsenmaier

Schmidt

Zwanziger

Coulin

Kley