Bundesarbeitsgericht Siebter Senat	Beschluss vom 18. Januar 2017 - 7 ABR 60/15 - ECLI:DE:BAG:2017:180117.B.7ABR60.15.0
I. Arbeitsgericht Kassel	Beschluss vom 11. Dezember 2014 - 9 BV 8/14 -
II. Hessisches Landesarbeitsgericht	Beschluss vom 2. November 2015 - 16 TaBV 48/15 -

---

Entscheidungsstichworte:

Freizustellende Betriebsratsmitglieder - Leiharbeitnehmer

Leitsatz:

Leiharbeitnehmer sind bei der Feststellung der für die Anzahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke im Entleiherbetrieb zu berücksichtigen, wenn sie zu dem regelmäßigen Personalbestand des Betriebs gehören.

BUNDESARBEITSGERICHT

7 ABR 60/15
16 TaBV 48/15
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
18. Januar 2017

BESCHLUSS

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragsteller,

2.

Antragsteller,

3.

Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 18. Januar 2017 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, die Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel und Waskow sowie die ehrenamtlichen Richterinnen Gmoser und Jacobi für Recht erkannt:

> Auf die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin wird der Beschluss des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 2. November 2015 - 16 TaBV 48/15 - teilweise aufgehoben.
>
> Auf die Beschwerde der Arbeitgeberin wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Kassel vom 11. Dezember 2014 - 9 BV 8/14 - teilweise abgeändert.
>
> Der Antrag des Beteiligten zu 2. festzustellen, dass ein zweites Mitglied des Betriebsrats freizustellen ist, wird als unzulässig abgewiesen.
>
> Im Übrigen wird die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Beteiligten streiten über die Anzahl der nach § 38 BetrVG freizustellenden Betriebsratsmitglieder. 1

Die zu 3. beteiligte Arbeitgeberin ist ein Unternehmen der kunststoffverarbeitenden Industrie. Bei ihr ist der zu 1. beteiligte Betriebsrat gebildet. Im Rahmen seiner konstituierenden Sitzung am 21. März 2014 wählte der Betriebsrat den Vorsitzenden sowie dessen Stellvertreter, den Beteiligten zu 2., als freigestellte Betriebsratsmitglieder. Vor der Sitzung hatte der Betriebsrat die Arbeitgeberin über die beabsichtigte Wahl von zwei freizustellenden Betriebsratsmitgliedern informiert. Nachdem die Arbeitgeberin einer zweiten Freistellung unter Hinweis auf die aus ihrer Sicht zutreffende Anzahl der regelmäßig be- 2

schäftigten Arbeitnehmer widersprochen hatte, verlangte der Betriebsrat von der Arbeitgeberin aufgrund eines Beschlusses vom 23. April 2014 die Freistellung auch des Beteiligten zu 2. Zu diesem Zeitpunkt beschäftigte die Arbeitgeberin 488 Stammarbeitnehmer einschließlich der Auszubildenden sowie 22 Leiharbeitnehmer. Die Anzahl der beschäftigten Stamm- und Leiharbeitnehmer im Betrieb der Arbeitgeberin entwickelte sich wie folgt:

Stichtag	Stammarbeitnehmer (Arbeitnehmer und Auszubildende)	Leiharbeitnehmer
01.01.2013	487	nicht erfasst
01.02.2013	488	nicht erfasst
01.03.2013	486	nicht erfasst
01.04.2013	482	11
01.05.2013	483	14
01.06.2013	485	14
01.07.2013	482	14
01.08.2013	495	14
01.09.2013	496	14
01.10.2013	495	22
01.11.2013	493	22
01.12.2013	493	22
01.01.2014	490	19
01.02.2014	488	20
01.03.2014	486	21
01.04.2014	488	22
01.05.2014	490	22
01.06.2014	489	22
01.07.2014	489	28
01.08.2014	501	28
01.09.2014	500	29

Höchstens fünf der Leiharbeitnehmer wurden zur Vertretung von ausgefallenen Stammarbeitnehmern eingesetzt. 3

Der Betriebsrat und der Beteiligte zu 2. haben die Auffassung vertreten, nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sei der Beteiligte zu 2. als zweites Mitglied des Betriebsrats von der Arbeitsleistung freizustellen. Im Zeitpunkt der Freistellungswahl habe die Arbeitgeberin in der Regel mindestens 501 Arbeitnehmer einschließlich der Leiharbeitnehmer beschäftigt. Die Leiharbeitnehmer seien bei der für die Anzahl freizustellender Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke zu berücksichtigen, da sie nicht nur einen vorübergehenden Beschäftigungsbedarf abdeckten und das dauerhafte Arbeitsaufkommen im Betriebsrat wesentlich beeinflussten. 4

Der Betriebsrat und der Beteiligte zu 2. haben beantragt 5

1. festzustellen, dass ein zweites Mitglied des Betriebsrats freizustellen ist,
2. die Arbeitgeberin zu verpflichten, das Mitglied des Betriebsrats B zum Zwecke der Betriebsratstätigkeit von der Erbringung der Arbeitsleistung in vollem Umfang für die Dauer der Wahlperiode freizustellen.

Die Arbeitgeberin hat beantragt, die Anträge abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, Leiharbeitnehmer seien bei der Feststellung der Anzahl der Arbeitnehmer im Rahmen des § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG nicht zu berücksichtigen. 6

Das Arbeitsgericht hat den Anträgen des Betriebsrats und des Beteiligten zu 2. stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde der Arbeitgeberin zurückgewiesen. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt die Arbeitgeberin die Abweisung der Anträge weiter. Der Betriebsrat sowie der Beteiligte zu 2. begehren die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde. 7

B. Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin ist überwiegend unbegründet. Die Vorinstanzen haben dem Antrag des Betriebsrats festzustellen, dass ein zweites Mitglied des Betriebsrats freizustellen ist, sowie dem Antrag des Betriebsrats und des Beteiligten zu 2., die Arbeitgeberin zu verpflichten, den Beteiligten zu 2. zum Zwecke der Betriebsratstätigkeit von der Erbringung der Arbeitsleistung freizustellen, zu Recht entsprochen. Die Rechtsbeschwerde hat 8

nur insoweit Erfolg, als das Landesarbeitsgericht dem Feststellungsantrag (Antrag zu 1.) des Beteiligten zu 2. stattgegeben hat. Insoweit ist die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts aufzuheben und der Antrag zu 1. des Beteiligten zu 2. als unzulässig abzuweisen.

I. Die Rechtsbeschwerde ist begründet, soweit das Landesarbeitsgericht dem Antrag des Beteiligten zu 2. auf Feststellung, dass ein zweites Betriebsratsmitglied freizustellen ist, stattgegeben hat. Dieser Antrag ist unzulässig, da dem Beteiligten zu 2. hierfür die Antragsbefugnis fehlt. 9

1. Im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren ist ein Beteiligter antragsbefugt iSv. § 81 Abs. 1 ArbGG, wenn er eigene Rechte geltend macht. Ebenso wie die Prozessführungsbefugnis im Urteilsverfahren dient die Antragsbefugnis im Beschlussverfahren dazu, Popularklagen auszuschließen. Im Beschlussverfahren ist die Antragsbefugnis gegeben, wenn der Antragsteller durch die begehrte Entscheidung in seiner kollektivrechtlichen Rechtsposition betroffen sein kann. Das ist regelmäßig der Fall, wenn er eigene Rechte geltend macht und dies nicht von vornherein als aussichtslos erscheint *(vgl. BAG 4. Dezember 2013 - 7 ABR 7/12 - Rn. 15; 5. März 2013 - 1 ABR 75/11 - Rn. 17; 21. August 2012 - 3 ABR 20/10 - Rn. 26 mwN; 17. Juni 2009 - 7 ABR 96/07 - Rn. 9)*. 10

2. Danach ist der Beteiligte zu 2. für den Antrag zu 1. nicht antragsbefugt. 11

a) Das mit dem Antrag zu 1. verfolgte Begehren ist auf die Feststellung gerichtet, dass nach der Freistellungsstaffel des § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG mindestens zwei Betriebsratsmitglieder von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen sind. Aus der Antragsbegründung ergibt sich, dass das Antragsbegehren auf die Dauer der Amtszeit des Betriebsrats bezogen und an die Beschlusslage vom 23. April 2014 gebunden ist. Die Beteiligten streiten danach allein über den Umfang - die „richtige“ Anzahl - der im Zeitpunkt der Wahl *(zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt: vgl. BAG 13. März 2013 - 7 ABR 69/11 - Rn. 28 ff., BAGE 144, 340; Fitting 28. Aufl. § 38 Rn. 8)* am 21. März 2014 vorzunehmenden Freistellungen iSv. § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG und nicht etwa über die Freistellung des Beteiligten zu 2., der am 21. März 2014 als zweites freizustellen- 12

des Betriebsratsmitglied gewählt wurde. Dieses Ziel verfolgen der Betriebsrat und der Beteiligte zu 2. mit dem gesonderten Antrag zu 2.

b) Die begehrte Feststellung, dass ein zweites Betriebsratsmitglied freizustellen ist, betrifft unmittelbar nicht den Beteiligten zu 2., sondern nur den Betriebsrat als Organ in seiner betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsposition. Das einzelne Betriebsratsmitglied hat erst nach seiner Wahl einen Anspruch darauf, freigestellt zu werden *(vgl. BAG 5. Dezember 2012 - 7 ABR 17/11 - Rn. 14; 15. Dezember 2011 - 7 ABR 65/10 - Rn. 12 mwN, BAGE 140, 208)*. Daher ist dessen betriebsverfassungsrechtliche Rechtsposition in Bezug auf die Freistellung erst nach der Wahl berührt. 13

II. Im Übrigen ist die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin unbegründet. 14

1. Das Landesarbeitsgericht hat dem Antrag zu 1. des Betriebsrats zu Recht stattgegeben. 15

a) Der Antrag zu 1. ist als Zwischenfeststellungsantrag iSv. § 256 Abs. 2 ZPO zulässig. 16

aa) Der Streit über die Anzahl der Freistellungen betrifft ein betriebsverfassungsrechtliches Rechtsverhältnis der Betriebsparteien im Sinne einer durch die Herrschaft einer Rechtsnorm über einen konkreten Sachverhalt entstandenen rechtlichen Beziehung. 17

bb) Das Rechtsverhältnis ist iSv. § 256 Abs. 2 ZPO vorgreiflich für die Entscheidung über das mit dem Antrag zu 2. verfolgte Leistungsbegehren. Deshalb bedarf es keines Feststellungsinteresses gemäß § 256 Abs. 1 ZPO. 18

(1) Mit einem Zwischenfeststellungsantrag wird es dem Antragsteller ermöglicht, neben einer rechtskräftigen Entscheidung über seinen Leistungsantrag auch eine rechtskräftige Entscheidung über ein nach § 322 Abs. 1 ZPO der Rechtskraft nicht fähiges streitiges Rechtsverhältnis herbeizuführen, auf das es für die Entscheidung über den Leistungsantrag ankommt *(vgl. zur Zwischenfeststellungsklage BGH 28. September 2006 - VII ZR 247/05 - Rn. 12, BGHZ* 19

169, 153). Die Vorgreiflichkeit des Rechtsverhältnisses ersetzt das ansonsten nach § 256 Abs. 1 ZPO für einen Feststellungsantrag erforderliche Feststellungsinteresse *(vgl. BAG 24. April 1996 - 4 AZR 876/94 - zu I der Gründe)*. Ein Zwischenfeststellungsantrag ist allerdings dann unzulässig, wenn bereits durch die Entscheidung über den Leistungsantrag die Rechtsbeziehung zwischen den Beteiligten erschöpfend geklärt wird *(vgl. BAG 24. April 1996 - 4 AZR 876/94 - aaO; BGH 28. September 2006 - VII ZR 247/05 - aaO)*.

(2) Die Rechtsbeziehung der Betriebspartner wird durch die Entscheidung über das mit dem Antrag zu 2. verfolgte Leistungsbegehren nicht abschließend geklärt. Die Rechtskraft dieser Entscheidung erfasst ausschließlich den Ausspruch darüber, ob die Arbeitgeberin verpflichtet ist, den Beteiligten zu 2. freizustellen, nicht jedoch das zugrunde liegende streitige Rechtsverhältnis, ob - unabhängig von der Person des Beteiligten zu 2. - ein zweites Betriebsratsmitglied freizustellen ist. 20

b) Der Antrag zu 1. ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass der Betriebsrat nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG die Freistellung von zwei seiner Mitglieder beanspruchen kann. 21

aa) Nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sind in Betrieben mit in der Regel 501 bis 900 Arbeitnehmern zwei Betriebsratsmitglieder von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen. § 38 Abs. 1 BetrVG bestimmt nicht selbst, wer Arbeitnehmer im Sinne dieser Vorschrift ist. Daher ist von dem allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff in § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG auszugehen, den das Gesetz in § 5 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3, Abs. 2 und Abs. 3 BetrVG erweitert sowie einschränkt. 22

(1) Danach ist Arbeitnehmer, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen einem Arbeitnehmer und dem Inhaber eines Betriebs genügt allerdings nicht in jedem Fall, um die Beurteilung zu rechtfertigen, der Arbeitnehmer sei auch im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn Arbeitnehmer 23

„des Betriebs“. Erforderlich ist hierzu vielmehr die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung des Arbeitnehmers zu einem bestimmten Betrieb. Diese setzt regelmäßig voraus, dass der Arbeitnehmer in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert ist *(vgl. BAG 4. November 2015 - 7 ABR 42/13 - Rn. 28, BAGE 153, 171; 5. Dezember 2012 - 7 ABR 48/11 - Rn. 18 mwN, BAGE 144, 74)*.

(2) Der aus den zwei Komponenten der Vertragsbindung zum Betriebsinhaber und der Eingliederung in dessen Betrieb bestehende betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff wird regelmäßig ohne Weiteres der „Normalfall-Gestaltung“ gerecht, die dadurch gekennzeichnet ist, dass ein Arbeitnehmer aufgrund eines wirksamen Arbeitsvertrags in der einzigen Betriebsstätte seines Arbeitgebers unselbständige, fremdbestimmte Arbeit leistet. Beim drittbezogenen Personaleinsatz, bei dem der zum „Vertragsarbeitgeber“ in arbeitsvertraglicher Beziehung stehende Arbeitnehmer in den Betrieb des „Betriebsarbeitgebers“ eingegliedert ist, führt die „Zwei-Komponenten-Lehre“ jedoch nicht zu sachgerechten Ergebnissen. Ihre uneingeschränkte Anwendung hätte vielmehr zur Folge, dass der Arbeitnehmer einerseits dem Betrieb seines Vertragsarbeitgebers mangels Eingliederung nicht zugeordnet werden könnte, während es andererseits zum Betriebsarbeitgeber an einem arbeitsvertraglichen Band fehlt. In derartigen Fällen der aufgespaltenen Arbeitgeberstellung bedarf es einer differenzierten Beurteilung der betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnung von Arbeitnehmern. Die Lösungen müssen zum einen die ausdrücklich normierten (spezial-)gesetzlichen Konzepte, zum anderen aber auch die Funktion des Arbeitnehmerbegriffs im jeweiligen betriebsverfassungsrechtlichen Zusammenhang angemessen berücksichtigen. Deshalb ist eine normzweckorientierte Auslegung der jeweiligen auf den oder die Arbeitnehmer abstellenden Vorschrift geboten *(vgl. BAG 4. November 2015 - 7 ABR 42/13 - Rn. 29, BAGE 153, 171; 5. Dezember 2012 - 7 ABR 48/11 - Rn. 25, BAGE 144, 74)*. Aufgrund einer normzweckorientierten Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs hat der Senat nicht an seiner früheren Rechtsprechung festgehalten, nach der Leiharbeitnehmer im Rahmen der in § 9 Satz 1 BetrVG bestimmten, für die 24

Größe des Betriebsrats maßgeblichen Schwellenwerte nicht zu berücksichtigen waren *(BAG 10. März 2004 - 7 ABR 49/03 - zu B I 1 a der Gründe, BAGE 110, 27; 16. April 2003 - 7 ABR 53/02 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 106, 64)*. Der Senat hat entschieden, dass nach Sinn und Zweck der Schwellenwerte in § 9 BetrVG die in der Regel beschäftigten Leiharbeitnehmer mitzuzählen sind *(BAG 13. März 2013 - 7 ABR 69/11 - Rn. 21 ff., BAGE 144, 340)*.

(3) Nachdem der Senat die „Zwei-Komponenten-Lehre“ für die Fälle des drittbezogenen Personaleinsatzes aufgegeben hat, hält er auch nicht weiter an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, Leiharbeitnehmer seien bei der Feststellung der Belegschaftsstärke im Entleiherbetrieb nach § 38 Abs. 1 BetrVG grundsätzlich nicht zu berücksichtigen *(BAG 22. Oktober 2003 - 7 ABR 3/03 - BAGE 108, 185)*. Leiharbeitnehmer sind bei der Freistellungsstaffel vielmehr mitzurechnen, wenn sie zu dem regelmäßigen Personalbestand des Betriebs zählen. Dies ergibt die normzweckorientierte Auslegung der Vorschrift *(iE ebenso ErfK/Koch 17. Aufl. § 38 BetrVG Rn. 1; Haas/Hoppe NZA 2013, 294, 297; DKKW/Wedde 15. Aufl. § 38 Rn. 9, 11; HWK/Reichold 7. Aufl. § 38 BetrVG Rn. 4; Thüsing in Richardi BetrVG 15. Aufl. § 38 Rn. 9 und § 9 Rn. 7; Zimmermann DB 2014, 2591, 2592; vgl. zur Berücksichtigung von Beamten, Soldaten und Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes, die in privatrechtlichen Unternehmen tätig sind, bei den Schwellenwerten in §§ 9, 38 BetrVG: BAG 15. Dezember 2011 - 7 ABR 65/10 - Rn. 24, 26, BAGE 140, 208)*. 25

(a) Aus dem Wortlaut des § 38 Abs. 1 BetrVG kann nicht entnommen werden, dass Leiharbeitnehmer bei der maßgeblichen Beschäftigtenzahl nicht zu berücksichtigen sind. Die Vorschrift stellt zwar auf die „in der Regel“ in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer ab. Hierzu können jedoch auch Leiharbeitnehmer zählen, obwohl sie nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG im Entleiherbetrieb nur „vorübergehend“ beschäftigt werden dürfen. Durch das bei Schwellenwerten der mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften grundsätzlich übliche Merkmal „in der Regel“ will der Gesetzgeber lediglich zufälligen Resultaten bei schwankenden Beschäftigtenzahlen vorbeugen *(BAG 4. November 2015 - 7 ABR 42/13 - Rn. 36, BAGE 153, 171)*. Der dauerhafte Personalstand kann auch durch Leih- 26

arbeitnehmer beeinflusst werden, die auf Stammarbeitsplätzen eingesetzt werden, sofern dies nicht zur Vertretung des zeitweilig verhinderten Stelleninhabers geschieht. Für den regelmäßigen Personalbestand ist es dabei unerheblich, für welchen Zeitraum ein einzelner Leiharbeitnehmer nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG eingesetzt werden dürfte.

(b) Der systematische Kontext der Vorschrift hindert die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten des § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG nicht. 27

Allerdings folgt aus § 14 Abs. 1 AÜG, dass Leiharbeitnehmer während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher weiter dem entsendenden Betrieb des Verleihers angehören. Dies gebietet aber nicht den Schluss, Leiharbeitnehmer könnten im Entleiherbetrieb bei den Schwellenwerten keine Berücksichtigung finden. Dem systematischen Zusammenhang von Betriebsverfassungsgesetz und Arbeitnehmerüberlassungsgesetz lässt sich nicht entnehmen, Leiharbeitnehmer dürften hinsichtlich der Anzahl freizustellender Arbeitnehmer nur bei einem der beiden Arbeitgeber berücksichtigt werden. Die Situation der Leiharbeitnehmer ist vielmehr gerade durch die Aufspaltung der Arbeitgeberstellung gekennzeichnet *(vgl. zu § 9 BetrVG BAG 13. März 2013 - 7 ABR 69/11 - Rn. 26, BAGE 144, 340)*. 28

(c) Für die Berücksichtigung der Leiharbeitnehmer sprechen entscheidend Sinn und Zweck der Schwellenwerte in § 38 Abs. 1 BetrVG. Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin verfolgen die Regelungen in § 9 BetrVG zur Größe des Betriebsrats und in § 38 Abs. 1 BetrVG zur Anzahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder keine grundsätzlich unterschiedlichen Zwecke. Beide Vorschriften dienen vielmehr der sachgerechten Erfüllung der betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben des Betriebsrats, deren Umfang typischerweise von der Anzahl regelmäßig beschäftigter Arbeitnehmer maßgeblich geprägt wird. 29

(aa) Im Interesse einer möglichst effektiven Betriebsratsarbeit sieht § 38 Abs. 1 BetrVG als generalisierende Konkretisierung der allgemeinen Vorschrift des § 37 Abs. 2 BetrVG ab einer bestimmten Betriebsgröße die völlige Freistel- 30

lung von Betriebsratsmitgliedern von der Pflicht zur Arbeitsleistung vor *(Fitting 28. Aufl. § 38 Rn. 1)*. Grundsätzlich sind nach § 37 Abs. 2 BetrVG Mitglieder des Betriebsrats von ihrer beruflichen Tätigkeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts zu befreien, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Unter den in § 38 Abs. 1 BetrVG genannten Voraussetzungen sind Betriebsratsmitglieder von ihrer beruflichen Tätigkeit insgesamt freizustellen. Zweck dieser Vorschrift ist es, Streitigkeiten zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber über den Umfang der notwendigen Arbeitsbefreiung zu vermeiden. Das Gesetz geht dabei davon aus, dass bei einer bestimmten Betriebsgröße eine Mindestzahl von Freistellungen erforderlich ist, damit die Betriebsratstätigkeit ordnungsgemäß durchgeführt werden kann. Durch die in § 38 Abs. 1 BetrVG vorgesehene Staffelung soll sichergestellt werden, dass die Anzahl der freigestellten Betriebsratsmitglieder in einem angemessenen Verhältnis zur Anzahl der betriebsangehörigen Arbeitnehmer steht, deren Interessen und Rechte der Betriebsrat zu wahren hat. Die Anzahl der in der Regel im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer bestimmt den Tätigkeitsaufwand des Betriebsrats maßgeblich. Je mehr Arbeit im Betriebsrat anfällt, desto mehr Mitglieder soll er haben und desto höher soll die Anzahl seiner freigestellten Mitglieder sein.

Der Arbeitsaufwand des Betriebsrats wird nicht nur durch die Stammbe- 31
legschaft, sondern auch durch die Leiharbeitnehmer bestimmt. Dies gilt nicht nur für die Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten gemäß § 99 BetrVG, sondern auch für die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten nach § 87 BetrVG, die der Betriebsrat des Entleiherbetriebs - jedenfalls partiell - auch für die Leiharbeitnehmer wahrzunehmen hat *(vgl. hierzu ausführlich BAG 13. März 2013 - 7 ABR 69/11 - Rn. 31 f., BAGE 144, 340)*. Auch über die Mitbestimmung hinaus ist der Betriebsrat in erheblichem Umfang für die Leiharbeitnehmer und deren Angelegenheiten zuständig. So sind überlassene Arbeitnehmer nach § 14 Abs. 2 Satz 2 AÜG berechtigt, im Entleiherbetrieb die Sprechstunden der Arbeitnehmervertretungen aufzusuchen und an den Betriebs- und Jugendversammlungen teilzunehmen. Ferner gelten für sie nach § 14 Abs. 2 Satz 3 AÜG im Entleiherbetrieb die §§ 81, 82 Abs. 1 und die §§ 84 bis 86 BetrVG. Danach

haben auch Leiharbeitnehmer das Recht, mit Hilfe des Betriebsrats des Entleiherbetriebs eine individuelle Beschwerde bei den zuständigen Stellen im Entleiherbetrieb zu führen, indem sie nach § 84 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ein Mitglied des Betriebsrats zur Unterstützung oder Vermittlung hinzuziehen. § 85 BetrVG sieht vor, dass der Betriebsrat Beschwerden von Arbeitnehmern entgegennimmt und, falls er sie für berechtigt erachtet, beim Arbeitgeber auf Abhilfe hinwirkt *(BAG 13. März 2013 - 7 ABR 69/11 - Rn. 33, aaO)*. Eine angemessene Interessenvertretung der Belegschaft durch den Betriebsrat wäre daher gefährdet, wenn die Anzahl der regelmäßig im Betrieb beschäftigten Leiharbeitnehmer bei der Ermittlung der für die Freistellung einzelner seiner Mitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke keine Berücksichtigung fände *(vgl. bereits BAG 15. Dezember 2011 - 7 ABR 65/10 - Rn. 26, BAGE 140, 208; zu § 9 BetrVG vgl. auch BAG 13. März 2013 - 7 ABR 69/11 - Rn. 28 ff., aaO)*.

(bb) Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin bedarf es dabei weder einer Feststellung, ob im Betrieb der Arbeitgeberin eine bestimmte Quote an Leiharbeitnehmern beschäftigt wird, noch ist im Einzelfall maßgeblich, ob der Einsatz von Leiharbeitnehmern tatsächlich zu einer signifikanten Steigerung der Aufgaben des Betriebsrats führt. Vielmehr kommt es auf eine typisierende Betrachtung der gesetzlichen Aufgaben des Betriebsrats an, die sich infolge der Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes durch das Gesetz zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes vom 23. Juli 2001 *(BGBl. I S. 1852)* erweitert haben. Der Gesetzgeber ist dabei von einem Aufgabenzuwachs für die Betriebsräte im Zusammenhang mit der Einführung und Anwendung neuer Techniken, moderner Produktions- und Arbeitsmethoden, Qualifizierung, Beschäftigungssicherung sowie Arbeits- und Umweltschutz ausgegangen. Er hat deshalb ua. die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder erhöht *(BT-Drs. 14/5741 S. 36 zu Nr. 8)* und die für eine Freistellung maßgebliche Arbeitnehmerzahl gesenkt *(BT-Drs. 14/5741 S. 41 zu Nr. 30)*. Obwohl der Betriebsrat des Entleiherbetriebs bei einer differenzierenden Auslegung der betriebsverfassungsrechtlichen Vorschriften für die Leiharbeitnehmer nur partiell zuständig ist, hat sich dessen Arbeitsaufwand durch die Erweiterung der Mitbestimmung nicht 32

nur hinsichtlich der Stammarbeitskräfte, sondern in beträchtlicher Weise auch hinsichtlich der Leiharbeitnehmer erhöht *(vgl. BAG 13. März 2013 - 7 ABR 69/11 - Rn. 34, BAGE 144, 340)*.

bb) Danach hat das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen, dass nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zwei Mitglieder des Betriebsrats von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen sind, weil in der Regel mindestens 501 Arbeitnehmer in dem Betrieb der Arbeitgeberin beschäftigt werden. 33

(1) Für die Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer ist die normale Beschäftigtenzahl maßgeblich, also diejenige Personalstärke, die für den Betrieb im Allgemeinen kennzeichnend ist. Zur Ermittlung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl ist nicht nur der Personalbestand in der Vergangenheit zugrunde zu legen, sondern auch die künftige, aufgrund konkreter Unternehmerentscheidungen zu erwartende Entwicklung des Beschäftigtenstands einzubeziehen. Die Feststellung der maßgeblichen Betriebsgröße erfordert daher sowohl eine rückblickende Betrachtung, für die ein Zeitraum zwischen sechs Monaten bis zwei Jahren als angemessen erachtet wird, als auch eine Prognose, bei der konkrete Veränderungsentscheidungen zu berücksichtigen sind. Werden Arbeitnehmer nicht ständig, sondern lediglich zeitweilig beschäftigt, kommt es für die Frage der regelmäßigen Beschäftigung darauf an, ob sie normalerweise während des größten Teils eines Jahres, dh. länger als sechs Monate beschäftigt werden *(vgl. BAG 4. November 2015 - 7 ABR 42/13 - Rn. 36, BAGE 153, 171; 18. Oktober 2011 - 1 AZR 335/10 - Rn. 21, BAGE 139, 342; 12. November 2008 - 7 ABR 73/07 - Rn. 16; 7. Mai 2008 - 7 ABR 17/07 - Rn. 17; 16. November 2004 - 1 AZR 642/03 - zu I 3 der Gründe)*. Das gilt auch für Leiharbeitnehmer, wenn Leiharbeit längerfristig als Instrument zur Deckung des Personalbedarfs im Betrieb genutzt wird *(vgl. zu dem entspr. zum regelmäßigen Personalbestand im Unternehmen nach § 9 MitbestG BAG 4. November 2015 - 7 ABR 42/13 - aaO)*. 34

(2) Nach den vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen beschäftigte die Arbeitgeberin in dem Betrieb zum Zeitpunkt der Freistellungswahl 35

einschließlich der Leiharbeitnehmer - mit Ausnahme der zur Vertretung von Stammpersonal eingesetzten Leiharbeitnehmer - mehr als 500 Arbeitnehmer. Die Prognose des Betriebsrats, der davon ausgegangen ist, dass zukünftig in der Regel mindestens 501 Arbeitnehmer beschäftigt sein würden, hat sich durch die - vom Landesarbeitsgericht in Bezug genommenen - erstinstanzlichen Feststellungen zur Entwicklung der Beschäftigtenzahlen bestätigt. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass die Beschäftigtenzahl eine steigende Tendenz aufweist. Gegen die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat die Arbeitgeberin keine Verfahrensrügen erhoben.

2. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht auch dem Antrag zu 2. stattgegeben. 36

a) Der Antrag zu 2. ist zulässig. Der Betriebsrat und der Beteiligte zu 2. sind antragsbefugt. Sie haben geltend gemacht, in ihren betriebsverfassungsrechtlichen Rechten betroffen zu sein, weil die Arbeitgeberin den Beschluss über die Freistellung des Beteiligten zu 2. nicht umgesetzt hat. Der Beteiligte zu 2. ist in seiner kollektivrechtlichen Rechtsposition betroffen, da er am 21. März 2014 zum freigestellten Betriebsratsmitglied gewählt und von der Arbeitgeberin bislang nicht freigestellt wurde. 37

b) Der Antrag zu 2. ist begründet. Der am 21. März 2014 zum freigestellten Betriebsratsmitglied gewählte Beteiligte zu 2. ist aufgrund des Beschlusses des Betriebsrats vom 23. April 2014 zum Zwecke der Betriebsratstätigkeit von der Arbeitsleistung freizustellen. 38

aa) Entgegen der Auffassung des Betriebsrats und des Beteiligten zu 2. ist der Antrag auf Freistellung des Beteiligten zu 2. von der Arbeitspflicht allerdings nicht schon deswegen begründet, weil die Arbeitgeberin davon abgesehen hat, die Einigungsstelle nach § 38 Abs. 2 Satz 4 BetrVG anzurufen. 39

(1) Nach § 38 Abs. 2 Satz 4 BetrVG hat der Arbeitgeber die Einigungsstelle anzurufen, soweit er eine Freistellung iSv. § 38 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BetrVG für sachlich nicht vertretbar hält. Sieht er innerhalb der zweiwöchigen 40

Ausschlussfrist des § 38 Abs. 2 Satz 4 BetrVG von der Anrufung der Einigungsstelle ab, wird sein Einverständnis nach § 38 Abs. 2 Satz 7 BetrVG mit der fraglichen Freistellung fingiert.

Der Arbeitgeber ist zur Vermeidung von Rechtsnachteilen allerdings nur dann gehalten, die Einigungsstelle anzurufen, wenn um die personelle Auswahl des nach § 38 Abs. 1 BetrVG freizustellenden Betriebsratsmitglieds gestritten wird. Wie auch der Betriebsrat bei seiner Beschlussfassung ist die Einigungsstelle nicht dazu berechtigt, ohne Einverständnis mit dem Arbeitgeber abweichend von der Mindeststaffel des § 38 Abs. 1 BetrVG die Freistellung einer größeren Anzahl von Mitgliedern des Betriebsrats zu beschließen. Sie ist lediglich befugt, darüber zu befinden, welches seiner Mitglieder die pauschalierte Freistellung in Anspruch nehmen kann, wodurch ein konkreter Nachweis der Erforderlichkeit einer Arbeitsbefreiung zur Erledigung von Betriebsratsaufgaben entbehrlich wird. Die Einigungsstelle kann also mit bindender Wirkung zwar über die Person, nicht aber über die Anzahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder entscheiden *(BAG 26. Juni 1996 - 7 ABR 48/95 - zu B II 1 b der Gründe mwN, BAGE 83, 234)*. 41

(2) Danach war im vorliegenden Fall die Arbeitgeberin nicht gehalten, die Einigungsstelle anzurufen, da die Arbeitgeberin keine Einwände gegen die Person des gewählten Beteiligten zu 2. erhoben hat. Die Beteiligten streiten nur um die Rechtsfrage, ob der am 21. März 2014 gewählte Beteiligte zu 2. überhaupt als zweites Betriebsratsmitglied von der Arbeitsleistung freizustellen ist. 42

bb) Der Antrag ist jedoch begründet, weil nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ein zweites Mitglied des Betriebsrats freizustellen ist und die Arbeitgeberin den am 21. März 2014 gewählten Beteiligten zu 2. noch nicht freigestellt hat. 43

(1) Die freizustellenden Betriebsratsmitglieder werden gemäß § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG nach Beratung mit dem Arbeitgeber vom Betriebsrat aus seiner Mitte in geheimer Wahl und nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt. Wird nur ein Wahlvorschlag gemacht, so erfolgt die Wahl nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl, § 38 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 BetrVG. Die Freistellung 44

durch den Arbeitgeber setzt nach § 38 Abs. 2 Satz 3 BetrVG voraus, dass der Betriebsrat dem Arbeitgeber die Namen der Freizustellenden bekannt gegeben hat.

(2) Diese Voraussetzungen sind nach den Feststellungen des vom 45
Landesarbeitsgericht in Bezug genommenen erstinstanzlichen Beschlusses erfüllt. Der Betriebsrat hat den Beteiligten zu 2. am 21. März 2014 nach vorheriger Information der Arbeitgeberin als freigestelltes Betriebsratsmitglied gewählt und die Wahl der Arbeitgeberin am 23. April 2014 angezeigt.

Gräfl Waskow Kiel

R. Gmoser Jacobi

ECLI:DE:BAG:2017:180117.B.7ABR60.15.0