

BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 24/11
15 TaBV 2347/10
Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
15. August 2012

BESCHLUSS

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragsteller, Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

2.

Antragsteller, Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

3.

Antragstellerin, Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

4.

5.

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 der Antragsteller gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 16. Februar 2011 - 15 TaBV 2347/10 - wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

- A. Das Verfahren betrifft die Anfechtung einer Betriebsratswahl. 1
- Die Antragsteller und Beteiligten zu 1. bis 3. sind wahlberechtigte Arbeitnehmer der zu 5. beteiligten Arbeitgeberin. Die Arbeitgeberin erbringt in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit ca. 1800 bei ihr angestellten Arbeitnehmern nichtmedizinische Dienstleistungen für die Charité-Universitätsmedizin Berlin (*künftig: Uniklinik*). Die Uniklinik ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Bei ihr ist ein Personalrat gebildet. Die Arbeitgeberin wurde im Jahr 2005 gegründet. Mehrheitsgesellschafterin ist die Uniklinik. 2
- Die Uniklinik übertrug der Arbeitgeberin mit Wirkung zum 1. Januar 2006 den Geschäftsbereich der nichtmedizinischen Dienste, dem ca. 1000 Arbeitnehmer zugehörig waren. Die von diesem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer haben dem Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse mit wenigen Ausnahmen widersprochen, stehen also weiterhin in einem Anstellungsverhältnis zur Uniklinik. Zwischen der Arbeitgeberin und der Uniklinik besteht ein Personalgestellungsvertrag. Danach stellt die Uniklinik der Arbeitgeberin Arbeitnehmer, die während der Zeit ihrer Arbeitsleistung für die Arbeitgeberin in 3

einem Vertragsverhältnis zur Uniklinik verbleiben. Der Einsatz der Arbeitnehmer bei der Arbeitgeberin erfolgt grundsätzlich für die Laufzeit des Personalgestellungsvertrages. Dieser ist derzeit bis zum 31. Dezember 2012 geschlossen.

In der Zeit vom 19. April bis 21. April 2010 fanden bei der Arbeitgeberin 4 Betriebsratswahlen statt. Aus ihnen ging der zu 4. beteiligte Betriebsrat hervor. Der Wahlvorstand führte auf der Wählerliste 741 von der Uniklinik aufgrund des Personalgestellungsvertrages gestellte Arbeitnehmer als wählbar. Zugelassen wurde auch die unter dem Kennwort „Charité gestellte Mitarbeiter“ geführte Vorschlagsliste 5. Sieben von der Uniklinik gestellte Arbeitnehmer dieser Vorschlagsliste wurden gewählt. Davon amtieren vier als Mitglieder des Personalrats der Uniklinik, zwei davon als freigestellte Mitglieder. Das Wahlergebnis wurde am 27. April 2010 bekannt gemacht.

Mit am 10. Mai 2010 beim Arbeitsgericht eingegangener und am 9. Juni 2010 zugestellter Antragsschrift haben die Antragsteller die Betriebsratswahl angefochten. Sie haben die Ansicht vertreten, § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG gewähren den gestellten Arbeitnehmern zwar ein aktives aber kein passives Wahlrecht. Jedenfalls seien freigestellte Personalratsmitglieder des Uniklinikums nicht wählbar. 5

Die Antragsteller haben beantragt, 6
die Betriebsratswahl vom 19. April bis 21. April 2010 für
unwirksam zu erklären.

Der Betriebsrat hat beantragt, den Antrag abzuweisen. 7

Er ist der Auffassung, Wahlfehler lägen nicht vor. 8

Das Arbeitsgericht hat den Antrag abgewiesen und das Landesarbeitsgericht die dagegen gerichtete Beschwerde zurückgewiesen. Mit ihrer Rechtsbeschwerde verfolgen die Antragsteller ihre Wahlanfechtung weiter. Der Betriebsrat begehrt die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde. 9

B. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht die Beschwerde gegen die antragsabweisende Entscheidung des Arbeitsgerichts zurückgewiesen. Wahlfehler, die zur Anfechtung der Wahl nach 10

§ 19 BetrVG berechtigen könnten, liegen nicht vor. Der Wahlvorstand hat die Vorschriften über die Wählbarkeit nicht verletzt.

I. Neben den Beteiligten des Verfahrens sind weitere Personen oder 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*). 11

1. Unmittelbar in diesem Sinne sind weder die Uniklinik noch der bei ihr 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 Beschäftigten 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, einzubeziehen sind. Die Frage, wie die gestellten Arbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich einzuordnen sind, sagt deshalb nichts dazu aus, wie sich ihre personalvertretungsrechtliche Stellung darstellt. 12

2. Ebenso wenig sind die gewählten Betriebsratsmitglieder oder die gestellten Arbeitnehmer am Verfahren beteiligt. Anders als bei einer Teilanfechtung 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*). 13

II. Nach § 19 BetrVG können ua. drei Wahlberechtigte - wie die Antragsteller - 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 14

Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. Diese Voraussetzungen einer Anfechtung liegen hier nicht vor.

1. Die nach § 19 Abs. 2 Satz 1 BetrVG anfechtungsberechtigten Antragsteller haben mit dem am 10. Mai 2010 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antrag die zweiwöchige Frist zur Anfechtung der am 27. April 2010 bekannt gemachten Betriebsratswahl eingehalten. 15

2. Die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit liegen nicht vor. Der Wahlvorstand hat nicht gegen Vorschriften über die Wählbarkeit verstoßen, indem er die bei der Uniklinik angestellten und bei der Arbeitgeberin eingesetzten Arbeitnehmer als wählbar behandelt hat. 16

- a) Die bei der Uniklinik angestellten und bei der Arbeitgeberin eingesetzten 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 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 17

13. Aufl. § 5 Rn. 108; Düwell *jurisPR-ArbR* 33/2009 Anm. 6; Fitting 26. Aufl. § 5 Rn. 318; HaKo-BetrVG/Kloppenburger 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. 18

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. 19

cc) Aus rechtssystematischen Argumenten folgt nichts anderes. 20

(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 - 21

„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.

(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.

22

(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, BGBl. 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*

23

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 Prüfbitte 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*).

24

- ee) Auch verfassungsrechtliche Gründe stehen dem Ergebnis nicht entgegen. 25
- (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. 26
- (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*). 27
- b) Die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG sind erfüllt. Die bei der Uniklinik angestellten und aufgrund des Gestellungsvertrages bei der Arbeitgeberin eingesetzten Arbeitnehmer waren daher zur Betriebsratswahl passiv wahlberechtigt. 28
- aa) Die Uniklinik ist als Körperschaft des öffentlichen Rechts Teil des öffentlichen Dienstes. Die Arbeitnehmer, deren passives Wahlrecht hier Streit- 29

befangen ist, sind Arbeitnehmer der C GmbH. Als GmbH ist die Arbeitgeberin auch ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen iSv. § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG.

bb) Die Arbeitnehmer sind auch bei der Arbeitgeberin „tätig“ iSd. gesetzlichen Bestimmung. 30

(1) Indem § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG es für die Einordnung der in dieser 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*). 31

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*). Auf die zeitliche Begrenzung des Personalgestellungsvertrages kommt es nicht an. 32

(2) Nach diesen Grundsätzen sind die bei der Uniklinik 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 aufge- 33

spaltene 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*).

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 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) Ein Verstoß gegen die Regeln über die „Wählbarkeit“ liegt auch nicht insoweit vor, als der Wahlvorstand die als freigestellte Personalratsmitglieder beim Uniklinikum amtierenden gestellten Arbeitnehmer als passiv wahlberechtigt behandelt hat. Auch diese gestellten Arbeitnehmer sind bei der Arbeitgeberin „tätig“ iSv. § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG.

Dabei kann der Senat dahingestellt sein lassen, ob eine Mitgliedschaft im Personalrat rechtlich fortbestehen oder neu entstehen kann, wenn ein Arbeitnehmer aufgrund einer Übereinstimmung zwischen der Dienststelle und einem anderen Rechtsträger bei diesem Rechtsträger eingesetzt wird und dies von ihm akzeptiert wird (*vergleiche dazu bejahend VG Wiesbaden 2. März 2012 - 22 K 242/12.WI.PV - PersR 2012, 224 und verneinend VG Göttingen 28. Februar 2012 - 7 B 1/12 -*). Selbst wenn man davon ausgeht, hindert dies nicht, dass ein derartiger Arbeitnehmer im Einsatzbetrieb „tätig“ ist. Das gilt auch, soweit es sich um freigestellte Personalratsmitglieder handelt.

Im Betrieb „tätig“ im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG sind Beschäftigte auch dann, wenn sie im Betrieb zwar vorübergehend keine Arbeitsleistung erbringen, diesem aber tatsächlich zugeordnet sind. Der tatsächlichen Zuordnung steht eine vorübergehende Abwesenheit des Beschäftigten nicht entgegen, wenn dessen Rückkehr in den Betrieb vorgesehen ist (*vgl. BAG 25. Mai 2005 - 7 ABR 45/04 - zu B I 2 b der Gründe, AP BetrVG 1972 § 24 Nr. 13 = EzA BetrVG 2001 § 40 Nr. 9*). Diese Arbeitnehmer haben ein berechtigtes Interesse

an den Entscheidungen des Betriebsrats schon deswegen, weil sie davon nach ihrer voraussichtlichen Rückkehr in den Betrieb unmittelbar betroffen sein werden (vgl. BAG 25. Oktober 2000 - 7 ABR 18/00 - zu B 3 c der Gründe, BAGE 96, 163). Gleiches gilt für Arbeitnehmer, die organisatorisch dem Betrieb zugeordnet sind und für die im Betrieb bereits tatsächlich ein Arbeitsplatz eingerichtet ist, den sie nach einer vorläufigen Abwesenheit einnehmen können und sollen.

Hier hat das Landesarbeitsgericht in rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt, dass für die gewählten Personalratsmitglieder Arbeitsplätze bei der Arbeitgeberin eingerichtet wurden. Dort ist also ihr Einsatz vorgesehen, falls die Freistellung im Personalrat endet. Eine Freistellung im Personalrat ist nicht auf Dauer angelegt, sondern ihrer Natur nach grundsätzlich vorübergehend.

38

Linsenmaier

Schmidt

Zwanziger

Coulin

Kley