

Bundesarbeitsgericht  
Siebter Senat

Beschluss vom 4. November 2015  
- 7 ABR 42/13 -  
ECLI:DE:BAG:2015:041115.B.7ABR42.13.0

I. Arbeitsgericht Offenbach am Main

Beschluss vom 22. August 2012  
- 10 BV 6/11 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Beschluss vom 11. April 2013  
- 9 TaBV 308/12 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Ja

---

Entscheidungsstichworte:

Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer - Wahlart

Bestimmung:

MitbestG § 9

Leitsatz:

Auf Stammarbeitsplätzen eingesetzte wahlberechtigte Leiharbeitnehmer zählen bei dem für das Wahlverfahren maßgeblichen Schwellenwert des § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG mit.

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 42/13  
9 TaBV 308/12  
Hessisches  
Landesarbeitsgericht

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
4. November 2015

## **BESCHLUSS**

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragsteller zu 1., Beschwerdeführer zu 1. und  
Rechtsbeschwerdeführer zu 1.,

2.

Antragsteller zu 2., Beschwerdeführer zu 2. und  
Rechtsbeschwerdeführer zu 2.,

3.

Antragsteller zu 3., Beschwerdeführer zu 3. und  
Rechtsbeschwerdeführer zu 3.,

4.

Antragsteller zu 4., Beschwerdeführer zu 4. und  
Rechtsbeschwerdeführer zu 4.,

5.

Antragsteller zu 5., Beschwerdeführer zu 5. und  
Rechtsbeschwerdeführer zu 5.,

6.

Antragsteller zu 6., Beschwerdeführer zu 6. und  
Rechtsbeschwerdeführer zu 6.,

7.

Antragsteller zu 7., Beschwerdeführer zu 7. und

- Rechtsbeschwerdeführer zu 7.,
8.  
Antragsteller zu 8., Beschwerdeführer zu 8. und  
Rechtsbeschwerdeführer zu 8.,
9.  
Antragsteller zu 9., Beschwerdeführer zu 9. und  
Rechtsbeschwerdeführer zu 9.,
10.  
Antragsteller zu 10., Beschwerdeführer zu 10. und  
Rechtsbeschwerdeführer zu 10.,
11.  
Antragsteller zu 11., Beschwerdeführer zu 11. und  
Rechtsbeschwerdeführer zu 11.,
12.  
Antragsteller zu 12., Beschwerdeführer zu 12. und  
Rechtsbeschwerdeführer zu 12.,
13.  
Antragsteller zu 13., Beschwerdeführer zu 13. und  
Rechtsbeschwerdeführer zu 13.,
14.  
Antragsteller zu 14., Beschwerdeführer zu 14. und  
Rechtsbeschwerdeführer zu 14.,
15.  
  
Beteiligter zu 15.,

16.

Beteiligte zu 16.,

17.

Beteiligte zu 17.,

18.

Beteiligte zu 18.,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 4. November 2015 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel und die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Rennpferdt sowie die ehrenamtliche Richterin Schuh und den ehrenamtlichen Richter Meißner für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1. bis 14. gegen den Beschluss des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 11. April 2013 - 9 TaBV 308/12 - wird zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Gründe**

A. Die Beteiligten streiten darüber, ob die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer als Delegiertenwahl oder als unmittelbare Wahl durchzuführen ist. 1

Die Beteiligten zu 1. bis 14. sind Arbeitnehmer der Beteiligten zu 16. Diese hält 100 % der Geschäftsanteile der Beteiligten zu 17. und 18. Es besteht ein Aufsichtsrat mit je acht Mitgliedern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer. Nachdem die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer in der Vergangenheit auf Antrag der IG BCE durch Beschluss des Amtsgerichts gemäß § 104 Abs. 3 Nr. 2 AktG iVm. § 6 Abs. 2 Satz 1 MitbestG bestellt worden waren, wurde der bei der Beteiligten zu 16. bestehende Gesamtbetriebsrat durch Beschluss des Landesarbeitsgerichts vom 29. Juli 2010 (- 9 TaBV 4/10 -) verpflichtet, im Unternehmen der Beteiligten zu 16. einen aus drei Mitgliedern bestehenden Hauptwahlvorstand zur Durchführung der Aufsichtsratswahlen nach dem MitbestG 1976 zu bestellen. 2

Das zu 16. beteiligte Unternehmen gab durch Aushang am 12. Mai 2011 bekannt, dass bei den Beteiligten zu 16. bis 18. insgesamt 7678 Arbeitnehmer beschäftigt seien. Dabei wurden Leiharbeiter nicht berücksichtigt. In seiner Sitzung vom 5. Juli 2011 stellte der zu 15. beteiligte Hauptwahlvorstand demgegenüber für den 1. Juli 2011 eine Gesamtbeschäftigtenzahl von 8341 Personen fest, von denen er 8176 als wahlberechtigt ansah. Dabei berücksichtigte er 444 wahlberechtigte Leiharbeiter auf Stammarbeitsplätzen. Mit am 11. Juli 2011 ausgehängter Bekanntmachung vom 5. Juli 2011 teilte der Hauptwahlvorstand mit, dass die Wahl gemäß § 9 Abs. 1 MitbestG als Delegiertenwahl durchgeführt werde, wenn nicht die wahlberechtigten Arbeitnehmer die unmittelbare Wahl beschlössen. Ein Antrag der Arbeitnehmer auf unmittelbare Wahl wurde nicht gestellt. Einsprüche gegen die beabsichtigte Delegiertenwahl wurden nicht erhoben. 3

Auf Antrag der Beteiligten zu 1. bis 14. untersagte das Landesarbeitsgericht dem Hauptwahlvorstand im einstweiligen Rechtsschutz bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache, die Wahl als Delegiertenwahl durchzuführen. 4

In dem vorliegenden Hauptsacheverfahren haben die Beteiligten zu 1. bis 14. die Auffassung vertreten, es habe eine unmittelbare Wahl stattzufinden, da Leiharbeiter bei der Berechnung der Arbeitnehmerzahl nach § 9 Abs. 1 5

und Abs. 2 MitbestG nicht berücksichtigt werden dürften. § 3 Abs. 1 MitbestG verweise wegen des Arbeitnehmerbegriffs im Mitbestimmungsrecht auf § 5 Abs. 1 BetrVG, der Leiharbeiter nicht erfasse. Etwas anderes lasse sich auch für § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG nicht daraus herleiten, dass Leiharbeiter unter bestimmten Voraussetzungen bei den Wahlen der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer aktiv wahlberechtigt seien. Der Gesetzgeber habe die Ermittlung der Schwellenwerte für das Wahlverfahren nicht an eine bestimmte Anzahl wahlberechtigter Arbeitnehmer geknüpft, sondern auf die Zahl der regelmäßig dem Unternehmen angehörenden Arbeitnehmer abgestellt.

Leiharbeiter seien allenfalls dann zu berücksichtigen, wenn durch ihren Einsatz ein dauerhafter betrieblicher Arbeitskräftebedarf abgedeckt werde. Zu den „in der Regel“ beschäftigten Arbeitnehmern iSv. § 9 Abs. 1 MitbestG könnten nur solche Arbeitnehmer gehören, die nicht nur vorübergehend im Unternehmen beschäftigt würden. Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, der seit dem 1. Dezember 2011 den dauerhaften Einsatz von Leiharbeitern untersage, spreche eine tatsächliche Vermutung dafür, dass Leiharbeiter nicht zur Befriedigung eines dauerhaften Bedarfs eingesetzt würden. Zudem habe der Hauptwahlvorstand die Anzahl der auf Stammarbeitsplätzen beschäftigten Leiharbeiter unzutreffend ermittelt. Er habe keinen angemessenen Referenzzeitraum zugrunde gelegt. Im Jahr 2011 seien Leiharbeiter in der Produktion zum größten Teil deshalb eingesetzt worden, um dem Beschäftigungsbedarf aufgrund einer Sonderkonjunktur Rechnung zu tragen. Für 2012 sei ein Produktionsrückgang geplant gewesen. Am 31. März 2012 hätten nur noch 168 Leiharbeiter im Konzern gearbeitet.

Die Beteiligten zu 1. bis 14. haben beantragt,

dem Hauptwahlvorstand (Beteiligter zu 15.) aufzugeben, die Wahlen der Arbeitnehmervertreter zu dem bei der Beteiligten zu 16. bestehenden Aufsichtsrat in unmittelbarer Wahl nach § 9 Abs. 2 MitbestG durchzuführen.

Die Beteiligten zu 15. bis 18. haben beantragt, den Antrag abzuweisen. Sie haben die Ansicht vertreten, die wahlberechtigten Leiharbeiter seien bei der Ermittlung der Arbeitnehmerzahl nach § 9 MitbestG mitzuzählen. § 9

MitbestG ziele mit der Delegiertenwahl in größeren Unternehmen auf eine Steigerung der Transparenz und wirksamere Einflussnahme der in kleineren Betrieben beschäftigten Arbeitnehmer auf die Wahl. Hierfür sei es unerheblich, ob die Arbeitsplätze mit eigenen Arbeitnehmern oder mit Leiharbeitnehmern besetzt seien. Für die Ermittlung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl reiche bei Unternehmen, deren Belegschaftsstärke stark schwanke, ein Referenzzeitraum von sechs Monaten aus. Zum Zeitpunkt der Einleitung der Wahl im Juli 2011 sei nicht absehbar gewesen, dass die Zahl der Leiharbeitnehmer aufgrund eines Beschäftigungseinbruchs Ende März 2012 auf unter 200 absinken würde.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde der Beteiligten zu 1. bis 14. zurückgewiesen. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgen die Beteiligten zu 1. bis 14. ihren Antrag weiter. Die Beteiligten zu 15. bis 18. begehren die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde. 9

B. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Zu Recht haben die Vorinstanzen den Antrag abgewiesen. Der zulässige Antrag ist unbegründet. Die Wahl der Arbeitnehmervertreter zu dem bei der Beteiligten zu 16. bestehenden Aufsichtsrat ist nicht nach § 9 Abs. 2 MitbestG in unmittelbarer Wahl, sondern nach § 9 Abs. 1 MitbestG als Delegiertenwahl durchzuführen. Der Hauptwahlvorstand hat zutreffend festgestellt, dass den Beteiligten zu 16. bis 18. regelmäßig mehr als 8000 Arbeitnehmer iSv. § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG angehören. Dabei hat der Hauptwahlvorstand zu Recht 444 auf Stammarbeitsplätzen eingesetzte wahlberechtigte Leiharbeitnehmer berücksichtigt. 10

I. Der Antrag, dem Hauptwahlvorstand aufzugeben, die Wahlen der Arbeitnehmervertreter zu dem bei der Beteiligten zu 16. bestehenden Aufsichtsrat in unmittelbarer Wahl nach § 9 Abs. 2 MitbestG durchzuführen, ist zulässig. 11

1. Der Antrag ist hinreichend bestimmt iSd. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, der im Beschlussverfahren entsprechende Anwendung findet. 12

a) Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Antragschrift die bestimmte Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie 13

einen bestimmten Antrag enthalten. Das ist erforderlich, um zu klären, worüber das Gericht entscheidet und worauf sich der objektive Umfang der Rechtskraft einer Sachentscheidung iSv. § 322 Abs. 1 ZPO erstreckt. Dazu ist es ausreichend, wenn der Antrag in einer dem Bestimmtheitserfordernis genügenden Weise ausgelegt werden kann. Das Gericht ist daher gehalten, eine entsprechende Auslegung des Antrags vorzunehmen, wenn hierdurch eine vom Antragsteller erkennbar erstrebte Sachentscheidung ermöglicht wird (*BAG 11. Februar 2015 - 7 ABR 98/12 - Rn. 14*).

b) Der Antrag bezieht sich nach der Antragsbegründung auf die konkrete Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer, die der Hauptwahlvorstand mit der Bekanntmachung vom 5. Juli 2011 nach § 13 Abs. 2 der Dritten Wahlordnung zum Mitbestimmungsgesetz (3. WO) eingeleitet hat. Diese Wahl war auch Gegenstand des im einstweiligen Verfügungsverfahren ergangenen Beschlusses vom 22. September 2011, mit dem das Landesarbeitsgericht dem Hauptwahlvorstand untersagt hat, die Wahl bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache als Delegiertenwahl durchzuführen. Für einen von der konkret eingeleiteten Wahl unabhängigen Antrag würde zudem das Rechtsschutzbedürfnis fehlen. Die Wahl durch Delegierte oder als unmittelbare Wahl hängt nach § 9 MitbestG zunächst von der Feststellung des Hauptwahlvorstands ab, ob dem Unternehmen in der Regel mehr als 8000 Arbeitnehmer angehören oder nicht. Dafür sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Beschlussfassung des Hauptwahlvorstands über die Bekanntmachung nach § 13 3. WO entscheidend. Mit der Bekanntmachung wird die maßgebliche Wahlart für das gesamte weitere Wahlverfahren festgeschrieben. Spätere Veränderungen der Belegschaftsstärke können hieran nichts mehr ändern (*Henssler in Ulmer/Habersack/Henssler Mitbestimmungsrecht 3. Aufl. § 9 MitbestG Rn. 11; WWKK/Wißmann 4. Aufl. § 9 Rn. 8; Raiser/Jacobs in Raiser/Veil/Jacobs MitbestG 6. Aufl. § 9 Rn. 5*). Eine Änderung der Wahlart kommt nur aufgrund eines Beschlusses der Arbeitnehmer nach § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG in Betracht. Es ist daher für jede konkrete Wahl vom jeweiligen Hauptwahlvorstand gesondert anhand der regelmäßigen Beschäftigtenzahl zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Bekanntmachung nach § 13 3. WO zu ermitteln, in

14



welcher Wahlart die Wahl durchzuführen ist. Da sich bei der Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer stets Änderungen ergeben können, kann nicht unabhängig von einer bestimmten Wahl geklärt werden, ob in einem Unternehmen oder Konzern die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer durch Delegierte oder in unmittelbarer Wahl zu wählen sind.

2. Die Beteiligten zu 1. bis 14. sind antragsbefugt. 15

a) Im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren ist ein Beteiligter antragsbefugt, wenn er durch die begehrte Entscheidung in seiner kollektivrechtlichen Rechtsposition betroffen sein kann. Das ist regelmäßig dann der Fall, wenn er eigene Rechte geltend macht und dies nicht von vornherein als aussichtslos erscheint (*BAG 17. Februar 2015 - 1 ABR 41/13 - Rn. 16; 22. Juli 2014 - 1 ABR 94/12 - Rn. 12; 25. August 1981 - 1 ABR 61/79 - zu B II 3 a der Gründe, BAGE 37, 31*). 16

b) Danach sind die Beteiligten zu 1. bis 14. antragsbefugt. Der Hauptwahlvorstand kann bereits während des Wahlverfahrens auf Antrag von mindestens drei nach § 22 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 MitbestG anfechtungsberechtigten Arbeitnehmern durch eine gerichtliche Entscheidung dazu verpflichtet werden, die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer in unmittelbarer Wahl nach § 9 Abs. 2 MitbestG durchzuführen, obwohl die Wahl nach seiner (unzutreffenden) Beurteilung als Delegiertenwahl nach § 9 Abs. 1 MitbestG stattzufinden hat. Anders als bei Betriebsratswahlen sind die anfechtungsberechtigten Arbeitnehmer nicht darauf verwiesen, die vom Hauptwahlvorstand eingeleitete Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer abzuwarten und diese ggf. anschließend anzufechten. Vielmehr ist zur Vermeidung einer Wahlanfechtung eine gerichtliche Kontrolle bereits während des Wahlverfahrens zulässig, um rechtzeitig fehlerhafte Maßnahmen des Hauptwahlvorstands korrigieren, unterlassene Handlungen durchsetzen und Störungen ausschließen zu können (*vgl. BAG 25. August 1981 - 1 ABR 61/79 - BAGE 37, 31; Henssler in Ulmer/Habersack/Henssler vor § 9 MitbestG Rn. 59; ErfK/Oetker 15. Aufl. § 22 MitbestG Rn. 4; Raiser/Jacobs in Raiser/Veil/Jacobs § 22 Rn. 24; WWKK/Wißmann § 22 Rn. 61 mwN*). Gegenstand einer vorgezogenen gerichtlichen 17

Kontrolle können Handlungen und Unterlassungen des Hauptwahlvorstands sein, die zu einer Wahlanfechtung führen können (*Henssler in Ulmer/Habersack/Henssler vor § 9 MitbestG Rn. 61; Raiser/Jacobs in Raiser/Veil/Jacobs § 22 Rn. 26; WWKK/Wißmann § 22 Rn. 63 mwN*). Antragsberechtigt ist, wer nach § 22 Abs. 2 MitbestG zur Anfechtung der Wahl berechtigt ist (*Henssler in Ulmer/Habersack/Henssler vor § 9 MitbestG Rn. 68; Raiser/Jacobs in Raiser/Veil/Jacobs § 22 Rn. 28; WWKK/Wißmann § 22 Rn. 65 mwN*). Soweit das Bundesarbeitsgericht bei Betriebsratswahlen eine solche vorgezogene Rechtsschutzmöglichkeit grundsätzlich als nicht zulässig erachtet, ist dies auf die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nicht übertragbar.

aa) Nach der Rechtsprechung des Senats darf bei einer Betriebsratswahl in die Entscheidungen des Wahlvorstands allenfalls dann eingegriffen werden, wenn die Wahl mit einem zur Nichtigkeit führenden Fehler behaftet ist. Die bloße Anfechtbarkeit genügt nicht (*grundlegend BAG 27. Juli 2011 - 7 ABR 61/10 - Rn. 25 ff. mwN zum Streitstand, BAGE 138, 377*). Dies beruht darauf, dass eine erfolgreiche Wahlanfechtung nach § 19 Abs. 1 BetrVG keine rückwirkende Kraft hat, sondern nur für die Zukunft wirkt. Bis zum rechtskräftigen Abschluss des Wahlanfechtungsverfahrens bleibt auch ein nicht ordnungsgemäß gewählter Betriebsrat mit allen betriebsverfassungsrechtlichen Befugnissen im Amt. Würde schon im Fall der voraussichtlich sicheren Anfechtbarkeit der bevorstehenden Wahl ein Eingriff in die Wahl durch ein zeitaufwendiges vorgezogenes gerichtliches Kontrollverfahren zugelassen, würde verhindert, dass zumindest vorläufig ein Betriebsrat zustande kommt, wie es das Betriebsverfassungsgesetz vorsieht. Damit würde ein betriebsratsloser Zustand entstehen oder aufrechterhalten, der nach der Konzeption des Betriebsverfassungsgesetzes lediglich bei einer nichtigen Wahl eintreten darf (*vgl. zum Antrag auf Abbruch einer Betriebsratswahl BAG 27. Juli 2011 - 7 ABR 61/10 - Rn. 29 - 34, aaO*).

18

bb) Diese Erwägungen gelten für die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nicht.

19

(1) Zwar regeln auch das Mitbestimmungsgesetz und die Wahlordnungen hierzu nicht, ob und unter welchen Voraussetzungen in eine eingeleitete Auf-

20

sichtsratswahl eingegriffen werden kann und wer hierfür antragsberechtigt ist (*WWKK/Wißmann § 22 Rn. 60 unter Hinweis auf die „eher unbedeutende“ Ausnahme in § 10 Abs. 3 1. WO, § 10 Abs. 3 2. WO und § 10 Abs. 3 3. WO zur gerichtlichen Durchsetzung eines Änderungsverlangens einzelner Arbeitnehmer/innen auf Antrag eines Mitglieds des Betriebswahlvorstands*). § 22 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG sieht wie § 19 Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG ebenfalls nur die Anfechtung einer durchgeführten Wahl vor. Eine erfolgreiche Wahlanfechtung entfaltet danach keine Rückwirkung, sondern wirkt nur für die Zukunft. Bis zum rechtskräftigen Abschluss des Wahlanfechtungsverfahrens bleibt ein nicht ordnungsgemäß gewählter Aufsichtsrat mit allen Befugnissen im Amt (*WWKK/Wißmann § 22 Rn. 56 f.; vgl. zum BetrVG BAG 27. Juli 2011 - 7 ABR 61/10 - Rn. 32, BAGE 138, 377*).

(2) Allerdings hat eine Verzögerung der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer durch ein vorgezogenes gerichtliches Kontrollverfahren keine vergleichbaren Auswirkungen wie eine Verzögerung einer Betriebsratswahl. Dadurch kann - anders als bei einer Betriebsratswahl - kein mitbestimmungsfreier Zustand entstehen, sondern allenfalls eine zeitlich begrenzte Ersatzbestellung der Arbeitnehmervertreter nach § 104 Abs. 2 und Abs. 3 AktG erforderlich werden. Deshalb sind gerichtliche Eingriffe in das vom Wahlvorstand eingeleitete, noch nicht abgeschlossene Verfahren statthaft und nicht auf Nichtigkeitsfälle begrenzt (*Raiser/Jacobs in Raiser/Veil/Jacobs § 22 Rn. 25; WWKK/Wißmann § 22 Rn. 82 mwN; aA Fuchs/Köstler/Pütz Handbuch zur Aufsichtsratswahl 5. Aufl. Rn. 632*). 21

3. Das Rechtsschutzbedürfnis ist nicht dadurch entfallen, dass seit dem Aushang der Bekanntmachung des Hauptwahlvorstands am 11. Juli 2011 inzwischen ein Zeitraum von über vier Jahren verstrichen ist. Das Rechtsschutzbedürfnis für das vorgezogene gerichtliche Kontrollverfahren entfällt durch Zeitablauf erst dann, wenn die Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer endet und die begehrte Entscheidung damit keinen Einfluss mehr auf die Aufsichtsratswahl haben kann (*WWKK/Wißmann § 22 Rn. 72 f., 85*). Dies ist vorliegend nicht der Fall. 22

a) § 15 Abs. 1 Satz 1 MitbestG verweist hinsichtlich der Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer auf die für Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner geltenden Bestimmungen. Die für alle Aufsichtsratsmitglieder geltende Höchstdauer der Amtszeit bestimmt sich nach § 6 Abs. 2 Satz 1 MitbestG iVm. § 102 AktG. Danach können Aufsichtsratsmitglieder nicht für längere Zeit als bis zur Beendigung derjenigen Anteilseignerversammlung bestellt werden, die über die Entlastung des Aufsichtsrats für das vierte Geschäftsjahr nach Beginn der Amtszeit beschließt. Die Amtszeit beginnt in der Regel nicht bereits mit der Wahl, sondern in dem in der Satzung oder bei der Bestellung bestimmten Zeitpunkt. Die höchstzulässige Amtszeit beträgt damit etwa fünf Jahre, weil die Entlastung des Aufsichtsrats in den ersten acht Monaten eines Geschäftsjahres für das vorangegangene Geschäftsjahr beschlossen werden muss (*vgl. im Einzelnen WWKK/Wißmann § 6 Rn. 66 f., § 15 Rn. 144 ff.*). 23

b) Danach ist das Rechtsschutzbedürfnis nicht entfallen. Das Landesarbeitsgericht hat zwar keine ausdrücklichen Feststellungen zur Dauer der Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder im Unternehmen der Beteiligten zu 16. getroffen. Aufgrund der Bekanntmachung des Hauptwahlvorstands vom 5. Juli 2011 ist aber davon auszugehen, dass die Höchstdauer der Amtszeit nicht vor der Entscheidung des Senats am 4. November 2015 geendet hat. Die Beteiligten haben sich nicht auf ein früheres Ende der Amtszeit berufen. 24

II. Der Antrag ist nicht begründet. Die Wahl ist nicht nach § 9 Abs. 2 MitbestG in unmittelbarer Wahl, sondern gemäß § 9 Abs. 1 MitbestG als Delegiertenwahl durchzuführen. Dies hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt. 25

1. Nach § 9 Abs. 1 MitbestG werden die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer eines Unternehmens mit in der Regel mehr als 8000 Arbeitnehmern durch Delegierte gewählt, sofern nicht die wahlberechtigten Arbeitnehmer die unmittelbare Wahl beschließen. § 9 Abs. 2 MitbestG bestimmt, dass die Wahl in Unternehmen mit in der Regel nicht mehr als 8000 Arbeitnehmern in unmittelbarer Wahl erfolgt, sofern nicht die wahlberechtigten Arbeitnehmer die Wahl 26

durch Delegierte beschließen. Die Wahlart hängt daher von der Anzahl der dem Unternehmen in der Regel angehörenden Arbeitnehmer ab.

2. Das Mitbestimmungsgesetz definiert den Begriff „Arbeitnehmer“ nicht selbst, sondern verweist in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MitbestG auf den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff des § 5 Abs. 1 BetrVG. 27

a) Allerdings enthält auch § 5 Abs. 1 BetrVG keine Definition des Arbeitnehmerbegriffs, sondern setzt diesen voraus. Dabei geht das Betriebsverfassungsgesetz in § 5 Abs. 1 Satz 1 vom allgemeinen Arbeitnehmerbegriff aus, den es in § 5 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3, Abs. 2 und Abs. 3 erweitert sowie einschränkt. Danach ist Arbeitnehmer, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (*vgl. BAG 5. Dezember 2012 - 7 ABR 48/11 - Rn. 17 mwN, BAGE 144, 74*). 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 „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 5. Dezember 2012 - 7 ABR 48/11 - Rn. 18 mwN, aaO*). 28

b) Diese sog. „Zwei-Komponenten-Lehre“, nach der zu den konstitutiven Merkmalen der Betriebszugehörigkeit einerseits ein Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber, andererseits die tatsächliche Eingliederung in dessen Betriebsorganisation gehört (*BAG 10. November 2004 - 7 ABR 12/04 - zu B II 1 der Gründe mwN, BAGE 112, 305*), 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 tatsächlich leistet“ (*Raab GK-BetrVG 10. Aufl. § 7 Rn. 24*). Schwierigkeiten entstehen aber bei atypischen Fallgestaltungen, insbesondere beim sog. „drittbezogenen Personaleinsatz“, 29

also beim Arbeitseinsatz von Arbeitnehmern in Drittbetrieben. Hier ist die „Arbeitgeberstellung aufgespalten“ (*Raab GK-BetrVG § 7 Rn. 50*). Der zum „Vertragsarbeitgeber“ in arbeitsvertraglicher Beziehung stehende Arbeitnehmer ist in den Betrieb des „Betriebsarbeitgebers“ eingegliedert. Beim drittbezogenen Personaleinsatz führt die reine „Zwei-Komponenten-Lehre“ 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 daher einer differenzierten Beurteilung der betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnung von Arbeitnehmern. Diese hat zum einen zu beachten, dass der Gesetzgeber die betriebsverfassungsrechtliche Behandlung des drittbezogenen Personaleinsatzes bereits zu einem nicht unbeträchtlichen Umfang teils im Betriebsverfassungsgesetz, teils in anderen Gesetzen geregelt hat. Zum anderen gilt es zu berücksichtigen, dass im Betriebsverfassungsgesetz in ganz unterschiedlichem Zusammenhang auf den „Arbeitnehmer“ abgestellt wird (*vgl. BAG 5. Dezember 2012 - 7 ABR 48/11 - Rn. 20, BAGE 144, 74*). Daher sind beim drittbezogenen Personaleinsatz und einer aufgespaltenen Arbeitgeberstellung differenzierende Lösungen geboten, die zum einen die ausdrücklich normierten (spezial-)gesetzlichen Konzepte, zum anderen aber auch die Funktion des Arbeitnehmerbegriffs im jeweiligen betriebsverfassungsrechtlichen Zusammenhang angemessen berücksichtigen. Dabei ist eine normzweckorientierte Auslegung der jeweiligen auf den oder die Arbeitnehmer abstellenden Vorschrift geboten (*BAG 5. Dezember 2012 - 7 ABR 48/11 - Rn. 25, aaO*). Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat der Senat an seiner früheren Rechtsprechung, Leiharbeiter seien im Rahmen der in § 9 Satz 1 BetrVG bestimmten, für die Größe des Betriebsrats maßgeblichen Schwellenwerte nicht zu berücksichtigen (*BAG 16. April 2003 - 7 ABR 53/02 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 106, 64; 10. März 2004 - 7 ABR 49/03 - zu B I 1 a der Gründe, BAGE 110, 27*), nicht festgehalten und entschieden, dass bei einer insbesondere am Sinn und Zweck der Schwellenwerte in § 9 BetrVG orientierten Auslegung des Gesetzes die in der Regel

beschäftigten Leiharbeitnehmer mitzuzählen sind (*BAG 13. März 2013 - 7 ABR 69/11 - Rn. 21 ff., BAGE 144, 340*).

c) Diese Grundsätze gelten gleichermaßen für die Schwellenwerte im Mitbestimmungsgesetz. Die Frage, ob Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung zu berücksichtigen sind, lässt sich damit nicht allgemein, sondern nur bezogen auf den jeweiligen Schwellenwert beantworten. Es kommt daher vorliegend darauf an, welche Funktion dem Arbeitnehmerbegriff im Hinblick auf den Schwellenwert des § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG zukommt. Dies erfordert keine Entscheidung darüber, ob Leiharbeitnehmer bei dem Schwellenwert des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, von dem es abhängt, ob die Arbeitnehmer in den dort genannten Unternehmen ein Mitbestimmungsrecht nach dem Mitbestimmungsgesetz haben, berücksichtigt werden müssen (*dafür: Hay/Grüneberg NZA 2014, 814; WWKK/Koberski § 1 Rn. 35; Köstler EWiR 2014, 347; Schaub/Koch ArbR-HdB 16. Aufl. § 260 Rn. 3; MüArbR/Wißmann 3. Aufl. § 279 Rn. 5; ders. in WWKK vor § 9 Rn. 108; dagegen: OLG Hamburg 31. Januar 2014 - 11 W 89/13 - Rn. 32 f.; Künzel/Schmid NZA 2013, 300; Lambrich/Reinhard NJW 2014, 2229, 2231; Lunk NZG 2014, 778, 779*). Es geht auch nicht um die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den für die Größe des Aufsichtsrats nach § 7 MitbestG maßgeblichen Schwellenwerten, sondern allein um den für die Art des Wahlverfahrens nach § 9 MitbestG geltenden Schwellenwert. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass auf Stammarbeitsplätzen eingesetzte wahlberechtigte Leiharbeitnehmer insoweit mitzählen (*vgl. auch Hay/Grüneberg NZA 2014, 814, 819 f.; Krause ZIP 2014, 2209, 2212, 2216 f., 2220; ErfK/Oetker § 9 MitbestG Rn. 1; aA Künzel/Schmid NZA 2013, 300; Krüger EWiR 2013, 627, 628*).

30

aa) Der Wortlaut des § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG gibt zwar keinen Aufschluss darüber, ob Leiharbeitnehmer bei der Schwelle von „in der Regel mehr als 8000 Arbeitnehmern“ mitzählen. Insbesondere ist daraus, dass die Bestimmung - anders als § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG - nicht auf die Beschäftigung von Arbeitnehmern abstellt, nicht zu schließen, für § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG sei allein die arbeitsvertragliche Beziehung zu dem Unternehmen maßgeblich.

31

Für diese Interpretation bietet der Wortlaut des Gesetzes keinen hinreichenden Anhaltspunkt (*vgl. Krause ZIP 2014, 2209, 2211*).

bb) Der systematische Kontext der Bestimmung spricht jedoch dafür, wahlberechtigte Leiharbeitnehmer bei den für die Wahlart maßgeblichen Schwellenwerten in § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG zu berücksichtigen. 32

Leiharbeitnehmern stehen im Rahmen der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer in mehrfacher Hinsicht Wahl- und Abstimmungsbe- 33  
fugnisse zu. Nach § 10 Abs. 2 Satz 2, § 18 Satz 2 MitbestG iVm. § 7 Satz 2 BetrVG sind Leiharbeitnehmer bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer wahlberechtigt, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden. In § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG ist zwar in unmittelbarem Zusammenhang mit dem für die Wahlart maßgeblichen Schwellenwert nur von Arbeitnehmern, nicht von wahlberechtigten Arbeitnehmern die Rede. Allerdings können nach § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG die „wahlberechtigten Arbeitnehmer“ die jeweils andere Wahlart beschließen. Das bedeutet, dass bei der Beschlussfassung darüber, ob statt einer Wahl durch Delegierte eine unmittelbare Wahl oder statt einer unmittelbaren Wahl eine Wahl durch Delegierte stattfinden soll, wahlberechtigte Leiharbeitnehmer abstimmen dürfen. Sie können auch den nach § 9 Abs. 3 MitbestG erforderlichen Antrag unterzeichnen und zählen zu dem für den Antrag erforderlichen Quorum von einem Zwanzigstel der wahlberechtigten Arbeitnehmer. Die in § 9 MitbestG zum Ausdruck gelangte Wertentscheidung, dass die Wahlberechtigten über die Art der Wahl befinden können, schließt es aus, wahlberechtigte Personen bei dem Schwellenwert nicht zu berücksichtigen (*vgl. ErfK/Oetker § 9 MitbestG Rn. 1; aA Künzel/Schmid NZA 2013, 300, 302; Lunk NZG 2014, 778, 779*).

cc) Die Berücksichtigung der wahlberechtigten Leiharbeitnehmer entspricht dem Sinn und Zweck des Schwellenwertes in § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG. 34

Für Unternehmen mit in der Regel mehr als 8000 Arbeitnehmern 35  
schreibt § 9 Abs. 1 MitbestG die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer durch Delegierte als gesetzliche Regelwahlart vor. Die gesetzliche Präferenz für die Wahl durch Delegierte bei Überschreiten dieses Schwellenwertes



beruht auf der Erwägung, dass eine Wahl in Unternehmen und Konzernen dieser Größe mittels betrieblich gewählter Delegierter transparenter sein und eher auch den Belegschaften kleinerer Betriebe und Unternehmen eine wirksame Einflussnahme ermöglichen kann als die unmittelbare Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern, die den Arbeitnehmern oft kaum bekannt sein werden (*Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, BT-Drs. 7/4845 S. 6; Krause ZIP 2014, 2209, 2214; WWKK/Wißmann § 9 Rn. 4*). Für diese Zwecke macht es keinen Unterschied, ob die Arbeitnehmer zur Stammbesellschaft gehören oder ob die Arbeitsplätze mit Arbeitnehmern besetzt sind, die zwar keinen Arbeitsvertrag mit dem Unternehmen haben, aber wie eigene Arbeitnehmer in den Betrieb integriert sind (*Krause ZIP 2014, 2209, 2214; Hay/Grüneberg NZA 2014, 814, 819 f.; aA Krüger EWiR 2013, 627, 628*). Demgegenüber hat das mit der Unternehmensmitbestimmung verfolgte Ziel einer gleichberechtigten und gleichgewichtigen Teilnahme von Anteilseignern und Arbeitnehmern an den Entscheidungsprozessen in Unternehmen (*BT-Drs. 7/2172 S. 16 ff.*) für die Frage der Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den für die Wahlart maßgeblichen Schwellenwerten keine wesentliche Bedeutung. Ebenso wenig kommt es in diesem Zusammenhang darauf an, inwieweit Leiharbeitnehmer im Rahmen der Unternehmensmitbestimmung von unternehmerischen Planungen und Entscheidungen betroffen sind und hierauf Einfluss nehmen sollen (*vgl. hierzu Krause ZIP 2014, 2209, 2215*), und dass der Aufsichtsrat, dessen Tätigkeit nach §§ 111 ff. AktG auf die langfristige Unternehmenspolitik und die Kontrolle strategischer Entscheidungen gerichtet ist, das mittel- und langfristige Geschäftsinteresse wahrt (*vgl. hierzu OLG Hamburg 31. Januar 2014 - 11 W 89/13 - Rn. 32 f.*). Der Gesetzgeber hat trotz dieser Gegebenheiten Leiharbeitnehmern das aktive Wahlrecht bei den Wahlen der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer und bei der Abstimmung über die Wahlart zuerkannt. Deshalb kommt diesen Umständen auch für die Frage, ob Leiharbeitnehmer bei dem für die Wahlart maßgeblichen Schwellenwert zu berücksichtigen sind, keine entscheidende Bedeutung zu.

dd) Der Berücksichtigung von wahlberechtigten Leiharbeitnehmern bei dem Schwellenwert von 8000 Arbeitnehmern in § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG steht

36

auch nicht entgegen, dass Leiharbeitnehmer nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG im Entleiherbetrieb nur „vorübergehend“ beschäftigt werden dürfen. Das bedeutet nicht, dass sie von vornherein nicht zu den nach § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG „in der Regel“ beschäftigten Arbeitnehmern zählen könnten (*aA Künzel/Schmid NZA 2013, 300, 301*). Durch das bei Schwellenwerten in der Mitbestimmung grundsätzlich übliche Merkmal „in der Regel“ will der Gesetzgeber zufälligen Resultaten bei schwankenden Beschäftigtenzahlen vorbeugen. Maßgeblich ist daher die normale Beschäftigtenzahl, also diejenige Personalstärke, die für den Betrieb oder das Unternehmen im Allgemeinen kennzeichnend ist (*vgl. etwa zu § 9 BetrVG: BAG 12. November 2008 - 7 ABR 73/07 - Rn. 16; 7. Mai 2008 - 7 ABR 17/07 - Rn. 17*). 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 (*vgl. etwa zu § 9 BetrVG: BAG 12. November 2008 - 7 ABR 73/07 - Rn. 16; 7. Mai 2008 - 7 ABR 17/07 - Rn. 17*). Die Feststellung der maßgeblichen Unternehmensgröße erfordert daher sowohl eine rückblickende Betrachtung, für die ein Zeitraum zwischen sechs Monaten bis zwei Jahren als angemessen erachtet wird (*zB ErfK/Oetker § 1 MitbestG Rn. 6 im Anschluss an OLG Düsseldorf 9. Dezember 1994 - 19 W 2/94 AktE - Rn. 18 [juris]: 17 bis 20 Monate; Henssler in Ulmer/Habersack/Henssler § 3 MitbestG Rn. 62; Raiser in Raiser/Veill/Jacobs § 1 Rn. 20; Krause ZIP 2014, 2209, 2219: 18 bis 24 Monate; Ulmer FS Heinsius [1991] S. 855, 864: 6 bis 12 Monate*), als auch eine Prognose, bei der konkrete Veränderungsentscheidungen einzubeziehen sind (*LAG München 24. Juli 2007 - 6 TaBV 3/07 - Rn. 33*). 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 (*BAG 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 das Unternehmen Leiharbeit längerfristig als Instrument zur

Deckung des Personalbedarfs nutzt (*Hay/Grüneberg NZA 2014, 814, 817; Krause ZIP 2014, 2209, 2219 mwN*).

ee) Die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei mitbestimmungsrechtlichen Schwellenwerten steht auch mit der Richtlinie 2008/104/EG im Einklang. 37

Nach Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG werden Leiharbeitnehmer unter Bedingungen, die die Mitgliedstaaten festlegen, im Leiharbeitsunternehmen bei der Berechnung der Schwellenwerte für die Einrichtung der Arbeitnehmervertretungen berücksichtigt, die nach Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht oder in Tarifverträgen vorgesehen sind. Sie zählen also grundsätzlich beim Verleiher. Nach Abs. 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Leiharbeitnehmer auch im entleihenden Unternehmen in derselben Weise berücksichtigt werden wie Stammarbeitskräfte. Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie 2008/104/EG regelt, dass die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, die Verpflichtung nach Abs. 1 umzusetzen, wenn sie die Option nach Abs. 2 wahrnehmen. Daraus wird die Auffassung abgeleitet, Leiharbeitnehmer seien bei den Schwellenwerten der Mitbestimmung beim Entleiher nicht mitzurechnen, weil der deutsche Gesetzgeber von dem nach Art. 7 Abs. 2 und Abs. 3 der Richtlinie 2008/104/EG eingeräumten Wahlrecht bisher keinen Gebrauch gemacht habe. Anderenfalls hätte er das Gesetz in § 14 Abs. 2 AÜG ändern oder die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern in §§ 1, 9 MitbestG ausdrücklich anordnen müssen. Der Rechtsprechung sei eine solche Rechtsfortbildung verwehrt (so *Rieble NZA 2012, 485, 487; Künzel/Schmid NZA 2013, 300, 302*). Diese Auffassung berücksichtigt nicht, dass Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2008/104/EG sich auf die Schwellenwerte für die Einrichtung der Arbeitnehmervertretungen bezieht und deshalb für den Schwellenwert des § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG, der für die Art der Wahl der bereits eingerichteten Arbeitnehmervertretung maßgeblich ist, schon seinem Wortlaut nach nicht einschlägig ist. Im Übrigen ergibt die vorstehend vorgenommene Auslegung der gesetzlichen Regelung in § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG anhand des Wortlauts, des Gesamtzusammenhangs und von deren Sinn und Zweck, dass der Gesetzgeber die Berücksichti-

 38

gung von wahlberechtigten Leiharbeitnehmern bei dem Schwellenwert in § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG vorgesehen hat.

3. Damit hat das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen, dass auf Stammarbeitsplätzen beschäftigte wahlberechtigte Leiharbeitnehmer bei dem für die Wahlart maßgeblichen Schwellenwert zu berücksichtigen sind. Die Feststellung, dass der Schwellenwert des § 9 Abs. 1 MitbestG von in der Regel mehr als 8000 Arbeitnehmern zu dem maßgeblichen Zeitpunkt der Bekanntmachung der Wahl gemäß § 13 Abs. 3 der 3. WO am 11. Juli 2011 überschritten war, ist rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstanden. Der Hauptwahlvorstand hat seinen Beurteilungsspielraum nicht überschritten, indem er bei der Festlegung der Delegiertenwahl als gesetzlicher Regelwahlart von 8341 in der Regel beschäftigten und 8176 wahlberechtigten Arbeitnehmern ausgegangen ist. 39

a) Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1. bis 14. hat der Hauptwahlvorstand diese Entscheidung auf einer nachvollziehbaren Tatsachengrundlage getroffen. Er hat in seiner Sitzung vom 5. Juli 2011 festgestellt, dass unter Einbeziehung der auf Stammarbeitsplätzen eingesetzten wahlberechtigten Leiharbeitnehmer am 1. Juli 2011 8341 Personen in allen Betrieben der Unternehmen beschäftigt waren. Dabei hat er ausweislich des Protokolls Nr. 4 vom 5. Juli 2011 nicht nur festgestellt, dass alle korrigierten Wählerlisten aus den einzelnen Standorten vorlagen. Bei der Ermittlung der Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer hat der Hauptwahlvorstand „alle korrigierten Wählerlisten aus den einzelnen Standorten“ zugrunde gelegt. Dies ist nicht zu beanstanden. Nach § 11 Abs. 1 3. WO übersendet der jeweilige Betriebswahlvorstand dem Hauptwahlvorstand eine Kopie der Wählerliste und teilt ihm die Zahlen der in der Regel im Betrieb beschäftigten in § 3 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG bezeichneten Arbeitnehmer und leitenden Angestellten mit. Die Aufstellung der Wählerlisten und die Ermittlung der in der Regel Beschäftigten ist daher grundsätzlich Sache der Betriebswahlvorstände. Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Hauptwahlvorstand Listen zugrunde legen muss, die fehlerhaft sind. Hier kann der Hauptwahlvorstand nicht nur die Beseitigung von Fehlern verlangen, 40

er hat im Zweifel auch ein Selbsteintrittsrecht (*WWKK/Wißmann vor § 9 Rn. 72 - 75, 105*) und kann deshalb die regelmäßige Arbeitnehmerzahl eigenständig festlegen. So wäre der Hauptwahlvorstand nicht an die ermittelte Zahl der regelmäßig Beschäftigten gebunden, wenn in den Wählerlisten Leiharbeiter nicht oder nach unzutreffenden Grundsätzen berücksichtigt worden wären. Dafür besteht hier aber kein Anhaltspunkt. Der Hauptwahlvorstand hat die Listen überprüft und ausgewertet. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hat er 444 wahlberechtigte Leiharbeiter auf Stammarbeitsplätzen berücksichtigt. Die Rüge der Antragsteller, das Landesarbeitsgericht habe die ihm obliegenden Aufklärungspflichten verletzt, indem es seiner Entscheidung ausschließlich die vom Hauptwahlvorstand veranschlagte Arbeitnehmerzahl zugrunde gelegt habe ohne zu überprüfen, ob die Leiharbeiter tatsächlich einen dauerhaften Arbeitskräftebedarf befriedigen sollten, greift nicht durch. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts wurden ausschließlich wahlberechtigte Leiharbeiter auf Stammarbeitsplätzen berücksichtigt. Die Antragsteller haben nicht dargelegt, bei welchen der vom Hauptwahlvorstand berücksichtigten Leiharbeiter das nicht der Fall gewesen sein sollte.

b) Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler festgestellt, dass die Berücksichtigung von 444 wahlberechtigten Leiharbeitern auf Stammarbeitsplätzen der regelmäßigen Beschäftigungslage in den Unternehmen entsprach. Dabei hat das Landesarbeitsgericht nicht lediglich auf die aktuelle Beschäftigtenzahl im Juli 2011 abgestellt. Es hat seiner Feststellung vielmehr den Überblick der Beteiligten zu 16. bis 18. über die Beschäftigtenzahlen seit November 2010 zugrunde gelegt. Dieser Referenzzeitraum ist für die Ermittlung der die Unternehmen kennzeichnenden Belegschaftsstärke ausreichend. Danach wurden in der Zeit ab November 2010 bis zu der Wahlbekanntmachung am 11. Juli 2011 - einschließlich der wahlberechtigten Leiharbeiter - ständig über 8000 Arbeitnehmer beschäftigt. Die Zahl der Leiharbeiter, deren Einsatz bei den Beteiligten zu 16. bis 18. grundsätzlich länger als drei Monate vorgesehen ist, lag in der ersten Jahreshälfte 2011 zwischen 428 und 462. Das Landesarbeitsgericht hat überdies nicht nur den Personalbestand für diesen

41

Zeitraum berücksichtigt, sondern die Entwicklung vor dem Hintergrund der schwankenden Reifenproduktion der Beteiligten zu 16. in dem Zeitraum von Anfang des Jahres 2009 bis Ende September 2011 beurteilt. Dabei hat es festgestellt, dass die Zahl der Arbeitnehmer einschließlich der Leiharbeiter, die im Konzern länger als drei Monate eingesetzt waren, nicht jede Abwärtsbewegung mitmachte. Abgesehen von einer „kleinen Delle“ Ende des zweiten Quartals 2010 entwickelte sich die Zahl der Arbeitnehmer ab dem dritten Quartal 2009 stetig nach oben und lag ab dem dritten Quartal 2010 über 8000. Diese Entwicklung war im Jahr 2012 rückläufig. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts bestanden jedoch zum Zeitpunkt der Bekanntmachung im Juli 2011 keine Anhaltspunkte für diese künftige Entwicklung. Die Antragsteller rügen zu Unrecht, das Landesarbeitsgericht habe nicht aufgeklärt, ob und ggf. in welchem Umfang die Einstellung von Leiharbeitern im Jahr 2011 durch eine Sonderkonjunktur veranlasst war. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ging die Entwicklung der Beschäftigtenzahlen, von einer „kleinen Delle“ abgesehen, seit November 2009 stetig nach oben. Die Antragsteller haben nicht vorgetragen, woraus im Juli 2011 hätte geschlossen werden können, dass der Personalbestand in absehbarer Zeit rückläufig sein und unter 8000 Arbeitnehmer iSv. § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG absinken würde. Die behauptete Äußerung des Dr. L in der Aufsichtsratssitzung vom 20. März 2012, das Jahr 2011 sei ein Rekordjahr gewesen, in dem die Beschäftigungslage auf einer Sonderkonjunktur beruht habe, genügt dazu nicht. Aus dieser Äußerung kann nicht geschlossen werden, dass dafür bereits im Juli 2011 greifbare Anhaltspunkte bestanden.

Gräfl

M. Rennferdt

Kiel

Meißner

Schuh