Landesarbeitsgericht Hamm, 7 TaBV 57/19

Datum:	03.12.2019
Gericht:	Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper:	7. Kammer
Entscheidungsart:	Beschluss
Aktenzeichen:	7 TaBV 57/19
ECLI:	ECLI:DE:LAGHAM:2019:1203.7TABV57.19.00

Normen:	§ 38 Abs. 1 BetrVG, § 16 i SGB II
Leitsätze:	Beschäftigte, die auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages bei einer privat-rechtlich organisierten gemeinnützigen Arbeitsförderungsgesellschaft tätig sind und deren Beschäftigung gemäß § 16 i SGB II öffentlich gefördert wird, sind jedenfalls dann als Arbeitnehmer bei der Freistellung von Betriebsratsmitgliedern gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu berücksichtigen, wenn sich die Tätigkeit der Gesellschaft nicht auf die Vermittlung eines Personaleinsatzes bei Dritten beschränkt (Anschluss an BAG, Beschlüsse vom 05.10.2000, 1 ABR 14/00 und vom 13.10.2004, 7 ABR 6/04).

Tenor:

1. Auf die Beschwerde des Betriebsrates wird der Beschluss desArbeitsgerichts Gelsenkirchen vom 30.04.2019 – 4 BV 1/19 – abgeändert und die Arbeitgeberin verpflichtet, das Mitglied des Betriebsrates C zum Zwecke der Betriebsratstätigkeit von der Erbringung der Arbeitsleistung in vollem Umfang freizustellen.

2. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

G r ü n d e

A. 2

Die Beteiligten streiten über die Anzahl der für die Freistellung eines Betriebsratsmitgliedes notwendigen Arbeitnehmer. 3

Antragsteller ist der bei der Arbeitgeberin gewählte sieben-köpfige Betriebsrat, dessen Vorsitzender Herr C ist. Die Arbeitgeberin ist als Unternehmen des privaten Rechts Trägerin von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen zur Wiedereingliederung von Langzeitarbeitslosen und Hilfeempfängern in das Berufsleben. Ausweislich des Gesellschaftsvertrages ist (§ 3 des Gesellschaftsvertrages) Gegenstand der Gesellschaft die Unterstützung und Hilfe für jugendliche und ältere Arbeitslose, Arbeitslose, bei denen besondere soziale und/oder gesundheitliche Schwierigkeiten der Teilnahme am Erwerbsleben entgegenstehen, Arbeitslose mit Behinderungen und Langzeitarbeitslose mit schlechten Eingangsvoraussetzungen in den ersten Arbeitsmarkt. Daneben ist im Gesellschaftsvertrag als Schwerpunkt des Gesellschaftszweckes die sozialpädagogische Betreuung und fachliche Qualifizierung der betroffenen Personengruppen zur Heranführung an den allgemeinen Arbeitsmarkt beschrieben. Als Mittel der Qualifikation ist unter anderem die Übernahme von Lohnaufträgen, der Abschluss unbefristeter Arbeitsverträge aus Motivationsgründen sowie die Unterhaltung entsprechender eigener Einrichtungen genannt. Wegen des zur Akte gereichten Auszuges des Gesellschaftsvertrages wird auf die Kopie Bl. 139 ff. d.A. Bezug genommen. 4

Bei der Wahl des Betriebsrates im März 2018 ist ein sieben-köpfiger Betriebsrat hervorgegangen; in der Folgezeit vertrat der Betriebsrat die Auffassung, dass in der Regel mehr als 200 Mitarbeiter beschäftigt würden, so dass eine Freistellung eines Betriebsratsmitgliedes erfolgen müsse. Im Rahmen einer Betriebsratssitzung vom 14.12.2018, zu der am 11.12.2018 unter Beschreibung des entsprechenden Tagesordnungspunktes „Beschlussfassung zur Freistellung eines BR-Mitgliedes“ eingeladen wurde, kam es zur Wahl des Betriebsratsvorsitzenden C als freizustellendes Betriebsratsmitglied. Wegen der Einladung zur Sitzung vom 14.12.2018 und des dazugehörigen Protokolls wird auf die Kopie Bl. 8 bis 12 d.A. Bezug genommen. Im Anschluss wandte sich der Betriebsrat mit Schreiben vom 17.12.2018 an die Arbeitgeberin und machte die Freistellung des Betriebsratsvorsitzenden geltend (Bl. 14 d.A.). In diesem Schreiben wies der Betriebsrat auch darauf hin, dass die Arbeitgeberin den Versuch des Betriebsrates, über die Freistellung des Herrn C zu beraten, abgelehnt habe. Diese Auffassung bestätigten die Verfahrensbevollmächtigten der Arbeitgeberin mit Schreiben vom 02.01.2019, mit dem sie im Wesentlichen in Abrede stellten, dass die erforderliche Arbeitnehmerzahl von 200 erreicht sei (Bl. 17, 18 d.A.). 5

Im Laufe des vorliegenden Beschlussverfahrens kam es zu unterschiedlichen Darlegungen der Beteiligten hinsichtlich der bei der Arbeitgeberin tätigen Arbeitnehmer. Bei der Arbeitgeberin sind – soweit für das vorliegende Beschlussverfahren von Interesse – sogenannte Regiemitarbeiter tätig, die sich im Wesentlichen mit der Anleitung, Ausbildung, Betreuung und dergleichen der in das Erwerbsleben einzugliedernden Arbeitnehmer befassen. Die Beteiligten gehen hierbei übereinstimmend davon aus, dass es sich um solche Arbeitnehmer handelt, die bei der Frage der Freistellung von Betriebsratsmitgliedern im Sinne des § 38 BetrVG zu berücksichtigen sind. Im Termin zur mündlichen Anhörung vor der Beschwerdekammer gab die Arbeitgeberin die Anzahl dieser Arbeitnehmer mit insgesamt 152, der Betriebsrat mit 159 an. Daneben beschäftigt die Arbeitgeberin 129 Arbeitnehmer, die aufgrund von Maßnahmen tätig sind, bei denen eine Förderung auf der Grundlage der Vorschrift des § 16 i SGB II erfolgt. Weiter sind noch Arbeitnehmer beschäftigt, die 6

ursprünglich öffentlich-rechtlich gefördert wurden sowie Auszubildende. Mit den auf der Grundlage des § 16 i SGB II geförderten Arbeitnehmern schließt die Arbeitgeberin Arbeitsverträge, wegen deren Einzelheiten auf die beispielhaft zur Gerichtsakte gereichte Kopie Bl. 5 – 7 d.A. Bezug genommen wird. Die Arbeitgeberin hat auf den Standortgeländen eine Malerwerkstatt, eine Elektrowerkstatt, eine Metallwerkstatt sowie eine Holzwerkstatt eingerichtet und unterhält darüber hinaus Gastronomie und Einzelhandel. Daneben wird auf dem Gelände für den Bereich des Garten- und Landschaftsbaus, des Bauhauptgewerbes und des Trockenbaus jeweils eine Beschäftigungsmöglichkeit zur Qualifizierung angeboten.

Die Beteiligten streiten insbesondere um die Frage, ob die auf der Grundlage des § 16 i SGB II geförderten Arbeitnehmer bei der Berechnung der für die Freistellung des Betriebsratsvorsitzenden notwendigen Anzahl von 200 Arbeitnehmern im Sinne des § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu berücksichtigen sind. Ebenso im Streit zwischen den Beteiligten ist die Berücksichtigung der Auszubildenden sowie der ehemals geförderten und der auf der Grundlage des § 16 e SGB II (hier zwei Arbeitnehmer) geförderten Arbeitnehmer. 7

Mit dem vorliegenden Antrag auf Einleitung des Beschlussverfahrens, eingegangen beim Arbeitsgericht Gelsenkirchen am 24.01.2019, macht der Betriebsrat geltend, dass es sich bei den auf der Grundlage des § 16 i SGB II geförderten Arbeitnehmern um berücksichtigungsfähige Arbeitnehmer im Sinne des § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG handelt. Er verweist hierzu auf den Inhalt der abgeschlossenen Arbeitsverträge, die nach seiner Auffassung eine vollständige Eingliederung dieser Kräfte in die Betriebsabläufe der Arbeitgeberin beinhalten. Außerdem meint er, dass der Sinn und Zweck der Freistellung eines Betriebsratsmitgliedes darin begründet sei, dass ab einer bestimmten Arbeitnehmerzahl eine solche Vielzahl von Aufgaben anfällt, die neben der „normalen“ Arbeitsleistung nicht zu bewältigen ist. Die auf der Grundlage des § 16 i SGB II geförderten Arbeitnehmer seien dabei schon deswegen zu berücksichtigen, weil sie in gleicher Art und Weise vom Betriebsrat vertreten werden müssten, wie die sogenannten Regiemitarbeiter. Im Übrigen verweist der Betriebsrat darauf, dass für den Fall, dass man diese Arbeitnehmergruppe als nicht vom Betriebsrat vertreten betrachten würde, eine wesentliche Lücke in der betrieblichen Mitbestimmung entstehen würde, die dem deutschen Arbeitsrecht fremd sei. Allein der Umstand, dass die Arbeitgeberin keine eigenwirtschaftlichen Zwecke verfolge und als Gesellschaftszweck insbesondere die Integration in den ersten Arbeitsmarkt beschrieben werde, stehe jedenfalls bei den „16 i-Kräften“ der Annahme der Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG nicht entgegen. 8

Der Betriebsrat hat beantragt, 9

- 1. festzustellen, dass ein Mitglied des Betriebsrates freizustellen ist. 10 11
- 2. Die Arbeitgeberin zu verpflichten, das Mitglied des Betriebsrates C zum Zwecke der Betriebsratstätigkeit von der Erbringung der Arbeitsleistung in vollem Umfang für die Dauer der Wahlperiode freizustellen. 12 13

Die Arbeitgeberin hat beantragt, 14

die Anträge zurückzuweisen. 15

Sie hat die Auffassung vertreten, sie beschäftige keine 200 Arbeitnehmer im Sinne des § 38 BetrVG. Es sei zwar zutreffend, dass Arbeitsverträge mit dem Personenkreis, der nach § 16 i 16

SGB II gefördert werde, abgeschlossen würden. Allerdings fehle es an einer Eingliederung in die jeweilige Betriebsorganisation. Der Betriebszweck selbst sei nämlich die Integration in den Arbeitsmarkt, weshalb die Beschäftigung dieser Arbeitnehmer selbst der Betriebszweck sei und anders als beispielsweise im Produktionsbetrieb keinem Betriebszweck diene. Gleiches gelte für die Auszubildenden, bei denen der Betriebszweck allein auf der Vermittlung einer berufspraktischen Ausbildung beschränkt sei. Die Ausbildung sei auch hier selbst Gegenstand des Betriebszweckes. Auch seien mittlerweile einige Betriebsvereinbarungen abgeschossen worden, in denen die Beteiligten übereinstimmend davon ausgegangen seien, dass bestimmte Regelungen ohnehin nur für die Regiemitarbeiter möglich seien. Beispielhaft wird auf die Betriebsvereinbarung über eine flexible Arbeitszeitregelung sowie auch Urlaubsgrundsätze Bezug genommen (Bl. 175 ff. d.A.).

Durch Beschluss vom 30.04.2019, dem Vertreter des Betriebsrates unter dem 27.05.2019 zugestellt, hat das Arbeitsgericht die Anträge des Betriebsrates „zurückgewiesen“ und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, dass die Beschäftigung der genannten Arbeitnehmergruppen wie auch der Auszubildenden mit Ausnahme der Regiemitarbeiter der Betriebszweck der Arbeitgeberin selbst sei und damit keine auf Dauer angelegte Beschäftigung bei der Arbeitgeberin stattfinde, um die Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt zu ermöglichen. All diese Mitarbeiter würden nicht den Betriebszweck der Arbeitgeberin fördern. 17

Wegen der Einzelheiten der angegriffenen Entscheidung wird auf den Beschluss vom 30.04.2019 Bl. 195 ff. d.A. Bezug genommen. 18

Hiergegen wendet sich der Betriebsrat mit der vorliegenden, beim Landesarbeitsgericht am 19.06.2019 eingegangenen und nach Verlängerung der Beschwerdebegründungsfrist bis zum 26.08.2019 mit Schriftsatz vom 26.08.2019, am selben Tage beim Landesarbeitsgericht eingegangen, begründeten Beschwerde. 19

Der Betriebsrat trägt vor: 20

Das Arbeitsgericht habe übersehen, dass bei einer Nichtberücksichtigung der nach § 16 i SGB II beschäftigten Mitarbeiter es zu der im deutschen Arbeitsrechtsystem nicht vorgesehenen Situation käme, dass diese Mitarbeiter keine betriebliche Vertretung hätten. So habe der Gesetzgeber für die Auszubildenden, sofern man davon ausgehe, sie könnten keine „eigene“ Jugend- und Auszubildendenvertretung wählen, in § 51 BBiG ausdrücklich eine besondere Vertretung eingerichtet. Ähnliches gelte für Rehabilitanten auf der Grundlage des § 52 SGB IX. Die abgeschlossenen Arbeitsverträge seien exakt so ausgestaltet, wie dies in einem Arbeitsverhältnis üblich sei. Auch sei in der zweitinstanzlichen Rechtsprechung zur Vorschrift des § 16 e SGB II anerkannt, dass es sich um Arbeitnehmer im Sinne der §§ 1, 23 KSchG handele. Hierzu verweist der Betriebsrat auf das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 10.01.2016, 2 Sa 333/16. 21

Die Arbeitgeberin habe ausweislich ihres Organigramms sogenannte Produktgruppen und Produkte festgelegt. Unter der „Produktgruppe 7“ seien die wirtschaftlichen Zweckbetriebe erfasst, die als „Nahversorgung I, die Nahversorgung U, den Cpark und die Auftragsarbeiten gewerblich-technisch“ beschrieben sei. Dort würden die auf der Grundlage des § 16 i SGB II geförderten Arbeitnehmer von montags bis samstags in der Zeit von 7.00 Uhr bis 19.00 Uhr und darüber hinaus im U von 8.00 Uhr bis 14.00 Uhr an Sonntagen tätig werden. Sie würden Waren auffüllen, bedienen und kassieren. Darüber hinaus seien Pausenregelungen eingeführt. Die Tätigkeiten würden darüber hinaus ausgeübt in städtischen Parks, im Tafelgarten Landschaftsbau C1, bei Reinigungsarbeiten, Kleinstreparaturen, 22

Kurierfahrservice, sonstigen Auftragsarbeiten und bei den sogenannten „Quartiermeistern“. Letztgenannte würden – ebenso projektgefördert – Überwachungsfunktionen und Meldungen über Verunreinigungen auf Spielplätzen in den Stadtteilen durchführen. Tätigkeiten würden außerdem zusammen mit solchen Arbeitnehmern erbracht werden, die auch aus Sicht der Arbeitgeberin zweifelsohne bei der Freistellungsstaffel des § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu beachten wären. Neben den „ganz normalen“ Arbeiten komme es – entsprechend dem Gesellschaftszweck der Arbeitgeberin – selbstverständlich auch zu sozialpädagogischer Betreuung, Coaching genannt.

Der Betriebsrat sei der Auffassung, dass selbstverständlich mitbestimmte Regelungen zur Arbeitszeit der „16 i-Kräfte“ zu treffen sei, ebenso was einer Betriebsvereinbarung zu allgemeinen Urlaubsgrundsätzen angehe. Dies sei nur exemplarisch. Ebenso gehe es um die allgemeine Überwachungsfunktion, die dem Betriebsrat auch gegenüber diesen Kräften zustehen müsse. Fest stehe jedenfalls, dass die Mitarbeiter gemäß § 16 i SGB II nicht zur Ausbildung bei der Arbeitgeberin beschäftigt würden, sondern im Rahmen der Erfüllung der Aufgaben der wirtschaftlichen Zweckbetriebe. 23

Das Arbeitsgericht habe rechtsfehlerhaft die Rechtsprechung zu den sogenannten Ausbildungsbetrieben herangezogen, die vorliegend nicht einschlägig sei. Einschlägig sei vielmehr die Rechtsprechung des ersten Senats des Bundesarbeitsgerichts zur damaligen Vorschrift des § 19 Abs. 2 erste Alternative BSHG („Hilfe zur Arbeit“) seit der Entscheidung vom 05.10.2000, 1 ABR 14/00. Genauso wie im dort entschiedenen Fall setze die Arbeitgeberin ihre Stammbeschäftigten in wirtschaftlichen Zweckbetrieben ein. 24

Rein vorsorglich weise der Betriebsrat darauf hin, dass ein Freistellungsanspruch sich auch aufgrund der räumlichen und örtlichen Struktur des Arbeitgebers ergebe. Hierzu wird auf den Vortrag des Betriebsrates in der Beschwerdebegründung Bl. 272 d.A. Bezug genommen. 25

Nach Erörterung der vom Betriebsrat angekündigten Anträge im Termin zur mündlichen Anhörung vor der Beschwerdekammer beantragt der Betriebsrat 26

den Beschluss des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen vom 30.04.2019, 4 BV 1/19, abzuändern und die Arbeitgeberin zu verpflichten, das Mitglied des Betriebsrates C zum Zwecke der Betriebsratstätigkeit von der Erbringung der Arbeitsleistung in vollem Umfang freizustellen. 27

Die Arbeitgeberin beantragt, 28

die Beschwerde zurückzuweisen. 29

Sie verteidigt die angegriffene Entscheidung in allen Punkten als zutreffend und hat im Termin zur mündlichen Anhörung vor der Beschwerdekammer ergänzend darauf hingewiesen, dass die 129 auf der Grundlage des § 16 i SGB II geförderten Arbeitnehmer nur in geringfügigem Umfang unmittelbar in den wirtschaftlichen Zweckbetrieben eingesetzt seien, sondern meistens sogenannte neue Aufgaben wahrnehmen würden, z.B. im Tafelgarten und im sogenannten Quartiersservice. 30

Wegen der weiteren Einzelheiten im Vorbringen der Beteiligten wird ergänzend auf die zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Terminsprotokolle Bezug genommen. 31

B. 32

I. Die zulässige Beschwerde ist begründet, da der Betriebsrat unter Beachtung des Verfahrens zur Freistellung eines Betriebsratsmitgliedes den Betriebsratsvorsitzenden C als 33

freizustellendes Betriebsratsmitglied gemäß § 38 Abs. 2 BetrVG gewählt hat (dazu 2.) und die Arbeitgeberin im Sinne des § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG in der Regel über 200 bis 500 Arbeitnehmer verfügt (dazu 3.). Schließlich steht die Wahl des siebenköpfigen Betriebsratsgremiums im März 2018 der Freistellung nicht entgegen (dazu 4.).

1. Der Antrag des Betriebsrates ist zulässig. 34

a) Der Betriebsrat verfolgt sein Begehren zu Recht im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren, da es sich bei einem Streit um die Freistellung eines Betriebsratsmitgliedes im Sinne des § 38 Abs. 1 BetrVG um eine Angelegenheit aus dem Betriebsverfassungsgesetz gemäß § 2 a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG handelt. 35

b) Der Betriebsrat verfolgt sein Begehren jedenfalls im Beschwerdeverfahren mit Hilfe eines Leistungsantrages, der die Arbeitgeberin unmittelbar zur Freistellung verpflichten soll. Bei einem unmittelbar auf Leistung gerichteten Antrag bestehen keine Bedenken zur Zulässigkeit. 36

2. Der Antrag des Betriebsrates bedarf allerdings insoweit der Auslegung, als dass die Freistellung eines Betriebsratsmitgliedes bei Erreichen der Beschäftigungsgröße von 200 bis 500 Arbeitnehmern ohnehin für die Arbeitgeberin verpflichtend ist, sofern der Betriebsrat das Verfahren nach § 38 Abs. 2 BetrVG beachtet hat. Da der Streit der Beteiligten über die Frage entbrannt ist, ob die Arbeitgeberin die Größenordnung erreicht, die § 38 Abs. 1 BetrVG an Arbeitnehmern für die Freistellung eines Betriebsratsmitgliedes vorsieht, geht die Beschwerdekammer davon aus, dass der Betriebsrat den Leistungsantrag so verstanden wissen will, dass der Betriebsratsvorsitzende C seiner Pflicht zur arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung nicht nachkommen muss, als dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Freistellung eines Betriebsratsmitgliedes vorliegen. 37

a) Zum Verfahren gemäß § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG ist zwischen den Beteiligten nicht im Streit, dass der Betriebsrat Herrn C in der Sitzung vom 14.12.2018 als freizustellendes Betriebsratsmitglied gewählt hat. Ausweislich des vorgelegten Protokolls der Sitzung nebst Einladung unter Mitteilung der Tagesordnung gab es einen Wahlvorschlag (Bl. 11 d.A.), der einstimmig gewählt wurde. 38

b) Allerdings hat offensichtlich im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG keine inhaltliche Beratung über die Person des freizustellenden Betriebsratsmitgliedes mit der Arbeitgeberin stattgefunden, wobei eine solche grundsätzlich vor der Wahl stattzufinden hat und andernfalls jedenfalls Zweifel bestehen, ob das Ergebnis der Freistellungswahl dann bindend ist (zum Meinungsstand Richardi/Thüsing, BetrVG 16. Aufl., § 38 Rdnr. 31 m.w.N.). Allerdings ist der Versuch einer Beratung des Betriebsrates daran gescheitert, dass die Arbeitgeberin von vornherein wegen ihrer grundlegenden Rechtsauffassung zur Berücksichtigung der nach § 16 i SGB II geförderten Kräfte kein Interesse an einer Beratung hatte. In dieser Konstellation ist im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 1 BetrVG von einer Beratung auszugehen, da andernfalls ein berechtigtes Freistellungsbegehren ohne Prüfung der sonstigen Voraussetzungen leerlaufen würde. 39

c) Schließlich hat die Arbeitgeberin im Laufe des Verfahrens auch keine Einwände gegen die Person des freizustellenden Betriebsratsvorsitzenden erhoben und auch kein Einigungsstellenverfahren im Sinne des § 38 Abs. 2 Satz 4 BetrVG eingeleitet (vgl. hierzu auch BAG vom 18.01.2017, 7 ABR 60/15 Rdnr. 42 ff.). 40

3. Die Arbeitgeberin verfügt im Sinne des § 38 Abs. 1 BetrVG über in der Regel 200 bis 500 Arbeitnehmer mit der Folge, dass Herr C freizustellen ist. Die erstinstanzlich auch noch 41

aufgeworfene Frage, ob die Auszubildenden zu berücksichtigen sind, musste die Beschwerdekammer nicht beantworten, da jedenfalls die Regiemitarbeiter und die auf der Grundlage des § 16 i SGB II geförderten Arbeitnehmer zählen und sich hierbei deutlich eine Größenordnung von in der Regel 200 bis 500 Arbeitnehmern im Sinne des § 38 Abs. 1 BetrVG ergibt.

a) Bei der Bemessung der Zahlen des § 38 Abs. 1 BetrVG ist der Arbeitnehmerbegriff des § 5 Abs. 1 BetrVG zugrunde zu legen, da dieser maßgeblich für die organisatorischen Schwellenwerte des Betriebsverfassungsgesetzes ist (BAG vom 05.12.2012, 7 ABR 17/11 Rdnr. 18). Dabei muss das Verständnis vom Arbeitnehmerbegriff im jeweiligen betriebsverfassungsrechtlichen Zusammenhang angemessen berücksichtigt werden, was eine am Normzweck orientierte Auslegung der jeweiligen auf die Arbeitnehmer abstellende Vorschrift gebietet (BAG vom 18.01.2017, 7 ABR 60/15 Rdnr. 24 m.w.N.). § 38 Abs. 1 BetrVG sieht als Konkretisierung der allgemeinen Vorschrift des § 37 Abs. 2 BetrVG von einer bestimmten Betriebsgröße die völlige Freistellung von Mitgliedern des Betriebsrates von der Pflicht zur Arbeitsleistung vor. Zweck dieser Vorschrift ist es, Streitigkeiten zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber über den Umfang der notwendigen Arbeitsbefreiung zu vermeiden. Maßgeblich für den Zweck des Gesetzes ist, dass ab einer bestimmten Betriebsgröße durch die Mindestzahl von Freistellungen die Betriebsratstätigkeit ordnungsgemäß gewährleistet werden kann. Die Anzahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder muss nach § 38 Abs. 1 BetrVG in einem angemessenen Verhältnis zur Anzahl der betriebsangehörigen Arbeitnehmer stehen, deren Interesse und vor allem deren Rechte der Betriebsrat zu wahren hat. Maßgeblich wird der Tätigkeitsaufwand des Betriebsrates durch die Anzahl der in der Regel im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer bestimmt. Je mehr Arbeit im Betriebsrat anfällt, desto mehr Mitglieder soll er haben und desto höher soll die Anzahl seiner freigestellten Betriebsratsmitglieder sein (BAG vom 18.01.2017 aaO., Rdnr. 30). 42

Dabei wird nach der ständigen, zutreffenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der Arbeitsaufwand des Betriebsrates nicht nur durch die Stammbelegschaft bestimmt (für Leiharbeitnehmer vgl. BAG vom 18.01.2017 aaO., Rdnr. 31 m.w.N.). 43

b) Ausgehend hiervon gilt vorliegend folgendes: 44

Die nach § 16 i SGB II geförderten Arbeitnehmer sind bei der Zahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder gemäß § 38 Abs. 1 BetrVG zu berücksichtigen. 45

aa) Sie stehen in einem Arbeitsverhältnis zur Arbeitgeberin; hierzu wird ein Arbeitsvertrag geschlossen, was zugleich nach dem Wortlaut des § 16 i Abs. 1 SGB II Fördervoraussetzung ist. 46

bb) Diese Arbeitnehmer sind entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin auch in die Betriebe eingegliedert (zu dieser Voraussetzung siehe BAG vom 18.01.2017 aaO. Rdnr. 33; st. Rspr.). Sie unterliegen – streitlos – in jeglicher Beziehung dem Weisungsrecht der Arbeitgeberin und sämtlichen typischen Arbeitnehmerpflichten (hierzu auch die Begründung des Gesetzgebers zur Einführung des § 16 i Abs. 1 SGB II: „Die Arbeitsverhältnisse sind sozialversicherungspflichtig … und unterliegen dem allgemeinen und besonderen Arbeitsrecht. Es können sowohl Arbeitsverhältnisse in Vollzeit wie auch in Teilzeit begründet werden“ in Bundestagsdrucksache 19/4725, S. 17; so auch Fitting, BetrVG 28. Aufl., § 5 Rdnr. 154 zur Vorschrift des insoweit unter gleichen Voraussetzungen die Förderung beschreibenden § 16 e SGB II und Gagel, SGB II/SGB III, Grundsicherung und Arbeitsförderung/Kothe, § 16 i SGB II Rdnr. 21). 47

Der Unternehmenszweck der Arbeitgeberin, wie ihn der Gesellschaftsvertrag beschreibt, steht der Arbeitnehmereigenschaft dieses Personenkreises im Sinne des § 38 Abs. 1 BetrVG nicht entgegen. 48

(1) Zum einen sprechen Sinn und Zweck des § 38 BetrVG dagegen, wegen des Gesellschaftszwecks eine Eingliederung im oben genannten Sinne des Arbeitnehmerbegriffs abzulehnen. Hierzu kann auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Berücksichtigung von regelmäßig beschäftigten Leiharbeitnehmern bei der Freistellungsstaffel des § 38 Abs. 1 Bezug genommen werden, Beschluss vom 18.01.2017 aaO.. Maßgeblich insoweit ist nämlich, dass auch für die nach § 16 i SGB II geförderten Arbeitnehmer jedenfalls eine Zuständigkeit des Betriebsrates hinsichtlich der allgemeinen Überwachungsaufgabe des § 80 Abs. 1 BetrVG ebenso anzunehmen ist, wie hinsichtlich der allgemeinen Mitbestimmungsrechte zur Frage des Beginns und Ende der täglichen Arbeitszeit im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG usw.. Damit aber entstehen Aufgaben für den Betriebsrat, die dem Umfang seiner Betriebsratstätigkeit prägen. Dabei ergibt sich keine Abweichung dadurch, dass die Arbeitgeberin auf Betriebsvereinbarungen rekurriert hat, die im Betrieb abgeschlossen worden sind und die im persönlichen Geltungsbereich nur für die sogenannten Regiemitarbeiter gelten. Es ist nämlich absolut nichts ungewöhnliches, dass Betriebsvereinbarungen im persönlichen Geltungsbereich innerhalb eines Betriebes auf bestimmte Arbeitnehmergruppen zugeschnitten sind, so beispielsweise Arbeitszeitregelungen für Produktionsmitarbeiter gegenüber solchen für Außendienstmitarbeiter. 49

(2) Zum anderen folgt die Beschwerdekammer der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seit dem Beschluss vom 05.04.2000 – 7 ABR 20/99 – und dem Beschluss vom 13.10.2004, 7 ABR 6/04 zur Wahlberechtigung für Betriebsratswahlen von solchen Mitarbeitern, die über die „alten“ Bestimmungen des BSHG über das Instrument der Hilfe zur Arbeit gefördert wurden bzw. in sogenannten Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen („ABM-Beschäftigte“) tätig waren. In beiden Entscheidungen hat das Bundesarbeitsgericht ausdrücklich festgestellt, dass es sich hierbei nicht nur um Arbeitnehmer – nur hierauf kommt es für § 38 BetrVG nach seinem Wortlaut an – , sondern auch um wahlberechtigte Arbeitnehmer handelt. Insbesondere im Beschluss vom 05.04.2000 aaO. hat das Bundesarbeitsgericht hierzu ausgeführt, dass bezogen auf den zu fördernden Personenkreis der arbeitstechnische Zweck des Betriebes gerade kein Ausbildungs- oder Integrationszweck ist, sondern vorrangig die Erledigung dieser Arbeiten, für die der Personenkreis eingesetzt wird (BAG vom 13.10.2004 aaO. Rdnr. 21 m.w.N.), wobei der Umstand, dass nicht ausschließlich eine Arbeitsleistung erbracht wird, sondern auch ein Integrations- und Qualifizierungsanteil enthalten ist, dem nicht entgegensteht (BAG aaO. Rdnr. 22). Dem stimmt die Beschwerdekammer uneingeschränkt zu. 50

(3) Die erstinstanzlich erörterte und von der Arbeitgeberin herangezogene Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 05.04.2000, 7 ABR 20/99, wonach Beschäftigte, die in einer nach den früheren Vorschriften des Bundessozialhilfegesetzes bei einem Dritten in einem befristeten Arbeitsverhältnis beschäftigte Arbeitnehmer nicht als solche im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes zu werten sind, steht dem nicht entgegen. Denn bei der letztgenannten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts war ein vollständig anderer Betriebszweck zu berücksichtigen. In jenem Betrieb wurden Auszubildende im Bereich der überbetrieblichen Erstausbildung ausgebildet und Umschüler weiter qualifiziert. Darüber hinaus waren die dortigen nach den Vorschriften des BSHG geförderten Arbeitnehmer überwiegend in einer von einer öffentlichen Stelle gegründeten Beschäftigungsgesellschaft eingesetzt und lediglich von einem bei der dortigen Arbeitgeberin beschäftigten Meister begleitet. Damit aber lag jener Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts eine Konstellation 51

zugrunde, der im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne betreffend die geförderten Arbeitnehmer kein eigener Betrieb zugrunde lag.

4. a) Fragen zur Berücksichtigung der in überbetrieblicher Ausbildung befindlichen Auszubildenden bei der Beklagten konnte die Beschwerdekammer offen lassen, da es zur Bemessung der nach § 38 Abs. 1 BetrVG „in der Regel“ Beschäftigten hierauf nicht ankam. 52

b) Ergibt sich nach dem Vorstehenden, dass die gemäß § 16 i SGB II geförderten Arbeitnehmer bei der Freistellung nach § 38 Abs. 1 BetrVG zu berücksichtigen sind, so steht zugleich aufgrund der von den Beteiligten genannten Beschäftigungszahlen fest, dass die erforderliche Größenordnung von 200 bis 500 Arbeitnehmer erreicht wird. 53

aa) Maßgeblich für die Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer ist die normale Beschäftigtenzahl. Dabei ist nicht nur der Personalbestand in der Vergangenheit zugrunde zu legen, sondern auch die künftig zu erwartende Entwicklung einzubeziehen (BAG vom 18.01.2017, aaO. Rdnr. 34 m.w.N.). 54

bb) Die Anzahl der sogenannten Regiemitarbeiter liegt bei mindestens 152; diese sind ohnehin nach übereinstimmendem Verständnis der Beteiligten Arbeitnehmer im Sinne des § 38 Abs. 1 BetrVG. Die Anzahl der nach § 16 i SGB II geförderten Arbeitnehmer kann im oben genannten Sinne im Schwerpunkt nur auf die zukünftige Entwicklung hin betrachtet werden. Denn die Fördermöglichkeit gemäß § 16 i SGB II ist erst ab dem 01.01.2019 durch den Gesetzgeber geschaffen worden. Dass diese Anzahl (zuletzt 129) jedoch regelhaft nicht dazu führen wird, dass unter Hinzurechnung der Regiemitarbeiter die Zahl von 200 unterschritten würde, hat selbst die Arbeitgeberin nicht vorgetragen. 55

5. Der Umstand, dass bei der Betriebsratswahl im März 2018 ein sieben-köpfiger Betriebsrat gewählt wurde (vgl. § 9 Satz 1 BetrVG), steht der Annahme, dass nunmehr von einer Arbeitnehmerzahl von 200 bis 500 im Sinne des § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG auszugehen ist, nicht entgegen. Denn maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung der Arbeitnehmerzahl ist nicht die Einleitung der Betriebsratswahl, da der Zweck des § 38 – wie oben beschrieben -, namentlich die ordnungsgemäße Erfüllung der Betriebsratsaufgaben im Auge hat, die von der Anzahl der zu betreuenden Arbeitnehmer abhängt (s. hierzu BAG vom 18.01.2017 aaO. Rdnr. 34). 56

II. Die Beschwerdekammer hat die Rechtsbeschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache gemäß § 92 Abs. 1 ArbGG i.V.m. § 72 Abs. 2 Satz 1 ArbGG zugelassen. 57

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE