

Hessisches Landesarbeitsgericht

Beschluss

§§ 19 , 4 Abs 2 BetrVG

- 1. Auf die räumliche Entfernung des Hauptbetriebs von dem nicht betriebsratsfähigen Betrieb kommt es nach § 4 Absatz 2 BetrVG grundsätzlich nicht an. Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn die räumliche Entfernung so erheblich ist, dass von dem im Hauptbetrieb errichteten Betriebsrat die Mitbestimmungsrechte für den nicht betriebsratsfähigen Betrieb nicht mehr sinnvoll ausgeübt werden können.**
- 2. Hierbei ist mitzuberücksichtigen, ob in dem Hauptbetrieb und den die Voraussetzungen des § 1 Absatz 1 Satz 1 BetrVG nicht erfüllenden Betrieben technische Voraussetzungen für eine Kommunikation untereinander bestehen, die eine persönliche Kontaktaufnahme entbehrlich machen. In diesem Fall kann die räumliche Distanz durch technische Kommunikationsmittel (Telefon- oder Videokommunikation, Email) überbrückt werden.**

LAG Hessen, Beschluss vom 02.08.2021 Az. : 16 TaBV 7/21

Tenor:

Auf die Beschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 17. November 2020 – 3 BV 339/18 – abgeändert:

Die Anträge werden zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

1

Die Beteiligten streiten über die Anfechtung einer Betriebsratswahl.

2

Der Antragsteller (Arbeitgeber) betreibt eine Fluggesellschaft und ist Teil der A Gruppe, einem international tätigen Transport- und Logistikunternehmen. Beteiligter zu 2 ist der bei der Arbeitgeberin gebildete Betriebsrat, der aus einer am 16. Mai 2018 stattgefundenen Betriebsratswahl hervorgegangen ist.

3

Der Betriebsratswahl lag eine Wählerliste (Anl. AS3, Bl. 38-40 der Akte) zu Grunde, die 107 wahlberechtigte Arbeitnehmer ausweist. Darunter befinden sich B und C, die zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl bereits ausgeschieden waren, 2 am Standort des Arbeitgebers in D und 3 am Standort des Arbeitgebers in E beschäftigte Arbeitnehmer, die organisatorisch verselbstständigt sind und deren Urlaubs- und

Schichtpläne von dem dort tätigen Seniormanager F allein festgelegt werden sowie 8 Arbeitnehmer, die von der Schwestergesellschaft des Arbeitgebers, der so genannten Inc (jetzt: A Germany GmbH) arbeitsvertraglich bei dem Arbeitgeber eingesetzt werden. Die entsprechende Klausel im Arbeitsvertrag lautet: „Der Mitarbeiter verpflichtet sich, bei Bedarf auf Anforderung der Gesellschaft in der Schwestergesellschaft A Corporation zu den gleichen arbeitsvertraglichen Bedingungen tätig zu werden.“ Wegen des Inhalts der Arbeitsverträge wird auf Bl. 186 bis 251 der Akte Bezug genommen. In Bezug auf die Mitarbeiter der Personalabteilung G, H und I erfolgte dies dergestalt, dass diese während der Dauer des Bestands des Arbeitsverhältnisses zu ihrem Vertragsarbeitgeber zeitweise für das Unternehmen des Antragstellers auch im Außenverhältnis gegenüber Mitarbeitern unter Verwendung des Briefbogens des Antragstellers tätig wurden (Bl. 339, 400, 467-478 der Akte).

4

Das Wahlergebnis der am 16. Mai 2018 stattgefundenen Betriebsratswahl wurde am 17. Mai 2018 bekannt gegeben (Blatt 342-344 der Akte). Mit einem am 30. Mai 2018 beim Arbeitsgericht eingegangenen Anwaltsschriftsatz hat der Arbeitgeber die Betriebsratswahl angefochten.

5

Er hat einen Verstoß gegen § 9 BetrVG geltend gemacht, da – fehlerhaft - ein aus 7 Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt wurde. Richtigerweise habe der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl regelmäßig lediglich 94 Arbeitnehmer beschäftigt, so dass ein aus 5 Mitgliedern bestehender Betriebsrat hätte gewählt werden müssen. Es seien betriebsfremde Arbeitnehmer berücksichtigt worden (J, K, I, L, M, N, G und H. Ferner hätten die Standorte D und E bzw. die dort beschäftigten insgesamt 5 Arbeitnehmer nicht einbezogen werden dürfen. Die Stelle der mit Wirkung zum September 2017 ausgeschiedenen B sei nicht neu besetzt worden.

6

Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens der Beteiligten und der gestellten Anträge wird auf die Ausführungen des Arbeitsgerichts im Beschluss unter I. (Bl. 431-432 der Akte) Bezug genommen.

7

Das Arbeitsgericht hat dem Hauptantrag des Arbeitgebers stattgegeben und die Betriebsratswahl vom 16. Mai 2018 für unwirksam erklärt. Wegen der Begründung wird auf die Ausführungen im Beschluss unter II. (Bl. 433-439 der Akte) verwiesen.

8

Dieser Beschluss wurde dem Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats am 17. Dezember 2020 zugestellt, der dagegen am 15. Januar 2021 Beschwerde eingelegt und diese nach Verlängerung der Beschwerdebegründungsfrist bis 17. April 2021 diese am 19. April 2021 (Montag) begründet hat.

9

Der Betriebsrat rügt, das Arbeitsgericht habe fehlerhaft die in den Kleinbetrieben D und E beschäftigten insgesamt 5 Mitarbeiter nicht dem Hauptbetrieb in O zugeordnet. Soweit der Arbeitgeber erstinstanzlich vorgetragen habe, dass Herr F für diese Standorte zwar die alleinige Entscheidungsmacht ausübe, sei zu berücksichtigen dass er (unstreitig) Kündigungen nicht unterschreiben darf. Ohne Mitwirkung aus O könne Herr F weder Kündigungen noch Einstellungen bewirken. Aus dem Gesetzeswortlaut von § 4 BetrVG ergebe sich nicht, dass die Entfernung

zum Hauptbetrieb ein Kriterium sein könne. Soweit das Arbeitsgericht, dem Bundesarbeitsgericht -7 ABR 63/05- folgend, auf eine „nicht mehr sinnvolle Wahrnehmung“ des Betriebsratsamts abstelle, werde nicht konkretisiert, wann hiervon ausgegangen werden kann. Das Argument des Arbeitsgerichts, dass der Betriebsrat bisher nie Mitbestimmungsrechte für D und E für sich reklamiert habe, sei nicht tragfähig. Daraus, dass der Betriebsrat in der Vergangenheit insoweit inaktiv war, könne nicht folgen, dass ihm künftig für die genannten Kleinbetriebe keine Mitbestimmungsrechte zustehen. Trotz räumlicher Entfernung sei die Mitbestimmung sinnvoll auch für die Kleinbetriebe in D und E wahrnehmbar, da diese mit dem Hauptbetrieb in O ein gemeinsames IT-System unterhalten, das einen jederzeitigen E-Mail-Austausch sowie Videokonferenzen zwischen dem Betriebsrat und den in den Kleinbetrieben beschäftigten Arbeitnehmern ermögliche. Hinsichtlich der Zugehörigkeit der Mitarbeiter der Personalabteilung zum Betrieb O ergebe sich deren Eingliederung bereits aus dem Vortrag des Arbeitgebers. Dieser führe in seinem Schriftsatz vom 4. November 2019 auf Seite 2 (Bl. 410 der Akte unten) aus, dass bezüglich betriebsbedingter Kündigungen, Abmahnungen und Abfindungszahlungen im Rahmen von Kündigungsschutzverfahren die HR-Mitarbeiter beratend tätig werden. Diesen Vortrag macht sich der Betriebsrat zu eigen. Im Übrigen würden die HR-Mitarbeiter nicht nur beratend tätig, sondern setzten die Entscheidungen des Managers entsprechend dessen Weisung um. Dies erfolge auf dem Firmenpapier und damit als Vertreter des Arbeitgebers. Die HR-Mitarbeiter übten damit weisungsgebundene Tätigkeiten aus, die den arbeitstechnischen Zweck verfolgten, sämtliche personellen Fragen, die im Betrieb anfallen, einer Erledigung zuzuführen. Der Betriebsrat berufe sich auf die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts 1 ABR 5/18 und 1 ABR 13/18. Die dortige Grundsätze seien auch auf Konzernrechtsverhältnisse anzuwenden. Frau G, Frau H, Herr K seien als HR-Mitarbeiter ausschließlich mit Personalfragen betreffend den Betrieb O eingesetzt. Herr P sowohl für den Betrieb O, wie auch bei anderen Konzernunternehmen und Herr I für Lohnabrechnungsfragen des Betriebs O. Auch Herr J sei dem Betrieb O zuzurechnen. Die Stelle von B sei nachbesetzt worden. Dies sei auch der Fall, wenn 2 oder 3 Monate später erst jemand für sie eingestellt oder ein Leiharbeiter beschäftigt werde.

10

Der Betriebsrat beantragt,

11

den Beschluss des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 17. November 2020 – 3 BV 339/18 - abzuändern

12

und die Anträge des Arbeitgebers zurückzuweisen.

13

Der Arbeitgeber beantragt,

14

die Beschwerde zurückzuweisen.

15

Hinsichtlich der Zurechnung der Standorte D und E zum Hauptbetrieb in O sei Herr F (bzw. ab März 2020 sein Nachfolger Q) alleiniger Ansprechpartner und Letztentscheider für Kündigungen an diesen Standorten. Dass er diese von einer zeichnungsberechtigten Person unterschreiben lassen muss, ändere daran nichts, da es sich hierbei lediglich um eine formale Voraussetzung aus dem

Individualarbeitsrecht handele, die losgelöst von der betriebsverfassungsrechtlichen Frage des § 4 BetrVG behandelt werden müsse. Insoweit verweist der Arbeitgeber ergänzend auf seinen erstinstanzlichen Vortrag in den Schriftsätzen vom 11. Juli 2019 (Bl. 355 ff. der Akte) und vom 4. November 2019 (Bl. 409 ff. der Akte). Die bisher nicht erfolgte Mitbestimmung hinsichtlich der Standorte D und E könne als Indiz gewertet werden, dass diese losgelöst von O zu betrachten sind. Auch die Verwendung eines gemeinsamen EDV-Systems ändere nichts daran, dass aufgrund der erheblichen räumlichen Entfernung eine Mitbestimmung durch den Betriebsrat in O nicht sinnvoll wahrnehmbar ist. Die Mitarbeiter C und B sind (unstreitig) vor der Betriebsratswahl ausgeschieden. Entgegen der Auffassung des Betriebsrats seien die Mitarbeiter aus dem HR-Bereich G und H sowie der nun erstmals genannte Herr R nicht in den Betrieb O eingegliedert. Sie seien hinsichtlich Einstellungen und Entlassungen nur beratend tätig. Die Entscheidung über das „Ob“ einer solchen Maßnahme treffe der zuständige Manager bzw. Senior-Manager des Arbeitgebers. Dies scheine der Betriebsrat in der Beschwerdebegründung nun auch anzuerkennen. Die Mitarbeiter der HR-Abteilung seien gegenüber dem Manager/Senior-Manager nicht weisungsgebunden. Durch die Tätigkeit der HR-Mitarbeiter werde nicht der arbeitstechnische Zweck des Betriebs verfolgt. Als Fachkraft für Arbeitssicherheit sei auch Herr J nicht in den Betrieb des Arbeitgebers eingegliedert.

16

Wegen der weiteren Einzelheiten des beiderseitigen Vorbringens der Beteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Anhörungsprotokolle Bezug genommen.

II.

17

1. Die Beschwerde statthaft, § 87 Abs. 1 ArbGG, und zulässig, da sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet wurde, § 87 Abs. 2 S. 1, § 66 Abs. 1 S. 1, § 89 Abs. 1 und 2 ArbGG, § 594 ZPO.

18

2. Die Beschwerde ist begründet.

19

Der Hauptantrag des Arbeitgebers ist unbegründet.

20

Nach § 19 Abs. 1 BetrVG kann die Wahl beim Arbeitsgericht angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden ist und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte.

21

Der Arbeitgeber ist nach § 19 Abs. 2 BetrVG anfechtungsberechtigt. Er hat auch die Anfechtungsfrist von 2 Wochen (§ 19 Abs. 2 S. 2 BetrVG), vom Tage der Bekanntgabe des Wahlergebnisses an gerechnet, eingehalten.

22

Die Wahl einer unrichtigen Anzahl von Betriebsratsmitgliedern führt zur Unwirksamkeit der Betriebsratswahl. § 9 S. 1 BetrVG ist eine wesentliche Vorschrift des Wahlverfahrens (Bundesarbeitsgericht 13. März 2013 -7 ABR 69/11- Rn. 18).

23

Dies ist hier jedoch nicht erfolgt. Im Betrieb des Arbeitgebers wurde zu Recht ein aus 7 Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt, da regelmäßig mindestens 101 wahlberechtigte Arbeitnehmer im Betrieb beschäftigt werden.

24

a) Mit zu berücksichtigen ist zunächst die Mitarbeiterin B. Zwar war sie zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl bereits aus dem Betrieb ausgeschieden. Maßgeblich für die Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder nach § 9 BetrVG ist jedoch die Anzahl der „in der Regel“ tätigen Arbeitnehmer. Das ist die Zahl der Arbeitnehmer, die für den Betrieb im Allgemeinen kennzeichnend ist (Fitting, BetrVG, 30. Aufl., § 9 Rn. 11). Der Wahlvorstand hat bei der Ermittlung der für die Betriebsratsgröße maßgeblichen Arbeitnehmerzahl nicht nur ein Rückblick auf die Vergangenheit zu werfen, sondern auch die künftige, aufgrund konkreter Entscheidungen des Arbeitgebers zu erwartende Entwicklung des Beschäftigungsstandes des Betriebs zu berücksichtigen. Hinsichtlich der vor der Betriebsratswahl ausgeschiedenen Mitarbeiterin B hat der Betriebsrat in der Beschwerdebegründung behauptet, deren Stelle sei nachbesetzt worden. Dies sei auch dann gegeben, wenn 2 oder 3 Monate später jemand für sie eingestellt oder ein Leiharbeiter eingesetzt werde. Hierzu hat der Arbeitgeber in der Beschwerdeerwiderung nichts vorgetragen. Er hatte lediglich erstinstanzlich pauschal behauptet, die Stelle sei nicht nachbesetzt worden. Damit ist er der ihm obliegenden Pflicht zur Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklärung nicht nachgekommen. Zwar kennt das Beschlussverfahren eine Darlegungslast im zivilprozessualen Sinne nicht. Allerdings trägt auch im Beschlussverfahren ein Beteiligter, insbesondere der Antragsteller, die Gefahr, dass der für eine ihm positive Entscheidung erforderlichen Sachverhalt mangels seiner oder der anderen Beteiligten Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklärung nicht festgestellt werden kann (Germelmann/Matthes/Prütting-Spinner, Arbeitsgerichtsgesetz, 9. Aufl., § 83 Rn. 94).

25

b) Auch die an den Standorten D und E beschäftigten Arbeitnehmer (insgesamt 5) sind regelmäßige Beschäftigte im Sinne von § 9 BetrVG. Die Standorte D und E sind Betriebe, die jeweils nicht mindestens 5 ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer, von denen 3 wählbar sind, beschäftigen und nach § 4 Abs. 2 BetrVG dem Hauptbetrieb in O zuzuordnen sind.

26

Durch die am 28. Juli 2001 in Kraft getretene Neufassung des § 4 Abs. 2 BetrVG wollte der Gesetzgeber verhindern, dass die Belegschaft des nicht betriebsratsfähigen Betriebs von einer kollektiven Interessenvertretung auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Arbeitgeber betriebsratsfähige Betriebe unterhält. Auch die Belegschaft solcher nicht betriebsratsfähiger Betriebe soll von dem Betriebsrat eines anderen Betriebs mit vertreten werden und an der Wahl dieses Betriebsrats teilnehmen. Unterhält der Arbeitgeber mehrere weitere Betriebe und werden in einem dieser Betriebe Arbeitgeberfunktionen in Angelegenheiten betrieblicher Mitbestimmung auch für den nicht betriebsratsfähigen Betrieb - sei es auch nur in geringem Umfang und beschränkt auf die Beratung der Leitung des nicht betriebsratsfähigen Betriebs - wahrgenommen, ist dieser Betrieb Hauptbetrieb im Sinne von § 4 Abs. 2 BetrVG. Dies ergibt sich aus dem im Betriebsverfassungsrecht geltenden Grundsatz, dass betriebliche Mitbestimmung möglichst dort ausgeübt werden soll, wo die Entscheidungen des Arbeitgebers in mitbestimmungsrelevanten Angelegenheiten getroffen werden. Diese Entscheidungen werden zwar für den nicht betriebsratsfähigen Betrieb nicht in einem Hauptbetrieb, sondern von seiner eigenen Leitung entschieden. Da dort jedoch kein eigener Betriebsrat gewählt werden kann,

erscheint es geboten, die diesen Betrieb betreffenden Mitbestimmungsrechte von dem Betriebsrat des Betriebs wahrnehmen zu lassen, in dem die mitbestimmungsrelevanten Entscheidungen über personelle und soziale Angelegenheiten des nicht betriebsratsfähigen Betriebs zumindest durch die gelegentliche Beratung der Leitung dieses Betriebs beeinflusst werden. Dabei kommt es auf die räumliche Entfernung von dem nicht betriebsratsfähigen Betrieb grundsätzlich nicht an, und zwar auch dann nicht, wenn der Arbeitgeber noch andere, räumlich näher zu dem nicht betriebsratsfähigen Betrieb gelegene Betriebe unterhält. Die in § 4 Abs. 2 BetrVG getroffene Regelung enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass für die Zuordnung zum Hauptbetrieb räumliche Gesichtspunkte eine Rolle spielen. Im Gegensatz zu anderen Bestimmungen (z.B. § 94 Abs. 1 S. 4 SGB IX, § 1 Abs. 2 Sprecherausschussgesetz) werden in § 4 Abs. 2 BetrVG räumliche Gesichtspunkte nicht erwähnt. Daraus kann nur geschlossen werden, dass die räumliche Entfernung der Betriebe für die Zuordnung zum Hauptbetrieb nach § 4 Abs. 2 BetrVG nicht von Bedeutung sein soll. Etwas anderes kann allenfalls dann angenommen werden, wenn die räumliche Entfernung zwischen dem nicht betriebsratsfähigen Betrieb und dem Betrieb, in dem in beratender Form Arbeitgeberfunktionen in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten auch für den nicht betriebsratsfähigen Betrieb wahrgenommen werden, so erheblich ist, dass von dessen Betriebsrat die Mitbestimmungsrechte für den nicht betriebsratsfähigen Betrieb nicht mehr sinnvoll ausgeübt werden können (Bundesarbeitsgericht 10. Januar 2007 -7 ABR 63/05- Rn. 23).

27

Diese Voraussetzungen sind in Bezug auf die Standorte D und E erfüllt. Zwar wurden die Arbeitgeberfunktionen in Angelegenheiten betrieblicher Mitbestimmung dort von Herrn F (ab März 2020 durch seinen Nachfolger Q) getroffen. Hinsichtlich des Ausspruchs von Kündigungen gegenüber den dort beschäftigten Arbeitnehmern (auch hierbei handelt es sich um mitbestimmungspflichtige Entscheidungen, § 102 BetrVG) ist er jedoch nicht unterschriftsberechtigt. Hierfür bedarf er der Mitwirkung einer zeichnungsberechtigten Person, die im Hauptbetrieb ansässig ist, wo sich auch die Personalabteilung befindet. Unerheblich ist insoweit, dass die Personalabteilung organisatorisch einem anderen Unternehmen, der A Germany GmbH, zugeordnet ist, denn die Mitarbeiter der Personalabteilung, die in einem Arbeitsverhältnis zur A Germany GmbH stehen, werden aufgrund arbeitsvertraglicher Verpflichtung auch für die Arbeitgeberin tätig. Sie handeln insoweit auf einem Briefbogen des Arbeitgebers gegenüber den bei diesem beschäftigten Arbeitnehmern (siehe Bl. 339, 400, 467-478 der Akte). Entgegen der Auffassung des Arbeitgebers handelt es sich hierbei nicht lediglich um eine bloße Formalie aus dem Individualarbeitsrecht, die für die betriebsverfassungsrechtliche Frage des § 4 BetrVG keine Bedeutung hat. Vielmehr ergibt sich dies daraus, dass Herr F in Bezug auf den Ausspruch von Kündigungen gerade nicht (im Außenverhältnis) allein entscheidungsbefugt ist. Ohne die Hinzuziehung der Personalabteilung kann er keine rechtswirksamen Kündigungserklärungen abgeben. Hierdurch hat die Personalabteilung zumindest die Möglichkeit der Beeinflussung von Herrn F bei seinen (Kündigungs-) Entscheidungen, was nach der dargestellten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ausreicht. Im Übrigen hat der Arbeitgeber erstinstanzlich mit Schriftsatz vom 4. November 2019 auf Seite 2 (Bl. 410 der Akte) vorgetragen, dass die Mitarbeiter der Personalabteilung sowohl für Kündigungen und Abmahnungen beratend tätig werden. Diesen Vortrag hat sich der Betriebsrat in der Beschwerdebegründung auf Seite 7 (Bl. 463 der Akte) zu eigen gemacht. Zweitinstanzlich hat der Arbeitgeber bestätigend ausgeführt, die Mitarbeiter aus dem HR-Bereich (G, H und P) seien hinsichtlich Einstellungen und Kündigungen sowie Abfindungen nur beratend tätig (Seite 4, 5 Beschwerdeerwiderung, Bl. 504, 505 der Akte). Sowohl in Bezug auf Einstellungen (§§ 99 ff. BetrVG) als auch Kündigungen (§

102 BetrVG) sind Mitbestimmungsrechte zu beachten. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (10. Januar 2007 -7 ABR 63/05- Rn. 23) reicht es bereits aus, wenn in dem weiteren (d.h. betriebsratsfähigen) Betrieb Arbeitgeberfunktionen in Angelegenheiten betrieblicher Mitbestimmung auch für den nicht betriebsratsfähigen Betrieb -sei es auch nur in geringem Umfang und beschränkt auf die Beratung und Leitung des nicht betriebsratsfähigen Betriebs - wahrgenommen werden. Dies ist hier unstrittig gegeben.

28

Die räumliche Entfernung der Betriebe in D und E zum Hauptbetrieb in O ist zwar groß, aber nicht so erheblich, dass von dem Betriebsrat des Hauptbetriebs die Mitbestimmungsrechte für die nicht betriebsratsfähigen Betriebe nicht mehr sinnvoll ausgeübt werden können. Auszugehen ist zunächst davon, dass es grundsätzlich auf die räumliche Entfernung von dem nicht betriebsratsfähigen Betrieb nicht ankommt (Bundesarbeitsgericht 10. Januar 2007 -7 ABR 63/05- Rn. 23). Ergänzend zu den vom Bundesarbeitsgericht bereits genannten Argumenten ist hierfür anzuführen, dass im Gegensatz zu § 4 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG dessen Abs. 2 hierauf ausdrücklich nicht abstellt. Dieser unterschiedliche Wortlaut und der systematische Zusammenhang von § 4 Abs. 1 Nr. 1 zu § 4 Abs. 2 BetrVG wird bestätigt durch den Sinn und Zweck des § 4 Abs. 2 BetrVG, möglichst allen Arbeitnehmern eines Arbeitgebers, und zwar auch dann, wenn die betriebliche Organisationseinheit, in der sie beschäftigt sind, selbst nicht betriebsratsfähig ist und sie weder als Betriebsteil noch als Nebenbetrieb eines anderen Betriebs des Arbeitgebers anzusehen ist, eine betriebliche Interessenvertretung zukommen zu lassen. Lediglich als Rückausnahme von dieser Regel hat das Bundesarbeitsgericht entwickelt, dass dies dann nicht gelten kann, wenn die räumliche Entfernung so erheblich ist, dass von dem Betriebsrat die Mitbestimmungsrechte für den nicht betriebsratsfähigen Betrieb nicht mehr sinnvoll ausgeübt werden können. Dies führt dazu, dass neben der rein räumlichen Entfernung auch sonstige Merkmale, die Einfluss auf die Ausübung der Interessenvertretung haben können, heranzuziehen sind. Insoweit kann danach zu differenzieren sein, ob in dem Hauptbetrieb und den die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG nicht erfüllenden Betrieben technische Voraussetzungen für eine Kommunikation untereinander bestehen, die eine persönliche Kontaktaufnahme im Sinne eines Gesprächs unter gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit der Gesprächspartner entbehrlich machen. In diesem Fall kann die räumliche Distanz durch technische Kommunikationsmittel (Telefon- oder Videokommunikation, E-Mail) überbrückt werden. Auch hierdurch können Mitbestimmungsrechte sinnvoll ausgeübt werden.

29

Als Hauptbetrieb kommt ausschließlich der Betrieb in O in Betracht, da es einen anderen betriebsratsfähigen Betrieb (§ 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG) des Arbeitgebers nicht gibt.

30

Darauf, ob der Betriebsrat in der Vergangenheit für die Betriebe in D und E Mitbestimmungsrechte für sich reklamierte, kommt es nicht an, noch hat dies (lediglich) indizielle Bedeutung. Die betriebliche Struktur, auf deren Grundlage der Betriebsrat seine Tätigkeit ausübt, ergibt sich unmittelbar aus dem Betriebsverfassungsgesetz, hier aus § 4 Abs. 2 BetrVG. Besteht damit eine Zuständigkeit des Betriebsrats für eine Organisationseinheit, ist der Betriebsrat in Bezug auf diese und die dort beschäftigten Arbeitnehmer zur Ausübung seiner Amtstätigkeit verpflichtet. Dies gilt unabhängig davon, ob ihm die bestehende Struktur und die sich hieraus ergebenden Folgerungen aus dem

Betriebsverfassungsgesetz bewusst sind und er diese in der Vergangenheit wahrgenommen hat.

31

c) Die Mitarbeiter J, und die Mitarbeiterinnen M, N, G und H waren bei der Ermittlung der Zahl der Betriebsratsmitglieder nach § 9 BetrVG zu berücksichtigen; hinsichtlich der Mitarbeiter K, I, L kann dies dahinstehen. Zwar stehen sie nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber, sondern zu einer Schwestergesellschaft, der so genannten Inc (jetzt: A Germany GmbH). Ihr Arbeitsvertrag enthält jedoch eine Klausel, nach der sie sich verpflichten, bei Bedarf auf Anforderung bei dem Antragsteller zu den gleichen arbeitsvertraglichen Bedingungen tätig zu werden. Wegen des Inhalts der Arbeitsverträge wird auf Bl. 186 bis 251 der Akte Bezug genommen.

32

Im Bereich des drittbezogenen Personaleinsatzes hat das Bundesarbeitsgericht die „Zwei- Komponenten-Lehre“ aufgegeben (5. Dezember 2012 -7 ABR 48/11- Rn. 17ff).

33

Das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen einem Arbeitnehmer und dem Inhaber eines Betriebs genügt allein 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 ist häufig unproblematisch. Dass sie aber bisweilen vorgenommen werden muss und auch nicht immer selbstverständlich erscheint, zeigt sich, wenn ein Arbeitgeber mehrere Betriebe hat oder einen Arbeitnehmer nicht „für“ einen bestimmten Betrieb, sondern „betriebsübergreifend“ oder etwa für seinen privaten Haushalt einstellt oder wenn er den Arbeitnehmer einem anderen Arbeitgeber zur Verfügung stellt. Auch in Fällen einer unternehmensrechtlichen Umwandlung kann, wie § 323 Abs. 2 UmwG deutlich macht, eine „Zuordnung der Arbeitnehmer“ zu einem bestimmten Betrieb geboten sein (vgl. Fitting §§ 112, 112a Rn. 94 mwN). Die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung setzt regelmäßig voraus, dass die Arbeitnehmer in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert sind (vgl. BAG 22. März 2000 - 7 ABR 34/98 - zu B II 2 a aa der Gründe mwN, BAGE 94, 144; 10. März 2004 - 7 ABR 49/03 - zu B I 1 a aa der Gründe mwN, BAGE 110, 27; 12. September 2012 - 7 ABR 37/11 - Rn. 27). Hierzu ist nicht erforderlich, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit auf dem Betriebsgelände verrichtet. Entscheidend ist, ob der Arbeitgeber mit Hilfe des Arbeitnehmers den arbeitstechnischen Zweck seines Betriebs verfolgt (BAG 22. März 2000 - 7 ABR 34/98 - zu B II 2 a aa der Gründe mwN, aaO). Dementsprechend kommt es nach § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG nicht darauf an, ob die Arbeitnehmer im Betrieb, im Außendienst oder mit Telearbeit beschäftigt werden. Der betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnung steht grundsätzlich auch eine vorübergehende Abwesenheit des Arbeitnehmers nicht entgegen, wenn seine Rückkehr in den Betrieb vorgesehen ist (BAG 5. Dezember 2012 -7 ABR 48/11- Rn. 18; 15. August 2012 - 7 ABR 24/11 - Rn. 37 mwN).

34

Nach § 7 S. 2 BetrVG sind Arbeitnehmer, die einem anderen Arbeitgeber zur Arbeitsleistung überlassen sind, (in dessen Betrieb) wahlberechtigt, wenn sie länger als 3 Monate im Betrieb eingesetzt werden. Diese Vorschrift erkennt damit die Betriebszugehörigkeit auch für solche Arbeitnehmer an, die in keinem zum Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber des Betriebs stehen, indem sie für eine nicht nur kurze Zeit ihre Arbeitsleistung erbringen. Hiervon werden auch Konzern-Arbeitnehmer erfasst, die im Betrieb eines anderen Konzernunternehmens eingesetzt

werden. Diese sind zum dortigen Betriebsrat wahlberechtigt, wenn ihr Einsatz länger als 3 Monate dauert (Fitting, BetrVG, 30. Aufl., § 7 Rn. 43). Ist ein Arbeitnehmer in Betrieben mehrerer Konzernunternehmen gleichzeitig tätig und eingegliedert, gehört er betriebsverfassungsrechtlich zu jedem dieser Betriebe, selbst wenn eine Beschäftigung nur geringfügig ist (Fitting, BetrVG, § 5 Rn. 221; ErfK-Koch, 21. Aufl., § 5 BetrVG Rn. 9).

35

In Bezug auf eine Einstellung nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass eine Einstellung schon dann vorliegt, wenn eine Person in den Betrieb eingegliedert wird, um zusammen mit den dort schon beschäftigten Arbeitnehmern dessen arbeitstechnischen Zweck durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen. Die für eine Einstellung erforderliche Eingliederung in die Betriebsorganisation erfordert nicht, dass der Arbeitnehmer seine Arbeiten auf dem Betriebsgelände oder innerhalb der Betriebsräume verrichtet. Entscheidend ist vielmehr, ob der Arbeitgeber mithilfe des Arbeitnehmers den arbeitstechnischen Zweck des jeweiligen Betriebs verfolgt (Bundesarbeitsgericht 12. Juni 2019 -1 ABR 5/18- Rn. 16).

36

Bei Anwendung dieser Grundsätze werden zunächst für die Mitarbeiterinnen G und H sowie der Mitarbeiter P dauerhaft, d.h. seit länger als 3 Monaten (§ 7 S. 2 BetrVG) nicht nur im Betrieb ihres Vertragsarbeitgebers (früher Inc, jetzt A Germany GmbH), sondern auch im Betrieb des Arbeitgebers eingesetzt. Dies aufgrund eines Arbeitsvertrages zu einer Konzerngesellschaft bei der sie beschäftigt sind, aber regelmäßig auch Tätigkeiten für den Arbeitgeber erbringen, indem sie unter Verwendung von dessen Briefpapier arbeitsvertragliche Maßnahmen gegenüber Arbeitnehmern, die zum Arbeitgeber in einem Arbeitsverhältnis stehen ergreifen, z.B. Einladungen zu einem persönlichen Gespräch über Krankheitszeiten, Ausspruch von Abmahnungen, Aufforderungen zur Erbringung der Arbeitsleistung. Sie nehmen als nicht dem Unternehmen des Arbeitgebers angehörende Mitarbeiter disziplinarische Befugnisse gegenüber den bei diesem beschäftigten Mitarbeitern wahr. Zudem werden sie beratend hinsichtlich Einstellungen und Kündigungen sowie Abfindungen tätig, wobei die Entscheidung über das „ob“ einer solchen Maßnahme nach dem Vortrag des Arbeitgebers, bei dem zuständigen Manager bzw. Senior Managers des Arbeitgebers liegt. Auch diese Zusammenarbeit, insbesondere die Weisungsabhängigkeit gegenüber den entscheidungsbefugten Managern des Arbeitgebers, belegt die Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers. Hierdurch wirken sie mit an der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks des Arbeitgebers und sind in dessen Organisation eingegliedert (zur Definition des Betriebsbegriffs als organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mithilfe von technischen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt: Fitting, BetrVG, § 1 Rn. 63). Die Eingliederung erfordert nicht, dass die für den Arbeitgeber geschuldeten Arbeiten auf dessen Betriebsgelände verrichtet werden. Ausreichend ist, dass die Mitarbeiter der Personalabteilung von ihrem Büro im Konzernunternehmen aus für den Arbeitgeber tätig werden, indem sie arbeitsrechtliche Maßnahmen gegenüber dessen Mitarbeitern anordnen bzw. beim Arbeitgeber beschäftigte Manager in Bezug auf arbeitsrechtliche Maßnahmen gegenüber diesen nachgeordneten Mitarbeitern beraten.

37

Bei der genannten Klausel im Arbeitsvertrag handelt es sich entgegen der Auffassung des Arbeitgebers auch nicht um einen bloßen Versetzungsvorbehalt. Vielmehr beinhaltet die Klausel, dass die betreffenden Arbeitnehmer des

Konzernunternehmens während des Bestands des Arbeitsverhältnisses vorübergehend Tätigkeiten für das sogenannte Schwesterunternehmen (den Arbeitgeber dieses Beschlussverfahrens) erbringen.

38

Für den Arbeitnehmer J und die Arbeitnehmerinnen M und N gilt entsprechendes. Auch deren Arbeitsverträge weisen die entsprechende Klausel auf. Sie sind auch in die betriebliche Organisation des Arbeitgebers eingegliedert. Für die Mitarbeiterinnen M und N ergibt sich dies daraus, dass sie in die Abteilung GTS im Betrieb des Arbeitgebers eingegliedert sind. Herr J wird als Fachkraft für Arbeitssicherheit auch in Bezug auf das Unternehmen des Arbeitgebers tätig. Ob dies auch für die weiteren Mitarbeiter L, K, I gilt, kann dahinstehen, wobei bei Herrn I, der als Payroll Coordination Specialist für die Abteilung Payroll arbeitet vieles dafür spricht, dass er aufgrund seiner Vertragsklausel (§ 8 Arbeitsvertrag, Bl. 148 der Akte) auch für den Betrieb des Arbeitgebers in Gehaltsabrechnungsfragen Tätigkeiten erbringt. Entsprechendes gilt für den ebenfalls in der Personalabteilung als Personnel Records Assistant beschäftigten Mitarbeiter K.

39

Insgesamt ergibt sich damit, dass die Zahl der regelmäßig Beschäftigten zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl mindestens 101 Arbeitnehmer betrug: Von 107 auf der Wählerliste verzeichneten Arbeitnehmern hat der Arbeitgeber insgesamt 15 bestritten (5 in D und E beschäftigte Mitarbeiter, 8 Inc-Überlassene, 2 Ausgeschiedene), so dass nach der Rechtsauffassung des Arbeitgebers die Zahl der regelmäßig Beschäftigten lediglich 92 betrug. Hierzu sind zunächst ein weiterer Mitarbeiter (möglicher Ersatz für B), die 5 in D und E beschäftigten Mitarbeiter sowie jedenfalls die 3 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Personalabteilung G, H und P hinzuzurechnen, so dass sich eine Zahl der regelmäßig beschäftigten wahlberechtigten Arbeitnehmer von (mindestens) 101 ergibt. Dazu kommen noch die Mitarbeiterinnen M und N sowie Herr J, womit die Zahl der regelmäßigen Arbeitnehmer 104 beträgt.

40

Der Hilfsantrag ist unbegründet. Eine Korrektur des Wahlergebnisses und die Festsetzung der gewählten Betriebsratsmitglieder auf 5 ist nicht möglich, da es sich nicht lediglich um die Berichtigung eines Rechenfehlers handelt.

41

Nach § 19 Abs. 1 BetrVG ist nicht nur die Anfechtung der Betriebsratswahl insgesamt zulässig, sondern auch eine auf Berichtigung des Wahlergebnisses gerichtete Teilanfechtung, sofern der geltend gemachte Anfechtungsgrund auf den angefochtenen Teil beschränkt ist und das Wahlergebnis darüber hinaus nicht beeinflussen kann (BAG 11. Juni 1997 - 7 ABR 24/96 - zu II 2 a der Gründe; 28. November 1977 - 1 ABR 40/76 - zu II 1 e der Gründe; 12. Oktober 1976 - 1 ABR 14/76 - zu III 2 der Gründe). Eine derartige Teilanfechtung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn nur die fehlerhafte Verteilung der Sitze auf die Vorschlagslisten gerügt wird und somit durch die Korrektur lediglich der wahren Wählerentscheidung Geltung verschafft werden soll (Bundesarbeitsgericht 16. März 2005 - 7 ABR 40/04- Rn. 22).

42

Wird dagegen geltend gemacht, dass in Verkennung von § 9 BetrVG ein zu großes Gremium gewählt wurde, bleibt allein die Möglichkeit der Anfechtung der Betriebsratswahl.

III.

43

Gründe, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, liegen nicht vor, § 92 Abs. 1, § 72 ArbGG.