



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

II ZB 21/18

vom

25. Juni 2019

in dem Statusverfahren

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

AÜG § 14 Abs. 2 Satz 6; MitbestG § 1 Abs. 1 Nr. 2

Die Mindesteinsatzdauer in § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG ist arbeitsplatzbezogen zu verstehen. Maßgeblich ist danach, ob das Unternehmen während eines Jahres über die Dauer von mehr als sechs Monaten Arbeitsplätze mit Leiharbeitnehmern besetzt, unabhängig davon, ob es sich dabei um den Einsatz bestimmter oder wechselnder Leiharbeitnehmer handelt und ob die Leiharbeitnehmer auf demselben oder auf verschiedenen Arbeitsplätzen eingesetzt werden. Ist dies der Fall, sind die betreffenden Arbeitsplätze bei der Bestimmung des Schwellenwerts nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG mitzuzählen, wenn die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern über die Dauer von sechs Monaten hinaus regelmäßig erfolgt.

BGH, Beschluss vom 25. Juni 2019 - II ZB 21/18 - OLG Celle  
LG Hannover

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 25. Juni 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, den Richter Born, die Richterin B. Grüneberg, die Richter V. Sander und Dr. von Selle

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Antragsgegnerinnen gegen den Beschluss des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 7. September 2018 wird zurückgewiesen.

Der Geschäftswert wird auf 50.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Antragsgegnerin zu 2, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), ist ein Logistikunternehmen, das an acht Standorten in Deutschland Logistikleistungen, hauptsächlich für die Kraftfahrzeugindustrie, erbringt. Die Antragsgegnerin zu 1, ebenfalls eine GmbH, ist selbst nicht operativ am Markt tätig und beschäftigt keine Arbeitnehmer. Sie hält 95 % der Geschäftsanteile der Antragsgegnerin zu 2. Zwischen den Antragsgegnerinnen besteht ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag. Der Antragsteller ist der Gesamtbetriebsrat der Antragsgegnerin zu 2.
- 2 Die Antragsgegnerin zu 2 beschäftigt zum überwiegenden Teil fest angestellte Arbeitnehmer sowie daneben im Umfang von etwa einem Drittel der Belegschaft Leiharbeiter, deren Anzahl in Abhängigkeit von der Auftragslage

schwankt. Nach dem Vortrag der Antragsgegnerinnen betrug die Zahl der fest angestellten Arbeitnehmer und der Leiharbeiter mit einer tatsächlichen oder prognostizierten Beschäftigungsdauer von mehr als sechs Monaten an den Stichtagen 28. Februar 2017 und 19. Mai 2017 ebenso wie im Zeitraum von Januar 2017 bis März 2018 im Durchschnitt insgesamt nie mehr als 1.878 Beschäftigte, wohingegen die Zahl der fest angestellten Arbeitnehmer und sämtlicher Leiharbeiter, d.h. auch solcher mit einer Beschäftigungsdauer von weniger als sechs Monaten, an beiden Stichtagen und im angegebenen Zeitraum im Durchschnitt jeweils über 2.000 Beschäftigten lag.

3 Der Antragsteller hat die Feststellung beantragt, dass bei beiden Antragsgegnerinnen ein Aufsichtsrat nach den Vorschriften des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 4. Mai 1976 (BGBl. I S. 1153 - Mitbestimmungsgesetz), hilfsweise bei der Antragsgegnerin zu 2 ein Aufsichtsrat nach den Vorschriften des Gesetzes über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vom 18. Mai 2004 (BGBl. I S. 974 - Drittelbeteiligungsgesetz) zu bilden sei. Das Landgericht hat die Hauptanträge zurückgewiesen und dem Hilfsantrag stattgegeben. Auf die Beschwerde des Antragstellers hat das Beschwerdegericht festgestellt, dass bei beiden Antragsgegnerinnen ein Aufsichtsrat nach den Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes zu bilden ist.

4 Dagegen wenden sich die Antragsgegnerinnen mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde, mit der sie die Zurückweisung der Beschwerde begehren.

II.

5 Die zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

6 1. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 99 Abs. 1 AktG, § 27 EGAktG, § 70 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Insbesondere sind die Antragsgegnerinnen beschwerdebefugt.

7 Gemäß § 27 EGAktG gelten für Gesellschaften mit beschränkter Haftung die Vorschriften des Statusverfahrens nach § 98 f. AktG sinngemäß. Ob und unter welchen Voraussetzungen in einem Statusverfahren nach § 98 f. AktG die betroffene Gesellschaft beschwerdebefugt ist, ist dem Gesetz nicht eindeutig zu entnehmen und in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Einerseits wird die Gesellschaft in der Aufzählung der Antragsberechtigten (§ 98 Abs. 2 AktG), die nach § 99 Abs. 4 Satz 3 AktG zugleich beschwerdeberechtigt sind, nicht ausdrücklich genannt. Andererseits enthält § 99 Abs. 4 Satz 4 AktG eine Regelung zum Beginn der für die Gesellschaft geltenden Beschwerdefrist, was dafür spricht, dass das Gesetz von einer Beschwerdeberechtigung der Gesellschaft ausgeht.

8 Die mittlerweile überwiegende Meinung bejaht eine Beschwerdeberechtigung der Gesellschaft jedenfalls dann, wenn der Antrag in der vorherigen Instanz Erfolg hatte, wobei teilweise auf die allgemeine Regelung der Beschwerdebefugnis in § 59 Abs. 1 FamFG abgestellt wird, die neben der besonderen Regelung in § 99 Abs. 4 Satz 3 AktG anwendbar bleibe (KG, ZIP 2016, 369 f.; MünchKommAktG/Habersack, 5. Aufl., § 99 Rn. 19; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 99 Rn. 29; Koch in Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 99 Rn. 8; Hölter/Simons, AktG, 3. Aufl., § 99 Rn. 13; Grigoleit/Tomasic, AktG, § 99 Rn. 9; Henssler in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 99 AktG Rn. 5). Die Gegenansicht hält die besondere Regelung der Beschwerdebefugnis in § 99 Abs. 4 Satz 3 AktG hinge-

gen für abschließend und meint, danach sei zwar unter anderem der Vorstand im eigenen Namen (§ 98 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 99 Abs. 4 Satz 3 AktG), nicht aber die Gesellschaft beschwerdebefugt (Spindler in Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl., § 99 Rn. 11; Israel in Bürgers/Körper, Aktiengesetz, 4. Aufl., § 99 Rn. 5).

9

Zuzustimmen ist im Ergebnis der Auffassung, die die Beschwerdebefugnis der Gesellschaft bejaht. Ihre Beschwerdeberechtigung folgt daraus, dass die Antrags- und Beschwerdeberechtigung des Vorstands (§ 98 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 99 Abs. 4 Satz 3 AktG) diesem nicht oder jedenfalls nicht allein als einem aus eigenem Recht selbständig Beteiligten zusteht, sondern ihm - zumindest auch - als dem Vertretungsorgan der Gesellschaft eingeräumt ist (Mertens/Cahn in KK-AktG, 3. Aufl., §§ 97-99 Rn. 23; a.A. Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 98 Rn. 30). Mithin kann der Vorstand aufgrund der ihm zugewiesenen Organkompetenz für die Gesellschaft Beschwerde einlegen. Da es sich in diesem Fall um eine Beschwerde der Gesellschaft handelt, fügt sich auch die Regelung zu dem Beginn der für die Gesellschaft geltenden Beschwerdefrist (§ 99 Abs. 4 Satz 4 AktG) widerspruchsfrei in den normativen Gesamtzusammenhang ein. Das gilt entsprechend für eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung und deren Geschäftsführer als ihr Vertretungsorgan.

10

2. Die Rechtsbeschwerde ist aber nicht begründet.

11

a) Das Beschwerdegericht (OLG Celle, ZIP 2018, 1929) hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

12

Bei der Antragsgegnerin zu 2 sei ein Aufsichtsrat nach den Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes zu bilden, weil die Anzahl der bei ihr regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer den Schwellenwert des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG von in der Regel 2.000 Arbeitnehmern überschreite. Bei der Bestimmung der

Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer seien gemäß § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG auch Leiharbeiter zu berücksichtigen, wenn die Einsatzdauer sechs Monate übersteige. Diese Einsatzdauer sei - anders als vom Landgericht angenommen - nicht arbeitnehmer-, sondern arbeitsplatzbezogen zu verstehen, d.h. es sei nicht auf die Dauer des Einsatzes des einzelnen Leiharbeitnehmers, sondern darauf abzustellen, ob ein Arbeitsplatz regelmäßig über sechs Monate hinaus mit - auch wechselnden - Leiharbeitnehmern besetzt werde. Danach seien hier sämtliche Leiharbeiter der Antragsgegnerin zu 2 zu berücksichtigen, weil die Anzahl der Leiharbeiter nach den Angaben der Antragsgegnerinnen über den Durchschnittszeitraum von 15 Monaten hinweg nicht gesunken, sondern gestiegen sei, und daher von einem kontinuierlichen, sechs Monate stets überschreitenden Einsatz auszugehen sei. Dass sich dies in absehbarer Zeit ändern könne, sei weder vorgetragen noch ersichtlich. Damit sei auch bei der Antragsgegnerin zu 1 aufgrund der für Konzernunternehmen geltenden Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG i.V.m. § 18 Abs. 1 AktG ein Aufsichtsrat nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG zu bilden.

13                    b) Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung stand.

14                    aa) Das Beschwerdegericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die in § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG vorausgesetzte Einsatzdauer von mehr als sechs Monaten arbeitsplatz- und nicht arbeitnehmerbezogen zu verstehen ist.

15                    Nach § 1 Abs. 1 i.V.m. §§ 6, 7 MitbestG ist in Unternehmen, die in der Rechtsform einer GmbH betrieben werden und in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen, ein paritätisch besetzter Aufsichtsrat zu bilden.

16

Arbeitnehmer im Sinne des Mitbestimmungsgesetzes sind gemäß § 3 Abs. 1 MitbestG die in § 5 Abs. 1 BetrVG bezeichneten Personen sowie die in § 5 Abs. 3 BetrVG bezeichneten leitenden Angestellten. Das Mitbestimmungsgesetz verweist damit auf den allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff des § 5 Abs. 1 BetrVG. Danach ist Arbeitnehmer, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (st. Rspr. des Bundesarbeitsgerichts, siehe etwa BAGE 144, 74 Rn. 17; BAGE 153, 171 Rn. 28; BAGE 158, 19 Rn. 23; jeweils mwN). Das ist hier bei den fest angestellten Arbeitnehmern der Antragsgegnerin zu 2 der Fall.

17           Zusätzlich dazu sind nach § 14 Abs. 2 Satz 5 AÜG auch Leiharbeitnehmer bei der Ermittlung von Schwellenwerten in Gesetzen zur unternehmerischen Mitbestimmung, u.a. des Mitbestimmungsgesetzes, grundsätzlich zu berücksichtigen. Bei Schwellenwerten, die - wie § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG - für die Anwendung des jeweiligen Gesetzes gelten, sind Leiharbeitnehmer nach § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG allerdings nur mitzuzählen, wenn die Einsatzdauer sechs Monate übersteigt. Diese Einsatzdauer ist, wie das Beschwerdegericht zutreffend angenommen hat, nicht arbeitnehmer-, sondern arbeitsplatzbezogen zu bestimmen. Abzustellen ist daher nicht auf die Dauer des Einsatzes der einzelnen Leiharbeitnehmer, sondern darauf, wie viele Arbeitsplätze in einem Unternehmen regelmäßig über die Dauer von sechs Monaten hinaus mit - auch wechselnden - Leiharbeitnehmern besetzt sind.

18           (1) In der Literatur ist umstritten, wie die Einsatzdauer von über sechs Monaten in § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG zu verstehen ist.

19

Nach einer Ansicht knüpft § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG an die individuelle Einsatzdauer des Leiharbeitnehmers an und ist somit arbeitnehmerbezogen ausgestaltet. Mitzuzählen seien daher nur die Leiharbeitnehmer, deren persönliche Einsatzdauer in dem entleihenden Unternehmen tatsächlich oder nach der konkreten Planung voraussichtlich sechs Monate übersteigt. Anschließend sei in einem weiteren Schritt festzustellen, ob die demnach zu berücksichtigenden Leiharbeitnehmer auch zu den "in der Regel" in dem Unternehmen Beschäftigten im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG zu zählen sind (BeckOK ArbR/Motz, Stand: 1.12.2018, § 14 AÜG Rn. 26; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/Oetker, 19. Aufl., § 1 MitbestG Rn. 9 f.; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/Wank, 19. Aufl., § 14 AÜG Rn. 34; Oetker in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 1 MitbestG Rn. 29 und NZA 2017, 29, 33; Ulrici, AÜG, § 14 Rn. 42; Bissels in Henssler/Grau, Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge, § 5 Rn. 3; Bungert/Rogier, DB 2016, 3022, 3027; Löwisch/Wegmann, BB 2017, 373, 377; Schubert/Liese, NZA 2016, 1297, 1300 ff., 1303; Neighbour/Schröder, BB 2016, 2869, 2873; Bauer, NZA-Beilage 2017, 85, 87; zustimmend, aber kritisch Aszmons/Homborg/Gerum, GmbHR 2017, 130, 131 und DB 2017, 726, 731 f.; für eine Kombination von grundsätzlich arbeitnehmer- mit in Ausnahmefällen arbeitsplatzbezogener Betrachtung Dittmann, Schwellenwerte und Unternehmensmitbestimmung, S. 151 ff.).

20

Die Gegenauffassung versteht die Mindesteinsatzdauer in § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG arbeitsplatzbezogen. Leiharbeitnehmer seien bei der Bestimmung der Beschäftigtenzahl mitzuzählen, wenn sie auf einem dauerhaft eingerichteten bzw. regelmäßig zu besetzenden Arbeitsplatz eingesetzt werden und dieser Arbeitsplatz länger als sechs Monate mit - auch wechselnden - Leiharbeitnehmern besetzt wird. Werde diese Einsatzdauer nicht erreicht, sei danach zu unterscheiden, ob es sich um einen in der Regel vorhandenen und sonst mit



Stammarbeitnehmern besetzten Arbeitsplatz handelt, der nur zeitweise (z.B. zur Vertretung) mit Leiharbeitnehmern besetzt wird, oder ob der Arbeitsplatz nur kurzzeitig (unter sechs Monaten), etwa zur Bewältigung von Auftragsspitzen, zu besetzen war. Im ersten Fall sei der Arbeitsplatz für die Bestimmung des Schwellenwerts mitzuzählen, im zweiten Fall nicht (Hamann in Schüren/Hamann, AÜG, 5. Aufl., § 14 Rn. 141 f.; Wißmann in Wißmann/Kleinsorge/Schubert, Mitbestimmungsrecht, 5. Aufl., § 1 MitbestG Rn. 41b ff., 41e; ders. in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl., § 279 Rn. 5; Düwell, jurisPR-ArbR 32/2018 Anm. 3; Fuchs/Köstler/Pütz, AG 2017, R104, R105 und AiB 5/2017, 24, 25; Flockenhaus, EWiR 2019, 73, 74; Hay/Grüneberg, AuR 2019, 135, 136).

21           (2) Die Mindesteinsatzdauer in § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG ist arbeitsplatzbezogen zu verstehen. Maßgeblich ist danach, ob das Unternehmen während eines Jahres über die Dauer von mehr als sechs Monaten Arbeitsplätze mit Leiharbeitnehmern besetzt, unabhängig davon, ob es sich dabei um den Einsatz eines bestimmten oder wechselnder Leiharbeitnehmer handelt und ob die Leiharbeitnehmer auf demselben oder auf verschiedenen Arbeitsplätzen eingesetzt werden. Ist dies der Fall, sind die betreffenden Arbeitsplätze bei der Bestimmung des Schwellenwerts nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG mitzuzählen, wenn die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern über die Dauer von sechs Monaten hinaus regelmäßig erfolgt.

22           (a) Der Wortlaut des § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG gibt keinen Aufschluss darüber, wonach die Mindesteinsatzdauer zu bestimmen ist. Der Begriff der "Einsatzdauer" ist als solcher neutral und kann sich sowohl auf den Einsatz einer bestimmten Person als auch auf die Besetzung von Arbeitsplätzen beziehen. Für eine personenbezogene Auslegung lässt sich zwar anführen, dass die Vor-

schrift im Übrigen von der Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern und nicht von mit Leiharbeitnehmern besetzten Arbeitsplätzen spricht (so etwa Bissels in Henssler/Grau, Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge, § 5 Rn. 347; Oetker, NZA 2017, 29, 33). Andererseits weist das Beschwerdegericht jedoch zutreffend darauf hin, dass § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG nur auf "die", nicht aber auf "die jeweilige" Einsatzdauer abstellt, was für ein von der Person des einzelnen Leiharbeitnehmers gelöstes Verständnis sprechen könnte (so auch Hamann in Schüren/Hamann, AÜG, 5. Aufl., § 14 Rn. 141; Düwell, jurisPR-ArbR 32/2018 Anm. 3).

23 (b) Die Gesetzesmaterialien enthalten keine nähere Begründung zu § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG.

24 § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG wurde zusammen mit § 14 Abs. 2 Satz 4 und 5 AÜG durch das Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21. Februar 2017 (BGBl. I S. 258) mit Wirkung zum 1. April 2017 in § 14 Abs. 2 AÜG neu eingefügt. Ziel des Gesetzes war nach der Begründung des Regierungsentwurfs, die Leiharbeit auf ihre Kernfunktion als Instrument zur zeitlich begrenzten Deckung eines Arbeitskräftebedarfs hin zu orientieren, Missbrauch von Leiharbeit zu verhindern, die Stellung der Leiharbeitnehmer zu stärken und die Arbeit der Betriebsräte zu erleichtern (BT-Drucks. 18/9232, S. 1). Durch § 14 Abs. 2 Satz 4 bis 6 AÜG sollte die neuere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aufgreifend gesetzlich klar gestellt werden, dass Leiharbeitnehmer bei den betriebsverfassungsrechtlichen und den für die Unternehmensmitbestimmung geltenden Schwellenwerten auch beim Entleiher zu berücksichtigen seien, soweit dies der Zielrichtung der jeweiligen Norm nicht widerspreche (BT-Drucks. 18/9232, S. 15, 29 f.).

- 25 Die Begründung des Regierungsentwurfs verweist hierzu auf die geänderte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der zufolge die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Ermittlung von betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten im Entleiherbetrieb nicht mehr - wie zuvor nach der sogenannten "Zwei-Komponenten-Lehre" - grundsätzlich ausgeschlossen ist (siehe etwa BAGE 106, 64 Rn. 15 ff. sowie zuletzt BAGE 110, 27 Rn. 22), sondern für jeden Schwellenwert gesondert anhand dessen Zwecksetzung zu prüfen ist (BAGE 139, 342 zu § 111 Satz 1 BetrVG; BAGE 144, 340 zu § 9 BetrVG).
- 26 Mit § 14 Abs. 2 Satz 4 AÜG sollte nach der Begründung gesetzlich klar gestellt werden, bei welchen betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten Leiharbeitnehmer aufgrund des jeweiligen Normzwecks grundsätzlich mitzählen. Die Neuregelung sollte jedoch ausdrücklich nicht zugleich das Vorliegen der gegebenenfalls in der jeweiligen Norm enthaltenen weiteren Voraussetzungen wie etwa die Wahlberechtigung oder eine Beschränkung auf "in der Regel" fingieren (BT-Drucks. 18/9232, S. 29).
- 27 Mit der Neuregelung in § 14 Abs. 2 Satz 5 AÜG sollte für den Bereich der Unternehmensmitbestimmung auf dem langjährigen Grundsatz der Parallelität zum Betriebsverfassungsrecht aufgebaut und ebenfalls der am Normzweck des jeweiligen Schwellenwerts orientierten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Bereich des Betriebsverfassungsrechts, die das Bundesarbeitsgericht in einer Entscheidung zu § 9 MitbestG (BAGE 153, 171) auch für den Bereich der Unternehmensbestimmung bestätigt habe, Rechnung getragen werden. Da durch die Unternehmensmitbestimmung die Arbeitnehmerinteressen bei der Unternehmensführung gewahrt werden sollten, entspreche die Berücksichti-

gung von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten dem Zweck der jeweiligen Regelungen (BT-Drucks. 18/9232, S. 30).

28 Zu § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG beschränkt sich die Begründung des Regierungsentwurfs dagegen auf den bloßen Hinweis, dass der Einsatz von Leiharbeitnehmern bei den Anwendungsschwellen für die Unternehmensmitbestimmung nur dann Berücksichtigung finde, wenn "die Gesamtdauer der Entleiherung" sechs Monate übersteige (BT-Drucks. 18/9232, S. 15, 30). Hieraus lässt sich kein weiterer Rückschluss ziehen. Die Befürworter einer arbeitsplatzbezogenen Auslegung weisen zwar zutreffend darauf hin, dass die Berechnung einer Gesamtdauer die Addition mehrerer Überlassungszeiträume erfordert (so Wißmann in Wißmann/Kleinsorge/Schubert, Mitbestimmungsrecht, 5. Aufl., § 1 MitbestG Rn. 41b; Fuchs/Köstler/Pütz, AG 2017, R104, R105 und AiB 5/2017, 24, 25). Eine solche Addition kann aber auch nur in Bezug auf einen einzelnen Leiharbeitnehmer und damit personenbezogen in Betracht kommen, wie etwa § 1 Abs. 1b Satz 2 AÜG zeigt.

29 (c) Der systematische Zusammenhang des § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG spricht indes für eine arbeitsplatzbezogene Auslegung.

30 (aa) Dem Argument der Befürworter einer personenbezogenen Auslegung, aus der personenbezogenen Regelung der Höchstüberlassungsdauer in § 1 Abs. 1b Satz 2 AÜG ergebe sich, dass auch die Einsatzdauer in § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG entsprechend zu verstehen sei (so etwa Schubert/Liese, NZA 2016, 1303), steht entgegen, dass § 1 Abs. 1b Satz 2 AÜG ausdrücklich auf "denselben" Leiharbeiter abstellt, während § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG abstrakt von der Einsatzdauer spricht. Zudem ergibt sich das personenbezogene Ver-

ständnis bei der Regelung einer Höchstüberlassungsdauer bereits aus der Natur der Sache.

31 (bb) Für eine arbeitsplatzbezogene Auslegung spricht dagegen, dass § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG eine Regelung zur Berücksichtigung der Leiharbeiter im Rahmen des Anwendungsschwellenwerts von § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG trifft, dem seinerseits eine arbeitsplatzbezogene Betrachtung zugrunde liegt.

32 Der Anwendungsschwellenwert des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG bestimmt sich nach den "in der Regel" beschäftigten Arbeitnehmern des Unternehmens. Maßgeblich ist damit nicht das Beschäftigungsverhältnis des einzelnen Leiharbeitnehmers, sondern die abstrakte Zahl der regelmäßigen Belegschaftsstärke des Unternehmens über einen längeren Zeitraum hinweg.

33 Mit § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG sollte die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes an die durch die Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer bestimmte Unternehmensgröße geknüpft werden, weil erst in Unternehmen ab einer gewissen Größe eine institutionalisierte Kooperation von Kapital (Eigentümern) und Arbeit für erforderlich erachtet und eine ausreichend differenzierte Organisation angenommen wurde, an der die Mitbestimmungsregelungen des Gesetzes wirkungsvoll ansetzen könnten (Begründung des Regierungsentwurfs zum Mitbestimmungsgesetz, BT-Drucks. 7/2172, S. 19; Bericht der Sachverständigenkommission, BT-Drucks. VI/334, S. 19).

34 Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist für die Anzahl der "in der Regel" in einem Unternehmen Beschäftigten die Beschäf-

tigungslage, die im Allgemeinen für den Betrieb kennzeichnend ist, maßgeblich. Ihre Feststellung erfordert sowohl eine rückblickende Betrachtung, für die ein Zeitraum zwischen sechs Monaten bis zwei Jahren als angemessen erachtet wird, als auch eine Prognose, bei der konkrete Veränderungsentscheidungen zu berücksichtigen sind. Werden Arbeitnehmer nicht ständig, sondern lediglich zeitweilig beschäftigt, kommt es für die Frage der regelmäßigen Beschäftigung darauf an, ob sie normalerweise während des größten Teils eines Jahres, d.h. länger als sechs Monate beschäftigt werden. Das gilt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auch für Leiharbeiter, wenn Leiharbeit längerfristig als Instrument zur Deckung des Personalbedarfs im Betrieb genutzt wird (BAGE 144, 222 Rn. 24; BAGE 153, 171 Rn. 36; BAGE 158, 19 Rn. 34; BAG, NZA 2017, 1343 Rn. 25; siehe auch BGH, Urteil vom 17. April 2018 - II ZR 277/16, ZIP 2018, 1173, Rn. 16 zum Drittelbeteiligungsgesetz).

35 Vor diesem Hintergrund wäre die Hinzufügung einer personenbezogenen Regelung zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern im Rahmen von § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG - sei sie klarstellend, konkretisierend oder einschränkend - systemfremd. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit der Einfügung des § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG einen solchen Systemwechsel beabsichtigte, sind den Gesetzesmaterialien, wie oben ausgeführt, nicht zu entnehmen (vgl. Hamann in Schüren/Hamann, AÜG, 5. Aufl., § 14 Rn. 141; Wißmann in Wißmann/Kleinsorge/Schubert, Mitbestimmungsrecht, 5. Aufl., § 1 MitbestG Rn. 41c; Fuchs/Köstler/Pütz, AG 2017, R104, R105 und AiB 2017, 24, 25; Düwell, jurisPR-ArbR 32/2018 Anm. 3).

36 (cc) Der Einwand der Rechtsbeschwerde, dass das Mitbestimmungsgesetz in § 10 Abs. 2 Satz 2, § 18 Satz 2 MitbestG i.V.m. § 7 Abs. 2 BetrVG betreffend das aktive Wahlrecht von Leiharbeitnehmern auch auf eine personen-

bezogene Betrachtung der Mindesteinsatzdauer abstelle, gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Das aktive Wahlrecht ist ein höchstpersönliches Recht des einzelnen Leiharbeitnehmers, für das auch dessen persönliche Bindung an den Entleiherbetrieb von Bedeutung ist. Für die - für § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG maßgebliche - Größe des Unternehmens spielt die persönliche Bindung des einzelnen Leiharbeitnehmers jedoch keine Rolle. Insofern stellt es auch keinen Widerspruch dar, wenn zunächst (arbeitsplatzbezogen) anhand der Größe des Unternehmens auf Grundlage der Stammarbeitsplätze und der in der Regel länger als sechs Monate besetzten Leiharbeitsplätze festgestellt wird, ob überhaupt ein paritätisch besetzter Aufsichtsrat zu bilden ist, während bei der anschließenden Wahl (personenbezogen) auch Leiharbeitnehmer aktiv wahlberechtigt sind, die nur unter sechs Monaten im Unternehmen beschäftigt werden.

37 (dd) Gegen die arbeitsplatzbezogene Betrachtung lässt sich auch nicht anführen, dass der Mindesteinsatzdauer des § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG danach kein eigenständiger Regelungsgehalt gegenüber dem Merkmal der "in der Regel" Beschäftigten gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG mehr zukäme, weil Leiharbeitnehmer mit einer Einsatzzeit von unter sechs Monaten ohnehin noch nicht zu den "in der Regel" Beschäftigten zählten und sich der Ausschluss der unter sechs Monaten Beschäftigten somit bereits aus § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG ergebe (so etwa Bissels in Henssler/Grau, Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge, § 5 Rn. 347; Ulrici, AÜG, § 14 Rn. 42; Schubert/Liese, NZA 2016, 1297, 1302 f.).

38 (aaa) Es ist allerdings davon auszugehen, dass das Merkmal der regelmäßigen Beschäftigung im Sinn von § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG weiterhin auch bei den nach § 14 Abs. 2 Satz 5 und 6 AÜG zu berücksichtigenden Leiharbeit-

nehmern erfüllt sein muss. In der Begründung des Regierungsentwurfs wird dies zwar nur zu § 14 Abs. 2 Satz 4 AÜG, d.h. betreffend die betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerte ausdrücklich klargelegt (BT-Drucks. 18/9232, S. 29). Die nach der Begründung beabsichtigte Parallelität der Unternehmensmitbestimmung zum Betriebsverfassungsrecht spricht aber dafür, dass dies auch für die Regelungen in § 14 Abs. 2 Satz 5 und 6 AÜG gelten sollte (vgl. Henssler in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., § 3 MitbestG Rn. 36c).

39 (bbb) Auch dann kommt der nach § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG erforderlichen Mindesteinsatzdauer aber bei einer arbeitsplatzbezogenen Betrachtung eine eigenständige Bedeutung gegenüber der regelmäßigen Beschäftigung des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG zu. Danach ist bei der arbeitsplatzbezogenen Betrachtung eine zweistufige Prüfung vorzunehmen: Zunächst ist festzustellen, ob das Unternehmen während eines Jahres über die Dauer von sechs Monaten hinaus Arbeitsplätze mit Leiharbeitnehmern besetzt, unabhängig davon, ob es sich dabei um den Einsatz eines bestimmten oder wechselnder Leiharbeitnehmer handelt und ob die Leiharbeitnehmer auf demselben oder auf verschiedenen Arbeitsplätzen eingesetzt werden (§ 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG). Ist dies der Fall, sind die betreffenden Arbeitsplätze bei der Bestimmung des Anwendungsschwellenwerts mitzuzählen, wenn diese Beschäftigung von Leiharbeitnehmern über die Dauer von sechs Monaten hinaus regelmäßig erfolgt (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG).

40 Das Ergebnis dieser beiden Prüfungsschritte muss nicht immer übereinstimmen. So kann es etwa bei Umstrukturierungen oder zur Bewältigung anderer zeitlich begrenzter Aufgaben einen Zusatzbedarf an Arbeitskräften geben, der zwar die Dauer von sechs Monaten übersteigt, aber nicht kennzeichnend



für den regelmäßigen Personalbestand des Unternehmens ist. In diesem Fall, in dem die Leiharbeitnehmer nicht - wie nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts erforderlich - längerfristig als Instrument zur Deckung des Personalbedarfs im Betrieb eingesetzt werden, zählen sie daher selbst dann nicht für den Schwellenwert des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG mit, wenn sie länger als sechs Monate zum Einsatz kommen.

41 (ccc) Dass der Gesetzgeber sich mit § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG bei der unternehmerischen Mitbestimmung - anders als bei der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung - nicht auf einen Hinweis in den Materialien auf die Fortgeltung eventueller weiterer Voraussetzungen der jeweiligen Norm beschränkt hat, gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung.

42 Im Bereich des Betriebsverfassungsrechts war die Fortgeltung der Voraussetzung der regelmäßigen Beschäftigung auch nach der Neuregelung bereits durch die Rechtsprechung des insoweit zuständigen Bundesarbeitsgerichts vorgegeben (vgl. BAGE 139, 342 Rn. 21 zu § 111 Satz 1 BetrVG; BAGE 144, 340 Rn. 24 zu § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG; BAGE 153, 171 Rn. 40 f. zu § 9 MitbestG; BAGE 158, 19 Rn. 33 zu § 38 Abs. 1 BetrVG). Im Bereich der für die Frage der Bildung und Zusammensetzung eines Aufsichtsrats nach dem Mitbestimmungsgesetz gemäß § 74 Abs. 4b GVG, § 98 Abs. 1 AktG, § 1 Abs. 1 MitbestG zuständigen ordentlichen Gerichtsbarkeit war dies jedoch nicht der Fall. Vielmehr hatte die ordentliche Gerichtsbarkeit die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bis zur Einführung von § 14 Abs. 2 Satz 5 und 6 AÜG grundsätzlich abgelehnt (vgl. OLG Saarbrücken, ZIP 2016, 1286, 1288; OLG Hamburg, ZIP 2014, 680, 682; OLG Hamburg, DB 2007, 2762; OLG Düsseldorf, GmbHR 2004, 1081, 1083). Vor diesem Hintergrund diene die ausdrückliche Festschreibung der mehr als sechsmonatigen Einsatzdauer in

§ 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG dazu, auch insoweit einen Gleichlauf der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte mit der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung gesetzlich sicherzustellen und insoweit Rechtssicherheit auch für die Unternehmensmitbestimmung zu schaffen.

43 (d) Für ein arbeitsplatzbezogenes Verständnis des § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG sprechen schließlich insbesondere Sinn und Zweck der Regelung.

44 (aa) Da § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG eine Regelung zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern im Rahmen der Anwendungsschwellenwerte der Unternehmensmitbestimmung enthält, ist gemäß der Begründung des Regierungsentwurfs zunächst auf den Normzweck des jeweiligen Schwellenwerts, d.h. hier des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG abzustellen. § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG bezweckt wie oben ausgeführt bei größeren Unternehmen die Beteiligung der Arbeitnehmer an der Willensbildung betreffend die Unternehmensführung zu gewährleisten. Danach bestimmt sich die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes nach der Größe des Unternehmens, für die die abstrakte Anzahl der im Unternehmen Beschäftigten maßgeblich ist (BT-Drucks. 7/2172, S. 1, 19). Die persönliche Bindung bzw. Eingliederung des einzelnen Leiharbeitnehmers in das Unternehmen ist dagegen für die Bestimmung seiner regelmäßigen Beschäftigtenzahl ohne Belang. Dem widerspräche es, für die Bestimmung der Einsatzdauer nach § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG auf den Einsatz des einzelnen Leiharbeitnehmers abzustellen.

45 (bb) Außerdem ist die Zielsetzung zu berücksichtigen, die der Einfügung von § 14 Abs. 2 Satz 4 bis 6 AÜG zugrunde lag. Mit dieser Neuregelung sollte zum einen die Flexibilität der Unternehmen erhalten bleiben, vorübergehenden

Arbeitskräftebedarf bei Auftragsspitzen decken zu können. Zum anderen sollte die Stellung der Leiharbeitnehmer gestärkt, die Arbeit der Betriebsräte erleichtert sowie insbesondere die Arbeitnehmerüberlassung auf ihre Kernfunktion als Instrument zur zeitlich begrenzten Deckung des Arbeitskräftebedarfs zurückgeführt und der Missbrauch von Leiharbeit verhindert werden (BT-Drucks. 18/9232, S. 1, 14).

46           Dieser doppelten Zielsetzung wird die arbeitsplatzbezogene Auslegung der Einsatzdauer in § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG gerecht. Mit ihr wird zum einen verhindert, dass ein Unternehmen allein aufgrund der Mitberücksichtigung von in besonderen Situationen (wie etwa der Umstrukturierung eines Unternehmens) ausnahmsweise kurzfristig eingesetzten Leiharbeitnehmern in die unternehmerischen Mitbestimmungsregelungen "hineinwächst". Zum anderen wird damit aber auch klar- und zugleich sichergestellt, dass Leiharbeitnehmer, mit denen ein Unternehmen dauerhaft seinen regelmäßigen Personalbedarf deckt, mitgezählt werden, da sie in diesem Fall für die wirtschaftliche Größe und Bedeutung des Unternehmens ebenso prägend sind wie die beschäftigten Stammarbeitnehmer.

47           Demgegenüber würde bei einer personenbezogenen Auslegung das Ziel des Gesetzgebers, die Arbeitnehmerüberlassung auf ihre Kernfunktion als Instrument einer zeitlich begrenzten Deckung des Arbeitskräftebedarfs zurückzuführen, bereits mit der gesetzlichen Regelung unterlaufen. Wie das Beschwerdegericht zutreffend ausgeführt hat, könnte danach die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes trotz dauerhafter Besetzung eines Arbeitsplatzes dadurch umgangen werden, dass auf diesem Arbeitsplatz ausschließlich Leiharbeitneh-

mer mit einer persönlichen Einsatzdauer von unter sechs Monaten beschäftigt werden (ebenso Hamann in Schüren/Hamann, AÜG, 5. Aufl., § 14 Rn. 141; Aszmons/Homborg/Gerum, GmbHR 2017, 130, 131 f. und DB 2017, 726, 732; Fuchs/Köstler/Pütz, AG 2017, R104, R105 und AiB 2017, 24, 25; Kössel/Stütze, DB 2017, 3071, 3076; Düwell, jurisPR-ArbR 32/2018 Anm. 3). Dies würde die Stellung der Leiharbeitnehmer in Anbetracht dessen, dass Leiharbeitnehmer gemäß § 8 Abs. 4 Satz 1 AÜG grundsätzlich nach neun Monaten ihrer Überlassung an den Entleiher Anspruch auf das Arbeitsentgelt haben, das vergleichbare Stamarbeitnehmer im Entleiherbetrieb erhalten (Equal Pay), entgegen der gesetzgeberischen Absicht deutlich verschlechtern. Dass der Gesetzgeber dies mit der Regelung in § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG als "legaler Vermeidungsstrategie" einer unternehmerischen Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz in Kauf nehmen wollte, ist nicht anzunehmen (so aber wohl Henssler in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., § 3 MitbestG Rn. 37; ebenso Bissels in Henssler/Grau, Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge, § 5 Rn. 437; Ulrici, AÜG, § 14 Rn. 42).

48 Aus der Zielsetzung des Gesetzes folgt im Weiteren auch, dass - anders als in der Literatur vertreten - § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG bei einem arbeitsplatzbezogenen Verständnis nicht voraussetzt, dass ein konkreter Arbeitsplatz über die Dauer von sechs Monaten hinaus mit (ggf. wechselnden) Leiharbeitnehmern besetzt ist. Für die nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG maßgebliche Größe eines Unternehmens ist es ohne Belang, auf welchem konkreten Arbeitsplatz die Leiharbeitnehmer eingesetzt werden. Entscheidend ist vielmehr, ob der Einsatz von Leiharbeitnehmern als solcher so dauerhaft erfolgt, dass er für die ständige Größe des Unternehmens ebenso prägend ist wie ein Stammarbeitsplatz.

49

bb) Danach hat das Beschwerdegericht hier auch zu Recht sämtliche bei der Antragsgegnerin zu 2 im Zeitraum von Januar 2017 bis März 2018 im Durchschnitt beschäftigte Leiharbeitnehmer bei der Ermittlung des Schwellenwerts nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG berücksichtigt.

50 (1) Die Antragsgegnerin zu 2 hat in dem angegebenen Zeitraum durchgehend und damit innerhalb des Zeitraums von einem Jahr über die Dauer von sechs Monaten hinaus Arbeitsplätze mit Leiharbeitnehmern in der von den Antragsgegnerinnen genannten Anzahl besetzt (§ 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG). Wie das Beschwerdegericht zutreffend ausgeführt hat, ergibt sich aus den vorgetragenen Beschäftigungszahlen, dass die Antragsgegnerin zu 2 im angegebenen Zeitraum durchgehend einen Personalbestand von insgesamt über 2.000 Beschäftigten hatte, der ebenfalls durchgehend zu ungefähr einem Drittel aus Leiharbeitnehmern bestand. Dabei ist die Zahl der beschäftigten Leiharbeitnehmer nicht gesunken, sondern sogar gestiegen. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde bedurfte es insoweit keiner weiteren Feststellung, ob auch der konkrete Arbeitsplatz, auf dem die Leiharbeitnehmer eingesetzt wurden, jeweils über die Dauer von sechs Monaten hinaus bestand. Wie oben ausgeführt ist für die Mindest-einsatzdauer des § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG allein auf die Besetzung von Arbeitsplätzen mit Leiharbeitnehmern als solche abzustellen, unabhängig davon, auf welchem Arbeitsplatz dieser Einsatz erfolgt.

51 (2) Nach den vorliegenden Angaben ist auch davon auszugehen, dass dieser Einsatz von Leiharbeitnehmern bei der Antragsgegnerin zu 2 "in der Regel" erfolgt (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG). Anhaltspunkte dafür, dass die Beschäftigung der Leiharbeitnehmer in dem angegebenen Zeitraum auf einem ungewöhnlichen, auf einer Ausnahmesituation beruhenden Bedarf an Arbeitnehmern beruhte, der für das Unternehmen als solcher nicht prägend wäre, sind nicht

dargetan und im Übrigen auch nicht ersichtlich. Dass aufgrund konkreter unternehmerischer Entscheidungen künftig ein Rückgang der Beschäftigtenzahlen zu erwarten wäre, durch den die Anzahl von insgesamt 2.000 Beschäftigten unterschritten würde, hat das Beschwerdegericht nicht festgestellt und wird auch von der Rechtsbeschwerde nicht geltend gemacht. Daraus ergibt sich, dass die Beschäftigungszahl von insgesamt über 2.000 Arbeitnehmern im Allgemeinen für das Unternehmen der Antragsgegnerin zu 2 und damit für die nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG maßgebliche Unternehmensgröße kennzeichnend ist, unabhängig davon, ob sich die Beschäftigungszahl aus Stammarbeitnehmern, aus länger im Betrieb eingesetzten Leiharbeitnehmern oder aus ständig wechselnden Leiharbeitnehmern zusammensetzt (vgl. BAGE 144, 222 Rn. 17, 20, 23 zu § 23 KSchG).

52 cc) Damit ist auch bei der Antragsgegnerin zu 1 ein Aufsichtsrat nach dem Mitbestimmungsgesetz zu bilden, da sie ihr Unternehmen ebenfalls in der Rechtsform einer GmbH betreibt und die den Schwellenwert übersteigende Anzahl regelmäßig beschäftigter Arbeitnehmer gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 14 Abs. 2 Satz 5 und 6 AÜG bei der Antragsgegnerin zu 2 nach § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG i.V.m. § 18 Abs. 1 AktG zugleich als Arbeitnehmeranzahl der Antragsgegnerin zu 1 gilt.

### III.

53 Der angefochtene Beschluss ist gemäß § 99 Abs. 1 AktG, § 74 Abs. 5 FamFG aufzuheben. Da die Sache zur Endentscheidung reif ist, kann der Senat gemäß § 99 Abs. 1 AktG, § 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG eine abschließende Entscheidung treffen.

54 Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Die Gerichtskosten haben die Antragsgegnerinnen kraft Gesetzes zu tragen. Ein Anlass, die Kosten ganz oder teilweise dem Antragsteller aufzuerlegen, besteht nicht (§ 99 Abs. 6 Satz 1 AktG). Kosten der Beteiligten werden nicht erstattet (§ 99 Abs. 6 Satz 2 AktG).

55 Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf § 75 GNotKG.

Drescher

Born

B. Grüneberg

V. Sander

von Selle

Vorinstanzen:

LG Hannover, Entscheidung vom 12.12.2017 - 26 O 1/17 -

OLG Celle, Entscheidung vom 07.09.2018 - 9 W 31/18 -