



## Mandanteninfo 04/2015: Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei der Freistellung von Betriebsräten

### Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg:

[Beschluss vom 27.02.2015 – 9 TaBV 8/14 –](#)

**Die Zahl der regelmäßig im Entleiherbetrieb beschäftigten Leiharbeitnehmer ist bei der Zahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder nach [§ 38 BetrVG](#) zu berücksichtigen.**

### Der Fall:

Betriebsrat und Arbeitgeber streiten darüber, ob ein weiteres Betriebsratsmitglied nach [§ 38 BetrVG](#) von seiner beruflichen Tätigkeit vollständig freizustellen ist. Maßgeblicher Streitpunkt war, ob bei der Berechnung der Belegschaftsstärke die im Betrieb regelmäßig beschäftigten Leiharbeitnehmer einzubeziehen sind.

In den insgesamt vier Betriebsstätten, die nahe beieinander liegen, waren 465 Arbeitnehmer mit einem Anstellungsvertrag bei der Arbeitgeberin beschäftigt. Hinzu kamen 87 Leiharbeitnehmer auf Regelarbeitsplätzen. Der antragstellende Betriebsrat hatte nach erfolgter Wahl sowohl den Betriebsratsvorsitzenden als auch seine Stellvertreterin nach [§ 38 BetrVG](#) freigestellt. Die Arbeitgeberin war nicht bereit, dauerhaft ein zweites Betriebsratsmitglied freizustellen, weil sie der Auffassung war, dass die hierfür erforderliche Grenze von in der Regel mindestens 501 Beschäftigten nicht erreicht sei. Die Arbeitgeberin hat sich auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 22.10.2003 berufen und die Auffassung vertreten, dass die Entscheidung des BAG zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern zur Ermittlung der Größe des Betriebsrats nicht auf die Frage der Freistellung übertragbar sei. Der Betriebsrat ist dem entgegengetreten und hat argumentiert, dass vor allem Sinn und Zweck des Schwellenwerts in [§ 38 Abs. 1 BetrVG](#) für eine Berücksichtigung der regelmäßig beschäftigten Leiharbeiter spreche, da der Gesetzgeber von einem angemessenen Verhältnis zwischen der Zahl der betriebsangehörigen Arbeitnehmer und der freigestellten Betriebsräte ausgehe. Deshalb ließen sich die Erwägungen des [BAG in seiner Entscheidung vom 13.03.2013](#) zur Berücksichtigung der Leiharbeitnehmer bei der Anzahl der zu wählenden Betriebsräte auf die Zahl der nach [§ 38 Abs. 1 BetrVG](#) freizustellenden Betriebsräte übertragen. In dem Umfang, wie der Arbeitsanfall für den Betriebsrat durch die Vertretung von Leiharbeitnehmern steige, steige auch der Bedarf an Freistellungen.

Abweichend von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat das Arbeitsgericht Freiburg und das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg dem Betriebsrat Recht gegeben.

### Die Entscheidung:

Zunächst weist das LAG darauf hin, dass die Entscheidung des BAG vom 22.10.2003, die noch ablehnte, Leiharbeitnehmer bei der Zahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder mitzuzählen, im Hinblick auf die spätere Entscheidung des [BAG von 2013 \(AiB 2013, 659 ff.\)](#) nicht aufrecht erhalten werden kann. Das LAG teilte die Argumentation der Arbeitgeberin nicht, dass Leiharbeitnehmer bei der Größe des Betriebsrats nach [§ 9 Abs. 1 BetrVG](#) zählen, während sich bei der Zahl der Beschäftigten, nach [§ 38 BetrVG](#) nur die Beschäftigten mit Vertrag zum Unternehmen heranziehen ließen, da Leiharbeitnehmer nach dem AÜG nur vorübergehend an den Entleiher überlassen würden. Zutreffenderweise sei mit der Entscheidung des [BAG vom 13.03.2013](#) davon auszugehen, dass die Belastung des Betriebsrats in seiner täglichen Arbeit durch die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern im Betrieb in Bezug auf [§ 9](#) und [§ 38 BetrVG](#) identisch ist.

Soweit die Arbeitgeberin geltend macht, dass [§ 38 BetrVG](#) den unbestimmten Rechtsbegriff „in der Regel“ verwende, was mit der Definition der Leiharbeiter als einer „vorübergehenden“ Überlassung an den Entleiher im Sinne von [§ 1 Abs. 1 S. 2 AÜG](#) nicht vereinbar sei, so berücksichtigt dieses Argument nicht, dass auch bei einer jeweils individuell betrachtet nur vorübergehenden Überlassung eines Leiharbeitnehmers gleichwohl die Stärke der Belegschaft dadurch gekennzeichnet sein kann, dass dort ständig Leiharbeitnehmer beschäftigt sind, wenn unter den Leiharbeitnehmern ein erheblicher Austausch stattfindet. Das LAG stellt heraus, dass [§ 38 Abs. 1](#) eine unwiderlegbare Vermutung dafür aufstellt, dass bei einer bestimmten Betriebsgröße eine bestimmte Anzahl von vollständigen Freistellungen von Betriebsratsmitgliedern zur sachge-

rechten Erledigung der Betriebsratsaufgaben erforderlich ist. [§ 38 Abs. 1](#) enthält ebenso wie [§ 9 S. 1 BetrVG](#) eine an die Anzahl der Arbeitnehmer geknüpfte Pauschalierung. Auf den konkreten Arbeitsanfall im einzelnen Betrieb, komme es angesichts dieser Regelung nicht an. Es handle sich eben gerade um eine unwiderlegliche Vermutung, welche Zahl von Betriebsräten freizustellen sei. In erster Linie erschließe sich aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes, dass trotz bestehender Unterschiede [in § 9 S. 1](#) und [§ 38 Abs. 1 BetrVG](#) Leiharbeiter nach beiden Vorschriften zu berücksichtigen seien. Auch unter Berücksichtigung europarechtlicher Vorschriften, insbesondere der [Richtlinie RL 2008/104/EWG](#) käme man zu keinem anderen Ergebnis. Soweit die Arbeitgeberin meint, von der in der Richtlinie eingeräumten Gesetzgebungsoption könne nur der staatliche Gesetzgeber Gebrauch machen, nicht die Rechtsprechung, lehnt das LAG eine solche Rechtsauffassung ab und betont, dass die Frage der Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern im Rahmen des [§ 38 BetrVG](#) eine Frage der Auslegung ist. Entscheidend bleibe daher, dass die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern für den Betriebsrat im Entleiherbetrieb mit erheblichem Arbeitsaufwand verbunden sei, den der Betriebsrat zu bewältigen hätte, so dass es Sinn und Zweck dieser Vorschrift entspricht bei Ermittlung der Zahl der freizustellenden Betriebsräte auch die Zahl der regelmäßig beschäftigten Leiharbeiter zu berücksichtigen.

**Anmerkung:**

Die Entscheidung ist vollumfänglich zu begrüßen. Mit ihr vollzieht das LAG Baden-Württemberg in Bezug auf die Rechtsstellung der Leiharbeiter und der Betriebsräte einen Standpunkt, der den betrieblichen Realitäten Rechnung trägt. Mit seiner [Entscheidung vom 13.03.2013 – 7 ABR 69/11 \(AiB 2013 659 ff\)](#) hat das BAG entschieden, dass regelmäßig beschäftigte Leiharbeiter bei der Größe des zu wählenden Betriebsrats grundsätzlich zu berücksichtigen sind. Die in der dortigen Entscheidung angestellten Überlegungen werden vom LAG Baden-Württemberg völlig zu Recht auf die Frage der Freistellung übertragen. Da das LAG Baden-Württemberg mit seiner vorliegenden Entscheidung von der BAG-Rechtsprechung aus dem Jahr 2003 abweicht, wurde die Rechtsbeschwerde zugelassen. Die vorliegende Entscheidung liegt auf der Linie der neuen Rechtsprechung des BAG, so dass hier eine bestätigende Entscheidung durch das BAG zu erwarten ist. Zu erwarten wäre auch, dass die vorliegende Entscheidung für die weiteren Schwellenwerte des BetrVG in der künftigen Rechtsprechung eine Rolle spielen, also z. B. für die Frage der Bildung eines Wirtschaftsausschusses nach [§ 106 Abs. 1 S. 1 BetrVG](#), oder für die Frage der Beteiligungsrechte nach [§ 99 Abs. 1 S. 1](#) oder [§ 111 Abs. 1 S. 1 BetrVG](#).

Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung können eine Vielzahl von Betriebsräten die Frage einer Regelfreistellung nach [§ 38 BetrVG](#) unter Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern und sonstigen in den Betrieb eingegliederten Fremdfirmenbeschäftigten nochmals neu aufwerfen.

**[Sie interessieren sich für andere Ausgaben?](#)**

<http://www.arbeitsrecht24.com/mandanteninfo.php>

