

Zeitarbeit: Wenn's ein "Instrument zur Deckung des Personalbedarfs" ist...

Zeitarbeiter ("Leiharbeitnehmer") zählen mit, wenn es um die Zahl der Mitglieder des in dem betreffenden Betrieb zu bildenden Betriebsrat geht, wenn sie "zum regelmäßigen Personalbestand des Betriebs" gehören. Davon ist auszugehen, wenn solche Belegschaftsmitglieder "als Instrument zur Deckung des Personalbedarfs" eingesetzt werden.

Quelle: Wolfgang Büser

Anforderungen an eine ordnungsgemäße Beschwerdebegründung; Betriebsverfassungsrechtliches Rechtsverhältnis als Gegenstand eines Feststellungsantrags im Beschlussverfahren; Leiharbeitnehmer als Teil des regelmäßigen Personalbestands; Ermittlung der für die Zahl der Freistellungen maßgeblichen Belegschaftszahl

Gericht: BAG

Datum: 02.08.2017

Aktenzeichen: 7 ABR 51/15

Entscheidungsform: Beschluss

Referenz: JurionRS 2017, 22375

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

LAG Rheinland-Pfalz - 14.07.2015 - AZ: 8 TaBV 34/14

Rechtsgrundlagen:

§ 38 Abs. 1 S. 1 BetrVG

§ 89 Abs. 2 S. 2 ArbGG

§ 256 Abs. 1 ZPO

§ 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO

(i.d.F. v. 21.02.2017) § 14 Abs. 2 S. 4 AÜG

Fundstellen:

AP-Newsletter 2017, 245-251

ArbR 2017, 525

ArbRB 2017, 340-341

AuR 2017, 511

AuUR 2017, 511

BB 2017, 2422

EzA-SD 21/2017, 14

FA 2017, 379

FA 2017, 392-393

GWR 2017, 422

NJW-Spezial 2017, 658

NZA 2017, 1343-1345

RdW 2018, 217-218

SPA 2017, 163-164

ZAP EN-Nr. 728/2017

ZAP 2017, 1292

ZTR 2017, 690-691

BAG, 02.08.2017 - 7 ABR 51/15

Redaktioneller Leitsatz:

1. Nach § 89 Abs. 2 Satz 2 ArbGG i.V.m. § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO ist Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Beschwerdebegründung die Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt. Die Beschwerdebegründung muss sich mit den rechtlichen oder tatsächlichen Argumenten des angefochtenen Beschlusses befassen. Allgemeine, formelhafte Wendungen genügen hierfür nicht. Auch darf sich der Beschwerdeführer nicht darauf beschränken, seine Rechtsausführungen aus den Vorinstanzen zu wiederholen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Beschwerdeführer die angefochtene Entscheidung im Hinblick auf das Rechtsmittel überprüft und mit Blickrichtung auf die Rechtslage durchdenkt (BAG 30. Oktober 2012 - 1 ABR 64/11 - Rn. 11).
2. Die Voraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO liegen vor. Der Streit über die Anzahl der vorzunehmenden Freistellungen betrifft ein betriebsverfassungsrechtliches Rechtsverhältnis der Betriebsparteien im Sinne einer durch die Herrschaft einer Rechtsnorm über einen konkreten Sachverhalt entstandenen rechtlichen Beziehung (BAG 18. Januar 2017 - 7 ABR 60/15 - Rn. 17). Der Betriebsrat hat ein rechtliches Interesse iSv. § 256 Abs. 1 ZPO an der begehrten gerichtlichen Feststellung, da die Arbeitgeberin die Pflicht zur Freistellung eines zweiten Betriebsratsmitglieds - unabhängig von der Person des Freizustellenden - in Abrede stellt und das Verfahren geeignet ist, diesen Streit abschließend zu klären.
3. Nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sind in Betrieben mit in der Regel 501 bis 900 Arbeitnehmern zwei Betriebsratsmitglieder von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen. Leiharbeiter sind bei der Freistellungsstaffel des § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG mitzurechnen, wenn sie zu dem regelmäßigen Personalbestand des Betriebs zählen. Nach § 14 Abs. 2 Satz 4 AÜG in der seit dem 1. April 2017 geltenden Fassung (geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21. Februar 2017, BGBl. I S. 258) sind Leiharbeiter auch im Entleiherbetrieb zu berücksichtigen, soweit Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes mit Ausnahme des § 112a, des Europäische Betriebsräte-Gesetzes oder der aufgrund der jeweiligen Gesetze erlassenen Wahlordnungen eine bestimmte Anzahl oder einen bestimmten Anteil von Arbeitnehmern voraussetzen. Damit sind Leiharbeiter bei der nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG für die Anzahl freizustellender Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke mitzuzählen.
4. Für die Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer ist die normale Beschäftigtenzahl maßgeblich, also diejenige Personalstärke, die für den Betrieb im Allgemeinen kennzeichnend ist. Zur Ermittlung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl ist nicht nur der Personalbestand in der Vergangenheit zugrunde zu legen, sondern auch die künftige, aufgrund konkreter Unternehmerentscheidungen zu erwartende Entwicklung des Beschäftigtenstands einzubeziehen, wenn sie unmittelbar bevorsteht. Künftige Veränderungen der Arbeitnehmerzahl, die nicht unmittelbar bevorstehen, können allenfalls eine spätere Anpassung der Zahl der

Freizustellenden bedingen (BAG 26. Juli 1989 - 7 ABR 64/88 - zu B I 1 der Gründe, BAGE 63, 1). Die Feststellung der maßgeblichen Betriebsgröße erfordert daher 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, dh. länger als sechs Monate, beschäftigt werden (vgl. BAG 18. Januar 2017 - 7 ABR 60/15 - Rn. 34; 4. November 2015 - 7 ABR 42/13 - Rn. 36, BAGE 153, 171; 18. Oktober 2011 - 1 AZR 335/10 - Rn. 21, BAGE 139, 342; 12. November 2008 - 7 ABR 73/07 - Rn. 16; 7. Mai 2008 - 7 ABR 17/07 - Rn. 17; 16. November 2004 - 1 AZR 642/03 - zu I 3 der Gründe). Das gilt auch für Leiharbeiter, wenn Leiharbeit längerfristig als Instrument zur Deckung des Personalbedarfs im Betrieb genutzt wird (vgl. BAG 18. Januar 2017 - 7 ABR 60/15 - aaO.; entspr. zum regelmäßigen Personalbestand im Unternehmen nach § 9 MitbestG BAG 4. November 2015 - 7 ABR 42/13 - aaO.). Dabei kommt es auf die Anzahl der "in der Regel" beschäftigten Leiharbeiter an, da § 14 Abs. 2 Satz 4 AÜG nicht das Vorliegen der in der jeweiligen Norm enthaltenen weiteren Voraussetzungen wie die Beschränkung auf "in der Regel" Beschäftigte fingiert (BT-Drs. 18/9232 S. 29).

Tenor:

Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 14. Juli 2015 - 8 TaBV 34/14 - wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

- 1 A. Die Beteiligten streiten über die Anzahl der nach § 38 BetrVG freizustellenden Betriebsratsmitglieder.
- 2 Die zu 2. beteiligte Arbeitgeberin ist ein Unternehmen der Automobilzulieferindustrie. Sie setzt in ihrem Betrieb in B zusätzlich zu ihren Arbeitnehmern, mit denen sie Arbeitsverträge abgeschlossen hat, seit Jahren ca. 150 Leiharbeiter ein. Unter Berücksichtigung der Leiharbeiter betrug die Zahl der im Betrieb in B beschäftigten Arbeitnehmer im Kalenderjahr 2012 durchschnittlich 758,17, im Kalenderjahr 2013 durchschnittlich 661,5 und im Zeitraum von Januar bis September 2014 durchschnittlich 634,17. In der Zeit von Oktober 2014 bis Juni 2015 beschäftigte die Arbeitgeberin in ihrem Betrieb in B mindestens 433 Vertragsarbeiter und mehr als 150 Leiharbeiter; Ende Juni 2015 waren es 463 Vertragsarbeiter und 165 Leiharbeiter.
- 3 Der Beteiligte zu 1. ist der im Betrieb in B gebildete Betriebsrat. Ein Betriebsratsmitglied ist von seiner beruflichen Tätigkeit freigestellt. Die Freistellung eines zweiten Betriebsratsmitglieds lehnte die Arbeitgeberin ab.
- 4 Der Betriebsrat hat die Auffassung vertreten, die Arbeitgeberin sei nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG verpflichtet, ein weiteres Betriebsratsmitglied von der beruflichen Tätigkeit freizustellen. Die Leiharbeiter seien bei der für die Anzahl freizustellender Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke zu berücksichtigen, da sie das Arbeitsaufkommen im Betriebsrat wesentlich beeinflussen.
- 5 Der Betriebsrat hat zuletzt beantragt
festzustellen, dass die Arbeitgeberin verpflichtet ist, ein weiteres vom Betriebsrat zu wählendes Betriebsratsmitglied von der beruflichen Tätigkeit freizustellen.
- 6 Die Arbeitgeberin hat beantragt, den Antrag abzuweisen. Sie hat die Ansicht vertreten, Leiharbeiter seien bei den Schwellenwerten des § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG nicht mitzuzählen. Zudem beschäftige sie selbst bei Berücksichtigung der Leiharbeiter in der Regel nicht mindestens 501 Arbeitnehmer, da aufgrund des Auslaufens von zwei Aufträgen, der Reduzierung der Abteilung "Nacharbeit" und durch weitere Prozessoptimierungen mit einem weiteren

Personalabbau von 80 bis 120 Arbeitsplätzen zu rechnen sei. Die Effekte aus den beabsichtigten Umstrukturierungen und Betriebsänderungen würden im April 2016 eintreten. Im Hinblick auf den zu erwartenden Personalabbau habe der Betriebsrat bereits beantragt, ihm nach §§ 92a, 80 Abs. 3 BetrVG einen Sachverständigen zur Seite zu stellen.

- 7 Das Arbeitsgericht hat dem Antrag des Betriebsrats stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde der Arbeitgeberin zurückgewiesen. Mit ihrer Rechtsbeschwerde verfolgt die Arbeitgeberin das Ziel der Antragsabweisung weiter. Der Betriebsrat begehrt die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde.
- 8 B. Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin hat keinen Erfolg.
- 9 I. Die Rechtsbeschwerde ist allerdings nicht schon mangels Zulässigkeit der Beschwerde der Arbeitgeberin gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts unbegründet. Die von Amts wegen zu prüfende Prozessfortführungsvoraussetzung der Zulässigkeit der Beschwerde (vgl. dazu BAG 30. Oktober 2012 - 1 ABR 64/11 - Rn. 9 mwN) ist gegeben.
- 10 1. Nach § 89 Abs. 2 Satz 2 ArbGG iVm. § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO ist Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Beschwerdebegründung die Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergibt. Die Beschwerdebegründung muss sich mit den rechtlichen oder tatsächlichen Argumenten des angefochtenen Beschlusses befassen. Allgemeine, formelhafte Wendungen genügen hierfür nicht. Auch darf sich der Beschwerdeführer nicht darauf beschränken, seine Rechtsausführungen aus den Vorinstanzen zu wiederholen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Beschwerdeführer die angefochtene Entscheidung im Hinblick auf das Rechtsmittel überprüft und mit Blickrichtung auf die Rechtslage durchdenkt (BAG 30. Oktober 2012 - 1 ABR 64/11 - Rn. 11).
- 11 2. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass die Beschwerdebegründung der Arbeitgeberin diesen Anforderungen genügt. Das Arbeitsgericht hat dem Antrag des Betriebsrats mit der Begründung stattgegeben, die Leiharbeitnehmer seien bei den Schwellenwerten des § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu berücksichtigen. Damit sei auch unter Zugrundelegung des Vortrags der Arbeitgeberin zu dem in den Jahren 2014 und 2015 bevorstehenden Arbeitsplatzabbau von einem Personalbestand von mehr als 500 Arbeitnehmern auszugehen. Ein etwaiger weiterer Arbeitsplatzrückgang im Kalenderjahr 2016 sei nicht zu berücksichtigen, da dieser nicht unmittelbar bevorstehe. Die Arbeitgeberin hat dagegen eingewandt, die Leiharbeitnehmer zählten bei den Schwellenwerten in § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG nicht mit, da der Betriebsrat für diese in wesentlichen Angelegenheiten nicht zuständig sei. Ein Absinken der Arbeitnehmerzahl innerhalb von eineinhalb Jahren sei berücksichtigungsfähig. Träfen diese Rügen zu, wären sie geeignet, die angefochtene Entscheidung insgesamt in Frage zu stellen.
- 12 II. Das Landesarbeitsgericht hat dem Antrag des Betriebsrats auf Feststellung, dass die Arbeitgeberin verpflichtet ist, ein weiteres vom Betriebsrat zu wählendes Betriebsratsmitglied von der beruflichen Tätigkeit freizustellen, zu Recht entsprochen.
- 13 1. Der Antrag ist nach der gebotenen Auslegung zulässig.
- 14 a) Aus dem Antragswortlaut und dem Vorbringen des Betriebsrats folgt, dass die Beteiligten allein über den Umfang - die "richtige" Anzahl - der vorzunehmenden (Voll-)Freistellungen streiten. Die Freistellungswahl soll noch erfolgen. Der Antrag ist damit gegenwarts- und zukunftsbezogen auf die Feststellung gerichtet, dass nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG mindestens zwei Betriebsratsmitglieder von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen sind (vgl. hierzu BAG 5. Dezember 2012 - 7 ABR 17/11 - Rn. 12 ff.).
- 15 b) Mit diesem Inhalt ist der Antrag zulässig.
- 16

aa) Der Antrag ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO . Dem steht nicht entgegen, dass der maßgebliche Zeitpunkt für die Feststellung der Belegschaftsstärke nicht durch einen Freistellungsbeschluss bestimmt ist (vgl. zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt: Fitting 28. Aufl. § 38 Rn. 8; ErfK/Koch 17. Aufl. § 38 BetrVG Rn. 1; Thüsing in Richardi BetrVG 15. Aufl. § 38 Rn. 11). Da der Antrag gegenwarts- und zukunftsbezogen ist, bezieht er sich auch noch im Rechtsbeschwerdeverfahren auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Rechtsbeschwerdegericht bzw. im Fall des schriftlichen Verfahrens - wie vorliegend - auf den Zeitpunkt der Beratung des Rechtsbeschwerdegerichts. Allerdings unterliegt nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO nur das Beteiligtenvorbringen der Beurteilung des Rechtsbeschwerdegerichts, das aus dem Beschwerdebeschluss oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Die Berücksichtigung materiellrechtlich bedeutsamer Tatsachen, die erst nach der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz entstanden sind, ist daher regelmäßig ausgeschlossen. Aus Gründen der Prozessökonomie gilt das dann nicht, wenn die neu entstandenen Tatsachen unstrittig sind und schützenswerte Belange der anderen Beteiligten nicht entgegenstehen. Werden dagegen materiellrechtlich bedeutsame neue Tatsachen bestritten, können sie bei der Entscheidung des Revisions- bzw. Rechtsbeschwerdegerichts keine Berücksichtigung finden. Sie können dann aber in einem späteren Verfahren vorgebracht werden und sind dort nicht präkludiert (BAG 14. Dezember 2004 - 1 ABR 51/03 - zu B II 1 der Gründe mwN, BAGE 113, 82; vgl. für das Revisionsverfahren BAG 19. Oktober 2011 - 4 AZR 811/09 - Rn. 14).

- 17** bb) Die Voraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO liegen vor. Der Streit über die Anzahl der vorzunehmenden Freistellungen betrifft ein betriebsverfassungsrechtliches Rechtsverhältnis der Betriebsparteien im Sinne einer durch die Herrschaft einer Rechtsnorm über einen konkreten Sachverhalt entstandenen rechtlichen Beziehung (BAG 18. Januar 2017 - 7 ABR 60/15 - Rn. 17). Der Betriebsrat hat ein rechtliches Interesse iSv. § 256 Abs. 1 ZPO an der begehrten gerichtlichen Feststellung, da die Arbeitgeberin die Pflicht zur Freistellung eines zweiten Betriebsratsmitglieds - unabhängig von der Person des Freizustellenden - in Abrede stellt und das Verfahren geeignet ist, diesen Streit abschließend zu klären.
- 18** 2. Der Antrag ist begründet. Der Betriebsrat kann nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG die Freistellung von zwei seiner Mitglieder beanspruchen.
- 19** a) Nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sind in Betrieben mit in der Regel 501 bis 900 Arbeitnehmern zwei Betriebsratsmitglieder von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen. Leiharbeiter sind bei der Freistellungsstaffel des § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG mitzurechnen, wenn sie zu dem regelmäßigen Personalbestand des Betriebs zählen.
- 20** aa) Nach § 14 Abs. 2 Satz 4 AÜG in der seit dem 1. April 2017 geltenden Fassung (geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21. Februar 2017, BGBl. I S. 258) sind Leiharbeiter auch im Entleiherbetrieb zu berücksichtigen, soweit Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes mit Ausnahme des § 112a, des Europäische Betriebsräte-Gesetzes oder der aufgrund der jeweiligen Gesetze erlassenen Wahlordnungen eine bestimmte Anzahl oder einen bestimmten Anteil von Arbeitnehmern voraussetzen. Damit sind Leiharbeiter bei der nach § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG für die Anzahl freizustellender Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke mitzuzählen.
- 21** bb) § 14 Abs. 2 Satz 4 AÜG nF findet vorliegend Anwendung.
- 22** (1) Streitgegenstand dieses Verfahrens ist die Frage, ob die Arbeitgeberin zur Vornahme einer zweiten Freistellung gegenwärtig und zukünftig verpflichtet ist. Die begehrte Freistellung soll erst noch erfolgen. Es geht nicht darum, ob die Arbeitgeberin in der Vergangenheit zu einer solchen Freistellung verpflichtet war. Die streitgegenständliche Frage ist deshalb nach Maßgabe der Rechtslage zu beantworten, die im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung in Kraft ist (vgl. BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - Rn. 30, BAGE 145, 355; 12. November 2002 - 1 ABR 1/02 - zu B I 2 der Gründe, BAGE 103, 304). Das gilt auch, wenn die Änderung der Rechtslage eine geänderte rechtliche Beurteilung erfordert. Wenn und soweit darin eine Änderung des Streitgegenstandes und

damit eine Antragsänderung liegt, ist diese in der Rechtsbeschwerdeinstanz zulässig, wenn der festgestellte Sachverhalt die rechtliche Beurteilung nach der neuen Rechtslage ermöglicht, der Streitstoff nicht erweitert wird und die Rechte der Beteiligten nicht verkürzt werden (BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 - aaO.; 25. Januar 2005 - 1 ABR 61/03 - zu B I 1 der Gründe, BAGE 113, 218).

- 23** (2) Hier hat sich die Rechtslage durch das Inkrafttreten des § 14 Abs. 2 Satz 4 AÜG nicht geändert. Leiharbeitnehmer waren auch vor dem Inkrafttreten der Neuregelung des § 14 Abs. 2 Satz 4 AÜG bei der Freistellungsstaffel des § 38 Abs. 1 Satz 1 BetrVG mitzurechnen, wenn sie zu dem regelmäßigen Personalbestand des Betriebs zählten (vgl. ausf. BAG 18. Januar 2017 - 7 ABR 60/15 - Rn. 25 ff.). Die gesetzliche Neuregelung, mit der der Gesetzgeber die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Berücksichtigung der Leiharbeitnehmer bei betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten (BAG 13. März 2013 - 7 ABR 69/11 - Rn. 7, BAGE 144, 340; 18. Oktober 2011 - 1 AZR 335/10 - Rn. 15, BAGE 139, 342) aufgegriffen hat, soll ausweislich der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/9232 S. 29) nur der Klarstellung dienen, bei welchen betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten Leiharbeitnehmer mitzuzählen sind.
- 24** b) Danach hat das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen, dass die Arbeitgeberin zwei Mitglieder des Betriebsrats von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen hat, weil sie unter Berücksichtigung auch der Leiharbeitnehmer in der Regel mindestens 501 Arbeitnehmer in ihrem Betrieb beschäftigt.
- 25** aa) Für die Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer ist die normale Beschäftigtenzahl maßgeblich, also diejenige Personalstärke, die für den Betrieb im Allgemeinen kennzeichnend ist. Zur Ermittlung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl ist nicht nur der Personalbestand in der Vergangenheit zugrunde zu legen, sondern auch die künftige, aufgrund konkreter Unternehmerentscheidungen zu erwartende Entwicklung des Beschäftigtenstands einzubeziehen, wenn sie unmittelbar bevorsteht. Künftige Veränderungen der Arbeitnehmerzahl, die nicht unmittelbar bevorstehen, können allenfalls eine spätere Anpassung der Zahl der Freizustellenden bedingen (BAG 26. Juli 1989 - 7 ABR 64/88 - zu B I 1 der Gründe, BAGE 63, 1). Die Feststellung der maßgeblichen Betriebsgröße erfordert daher 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, dh. länger als sechs Monate, beschäftigt werden (vgl. BAG 18. Januar 2017 - 7 ABR 60/15 - Rn. 34; 4. November 2015 - 7 ABR 42/13 - Rn. 36, BAGE 153, 171; 18. Oktober 2011 - 1 AZR 335/10 - Rn. 21, BAGE 139, 342; 12. November 2008 - 7 ABR 73/07 - Rn. 16; 7. Mai 2008 - 7 ABR 17/07 - Rn. 17; 16. November 2004 - 1 AZR 642/03 - zu I 3 der Gründe). Das gilt auch für Leiharbeitnehmer, wenn Leiharbeit längerfristig als Instrument zur Deckung des Personalbedarfs im Betrieb genutzt wird (vgl. BAG 18. Januar 2017 - 7 ABR 60/15 - aaO.; entspr. zum regelmäßigen Personalbestand im Unternehmen nach § 9 MitbestG BAG 4. November 2015 - 7 ABR 42/13 - aaO.). Dabei kommt es auf die Anzahl der "in der Regel" beschäftigten Leiharbeitnehmer an, da § 14 Abs. 2 Satz 4 AÜG nicht das Vorliegen der in der jeweiligen Norm enthaltenen weiteren Voraussetzungen wie die Beschränkung auf "in der Regel" Beschäftigte fingiert (BT-Drs. 18/9232 S. 29).
- 26** bb) Danach beschäftigt die Arbeitgeberin in ihrem Betrieb in der Regel mindestens 501 Arbeitnehmer einschließlich der Leiharbeitnehmer.
- 27** (1) In der Vergangenheit und im Zeitpunkt der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts betrug die Anzahl der Arbeitnehmer mindestens 580.
- 28** (a) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts beschäftigte die Arbeitgeberin im Kalenderjahr 2012 durchschnittlich 758,17 Arbeitnehmer, im Kalenderjahr 2013 durchschnittlich 661,5 Arbeitnehmer, im Zeitraum von Januar bis September 2014 durchschnittlich 634,17 Arbeitnehmer und in der Zeit von Oktober 2014 bis Juni 2015 mindestens 580 Arbeitnehmer. Ende

Juni 2015 setzte die Arbeitgeberin zusätzlich zu den 463 eigenen Vertragsarbeitnehmern noch 165 Leiharbeitnehmer ein.

- 29** (b) An diese Feststellungen ist der Senat gebunden (§ 559 Abs. 2 ZPO). Die insoweit erhobene Aufklärungsrüge der Arbeitgeberin ist unzulässig.
- 30** (aa) Wird die Rechtsbeschwerde darauf gestützt, dass das Gesetz in Bezug auf das Verfahren verletzt sei, muss die Rechtsbeschwerde nach § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO die Tatsachen bezeichnen, die den Mangel ergeben. Wird eine Verletzung der Amtsaufklärungspflicht durch das Beschwerdegericht gerügt, muss in der Rechtsbeschwerdebegründung dargelegt werden, welche weiteren Tatsachen in den Vorinstanzen hätten ermittelt, welche weiteren Beweismittel hätten herangezogen werden können und inwiefern sich dem Beschwerdegericht eine weitere Aufklärung des Sachverhalts hätte aufdrängen müssen (BAG 16. Mai 2007 - 7 ABR 45/06 - Rn. 12 mwN, BAGE 122, 293).
- 31** (bb) Diesen Anforderungen wird die Rüge der Arbeitgeberin, das Landesarbeitsgericht habe nicht detailliert untersucht, in welchem konkreten Zeitrahmen Leiharbeitnehmer mit welchen konkreten Aufgaben im Einzelfall beschäftigt würden, nicht gerecht. Die Arbeitgeberin hat nicht dargelegt, zu welchen Ergebnissen eine solche Ermittlung geführt hätte und inwieweit Feststellungen zur Beschäftigungsdauer und zur Art der Aufgaben einzelner Leiharbeitnehmer entscheidungserheblich sein könnten.
- 32** (2) Das Landesarbeitsgericht hat auch zu Recht angenommen, das Vorbringen der Arbeitgeberin zum künftigen Beschäftigungsstand rechtfertige nicht die Prognose eines künftigen, unmittelbar bevorstehenden Absinkens der Belegschaftsstärke.
- 33** (a) Die Arbeitgeberin hat keine konkrete Veränderungsentscheidung dargelegt, die einen unmittelbar bevorstehenden Rückgang der Arbeitnehmerzahl erwarten lässt. Ihr erstinstanzlicher Vortrag, es sei aufgrund des Auslaufens von zwei Aufträgen, der Reduzierung der Abteilung "Nacharbeit" und weiterer Prozessoptimierungen in den Jahren 2014 bis 2016 mit einem Personalabbau von 169 Arbeitsplätzen zu rechnen, enthält nur Angaben zu ihren Vorstellungen und Planungen. Sie hat damit nicht behauptet, eine konkrete unternehmerische Entscheidung getroffen zu haben, mit der ein unmittelbar bevorstehender Abbau des Personalbestands verbunden ist. Im Beschwerdeverfahren hat die Arbeitgeberin erklärt, sie rechne noch mit einem Personalabbau von 80 bis 120 Stellen. Effekte aus beabsichtigten Umstrukturierungen und Betriebsänderungen würden wohl erst 2016 eintreten. Dies bestätigt, dass es keine konkrete unternehmerische Entscheidung zu einem Personalabbau gab, deren Umsetzung unmittelbar bevorstand. Das Vorliegen einer solchen Unternehmerentscheidung ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass der Betriebsrat zur Wahrung seiner Rechte aus § 92a BetrVG die Hinzuziehung eines Sachverständigen nach § 80 BetrVG beantragt hat.
- 34** (b) Die Arbeitgeberin rügt ohne Erfolg, das Landesarbeitsgericht habe ihren Einwand, die Beschäftigtenzahl werde noch innerhalb der laufenden Wahlperiode so drastisch sinken, dass eine zweite Freistellung nicht mehr gerechtfertigt sei, ohne die gebotene sorgfältige Aufklärung abgetan. Auch diese Aufklärungsrüge ist unzulässig. Die Arbeitgeberin legt nicht dar, welche entscheidungserheblichen Tatsachen in welcher Weise hätten ermittelt werden können.

Gräfl
Kiel
Rennpferdt
Busch
Strippelmann

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus -

insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.