

Landgericht Hamburg

Die Fa. Asklepios Westklinikum Hamburg sowie deren Geschäftsführung haben beim Landgericht Hamburg am 4.8.06 einen **Antrag auf gerichtliche Entscheidung über die Zusammensetzung des Aufsichtsrates nach § 98 AktG eingereicht (sog. Statusverfahren)** und beantragt festzustellen, dass kein Aufsichtsrat zu bilden sei und (hilfsweise), dass die am 14.6.06 durchgeführte Aufsichtsratswahl nichtig sei. Das Verfahren wird vom Landgericht Hamburg (Sievekingplatz 1, 20355) unter dem Aktenzeichen 414 O 84/06 bearbeitet.

Die Antragsteller stehen auf dem Standpunkt, dass die Voraussetzungen für die Konstituierung nach dem § 1 Abs. 1 Ziffer 3 Drittelbeteiligungsgesetz (500 Arbeitnehmer) nicht vorlägen; die von der DRK-Schwesternschaft Hamburg e.V. gestellten 155 Mitarbeiter/innen seien nicht mitzuzählen. Deshalb sei auch die von dem Betriebsrat am 14.6.06 durchgeführte Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat nichtig.

Der Wortlaut des Antrags (ohne Anlagen und bereinigt lediglich um einige Angaben zu Personen) ist am Schluss dieser Veröffentlichung abgedruckt und kann bei der Geschäftsstelle des Gerichts (Landgericht Hamburg, Sievekingplatz 1, 20355 Hamburg, Az. 414 O 84/06) gegen Kostenerstattung angefordert werden.

Das Gericht gibt allen Beteiligten hiermit die Gelegenheit, zu diesem Antrag **binnen 1 Monats ab dieser Veröffentlichung** eine Stellungnahme zu dem Antrag abzugeben, und zwar schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle. Eine Entscheidung soll nach Fristablauf schriftlich oder nach einer noch anzuberaumenden mündlichen Verhandlung ergehen; von dem eventuellen Termin werden nur diejenigen benachrichtigt werden, die sich zur Akte melden.

Der Antrag hat folgenden Wortlaut:

ANTRAG in dem Statusverfahren

mit den Beteiligten

1. **Geschäftsführung der Asklepios Westklinikum Hamburg GmbH**,
bestehend aus Frau Julia Kähning und Herrn Erhard Eder, Suurheid 20, 22559
Hamburg,

- Antragsstellerin und Beteiligte zu 1.-

2. **Asklepios Westklinikum Hamburg GmbH**,
vertreten durch ihre Geschäftsführer, Frau Julia Kähning und Herrn Erhard Eder, Suurheid 20, 22559
Hamburg,

- Beteiligte zu 2. -

Verfahrensbevollmächtigte Beteiligte zu 1. und 2.:

Rechtsanwälte

wegen Statusverfahrens nach § 98 Abs. 1 AktG.

Wert: € 50.000,00 gemäß § 99 Abs. 1 AktG

Wir melden uns für die Antragsstellerin/Beteiligte zu 1. und die Beteiligte zu 2. und werden beantragen,

1. **festzustellen, dass bei der Beteiligten zu 2. kein Aufsichtsrat nach dem Drittelbeteiligungsgesetz zu bilden ist;**
2. **hilfsweise, die Aufsichtsratswahl bei der Beteiligten zu 2. vom 14. Juni 2006 für nichtig zu erklären.**

Gründe I.

1. Bei der Antragsstellerin und Beteiligten zu 1. handelt es um die Geschäftsführung der zum Asklepios-Konzern gehörenden Klinik in Rissen, der Beteiligten zu 2.
2. Ausweislich des Tatbestandes des Beschlusses des Arbeitsgerichts Hamburg vom 7. Februar 2006, in Ablichtung eingereicht als

Anlage Ast 1,

beschäftigte die Beteiligte zu 2. Ende Januar 2006 321 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (per Juni 2006 sind es 338) sowie weitere 32 (derzeit 35) Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die von der Freien und Hansestadt Hamburg gestellt werden. Dies sind unter 500 Arbeitnehmer. Die Voraussetzungen nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbetG) liegen also nicht vor. Gleichwohl hatte die Arbeitnehmerseite erstmals eine Aufsichtsratswahl nach diesem Gesetz in Gang gesetzt, ohne zuvor den Weg des Statusverfahrens nach § 98 Abs. 1 AktG zu wählen.

Zu diesen ca. 370 Arbeitnehmern wurden zwar von der Betriebsratsseite die von der DRK-Schwesternschaft Hamburg e.V. gestellten Personen hinzugezählt. Dies erfolgt jedoch zu Unrecht. Denn es handelt sich bei dem gestellten Personal nicht um Arbeitnehmer i. S. v. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbetG.

3. Nachdem die Beteiligte zu 2. als gemeinnützige GmbH i. S. d. §§ 52 ff. AO bislang karitativ i. S. d. Rechtsprechung des BAG tätig war, bedurfte es in der Vergangenheit nicht der Etablierung eines mitbestimmten Aufsichtsrats, § 1 Abs. 2 Nr. 2 a DrittelbetG. Nachdem die Gesellschaft nun nicht mehr gemeinnützig und damit jedenfalls nach Auffassung der Rechtsprechung des BAG auch nicht mehr karitativ i. S. d. vorerwähnten Norm tätig ist, kam es am 20. April 2006 zum Aushang des hier in Kopie als

Anlage Ast 2

zur Akte gereichten Wahlausschreibens. Die entsprechende Wählerliste, die wir in Ablichtung als

Anlage Ast 3

zur Gerichtsakte reichen, führt die Namen von 702 Personen auf. Nach Ansicht des Wahlvorstandes sind dies die Wahlberechtigten. Die Wahl fand statt; das Wahlergebnis wurde am 12. Juli 2006 im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht.

Beweis: Vorlage eines Ausdrucks.

Diese Veröffentlichung hat die Beteiligte zu 1. mit Beschluss vom 21. Juli 2006 widerrufen und zugleich die Ingangsetzung eines Statusverfahrens beschlossen,

Anlage Ast 4.

4. Wie eingangs erwähnt, befinden sich auf der Wählerliste nämlich neben den 338 eigenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern der Beteiligten zu 2. per Ende Juni 2006 und den 35 von der Freien und Hansestadt gestellten Arbeitnehmern die gestellten Personen, also ca. 155 Schwestern, die der DRK-Schwesternschaft Hamburg e.V. mitgliedschaftlich verbunden sind, sowie weitere 139 Arbeitnehmerinnen

und Arbeitnehmer, die mit der DRK-Schwesternschaft Hamburg e.V. in einem Arbeitsverhältnis stehen. Zudem gab es noch 39 der DRK-Schwesternschaft Hamburg e.V. mit einem Ausbildungsvertrag auf Mitgliedsbasis versehene Schwesternschülerinnen und 9 auf der Basis eines normalen Ausbildungsvertrages verbundenen Schüler.

Beweis:

1. **Vorlage der entsprechenden Personalunterlagen durch die Antragsstellerin;**
 2. **Zeugnis der Frau, zu laden über die Beteiligte zu 2.;**
 3. **Zeugnis der Vorsitzenden der DRK-Schwesternschaft Hamburg, e.V. Frau**
5. Ein Statusverfahren nach § 98 Abs. 1 i. V. m. § 98 Abs. 2 AktG wurde vor Ingangsetzung der Wahl nicht durchgeführt. Da die Beteiligten zu 1. und 2. irrtümlich davon ausgegangen waren, dass es eines solchen nicht bedurfte, war irrtümlich am 12. Juli 2006 die Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger erfolgt. Der Eintrag wurde jedoch wie erwähnt widerrufen und der Widerruf am 26. Juli 2006 im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht.

Beweis:

1. **Vorlage der Widerrufsmitteilung gegenüber dem elektronischen Bundesanzeiger als**

Anlage Ast 5;

2. Einblicknahme in den elektronischen Bundesanzeiger.

Die Beteiligte zu 2. hatte bislang keinen Aufsichtsrat; die Satzung sieht ihn auch nicht vor.

Beweis: Vorlage der Satzung.

6. Die Problematik, ob und inwieweit die DRK-Mitgliedsschwesterinnen und die der DRK-Schwesternschaft mit einem Arbeitsvertrag verbundenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter als Arbeitnehmer der Beteiligten zu 2. zu zählen sind, ist Gegenstand von Verfahren vor dem Arbeitsgericht Hamburg. Es hatte durch den als Anlage Ast 1 diesem Schriftsatz bereits beigefügten Beschluss im einstweiligen Verfügungsverfahren dem Betriebsrat der Beteiligten zu 2. auferlegt, die Mitgliedsschwesterinnen von der Wählerliste zur Wahl des Betriebsrats zu streichen. In der 2. Instanz erfolgte dann ein Vergleich in dem Sinne, dass zwar die Mitgliedsschwesterinnen von der Wählerliste gestrichen blieben, jedoch die Schwesternschülerinnen an der Wahl zum Betriebsrat teilnehmen durften.
7. Ein Aufsichtsrat hat sich bislang noch nicht konstituiert. Gewählt sind von der Arbeitnehmerseite die Herren, beide Arbeitnehmer der Beteiligten zu 2.
8. Die Zusammenarbeit zwischen der Beteiligten zu 2. und der DRK-Schwesternschaft Hamburg e.V. erfolgt auf der Basis des in Ablichtung als

Anlage Ast 6

zur Akte gereichten Gestellungsvertrages vom 13. Dezember 2001. Diesem ist u. a. zu entnehmen, dass die Pflegedienstleitung, welche für den Einsatz des von der DRK-Schwesternschaft gestellten Personals verantwortlich ist, von der Schwesternschaft gestellt wird, § 1 (1) i. V. m. § 2 (1) des Gestellungsvertrages.

Zudem existiert zwischen der Beteiligten zu 2. und deren Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung, die wir in Kopie als

Anlage Ast 7

zur Akte reichen. Hintergrund dieser Betriebsvereinbarung war im Prinzip die identische Auseinandersetzung, die auch jetzt geführt wird, nämlich die arbeits- und betriebsverfassungsrechtliche Behandlung des von der DRK-Schwesternschaft Hamburg e.V. gestellten Personals. Seinerzeit hatte das Krankenhaus sich erst- und zweitinstanzlich mit seiner Rechtsauffassung durchgesetzt, wonach das gestellte Personal keinen Arbeitnehmerstatus hat und folglich nicht vom Betriebsrat des Krankenhauses

repräsentiert wird. Der Betriebsrat hatte zwar Nichtzulassungsbeschwerde erhoben. Um dieses Verfahren jedoch nicht zu führen, einigten sich die Parteien auf die in Rede stehende Betriebsvereinbarung (vgl. II., XIII.). In ihr ist einerseits gegenüber dem Betriebsrat die Möglichkeit eingeräumt, dass das bei der Schwesternschaft nur angestellte und nicht mitgliedschaftlich zugeordnete Personal an den Wahlen zum Betriebsrat teilnehmen darf – im Hinblick auf die Mitgliedsschwestern verständigte man sich in I. der Betriebsvereinbarung jedoch darauf, dass sie nicht Angestellte des Krankenhauses seien.

Die in Rede stehende Betriebsvereinbarung besteht ungekündigt fort.

Vor dem Hintergrund dieser Sach- und Rechtslage machte der Betriebsrat dann im Rahmen der Betriebsratswahl 2006 unbeschadet der nach wie vor bestehenden Betriebsvereinbarung einen weiteren Anlauf, um das gestellte DRK-Personal insgesamt mitzurepräsentieren; das Ergebnis ist vorstehend referiert.

Vor diesem Hintergrund gab es, als auch im Rahmen der Aufsichtsratswahl wieder die gestellten DRK-Kräfte auf der Wählerliste zur Aufsichtsratswahl erschienen, einerseits den nach wie vor durch die Betriebsvereinbarung erklärten „Generalvorbehalt“ der Arbeitgeberseite gegen diese Vorgehensweise; andererseits machten die Beteiligten mehrfach, wenn auch nicht im Rahmen eines formellen Widerspruchs gegen die Wählerliste, geltend, dass es bei der bisherigen Handhabung gemäß Betriebsvereinbarung bleiben müsse, d. h. auch im Hinblick auf die Aufsichtsratswahl nichts anderes gelten könne, als für die Betriebsratswahl.

9. Die Beteiligten haben vorsorglich gemäß § 2a Abs. 1 Nr. 3 ArbGG i. V. m. § 11 DrittelbetG am 26. Juli 2006 Anfechtungsklage vor dem Arbeitsgericht Hamburg erhoben.
10. Nach § 99 Abs. 6 AktG ist ein Wert von € 50.000,00 anzunehmen. Gerichtskosten nach diesem Wert haben wir eingezahlt.

Gründe II.

1. Zulässigkeit

- a) Die Zuständigkeit des Landgerichts Hamburg, Kammer für Handelssachen, ergibt sich aus § 98 Abs. 1 AktG i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbetG. Die Kammer für Handelssachen ist seit einer Änderung des § 98 Abs. 1 AktG durch das UMAG (BGBl. I 2005, 2802) seit dem 1. November 2005 funktional zuständig. Es geht um die nötige Feststellung, dass bei der Beteiligten zu 2. kein Aufsichtsrat nach DrittelbetG zu bilden ist, hilfsweise um die Feststellung der Nichtigkeit der Aufsichtsratswahl. Die Beteiligte zu 2., bei der der Aufsichtsrat zu bilden wäre, hat ihren Sitz in Hamburg.

Beweis: Vorlage der Satzung, Auszug aus dem Handelsregister.

Die Abgrenzung zwischen der Zuständigkeit aus § 2a Abs. 1 Nr. 3 ArbGG gegenüber der ausschließlichen Zuständigkeit des Landgerichts, Kammer für Handelssachen, aus § 98 Abs. 1 S. 1 AktG, ist zwar nicht hinreichend und abschließend geklärt. Gleichwohl besteht Einigkeit über Folgendes: Das Statusverfahren des § 98 AktG geht vor. Dies ergibt sich aus dem in § 96 Abs. 2 AktG festgeschriebenen Grundsatz der Amtskontinuität (vgl. nur Erfurter Kommentar-*Oetker*, 6. Aufl. 2006, § 96 AktG Rn. 2). Danach gilt die aktuelle rechtliche Situation, d.h. die Nichtexistenz eines Aufsichtsrates oder dessen aktuellen Zusammensetzung so lange als weiterhin richtig, bis im Statusverfahren nach den §§ 97 ff. AktG rechtskräftig eine andere Feststellung getroffen worden ist (vgl. auch OLG Düsseldorf v. 10.10.1995, NJW-RR 1996, 677).

- b) Die Beteiligtenfähigkeit der Antragssteller und deren Antragsbefugnis ergeben sich unmittelbar aus § 98 Abs. 2 Nr. 1 AktG i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbetG. Denn die Antragssteller sind Mitglieder der Geschäftsführung, und damit bilden sie das zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugte Organ.

Die Beteiligte zu 2. ist unmittelbar von der Etablierung des Aufsichtsrats betroffen und damit zu beteiligen. Denn die sich aus der Etablierung eines Aufsichtsrats ergebenden Rechtsfolgen gemäß DrittelbetG betreffen die Beteiligte zu 2. unmittelbar.

- c) Die Frist des § 97 Abs. 1 und 2 i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbetG ist eingehalten. Denn maßgeblich kommt es auf die – irrtümliche und durch Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger am 26. Juli 2006 widerrufenen – Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger an, die am 12. Juli 2006 erfolgte.
- d) Die Zulässigkeit des Antrags zu 1. bzw. das notwendige Feststellungsinteresse folgen aus allgemeinen Grundsätzen. Denn der Arbeitgeber hat ein Interesse an der Feststellung, dass kein Aufsichtsrat nach

DrittelbetG zu bilden ist. Dies folgt schon aus der Tatsache, dass die Arbeitnehmerseite offenkundig anderer Ansicht ist. Die Geschäftsführung ist schon deshalb verpflichtet, die Statusfrage verbindlich zu klären (vgl. Großkommentar zum AktG-*Hopt et al.*, 4. Auflage 2005, §§ 95 – 117, § 98 Rn. 11 m.w.N.).

Die Zulässigkeit der nur hilfswise gestellten Anträge folgt unmittelbar aus § 11 DrittelbetG. Zudem verweisen wir auf unsere Ausführungen unter Gründe II.1.a).

2. Begründetheit

a) Antrag zu 1.

aa) §§ 96 ff. AktG i.V.m. 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbetG

Wie bereits im Rahmen zur Zulässigkeit erwähnt, folgt aus § 96 Abs. 2 AktG der Grundsatz der Amtskontinuität, so dass nach anderen als den zuletzt angewandten gesetzlichen Vorschriften der Aufsichtsrat nur zusammengesetzt werden darf, wenn nach § 97 oder § 98 AktG die Bekanntmachung des Vorstandes oder in der gerichtlichen Entscheidung angegebenen gesetzlichen Vorschriften anzuwenden sind.

Es gab unstreitig zuvor keinen drittelparitätischen Aufsichtsrat. Ein Statusverfahren ist bislang unstreitig noch nicht rechtskräftig durchlaufen, so dass der Aufsichtsrat sich allenfalls dann nach anderen, als den zuletzt angewandten Vorschriften, wozu auch die Nichtanwendung des DrittelbetG zählt, zusammensetzen dürfte, wenn die Fiktionswirkung des § 97 Abs. 2 AktG eingetreten wäre. Danach ist unabhängig von der materiellen Rechtslage der neue Aufsichtsrat nach den in der Bekanntmachung des Vorstandes angegebenen gesetzlichen Vorschriften zusammenzusetzen, sofern das zuständige Landgericht nicht innerhalb eines Monats nach der Bekanntmachung im elektronischen Bundesanzeiger angerufen worden ist.

Diese Anrufung ist jedoch hiermit erfolgt. Hinzu kommt, dass die Antragsteller von der ihnen zustehenden Möglichkeit Gebrauch gemacht und die ursprüngliche Mitteilung gegenüber dem elektronischen Bundesanzeiger, dass ein drittelparitätischer Aufsichtsrat gewählt sei, innerhalb der Monatsfrist des § 97 Abs. 1 AktG widerrufen haben (vgl. zu der Möglichkeit des Widerrufs einer solchen Bekanntmachung und den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen nur MüKo-AktG-*Semler*, Band 3, 2. Auflage 2004, § 97 Rn. 56; Großkommentar AktG-*Hopt*, a.a.O., § 97 Rn. 48 jeweils m.w.N.).

Die sich aus den §§ 96 ff. AktG ergebenden Konsequenzen und Rechtsfolgen gelten auch für die hier anstehende Problematik der erstmaligen Etablierung eines drittelparitätischen Aufsichtsrates. Dies folgt unmittelbar aus § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbetG und dem dort enthaltenen Verweis auf die entsprechenden Vorschriften aus dem AktG (vgl. insoweit auch speziell zur erstmaligen Bildung eines drittelparitätischen Aufsichtsrates Ulmer/Habersack/Henssler-*Habersack*, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. 2006, § 1 DrittelbetG Rn 22 i.V.m. § 6 MitbestG Rn 10 f.).

bb) §§ 3 Abs. 1 DrittelbetG i.V.m. 5 Abs. 1 BetrVG

Die Wahl ist nichtig, weil das nötige Quorum von 500 Arbeitnehmern nicht erreicht ist. Denn derartige Fehler gelten als schwerwiegende Verstöße gegen offenkundige Wahlgrundsätze und sind somit Nichtigkeitsgründe (vgl. nur Ulmer/Habersack/Henssler-*Henssler*, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. 2006, § 12 DrittelbetG Rn 9 m.w.N.).

Zwar folgt aus § 5 Abs. 2 S. 2 DrittelbetG i.V.m. § 7 S. 2 BetrVG, dass Leiharbeiter jedenfalls dann wahlberechtigt sind, wenn sie länger als drei Monate im Entleiherbetrieb tätig waren. Man könnte nun daraus den Schluss ziehen, dass Leiharbeiter und die von der DRK-Schwesternschaft gestellten Arbeitnehmer insoweit gleichgestellt werden könnten.

Selbst zugunsten der Arbeitnehmer hier einmal unterstellt, dass eine derartige Gleichstellung zwischen Leihararbeitern und gestelltem Personal der DRK-Schwesternschaft zulässig wäre, so ist die Frage der Wahlberechtigung strikt von der Frage zu trennen, ob überhaupt hinreichend Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vorhanden sind, um den Schwellenwert von 500 zu erreichen. Hierfür stellt das DrittelbetG in §§ 1 Nr. 3 und 3 Abs. 1 auch auf die parallele Situation im BetrVG ab. Auch dort wird bekanntlich zwischen der Frage der Wahlberechtigung von Leihararbeitern differenziert und der Frage, ob diese wahlberechtigten Leiharbeiter zählen, wenn es um die Erreichung bestimmter Schwellenwerte innerhalb des BetrVG geht. Bekanntlich hat sich das BAG mittlerweile in ständiger Rechtsprechung dafür ausgesprochen, dass Leiharbeiter zwar wählen, aber nicht zählen. So hat das BAG mit Beschluss vom 16.04.2003 (NZA 2003, 1345) herausgearbeitet, dass und warum Leiharbeiter bei der Berechnung der für die Anzahl der Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Arbeitnehmerzahl im Entleiherbetrieb nicht zu berücksichtigen sind. Mit Beschluss vom 22.10.2003 (NZA 2004, 1052) hat das BAG seine Rechtsprechung bestätigt und auf die Schwellenwerte des § 38 Abs. 1 BetrVG erstreckt. Danach zählen Leiharbeiter im Entleiherbetrieb auch nicht mit, wenn es um die Schwellenwerte für die freizustellenden Betriebsratsmitglieder geht. Das BAG befindet sich hierbei wiederum im Einklang mit der herrschenden Meinung (vgl. nur *Hanau*, RdA 2001, 65; *Maschmann*, DB 2001, 2446 ff.; *Moderegger*, ArbRB 2003, 82 ff.; *Richardi/Thüsing*, BetrVG, 10. Aufl.

2006, § 9 Rn. 7, jeweils m.w.N.). Das BAG hat seine Rechtsprechung zwischenzeitlich bestätigt (NZA 2005, 240 sowie BAG NZA 2004, 1340). Auch nach Novellierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes bleibt die herrschende Meinung bei der Nichtberücksichtigung von Leiharbeitnehmern für die jeweiligen Schwellenwerte im BetrVG, da der Gesetzgeber in Kenntnis der Diskussion um die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern den § 14 AÜG nicht geändert hat (hierauf weisen zu Recht hin: *Schirmer*, in Festschrift 50 Jahre BAG, 2004, 1063, 1077 ff.; *Brose*, NZA 2005, 797, 799 f., jeweils m.w.N.).

Auch für die Schwellenwerte in § 95 Abs. 2 BetrVG (also für die Berechnung, ab wann ein Betriebsrat Personalauswahlrichtlinien vom Unternehmer einseitig verlangen kann), geht die ganz herrschende Meinung folgerichtig davon aus, dass bei der Bemessung der notwendigen 500 Arbeitnehmer im Betrieb Leiharbeitnehmer unberücksichtigt zu bleiben haben (vgl. nur *Richardi/Thüsing*, BetrVG, 10. Aufl. 2006, § 95 Rn. 49; *Fitting*, BetrVG, 23. Aufl. 2006, § 95 Rn. 15; *GK-BetrVG-Kraft/Raab*, Bd. II, 8. Aufl. 2005, § 95 Rn. 22).

Es sind schon wegen der vom Gesetzgeber gewollten Parallelität zwischen DrittelbetG und BetrVG, die durch die eingangs erwähnten Querverweise im DrittelbetG auf § 7 S. 2 und § 5 Abs. 1 BetrVG zum Ausdruck kommt, keinerlei Gründe ersichtlich, warum der Grundsatz, dass Leiharbeitnehmer zwar wählen, aber nicht zählen, nicht auch im Bereich des DrittelbetG Anwendung finden sollte. Folgerichtig differenziert auch die zwischenzeitlich zum DrittelbetG ergangene Literatur entsprechend und lässt Leiharbeitnehmer bei der Berechnung des Schwellenwertes von 500 Arbeitnehmern selbst dann unberücksichtigt, wenn die Leiharbeitnehmer ausnahmsweise nach § 5 Abs. 2 Satz 2 DrittelbetG wahlberechtigt sind (so ausdrücklich *Erfurter Kommentar-Oetker*, 6. Auflage 2006, § 3 DrittelbetG Rn. 3; *Seibt* in *Henssler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrecht Kommentar, 2. Auflage 2006, § 3 DrittelbetG Rn. 2; *Deilmann*, NZG 2005, 659, 664; *Huke/Prinz*, BB 2004, 2633, 2635; OLG Düsseldorf v. 12.5.2004, GmbHR 2004, 1081, 1082 mit zustimmender Anmerkung *Kowanz* zur Vorgängerregelung im BetrVG 1952).

Das gesamte gestellte Personal hat also bei der Berechnung, ob der Schwellenwert des § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbetG erreicht ist, außer Betracht zu bleiben. Dies ist hier offenkundig nicht erfolgt; die Wahl ist nichtig.

cc) §§ 5, Abs. 2 DrittelbetG i.V.m. 7 Abs. 2 BetrVG

Selbst wenn man die vorerwähnte Rechtsprechung des BAG und die darauf aufbauende ganz herrschende Meinung, dass Leiharbeitnehmer zwar wählen, aber nicht zählen, nicht auf das DrittelbetG überträgt, wäre die Wahl gleichwohl nichtig. Denn zum einen sind Leiharbeitnehmer jedenfalls immer noch „Arbeitnehmer“, während dies jedenfalls für die gestellten Mitgliedsschwestern nicht gilt, da sie auf der Basis ihres mitgliedschaftlichen Verhältnisses zur Schwesternschaft und nicht auf der Basis eines Arbeitsverhältnisses tätig werden. Eine Gleichstellung verbietet sich somit jedenfalls für die ca. 155 Mitgliedsschwestern schon aus diesem Grunde. Zum anderen ist für § 7 Abs. 2 BetrVG – und folglich auch § 5 Abs. 2 DrittelbetG – maßgeblich, ob das gestellte Personal den Weisungen des „Entleihers“ unterliegt. Denn nur, wenn der „Entleiher“ gegenüber dem „entliehenen“ Personal weisungsbefugt ist, ist letzteres so in den Betrieb eingegliedert, dass eine Wahlberechtigung gerechtfertigt ist und § 7 BetrVG in Betracht kommt (vgl. nur *Fitting*, BetrVG, 23. Aufl. 2006, § 7 Rn. 50 m.w.N.). Hier ist eine solche Weisungsbefugnis in Bezug auf das gestellte Personal durch die als „Entleiher“ ausschließlich in Betracht kommende Beteiligte zu 2. aber gerade nicht gegeben. Denn der Gestellungsvertrag (Anlage Ast 5) sieht in § 1 (1) i.V.m. § 2 (1) gerade vor, dass die Weisungsbefugnis bei der Pflegedienstleitung verbleibt, die wiederum unstreitig Teil der Schwesternschaft und nicht der Beteiligten zu 2. ist.

Selbst wenn man also entgegen der hier für richtig gehaltenen Auffassung dem Postulat des BAG und der ganz herrschenden arbeitsrechtlichen Meinung, wonach Leiharbeiter wählen, aber nicht zählen, die Gefolgschaft verweigern und zudem Leiharbeitnehmer dem gestellten Personal der DRK-Schwernerschaft gleichstellen würde, fehlte es gleichwohl an der für eine Berücksichtigung des gestellten Personals erforderlichen Weisungsbefugnis seitens des „Entleihers“, der Beteiligten zu 2.

Soweit das BAG die Frage der Weisungsbefugnis in Bezug auf die gestellte DRK-Schwernerschaft in seiner Entscheidung vom 22.04.1997 (NZA 1997, 1297) anders gesehen hat, so basierte dies gerade auf der insoweit anders gelagerten Sachverhaltskonstellation. Denn im Fall des BAG aus 1997 war die Pflegedienstleitung gerade bei der „entleihenden“ Klinik angesiedelt, so dass die Klinik die Weisungen erteilte. Die ist hier wie erwähnt nicht der Fall.

b) Antrag zu 2.

Trifft das Gericht nicht die begehrte Feststellung zu 1., so ist die Aufsichtsratswahl zumindest nichtig. Wegen der sich aus den oben zu lit. a) bereits dargelegten Gründen ergebenden Nichtigkeit der Wahl wäre dann zumindest dem Hilfsantrag zu 2. stattzugeben.

Ende des Antrags.

**Landgericht Hamburg
Kammer 14 für Handelssachen**

VRiLG Müller-Fritsch