

d

Seebetriebe im Recht der Unternehmensmitbestimmung

Gutachten

im Auftrage der Hans-Böckler-Stiftung erstattet von

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

A. Die Fragestellung

Im Zusammenhang mit der Bildung des Aufsichtsrats der Hapag-Lloyd AG (neu) ist die Frage aufgetaucht, ob der in § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbG genannte Grenzwert durch die AG und ihre Tochtergesellschaften überschritten ist. Nach der genannten Bestimmung ist ein „paritätisch“ zusammengesetzter Aufsichtsrat im Sinne der §§ 6 ff. MitbG bei einer Aktiengesellschaft nur dann vorgeschrieben, wenn diese „in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer“ beschäftigt. Dies ist für insgesamt fünf verschiedene Personengruppen streitig geworden.

- (1) Eine Reihe von Mitarbeitern, die zu ausländischen Niederlassungen von Hapag-Lloyd entsandt sind, haben zwar zur Hapag-Lloyd AG nur noch ein ruhendes Arbeitsverhältnis, doch ist ihnen zugesagt, dass sie nach Ablauf ihres Auslandseinsatzes zu vergleichbaren Bedingungen bei der AG oder einer ihrer Tochtergesellschaften weiterarbeiten können. Sind sie im Rahmen des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbG zu berücksichtigen?
- (2) Wie sind Aushilfen zu berücksichtigen? Die Frage ist insbesondere im Zusammenhang mit der Vertretung von Beschäftigten aufgetaucht, die unter das MuSchG fallen oder die Elternzeit in Anspruch nehmen. Dabei ist insbesondere streitig, ob und wie Personen mit unbefristetem Arbeitsvertrag „mitzuzählen“ sind. Während § 21 Abs. 7 BErzGG seinem Wortlaut nach nur bei befristeter Vertretung eine „Doppelzählung“ im Sinne einer gleichzeitigen Berücksichtigung des beurlaubten Arbeitnehmers und des Vertreters ausschließt, fehlt jegliche Berechnungsvorschrift in anderen Gesetzen.
- (3) Ein weiterer Streitpunkt betrifft frühere Mitarbeiter von Hapag-Lloyd, die nunmehr als EDV-Spezialisten auf der

Grundlage eines Honorarvertrags und damit als „Selbstständige“ für Hapag-Lloyd tätig sind. Hier stellt sich das Problem, ob nicht auch heute noch weisungsabhängige Tätigkeit vorliegt, so dass es sich in Wahrheit um Arbeitnehmer handeln könnte.

- (4) Auf den Hapag-Lloyd-Schiffen unter deutscher Flagge werden deutsche Seeleute in der Weise beschäftigt, dass sie drei Monate ununterbrochen im Dienst sind und anschließend drei Monate Urlaub haben. Während dieser Phase werden sie durch andere deutsche Beschäftigte ersetzt. Dies führt - wie im Zwei-Schicht-Betrieb - dazu, dass pro Arbeitsplatz zwei Arbeitnehmer im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbG beschäftigt werden. Neben den deutschen sind jedoch auch philippinische Seeleute tätig, die auf acht Monate befristete Arbeitsverträge haben. Sie erwerben pro gearbeitetem Monat eine Woche Urlaub. Dieser wird abgegolten. Streit besteht nun darüber, ob das Arbeitsverhältnis der philippinischen Seeleute gemäß § 60 SeemG für 8 X 1 Woche fortbesteht, so dass sich die Zahl der zu einem beliebigen Zeitpunkt existierenden Arbeitsverhältnisse erhöhen würde.
- (5) Die stärksten Meinungsverschiedenheiten bestehen im Hinblick auf die Einbeziehung ausgeflaggter Schiffe. Dies betrifft einmal die Grundsatzfrage, ob angesichts der wirtschaftlichen Zugehörigkeit zu Hapag-Lloyd und der faktischen Steuerung auch der Personalpolitik durch ein konzernzugehöriges Unternehmen dem Führen der Flagge von Singapur bzw. der Bahamas überhaupt irgendeine Bedeutung zukommt. Lehnt man dies ab, so stellt sich das weitere Problem, ob die von einer Bemannungsagentur zur Verfügung gestellten Arbeitskräfte im Rahmen des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbG mitzählen. Im Falle des „Humboldt-Express“ und des „Santiago-Express“ sind lediglich der Kapitän und der Erste

Ingenieur Deutsche und werden unbestrittenermaßen mitgerechnet. Bei den jeweils 21 weiteren Besatzungsmitgliedern handelt es sich um kroatische Staatsangehörige, die von einer in Split ansässigen Bemannungsagentur zur Verfügung gestellt werden, wobei typischerweise immer wieder dieselben Personen zu einem Einsatz auf den beiden Schiffen gelangen.

Komplizierter sind die Verhältnisse bei den vier Kreuzfahrtschiffen, die unter der Flagge der Bahamas von der Hapag-Lloyd Kreuzfahrt betrieben werden. Auch hier gibt es keine Probleme in Bezug auf 40 Personen, die einen Arbeitsvertrag mit Hapag-Lloyd Kreuzfahrt haben, sowie mit ~~einer~~ ^{zwei} Person, die bei der Hapag-Lloyd Container Linie angestellt ist. Zahlreiche weitere Besatzungsmitglieder werden von einer „Columbia Shipmanagement Gesellschaft“ mit Sitz auf Zypern zur Verfügung gestellt, die deutschen Eigentümern gehört. Unter den regelmäßig wiederkehrenden Beschäftigten befinden sich dabei insbesondere auch Inhaber von nautischen und technischen Patenten, insbesondere Kapitäne und Offiziere. Soweit es um die Catering-Funktion geht, werden Personen unterschiedlicher Nationalität zur Verfügung gestellt, ohne dass von einem regelmäßigen Einsatz bestimmter Personen die Rede sein könnte. Das sog. Reisepersonal (Animateure, Organisatoren von Landausflügen usw.) werden von der TUI-Schweiz - also einer Konzernschwester-gesellschaft - auf die Schiffe entsandt.

B. Rechtliche Stellungnahme

Problematisch ist im vorliegenden Zusammenhang allein, ob die Hapag-Lloyd AG dem Mitbestimmungsgesetz unterliegt, weil sie - zusammen mit ihren inländischen Tochtergesellschaften - in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbG).

Wer als Arbeitnehmer im Sinne dieser Vorschrift zu qualifizieren ist, bestimmt sich nach § 3 Abs. 1 Satz 1 MitbG, der insoweit auf § 5 Abs. 1 und 3 BetrVG verweist. Damit gelten dieselben Grundsätze im Betriebsverfassungs- wie im Mitbestimmungsrecht, so dass auch Rechtsprechung und Literatur zu § 5 BetrVG Beachtung finden müssen.

I. Auslandsmitarbeiter

1. Ausklammerung der ausländischen Tochtergesellschaften und der ausländischen Betriebe als solcher

Nicht berücksichtigt werden beim Grenzwert des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbG nach herrschender Auffassung diejenigen Belegschaften, die bei ausländischen Tochtergesellschaften oder in ausländischen Betrieben von Hapag-Lloyd tätig sind. Dass sich das deutsche MitbG insoweit selbst beschränkt, ist im Bericht des zuständigen Ausschusses an das Bundestagsplenum mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck gekommen. Dort heißt es (zitiert nach Fitting/Wlotzke/Wißmann, Mitbestimmungsgesetz mit Wahlordnungen. Kommentar, 2. Aufl., München 1978, § 3 Rn. 15):

„Im Ausschuss bestand Einmütigkeit darüber, dass der Gesetzentwurf nicht für Unternehmensorgane ausländischer Unternehmen Geltung beanspruchen kann, dass sich vielmehr der Geltungsbereich des Entwurfs auf Unternehmen und Konzernobergesellschaften beschränkt, die ihren Sitz im Geltungsbereich des Grundgesetzes haben und insgesamt ggf. zusammen mit den abhängigen Unternehmen mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen, und dass die im Gesetzentwurf festgelegten Beteiligungsrechte nur den Arbeitnehmern der in der Bundesrepublik belegenen Betriebe dieser Unternehmen zustehen.“

Die neuere Literatur zum MitbG teilt einhellig diese Auffassung;

Fitting/Wlotzke/Wißmann, a. a. O., § 3 Rn. 15 ff.; Kötler/Kittner/Zachert/Müller, Aufsichtsratspraxis. Handbuch für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, 7. Aufl. Frankfurt/Main 2003, Rn. 146; Hoffmann/Lehmann/Weinmann, Mitbestimmungsgesetz. Kommentar, München 1978, § 1 Rn. 39 ff.; ebenso im Bereich der Betriebsverfassung Kraft, in: Fabricius u. a., Gemeinschaftskommentar zum BetrVG (im Folgenden: GK-Bearbeiter), 7. Aufl., Neuwied 2002, § 1 Rn. 19

Für eine Problematisierung besteht im vorliegenden Zusammenhang kein Anlass.

2. Einzelne entsandte Mitarbeiter

Von der potentiellen Zurechnung ausländischer Belegschaften zum inländischen Unternehmen ist die ganz andere Frage zu unterscheiden, inwieweit einzelne Beschäftigte trotz einer Auslandstätigkeit weiter zum Unternehmen oder einem seiner

Betriebe zählen. Üblicherweise wird hier danach unterschieden, ob die Auslandstätigkeit eine vorübergehende oder eine dauernde ist und ob sie sich unter Integration des fraglichen Beschäftigten in einen ausländischen Betrieb oder als schlichter „Außenposten“ vollzieht.

Überblick bei Däubler, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft. Eine Momentaufnahme, Baden-Baden 1999, S. 38 ff.

Im hier interessierenden Fall Hapag-Lloyd existieren insgesamt 63 so genannte Expats, von denen alle oder jedenfalls ein größerer Teil arbeitsvertragliche Abmachungen nach folgendem Muster besitzt:

„1. Auslandsvertrag

- 1.1 Mit Wirkung vom DATUM werden Sie für die Dauer von X Jahren ein Auslandsarbeitsverhältnis bei Hapag-Lloyd ORT aufnehmen. Damit ruht gleichzeitig ihr Vertrag mit der Hapag-Lloyd Container Linie.
- 1.2 Die Bedingungen des Auslandsarbeitsverhältnisses, Bezüge, Urlaub etc. wurden zwischen Ihnen und der Hapag-Lloyd ORT durch einen gesonderten Vertrag geregelt.

2. Anschluss-Arbeitsverhältnis

- 2.1 Die Hapag-Lloyd Container Linie sichert Ihnen verbindlich eine Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses bei Beendigung des Auslandsvertrages nach Maßgabe folgender Regelungen zu:

Bei Beendigung des Auslandsvertrages werden Sie nach den betrieblichen Möglichkeiten mit einer gleichen bzw. gleichwertigen Tätigkeit in der Division Linienschiffahrt betraut werden, wie Sie sie unmittelbar vor Ruhen des Arbeitsverhältnisses ausgeübt haben. Dabei werden wir Ihre Interessen und inzwischen erworbenen Fähigkeiten soweit wie möglich berücksichtigen.

Hapag-Lloyd Container Linie hat in Abstimmung mit Hapag-Lloyd ORT das Recht, Sie bei Vorliegen besonderer Gründe vor Ablauf der Vertragsdauer zurückzurufen. Auch in diesem Fall wird Ihnen eine angemessene Tätigkeit in der Division Linienschiffahrt angeboten werden.

Die Zusage zur Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses gilt nicht, wenn das Anstellungsverhältnis bei Hapag-Lloyd ORT aus personen- oder verhaltensbedingten Gründen beendet wird. Sie gilt auch nicht nach Vollendung des 65. Lebensjahres sowie bei Eigenkündigung.

- 2.2 Ihr zurzeit bestehendes Inlandsbruttogehalt in Höhe von € BETRAG p. a. (K X/X) wird als Schattengehalt von Hapag-Lloyd fortgeführt und in Höhe der jährlichen Tarifierhöhung angepasst. Dieses Gehalt gilt als Basis für Ihre Wiedereingliederung bei Rückkehr zur Hapag-Lloyd Container Linie oder einer ihrer Tochter- bzw. Konzerngesellschaften.
- 2.3 Die bei Hapag-Lloyd ORT erworbene Betriebszugehörigkeit wird von Hapag-Lloyd Container Linie

mit allen sich hieraus ergebenden Rechten und Pflichten angerechnet.

3. Steuern

...

4. Soziale Sicherung

...

5.

...

6. Umzugskosten

..."

Legt man diese Abmachung zugrunde, besteht während der Dauer der Auslandstätigkeit ein ruhendes Arbeitsverhältnis mit der deutschen Gesellschaft und ein „aktives“ mit der ausländischen Tochter. Letzteres ist von vorneherein auf eine bestimmte Anzahl von Jahren beschränkt. Sobald sie abgelaufen sind oder ein vorzeitiger Rückruf erfolgte, werden die (fortgeschriebenen) bisherigen Bedingungen weitergewährt.

Da während der Auslandstätigkeit ein Arbeitsvertrag mit der Auslandstochter abgeschlossen wird, dürfte die fragliche Person im Regelfall in den dortigen Betrieb integriert sein.

3. Die Behandlung der vorübergehenden Entsendung in Rechtsprechung und Literatur

Nach der Rechtsprechung des BAG ändert eine vorübergehende Auslandstätigkeit nichts am betriebsverfassungsrechtlichen Status des einzelnen Arbeitnehmers; er behält seine Rechte

nach dem BetrVG auch dann, wenn er im Interesse seines Betriebes vorübergehend außerhalb der deutschen Grenzen tätig ist.

BAG AP Nr. 17 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht
Bl. 2

Dabei spielt es keine Rolle, ob er dabei in eine „feste ausländische Organisation“ eingegliedert ist.

So ausdrücklich BAG AP Nr. 17 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht Bl. 2 unter Bezugnahme auf BAG AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht Bl. 2

Auch die Literatur steht einmütig auf diesem Standpunkt. Dies gilt für das mitbestimmungsrechtliche Schrifttum

Hoffmann/Lehmann/Weinmann, a. a. O., § 1 Rn. 39 ff.; Raiser, Mitbestimmungsgesetz. Kommentar, 4. Aufl., Berlin 2002, § 1 Rn. 19,

aber auch für die Stellungnahmen im Betriebsverfassungsrecht.

Fitting, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung. Handkommentar, 22. Aufl., München 2004, § 1 Rn. 28; Gaul, in: Henssler-Willemsen-Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht. Kommentar, Köln 2004, § 1 BetrVG Rn. 3 a. E.; Hess, in: Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock, Kommentar zum BetrVG, 6. Aufl., Neuwied 2003, vor § 1 Rn. 4; GK-Kraft § 1 Rn. 24; Löwisch/Kaiser, Betriebsverfassungsgesetz, 5. Aufl., Heidelberg 2002, Einl. Rn. 11; Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 9. Aufl., München 2004, Einl. Rn. 72; Trümner, in: Däubler/Kittner/Klebe (Hrsg.), BetrVG. Kommentar für die Praxis, 9. Aufl., Frankfurt/Main 2004, § 1 Rn. 182 f.

Ausdrücklich wird auch der These zugestimmt, dass bei einem vorübergehenden Charakter der Entsendung die Integration in einen ausländischen Betrieb ohne praktische Bedeutung sei.

ErfK-Eisemann, 4. Aufl. München 2004, § 1 BetrVG Rn. 4;
Fitting § 1 Rn. 24; Richardi, Einl. Rn. 72

Maßgebend hierfür ist u. a. die Erwägung, der Einzelne solle nicht dadurch schlechter stehen, dass er im Interesse des Arbeitgebers eine Aufgabe im Ausland übernehme.

So BAG AP Nr. 16 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht Bl. 2R; BAG AP Nr. 3 zu § 117 BetrVG 1972; ArbG Herne DB 1980, 791; Auffarth, FS Hilger und Stumpf, München 1983, S. 35; Boemke NZA 1992, 114; Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, Tübingen 1992, S. 385

Unschädlich ist, dass auf diese Weise eine mehrfache Betriebszugehörigkeit entsteht; diese wird auch bei rein innerstaatlichen Fällen grundsätzlich akzeptiert.

Birk, FS Karl Molitor, München 1988, S. 36; B. Gaul BB 1990, 700; Junker, a. a. O., S. 385

Ohne Bedeutung ist weiter, dass das Arbeitsverhältnis während des Auslandseinsatzes zum Ruhen gebracht wird und dafür ein Arbeitsvertrag mit der ausländischen Niederlassung abgeschlossen wird.

So ausdrücklich B. Gaul BB 1990, 699; DKK-Schneider § 9 Rn. 12. Zur Vertragspraxis bei Entsendung s. die Ergebnisse der empirischen Untersuchung von Kronke, Rechtstatsachen, kollisionsrechtliche Methodenentfaltung und

Arbeitnehmerschutz im Internationalen Arbeitsrecht, Tübingen 1980, S. 54 ff.

Ob man dabei das etwas diffuse Kriterium der „Ausstrahlung“ verwendet oder auf die fortdauernde Bindung zum Inlandsbetrieb abstellt

Kritisch zum Ausstrahlungskriterium Däubler, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 35 ff.; GK-Kreutz, § 7 Rn. 32

ist im Ergebnis ohne Bedeutung.

Als Ergebnis ist zunächst festzuhalten, dass die auf der Grundlage des hier wiedergegebenen Vertrages in Ausland entsandten Mitarbeiter von Hapag-Lloyd weiter Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Abs. 1 BetrVG sind und deshalb auch im Rahmen des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbG mitzählen.

4. Dauerhafte Entsendung

Sollte es im Hapag-Lloyd-Konzern auch Fälle von dauerhafter Auslandsentsendung geben, so würden folgende Grundsätze gelten:

Nach der jüngeren Rechtsprechung des BAG (AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht) ist primär darauf abzustellen, ob der im Ausland tätige Mitarbeiter noch weiter dem inländischen Betrieb zuzuordnen ist. Dabei habe die Dauer der Auslandstätigkeit lediglich Indizcharakter. Genau wie die Integration in einen ausländischen Betrieb spreche sie für eine Loslösung von der inländischen Organisation. Umgekehrt spreche die Tatsache, dass die Arbeit vom Inland aus geplant und zugeteilt werde, für eine fortdauernde Bindung an den im Inland

gelegenen Betrieb. Auch das Recht zum Rückruf oder eine Rückkehrgarantie deute in diese Richtung. Die Literatur hat dieser differenzierenden Lösung im Wesentlichen zugestimmt.

S. statt aller GK-Kraft § 1 Rn. 24; Richardi, Einl., Rn. 74; DKK-Trümner § 5 Rn. 53 ff. Denselben Ansatz verfolgt Natzel, Die Betriebszugehörigkeit im Arbeitsrecht, München 2000, S. 250

Faktisch führt diese Rechtsprechung dazu, dass Personen, die auf Dauer in einen ausländischen Betrieb integriert sind, nicht mehr mitzählen, während solche Arbeitnehmer, die ihre Arbeit vom Inland aus zugeteilt erhalten, auch bei dauerhafter Auslandstätigkeit weiter unter das BetrVG fallen.

In der Entscheidung BAG AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht ging es darum, dass eine auf Dauer nach Tunesien entsandte Reiseleiterin deutsche Reisegruppen vor Ort zu betreuen hatte; das BAG bejahte die Zugehörigkeit zum Inlandsbetrieb. Ähnlich entschied das LG Frankfurt/Main (DB 1982, 1312) in Bezug auf die im Ausland tätigen Mitarbeiter der GTZ: Auch sie wurden (im Rahmen des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbG) dem Inlandsbetrieb zugerechnet.

5. Weitere Fälle

Denkbar ist, dass eine bestimmte Person speziell für einen (kürzeren oder längeren) Auslandseinsatz eingestellt wurde, ohne vorher im Inland tätig gewesen zu sein. In der Logik der BAG-Rechtsprechung liegt es, ausschließlich auf die „Anbindung“ an den inländischen Betrieb abzustellen, so dass es kei-

ne Rolle spielt, auf welchem Wege der Einzelne in diese Position gekommen ist. Dies gilt sogar für sog. Ortskräfte.

Richardi, Einl., Rn. 76; Däubler, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 42

Zum LPersVG Nordrhein-Westfalen hat das OVG Nordrhein-Westfalen (PersR 1991, 64) überdies die Auffassung vertreten, Ortskräfte des Studios Brüssel des WDR seien in die Personalvertretung einbezogen, weil es sich um Arbeit in einem rechtlich verselbstständigten Teil einer (deutschen) Dienststelle handele.

Ob Fälle dieser Art im vorliegenden Zusammenhang eine Rolle spielen, kann aufgrund der vorhandenen Unterlagen nicht beurteilt werden.

II. Vertretungskräfte, Mutterschutz, Elternzeit, Wehr- und Zivildienst

1. Das Abstellen auf die regelmäßige Beschäftigtenzahl

§ 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbG setzt voraus, dass das Unternehmen „in der Regel“ mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt. Diese Vorschrift muss nach der Rechtsprechung genauso ausgelegt werden wie andere Bestimmungen, die - wie z. B. § 1 BetrVG - auf die Anzahl der in der Regel ständig beschäftigten Arbeitnehmer abstellen.

BAG NZA 1991, 562

Dabei kommt es auf die „normalen betrieblichen Verhältnisse“ an,

GK-Kraft § 1 Rn. 62; DKK-Trümner § 1 Rn. 183; DKK-Schneider § 9 Rn. 7

bisweilen spricht man von dem „im regelmäßigen Gang befindlichen Betrieb“.

Richardi § 1 Rn. 116

Dabei können der Stellenplan und seine feststehenden künftigen Veränderungen einen gewichtigen Anhaltspunkt darstellen.

So für den Bereich der Unternehmensmitbestimmung Raiser § 1 Rn. 18

Der regelmäßige Beschäftigtenstand wird nicht dadurch beeinflusst, dass zu bestimmten Zeiten ein besonders hoher und zu andern Zeiten ein besonders niedriger Arbeitsanfall auftritt (Weihnachtsgeschäft - Flaute im Sommer) und deshalb vorübergehend mehr bzw. weniger Personen beschäftigt werden. Dies ist - soweit ersichtlich - allgemein anerkannt.

ErfK-Eisemann § 1 BetrVG Rn. 23; Gaul, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht. Kommentar, Köln 2004, § 1 BetrVG Rn. 4; Köstler/Kittner/Zachert/Müller, Aufsichtsratspraxis, 7. Aufl., Frankfurt/Main 2003 Rn. 145; Richardi § 1 Rn. 116

Bei der Bestimmung des „regelmäßigen Bestandes“ ist sowohl in die Vergangenheit als auch in die absehbare Zukunft zu schauen; liegen keine personalpolitischen Entscheidungen für die nächste Zeit vor, ist allerdings davon auszugehen, dass sich der in der Vergangenheit vorhandene Personalstand fortsetzt.

BAG NZA 1991, 562; ErfK-Eisemann § 1 BetrVG Rn. 23; Fitting § 1 Rn. 272; Henssler/Willemsen/Kalb-Gaul § 1 Rn. 4; GK-Kraft § 1 Rn. 66; DKK-Schneider § 9 Rn. 8

Eine übermäßige Fluktuation ist genauso wenig wie ein unregelmäßiger Arbeitsanfall zu berücksichtigen.

So für den Bereich der Unternehmensmitbestimmung Hoffmann/Lehmann/Weinmann, Mitbestimmungsgesetz. Kommentar, München 1978, § 1 Rn. 26

Als Referenzperiode zur Bestimmung des „Regelmäßigen“ kommt ein Zeitraum von nicht mehr als eineinhalb Jahren in Betracht, da die Unsicherheiten sonst zu groß würden.

2. Aushilfskräfte als „regelmäßig Beschäftigte“?

Die hier besonders interessierenden Vertretungskräfte sind ein Spezialfall der Aushilfen. Diese definieren sich dadurch, dass sie entweder einen vorübergehenden Arbeitsanfall abdecken oder dass sie für ausfallende Dauerarbeitskräfte einspringen. Deren Ausfall kann auf Krankheit, längerem Urlaub oder Sabbatical, Mutterschaft und Elternzeit oder auf Wehr- bzw. Zivildienst beruhen.

Werden diese Aushilfskräfte nur mit Rücksicht auf den konkreten „Vertretungsfall“ eingestellt, zählen sie nicht zusätzlich mit; vielmehr ist bei den „in der Regel Beschäftigten“ ausschließlich die vertretene Person zu berücksichtigen. Eine „Doppelzählung“ soll vermieden werden.

S. etwa BAG AP Nr. 1 zu § 8 BetrVG 1972; ErfK-Eisemann § 1 Rn. 23; Fitting § 1 Rn. 272; Raiser § 1 Rn. 18

Diese Situation ändert sich, wenn eine bestimmte Anzahl von Aushilfskräften regelmäßig beschäftigt wird, weil der Arbeitgeber realistischere Weise damit rechnet, dass (fast) immer ein bestimmter Personalausfall entsteht, der überbrückt werden muss. Diese „Daueraushilfen“ zählen beim normalen Beschäftigtenstand mit, sofern sie mindestens sechs Monate pro Jahr beschäftigt sind.

BAG AP Nr. 1 zu § 8 BetrVG 1972; LAG Hamm BB 1998, 1211; ArbG Hamburg AiB 2000, 282; Boemke, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, München 1999, S. 437; ErfK-Eisemann § 1 Rn. 23; Fitting § 1 Rn. 272; DKK-Schneider § 9 Rn. 9. E-

benso Säcker, Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz,
München 1978, Rn. 47

Dasselbe gilt für sog. atypische Saisonbetriebe, die mehr als sechs Monate pro Jahr „Saison“ haben und bei denen deshalb die während des erhöhten Arbeitsanfalls beschäftigten Arbeitskräfte in vollem Umfang mitzählen.

Richardi § 1 Rn. 122; ebenso ErfK-Eisemann § 1 Rn. 23; GK-Kraft § 1 Rn. 67; aus dem mitbestimmungsrechtlichen Schrifttum insbesondere Fitting/Wlotzke/Wißmann § 1 Rn. 23

Dabei spielt auch ein Personenwechsel grundsätzlich keine Rolle; sind immer wieder andere Arbeitnehmer als Aushilfen tätig, ist deren Zahl aber im Wesentlichen konstant, so findet eine Berücksichtigung bei den Grenzwerten z. B. nach § 1 BetrVG oder nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbG statt.

LAG Düsseldorf DB 1991, 238; LAG Hamm BB 1998, 1211; DKK-Schneider § 9 Rn. 9; Löwisch/Kaiser, Kommentar zum BetrVG, 5. Aufl., Heidelberg 2002, § 1 Rn. 21

Die zugrunde liegende mehrfache Befristung spielt insoweit keine Rolle.

Hoffmann/Lehmann/Weinmann § 1 Rn. 29

Dies wird an dem vom ArbG Hamburg (AiB 2000, 282) entschiedenen Extremfall deutlich, wo mehr als 40 Arbeitnehmer ausschließlich mit Kurzfristarbeitsverhältnissen à drei Tagen beschäftigt waren und das Gericht gleichwohl die Voraussetzungen für die Bildung eines Betriebsrats („mindestens 5 ständig Beschäftigte“) annahm.

ArbG Hamburg AiB 2000, 282; zustimmend Löwisch/Kaiser § 1 Rn. 21

Man kann dies alles auf die Formel bringen, dass „Daueraushilfen“ mitzuzählen sind, während Einzelfallaushilfen keine Berücksichtigung finden.

3. Sonderregeln für Vertretungskräfte?

Was für die Aushilfen im Allgemeinen angenommen wird, wird im Grundsatz auch für Vertretungskräfte bejaht. Ständige „Vertreter“ zählen mit.

Boemke S. 438; Fitting § 1 Rn. 276 f.; DKK-Schneider § 1 Rn. 183

Kontroversen existieren lediglich im Rahmen des **§ 21 Abs. 7 BErzGG**. Dieser ordnet für den Fall der Elternzeit an:

„Wird im Rahmen arbeitsrechtlicher Gesetze oder Verordnungen auf die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer abgestellt, so sind bei der Ermittlung dieser Zahl Arbeitnehmer, die sich in Elternzeit befinden oder zur Betreuung eines Kindes freigestellt sind, nicht mitzuzählen, solange für sie aufgrund von Abs. 1 ein Vertreter eingestellt ist. Dies gilt nicht, wenn der Vertreter nicht mitzuzählen ist. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend, wenn im Rahmen arbeitsrechtlicher Gesetze oder Verordnungen auf die Zahl der Arbeitsplätze abgestellt wird.“

Der in Bezug genommene § 21 Abs. 1 BErzGG sieht vor, dass eine Befristung möglich ist, um eine Person zu ersetzen, die einem Beschäftigungsverbot nach dem Mutterschutzgesetz unterliegt, die Elternzeit oder die auf anderer Rechtsgrundlage beruhende

Arbeitsfreistellung zur Betreuung eines Kindes in Anspruch nimmt. Mit Rücksicht auf diese Bezugnahme ist man sich einig darüber, dass befristet beschäftigte Ersatzkräfte grundsätzlich nicht mitzählen. Insoweit bestätigt § 21 Abs. 7 in Verbindung mit Abs. 1 BErzGG die allgemein anerkannten Grundsätze; er hat im Wesentlichen klarstellende Funktion.

In der Praxis kommt es nun - so auch bei Hapag-Lloyd - nicht selten vor, dass **Ersatzkräfte** auf der Grundlage eines **unbefristeten** Arbeitsvertrags **eingestellt** werden. Dies kann darauf beruhen, dass man nicht mit einer Rückkehr des „Elternzeiters“ rechnet oder dass man die „Vertretungskraft“ nach Rückkehr des Vertretenen auf einem anderen Arbeitsplatz einsetzen will, der beispielsweise neu geschaffen oder durch Altersteilzeit oder Verrentung frei wird. Die Frage, ob solche Beschäftigte nicht doch bei der Betriebsstärke mit zu berücksichtigen sind, wird unterschiedlich beurteilt. Die eine Position will sie als reine Vertretungskräfte nach § 21 Abs. 7 behandeln und deshalb nicht mitzählen.

LAG Düsseldorf NZA-RR 2001, 308, 309; Backhaus, in: A-scheid/Preis/Schmidt (Hrsg.) Großkommentar zum Kündigungsschutzrecht, 2. Aufl., München 2004, § 21 Rn. 44; Lipke, in: Becker u. a., Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzrecht (im Folgenden: KR), 7. Aufl., Neuwied 2004, § 21 BErzGG Rn. 31a

Die Gegenposition steht auf dem Standpunkt, dass diese Personengruppe in vollem Umfang mitzuzählen sei.

LAG Hamm BB 1998, 1211; Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 6. Aufl., Frankfurt/Main 2004, § 21 BErzGG Rn. 22; ErfK-Müller-Glöge § 21 BErzGG Rn. 13; DKK-Schneider § 9 Rn. 9

Für die zweite Auffassung spricht, dass § 21 Abs. 7 nur auf den Fall der Befristung nach Abs. 1 verweist, nicht aber generell von „Vertretung“ spricht.

So ausdrücklich auch Müller-Glöge a. a. O.

Nur so wird überdies ein Widerspruch zu den allgemeinen Grundsätzen vermieden, wie sie sich herausgebildet haben und wie sie oben unter 2 geschildert wurden: Soll jemand auf Dauer im Betrieb beschäftigt werden (was in der Gestaltung seines Arbeitsvertrags zum Ausdruck kommt), ist er entweder „Dauer-aushilfe“ oder eine Arbeitskraft, die in Zukunft definitiv mit einem bestimmten Arbeitsbereich betraut werden soll. In beiden Fällen handelt es sich der Funktion nach nicht um eine für den Einzelfall gedachte Vertretungskraft, die nicht mitgezählt werden darf. Niemand würde überdies einen Vertretungsfall im Sinne des § 21 Abs. 7 annehmen, wenn die Arbeit des Ausfallenden von einem unbefristet beschäftigten Arbeitskollegen übernommen würde, dessen Tätigkeit dann z. B. von einer Arbeitsgruppe miterledigt würde. Im Grunde ist es eine Art „Etikettenschwindel“, wenn man in solchen Fällen von einer „Aushilfe“ oder „vorübergehenden Vertretung“ spricht; der Sache nach geht es darum, dass der aufgrund MuSchG, BErzGG usw. entstandene Arbeitsausfall durch die übrige (unbefristet beschäftigte) Belegschaft aufgefangen wird. Auf den Zeitpunkt, wann die unbefristet beschäftigte „Ersatzkraft“ eingestellt wurde, kann es nicht ankommen.

Ansätze in dieser Richtung auch bei APS-Backhaus § 21 BErzGG Rn. 44, wonach bei unbefristet Beschäftigten die Vertretung belegbar sein muss; ebenso KR-Lipke § 21 BErzGG Rn. 31a: Wer auf Dauer im Betrieb bleiben soll, ist eben kein „Vertreter“.

Wird jemand befristet eingestellt, weil er eine Arbeitskraft ersetzen soll, die zum **Wehr- oder Zivildienst** einberufen wurde, so zählt er nicht mit. Bei einer „Dauervertretung“ wäre auch hier anders zu entscheiden. Insoweit gelten die allgemeinen Grundsätze.

Ebenso LAG Hamm LAGE § 23 KSchG Nr. 13; ErfK-Eisemann § 1 BetrVG Rn. 23

4. Abwesenheit aufgrund Beschäftigungsverbots nach MuSchG, wegen Elternzeit oder wegen Wehr- und Zivildienst ohne Vertretung

Unterliegt eine Arbeitnehmerin einem Beschäftigungsverbot nach dem MuSchG oder wird Elternzeit in Anspruch genommen, ohne dass eine Vertretungskraft eingestellt wird, so werden die vorübergehend nicht im Betrieb tätigen Personen gleichwohl weiter mitgezählt.

BAG NZA 1991, 562, 563; ErfK-Eisemann § 1 BetrVG Rn. 23

Dasselbe wird für Personen angenommen, die ihren Wehr- oder Zivildienst ableisten.

ErfK-Eisemann § 1 BetrVG Rn. 23; Fitting § 1 Rn. 272; aus dem mitbestimmungsrechtlichen Schrifttum insbesondere Benz/Föhr u. a. Mitbestimmungsgesetz '76. Kommentar für die Praxis, Hannover 1976, § 1 Rn. 16; Fitting/Wlotzke/Wißmann § 1 Rn. 23, § 3 Rn. 7

Dies rechtfertigt sich nicht zuletzt damit, dass das Arbeitsverhältnis weiterbesteht und die Betroffenen im Regelfall in den Betrieb zurückkehren werden: Sie sind daher von den im Be-

trieb und Unternehmen fallenden Entscheidungen weiterhin betroffen und besitzen deshalb als reguläre Beschäftigte weiterhin das aktive und passive Wahlrecht.

III. Einbeziehung der Honorarkräfte

1. Freie Mitarbeiter als Arbeitnehmer?

Freie Mitarbeiter sind als solche keine Arbeitnehmer im Sinne des MitbG und des § 5 Abs. 1 BetrVG und deshalb nicht in die Aufsichtsratswahlen einbezogen. Auch bei der Bestimmung der Personalstärke des Unternehmens werden sie nicht berücksichtigt.

S. statt aller ErfK-Eisemann § 5 Rn. 14; Fitting/Wlotzke/Wißmann § 1 Rn. 23; Raiser § 3 Rn. 8 ff.

Die Situation ist nur dann eine andere, wenn die als freie Mitarbeiter bezeichneten Personen in Wahrheit Arbeitnehmer sind, weil sie weisungsabhängige Leistungen zu erbringen haben. Dabei kommt es auf den wirklichen Inhalt des abgeschlossenen Vertrages, nicht auf die Bezeichnung an.

Fitting § 5 Rn. 28 m. w. N.

Eine über den Vertrag hinausgehende Weisungsabhängigkeit kann sich aus der tatsächlichen Durchführung der Arbeit ergeben; insoweit hat die „Praxis“ des Arbeitsvollzugs Vorrang vor dem Buchstaben des Vertrages.

BAG AP Nr. 130 zu § 611 BGB Abhängigkeit; DKK-Trümner § 5 Rn. 58

Im vorliegenden Zusammenhang stehen dem Gutachter lediglich zwei Vertragsmuster (Rahmenvertrag und Einzelvertrag) sowie einige fragmentarische Informationen über die tatsächlichen

Arbeitsabläufe zur Verfügung. Auf dieser Grundlage ist eine definitive Entscheidung außerordentlich schwierig.

Die Weisungsabhängigkeit muss sich auf Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung beziehen (§ 106 Satz 1 GewO). Ob sie vorliegt, bestimmt sich nach einer Vielzahl von Gesichtspunkten; ihre Zusammenschau muss ergeben, ob abhängige oder selbstständige Tätigkeit vorliegt. Insoweit wird die sog. typologische Methode praktiziert. Außerdem muss der Einzelne in die betriebliche Organisation eingegliedert sein. Die Einbindung in die betrieblichen Arbeitsabläufe kann ihrerseits Rückschlüsse auf die Weisungsabhängigkeit zulassen; umgekehrt macht die Zuordnung zum Betrieb in der Regel keine Probleme, wenn eine klar hervortretende Weisungsbefugnis des Betriebsleiters besteht.

Die vorgelegten Verträge enthalten eine Reihe von Anhaltspunkten dafür, dass Arbeitnehmertätigkeit vorliegt, doch sind auch gegenläufige Indizien vorhanden.

Was den unter Nr. 1 des Rahmenvertrags angesprochenen Vertragsgegenstand betrifft, so dürfte insbesondere bei der Variante d („Unterstützung“) häufig eine recht konkrete Weisungsabhängigkeit gegeben sein. Bei „Wartung“, „Projektrealisierung“ und „Beratung“ hängt alles von den jeweiligen Umständen der Ausführung ab.

Bei den „allgemeinen Vertragsgrundlagen“ spricht insbesondere die Regelung, wonach der Auftraggeber die erforderlichen Geräte/Tools zur Verfügung stellt, für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, da der normale Dienstleistende oder Werkunternehmer typischerweise eigene Arbeitsmittel verwendet.

Die Vereinbarung von „Zeitplänen“ nach Nr. 4 lit. d spricht für eine arbeitnehmertypische Abhängigkeit, zumal die Zeiterfassung gegenüber Beschäftigten von Hapag-Lloyd und Honorarkräften dieselbe ist: Das Niku-System erfasst in gleicher Weise für beide Gruppen von Beschäftigten, wie lange sie an welchem Projekt gearbeitet haben. Nichteinhaltung der vereinbarten Zeit könnte genau wie beim Arbeitnehmer Rückfragen und ggf. Sanktionen zur Folge haben.

In Nr. 5 lit. e des Rahmenvertrags ist von Dienstreisen die Rede, die „auf Veranlassung des Auftraggebers“ durchgeführt werden. Auch dies ist ein Anhaltspunkt dafür, dass der Auftraggeber nicht nur ein Arbeitsergebnis erwartet, sondern auch die Arbeitsvollzüge zumindest mitgestaltet. Auch die Zuordnung der Arbeitsergebnisse beim Auftraggeber (Nr. 6 des Rahmenvertrages) spricht eher für als gegen ein Arbeitsverhältnis. Dasselbe gilt für die in Nr. 11 vorgesehene Haftungsbeschränkung; der „Auftragnehmer“ ist in diesem Punkt weitgehend einem Arbeitnehmer gleichgestellt.

Für eine selbstständige Tätigkeit sprechen z. B. die Regeln über das Weisungsrecht gegenüber eingesetztem Personal (Nr. 7 lit. b des Rahmenvertrags), doch scheint dem keine große praktische Bedeutung zuzukommen, da es sich typischerweise bei den freien Mitarbeitern um „Ein-Personen-Unternehmen“ handelt. Für Selbstständigkeit lassen sich die Regelungen über die Abnahme (Rahmenvertrag Nr. 9) und über Gewährleistung (Rahmenvertrag Nr. 10) ins Feld führen. Bei Letzteren fragt man sich allerdings, ob sie wirklich praktisch umgesetzt würden, zumal die Sechs-Monats-Frist weit hinter der gesetzlichen Zwei-Jahres-Frist zurückbleibt.

Wie aus Informationen aus der betrieblichen Praxis von Hapag-Lloyd angeht, scheinen die Honorarkräfte kontinuierlich be-

schäftigt zu werden. Auch haben sie jeweils dieselbe konkrete Arbeitsstelle, d. h. denselben Schreibtisch und sind in das Online-Telefonverzeichnis aufgenommen, was gleichfalls für eine dauerhafte Mitarbeit spricht. Dort sind sie zwar als „Externe“ markiert, doch besteht kein Zweifel daran, dass man sich an sie in gleicher Weise wie an einen Hapag-Lloyd-Arbeitskollegen wenden kann. Soweit ersichtlich, sind die Honorarkräfte auch befugt, die Hapag-Lloyd-Kantine zu benutzen und die dort angebotenen Vergünstigungen für Belegschaftsangehörige in Anspruch zu nehmen.

Versucht man, alle diese Faktoren zu einem Gesamtbild zusammenzufügen, so spricht mehr für als gegen ein Arbeitsverhältnis. Die im Einzelfall fehlende fachliche Weisungsbefugnis ist von geringerer Bedeutung, da sie sich aus der Natur der anspruchsvollen und höchst spezialisierten Arbeit ergibt. Insoweit verhält es sich nicht anders als z. B. bei einem angestellten Mediziner oder Juristen, dem gleichfalls keine Weisungen in Bezug auf die Therapie bzw. die Auslegung der Rechtsprechung gegeben werden können.

2. Beurteilungsspielraum des Wahlvorstands

Schwierige Einschätzungsprobleme ergeben sich für den Wahlvorstand insbesondere dann, wenn der Personalbestand schwankt und deshalb unklar ist, wie hoch die „regelmäßige“, betriebstypische Zahl von Beschäftigten liegt. Insoweit räumt die Rechtsprechung dem Wahlvorstand einen gewissen Beurteilungsspielraum ein, der nach pflichtgemäßem Ermessen auszuüben ist.

BAG AP Nr. 1 zu § 8 BetrVG 1972 Bl. 4, wo es mit Recht ergänzend heißt: „Es lässt sich kaum mit völliger Sicherheit sagen, ob der regelmäßige Beschäftigtenstand 1000 oder 1001 beträgt.“

Die Literatur hat dem generell zugestimmt.

Fitting § 9 Rn. 11; Hess, in: Hess u. a. § 9 Rn. 11; GK-Kreutz § 9 Rn. 9; DKK-Schneider § 9 Rn. 14

Dieser Beurteilungsspielraum wurde in der Rechtsprechung auch auf die Frage erstreckt, ob es sich bei der unbefristeten Einstellung zweier Teilzeit-Vertretungskräfte um eine unternehmerische Maßnahme handle, in Zukunft die fragliche Aufgabe durch zwei Personen erledigen zu lassen.

LAG Düsseldorf NZA-RR 2001, 308, 310

Nicht weniger komplex ist die hier interessierende Frage, ob bestimmte Beschäftigte als freie Mitarbeiter oder als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind. Dem Wahlvorstand steht deshalb auch bei der Frage ein Beurteilungsspielraum zu, der dazu führen kann, die ganze Gruppe als Arbeitnehmer zu qualifizieren oder auch zwischen einzelnen typischen Beschäftigungsformen zu differenzieren (wofür jedoch in den verfügbaren Unterlagen keinerlei Anhaltspunkte bestehen).

Im Zusammenhang mit den Betriebsratswahlen 2002 hat der Wahlvorstand die Honorarkräfte als Arbeitnehmer qualifiziert und sie in die Wählerliste eingetragen. Dies führte dazu, dass die Zahl der Betriebsratsmitglieder nicht 11 sondern 13 Personen betrug. Die Geschäftsleitung hat ihre abweichende Einschätzung dem Wahlvorstand schon vor Durchführung der Wahl zur Kenntnis gegeben, anschließend jedoch auf ein Wahlanfechtungsverfahren verzichtet. Dies lässt sich unschwer so verstehen, dass auch sie dem Wahlvorstand einen Beurteilungsspielraum zubilligte, der dazu führt, dass ein Gericht keine volle Überprüfung vornehmen, sondern nur die „Vertretbarkeit“ der getroffenen Ent-

scheidung kontrollieren kann. Diese war aber ersichtlich auch nach Auffassung der Geschäftsleitung gegeben.

Zum beschränkten gerichtlichen Kontrollmaßstab LAG Hessen LAGE § 19 BetrVG 1972 Nr. 20; GK-Kreutz § 9 Rn. 9; DKK-Schneider § 9 Rn. 14: „Es gibt in Grenzfällen ohnehin nicht nur eine ‚richtige‘ Lösung.“

Angesichts dieses Umstandes würde der Wahlvorstand für die Aufsichtsratswahl sicherlich nicht ermessensmissbräuchlich handeln, wenn er die Honorarkräfte im Rahmen des Wahlverfahrens als Arbeitnehmer behandeln würde. Damit wäre im Übrigen keinerlei Aussage zu der Frage verbunden, ob sie definitiv in einem Arbeitsverhältnis oder einem sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis stehen. Fragen dieser Art hat der Wahlvorstand nicht zu entscheiden, er muss lediglich für Zwecke des Wahlverfahrens eine (vertretbare) Einschätzung zugrunde legen.

IV. Philippinische Seeleute auf Schiffen unter deutscher Flagge

1. Die Berechnungsweise des Unternehmens

Deutsche Seeleute, die auf Schiffen unter deutscher Flagge arbeiten, haben nach dreimonatiger ununterbrochener Tätigkeit Anspruch auf Urlaub in derselben Länge. Während dieser Zeit werden sie durch eine zweite Crew abgelöst. Man kann das Schiff insoweit mit einem Zwei-Schicht-Betrieb vergleichen - nur dass die Schicht eben nicht 8, 10 oder 12 Stunden sondern drei Monate beträgt. Konsequenterweise werden deshalb auch für jeden Arbeitsplatz an Bord zwei Personen gezählt.

Die auf denselben Schiffen tätigen philippinischen Seeleute arbeiten acht Monate und erhalten dann einen Urlaub von $8 \times 7 = 56$ Tagen. Während ihrer Urlaubszeit werden sie selbstredend durch eine andere Crew ersetzt. Pro Arbeitsplatz auf dem Schiff wird gleichwohl insoweit nur eine Person gezählt.

2. Übertragung der Berechnungsweise von den deutschen auf die philippinischen Seeleute?

Nimmt man als Bezugsgröße nur das einzelne Kalenderjahr, erscheint diese Berechnungsweise auf den ersten Blick plausibel, da immer nur eine Crew den größeren Teil des Jahres ausfüllt. Dabei wird jedoch übersehen, dass Bezugszeitraum für die regelmäßige Beschäftigtenzahl nicht das Kalenderjahr, sondern ein Zeitraum von mindestens eineinhalb Jahren ist, der ggf. auch erweitert werden kann. Legt man nur eineinhalb Jahre zugrunde, fallen in diesen Zeitraum zwei „Schichten“ à 8 Monaten. Die höhere „Schichtdauer“ und die kürzeren Arbeitsunterbrechungen können nun nichts daran ändern, dass es sich auch

hier um ein Schichtsystem handelt, obwohl die Rückkehr derselben Personen auf denselben Arbeitsplatz nur in größeren zeitlichen Abständen möglich sein wird. Fest steht, dass jeder Arbeitsplatz in einem Zeitraum von eineinhalb Jahren abwechselnd von zwei verschiedenen Personen eingenommen wird - dies kann es rechtfertigen, genau wie bei deutschen Seeleuten sowohl die Mitglieder der ersten als auch die der zweiten Crew bei der Arbeitnehmerzahl nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbG mitzubetrachten.

3. Berücksichtigung des Urlaubsvolumens

Selbst wenn man diese Auffassung nicht teilen würde, wäre der Berechnungsfaktor 1 nicht korrekt. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen.

Nach § 60 SeemG verlängert sich das Arbeitsverhältnis des Seemannes automatisch um die noch ausstehenden Urlaubstage. Diese Wirkung tritt unabhängig vom Willen der Arbeitsvertragsparteien ein.

BAG, Urteil v. 24.06.2003 - 9 AZR 423/02 - , AP Nr. 5 zu § 60 SeemG = BB 2004, 276, Leitsatz 1: "In der Seeschifffahrt ist nach § 60 Seemannsgesetz und nach § 25 Kapitäns-MTV der Resturlaub abzugelten, wenn eine Verlängerung des Heuverhältnisses infolge Eingehens eines neuen Heuer- oder sonstigen Arbeitsverhältnisses nicht möglich ist. Ansonsten verlängert sich das Arbeitsverhältnis automatisch um die Resturlaubstage. Hierzu bedarf es keiner Willenserklärungen der Arbeitsvertragsparteien."

Diese Vorschrift ist auch gegenüber ausländischen Seeleuten anwendbar. Das zwischen der ITF und der Hapag-Lloyd Container

Linie GmbH abgeschlossene „Special Agreement“ enthält nämlich eine Rechtswahlklausel, die deutsches Arbeitsrecht für anwendbar erklärt.

Art. 9 des Special Agreement: "In case of any litigation the German Social and Labor Legislation applies."

§ 10
mit
Trugmerk
Liwas
§ 10
SeemG
aus-
Schlusß.

Dies bedeutet, dass damit auch § 60 Seemannsgesetz gilt. Da nicht davon auszugehen ist, dass die philippinischen Seeleute als befristet Beschäftigte sofort ein neues Heuverhältnis erhalten, kommt die Verlängerungsvariante zum Tragen. Die Tatsache, dass § 16 des allgemeinen ITF-Tarifvertrags eine sofortige Abgeltung und damit ein sofortiges Ende des Arbeitsverhältnisses vorschreibt, ist insoweit unwirksam, da diese Regelung zu Lasten der Seeleute von § 60 Seemannsgesetz abweicht. Eine Verkürzung des Arbeitsverhältnisses durch Tarifvertrag ist nicht möglich. Die Verweisung auf deutsches Recht ist im Special Agreement auch nicht in der Weise eingeschränkt, dass Probleme der Urlaubsabgeltung ausgenommen wären.

Dass man eine Rechtswahl auch nur für einen Teil einer Rechtsbeziehung treffen kann, ergibt sich aus Art. 27 Abs. 1 Satz 2 EGBGB.

Berücksichtigt man nun die urlaubsbedingte Verlängerung der Arbeitsverhältnisse, so ergibt sich im Prinzip jedes Jahr eine „Überschneidungszeit“ von acht Wochen, während der gleichzeitig pro Arbeitsplatz zwei Arbeitsverhältnisse - das des beurlaubten und das des neu eingerückten Seemanns - bestehen. Dieser besonders sichtbare Teil eines solchen Schichtmodells kann bei der Berechnung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl nicht außer Betracht bleiben. Bestehen in 8 von 52 Wochen zwei Arbeitsverhältnisse, so ergibt dies gegenüber der Berechnungs-

weise „1“ eine Steigerung um 15,38 %. Die Zahl der philippinischen Seeleute ist daher im Rahmen des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbG mit 1,15 zu multiplizieren; statt 100 sind beispielsweise 115 Personen in Ansatz zu bringen.

V. Einbeziehung von Arbeitnehmern auf ausgeflaggten Schiffen?

1. Das Führen der fremden Flagge als mögliches Hindernis für die Einbeziehung in die Unternehmensmitbestimmung

Nach § 34 Abs. 1 MitbG erstreckt sich die Unternehmensmitbestimmung auch auf Seeschiffe, wobei die Gesamtheit der Schiffe eines Unternehmens als einheitlicher Betrieb fingiert wird. Nach § 34 Abs. 2 Satz 1 MitbG sind Schiffe im Sinne des Mitbestimmungsgesetzes „Kauffahrteischiffe, die nach dem Flaggenrechtsgesetz die Bundesflagge führen.“ Eine identische Vorschrift enthält § 114 Abs. 4 Satz 1 BetrVG für die Betriebsverfassung. Der Gesetzgeber will damit der Tatsache Rechnung tragen, dass das Führen einer bestimmten Flagge grundsätzlich eine enge Bindung an den Staat indiziert, der das Recht zum Führen dieses „Symbols“ verliehen hat. Zwar ist mittlerweile anerkannt, dass Schiffe kein „schwimmendes Stück fremdes Territorium“ darstellen (da andernfalls beispielsweise eine Kontrolle durch Hafenbehörden anderer Länder nur aufgrund besonderer völkerrechtlicher Abmachung möglich wäre), doch liegt jedenfalls in solchen Fällen eine engere Zuordnung zum Flaggenstaat als zu anderen Staaten vor.

S. statt aller Drobnig-Puttfarken, Arbeitskampf auf Schiffen unter fremder Flagge. Das anwendbare Recht, Kehl u. a. 1989, S. 48 ff. m. w. N.

Fraglich ist jedoch, ob dieser herkömmliche Grundsatz auch den Fall erfassen will, dass die Flagge eines bestimmten Landes nur gewählt wurde, um Steuern und Lohnkosten zu sparen, ohne dass zu dem fraglichen Land irgendeine spezifische Beziehung bestehen würde.

Basedow, Billigflaggen, Zweitregister und Kollisionsrecht in der Deutschen Schifffahrtspolitik, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 31 (1989) S. 89/90; zu den Gründen für die sog. Ausflagung s. bereits Leffler, Das Heuverhältnis auf ausgeflaggten deutschen Schiffen, Berlin 1978, S. 15 ff.

Die in § 34 Abs. 2 Satz 1 MitbG (und in § 114 Abs. 4 Satz 1 BetrVG) angeordnete Selbstbeschränkung des deutschen Rechts könnte in derartigen Konstellationen hinfällig sein, weil sie zu zweckwidrigen, den Sinn der Vorschrift verfehlenden Ergebnissen führen würde.

Das BAG hat diese Frage in einer Entscheidung vom 17.09.1974 angesprochen, sie im Ergebnis aber dahingestellt gelassen (BAG AP Nr. 1 zu § 116 BetrVG 1972 Bl. 5R) und ausgeführt:

„Man hat es ... bei der international geltenden Abgrenzung nach dem Recht der Flagge belassen. Danach sind Besatzungsmitglieder von Schiffen unter ausländischer Flagge nicht wahlberechtigt zum Seebetriebsrat eines Seeschiffahrtsunternehmens mit Sitz im Geltungsbereich des BetrVG 1972. Ob etwa für sog. ‚Billige Flaggen‘ etwas anderes zu gelten hat, wenn keine echte Verbindung („Genuine Link“) zwischen dem Schiff und dem die Flagge verleihenden fremden Staat besteht, kann hier dahinstehen.“

In der mitbestimmungsrechtlichen Literatur ist die Spezifik ausgeflaggter Schiffe kaum angesprochen worden. Meist begnügt man sich mit einem Hinweis auf das gesetzliche Erfordernis des Führens der Bundesflagge.

So etwa Fitting/Wlotzke/Wißmann § 34 Rn. 11; Hanau/Ulmer § 34 Rn. 3; keine Aussage ersichtlich bei Raiser, Erläuterungen zu § 34. Die Problematik ist jedoch kurz angesprochen bei Hoffmann/Lehmann/Weinmann § 34 Rn. 6

In der betriebsverfassungsrechtlichen Literatur sind die Auffassungen geteilt; mehrheitlich wird eine Einbeziehung der Billigflaggenschiffe in die Betriebsverfassung abgelehnt.

S. Basedow, a. a. O., S. 89; GK-Wiese § 114 Rn. 20; Richardi/Thüsing § 114 Rn. 34; anders demgegenüber DKK-Berg, 5. Aufl., § 114 Rn. 12

Eine vertiefende Argumentation, die die Spezifik der Ausflagung in den Blick nehmen würde, erfolgt auch hier nicht.

Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich die Frage, ob auch solche Schiffe der deutschen Mitbestimmung (und Betriebsverfassung) unterliegen, die einem deutschen Reeder gehören und von diesem auch eingesetzt werden, die jedoch aus den erwähnten oder anderen üblichen Gründen eine Billigflagge führen.

b. Die kollisionsrechtliche Bedeutung der Billigflaggen

Das Problem, ob und mit welchem Gewicht die Flagge Anknüpfungspunkt für die anwendbare Rechtsordnung ist, wurde bislang praktisch nur in Bezug auf das Heuerverhältnis des einzelnen Seemanns erörtert.

Grundlegend dazu Leffler, Das Heuerverhältnis auf ausgeflaggten deutschen Schiffen, a. a. O.

In diesem Bereich besteht eine deutliche Tendenz in Rechtsprechung und Literatur, sich an anderen Anknüpfungsmomenten wie der Staatsangehörigkeit des Seemanns, dem Einstellungsort usw. zu orientieren und der Flagge allenfalls die Bedeutung eines Elementes unter vielen beizumessen.

In einer Entscheidung vom 17. Juli 1980 hat das LAG Baden-Württemberg den Standpunkt vertreten, die (zypriotische) Billigflagge sei lediglich ein relativ sekundärer Anhaltspunkt bei der Bestimmung der anwendbaren Rechtsordnung.

LAG Baden-Württemberg AP Nr. 19 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht

Andere objektive Anknüpfungspunkte könnten unschwer eine Abweichung vom Recht der Flagge legitimieren. Sie wurden im konkreten Fall angenommen: Die Anteilseigner der deutschen Reederei waren ebenso wie die den Arbeitsvertrag abschließende Person deutsche Staatsangehörige, die Heuer war in deutscher Währung geschuldet, Vertragssprache war Deutsch. Schließlich wurden die Zahlungen regelmäßig auf das Konto des Arbeitnehmers bei einer Stuttgarter Bank überwiesen. Das Recht der Flagge musste daher zurückstehen; es wurde deutsches Recht angewandt.

In einer Entscheidung vom 24. August 1989 vertrat auch das BAG den Standpunkt, es könne dahinstehen, ob sich das anwendbare Recht nach der Flagge des Schiffes bestimme.

BAG DB 1990, 1666 re. Sp. unten

Bemerkenswert ist, dass dies sogar in einem Fall geschah, bei dem die Problematik der Billigflaggen keine Rolle spielte;

vielmehr ging es um eine unter deutsche Flagge fahrende Kanal-
fähre, auf der eine englische Staatsangehörige tätig war.

In der Literatur ist gleichfalls die Ansicht im Vordringen,
wonach die Flagge nur ein Anknüpfungsmoment neben anderen ist
und im Falle eines Billigflaggenstaats weitestgehend zurück-
tritt.

S. etwa Palandt/Heldrich, BGB, 63. Aufl., München 2004,
Art. 30 EGBGB Rn. 7: Die primäre Anknüpfung an das Recht
der Flagge des Schiffes ist hinfällig, „da sie im Zeital-
ter der Billigflaggen kein taugliches Indiz für die Be-
stimmung des sachnächsten Rechts ist.“ Ähnlich Puttfarken
RIW 1995, 625; anders noch Mankowski RabelsZ 53 (1989)
S. 504, der jedoch die Möglichkeit der Gesetzesumgehung
zugesteht.

Ähnlich wie in den genannten Entscheidungen des LAG Baden-
Württemberg und des BAG wird auf die allgemeinen Kriterien für
das anwendbare Recht, insbesondere auf die Ausweichklausel
nach Art. 30 Abs. 2 letzter Halbsatz EGBGB zurückgegriffen.

Paradigmatisch BAG NZA 1995, 1192, wonach auf einem sog.
Zweitregisterschiff indisches Arbeitsrecht angewandt wur-
de.

Je geringer die Bindung zum Land der Flagge, um so geringer
wird auch das Gewicht dieses Anknüpfungsmerkmals.

Ebenso Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern,
Tübingen 1992, S. 59, 197, 482; Leffler RdA 1978, 101;
ders., Heuerverhältnis, a. a. O., S. 146 ff.; weitere
Nachweise bei Martiny, in: Münchener Kommentar zum BGB, 3.
Aufl., München 1997, Art. 30 Rn. 38c

Auch ausländische Gerichte greifen daher bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts auf die tatsächlichen Verhältnisse zurück und messen der Billigflagge keine Bedeutung zu.

Nachweise bei Leffler RdA 1978, 98

Angesichts der immer weiteren Verbreitung von Billigflaggen ist ein Rückgriff auf die realen wirtschaftlichen und sozialen Beziehungen mehr denn je angemessen.

Auch das Gesetz über das sog. Zweite Schiffsregister fügt sich in diese Entwicklung ein: Kraft ausdrücklicher Festlegung hat es ein Anknüpfen an der (deutschen) Flagge für die Arbeitsverhältnisse der außerhalb Deutschlands wohnenden Seeleute ausgeschlossen.

c. Übertragung auf die Unternehmensmitbestimmung und die Betriebsverfassung

Das Kollisionsrecht der Unternehmensmitbestimmung folgt dem Gesellschaftsstatut, knüpft also an das Recht an, nach dem das Arbeitgeberunternehmen „lebt“.

S. aus der neuesten Literatur Thüsing ZIP 2004, 381 ff.

Dies hat zur Folge, dass die Rechtsordnung Anwendung findet, zu der die engste Beziehung besteht. Im Falle Hapag-Lloyd ist dies das deutsche Recht.

Nun werden allerdings ausländische Betriebsstätten eines deutschen Unternehmens aus der Mitbestimmung ausgeklammert und nur bestimmte, vorwiegende „entsandte“ Arbeitnehmer mit Anbindung

an die inländische Organisation in die Unternehmensmitbestimmung einbezogen.

Näher oben I

Schiffe, die die Bundesflagge führen, werden demgegenüber ohne Rücksicht auf ihren Aufenthaltsort einbezogen; dies gilt sogar dann, wenn sie nie einen deutschen Hafen anlaufen würden. Allerdings stellt sich die Frage, ob die mittelbare Ausklammerung von Schiffen unter fremder Flagge durch § 34 Abs. 2 Satz 1 MitbG auch sog. Billigflaggenschiffe erfassen soll, die zum Flaggenstaat keinerlei Berührungspunkte aufweisen, diese jedoch in hohem Maße zum inländischen Unternehmen haben. Muss nicht das, was sich im Kollisionsrecht des Arbeitsvertrags in den letzten 20 Jahren vollzogen hat, auch im Rahmen der Unternehmensmitbestimmung Beachtung finden?

Für ein solches „Nachziehen“ des Mitbestimmungsrechts spricht nicht nur der Diskussionsstand im Kollisionsrecht des Arbeitsvertrags; vielmehr wird auch in anderen Teilen der Rechtsordnung immer mehr auf den Gesichtspunkt abgestellt, Anknüpfungsmomente nicht zu berücksichtigen, die nur formal, gewissermaßen dem äußeren Anschein nach gegeben sind. So vertritt etwa das ArbG Wesel den Standpunkt, eine in Portugal ins Register eingetragene Gesellschaft, die sich ausschließlich in Deutschland gewerblich betätigt, habe in Wahrheit ihren Sitz im Inland und müsse sich nach deutschem Recht behandeln lassen. Da sie hier nicht im Handelsregister eingetragen sei, würden entsprechend § 54 Satz 2 BGB die für sie handelnden Personen persönlich haften.

ArbG Wesel AiB 1996, 126

Im selben Sinne hat das OLG Sachsen-Anhalt im Fall einer Gesellschaft entschieden, die in den USA registriert war, ihre gesamten Aktivitäten jedoch in der Bundesrepublik entfaltetete.

OLG Sachsen-Anhalt, Urteil v. 19.12.1995, 7 U 146/95 (Juris-Abfrage): Haftung der handelnden Personen entsprechend § 179 BGB

Dass mittlerweile aufgrund EG-Rechts bzw. des deutsch-amerikanischen Niederlassungsabkommens andere Grundsätze gelten dürften, ändert nichts an dem prinzipiellen Ansatz der beiden genannten Entscheidungen: Sie verneinten die Eigenschaft als portugiesische bzw. amerikanische Gesellschaft letztlich aus dem Gedanken heraus, dass zum Staat der Eintragung kein „echtes Band“ (Genuine Link) bestehe. Dasselbe muss für den Fall gelten, dass ein ~~Billigflaggens~~^Sschiff einer zum Zwecke der Ausflagung im Konsulat des Billigflaggenstaats errichteten Handelsgesellschaft des dortigen Rechts übereignet wurde.

Auch der Bundesgerichtshof zieht denselben Rechtsgedanken heran, wenn es um die Bestimmung der Zuständigkeit deutscher Gerichte nach § 23 ZPO geht. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung reicht es an sich aus, wenn die beklagte Partei irgendeinen vermögenswerten Gegenstand wie z. B. ein Bankkonto im Inland besitzt. Das Gericht lässt dies jedoch nicht ausreichen, sondern verlangt einen weitergehenden Inlandsbezug, der sich z. B. in der Vornahme von Rechtsgeschäften manifestieren kann.

BGHZ 115, 90 = NJW 1991, 3092

Auch im hier unmittelbar relevanten Bereich hat dieser Gedanke Niederschlag gefunden. Das OVG Hamburg hat bei der Rückforderung einer Beihilfe, die an das Führen der deutschen Flagge

geknüpft war, auf den tatsächlichen wirtschaftlichen Tatbestand abgestellt.

OVG Hamburg, TransportR 2000, 268

Auch die Vorschrift des § 114 Abs. 2 Satz 2 BetrVG, wonach es entscheidend nicht auf das formale Eigentum, sondern auf die „Verwendung“ des Schiffes z. B. durch einen Vertragsreeder ankommt, stellt auf die tatsächlichen Entscheidungsstrukturen ab.

Konsequent insoweit BAG AP Nr. 1 zu § 114 BetrVG 1972, wonach die deutsche Betriebsverfassung bei einem (das effektive Kommando führenden) ausländischen Vertragsreeder keine Anwendung findet.

Berücksichtigt man alle diese Gesichtspunkte, muss es für die Einbeziehung in die Unternehmensmitbestimmung letztlich darauf ankommen, ob das fragliche Schiff in erheblichem Umfang mit dem Inland verknüpft ist. Dies lässt sich nur im Einzelfall beurteilen. Liegt ein solcher Fall vor, muss § 34 Abs. 2 Satz 1 entsprechende Anwendung finden; für die Ausklammerung eines solchen Schiffes aus der deutschen Unternehmensmitbestimmung fehlt jeder rechtfertigende Grund.

d. Anwendung auf den konkreten Fall

Wie oben unter A im Einzelnen dargelegt, verfügt die Hapag-Lloyd Container Linie über zwei Schiffe („Humboldt-Express“ und „Santiago-Express“), die die Flagge von Singapur führen. Wirtschaftlicher Eigentümer ist allein Hapag-Lloyd, das den Einsatz des Schiffes in vollem Umfang steuert. Dazu kommt, dass auch der Personaleinsatz von der Hapag-Lloyd Container

Linie GmbH (und nicht etwa von einer Tochtergesellschaft in Singapur) bestimmt wird: Die Hapag-Lloyd Container Linie GmbH hat für jedes Schiff ein „Special Agreement“ mit der ITF abgeschlossen, das wesentliche Arbeitsbedingungen regelt. Auf beiden Schiffen haben der Kapitän und der erste Ingenieur einen Arbeitsvertrag mit der Hapag-Lloyd Container Linie GmbH, der deutschem Recht unterliegt; die fraglichen Personen werden auch im Rahmen des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbG mitgezählt. Die übrigen je 21 Besatzungsmitglieder werden von der kroatischen Bemannungsagentur Globtik aus Split zur Verfügung gestellt. Dabei sollen nach Möglichkeit immer dieselben Leute (die sich auskennen und die sich als verlässlich erwiesen haben) auf den Schiffen Dienst tun. Neueinstellungen werden mit der Hapag-Lloyd Container Linie GmbH abgestimmt.

Berücksichtigt man alle diese Faktoren, so besteht kein Anlass mehr, der Singapur-Flagge irgendeine Bedeutung für die kollisionsrechtliche Anknüpfung beizumessen. Die realen Entscheidungsstrukturen sind dieselben, wie wenn die deutsche Flagge geführt würde; eine Ausklammerung der Beschäftigten aus der Unternehmensmitbestimmung könnte sich auf keinen sachlichen Grund stützen und müsste deshalb als willkürlich qualifiziert werden. Das Schiff ist mitbestimmungsrechtlich so zu behandeln, als würde es die Bundesflagge führen.

Was die Hapag-Lloyd Kreuzfahrten GmbH betrifft, so fahren vier Schiffe unter der Flagge der Bahamas. ^{Bei zweitem (Kreuzfahrt)} Auch hier ist mittelbarer wirtschaftlicher Eigentümer die Hapag-Lloyd AG, die über ihre Tochter den Einsatz der Schiffe im Einzelnen bestimmt und die Gewinne erhält. In Bezug auf die an Bord tätigen Personen sind verschiedene Gruppen zu unterscheiden.

*mit Europa & HB, beide
die Borebat
Chaco
Fund.*

*Seiden
2 and.
bege eine*

*Keine Probleme ergeben sich bei ca. 40 Beschäftigten, die einen Arbeitsvertrag mit Hapag-Lloyd Kreuzfahrten besitzen. Sie v. je einem dr. Fonds Egyptian Funds
was, was gleichf. dazu führt, B HL den
Einsatz der Schiffe - eig. in Teile stand.*

zählen unbestrittenermaßen bei den Aufsichtsratswahlen mit. Dasselbe gilt für einen Kapitän und einen Elektriker, die Verträge mit der Hapag-Lloyd Container Linie GmbH haben.

Meinungsverschiedenheiten bestehen in Bezug auf den größten Teil der Seeleute, die von der Columbia Ship Management mit Sitz in Zypern zur Verfügung gestellt werden. Dabei handelt es sich um Kapitäne, Offiziere, Ingenieure, Mannschaftsdienstgrade und Catering-Personal. Die Columbia Ship Management schließt Tarifverträge mit der ITF, tut dieses aber ausschließlich aufgrund einer Vollmacht, die von Hapag-Lloyd, Hapag-Lloyd Kreuzfahrten und Hapag-Lloyd (Bahamas) Ltd. erteilt wird. Der Sache nach bedeutet dies, dass Hapag-Lloyd über den Abschluss (oder Nichtabschluss) von Tarifverträgen entscheidet. Auch hier wird ähnlich wie bei der Container Linie darauf Wert gelegt, dass immer wieder dieselben Personen als Besatzungsmitglieder zum Einsatz kommen. Zumindest in Bezug auf das Leitungspersonal bis hin zum Obersteward werden Auswahlentscheidungen zwischen der Columbia Ship Management und Hapag-Lloyd abgestimmt.

Außer diesen beiden Personengruppen sind ca. 10 Arbeitnehmer der schweizer TUI-Tochter auf den Schiffen tätig, die für die Reiseleitung an Bord der Schiffe zuständig sind. Auch ihre Tätigkeit hat einen Bezug auf Deutschland, da TUI-Schweiz und Hapag-Lloyd beide Tochtergesellschaften der TUI sind.

Schließlich hat ein ehemaliger Beschäftigter der Container Linie eine Logistikfirma gegründet, die 10 Leute auf die Schiffe entsendet, die dort im Logistikbereich tätig sind. Auch insoweit ergibt sich jedenfalls kein Bezug zu der geführten Flagge.

Wahrscheinlich ist zu bemerken, daß das über f
die Schiffe... aber bei allen 4 SD
beim HL-Vorstand liegt, wobei nur
mit dem Land. MIA u. LIA

Fasst man sämtliche Umstände zusammen, so wäre es auch in diesem Fall nicht gerechtfertigt, die vier Schiffe als solche „unter fremder Flagge“ zu behandeln. Auch hier sind die Entscheidungsstrukturen keine anderen, als würde die deutsche Flagge geführt. Für die Herausnahme aus der Unternehmensmitbestimmung durch Gegenschluss aus § 34 Abs. 2 Satz 1 MitbG besteht auch hier keinerlei Anlass.

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass das Führen der fremden Flaggen keinen Einfluss auf die Anwendbarkeit des deutschen Mitbestimmungssystems hat.

2. Das Problem der Arbeitnehmerüberlassung

Die Einbeziehung der Beschäftigten, die keinen Arbeitsvertrag mit Hapag-Lloyd Container Linie GmbH bzw. Hapag-Lloyd Kreuzfahrten GmbH besitzen, stößt auf das Hindernis, dass sie von einer Bemannungsagentur, d. h. einem Arbeitskräfteverleiher ausländischen Rechts zur Verfügung gestellt sind und deshalb keine vertraglichen Beziehungen zu einem Unternehmen des Hapag-Lloyd-Konzerns besitzen. Damit stellt sich das Problem, ob auch Leiharbeiter zu den Beschäftigten nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbG zählen.

Nach überkommener Praxis wird im Regelfall auf (gewerbsmäßige) Arbeitnehmerüberlassung dann zurückgegriffen, wenn im Personalbestand eine überraschende Lücke auftaucht. Insoweit sind die Anlässe ähnlich oder identisch mit der Beschäftigung von Aushilfskräften. Das Schrifttum zum Mitbestimmungsgesetz hat diese Parallele durchaus gesehen und vertritt mehrheitlich den Standpunkt, Leiharbeiter würden im Rahmen des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbG mitzählen, soweit sie auf „Dauerarbeitsplätzen“ beschäftigt sind.

Hoffmann/Lehmann/Weinmann, § 1 Rn. 30: Leiharbeitnehmer rechnen mit, „wenn die von ihnen besetzten Stellen Bestandteil des Personalplans sind.“ Ebenso Fitting/Wlotzke/Wißmann § 1 Rn. 22, Benze/Föhr u. a. § 1 Rn. 14 und Säcker, Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, München 1978, Rn. 46. Für Berücksichtigung der nicht gewerbsmäßig überlassenen Leiharbeitnehmer, die länger als drei Monate im Unternehmen sind, Hanau, in: Hanau/Ulmer § 3 Rn. 22. Ebenso Raiser § 3 Rn. 11, der jedoch möglicherweise bei der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung anders entscheiden will.

Da das Gesetz auf die durch die Personalstärke definierte Größe des Unternehmens abstellt, kann es in der Tat keinen Unterschied machen, ob ausschließlich mit unbefristet Beschäftigten oder teilweise auch mit regelmäßig rekrutierten Aushilfskräften oder mit Leiharbeitnehmern gearbeitet wird. Mit Recht betonen Fitting/Wlotzke/Wißmann (§ 1 Rn. 22), aus Gründen der Gleichbehandlung wäre es unverständlich, wollte man ein Unternehmen aus dem Geltungsbereich des MitbG herausfallen lassen, weil es - aus guten oder aus weniger guten Gründen - bestimmte Teile seiner Fertigung durch Leiharbeitnehmer durchführen lässt. Allein entscheidend seien die regelmäßig besetzten Arbeitsplätze.

Im Bereich der **Betriebsverfassung** hat sich die Diskussion in jüngster Zeit ein wenig verschoben. Da der im Jahre 2001 neu geschaffene § 7 Satz 2 BetrVG allen Leiharbeitnehmern das Wahlrecht zum Betriebsrat gewährt, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden, konzentrierte sich die Aufmerksamkeit auf die Frage, ob die **Gruppe der wahlberechtigten Leiharbeitnehmer** auf alle Fälle bei der Zahl der Beschäftigten mitzuberücksichtigen sei.

Überblick über den Diskussionsstand bei Däubler AuR 2004, 82; Thüsing, in: Richardi § 9 Rn. 7

Obwohl die Entstehungsgeschichte des § 7 Satz 2 BetrVG ein anderes Ergebnis nahegelegt hätte, vertrat das BAG in seiner Entscheidung vom 16.04.2003 (AP Nr. 1 zu § 9 BetrVG 2002 = AuR 2004, 109) die Auffassung, bei den Grenzwerten des § 9 BetrVG (die über die Größe des Betriebsrats bestimmen) würden die Leiharbeitnehmer trotz ihres Wahlrechts keine Berücksichtigung finden. In der Begründung wird u. a. darauf abgehoben, Leiharbeitnehmer würden in der Regel nur einen Bruchteil der Amtszeit des Betriebsrats im Betrieb sein und würden außerdem im Durchschnitt angesichts geringerer Rechte auch weniger Arbeitsaufwand verursachen.

BAG AuR 2004, 109, 110

In der Literatur ist die Entscheidung des BAG vorwiegend kritisch aufgenommen worden.

S. insbesondere Brors NZA 2003, 1381; Däubler AuR 2004, 81 ff.; Fitting § 9 Rn. 21; DKK-Schneider § 9 Rn. 10d; die Entscheidung als Faktum referierend Richardi-Thüsing § 9 Rn. 7; Henssler/Willemsen/Kalb-Reichold § 9 Rn. 4

Dies im Einzelnen nachzuzeichnen und sich mit allen vorgebrachten Argumenten auseinanderzusetzen besteht im vorliegenden Zusammenhang kein Anlass. Im hier zu beurteilenden Fall geht es nämlich um die ganz andere Frage, wie die Arbeitnehmerzahl im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbG zu bestimmen ist, wenn der weit überwiegende Teil der (ständig vorhandenen) Arbeitsplätze mit Leiharbeitnehmern besetzt ist. Hier spricht alles dafür, z. B. die Containerschiffe nicht als Zwei-Personen-Betriebe zu betrachten, sondern auch die weiteren 21

Arbeitsplätze zu berücksichtigen. Die tatsächlich vorhandene organisatorische Einheit besteht regelmäßig aus 23 Personen. Insoweit kann nichts anderes gelten, als würde Hapag-Lloyd regelmäßig Aushilfskräfte auf der Basis befristeter Arbeitsverhältnisse einstellen; auch dies würde an der realen Personalstärke der fraglichen Einheiten nichts ändern (s. oben S. 11)

Für ein Abstellen auf die ständig besetzten Arbeitsplätze sprechen auch zwei weitere Gesichtspunkte. Die partielle Ausgliederung der Leiharbeit aus der Betriebsverfassung geschah vor dem Hintergrund, dass Leiharbeitnehmer im Vergleich zu den Stammarbeitnehmern eine relativ kleine Gruppe sind, die dem betrieblichen Geschehen nicht das Gepräge geben. Dies kommt nicht zuletzt auch in der Aussage des BAG zum Ausdruck, Leiharbeitnehmer würden die Dienste des Betriebsrats sehr viel weniger als Stammarbeitnehmer in Anspruch nehmen. Genau diese Voraussetzung ist nicht mehr gegeben, wenn - wie auf den hier zu beurteilenden Schiffen - die Mehrzahl der Beschäftigten Verträge mit einer Bemannungsagentur hat, also im landläufigen Sinne als Leiharbeitnehmer zu qualifizieren ist. Für die Anwendung betriebsverfassungsrechtlicher und mitbestimmungsrechtlicher Normen muss dieser Wandel Berücksichtigung finden. Andernfalls hätten es Unternehmen in der Hand, sich durch Überantwortung ganzer Teile des Arbeitsprozesses an Leiharbeitnehmer (fast) nach Belieben der Betriebsverfassung bzw. der Mitbestimmung zu entziehen.

Richtig Brors NZA 2003, 1380

Zum zweiten hat die Neuregelung der Leiharbeit jede zeitliche Obergrenze für den Einsatz in einem Entleiherbetrieb beseitigt. Dies schafft die Möglichkeit, nicht nur vorübergehend, sondern über viele Jahre hinweg als „entliehene Arbeitskraft“ im selben (fremden) Betrieb am selben Arbeitsplatz tätig zu

sein. Auch dies ist eine Veränderung, die in der bisherigen Rechtsprechung keine Berücksichtigung finden konnte. Die Aussage des BAG, Leiharbeitnehmer würden höchstens einen kleinen Teil der Wahlperiode eines Betriebsrats im Betrieb verbringen, lässt sich nach nunmehr geltendem Recht nicht mehr aufrechterhalten. Eine derart verstetigte Leiharbeit darf betriebsverfassungsrechtlich auch aus der Sicht des Betroffenen nicht mehr anders als eine sonstige kontinuierliche Tätigkeit behandelt werden. Dies wird gerade auch in den hier zu beurteilenden Fällen deutlich, in denen Hapag-Lloyd zusammen mit der Bemannungsagentur darauf hinwirkt, dass dieselben Leute regelmäßig wieder an Bord zurückkehren.

Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass Leiharbeitnehmer dann mitzuzählen sind, wenn sie auf einem ständig bestehenden Arbeitsplatz eingesetzt werden.

Ebenso ErfK-Eisemann § 9 Rn. 2 und Richardi/Thüsing § 9 Rn. 7, wobei Thüsing mit Recht keinen Widerspruch zwischen dieser Position und der Rechtsprechung des BAG sieht. 4

Verfügt ein individueller Leiharbeitnehmer über einen langfristigen Vertrag oder schließt er eine Vielzahl befristeter Arbeitsverträge ab, kann dies ein gewichtiges Indiz sein, dass er auf einem Dauerarbeitsplatz eingesetzt wird. Im Bereich der Schiffe dürfte dies allerdings im Regelfall von geringerer Bedeutung sein, da die Zahl der zu besetzenden (Dauer-)Arbeitsplätze typischerweise von vorneherein feststeht, so dass ein Rückschluss aus der Gestaltung der Arbeitsverträge weithin überflüssig ist..

Die hier skizzierten Grundsätze gelten in gleicher Weise, wenn konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung stattfindet: Ob eine ständig besetzte Position von eigenen Beschäftigten, von Leih-

arbeitnehmern im klassischen Sinne oder von einer Person besetzt wird, die von einer Schwestergesellschaft zur Verfügung gestellt wird, kann für den „Zählwert“ im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbG keinen Unterschied machen.

Die von der Bemannungsagentur Globtik der Hapag-Lloyd Container Linie zur Verfügung gestellten Arbeitskräfte sind daher im Rahmen des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbG mitzuzählen. Dasselbe gilt für diejenigen Personen, die Columbia Ship Management der Hapag-Lloyd Kreuzfahrten GmbH zur Verfügung stellt. Einzurechnen sind weiter die ca. 10 Personen, die von der schweizer TUI-Tochter zur Verfügung gestellt werden, sofern sie dem Weisungsrecht des Kapitäns unterliegen. ~~Unter denselben Voraussetzungen sind auch die ca. 10 Personen einbezogen, die von einer Logistikfirma eingesetzt werden.~~ Eine nähere Vertiefung kann insoweit allerdings unterbleiben, da die Zahl „2000“ mit Rücksicht auf die obigen Ausführungen bei weitem überschritten ist. Nur ergänzend sei im Übrigen darauf verwiesen, dass im Rahmen des MitbG anders als bei der Wahl eines Betriebsrats auch die leitenden Angestellten mitzubersichtigen sind.