

Keine Nichtigkeit der Betriebsratswahl der DRK-Schwesternschaft

1. Es ist nicht offenkundig, dass die Mitglieder der DRK-Schwesternschaften keine Arbeitnehmer sind. Eine von diesen durchgeführte Betriebsratswahl ist nicht nichtig, sondern allenfalls anfechtbar.

2. Jedenfalls solange nicht rechtskräftig über die Anfechtung der von den Mitgliedern der DRK-Schwesternschaft durchgeführten Betriebsratswahl entschieden ist, stehen dem gewählten Betriebsrat die Mitbestimmungsrechte aus § 99 BetrVG zu. Ist ein fünfzehnköpfiger Betriebsrat gewählt, wird in diesem Fall fingiert, dass in dem Betrieb, dessen Mitglieder der DRK-Schwesternschaft den Betriebsrat gewählt haben, die für § 99 Abs. 1 BetrVG erforderliche Anzahl von Arbeitnehmern beschäftigt ist.

LAG Düsseldorf, Beschluss v. 26.8.2015 – 12 TaBV 48/15 – (n. rkr.)

Zum Sachverhalt

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Beteiligte zu 2) bei der Versetzung des Mitglieds des Antragstellers W. als Betriebsrat gemäß § 99 BetrVG zu beteiligen ist.

Der Antragsteller war ein Verein mit insgesamt etwa 1.750 Mitgliedern. Grundlage waren die Satzung des Antragstellers sowie die Mitgliederordnung für die Schwesternschaften vom E. S. L.. Die Satzung des Antragstellers wurde mit Genehmigung des Verbandes der E.-Schwesternschaft dahingehend geändert, dass ein befristeter Einsatz maximal für eine Dauer von zwei Jahren zulässig war. Außerdem wurden durch Satzungsänderung Änderungen in Bezug auf den Beirat vorgenommen, u.a. eine mögliche Freistellung geregelt sowie klargestellt, dass er die satzungsgemäße Interessenvertretung der Mitglieder war. Wegen der Einzelheiten wird auf die zur Akte gereichte Satzung nebst Änderung (Anlagen AST 1, 21, 22 und 23) und die Mitgliederordnung (Anlage AST 2) Bezug genommen. In dem Antragsteller waren Schwestern und männliche Pflegekräfte zusammengeschlossen, die vornehmlich in der Kranken- und Altenpflege sowie Geburtshilfe tätig waren. Die Tätigkeit der Mitglieder wurde beim Antragsteller selbst oder - im Rahmen von Gestellungsverträgen - bei anderen Einrichtungen ausgeübt. Zu letzteren zählte das Universitätsklinikum F.. Bis zum Mai 2014 verfügte der Antragsteller über etwa 300 Beschäftigte auf arbeitsvertraglicher Basis, welche nicht Mitglieder waren. Diese hatten einen Betriebsrat gewählt. Mit Wirkung zum 01.06.2014 ging diese Personengruppe - einschließlich der Betriebsratsmitglieder - auf das Universitätsklinikum F. über, bei dem diese bereits zuvor eingesetzt waren. Ausgenommen von der Überleitung waren drei Reinigungskräfte, die beim Antragsteller selbst tätig waren. Der Einsatz der Mitglieder des Antragstellers im Universitätsklinikum F. erfolgte nach wie vor auf der Grundlage des Gestellungsvertrags zwischen dem Universitätsklinikum F. und dem Antragsteller vom 26.01.2006. In diesem hieß es u.a.:

„§ 3

(3) Bei seiner Tätigkeit im Universitätsklinikum unterliegt das Gestellungspersonal den fachlichen und organisatorischen Weisungen der zuständigen Stellen des Klinikums. Das arbeits- bzw. vereinsrechtliche Direktionsrecht der Schwesternschaft bleibt unberührt. Weisungen und organisatorische Maßnahmen, die in das arbeits- bzw. vereinsrechtliche Grundverhältnis zwischen Gestellungspersonal und Schwesternschaft ... eingreifen, insbesondere das arbeits- bzw. vereinsrechtliche Direktionsrecht überschreiten können, nehmen die Parteien dieses Vertrages nur in wechselseitiger Abstimmung vor."

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den zur Akte gereichten Gestellungsvertrag Bezug genommen. Am 30./31.07.2014 wählten die Mitglieder des Antragstellers einen Betriebsrat bestehend aus 15 Mitgliedern, welche sämtlich Mitglieder des Antragstellers waren. Bei diesem Betriebsrat handelt es sich um den Beteiligten zu 2). Das einstweilige Verfügungsverfahren vor dem Arbeitsgericht Essen (4 BVGa 10/14), mit welchem der Antragsteller versucht hatte, die Wahl zu verhindern, war zuvor ohne Erfolg geblieben. Mit Antrag vom 13.08.2014 focht der Antragsteller die Wahl an. Dieses Verfahren vor dem Arbeitsgericht Essen (2 BV 88/14) ist noch nicht rechtskräftig entschieden, sondern auf den 29.09.2015 zur Anhörung der Beteiligten vor der Kammer terminiert.

Das Mitglied der Antragstellerin Frau W. war ausgebildete Kinderkrankenschwester und wurde in dieser Funktion auf der Station Kinderdialyse im Universitätsklinikum Essen eingesetzt. Mit Schreiben vom

06.11.2014 sowie ergänzend mit E-Mail vom selben Tage hörte der Antragsteller den Beteiligten zu 2) zur Versetzung der Frau W. in den Kindergarten des Universitätsklinikums F. an. Mit Schreiben vom 07.11.2014 verweigerte der Beteiligte zu 2) seine Zustimmung zur Versetzung und bestritt die Dringlichkeit der Maßnahme. Der Einsatz von Frau W. im Kindergarten war nur als Übergangslösung vorgesehen. Mit Schreiben vom 02.12.2014 hörte der Antragsteller den Beteiligten zu 2) zu ihrer Versetzung auf die Station Medizinische-Dialyse (M-Dialyse) des Universitätsklinikums F. an und unterrichtete ihn darüber, dass die Maßnahme ab dem 02.12.2014 vorläufig erfolgen werde. Ausweislich des Anhörungsschreibens war die Versetzung befristet auf sechs Monate vom 02.12.2014 an. Eine Umgruppierung von Frau W. war mit ihr nicht verbunden. Mit Schreiben vom 03.12.2014, dem Antragsteller zugegangen am Folgetag, verweigerte der Beteiligte zu 2) seine Zustimmung und bestritt das dringende Erfordernis einer vorläufigen Maßnahme. Zu einem im April bzw. Mai 2015 angebotenen Einsatz des Mitglieds W. auf einer Stelle in der Kinderklinik des Universitätsklinikums F. kam es im Ergebnis nicht. Der Antragsteller bot dem Mitglied W. außerdem am 19.08.2015 eine Stelle in der Kinderpoliklinik des Universitätsklinikums F. an und bat um Rückäußerung bis zum 24.08.2015. Im Termin zur Anhörung der Beteiligten vor der erkennenden Kammer am 26.08.2015 erklärte der Antragsteller, wie bereits schriftsätzlich am 24.08.2015, dass bis auf weiteres ein dauerhafter Einsatz von Frau W. auf der M-Dialyse erfolgen werde. Davon ging auch der Beteiligte zu 2) aus.

Der Antragsteller hat gemeint, seine Mitglieder seien keine Arbeitnehmer. Sie bedürften auch nicht des Schutzes arbeitsrechtlicher Vorschriften. Der Ausschluss der ordentlichen Kündigung nach Ablauf eines Jahres rechtfertige es im Gegenzug, während des ersten Jahres keinen Schutz vor ordentlichen Kündigungen zu gewähren. Des Weiteren behauptet er, befristete Einsätze erfolgten - wenn überhaupt - nur zu Beginn der Mitgliedschaft und zudem auf Basis einer schriftlichen Vereinbarung mit dem Mitglied. Eine Weiterbeschäftigung nach Ablauf der Befristung führe zu einem unbefristeten Einsatz, der dann auch dem Kündigungsschutz unterliege. Der Abbau eines Teils der Mitglieder aufgrund einer Kündigung eines Gestellungsvertrags werde unter Beachtung der Satzungsvorschriften vollzogen. Fristlose Ausschlüsse würden in einem solchen Fall nicht erfolgen, sondern nur unter Einhaltung einer sozialen Auslauffrist. Entsprechendes gelte auch für einen Ausschluss aus personenbedingten Gründen.

Die Interessen der Mitglieder würden durch den Beirat in ausreichendem Maße wahrgenommen. So verweist der Antragsteller auf seine Verpflichtung, den Beirat vor Beendigung eines Mitgliedschaftsverhältnisses anzuhören. Er hat weiter die Ansicht vertreten, die Interessen der Mitglieder würden durch die Kompetenzen der Mitgliederversammlung in stärkerem Maße geschützt als diejenigen der Arbeitnehmer durch die Mitbestimmungsrechte eines Betriebsrats. Schließlich sei die Mitgliederversammlung berechtigt, den Vorstand und den Beirat zu wählen und abzuberufen, Satzungsänderungen zu beschließen, die Schwesternschaft durch Beschluss aufzulösen oder umzuwandeln, den Vorstand zu entlasten, über den Wirtschaftsplan und die Höhe der Beiträge zu entscheiden sowie die Beitragsordnung zu genehmigen. Dass Satzungsänderungen vom Verband der Schwesternschaften zu genehmigen sind, sei unbedenklich, da es sich um ein demokratisch legitimes Organ sämtlicher Schwesternschaften Deutschlands handle.

Aus den Grundsätzen des S. Kreuzes und des S. Halbmondes sowie Leitsatz und Leitbild des E. S. Kreuzes ergebe sich, dass es sich um mehr als einen Zusammenschluss von Menschen zum Zwecke der Erwerbstätigkeit handle. Wer sich diesen Leitbildern nicht verpflichten wolle, dem stehe es frei, statt einer Mitgliedschaft ein Arbeitsverhältnis zum Universitätsklinikum F. zu begründen. Ein solches Rechtsverhältnis sei von den Mitgliedern gemäß § 7 Abs. 2 Satz 2 der Satzung des Antragstellers nie vereinbart worden.

Da seine Mitglieder keine Arbeitnehmer seien, hätten sie auch keinen Betriebsrat wählen können. Die gleichwohl durchgeführte Wahl sei nichtig. Mithin könne es auch kein Zustimmungserfordernis gemäß § 99 BetrVG bei der Versetzung von Frau W. geben.

Der Antragsteller hat zuletzt beantragt,

1. festzustellen, dass die Zustimmung des Beteiligten zu 2) zur Versetzung von Frau D. W. vom Kindergarten des Universitätsklinikums F. auf die Station Medizinische-Dialyse des Universitätsklinikums F. nicht erforderlich ist;
2. hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Antrag zu 1):

a) die Zustimmung des Beteiligten zu 2) zur Versetzung von Frau D. W. vom Kindergarten des Universitätsklinikums F. auf die Station Medizinische-Dialyse des Universitätsklinikums F. zu ersetzen;

b) festzustellen, dass die am 02.12.2014 vorgenommene vorläufige Versetzung von Frau D. W. vom Kindergarten des Universitätsklinikums F. auf die Station Medizinische-Dialyse des Universitätsklinikums F. aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist.

Der Beteiligte zu 2) hat beantragt, die Anträge zurückzuweisen.

Er ist der Ansicht gewesen, dass Frau W. - wie alle Mitglieder - als Arbeitnehmerin zu qualifizieren sei. Durch das Mitgliedschaftsverhältnis würden zwingende arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen umgangen. Er hat gemeint, der Schutz vor Kündigungen sei unzureichend und beginne - wenn überhaupt - erst nach einem Jahr. Außerdem könne das Mitglied zu befristeten Einsätzen abgeordnet werden und nach Ablauf dieser Zeit zu einem inaktiven Mitglied werden. Ferner sei bei Berufsunfähigkeit infolge körperlicher Gebrechen ein fristloses Kündigungsrecht gegeben. Zudem sei der Bestandsschutz bei Wegfall der Gestellungsverträge nicht gewährleistet. Im Übrigen könne die Aufnahme des Mitglieds auch widerrufen werden. Kollektivrechtlich seien die Mitglieder ebenfalls schutzlos gestellt, weil sie nicht streiken dürften. Ein dem BetrVG auch nur angenäherter Schutz bestehe nicht. Der Beirat vertrete letztlich die Interessen des Antragstellers. Die Mitgliederversammlung sei als Gremium nicht ausreichend, um den Schutz der Interessen der Mitglieder zu gewährleisten. Der Beteiligte zu 2) hat darauf verwiesen, dass die Mitgliederversammlung die Vorstandsvorsitzende gegen die Empfehlung des Vorstandes sowie des Verbandes der Schwesternschaften vom E. S. L. e.V. nur dann im Amt bestätigen könne, wenn $\frac{3}{4}$ der stimmberechtigten Mitglieder an der Versammlung teilnehmen und $\frac{3}{4}$ der Mitglieder auf der Versammlung die Wahl bestätigen, und dass jede Satzungsänderung oder -ergänzung vom Verband der Schwesternschaften genehmigt werden müsse. Ferner würden die Rechte und Pflichten der Mitglieder auch durch die Mitgliederordnung und die Oberinnenordnung bestimmt. Diese beiden Regelwerke würden vom Verband der Schwesternschaften erstellt und sodann auf einer Mitgliederversammlung des Verbandes der Schwesternschaften genehmigt.

Das Arbeitsgericht hat dem Hauptantrag stattgegeben. Dies hat es im Wesentlichen damit begründet, dass die Versetzung des Mitglieds W. keiner Zustimmung des Beteiligten zu 2) gemäß § 99 BetrVG bedürfe, weil der Anwendungsbereich dieser Vorschrift nicht eröffnet sei. Der Antragsteller beschäftigte nicht in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigte Arbeitnehmer, denn dessen Mitglieder seien keine Arbeitnehmer. Gegen den ihm am 02.04.2015 zugestellten Beschluss hat der Beteiligte zu 2) am 20.04.2015 Beschwerde eingelegt und diese - nach Verlängerung der Beschwerdebegründungsfrist bis zum 02.07.2015 - am 02.07.2015 begründet.

Der Beteiligte zu 2) vertieft seinen Vortrag dazu, dass die Mitglieder des Antragstellers Arbeitnehmer seien. Hierzu behauptet er, die Abrede mit dem Universitätsklinikum F., wonach Wahlfreiheit zwischen einer Mitgliedschaft beim Antragsteller und der Begründung eines Arbeitsverhältnisses bestehe, sei ausgelaufen und nicht mehr ersetzt worden. Er meint weiter, die formal als Mitgliedsbeitrag erbrachte Arbeitsleistung sei in tatsächlicher Hinsicht als Arbeitsverhältnis zu bewerten, insbesondere weil eine anderweitige hauptberufliche Tätigkeit nach der Satzung des Antragstellers ausgeschlossen sei. Es bestehe auch kein Bestandsschutz quasi "auf Lebenszeit". So würden auch Mitglieder, welche die Einführungsphase überstanden hatten, zu befristeten Einsätzen bei Gestellungspartnern abgeordnet. Schutzvorschriften bei Versetzungen, Änderungskündigungen und Kündigungsfristen bestünden nicht. Bei Wegfall des Gestellungsvertrags laufe die angebliche Bestandsgarantie des Antragstellers leer. Und auch im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts werde der Bestandsschutz umgangen. Insbesondere habe der Beirat keine einem Betriebsrat vergleichbaren Befugnisse. Der kollektivrechtliche Schutz würde insoweit auch nicht ausreichend durch den Betriebsrat bei dem Gestellungspartner verwirklicht. An der Umgehung der arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen änderten auch die Änderungen in der Satzung des Antragstellers nichts.

Der Beteiligte zu 2) beantragt, den Beschluss des Arbeitsgerichts Essen vom 20.03.2015 - 3 BV 115/14 - abzuändern und die Anträge des Antragstellers abzuweisen.

Der Antragsteller beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

Er verteidigt den Beschluss des Arbeitsgerichts. Es sei von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in langjähriger Rechtsprechung anerkannt, dass Dienste auch im Rahmen eines vereinsrechtlichen Mitgliedschaftsverhältnisses erbracht werden können. Daran änderten die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 17.03.2015 und 18.03.2015 nichts. Das Mitgliedschaftsverhältnis gehe deutlich über ein normales Arbeitsverhältnis hinaus. Es sei auch keine Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen gegeben. Nicht erforderlich sei insoweit ein dem Arbeitsverhältnis gleichwertiger Schutz. Ausreichend sei ein angemessener Schutz, der hier durch das Vereinsrecht gewährleistet sei. Zum Teil würde auch ein deutlich höherer Schutz gewährleistet. So stünden dem Vereinsmitglied z.B. Mitverwaltungsrechte u.a. im Rahmen der Mitgliederversammlung zu. Dabei könne ein Mehr an individuellen Rechten auch ein Weniger an kollektiven Rechten kompensieren, zumal die Mitglieder des Antragstellers auch auf kollektiver Seite eine Vielzahl von Rechten hätten. Seine Mitglieder stünden außerdem besser als Leiharbeitnehmer. Unerheblich sei zudem, dass die Mitglieder sich an Schiedsgerichte wenden müssten.

Der Antragsteller behauptet, dass seitens des Universitätsklinikums F. nach wie vor ein Wahlrecht eingeräumt werde, ob ein Mitarbeiter Arbeitnehmer des Klinikums oder Mitglied des Antragstellers werden möchte. Er hat weiter gemeint, dass nach Ablauf der einjährigen Einführungszeit Bestandsschutz bestehe.

Im Termin zur Anhörung vor der erkennenden Kammer haben die Beteiligten die Hilfsanträge des Antragstellers übereinstimmend für erledigt erklärt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen in beiden Instanzen Bezug genommen.

Aus den Gründen

Die zulässige Beschwerde des Beteiligten zu 2) ist betreffend den Hauptantrag begründet. Nachdem die Beteiligten die Hilfsanträge übereinstimmend für erledigt erklärt hatten, fielen sie der Kammer nicht mehr zur Entscheidung an. Betreffend die Hilfsanträge ist das Verfahren durch Beschluss des Vorsitzenden eingestellt worden (§ 90 Abs. 2 i.V.m. 83a Abs. 2 Satz 1 ArbGG).

I. Die Beschwerde des Beteiligten zu 2) ist zulässig. Darauf, ob die Betriebsratswahl vom 30./31.07.2015 nichtig war, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Zwar führt ein unstreitiger Verlust der Beteiligtenfähigkeit zur Unzulässigkeit eines Rechtsmittels. Ist jedoch die Beteiligtenfähigkeit gerade streitig, so wird sie hinsichtlich der Zulässigkeit des Rechtsmittels unterstellt. Es entspricht einem allgemeinen prozessualen Grundsatz, dass eine Partei, deren Parteifähigkeit oder gar rechtliche Existenz überhaupt im Streit steht, wirksam ein Rechtsmittel mit dem Ziel einlegen kann, eine Sachentscheidung zu erlangen (BAG 18.03.2015 - 7 ABR 42/12, juris Rn. 12). So liegt es hier. Die Beteiligten streiten gerade darüber, ob es den Beteiligten zu 2) gibt und ihm deshalb Rechte als Betriebsrat - hier betreffend die Versetzung von Frau W. - zustehen können.

II. An dem Verfahren ist neben dem Antragsteller der Beteiligte zu 2) gemäß § 83 Abs. 3 ArbGG beteiligt. Das Mitglied W. ist nicht beteiligt.

III. Die Beschwerde des Beteiligten zu 2) ist begründet, weil der zulässige Hauptantrag des Antragstellers unbegründet ist.

1. Der Hauptantrag des Antragstellers ist als negativer Feststellungsantrag zulässig.

a) Ein Streit der Betriebsparteien darüber, ob der Betriebsrat in einer bestimmten Angelegenheit ein Mitbestimmungsrecht hat, kann mit einem Feststellungsantrag zur gerichtlichen Entscheidung gestellt werden, wenn entweder ein Konflikt dieses Inhalts aktuell besteht oder aber aufgrund der betrieblichen Verhältnisse zumindest jederzeit entstehen kann (BAG 17.03.2015 - 1 ABR 49/13, juris Rn. 14). Der Antrag muss dabei hinreichend bestimmt sein. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist auf das Beschlussverfahren und die in ihm gestellten Anträge entsprechend anwendbar. Der jeweilige Streitgegenstand muss so konkret umschrieben werden, dass der Umfang der Rechtskraftwirkung für die Beteiligten nicht zweifelhaft ist. Der in Anspruch genommene Beteiligte muss daher bei einer dem Antrag stattgebenden Entscheidung

eindeutig erkennen können, was von ihm verlangt wird. Besteht Streit über das Bestehen und den Inhalt eines Beteiligungsrechts hinsichtlich eines betrieblichen Vorgangs, muss dieser deshalb so genau bezeichnet werden, dass mit der Entscheidung über den Antrag feststeht, für welche Maßnahmen oder Vorgänge das Mitbestimmungsrecht bejaht oder verneint worden ist (BAG 22.07.2014 - 1 ABR 94/12, juris Rn. 24). Das für einen positiven Feststellungsantrag nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse der Arbeitnehmervertretung folgt in aller Regel daraus, dass der Arbeitgeber das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts in Abrede stellt und deshalb davon absieht, eine mitbestimmte Regelung zu treffen (BAG 17.03.2015 a.a.O. Rn. 14). Hier geht es indes um einen negativen Feststellungsantrag der Arbeitgeberseite. Das insoweit erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben, wenn der Betriebsrat sich des Mitbestimmungsrechts ernsthaft berührt (BAG 13.10.1987 - 1 ABR 53/86, NZA 1987, 805 Rn. 19).

b) Diesen Anforderungen genügt der negative Feststellungsantrag des Antragstellers. Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis ist die Frage, ob die Versetzung des Mitglieds W. auf die M-Dialyse der Zustimmung - ggfs. im Wege der gerichtlichen Ersetzung - des Beteiligten zu 2) bedarf. Es handelt sich dabei um einen aktuellen und konkreten Streit über das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts gemäß § 99 BetrVG. Es soll nicht abstrakt die Frage der Zustimmungsbedürftigkeit von Versetzungen geklärt werden, sondern konkret die Frage, ob dem Beteiligten zu 2) bei der Versetzung des konkret benannten Mitglieds W. ein Zustimmungsverweigerungsrecht zustehen kann. Soweit der Ausgangsort der Versetzung im Antrag genannt ist, ist dieser nach der Anhörung der Beteiligten im Termin nicht maßgeblich. Entscheidend, und darauf zielt der Antrag ab, ist, dass der Antragsteller die Versetzung von Frau W. in die M-Dialyse dauerhaft ohne Zustimmung des Beteiligten zu 2) aufrecht erhalten möchte. Unerheblich ist, dass es sich nicht um den Mitbestimmungstatbestand des § 87 BetrVG handelt. Der negative Feststellungsantrag des Arbeitgebers kommt auch im Bereich des § 99 BetrVG zur Anwendung (vgl. BAG 01.02.1989 - 4 ABR 86/88, AP Nr. 63 zu § 99 BetrVG 1972 Rn. 10, 24 zur Zwischenfeststellungsklage). Der Beteiligte zu 2) berührt sich ernsthaft des Mitbestimmungsrechts aus § 99 BetrVG. Das Feststellungsinteresse ist nicht dadurch entfallen, dass die Versetzung von Frau W. auf die M-Dialyse zunächst unstrittig auf sechs Monate ab dem 02.12.2014 befristet und dieser Zeitraum im Zeitpunkt der Anhörung der Beteiligten vor der Kammer abgelaufen war. Zwar wurden Frau W. zwischenzeitlich andere Angebote gemacht. Diese hatte sie im Zeitpunkt des Anhörungstermins indes nicht angenommen. Unstrittig hielt die Antragstellerin nach den übereinstimmenden Erklärungen in diesem Zeitpunkt an einer Versetzung in die M-Dialyse fest, auch wenn sie kein neues Zustimmungsersetzungsverfahren eingeleitet hat, weil sie der Ansicht war, hierzu nicht verpflichtet zu sein. Unschädlich für das Feststellungsinteresse ist, dass der Antragsteller im Termin erklärt hat, weiter nach einer einvernehmlichen Lösung für Frau W. zu suchen. Dies mag - sollte eine solche gefunden werden - künftig das negative Feststellungsinteresse entfallen lassen, stand diesem im Zeitpunkt des Anhörungstermins aber nicht entgegen.

2. Der Hauptantrag des Antragstellers ist unbegründet. Er bedarf zur Versetzung von Frau W. auf die M-Dialyse der Zustimmung des Beteiligten zu 2). Diesem steht insoweit das Mitbestimmungsrecht aus § 99 BetrVG zu. Die Wahl des Beteiligten zu 2) am 30./31.07.2014 ist nicht nichtig. Solange das noch nicht abgeschlossene Anfechtungsverfahren läuft, stehen ihm die Rechte aus § 99 BetrVG betreffend die Versetzung von Frau W. zu.

a) Die Wahl des Beteiligten zu 2) vom 30./31.07.2014 ist nicht nichtig.

aa) Eine Betriebsratswahl ist nur in ganz besonderen Ausnahmefällen nichtig. Voraussetzung dafür ist, dass gegen allgemeine Grundsätze jeder ordnungsgemäßen Wahl in so hohem Maß verstoßen wird, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl nicht mehr besteht. Es muss sich um einen offensichtlichen und besonders groben Verstoß gegen Wahlvorschriften handeln (BAG 27.07.2011 - 7 ABR 61/10, NZA 2012, 345, Rn. 39 m.w.N.).

bb) Das Bundesarbeitsgericht hat bislang offen gelassen, ob die hier in Rede stehende Wahl vom 30./31.07.2014 durch die Mitglieder des Antragstellers nichtig ist (BAG 18.08.2015 a.a.O. Rn. 18). Zur Überzeugung der Kammer sind die Voraussetzungen für eine Nichtigkeit entsprechend den oben dargestellten Anforderungen nicht gegeben. Richtig ist - darauf hat der Antragsteller zu Recht hingewiesen -, dass eine Wahl des Betriebsrats durch Nicht-Arbeitnehmer nichtig ist, weil diese offensichtlich und erkennbar keinen Betriebsrat wählen können (BAG 16.02.1995 - 8 AZR 714/93, MDR 1995, 1148). Die Wahl eines Betriebsrats durch Nicht-Arbeitnehmer begründet einen schwerwiegenden Mangel. Dies

sieht auch die erkennende Kammer so. Dieser kann - auch das ist zutreffend - zur Nichtigkeit der Betriebsratswahl führen. Dieser Mangel muss indes nach den allgemeinen Voraussetzungen für die Nichtigkeit offensichtlich sein, d.h. er muss sozusagen auf der Hand liegen. Dies ist nicht der Fall. Als Nichtigkeitsgrund kommt hier nach Anhörung der Beteiligten und dem schriftsätzlichen Vorbringen alleine der Umstand in Betracht, dass die Wahl am 30./31.07.2014 nur von Mitgliedern des Antragstellers durchgeführt worden ist. Bei diesen handelt es sich jedenfalls nicht offensichtlich um Nicht-Arbeitnehmer.

(1) Allerdings geht das Bundesarbeitsgericht bislang in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass es sich bei den Mitgliedern der E.-Schwesterschaften, auch wenn sie aufgrund von Gestellungsverträgen bei Dritten - wie hier dem Universitätsklinikum F. - in der Pflege und Geburtshilfe beschäftigt werden, nicht um Arbeitnehmer i.S.v. § 5 Abs. 1 BetrVG handelt und verneint eine Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften. Die 17. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf (Beschluss vom 27.03.2012 - 17 TaBV 86/11, juris) hat die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts dazu wie folgt zusammengefasst:

„Die Beschwerdekammer folgt der Auffassung des Arbeitsgerichts, dass die aufgrund der Vereinsmitgliedschaft in der Pflege und Geburtshilfe beschäftigten Personen keine Arbeitnehmer i.S.d. § 5 Abs. 1 BetrVG sind.

a) Das Betriebsverfassungsgesetz enthält keine eigene Begriffsbestimmung, sondern geht nach allgemeiner Meinung vom allgemeinen Arbeitnehmerbegriff aus. Dieser wiederum setzt voraus, dass zwischen den Beteiligten ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (BAG 20.01.2010 - 5 AZR 106/09 - AP Nr. 120 zu § 611 BGB Abhängigkeit; 14.03.2007 - 5 AZR 499/06 - AP BGB § 611 Arbeitnehmerähnlichkeit Nr. 13 ; 25.05.2005 - 5 AZR 347/04 - AP Nr. 117 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG 06.07.1995 - 5 AZB 9/93 - AP Nr. 22 zu § 5 ArbGG).

b) Die Pflegekräfte erbringen zwar ihre Arbeitsleistung in persönlicher Abhängigkeit. Sie sind aber nicht als Arbeitnehmer i. S. d. § 5 Abs.1. S. 1 BetrVG einzuordnen.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist eine Dienstleistung in persönlicher Abhängigkeit nicht nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses möglich. Einen entsprechenden Rechtssatz gibt es nicht (u.a. BAG vom 06.07.1995 - 5 AZB 9/93 - AP Nr. 22 zu § 5 ArbGG 1979). Als Rechtsgrundlage kommt auch die Mitgliedschaft in einem Verein in Betracht. Der Mitgliedsbeitrag (§ 58 Nr. 2 BGB) kann in der Leistung von Diensten bestehen.

Insofern hat das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung, wenn auch mit teilweise unterschiedlicher Begründung entschieden, dass die S.-L.-Schwestern keine Arbeitnehmer/innen Sinne des § 5 BetrVG sind, weil sie ihre Arbeitsleistung aufgrund vereinsrechtlicher Mitgliedschaft erbringen (BAG 18.02.1956 - 2 AZR 254/54 - AP ArbGG 1953 § 5 Nr. 1; 03.06.1975 - 1 ABR 98/74 - AP Nr. 1 zu § 5 BetrVG 1972 S. L.; 20.02.1986 - 6 ABR 5/85 - AP Nr. 2 zu § 5 BetrVG 1972 S. L.; BAG 06.07.1995 - 5 AZB 9/93 - AP Nr. 22 zu § 5 ArbGG 1979; 22.04.1997 - 1 ABR 74/96 - AP Nr. 18 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung; 26.09.2002 - 5 AZB 19/01- AP ArbGG 1979 § 2 Nr. 83; 03.06.2010 - 7 ABR 1/09- NZA 2010, 1302; siehe auch LAG Hessen 30.07.2009 - 5 Sa 225/09 - juris.de; LAG Düsseldorf 30.10.2008 -15 TaBV- 245/08-EzÄÜG BetrVG Nr. 107; LAG Schleswig-Holstein 27.05.2008 - 1 Ta 91/08 - ; OLG Hamburg 29.10.2007 - 11 W 27/07 - DB 2007, 2762-2766). Dies ergibt sich aus der Vereinsautonomie, die es dem Verein ermöglicht, Rechte und Pflichten der Vereinsmitglieder und des Vereins durch Satzung zu regeln (§ 25 BGB). Rechtsgrund der Beitragsleistung ist nicht ein schuldrechtlicher gegenseitiger Austauschvertrag, sondern die Vereinssatzung mit der Beitragsabrede. Die Beitragsleistung erfolgt, um den Vereinszweck zu fördern. Durch Ausübung der Mitgliedschaftsrechte kann das Mitglied auf die Geschicke des Vereins Einfluss nehmen (BAG 26.09.2002 - 5 AZB 19/01 - aaO; 06.07.1995 - 5 AZB 9/93 - aaO). Dem folgt die Kammer.

bb) Die Wahl des Mitgliedschaftsverhältnisses darf aber nicht gegen §§ 134, 138 BGB verstoßen und zu einer Umgehung zwingender Schutzbestimmungen führen (BAG 22.03.1995 - 5 AZB 21/94 - AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 21; 06.07.1995 - 5 AZB 9/93 - AP Nr. 22 zu § 5 ArbGG 1979; 26.09.2002 - 5 AZB 19/01- AP Nr. 83 zu § 2 ArbGG 1979; für die Literatur u.a. ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 142; Richardi/Richardi, BetrVG 9.

Aufl. § 5 Rdnr.), der aber arbeitsrechtliche Beziehungen zum Träger des Krankenhauses nicht ausschließt (Hamann Anm. zum Beschluss des BAG 23.06.2010 - 7 ABR 1/09 - AP BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr. 60).

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann ein Rechtsgeschäft die mit ihm beabsichtigte Wirkung nicht entfalten, wenn es sich als objektive Umgehung zwingender Rechtsnormen darstellt. Das ist gegeben, wenn der Zweck einer zwingenden Rechtsnorm dadurch vereitelt wird, dass andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten missbräuchlich, d.h. ohne einen im Gefüge der einschlägigen Rechtsnorm sachlich rechtfertigenden Grund, verwendet werden. Dabei kommt es nicht auf eine Umgehungsabsicht oder eine bewusste Missachtung der zwingenden Rechtsnormen an; entscheidend ist die objektive Funktionswidrigkeit des Rechtsgeschäfts. Unwirksam ist deshalb auch ein Geschäft, das einen verbotenen Erfolg durch Verwendung von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten zu erreichen sucht, die scheinbar nicht von einer Verbotsnorm erfasst sind (BAG 12.10.1960 - GS 1/59 - BAGE 10/65; 07.11.2007 - 5 AZR 100 7/06 - AP BGB § 613A Nr. 329; 23.11.2006 - 8 AZR 349/06 - AP BGB § 613 a Wiedereinstellung Nr. 1; so auch Palandt/Ellenberger BGB 68. Auflage § 134 Rn. 28).

cc) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze sind die beschäftigten Pflegekräfte, die aufgrund ihrer Vereinsmitgliedschaft für die Arbeitgeberin weisungsgebunden tätig sind, keine Arbeitnehmer.

(1) Der Maßstab erfordert nicht, dass für Vereinsmitglieder die gleichen Schutzrechte bestehen wie für Arbeitnehmer. Dies liefe im Ergebnis auf einen Rechtsformzwang hinaus. Abhängige Beschäftigung dürfte dann nur in ein Arbeitsverhältnis geleistet werden. Müsste das Mitgliedschaftsverhältnis wie ein Arbeitsverhältnis ausgestaltet werden, bliebe von der dem Verein zustehenden Satzungsautonomie nichts übrig. Dem ist aber die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu Recht entgegengetreten (BAG 06.07.1995 aaO; siehe auch LAG Düsseldorf 30.10.2008 aaO.) Insofern kann bei der Betrachtung auch das Recht der Beteiligten, ihrer Beziehung das Vereinsrecht zu Grunde zu legen, nicht außer Acht gelassen werden.

(2) Die Rechtsprechung prüft die Einhaltung von Schutzrechten im Wesentlichen unter dem Gesichtspunkt des Bestandschutzes, der Vergütung und der Mitbestimmung (BAG 06.07.1995 aaO; LAG Hessen 30.07.2009 - 5 Sa 225/09 aaO. LAG Düsseldorf 30.10.2008 - 15 TaBV - 245/08 - EzAÜG BetrVG Nr. 107; LAG Schleswig-Holstein 27.05.2008 - 1 Ta 91/08 -; OLG Hamburg 29.10.2007 - 11 W 27/07- aaO; siehe auch Anmerkung Hamann zu BAG 23.06.2010 aaO).

(a) Der Bestandschutz eines Mitglieds der Schwesternschaft steht in materieller Hinsicht in einem wesentlichen Punkt dem eines Arbeitnehmers nicht zurück. Nach Ablauf der einjährigen Einführungszeit kann das Mitglied nur noch aus wichtigem Grund aus der Schwesternschaft ausgeschlossen werden (§ 8 Nr. 1 Satzung E. Schwesternschaft F.). Entgegen dem Vortrag des Betriebsrats unterscheidet die Vorschrift auch nicht zwischen ordentlichen und außerordentlichen Mitgliedern. Der Ausschluss aus der Schwesternschaft unterliegt genauen Regeln (§ 8 Nr. 2-7) und zu dem der Überprüfung (Schiedsordnung für das Deutsche S. L., Anlage 1 der Satzung).

(b) Soweit der Betriebsrat einer Umgehung von Schutzvorschriften durch den Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen zu Beginn der Mitgliedschaft rügt, weil die Krankenpflege eine Dauertätigkeit sei und damit kein Grund für eine Befristung bestehe, kann dem nicht gefolgt werden. Auch nach dem für Arbeitnehmer geltenden Teilzeit- und Befristungsgesetz ist eine Befristung ohne Sachgrund für die Dauer von zwei Jahren zulässig. (§ 14 Abs. 2 TzBfG). Während der Befristung ist die Kündigung bei Vorbehalt eines Kündigungsrechts ebenfalls möglich. Nach dem Vortrag der Arbeitgeberin erfolgt die Befristung im Regelfall maximal zwei Jahre. Dass die Befristung diesen Zeitraum überschreitet, ergibt sich nicht.

(c) Die Vergütung der in der Pflege tätigen Vereinsmitglieder steht auch nicht hinter den üblichen für Arbeitnehmer geltenden Regelungen zurück. Nach Art. 2 Nr. 3 der Mitgliederverordnung wird den Vereinsmitgliedern eine monatliche Vergütung, die sich nach den für die jeweilige Tätigkeit üblichen Kriterien richtet, garantiert. Hinzu kommen nach Art 2 Nr. 3. b-d) Zulagen, Zuwendungen, Reise- und Umzugskosten, Versicherungsschutz und auch die Zusage einer Altersversorgung. Das Mitglied erhält Entgeltfortzahlung für sechs Wochen und darüber hinaus ab der siebten Woche einen Krankengeldzuschuss ab einer Beschäftigungsdauer von einem Jahr (Nr. 7.). Erholungsurlaub wird nach den gesetz-

lichen Bestimmungen gewährt (Art 2 Nr. 4). Das Mitglied wird zur Fortbildung freigestellt. Für Mutterschutzzeiten und die Elternzeit gelten die gesetzlichen Regelungen (Nr. 7. c).

(d) Die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer unterscheiden sich aber, worauf der Betriebsrat zu Recht hinweist, erheblich von den Mitspracherechten der Vereinsmitglieder. Insbesondere sind die Stellung und Rechte des Betriebsrats, als Interessenvertreter der Arbeitnehmer, nicht mit den Aufgaben und Befugnissen des Beirats vergleichbar. Zudem gehört dem Beirat kraft Amtes die Vorsitzende der Schwesternschaft und damit ein Mitglied quasi "der Arbeitgeberseite" an. Er ist damit in seiner Beratung und auch Beschlussfassung nicht frei vom Einfluss des Leitungsorgans. Zudem kann er nur Empfehlungen aussprechen (§ 24 II 1. der Satzung).

Diesem bestehenden Mangel im Rahmen der Arbeitnehmervertretung stehen aber die vereinsrechtlichen Mitgliedschaftsrechte gegenüber. Sie werden über die Mitgliederversammlung als oberstes Organ der Schwesternschaft ausgeübt. In der Mitgliederversammlung sind die Schwestern mit Sitz und Stimmrecht vertreten. Sie ist quasi für alle wesentlichen Fragen zuständig. Sie hat die Mitglieder des Vorstandes einschließlich der Vorsitzenden des Beirates zu wählen, abzurufen oder auszuschließen, soweit dies in der Satzung vorgesehen ist und bestimmt über Satzungsänderungen und/oder über die Auflösung und Umwandlung der Schwesternschaft, die Höhe des Mitglieds- und/oder des Gemeinschaftskostenbeitrages und die Beiratsordnung (§ 11 Nr. 1.- 4.). Die Rechte der Schwestern (Brüder) geht damit weit über diejenigen der Arbeitnehmer in einem Betrieb hinaus. Damit ist ein dominierender interner Einfluss der Mitgliedsschwestern (Brüder) auf die Geschicke der Schwesternschaft institutionell verankert (Hamann Anm. zu BAG, Beschluss vom 23.06.2010 - 7 ABR 1/09 - a.a.O.).

Die Kammer übersieht nicht, dass der Einfluss nur mittelbar besteht und im Tagesgeschäft relativ gering ist. Es darf auch nicht außer Acht gelassen werden, dass die Vereinsmitglieder in der Mitgliederversammlung unterschiedliche Stimmrechte haben, je nachdem ob sie ordentliche Mitglieder, außerordentliche Mitglieder, Mitglieder in der Ausbildung oder inaktive Mitglieder sind. Letztere haben nach § 12 der Satzung keine Stimme. Trotzdem verbleibt für die aktiven (beschäftigten) Mitglieder ein entscheidender Einfluss auf die Führung des Unternehmens "Schwesternschaft" und die Arbeitsorganisation, der einem Arbeitnehmer bzw. dem Betriebsrat nicht zusteht.

(e) Der Verweis auf die europäischen Richtlinien (Richtlinie 2008/104 EG vom 19.11.2008 gültig ab dem 05.12.2008) zur Arbeitnehmerüberlassung und das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz führt nicht weiter. Die Regelungen kommen nicht zur Anwendung. Nach Art. 1 (1) gilt die Richtlinie für Arbeitnehmer, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um vorübergehend unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten. Arbeitnehmer i.S.d. Richtlinie ist eine Person, die in dem betreffenden Mitgliedstaat nach dem nationalen Arbeitsrecht als Arbeitnehmer geschützt ist (vgl. Artikel 3 (1)). Die aufgrund ihrer vereinsrechtlichen Mitgliedschaft für die Arbeitgeberin tätigen Personen in der Krankenpflege sind aber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der die erkennende Kammer folgt, nicht als Arbeitnehmer zu qualifizieren.

Bei der Beurteilung darf letztlich nicht übersehen werden, dass die Beklagte gemeinnützig ist. Nach § 3 Satz 1 der Satzung ist Zweck der Schwesternschaft die Förderung der öffentlichen Gesundheitspflege. Sie "soll das Zusammengehörigkeitsbewusstsein der Schwestern festigen und ihnen die Ausübung ihres Berufes im karitativen Geist unter dem Zeichen des S. Kreuzes ermöglichen" (BAG 06.07.1995 aaO). Wie das Bundesarbeitsgericht (siehe 4.b), aa)) bereits in seinen früheren Entscheidungen betont hat, handelt es sich um einen in der gesamten zivilisierten Welt anerkannten Zusammenschluss. Unter Berücksichtigung dieser gesamten Umstände ist eine rechtsmissbräuchliche Gestaltungsmöglichkeit und damit eine Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften nicht gegeben.

(dd) Soweit der Betriebsrat letztlich ausführt, dass seit 2003 nur noch Mitglieder eingesetzt werden, und damit die Schwester/der Bruder gezwungen wird, Mitglied im Verein zu werden, um etwa im Uniklinikum tätig zu werden können, führt das nicht zu einer anderen Beurteilung. Wie das Arbeitsgericht zu Recht ausgeführt hat, ist der Entschluss des Universitätsklinikums, nur mit Gestellungskräften zu arbeiten, eine unternehmerische Entscheidung des Klinikums. Die Frage, ob künftig Arbeitsverträge mit Bewerbern um eine Pflegestelle geschlossen werden, unterliegt der Vereinsautonomie. Dadurch wird auch ihre Tätigkeitsausübung nicht unzumutbar eingeschränkt. Die Pflegekräfte können sich bei ande-

ren Arbeitgebern im Bereich der Kranken-, Kinderkranken- und Altenpflege um eine Anstellung als Arbeitnehmer in der Pflege bemühen.

c) Die Voraussetzungen des § 5 Abs.1 S. 2, 3 BetrVG sind ebenfalls nicht erfüllt, da die aufgrund ihrer Vereinsmitgliedschaft in den bezeichneten Bereichen tätigen Pflegekräfte nicht zu dem dort aufgeführten Personenkreis gehören."

In seinem Vorlagebeschluss vom 17.03.2015 (- 1 ABR 62/12 (A), ZTR 2015, 400, Rn. 12) hat das Bundesarbeitsgericht erneut ausgeführt, dass Mitglieder der E.-Schwesterschaften keine Arbeitnehmer im Sinne des im nationalen Recht verwandten allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs sind und hierzu Folgendes angeführt:

„Mitglieder der E.-Schwesterschaften sind nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts keine Arbeitnehmer im Sinne des im nationalen Recht verwandten allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs. Sie erbringen ihre Arbeitsleistung zwar in fremdbestimmter persönlicher Abhängigkeit. Rechtsgrundlage für die von ihnen geschuldeten Dienste ist aber kein privatrechtlicher Vertrag, sondern der privatautonom begründete Vereinsbeitritt zu der Schwesterschaft und die damit verbundene Pflicht, den Vereinsbeitrag in der Leistung von Diensten in persönlicher Abhängigkeit zu erbringen. Ein Rechtssatz, wonach bei solchen Diensten ausschließlich ein Arbeitsverhältnis begründet wird, besteht im nationalen Recht nicht. Entsprechend der grundgesetzlich geschützten Vereinsautonomie (Art. 9 Abs. 1 GG) können abhängige Dienste auch als Mitgliedschaftsbeitrag erbracht werden, soweit durch die Arbeitspflichten zwingende arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen nicht umgangen werden. Eine solche Umgehung hat das Bundesarbeitsgericht angesichts der für die Vereinsmitglieder in den Satzungen und Mitgliedsordnungen der Schwesterschaften vorgesehenen Leistungen verneint (BAG 6. Juli 1995 - 5 AZB 9/93 - zu B I 2 b und c der Gründe, BAGE 80, 256)."

(2) Trotz dieser Rechtsprechung ist zur Überzeugung der Kammer nicht offenkundig, dass die Mitglieder der E.-Schwesterschaften keine Arbeitnehmer i.S.v. § 5 Abs. 1 BetrVG sind. Gegen die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind von Mestwerdt (NZA 2014, 281; entgegen BAG für Arbeitnehmereigenschaft i.S.v. § 5 Abs. 1 BetrVG z.B. auch Fitting, BetrVG, 26. Aufl. 2014, § 7 Rn. 50) erhebliche Einwände vorgebracht worden, die nicht von vornherein von der Hand zu weisen sind. Er hat zutreffend darauf hingewiesen, dass das Bundesarbeitsgericht in seiner sonstigen Rechtsprechung für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft nicht darauf abstellt, wie die Parteien das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis bezeichnet haben, sondern dass letztlich bei einem Widerspruch zwischen Vereinbarung und tatsächlicher Durchführung letztere maßgeblich ist (Mestwerdt a.a.O. S. 281). Richtig ist zwar, dass nach der Satzung des Antragstellers die Mitglieder mit ihm ausdrücklich kein Arbeitsverhältnis begründen, und zwar auch dann, wenn sie im Rahmen von Gestellungsverträgen bei einem Dritten tätig sind (§ 7 Abs. 2 Satz 2 der Satzung). Nach ihrer tatsächlichen Durchführung ist es aber nicht von vornherein von der Hand zu weisen, dass diejenigen Mitglieder des Antragstellers, die bei einem Dritten gegen Vergütung fremdbestimmt aufgrund von Gestellungsverträgen tätig werden, als Arbeitnehmer einzuordnen sind. Durch den Beitritt zur Schwesterschaft wird - vermittelt durch die Satzung - eine Pflicht zur Arbeitsleistung geschaffen, der eine Vergütungspflicht der Schwesterschaft gegenübersteht. Die Mitgliedschaft dient von Seiten des Mitglieds der Bestreitung des Lebensunterhalts und von Seiten der Schwesterschaft im Gegenzug dazu, das neue Mitglied zur Arbeitsleistung verpflichten zu können (so Mestwerdt a.a.O. S. 283). Dies wird besonders deutlich daran, dass die Mitglieder außerhalb der Schwesterschaft nicht hauptberuflich tätig sein dürfen, sondern dem Verein ihre volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen haben (§ 7 Abs. 1 Sätze 1 und 2 der Satzung). Es spricht auch einiges dafür, dass es nicht um die Erbringung ehrenamtlicher Tätigkeit in einem Verein geht, sondern in Wirklichkeit auch darum - wie bei einem Leiharbeiter - bei einem Dritten gegen Entgelt fremdbestimmte Arbeit zu erbringen. Weiter hat Mestwerdt (a.a.O. S. 283) ebenfalls nicht von vornherein von der Hand zu weisen, darauf hingewiesen, dass die Vereinsautonomie zwar grundrechtlich geschützt ist, aber letztlich Ausfluss der allgemeinen Vertragsfreiheit ist. Sie kann deshalb keinen weitergehenden Gestaltungsfreiraum in Anspruch nehmen als die allgemeine Vertragsfreiheit. Ein Arbeitgeber kann sich dem Arbeitsrecht nicht dadurch entziehen, dass er die Beschäftigung über einen "Beschäftigungsverein" körperchaftlich aus gestaltet. Soweit der Antragsteller in seinem Vorbringen auf die karitative Zwecksetzung, die Gemeinnützigkeit und die Grundsätze der Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung hinweist, ist für die Kammer nicht ersichtlich, aus welchen Gründen diese für sich genommen ein Argument dafür sein sollen, die Arbeitnehmereigenschaft zu verneinen. Den gesetzlichen Wertungen lässt sich dies jedenfalls nicht entnehmen. Das vom Antragsteller herangezogene Gesetz über das Deutsche S. L. und andere

freiwillige Hilfsgemeinschaften im Sinne der Genfer Rotkreuz-Abkommen (BGBl. I 2008, 2346), erkennt das Deutsche S. L. e.V. zwar besonders an, enthält aber keine Regelung dazu, in welcher Form die Beschäftigung bei einem Einsatz von dessen Mitgliedern allgemein oder im Rahmen von Gestellungsverträgen erfolgen soll oder darf. Und gerade im hier streitigen Bereich des Betriebsverfassungsrechts sind Unternehmen, die unmittelbar und überwiegend karitative Zwecke nicht von vorneherein angenommen (vgl. § 118 Abs. 1 BetrVG).

Und auch das Bundesarbeitsgericht führt in seiner Begründung zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof aus, dass Leiharbeiternehmer und Mitglieder der Schwesternschaften gleichermaßen in ihren Rechtsverhältnissen zur Leistung abhängiger Arbeit gegen Zahlung einer Vergütung verpflichtet sind und beide Personalkategorien entleihenden Unternehmen nach deren Weisungen zur Arbeitsleistung überlassen werden. Auch die Tätigkeit der als Leiharbeitsunternehmen und entleihenden Unternehmen handelnden Rechtsträger unterscheidet sich nicht (BAG 17.03.2015 a.a.O. Rn. 21). Es bestehen zur Überzeugung der Kammer schon auf der Grundlage der bisher angebrachten Argumente Zweifel, ob die E.-Schwestern, welche aufgrund des Gestellungsvertrags im Universitätsklinikum F. arbeiten, nicht als Arbeitnehmer im Sinne von § 5 Abs. 1 BetrVG einzuordnen sind. Hinzu kommt, dass das Bundesarbeitsgericht Zweifel hat, ob die E.-Schwestern, die aufgrund von Gestellungsverträgen gegen Entgelt fremdbestimmt bei einem Dritten tätig sind, nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/14/EG vom 19.11.2008 über Leiharbeit fallen (BAG 17.03.2015 a.a.O.). Diese Frage stellte sich im Rahmen der Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs von § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Es ist nicht hinreichend geklärt, ob das Unionsrecht der Heranziehung der im nationalen Recht geltenden Grundsätze entgegensteht, die nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG Dritten zur Arbeitsleistung überlassen werden (BAG 17.03.2015 a.a.O. Rn. 17). Auf dieser Grundlage bestehen zur Überzeugung der Kammer dann aber auch Zweifel, ob es dabei bleiben kann, dass die E.-Schwestern, welche aufgrund von Gestellungsverträgen Dritten zur Arbeitsleistung gegen Entgelt überlassen werden, keine Arbeitnehmer i.S.d. § 5 Abs. 1 BetrVG sind. Zwar ist es denkbar, dass sich die Arbeitnehmereigenschaft, wie sie sich ggfs. aus dem Unionsrecht ergibt, nur auf § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG auswirkt. Ebenso gut ist es aber denkbar und vielleicht sogar naheliegender, die E.-Schwestern, welche aufgrund von Gestellungsverträgen Dritten zur Arbeitsleistung gegen Entgelt überlassen werden, dann auch im Sinne von § 5 Abs. 1 BetrVG als Arbeitnehmer anzusehen. So hat der Gesetzgeber die Einfügung des § 7 Satz 2 BetrVG damit begründet, dass diese Vorschrift insbesondere Leiharbeitnehmern im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zu Gute kommen soll (BT-Drs. 14/5471 S. 36). Der Gesetzgeber geht mithin davon aus, dass Leiharbeiternehmer im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG im Grundsatz Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes sind, was dadurch zum Ausdruck kommt, dass er in der Begründung im Satz zuvor ausführt, dass das Wahlrecht des Leiharbeitnehmers im Stammbetrieb unberührt bleibt (BT-Drs. 14/5471 S. 36). Der Gesetzgeber geht letztlich ohne weiteres davon aus, dass Arbeitnehmer i.S.d. AÜG im Stammbetrieb wahlberechtigt und dort Arbeitnehmer i.S.v. § 5 Abs. 1 BetrVG sind. Fraglich und regelungsbedürftig war lediglich das Wahlrecht im Entleiherbetrieb. Es ist außerdem nicht offenkundig, dass die sich daraus möglicherweise abzuleitenden Folgen nur auf Mitglieder des Antragstellers beschränken, die tatsächlich bei einem Dritten im Rahmen eines Gestellungsvertrags tätig sind. Auf der Grundlage der Satzung (§ 7 Abs. 2 Satz 1) ist die hauptberufliche Tätigkeit (§ 7 Abs. 1 Satz 1) bei der Schwesternschaft selbst, ihren Einrichtungen oder einem Dritten zu verrichten. Im Hinblick auf diese verschiedenen Einsatzmöglichkeiten erscheint eine Differenzierung des Status je nach Einsatzort nicht angezeigt. Letztlich lässt die Kammer offen, ob die Mitglieder des Antragstellers Arbeitnehmer sind. Offenkundig ist dies aufgrund der obigen Ausführungen nicht, weshalb die Betriebsratswahl vom 30./31.07.2014 nicht nichtig ist. Daran ändern auch die übrigen vom Antragsteller angeführten Argumente, insbesondere die erweiterte Stellung des Beirats nichts.

b) Solange das noch nicht abgeschlossene Anfechtungsverfahren läuft, stehen dem Beteiligten zu 2) die Rechte aus § 99 BetrVG betreffend die Versetzung von Frau W. zu.

aa) Ist die Betriebsratswahl nicht nichtig, sondern nur anfechtbar, bleibt die gewählte Vertretung bis zur Rechtskraft einer die Wahl für ungültig erklärenden gerichtlichen Entscheidung mit allen betriebsverfassungsrechtlichen Befugnissen im Amt. Die erfolgreiche Anfechtung der Wahl nach § 19 Abs. 1 BetrVG hat also keine rückwirkende Kraft, sondern wirkt nur für die Zukunft (BAG 13.03.1991 - 7 ABR 5/90, AP Nr. 20 zu § 19 BetrVG Rn. 13; BAG 09.06.2011 - 6 AZR 132/10, juris Rn. 13). Bis zu dem Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung der Ungültigkeit der Wahl ist auch vom Bestehen eines Betriebs im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes auszugehen (BAG 09.06.2011 a.a.O. Rn. 14).

bb) Die hier streitige Betriebsratswahl ist nicht nichtig. Sie ist bislang auch nicht rechtskräftig für anfechtbar erklärt worden. Der Beteiligte zu 2) ist deshalb mit allen betriebsverfassungsrechtlichen Befugnissen im Amt. Ihm steht deshalb das Mitbestimmungsrecht aus § 99 BetrVG zu. Dies kann nicht damit verneint werden, dass im Betrieb keine zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmer beschäftigt würden. Diese Voraussetzung ist zur Überzeugung der Kammer aufgrund der Wirkung der Anfechtung nur für die Zukunft derzeit gegeben. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG stellt auf die Anzahl von zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern ab. Von diesen ist aufgrund des Umstandes, dass die Wahl nicht nichtig ist, derzeit auszugehen. Verneinte man die Nichtigkeit gerade mit der Begründung, dass nicht offensichtlich ist, dass die hier in Rede stehenden Mitglieder des Antragstellers keine Arbeitnehmer sind, prüfte dies aber voll im Rahmen von § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, obwohl auch dort auf die wahlberechtigten Arbeitnehmer abgestellt wird, würde man im Ergebnis über diesen Weg die nur auf die Zukunft bezogene Wirkung der Anfechtung wieder entfallen lassen. Dies gilt jedenfalls bei einem fünfzehnköpfigen Betriebsrat, wie er hier gebildet ist, der über 1000 wahlberechtigte Arbeitnehmer voraussetzt (§ 9 Satz 1 BetrVG). Der nur anfechtbar, aber nicht nichtig gewählte Betriebsrat ist mit allen betriebsverfassungsrechtlichen Befugnissen im Amt. Bei einem fünfzehnköpfigen Betriebsrat ist dies auch das Mitbestimmungsrecht aus § 99 Abs. 1 BetrVG. Es wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Anfechtung fingiert, dass die für einen fünfzehnköpfigen Betriebsrat erforderliche Anzahl wahlberechtigter Arbeitnehmer im Betrieb vorhanden ist. Für § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG gilt dann nichts anderes, zumal die Vorschrift weiter gefasst ist und auf das Unternehmen abstellt.

cc) Die weiteren Voraussetzungen des Mitbestimmungsrechts gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG betreffend die Versetzung von Frau W. in die M-Dialyse sind gegeben.

(1) Dass es sich bei der Maßnahme als solche um eine Versetzung handelt, ist nicht streitig und es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass dies nicht der Fall ist.

(2) Dem Mitbestimmungsrecht betreffend die Versetzung von Frau W. aus § 99 BetrVG steht nicht entgegen, dass diese im Universitätsklinikum F. eingesetzt ist. Durch das Mitbestimmungsrecht aus § 99 BetrVG sollen die Interessen der Belegschaft geschützt werden (BAG 09.10.2013 - 7 ABR 13/12, juris Rn. 17). Diese sind bei dem drittbezogenen Personaleinsatz bei einer Versetzung auch im Stammbetrieb betroffen, weil sich für dortige Arbeitnehmer z.B. Nachteile ergeben können (§ 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG) oder z.B. eine erforderliche Ausschreibung im Betrieb unterblieben sein kann (§ 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG). Dem kann - so der Antragsteller im Termin - nicht entgegengehalten werden, bei ihm würden jetzt ja keine Arbeitnehmer mehr beschäftigt, so dass sich die erforderliche Betroffenheit von Arbeitnehmern im Stammbetrieb nicht mehr ergeben würde. Auch insoweit gilt, dass der gewählte Betriebsrat aufgrund der Zukunftsbezogenheit der Anfechtung derzeit mit den vollen betriebsverfassungsrechtlichen Rechten im Amt ist und im konkreten Fall diese Wirkung - ebenso wie im Anwendungsbereich des § 99 Abs. 1 BetrVG - nicht damit verneint werden kann, dass es sich bei den hier in Rede stehenden Mitgliedern nicht um Arbeitnehmer handele.

Es ist auch für die Versetzung nicht deshalb alleine der Betriebsrat im Universitätsklinikum F. zuständig, weil sich der Antragsteller aufgrund des Gestellungsvertrags bei Versetzungen seiner Personalhoheit vollständig begeben hätte. Zu beteiligen ist ausschließlich der Betriebsrat bei dem Arbeitgeber, der die Entscheidung trifft. Der Antragsteller muss wenigstens einen Teil der Arbeitgeberstellung ausüben (BAG 09.10.2013 a.a.O. Rn. 22). Dies ist aufgrund des Gestellungsvertrags und der tatsächlichen Praxis, wie sie sich aus dem schriftlichen Vorbringen und der Anhörung im Termin ergibt, zu bejahen. Zwar ist mit der Versetzung von Frau W. keine Umgruppierung verbunden. Gleichwohl behält der Antragsteller das Direktionsrecht bei einer Versetzung gemäß § 3 Abs. 3 Satz 2 des Gestellungsvertrags. Es geht nicht um eine bloße Weisung oder organisatorische Maßnahme im Sinne von § 3 Abs. 3 Satz 1 oder 3 des Gestellungsvertrags, sondern um eine Versetzung von Frau W. auf die M-Dialyse in Ausübung des Direktionsrechts durch den Antragsteller. In diesem Fall bleibt das Direktionsrecht des Antragstellers gemäß § 3 Abs. 3 Satz 2 des Gestellungsvertrags unberührt. Dass insoweit Abstimmungen mit dem Universitätsklinikum F. erforderlich sind, steht dem nicht entgegen. Zwar hat der Antragsteller in der Anhörung zunächst ausgeführt, dass er eine Versetzung im Auftrag des Universitätsklinikums durchführe, dann aber eingeräumt, dass er diese letztlich durchführt, was aber nur in Abstimmung mit dem Universitätsklinikum möglich sei. Es sei in der Vergangenheit zudem vorgekommen, dass Versetzungen zwischen Universitätsklinikum und Antragsteller strittig wurden. Und auch die konkreten Gespräche betreffend die Versetzung von Frau W. aufgrund der vorgebrachten Kritikpunkte sind maßgeblich auch vom Antragsteller geführt worden. So ist der Vermerk vom 30.09.2014 (Anlage AST 4) von einem

Vorstandsmitglied des Antragstellers unterzeichnet worden und ausdrücklich ausgeführt, dass ein neuer Termin zur Problematik von der Schwesternschaft initiiert wird. Danach hat der Antragsteller betreffend die Versetzung von Frau W. in die M-Dialyse sich seiner Arbeitgeberstellung nicht vollständig begeben.