

Auswertung von Gerichtsentscheidungen zum novellierten Betriebsverfassungsgesetz

von Rechtsanwältin Stefanie Ecke, Hamburg¹

im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf

Stand Juni 2005

¹ Die Autorin ist Partnerin der Sozietät Ecke & Feuersenger in Hamburg

Auswertung von Gerichtsentscheidungen zum novellierten Betriebsverfassungsgesetz

| | | |
|--------------|--------------------------------|------------|
| I. | § 1 BetrVG | 4 |
| | 1. Bundesarbeitsgericht | 4 |
| | 2. Landesarbeitsgerichte | 6 |
| | 3. Arbeitsgerichte | 14 |
| II. | § 3 BetrVG | 19 |
| | 1. Bundesarbeitsgericht: | 20 |
| | 2. Landesarbeitsgerichte | 21 |
| | 3. Arbeitsgerichte | 22 |
| III. | § 4 BetrVG | 26 |
| | 1. Bundesarbeitsgericht | 26 |
| | 2. Landesarbeitsgerichte | 28 |
| IV. | § 5 BetrVG | 31 |
| | 1. Bundesarbeitsgericht | 32 |
| | 2. Landesarbeitsgerichte | 33 |
| | 3. Arbeitsgerichte | 35 |
| V. | §§ 7, 9 BetrVG | 37 |
| | 1. Bundesarbeitsgericht | 38 |
| | 2. Landesarbeitsgerichte | 46 |
| | 3. Arbeitsgerichte | 64 |
| VI. | § 14 BetrVG | 78 |
| | 1. Landesarbeitsgerichte | 78 |
| | 2. Arbeitsgerichte | 81 |
| VII. | § 14 a BetrVG | 82 |
| | 1. Bundesarbeitsgericht | 82 |
| | 2. Landesarbeitsgerichte | 83 |
| | 3. Arbeitsgerichte | 85 |
| VIII. | § 15 BetrVG | 87 |
| | 1. Bundesarbeitsgericht | 87 |
| | 2. Landesarbeitsgerichte | 93 |
| | 3. Arbeitsgerichte | 99 |
| IX. | § 17 a BetrVG | 103 |
| | 1. Landesarbeitsgerichte | 103 |
| | 2. Arbeitsgerichte | 104 |
| X. | § 21 a BetrVG | 104 |
| | 1. Bundesarbeitsgericht | 104 |
| | 2. Landesarbeitsgerichte | 107 |
| | 3. Arbeitsgerichte | 109 |
| XI. | § 37 BetrVG | 112 |
| | 1. Bundesarbeitsgericht | 113 |
| | 2. Landesarbeitsgerichte | 118 |
| XII. | § 38 BetrVG | 121 |
| | 1. Bundesarbeitsgericht | 121 |
| | 2. Landesarbeitsgerichte | 122 |
| | 3. Arbeitsgerichte | 124 |
| XIII. | § 40 Abs.2 BetrVG | 125 |
| | 1. Bundesarbeitsgericht | 126 |
| | 2. Landesarbeitsgerichte | 130 |
| | 3. Arbeitsgerichte | 140 |

| | | |
|---------------|---|------------|
| XIV. | § 51 BetrVG | 142 |
| | 1. Bundesarbeitsgericht | 143 |
| | 2. Landesarbeitsgerichte | 143 |
| | 3. Arbeitsgerichte | 145 |
| XV. | § 54 BetrVG | 145 |
| | 1. Landesarbeitsgerichte | 145 |
| XVI. | § 80 Abs.2 Satz 1 2. Halbsatz BetrVG | 146 |
| | 1. Landesarbeitsgerichte | 146 |
| XVII. | § 87 Abs.1 Nr. 13 BetrVG | 147 |
| | 1. Landesarbeitsgerichte | 147 |
| XVIII. | § 92 a BetrVG | 148 |
| | 1. Landesarbeitsgerichte | 148 |
| | 2. Arbeitsgerichte | 149 |
| XIX. | § 97 Abs.2 BetrVG | 150 |
| | 1. Landesarbeitsgerichte | 150 |
| XX. | § 99 BetrVG | 151 |
| | 1. Bundesarbeitsgericht | 152 |
| | 2. Landesarbeitsgerichte | 154 |
| | 3. Arbeitsgerichte | 156 |
| XXI. | § 103 Abs.3 BetrVG | 159 |
| | 1. Arbeitsgerichte | 159 |
| XXII. | § 111 Satz 2 BetrVG | 161 |
| | 1. Landesarbeitsgerichte | 161 |

I. § 1 BetrVG

Mit § 1 Abs.2 Nr. 1 BetrVG und seiner Vermutungswirkung befasste sich eine erhebliche Anzahl gerichtlicher Entscheidungen. Die Regelung knüpft an die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum gemeinsamen Betrieb an, ohne dabei aber das entscheidende Kriterium der ausdrücklich oder konkludent vereinbarten einheitlichen Leitung zu nennen. Ist der Tatbestand des § 1 Abs. 2 Nr.1 BetrVG erfüllt, wird widerlegbar vermutet, dass eine einheitliche Leitung mit wesentlichen Arbeitgeberfunktionen in sozialen und personellen Angelegenheiten besteht. Durch diese „Vermutungsregel“ soll es dem Betriebsrat erleichtert werden, den Nachweis einer gemeinsamen Führungsvereinbarung als Voraussetzung für das Bestehen eines gemeinsamen Betriebs zu erbringen. Greifen die Vermutungstatbestände jedoch nicht ein, schließt dies das Bestehen eines gemeinsamen Betriebs nicht aus. Dann bleibt auch weiterhin nur der Weg vor das Arbeitsgericht, um festzustellen, ob nach den konkreten betrieblichen Umständen auf eine Führungsvereinbarung geschlossen werden kann.

Die Vermutungsregelung bedeutet zwar einen Schritt in Richtung einer einfacheren und effizienteren Wahrnehmung betriebsrätlicher Aufgaben. Allerdings sind nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts trotz der Neufassung vielfältige materiellrechtliche Probleme des Gemeinschaftsbetriebs noch immer nicht gesetzlich geregelt. Es ist daher davon auszugehen, dass in diesem Bereich auch weiterhin erheblicher gerichtlicher Klärungsbedarf bestehen wird.

- BAG 1 AZR 473/03 vom 29.09.04
- BAG 7 ABR 27/03 vom 11.02.04
- BAG 7 ABR 18/03 vom 22.10.03

- LAG München, Az: 6 TaBV 64/01 vom 12.11.02
- Hessisches LAG; Az: 9 TaBV 71/03 vom 22.01.04
- Hessisches LAG; Az: 9 TaBV 182/02 vom 26.06.03
- Hessisches LAG, Az: 9 TaBV 100/02 vom 13.02.03
- LAG Hamm 13 TaBV 57/04 vom 10.09.04
- LAG Hamm 10 TaBV 103/03 vom 26.03.04
- LAG Sachsen-Anhalt, Az: 8 TaBV 14/02 vom 30.09.03

- ArbG Karlsruhe, Az: 1 BV 1/02 vom 18.10.02
- ArbG Darmstadt, Az: 2 BV 10/01 vom 15.10.01
- ArbG Oldenburg, Az: 3 BV 8/01 vom 23.01.02
- ArbG Oldenburg, Az: 3 BV 4/02 vom 19.02.03
- ArbG Bautzen, Az: 3 BV 3001/02 vom 13.09.02
- ArbG Magdeburg, Az: 7 BV 36/04 vom 18.08.04
- ArbG Magdeburg, Az: 9 BV 19/04 vom 22.06.04

1. Bundesarbeitsgericht

- **BAG 1 AZR 473/03 vom 29.09.04**; vorgehend: LAG Köln, Az: 3 (7) Sa 1120/02 vom 04.06.03; ArbG Köln 17 Ca 127/02 vom 18.06.02:

„Zwar wurde durch das Betriebsverfassungsreformgesetz 2001 die Figur des Gemeinschaftsbetriebes in § 1 Abs.1 Satz 2, Abs.2 BetrVG ins Gesetz aufgenommen, die Regelung damit verbundener materiellrechtlicher Probleme bleibt aber mangels gesetzlicher Regelung der Rechtsprechung überlassen.“ (Orientierungssatz der Bearbeiterin)

(zum Sachverhalt: vgl. BAG 1 AZR 473/03 vom 29.09.04 in § 99 BetrVG)

Das BAG führt aus, das Betriebsverfassungs-Reformgesetz 2001 habe in § 1 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BetrVG die Figur des Gemeinschaftsbetriebs erstmals ins Gesetz aufgenommen. Der Gesetzgeber habe aber dabei vielfältige materiellrechtliche Probleme des Gemeinschaftsbetriebs, so z.B. die Frage, gegenüber welchem der am Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Arbeitgeber die verschiedenen im Gesetz vorgeschriebenen Mitbestimmungsrechte jeweils auszuüben sind, an keiner Stelle geregelt. Das spreche dafür,

dass er diese Aufgabe, die möglicherweise nach Beteiligungsrechten und Fallkonstellationen differenzierte Lösungen erfordere, der Rechtsprechung überlassen wollte.

- **BAG 7 ABR 27/03 vom 11.02.04**; vorgehend: Hessisches LAG, Az: 9 TaBV 100/02 vom 13.02.03; ArbG Kassel, Az: 7 BV 8/01 vom 29.05.02:

„§ 1 Abs 2 BetrVG in der Fassung des am 28. Juli 2001 in Kraft getretenen Gesetzes zur Reform der Betriebsverfassung vom 23. Juli 2001 enthält keine eigenständige Definition des gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen. Nach dieser Vorschrift wird lediglich bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen vermutet, dass ein gemeinsamer Betrieb besteht. Greifen die Vermutungstatbestände nicht ein, schließt dies das Bestehen eines gemeinsamen Betriebs nicht aus.“

Die Beteiligten streiten im Verfahren nach § 18 Abs. 2 BetrVG darüber, ob die beteiligten Arbeitgeber einen gemeinsamen Betrieb führen.

Der eine Arbeitgeber ist ein gemeinnütziger Verein zur Förderung der beruflichen und sozialen Integration behinderter Menschen. Es besteht eine externe Verwaltungszentrale. Die laufenden Geschäfte des Vereins werden satzungsgemäß nicht vom Vorstand, sondern von der Geschäftsleitung geführt.

Die andere Arbeitgeberin ist eine gGmbH, die ebenfalls die berufliche und soziale Integration behinderter und von Behinderung bedrohter Menschen fördert. Gesellschafter ist u.a. der beteiligte Verein. Bei dem Geschäftsführer der Gesellschaft und seinem Stellvertreter handelt es sich um dieselben Personen wie bei der Geschäftsleitung des Vereins. Die Geschäftsstelle der gGmbH befindet sich in demselben Gebäude wie der Verwaltungssitz des Vereins.

Eine gemeinsame Nutzung der Betriebsmittel beider Unternehmen findet ebenso wenig statt wie ein Austausch der Arbeitnehmer. Der Verein und die gGmbH erbringen einander Dienstleistungen, die sie sich wechselseitig in Rechnung stellen, die Lohnbuchhaltung erledigt der Verein auf Rechnung auch für die Arbeitnehmer gGmbH. Die Einstellung des Personals für die gGmbH erfolgt vom Verwaltungssitz des Vereins aus, wo auch die Personalakten geführt und aufbewahrt werden, dort werden auch die Rechnungen für die gGmbH erstellt, geprüft und Abrechnungen für Betreuungsleistungen und Ausbildungsleistungen vorgenommen.

Nach Auffassung des BAG führen die beteiligten Arbeitgeber einen gemeinsamen Betrieb.

Nach § 1 Abs. 2 BetrVG werde ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen vermutet, wenn zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke die Betriebsmittel sowie die Arbeitnehmer von den Unternehmen gemeinsam eingesetzt würden (Nr. 1) oder wenn die Spaltung eines Unternehmens zur Folge habe, dass von einem Betrieb ein oder mehrere Betriebsteile einem an der Spaltung beteiligten Unternehmen zugeordnet würden, ohne dass sich dabei die Organisation des betroffenen Betriebs wesentlich ändere (Nr. 2).

Der Gesetzgeber habe den Begriff des gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen nicht eigenständig definiert, sondern unter Zugrundelegung des von der Rechtsprechung entwickelten Begriffs geregelt, dass unter den genannten Voraussetzungen ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen - widerlegbar - vermutet werde. Die Vermutungstatbestände dienten dem Zweck, Betriebsräten und Wahlvorständen den in der Praxis oft schwer zu erbringenden Nachweis einer Führungsvereinbarung zu ersparen. Die von der Rechtsprechung zum Gemeinschaftsbetrieb entwickelten Grundsätze gälten daher auch nach dem Inkrafttreten des Betriebsverfassungsreformgesetzes weiter, wobei das Bestehen eines einheitlichen Leitungsapparats unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 BetrVG vermutet werde. Griffen die Vermutungstatbestände nicht ein, bestehe dennoch ein gemeinsamer Betrieb, wenn sich mehrere Unternehmen - ausdrücklich oder konkludent - zur Führung eines gemeinsamen Betriebs rechtlich verbunden hätten. Dabei könne auf die Existenz einer Führungsvereinbarung aus den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles geschlossen werden.

Der Vermutungstatbestand des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG greife hier nicht ein, denn es erfolge weder eine gemeinsame Nutzung der Betriebsmittel, noch finde ein Austausch der Arbeitnehmer statt.

Aus den konkreten betrieblichen Umständen könne aber geschlossen werden, dass sich die beteiligten Arbeitgeber zur Führung eines gemeinsamen Betriebs verbunden hätten.

Für das Bestehen einer einheitlichen Leitung in personellen und sozialen Angelegenheiten spreche nämlich, dass die Personalakten der bei gGmbH beschäftigten Arbeitnehmer bei der Verwaltung des Vereins geführt und Arbeitsverträge und sonstige personenbezogene Schriftstücke durch das Sekretariat des

Vereins für die gGmbH erstellt werden. Dabei handele es sich um Angelegenheiten, die üblicherweise vom Arbeitgeber wahrgenommen und nicht als Serviceleistungen an Dritte vergeben würden. Ebenso sei die Personenidentität in der Geschäftsführung beider Unternehmen sei ein wesentliches Indiz für das Bestehen eines einheitlichen Leitungsapparats.

- **BAG 7 ABR 18/03 vom 22.10.03**; vorgehend: LAG München, Az: 6 TaBV 64/01 vom 12.11.02; ArbG München, Az: 30 BV 78/00 vom 07.06.01:

Die Beteiligten streiten darüber, ob die neun beteiligten Arbeitgeberinnen einen gemeinsamen Betrieb führen, für den der Antragsteller als Betriebsrat zuständig ist.

Der Antragsteller war Betriebsrat einer GmbH. Das Unternehmen wurde in die neun Arbeitgeberinnen aufgespalten und die Arbeitsbereiche der GmbH wurden auf die neu gegründeten Unternehmen aufgeteilt. Dabei wurden fünf Unternehmensbereiche geschaffen, denen die einzelnen Arbeitgeberinnen entsprechend ihren Aufgabenbereichen zugeordnet sind.

Der Betriebsrat war der Auffassung, die Arbeitgeberinnen führten einen gemeinsamen Betrieb. Bei der GmbH bestehe eine Personalabteilung, die die personellen Angelegenheiten für sämtliche Arbeitgeberinnen wahrnehme; die Geschäftsführer der Arbeitgeberinnen hätten keine eigene Entscheidungskompetenz., sondern seien allenfalls vollziehende Organe der GmbH.

Das BAG ist der Auffassung, ein gemeinsamer Betrieb liege hier nicht vor.

Nach § 1 Abs. 2 BetrVG werde ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen widerlegbar vermutet, wenn zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke die Betriebsmittel sowie die Arbeitnehmer von den Unternehmen gemeinsam eingesetzt würden oder wenn die Spaltung eines Unternehmens zur Folge habe, dass von einem Betrieb ein oder mehrere Betriebsteile einem an der Spaltung beteiligten Unternehmen zugeordnet würden, ohne dass sich dabei die Organisation des betroffenen Betriebs wesentlich ändere .

Hiernach führten die beteiligten Arbeitgeberinnen keinen gemeinsamen Betrieb. Die Arbeitgeberfunktionen in personellen und sozialen Angelegenheiten würden seit der Spaltung nicht institutionell einheitlich wahrgenommen. Eine etwaige Vermutung i.S.v. § 1 Abs. 2 BetrVG sei widerlegt.

Es sei festgestellt worden, dass seit der Spaltung die Personalabteilung bei der GmbH, die bis dahin personelle Angelegenheiten der beteiligten Arbeitgeberinnen wahrgenommen habe, nicht mehr bestehe. Der bei der GmbH tätige Personalleiter habe nur Personalzuständigkeit für den Bereich der GmbH. Die Zuständigkeit für personelle Angelegenheiten sei auf die einzelnen Geschäftsführer der beteiligten Arbeitgeberinnen übertragen worden, die diese auch wahrnehmen.

2. Landesarbeitsgerichte

Bayern:

- **LAG München, Az: 6 TaBV 64/01 vom 12.11.02**; vorgehend: ArbG München, Az: 30 BV 78/00 vom 07.06.01; nachgehend: BAG 7 ABR 18/03 vom 22.10.03:

„Nach der Rechtsprechung des BAG ist von einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen auszugehen, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leistungsapparat gesteuert wird. Dazu müssen sich die beteiligten Unternehmen zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben (in Anlehnung an den Beschluss des BAG vom 21.02.2001 - ABR 9/00 = NZA 2002, 56).“

(Zu Sachverhalt und Gründen: vgl. BAG 7 ABR 18/03 vom 22.10.03)

Das LAG führt zusätzlich aus: Die Arbeitgeberinnen führten keinen gemeinschaftlichen Betrieb, für den der Betriebsrat zuständig wäre. Zwar würden einige Betriebe der Arbeitgeberinnen, gemessen an § 1 Abs. 2 BetrVG, wohl als gemeinsamer (gemeinschaftlicher) Betrieb geführt. Darauf sei das Begehren des Betriebsrats aber nicht gerichtet gewesen, sondern er verlange die Feststellung eines gemeinschaftlichen Betriebs aller Arbeitgeberinnen.

Dafür jedoch gebe es zu wenige auf alle Arbeitgeberinnen bezogenen Indizien für das Vorliegen eines gemeinschaftlichen Betriebes. Auch wenn das für Personal vorgesehene Geld konzernbezogen zentral verwaltet werde, folge daraus nicht auch eine einheitliche Leitung in sozialen und personellen Angelegenheiten des Betriebsverfassungsgesetzes.

Hessen:

- **Hessisches LAG; Az: 9 TaBV 71/03 vom 22.01.04;** vorgehend: ArbG Kassel, Az: 6 BV 1/03 vom 01.04.03; nachgehend: BAG 7 ABR 30/04 vom 16.02.05

„Einzelfall eines gemeinsamen Betriebes mit Fragen der Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats, den im Gemeinschaftsbetrieb teilweise bereits gewählte Betriebsräte gebildet und mit der Wahrnehmung von Aufgaben im bisher betriebsratslosen Betrieb beauftragt haben.“

Ein gemeinnütziger Verein betreibt zwei Betriebsstätten, nämlich eine Klinik und ein Altenpflegeheim. Für beide Betriebe werden getrennte Bilanzen erstellt. Im Küchenbetrieb der Klinik wird auch das Essen für die Bewohner des Altenpflegeheims erstellt. Stellenplanmäßig werden die Mitarbeiter diesen beiden Betrieben und dem Bereich Heime und Anstalten zugeordnet. Für jede Betriebsstätte besteht ein eigener Betriebsrat, außerdem ein Gesamtbetriebsrat. Nachfolgend gründete der Verein eine GmbH, bei der zunächst nur die bisherigen Aushilfskräfte und neue Mitarbeiter beschäftigt sein sollten. Die Beteiligten streiten um die betriebsverfassungsrechtlichen Konsequenzen der Gründung der GmbH.

Das LAG führt aus, der gemeinnützige Verein und die GmbH bildeten einen gemeinsamen Betrieb. Maßgeblich für die Beurteilung des Betriebsbegriffs sei, ob die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für den verfolgten arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt würden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert werde. Da der Betrieb unabhängig von der Unternehmensform beurteilt werde, könnten auch zwei Unternehmen betriebsverfassungsrechtlich einen gemeinsamen Betrieb bilden.

Hier greife die Vermutungsregelung nach § 1 Abs. 2 BetrVG. Es finde zwischen den Unternehmen des Vereins und der GmbH ein Arbeitnehmernaustausch und die gemeinsame Nutzung der Betriebsmittel statt.

Der gemeinsame Personaleinsatz dokumentiere sich dadurch, dass die Mitarbeiter der GmbH in die Dienstpläne des Vereins integriert seien und der Personaleinsatz von der personell identischen Unternehmensleitung gesteuert werde. Daran ändere es nichts, dass der Personaleinsatz als die Erbringung von Dienst- und Serviceleistungen organisiert sei. Die Erbringung von Leistungen im Rahmen von Dienstleistungsverträgen spreche zwar grundsätzlich gegen einen gemeinsamen Personaleinsatz, weil es sich um Personal des Dienstleistungsunternehmens und kein gemeinsames handele. Grundsätzlich sei die Erbringung dieser Aufgaben auch als Serviceleistung Dritter denkbar. Hier lasse die Organisation der Serviceleistungen jedoch auf eine enge Verbundenheit der beteiligten Unternehmen schließen und solle nur dem Zweck dienen, den Personaleinsatz nicht als gemeinsamen erkennbar werden zu lassen. Der Personaleinsatz werde von dem gemeinsamen Geschäftsführer und der gemeinsamen Personalleiterin gesteuert. Die Personalakten der GmbH würden im Personalbüro des Vereines aufbewahrt. Das dem Verein von der GmbH überlassene Personal werde in dessen Dienstpläne eingefügt. Die Dienstleistungen der GmbH würden durch deren Arbeitnehmer Hand in Hand mit den Arbeitnehmern des Vereins erbracht. Andere als die bei dem Verein eingesetzten Arbeitnehmer habe die GmbH nicht, auch keine anderen Auftraggeber als den Verein. Auf die GmbH seien nicht nur Mitarbeiter des Vereins im Küchen- und Reinigungsdienst übergeleitet worden, sondern auch Pflegekräfte, die nun wieder als Servicekräfte des Vereins tätig seien. Diese Umstände ließen zusammengenommen nur die Annahme eines gemeinsamen Personaleinsatzes zu.

Aber auch außerhalb der Vermutungsregelung des § 1 Abs. 2 BetrVG bleibe noch Raum für die Bejahung des gemeinsamen Betriebs, wenn die Unternehmen ihre arbeitstechnischen Zwecke unter einer einheitlichen Leitung verfolgten. Dass die Beteiligten zwar ähnliche, im Einzelnen jedoch unterschiedliche arbeitstechnische Zwecke verfolgten, stehe der Annahme eines einheitlichen Betriebes nicht entgegen. In erster Linie komme es auf die Einheit der Organisation, nicht auf die Einheitlichkeit der arbeitstechnischen Zweckbestimmung an.

Der Gesetzgeber habe im Betriebsverfassungsreformgesetz die Kriterien für die Annahme eines gemeinsamen Betriebes als bekannt vorausgesetzt. § 1 Abs. 2 BetrVG zähle die Tatbestandsvoraussetzungen

für die Annahme eines gemeinsamen Betriebes nicht abschließend auf. Auch nach Einführung des § 1 Abs. 2 BetrVG sei die Einheitlichkeit des Leitungsapparats das maßgebliche Kriterium.

Die Vermutungsregelungen in § 1 Abs. 2 BetrVG beinhalteten jedoch nicht, dass beim Fehlen ihrer Voraussetzungen im Zweifel nicht von dem Vorliegen des Tatbestandes eines gemeinsamen Betriebes ausgegangen werden könne. Vielmehr sollten sie eine Beweiserleichterung zugunsten der Betriebsräte oder Wahlvorstände darstellen. Dieser Regelung könne aber nicht eine abschließende Aufzählung der Voraussetzungen für den gemeinsamen Betrieb entnommen werden, da dies dem Zweck der Regelung, den Beteiligten den Beweis zu erleichtern, entgegenstehe.

- **Hessisches LAG; Az: 9 TaBV 182/02 vom 26.06.03**; vorgehend: ArbG Wiesbaden, Az: 3 BV 6/02 vom 23.10.02; nachgehend: BAG 7 ABR 46/03 vom 08.09.04:

„Erfolgreiche Anfechtung einer Betriebsratswahl, da der Wahlvorstand unrichtig von einem Gemeinschaftsbetrieb ausgegangen war. §§ 1 Abs. 2 Nr.1, 19 BetrVG“

Gegenstand des Verfahrens ist die Anfechtung der Betriebsratswahl. Die GmbH bedient sich als Projektleiterin verschiedener Ingenieurbüros, u.a. auch der GmbH(2). Die GmbH hat neben ihrer Verwaltung noch fünf weitere Betriebsstätten, in einer davon werden reine verwaltungstechnische Aufgaben erledigt. Die GmbH(2) wurde von der GmbH und einer GmbH(3) gegründet, um ein Serviceunternehmen zu schaffen, das das Know-how der Muttergesellschaften vermarkten sollte. Sie ist 100 %-ige Tochtergesellschaft der GmbH; es besteht zwischen beiden eine steuerliche Organschaft. Sowohl bei der GmbH als auch bei der GmbH(2) bestand jeweils ein Betriebsrat. Nachfolgend wurde die Wahl für einen gemeinsamen Betriebsrat durchgeführt. Die Beteiligten streiten um die Wirksamkeit dieser Wahl.

Das LAG erachtet die Wahl für unwirksam, sie sei unter Verkennung des Betriebsbegriffs nach § 1 Abs. 1 BetrVG erfolgt. Die Unternehmen der Beteiligten bildeten keinen gemeinsamen Betrieb. Maßgeblich für die Beurteilung des Betriebsbegriffs im Sinne des BetrVG sei, ob die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für den verfolgten arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt würden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert werde. Da der Betrieb unabhängig von der Unternehmensform beurteilt werde, könnten auch zwei Unternehmen einen gemeinsamen Betrieb bilden, wenn die Voraussetzungen des Betriebsbegriffes nach dem Betriebsverfassungsrecht erfüllt seien.

Zur Erleichterung der Feststellung eines gemeinsamen Betriebes verschiedener Unternehmen habe der Gesetzgeber in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG eine Vermutungsregelung aufgestellt. Diese greife jedoch hier nicht ein. Es finde zwischen den Unternehmen weder ein Austausch der Arbeitnehmer noch eine gemeinsame Nutzung der Betriebsmittel statt. Da die von § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG vorausgesetzten Vermutungstatsachen nicht festgestellt werden könnten, greife die Vermutung nicht und müsse entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts auch nicht widerlegt werden.

Die gemeinsame Nutzung der Räume ohne entsprechende Trennungsvorkehrungen spreche hier nicht für einen Gemeinschaftsbetrieb, da die GmbH(2) die Räume von der GmbH angemietet habe. Dadurch handele es sich um eigene Betriebsmittel, über die sie im Rahmen des Mietvertrages frei verfügen könne. Auch eine gelegentliche Überlassung eines Konferenzraumes seitens der GmbH könne angesichts ihres marginalen Charakters nicht zur der Annahme einer gemeinsamen Nutzung der Betriebsräume führen.

Eine gemeinsame Nutzung weiterer Betriebsmittel liege nicht vor. Soweit die Dienstwagennutzung nicht sauber getrennt geschehe, sondern die Mitarbeiter der GmbH(2) nicht nur ihren Wagen nutzen, sondern auch die der GmbH, und es dann auch vorkommen könne, dass die Kosten für den Treibstoff zu Lasten der jeweils anderen Gesellschaft gingen, sei auch dies eine rein faktische, zwischen den Unternehmen nicht geregelte Inanspruchnahme in einem Randbereich, die die Annahme eines gemeinsamen Betriebes nicht rechtfertigen könne. Bloße marginale Überschneidungen und eine gemeinsame Nutzung von Einrichtungen völlig untergeordneter Bedeutung im Sinne einer klaren Ausnahme könnten die Vermutung eines gemeinschaftlichen Leitungsapparates nicht rechtfertigen.

Jedoch verbleibe auch außerhalb der Vermutungsregelung des § 1 Abs. 2 BetrVG noch Raum für die Bejahung des gemeinsamen Betriebes, wenn die Unternehmen ihre arbeitstechnischen Zwecke unter einer einheitlichen Leitung verfolgten. Dass die Beteiligten unterschiedliche arbeitstechnische Zwecke verfolgten, stünde der Annahme eines einheitlichen Betriebes nicht entgegen, es komme in erster Linie auf die Einheit der Organisation, weniger auf die Einheitlichkeit der arbeitstechnischen Zweckbestimmung an.

Der Gesetzgeber habe bei der Schaffung des Betriebsverfassungsreformgesetz die Kriterien für die Annahme eines gemeinsamen Betriebes als bekannt vorausgesetzt. § 1 Abs. 2 BetrVG zähle die Tatbestandsvoraussetzungen für die Annahme eines gemeinsamen Betriebes nicht abschließend auf. Auch nach Einführung des § 1 Abs. 2 BetrVG sei die Einheitlichkeit des Leitungsapparats das maßgebliche Kriterium für die Annahme eines gemeinsamen Betriebes.

Für den Fall, dass der Betrieb von mehreren Unternehmen geführt werden solle, setze eine einheitliche Leitung als maßgebliches Kriterium voraus, dass sich die beteiligten Unternehmen zur gemeinsamen Führung des Betriebes rechtlich verbunden hätten. Dabei genüge es, dass diese Vereinbarung stillschweigend geschlossen worden sei und sich ihre Existenz aus den tatsächlichen Umständen herleiten lasse.

Ein solche Vereinbarung ergebe sich nicht aus der Dienstleistungsvereinbarung zwischen der GmbH und der GmbH(2). Allein durch das Bestehen von Dienstleistungsverträgen lasse sich eine einheitliche Leitung in Personalangelegenheiten weder bejahen noch verneinen. Die Entscheidungsfindung verbleibe bei der GmbH verbleibe und diese nehme insoweit nur die Dienstleistungen der GmbH(2) in Anspruch.

- **Hessisches LAG, Az: 9 TaBV 100/02 vom 13.02.03**; vorgehend: ArbG Kassel, Az: 7 BV 8/01 vom 29.05.02; nachgehend: BAG 7 ABR 27/03 vom 11.02.04:

„Die Voraussetzungen des Gemeinschaftsbetriebes haben sich auch angesichts der Vermutungswirkung des § 1 Abs 2 Nr 1 BetrVG nicht geändert.“

Die Beteiligten streiten darüber, ob der gemeinnützigen Verein und die gGmbH einen einheitlichen Betrieb bilden.

Das LAG führt in diesem Zusammenhang aus, der Gesetzgeber habe zur Erleichterung der Feststellung eines gemeinsamen Betriebes verschiedener Unternehmen in § 1 Abs. 2 BetrVG eine Vermutungsregelung aufgestellt. Diese Regelung greife hier zwar nicht ein, da zwischen den Unternehmen weder ein Austausch der Arbeitnehmer noch eine gemeinsame Nutzung der Betriebsmittel stattfänden.

Es verbleibe aber auch außerhalb der Vermutungsregelung des § 1 Abs. 2 BetrVG noch Raum für die Bejahung des gemeinsamen Betriebs, wenn die Unternehmen ihre arbeitstechnischen Zwecke unter einer einheitlichen Leitung verfolgten. Dass die Beteiligten zwar ähnliche, im Einzelnen jedoch unterschiedliche arbeitstechnische Zwecke verfolgen, stehe der Annahme eines einheitlichen Betriebes nicht entgegen.

Der Gesetzgeber habe bei der Schaffung des Betriebsverfassungsreformgesetz die Kriterien für die Annahme eines gemeinsamen Betriebes als bekannt vorausgesetzt. § 1 Abs. 2 BetrVG zähle die Tatbestandsvoraussetzungen für die Annahme eines gemeinsamen Betriebes nicht abschließend auf. Auch nach Einführung des § 1 Abs. 2 BetrVG sei die Einheitlichkeit des Leitungsapparats das maßgebliche Kriterium für die Annahme eines gemeinsamen Betriebes. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sei somit weiterhin maßgeblich für Zweifelsfragen bei der Prüfung von Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines Gemeinschaftsbetriebs.

Anhaltspunkte für einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers dahingehend, dass sich die Voraussetzungen für einen gemeinsamen Betriebs mit Geltung der Vermutungsregelung nach § 1 Abs. 2 BetrVG anders regelten, seien aus der Entstehungsgeschichte des Betriebsverfassungsreformgesetz nicht erkennbar. Vielmehr werde in der Begründung des Regierungsentwurfs nur darauf hingewiesen, dass es allgemein anerkannt sei, dass mehrere Unternehmen einen gemeinsamen Betrieb haben können; dies habe das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung bekräftigt. Wäre es der Wille des Gesetzgebers gewesen, an den bislang maßgeblichen Kriterien etwas zu ändern, so wäre dies durch eine Legaldefinition für den gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen möglich gewesen, zudem ja ohnehin die diesen Kontext regelnde Norm novelliert wurde. Jedoch habe sich der Gesetzgeber bewusst auf eine Vermutungsregelung beschränkt und eben keine Legaldefinition geschaffen.

Die beiden Vermutungsregelungen in § 1 Abs. 2 BetrVG begründeten auch keine negative Aussage dahingehend, dass beim Fehlen ihrer Voraussetzungen im Zweifel nicht von dem Vorliegen des Tatbestandes eines gemeinsamen Betriebes ausgegangen werden könne. Vielmehr sollten sie eine Beweiserleichterung zugunsten der Betriebsräte oder Wahlvorstände darstellen. Nachweise in Bezug auf eine gemeinsame Führung zweier Unternehmen seine für einen Betriebsrat oder Wahlvorstand in der Regel nicht oder nur sehr schwer zu erbringen. Dabei solle die in § 1 Abs. 2 BetrVG aufgenommene Vermu-

tungsregel "weiterhelfen". Dieser Regelung könne aber nicht eine abschließende Aufzählung der Voraussetzungen für den gemeinsamen Betrieb entnommen werden, da dies dem Zweck der Regelung, den Beteiligten den Beweis zu erleichtern, entgegenstehe. Der Gesetzgeber würde auf der einen Seite eine Beweiserleichterung anbieten, auf der anderen Seite aber einen Beweis über den Gesetzeswortlaut hinaus, bezogen auf andere Umstände, die das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebes nahe legen, abschneiden. Dies widerspräche dem Wortlaut des § 1 Abs. 2 BetrVG, der nur von einer Vermutungsregelung und gerade nicht von einer abschließenden Regelung spricht, und dem Willen des Gesetzgebers, der den Betriebsräten und Wahlvorständen nach der Begründung des Regierungsentwurfes "weiterhelfen", nicht aber sie in ihren Darlegungsmöglichkeiten einengen wollte.

Nordrhein-Westfalen:

- **LAG Hamm 13 TaBV 57/04 vom 10.09.04**; vorgehend: ArbG Bochum 1 BV 25/03 vom 30.01.04; anhängig: BAG 7 ABR 57/04:

„Ein Betrieb im Sinne des BetrVG liegt vor bei einer organisatorischen Einheit, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe technischer und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt. Dabei kann ein Betrieb auch von mehreren Unternehmen als gemeinsamer Betrieb geführt werden. Davon ist auszugehen, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird.“

Die Beteiligten streiten darüber, ob die drei Arbeitgeberinnen einen gemeinsamen Betrieb führen. Eine der Arbeitgeberinnen betreibt in Deutschland mehrere Multiplex-Kinos, in denen zum großen Teil Betriebsräte bestehen. Es wurde ein Gesamtbetriebsrat gebildet. Ursprünglich waren die drei Kinos Teile des Unternehmens einer der beteiligten Arbeitgeberinnen. Ihr Sitz befindet sich jeweils ca. 450 km bzw. 600 km von den anderen Kinos. Zwei der Kinos wurden später jeweils zu einer GmbH verselbständigt. An der Organisation und den Arbeitsabläufen in den beiden Häusern änderte sich dadurch nichts. Nach wie vor sind die Theaterleiter, die als leitende Angestellte geführt werden und den Geschäftsführern direkt unterstehen, jeweils für die personellen und sozialen Angelegenheiten zuständig.

Nach Auffassung des LAG bilden die Arbeitgeberinnen keinen gemeinsamen Betrieb.

Der Gesetzgeber habe durch die Neuregelung des § 1 Abs. 2 BetrVG den Begriff des gemeinsamen Betriebes nicht eigenständig definiert, sondern "nur" bestimmt, dass unter den in der Norm genannten Voraussetzungen ein gemeinsamer Betrieb - widerlegbar - vermutet werde. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze könne nicht festgestellt werden, dass sich die Arbeitgeberinnen sich zur Führung eines gemeinsamen Betriebes verbunden hätten.

Der Vermutungstatbestand des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG greife nicht ein, weil keine Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass die drei Unternehmen über eine Entfernung von ca. 450 bzw. 600 km ihre Arbeitnehmer gemeinsam einsetzten. Im Gegenteil würden die jeweiligen Theaterleiter vor Ort, die als leitende Angestellte geführt würden und nur den jeweiligen GmbH-Geschäftsführern unterständen, den erforderlichen Personaleinsatz einschließlich der damit verbundenen personellen Einzelmaßnahmen selbst vornehmen und die sozialen Angelegenheiten mit "ihrem" jeweiligen Betriebsrat regeln. Diese Gesichtspunkte sprächen gegen das Vorliegen eines einheitlichen Leitungsapparates.

Hinzukomme, dass die Geschäftsführer der Kinobetreiberin personenverschieden seien von den Geschäftsführern der anderen Arbeitgeberinnen. Es gäbe auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Personalakten einschließlich der Arbeitsverträge und sonstige Schriftstücke einheitlich geführt würden. Die zentrale Lohnbuchhaltung stelle kein wesentliches Indiz für das Vorliegen eines einheitlichen Betriebes dar, weil diese Aufgabe auch als Serviceleistung Dritter denkbar sei und deshalb nicht zwangsläufig auf einen einheitlichen Leitungsapparat schließen lasse.

Auch die in einer Kooperationsvereinbarung getroffenen Absprachen über ein abgestimmtes Filmangebot und die Durchführung von Sonderaktionen sowie eine gemeinsame Werbung und einen gemeinsamen Einkauf weisen nur auf eine unternehmerische Zusammenarbeit hin. Eine einheitliche Leitung, die sich (auch) auf die wesentlichen Funktionen in personellen und sozialen Angelegenheiten erstreckt, liege nicht vor, da diese Aufgaben die unterschiedlichen Theaterleiter wahrnahmen, ohne dass untereinander und mit der Betreiberin ein koordiniertes Vorgehen mittels institutionell einheitlichen Leitungsapparates erfolge.

- **LAG Hamm 10 TaBV 103/03 vom 26.03.04**; vorgehend: ArbG Minden 2 BV 32/02 vom 22.01.03; nachgehend: BAG 7 ABR 38/04 vom 25.05.05:

„Das Vorliegen einer umsatzsteuerlichen Organschaft nach § 2 Abs 2 Nr 2 UStG, bei der eine juristische Person finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen des Organträgers eingegliedert ist und bei deren Herbeiführung die beteiligten Organe gegenüber dem Finanzamt behaupten, dass sichergestellt ist, dass eine vom Willen des Organträgers abweichende Willensbildung bei der Organtochter nicht stattfindet, führt nicht automatisch zur Annahme eines Gemeinschaftsbetriebes im Sinne des § 1 Abs 1 S 2 BetrVG.

Konzernrechtliche Weisungsmacht kann zwar bis zur Betriebsebene durchschlagen, sie erzeugt für sich gesehen jedoch noch keinen betriebsbezogenen Leistungsapparat.“

Die Beteiligten streiten darüber, ob die beteiligten Unternehmen einen gemeinsamen Betrieb im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes führen.

Die Arbeitgeberin betreibt mehrere Unternehmen mit ca. 1700 Mitarbeitern.. Es besteht ein 17-köpfiger Betriebsrat. Nachfolgend gründete die Arbeitgeberin eine weitere Firma als ihre 100-prozentige Tochter. Die Tochtergesellschaft hat ihren Sitz im Haus der Arbeitgeberin, die Geschäftsführer der Arbeitgeberin sind auch Geschäftsführer der Tochter. Nach § 2 des Gesellschaftsvertrages ist Gegenstand der Tochtergesellschaft die Erbringung von Reinigungsleistungen überwiegend gegenüber der Arbeitgeberin. Die Arbeitgeberin und die Tochtergesellschaft bilden eine steuerliche Organschaft. Gegenüber dem zuständigen Finanzamt wurde erklärt, dass in beiden Gesellschaften sichergestellt ist, dass eine vom Willen des Organträgers, der Arbeitgeberin, abweichende Willensbildung bei der Organtochter nicht stattfindet.

Der Betriebsrat macht die Führung eines gemeinsamen Betriebes durch die beiden Unternehmen geltend.

Das LAG führt aus, die Arbeitgeberin führe mit ihrer Tochtergesellschaft keinen gemeinsamen Betrieb im Sinne des § 1 BetrVG.

Die Führung eines gemeinsamen Betriebes ergebe sich nicht bereits aus der Vermutungsregelung des § 1 Abs. 2 BetrVG. Ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen werde nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG dann vermutet, wenn zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke die Betriebsmittel sowie die Arbeitnehmer von den Unternehmen gemeinsam eingesetzt würden. Dies sei hier nicht der Fall.

Auch die Vermutungsregelung in § 1 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG greife nicht. Die Unternehmen der Arbeitgeberin und ihrer Tochtergesellschaft bildeten keinen gemeinsamen Betrieb.

Zwar könnten mehrere Unternehmen einen gemeinsamen Betrieb bilden. Als Betrieb sei die organisatorische Einheit anzusehen, innerhalb der der Unternehmer allein oder zusammen mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe sachlicher oder immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolge. In erster Linie komme es dabei auf die Einheit der Organisation, weniger auf die Einheitlichkeit der arbeitstechnischen Zweckbestimmung an. Regelmäßig liege ein einheitlicher Betrieb vor, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen oder immateriellen Betriebsmittel für den oder die arbeitstechnisch verfolgten Zwecke zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt würden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert werde. Sollte der Betrieb von mehreren Unternehmen geführt werden, so müssten sich die beteiligten Unternehmen zur gemeinsamen Führung des Betriebes rechtlich verbunden haben. Eine dahingehende Vereinbarung könne auch stillschweigend geschlossen werden und ihre Existenz sich aus den tatsächlichen Umständen ergeben. Ergäben die Umstände des Einzelfalles, dass der Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Bereich von derselben institutionellen Leitung ausgeübt werde, so deute dies regelmäßig darauf hin, dass eine Führungsvereinbarung vorliege. Dies treffe aber nicht schon dann zu, wenn die Unternehmen lediglich unternehmerisch zusammenarbeiteten. Vielmehr müsse die Vereinbarung auf eine einheitliche Leitung für die Aufgaben gerichtet sein, die vollzogen werden müssten, um die in der organisatorischen Einheit zu verfolgenden arbeitstechnischen Zwecke erfüllen zu können.

Die gemeinsame räumliche Unterbringung als auch die gemeinsame Nutzung von Einrichtungen stellten nur schwache Indizien, aber kein Tatbestandsmerkmal für die Annahme eines einheitlichen Betriebes dar.

Entscheidend sei hier, dass eine unternehmensübergreifende einheitliche Leitungsstruktur nicht habe festgestellt werden können. Die Arbeitgeberin und die Tochtergesellschaft verfügten nicht über einen einheitlichen Leitungsapparat auf betrieblicher Ebene. Der Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und

im personellen Bereich liege nicht in einheitlicher Hand und werde nicht von derselben institutionellen Leitung ausgeübt. Die Personenidentität auf der Geschäftsführungsebene beider Unternehmen spreche noch nicht für eine Vereinbarung über die gemeinsame Führung der Betriebe. Der Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und im personellen Bereich werde von unterschiedlichen institutionellen Leitungen ausgeübt.

Auch das Vorliegen einer umsatzsteuerlichen Organschaft zwischen den Unternehmen führe nicht zur Feststellung einer unternehmensübergreifenden einheitlichen Leitungsstruktur.

Zwar komme eine steuerliche Organschaft als Indiz für eine einheitliche Leitung eines gemeinsamen Betriebes der beteiligten Unternehmen in Betracht. Eine umsatzsteuerliche Organschaft nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG liege vor, wenn eine juristische Person nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen des Organträgers eingegliedert sei. Bei der Herbeiführung einer umsatzsteuerlichen Organschaft nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG behaupteten die beteiligten Arbeitgeber gegenüber dem Finanzamt, dass in beiden Gesellschaften sichergestellt sei, dass eine vom Willen des Organträgers abweichende Willensbildung bei der Organtochter nicht stattfinde.

Das Vorliegen einer umsatzsteuerlichen Organschaft bedeute aber lediglich, dass auf Unternehmensebene, nicht auf Betriebsebene, eine wirtschaftliche und finanzielle Eingliederung der beherrschten Gesellschaft in die herrschende Gesellschaft erfolge. Damit sei noch nichts darüber ausgesagt, ob der Kern der Arbeitgeberfunktionen auf betrieblicher Ebene im sozialen und personellen Bereich von derselben institutionellen Leitung ausgeübt werde. Das treffe nämlich nicht schon dann zu, wenn die Unternehmen etwa auf der Grundlage von Organ- oder Beherrschungsverträgen lediglich unternehmerisch zusammenarbeiteten.

Die Annahme eines Gemeinschaftsbetriebes setze nämlich einen einheitlichen, rechtlich abgesicherten betriebsbezogenen Leitungsapparat voraus. Adressat von konzernrechtlichen Weisungen sei allein das Leitungsorgan der abhängigen Tochter. Konzernrechtliche Weisungsmacht könne zwar bis zur Betriebsebene durchschlagen. Sie erzeuge für sich gesehen jedoch noch keinen betriebsbezogenen Leitungsapparat. Die umsatzsteuerliche Organschaft sage damit nichts darüber aus, wie im Einzelfall auf betrieblicher Ebene Einfluss in personelle und soziale Belange der Mitarbeiter genommen werde.

Sachsen-Anhalt:

- **LAG Sachsen-Anhalt, Az: 8 TaBV 14/02 vom 30.09.03**; vorgehend: ArbG Dessau, Az: 5 BV 1/01 vom 03.04.02:

„Ersatzzustellung an den Betriebsrat: Posteingangsstelle als Geschäftslokal des Betriebsrats gem. § 184 Abs.1 ZPO a.F.?

Zur Auslegung des Antrags eines Betriebsrates auf Feststellung eines gemeinschaftlichen Betriebs von 10 kommunalen Unternehmen

Ein gemeinsamer Betrieb i.S.v. § 1 Abs.2 BetrVG ist nicht ohne weiteres schon dann anzunehmen, wenn zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft ein Beherrschungs- und Geschäftsführungsvertrag besteht, der Muttergesellschaft durch Dienstleistungsvertrag bestimmte Leistungen im Personalwesen übertragen sind, einige weitreichende Personalentscheidungen der Tochtergesellschaften nach ihrer Geschäftsordnung der Zustimmung der Muttergesellschaft bedürfen und Teilidentität in der Person der Geschäftsführers der Gesellschaft besteht.

Die vorgenannten Merkmale begründen eine unternehmerische Zusammenarbeit ähnlich wie bei einem einheitlichen Unternehmen; dieses kann aber aus mehreren Betrieben i.S.d. BetrVG bestehen. Ein gemeinsamer Betrieb bedarf daher der weitergehenden Feststellung, dass die Funktion des Arbeitgebers gerade in den sozialen und personellen Angelegenheiten des BetrVG institutionell einheitlich für die beteiligten Unternehmen wahrgenommen werden. “

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Arbeitgeberinnen einen gemeinsamen Betrieb bzw. ob insbesondere eine der Arbeitgeberinnen, die D-GmbH, einen eigenständigen Betrieb unterhält.

Die Arbeitgeberinnen sind Versorgungs-, Verkehrs- und Dienstleistungsgesellschaften einer Stadt jeweils in der Rechtsform einer GmbH. Die D-GmbH ist hundertprozentige Tochter der Stadt und Muttergesellschaft der restlichen Arbeitgeberinnen (Holding-Gesellschaft). Ihr Gesellschaftszweck besteht in der Gewährleistung und Erfüllung von Versorgungs- und Verkehrsleistungen im Bereich der Stadt. Zwischen ihr und den Tochtergesellschaften bestehen Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge. In allen Ge-

sellschaften ist der Geschäftsführer personengleich. Sämtliche Gesellschaften residieren im einem Verwaltungsgebäude. Es existiert für sämtliche Gesellschaften eine einheitliche Telefonanlage, ein einheitliches Datennetz und eine übereinstimmende Betriebsvereinbarung für die Nutzung der Betriebssoftware. Es gibt eine Kantine, die sämtlichen Mitarbeitern aller Gesellschaften zur Verfügung steht und die Gesellschaften unterhalten ein gemeinsames Postfach. Mittels Dienstleistungsverträgen übertragen die Tochtergesellschaften der D-GmbH eine Reihe von Dienstleistungen, darunter neben dem Bereich des Personalwesens auch Lohnbuchhaltung, Vertrieb, Datenverarbeitung, Controlling, Materialeinkauf und Verwaltung, Rechts- und Grundstücksangelegenheiten, Arbeitsschutz etc. Hierzu wurden bei der D-GmbH entsprechende Geschäftsbereiche gebildet, die für die Einzelgesellschaften Dienstleistungen erfüllen.

Das LAG stellt fest, dass der Antrag des Betriebsrates einer der Tochtergesellschaften der Auslegung dahingehend bedürfe, ob neben der Feststellung eines Gemeinschaftsbetriebes aller Arbeitgeberinnen auch als "minus" die Feststellung eines Gemeinschaftsbetriebes nur einiger der beteiligten Unternehmen begehrt werde, oder ob eine solche Feststellung ein "aluid" im Vergleich zu dem formulierten Feststellungsantrag wäre. Für ein "minus" im oben genannten Sinne spreche die dem Antrag beigelegte Beschlussfassung des antragstellenden Betriebsrates, wonach "ein einheitlicher Betrieb verschiedener oder gar aller Unternehmen anzunehmen" sei. Allerdings enthalte weder der Antrag selbst noch die Antragsbegründung einen weiteren Hinweis auf eine solche Auslegung. Insbesondere bleibe unklar, welche beteiligten Unternehmen mindestens vom Antrag umfasst sein sollten. Dies erscheine im Hinblick auf die maßgebliche Stellung der D-GmbH bei der Frage eines Gemeinschaftsbetriebes sowie auf die eigene Antragsbefugnis des Betriebsrates aber unabdingbar.

Für die Auslegung des Ausgangsantrages dahin, dass er ausschließlich auf die Feststellung eines Gemeinschaftsbetriebes aller beteiligten Unternehmen gerichtet sei, spreche ferner die weitere Prozessgeschichte. Das Beschwerdegericht habe die Beteiligten darauf hingewiesen, dass es den Ausgangsantrag in diesem Sinne verstehe. Es habe auch darauf hingewiesen, dass ein Hilfsantrag auf Feststellung eines anderen Betriebszuschnittes eines Gemeinschaftsbetriebes nicht gestellt sei und infolge dessen hierüber eine Entscheidung nicht zu treffen sei, soweit nur ein beteiligtes Unternehmen nicht dem Gemeinschaftsbetrieb zuzurechnen sei. Die Beteiligten hätten einen entsprechenden Hilfsantrag in der Folge nicht gestellt und der Auslegung des Ausgangsantrages durch das Beschwerdegericht auch nicht widersprochen. Unter diesen Umständen sei der Antrag des Beschwerdegerichts im dargestellten Sinne zu verstehen. Daraus folge, dass der Antrag des Betriebsrates schon dann abzuweisen sei, wenn nur ein beteiligtes Unternehmen nicht dem Gemeinschaftsbetrieb zugeordnet werden könne.

Der so zu verstehende Antrag des Betriebsrates der Beteiligten sei aber insgesamt unbegründet. Eine der Arbeitgeberinnen bilde mit der D-GmbH keinen gemeinsamen Betrieb. Ein solcher sei weder gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zu vermuten noch ergebe er sich aus den Grundsätzen, die die Rechtsprechung für die Annahme eines gemeinsamen Betriebes aufgestellt habe.

Gemäß § 1 Abs. 2 BetrVG werde ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen u.a. vermutet, wenn zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke die Betriebsmittel sowie die Arbeitnehmer von den Unternehmen gemeinsam eingesetzt würden. Diese Voraussetzungen seien vorliegend nicht erfüllt. Unstreitig würden die Arbeitnehmer der D-GmbH nicht von anderen Unternehmen eingesetzt, ein Austausch mit anderen Unternehmen finde nicht statt. Die D-GmbH verwende nahezu ausschließlich eigene Betriebsmittel zur Verfolgung ihrer arbeitstechnischen Zwecke. Eine Mitbenutzung der Betriebsmittel durch andere Unternehmen finde nicht statt. Das Nutzungsrecht sämtlicher Arbeitnehmer der beteiligten Arbeitgeberinnen an der Kantine genüge für die Annahme eines gemeinsamen Betriebes nicht, zumal es schon wegen der räumlichen Entfernung für die Arbeitnehmer einer Tochtergesellschaft kaum von Interesse ist. Soweit die D-GmbH für weitere Arbeitgeberinnen einzelne Dienstleistungen erbringe, handele es sich nicht um einen gemeinsamen Einsatz von Betriebsmitteln oder Arbeitnehmern der beteiligten Unternehmen, sondern um die Erfüllung von vertraglich festgelegten Dienstleistungsverpflichtungen durch eigene Arbeitnehmer gegen Entgelt. Auch die Zusammenarbeit mehrerer beteiligter Unternehmen etwa beim Bau von Straßenbahnschienen etc. beinhalte keinen solchen Einsatz, sondern lediglich die Erfüllung jeweils eigener Aufgaben. Allenfalls finde eine unternehmerische Abstimmung statt. Auch seien ein einheitliches Unternehmenslogo oder ein etwaiges bestehendes Gemeinschaftsgefühl nicht maßgeblich. Ebensowenig seien eine einheitliche Telefonanlage sowie ein betriebliches Datennetz nebst einheitlicher Betriebssoftware für die Annahme eines gemeinsamen betrieblichen Einsatzes i.S.v. § 1 Abs.2 Ziffer 1 BetrVG ausreichend.

Ein Gemeinschaftsbetrieb liege auch nicht nach den Grundsätzen, die die Rechtsprechung vor, wofür sich die beteiligten Unternehmen zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben müssten. Die einheitliche Leitung müsse sich auf die wesentlichen Funktionen eines Arbeitgebers in sozialen und personellen Angelegenheiten erstrecken. Eine lediglich unternehmerische

Zusammenarbeit genüge nicht. Vielmehr müssen die Funktionen des Arbeitgebers in den sozialen und personellen Angelegenheiten des Betriebsverfassungsgesetzes institutionell einheitlich für die beteiligten Unternehmen wahrgenommen werden.

Der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag begründe keine institutionalisierte gemeinsame Betriebsleitung. Er unterstelle nur die Leitung der Tochtergesellschaft als "Unternehmen" der Muttergesellschaft D-GmbH und räume dieser das Recht ein, der Tochter "hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft" Weisungen zu erteilen. Diese Einflussmöglichkeit besage nichts über die tatsächliche Leitungsmacht in personellen und sozialen Angelegenheiten, sondern sichere nur den Einfluss auf die unternehmerische Leitung. Auch ein Einzelunternehmen könne aber über mehrere Betriebe verfügen. Dass das konzernrechtliche Weisungsrecht auch in einzelnen personellen und sozialen Angelegenheiten durchschlagen könne, begründe allein noch keine für die Betriebsabgrenzung ausreichende Leitungsmacht. Jeder Betriebsleiter eines Unternehmens mit mehreren Betrieben unterliege den Weisungen der Unternehmensleitung. Es genüge aber für die Annahme eines eigenständigen Betriebes, wenn dort (wie hier) in der Regel der wesentliche Kern der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten entschieden werde.

3. Arbeitsgerichte

Baden-Württemberg:

- **ArbG Karlsruhe, Az: 1 BV 1/02 vom 18.10.02:**

„Von einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen ist auszugehen, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird. Dazu müssen sich die beteiligten Unternehmen zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben.

Der Wahlvorstand ist nach § 24 Abs., 2 BetrVGDV 1 verpflichtet, bei Arbeitnehmern, die nach der Eigenart ihres Beschäftigungsverhältnisses ihre Arbeitsleistung gewöhnlich außerhalb des Betriebes erbringen, von Amts wegen die Unterlagen für die schriftliche Stimmabgabe zu übersenden. Diese Voraussetzungen sind bei Treibwagenführern in einem großen nationalen Verkehrsunternehmen aufgrund der wechselnden Arbeitszeiten und Arbeitsorte erfüllt.

Die am LAG Baden-Württemberg (Kammern Mannheim) unter dem Aktenzeichen 19 TaBV 4/02 eingelegte Beschwerde wurde zurückgenommen.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der durchgeführten Betriebsratswahl. Die Arbeitgeberin betreibt ein Eisenbahnunternehmen mit Omnibussparte. Die Beteiligten streiten darüber, ob es sich bei der Arbeitgeberin um einen eigenständigen Betrieb oder nur um einen Teil eines gemeinsamen Betriebes mehrerer Gesellschaften handelt.

Nach Auffassung des ArbG bildet die Arbeitgeberin einen eigenständigen Betrieb im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes. Danach sei ein Betrieb die organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe technischer und immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolge. Ein Betrieb könne von mehreren Arbeitgebern auch als Gemeinschaftsbetrieb geführt werden. Von einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen sei auszugehen, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt würden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert werde. Dazu müssten sich die beteiligten Unternehmen zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben. Diese einheitliche Leitung müsse sich auf die wesentlichen Funktionen des Arbeitgebers in den sozialen und personellen Angelegenheiten erstrecken. Eine lediglich unternehmerische Zusammenarbeit genüge nicht. Vielmehr müssten die Funktionen des Arbeitgebers in den sozialen und personellen Angelegenheiten des Betriebsverfassungsgesetzes institutionell einheitlich für die beteiligten Unternehmen wahrgenommen werden.

An dieser Betriebsdefinition habe sich aufgrund der Einführung des § 1 Abs. 2 BetrVG n. F. nichts geändert. Es sei vielmehr unter Zugrundelegung der bisherigen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung eine widerlegbare Vermutung eingeführt worden, wonach ein gemeinsamer Betrieb mehrere Unternehmen vermutet werde, wenn zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke die Betriebsmittel sowie die Arbeitnehmer

von den Arbeitgebern gemeinsam eingesetzt würden. Die Vermutung sei widerlegt, wenn nachgewiesen werde, dass keine Führungsvereinbarung bestehe.

Bei der Arbeitgeberin handele es sich um einen eigenständigen Betrieb. Es bestehe im Hinblick auf die Führungsposition der drei Unternehmen Personenidentität. Sowohl der Geschäftsführer als auch der Prokurist sowie der Personalleiter seien für alle drei Unternehmen personenidentisch. Bestehe eine Personenidentität bei der institutionellen Leitung, so lasse dies regelmäßig den Schluss zu, dass zumindest eine konkludente Führungsvereinbarung vorliege. Insoweit sei ein Rückgriff auf die gesetzliche Vermutung gemäß § 1 Abs. 2 BetrVG nicht erforderlich.

Dass die Gesellschaften teilweise unterschiedliche Arbeitszwecke verfolgten widerspreche zwar nicht zwingend einem Gemeinschaftsbetrieb. Ein Betrieb könne unterschiedliche arbeitstechnische Zwecke verfolgen. Entscheidend sei, ob zur Verfolgung dieser unterschiedlichen arbeitstechnischen Zwecke die vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel durch einen Leitungsapparat einheitlich gesteuert und eingesetzt würden.

Der praktizierte Leistungsaustausch umfasse nicht den Kern der Arbeitgeberfunktionen der einzelnen Unternehmen in sozialen und personellen Angelegenheiten, insbesondere fehle es an dem "einheitlichen Einsatz" von Personal und Sachmitteln.

Das folge bereits aus den unterschiedlichen Aufgabenbereichen zwischen den Gesellschaften. Die eine betreibe überstädtischen, die andere innenstädtischen Personennahverkehr. Dem stehe nicht entgegen, dass beide an einem einheitlichen Fahrplan teilnahmen. Nicht die Erstellung des Fahrplans sondern die konkrete Einteilung der Arbeitnehmer durch die entsprechenden Dienstpläne sei eine soziale und personelle Angelegenheit des Betriebsverfassungsgesetzes. Dies werde jedoch von den Einzelunternehmen selbständig geregelt, denn beide setzten als Triebwagenführer ausschließlich ihre "eigenen" Arbeitnehmer entsprechend von ihnen erstellter Dienstpläne ein.

Zwar finde ein Austausch von ca. 23 Arbeitnehmern zwischen den Unternehmen statt, dabei handele es sich aber im Vergleich zur Gesamtanzahl der Arbeitnehmer in den beteiligten Unternehmen (ca. 1700) nicht um einen wesentlichen, mitbestimmungsrelevanten Teil der Arbeitgeberfunktionen.

Gleiches gelte für die einheitliche Leistungserbringung durch die gemeinsamen Planungsleiter, Pressesprecher, und Controller und Mitarbeiter der Kundenabteilung. Hierbei handele es sich zwar um eine weit verzweigte unternehmerische Zusammenarbeit, diese lasse aber die sozialen und personellen Angelegenheiten des Betriebsverfassungsgesetzes für die einzelnen Betriebe unberührt. Nach dem Grundgedanken des Betriebsverfassungsgesetzes solle dann ein einheitlicher Betriebsrat einem Arbeitgeber gegenüberstehen, wenn dieser einheitlich bzw. gemeinsam Maßnahmen treffe, die mitbestimmungsrelevant seien. Würden diese Entscheidungen hingegen im Rahmen der unterschiedlichen Betriebszwecke getrennt für die jeweiligen beteiligten Unternehmen wahrgenommen, liege ein gemeinsamer Betrieb nicht vor.

Hessen:

- **ArbG Darmstadt, Az: 2 BV 10/01 vom 15.10.01:**

„Betreiben mehrere Unternehmen einen gemeinsamen Betrieb iSd § 1 Abs 2 BetrVG, sind sie als Gesamtheit von Vertragsarbeitgebern einheitlich Arbeitgeber im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn und können betriebsverfassungsrechtliche Regelungen nur in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit abschließen.

Besteht im Rahmen des Einigungsstellenbesetzungsverfahrens Streit über das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen, reicht es für die Beteiligtenstellung eines Unternehmens daher aus, wenn unter Berücksichtigung der Vermutungsregelung des § 1 Abs 2 BetrVG ein gemeinsamer Betrieb nicht ausgeschlossen werden kann.“

Niedersachsen:

- **ArbG Oldenburg, Az: 3 BV 8/01 vom 23.01.02:**

„Entscheidend für die gesetzliche Vermutung eines gemeinsamen Betriebs nach § 1 Abs. 2 Nr.2 BetrVG ist, dass auch nach der Spaltung die organisatorische Leitung des Betriebs im wesentlichen unverändert beibehalten wird.“ (Leitsatz der Bearbeiterin)

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Antragstellerin und eine weitere Arbeitgeberin einen gemeinsamen Betrieb führen.

Die Arbeitgeberin ist ein selbständiges Unternehmen innerhalb einer Unternehmensgruppe. Bei ihr waren zunächst auch die Querschnittsfunktionen Rechnungs- und Personalwesen sowie die allgemeine Verwaltung angesiedelt. Diese Bereiche wurden dann ausgegliedert und auf die neu gegründete Antragstellerin als eigenständiges Unternehmen übertragen. Diese erwarb auch sämtliche zu den Bereichen gehörenden Wirtschaftsgüter. Die Arbeitsverhältnisse gingen ebenfalls auf die Antragstellerin über. Die Arbeitgeberin hat drei Geschäftsführer, von denen einer auch alleiniger Geschäftsführer der Antragstellerin ist.

Das ArbG ist der Auffassung, auch nach der firmenrechtlichen Spaltung führten die Antragstellerin und die Arbeitgeberin einen gemeinsamen Betrieb i.S.d. § 1 Abs.1 S.2 BetrVG.

Werde ein Unternehmen gespalten mit der Folge, dass der bisherige, von einem Arbeitgeber geführte Betrieb verschiedenen Rechtsträgern zugeordnet werde, ohne dass sich dabei die Organisation des betroffenen Betriebes wesentlich ändere, werde das Vorliegen eines solchen gemeinsamen Betriebs vermutet (§ 1 Abs.2 Nr.2 BetrVG). Entscheidend für diese gesetzliche Vermutung sei, dass auch nach der Spaltung organisatorisch die Leitung des Betriebs im wesentlichen unverändert beibehalten werde. Lügen die Grundlagen dieser Vermutung vor, habe derjenige, der das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebes bestreite, darzulegen, dass trotz Fehlen einer Organisationsänderung, d.h. trotz Beibehaltung der organisatorischen Leitungsstruktur, eine gemeinsame Führung nicht vereinbart sei und man damit nicht von einem gemeinsamen Betrieb ausgehen könne.

Hier lägen Tatsachen vor, die auf einen einheitlichen Leitungsapparat schließen ließen. Auch nach der Aufspaltung seien die Mitarbeiter der Antragstellerin und der Arbeitgeberin im selben Gebäude untergebracht. Die Mitarbeiter beider Unternehmen nützten gemeinsame Einrichtungen, etwa die Kantine oder einen zum privaten Internetsurfen zur Verfügung stehenden Raum. Auch Telefonanlage und Datennetz würden weiterhin gemeinsam genutzt.

Entscheidend sei aber, dass die Leistungserbringung im verwaltenden Bereich (Personal, Buchhaltung, allgemeine Verwaltung) räumlich und funktional unverändert erfolge. Die Arbeitgeberin verfüge nach der Spaltung nicht mehr über eine institutionelle Kompetenz im Personalwesen. Alle diesbezüglichen Aufgaben seien auf die Antragstellerin übergegangen, ohne dass dabei wesentliche Organisationsänderungen vorgenommen worden seien. Die bisher bei der Arbeitgeberin angesiedelte und für alle zur Unternehmensgruppe gehörenden Bereiche agierende Personalabteilung bilde nunmehr die Antragstellerin. Alle Aufgaben, die dort bisher als Personalabteilung unter dem rechtlichen Dach der Arbeitgeberin durchgeführt worden seien, würden nunmehr als eigenständiges Unternehmen von der Antragstellerin wahrgenommen. Die gesamte institutionalisierte Leitung unterhalb der Geschäftsführebene sei dort unverändert anzutreffen. Eine mit der firmenrechtlichen Trennung einhergehende Trennung im funktionellen Ablauf und damit in der eigentlichen Organisation des Betriebs sei nicht festzustellen.

Hier sei ein Leistungsgefüge institutionalisiert, das weiterhin einheitliche Entscheidungen, bezogen auf alle Arbeitnehmer, ermögliche. Es sei mehr als eine nur unternehmerische Zusammenarbeit. Die Antragstellerin sei im Verhältnis zur Arbeitgeberin mehr als ein „externer Berater“, der Serviceleistungen erbringe. Entscheidend sei, dass die Verknüpfung im personellen Bereich institutionell in der Weise abgesichert sei, dass der Geschäftsführer der Antragstellerin gleichzeitig auch (Mit-) Geschäftsführer der Arbeitgeberin sei.

- **ArbG Oldenburg, Az: 3 BV 4/02 vom 19.02.03:**

„Ergeben die tatsächlichen Umstände, dass der Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Bereich von derselben institutionellen Leitung ausgeübt wird, liegt regelmäßig eine konkludente Führungsvereinbarung vor. Dass die Unternehmen gemeinsam Betriebsmittel beschaffen und benutzen und im gleichen Gebäude untergebracht sind, kann unberücksichtigt bleiben, da eine bloße unternehmerische Zusammenarbeit für die Annahme einer Führungsvereinbarung nicht genügt.“ (Leitsatz der Bearbeiterin)

Die beiden Arbeitgeberinnen sind Unternehmen des Reinigungsgewerbes und beschäftigen in einer Vielzahl von „Objekten“ im norddeutschen Raum mehrere tausend Arbeitnehmer. Der im „Betrieb Oldenburg“ gebildete Betriebsrat begehrt die Feststellung, dass die in verschiedenen Gebieten beschäftigten Mitarbeiter beider Arbeitgeberinnen einen gemeinsamen Betrieb bilden.

Das ArbG stellt hier keinen gemeinsamen Betrieb im Sinne des § 1 Abs.1 Satz 2 BetrVG fest. Ergäben die Umstände des Einzelfalles, dass der Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Bereich von derselben institutionellen Leitung ausgeübt werde, so liege eine konkludente Führungsvereinbarung vor. Eine bloße unternehmerische Zusammenarbeit genüge nicht. Deswegen könne von vornherein unberücksichtigt bleiben, dass beide Unternehmen gemeinsam Betriebsmittel beschafften, Betriebsmittel auch gemeinsam benutzten und in dem gleichen Gebäude untergebracht seien. Was die Leitungsstrukturen der Unternehmen anbelange, so seien auch diese verschieden. Zwar sei der Aufbau (Vorarbeiterin, Objektleitung, Niederlassungsleitung, Geschäftsleitung) gleichartig hierarchisch gegliedert. Indes bestehe im Leitungsgefüge keine Personenidentität, insbesondere nicht in der Geschäftsführung.

Entscheidend sei hier, dass die vorliegende Verknüpfung im personellen Bereich institutionell nicht abgesichert sei durch eine Identität in der Geschäftsführung. Dadurch bestehe gerade kein Leitungsgefüge, das eine einheitliche Entscheidungsstruktur ermögliche.

Sachsen:

- **ArbG Bautzen, Az: 3 BV 3001/02 vom 13.09.02:**

„In § 1 Abs.2 BetrVG erfolgt keine Definition des gemeinsamen Betriebs. Auf das Tatbestandsmerkmal der einheitlichen Leitung und der zumindest konkludenten Führungsvereinbarung wird nicht verzichtet. Die Vermutung kann dadurch widerlegt werden, dass keine einheitliche Leitung besteht bzw. sich die einheitliche Leitung nicht auf wesentliche Arbeitgeberfunktionen in sozialen und personellen Angelegenheiten erstreckt. Ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen liegt nicht vor, wenn die Unternehmen selbständig ihre personellen und sozialen Angelegenheiten regeln. Damit ist die Vermutung nach § 1 Abs.2 Nr.1 BetrVG widerlegt.“ (Leitsätze der Bearbeiterin)

Die Beteiligten streiten im Beschlussverfahren darüber, ob die Betriebsstätten des antragstellenden Unternehmens mit den Betriebsstätten der weiteren vier beteiligten Unternehmen einen gemeinsamen Betrieb im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes bilden.

Die antragstellende GmbH gibt eine Tageszeitung heraus. Die beteiligte KG gibt ebenfalls eine Zeitung heraus, für die die Antragstellerin gegen Entgelt aufgrund Dienstleistungsvertrags den Lokalteil erstellt.

Das ArbG ist der Auffassung, die Betriebsstätten der Antragstellerin bildeten keinen gemeinsamen Betrieb mit den Betriebsstätten der weiteren Unternehmen.

Mehrere Unternehmen könnten gem. § 1 Abs.1 Satz 2 BetrVG einen gemeinsamen Betrieb bilden. In § 1 Abs.2 BetrVG erfolge keine Definition des gemeinsamen Betriebs. § 1 Abs.2 BetrVG wolle den betroffenen Betriebsräten die Darlegungs- und Beweislast erleichtern und schreibe für den gemeinsamen Betrieb die Tatbestandsmerkmale „zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke“ und „gemeinsamer Einsatz von Betriebsmitteln und Arbeitnehmern“ fest. Diese äußerlich erkennbaren Tatsachen führten zu der Vermutung, dass ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen vorliege. Die widerlegbare Vermutung beziehe sich auf die einheitliche Leitung der Unternehmen. Auf das Tatbestandsmerkmal der einheitlichen Leitung und der zumindest konkludenten Führungsvereinbarung werde nicht verzichtet. Im Gegenteil könne die Vermutung dadurch widerlegt werden, dass keine einheitliche Leitung bestehe bzw. sich die einheitliche Leitung nicht auf wesentlichen Arbeitgeberfunktionen in sozialen und personellen Angelegenheiten erstrecke. Es verbleibe bei der bisherigen Definition des gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen. Ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen liege nicht vor, wenn die Unternehmen selbständig ihre personellen und sozialen Angelegenheiten regelten. Damit wäre die Vermutung nach § 1 Abs.2 Nr.1 BetrVG widerlegt.

Ein gemeinsamer Betrieb liege nicht vor. Die Antragstellerin treffe die wesentlichen Entscheidungen in personellen und sozialen Angelegenheiten selbständig. Es bestehe kein einheitlicher Leitungsapparat der beteiligten Unternehmen. Daher könne dahingestellt bleiben, ob die beteiligten Unternehmen zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke die Betriebsmittel sowie die Arbeitnehmer gemeinsam einsetzten oder nutzten.

Zwischen der Antragstellerin und den weiteren beteiligten Unternehmen gebe es keine personelle Verflechtung auf Gesellschafter- und Geschäftsführerebene. Zwar könne die GmbH wirtschaftlich von der KG aufgrund des sog. Dienstleistungsvertrags abhängig sein. Aus diesem ergäben sich auch Auswirkungen auf personelle und soziale Angelegenheiten. Dies sei im Wirtschaftsleben allerdings nichts Besonderes.

Jeder, der sich im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrages verpflichte, ein bestimmtes Werk innerhalb einer bestimmten Zeit in einer bestimmten Qualität zu liefern oder Dienste zu erbringen, müsse seine Planung im personellen und sozialen Bereich auf die geschlossenen Verträge anpassen. Wie der Arbeitgeber die sozialen und personellen Angelegenheiten insoweit regelt, obliegt seiner freien unternehmerischen Entscheidung.

Das Rechtsinstitut des gemeinsamen Betriebes mehrerer Unternehmen diene der effektiven Ausübung der im Betriebsverfassungsgesetz festgeschriebenen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats. Diese beständen jedoch nicht beim Abschluss von Werk- oder Dienstverträgen. Ohne ein Mitbestimmungsrecht gebe es aber auch kein Bedürfnis für eine erweiterte Auslegung des Betriebsbegriffes. Selbst wenn der sog. Dienstleistungsvertrag Auswirkungen auf personelle und soziale Angelegenheiten habe, unterliege er nicht der Mitbestimmung.

Der Geschäftsführer der Antragstellerin entscheide alleine und unabhängig von der Geschäftsführung der anderen beteiligten Unternehmen über die wesentlichen sozialen Angelegenheiten. Die Aufstellung eines gemeinsamen Schulungsplanes im Zusammenhang mit der Einführung einer neuen EDV-Technik führe in diesem Bereich noch nicht zu einer einheitlichen Wahrnehmung der Arbeitgeberfunktion.

Im Bereich der personellen Angelegenheiten sei dies genauso. Die Antragstellerin sei für ihre Personalplanung selbst verantwortlich. Diese ergebe sich bereits aus dem Dienstleistungsvertrag. In personellen Einzelmaßnahmen entscheide allein der Geschäftsführer der Antragstellerin. Lediglich die Ernennung des leitenden Redakteurs sei an die Zustimmung der KG gebunden.

Außerdem sei der Chefredakteur der Tageszeitung auch Herausgeber der anderen Zeitung und deren leitendem Redakteur hinsichtlich Inhalt und Umfang des redaktionellen Teils weisungsbefugt. Insoweit handele es sich aber nur um eine fachliche Anleitung und Weisungsbefugnis, die zur Wahrung eines einheitlichen Erscheinungsbildes der Zeitung diene. Weitergehende personelle Entscheidungsbefugnisse beständen nicht. Fachliche Weisungsrechte seien im Wirtschaftsleben nichts Besonderes und führten noch nicht zu einem gemeinsamen Betrieb der beteiligten Unternehmen.

Sachsen-Anhalt:

- **ArbG Magdeburg, Az: 7 BV 36/04 vom 18.08.04:**

„Die von der Rechtsprechung zum Gemeinschaftsbetrieb entwickelten Grundsätze sollen auch nach dem Inkrafttreten des Betriebsverfassungsreformgesetzes weiter gelten, wobei das Bestehen eines einheitlichen Leitungsapparates unter den Voraussetzungen des § 1 Abs.2 BetrVG vermutet wird. Auch wenn die Vermutungstatbestände nicht eingreifen, besteht ein gemeinsamer Betrieb, wenn sich mehrere Unternehmen ausdrücklich oder konkludent zur Führung eines gemeinsamen Betriebs rechtlich verbunden haben. Nach wie vor kann auf die Existenz einer Führungsvereinbarung aus den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls geschlossen werden.“ (Leitsätze der Bearbeiterin)

Das ArbG ist der Ansicht, bereits vor der Reformierung des BetrVG und der Einführung der Vermutungstatbestände nach § 1 Abs.2 BetrVG habe gegolten, dass auf eine rechtliche Verbindung mehrerer Unternehmen zu schließen war, wenn der Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Bereich von derselben institutionellen Leitung ausgeübt worden sei. Dafür sei entscheidend, ob ein arbeitgeberübergreifender Personaleinsatz praktiziert werde, der charakteristisch sei für den normalen Betriebsablauf. Ein solcher arbeitgeberübergreifender Personaleinsatz habe schon in der Vergangenheit indizielle Bedeutung für die Annahme eines gemeinsamen Betriebes gehabt. Nach § 1 Abs.2 BetrVG werde nunmehr ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen vermutet, wenn zur Verfolgung arbeits technischer Zwecke die Betriebsmittel sowie die Arbeitnehmer von dem Unternehmen gemeinsam eingesetzt würden (Nr.1). Die Vermutungstatbestände des § 1 Abs.2 BetrVG sollten Betriebsräten und Wahlvorständen den in der Praxis oft schwer zu erbringenden Nachweis einer Führungsvereinbarung zu ersparen. Die von der Rechtsprechung zum Gemeinschaftsbetrieb entwickelten Grundsätze sollten daher auch nach dem Inkrafttreten des Betriebsverfassungsreformgesetzes weiter gelten, wobei das Bestehen eines einheitlichen Leitungsapparates unter den Voraussetzungen des § 1 Abs.2 BetrVG vermutet werde. Weiter gelte, dass auch dann, wenn die Vermutungstatbestände nicht eingriffen, dennoch ein gemeinsamer Betrieb bestehe, wenn sich mehrere Unternehmen ausdrücklich oder konkludent zur Führung eines gemeinsamen Betriebs rechtlich verbunden hätten. Nach wie vor könne daher auf die Existenz einer Führungsvereinbarung aus den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls geschlossen werden. Diese tatsächlichen Umstände, also insbesondere ein arbeitgeberübergreifender, für den normalen Betriebsablauf charakteristischer Personaleinsatz, sei also nach wie vor geeignet, den Schluss auf die Existenz einer Führungsvereinbarung zuzulassen. Diese tatsächlichen Umstände dienten zugleich zur Abgrenzung von einer bloßen unternehmerischen Zusammenarbeit etwa von Konzernunternehmen, welche für die An-

nahme eines gemeinsamen Betriebs eben nicht genüge. Denn der für den Gemeinschaftsbetrieb vorausgesetzte betriebsbezogene Leitungsapparat müsse sich auf die in der organisatorischen Einheit – dem Betrieb – zu verfolgenden Zweck beziehen, so dass von einem bloßen Durchschlagen konzernrechtlicher Leitungsmacht auf die Betriebsebene keine Rede mehr sein könne. Dabei sei hervorzuheben, dass der Schluss auf einen einheitlichen Leitungsapparat durch den tatsächlich praktizierten arbeitgeberübergreifenden und für den normalen Betriebsablauf charakteristischen Personaleinsatz nicht widerlegt werde von arbeitsvertraglichen Einstellungs- und Kündigungsbefugnissen der jeweiligen Unternehmensleitung.

- **ArbG Magdeburg, Az: 9 BV 19/04 vom 22.06.04:**

„Mit der Vermutung in § 1 Abs.2 BetrVG soll hauptsächlich verhindert werden, dass betriebsratslose Einheiten entstehen.“ (Leitsatz der Bearbeiterin)

Nach Auffassung des ArbG liegt kein Gemeinschaftsbetrieb vor. Das betreffende Unternehmen verfüge über einen eigenständigen Leitungsapparat. Das Vorliegen eines einheitlichen Leistungsapparates mit den anderen beteiligten Betrieben könne nicht festgestellt werden.

Das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs ergebe sich nicht aus dem Vermutungstatbestand des § 1 Abs.2 BetrVG. Es fehle nämlich an einem gemeinsamen Einsatz von Betriebsmitteln. Auch ein arbeitgeberübergreifender Personaleinsatz finde nicht statt.

Die konzernbedingte Zusammenarbeit führe zu keiner anderen Beurteilung. Es sei denkbar, dass eines der anderen Unternehmen wesentliche Preise und Vertragsbedingungen vorgebe. In einer vergleichbaren Situation befänden sich aber auch beispielsweise die Zulieferer des Volkswagenkonzerns, ohne dass zwischen diesen ein gemeinsamer Betrieb besteht.

Mit der Vermutung in § 1 Abs.2 BetrVG solle hauptsächlich verhindert werden, dass betriebsratslose Einheiten entstünden. Betriebsratslos sei das Unternehmen aber nicht.

II. § 3 BetrVG

Die umfassende Neuregelung des § 3 BetrVG sollte den Tarifvertragsparteien flexiblere Gestaltungsmöglichkeiten einräumen, um mittels Vereinbarung Arbeitnehmervertretungen zu schaffen, die passgenau auf die spezielle Struktur des Unternehmens zugeschnitten sind.

Hier gab es, ganz im Gegensatz zum Umfang der Änderung, bisher nur wenige gerichtliche Auseinandersetzungen. Diese bewegten sich im wesentlichen auf untergerichtlicher Ebene.

Einer Überprüfung durch das Bundesarbeitsgericht bedurfte dabei eine tarifvertragliche Regelung zu der Bildung sog. „Standortbetriebsräte“.

Ferner stellte ein Landesarbeitsgericht die Unzulässigkeit der Bildung von Wahlkreisen innerhalb eines Betriebs fest. Gleichzeitig bestätigte es, dass per Tarifvertrag für mehrere Betriebe, Betriebsteile und Nebenbetriebe ein einheitlicher Betriebsrat gewählt werden könne und dabei eine Einteilung in Wahlbezirke zulässig sei.

Auch über die Bildung eines Spartengesamtbetriebsrats war zu entscheiden. Diese ist nach Ansicht eines Arbeitsgerichts durch Tarifvertrag nach einer durchgeführten Betriebsratswahl während der laufenden Amtsperiode nicht zulässig, Ein Tarifvertrag könne bestehende Betriebsratsgremien nicht ohne Neuwahl verändern.

- BAG 7 ABR 17/04 vom 10.11.04
- BAG 2 AZR 577/03 vom 03.06.04
- LAG Hamm, Az. 10 TaBV 22/03 vom 27.06.03
- ArbG Frankfurt am Main, Az: 4 BV 438/03 vom 30.03.04
- ArbG Oldenburg, Az: 3 BV 4/02 vom 19.02.03
- ArbG Kiel, Az: 1 BV 18c/02 vom 26.09.02

1. Bundesarbeitsgericht:

- **BAG 7 ABR 17/04 vom 10.11.04**; vorgehend: LAG Baden-Württemberg, Az: 13 TaBV 10/03 vom 01.10.03; ArbG Mannheim, Az: 6 BV 1/03 vom 04.04.03:

“Wird die Wahlanfechtung gerade auf das Fehlen einer unternehmensübergreifenden Organisationseinheit gestützt und geltend gemacht, es hätten gesonderte Wahlen für die Betriebsstätten der jeweiligen Rechtsträger durchgeführt werden müssen, ist Arbeitgeber iSv § 19 Abs 2 BetrVG derjenige, der geltend macht, in seinem eigenständigen Betrieb hätte eine Arbeitnehmervertretung nicht gewählt werden müssen.

Die von §§ 1, 4 BetrVG abweichend durch Tarifvertrag festgelegten Organisationseinheiten, in denen Betriebsräte gewählt werden, sind auch die Organisationseinheiten, in denen Schwerbehindertenvertretungen gewählt werden.

Der Begriff des Betriebes iSv Teil 2 des SGB 9 bestimmt sich gemäß § 87 Abs 1 S 2 SGB 9 nach dem BetrVG.

§ 3 Abs 1 Nr 1 BetrVG idF vom 23.12.1998 erlaubte nur zusätzliche Vertretungen, nicht jedoch den Betriebsrat ersetzende Arbeitnehmervertretungen. Eine unternehmensübergreifende Regelung war nach dieser Bestimmung grundsätzlich nicht zulässig. Tarifbestimmungen, die sich nicht im Rahmen dieser Vorgabe bewegten, waren unwirksam.

Das In-Kraft-Treten der BetrVRG am 28.07.2001 hat an dieser Rechtslage nichts geändert.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der Wahl einer gemeinsamen Schwerbehindertenvertretung für die in den Betriebsstätten dreier Arbeitgeberinnen beschäftigten schwerbehinderten Menschen.

Zwei der Arbeitgeberinnen betreiben als gGmbHen Einrichtungen, in denen überwiegend schwerbehinderte Teilnehmer an Maßnahmen der beruflichen Rehabilitation anerkannte Abschlüsse erwerben können. Die dritte Arbeitgeberin betreibt als gGmbH ein Fachkrankenhaus. Die drei Arbeitgeberinnen gehören der sogenannten SRH-Gruppe an, es gilt ein Überleitungstarifvertrag. In gesonderten Tarifverträgen wurde 1996 u.a. vereinbart, dass für die aus den bisherigen Betrieben neu gebildeten gGmbHen jeweils ein gemeinsamer Betriebsrat gebildet wird.

Auf der Grundlage dieser Regelung wurde 2001 ein sog. Standortbetriebsrat für die Belegschaften der Arbeitgeberinnen gewählt. Nachfolgend wurde eine Schwerbehindertenvertretung gewählt. Zwei Arbeitgeberinnen haben die Wahl der Schwerbehindertenvertretung angefochten.

Das BAG führt aus, die Wahl der Schwerbehindertenvertretung sei unwirksam, da sie unter Verkennung des Betriebsbegriffs erfolgt sei. Die tarifvertragliche Klausel über die Einrichtung sog. Standortbetriebsräte sei unwirksam und könne nicht Grundlage für die Bildung von Arbeitnehmervertretungen sein. Da die beteiligten Arbeitgeberinnen jeweils eigenständige Betriebe führten, hätte keine gemeinsame Schwerbehindertenvertretung für die bei den beteiligten Arbeitgeberinnen beschäftigten schwerbehinderten Menschen gewählt werden dürfen, sondern für jeden Betrieb eine gesonderte Schwerbehindertenvertretung gewählt werden müssen.

Nach der tarifvertraglichen Regelung von 1996 wurde für die aus den bisherigen Betrieben neu gebildeten gGmbHen jeweils ein gemeinsamer Betriebsrat gebildet. Nach § 3 BetrVG a.F. war die vorgesehene Bildung eines Standortbetriebsrats aber nicht zulässig. Daran habe sich durch das In-Kraft-Treten des Betriebsverfassungsreformgesetzes nichts geändert. Die betreffende Regelung sei auch nach § 3 BetrVG n.F. unwirksam.

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG n.F. komme zwar eine Bildung von “Standortbetriebsräten” in Betracht. Jedoch sei hier die Regelung mit § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nicht vereinbar, weil sie die vom Gesetz abweichenden Arbeitnehmervertretungsstrukturen für die Dauer der Geltung der Tarifverträge nicht abschließend selbst regelt, sondern es den Arbeitnehmern überlasse, durch Abstimmung vor einer Betriebsratswahl zu entscheiden, ob bei den beteiligten Arbeitgeberinnen jeweils eigene Betriebsräte gewählt werden sollten. Eine derartige Regelung ermögliche § 3 Abs. 1 BetrVG n.F. nicht. Das Gesetz sehe eine Entscheidungsbefugnis der Arbeitnehmer nur in den in § 3 Abs. 3 und § 4 Abs. 2 BetrVG n.F. genannten Fällen vor. Insbesondere bestehe keine Entscheidungsbefugnis der Arbeitnehmer für die Rückkehr von einer tariflich festgelegten Arbeitnehmervertretungsstruktur zu einem Betriebsrat nach den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 1, 4 BetrVG.

§ 3 Abs. 1 BetrVG n.F. über die tarifliche Festlegung anderer, von §§ 1, 4 BetrVG abweichende Arbeitnehmervertretungen sei abschließend. Die organisatorischen Vorschriften des Betriebsverfassungs-

gesetzes seien zwingend und Änderungen durch Tarifvertrag nur zugänglich, wenn und soweit es das Gesetz ausdrücklich zulasse.

- **BAG 2 AZR 577/03 vom 03.06.04**; vorgehend: LAG Bremen, Az: 2 Sa 78/03 und Az: 2 Sa 123/03 vom 27.08.03 (Parallelentscheidung); ArbG Bremerhaven, Az: 1 Ca 757/02 vom 06.03.03:

„1. Betreibt der Arbeitgeber neben einem Stammhaus eine Niederlassung und wurde der Betriebsrat (des Stammhauses) von der Belegschaft der Niederlassung nicht mitgewählt, so repräsentiert der Betriebsrat bei einer nicht angefochtenen Betriebsratswahl nur die Belegschaft, die ihn mitgewählt hat.

Selbst wenn der Betriebsrat unter Verstoß gegen die zwingenden Organisationsnormen der §§ 1, 3 und 4 BetrVG, dh unter Verkennung des Betriebsbegriffs, gewählt sein sollte, beeinträchtigt dies seine Funktionsfähigkeit und Zuständigkeit grundsätzlich nicht. (...)“

(bzgl. Sachverhalts und Gründen vgl. BAG 2 AZR 577/03 vom 03.06.04 in § 4 BetrVG)

2. Landesarbeitsgerichte

Nordrhein-Westfalen:

- **LAG Hamm, Az. 10 TaBV 22/03 vom 27.06.03**; vorgehend: ArbG Gelsenkirchen, Az: 4 BV 26/02 vom 27.11.02:

„Aus dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl nach § 14 BetrVG folgt, dass die Bildung von Wahlkreisen in einem Betrieb unzulässig ist. Nach § 3 Abs 1 BetrVG kann aber durch Tarifvertrag für mehrere Betriebe, Betriebsteile und Nebenbetriebe eines Unternehmens ein einheitlicher Betriebsrat gewählt werden, insoweit ist die Einteilung in Wahlbezirke nicht unzulässig.

Auch bei der Anfechtung einer Betriebsratswahl muss der Anfechtungsantrag entsprechend § 253 Abs 2 ZPO erkennen lassen, wer Antragsteller ist und gegen wen sich der Antrag richtet. Der Antrag muss weiter Gegenstand, Grund und Umfang der Anfechtung angeben und einen bestimmten Antrag enthalten.“

Die Beteiligten streiten um die Wirksamkeit einer für alle Betriebe, Nebenbetriebe, Betriebsteile und die Hauptverwaltung des Arbeitgebers durchgeführten einheitlichen Betriebsratswahl.

Antragsteller sind Mitarbeiter des Arbeitgebers, Antragsgegner sind der gewählte Betriebsrat sowie der Arbeitgeber. Der Arbeitgeber und der Betriebsrat schlossen einen "Tarifvertrag gem. § 3 BetrVG" zur Wahl eines einheitlichen Betriebsrates. Darin war u.a., dass im Betrieb sechs Wahlbezirke gebildet werden sollten. Die Antragsteller sind der Auffassung, die daraufhin erfolgte Betriebsratswahl sei zumindest anfechtbar.

Das Arbeitsgericht stellte die Nichtigkeit der Betriebsratswahl fest. Die durchgeführte Betriebsratswahl unter Berücksichtigung der im Tarifvertrag vereinbarten Wahlbezirke verstoße gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl; die Bildung von Wahlkreisen, in denen sich die Wahlbewerber gesondert zur Wahl stellten, sei unzulässig.

Dagegen stellt nach Auffassung des LAG die Aufteilung der Betriebe, Nebenbetriebe und Betriebsteile des Arbeitgebers in Wahlbezirke durch den Tarifvertrag keinen offensichtlichen und besonders groben Verstoß gegen gesetzliche Wahlvorschriften dar.

Die Bildung der sechs Wahlbezirke enthalte keinen Verstoß gegen den sich aus § 14 BetrVG ergebenden Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl. Richtig sei zwar, dass sich aus diesem Grundsatz ergebe, dass der Betriebsrat einheitlich für den Betrieb gewählt werde. Daraus könne der Schluss gezogen werden, dass eine Aufteilung des Betriebes in Wahlkreise, in denen sich die Wahlbewerber gesondert zur Wahl stellten, unzulässig sei.

Hier gehe es jedoch nicht um die Frage, ob ein einzelner Betrieb in Wahlkreise aufgeteilt werde, sondern ob durch Tarifvertrag nach § 3 Abs. 1 BetrVG ein Unternehmen mit mehreren Betrieben einen unternehmenseinheitlichen Betriebsrat bilden könne (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG) oder ob andere Arbeitnehmervertretungsstrukturen gebildet werden könnten, soweit dies insbesondere aufgrund der Betriebs-, Unternehmens- oder Konzernorganisation oder aufgrund anderer Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen

einer wirksamen und zweckmäßigen Interessenvertretung der Arbeitnehmer diene (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG).

Im vorliegenden Fall seien Wahlbezirke nicht für einen einheitlichen Betrieb gebildet worden. Ein einheitlicher Betriebsrat habe nach den Bestimmungen des Tarifvertrages vielmehr für alle Betriebe, Nebenbetriebe, Betriebsteile und die Hauptverwaltung des Arbeitgebers gewählt werden sollen. Während § 3 BetrVG a.F. den Tarifvertragsparteien lediglich geringe Regelungsspielräume eröffnete, sollte durch die Neuregelung die Schaffung moderner und anpassungsfähiger Betriebsratsstrukturen erreicht werden. Den Tarifvertragsparteien werde die Möglichkeit eingeräumt, Betriebsräte auch in gemeinsamen Betrieben mehrerer Unternehmen zu wählen. Sie sollten mehr Spielraum über den bisherigen Rahmen des bewährten § 3 BetrVG a.F. hinaus erhalten, um Vereinbarungen über anderweitige betriebsverfassungsrechtliche Arbeitnehmervertretungsstrukturen abschließen zu können, die unternehmensspezifische Besonderheiten oder derzeit noch nicht absehbare Betriebs- und Unternehmensstrukturen berücksichtigen. § 3 Abs. 1 BetrVG n.F. erlaube es den Tarifvertragsparteien, Kollektivvereinbarungen zu treffen, durch die alte, vorhandene Betriebsratsstrukturen verdrängt würden. Die bisherige starre Anbindung des Betriebsrates an den Betrieb als ausschließliche Organisationsbasis sei gelöst worden. Den Beteiligten vor Ort, insbesondere den Tarifvertragsparteien, seien mit § 3 BetrVG n.F. weitreichende und flexible Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt worden, damit sie mit Hilfe von Vereinbarungslösungen Arbeitnehmervertretungen schaffen könnten, die auf die besondere Struktur des jeweiligen Betriebs, Unternehmens oder Konzerns zugeschnitten seien. Wie die Arbeitnehmervertretungsstruktur im einzelnen ausgestaltet werde, obliege dabei den Tarifvertragsparteien.

Diesen Anforderungen werde der Tarifvertrag gerecht. Er enthalte keine Erschwerung der Errichtung der tariflichen Betriebsvertretung im Verhältnis zur gesetzlichen Regelung und treffe lediglich Bestimmungen über Zusammensetzung und Wahl der Betriebsvertretung. Auch soweit die Zahl der Betriebsratsmitglieder im Tarifvertrag von der gesetzlichen Regelung in § 9 BetrVG abweiche, sei dies zulässig. Der Tarifvertrag enthalte auch keine den gewählten Betriebsrat einschränkende Regelungen.

Im Tarifvertrag seien auch keine Regelungen enthalten, die den oder die Betriebe des Arbeitgebers anders bestimmten, als die Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes dies vorsähen. Hier bildeten nicht sämtliche, durch den Tarifvertrag gebildete Wahlbezirke einen einheitlichen Betrieb im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Der Geltungsbereich des Tarifvertrages erstreckte sich vielmehr auf alle Betriebe, Nebenbetriebe, Betriebsteile und die Hauptverwaltung des Arbeitgebers. Bereits hieraus ergebe sich, dass sich die Tarifvertragsparteien einer Bestimmung eines einheitlichen Betriebsbegriffes gerade enthalten hätten. Die Tarifvertragsparteien hätten die Betriebe, Nebenbetriebe und Betriebsteile des Arbeitgebers gerade nicht zu einem einheitlichen Betrieb im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zusammengefasst. Gerade weil im vorliegenden Fall kein einheitlicher Betrieb vorgelegen habe, sei die Einteilung in Wahlbezirke durch die Bestimmungen des Tarifvertrages zulässig. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl liege nicht vor.

3. Arbeitsgerichte

Hessen:

- **ArbG Frankfurt am Main, Az: 4 BV 438/03 vom 30.03.04:**

„Die Bildung eines Spartengesamtbetriebsrats durch Tarifvertrag nach einer durchgeführten Betriebsratswahl und während der laufenden Amtsperiode ist nicht wirksam.“

Die Beteiligten streiten darüber, ob der bei der Arbeitgeberin gebildete Spartengesamtbetriebsrat, rechtmäßig gebildet wurde und ob ein entsprechender Tarifvertrag über betriebsverfassungsrechtliche Fragen (Spartentarifvertrag) wirksam ist. Die Arbeitgeberin ist die Konzernmuttergesellschaft eines Teilkonzerns und deren 100%iger Tochtergesellschaft.

Nach Durchführung der regulären Betriebsratswahlen und der Konstituierung der örtlichen Betriebsräte, des Gesamtbetriebsrats und des Konzernbetriebsrats wurde ein Tarifvertrag gemäß § 3 BetrVG geschlossen, in welchem u. a. die Bildung von Spartengesamtbetriebsräten geregelt ist. Im Anschluss erfolgt während der laufenden Amtsperiode des Betriebsrats die Bildung eines Spartengesamtbetriebsrats.

Das ArbG stellt fest, dass die Bildung des Spartengesamtbetriebsrats und der Tarifvertrag rechtsunwirksam sind.

Die Bildung eines Spartengesamtbetriebsrats durch Tarifvertrag nach einer durchgeführten Betriebsratswahl und während der laufenden Amtsperiode sei nicht wirksam. Abgesehen davon, dass die Arbeitnehmer eines Unternehmens grundsätzlich vor der Durchführung einer Wahl wissen müssten, welche Betriebsratsgremien nicht nur durch ihre Teilnahme an der Wahl direkt, sondern auch im weiteren Verlauf durch Entsendung in die jeweiligen Gremien gebildet würden, ergebe sich die Unzulässigkeit der nachträglichen Änderung der Betriebsrats- einschließlich der Gesamtbetriebsratsgremien aus § 3 Abs. 4 BetrVG.

In § 3 Abs. 4 Satz 1 BetrVG heiÙe es, dass die Regelungen nach Abs. 1 Nr. 1 - 3 erstmals bei der nächsten regelmäßigen Betriebsratswahl anzuwenden seien, sofern der Tarifvertrag oder die Betriebsvereinbarung nichts anderes bestimmten, es sei denn, es bestehe kein Betriebsrat oder es sei aus anderen Gründen eine Neuwahl des Betriebsrats erforderlich. Daher sei ein Tarifvertrag nach § 3 BetrVG grundsätzlich erst dann anzuwenden, wenn die nächste Betriebsratswahl anstehe. Zwar könne nach dem Wortlaut von § 3 Abs. 4 Satz 1 BetrVG der Tarifvertrag etwas anderes bestimmen. Damit sei jedoch nicht gemeint, dass ein Tarifvertrag bestehende Betriebsratsgremien ohne Neuwahl verändern könne. Die Tarifvertragsparteien könnten aber einen anderen Wahltermin als den der nächsten regulären Betriebsratswahl vorsehen.

§ 3 Abs. 4 Satz 2 BetrVG bestimme, dass die Amtszeit bestehender Betriebsräte, die durch die Regelungen nach Abs. 1 Nr. 1 - 3 entfallen, mit Bekanntgabe des Wahlergebnisses ende, wenn der Tarifvertrag oder die Betriebsvereinbarung einen anderen Wahlzeitpunkt vorsehe. Der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, dass ein Tarifvertrag, der vom Betriebsverfassungsgesetz abweichende Strukturen enthalte, diese nicht während der laufenden Amtszeit, sondern nur mit einer beginnenden neuen Wahlperiode und Amtszeit, jedenfalls mit einer Neuwahl durchsetzen könne.

Auch nach altem Recht habe die Amtszeit des Betriebsrats kraft Gesetzes geendet, sobald ein die Errichtung einer tariflichen Betriebsvertretung vorschreibender Tarifvertrag in kraft getreten sei. Es sei jedoch zulässig gewesen, dass der Betriebsrat als geschäftsführender Betriebsrat weiter amtierte und insbesondere den für die Wahl der tariflichen Sondervertretung erforderlichen Wahlvorstand bestellen konnte. Es sei davon ausgegangen worden, dass die neuen, tarifvertraglichen Betriebsratsstrukturen sich erst nach einer durchzuführenden Neuwahl durchsetzen konnten. Dies gelte auch, wenn der Tarifvertrag wie hier die Betriebsratsgremien unangetastet lasse und lediglich auf der Gesamtbetriebsratsebene ein weiteres Gremium, nämlich den Spartengesamtbetriebsrat hinzufüge, welcher durch Entsendung gebildet werde. Der Gesamt- und der Konzernbetriebsrat gingen letztlich aus der Wahl der Arbeitnehmer hervor; die Arbeitnehmer müssten bei der Durchführung der Wahl dementsprechend auch wissen, welche Gremien oberhalb der Betriebsräte gebildet würden.

Der Tarifvertrag sei auch rechtsunwirksam, da er gegen § 3 Abs. 4 BetrVG verstoÙe. Er gehe nämlich in seinem § 3 Abs.1 erkennbar davon aus, dass die neue Struktur während der laufenden Amtszeit der gewählten Betriebsräte eingerichtet werden könne.

Niedersachsen:

- **ArbG Oldenburg, Az: 3 BV 4/02 vom 19.02.03:**

Die beiden Arbeitgeberinnen sind Unternehmen des Reinigungsgewerbes und beschäftigen in einer Vielzahl von „Objekten“ im norddeutschen Raum mehrere tausend Arbeitnehmer. Der im „Betrieb Oldenburg“ gebildete Betriebsrat begehrt die Feststellung, dass die die abgeschlossenen Tarifverträge unwirksam sind.

Das ArbG führt aus, § 3 Abs.5 Satz 1 BetrVG stelle klar, dass betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheiten, die aufgrund eines Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung nach Absatz 1 Nr.1 bis 3 des § 3 BetrVG gebildet worden seien, als Betriebe im Sinne des Gesetzes gälten. Eine davon abweichende, am gesetzlichen Leitbild orientierte Betriebsstruktur setze die fehlende Bindung an die tarifvertraglichen Festlegungen und somit die Unwirksamkeit des Tarifvertrags voraus.

Der Tarifvertrag sei aber wirksam, da die gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen die Tarifvertragsparteien vom Gesetz abweichende Betriebsstrukturen vereinbaren können, vorlägen.

Der Tarifvertrag fuÙe auf § 3 Abs.1 Nr.3 BetrVG. Diese Regelung ermögliche, über die in Nummer 1 und 2 des § 3 genannten speziellen Fälle hinaus, andere betriebsverfassungsrechtliche Strukturen zu schaffen. Sie trage der Erkenntnis Rechnung, dass die gesetzliche Regelung über die Bildung von Betriebs-

räten für bestimmte Arten von Betrieben ungeeignet sein könne. Somit könnten sich die Tarifvertragsparteien völlig von der gesetzlichen Regelung über die Organisation der betrieblichen Interessenvertretung lösen. Einzige Voraussetzung für die Bildung abweichender betriebsverfassungsrechtlicher Strukturen sei die Schaffung einer wirksamen und zweckmäßigen Interessenvertretung der Arbeitnehmer. Insofern hätten die Tarifvertragsparteien einen weiten Beurteilungsspielraum.

Hier hätten sich die Tarifvertragsparteien innerhalb des ihnen zugebilligten Beurteilungsspielraums gehalten, indem sie aufgrund der Organisationsstruktur der Arbeitgeberinnen die gesetzliche Regelung der betrieblichen Interessenvertretung als unzulänglich und nicht ausreichend erachtet und durch eine abweichende Organisationsstruktur ersetzt hätten.

Ein Reinigungsunternehmen verfolge seinen Betriebszweck nicht in eigenen Betriebsstätten, sondern in den Räumlichkeiten der Auftraggeber. Er vollziehe sich regelmäßig in einer Vielzahl über eine große Fläche verteilte „Objekte“. Diese Reinigungsobjekte seien unterschiedlich strukturiert. Die Bandbreite reiche von Objekten mit mehreren 100 Beschäftigten und einer dort fest installierten arbeitgeberseitigen Leitungsstruktur bis hin zu Objekten, in denen nur eine Person tätig sei. Umgesetzt in das Betriebsverfassungsgesetz reiche die Palette von eigenständigen betriebsratsfähigen Betrieben über selbständige – weil betriebsratsfähige – Betriebsteile bis hin zu unselbständigen Betriebsstätten.

Zudem sei das einzelne Reinigungsobjekt trotz der geforderten Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer nicht zwangsläufig betriebsratsfähig. Gerade kleineren Objekten werde häufig die erforderliche institutionelle Leitung fehlen. Solche Objekte wären damit zwangsläufig dem am Sitz des Unternehmens anzusiedelnden „Hauptbetrieb“ zuzuordnen und zwar unabhängig wie weit sie von diesem entfernt seien. Dabei ständen die räumliche Distanz und die fehlende Betriebsstruktur einer wirksamen Interessenvertretung entgegen. Solche Kleinobjekte seien bei der Arbeitgeberin auch nicht die Ausnahme.

Ein weiterer Gesichtspunkt sei die fehlende Stetigkeit. Ein Objekt, und damit ein Betrieb oder ein eigenständiges Betriebsteil i.S.d. BetrVG bestehe nur, so lange der entsprechende Reinigungsauftrag vorliege, andernfalls gehe das Objekt und damit der darin gebildete Betriebsrat unter.

Diesen Punkten wirke die von den Tarifvertragsparteien gefundene Struktur entgegen. Sie schaffe sinnvolle und überschaubare Betriebe. Durch das Anknüpfen an regionale Strukturen und die damit geschaffene Objektnähe ermögliche sie eine wirksame und zweckmäßige Interessenwahrnehmung. Dabei könnten gerade die in kleineren Objekten beschäftigten Mitarbeiter erstmals sinnvoll in die betriebliche Interessenwahrnehmung eingebunden werden. Die Abkopplung von einzelnen betriebsratsfähigen Objekten gewährleiste zudem Kontinuität in der Betriebsratsarbeit. Verluste einzelner Objekte ließen den Bestand des Betriebsrats unberührt. Schließlich trage die tarifvertragliche Struktur auch der Unternehmensstruktur Rechnung.

Die Sinnhaftigkeit der Anknüpfung an regionale Strukturen stelle der beteiligte Betriebsrat selbst unter Beweis. Auch er sei aus den Objekten eines „Betriebes“ gebildet, obwohl ein solcher einheitliche Betrieb nach den Vorgaben des BetrVG gar nicht bestehe. Zudem knüpfe auch die von ihm geforderte Zuordnung an die regionalen Strukturen an.

Die von den Tarifvertragsparteien vorgenommene Zuordnung der einzelnen Regionen zu den Betrieben liege innerhalb des weiten Beurteilungsspielraums

Dies wäre anders, wenn die tarifvertragliche Regelung einen vorhandenen Betrieb zerschlagen würde. Das sei hier aber nicht der Fall. Der beteiligte Betriebsrat werde durch die tarifvertragliche Festlegung in seinem „Zuständigkeitsbereich“ nicht beeinträchtigt. Er werde durch die Neuregelung nicht verkleinert oder sonst zerlegt. Der vom Betriebsrat reklamierte Betrieb in der Region Oldenburg habe in dieser Form nie bestanden und könne so durch die tarifliche Regelung auch nicht zerschlagen werden.

Schleswig-Holstein:

- **ArbG Kiel, Az: 1 BV 18c/02 vom 26.09.02:**

„§ 3 BetrVG ist verfassungsgemäß. Die Vorschrift verstößt nicht gegen die negative Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs.3 GG bzw. gegen Art.2 GG.

Für eine „wirksame und zweckmäßige Interessenvertretung der Arbeitnehmer“ i.S.v. § 3 Abs.1 Ziffer 3 BetrVG ist nicht Voraussetzung, dass die im Tarifvertrag gefundene Regelung der gesetzlichen überlegen ist.“ (Leitsatz der Bearbeiterin)

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der in einer Betriebsstelle der Arbeitgeberin durchgeführten Betriebsratswahl sowie über die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung dieser Betriebsstelle.

Es ist streitig, ob in der Betriebsstelle überhaupt die Wahl eines eigenständigen Betriebsrats hätte durchgeführt werden dürfen oder ob die Betriebsstelle aufgrund eines Tarifvertrags gem. § 3 BetrVG betriebsverfassungsrechtlich einer bestehenden Region zugeordnet sei.

Das ArbG ist der Auffassung, die betreffende Betriebsstätte sei dem Betriebsrat einer bestehenden Region zugeordnet. Die Zuordnung erfolge durch Zuordnungstarifvertrag wirksam gem. § 3 BetrVG.

§ 3 BetrVG sei verfassungsgemäß. Er verstoße nicht gegen die negative Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs.3 GG bzw. gegen Art. 2 GG.

Gegen die Verfassungsmäßigkeit sei eingewandt worden, dass die in § 3 BetrVG den Tarifvertragsparteien eingeräumten Normsetzungsbefugnisse einen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs.3 GG darstelle, der aufgrund zu weit gehender Delegation der Rechtsetzungskompetenz des Gesetzgebers auf demokratisch nicht legitimierte Dritte nicht gerechtfertigt sei.

Das Gericht ist nicht dieser Auffassung. Es sei bereits fraglich, ob die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf die Problematik des § 3 BetrVG übertragbar sei. Grundsätzlich stelle es einen Eingriff in Art. 2 GG i.V.m. dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip dar, wenn der Staat seine Normsetzungsbefugnis auf weder staatlich demokratisch noch mitgliederschäftlich legitimierte Dritte (hier: Gewerkschaften) delegiere. Dieser Eingriff stehe jedoch im Spannungsverhältnis mit Art. 9 Abs.3 GG, wonach den Koalitionen (Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften) im Arbeitsleben ein Freiraum zustehe. Das Bundesverfassungsgericht spreche von einer Zurücknahme der staatlichen Rechtsetzungsbefugnis. Grundsätzlich beziehe sich dies aber nur auf Rechtssetzungsakte gegenüber Mitgliedern. Das Problem sei vorliegend aber, dass die betriebsverfassungsrechtliche Struktur nur einheitlich gegenüber Gewerkschaftsmitgliedern und Nichtmitgliedern erfolgen könne. Stellte man in diesem Fall unter Verweis auf die negative Koalitionsfreiheit auf die fehlende Legitimation der Gewerkschaft für Nichtmitglieder ab und verneinte eine entsprechende Regelungskompetenz per Tarifvertrag, so griffe man gleichermaßen in die positive Koalitionsfreiheit ein, denn der Gewerkschaft wäre es dann eben auch unmöglich für ihre Mitglieder solche Regelungen abzuschließen. Insofern seien die bestehenden grundrechtlich abgesicherten Interessen aller Betroffenen im Rahmen einer Interessenabwägung in Konkordanz zu bringen.

Auf den vorliegenden Fall – Schaffung von spezifischen betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen per Tarifvertrag – bezogen, sei dabei maßgeblich zu berücksichtigen, dass das BetrVG den Begriff „Betrieb“ nicht definiere, sondern die überkommene betriebswirtschaftliche und arbeitsrechtliche Definition voraussetze. Insofern stelle § 3 BetrVG die Delegation einer Regelungskompetenz dar, die der Gesetzgeber für den im BetrVG vorgesehenen Normalfall selbst nicht in Anspruch nehme. Weiter sei die Delegation inhaltlich an Voraussetzungen gebunden, die zugegebenermaßen nicht besonders konkret seien, aber immer noch wesentlich strenger und genauer seien, als die völlig fehlende gesetzliche Definition des Betriebsbegriffs. Dieser werde zwar durch die Rechtsprechung anhand einer wenig aussagekräftigen überkommenen Formel konkretisiert, womit aber den Erfordernissen einer modernen Wirtschaft mit vielfältig genau angepassten Organisationsstrukturen und einer effizienten Mitbestimmung nicht immer Rechnung getragen werden könne. Die aktuelle Gesetzgebung bzgl. § 3 BetrVG stelle also einen Beitrag zur Konkretisierung und Diversifizierung des Betriebsbegriffs dar.

Der Tarifvertrag entspreche den Voraussetzungen des § 3 Abs.1 Ziffer 3 BetrVG. Er nehme eine regional- und geschäftsbezogene Zuordnung losgelöst vom Betriebsbegriff des BetrVG vor.

Die Voraussetzung „wirksame und zweckmäßige Interessenvertretung der Arbeitnehmer“ sei vorliegend erfüllt. Es sei nicht Voraussetzung, dass die im Tarifvertrag gefundene Regelung der gesetzlichen überlegen sein, wie sich bereits aus dem Wortlaut (Fehlen des Komparativs) ergebe. Dies sei auch unter Berücksichtigung von Systematik sowie Sinn und Zweck richtig. Die Notwendigkeit einer vergleichenden Betrachtung beider Regelungen setze zwingend eine weitgehende inhaltliche Auseinandersetzung mit der im Tarifvertrag gefundenen Struktur und nicht nur lediglich eine Rechtskontrolle voraus. Dies sei aber mit dem weit formulierten Wortlaut des § 3 Abs.1 Ziffer 3 BetrVG nicht zu machen und griff wiederum in den grundrechtlich geschützten staatsfreien Freiraum der Tarifvertragsparteien ein.

Vorstehende Voraussetzung sei erfüllt, denn die Mitarbeitervertretung sei im Tarifvertrag so strukturiert, dass sie an dem Ort angesiedelt sei, wo auch auf Arbeitgeberseite die konkreten arbeitsrechtlichen Entscheidungsträger säßen. Die Ausübung der sozialen und personellen Mitbestimmung könne gegenüber den Entscheidern direkt ausgeübt werden. Dies diene einer wirksamen und zweckmäßigen Interessenvertretung.

III. § 4 BetrVG

Nach Ansicht der Reformkritikern der Reform zielen die Änderungen in § 4 BetrVG vor allem auf die Beseitigung betriebsratsloser Betriebe und eine Vergrößerung der Gremien. Dies führe zu einer höheren Kostenbelastung der Unternehmen und beinhalte daher großes Konfliktpotential. Dennoch blieben gerichtliche Auseinandersetzungen bisher eher die Ausnahme. Bei ihnen ging es im wesentlichen um die Selbständigkeit von Betriebsteilen, um die unterschiedlichen Betriebsbegriffe nach Kündigungsschutzgesetz und BetrVG sowie um die Wahlmöglichkeit einer Belegschaft zwischen Kleinstbetriebsrat oder gemeinsamem Betriebsrat.

- BAG 7 ABR 17/04 vom 10.11.04
- BAG 2 AZR 577/03 vom 03.06.04
- LAG München, Az: 5 Sa 1375/03 vom 28.04.04
- LAG Bremen, Az: 2 Sa 78/03 und 2 Sa 123/03 vom 27.08.03
- LAG Köln, Az: 2 TaBV 44/03 vom 17.11.03
- LAG Köln, Az: 7 TaBV 69/02 vom 29.01.03

1. Bundesarbeitsgericht

- **BAG 7 ABR 17/04 vom 10.11.04**; vorgehend: LAG Baden-Württemberg, Az: 13 TaBV 10/03 vom 01.10.03; ArbG Mannheim, Az: 6 BV 1/03 vom 04.04.03:

„Wird die Wahlanfechtung gerade auf das Fehlen einer unternehmensübergreifenden Organisationseinheit gestützt und geltend gemacht, es hätten gesonderte Wahlen für die Betriebsstätten der jeweiligen Rechtsträger durchgeführt werden müssen, ist Arbeitgeber iSv § 19 Abs 2 BetrVG derjenige, der geltend macht, in seinem eigenständigen Betrieb hätte eine Arbeitnehmervertretung nicht gewählt werden müssen.

Die von §§ 1, 4 BetrVG abweichend durch Tarifvertrag festgelegten Organisationseinheiten, in denen Betriebsräte gewählt werden, sind auch die Organisationseinheiten, in denen Schwerbehindertenvertretungen gewählt werden.

Der Begriff des Betriebes iSv Teil 2 des SGB 9 bestimmt sich gemäß § 87 Abs 1 S 2 SGB 9 nach dem BetrVG.

§ 3 Abs 1 Nr 1 BetrVG idF vom 23.12.1998 erlaubte nur zusätzliche Vertretungen, nicht jedoch den Betriebsrat ersetzende Arbeitnehmervertretungen. Eine unternehmensübergreifende Regelung war nach dieser Bestimmung grundsätzlich nicht zulässig. Tarifbestimmungen, die sich nicht im Rahmen dieser Vorgabe bewegten, waren unwirksam.

Das In-Kraft-Treten der BetrVRG am 28.07.2001 hat an dieser Rechtslage nichts geändert.“

(zu Sachverhalt und Gründen vgl. Auswertung zu § 3 BetrVG)

- **BAG 2 AZR 577/03 vom 03.06.04**; vorgehend: LAG Bremen, Az: 2 Sa 78/03 und 2 Sa 123/03 vom 27.08.03 (Parallelentscheidung); ArbG Bremerhaven, Az: 1 Ca 757/02 vom 06.03.03:

Betreibt der Arbeitgeber neben einem Stammhaus eine Niederlassung und wurde der Betriebsrat (des Stammhauses) von der Belegschaft der Niederlassung nicht mitgewählt, so repräsentiert der Betriebsrat bei einer nicht angefochtenen Betriebsratswahl nur die Belegschaft, die ihn mitgewählt hat.

Selbst wenn der Betriebsrat unter Verstoß gegen die zwingenden Organisationsnormen der §§ 1, 3 und 4 BetrVG, dh unter Verkennung des Betriebsbegriffs, gewählt sein sollte, beeinträchtigt dies seine Funktionsfähigkeit und Zuständigkeit grundsätzlich nicht.

Da die Sozialauswahl betriebsbezogen vorzunehmen ist und eine Beschränkung auf Betriebsteile oder Betriebsabteilungen ausscheidet, steht der Notwendigkeit einer Sozialauswahl nicht schon die räumliche Entfernung der Niederlassung vom Stammbetrieb entgegen. Auch ein Hauptbetrieb und eine räumlich weit entfernte Betriebsstätte iSv § 4 Abs 1 S 1 Nr 1 BetrVG können einen Betrieb iSd § 23 KSchG bilden. § 23 KSchG differenziert nicht zwischen Betrieben und räumlich entfernten Betriebsteilen, die als selbstständige Betriebe im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes gelten (§ 4 Abs 1 S 1 BetrVG). Eine mögliche betriebsverfassungsrechtliche Eigenständigkeit einzelner Betriebsteile steht einer betriebsübergreifenden Sozialauswahl nicht im Wege. § 23 KSchG stellt nicht auf die räumliche, sondern vielmehr auf die organisatorische Einheit ab, mit der der Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sachlichen oder immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt. Auch Arbeitnehmer eines räumlich weit entfernten Betriebsteils müssen daher in die Sozialauswahl einbezogen werden.

Der langjährige Einsatz eines Arbeitnehmers kann unter Umständen zwar zu einer örtlichen Konkretisierung seiner Leistungspflicht führen und im laufenden Arbeitsverhältnis bei der Ausübung des Weisungsrechts nach § 106 GewO bzw. des billigen Ermessens iSd § 315 Abs 1 BGB maßgeblich zu berücksichtigen sein. Diese Grundsätze können jedoch nicht ohne weiteres auf die Frage der Umsetzbarkeit im Rahmen der Sozialauswahl übertragen werden. Die Konkretisierung der Arbeitspflicht soll, wie gerade § 106 GewO, § 315 Abs 1 BGB zeigen, zu Gunsten des Arbeitnehmers wirken. Es würde nicht nur dem Schutzzweck des § 1 Abs 3 KSchG widersprechen, wenn sich eine solche Konkretisierung bei einer durchzuführenden Sozialauswahl zu Lasten des zu kündigenden Arbeitnehmers auswirkte. Sie würde auch den in § 242 BGB verankerten Vertrauensschutzgrundsätzen zuwider laufen.

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung.

Die Arbeitgeberin betreibt Autohäuser. Der Hauptbetrieb und eine weitere Betriebsstätte befindet sich in unterschiedlichen nahegelegenen Städten. Im Stammbetrieb besteht ein Betriebsrat, an dessen Wahl die Arbeitnehmer der niedergelassenen Betriebsstätte nicht teilnahmen.

Der Arbeitnehmer war ausschließlich in der Niederlassung beschäftigt. Die Arbeitnehmerin beschloss, die Niederlassung stillzulegen und kündigte allen Arbeitnehmern der Betriebsstätte. Den Betriebsrat des Stammhauses hörte die Arbeitgeberin zur Kündigung nicht an. Nach Ausspruch der Kündigungen wählten die Arbeitnehmer der Niederlassung einen eigenen Betriebsrat. Der Arbeitnehmer hat Kündigungsschutzklage erhoben.

Entgegen der Auffassung des LAGs geht das BAG davon aus, der Betriebsrat des Stammhauses sei zur Kündigung selbst dann nicht anzuhören gewesen, wenn die Niederlassung die Voraussetzungen des § 4 Abs.1 BetrVG nicht erfüllt habe. Die Einschätzung des LAG, wonach der Umstand, dass die Mitarbeiter der Beklagten in Bremerhaven nicht von der Möglichkeit des neu gefassten § 4 Abs. 2 BetrVG Gebrauch gemacht hätten, eine Zuständigkeit des Betriebsrats des Stammbetriebs für die Niederlassung nicht ausschließe, teilt das BAG nicht.

Die Zuständigkeit des Bremer Betriebsrats erstreckte sich nur auf den Betrieb des Stammhauses und nicht auf die Niederlassung.

Bei einer nicht angefochtenen Betriebsratswahl repräsentiere der Betriebsrat nur die Belegschaft, die ihn mitgewählt habe. Der Betriebsrat des Stammhauses vertrete demnach nur die Belegschaft des Hauptbetriebs. Der Arbeitnehmer könne sich nicht darauf berufen, die Arbeitgeberin hätte den Betriebsrat auch zu seiner Kündigung anhören müssen. Selbst wenn der Betriebsrat des Stammbetriebs unter Verstoß gegen die zwingenden Organisationsnormen der §§ 1, 3 und 4 BetrVG, d.h. unter Verkenning des Betriebsbegriffs, gewählt worden sein sollte, beeinträchtigt dies seine Funktionsfähigkeit und Zuständigkeit grundsätzlich nicht. Nur ausnahmsweise, im Fall einer Nichtigkeit der Wahl - die hier nicht gegeben sei -, gelte etwas anderes. Es würde dem Erfordernis der Rechtssicherheit, dem § 19 BetrVG diene, widersprechen, wenn bei Ausübung eines jeden einzelnen Beteiligungsrechts jeweils zu klären wäre, ob der gewählte Betriebsrat überhaupt für den Betrieb im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes gewählt bzw. zuständig sei. Da die Wahl des Betriebsrats im Stammhaus nicht - insbesondere nicht von den Arbeitnehmern der Niederlassung - angefochten worden sei, könne sich der Arbeitnehmer hier nicht darauf berufen, der Betriebsrat des Stammhauses sei auch für ihn zuständig und bei der beabsichtigten Kündigung anzuhören gewesen.

2. Landesarbeitsgerichte

Bayern:

- **LAG München, Az: 5 Sa 1375/03 vom 28.04.04**; vorgehend: ArbG München, Az: 22 Ca 13228/03 vom 06.10.03; nachgehend: BAG 1 AZN 459/04 vom 14.12.04 (nicht dokumentiert)

„Wird bei einer Betriebsratswahl irrtümlich ein selbständiger Betriebsteil iSv § 4 Abs 1 Satz 1 BetrVG angenommen und deswegen nur in dem vermeintlichen Hauptbetrieb ein Betriebsrat gewählt, so ist dieser Betriebsrat trotzdem für den ganzen Betrieb zuständig.

Die Betriebsratsfähigkeit iSv § 1 Abs 1 Satz 1 BetrVG hängt von der Betriebszugehörigkeit der Arbeitnehmer zur Zeit der Betriebsratswahl ab.

Diese Betriebszugehörigkeit wird weder durch die Elternzeit iSd §§ 15 ff BErzGG noch durch den künftigen Eintritt in den Ruhestand eines Arbeitnehmers in Frage gestellt.

Der Wegfall der Betriebsratsfähigkeit eines Betriebsteils nach dem für die Betriebsratswahl maßgeblichen Zeitpunkt führt nicht zur automatischen Zuständigkeit des im Hauptbetrieb gewählten Betriebsrats, gleichviel, ob in dem Betriebsteil ein Betriebsrat gewählt worden war oder nicht.“

Ein Arbeitnehmer macht die Unwirksamkeit einer betriebsbedingten Änderungskündigung geltend.

Die Arbeitgeberin betreibt eine Maschinenfabrik. Der Hauptbetrieb wurde vom ursprünglichen Ort in Form einer Niederlassung wegverlagert, so dass in der ersten Betriebsstätte nur noch fünf Arbeitnehmer verblieben. Davon waren vier Arbeitnehmer aktiv tätig. Eine Arbeitnehmerin war in Elternzeit.

Im Hauptbetrieb wurde ein Betriebsrat gewählt, in der ersten Betriebsstätte nicht. Die Arbeitnehmer der Betriebsstätte waren nicht an der Betriebsratswahl des Hauptbetriebs beteiligt.

Nachfolgend waren der Betriebsstätte durch den Eintritt eines Arbeitnehmers in den Ruhestand nur noch vier Arbeitnehmer zugeordnet.

Die Arbeitgeberin löste dann die Betriebsstätte aus wirtschaftlichen Gründen auf und kündigte allen Arbeitnehmern mit Ausnahme der Arbeitnehmerin wegen deren Sonderkündigungsschutzes. Zu den Kündigungen wurde der im Hauptbetrieb gewählte Betriebsrat nicht gehört.

Dem Arbeitnehmer wurde gekündigt, mit dem Angebot, anschließend zu gleichen arbeitsvertraglichen Konditionen im Hauptbetrieb weiterzuarbeiten. Er macht geltend, die Änderung der Arbeitsbedingungen sei mangels Anhörung des Betriebsrats von der Änderungskündigung gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam, weil der im Hauptbetrieb gewählte Betriebsrat auch für die Arbeitnehmer der Betriebsstätte zuständig gewesen sei.

Nach Auffassung des LAGs ist die Änderung nicht unwirksam.

Der von den im Hauptbetrieb beschäftigten Arbeitnehmern gewählte Betriebsrat sei nur für diese Arbeitnehmer zuständig und habe daher vor der Änderungskündigung des in der Betriebsstätte beschäftigten Arbeitnehmers nicht gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG gehört werden müssen.

Zwar hätte der im Hauptbetrieb gewählte Betriebsrat vor der Kündigung der Arbeitnehmer der Betriebsstätte gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG gehört werden müssen, wenn die Betriebsstätte schon zurzeit der Betriebsratswahl gar nicht betriebsratsfähig gewesen wäre.

Dies war hier aber nicht der Fall. Zwar habe es sich bei der Betriebsstätte zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl nicht um einen selbstständigen und betriebsratsfähigen Betrieb iSv. § 1 BetrVG gehandelt, die Betriebsstätte habe aber gemäß § 4 Satz 1 Nr. 1 iVm. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG als selbstständiger und betriebsratsfähiger Betrieb gegolten, für den der Betriebsrat des Hauptbetriebs zu Recht nicht gewählt worden sei und für den dieser Betriebsrat auch später nicht zuständig geworden sei.

Bei der Betriebsstätte habe es sich um einen Betriebsteil iSv. § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG gehandelt. Zur Zeit der Betriebsratswahl seien auch die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG erfüllt gewesen, wonach nur in Betrieben "mit in der Regel mindestens fünf ständig wahlberechtigten Arbeitnehmern, von denen drei wählbar sind, ... Betriebsräte gewählt" würden. Diese Betriebsratsfähigkeit sei zur maßgeb-

lichen Zeit der Betriebsratswahl in dem Betriebsstätte angesichts der diesem Betriebsteil zugeordneten fünf Arbeitnehmer erfüllt gewesen.

Dabei gehörte die Arbeitnehmerin in Elternzeit zu den Arbeitnehmern dieses Betriebsteils, weil es gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG nur auf die Zugehörigkeit der Arbeitnehmer zum Betrieb ankomme und diese Zugehörigkeit jedenfalls nicht dadurch in Frage gestellt werde, dass die Hauptpflichten aus einem Arbeitsverhältnis wegen einer Elternzeit iSd. §§ 15 ff. BerzGG gerade ruhten.

Der Ruhestandstermin eines Arbeitnehmers habe an der Betriebsratsfähigkeit des Betriebsteils zurzeit der Betriebsratswahl nichts geändert, weil zu dieser maßgeblichen Zeit dem Betriebsteil noch fünf ständige Arbeitnehmer zugehörig waren.

Diese Arbeitnehmer hätten nicht gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 BetrVG auf Grund eines entsprechenden Beschlusses an der Wahl des Betriebsrats im Hauptbetrieb teilgenommen, obwohl sie das gerade mit Rücksicht auf den durch den Eintritt des Arbeitnehmers in den Ruhestand drohenden Verlustes der Betriebsratsfähigkeit hätten tun können.

Daher habe auch der durch den Eintritt des Arbeitnehmers in den Ruhestand bewirkte Wegfall der Betriebsratsfähigkeit des Betriebsteils nicht zu einer automatischen Zuständigkeit des im Hauptbetrieb gewählten Betriebsrats für die Arbeitnehmer des Betriebsteils geführt. Für eine solche Zuständigkeit habe es an der erforderlichen demokratischen Legitimation und einer besonderen gesetzlichen Zuständigkeitsregelung gemangelt. Es gelte nichts anders, als wenn im Betriebsteil zunächst ein Betriebsrat gewählt worden wäre. Dann wäre mit dem Eintritt des Arbeitnehmers in den Ruhestand die Betriebsratsfähigkeit des Betriebsteils auch weggefallen und hätte das Betriebsratsamt geendet, ohne dass es zu einer automatischen Zuständigkeit des im Hauptbetrieb gewählten Betriebsrats gekommen wäre.

Bremen:

- **LAG Bremen, Az: 2 Sa 78/03 und 2 Sa 123/03 vom 27.08.03 (Parallelentscheidung);** vorgehend: ArbG Bremerhaven, Az: 1 Ca 757/02 vom 06.03.03; nachgehend: BAG 2 AZR 577/03 vom 03.06.04:

„Eine Kfz-Werkstatt in Bremerhaven, deren Alltagsgeschäfte von einem Werkstattleiter geleitet werden, ist auch dann nicht als eigenständiger Betriebsteil iS von § 4 Abs 1 Nr 2 BetrVG anzusehen, wenn dieser befugt ist, Arbeitnehmer einzustellen, soweit er hierfür an Vorgaben des "Stammhauses" in Bremen gebunden ist.

Eine räumlich weite Entfernung zwischen "Stammhaus" und Werkstatt ist iS von § 4 Abs 1 Nr 1 BetrVG nicht anzunehmen, wenn die zwischen beiden liegende Entfernung von 70 km wegen nahegelegener Autobahnauffahrt schnell zu überbrücken ist. Zufällige Verzögerungen durch Baustellen und/oder Berufsverkehr fallen nicht ins Gewicht. Die deutlich längere Fahrzeit mit öffentlichen Verkehrsmitteln ist wegen des inzwischen erreichten Niveaus der allgemeinen Motorisierung unerheblich. Ob beide Belegschaften sich als Teil einer Betriebsgemeinschaft fühlen, hat keine entscheidende Bedeutung.

Der Betriebsrat des "Stammhauses" ist bei einer betriebsbedingten Kündigung wegen Stilllegung einer Werkstatt nach § 102 BetrVG zu beteiligen, auch wenn die Mitarbeiter von den Möglichkeiten des iS von § 4 Abs 2 BetrVG keinen Gebrauch gemacht haben.“

(Zum Sachverhalt vgl. BAG 2 AZR 577/03 vom 03.06.04)

Das LAG hält die Kündigung für unwirksam, da die Arbeitnehmerin den Betriebsrat des Stammhauses nicht angehört habe.

Die Niederlassung sei keine vom Hauptbetrieb räumlich weit entfernte oder eigenständige betriebsratsfähige Einheit. Die Arbeitgeberin hätte daher den Betriebsrat des Stammhauses vor Ausspruch der Kündigung nach § 102 BetrVG anhören müssen.

Ein Betriebsteil im Sinne von § 4 BetrVG liege vor, jedoch erfülle die Niederlassung nicht die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr.2 BetrVG. Daher liege kein eigenständiger Betrieb im Sinne von § 1 Abs. 1 BetrVG vor.

Die hier gegebene räumliche Distanz stehe der Entwicklung einer Betriebsgemeinschaft nicht entgegen. Hier wäre sowohl die Betreuung durch Betriebsratsmitglieder aus dem Stammbetrieb für die Mitarbeiter der Niederlassung gesichert, als auch deren Erreichbarkeit in besonderen Situationen.

Ob beide Belegschaften sich als Teil einer Betriebsgemeinschaft fühlten, habe keine entscheidende Bedeutung. Zudem sei zu beachten, dass durch die Novellierung des BetrVG das Zusammengehörigkeitsgefühl von Mitarbeitern eines aus Betriebsteilen zusammengesetzten Betriebes als Anknüpfungspunkt für die Regelung angesehen werde, die eine Entscheidung, einen gemeinsamen Betriebsrat zu wählen, ermögliche. Eigenständige Bedeutung für die Entscheidung, ob ein Fall des § 4 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 1 BetrVG vorliege, könne dieser Aspekt nicht mehr haben.

Der Umstand, dass die Mitarbeiter der Beklagten in Bremerhaven nicht von der Möglichkeit, die der neu gefasste § 4 Abs. 2 BetrVG eröffne, Gebrauch gemacht hätten, schließe die Zuständigkeit des Betriebsrates der Stammbetriebes für die Niederlassung nicht aus. Die Gesetzesänderung wolle nicht in die durch Abs. 1 geschaffene Rechtslage eingreifen, sondern wolle es in die Entscheidung der Belegschaften von Betrieben und Betriebsteilen zu stellen, ob sie das Zugehörigkeitsgefühl zu einer Betriebsgemeinschaft für ausreichend hielten, um einen gemeinsamen Betriebsrat zu wählen.

Die den Kündigungen folgende Betriebsratswahl in der Niederlassung sei kein durchschlagendes Indiz für deren Selbständigkeit. Die Kündigung scheitere somit an § 102 BetrVG.

Nordrhein-Westfalen:

- **LAG Köln, Az: 2 TaBV 44/03 vom 17.11.03**; vorgehend: ArbG Köln, Az: 3 BV 254/01 vom 08.01.03:

„Ein selbständiger Betriebsteil im Sinne von § 4 Abs 1 S 1 BetrVG kann auch dann vorliegen, wenn der Leitungsapparat nicht in diesem Betrieb, sondern im Hauptbetrieb angesiedelt ist.

Die Wahl eines Betriebsrats in einem Betriebsteil unter Verkennung des Betriebszweckes führt nicht zur Nichtigkeit der Wahl, sondern lediglich zur Anfechtbarkeit.“

Die Beteiligten streiten über die Nichtigkeit bzw Anfechtbarkeit einer Betriebsratswahl und darüber, ob ggf. der gewählte Betriebsrat durch eine nachfolgende Wahl im Hauptbetrieb sein Amt verloren haben könnte.

Das LAG führt aus, nach der Reform des Betriebsverfassungsgesetzes sei den Arbeitnehmern verstärkt die Möglichkeit eingeräumt, selbst darüber zu entscheiden, in welchen betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen sie vertreten sein wollten. Dementsprechend müsse die Möglichkeit des Arbeitgebers, durch betriebsorganisatorische Maßnahmen die Betriebsratsfähigkeit von weit entfernt liegenden Betriebsteilen zu steuern, in den Hintergrund treten.

Da zudem den Arbeitnehmern in § 4 Abs. 1 Satz 2 anlässlich jeder Betriebsratswahl erneut das Recht eingeräumt worden sei, mit der Hauptbelegschaft zu wählen oder als Betriebsteil zu wählen, sei damit hinreichend zum Ausdruck gebracht worden, dass vorrangig der Wunsch der Arbeitnehmer nach der ihnen gemäßen Betriebsratsstruktur im Unternehmen zu berücksichtigen sei. Diese könnten sich von Fall zu Fall dafür entscheiden, ihre Eigeninteressen in einem Kleinstbetriebsrat zu verfolgen oder einen großen gemeinsamen Betriebsrat zu unterstützen und von dessen Durchsetzungsfähigkeit zu profitieren. Die Möglichkeit, einen eigenen Betriebsrat wählen zu können, verhindere auch, dass ein Betriebsrat des Hauptbetriebs die Interessen der weit entfernt arbeitenden Betriebsangehörigen möglicherweise zu Gunsten von Zugeständnissen des Arbeitgebers gegenüber der Hauptbelegschaft "verkaufe".

- **LAG Köln, Az: 7 TaBV 69/02 vom 29.01.03**; vorgehend: ArbG Köln, Az: 8 BV 28/02 vom 04.07.02; nachgehend: BAG 7 ABR 26/03 vom 14.01.04:

„Zur Abgrenzung des Merkmals der "eigenständigen Organisation" iSv § 4 Abs 1 Ziff 2 BetrVG.

Für das Merkmal "räumlich weit entfernt" iSv § 4 Abs 1 Ziff 2 BetrVG kommt es nicht auf starre km-Grenzen an, sondern darauf, ob nach den Umständen des Einzelfalls ein einheitlicher Betriebsrat die Belegschaftsmitglieder beider Betriebsstätten noch mit der notwendigen Intensität persönlich betreuen könnte.

Das Kriterium der "lebendigen Betriebsgemeinschaft" ist zu unbestimmt, um mehr als eine untergeordnete Hilfsfunktion bei der Subsumtion von § 4 Abs 1 Ziff 1 BetrVG spielen zu können. Insbesondere

spricht das Fehlen einer "lebendigen Betriebsgemeinschaft" nicht dafür, dass zwei Betriebsstätten "räumlich weit" voneinander "entfernt" sind.

Zwei im Kölner Umland gelegene, ca 24 km voneinander entfernte Betriebsstätten sind trotz schlechter Verbindung mit dem ÖPNV nicht "räumlich weit" voneinander "entfernt" iSv § 4 Abs 1 Ziff 1 BetrVG, wenn die Fahrtdauer mit dem Pkw etwa 17 bis 18 Minuten beträgt und keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Belegschaftsmitglieder im Regelfall auf den ÖPNV angewiesen sind.“

Die Beteiligten streiten über die Anfechtung der Betriebsratswahl in einer Niederlassung durch die Arbeitgeberin.

In der Vergangenheit war beschränkt auf die Zentrale ein Betriebsrat gewählt worden. Nach Ablauf der letzten regulären Amtszeit wurde kein dort neuer Betriebsrat gewählt. Daraufhin fand in der Niederlassung eine Betriebsratswahl statt.

Bei der in der Niederlassung abgehaltenen Betriebsratswahl wurde nach Auffassung des LAGs gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen. Bei der der Wahl vorangegangenen Entscheidung, separat für die Niederlassung einen Betriebsrat zu wählen, seien die Voraussetzungen des § 4 BetrVG über die Betriebsratsfähigkeit von Teilbetrieben verkannt worden. Eine separate Betriebsratswahl in der Niederlassung hätte nicht stattfinden dürfen.

Bei der Niederlassung habe es sich nicht um einen selbständigen Betrieb im Sinne von § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG gehandelt.

Daher sei die separate Wahl für die Niederlassung für unwirksam zu erklären. Dies widerspreche aber keineswegs der gesetzgeberischen Grundkonzeption des Betriebsverfassungsgesetzes, wonach möglichst alle Arbeitnehmer, die in Betrieben hinreichender Größe beschäftigt seien, durch einen Betriebsrat vertreten würden. Denjenigen Arbeitnehmern, die die Wahl des Betriebsrats in der Niederlassung initiiert hätten, stehe es jederzeit frei, auch die Initiative zur Wahl eines Betriebsrats gemeinsam für Hauptbetrieb und Niederlassung zu ergreifen. Auch spreche aus der Sicht der Belegschaftsinteressen einiges dafür, dass der Betriebsrat häufig das ihm anvertraute Gesamtinteresse der Arbeitnehmer umso nachhaltiger vertreten könne, je größer und einheitlicher er dem Arbeitgeber gegenüberreten könne.

IV. § 5 BetrVG

Die Neufassung des § 5 Abs.1 BetrVG hatte im wesentlichen klarstellenden Charakter. Der Arbeitnehmerbegriff blieb unverändert, was von den Gerichten noch einmal ausdrücklich bestätigt wurde. Ein Arbeitsgericht bemerkte zudem, dass eine Neudefinition im BetrVG generell bereits daran scheitere, dass das BetrVG als Spezialgesetz kollektivrechtlich geprägt sei. Mehrfach wurde festgestellt, Leiharbeiter seien keine Arbeitnehmer des Betriebs, da sie in § 5 Abs.1 BetrVG nicht erwähnt würden.

- BAG 7 ABR 49/03 vom 10.03.04
- BAG 7 ABR 16/03 vom 19.11.03
- BAG 7 ABR 11/03 vom 22.10.03
- BAG 7 ABR 3/03 vom 22.1.03
- BAG 7 ABR 53/02 vom 16.04.03

- LAG Nürnberg, Az: 9 (4) TaBV 48/02 vom 18.08.03
- LAG Hamm, Az: 10 TaBV 4/03 vom 18.06.03
- LAG Hamm, Az: 10 TaBV 124/02 vom 04.04.03
- LAG Köln, Az: 6 TaBV 79/02 vom 20.02.03
- LAG Düsseldorf, Az: 11 TaBV 60/02 vom 23.01.03
- LAG Hamm, Az: 13 TaBV 90/02 vom 14.01.03
- LAG Hamm, Az: 10 TaBV 92/02 vom 15.11.02
- LAG Düsseldorf, Az: 5 TaBV 42/02 vom 31.10.02

- ArbG Düsseldorf, Az: 4 BV 37/02 vom 10.07.02
- ArbG Herne, Az: 1 BV 1/02 vom 05.06.02

1. Bundesarbeitsgericht

- **BAG 7 ABR 49/03 vom 10.03.04**; vorgehend: LAG Nürnberg, Az: 9 (4) TaBV 48/02 vom 18.08.03; ArbG... :

„Arbeitnehmer, die nicht gewerbsmäßig oder im Wege der sog Konzernleihe nach § 1 Abs 3 Nr 2 AÜG einem Dritten zur Arbeitsleistung überlassen werden, sind keine Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs iSv § 9 BetrVG. Sie sind weder bei der für die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke zu berücksichtigen, noch steht ihnen nach § 8 BetrVG das passive Wahlrecht zum Betriebsrat des Entleiherbetriebs zu.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl sowie darüber, ob Arbeitnehmer, die nicht gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen werden, zum Betriebsrat des Entleiherbetriebs wählbar sind (§ 8 BetrVG) und ob diese bei der für die Anzahl der im Entleiherbetrieb zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke nach § 9 BetrVG zu berücksichtigen sind.

Nach der Auffassung des BAG werde in § 7 BetrVG unterschieden zwischen Arbeitnehmern des Betriebs (Satz 1) und Arbeitnehmern eines anderen Arbeitgebers, die zur Arbeitsleistung überlassen werden (Satz 2). Daraus sei zu entnehmen, dass die überlassenen Arbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich gerade keine Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs seien.

Dem stehe die Entstehungsgeschichte von § 7 Satz 2 BetrVG nicht entgegen. In der Begründung zum Regierungsentwurf des BetrVG-ReformG heiße es zwar, § 7 Satz 2 erkenne die Zugehörigkeit der Leiharbeiter zum Einsatzbetrieb an. Dies stehe jedoch im Widerspruch zu der Begründung, Leiharbeiter sollten durch die Zuerkennung des aktiven Wahlrechts aus der Randbelegschaft an die Stammbeflegschaft herangeführt werden, "ohne sie in rechtlich unzutreffender Weise als Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs einzustufen". Der Gesetzgeber sei somit nicht davon ausgegangen, dass Leiharbeiter dem Betrieb des Entleihers angehörten. Es könne auch nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber des Betriebsverfassungsreformgesetzes die in § 9 BetrVG bestimmte Größe des Betriebsrats allein von der Anzahl der nach § 7 BetrVG Wahlberechtigten ungeachtet ihrer Betriebsangehörigkeit abhängig gemacht hätte. Dem stehe bereits der Wortlaut des § 9 BetrVG entgegen, der nicht nur von Wahlberechtigten, sondern von wahlberechtigten Arbeitnehmern bzw. Arbeitnehmern spreche. Damit nehme die Bestimmung Bezug auf § 5 BetrVG. Der in dieser Vorschrift definierte Arbeitnehmerbegriff werde durch das Betriebsverfassungsreformgesetz nicht geändert. Die Neufassung von § 5 Abs. 1 habe lediglich klarstellenden Charakter.

- **BAG 7 ABR 16/03 vom 19.11.03**; vorgehend: LAG Düsseldorf, Az: 11 TaBV 60/02 vom 23.01.03; ArbG Wuppertal; Az: 2 BV 23/02 vom 04.07.02 (Parallelentscheidung zu BAG 7 ABR 53/02 vom 16.04.03)
- **BAG 7 ABR 11/03 vom 22.10.03**; vorgehend: LAG Hamm, Az: 13 TABV 90/02 vom 14.01.03; ArbG Detmold, Az: 2 BV 19/02 vom 04.06.02 (Parallelentscheidung zu 7 ABR 53/02 vom 16.04.03 und 7 ABR 3/03 vom 22.01.03.)
- **BAG 7 ABR 3/03 vom 22.1.03; vorgehend:** LAG Hamm, Az: 10 TaBV 92/02 vom 15.11.02; ArbG Herne, Az: 1 BV 1/02 vom 05.06.02:

„Leiharbeiter sind keine Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs. Sie sind daher bei der für die Anzahl der nach § 38 Abs. 1 BetrVG freizustellenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke nicht zu berücksichtigen.“

Die Beteiligten streiten über die Freistellung eines Betriebsratsmitglieds.

Nach dem BAG ist die Freistellung von Betriebsratsmitgliedern nach § 38 Abs. 1 BetrVG von der Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer abhängig. Es komme daher nicht auf die Anzahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer oder auf die Anzahl von Arbeitsplätzen oder Regelarbeitsplätzen an, auf denen die Arbeitnehmer beschäftigt werden. Maßgeblich sei nur die Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer.

Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes seien nach § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, unabhängig davon, ob sie im

Betrieb, im Außendienst oder mit Telearbeit beschäftigt würden. Als Arbeitnehmer galten nach § 5 Abs. 1 Satz 2 BetrVG auch die in Heimarbeit Beschäftigten, die in der Hauptsache für den Betrieb arbeiteten. Leiharbeiter würden in § 5 BetrVG nicht erwähnt. Sie seien keine Arbeitnehmer des Betriebs und deshalb bei der Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer iSv. § 38 Abs. 1 BetrVG nicht zu berücksichtigen.

- **BAG 7 ABR 53/02 vom 16.04.03**; vorgehend: LAG Düsseldorf, Az: 5 TaBV 42/02 vom 31.10.02; ArbG Düsseldorf, Az: 4 BV 37/02 vom 10.07.02:

„Leiharbeiter sind keine Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs iSv § 9 BetrVG. Sie sind deshalb bei der für die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke nicht zu berücksichtigen.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl.

Das BAG führt aus, § 9 BetrVG spreche nicht nur von Wahlberechtigten, sondern von wahlberechtigten Arbeitnehmern bzw. Arbeitnehmern. Damit nehme die Bestimmung Bezug auf § 5 BetrVG. Der in dieser Vorschrift definierte Arbeitnehmerbegriff sei durch das Betriebsverfassungsreformgesetz nicht geändert worden. Die Neufassung von § 5 Abs. 1 habe lediglich klarstellenden Charakter.

2. Landesarbeitsgerichte

Bayern:

- **LAG Nürnberg, Az: 9 (4) TaBV 48/02 vom 18.08.03**; vorgehend: ArbG Bayreuth, Az: 4 BV 5/02 H vom 20.08.02; nachgehend: BAG 7 ABR 49/03 vom 10.03.04:

„Die einem anderen Konzernunternehmen gemäß § 1 Abs 3 Ziffer 2 AÜG überlassenen Mitarbeiter sind bei der Wahl des Betriebsrates im aufnehmenden Betrieb weder wählbar gemäß § 8 BetrVG noch bei der Ermittlung der Betriebsratsgröße gemäß § 9 BetrVG zu berücksichtigen.“

(zum Sachverhalt vgl. BAG 7 ABR 49/03 vom 10.03.04)

Das LAG führt aus, betriebszugehörig i.S.d. Betriebsverfassungsgesetzes seien die Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Betriebes ständen und innerhalb der Betriebsorganisation des Arbeitgebers abhängige Arbeitsleistungen erbrächten. Zu den konstitutiven Merkmalen der Betriebszugehörigkeit gehörten ein Arbeitsverhältnis zu dem Betriebsinhaber und sowie eine tatsächliche Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebsorganisation. Werde ein Arbeitnehmer von seinem Vertragsgeber einem anderen Betriebsinhaber zur Arbeitsleistung überlassen und von diesem in dessen Betriebsorganisation tatsächlich eingegliedert, so begründe dies grundsätzlich keine betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit zum Betrieb des fremden Betriebsinhabers. Dies zeige § 14 Abs. 1 AÜG, wonach Leiharbeiter auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebes des Verleihers blieben. Der tatsächlichen Eingliederung trage werde nur insofern Rechnung getragen, als durch § 14 Abs. 2 und 3 AÜG dem Leiharbeiter einzelne betriebsverfassungsrechtliche Rechte im Entleiherbetrieb zugebilligt würden. Eine vollständige Betriebszugehörigkeit des Leiharbeiters zum Entleiherbetrieb werde dadurch jedoch nicht begründet.

Daran habe sich durch die geänderten Bestimmungen des BetrVG, insbesondere durch die Einräumung des aktiven Wahlrechts in § 7 Satz 2 BetrVG, nichts geändert.

Die Einbeziehung von Leiharbeitern beschränke sich auf die Einräumung des aktiven Wahlrechts durch § 7 Satz 2 BetrVG. Dagegen würden Leiharbeiter durch die Regelungen in den §§ 5, 8 und 9 BetrVG nicht generell den Arbeitnehmern eines Betriebes gleichgestellt, ihnen das passive Wahlrecht eingeräumt oder bei der Ermittlung der Betriebsgröße mitgezählt. Den Leiharbeitern sei durch § 7 Satz 2 BetrVG ausschließlich das aktive Wahlrecht im Entleiherbetrieb eingeräumt worden. Ansonsten sei die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der Leiharbeiter unberührt und unverändert geblieben.

Nordrhein-Westfalen:

- **LAG Hamm, Az: 10 TaBV 4/03 vom 18.06.03**; vorgehend: ArbG Dortmund, Az: 1 BV 54/02 vom 04.10.02; nachgehend: BAG 7 ABR 38/03 vom 21.07.04:

„Kraftfahrer, die bei Frachtführern eines Speditionsbetriebes angestellt sind, werden bei der Ermittlung der Zahl der im Speditionsbetrieb zu wählenden Betriebsratsmitglieder nach § 9 BetrVG nicht berücksichtigt.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl.

Das LAG führt aus, Leiharbeitnehmer könnten bei der Ermittlung der Zahl der Betriebsratsmitglieder nach den §§ 9, 38 BetrVG keine Berücksichtigung finden. Etwas anderes ergebe sich auch nicht durch die Einräumung des aktiven Wahlrechts für Leiharbeitnehmer durch § 7 Satz 2 BetrVG, weil der Arbeitnehmerbegriff des § 5 Abs. 1 BetrVG nicht geändert worden sei.

- **LAG Hamm, Az: 10 TaBV 124/02 vom 04.04.03**; vorgehend: ArbG Münster, Az: 4 BV 18/02 vom 16.08.02; nachgehend: BAG 7 ABR 36/03 vom 10.03.04:

„Außendienstmitarbeiter sind nach den §§ 5, 7, 8 BetrVG dem Betrieb des Arbeitgebers zugehörig, von dem aus die Leitung des Außendienstes, insbesondere in personellen und sozialen Fragen, und das Direktionsrecht des Arbeitgebers über die Außendienstmitarbeiter wahrgenommen wird. Bei dezentralisierter Betriebsorganisation ist für die Zuordnung von Außendienstmitarbeitern nicht allein der Betrieb entscheidend, von dem aus die Fachaufsicht ausgeübt wird.“

(zu Sachverhalt und Gründen vgl. §§ 7, 9 BetrVG)

- **LAG Köln, Az: 6 TaBV 79/02 vom 20.02.03**; vorgehend: ArbG Köln, Az: 12 BV 46/02 vom 28.08.02; nachgehend: BAG 7 ABR 19/03 vom 14.11.03:

„Leiharbeitnehmer wählen zwar nach Maßgabe des § 7 Satz 2 BetrVG mit, zählen aber nicht zu den Arbeitnehmern im Sinne des § 9 BetrVG für die Bestimmung der Größe des Betriebsrats.“

(zu Sachverhalt und Gründen vgl. §§ 7,9 BetrVG)

- **LAG Düsseldorf, Az: 11 TaBV 60/02 vom 23.01.03**; vorgehend: ArbG Wuppertal; Az: 2 BV 23/02 vom 04.07.02; nachgehend: BAG 7 ABR 16/03 vom 19.11.03:

(zu Sachverhalt und Gründen vgl. §§ 7,9 BetrVG)

- **LAG Hamm, Az: 13 TaBV 90/02 vom 14.01.03**; vorgehend: ArbG Detmold, Az: 2 BV 19/02 vom 04.06.02; nachgehend: BAG 7 ABR 11/03 vom 22.10.03:

„Leiharbeitnehmer werden weder bei der Ermittlung der Zahl der Betriebsratsmitglieder (§ 9 BetrVG) noch bei der Ermittlung der mindestens freizustellenden Betriebsratsmitglieder (§ 38 BetrVG) berücksichtigt.“

Nach Ansicht des LAG sind Leiharbeiter bei der Ermittlung der Zahl der Betriebsratsmitglieder nach § 9 BetrVG nicht zu berücksichtigen.

§ 9 BetrVG stelle auf die Arbeitnehmer des Betriebes ab. Der Arbeitnehmerbegriff des § 5 Abs. 1 BetrVG sei insoweit unverändert geblieben. Die in § 5 Abs. 1 BetrVG vorgenommene Änderung knüpfe an den allgemeinen Arbeitnehmerbegriff an und erfasse lediglich auch die im Außendienst tätigen Arbeitnehmer und die in Telearbeit Beschäftigten. Insoweit enthalte § 5 Abs. 1 BetrVG lediglich eine Klarstellung. Leiharbeitnehmer seien hingegen nach wie vor keine Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Abs. 1 BetrVG.

- **LAG Hamm, Az: 10 TaBV 92/02 vom 15.11.02**; vorgehend: ArbG Herne, Az: 1 BV 1/02 vom 05.06.02; nachgehend: BAG 7 ABR 3/03 vom 22.10.03:

„Leiharbeiter werden bei der Ermittlung der Arbeitnehmerzahlen des § 38 Abs 1 BetrVG nF nicht berücksichtigt.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht durch die Einräumung des aktiven Wahlrechts für Leiharbeiter durch § 7 S 2 BetrVG nF, weil der Arbeitnehmerbegriff des § 5 Abs 1 BetrVG nF nicht geändert worden ist.“

Das LAG führt aus, § 38 Abs. 1 BetrVG stelle lediglich auf Arbeitnehmer ab. Durch die Änderungen des Betriebsverfassungs-Reformgesetzes seien lediglich die Schwellenwerte herabgesetzt worden. § 38 Abs. 1 BetrVG habe keine Änderung des Arbeitnehmerbegriffs erfahren.

Auch der Arbeitnehmerbegriff des § 5 Abs. 1 BetrVG sei insoweit unverändert geblieben. Die in § 5 Abs. 1 BetrVG vorgenommene Änderung knüpfe an den allgemeinen Arbeitnehmerbegriff an und erfasse lediglich auch die im Außendienst tätigen Arbeitnehmer und die in Telearbeit Beschäftigten. Insoweit enthalte § 5 Abs. 1 BetrVG lediglich eine Klarstellung. Leiharbeiter seien hingegen nach wie vor keine Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Abs. 1 BetrVG.

- **LAG Düsseldorf, Az: 5 TaBV 42/02 vom 31.10.02;** vorgehend: ArbG Düsseldorf, Az: 4 BV 37/02 vom 10.07.02; nachgehend: BAG 7 ABR 53/02 vom 16.04.03:

„Bei der Ermittlung der Beschäftigtenzahl iSd § 9 BetrVG zählen Leiharbeiter im Entleiherbetrieb jedenfalls dann nicht mit, wenn der Betrieb mehr als 100 Arbeitnehmer aufweist.

Arbeitnehmer, die sich in der abschließenden Freistellungsphase ihres Altersteilzeitverhältnisses befinden, sind nicht wahlberechtigte Arbeitnehmer iSd § 7 Satz BetrVG. Sie finden im Rahmen des § 9 BetrVG ebenfalls keine Berücksichtigung.“

Nach Meinung des LAG könne die in § 7 Satz 2 BetrVG vorgesehene Berücksichtigung von Leihararbeitnehmern bei der Betriebsratswahl im Entleiherbetrieb nicht dazu führen, sie auch bei der Ermittlung der Beschäftigtenzahl in § 9 BetrVG mitzuzählen.

Dies folge auch aus einer Auslegung der §§ 5, 7 und 9 BetrVG.

Aus dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 werde deutlich, dass ab einer Beschäftigtenzahl von mehr als 100 Arbeitnehmern eine Berücksichtigung von "Arbeitnehmern" vorgesehen sei, nicht aber von "wahlberechtigten Arbeitnehmern". Daher seien ab der genannten Beschäftigtenzahl nur die Mitarbeiter eines Betriebs in Ansatz zu bringen, die "richtige" betriebszugehörige Mitarbeiter seien. Von der Wortwahl her bestehe eine Übereinstimmung zwischen den §§ 5 Abs. 1 Satz 1 und 9 Abs. 1 BetrVG.

Dies finde eine Resonanz im Sachzusammenhang und der Systematik, in denen sich § 9 BetrVG wiederfinde. § 9 Abs. 1 Satz 1 BetrVG knüpfe ab einer Beschäftigtenzahl von 101 Arbeitnehmern an den in Teilbereichen erweiterten Arbeitnehmerbegriff in § 5 Abs. 1 BetrVG an und stelle demgegenüber keine Verbindung zu § 7 Satz 2 BetrVG her. Hätten die zur Arbeitsleistung überlassenen Mitarbeiter betriebsverfassungsrechtlich als Arbeitnehmer im engeren Sinne zu charakterisiert werden sollen, wäre es erforderlich gewesen, eine entsprechende Festschreibung in § 5 Abs. 1 BetrVG vorzunehmen. Stattdessen würden zur Arbeitsleistung überlassene Mitarbeiter (nur) als "wahlberechtigt" im Sinne des § 7 BetrVG bezeichnet, womit eine "volle" Arbeitnehmereigenschaft gerade nicht begründet werden sollte.

Es sei auch kaum verständlich, die Leiharbeiter in § 7 Satz 2 BetrVG zu erwähnen, wenn sie gleichzeitig die Arbeitnehmereigenschaft gemäß § 5 Abs. 1 BetrVG erwerben sollten. Die Spezialregelung in § 7 Satz 2 BetrVG mache vielmehr deutlich, dass die Rechte der zur Arbeitsleistung überlassenen Mitarbeiter auf das aktive Wahlrecht bei den Betriebsratswahlen im Entleiherbetrieb beschränkt werden sollten.

Weder die historische Entwicklung und das Zustandekommen des Betriebsverfassungsreformgesetzes noch Sinn und Zweck der Änderungen in §§ 5, 7 und 9 BetrVG vermochten Anhaltspunkte dafür aufzuzeigen, dass Leiharbeiter im Rahmen des § 9 Abs. 1 BetrVG mitzuzählen seien.

3. Arbeitsgerichte

Nordrhein-Westfalen:

- **ArbG Düsseldorf, Az: 4 BV 37/02 vom 10.07.02;** nachgehend: LAG Düsseldorf, Az: 5 TaBV 42/02 vom 31.10.02; BAG 7 ABR 53/02 vom 16.04.03:

„Die auch bei einem Antrag auf Erklärung der Unwirksamkeit der Wahl jederzeit zu beachtende Nichtigkeit einer Betriebsratswahl ist nicht schon dann gegeben, wenn bei der Wahl die Größe des zu wählenden Betriebsrats oder die Wahlberechtigung verkannt worden sind. Dies stellt lediglich einen Anfechtungsgrund im Sinne von § 19 Abs 1 BetrVG dar.

Mitarbeiter in der Freistellungsphase der Altersteilzeit sind bei der Bestimmung der Betriebsgröße gemäß § 9 BetrVG nicht zu berücksichtigen.

Soweit eine Betriebsgröße von 100 Arbeitnehmern überschritten ist, stellt das BetrVG nicht auf die Zahl der Wahlberechtigten, sondern vielmehr auf die Frage der regelmäßig Beschäftigten ab. Leiharbeiter sind deshalb insoweit nicht bei der Berechnung der Betriebsgröße heranzuziehen.

Gegen die Entscheidung wurde unter dem Aktenzeichen 5 TaBV 42/02 Beschwerde beim Landesarbeitsgericht Düsseldorf eingelegt.“

Leiharbeiter seien trotz ihrer Wahlberechtigung nach § 7 Abs. 2 BetrVG nicht im Rahmen der Betriebsgröße zu berücksichtigen.

Das Gesetz stelle, zumindest soweit eine Betriebsgröße von 100 Arbeitnehmern überschritten sei, ab dieser Größe nicht mehr auf die Wahlberechtigung, sondern auf die Frage der regelmäßig Beschäftigten ab. Zumindest sobald diese Betriebsgröße erreicht sei, könne nicht mehr darauf abgestellt werden, ob die Wahlberechtigung nach § 7 Abs. 2 BetrVG vorliege.

Ab dieser Betriebsgröße könne daher ausschließlich auf § 5 BetrVG abgestellt werden. Es sei nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit der Einführung eines Wahlrechts für Leiharbeiter unter bestimmten Voraussetzungen auch den Arbeitnehmerbegriff des § 5 BetrVG neu definiert habe. Dieser sei insoweit unverändert geblieben.

- **ArbG Herne, Az: 1 BV 1/02 vom 05.06.02;** nachgehend: LAG Hamm, Az: 10 TaBV 92/02 vom 15.11.02; BAG 7 ABR 3/03 vom 22.10.03:

„Eine Neudefinition des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs für die betriebsverfassungsrechtliche Situation sollte, wie in der amtlichen Begründung bereits zum Ausdruck gebracht, durch die Novellierung des BetrVG nicht erfolgen. Zur Ermittlung der Arbeitnehmerzahlen des § 38 BetrVG dürfen Leiharbeiter deshalb gemäß § 7 S 2 BetrVG nicht berücksichtigt werden.

Gegen die Entscheidung wurde unter dem Aktenzeichen 10 TaBV 92/02 Beschwerde beim Landesarbeitsgericht Hamm eingelegt.“

Leiharbeiter seien nach Auffassung des ArbG bei der Bestimmung der Schwellenwertgrenze des § 38 Abs. 1 BetrVG grundsätzlich nicht zu berücksichtigen, da sie nicht als betriebszugehörig im vorgenannten Sinne angesehen werden könnten.

Eine tatsächliche Eingliederung in die Betriebsorganisation eines Arbeitnehmers sei ohne arbeitsvertragliche Bindung zum Betriebsinhaber nicht geeignet, eine Betriebszugehörigkeit zu begründen.

Aus den Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes lasse sich keine Abkehr hinsichtlich der den Begriff des Arbeitnehmers prägenden Voraussetzung der Betriebszugehörigkeit entnehmen.

Die Vorschrift des § 5 Abs. 1 BetrVG habe als maßgebliche Legaldefinition die bisherige Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers im Rahmen des BetrVG-RefomG wortgleich übernommen. Aus dem Umstand, dass nun Satz 1 den Zusatz aufweise, dass dies "unabhängig davon" gelte, "ob sie im Betrieb, im Außendienst oder mit Telearbeit beschäftigt werden" und ausweislich Satz 2 als Arbeitnehmer nunmehr auch die in Heimarbeit Beschäftigten gelten, die in der Hauptsache für den Betrieb arbeiten, lasse sich die keine generelle Einbeziehung der Leiharbeiter als Arbeitnehmer im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne herleiten. Es habe damit lediglich klar gestellt werden sollen, "dass die in den unterschiedlichen Formen des Außendienstes tätigen Arbeitnehmer und insbesondere die in Telearbeit Beschäftigten zur Belegschaft des Betriebes gehören und daher in vollem Umfang dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates unterliegen." Eine Neudefinition des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs habe damit gerade nicht vorgenommen werden sollen, Diese gehöre auch nicht ins Betriebsverfassungsgesetz, das als Spezialgesetz kollektivrechtlich geprägt sei. Von dem im Betriebsverfassungsgesetz verwandten Begriff des Arbeitnehmers werde der Leiharbeiter mangels ausdrücklicher Erwähnung in § 5 BetrVG gerade nicht generell erfasst.

Verbleibe es somit bei den bisherigen Kriterien zur Bestimmung des Begriffs "Arbeitnehmer" könne diesem auch bei der Bestimmung der Schwellenwertgrenze keine abweichende allein auf diese Vorschrift des § 38 BetrVG begrenzte Auslegung mit dem Inhalt beigemessen werden, dass die Leiharbeitnehmer dabei dennoch, zumindest aber im Hinblick auf die nach § 7 S. 2 BetrVG wahlberechtigten Leiharbeitnehmer mit einzubeziehen sind.

V. §§ 7, 9 BetrVG

Beide Normen erfuhren im Rahmen der Reform erhebliche Veränderungen. Umfangreiche Rechtsprechung erging einerseits zur Aufnahme längerfristig einem anderen Betrieb überlassenen Arbeitnehmern in den § 7 BetrVG sowie zu den veränderten Schwellenwerten in § 9 BetrVG.

Die düstere Einschätzung der Kritiker lautete hier, durch die Wahlberechtigung der Leiharbeitnehmer müsse ggf. ein großer Teil der Stammebelegschaft mit einem Betriebsrat zurecht kommen, der nur mit den Stimmen der Leiharbeitnehmer gewählt worden sei. Diese Neuregelung sei mit demokratischen Grundsätzen kaum vereinbar. Diese Einschätzung wird von den befassten Gerichten nicht geteilt.

Der gewichtigste Streit bestand darüber, ob Leiharbeitnehmer, die nach § 7 Abs.1 BetrVG im Entleiherbetrieb wahlberechtigt sind, auch für die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder zu berücksichtigen seien bzw. ob sie als Arbeitgeber i.S.d. § 9 BetrVG zu klassifizieren seien. Hierzu hat sich, nach anfänglichen Unstimmigkeiten der Untergerichte, eine einheitlich ablehnende Rechtsprechung herausgebildet.

- BAG 7 ABR 12/04 vom 10.11.04
 - BAG 7 ABR 6/04 vom 13.10.04
 - BAG 7 ABR 38/03 vom 21.07.04
 - BAG 7 ABR 36/03 vom 10.03.04
 - BAG 7 ABR 49/03 vom 10.03.04
 - BAG 7 ABR 16/03 vom 19.11.03
 - BAG 7 ABR 3/03 vom 22.10.03
 - BAG 7 ABR 11/03 vom 22.10.03
 - BAG 7 ABR 53/02 vom 16.04.03
-
- LAG Nürnberg, Az: 9 (4) TaBV 48/02 vom 18.08.03
 - LAG Berlin, Az: 9 TaBV 541/03 vom 08.10.03
 - Hessisches LAG, Az: 9 TaBV 51/03 vom 27.11.03
 - LAG Mecklenburg-Vorpommern, Az: 3 TaBV 8/03 vom 18.11.03
 - OLG Düsseldorf, Az: I-19 W 2/04 AktE, 19 W 2/04 AktE vom 12.05.04
 - LAG Köln; Az: 3 TaBV 88/02 vom 03.09.03
 - LAG Hamm, Az: 10 TaBV 4/03 vom 18.06.03
 - LAG Hamm, Az: 10 (13) TaBV 30/02 vom 09.05.03
 - LAG Hamm, Az: 10 TaBV 124/02 vom 04.04.03
 - LAG Köln, Az: 6 TaBV 79/02 vom 20.02.03
 - LAG Düsseldorf, Az: 11 TaBV 60/02 vom 23.01.03
 - LAG Hamm, Az: 13 TaBV 90/02 vom 14.01.03
 - LAG Düsseldorf, Az: 15 TaBV 50/02 vom 21.11.02
 - LAG Hamm, Az: 10 TaBV 92/02 vom 15.11.02
 - LAG Düsseldorf, Az: 5 TaBV 42/02 vom 31.10.02
 - LAG Schleswig-Holstein, Az: 2 TaBV 39/02 vom 25.03.03
-
- ArbG Stuttgart, Az: 26 BV 8/02 vom 18.10.02
 - ArbG Nürnberg, Az: 16 BV 87/02 vom 27.03.03
 - ArbG Bayreuth, Az: 4 BV 5/02 H vom 20.08.02
 - ArbG Würzburg, Az: unbekannt vom 06.08.02
 - ArbG Berlin, Az: 7 BV 14772/02 vom 11.09.02
 - ArbG Eberswalde, Az: 3 (2) BV 8/02 vom 26.06.02
 - ArbG Frankfurt, Az: 2 BV 148/02 vom 22.05.02
 - ArbG Düsseldorf, Az: 4 BV 37/02 vom 10.07.02

- ArbG Herne, Az: 1 BV 1/02 vom 05.06.02
- ArbG Detmold, Az: 2 BV 19/02 vom 04.06.02
- ArbG Aachen, Az: 9 BV 30/02 vom 17.05.02
- ArbG Kiel, Az: 1 BV 7 b/04 vom 02.02.04
- ArbG Elmshorn, Az: 5 BV 39d/02 vom 31.10.02

1. Bundesarbeitsgericht

- **BAG 7 ABR 12/04 vom 10.11.04**; vorgehend: LAG Mecklenburg-Vorpommern, Az: 3 TaBV 8/03 vom 18.11.03; ArbG Schwerin, Az: 66 BV 8/03 vom 09.05.03:

„Der ordentlich gekündigte Arbeitnehmer bleibt für die Wahl des Betriebsrats nach § 8 Abs.1 BetrVG wählbar, wenn er eine Kündigungsschutzklage erhoben hat. Das gilt auch dann, wenn die Betriebsratswahl nach Ablauf der Kündigungsfrist durchgeführt und der gekündigte Arbeitnehmer nicht weiterbeschäftigt wird.“

Das BAG führt aus, wahlberechtigt seien nach § 7 Satz 1 BetrVG alle Arbeitnehmer des Betriebs. Das seien Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber ständen und in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert seien. Zu den konstitutiven Merkmalen der Betriebszugehörigkeit gehöre damit einerseits ein Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber, andererseits die tatsächliche Eingliederung des Arbeitnehmers in dessen Betriebsorganisation.

Die arbeitsvertraglichen Beziehungen würden bei der ordentlichen Kündigung mit Ablauf der Kündigungsfrist beendet. Die gekündigten Arbeitnehmer seien nicht mehr eingegliedert, sobald sie nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr weiterbeschäftigt werden. Sie sind dann nicht wahlberechtigt. Denn das aktive Wahlrecht setze im Falle der Kündigung eines Arbeitnehmers voraus, dass bei ordentlicher Kündigung entweder am Wahltag die Kündigungsfrist nach nicht abgelaufen sei oder nach diesem Termin eine vorläufige Weiterbeschäftigung erfolge.

Verliere der Arbeitnehmer sein Wahlrecht, so verliere er zugleich seine Wählbarkeit. Das gelte jedoch nicht, wenn ein gekündigter Arbeitnehmer eine Kündigungsschutzklage erhoben hat. Dies gelte für die Betriebsratswahl nach Ausspruch einer außerordentlichen fristlosen Kündigung ebenso wie für die Wählbarkeit eines ordentlich gekündigten Arbeitnehmers.

Erhebe der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG, bleibe die rechtswirksame Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens in der Schwebe. Ebenso wenig stehe fest, ob seine Eingliederung auf Dauer beendet oder nur unterbrochen worden sei. Deshalb gelte ein Arbeitnehmer hinsichtlich der Wählbarkeit solange als betriebszugehörig, als nicht rechtskräftig geklärt sei, ob die ihm gegenüber ausgesprochene Kündigung wirksam gewesen sei.

Die Unterscheidung zwischen Wählbarkeit nach § 8 BetrVG und Wahlberechtigung nach § 7 BetrVG bei gekündigten und nicht weiterbeschäftigten Arbeitnehmern folge aus dem unterschiedlichen Schutzzweck der beiden Normen über das aktive und passive Wahlrecht. Wahlberechtigung und Wählbarkeit unterschieden sich grundlegend. Zum Zeitpunkt der Wahl müsse feststehen, ob der Arbeitnehmer nach § 7 BetrVG wählen dürfe oder nicht. Die Beteiligung nicht wahlberechtigter Arbeitnehmer könne nicht mehr korrigiert werden. Ebenso wenig könne die Stimmabgabe eines gekündigten Arbeitnehmers nachgeholt werden, sobald rechtskräftig die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung festgestellt werde. Dagegen könne die Wählbarkeit in der Schwebe bleiben. Denn bei ihr werde der Ungewissheit über den Ausgang des Kündigungsschutzverfahrens dadurch Rechnung getragen, dass das Betriebsratsmitglied bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens an der Ausübung seines Amtes verhindert sei. In diesem Fall trete das Ersatzmitglied nach § 25 Abs.1 Satz 2 BetrVG vorübergehend in das Amt ein. Stelle sich nach der Wahl die Unwirksamkeit der Kündigung heraus, entfalle der Hinderungsgrund. Das gewählte Betriebsratsmitglied könne sein Betriebsratsamt ausüben. Werde dagegen die Kündigungsschutzklage abgewiesen erlösche die Mitgliedschaft im Betriebsrat nach § 24 Nr.3 BetrVG. Das Ersatzmitglied rücke endgültig gem. § 25 Abs.1 Satz 1 BetrVG nach.

Diese Geschehensinterpretation sichere den Schutz der Betriebsratswahl vor Behinderung oder Beeinflussung i.S.d. § 20 Abs.1 und Abs.2 BetrVG und darüber hinaus das Anliegen des Betriebsverfassungsgesetzes an der Gewährleistung betrieblicher Mitbestimmung. Sie verhindere die Beeinträchtigung oder das Scheitern einer Wahl durch eine oder mehrere – im Ergebnis unwirksame – Kündigungen oder auch nur eine Einflussnahme auf die Zusammensetzung des Betriebsrats durch die Kündigung unliebsamer

Kandidaten. Es komme nicht darauf an, ob im konkreten Fall ein solcher Versuch der Beeinflussung durch Ausspruch von Kündigungen nachgewiesen werde. Das Könnte möglicherweise erst durch ein nicht durch ein nicht vor Durchführung der Wahl abgeschlossenes Gerichtsverfahren geklärt werden.

Daher sei es auch nicht gerechtfertigt, die Wählbarkeit von der tatsächlichen Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers abhängig zu machen. Auch hier bestehe die Gefahr zahlreicher Einflussmöglichkeiten. So hätte es der Arbeitgeber in der Hand, die Wählbarkeit des Arbeitnehmers herbeizuführen, indem er ihm die tatsächliche Weiterbeschäftigung anbiete, oder sie zu verhindern, indem er die Weiterbeschäftigung verweigere. Ebenso könnte ein bestehender Betriebsrat Einfluss auf die Besetzung des zu wählenden Betriebsrats nehmen. Widerspreche er der ordentlichen Kündigung ordnungsgemäß, würde dies den Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers nach § 102 Abs.5 BetrVG und damit die Wählbarkeit auslösen

- **BAG 7 ABR 6/04 vom 13.10.04**; vorgehend: LAG Berlin, Az: 9 TaBV 541/03 vom 08.10.03; ArbG Berlin, Az: 74 BV 16019/02 vom 13.09.2002:

„Beschäftigte, deren Tätigkeit als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme gefördert wird, sind Arbeitnehmer iSd § 5 Abs 1 BetrVG und für die Wahl des Betriebsrats nach § 7 Satz 1 BetrVG wahlberechtigt. Sie stehen in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber und sind in dessen Betriebsorganisation eingegliedert. Sie sind deshalb auch bei der für die Anzahl der Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke nach § 9 BetrVG mit zu berücksichtigen.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der Wahl des Betriebsrats in einem Betrieb des Arbeitgebers.

Der Arbeitgeber ist in verschiedenen sozialen Bereichen tätig und in zwanzig sog. Verbünde gegliedert, die jeweils einen eigenen Betrieb bilden. Der betreffende Betrieb führt Projekte mit dem Ziel durch, für Langzeitarbeitslose und Sozialhilfeempfänger die Integration in den Arbeitsmarkt zu fördern. Mit den Personen, die dem Arbeitgeber vom Arbeitsamt im Rahmen einer ABM zugewiesen werden, schließt der Arbeitgeber befristete Arbeitsverträge ab. Die Qualifizierung erfolgt überwiegend als praktische Unterweisung und durch Bewerbungstraining. Teilweise absolvieren die ABM-Beschäftigten mehrwöchige betriebliche Praktika. Die Projekte werden von einem festen Mitarbeiterstamm und Honorarkräften betreut.

Es wurde ein Betriebsrat gewählt. Die Wählerliste enthielt die Namen der Stammbeschäftigten, der Beschäftigten in einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme und der Honorarkräfte. Der Arbeitgeber hat die Unwirksamkeit der Wahl geltend gemacht.

Die im Rahmen von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen befristet Beschäftigten seien wahlberechtigte Arbeitnehmer nach § 7 Satz 1 BetrVG. Daher seien sie auch bei der für die Anzahl der Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke nach § 9 BetrVG mit zu berücksichtigen.

Die befristet Beschäftigten seien Arbeitnehmer i.S.d. § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG und deshalb wahlberechtigt nach § 7 Satz 1 BetrVG gewesen.

Wahlberechtigt i.S.d. § 7 Satz 1 BetrVG seien die betriebsangehörigen Arbeitnehmer nach § 5 Abs. 1 BetrVG. Das Betriebsverfassungsgesetz gehe in § 5 Abs. 1 vom allgemeinen Arbeitnehmerbegriff aus, den es in § 5 Abs. 2 bis 4 BetrVG und in § 6 BetrVG erweitert und eingeschränkt habe. Danach sei Arbeitnehmer, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet sei.

Soweit das Wahlrecht der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten betroffen sei, § 5 Abs. 1 BetrVG, sei dafür zusätzliche Voraussetzung, dass die Auszubildenden auf Grund eines privatrechtlichen Ausbildungsvertrages in dem Betrieb des Ausbilders eine berufliche Unterweisung erhielten und in den Betrieb auch eingegliedert seien. Hierfür bedürfe es einer betriebliche praktische Unterweisung, bei welcher der Arbeitgeber dem Auszubildenden praktische Aufgaben zu Ausbildungszwecken zuweise. Die betriebsverfassungsrechtliche Eingliederung des Auszubildenden liege nur vor, wenn sich die berufspraktische Ausbildung im Rahmen der jeweiligen arbeitstechnischen Zwecksetzung des Betriebs vollziehe, zu dessen Erreichen die betriebsangehörigen Arbeitnehmer zusammenwirkten. Dazu müsse die Berufsausbildung mit dem laufenden Produktions- oder Dienstleistungsprozess des Betriebs verknüpft sein. Das sei der Fall, wenn der Auszubildende mit solchen Tätigkeiten beschäftigt werde, die zu den beruflichen Aufgaben der Arbeitnehmer dieses Betriebs gehörten. Sei dagegen der Betriebszweck des Ausbildungsbetriebs auf die Vermittlung einer berufspraktischen Ausbildung beschränkt und würden daneben keine weiteren ar-

beitstechnischen Zwecke verfolgt, seien die dortigen Auszubildenden nicht in vergleichbarer Weise wie die übrigen Arbeiter oder Angestellten in den Betrieb eingegliedert. Fehle es an einem der Merkmale, sei die Wahlberechtigung insgesamt zu verneinen.

Danach seien die in einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme beim Arbeitgeber Beschäftigten wahlberechtigte Arbeitnehmer iSd § 5 Abs. 1, § 7 Satz 1 BetrVG gewesen. Die Einschränkungen zum Wahlrecht der Auszubildenden könne auf Beschäftigte in Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen nicht übertragen werden.

Der Beklagte habe mit den Beschäftigten in einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme Arbeitsverträge geschlossen. Das entspreche den öffentlich-rechtlichen Vorgaben des SGB III für die Förderung von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen.

Die Beschäftigten seien auch zur Erfüllung der arbeitstechnischen Zwecke in die Betriebsorganisation eingegliedert worden. Die Teilnehmer in Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen gehörten, anders als Auszubildende, die ihre berufspraktische Ausbildung in einem Ausbildungsbetrieb erhielten, zum Kreis der wahlberechtigten Arbeitnehmer, weil ihre Ausbildung sich im Rahmen des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebs vollziehe und selbst Gegenstand des Betriebszwecks sei; sie seien deshalb in den Betrieb eingegliedert. Bei der Förderung von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen handele es sich nicht vorrangig um eine Personen-, sondern eine Maßnahmen- und Arbeitsplatzförderung. Gefördert werde die zusätzliche Bereitstellung von Arbeitsplätzen. Sie sei Instrument zur Schaffung einer neuen (Ersatz-)Beschäftigung außerhalb des ersten Arbeitsmarkts. Über die Förderung von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen werde deshalb ein Arbeitsverhältnis und kein Ausbildungsverhältnis gefördert (§ 260 Abs. 1 Nr. 4 SGB III). Arbeitstechnischer Zweck des Betriebs sei vorrangig die Erledigung dieser Arbeiten. Zur Erfüllung dieses Zwecks würden die Beschäftigten in einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme als Arbeitnehmer eingesetzt.

Dem stehe der Qualifizierungsanteil von 20 % und teilweise bis 50 % nicht entgegen. Es sei darauf hinzuweisen, dass die öffentlich-rechtliche Förderung darauf angelegt sei, dass die Beschäftigten in einer ABM beruflich stabilisiert oder qualifiziert würden. Deshalb lasse sich daraus eine Anwendung der Regeln über das Wahlrecht von Auszubildenden in einem Ausbildungsbetrieb nicht ableiten. Auch verdränge das mitverfolgte Ziel der Qualifizierung den Austauschcharakter in einem Arbeitsverhältnis nicht, auch wenn es sich bei der Arbeit überwiegend um praktische Unterweisungen handele. Selbst wenn es auch Betriebszweck des Arbeitgebers sein sollte, die Beschäftigten in Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen zu qualifizieren, handele es sich hierbei nur um einen zusätzlichen Zweck neben dem arbeitstechnischen Betriebszweck der Erledigung der Arbeitsaufgaben, der die Arbeit in einem Arbeitsverhältnis nicht zu einer Ausbildung mit eingeschränktem Wahlrecht wandle.

Die Unterbrechung der Beschäftigung durch teilweise mehrwöchige Praktika in anderen Betrieben hebe die Eingliederung nicht insgesamt auf.

Die nach § 7 Satz 1 BetrVG wahlberechtigten Arbeitnehmer seien zugleich Arbeitnehmer iSd. § 9 BetrVG. Sie zählten bei der Berechnung der sog. Schwellenwerte mit.

Freie Mitarbeiter ständen zum Betriebsinhaber nicht in einem Arbeitsverhältnis, sondern in einem freien Dienstverhältnis. Sie seien keine betriebsangehörigen Arbeitnehmer iSd. § 5 Abs. 1 BetrVG und deshalb nicht nach § 7 Satz 1 BetrVG wahlberechtigt.

- **BAG 7 ABR 38/03 vom 21.07.04**; vorgehend: LAG Hamm, Az: 10 TaBV 4/03 vom 18.06.03; ArbG Dortmund, Az: 1 BV 54/02 vom 04.10.02:

„Nach § 9 S 1 BetrVG sind für die maßgebliche Belegschaftsstärke die bei selbständigen Frachtführern beschäftigten Fahrer bei der für die Anzahl der im Betrieb der Arbeitgeberin zu wählenden Betriebsratsmitglieder nicht zu berücksichtigen. Den im Zuge eines Dienst- oder Werkvertrages tätigen Arbeitnehmern eines dritten Unternehmers fehlt es an der Eingliederung in die Betriebsorganisation.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl. Die Arbeitgeberin betreibt einen Schnelllieferdienst. Im Betrieb sind neben eigenen Arbeitnehmern Fahrer von selbständigen Frachtführern tätig, die Transportaufträge ausführen. Es wurde ein Betriebsrat gewählt. An der Wahl nahmen nur die Arbeitnehmer der Arbeitgeberin teil, nicht die bei den Frachtführern beschäftigten Fahrer.

Das BAG ist der Ansicht, die Betriebsratswahl sei nach § 19 Abs.1 BetrVG unwirksam, da gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlverfahren verstoßen worden sei. Die bei den Frachtführern beschäftigten

Fahrer seien der für die Anzahl der im Betrieb der Arbeitgeberin zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke nach § 9 BetrVG nicht zu berücksichtigen gewesen.

Bei der Betriebsratswahl wurde gegen § 9 Satz 1 BetrVG als wesentliche Wahlvorschrift verstoßen. Der Verstoß war geeignet, das Wahlergebnis zu beeinflussen.

Die bei den selbstständigen Frachtführern beschäftigten Fahrer seien nicht in die Berechnung nach § 9 Satz 1 BetrVG einzubeziehen gewesen.

Bei der für die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke seien nur betriebsangehörige Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Das seien Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber ständen und in dessen Betriebsorganisation eingegliedert seien. Diese Voraussetzungen erfüllten die im Zuge eines Dienst- oder Werkvertrags tätigen Arbeitnehmer eines dritten Unternehmers nicht. Diese hätten keine arbeitsvertragliche Beziehung zur antragstellenden Arbeitgeberin. Dabei könne dahingestellt bleiben, ob die Erfüllungsgehilfen eines Dienst- oder Werkunternehmers überhaupt zur Arbeitsleitung überlassene Arbeitnehmer iSd. § 7 Satz 2 BetrVG seien. Denn auch in diesem Fall seien sie bei der für die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke nach § 9 BetrVG nicht zu berücksichtigen gewesen. Es fehle die arbeitsvertragliche Beziehung zum Inhaber des Betriebes. Soweit § 7 Satz 2 BetrVG für die Wahlberechtigung überlassener Arbeitnehmer auf die arbeitsvertragliche Bindung zum Betriebsinhaber verzichte, gelte dies nicht für die Feststellung der wahlberechtigten Arbeitnehmer nach § 9 BetrVG. Deshalb seien sie betriebsverfassungsrechtlich nicht betriebsangehörige Arbeitnehmer seines Betriebes.

- **BAG 7 ABR 36/03 vom 10.03.04**; vorgehend: LAG Hamm, Az: 10 TaBV 124/02 vom 04.04.03; ArbG Münster, Az: 4 BV 18/02 vom 16.08.02:

„Die Außendienstmitarbeiter gehören zu dem Betrieb, von dem die Entscheidungen über ihren Einsatz ausgehen und in dem somit Leitungsmacht des Arbeitgebers ausgeübt wird. Hierbei kommt es insbesondere darauf an, von welchem Betrieb das Direktionsrecht ausgeübt wird und die auf das Arbeitsverhältnis bezogenen Anweisungen erteilt werden. Demgegenüber ist die Ausübung der Fachaufsicht nur von untergeordneter Bedeutung.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl.

Der Arbeitgeber ist durch Verschmelzung aus zwei Verbänden von Wohnungsunternehmen hervorgegangen. Neben seinem Hauptsitz unterhält er seit der Verschmelzung auch eine externe Geschäftsstelle. Der Arbeitgeber beschäftigt zahlreiche Verbandsprüfer im Außendienst, die möglichst wohnortnah eingesetzt werden. Zu Beginn einer Prüfung holen die Verbandsprüfer die Unterlagen in der Geschäftsstelle ab. Eventuelle Rückfragen sowohl organisatorischer als auch fachlicher Art klären sie mit dem dort beschäftigten Prüfungsleiter, dem insoweit die Fachaufsicht obliegt. Auch die Berichtskritik erfolgt in der Geschäftsstelle. Anlässlich der in der Geschäftsstelle durchgeführten Betriebsratswahl wurden auch die Verbandsprüfer in die Wählerliste aufgenommen und nahmen an der Wahl teil, zwei von ihnen wurden in den Betriebsrat gewählt.

Das BAG erachtet die in der Geschäftsstelle durchgeführte Betriebsratswahl für unwirksam, weil gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit und das Wahlverfahren verstoßen worden sei, § 19 Abs. 1 BetrVG. Die Verbandsprüfer seien bei Betriebsratswahl weder wahlberechtigt (§ 7 BetrVG) noch wählbar (§ 8 BetrVG) gewesen noch hätten sie bei der Ermittlung der Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder nach § 9 BetrVG berücksichtigt werden dürfen.

Nach § 7 Satz 1 BetrVG seien alle betriebsangehörigen Arbeitnehmer wahlberechtigt, die das 18. Lebensjahr vollendet hätten. Betriebsangehörig seien Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber ständen und innerhalb der Betriebsorganisation des Arbeitgebers abhängige Arbeitsleistungen erbrächten. Sofern sie sechs Monate dem Betrieb angehörten, seien sie wahlberechtigt, § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Sie würden bei der Bestimmung der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder mitgezählt, § 9 Satz 1 BetrVG. Arbeitnehmer, die nicht betriebsangehörig seien, seien damit weder wahlberechtigt noch wählbar noch führe ihre Tätigkeit zu einer Erhöhung der Zahl der Betriebsratsmitglieder.

Die Eingliederung in die Betriebsorganisation setze nicht voraus, dass der Arbeitnehmer seine Arbeiten auf dem Betriebsgelände verrichte. Der Betriebsbegriff sei nicht in dem Sinne räumlich zu verstehen, dass mit der Grenze des Betriebsgrundstücks oder der Betriebsräume der Betriebsbereich ende. Vielmehr seien betriebsangehörig auch die einem Betrieb zugeordneten Arbeitnehmer, die ihre Tätigkeit au-

ßerhalb der Betriebsräume verrichteten. Entscheidend sei, ob der Arbeitgeber mit Hilfe der Arbeitnehmer den arbeitstechnischen Zweck seines Betriebs verfolge. Daher gehörten auch Außendienstmitarbeiter zum Betrieb. Sei der Vertragsarbeitgeber Inhaber mehrerer Betriebe, komme es für die Zuordnung entscheidend darauf an, in welchem Betrieb der Arbeitnehmer tatsächlich eingegliedert sei. Hierfür sei die organisatorische Einbindung in den Betrieb maßgebend. Die Außendienstmitarbeiter gehörten daher zu dem Betrieb, von dem die Entscheidungen über ihren Einsatz ausgingen und in dem somit Leitungsmacht des Arbeitgebers ausgeübt werde. Hierbei komme es darauf an, von welchem Betrieb das Direktionsrecht ausgeübt werde und die auf das Arbeitsverhältnis bezogenen Anweisungen erteilt würden. Dagegen sei die Ausübung der Fachaufsicht nur von untergeordneter Bedeutung. Diese betreffe allein die Kontrolle des Arbeitsergebnisses. Eine Konkretisierung der Leistungspflichten der Arbeitnehmer im Sinne der Ausübung des Direktionsrechts sei damit nicht verbunden, so dass allein aus der Ausübung der Fachaufsicht nicht auf eine Eingliederung in den die Aufsicht ausübenden Betrieb geschlossen werden könne. Daher komme es nicht darauf an, ob bzw. wo eine "Anlaufstelle" bestehe, an der die Außendienstmitarbeiter Unterlagen abholen und Berichte abgeben könnten. Hierdurch solle lediglich die Kommunikation vereinfacht werden.

Die Zuordnung der Außendienstmitarbeiter sei nicht deshalb anders zu beurteilen, weil für die im Innendienst der Geschäftsstelle eingesetzten Mitarbeiter die maßgeblichen Entscheidungen im Hauptsitz getroffen würden. Bei der Geschäftsstelle handele es sich um einen Betriebsteil iSv. § 4 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, dem die dort eingesetzten Innendienstmitarbeiter organisatorisch zuzuordnen seien. Auf die Außendienstmitarbeiter treffe dies nicht zu, weil der Außendienst organisatorisch beim Hauptbetrieb eingeordnet worden sei. Die Funktionen der Geschäftsstelle erstreckten sich räumlich nur auf diese selbst. Zur Geschäftsstelle bestehe ein Bezug der Verbandsprüfer nur insoweit, als dort die Fachaufsicht in Form der Berichtskritik angesiedelt sei sowie und dort Unterlagen abgeholt und Berichte abgegeben würden.

- **BAG 7 ABR 49/03 vom 10.03.04**; vorgehend: LAG Nürnberg, Az: 9 (4) TaBV 48/02 vom 18.08.03; ArbG Bayreuth, Az: 4 BV 5/02 H vom 20.08.02:

„Arbeitnehmer, die nicht gewerbsmäßig oder im Wege der sog Konzernleihe nach § 1 Abs 3 Nr 2 AÜG einem Dritten zur Arbeitsleistung überlassen werden, sind keine Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs iSv § 9 BetrVG. Sie sind weder bei der für die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke zu berücksichtigen, noch steht ihnen nach § 8 BetrVG das passive Wahlrecht zum Betriebsrat des Entleiherbetriebs zu.“

Das BAG führt aus, für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung gelte, dass Leiharbeiter im Entleiherbetrieb keine Arbeitnehmer iSv. § 9 Abs. 1 BetrVG seien. Für nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung gelte nichts anderes. Auch eine sog. Konzernleihe gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG vorliege, wären die überlassenen Arbeitnehmer im Betrieb der Arbeitgeberin keine Arbeitnehmer iSv. § 9 BetrVG.

Nach der BAG-Rechtsprechung zu § 9 BetrVG in der bis zum 27. Juli 2001 geltenden Fassung seien bei der für die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke nur betriebsangehörige Arbeitnehmer zu berücksichtigen gewesen.

Betriebsangehörige Arbeitnehmer seien Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zu dem Betriebsinhaber ständen und die in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert seien. Diese Voraussetzungen erfüllten Leiharbeiter nicht. Denn die Arbeitnehmerüberlassung sei gekennzeichnet durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitgeber und Entleiher. Die tatsächliche Eingliederung in die Betriebsorganisation allein begründe nicht die Betriebszugehörigkeit zum Entleiherbetrieb. Dies sei § 14 Abs. 1 AÜG zu entnehmen. Danach blieben Leiharbeiter auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebs. Damit werde bei der bei einem Leiharbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Entleiher eintretenden Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen unter betriebsverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten der auf vertraglicher Grundlage beruhenden Rechtsbeziehung zum Verleiher ein größeres Gewicht beigemessen als der tatsächlichen Eingliederung in den Betrieb des Entleihers. Der tatsächlichen Eingliederung in den Betrieb des Entleihers werde dadurch Rechnung getragen, dass Leiharbeitnehmern nach § 14 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 AÜG einzelne betriebsverfassungsrechtliche Rechte im Entleiherbetrieb zuständen. Eine vollständige Betriebszugehörigkeit des Leiharbeitnehmers zum Entleiherbetrieb sei dadurch jedoch nicht begründet.

§ 14 Abs. 1 AÜG gelte zwar unmittelbar nur für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Wegen der Vergleichbarkeit der Interessenlage finde sie aber auf die gesetzlich nicht geregelten Erscheinungsformen der nicht gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung entsprechende Anwendung. Ob ein Verlei-

her gewerbsmäßig oder nicht gewerbsmäßig handele, sei für die betriebsverfassungsrechtliche Stellung eines Leiharbeitnehmers unbeachtlich. Auch bei einer nicht gewerbsmäßigen Überlassung werde der Leiharbeitnehmer unter Fortbestand seiner arbeitsvertraglichen Beziehungen zum Verleiher in die Betriebsorganisation des Entleihers eingegliedert. Dabei spiele es für die betriebsverfassungsrechtliche Interessenlage keine Rolle, ob der Vertragsarbeitgeber mit der Überlassung einen eigenen arbeitstechnischen Zweck verfolge.

Für die Arbeitnehmerüberlassung innerhalb eines Konzerns gelte nichts anderes. Nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG sei zwar dieses Gesetz – bis auf wenige Ausnahmen – nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen iSd. § 18 AktG, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leiste. Damit finde auch § 14 Abs. 1 AÜG auf konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung keine Anwendung. Das bedeute aber nicht, dass konzernintern überlassene Arbeitnehmer – anders als andere nicht gewerbsmäßig überlassene Arbeitnehmer – Betriebsangehörige des Entleiherbetriebs würden. Auch ihnen fehle die arbeitsvertragliche Beziehung zu dem Entleiher. Deshalb seien auch sie betriebsverfassungsrechtlich nicht als betriebsangehörige Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs anzusehen. Dies gelte unabhängig davon, dass es für die Konzernleihe nach der hier maßgeblichen, im Jahr 2002 geltenden Rechtslage – im Gegensatz zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung und sonstigen Formen nicht gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung – keine genau bestimmte zeitliche Höchstgrenze für den Einsatz im Entleiherbetrieb gegeben habe. Konzernleihe iSv. § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG setze lediglich voraus, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nur vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber erbringe, wobei vorübergehend iSd. Bestimmung ein Zeitraum von mehreren Jahren sein könne. Unter diesen Umständen führe auch eine längerfristige Überlassung mangels einer arbeitsvertraglichen Bindung zum Entleiher nicht dazu, dass die überlassenen Arbeitnehmer zu Betriebsangehörigen des Entleiherbetriebs im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes würden, sofern sichergestellt sei, dass die Arbeitnehmer nicht auf Dauer überlassen würden.

Aus der Einräumung des aktiven Wahlrechts für Leiharbeitnehmer durch § 7 Satz 2 BetrVG in der ab 28. Juli 2001 geltenden Fassung ergebe sich nichts anderes. In § 7 BetrVG werde unterschieden zwischen Arbeitnehmern des Betriebs (Satz 1) und Arbeitnehmern eines anderen Arbeitgebers, die zur Arbeitsleistung überlassen würden (Satz 2). Daraus sei zu entnehmen, dass die überlassenen Arbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich gerade keine Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs seien.

Dem stehe die Entstehungsgeschichte von § 7 Satz 2 BetrVG nicht entgegen. Es werde nicht davon ausgegangen, dass Leiharbeitnehmer dem Betrieb des Entleihers angehören. Es könne auch nicht angenommen werden, dass die in § 9 BetrVG bestimmte Größe des Betriebsrats allein von der Anzahl der nach § 7 BetrVG Wahlberechtigten ungeachtet ihrer Betriebsangehörigkeit abhängig gemacht werde. Dem stehe der Wortlaut des § 9 BetrVG entgegen, der nicht nur von Wahlberechtigten, sondern von wahlberechtigten Arbeitnehmern bzw. Arbeitnehmern spreche. Damit nehme die Bestimmung Bezug auf § 5 BetrVG. Der in dieser Vorschrift definierte Arbeitnehmerbegriff sei durch das Betriebsverfassungsgesetz nicht geändert worden. Die Neufassung von § 5 Abs. 1 habe lediglich klarstellenden Charakter.

- **BAG 7 ABR 16/03 vom 19.11.03**; vorgehend: LAG Düsseldorf, Az: 11 TaBV 60/02 vom 23.01.03; ArbG Wuppertal, Az: 2 BV 23/02 vom 04.07.02:

(Parallelentscheidung ohne Langtextwiedergabe zum Beschluss des Gerichts vom 16.04.2003, 7 ABR 53/02 = AP BetrVG 2002 § 9 Nr 1 = EzA BetrVG 2001 § 9 Nr 1.)

- **BAG 7 ABR 3/03 vom 22.10.03**; vorgehend: LAG Hamm, Az: 10 TaBV 92/02 vom 15.11.02; ArbG Herne, Az: 1 BV 1/02 vom 05.06.02:

„Leiharbeitnehmer sind keine Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs. Sie sind daher bei der für die Anzahl der nach § 38 Abs. 1 BetrVG freizustellenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke nicht zu berücksichtigen.“

Die Beteiligten streiten über die Freistellung eines Betriebsratsmitglieds.

Die Arbeitgeberin beschäftigt in ihrem Betrieb eigene Arbeitnehmer sowie Leiharbeitnehmer. Der Betriebsrat beschloss die vollständige Freistellung des Betriebsratsvorsitzenden nach § 38 Abs. 1 BetrVG. Die Arbeitgeberin beschäftige in der Regel mehr als 200 Arbeitnehmer, denn die im Betrieb tätigen Leih-

arbeitnehmer seien bei der für die Freistellung von Betriebsratsmitgliedern nach § 38 Abs. 1 BetrVG maßgeblichen Arbeitnehmerzahl mitzuberücksichtigen. Dem widerspricht die Arbeitgeberin.

Das BAG führt aus, der Betriebsrat habe keinen Anspruch auf Freistellung eines seiner Mitglieder nach § 38 Abs. 1 BetrVG.

Nach § 38 Abs. 1 BetrVG sei in Betrieben mit in der Regel 200 bis 500 Arbeitnehmern ein Betriebsratsmitglied von seiner beruflichen Tätigkeit freizustellen. Diese Voraussetzungen seien nicht erfüllt. Die Arbeitgeberin beschäftige im Betrieb ca. 160 bis 165 Arbeitnehmer. Die daneben eingesetzten Leiharbeiter zählten nicht zu den in der Regel beschäftigten Arbeitnehmern im Sinne von § 38 Abs. 1 BetrVG. Dies gelte unabhängig davon, ob die Leiharbeiter nach § 7 Satz 2 BetrVG wahlberechtigt seien oder nicht. Es komme auch nicht darauf an, ob sie auf Dauerarbeitsplätzen tätig seien, die die Arbeitgeberin ständig mit Leiharbeitnehmern besetze.

Die Freistellung von Betriebsratsmitgliedern sei nach § 38 Abs. 1 BetrVG von der Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer abhängig. Es komme nicht auf die Anzahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer oder auf die Anzahl von Arbeitsplätzen an, auf denen die Arbeitnehmer beschäftigt werden.

Leiharbeiter würden in § 5 BetrVG nicht erwähnt. Sie seien keine Arbeitnehmer des Betriebs und deshalb bei der Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer iSv. § 38 Abs. 1 BetrVG nicht zu berücksichtigen.

Bisher seien Leiharbeiter betriebsverfassungsrechtlich Teil der Belegschaft des Verleiherbetriebs gewesen. Als betriebszugehörig im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes seien nur Arbeitnehmer angesehen worden, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber ständen und die in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert seien. Diese Voraussetzungen erfüllten Leiharbeiter nicht. Denn die Arbeitnehmerüberlassung sei gekennzeichnet durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher. Die tatsächliche Eingliederung in die Betriebsorganisation begründe nicht die Zugehörigkeit zum Entleiherbetrieb. Dies ergebe sich aus § 14 Abs. 1 AÜG. Danach blieben Leiharbeiter auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebs. Der tatsächlichen Eingliederung in den Betrieb des Entleihers habe der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass Leiharbeitnehmern nach § 14 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 AÜG einzelne betriebsverfassungsrechtliche Rechte im Entleiherbetrieb zuständen. Eine vollständige Betriebszugehörigkeit der Leiharbeiter zum Entleiherbetrieb werde dadurch jedoch nicht begründet.

Daran habe sich durch das Gesetz zur Reform des BetrVG nichts geändert. Durch die Einräumung des aktiven Wahlrechts für Leiharbeiter in § 7 Satz 2 BetrVG würden Leiharbeiter nicht zu betriebsangehörigen Arbeitnehmern des Entleihers. In § 7 BetrVG werde unterschieden zwischen Arbeitnehmern des Betriebs (Satz 1) und Arbeitnehmern eines anderen Arbeitgebers, die zur Arbeitsleistung überlassen würden (Satz 2). Daraus sei zu entnehmen, dass die überlassenen Arbeitnehmer gerade keine Arbeitnehmer des Betriebs seien. Dem entspreche es, dass Leiharbeiter nach § 14 Abs. 1 AÜG nach wie vor dem Betrieb des Verleihers zugeordnet seien. Durch das Gesetz zur Reform des BetrVG seien in § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG lediglich die Worte "weder wahlberechtigt noch" gestrichen und durch das Wort "nicht" ersetzt worden. Abgesehen von der Einräumung des aktiven Wahlrechts im Entleiherbetrieb sei daher die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der Leiharbeiter unverändert geblieben.

Dem stehe die Entstehungsgeschichte von § 7 Satz 2 BetrVG nicht entgegen. Zwar erkenne § 7 Satz 2 BetrVG die Zugehörigkeit der Leiharbeiter zum Einsatzbetrieb an. Dem widerspreche jedoch, dass Leiharbeiter durch die Zuerkennung des aktiven Wahlrechts lediglich aus der Randbelegschaft an die Stammbeflegschaft herangeführt werden sollten, ohne sie in rechtlich unzutreffender Weise als Arbeitnehmer des Entleiherbetriebes einzustufen. Leiharbeiter gehörten nicht dem Betrieb des Entleihers an, da andernfalls die Regelung in § 7 Satz 2 BetrVG überflüssig wäre, denn betriebsangehörige Arbeitnehmer seien bereits nach § 7 Satz 1 BetrVG wahlberechtigt.

Sinn und Zweck der Regelung in § 38 Abs. 1 BetrVG geböten es nicht, Leiharbeiter bei der für die Anzahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke zu berücksichtigen.

In § 38 Abs. 1 BetrVG werde die Erforderlichkeit der vollständigen Freistellung eines oder mehrerer Betriebsratsmitglieder von der beruflichen Tätigkeit zum Zweck der Erledigung von Betriebsratsaufgaben ab bestimmten, von der Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer abhängigen Betriebsgrößen vermutet. Dadurch werde berücksichtigt, dass der dem Betriebsrat entstehende Arbeitsaufwand maßgeblich von der Anzahl der von ihm repräsentierten Arbeitnehmer bestimmt werde. Nur betriebsangehörige Arbeitnehmer verursachten einen bei der Anzahl der Freistellungen zu beachtenden etwa gleichen Ar-

beitsaufwand, da der Betriebsrat nur für betriebsangehörige Arbeitnehmer sämtliche nach dem Betriebsverfassungsgesetz bestehenden Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte wahrnehme. Leiharbeiter würden hingegen nur partiell vom Betriebsrat des Entleiherbetriebs repräsentiert. Sie verursachten zwar ebenfalls Betriebsratsarbeit, die die Berücksichtigung bei der Anzahl der Freistellungen rechtfertigen könnte. § 38 Abs. 1 BetrVG ließen sich jedoch keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass dieser im Vergleich zu betriebsangehörigen Arbeitnehmern in der Regel geringer einzuschätzende Arbeitsaufwand für Leiharbeiter bei der Bemessung der Freistellungen berücksichtigt worden sei.

Durch das Gesetz zur Reform des BetrVG sei zwar sowohl die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder in § 9 BetrVG als auch die Anzahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder in § 38 Abs. 1 BetrVG erhöht worden. Dies sei aber nicht auf die Belastung des Betriebsrats durch die Repräsentation von Leiharbeitern zurückzuführen, sondern beruhe auf dem allgemein angewachsenen Arbeitsanfall. Daher werde die Anhebung der Zahl der Betriebsratsmitglieder in § 9 BetrVG mit der Erweiterung der Aufgaben des Betriebsrats begründet, nicht aber mit Aufgabenstellungen, die Leiharbeiter betreffen. Diese Aufgaben hätten sich durch das Gesetz zur Reform des BetrVG nicht geändert. § 14 Abs. 2 und Abs. 3 AÜG, die die Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des im Entleiherbetrieb bestehenden Betriebsrats für Leiharbeiter betreffen, seien - mit Ausnahme der Berücksichtigung des aktiven Wahlrechts für Leiharbeiter - unverändert geblieben. Die Erweiterung der Freistellungen in § 38 Abs. 1 BetrVG beruhe auf den gleichen Erwägungen wie die Vergrößerung der Betriebsräte durch § 9 BetrVG und sei nicht auf die Repräsentation von Leiharbeitern zurückzuführen.

- **BAG 7 ABR 11/03 vom 22.10.03**; vorgehend: LAG Hamm, Az: 13 TABV 90/02 vom 14.01.03; ArbG Detmold, Az: 2 BV 19/02 vom 04.06.02 (Parallellentscheidung zu BAG 7 ABR 53/02 vom 16.04.2003 und BAG 7 ABR 3/03 vom 22.10.2003):
- **BAG 7 ABR 53/02 vom 16.04.03**; vorgehend: LAG Düsseldorf, Az: 5 TaBV 42/02 vom 31.10.02; ArbG Düsseldorf, Az: 4 BV 37/02 vom 10.07.02:

„Leiharbeiter sind keine Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs iSv § 9 BetrVG. Sie sind deshalb bei der für die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke nicht zu berücksichtigen.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl.

Die Arbeitgeberin beschäftigt neben Angestellten, gewerblichen Arbeitnehmern und Auszubildenden auch Leiharbeiter. Der Betriebsrat ist der Auffassung, zu den Arbeitnehmern seien die bei der Arbeitgeberin eingesetzten Leiharbeiter hinzuzuzählen.

Nach Ansicht des BAG sei die Betriebsratswahl nach § 19 Abs. 1 BetrVG unwirksam, da gegen wesentliche Vorschriften des Wahlverfahrens verstoßen worden sei.

Bei der Betriebsratswahl vom 11. März 2002 sei gegen § 9 Satz 1 BetrVG verstoßen worden. Es hätte nur ein aus sieben Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt werden dürfen, da im Betrieb der Arbeitgeberin nicht mehr als 200 Arbeitnehmer i.S.v. § 9 Satz 1 BetrVG beschäftigt gewesen seien. Die Betriebsratswahl sei daher unwirksam, weil sie auf einem wesentlichen Mangel iSv. § 19 Abs. 1 BetrVG beruhe.

Die Leiharbeiter seien bei der Ermittlung der für die Betriebsratsgröße maßgeblichen Arbeitnehmerzahl nach § 9 Satz 1 BetrVG nicht zu berücksichtigen gewesen.

Nach der bisherigen BAG-Rechtsprechung zum BetrVG in der bis zum 27. Juli 2001 geltenden Fassung seien Leiharbeiter betriebsverfassungsrechtlich Teil der Belegschaft des Verleiherbetriebs gewesen. Als betriebszugehörig im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes seien nur Arbeitnehmer angesehen worden, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber ständen und die in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert seien. Diese Voraussetzungen erfüllten Leiharbeiter nicht. Denn die Arbeitnehmerüberlassung sei gekennzeichnet durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher. Die tatsächliche Eingliederung in die Betriebsorganisation begründe nicht die Zugehörigkeit zum Entleiherbetrieb. Dies ergebe sich aus § 14 Abs. 1 AÜG. Danach blieben Leiharbeiter auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebs. Der tatsächlichen Eingliederung in den Betrieb des Entleihers habe der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass Leiharbeitern nach § 14 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 AÜG ein-

zelne betriebsverfassungsrechtliche Rechte im Entleiherbetrieb zuständen. Eine vollständige Betriebszugehörigkeit der Leiharbeitnehmer zum Entleiherbetrieb werde dadurch jedoch nicht begründet.

Daran habe sich durch das Gesetz zur Reform des BetrVG nichts geändert. Durch die Einräumung des aktiven Wahlrechts für Leiharbeitnehmer in § 7 Satz 2 BetrVG würden Leiharbeitnehmer nicht zu betriebsangehörigen Arbeitnehmern des Entleihers. In § 7 BetrVG werde unterschieden zwischen Arbeitnehmern des Betriebs (Satz 1) und Arbeitnehmern eines anderen Arbeitgebers, die zur Arbeitsleistung überlassen würden (Satz 2). Daraus sei zu entnehmen, dass die überlassenen Arbeitnehmer gerade keine Arbeitnehmer des Betriebs seien. Dem entspreche es, dass Leiharbeitnehmer nach § 14 Abs. 1 AÜG nach wie vor dem Betrieb des Verleihers zugeordnet seien. Durch das Gesetz zur Reform des BetrVG seien in § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG lediglich die Worte "weder wahlberechtigt noch" gestrichen und durch das Wort "nicht" ersetzt worden. Abgesehen von der Einräumung des aktiven Wahlrechts im Entleiherbetrieb sei daher die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der Leiharbeitnehmer unverändert geblieben.

Dem stehe die Entstehungsgeschichte von § 7 Satz 2 BetrVG nicht entgegen. Zwar erkenne § 7 Satz 2 BetrVG die Zugehörigkeit der Leiharbeitnehmer zum Einsatzbetrieb an. Dem widerspreche jedoch, dass Leiharbeitnehmer durch die Zuerkennung des aktiven Wahlrechts lediglich aus der Randbelegschaft an die Stammbesellschaft herangeführt werden sollten, ohne sie in rechtlich unzutreffender Weise als Arbeitnehmer des Entleiherbetriebes einzustufen. Leiharbeitnehmer gehörten nicht dem Betrieb des Entleihers an, da andernfalls die Regelung in § 7 Satz 2 BetrVG überflüssig wäre, denn betriebsangehörige Arbeitnehmer seien bereits nach § 7 Satz 1 BetrVG wahlberechtigt.

Auch Sinn und Zweck des § 38 Abs. 1 BetrVG geböten es nicht, Leiharbeitnehmer bei der für die Anzahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke zu berücksichtigen.

Nach § 9 BetrVG sei die Anzahl der Betriebsratsmitglieder von der Belegschaftsstärke abhängig. Dadurch solle sichergestellt werden, dass die Zahl der Betriebsratsmitglieder in einem angemessenen Verhältnis zur Zahl der betriebsangehörigen Arbeitnehmer stehe. Um die Funktionsfähigkeit des Betriebsrats zu gewährleisten, sei es erforderlich, seine Größe dem maßgeblich durch die Anzahl der repräsentierten Arbeitnehmer bedingten Arbeitsaufwand anzupassen. Nur betriebsangehörige Arbeitnehmer verursachten jeweils einen bei der Bemessung der Betriebsratsgröße zu beachtenden etwa gleichen Arbeitsaufwand. Demgegenüber würden Leiharbeitnehmer nur partiell vom Betriebsrat des Entleiherbetriebes repräsentiert. Bei ihnen falle zwar ebenfalls Betriebsratsarbeit an, die die Berücksichtigung bei der Betriebsratsgröße rechtfertigen könnte. Es seien jedoch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass dieser im Vergleich zu betriebsangehörigen Arbeitnehmern regelmäßig geringere Arbeitsaufwand für Leiharbeitnehmer bei der Bemessung der Betriebsratsgröße in § 9 BetrVG berücksichtigt worden sei.

Durch das Gesetz zur Reform des BetrVG sei zwar sowohl die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder in § 9 BetrVG als auch die Anzahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder in § 38 Abs. 1 BetrVG erhöht worden. Dies sei aber nicht auf die Belastung des Betriebsrats durch die Repräsentation von Leiharbeitnehmern zurückzuführen, sondern beruhe auf dem allgemein angewachsenen Arbeitsanfall. Daher werde die Anhebung der Zahl der Betriebsratsmitglieder in § 9 BetrVG mit der Erweiterung der Aufgaben des Betriebsrats begründet, nicht aber mit Aufgabenstellungen, die Leiharbeitnehmer betreffen. Diese Aufgaben hätten sich durch das Gesetz zur Reform des BetrVG nicht geändert. § 14 Abs. 2 und Abs. 3 AÜG, die die Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des im Entleiherbetrieb bestehenden Betriebsrats für Leiharbeitnehmer betreffen, seien - mit Ausnahme der Berücksichtigung des aktiven Wahlrechts für Leiharbeitnehmer - unverändert geblieben. Die Erweiterung der Freistellungen in § 38 Abs. 1 BetrVG beruhe auf den gleichen Erwägungen wie die Vergrößerung der Betriebsräte durch § 9 BetrVG und sei nicht auf die Repräsentation von Leiharbeitnehmern zurückzuführen.

Die Regelung der Wahlberechtigung der Leiharbeitnehmer in § 7 Satz 2 BetrVG beseitige ein Legitimationsdefizit, soweit der Betriebsrat im Entleiherbetrieb Mitbestimmungsrechte auch für Leiharbeitnehmer wahrnehme. Sie sei nicht deshalb überflüssig, weil Leiharbeitnehmer in der Regel nur einen Bruchteil der Amtszeit des Betriebsrats im Entleiherbetrieb tätig seien und deshalb Wählende und vom Betriebsrat Repräsentierte damit häufig nicht identisch seien. Dies sei auch bei befristet beschäftigten Arbeitnehmern der Fall, ohne dass deren aktives Wahlrecht als überflüssig angesehen werde.

2. Landesarbeitsgerichte

Bayern:

- **LAG Nürnberg, Az: 9 (4) TaBV 48/02 vom 18.08.03**; vorgehend: ArbG Bayreuth, Az: 4 BV 5/02 H vom 20.08.02; nachgehend: BAG 7 ABR 49/03 vom 10.03.2004:

„Die einem anderen Konzernunternehmen gemäß § 1 Abs 3 Ziffer 2 AÜG überlassenen Mitarbeiter sind bei der Wahl des Betriebsrates im aufnehmenden Betrieb weder wählbar gemäß § 8 BetrVG noch bei der Ermittlung der Betriebsratsgröße gemäß § 9 BetrVG zu berücksichtigen. „

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der im Betrieb der Arbeitgeberin durchgeführten Betriebsratswahl und darum, ob die Arbeitnehmer, die der Arbeitgeberin von einem anderen Unternehmen überlassen werden, bei der Arbeitgeberin zum Betriebsrat wählbar sind und für die Feststellung der Betriebsratsgröße mitzählen.

Die Betriebsratswahl sei wegen der Verstöße gegen §§ 8, 9 BetrVG gemäß § 19 Abs. 1 BetrVG unwirksam, da die der Arbeitgeberin überlassenen Arbeitnehmer weder das passive Wahlrecht hätten noch für die Festlegung der Betriebsratsgröße zählen.

Die der Arbeitgeberin auf der Grundlage des Personalgestellungsvertrages zur Verfügung gestellten Mitarbeiter gehörten nicht zu den bei der Ermittlung der Zahl der Betriebsratsmitglieder nach § 9 BetrVG zu berücksichtigenden Arbeitnehmer der Arbeitgeberin.

Betriebszugehörig i.S.d. Betriebsverfassungsgesetzes seien die Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Betriebes ständen und innerhalb der Betriebsorganisation des Arbeitgebers abhängige Arbeitsleistungen erbrächten. Werde ein Arbeitnehmer von seinem Vertragsarbeitgeber einem anderen Betriebsinhaber zur Arbeitsleistung überlassen und von diesem in dessen Betriebsorganisation tatsächlich eingegliedert, so begründe dies keine betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit zum Betrieb des fremden Betriebsinhabers. Dies zeige § 14 Abs. 1 AÜG, wonach Leiharbeiter auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebes des Verleihers blieben. Der Gesetzgeber messe damit im Falle der bei einem Leiharbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher (= Vertragsarbeitgeber) und dem Entleiher (= tatsächlicher Arbeitgeber) eintretenden Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion unter betriebsverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten der auf vertraglichen Grundlagen beruhenden Rechtsbeziehung zum Verleiher ein größeres Gewicht bei als der tatsächlichen Eingliederung in den Betrieb des Entleihers. Der tatsächlichen Eingliederung trage der Gesetzgeber nur insofern Rechnung, als durch § 14 Abs. 2 und 3 AÜG dem Leiharbeiter einzelne betriebsverfassungsrechtliche Rechte im Entleiherbetrieb zugebilligt würden. Eine vollständige Betriebszugehörigkeit des Leiharbeitnehmers zum Entleiherbetrieb werde dadurch jedoch nicht begründet.

Hieran habe sich durch die Einräumung des aktiven Wahlrechts in § 7 Satz 2 BetrVG, nichts geändert.

Die Einbeziehung von Leiharbeitnehmern beschränke sich auf die Einräumung des aktiven Wahlrechts durch § 7 Satz 2 BetrVG. Dagegen würden Leiharbeiter durch die Regelungen in den §§ 5, 8 und 9 BetrVG nicht generell den Arbeitnehmern eines Betriebes gleichgestellt, ihnen das passive Wahlrecht eingeräumt oder bei der Ermittlung der Betriebsgröße mitgezählt. Den Leiharbeitnehmern sei durch § 7 Satz 2 BetrVG ausschließlich das aktive Wahlrecht im Entleiherbetrieb eingeräumt worden. Ansonsten sei die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der Leiharbeiter unberührt und unverändert geblieben. Leiharbeiter sollen durch die Einräumung des aktiven Wahlrechts zum Betriebsrat des Entleiherbetriebes lediglich betriebsverfassungsrechtlich aus der Randbelegschaft an die Stammbeflegschaft herangeführt werden, ohne sie in rechtlich unzutreffender Weise als Arbeitnehmer des Entleiherbetriebes einzustufen.

Auch nach dem BetrVG-ReformG könne auf die bisherige Rechtsprechung des BAG zur analogen Anwendbarkeit des § 14 AÜG zurückgegriffen werden. § 14 AÜG, der unmittelbar nur auf die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung anwendbar sei, finde wegen der Vergleichbarkeit der Interessenlage auch auf andere Erscheinungsformen der Arbeitnehmerüberlassung entsprechende Anwendung. Ob ein Verleiher gewerbsmäßig oder nicht gewerbsmäßig handle, sei für die betriebsverfassungsrechtliche Stellung eines Leiharbeitnehmers unbeachtlich. Auch bei einer nicht gewerbsmäßigen Überlassung werde der Leiharbeiter unter Fortbestand seiner arbeitsvertraglichen Beziehung zum Verleiher in die Betriebsorganisation des Entleihers eingegliedert. Für die Interessenlage spiele es auch keine Rolle, ob der Vertragsarbeitgeber mit der Überlassung einen eigenen arbeitstechnischen Zweck verfolge. Selbst bei einer dauerhaften Überlassung von Arbeitnehmern, bei der die Vermutung der Arbeitsvermittlung nach § 1 Abs. 2 AÜG bestehe, liege eine vergleichbare Interessenlage vor, weshalb auch hier die entsprechende Anwendung des § 14 AÜG hinsichtlich der betriebsverfassungsrechtlichen Zuordnung geboten sei.

Die aufgrund des Personalgestellungsvertrages überlassenen Mitarbeiter seien bei der im Betrieb der Antragstellerin durchgeführten Betriebsratswahl nicht wählbar gemäß § 8 BetrVG. Zwar seien nach dem Wortlaut des § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG alle Wahlberechtigten, die sechs Monate dem Betrieb angehörten auch wählbar. Dies beziehe jedoch nicht die Leiharbeiter mit ein, denen durch die Einfügung des § 7 Satz 2 BetrVG das aktive Wahlrecht eingeräumt werde. Die unverändert gebliebene Regelung des § 8 BetrVG beziehe sich hinsichtlich des Ausdruckes "Wahlberechtigten" auf die Regelung in § 7 Satz 1 BetrVG, wonach es sich bei diesen um alle Arbeitnehmer des Betriebes handele, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Insoweit knüpfe § 8 BetrVG an den Arbeitnehmerbegriff des § 5 Abs. 1 BetrVG an, der ebenfalls unverändert geblieben sei. Diese Schlussfolgerung ergebe sich auch aus den gesetzlichen Regelungen der §§ 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG, 2 Abs. 3 Satz 2 WO, die das passive Wahlrecht ausdrücklich ausschlossen, weshalb sich die Regelung in § 8 Abs. 1 Satz 1 gerade nicht auf die Neuregelung des § 7 Satz 2 BetrVG erstrecke.

Dagegen könnten die Sonderregelungen, die für die Beamten galten, die bei den Nachfolgerunternehmen der Deutschen Bundespost und der Deutschen Bundesbahn arbeiteten (§§ 12 Abs. 2 DBGrG, 24 Abs. 2 Satz 1 PostPersRG) auf die Fälle konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung nicht analog angewandt werden. Dies verbiete sich aufgrund des spezialgesetzlichen Charakters dieser Vorschriften, die den Beamten ausnahmsweise auch das passive Wahlrecht einräumten.

Berlin:

- **LAG Berlin, Az: 9 TaBV 541/03 vom 08.10.03;** vorgehend: ArbG Berlin, Az: 74 BV 16019/02 vom 13.09.2002; nachgehend: BAG 7 ABR 6/04 vom 13.10.04:

„ABM-Kräfte, die im Rahmen von Arbeitsverträgen für bestimmte Projekte eingestellt werden, sind für die Betriebsratswahl wahlberechtigt, wenn die arbeitstechnische Zwecksetzung des einstellenden Betriebes jedenfalls auch in der Ausführung der Projektarbeit zu sehen ist und die ABM-Beschäftigten somit diesem Zweck dienen.“

(zum Sachverhalt vgl. BAG 7 ABR 6/04 vom 13.10.04)

Das LAG führt aus, bei der Wahl sei nicht gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht im Sinne von § 19 Abs. 1 BetrVG verstoßen worden.

Der Wahlvorstand habe die Wahlberechtigung der Teilnehmer an den Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen zu Recht festgestellt.

Wahlberechtigt nach § 7 BetrVG seien nur diejenigen volljährigen Arbeitnehmer einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten im Sinne des § 5 Abs. 1 BetrVG, die in einem Arbeits- oder Ausbildungsverhältnis zum Betriebsinhaber ständen und innerhalb seiner Betriebsorganisation abhängige Arbeit erbrächten bzw. eine betriebliche praktische Unterweisung erhielten. Das Wahlrecht setze nicht nur das Bestehen eines Arbeits- oder Ausbildungsverhältnisses zu dem jeweiligen Betriebsinhaber voraus, sondern auch die tatsächliche Eingliederung des Arbeitnehmers in die jeweilige Betriebsorganisation. Für die Eingliederung sei entscheidend, ob der Arbeitgeber mit Hilfe des Arbeitnehmers den arbeitstechnischen Zeitplan des Betriebes verfolge, also der Arbeitnehmer zur Erfüllung der arbeitstechnischen Zwecksetzung des Betriebes tätig werde. Bei zur Ausbildung Beschäftigten müsse sich die Berufsausbildung im Rahmen des arbeitstechnischen Zweckes vollziehen. Daran fehle es, wenn der Arbeitnehmer nach der konkreten Ausgestaltung seiner Tätigkeit selbst Gegenstand des Betriebszwecks sei.

Daher seien Auszubildende in reinen (überbetrieblichen) Ausbildungsbetrieben nicht wahlberechtigt. Gleiches gelte für berufliche Rehabilitanden, die in überbetrieblichen Stätten eine berufsfördernde Ausbildung erhielten. Ferner galten auch Beschäftigte, die aufgrund einer vom Sozialhilfeträger geschaffenen Arbeitsgelegenheit nach § 19 BetrVG in befristeten Arbeitsverhältnissen beschäftigt werden, jedenfalls dann nicht als Arbeitnehmer, wenn sich ihre Beschäftigung in anderen Praktikumsbetrieben vollziehe.

Bei den ABM-Teilnehmern handele es sich, ungeachtet des Anteils der mit der jeweiligen Maßnahme verbundenen Qualifizierung, um Arbeitnehmer. Sie seien aufgrund von Arbeitsverträgen beschäftigt, erbrächten in erster Linie fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit und würden dafür vergütet. Soweit eine Qualifizierung erfolge, geschehe dies überwiegend im Rahmen der und durch die Beschäftigung. Dies mache die Arbeitsverhältnisse aber noch nicht zu Ausbildungsverhältnissen, bei denen Ar-

beitgeber und Arbeitnehmer einen auf die Ausbildung gerichteten Vertrag geschlossen hätten und die Ausbildung im Vordergrund stehe.

Der arbeitstechnische Zweck des Betriebes lasse sich nicht darauf reduzieren, Personen, die von Arbeitslosigkeit betroffen seien und deren erwerbswirtschaftliche Eingliederung unter den üblichen Bedingungen erschwert sei, den Übergang in den ersten Arbeitsmarkt zu erleichtern. Vielmehr sei er auch darauf gerichtet, Beschäftigungseinrichtungen zu schaffen und Projekte durchzuführen, um den Austauschcharakter der begründeten Arbeitsverhältnisse auch tatsächlich zu verwirklichen. Es handele sich dabei um Maßnahmen, die auf sinnvolle und gemeinnützige Arbeit gerichtet seien. Die vormals Arbeitslosen sollten durch die reale Verwertung ihrer Arbeitskraft ihre Vermittlungschancen auf dem Arbeitsmarkt erhöhen, wozu auch die Gewinnung von Berufserfahrungen und das Erlernen konkreter Fertigkeiten gehörten. Daher müssten zwangsläufig auch die Stammmitarbeiter berufsspezifisches Fachwissen aufweisen, um entsprechende Anleitungen erteilen zu können. Die Arbeitsbeschaffung habe eigenständige Bedeutung und sei nicht bloßes Therapiemittel. Daher ließen sich die Grundsätze für reine Ausbildungsbetriebe nicht auf den vorliegenden Fall übertragen.

Sei die arbeitstechnische Zwecksetzung des Betriebs jedenfalls auch in der Ausführung der Arbeit in den verschiedenen Projekten zu sehen, dienten die ABM-Beschäftigten diesem Zweck. Ihre Wahlberechtigung stehe daher nicht in Frage.

Regelungen wie das in § 270 SGB III normierte Sonderkündigungsrecht könnten weder den Betriebszweck noch den Charakter des Arbeitsverhältnisses in Frage stellen. Das Berufungsgericht habe auch nicht dem Gedankengang zu folgen vermocht, dass die Erledigung der Arbeiten durch die ABM-Teilnehmer ausschließlich zur Verbesserung der Vermittlungsfähigkeit geschehe.

Auch die Durchführung von Praktika stehe der Arbeitnehmereigenschaft der ABM-Beschäftigten nicht entgegen. Auch in "normalen" Arbeitsverhältnissen würden Beschäftigte gelegentlich in andere Betriebe geschickt oder nähmen an Weiterbildungsmaßnahmen teil, ohne dass damit ihre Wahlberechtigung in Frage gestellt werde.

Hessen:

- **Hessisches LAG, Az: 9 TaBV 51/03 vom 27.11.03;** vorgehend: ArbG Offenbach, Az: 2 BV 37/02 vom 20.02.03; nachgehend: BAG 7 ABR 20/04 vom 20.04.05:

„§ 14 Abs 1 AÜG findet auf illegale Arbeitnehmerüberlassung jedenfalls dann entsprechende Anwendung, wenn das faktische Leiharbeitsverhältnis trotz Unwirksamkeit nach § 9 Nr 1 AÜG fortgeführt wird. Die an in- und ausländische Konzerngesellschaften überlassenen Arbeitnehmer sind im überlassenen Betrieb wahlberechtigt im Sinne des § 7 S 1 BetrVG.“

Die Beteiligten streiten über die Rechtswirksamkeit einer Betriebsratswahl.

Die Arbeitgeberin ist Zweigniederlassung eines Unternehmens. Sie ist selbstständig, im Handelsregister eingetragen und wird durch einen alleinvertretungsberechtigten Prokuristen vertreten. Es wurde ein fünfköpfiger Betriebsrat gewählt.

Nach Auffassung des LAG ist die Betriebsratswahl wirksam.

Wahlberechtigt seien diejenigen Arbeitnehmer der Arbeitgeberin, die mit dieser einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hätten und in inländischen Betrieben anderer Unternehmen eingesetzt seien. Dass diese Arbeitnehmer in die Betriebe anderer Unternehmen eingegliedert seien, hindere ihre Wahlberechtigung nicht, da dies im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung geschehe. Hier finde § 14 Abs. 1 BetrVG Anwendung, weil es sich um gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung handele. Werde ein Arbeitnehmer von seinem Vertragsarbeitgeber einem anderen Betriebsinhaber zur Arbeitsleistung überlassen und in dessen Betrieb beschäftigt, bleibe er gemäß § 14 Abs. 1 AÜG betriebsverfassungsrechtlich dem Betrieb des Vertragsarbeitgebers zugeordnet. Dies gelte auch für die gesetzlich nicht geregelten Erscheinungsformen der nichtgewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung. Die Überlassung der Arbeitnehmer an die Konzernunternehmen entspreche dem Betriebszweck der Arbeitgeberin. Sie habe vor allem die Aufgabe einer ausgelagerten Personalabteilung und Serviceagentur.

Es handele sich hierbei um gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG, weil die Überlassung der Arbeitnehmer an die anderen Unternehmen des Konzerns gewerbsmäßig erfolge. Die Aus-

nahme des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG greife nicht, weil keine konzerninterne vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung vorliege. Sähe man die Gewerbsmäßigkeit nicht als gegeben an, fände § 14 Abs. 1 AÜG entsprechende Anwendung.

Da die Arbeitgeberin für die Arbeitnehmerüberlassung keine Erlaubnis im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG habe, geschehe diese illegal. Die Arbeitsverträge zwischen diesen Arbeitnehmern und der Arbeitgeberin seien nach § 9 Ziff. 1 AÜG unwirksam, weil die Arbeitgeberin nicht die nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderliche Erlaubnis habe. Es komme gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher zustande. Jedenfalls dann, wenn die gesetzliche Fiktion des § 10 Abs. 1 AÜG nicht beachtet und das faktische Leiharbeitsverhältnis weiter praktiziert werde, entstehe für die illegal verliehenen Arbeitnehmer eine doppelte Betriebszugehörigkeit, auf Grund derer sie sowohl im Verleiher- als auch im Entleiherbetrieb aktiv und passiv wahlberechtigt seien. § 14 Abs. 1 AÜG verwende lediglich die Terminologie: Leiharbeiter, Verleiher, Entleiher, und unterscheide nicht nach gewerbsmäßig und nicht gewerbsmäßig. Es bestehe insoweit eine doppelte Betriebszugehörigkeit. Soweit angenommen werde, § 14 Abs. 1 AÜG finde keine entsprechende Anwendung, weil nach § 10 Abs. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis allein zum Entleiher fingiert werde, werde übersehen, dass die Wertungsvoraussetzungen des § 14 Abs. 1 AÜG hier vorlägen. Die Arbeitgeberstellung sei zwischen Verleiher und Entleiher aufgespalten und zwischen Leiharbeiter und Entleiher entstehe kein vollständiges Arbeitsverhältnis. Wenn zudem das BAG die Anwendung dieser Vorschrift auf die gesetzlich nicht geregelten Erscheinungsformen der nicht-gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung ausdrücklich bejahe, müsse das erst recht für die gesetzlich geregelte sog. unechte Leiharbeit gelten, für die keine Erlaubnis vorliege. Anderenfalls ergäbe sich ein unüberbrückbarer Wertungswiderspruch dadurch, dass der gesetzeswidrig handelnde Arbeitgeber gegenüber dem legal handelnden privilegiert würde, indem, obwohl der Leiharbeitsvertrag trotz seiner Unwirksamkeit nach § 9 Ziff. 1 AÜG praktiziert werde, die verliehenen Arbeitnehmer bei ihm nicht wahlberechtigt seien.

Wahlberechtigt i.S.d. § 7 BetrVG seien auch die Arbeitnehmer, die teilweise für andere Niederlassungen in Deutschland eingesetzt würden, die keinen gemeinsamen Betrieb mit der Arbeitgeberin bildeten. Teilweise handele es sich um "International Auditors", die in keinen Betrieb eingegliedert seien und ihre fachlichen und dienstlichen Weisungen von der Muttergesellschaft aus dem Ausland erhielten. § 14 Abs. 1 AÜG finde auch hier entsprechende Anwendung. Hinsichtlich der im Inland bei anderen Gesellschaften eingesetzten Arbeitnehmern ergebe sich insoweit kein rechtlicher Unterschied. Die sich aus §§ 1, 9 Ziff. 1, 10 Abs. 1 und 14 Abs. 1 AÜG ergebenden Rechtslage sei dieselbe.

Soweit die Arbeitnehmer im Ausland eingesetzt würden, seien sie dort nicht in andere Betriebe eingegliedert, sondern sie würden als "International Auditors" betriebs- und unternehmensübergreifend tätig, wobei sie ihre Weisungen von der ausländischen Muttergesellschaft erhielten. Sie werden weltweit für audits eingesetzt. Dies sei eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung an die Muttergesellschaft, die diese Arbeitnehmer zu den audits in andere Unternehmen entsende. § 14 Abs. 1 AÜG betreffe den persönlichen Anwendungsbereich des BetrVG und stelle für Fälle, in denen der Vertragsarbeitgeber und der tatsächliche Arbeitgeber auseinanderfallen, klar, dass die betriebsverfassungsrechtliche Betriebszugehörigkeit bei dem Arbeitgeber liege, mit dem der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag geschlossen habe. Dies gelte auch dann, wenn der inländische Vertragsarbeitgeber seine Arbeitnehmer einem ausländischen Arbeitgeber überlasse. Auch hier bestehe ein berechtigtes Interesse daran, dass den Arbeitnehmern durch die grenzüberschreitende Verleihung der mit dem Betriebsverfassungsgesetz verbundene kollektive Schutz nicht genommen werde.

Mecklenburg-Vorpommern:

- **LAG Mecklenburg-Vorpommern, Az: 3 TaBV 8/03 vom 18.11.03;** vorgehend: ArbG Schwerin, Az: 66 BV 8/03 vom 09.05.03; nachgehend: BAG 7 ABR 12/04 vom 10.11.04:

„Ein ordentlich gekündigter Arbeitnehmer, der gegen die Kündigung Kündigungsschutzklage erhoben hat, behält seine Wählbarkeit zum Betriebsrat bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungs-schutzverfahrens.“

Die Beteiligten streiten um die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl.

Ein Verstoß gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren (§ 19 Abs. 1 BetrVG) liege nicht vor. Die zum Zeitpunkt der Wahldurchführung gekündigten Arbeitnehmer seien für die Wahl zum Betriebsrat wählbar gewesen (§ 8 BetrVG).

Nach § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG seien wählbar alle die dem Betrieb seit sechs Monaten angehörenden Wahlberechtigten. Wahlberechtigt seien nach § 7 BetrVG nur die betriebsangehörigen Arbeitnehmer. Die Betriebszugehörigkeit setze das Bestehen arbeitsvertraglicher Beziehungen und eine tatsächliche Eingliederung in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers voraus

Durch eine bis zum Zeitpunkt der Wahl wirksam gewordene Kündigung seien die arbeitsvertraglichen Beziehungen aber zunächst beendet worden, so dass der Arbeitnehmer nicht mehr wahlberechtigt seien. Damit seien gleichzeitig auch die gesetzlichen Voraussetzungen für seine Wählbarkeit entfallen, da § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG die Wahlberechtigung des Arbeitnehmers voraussetze.

Ein außerordentlich gekündigter Arbeitnehmer behalte aber dann seine Wählbarkeit, wenn er eine Kündigungsschutzklage gegen eine außerordentliche Kündigung nach § 13 KSchG erhoben habe. Durch die Klageerhebung bleibe bis zum rechtskräftigen Abschluß des Verfahrens die rechtswirksame Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung und damit auch die Frage der Wählbarkeit ungeklärt. Allein diese Ungewißheit berechtere den Wahlvorstand nicht dazu, einen gekündigten Arbeitnehmer von der Wahl auszuschließen, sondern der Gekündigte sei hinsichtlich seiner Wählbarkeit wie ein Betriebsangehöriger zu behandeln.

Die Frage der Wählbarkeit gekündigter Arbeitnehmer bedürfe im Gegensatz zur Frage der Wahlberechtigung dieses Personenkreises im Zeitpunkt der Durchführung der Betriebsratswahl keiner abschließenden Klärung. Stelle sich erst nach der Wahl die Unwirksamkeit der Kündigung heraus, so bleibe der Arbeitnehmer bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsverfahrens auch bei fehlender tatsächlicher Weiterbeschäftigung an der Amtsausübung gehindert. Er werde durch ein Ersatzmitglied vertreten. Bei negativem Ausgang des Kündigungsschutzverfahrens wären die Voraussetzungen der Wählbarkeit von vornherein nicht gegeben, weshalb die Wahl dieses Betriebsratsmitglieds unwirksam sei und das ihn vertretende Ersatzmitglied nachrücke.

Dies gelte auch beim Ausspruch einer ordentlichen Kündigung, da es der Arbeitgeber unabhängig von der Kündigungsart sonst in der Hand habe, durch den Ausspruch unberechtigter Kündigungen gegenüber unliebsamen Wahlbewerbern Einfluss auf die Zusammensetzung des Betriebsrats zu nehmen.

Bei der Frage der Wählbarkeit gekündigter Arbeitnehmer liege eine planwidrige Regelungslücke im BetrVG vor. Diese folge aus der Ungewissheit über den Ausgang des Kündigungsschutzprozesses der gekündigten Arbeitnehmer. Auf der Grundlage des Wortlautes der insoweit maßgeblichen Vorschriften der §§ 7, 8 BetrVG ließen sich Wahlfehler in keiner denkbaren Konstellation vermeiden.

So könnte das Entstehen von Wahlfehlern i.S.d. § 19 Abs. 1 BetrVG auch dann nicht vermieden werden, wenn ein gekündigter Arbeitnehmer später im Kündigungsschutzprozess obsiege oder die Fortsetzung seines bisherigen Arbeitsverhältnisses auf Grund einer vergleichweisen Regelung erreiche und weiterbeschäftigt werde. Auch in diesen Fällen sei das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht rechtlich beendet worden. Das Arbeitnehmer wäre auch wahlberechtigt gewesen, da die zeitweise Nichtbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses seine Eingliederung nicht dauerhaft beendet, sondern allenfalls vorübergehend unterbrochen hätte.

Dies sei auch sachgerecht, denn im Gegensatz zur Wahlberechtigung, für die am Wahltag feststehen müsse, ob der gekündigte Arbeitnehmer wahlberechtigt sei, sei es für die Frage der Wählbarkeit weniger bedeutsam, ob das Arbeitsverhältnis des gekündigten Arbeitnehmers durch die ausgesprochene Kündigung beendet worden sei. Bis deren Unwirksamkeit feststehe, werde er von einem Ersatzmitglied vertreten. Folge man der Gegenauffassung, nach denen die gekündigten Arbeitnehmer nicht wählbar seien, würde sich der Wahlfehler hingegen für die gesamte Dauer der regelmäßigen Amtszeit auswirken.

Diese Argumentation finde auch in den Fällen der ordentlichen Kündigung Anwendung. Es sei für die Frage der möglichen Einflussnahme des Arbeitgebers auf die zu wählenden Betriebsratsmitglieder ohne Bedeutung, ob diesen gegenüber eine außerordentliche oder ordentliche Kündigung ausgesprochen werde.

Nordrhein-Westfalen:

- **OLG Düsseldorf, Az: I-19 W 2/04 AktE, 19 W 2/04 AktE vom 12.05.04:**

„In den Schwellenwert des § 76, § 77, § 77a BetrVG 1952 sind Leiharbeiter nicht einzubeziehen, da sie nicht Betriebsangehörige des Entleiherbetriebs sind.

Die Einräumung des aktiven Wahlrechts für Leiharbeitnehmer durch § 7 Abs. 2 BetrVG in der ab dem 28. Juli 2001 geltenden Fassung und ihre tatsächliche Eingliederung in den Betrieb führt nicht zur Betriebsangehörigkeit, weil es bei Leiharbeitnehmern an der typischen mitbestimmungsrelevanten Betroffenheit ihrer Interessen durch unternehmerische Entscheidungen des Entleiherbetriebs fehlt.“

Die Parteien streiten um die Besetzung des Aufsichtsrates einer Holdinggesellschaft.

An der Holdinggesellschaft, sind ein Bundesverband sowie mehrere Landesverbände beteiligt. Einige der GmbHs bilden einen Unterordnungskonzern im Sinne des § 18 AktG. Bei zwei der GmbHs bestehen Betriebsräte, darüber hinaus besteht ein Konzernbetriebsrat. Es besteht Streit über den Ausschluss von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat der Holdinggesellschaft, insbesondere darüber, ob die Neufassung des § 7 Abs. 2 BetrVG eine Neuausrichtung des für § 77a BetrVG 1952 maßgeblichen Arbeitnehmerbegriffs beinhaltet.

Die Arbeitnehmer der Landesverbände seien bei der Bildung des Aufsichtsrates der Konzernholding nicht zu berücksichtigen, da die Zahl der Arbeitnehmer des Konzerns unterhalb des Schwellenwertes des § 77 BetrVG 1952 von 500 Arbeitnehmern liege.

Auch im Rahmen der §§ 77, 77 a BetrVG 1952 seien nur betriebsangehörige Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Hierzu gehörten Leiharbeitnehmer nicht, weil zwischen ihnen und dem Entleiher keine arbeitsvertraglichen Beziehungen beständen. Die nur tatsächliche, nicht jedoch auch rechtliche Eingliederung in die Betriebsorganisation des Entleiherbetriebes begründe keine Betriebszugehörigkeit. § 14 Abs. 1 AÜG stelle ausdrücklich klar, dass die Leiharbeitnehmer auch während ihres Aufenthaltes im Entleiherbetrieb betriebsverfassungsrechtliche Angehörige des Verleiherbetriebes blieben.

Die Einräumung des aktiven Wahlrechts für Leiharbeitnehmer in § 7 Abs. 2 BetrVG durch das BetrVG-ReformG führe nicht zu einer Eingliederung der Leiharbeitnehmer in den Betrieb des Entleihers. Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der Leiharbeitnehmer bleibe unberührt. Der Wortlaut des § 7 Abs. 2 BetrVG selbst unterscheide zwischen Arbeitnehmern des Betriebes und Arbeitnehmern eines anderen Arbeitgebers, die zur Arbeitsleistung überlassen würden. Diese Formulierung sei im Hinblick auf die Fassung des § 14 Abs. 1 AÜG konsequent.

Intention der Gesetzesänderung sei gewesen, die Leiharbeitnehmer durch die Zuerkennung des aktiven Wahlrechts aus der Randbelegschaft an die Stammbeflegschaft heranzuführen, ohne sie in rechtlich unzutreffender Weise als Arbeitnehmer des Entleiherbetriebes einzustufen. Die Einflussnahme von Leiharbeitnehmern auf die Zusammensetzung des Betriebsrates sei im Rahmen der betrieblichen Mitbestimmung sachgerecht, da die Mitbestimmungstatbestände der §§ 87 ff BetrVG teilweise auch die Gestaltung ihres unmittelbaren (zeitlich befristeten) Arbeitsumfeldes regelten. Das aktive Wahlrecht sei jedoch kein taugliches Kriterium für die Bestimmung der Betriebszugehörigkeit als Grundlage für die Mitbestimmung im Unternehmen. Solle die betriebliche Interessenvertretung zu einer sachgerechten Wahrnehmung der Beteiligungsrechte führen und zugleich Gewähr für eine effektive Vertretung leisten, so bedürfe es einer typischen gemeinsamen Interessenbetroffenheit. Nach der Konzeption des Betriebsverfassungsgesetzes entscheide nur die Interessenbetroffenheit darüber, ob es sich überhaupt um einen mitbestimmungsrelevanten Sachverhalt handele. Mitbestimmungsrechtlich relevante Situationen zeichneten sich entweder durch eine Einflussnahme auf den individuellen Arbeitsvertrag oder durch die Ausübung des arbeitsvertraglichen Weisungsrechts des Arbeitgebers aus. Die tatsächliche Eingliederung allein führe indessen nicht zu der typischen mitbestimmungsrelevanten Interessenbetroffenheit. Mangels rechtlicher Beziehung seien Leiharbeitnehmer anders als die Stammbeflegschaft durch mitbestimmungsrechtlich erhebliche Entscheidungen des Entleihers in ihren Interessen kaum betroffen. Die gemeinsame Basis mit der Stammbeflegschaft fehle insoweit. Leiharbeitnehmer nähmen die ihnen betriebsverfassungsrechtlich zugebilligten Rechte dort wahr, wo ihre ureigensten Interessen betroffen seien, nämlich im Verleiherbetrieb. § 14 Abs. 2 und Abs. 3 AÜG billigten ihnen dort Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte zu. Diese Vorschriften beständen auch nach Einführung des aktiven Wahlrechts nach § 7 Abs. 2 BetrVG unverändert fort.

Diese schon im Rahmen der betrieblichen Mitbestimmung eingeschränkte Interessenbetroffenheit der Leiharbeitnehmer verliere sich auf der Ebene der unternehmerischen Mitbestimmung völlig. Die Tätigkeit des Aufsichtsrates sei gerichtet auf die langfristige Unternehmenspolitik und die Kontrolle auch strategischer Entscheidungen der Geschäftsführung. Der Aufsichtsrat sei gehalten, bei unternehmerischen Entscheidungen und allen Geschäftsführungsmaßnahmen das mittel- bis langfristige Gesellschaftsinteresse zu wahren. Schon die Definition der Aufgaben des Aufsichtsrates zeige, dass mittel- bis langfristige unternehmerische Entscheidungen des Entleihers kaum von Interesse für die kurzfristig im Unternehmen

eingesetzten Leiharbeiter seien. Entscheidungen zu Schließungen, Standortverlagerungen, Lohnkürzungen betreffen gerade nicht die Sphäre des Leiharbeiters. Dieser Umstand rechtfertigt es, die Betriebszugehörigkeit entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer nicht als tatsächliche Einbindung in den Betrieb, sondern auf der Grundlage einer rechtlichen Beziehung zum Arbeitgeber zu definieren.

Mangels Interessenbetroffenheit der Leiharbeiter führe diese Sichtweise der Betriebszugehörigkeit auch nicht zu einer Umgehung der Mitbestimmungsrechte im Unternehmen. Die Mitwirkung der Arbeitnehmervertretungen bei Entscheidungen, die Auswirkungen auf die Rechtsverhältnisse der Arbeitnehmer zum Unternehmen haben, und dies seien allein solche unternehmerischen Entscheidungen, die die Stammbesellschaft tangierten, sei sichergestellt. Es bestehe kein Bedürfnis für eine weitergehende Mitwirkung auch im Hinblick auf solche Arbeitnehmer, die in keiner rechtlichen Beziehung zum Entleiherunternehmen ständen und daher von Entscheidungen dieses Unternehmens unmittelbar nicht berührt würden.

- **LAG Köln; Az: 3 TaBV 88/02 vom 03.09.03**; vorgehend: ArbG Köln, Az: 2 BV 115/02 vom 04.10.02:

„Bei der für die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke im Sinne des § 9 BetrVG sind nur betriebsangehörige Arbeitnehmer zu berücksichtigen, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen und die in dessen Betriebsorganisation eingegliedert sind.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl, insbesondere wegen der Berücksichtigung von Mitarbeitern eines Service-Partners der Arbeitgeberin im Rahmen der wahlberechtigten Arbeitnehmer i.S.v. § 7 BetrVG und bei der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder i.S.v. § 9 BetrVG.

Das LAG führt aus, die Betriebsratswahl sei nach § 19 Abs. 1 BetrVG unwirksam, da gegen wesentliche Vorschriften des Wahlverfahrens verstoßen worden sei.

Bei der Betriebsratswahl sei gegen § 9 Satz 1 BetrVG verstoßen worden. Der seinerzeitige Wahlvorstand sei bei der Betriebsratswahl davon ausgegangen, dass in der Niederlassung der Antragstellerin in Köln regelmäßig 59 Arbeitnehmer beschäftigt seien. Dabei habe er 24 Mitarbeiter eines sog. Service-Partners der Antragstellerin mitberücksichtigt. Diese Mitarbeiter eines von der Antragstellerin beauftragten Subunternehmers zählten nicht zu den Arbeitnehmern im Sinne des § 9 Satz 1 BetrVG, denn sie seien keine Arbeitnehmer der Antragstellerin. Nur Arbeitnehmer des Arbeitgebers, in dessen Betrieb die Betriebsratswahl durchgeführt werde, seien bei der Ermittlung der Betriebsratsgröße im Sinne von § 9 BetrVG zu berücksichtigen.

Die bei der Arbeitgeberin eingesetzten Leiharbeiter zählten nicht zu den Arbeitnehmern i.S.v. § 9 Satz 1 BetrVG. Insoweit folge das LAG der Rechtsprechung des BAG (vgl. BAG 7 ABR 53/02 vom 16.04.03). Die Argumentation des Bundesarbeitsgerichts sei auf den vorliegenden Fall übertragbar. Ebenso wie dort Leiharbeiter nicht als Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs im Sinne von § 9 BetrVG angesehen worden seien, seien auch im vorliegenden Fall die Mitarbeiter des Service-Partners nicht als Arbeitnehmer der Antragstellerin zu qualifizieren. Eine Berücksichtigung im Rahmen des § 9 BetrVG komme daher für sie ebenso wenig in Betracht wie für die Leiharbeiter in dem vom BAG entschiedenen Fall.

- **LAG Hamm, Az: 10 TaBV 4/03 vom 18.06.03**; vorgehend: ArbG Dortmund, Az: 1 BV 54/02 vom 04.10.02; nachgehend: BAG 7 ABR 38/03 vom 21.07.04:

„Krafffahrer, die bei Frachtführern eines Speditionsbetriebes angestellt sind, werden bei der Ermittlung der Zahl der im Speditionsbetrieb zu wählenden Betriebsratsmitglieder nach § 9 BetrVG nicht berücksichtigt.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl.

Der Arbeitgeber betreibt ein Transportunternehmen (Schnelllieferdienst) und unterhält auch eine Niederlassung, in der die Belegschaft einen neuen Betriebsrat wählte. In der Niederlassung waren zahlreiche Frachtführer tätig, die ihrerseits selbst Krafffahrer angestellt hatten. Ob die bei den Frachtführern angestellten Fahrer wahlberechtigt waren und bei der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder mitzuzählen sind, ist unter den Beteiligten streitig.

Das LAG führt aus, die Betriebsratswahl sei nach § 19 BetrVG anfechtbar und damit unwirksam.

Der Wahlvorstand sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass in der Niederlassung 45 Frauen und 173 Männer als Arbeitnehmer/innen beschäftigt seien und der Betriebsrat daher aus neun Mitgliedern zu bestehen habe. Die bei den Frachtführern angestellten Fahrer seien nämlich - unabhängig von ihrer Wahlberechtigung nach § 7 S. 2 BetrVG - und bei der Ermittlung der Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder gemäß § 9 BetrVG nicht zu berücksichtigen.

Nach § 7 Satz 1 BetrVG seien wahlberechtigt alle Arbeitnehmer des Betriebs, die das 18. Lebensjahr vollendet hätten. Nach § 9 Satz 1 BetrVG bestehe ein Betriebsrat in Betrieben mit 101 bis 200 Arbeitnehmern aus sieben Mitgliedern; erst bei mehr als 201 Arbeitnehmern sei ein neunköpfiger Betriebsrat zu wählen.

Die bei den Frachtführern angestellten Fahrer gehörten nach § 9 BetrVG nicht zur Belegschaft des antragstellenden Arbeitgebers. Dies gelte auch dann, wenn die bei den Frachtführern angestellten Fahrer als wahlberechtigt im Sinne des § 7 BetrVG angesehen würden.

Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes seien diejenigen Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Betriebs ständen und innerhalb der Betriebsorganisation des Arbeitgebers abhängige Arbeitsleistungen erbrächten. Zu den konstitutiven Merkmalen der Betriebszugehörigkeit nach den §§ 7, 9 BetrVG gehörten grundsätzlich einerseits ein Arbeitsverhältnis zu dem Inhaber, das regelmäßig durch einen Arbeitsvertrag zustande kommt, andererseits eine tatsächliche Eingliederung des Arbeitnehmers in die Organisation des Betriebes des Arbeitgebers.

Hier fehle es bereits an einem Arbeitsvertrag zwischen den vom Wahlvorstand berücksichtigten Fahrern der Frachtführer und dem Arbeitgeber. Für die Fahrer, die der Betriebsrat bei der Berechnung der Betriebsgröße mitberücksichtigt habe, bestehe lediglich ein Arbeitsverhältnis mit den vom Arbeitgeber beschäftigten Frachtführern. Daher seien die Fahrer nicht dem Betrieb des antragstellenden Arbeitgebers zugehörig und könnten demzufolge bei der Bemessung der Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder nicht berücksichtigt werden.

Auf die zwischen den Beteiligten streitige Frage, ob diese Fahrer in die Betriebsorganisation des antragstellenden Arbeitgebers eingegliedert sind, komme es nicht mehr an. Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass nach § 7 Satz 2 BetrVG n.F. Arbeitnehmer, die einem anderen Arbeitgeber zur Arbeitsleistung überlassen würden, wahlberechtigt seien, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt würden. Selbst wenn die bei den Frachtführern angestellten Fahrer dem Arbeitgeber zur Arbeitsleistung überlassen seien, wären sie bei der Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder nach §§ 9, 38 BetrVG als Leiharbeiter nicht mitzuberücksichtigen. Etwas anderes ergebe sich auch nicht durch die Einräumung des aktiven Wahlrechts für Leiharbeiter durch § 7 Satz 2 BetrVG n.F., weil der Arbeitnehmerbegriff des § 5 Abs. 1 BetrVG n.F. nicht geändert worden sei (BAG 10 TaBV 92/02 vom 15.11.02). Für die bei den Frachtführern angestellten Fahrer, die vom Wahlvorstand als wahlberechtigte Arbeitnehmer mitberücksichtigt worden seien, gelte nichts anderes.

- **LAG Hamm, Az: 10 (13) TaBV 30/02 vom 09.05.03**; vorgehend: ArbG Bielefeld, Az: 3 BV 38/01 vom 09.01.02:

„Gegenstand eines Verfahrens nach § 18 Abs 2 BetrVG ist es nicht allein, die Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Betriebsratswahl zu schaffen, sondern darüber hinaus gerichtlich klären zu lassen, welchem Betrieb bestimmte Arbeitnehmer zuzuordnen sind, welche Arbeitnehmer zu welcher betriebsratsfähigen Einheit gehören. Die Klärung dieser Rechtsfrage ist für zahlreiche weiteren betriebsverfassungsrechtlichen Fragen von Bedeutung.“

Die Beteiligten streiten darüber, ob die bislang dem Hauptbetrieb des Arbeitgebers zugeordneten Service-Mitarbeiter weiterhin zum diesem Betrieb gehören oder ob sie nach diversen Organisationsänderungen nunmehr der Niederlassung des Arbeitgebers zugeordnet werden müssen.

Das LAG ist der Ansicht, die im Außendienst beschäftigten Servicetechniker seien dem Hauptbetrieb zuzuordnen.

Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes seien diejenigen Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Betriebes ständen und innerhalb der Betriebsorganisation des Arbeitgebers abhängige Arbeitsleistungen erbrächten. Zu den konstitutiven Merkmalen der Betriebszugehörigkeit nach den §§ 7, 9 BetrVG gehörten grundsätzlich einerseits ein Arbeitsverhältnis zu dem Betriebsinhaber, das regelmäßig durch einen Arbeitsvertrag zustande kommen könne, andererseits eine tatsächliche

che Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebsorganisation. Dabei sei der Betriebsbegriff nicht räumlich definiert. Betriebszugehörig seien auch die einem Betrieb zugeordneten Arbeitnehmer, die ihre vertraglich geschuldete Arbeitsleistung außerhalb der Betriebsorganisation ihres Vertragsarbeitgebers verrichteten, z.B. sog. Außendienstmitarbeiter. Entscheidend für die Zuordnung von Außendienstmitarbeitern sei die Eingliederung in die betriebliche Arbeitsorganisation, die Anbindung an die betriebliche Organisation in funktionaler Hinsicht. Ob jemand innerhalb einer betrieblichen Arbeitsorganisation stehe und damit Arbeitnehmer dieses Betriebes sei, bestimme sich neben der räumlichen vor allem nach der funktionalen Komponente des zugewiesenen Arbeitsbereichs in Bezug auf den betrieblichen Gesamttätigkeitsbereich. Die Frage nach der funktionalen Zugehörigkeit des Arbeitsbereichs sei wesentlich mit der Verwirklichung des Betriebszwecks verknüpft. Infolge des auch funktional zu verstehenden betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffs müsse die Einordnung in den Betrieb nicht stets in tatsächlicher örtlicher Hinsicht erfolgen

Demzufolge seien die im Außendienst tätigen Servicetechniker dem Hauptbetrieb zuzuordnen.

Es sei nicht entscheidend, dass sämtliche im Außendienst beschäftigten Servicemitarbeiter im Wesentlichen vom Callcenter der Niederlassung aus eingesetzt würden und der disziplinarische Vorgesetzte aller Außendiensttechniker seine Tätigkeit von dort aus ausübe. Infolge des auch funktional zu verstehenden betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffs komme es maßgeblich darauf an, ob und von wo aus der Arbeitgeber mit Hilfe bestimmter Arbeitnehmer den arbeitstechnischen Zweck seines Betriebes verfolge.

Unter Berücksichtigung des Betriebszweckes des Arbeitgebers sei zu berücksichtigen, dass der Leitungsapparat für den gesamten Außendienstbereich und damit für alle Servicetechniker im Hauptbetrieb angesiedelt sei. Zwar erfolge der Einsatz der Servicetechniker von der Niederlassung aus. Das Direktionsrecht über die im Außendienst tätigen Servicetechniker werde aber im Wesentlichen vom Hauptbetrieb aus ausgeübt. Dass der direkte Fachvorgesetzte der Außendiensttechniker der Serviceleiter der Niederlassung sei, sei allein für die Zuordnung der Außendiensttechniker nicht maßgebend. Die Wahrnehmung der Fachaufsicht sei nicht gleichbedeutend mit der Leitung eines Betriebes oder eines Betriebsteiles im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes. Auch die Zuordnung von Außendienstmitarbeitern müsse am Betriebsbegriff ansetzen. Maßgebliches Zuordnungskriterium sei die Entscheidungsunterworfenheit zu einer Leitungseinheit, bei der die wesentlichen der Mitbestimmung unterliegenden Entscheidungen in sozialen und personellen Angelegenheiten für den oder die betreffenden Arbeitnehmer gefällt würden. Der für die Außendiensttechniker maßgebliche Leitungsapparat, insbesondere für personelle und soziale Fragen, die der Beteiligung des Betriebsrates unterlägen, sei jedoch im Hauptbetrieb eingerichtet. Bei einer dezentralisierten Betriebsorganisation komme es für die Zuordnung von Außendienstmitarbeitern nicht wesentlich darauf an, von wo aus die Fachaufsicht ausgeübt werde. Entscheidend sei, wo sich der organisatorische Leitungsapparat insbesondere für personelle und soziale Fragen befinde. Dies sei für den Bereich der Außendiensttechniker der Hauptbetrieb.

- **LAG Hamm, Az: 10 TaBV 124/02 vom 04.04.03**; vorgehend: ArbG Münster, Az: 4 BV 18/02 vom 16.08.02; nachgehend: BAG 7 ABR 36/03 vom 10.03.04:

„Außendienstmitarbeiter sind nach den §§ 5, 7, 8 BetrVG dem Betrieb des Arbeitgebers zugehörig, von dem aus die Leitung des Außendienstes, insbesondere in personellen und sozialen Fragen, und das Direktionsrecht des Arbeitgebers über die Außendienstmitarbeiter wahrgenommen wird. Bei dezentralisierter Betriebsorganisation ist für die Zuordnung von Außendienstmitarbeitern nicht allein der Betrieb entscheidend, von dem aus die Fachaufsicht ausgeübt wird.“

(zum Sachverhalt vgl. BAG 7 ABR 36/03 vom 10.03.04)

Das LAG erachtet die Betriebsratswahl nach § 19 Abs.1 BetrVG für unwirksam. Die im Außendienst tätigen Verbandsprüfer seien dem Hauptbetrieb des Arbeitgebers zuzuordnen.

Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes sind diejenigen Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Betriebes stehen und innerhalb der Betriebsorganisation des Arbeitgebers abhängige Arbeitsleistungen erbringen. Betriebszugehörig seien auch die einem Betrieb zugeordneten Arbeitnehmer, die ihre vertraglich geschuldete Arbeitsleistung außerhalb der Betriebsorganisation ihres Vertragsarbeitgebers verrichteten. Das betreffe vor allem sogenannte Außendienstmitarbeiter. Für die Zuordnung von Außendienstmitarbeitern komm es danach nicht allein und wesentlich auf den räumlich-gegenständlichen Aspekt an, entscheidend sei vielmehr die Eingliederung in die betriebliche Arbeitsorganisation, die Anbindung an die betriebliche Organisation in funktionaler Hinsicht. Ob jemand innerhalb ei-

ner betrieblichen Arbeitsorganisation stehe und damit Arbeitnehmer dieses Betriebes sei, bestimme sich neben der räumlichen vor allem nach der funktionalen Komponente des zugewiesenen Arbeitsbereichs in Bezug auf den betrieblichen Gesamttätigkeitsbereich. Die Frage nach der funktionalen Zugehörigkeit des Arbeitsbereichs sei wesentlich mit der Verwirklichung des Betriebszwecks verknüpft. Infolge des auch funktional zu verstehenden betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffs müsse die Einordnung in den Betrieb nicht stets in tatsächlicher örtlicher Hinsicht erfolgen.

Daher seien die im Außendienst tätigen Verbandsprüfer dem Hauptbetrieb des Arbeitgebers zuzuordnen. Dass die Verbandsprüfer im Wesentlichen im Bereich der Niederlassung eingesetzt würden, sei insoweit nicht entscheidend. Infolge des auch funktional zu verstehenden betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffs komme es maßgeblich darauf an, ob und von wo aus der Arbeitgeber mit Hilfe bestimmter Arbeitnehmer den arbeitstechnischen Zweck seines Betriebs verfolge.

Bei Berücksichtigung des Betriebszweckes des Arbeitgebers könne nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Leitungsapparat für den gesamten Außendienstbereich und damit für alle Verbandsprüfer letztlich in der Niederlassung angesiedelt sei. Der Einsatz und die Koordination der im Außendienst tätigen Verbandsprüfer erfolge vom Hauptbetrieb aus. Das Direktionsrecht werde ebenfalls von dort aus ausgeübt. Dass die im Außendienst tätigen Verbandsprüfer einer Fachaufsicht unterliegen, die von der Geschäftsstelle aus wahrgenommen wird, sei für die Zuordnung der Außendienstmitarbeiter nicht entscheidend. Die Wahrnehmung der Fachaufsicht sei nicht gleichbedeutend mit der Leitung eines Betriebes oder eines Betriebsteiles im Sinne des BetrVG. Der für die Verbandsprüfer maßgebliche Leitungsapparat, insbesondere für personelle und soziale Fragen, die der Beteiligung des Betriebsrates unterliegen, sei am Hauptbetrieb eingerichtet. Bei einer dezentralisierten Betriebsorganisation komme es für die Zuordnung von Außendienstmitarbeitern nicht wesentlich darauf an, von wo aus die Fachaufsicht über die Außendienstmitarbeiter ausgeübt werde, sondern darauf, wo sich der organisatorische Leitungsapparat insbesondere in personellen und sozialen Fragen befinde. Dies sei für den gesamten Außendienstbereich die Prüfungsdirektion im Hauptbetrieb.

- **LAG Köln, Az: 6 TaBV 79/02 vom 20.02.03**; vorgehend: ArbG Köln, Az: 12 BV 46/02 vom 28.08.02; nachgehend: BAG 7 ABR 19/03 vom 14.11.03:

„Leiharbeitnehmer wählen zwar nach Maßgabe des § 7 Satz 2 BetrVG mit, zählen aber nicht zu den Arbeitnehmern im Sinne des § 9 BetrVG für die Bestimmung der Größe des Betriebsrats.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl und darüber, ob die Leiharbeitnehmer bei der Ermittlung der Betriebsgröße zur Festlegung der Zahl der Betriebsratsmitglieder gemäß § 9 BetrVG zu berücksichtigen sind.

Die Arbeitgeberin beschäftigt in ihrem Betrieb neben einer Stammebelegschaft regelmäßig Leiharbeitnehmer nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Es fand eine Betriebsratswahl statt, bei der im Wahlausschreiben eine Mitberücksichtigung der Leiharbeitnehmer erfolgte.

Das LAG erachtet die Betriebsratswahl für unwirksam.

Es sei gegen § 9 Satz 1 BetrVG verstoßen worden. Nach § 9 BetrVG sei in Abhängigkeit von der Anzahl der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer die zukünftige Größe des Betriebsrats festzulegen, wobei nicht entscheidend auf den Wahltag selbst, sondern vielmehr auf eine Einschätzung der zu erwartenden Regelbeschäftigtenzahl unter Zugrundelegung einer Rückschau und einer Prognose ankomme.

Leiharbeitnehmer seien keine Arbeitnehmer im Sinne von § 9 BetrVG. Bei der Bemessung der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder gemäß § 9 BetrVG seien nur Arbeitnehmer im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne zu berücksichtigen. Als solche gälten grundsätzlich nur betriebszugehörige Arbeitnehmer. Betriebszugehörige seien die Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Betriebes ständen und innerhalb der Betriebsorganisation des Arbeitgebers abhängige Arbeitsleistungen erbrächten. Zu den konstitutiven Merkmalen der Betriebszugehörigkeit gehörten somit grundsätzlich einerseits ein Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber, andererseits eine tatsächliche Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebsorganisation. Leiharbeitnehmer seien keine zum Entleiherbetrieb als betriebszugehörig geltenden Arbeitnehmer. Werde ein Arbeitnehmer von seinem Vertragsarbeitgeber einem anderen Betriebsinhaber zur Arbeitsleistung überlassen und von diesem in dessen Betriebsorganisation tatsächlich eingegliedert, so begründe dies grundsätzlich keine betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit zum Betrieb des fremden Betriebsinhabers. Das folge aus § 14 Absatz 1 AÜG, wonach Leiharbeitnehmer

auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebes des Verleihers blieben. Dies werde durch die Formulierung in § 7 Satz 2 BetrVG bestätigt, wo die Leiharbeiter explizit als Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers bezeichnet würden. Der Gesetzgeber messe damit im Falle der bei einem Leiharbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher als Vertragsarbeitgeber und dem Entleiher als tatsächlichem Arbeitgeber eintretenden Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion unter betriebsverfassungsrechtlichen Aspekten der auf vertraglicher Grundlage beruhenden Rechtsbeziehung zum Verleiher ein größeres Gewicht bei als der tatsächlichen Eingliederung in den Betrieb des Entleihers. Der tatsächlichen Eingliederung trage der Gesetzgeber insofern Rechnung, als durch § 14 Absatz 2 Satz 3 und Absatz 3 AÜG dem Leiharbeiter im Entleiherbetrieb einzelne betriebsverfassungsrechtliche Rechte zugebilligt würden. Eine vollständige Betriebszugehörigkeit des Leiharbeitnehmers zum Entleiherbetrieb werde dadurch jedoch nicht begründet. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der Neufassung des BetrVG.

Die allgemeine Berücksichtigung von (wahlberechtigten) Leiharbeitnehmern im Rahmen von § 9 BetrVG sei nicht mit dem Gesetz vereinbar. Bereits der Wortlaut des § 9 BetrVG spreche gegen eine solche Auslegung. In dieser Vorschrift werde nämlich zentral auf den Begriff "Arbeitnehmer" abgestellt. Mangels einer eigenen Definition und auch mangels gegenteiliger Anhaltspunkte sei zur Bestimmung dieses Tatbestandsmerkmals auf die Vorgaben in § 5 BetrVG zurückzugreifen. § 5 setze den Arbeitnehmerbegriff nach allgemeinem Verständnis voraus. Hiernach seien Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes nur die betriebszugehörigen Arbeitnehmer, wobei es zentral auf das Bestehen eines Arbeitsvertrages zwischen Arbeitnehmer und Betriebsinhaber ankomme. Dieses Merkmal erfüllten die Leiharbeiter gerade nicht. Dagegen könne nicht argumentiert werden, man dürfe den Arbeitnehmerbegriff des § 9 BetrVG nicht auf den des § 5 BetrVG reduzieren. Zum einen sei die Fiktion aus § 7 Satz 2 BetrVG nicht in § 9 BetrVG aufgegriffen worden und stehe daher einem Rückgriff auf § 5 BetrVG nicht im Wege. Zum anderen gebiete auch der Hinweis, dass das Betriebsverfassungsgesetz in seiner Wortwahl nicht immer hinreichend zwischen "wahlberechtigten Arbeitnehmern" und "Wahlberechtigten" differenziere - wie ein Blick auf § 14 Absatz 4 BetrVG belege - und somit in § 9 Satz 1 BetrVG mit "wahlberechtigten Arbeitnehmern" alle Wahlberechtigten gemeint sein könnten, keine andere Einschätzung. Insofern betreffe der Verweis eine Vorschrift, die dem einzelnen Wahlberechtigten gerade eine bestimmte Rechtsposition im Rahmen des Wahlverfahrens, nämlich das Wahlvorschlagsrecht, zubilligt. Ob solche Vorschriften nicht mit Blick auf § 7 Satz 2 BetrVG gesetzeskonform so auszulegen seien, dass von ihnen jedenfalls auch die wahlberechtigten Leiharbeiter erfasst würden, mag dahinstehen. Der hier in Rede stehende § 9 BetrVG gewähre jedenfalls keine Rechtsposition für das Wahlverfahren und lasse daher eine solche Auslegung nicht zu.

Dieses Ergebnis werde gestützt durch den Sachzusammenhang und die Systematik, in denen sich § 9 BetrVG befinde. § 9 BetrVG knüpfe an die allgemeine Bestimmung des Begriffs "Arbeitnehmer" im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne an, wobei ein Rückgriff auf bzw. eine Korrektur des Begriffes durch § 7 Satz 2 BetrVG nach den vorangegangenen Ausführungen nicht indiziert sei. Hätte der Gesetzgeber beabsichtigt, die zur Arbeitsleistung überlassenen Mitarbeiter betriebsverfassungsrechtlich als Arbeitnehmer zu charakterisieren, wäre es erforderlich gewesen, eine entsprechende Festschreibung in § 5 Absatz 1 BetrVG vorzunehmen. Wenn er sich stattdessen dafür entschieden habe, Leiharbeiter (nur) als "wahlberechtigt" im Sinne des § 7 BetrVG zu bezeichnen, so könne dies lediglich dahingehend verstanden werden, dass ihnen eine "volle" Arbeitnehmereigenschaft gerade nicht zugebilligt werden sollte. Das gelte umso mehr, als dem Gesetzgeber die oben dargestellte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu den Leiharbeitnehmern und ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Stellung bekannt gewesen sei. Wenn er die Leiharbeiter gleichwohl nur in § 7 Satz 2 BetrVG erwähnt habe, belege dies, dass eine vollständige Gleichstellung und eine Berücksichtigung im Rahmen des § 9 BetrVG nicht beabsichtigt gewesen sei. Darüber hinaus wäre es auch kaum verständlich, die Leiharbeiter in § 7 Satz 2 BetrVG zu erwähnen, wenn sie gleichzeitig die Arbeitnehmereigenschaft gemäß § 5 Absatz 1 BetrVG erwerben sollten. Die Spezialregelung in § 7 Satz 2 BetrVG verdeutliche den Ausnahmecharakter dieser Vorschrift.

Dem steht auch nicht die historische Entwicklung des Betriebsverfassungsgesetzes entgegen. Eine konkrete Berücksichtigung und Benennung der Leiharbeiter bei der Neugestaltung der §§ 5, 9 und 38 BetrVG sei ersichtlich unterblieben. Eine solche würde auch zumindest partiell im Gegensatz zum expliziten Willen des Gesetzgebers stehen, in kleineren und mittleren Betrieben zu einem vereinfachten Wahlverfahren zu kommen: der Anwendungsbereich des neu eingefügten § 14 a BetrVG würde infolge dieser Auffassung nicht unerheblich eingeschränkt.

Zudem seien die genannten Normen selbst im Rahmen der Novellierung geändert worden. In §§ 9 und 38 BetrVG seien die Schwellenwerte herabgesetzt worden. Eine Änderung des Arbeitnehmerbegriffs hingegen sei unterblieben. § 5 BetrVG sei ebenfalls geändert worden, indem nunmehr ausdrücklich auch Außendienstmitarbeiter und Beschäftigte in Tele- und Heimarbeit als Arbeitnehmer im Sinne der Betriebsverfassung erfasst seien. Eine entsprechende Erwähnung der Leiharbeiter hingegen unter-

blieb, das lasse nur den Gegenschluss zu, dass Leiharbeiter vom Gesetzgeber gerade nicht als Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs im Sinne der Betriebsverfassung angesehen würden.

Auch Sinn und Zweck der Änderungen in §§ 5, 7 und 9 BetrVG vermögen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür bieten, dass Leiharbeiter im Rahmen des § 9 BetrVG mitzuzählen seien. Zwar werde mit der Einfügung des § 7 Satz 2 BetrVG die Absicht verfolgt, aktuelle Erscheinungen des Arbeitslebens gesetzgeberisch so zu begleiten, dass sie nicht zu einer Erosion der Stammebelegschaft führten. Dem entspreche es, wenn Leiharbeiter im Entleiherbetrieb eine stärkere Anbindung erführen und dabei unter anderem das Recht erhielten, den Betriebsrat mitzuwählen, der jedenfalls zeitweise und in Teilbereichen für sie zuständig sei und ihre Rechte vertrete. Keinesfalls könne daraus aber der zwingende Rückschluss gezogen werden, dass diese dann auch bei der Ermittlung der Beschäftigtenzahl nach § 9 BetrVG mitzuzählen seien. Es handele sich lediglich um eine das aktive Wahlrecht betreffende Sonderregelung. Daher sei auch klargestellt worden, dass die Leiharbeiter durch die Zuerkennung des aktiven Wahlrechts lediglich betriebsverfassungsrechtlich aus der Randbelegschaft an die Stammebelegschaft herangeführt werden sollten, ohne sie in rechtlich unzutreffender Weise als Arbeitnehmer des Entleiherbetriebes einzustufen. Demgegenüber besäßen befristete Beschäftigte eine, wenn auch befristete, individualvertragliche Bindung zum Betriebsinhaber und hätten daher vollen Zählwert. Zudem würden diese bei der Ermittlung der Regelbeschäftigtenzahlen auch herausgerechnet, wenn ihr Beschäftigungsverhältnis in absehbarer Zeit ende und nicht fortgeführt werde.

Das Argument, die Absenkung der Schwellenwerte stelle eine Reaktion auf die wachsende Aufgabenlast für die Betriebsräte dar und dieser Gedanke müsse auch beim Einsatz von Leiharbeitern greifen müsse, verfange nicht. Dagegen spreche, dass sich der Umfang der Aufgaben des Betriebsrats für die Leiharbeiter durch die Bestimmungen des BetrVG-ReformG gar nicht geändert habe. Auch sei zu berücksichtigen, dass unter Beibehaltung der gegebenen Tatbestandsmerkmale in § 9 BetrVG die Schwellenwerte bereits verringert wurden. Nunmehr über der Einbeziehung der Leiharbeiter in den Arbeitnehmerbegriff des § 9 BetrVG die Beschäftigtenzahlen in den Betrieben zusätzlich rechnerisch zu erhöhen, sei gesetzgeberisch nicht gewollt. Auch hänge der beabsichtigte verstärkte betriebsverfassungsrechtliche Schutz der Leiharbeiter nicht von der Größe des Betriebsrats im Entleiherbetrieb ab.

Auch aus einer größeren Zahl der Wahlberechtigten durch die Einbeziehung der Leiharbeiter ergebe sich kein zwingendes Argument für eine Berücksichtigung derselben bei den Stufengrößen in § 9 BetrVG. Es könne z.B. ein schon drei Monate im Betrieb beschäftigter Leiharbeiter nach § 7 Satz 2 BetrVG auch dann mitwählen, wenn er in der nächsten Zeit den Entleiherbetrieb wieder verlasse und nicht mehr bei der prognostisch zu ermittelnden Regelbeschäftigtenzahl einzurechnen wäre.

Dieses Ergebnis werde auch durch die Änderung von § 14 AÜG bestätigt. Diese beschränke sich auf eine bloße Anpassung der Formulierung an die nunmehr den Leiharbeitern mit § 7 Satz 2 BetrVG zugewilligte Möglichkeit, im Entleiherbetrieb wählen zu können. Insofern seien sie weiterhin arbeitsvertrags-, tarifvertrags- und betriebsverfassungsrechtlich als Arbeitnehmer des Verleiherbetriebs zu qualifizieren. Hätte der Gesetzgeber eine Berücksichtigung der Leiharbeiter im Entleiherbetrieb gewollt, hätte er unter ähnlichen Bedingungen wie in § 7 Satz 2 BetrVG den Leiharbeitern ihren Zählwert im Verleiherbetrieb aberkennen müssen. Ansonsten würden diese nämlich sowohl im Verleiher- als auch im Entleiherbetrieb gezählt, obwohl der Arbeitsaufwand nur für einen Arbeitnehmer insgesamt anfalle.

Über den Einsatz von Leiharbeitern könne die Geltung des BetrVG auch nicht in weiten Teilen ausgehöhlt werden. Zwar könne ein verstärkter Einsatz von Leiharbeitern eine Verkleinerung des Betriebsrats zur Folge haben oder im Extremfall sogar die Geltung des Betriebsverfassungsgesetzes selbst verhindern. Doch könne eine potentielle Missbrauchsmöglichkeit die Auslegung nicht beeinflussen.

Auch regelmäßig mit Leiharbeitern besetzte Stellen seien nicht mitzurechnen. § 9 BetrVG stelle eindeutig auf die Zahl der "Arbeitnehmer" ab. Arbeitnehmer und Stellen seien nicht ohne weiteres gleichzusetzen. Das Betriebsverfassungsgesetz differenziere im Kündigungsschutzgesetz (§ 23 Absatz 1 Satz 3 KSchG) nicht zwischen Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten und stelle sie daher als jeweils einzelne Arbeitnehmer in die Berechnung der Betriebsgröße ein. Die Zahl der (ganzen) Stellen hingegen wäre hierzu verschieden, nämlich geringer. Eine gesetzliche Ausnahme für Leiharbeiter sei nicht ersichtlich.

- **LAG Düsseldorf, Az: 11 TaBV 60/02 vom 23.01.03**; vorgehend: ArbG Wuppertal; Az: 2 BV 23/02 vom 04.07.02; nachgehend: BAG 7 ABR 16/03 vom 19.11.03:

„Leiharbeiter sind nicht im Rahmen des § 9 BetrVG bei der zu bestimmenden Betriebsratsgröße zu berücksichtigen (wie LArbG Düsseldorf 21.11.2002 - 15 TaBV 50/02).“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl.

Das LAG ist der Auffassung, die Betriebsratswahl sei unwirksam, da gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlverfahren verstoßen worden sei. Es sei unzulässigerweise ein Betriebsrat mit drei statt einem Mitglied gewählt worden.

Der Arbeitgeber habe in der Regel nicht mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer i. S. des § 9 BetrVG beschäftigt. Bei der Bemessung der Betriebsratsgröße nach § 9 BetrVG seien nur betriebszugehörige Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Betriebszugehörig seien nur solche Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber ständen und innerhalb der Betriebsorganisation des Arbeitgebers abhängige Arbeitsleistungen erbrächten.

Drei vom Wahlvorstand berücksichtigte Ärzte hätten nur dann bei der Bemessung der Betriebsratsgröße im Rahmen des § 9 BetrVG mitgerechnet werden dürfen, wenn sie wahlberechtigt i. S. von § 7 Satz 2 BetrVG gewesen wären und diese durch Art. 1 Nr. 7 des BetrVG-ReformG eingeführte Regelung auf die Ermittlung der Beschäftigtenzahl in § 9 BetrVG Auswirkung hätte.

In § 9 BetrVG werde bezüglich der ersten drei Schwellenwerte ausdrücklich auf wahlberechtigte Arbeitnehmer abgestellt. Nach § 7 Satz 2 BetrVG seien Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers, die zur Arbeitsleistung überlassen und länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden, wahlberechtigt. Nicht jeder drittbezogene Personaleinsatz erfülle auch gleichzeitig das Merkmal der Arbeitnehmerüberlassung i. S. des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Von ihr könne nur die Rede sein, wenn sich die Tätigkeit des Vertragsarbeitgebers (Verleiher) darauf beschränke, den Arbeitnehmer einem Dritten (Entleiher) zur Förderung von dessen Betriebszwecken zu überlassen. Arbeitnehmerüberlassung liege deshalb nicht vor, wenn sich der Vertragsarbeitgeber zur Erfüllung eines mit dem Dritten eingegangenen Dienst- oder Werkvertrags eigener Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen bediene.

Hier seien die in der Wählerliste aufgeführten drei Ärzte als Arbeitnehmer der Klinikum GmbH im Rahmen der von dieser gegenüber dem Arbeitgeber obliegenden Dienstleistungen beim Arbeitgeber eingesetzt worden. Soweit ihnen ein weiterer, ebenfalls bei der Klinikum GmbH angestellter Arzt Weisungen erteile, geschehe dies aufgrund der ihm von seiner Arbeitgeberin eingeräumten Vorgesetztenstellung.

Die Neuregelung in § 7 Satz 2 BetrVG wirke sich nicht auf die Ermittlung der Beschäftigtenzahl in § 9 BetrVG aus. In § 7 BetrVG sei allein die Wahlberechtigung geregelt. In § 7 Satz 1 BetrVG sei geregelt, dass grundsätzlich nur Arbeitnehmer des Betriebs wahlberechtigt sein könnten. § 7 Satz 2 BetrVG bilde insoweit eine Ausnahme. Anderenfalls wäre die Regelung in § 7 Satz 2 BetrVG gar nicht notwendig gewesen. Wer als Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes anzusehen sei, ergebe sich allein aus § 5 BetrVG, an dessen Definition des Arbeitnehmerbegriffs § 9 BetrVG anknüpfe. Leiharbeiter seien nicht in den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff des § 5 BetrVG einbezogen worden. Der allgemeine Arbeitnehmerbegriff habe nicht neu definiert werden sollen. Auch Sinn und Zweck der Gesetzesänderung in § 7 Satz 2 BetrVG liessen sich nicht dafür heranziehen, dass bei der Bemessung der Betriebsgröße in § 9 BetrVG wahlberechtigte Leiharbeiter zu berücksichtigen seien. Durch § 7 Satz 2 BetrVG sollten die Leiharbeiter an die Stammbesellschaft herangeführt werden. Daraus könne nicht gefolgert werden, dass Leiharbeiter auch im Rahmen des § 9 BetrVG mitzuzählen seien.

- **LAG Hamm, Az: 13 TaBV 90/02 vom 14.01.03**; vorgehend: ArbG Detmold, Az: 2 BV 19/02 vom 04.06.02; nachgehend: BAG 7 ABR 11/03 vom 22.10.03:

„Leiharbeiter werden weder bei der Ermittlung der Zahl der Betriebsratsmitglieder (§ 9 BetrVG) noch bei der Ermittlung der mindestens freizustellenden Betriebsratsmitglieder (§ 38 BetrVG) berücksichtigt.“

Das LAG erachtet die Betriebsratswahl für unwirksam, da der Wahlvorstand davon ausgegangen sei, dass zusätzliche Betriebsratsmitglieder zu wählen seien, weil er die Leiharbeiter im Rahmen des § 9 BetrVG mitgezählt habe.

Die im Betrieb eingesetzten Leiharbeiter gehörten nicht zu den bei der Ermittlung der Zahl der Betriebsratsmitglieder zu berücksichtigenden Arbeitnehmer (vgl. Argumentation BAG 7 ABR 53/02 vom 16.04.2003)

Auch bei der Ermittlung der Arbeitnehmerzahlen des § 38 Abs. 1 BetrVG seien Leiharbeiter nicht mitzuzählen.

- **LAG Düsseldorf, Az: 15 TaBV 50/02 vom 21.11.02;** vorgehend: ArbG Solingen, 5 BV 22/02 vom 18.06.02; nachgehend: BAG 7 ABR 2/03 vom 17.01.03:

„Bei der Ermittlung der Beschäftigtenzahl iSd § 9 BetrVG zählen Leiharbeiter im Entleiherbetrieb nicht mit, unabhängig davon, ob der Betrieb weniger oder mehr als 100 Arbeitnehmer aufweist.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer im Betrieb der Arbeitgeberin durchgeführten Betriebsratswahl, bei der in den neuen Betriebsrat neun Mitglieder gewählt wurden, insbesondere darüber, ob die Leiharbeiter bei der Bestimmung der Betriebsgröße mitzählen.

Die Arbeitgeberin betreibt ein Unternehmen des Groß- und Außenhandels, in dem neben der Stammbesetzung regelmäßig Aushilfskräfte beschäftigt werden. Die Anzahl der im Betrieb Beschäftigten lag ohne Berücksichtigung der Leiharbeiter unter 200 Arbeitnehmern.

Nach Auffassung des LAG ist die Betriebsratswahl wegen Verstoßes gegen § 9 BetrVG unwirksam.

Leiharbeiter seien im Rahmen der Ermittlung der Zahl der Betriebsratsmitglieder nach § 9 BetrVG nicht zu berücksichtigen, unabhängig davon, um welchen der dort genannten Schwellenwerte es gehe.

Bei der nach § 9 BetrVG maßgeblichen Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder seien nur betriebsangehörige Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Daran habe sich durch § 7 S. 2 BetrVG n.F. nichts geändert. § 9 BetrVG müsse (umständlicher gefasst) wie folgt lauten: "Der Betriebsrat besteht in Betrieben mit in der Regel 5 bis 20 betriebsangehörigen wahlberechtigten Arbeitnehmern, aus einer Person, 21 bis 50 betriebsangehörigen wahlberechtigten Arbeitnehmern, aus drei Mitgliedern...", wobei in größeren Betrieben ab 51 betriebsangehörigen Arbeitnehmern lediglich der Zusatz "wahlberechtigt" entfielen.

Dass das Merkmal der Wahlberechtigung auch bei Leiharbeitern unter den Voraussetzungen des § 7 S. 2 BetrVG gegeben sei, mache das auch zu fordernde Merkmal der Betriebsangehörigkeit nicht obsolet.

Leiharbeiter seien aufgrund ihres fehlenden Arbeitsvertrages zum Betriebsinhaber keine betriebsangehörigen Arbeitnehmer i.S. des § 9 BetrVG. Daran und an den insoweit aufgestellten Kriterien zur Bestimmung der Betriebsangehörigkeit von Arbeitnehmern sei trotz § 7 S. 2 BetrVG n.F. festzuhalten. Dort sei nämlich nicht bestimmt worden: "Werden Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers zur Arbeitsleistung überlassen, so gelten diese, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden, als Arbeitnehmer des Betriebes". Zugestanden worden sei den Leiharbeitern unter den Voraussetzungen des § 7 S. 2 BetrVG nur das aktive Wahlrecht, nicht jedoch die Betriebsangehörigkeit im Entleiherbetrieb bei einem Einsatz von mehr als drei Monaten, d.h. in § 7 S. 2 BetrVG n.F. wahlberechtigte Leiharbeiter würden nicht im Rahmen des § 9 BetrVG mitgezählt.

- **LAG Hamm, Az: 10 TaBV 92/02 vom 15.11.02;** vorgehend: ArbG Herne, Az: 1 BV 1/02 vom 05.06.02; nachgehend: BAG 7 ABR 3/03 vom 22.10.03:

„Leiharbeiter werden bei der Ermittlung der Arbeitnehmerzahlen des § 38 Abs 1 BetrVG nF nicht berücksichtigt.“

Etwas anderes ergibt sich auch nicht durch die Einräumung des aktiven Wahlrechts für Leiharbeiter durch § 7 S 2 BetrVG nF, weil der Arbeitnehmerbegriff des § 5 Abs 1 BetrVG nF nicht geändert worden ist.“

(Zu Sachverhalt und Argumentation vgl. BAG 7 ABR 3/03 vom 22.10.03)

Nach dem LAG habe der Betriebsrat keinen Anspruch auf Freistellung eines seiner Mitglieder nach § 38 Abs. 1 BetrVG.

Nach § 38 Abs. 1 BetrVG in der Fassung des BetrVG-ReformG bestehe ein Freistellungsanspruch für ein Betriebsratsmitglied "in Betrieben mit in der Regel 200 bis 500 Arbeitnehmern". Diese Voraussetzungen lägen nicht vor, da die im Betrieb des Arbeitgebers eingesetzten Leiharbeiter betriebsverfassungsrechtlich nicht zur Belegschaft des Arbeitgebers gehörten. Daran habe sich durch die geänderten Bestimmungen des BetrVG nichts geändert.

Auch nach Inkrafttreten der Bestimmungen des BetrVG-ReformG würden die wahlberechtigten Arbeitnehmer bei der Ermittlung der Schwellenwerte des § 38 BetrVG nicht berücksichtigt. Dies gelte zumindest für die hier entscheidende Frage, ob die Leiharbeiter bei der Ermittlung der Betriebsgröße nach § 38 BetrVG mitzählten. § 38 Abs. 1 BetrVG n.F. könne nicht dahin ausgelegt werden, dass Leiharbeiter bei der Ermittlung des Schwellenwertes des § 38 BetrVG mitzählen wären. Der Wortlaut des § 38 Abs. 1 BetrVG, die Entstehungsgeschichte sowie die Systematik der Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes auch in der geänderten Fassung sprächen eindeutig gegen die Berücksichtigung der Leiharbeiter bei der Bemessung der Beschäftigtenzahlen für eine Freistellung eines Betriebsratsmitglieds.

§ 38 Abs. 1 BetrVG stelle lediglich auf Arbeitnehmer ab. Durch die Änderungen des Betriebsverfassungs-Reformgesetzes seien lediglich die Schwellenwerte herabgesetzt worden. § 38 Abs. 1 BetrVG habe keine Änderung des Arbeitnehmerbegriffs erfahren. § 38 Abs. 1 BetrVG spreche gerade nicht von "wahlberechtigten" Arbeitnehmern.

In einer Reihe von Vorschriften über die Organisation der Betriebsverfassung und über die Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte stelle das BetrVG auf die Zahl der "wahlberechtigten Arbeitnehmer" des Betriebes bzw. Unternehmens oder auch nur auf die Zahl der "Arbeitnehmer" des Betriebes bzw. Unternehmens ab. Aus dieser Differenzierung zwischen "wahlberechtigten Arbeitnehmern" und "Arbeitnehmern" folge, dass § 38 Abs. 1 BetrVG eben nicht auf die "wahlberechtigten Arbeitnehmer" abstelle, sondern nur auf die Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Abs. 1 BetrVG. Richtig sei zwar, dass Leiharbeiter auch Arbeitnehmer seien. Durch die Einräumung des aktiven Wahlrechts in § 7 Satz 2 BetrVG werde jedoch deutlich, dass Leiharbeiter nicht zu den Arbeitnehmern des Betriebes rechneten, ansonsten hätte es einer gesetzlichen Regelung über deren Wahlberechtigung nicht bedurft. Auch da, wo das Gesetz ohne Anknüpfung an die Wahlberechtigung nur auf die Zahl der "Arbeitnehmer des Betriebes" abstelle, seien die nach § 7 Satz 2 BetrVG wahlberechtigten Arbeitnehmer nicht zu berücksichtigen; sie gehörten auch nicht zur Belegschaft im Sinne des § 15 Abs. 2 BetrVG.

Schließlich erfordert auch eine teleologische Auslegung des § 38 BetrVG kein anderes Ergebnis. Zwar sei die Absenkung der für die Freistellung maßgeblichen Arbeitnehmerzahl mit einem Aufgabenzuwachs für die Betriebsräte begründet worden. Der Umfang der Aufgaben des Betriebsrates für Leiharbeiter habe sich aber durch die Bestimmungen des Betriebsverfassungs-Reformgesetzes nicht geändert. Er sei vielmehr, wie ein Vergleich des § 14 Abs. 2 und 3 AÜG a.F. bzw. ergibt, gleichgeblieben. Der beabsichtigte verstärkte betriebsverfassungsrechtliche Schutz der Leiharbeiter möge durch ein aktives Wahlrecht gefördert werden; von der Größe des Betriebsrates im Entleiherbetrieb hänge dieser Schutz jedoch nicht ab.

- **LAG Düsseldorf, Az: 5 TaBV 42/02 vom 31.10.02;** vorgehend: ArbG Düsseldorf, Az: 4 BV 37/02 vom 10.07.02; nachgehend: BAG 7 ABR 53/02 vom 16.04.03:

„Bei der Ermittlung der Beschäftigtenzahl iSd § 9 BetrVG zählen Leiharbeiter im Entleiherbetrieb jedenfalls dann nicht mit, wenn der Betrieb mehr als 100 Arbeitnehmer aufweist. Arbeitnehmer, die sich in der abschließenden Freistellungsphase ihres Altersteilzeitverhältnisses befinden, sind nicht wahlberechtigte Arbeitnehmer iSd § 7 Satz BetrVG. Sie finden im Rahmen des § 9 BetrVG ebenfalls keine Berücksichtigung.“

(Zum Sachverhalt vgl. BAG 7 ABR 53/02 vom 16.04.03)

Das LAG führt aus, die Betriebsratswahl sei gemäß § 19 Abs. 1 BetrVG für unwirksam zu erklären, weil der Wahlvorstand gegen § 9 Satz 1 BetrVG verstoßen habe. Es hätte nur ein siebenköpfiger Betriebsrat gewählt werden dürfen, da zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht mehr als 200 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt gewesen seien.

Die vom Wahlvorstand berücksichtigten Leiharbeiter hätten nicht mitgezählt werden dürfen, sie seien keine regelmäßig beschäftigte Arbeitnehmer i.S.v. § 9 Abs. 1 BetrVG.

Bei der Bemessung der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder gemäß § 9 BetrVG seien nur betriebsangehörige Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Betriebszugehörige seien die Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Betriebes ständen und innerhalb der Betriebsorganisation des Arbeitgebers abhängige Leistungen erbrächten. Werde ein Arbeitnehmer von seinem Vertragsarbeitgeber einem anderen Betriebsinhaber zur Arbeitsleistung überlassen und von diesem in dessen Betriebsorganisation tatsächlich eingegliedert, so begründe dies grundsätzlich keine betriebsverfassungsrechtliche Zugehörigkeit zum Betrieb des fremden Betriebsinhabers. Leiharbeiter blieben auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebs des Verleihers. Der tatsächlichen Eingliederung trage der Gesetzgeber insofern Rechnung, als durch § 14 Abs. 2 Satz 2 und 3 AÜG dem Leiharbeiter einzelne betriebsverfassungsrechtliche Rechte im Entleiherbetrieb zugebilligt würden. Eine vollständige Betriebszugehörigkeit des Leiharbeiters zum Entleiherbetrieb werde dadurch nicht begründet. Daher fänden zur Arbeitsleistung überlassene Arbeitnehmer, auch unter Berücksichtigung von § 7 Satz 2 BetrVG, jedenfalls dann im Rahmen des § 9 Abs. 1 BetrVG keine Berücksichtigung, wenn es sich um einen Betrieb mit mehr als 100 Arbeitnehmern handle.

Die in § 7 Satz 2 BetrVG vorgesehene Berücksichtigung von Leiharbeitern bei der Betriebsratswahl im Entleiherbetrieb, bei der sie unter bestimmten Voraussetzungen (länger als dreimonatiger Einsatz) ein aktives Wahlrecht erwerben, könne nicht dazu führen, sie auch bei der Ermittlung der Beschäftigtenzahl in § 9 BetrVG mitzuzählen.

Aus dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 werde deutlich, dass ab einer Beschäftigtenzahl von mehr als 100 Arbeitnehmern eine Berücksichtigung von "Arbeitnehmern" vorgesehen sei, nicht aber von "wahlberechtigten Arbeitnehmern". Aus dieser Differenzierung ergebe sich der Wille des Gesetzgebers, ab der genannten Beschäftigtenzahl nur die Mitarbeiter eines Betriebs in Ansatz zu bringen, die "richtige" betriebszugehörige Mitarbeiter seien. Von der Wortwahl her bestehe eine Übereinstimmung zwischen den §§ 5 Abs. 1 Satz 1 und 9 Abs. 1 BetrVG.

Sei beabsichtigt gewesen, die zur Arbeitsleistung überlassenen Mitarbeiter betriebsverfassungsrechtlich als Arbeitnehmer im engeren Sinne zu charakterisieren, wäre es erforderlich gewesen, eine entsprechende Festschreibung in § 5 Abs. 1 BetrVG vorzunehmen. Da zur Arbeitsleistung überlassene Mitarbeiter (nur) als "wahlberechtigt" im Sinne des § 7 BetrVG zu bezeichnen würden, könne dies nur so verstanden werden, dass eine "volle" Arbeitnehmereigenschaft gerade nicht begründet werden sollte. Dass die Leiharbeiter nur in § 7 Satz 2 BetrVG erwähnt würden, belege, dass eine vollständige Gleichstellung und eine Berücksichtigung im Rahmen des § 9 Abs. 1 BetrVG nicht beabsichtigt gewesen sei. Auch mache die Spezialregelung in § 7 Satz 2 BetrVG deutlich, dass die Rechte der zur Arbeitsleistung überlassenen Mitarbeiter auf das aktive Wahlrecht bei den Betriebsratswahlen im Entleiherbetrieb beschränkt werden sollten. Dem stehe auch die historische Entwicklung nicht entgegen.

Auch Sinn und Zweck der Änderungen in §§ 5, 7 und 9 BetrVG gäben keine Anhaltspunkte dafür, dass Leiharbeiter im Rahmen des § 9 Abs. 1 BetrVG mitzuzählen seien.

Zwar sei mit der Einführung des § 7 Satz 2 BetrVG die Absicht verfolgt worden, aktuelle Erscheinungen des Arbeitslebens gesetzgeberisch so zu begleiten, dass sie nicht zu einer Erosion der Betriebsratsarbeit führten. Dem entspreche es, wenn Leiharbeiter im Entleiherbetrieb eine stärkere betriebliche Anbindung erführen und z. B. das Recht erhalten, den Betriebsrat mitzuwählen, der jedenfalls zeitweise und in Teilbereichen für sie zuständig sei und ihre Rechte vertrete. Hieraus könne aber nicht der Schluss gezogen werden, dass sie dann auch bei der Ermittlung der Beschäftigtenzahl im Sinne des § 9 Abs. 1 BetrVG mitzuzählen wären.

Durch den verstärkten Einsatz von Leiharbeitern komme es auch nicht zu einer Verkleinerung von Betriebsräten, die es erforderlich machen könnte, die beschäftigten Leiharbeiter mitzuzählen. Dies sei nur der Fall, wenn Leiharbeiter überwiegend anstelle von Arbeitnehmern beschäftigt würden, die ansonsten im Entleiherbetrieb als Arbeitnehmer eingestellt würden. Dies sei hier jedoch nicht Realität.

Hinzukomme, dass es der Arbeitgeberin in ihrer unternehmerischen Entscheidungsfreiheit überlassen bleibe, frei darüber zu entscheiden, wie sie die bei ihr anfallenden Arbeitsaufgaben bewältigt und welcher arbeitsvertraglich möglicher Formen sie sich dabei bedient. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats solle sich auf den Einsatz von Personen, die nicht Arbeitnehmer der Arbeitgeberin sind, gerade nicht erstrecken, es soll insoweit bei der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit verbleiben, weshalb auch eine Berücksichtigung der Leiharbeiter im Rahmen des § 9 Abs. 1 Satz 1 BetrVG nicht in Betracht komme.

Schleswig-Holstein:

- **LAG Schleswig-Holstein, Az: 2 TaBV 39/02 vom 25.03.03;** vorgehend: ArbG Elmshorn, Az: 5 BV 39d/02 vom 31.10.02:

„Praktikanten sind als wahlberechtigte Arbeitnehmer bei der Wahl eines Betriebsrats zu berücksichtigen, wenn ihnen auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages berufliche Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen vermittelt werden sollen. Das ist nicht der Fall, wenn nur ein allgemeiner Einblick in das Arbeitsleben vermittelt werden soll, zB im Rahmen eines schulischen Betriebspraktikums. Ein privatrechtlicher Vertrag ist auch zu bejahen, wenn der Praktikant in einem überbetrieblichen Ausbildungszentrum ausgebildet wird und die berufspraktische Ausbildung als Praktikum in einem Betrieb geleistet wird. Wird der berufspraktischen Ausbildung eine "Schnupperphase" vorgeschaltet, die dazu dient, sich einen Eindruck darüber zu verschaffen, ob Betrieb und Praktikant sich für längere Zeit (hier ein Jahr) aneinander binden wollen, liegt eine Probezeit im Rahmen des Praktikums vor. Auch in dieser Zeit soll der Praktikant die tägliche Arbeit kennen lernen und an ihr mitwirken. Erhält der Praktikant seine Ausbildungsvergütung nicht vom Betrieb, steht dies der Einordnung als Arbeitnehmer nicht entgegen.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der Wahl eines Betriebsrates sowie über dessen Größe.

Der Arbeitgeber ist ein gemeinnütziger Verein, der die sozialen Interessen, der ein Erholungszentrum betreibt. Dort wurde ein Betriebsobmann gewählt, der auf Anfechtung des Arbeitgebers zurücktrat. Der zur Durchführung der Neuwahlen bestellte Wahlvorstand erhielt ein Wählerverzeichnis, das 22 Mitarbeiter aufwies. Der Wahlvorstand setzte danach die Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder mit 3 fest. Er trug auch eine Praktikantin ins Wählerverzeichnis ein.

Die Praktikantin war Auszubildende eines anderen Vereins und absolvierte in der Betriebsstätte des Antragstellers ein vierwöchiges Praktikum, in Form einer sogenannten "Schnupperphase". Im Falle gegenseitiger Bewährung war ein einjähriges Praktikum im Betrieb B. vorgesehen. Die Auszubildende war drei Tage in der Woche im Betrieb des Antragstellers tätig.

In der Betriebsstätte wurde ein dreiköpfiger Betriebsrat gewählt. Der Arbeitgeber hat die Wahl angefochten.

Nach Ansicht des LAG ist die Wahl rechtmäßig erfolgt.

Es sei ein dreiköpfiger Betriebsrat zu wählen gewesen, § 9 Abs. 1, 2. Fall BetrVG, da die erforderliche Mindestanzahl von 21 wahlberechtigten Arbeitnehmern vorgelegen hätte. Zu dieser Zeit sei die Praktikantin gem. § 7 Satz 1 BetrVG wahlberechtigte Arbeitnehmerin gewesen und vom Wahlvorstand zu Recht auf die Wählerliste gesetzt worden.

Bei der Feststellung der für die zahlenmäßige Größe des Betriebsrates maßgebenden Zahl der Arbeitnehmer habe der Wahlvorstand seinen Beurteilungsspielraum eingehalten. Maßgebender Stichtag sei der Tag des Erlasses des Wahlausschreibens. Dies sei insbesondere der Fall, wenn es durch Aushilfskräfte oder Praktikanten wie hier zu einer hohen Fluktuation im Betrieb komme.

Die Praktikantin sei Arbeitnehmerin i.S. des § 5 Abs. 1 BetrVG. Hiernach zählten zu den Arbeitnehmern auch die zu ihrer Berufsausbildung beschäftigten Personen. Dazu gehören auch Praktikanten, wenn ihnen auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages berufliche Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen vermittelt werden sollten. Sollte nur ein allgemeiner Einblick in das Arbeitsleben ermöglicht werden, wie z.B. während eines schulischen Betriebspraktikums, erfolge keine Ausbildung i.S. des § 5 Abs. 1 BetrVG.

Die Praktikantin sei in den Betrieb des Antragstellers eingebunden gewesen. Sie sei dort überwiegend tätig gewesen und sowohl in die Dienstplangestaltung als auch in die konkrete tägliche Arbeit im Betrieb des Antragstellers eingegliedert gewesen. Ihre Arbeit habe unmittelbar den betrieblichen Zwecken gedient und sei für den Betrieb von Nutzen gewesen. Sie sei mit Tätigkeiten beschäftigt worden, die auch zu den beruflichen Aufgaben der Mitarbeiter des Betriebes gehörten und sonst von diesen ausgeführt würden. Sie habe den Weisungen des Heimleiters unterlegen und sei somit Teil der Belegschaft gewesen.

Die Praktikantin sei auch deshalb als zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte i.S. des § 5 Abs. 1 BetrVG anzusehen gewesen, weil das ein privatrechtlicher Vertrag vorliege. Dabei sei entscheidend, wie die Parteien ihr Rechtsverhältnis tatsächlich ausgestalteten und durchführten. Die Praktikantin und der Antragsteller hätten zwar weder einen schriftlichen Vertrag abgeschlossen noch sich ausdrücklich mündlich über das Zustandekommen eines Ausbildungs- bzw. Praktikantenvertrages verständigt. Es reiche aber

auch schlüssiges Handeln der beteiligten Personen aus, was hier vorliege. Es sei ein Übereinkommen mit der Praktikantin erzielt worden, das für die Dauer der "Schnupperphase" dahin ging, dass sie im Betrieb beschäftigt werden sollte, damit beide Seiten Gelegenheit erhielten, sich darüber einen Eindruck zu verschaffen, ob sie sich auch für die Dauer eines einjährigen Praktikums aneinander binden wollten. Es habe also eine Probezeit sein sollen. Für die Dauer des einjährigen Praktikums diene die Tätigkeit der Vermittlung praktischer Kenntnisse und Erfahrungen. Gegenstand der Übereinkunft seien neben der Einigkeit darüber, dass die Praktikantin dort praktisch ausgebildet werden sollte, jedenfalls allgemeine Rechte und Pflichten, wie beispielsweise der Umgang im Betrieb, Dienstzeiten, Verhalten bei Krankheit etc.. Dass die Praktikantin ihre Vergütung nicht vom Antragsteller erhalten habe und dieser auch nicht Steuern oder Sozialabgaben abführte, sei dabei als rein formelles Merkmal unerheblich.

Die Praktikantin sei auch keine Leiharbeiterin i.S. des AÜG. Damit komme es nicht darauf an, dass sie im Zeitpunkt der Wahl noch nicht 3 Monate im Betrieb tätig gewesen sei. Leiharbeit setze voraus, dass der Schwerpunkt auf der Überlassung von Arbeitskraft liege. Vorliegend habe der Schwerpunkt jedoch auf der praktischen Ausbildung gelegen.

Dass die Praktikantin im Zeitpunkt der Wahl lediglich ein 4-wöchiges Praktikum absolviert habe, spreche nicht gegen ihre Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des § 5 Abs. 1 BetrVG. Sinn des Praktikums sei nicht gewesen, der Praktikantin lediglich einen allgemeinen Einblick in die Berufswelt zu vermitteln, wie es beispielsweise bei den üblichen ein- oder zweiwöchigen Schülerpraktika der Fall sei. Vielmehr sollte sie die tägliche Arbeit in dem Erholungszentrum B. konkret kennen lernen und an ihr mitwirken.

3. Arbeitsgerichte

Baden-Württemberg:

- **ArbG Stuttgart, Az: 26 BV 8/02 vom 18.10.02;** nachgehend LAG Baden-Württemberg, Az. 15 TaBV 4/02 vom 31.03.03:

„Leiharbeiter sind keine Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs und bei der Ermittlung des Schwellenwertes i.S.v. § 38 BetrVG nicht mitzuzählen.“ Orientierungssatz der Bearbeiterin

Die Beteiligten streiten darüber, wie viele Betriebsratsmitglieder freigestellt werden konnten und ob die 18 bei der Arbeitgeberin beschäftigten Leiharbeiter bei der Ermittlung des Schwellenwertes i.S.v. § 38 BetrVG mitzuzählen seien.

Nach Auffassung des ArbG sind Leiharbeiter im Rahmen des § 38 BetrVG nicht mitzuzählen.

Der Begriff des Arbeitnehmers sei in § 5 BetrVG definiert. Er setze sich nach der Kumulationstheorie aus zwei Bestandteilen zusammen, nämlich aus dem Bestehen eines rechtlichen Arbeitsvertrages zum Betriebsinhaber sowie einer faktischen Eingliederung. Dem Leiharbeiter fehle es bereits am Arbeitsvertrag zum Entleiher. Er sei somit auch nicht Arbeitnehmer.

§ 7 BetrVG regle lediglich die Wahlberechtigung. In § 7 Satz 1 BetrVG nenne die Arbeitnehmer „des Betriebs“. Dieser Arbeitnehmerbegriff entspreche dem des § 5 BetrVG, da er auch beide Komponenten der Kumulationstheorie beinhalte, nämlich Arbeitsvertrag und betriebliche Eingliederung. Lediglich im Rahmen des Wahlrechts habe man in § 7 Satz 2 BetrVG auch solche Arbeitnehmer hinzugenommen, die zwar über mindestens drei Monate eine betriebliche Eingliederung erführen, jedoch in keinem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber/Entleiher ständen. Nur im Rahmen der Wahlberechtigung sei die Kumulationstheorie insoweit aufgeweicht und über die (eigenen) Arbeitnehmer hinaus das „Wahlvolk angereichert“, nicht jedoch der Arbeitnehmerbegriff abgeändert worden. Mit dem BetrVG-ReformG habe keine Vollintegration der Randbelegschaft stattfinden sollen, sondern lediglich eine Heranführung an die Stammbeslegschaft über die Einräumung des Wahlrechts.

Daher differenziere das Gesetz auch weiterhin je nach Regelungszweck zwischen „Arbeitnehmern“ und „wahlberechtigten Arbeitnehmern“. In §§ 1; 99 Abs.1, 111 Abs.1 BetrVG werde auf die Anzahl der „wahlberechtigten Arbeitnehmer“ abgestellt, genauso wie bei den ersten beiden Stufen des § 9 BetrVG. In §§ 38 Abs.1; 106 Abs.1; 112 a Abs.1 BetrVG sowie ab der dritten Stufe des § 9 BetrVG werde dagegen abgestellt auf den bloßen „Arbeitnehmer“. Die Beibehaltung dieser Unterscheidung wäre nicht notwendig gewesen, wenn alle wählbaren Arbeitnehmer im Rahmen der Ermittlung aller Schwellenwerte als „Arbeitnehmer“ anzusehen wären. Daraus ergebe sich, dass mit § 7 BetrVG nicht materiell der Arbeitnehmerbegriff geändert würde, sondern lediglich eine Bereichsregelung getroffen worden sei.

Bayern:

- **ArbG Nürnberg, Az: 16 BV 87/02 vom 27.03.03:**

Die Parteien streiten über die Unwirksamkeit einer Betriebsratswahl, insbesondere darüber, ob auch die im Betrieb tätigen Leiharbeiter ins Wählerverzeichnis aufzunehmen seien.

Die Arbeitgeberin ist ein Omnibusunternehmen. Sie beschäftigt ca. 7 eigene Arbeitnehmer sowie mittels Gestellungsvertrages 30 Arbeitnehmer, die Arbeitsverträge mit dem Landkreis abgeschlossen haben.

Als wahlberechtigt und wählbar wurden nachfolgend nur die von der Arbeitgeberin eingestellten, nicht die mittels Gestellungsvertrags überlassenen Arbeitnehmer in die Wählerliste aufgenommen. Anschließend fand eine Betriebsratswahl statt.

Das ArbG stellt die Ungültigkeit der Betriebsratswahl fest.

Es sei gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht verstoßen worden, da wahlberechtigte Arbeitnehmer nicht in das Wählerverzeichnis aufgenommen worden seien.

Wahlberechtigt seien gem. § 7 Satz 2 BetrVG auch Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers, die zur Arbeitsleistung überlassen seien und länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt würden. Ein Arbeitnehmer sei zur Arbeitsleistung überlassen, wenn er in den Einsatzbetrieb betrieblich derartig eingegliedert sei, dass er dem Weisungsrecht des dortigen Arbeitgebers unterliege. Eine derartige Überlassung erfolge bei bestimmten Formen des Drittpersonaleinsatzes, der eine gespaltene Arbeitgeberstellung bewirke. Erfasst würden auch abgeordnete Konzernmitarbeiter, die die aus dem Stammarbeitsverhältnis geschuldete Leistung bei einem anderen Konzernunternehmen erbringen müssten, wenn diesem die Ausübung bestimmter Arbeitgeberrechte eingeräumt werde. Auch wenn jemand aufgrund eines Gestellungsvertrages mit einem Dritten im Betrieb tätig sei, gehöre er als Arbeitnehmer zur Belegschaft, wenn ein Weisungsrecht vorhanden sei.

Die 30 Busfahrer und sonstigen Beschäftigten des Landkreises seien seit mehr als drei Monaten zur Arbeitgeberin abgestellt worden. Sie seien gem. § 7 Satz 2 neben ihrer Wahlberechtigung im „Stammbetrieb“ Landkreis auch wahlberechtigt im „Ausleihbetrieb“ der Arbeitgeberin, weil sie dort für längere Zeit als drei Monate ihre Arbeitsleistung erbrächten und dort eingegliedert seien. Eine einheitliche Weisungsbefugnis der Arbeitgeberin liege insoweit vor.

- **ArbG Bayreuth, Az: 4 BV 5/02 H vom 20.08.02;** nachgehend: LAG Nürnberg, Az: 9 (4) TaBV 48/02 vom 18.08.03; BAG 7 ABR 49/03 vom 10.03.2004:

„Allein daraus, dass § 8 Abs 1 S 1 BetrVG alle Wahlberechtigten, die 6 Monate dem Betrieb angehören, wählbar sind und nunmehr in § 7 S 2 BetrVG Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers bei einer Überlassung von länger als 3 Monaten als wahlberechtigt bezeichnet werden, kann noch nicht gefolgert werden, dass diese nun auch zum Betriebsrat des Entleiherbetriebes wählbar sind. Aus der Formulierung, dass Wahlberechtigte dem Betrieb angehören müssen, ist vielmehr, wie bislang in der Rechtsprechung auch geschehen, nach wie vor zu folgern, dass es sich um Arbeitnehmer dieses Betriebes iS des betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffes, mithin also um Arbeitnehmer, die nicht nur faktisch eingegliedert sind, sondern dem Betrieb auch rechtlich angehören, dh also in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen, handeln muss.

Ein weiterer Verstoß gegen eine wesentliche Wahlvorschrift liegt darin, dass bei der Betriebsratswahl die überlassenen Arbeitnehmer bei der Bestimmung der Betriebsratsgröße nach § 9 BetrVG mitgezählt wurden.“

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit der Betriebsratswahl sowie darum, ob die Arbeitnehmer, die der Arbeitgeberin überlassen werden, bei dieser zum Betriebsrat wählbar sind und für die Feststellung der Betriebsratsgröße gemäß § 9 BetrVG mitzählen.

Die Arbeitgeberin betreibt öffentlichen Personennahverkehr und beschäftigte zum Zeitpunkt der Wahl 33 eigene Arbeitnehmer, darüber hinaus 38 Arbeitnehmer, die ihr aufgrund eines Personalgestellungsvertrages mit der Stadt zur Verfügung gestellt wurden.

In der Wählerliste zum Wahlausschreiben sind sowohl die 33 eigenen Arbeitnehmer der Arbeitgeberin als auch die 38 überlassenen Mitarbeiter aufgeführt. Zwei der überlassenen Arbeitnehmer wurden in den Betriebsrat der Arbeitgeberin gewählt.

Das ArbG führt aus, die Betriebsratswahl sei gem. § 19 BetrVG für unwirksam zu erklären, weil die überlassenen Arbeitnehmer bei der Antragstellerin weder das passive Wahlrecht hätten noch für die Festlegung der Betriebsratsgröße nach § 9 BetrVG zählten.

Bei der Wahl sei gegen § 8 BetrVG und gegen § 9 BetrVG, mithin gegen zwei wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht bzw. das Wahlverfahren verstoßen worden. Diese Verstöße hätten jeweils das Wahlergebnis beeinflussen können, § 19 Abs. 1 BetrVG.

Zu Unrecht sei den überlassenen Arbeitnehmern der Stadt das passive Wahlrecht zuerkannt worden. Darin liege ein Verstoß gegen § 8 BetrVG, der das Wahlergebnis auch beeinflusst habe, da diese Mitarbeiter in den Betriebsrat gewählt worden seien.

Gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 BetrVG seien alle Wahlberechtigten wählbar, die 6 Monate dem Betrieb angehört oder als in Heimarbeit Beschäftigte in der Hauptsache für den Betrieb gearbeitet hätten. Wahlberechtigt wiederum seien gem. § 7 Abs. 1 BetrVG alle Arbeitnehmer des Betriebes, die das 18. Lebensjahr vollendet hätten und nach § 7 S. 2 BetrVG die Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers, wenn diese zur Arbeitsleistung überlassen und länger als 3 Monate im Betrieb eingesetzt wären. Der Arbeitnehmerbegriff sei in § 5 Abs. 1 BetrVG geregelt. Voraussetzung für den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff sei das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses gerade zum Betriebsinhaber und die tatsächliche Eingliederung in die Betriebsorganisation.

Für den Bereich der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung i.S. des AÜG regelt § 14 Abs. 2 S. 1 AÜG, dass Leiharbeiter im Entleiherbetrieb nicht wählbar seien. Daher habe das BAG vor Inkrafttreten des BetrVG-ReformG entschieden, dass Leiharbeiter auch in Fällen, in denen es sich um eine nicht dem AÜG unterfallende, nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung handele, entsprechend § 14 AÜG beim Entleiher nicht zu den betriebsangehörigen Arbeitnehmern i.S. des § 5 Abs. 1 BetrVG gehörten.

Wende man diese Grundsätze an, seien die überlassenen Arbeitnehmer nicht für den Betriebsrat der Antragstellerin wählbar i.S. des § 8 BetrVG. Sie seien zwar tatsächlich eingegliedert in den Betrieb der Antragstellerin, ihr (Vertrags-) Arbeitgeber sei jedoch nicht die Arbeitgeberin, sondern die Stadt, so dass sie nicht dem betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff des § 5 Abs. 1 BetrVG unterfielen. Unerheblich sei, dass hier keine gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung vorliege, denn für die betriebsverfassungsrechtliche Stellung eines Leiharbeitnehmers sei es unerheblich, ob der Verleiher gewerbsmäßig handele oder nicht; in beiden Fällen stehe einer Zuordnung der Leiharbeiter zum Entleiherbetrieb entgegen, dass ihr Vertragsarbeitgeber nicht der Entleiher-, sondern der Verleiherbetrieb sei.

Heran habe das BetrVG-ReformG nichts geändert. Über § 7 S. 2 BetrVG sei den Leiharbeitnehmern zwar das aktive Wahlrecht zuerkannt worden. § 8 BetrVG sei unverändert geblieben. In § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sei lediglich klarstellend eingefügt worden, dass für die Arbeitnehmerstellung unerheblich sei, ob die Arbeitnehmer im Betrieb, im Außendienst oder mit Telearbeit beschäftigt würden; außerdem fingiere § 5 Abs. 1 Satz 2 BetrVG nun für hauptsächlich für den Betrieb tätige Heimarbeiter die Arbeitnehmerzugehörigkeit.

Daraus dass nach § 8 Abs. 1 S. 1 BetrVG alle Wahlberechtigten, die 6 Monate dem Betrieb angehört, wählbar seien und in § 7 S. 2 BetrVG Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers bei einer Überlassung von länger als 3 Monaten als wahlberechtigt bezeichnet würden, könne nicht gefolgert werden, dass diese nun auch zum Betriebsrat des Entleiherbetriebes wählbar seien. Aus der Formulierung, dass Wahlberechtigte dem Betrieb angehören müssten, sei nach wie vor zu folgern, dass es sich um Arbeitnehmer dieses Betriebes i.S. des betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffes, mithin also um Arbeitnehmer, die nicht nur faktisch eingegliedert seien, sondern dem Betrieb auch rechtlich angehört, d.h. also in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber ständen, handeln müsse.

§ 8 Abs. 1 S. 1 BetrVG könne auch deshalb nicht pro passives Wahlrecht für die überlassenen Arbeitnehmer ausgelegt werden, weil ein gesetzgeberischer Wille, diesem Personenkreis das passive Wahlrecht zuzuerkennen, nicht anzunehmen sei.

Dem Gesetzgeber sei die Rechtsprechung des BAG zur betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsstellung der Leiharbeiter auch im Falle einer nicht gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung bekannt gewesen. Da § 7 S. 2 BetrVG aber nun (gewissen) Leiharbeitnehmern das aktive Wahlrecht zuerkennt, § 8

BetrVG aber unverändert sei, könne nicht davon ausgegangen werden, dass diesen Leiharbeitnehmern auch das passive Wahlrecht zuerkannt werden sollte.

Auch sei in § 17 DBGrG sowie in § 24 Abs. 2 PostPersRG die betriebsverfassungsrechtliche Stellung, incl. des passiven Wahlrechtes, der in den privatisierten Unternehmen eingesetzten Beamten ausdrücklich geregelt worden. Diese Problem sei bekannt gewesen. Erfolge dann in § 8 BetrVG keine Regelung zur Problematik der Leiharbeitnehmer, sondern lediglich in § 7 S. 2 BetrVG, könne die Zuerkennung des passiven Wahlrechtes für diese Arbeitnehmer nicht unterstellt werden.

Leiharbeitnehmern sei das aktive Wahlrecht zum Betriebsrat des Entleiherbetriebs im wesentlichen auch deshalb eingeräumt worden, um sie auf diese Weise betriebsverfassungsrechtlich aus der Randbelegschaft an die Stammebelegschaft heranzuführen, ohne sie in rechtlich unzutreffender Weise als Arbeitnehmer des Entleiherbetriebes einzustufen.

Ein weiterer Verstoß gegen eine wesentliche Wahlvorschrift liege darin, dass bei der Betriebsratswahl die überlassenen Arbeitnehmer bei der Bestimmung der Betriebsratsgröße nach § 9 BetrVG mitgezählt worden seien.

Nach § 9 BetrVG bestehe der Betriebsrat in Betrieben mit in der Regel mindestens 21 -- 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern aus drei Mitgliedern, bei 51 wahlberechtigten Arbeitnehmern bis 100 Arbeitnehmern aus 5 Mitgliedern. Die Vorschrift sei ReformG lediglich in der Staffelung, nicht aber im Wortlaut verändert worden.

Es zählten nur Arbeitnehmer des Betriebes, d.h. wiederum solche, die einen Arbeitsvertrag mit dem Betriebsinhaber hätten und in den Betrieb tatsächlich eingegliedert seien. Dies sei bereits vor Inkrafttreten des ReformG auch für die nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung so anerkannt gewesen; es gebe insoweit keine Hinweise auf eine gewollte Veränderung.

- **ArbG Würzburg, Az: unbekannt (geschwärzt) vom 06.08.02:**

Die Beteiligten streiten um die Wirksamkeit der bei der Arbeitgeberin durchgeführten Betriebsratswahl.

Das ArbG ist der Ansicht, der Betriebsrat habe in einer nicht mehr von seinem Beurteilungsspielraum gedeckten Weise den maßgeblichen Schwellenwert bei der Bestimmung der Betriebsratsgröße gem. § 9 BetrVG verkannt, indem er von in der Regel mindestens 401 beschäftigten Arbeitnehmern ausging.

Die Festsetzung einer zu großen Zahl von Betriebsratsmitgliedern stelle einen Verstoß gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlverfahren i.S.d. § 19 Abs.1 BetrVG dar.

Die in der Liste ausgewiesenen sogenannten „Fremdfirmenarbeitnehmer“ seien im Rahmen des § 9 BetrVG nicht zu berücksichtigen gewesen.

Gem. § 7 Satz 2 BetrVG seien Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers, die zur Arbeitsleistung überlassen würden, im Einsatzbetrieb wahlberechtigt, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt würden.

Für die Wahlberechtigung eines überlassenen Arbeitnehmers im Sinn des § 7 Satz 2 BetrVG reiche es aus, wenn jemand in den Betrieb eingegliedert sei, um zusammen mit den im Betrieb schon beschäftigten Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck des Betriebs durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen. Erforderlich sei zumindest, dass der Arbeitgeber innerhalb der Betriebsorganisation des Dritten für diesen und nicht weiterhin allein für seinen Arbeitgeber tätig werde.

Auch nach § 7 Satz 2 BetrVG wahlberechtigte Fremdfirmenarbeitnehmer seien nicht im Rahmen der Schwellenwerte zur Bestimmung der Betriebsratsgröße nach § 9 BetrVG zu berücksichtigen.

§ 7 Satz 2 BetrVG gewähre nur ein zusätzliches Wahlrecht und lasse die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der Arbeitnehmer im übrigen unberührt. Die Neuregelung beschränke sich lediglich auf eine Erweiterung des Kreises der Wahlberechtigten in § 7 BetrVG und entbehre einer erweiternden Definition des Arbeitnehmerbegriffs in § 5 BetrVG.

Insbesondere in dem Bereich der Schwellenwerte ab dem 52. Arbeitnehmer, wo § 9 Satz 1 BetrVG nicht mehr auf „wahlberechtigte“ Arbeitnehmer, sondern nurmehr auf „Arbeitnehmer“ abstelle, lasse sich auch nicht mehr mit dem Wortlaut des § 9 BetrVG dahin argumentieren, dass den berücksichtigungsfähigen

„wahlberechtigten“ Arbeitnehmern durch § 7 Satz 2 BetrVG Fremdfirmenarbeiter gleichgestellt sein. Desweiteren entbehre auch die offizielle Gesetzesbegründung entsprechende Anhaltspunkte zur Berücksichtigungsfähigkeit von Fremdfirmenarbeitern im Rahmen des § 9 BetrVG.

Berlin:

- **ArbG Berlin, Az: 7 BV 14772/02 vom 11.09.02:**

„Leiharbeiter zählen bei der Bestimmung der Betriebsratsgröße gemäß § 9 BetrVG auch dann nicht mit, wenn sie gemäß § 7 S 2 BetrVG nF wahlberechtigt sind und vom Arbeitgeber regelmäßig beschäftigt werden.“

Die Arbeitgeberin betreibt die Anfechtung der Wahl des Betriebsrates ihres Betriebes wegen einer vermeintlich fehlerhaften Bestimmung der Betriebsratsgröße gemäß § 9 BetrVG auf Grund der Einbeziehung nach § 7 S. 2 BetrVG wahlberechtigter Leiharbeiter.

Der Wahlvorstand bei der Betriebsratswahl 276 Arbeitnehmer zugrunde. Entsprechend wurde die Zahl der Betriebsratsmitglieder auf 9 festgelegt. Die Arbeitgeberin beschäftigte 107 Leiharbeiter.

Die Arbeitgeberin habe die Betriebsratswahl wirksam angefochten.

Die Anfechtung einer Betriebsratswahl sei auch begründet, da ein Verstoß gegen wesentliche Wahlvorschriften vorliege, der das Wahlergebnis beeinflussen könnte, und der Verstoß nicht korrigierbar sei.

Die Bestimmung der Betriebsratsgröße in § 9 I BetrVG sei eine wesentliche Wahlvorschrift i.S.d. § 19 I BetrVG. Bei einer Verkennung der Betriebsratsgröße sei eine Korrektur des Wahlergebnisses nicht möglich.

Vorliegend sei die Betriebsratsgröße durch Einbeziehung der mehr als 104 oder 107 gemäß § 7 S. 2 BetrVG (wahlberechtigten) Leiharbeiter falsch bestimmt worden. Leiharbeiter zählten bei der Bestimmung der Betriebsratsgröße gemäß § 9 BetrVG auch dann nicht mit, wenn sie gemäß § 7 S. 2 BetrVG wahlberechtigt seien und vom Arbeitgeber in der Regel beschäftigt würden. Rechne man die Leiharbeiter nicht mit, so beschäftigte die Arbeitgeberin zum maßgeblichen Zeitpunkt des Erlasses des Wahlausschreibens regelmäßig lediglich zwischen 101 und 200 Arbeitnehmer, so dass gemäß § 9 BetrVG ein Betriebsrat mit 7 und nicht mit 9 Mitgliedern zu wählen gewesen sei. Leiharbeiter seien bei der Bestimmung der Betriebsratsgröße gemäß § 9 BetrVG nicht einzubeziehen.

Schon der Wortlaut der § 9 BetrVG spreche für eine Nichtberücksichtigung der Leiharbeiter.

§ 9 BetrVG spreche vom "Arbeitnehmer". Im Rechtssinn gebe es aber nicht den Arbeitnehmer an sich, sondern nur Personen, die auf Grund eines konkreten Arbeits(rechts)verhältnisses zu einem anderen Rechtssubjekt eine Arbeitnehmereigenschaft hätten. Es komme daher nicht darauf an, ob jemand überhaupt und auf Grund eines Arbeitsverhältnisses in Bezug auf irgendein Rechtssubjekt die Arbeitnehmereigenschaft habe, sondern dass er diese in Bezug auf den Arbeitgeber habe, um dessen Betriebsratswahl es gehe. Zu lesen sei der Ausdruck "Arbeitnehmer" in § 9 also im Sinne von "Arbeitnehmer des Betriebsinhabers".

Leiharbeiter seien zwar Arbeitnehmer, jedoch im Fall erlaubter gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung Arbeitnehmer des "Verleihers" und nicht des "Entleihers", weil sie nur zum Verleiher in einem arbeitsvertraglich begründeten Arbeitsverhältnis ständen.

Die Vertragstheorie liege letztlich Art. 1 § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG zugrunde, komme entsprechend in der Regelung der betriebsverfassungsrechtlichen Rechte von Leiharbeitern in Art. 1 § 14 AÜG zum Ausdruck und sei Grundlage des Betriebszugehörigkeitsbegriffs (sog. Zwei-Komponenten-Theorie), wonach eine Betriebszugehörigkeit i.S.d. § 9 BetrVG neben einer Eingliederung auch einen Arbeitsvertrag (mit dem Betriebsinhaber) voraussetze.

Die Ausweitung der Wahlberechtigung in § 7 S. 2 BetrVG bedeute nicht zwingend eine intensionale Änderung des Arbeitnehmerbegriffes in § 5 BetrVG oder des zu § 9 BetrVG entwickelten Begriffes der Betriebszugehörigkeit.

Seien Leiharbeiter keine Arbeitnehmer des Entleihers, würden sie es auch nicht durch eine Wahlberechtigung nach § 7 S. 2 BetrVG. Wenn also § 7 S. 2 BetrVG und § 9 BetrVG jeweils von "wahlberechtigten Arbeitnehmern" sprächen, sei trotz gleicher Wortwahl von je verschiedenen Arbeitnehmern die Rede: zum einen von Arbeitnehmern des Verleihers, zum anderen von Arbeitnehmer des Entleihers. Von der Wahlberechtigung in § 7 S. 2 BetrVG auf eine Betriebszugehörigkeit nach § 9 BetrVG zu schließen, sei falsch.

Soweit in § 14 IV S. 1 BetrVG eine Gleichsetzung Wahlberechtigter und wahlberechtigter Arbeitnehmer erfolge oder es sinnvoll erscheine, auch Leiharbeiter einzubeziehen, beruhe dies nicht auf einer hier nicht beabsichtigten Legaldefinition, sondern auf dem sachlich gerechtfertigten Grund, der Wahlberechtigung im Annex auch die entsprechenden Verfahrensrechte zur Seite zu stellen.

Die auch für § 9 BetrVG geltende Legaldefinition des Arbeitnehmerbegriffes erfolge in § 5 BetrVG. § 5 BetrVG sei insoweit durch das BetrVG-ReformG nicht verändert worden. § 7 BetrVG regle nur, wer wahlberechtigt sei, nicht wer Arbeitnehmer des Betriebsinhabers sei. Durch § 7 BetrVG werde sogar noch klarer zwischen den "Arbeitnehmern des Betriebes" (§ 7 S. 1 BetrVG) und zwischen "Arbeitnehmern eines anderen Arbeitgebers" (§ 7 S. 2 BetrVG) unterschieden, was im Hinblick auf die Frage der Betriebszugehörigkeit i.S.d. § 9 BetrVG für die hier vertretene Auffassung spreche.

Eine (ausdrückliche) Einbeziehung von (wahlberechtigten) Leiharbeitern sei auch nicht in § 38 BetrVG (Freistellungen) erfolgt, wo sich die gleiche Frage wie zu § 9 BetrVG stelle.

Auch sei § 7 S. 2 BetrVG der Sache nach eine Änderung des Art. 1 § 14 II 1 AÜG a.F., der eine Wahlberechtigung der Leiharbeiter im Entleiherbetrieb ausdrücklich ausgeschlossen habe. Nach § 14 I AÜG bleibe ein Leiharbeiter auch während seiner "Überlassung" Angehöriger des Verleiherbetriebes. § 7 S. 2 BetrVG habe insofern keinen Paradigmenwechsel herbeigeführt.

In der Gesetzesbegründung weder zu den §§ 5, 9, 38 BetrVG noch zu § 14 AÜG sei von einer faktischen Ausweitung der Schwellenwerte durch Einbeziehung nunmehr wahlberechtigter Leiharbeiter die Rede. Zu § 5 BetrVG heiße es ausdrücklich, dass durch die Neuregelungen "behutsam ... eingegriffen werden" solle. Durch ihr aktives Wahlrecht sollten Leiharbeiter "betriebsverfassungsrechtlich aus der Randbelegschaft an die Stammbesellschaft herangeführt werden, ohne sie in unzutreffender Weise als Arbeitnehmer des Entleiherbetriebes einzustufen". Die Einbeziehung von Leiharbeitern bei der Berechnung der Schwellenwerte sei aber kein "behutsamer" Eingriff mehr, sondern ein qualitativer Sprung.

Hier sprächen die besseren Gründe für eine Nichteinbeziehung von Leiharbeiter bei der Bestimmung der Betriebsratsgröße gemäß § 9 BetrVG: die Betriebsratsgröße korreliere mit der Belegschaftsstärke auf Grund einer mit einer größeren Belegschaft verbundenen größeren Arbeitsbelastung des Betriebsrats. Eine solche trete aber gerade allein durch das aktive Wahlrecht der Leiharbeiter nunmehr nach § 7 S. 2 BetrVG nicht ein.

Dass Wahlberechtigung und Betriebszugehörigkeit i.S.d. § 9 BetrVG auseinander fielen, habe seinen Grund im AÜG und dieses wiederum in der Privatautonomie (Art. 2 I GG) einerseits und in der Unverhältnismäßigkeit und Verfassungswidrigkeit eines absoluten Verbotes der Arbeitnehmerüberlassung (Art. 12 GG) andererseits. In dem so begründeten Konstrukt der Arbeitnehmerüberlassung selbst liege die Ursache für den Kompetenzmangel des Betriebsrats des Entleiherbetriebes für Leiharbeiter, was weder durch Repräsentations- noch durch "Betriebsgemeinschaft" überspielt werden könne, solle die Größe eines Betriebsrates kein Selbstzweck sein.

Der Einsatz von Leiharbeitern müsse nach dem Stichtag nicht noch 3 Monate betragen oder bereits drei Monate betragen haben. Ein Leiharbeiter sei ab dem 1. Tag seines Einsatzes wahlberechtigt, wenn sein Einsatz länger als 3 Monate geplant sei und er zum Zeitpunkt der Wahl im Betrieb eingesetzt werden solle.

Brandenburg:

- **ArbG Eberswalde, Az: 3 (2) BV 8/02 vom 26.06.02:**

„Leiharbeiter sind bei der Bestimmung der Anzahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer in einem Betrieb und somit bei der Staffel der Zahl der Betriebsratsmitglieder zu berücksichtigen, wenn sie

länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden, unabhängig davon, ob sie zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl beschäftigt werden.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl.

Die Arbeitgeberin unterhält eine Betriebsstätte, in der sie Instandhaltungsarbeiten auf einem Raffineriegelände betreibt. Sie beschäftigt insgesamt 98 Arbeitnehmer und setzt daneben auch in wechselndem Umfang Leiharbeiter ein. Es wurde ein Betriebsrat gewählt. Zuvor war es bereits zu Differenzen darüber gekommen, ob der Betriebsrat aus 5 Mitgliedern, basierend auf der Belegschaftsstärke von 98 Arbeitnehmern im Zeitpunkt der Fertigung des Wahlausschreibens, oder aus 7 Mitgliedern bestehen solle.

Das ArbG führt aus, es sei gegen keine wesentlichen wahlrechtlichen Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes verstoßen worden.

Gehe der Wahlvorstand von einer zu großen Zahl zu wählender Betriebsratsmitglieder aus, so leide die durchgeführte Betriebsratswahl an einem wesentlichen Mangel i.S. des § 19 Abs. 1 BetrVG, der zur Anfechtung berechtigt.

Vorliegend habe der Wahlvorstand die Größe des zu wählenden Betriebsrats zu Recht mit 7 Mitgliedern festgestellt, indem er die Anzahl der in der Regel im Betrieb beschäftigten Leiharbeiter zugrunde gelegt und diese zur Anzahl der unmittelbar in einem Arbeitsverhältnis zum Betrieb stehenden Arbeitnehmer hinzuaddiert habe. § 7 Satz 2 BetrVG, der statuiere, dass Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers, die zur Arbeitsleistung überlassen sind, bei einem länger als dreimonatigen Einsatz im Entleiherbetrieb wahlberechtigt zur Betriebsratswahl seien, habe auch Bedeutung für die Ermittlung der Betriebsratsgröße.

Um der Erosion der Stammbesellschaft und der damit verbundenen negativen Auswirkungen u.a. auf die Betriebsratsgröße entgegenzuwirken, seien die nach § 7 Satz 2 wahlberechtigten und damit betriebszugehörigen Arbeitnehmer unter den gleichen Voraussetzungen wie die Arbeitnehmer mit einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber im Rahmen der Staffel des § 9 BetrVG zu berücksichtigen.

Bei der Feststellung der Betriebsratsgröße komme es nicht darauf an, ob im Zeitpunkt des Wahlausschreibens bzw. im Zeitpunkt der Durchführung des Wahlverfahrens nach § 7 Satz 2 BetrVG wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt seien. Maßgebend sei die Zahl der Arbeitnehmer, die für den Betrieb im allgemeinen kennzeichnend sei. Zur Feststellung der Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer bedürfe es eines Rückblicks auf die Vergangenheit, aber auch eine Einschätzung der kommenden Entwicklung. Es sei also festzustellen, wie viele Arbeitnehmer im allgemeinen im Betrieb beschäftigt würden. Es komme auf den im größten Teil des Jahres bestehenden normalen Zustand an.

Die Arbeitgeberin habe mindestens 4 Arbeitnehmer über einen weit über 3 Monate hinausgehenden Zeitraum als Leiharbeiter in ihrem Betrieb beschäftigt, so dass der maßgebliche Schwellenwert der Staffel des § 9 BetrVG jedenfalls in diesem Zeitraum überschritten gewesen sei. Ebenso habe die Arbeitgeberin unter Ansehung der jeweils eingesetzten Leiharbeiter, deren Einsatzzeiten addiert, im Jahresdurchschnitt zusätzlich ca. 17 Arbeitnehmer als Leiharbeiter beschäftigt.

Hessen:

- **ArbG Frankfurt, Az: 2 BV 148/02 vom 22.05.02:**

„Ein Arbeitgeber, der Dienstleistungen für einen anderen Arbeitgeber in dessen Betrieb erbringt, ist nicht zur Anfechtung einer Betriebsratswahl im Betrieb des anderen Arbeitgebers befugt, wenn seine Arbeitnehmer an dieser Wahl als gemäß § 7 S 2 BetrVG zur Arbeitsleistung überlassen beteiligt werden.“

Zur Arbeitsleistung überlassene Arbeitnehmer sind jedenfalls in Betrieben mit in der Regel nicht mehr als 100 wahlberechtigten Arbeitnehmern bei der Einordnung des Betriebes in die Staffeln von § 9 BetrVG zu berücksichtigen.

Zur Arbeitsleistung überlassen im Sinne von § 7 S 2 BetrVG sind Arbeitnehmer, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Beschäftigungsbetriebes eingegliedert sind und der Personalhoheit des Arbeitgebers des Beschäftigungsbetriebes unterliegen. Dazu gehören weder dem Weisungsrecht ihres Vertragsarbeitgebers unterstehende Arbeitnehmer im Fremdfirmeneinsatz noch in einem Gemeinschaftsbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer.“

Die Beteiligten streiten über die Anfechtung einer Betriebsratswahl.

Das ArbG führt aus, gemäß § 19 Abs. 1 BetrVG könne die Wahl eines Betriebsrates angefochten werden, da gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht verstoßen worden und der Verstoß nicht berichtigt worden sei. Der Verstoß sei auch geeignet gewesen, das Wahlergebnis zu ändern oder zu beeinflussen.

Der Umstand, dass der Wahlvorstand drei beschäftigten Arbeitnehmern nicht nur das aktive, sondern auch das passive Wahlrecht zugebilligt habe, berechtige nicht zur Anfechtung. Habe es sich nicht um einen Gemeinschaftsbetrieb, sondern um eine Überlassung zur Arbeitsleistung gemäß § 7 Satz 2 BetrVG gehandelt, hätten diese Arbeitnehmer nicht als passiv wahlberechtigt behandelt werden dürfen. Die Gewährung des passiven Wahlrechts sei jedoch nicht geeignet gewesen, das Wahlergebnis zu beeinflussen, da keiner der dieser Arbeitnehmer kandidiert habe und so keine Stimme auf diese Arbeitnehmer entfallen sei.

Nicht gegen Vorschriften des Wahlrechts habe verstoßen, dass der Wahlvorstand i. S. v. § 7 Satz 2 BetrVG zur Arbeitsleistung überlassene Arbeitnehmer bei der Bestimmung der Größe des Betriebsrates nach § 9 Satz 1 BetrVG berücksichtigte.

Von § 7 Satz 2 BetrVG erfasste Arbeitnehmer seien bei der Einordnung des Betriebes in die Staffeln von § 9 BetrVG zu berücksichtigen, jedenfalls soweit es um Betriebe mit in der Regel nicht mehr als 100 wahlberechtigte Arbeitnehmer gehe. Dafür sprächen Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Zweck der Regelungen. § 9 BetrVG verweise mit dem Tatbestandsmerkmal der "wahlberechtigten Arbeitnehmer" auf § 7 BetrVG. Diese Verweisung wirke ihrem Wortlaut nach dynamisch auf die jeweils gültige Fassung von § 7 BetrVG. Ein gegenteiliger Wille des Gesetzgebers hätte in der Norm klar zum Ausdruck gebracht werden müssen. Es sei aber davon ausgegangen worden, dass für die Bestimmung der Betriebsgröße gemäß § 9 BetrVG nicht nur nach § 7 Satz 1, sondern auch nach § 7 Satz 2 BetrVG wahlberechtigte Arbeitnehmer zählten. Auch der Normzweck spreche für die Berücksichtigung zur Arbeitsleistung überlassener Arbeitnehmer im Rahmen von § 9 BetrVG. Schon durch die Einführung von § 14 Abs. 2 Satz 2, Satz 3, Abs. 3 AÜG sei das Mandat des Betriebsrates des Entleiherbetriebes partiell auf verliehene Arbeitnehmer erstreckt worden. Diese Regelung sei nicht abschließend zu verstehen. Die Zuständigkeit des Betriebsrates des Entleiherbetriebes umfasse die der Entscheidungsmacht des Entleihers unterliegenden beteiligungspflichtigen Angelegenheiten. Werde vor diesem Hintergrund zur Arbeitsleistung überlassenen Arbeitnehmern unter den Voraussetzungen von § 7 Satz 2 BetrVG das aktive Wahlrecht eingeräumt, bewirke dies eine weitgehende Gleichstellung mit der Stammebelegschaft. Dann müsse konsequenterweise der vergrößerte Arbeitsanfall für den Betriebsrat bei der Bestimmung von dessen Größe berücksichtigt werden.

§ 7 Satz 2 BetrVG erfasse Arbeitnehmer, die von einem an einen anderen Arbeitgeber zur Arbeitsleistung überlassen werden, sofern sie mehr als drei Monate im Fremdbetrieb eingesetzt würden. Diese Regelung erstrecke sich ihrem Wortlaut nach nicht nur auf Fälle gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung i. S. d. AÜG, sondern insbesondere auch auf Fälle nicht gewerbsmäßigen Arbeitnehmerverleihs. Sie solle, um einer Aufspaltung der Beschäftigten in einem Betrieb in eine Stammebelegschaft und daneben in Randbelegschaften entgegenzuwirken, auch Beschäftigte mit gespaltener Arbeitgeberstellung in die Wahlbelegschaft des Beschäftigungsbetriebes integrieren. Deshalb gewähre sie das aktive Wahlrecht allen Beschäftigten, die in die Arbeitsorganisation des Beschäftigungsbetriebes eingegliedert seien und damit der Personalhoheit des Arbeitgebers des Beschäftigungsbetriebes unterlägen. Nicht erfasst seien dagegen von einem Fremdundertnehmen als Erfüllungsgehilfen eingesetzte Beschäftigte, die auf Grund eines Werk- oder Dienstvertrages im Betrieb eingesetzt würden, dabei aber nicht der Personalhoheit des Arbeitgebers des Beschäftigungsbetriebes unterfielen.

Für die Einbeziehung Beschäftigter anderer Unternehmen im Fremdfirmeneinsatz finde sich im Gesetz keine hinreichende Grundlage. Vielmehr sei durch die Ergänzung der Worte "des Betriebes" in § 7 Satz 1 BetrVG n.F. zum Ausdruck gebracht worden, dass es sich um Beschäftigte handeln müsse, die einem arbeitgeberartigen Weisungsrecht des Betriebsinhabers unterlägen. § 7 Satz 2 BetrVG erweitere den Begriff der Arbeitnehmer des Betriebes gemäß § 7 Satz 1 BetrVG nur dahingehend, dass er die Voraussetzung einer vertraglichen Beziehung zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber des Beschäftigungsbetriebes entbehrllich mache. Er erfasse jedoch nicht Arbeitnehmer von Fremdundertnehmen, die nicht zumindest teilweise auf Grund einer aufgespaltenen Arbeitgeberstellung dessen Weisungsrechten unterlägen. Arbeitnehmer im Fremdfirmeneinsatz seien schon begrifflich nicht zur Arbeitsleistung überlassen, sondern blieben wegen des auswärtigen Einsatzes der Personalhoheit ihres Vertragsarbeitgebers unterstellt. Sie bedürften auch nicht des erweiterten Schutzes durch § 7 Satz 2 BetrVG, solange sie trotz des auswärtigen Einsatzes noch voll in die Arbeitsorganisation ihres Arbeitgebers einbezogen seien. Ent-

sprechend umfasse auch der Schutzbereich des AÜG nicht jeden drittbezogenen Arbeitseinsatz, sondern nur Fälle, in denen der Arbeitnehmer in den Betrieb des Entleihers eingegliedert seien.

Nordrhein-Westfalen:

- **ArbG Düsseldorf, Az: 4 BV 37/02 vom 10.07.02;** nachgehend: LAG Düsseldorf, Az: 5 TaBV 42/02 vom 31.10.02; BAG 7 ABR 53/02 vom 16.04.03:

„Die auch bei einem Antrag auf Erklärung der Unwirksamkeit der Wahl jederzeit zu beachtende Nichtigkeit einer Betriebsratswahl ist nicht schon dann gegeben, wenn bei der Wahl die Größe des zu wählenden Betriebsrats oder die Wahlberechtigung verkannt worden sind. Dies stellt lediglich einen Anfechtungsgrund im Sinne von § 19 Abs 1 BetrVG dar.

Mitarbeiter in der Freistellungsphase der Altersteilzeit sind bei der Bestimmung der Betriebsgröße gemäß § 9 BetrVG nicht zu berücksichtigen.

Soweit eine Betriebsgröße von 100 Arbeitnehmern überschritten ist, stellt das BetrVG nicht auf die Zahl der Wahlberechtigten, sondern vielmehr auf die Frage der regelmäßig Beschäftigten ab. Leiharbeitnehmern sind deshalb insoweit nicht bei der Berechnung der Betriebsgröße heranzuziehen.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl, insbesondere darüber, ob der zu bildende Betriebsrat sich aufgrund einer Betriebsgröße von mehr als 200 in der Regel beschäftigten Arbeitnehmern aus 9 Mitgliedern bzw. bei einer Betriebsgröße von weniger als 200 Mitarbeitern aus 7 Mitgliedern zusammensetzt.

Der Wahlvorstand war der Auffassung, dass unter der Berücksichtigung auch der Leiharbeitnehmern eine Belegschaftszahl von mehr als 201 Personen vorlag.

Nach dem ArbG war die Betriebsratswahl für unwirksam zu erklären.

Die Anfechtung der Betriebsratswahl die Arbeitgeberin greife durch. Bei dieser Wahl sei gegen die i.S. des § 19 Abs. 1 BetrVG wesentliche Wahlverfahrensvorschrift des § 9 Satz 1 BetrVG verstoßen worden. Es hätte nur ein siebenköpfiger Betriebsrat gewählt werden dürfen, da der Wahlvorstand im für die Feststellung der Arbeitnehmerzahl maßgeblichen Zeitpunkt des Erlasses des Wahlausschreibens nicht von mehr als 200 wahlberechtigten Arbeitnehmern i. S. des § 9 Satz 1 BetrVG hätte ausgehen dürfen.

Die im Betrieb beschäftigten Leiharbeitnehmer seien bei der Bestimmung der Betriebsgröße nicht zu berücksichtigen.

Leiharbeitnehmer seien trotz ihrer Wahlberechtigung nach § 7 Abs. 2 BetrVG nicht im Rahmen der Betriebsgröße zu berücksichtigen.

Zum einen seien im Rahmen der Neufassung des BetrVG keine entsprechenden Änderungen am Arbeitnehmerbegriff vorgenommen worden. § 9 BetrVG spreche insoweit im Bereich der hier relevanten Betriebsgröße von den in der Regel beschäftigten Arbeitnehmern. Insofern könne nicht die Frage der Wahlberechtigung konstitutiv sein, denn hier finde im Rahmen des § 9 BetrVG eine Differenzierung zwischen den Betriebsgrößen statt. Insoweit sei es dann im Hinblick auf die Formulierung des § 9 BetrVG auch konsequent, Leiharbeitnehmer zumindest bei der Berechnung von Betriebsgrößen bis 100 Arbeitnehmer heranzuziehen, soweit sie nach § 7 Abs. 2 BetrVG wahlberechtigt seien.

Zumindest soweit eine Betriebsgröße von 100 Arbeitnehmern überschritten ist, stelle das Gesetz nicht mehr auf die Wahlberechtigung, sondern vielmehr auf die Frage der regelmäßig Beschäftigten ab. Zumindest sobald diese Betriebsgröße erreicht sei, könne nicht mehr darauf abgestellt werden, ob die Wahlberechtigung nach § 7 Abs. 2 BetrVG vorliege.

Ab dieser Betriebsgröße könne daher ausschließlich auf § 5 BetrVG abgestellt werden. Der Arbeitnehmerbegriff des § 5 BetrVG sei jedoch nicht verändert worden.

Auch sei keine Harmonisierung der Rechte nach §§ 7,9 BetrVG mit dem § 14 Abs. 3 AÜG vorgenommen worden. Gemäß § 14 Abs. 1 AÜG blieben Leiharbeitnehmer auch während ihres Einsatzes Arbeitnehmer des Verleiherbetriebes. Die Rechte der Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb bestimmten sich nach § 14 Abs. 2 S. 3 sowie des Betriebsrats des Entleiherbetriebes nach § 14 Abs. 3 AÜG. Daher sei nicht von einer vollständigen Einordnung in den Entleiherbetrieb auszugehen.

§ 9 BetrVG setze jedoch voraus, dass ein Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber bestehe. Auch unter Berücksichtigung der Neuregelung des § 7 Abs. 2 BetrVG sei keine andere Bewertung möglich. Es sei nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit der Einführung eines Wahlrechts für Leiharbeiter unter bestimmten Voraussetzungen auch den Arbeitnehmerbegriff neu definiert habe. Hierfür gäben die Gesetzesmaterialien der entscheidenden Gremien nicht ausreichend Anhaltspunkte.

- **ArbG Herne, Az: 1 BV 1/02 vom 05.06.02;** nachgehend: LAG Hamm, Az: 10 TaBV 92/02 vom 15.11.02; BAG 7 ABR 3/03 vom 22.10.03:

„Eine Neudefinition des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs für die betriebsverfassungsrechtliche Situation sollte, wie in der amtlichen Begründung bereits zum Ausdruck gebracht, durch die Novellierung des BetrVG nicht erfolgen. Zur Ermittlung der Arbeitnehmerzahlen des § 38 BetrVG dürfen Leiharbeiter deshalb gemäß § 7 S 2 BetrVG nicht berücksichtigt werden.“

Der Betriebsrat begehrt von der Arbeitgeberin die uneingeschränkte Freistellung eines Betriebsratsmitgliedes von seiner beruflichen Tätigkeit.

Bei einer Betriebsratswahl wurde ein aus 9 Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt.

Das LAG ist der Ansicht, der Betriebsrat habe keinen Anspruch auf die begehrte Freistellung eines Betriebsratsmitgliedes.

Dieser lasse sich nicht auf § 38 Abs. 1 BetrVG stützen, da im Betrieb der Antragsgegnerin in der Regel nicht zumindest 200 Arbeitnehmer beschäftigt würden.

Der Begriff des Arbeitnehmers erfasse nur diejenigen Mitarbeiter, die dem Betrieb zugehörig sind. Dies treffe nur für diejenigen Arbeitnehmer zu, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber ständen und innerhalb der Betriebsorganisation des Arbeitgebers abhängige Arbeitsleistungen erbrächten. Zu den konstitutiven Merkmalen der Betriebszugehörigkeit gehörten demnach grundsätzlich zwei Komponenten: einerseits ein Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber, andererseits eine tatsächliche Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebsorganisation.

Die beschäftigten Leiharbeiter seien bei der Bestimmung der Schwellenwertgrenze des § 38 Abs. 1 BetrVG grundsätzlich nicht zu berücksichtigen, da sie nicht als betriebszugehörig im vorgenannten Sinne angesehen werden könnten.

Eine tatsächliche Eingliederung eines Arbeitnehmers ohne arbeitsvertragliche Bindung zum Betriebsinhaber in die Betriebsorganisation sei nicht geeignet, eine solche zu begründen. Dies ergebe sich bereits aus § 14 Abs. 1 AÜG. Danach blieben Leiharbeiter auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebes.

Auch aus den sonstigen Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes lasse sich keine Abkehr hinsichtlich der den Begriff des Arbeitnehmers prägenden Voraussetzung der Betriebszugehörigkeit entnehmen.

Die Vorschrift des § 5 Abs. 1 BetrVG i.d.F. v. 25.11.2001 als der maßgebliche Legaldefinition die bisherige Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers sei wortgleich übernommen worden. Daraus, dass diese gegenüber der vorherigen Fassung nunmehr in Satz 1 den Zusatz aufweise, dass dies "unabhängig davon" gelte, "ob sie im Betrieb, im Außendienst oder mit Telearbeit beschäftigt werden" und ausweislich Satz 2 als Arbeitnehmer nunmehr auch die in Heimarbeit Beschäftigten gälten, die in der Hauptsache für den Betrieb arbeiteten, lasse sich die generelle Einbeziehung der Leiharbeiter als Arbeitnehmer im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne nicht herleiten. Damit solle lediglich klar gestellt werden, "dass die in den unterschiedlichen Formen des Außendienstes tätigen Arbeitnehmer und insbesondere die in Telearbeit Beschäftigten zur Belegschaft des Betriebes gehören und daher in vollem Umfang dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates unterliegen." Eine Neudefinition des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs für die betriebsverfassungsrechtliche Situation habe damit gerade nicht vorgenommen werden sollen.

Nach § 7 S. 2 BetrVG seien Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers, die zur Arbeitsleistung überlassen würden, wahlberechtigt, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt würden. Einer solchen besonderen Regelung hätte es nicht bedurft, wenn sie von vornherein als Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes und damit auch von § 38 Abs. 1 BetrVG anzusehen wären.

Verbleibe es daher bei den bisherigen Kriterien zur Bestimmung des Begriffs "Arbeitnehmer" zu verbleiben, so könne diesem auch bei der Bestimmung der Schwellenwertgrenze keine abweichende allein auf diese Vorschrift des § 38 BetrVG begrenzte Auslegung mit dem Inhalt beigemessen werden, dass die Leiharbeiter dabei dennoch, zumindest aber im Hinblick auf die nach § 7 S. 2 BetrVG wahlberechtigten Leiharbeiter mit einzubeziehen seien.

Zwar solle die generelle Freistellung von Betriebsratsmitgliedern bei Erreichen der in § 38 BetrVG vorgesehenen Schwellenwerte die ordnungsgemäße Erfüllung von Betriebsratsaufgaben sicher stellen, ohne dass es eines weiteren Nachweises bedürfe. Allein die Tatsache, dass die Senkung der für die Freistellung maßgeblichen Arbeitnehmerzahl mit dem Aufgabenzuwachs für die Betriebsräte begründet werde, genüge aber nicht, um zugleich davon ausgehen zu können, dass dieser im Weiteren gerade durch Tätigkeiten für Leiharbeiter hervorgerufen werde und dieser Umstand deshalb nunmehr notwendigerweise zugleich auch ihre Berücksichtigung bei der Feststellung der Grenzzahlen fordere.

Zwar sei die tatsächliche Eingliederung eines Leiharbeiters in den Entleiherbetrieb unter betriebsverfassungsrechtlichen Aspekten insofern bedeutsam, als dem Entleiher-Betriebsrat Rechte und Pflichten zuständen, die nicht zwingend den rechtliche Bestand eines Arbeitsverhältnisses zum Betriebsinhaber voraussetzten. Auch trage die gesetzliche Zuerkennung von betriebsverfassungsrechtliche Individualrechten an den Leiharbeiter (vgl. § 14 Abs. 2 Satz 3 AÜG) sowie die Zubilligung von Teilnahme-rechten an Betriebs- und Jugendversammlungen (vgl. § 14 Abs. 2 Satz 2 AÜG) ebenfalls dem Umstand Rechnung, dass die tatsächliche Eingliederung der Leiharbeiter einzelne betriebsverfassungsrechtliche Rechte und Pflichten auslöse. Letztere hätten sich aber vom gesetzlichen Umfang her gegenüber dem vorherigen Rechtszustand nicht wesentlich verändert. und seien deshalb nicht geeignet, um Leiharbeiter bei der Bestimmung der Schwellenwertgrenze des § 38 BetrVG mit einzubeziehen. So komme ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats des Entleiherbetriebs nur ausnahmsweise dann in Betracht, wenn aufgrund des Normzwecks einerseits und des Direktionsrechts des Arbeitgebers des Entleiherbetriebs andererseits eine betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung der Leiharbeiter auch zum Entleiherbetrieb erforderlich sei, weil sonst die Schutzfunktion des Betriebsverfassungsrechts außer Kraft gesetzt würde.

Dass denjenigen Arbeitnehmern, die länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt würden, nach § 7 Abs. 1 S. 2 BetrVG nunmehr ein aktives Wahlrecht eingeräumt werde, vermöge eine abweichende Entscheidung nicht zu rechtfertigen.

Zwar werde damit dem Betriebsrat des Entleiherbetriebes nunmehr auch für diese Arbeitnehmer eine Repräsentanz eingeräumt und es könne die in § 7 S. 2 BetrVG damit zum Ausdruck gekommene legislative Wertung bei der Auslegung des § 38 BetrVG nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben. Dennoch könnten dadurch nicht dem Betrieb angehörende Arbeitnehmer (sog. Fremdfirmen-Arbeitnehmer) allenfalls partiell (z. B. Leiharbeiter) vom Betriebsrat repräsentiert werden, da ihm damit diesen gegenüber dennoch nicht sämtliche betriebsverfassungsrechtlichen Rechte und Pflichten eingeräumt würden.

Auch diene § 38 BetrVG ebenso § 9 BetrVG dem Zweck, die Funktionsfähigkeit des Betriebsrates zu gewährleisten und werde dessen Größe deshalb maßgeblich durch den die Anzahl der repräsentierten Arbeitnehmer bedingten Arbeitsaufwand bestimmt. Indem § 9 BetrVG bei der Bestimmung der Betriebsratsgröße bei Entleiherbetrieben bis zu einer Zahl von 51 Beschäftigten den Begriff des wahlberechtigten Arbeitnehmers ausdrücklich beibehalten habe, könnte zwar angenommen werden, dass hiervon auch die wahlberechtigten Leiharbeiter erfasst würden. Ein solcher Zusatz fehlt bei § 38 BetrVG aber gerade.

- **ArbG Detmold, Az: 2 BV 19/02 vom 04.06.02;** nachgehend: LAG Hamm, Az: 13 TABV 90/02 vom 14.01.03; BAG 7 ABR 11/03 vom 22.10.03:

„Leiharbeiter sind weder bei der Berechnung der Zahl der Betriebsratsmitglieder nach § 9 BetrVG noch bei der Zahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder nach § 38 BetrVG zu berücksichtigen.“

Die Arbeitgeberin beschäftigt u.a. auch 83 Leiharbeiter. Der Wahlvorstand, hat bei der Berechnung der Zahl der Mitglieder des Betriebsrates und der freizustellenden Betriebsratsmitglieder auch die Leiharbeiter berücksichtigt. Der Betriebsrat hat nun die Freistellung von 4 Mitgliedern beschlossen, diesem widerspricht die Arbeitgeberin.

Das ArbG führt aus, die Betriebsratswahl unwirksam, da gegen die gesetzlichen Bestimmungen des § 9 BetrVG verstoßen worden sei.

Die bei der Arbeitgeberin beschäftigten Leiharbeiter seien weder bei der Berechnung der Zahl der Betriebsratsmitglieder nach § 9 BetrVG noch bei der Zahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder nach § 38 BetrVG zu berücksichtigen.

Die Bestimmung des § 7 BetrVG sei nur dahin ergänzt worden, dass auch Arbeitnehmer, die dem Arbeitgeber von einem anderen Arbeitgeber zur Arbeitsleistung überlassen wurden, wahlberechtigt seien. Es sei für erforderlich gehalten worden, neben der Wahlberechtigung der Arbeitnehmer eines Betriebes auch die Wahlberechtigung der Leiharbeiter zu definieren. Daraus werde deutlich, dass die Leiharbeiter nicht zu den Arbeitnehmern des Betriebes rechnet, da es sonst einer gesetzlichen Regelung über die Wahlberechtigung der Leiharbeiter nicht bedurft hätte, sondern allenfalls einer Klarstellung, dass im Betriebsverfassungsgesetz die Leiharbeiter den Arbeitnehmern des Betriebes zuzurechnen seien, indem sie beschäftigt würden. Da eine solche Klarstellung nicht erfolgt sei, sei weiterhin davon auszugehen, dass der allgemeine Begriff des Arbeitnehmers sowohl in § 9 als auch in § 38 BetrVG beibehalten worden sei. Leiharbeiter seien aber als Arbeitnehmer des Entleihers anzusehen, der nur zum Teil seine Arbeitgeberfunktion auf den Entleiher übertragen habe und somit den Arbeitnehmern des Entleiherbetriebes nicht zuzurechnen. Zu berücksichtigen sei auch, dass die Leiharbeiter im Verleiherbetrieb wählbar und wahlberechtigt zum Betriebsrat seien und hier ihre besonderen Interessen durch einen Betriebsrat wahrgenommen werden könnten.

Rheinland-Pfalz:

- **ArbG Aachen, Az: 9 BV 30/02 vom 17.05.02:**

„Die Entscheidung des Wahlvorstandes, die Anzahl der Betriebsratsmitglieder im hier streitigen Fall auf 9 festzusetzen war nicht ermessensfehlerhaft. Aus der Gesamtschau der §§ 5, 7 und 9 BetrVG ergibt sich, daß eine konstante, durch immer wieder neue Leiharbeiter besetzte Stelle für die Berechnung des Schwellenwertes zählt und dies selbst dann, wenn der konkrete Leiharbeiter auf der konkreten Stelle einmal im Monat ausgetauscht wird. Die Hinzurechnung der von kontinuierlich durch Leiharbeiter besetzten Stellen rechtfertigt sich aus einer systematischen, teleologischen und historischen Auslegung des Begriffs "Arbeitnehmer" im Sinne des § 9 BetrVG.“

Die Beteiligten streiten um die Wirksamkeit der im Betrieb der Arbeitgeberin durchgeführten Betriebsratswahl.

Die Wählerliste weist 203 wahlberechtigte Personen aus, dabei wurden auch Mitarbeiter berücksichtigt, die als Leiharbeiter im Unternehmen beschäftigt waren. Die Beteiligten streiten insbesondere darüber, ob der Wahlvorstand die Größe des Betriebsrats mit 9 Mitgliedern gemäß § 9 BetrVG richtig bestimmt hat.

Das ArbG ist der Ansicht, die Wahl sei auch nicht deshalb unwirksam, weil die im Wahlausschreiben benannte Anzahl der Betriebsratsmitglieder zu hoch gewesen wäre.

Die Entscheidung des Wahlvorstandes, die Anzahl der Betriebsratsmitglieder auf 9 festzusetzen sei nicht ermessensfehlerhaft.

Der Wahlvorstand habe die schwierige Aufgabe, den Regelstand (Normalstand) zu ermitteln und zwar nicht nur im Hinblick auf die Belegschaftsstärke, sondern auch im Hinblick auf die Wahlberechtigung der Arbeitnehmer, soweit es in den ersten drei Staffeln des § 9 BetrVG darauf ankomme.

Die Entscheidung des Wahlvorstandes sei hier nicht ermessensfehlerhaft gewesen, weil im vorliegenden Betrieb mindestens 200 Arbeitnehmer im Sinne des § 9 BetrVG zählten und die Einbeziehung einer Vielzahl weiterer Beschäftigter rechtlich und tatsächlich nicht abwegig sei. Der Wahlvorstand habe davon ausgehen können, dass regelmäßig 201 oder mehr Arbeitnehmer im Betrieb beschäftigt seien.

Im Wege einer Konzernausleihe oder als Leiharbeiter Beschäftigte seien insoweit rechtlich gleich zu behandeln: Beide Beschäftigten seien keine Arbeitnehmer der Arbeitgeberin im Sinne des § 5 Abs. 1 BetrVG und lediglich vorübergehend im Betrieb im Einsatz.

Beide Beschäftigten seien hier auf einer "Planstelle" bzw. auf einer "budgetierten Stelle" tätig, also auf einem Arbeitsplatz, auf dem regelmäßig ein Mitarbeiter Arbeitsleistung erbringe.

Gerade wegen des häufigen Wechsels von unternehmensfremden Beschäftigten sei hier auf die Stelle bzw. den Arbeitsplatz abzustellen und nicht etwa auf die einzelne Person. Diesbezüglich gelte hier glei-

ches wie bei ständig wechselnden unternehmenseigenen Aushilfskräften. Es sei darauf abzustellen, welche Anzahl für einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten im Jahr beschäftigt worden sei, und ob auch künftig mit der Beschäftigung in gleichem Umfang gerechnet werden könne.

Aus der Gesamtschau der §§ 5, 7 und 9 BetrVG ergebe sich, dass eine solche konstante, durch immer wieder neue Leiharbeitnehmer besetzte Stelle für die Berechnung des Schwellenwertes zähle.

Zwar seien i.S.v. § 5 BetrVG lediglich solche Beschäftigten "Arbeitnehmer", die durch einen Arbeitsvertrag mit dem Arbeitgeber verbunden seien. Das sei bei Leiharbeitnehmern gegenüber dem Entleiher nicht der Fall. Sie seien keine Arbeitnehmer im Sinne des § 5 BetrVG. Wenn nun in § 9 BetrVG von "Arbeitnehmern" die Rede sei, dann bestehe zunächst kein Anlass, die Leiharbeitnehmer hinzuzurechnen. Auch § 7 Satz 2 BetrVG erweitere nicht die Definition des "Arbeitnehmers" im Sinne des § 5 Abs. 1 BetrVG um die Leiharbeitnehmer, die längere Zeit im Unternehmen beschäftigt seien, sondern bestimme lediglich, dass letztere an der Betriebsratswahl des Entleiherbetriebes passiv teilnehmen dürften.

Die Hinzurechnung der von kontinuierlich durch Leiharbeitnehmer besetzten Stellen rechtfertige sich jedoch aus einer systematischen, teleologischen und historischen Auslegung des Begriffs "Arbeitnehmer" im Sinne des § 9 BetrVG.

Aus systematischen Erwägungen verbiete es sich, den Begriff "Arbeitnehmer" im Sinne des § 9 BetrVG auf den Begriff des § 5 BetrVG zu reduzieren. Schon aus § 5 Abs. 1 und Absatz 2 BetrVG folge, dass nicht jeder Arbeitnehmer für alle Regelungen des Gesetzes auch "Arbeitnehmer im Sinne der Regelung" sei. In den ersten drei Staffeln des § 9 BetrVG sei auch nach der Novellierung des Gesetzes von "wahlberechtigten Arbeitnehmern" die Rede. Mangels gegenteiliger Formulierungen müsse davon ausgegangen werden, dass der Zusatz "wahlberechtigte" eine Einschränkung des Begriffs und nicht etwa eine Erweiterung darstelle. Würde die Regelung aber im Hinblick auf die Leiharbeitnehmer beim Wort genommen, so würde der Arbeitgeber privilegiert, der seine "Planstellen" mit ständig (im Abstand von unter drei Monaten, § 7 Satz 2 BetrVG) wechselnden Leiharbeitnehmern besetze. Dieses Ergebnis wäre absurd und widerspräche dem aus § 9 AÜG abzulesenden Ziel des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, dauerhafte Einstellungen beim Entleiherbetrieb zu fördern. Da nach der neuen Rechtslage also Leiharbeitnehmer unter der Voraussetzung eines mindestens drei Monate währenden Einsatzes zum "Wahlvolk" zählen, bestimme auch eine kontinuierlich mit Leiharbeitnehmern besetzte Stelle den Schwellenwert nach § 9 mit.

Auch sei Sinn und Zweck des § 9 die Größe des Betriebsrats dem Umfang der anfallenden Aufgaben anzupassen. Je mehr Personen im Betrieb beschäftigt seien, umso mehr habe der Betriebsrat zu tun und umso mehr Mitglieder müsse er haben, um seine Aufgaben zu erfüllen. Ausgerechnet die Leiharbeitnehmer zwar mitwählen zu lassen, aber nicht mitzuzählen widerspreche diesem Sinn. Gerade der Einsatz von Leiharbeitnehmern, insbesondere wenn die ausgeliehenen Personen häufig wechselten, führe zu einem erheblichen Mehraufwand für den Betriebsrat, um seinen Pflichten aus § 14 AÜG nachzukommen. Das Ergebnis widerspreche auch nicht der gesetzgeberischen Absicht, in kleinen oder mittleren Betrieben zu einem vereinfachten Wahlverfahren zu kommen. Es sei vielmehr umgekehrt: Für einen Wahlvorstand sei weitaus schwieriger einzuschätzen, welche konkrete Person wann und für wie lange eingesetzt worden sei bzw. werden solle, als zu beurteilen, wie viele Arbeitsplätze ("Planstellen") regelmäßig besetzt seien.

Auch die historische Auslegung führe zu keinem anderen Ergebnis. Die Bundesregierung habe die hier vertretene Auffassung wiedergegeben. Dass der Gesetzgeber diese Klarstellung nicht in den Gesetzestext aufgenommen habe, spriche nicht dafür, dass er das gegenteilige Ergebnis festschreiben wollte.

Die Frage, wer Arbeitnehmer im Sinne des § 9 BetrVG sei, lasse sich nicht auf die Formel "wer wählt, der zählt" reduzieren. Vielmehr komme es auf die Zahl der regelmäßig besetzten Arbeitsplätze bzw. Stellen an. Diese Stellen könnten auch besetzt sein durch Leiharbeitnehmer und dies selbst dann, wenn der konkrete Leiharbeitnehmer auf der konkreten Stelle einmal im Monat ausgetauscht werde (dann zähle zwar die Stelle, der Leiharbeitnehmer wähle aber nicht).

Schleswig-Holstein:

- **ArbG Kiel, Az: 1 BV 7 b/04 vom 02.02.04:**

Die Beteiligten streiten über die Anzahl der im Betriebsrat gem. § 38 BetrVG zustehenden Freistellungen. Sie sind sich dabei uneinig über die hierbei zugrunde zu legende Mitarbeiterzahl, insbesondere darüber, ob Leiharbeiter hierbei zu berücksichtigen sind.

Es wurde, unter Berücksichtigung der Leiharbeiter, ein elfköpfiger Betriebsrat im Betrieb des Arbeitgebers gewählt. Zwei Betriebsratsmitglieder waren freigestellt.

Das ArbG führt aus, dem Betriebsrat stehe nur ein freigestelltes Mitglied zu. Im Betrieb seien nicht mehr als 500 Arbeitnehmer im Sinne von § 38 Abs. 1 BetrVG beschäftigt, da Leiharbeiter nicht mitzuzählen seien.

Leiharbeiter seien keine Arbeitnehmer des Arbeitgebers, insofern sei die Voraussetzung „Arbeitnehmer“ in § 38 Abs.1 BetrVG nicht erfüllt. Leiharbeiter seien keine Arbeitnehmer des Entleihers, sondern lediglich des Verleihers. Auch durch die Einräumung des aktiven Wahlrechts für Leiharbeiter in § 7 Satz 2 BetrVG habe sich an diesem Status nichts geändert. Im Gegenteil, § 7 BetrVG differenziere ausdrücklich zwischen Arbeitnehmern des Betriebs und Arbeitnehmern eines anderen Arbeitgebers.

Das Argument eines erhöhten Aufwands für die Leiharbeiter führe nicht weiter. Der Umfang der Arbeitsbelastung habe den Gesetzgeber gerade nicht veranlasst, die Zahl der Betriebsratsmitglieder zu erhöhen. Die Regelung des § 7 Satz 2 BetrVG diene allein der höheren Legitimität des Betriebsrats auch in Bezug auf dessen Handlungen gegenüber Leiharbeitern.

- **ArbG Elmsborn, Az: 5 BV 39d/02 vom 31.10.02**; nachgehend: LAG Schleswig-Holstein, Az: 2 TaBV 39/02 vom 25.03.03:

„Praktikanten sind als wahlberechtigte Arbeitnehmer bei der Wahl eines Betriebsrats zu berücksichtigen, wenn ihnen auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages berufliche Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen vermittelt werden sollen. Das ist nicht der Fall, wenn nur ein allgemeiner Einblick in das Arbeitsleben vermittelt werden soll, zB im Rahmen eines schulischen Betriebspraktikums. Ein privatrechtlicher Vertrag ist auch zu bejahen, wenn der Praktikant in einem überbetrieblichen Ausbildungszentrum ausgebildet wird und die berufspraktische Ausbildung als Praktikum in einem Betrieb geleistet wird. Wird der berufspraktischen Ausbildung eine "Schnupperphase" vorgeschaltet, die dazu dient, sich einen Eindruck darüber zu verschaffen, ob Betrieb und Praktikant sich für längere Zeit (hier ein Jahr) aneinander binden wollen, liegt eine Probezeit im Rahmen des Praktikums vor. Auch in dieser Zeit soll der Praktikant die tägliche Arbeit kennen lernen und an ihr mitwirken. Erhält der Praktikant seine Ausbildungsvergütung nicht vom Betrieb, steht dies der Einordnung als Arbeitnehmer nicht entgegen.“

(Zum Sachverhalt vgl. LAG Schleswig-Holstein, Az: 2 TaBV 39/02 vom 25.03.03)

Nach Ansicht des ArbG ist die Betriebsratswahl rechtmäßig und unter zutreffender Beachtung der entsprechenden Vorschriften des BetrVG erfolgt.

Nichtigkeit wegen der Wahl eines zu großen Betriebsrats liege nicht vor. Es sei ein dreiköpfiger Betriebsrat zu wählen gewesen, § 9 Abs. 1, 2. Fall BetrVG. Im maßgeblichen Zeitpunkt sei die dafür erforderliche Mindestanzahl von 21 wahlberechtigten Arbeitnehmern gegeben gewesen. Zu dieser Zeit sei die Praktikantin gem. § 7 Satz 1 BetrVG wahlberechtigte Arbeitnehmerin gewesen und vom Wahlvorstand zu Recht auf die Wählerliste gesetzt worden.

Die Praktikantin sei Arbeitnehmerin i.S. des § 5 Abs. 1 BetrVG. Hiernach zählten zu den Arbeitnehmern auch die zu ihrer Berufsausbildung beschäftigten Personen. Dazu gehörten auch Praktikanten, wenn ihnen auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages berufliche Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen vermittelt werden sollten. Dies sei hier der Fall gewesen.

Die Praktikantin sei auch nicht als Leiharbeiterin i.S. des AÜG im Betrieb tätig gewesen. Damit komme es nicht darauf an, dass sie im Zeitpunkt der Wahl noch nicht 3 Monate im Betrieb tätig gewesen sei. Leiharbeit setze voraus, dass der Schwerpunkt auf der Überlassung von Arbeitskraft liege. Vorliegend habe sie jedoch als Praktikantin ausgebildet werden sollen. Sie habe mithin erst lernen sollen, eine vollwertige Arbeitskraft im Betrieb zu werden. Der Schwerpunkt habe hier mithin auf der praktischen Ausbildung gelegen.

VI. § 14 BetrVG

Die Veränderungen des § 14 BetrVG gaben kaum Anlass zu gerichtlichen Auseinandersetzungen. Stellung bezogen die Gerichte dabei zum Begriff des „Wahlvorschlages“ bei einer Mehrheitswahl sowie zu der erforderlichen Anzahl von Stützunterschriften.

- LAG Nürnberg, Az: 9 TaBV 24/03 vom 15.03.04
- LAG Brandenburg, Az: 4 TaBV 15/03 und 4 TaBV 16/03 vom 12.02.04
- Hessisches LAG, Az: 9 TaBV Ga 7/02 vom 28.01.02
- LAG Hamm, Az: 10 TaBV 63/02 vom 24.05.02
- ArbG Bonn, Az: 2 BV 54/02 vom 10.01.03

1. Landesarbeitsgerichte

Bayern:

- **LAG Nürnberg, Az: 9 TaBV 24/03 vom 15.03.04;** vorgehend: ArbG Bamberg, Az: 3 BV 3/02 C vom 08.01.03; nachgehend: BAG 7 ABR 39/04 vom 25.05.05:

„Ein schuldhafter Verstoß gegen die Pflicht zur unverzüglichen Prüfung eines Wahlvorschlages gemäß § 7 Abs 2 WO liegt nur dann vor, wenn es der Vorsitzende des Wahlvorstandes unterlassen hat, eine sofortige Sitzung des Wahlvorstandes anzuberaumen, obwohl nach Einreichung eines fehlerhaften Wahlvorschlages bis zum Ablauf der Einreichungsfrist ein ausreichender Zeitraum für die Prüfung des Wahlvorschlages, die Vorbereitung der Sitzung und die Ladung der Mitglieder des Wahlvorstandes zur Verfügung gestanden hätte.

Ein Verstoß gegen die Pflicht zur unverzüglichen Prüfung eines Wahlvorschlages führt dann nicht zur Anfechtbarkeit der Wahl im Rahmen des § 19 Abs 1 BetrVG, wenn in einer sofort einberufenen Sitzung des Wahlvorstandes keine Maßnahme mehr möglich gewesen oder getroffen worden wäre, die zu einer Behebung des festgestellten Mangels noch vor Ablauf der Einreichungsfrist geführt hätte.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer durchgeführten Betriebsratswahl.

Gemäß § 14 Abs. 3 und Abs. 5 BetrVG könne eine Gewerkschaft neben den wahlberechtigten Arbeitnehmern eines Betriebes einen Wahlvorschlag einreichen. Dieser müsse aber als solcher der Gewerkschaft erkennbar sein und von zwei Beauftragten unterzeichnet werden, § 14 Abs. 5 BetrVG.

Hier handle es sich schon nach dem Inhalt und dem äußeren Erscheinungsbild des Wahlvorschlages nicht um einen einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft. An die Liste der Wahlbewerber schließe sich nämlich die der „Unterzeichner der Liste“ an. Bei diesen werde die Art der Beschäftigung im Betrieb und die Betriebsabteilung aufgeführt. Damit werde deutlich, dass es sich bei diesen um Unterzeichner i.S.d. § 14 Abs. 4 BetrVG handle, bei denen es sich um wahlberechtigte Arbeitnehmer des Betriebes handeln müsse. Letzteres werde durch die Art der Beschäftigung im Betrieb und die aufgeführte Abteilung dokumentiert. Außerdem sei der Wahlvorschlag auch nicht von zwei Beauftragten der Gewerkschaft unterzeichnet worden.

Brandenburg:

- **LAG Brandenburg, Az: 4 TaBV 15/03 und 4 TaBV 16/03 vom 12.02.04;** vorgehend: ArbG Neuruppin, Az: 2 BV 3/03 vom 03.07.03:

„Auch bei einer Mehrheitswahl kann ein Wahlvorschlag mehrere Personen umfassen und benötigt damit als Wahlvorschlag insgesamt auch nur die erforderliche Mindestzahl von Stützunterschriften.“ (Leitsatz der Bearbeiterin)

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer durchgeführten Betriebsratswahl.

Ob bei Durchführung einer Mehrheitswahl jeder einzelne Wahlvorschlag, d.h. jede einzelne Person, die erforderliche Mindestanzahl von Stützunterschriften haben müsse, oder ob es auch bei einer Mehrheits-

wahl möglich sei, dass der Wahlvorschlag mehrere Personen umfasse und diese Personen insgesamt nur die erforderliche Mindestanzahl von Stützunterschriften benötigten, lässt das LAG offen.

Es führt aus, für die Annahme, jede einzelne Person müsse die erforderlichen Stützunterschriften ausweisen, spreche, dass jeder Wahlberechtigte rechtsgültig nur einen Wahlvorschlag unterstützen könne und bei der Mehrheitswahl im Grunde jede einzelne Person ein eigenständiger Wahlvorschlag sei.

Dennoch sei davon auszugehen, dass ein Wahlvorschlag auch bei einer Mehrheitswahl mehrere Personen umfassen könne und damit als Wahlvorschlag auch nur die Mindestzahl von Stützunterschriften benötige. Aus § 6 Abs.1, Abs.2 WO ergebe sich, dass auch bei der Mehrheitswahl davon ausgegangen werde, dass ein Wahlvorschlag mehrere Personen umfassen solle. Dann könne aber nicht angenommen werden, dass bei einer Mehrheitswahl jeder einzelne Wahlbewerber oder jede einzelne Wahlbewerberin die Mindestanzahl von Stützunterschriften aufweisen müsse, da § 14 Abs.2 BetrVG sich auf Wahlvorschläge beziehe und nicht auf Einzelpersonen.

Hessen:

- **Hessisches LAG, Az: 9 TaBV Ga 7/02 vom 28.01.02;** vorgehend: ArbG Darmstadt, Az: 7 BV GA 2/02 vom 24.01.02:

„Die gesonderten einzelnen Zustimmungserklärungen von 20 Wahlbewerbern ersetzen nicht die nach § 14 Abs 4 BetrVG notwendigen Stützunterschriften zur Vorschlagsliste.

Im Beschwerdeverfahren im Eilbeschlußverfahren kann nach §§ 87 Abs 2, 85 Abs 2, 62 Abs 2 ArbGG, 937 Abs 2 ZPO ohne mündliche Verhandlung (Anhörung) über die Beschwerde gegen den antragszurückweisenden, aufgrund mündlicher Verhandlung ergangenen Beschluß des Arbeitsgerichts entschieden werden, wenn diese zB wegen der unmittelbar bevorstehenden Betriebsratswahl nicht mehr möglich ist.“

Die Antragsteller verfolgen die Zulassung ihrer Vorschlagsliste zur Betriebsratswahl.

Die Vorschlagsliste enthielt 20 Bewerber mit Namen, Vornamen, Geburtsdatum und Tätigkeit. Für jeden Bewerber wurde eine "Einverständniserklärung" beigefügt, in der dieser sein Einverständnis in die Vorschlagsliste zur Betriebsratswahl erklärte.

Der Wahlvorstand teilte dem Listenvertreter mit, die eingereichte Liste sei nach § 8 Abs. 3 WO ungültig. Dieser forderte seinerseits den Wahlvorstand auf, die Liste zuzulassen. An der in § 14 Abs. 4 BetrVG genannten Zahl der unterstützenden Unterschriften fehle es nicht. Zum einen überstiege die Anzahl der Bewerber auf dieser Liste die geforderte Zahl der Unterstützer. Zum anderen seien die der Vorschlagsliste beigefügten Einverständniserklärungen der Wahlbewerber zugleich als Stützunterschriften im Sinne des § 14 Abs. 4 BetrVG zu werten. Ein Wahlbewerber, der seiner Bewerbung zustimme, unterstütze regelmäßig auch seine Liste.

Das LAG ist der Ansicht, der Wahlvorstand habe die Liste zu Recht zurückgewiesen, da die Stützunterschriften fehlten. Denn nach § 14 Abs. 4 BetrVG müsse ein Wahlvorschlag von mindestens einem Zwanzigstel der wahlberechtigten Arbeitnehmer, mindestens jedoch von drei Wahlberechtigten, unterzeichnet sein.

Aus dem Wahlvorschlag (Vorschlagsliste) selbst müsse erkennbar sein, wer Wahlbewerber sein wolle und wer mit seiner unterschriebenen Bereiterklärung nicht nur seine Kandidatur erklären, sondern zugleich auch die eigene Liste stützen wolle. Der Wahlvorschlag müsse durch eine entsprechende Rubriküberschrift deutlich ausweisen, dass von Wahlbewerbern abgegebene Unterschriften sowohl die Funktion einer betätigten Bereiterklärung zur Kandidatur wie auch ferner die einer Stützunterschrift für die gesamte Liste haben solle. Dabei bedürfe es einer räumlich-körperlichen, gegen Trennung gesicherte Verbindung der Vorschlagsliste (Namen der Wahlbewerber) und der Stützunterschriften. Allenfalls dann, wenn bei einem Wahlvorschlag die Namen und die Reihenfolge und Unterschriften der Wahlbewerber mit der gleichzeitig vorgelegten Liste der Unterstützer identisch seien, könne auf das Erfordernis einer festen körperlichen Verbindung verzichtet werden.

Vorschlagslisten seien ohne die erforderliche Anzahl von Stützunterschriften unheilbar unwirksam. Im Interesse einer richtigen und vollständigen Wählerinformation müsse der Wahlvorschlag aus sich heraus Auskunft darüber geben, wer kandidiere und zur Kandidatur auch bereit sei und wer die aufgeführten Wahlbewerber mit seiner Unterschrift als Wahlberechtigter unterstütze, weil er ihnen das Vertrauen schenke und sie damit im Zweifel auch anderen Wahlberechtigten empfehle. Dieses formalisierte Erfordernis

dernis solle dem Wahlvorstand die leichte und sichere Prüfung der eingereichten Vorschlagslisten gemäß § 7 WahlO ermöglichen. Er sei nach dem Gesetz auch nicht verpflichtet, die Umstände des Zustandekommens einzelner Vorschlagslisten bei auftretenden Zweifelsfragen zu klären, wenn diese kurz vor Fristablauf eingereicht würden. Das wäre mit dem Prinzip der Gleichbehandlung aller Wahlbewerber und aller Vorschlagslisten unvereinbar. Bei unheilbaren Mängeln im Sinne des § 8 Abs. 1 WahlO sei auch eine mittelbare Fristverlängerung auf dem Wege ergänzender Ermittlungen der Umstände des Zustandekommens der Liste und zur Vermeidung von Formmängeln nicht möglich.

Die Kandidatur-Bereiterklärungen im Sinne des § 6 Abs. 4 Satz 2 WahlO seien nicht in doppelter Bedeutung, nämlich auch als Stützunterschriften im Sinne von § 14 Abs. 4 BetrVG erkennbar. Aus ihrem Inhalt ergebe sich eindeutig nur die Bereiterklärung zur Kandidatur. Die Schlussfolgerung, wer sich zur Kandidatur auf einer bestimmten Liste bereit erkläre, unterstütze diese Liste, sei zwar möglich. Unter Umständen reiche auch eine Unterschrift aus. Diese habe aber eine Rubrikbezeichnung "Zustimmung des Kandidaten, zugleich Stützunterschrift zur Liste" erfordert. Durch die Bereiterklärung stimme der Kandidat nur seiner eigenen Bewerbung zu. Dadurch sei nicht einmal gewährleistet, dass er die übrige Liste kenne und über seine eigene Kandidatur hinaus insgesamt unterstütze.

Nordrhein-Westfalen:

- **LAG Hamm, Az: 10 TaBV 63/02 vom 24.05.02;** vorgehend: ArbG Bielefeld, Az: 2 BVGa 7/02 vom 15.05.02:

„Der für eine Betriebsratswahl abgegebene Wahlvorschlag und die nach § 14 Abs 4 BetrVG erforderlichen Stützunterschriften müssen, wenn sie aus mehreren Blättern bestehen, zu einer einheitlichen zusammenhängenden Urkunde verbunden und gegen Trennung gesichert werden. Die neuere Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 24.09.1997, XII ZR 234/95 = BGHZ 137, 357 - NJW 1998, 58) und des BAG (Urteil vom 07.05.1998, 2 AZR 55/98 = AP Nr 1 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste); Beschluss vom 24.01.2001, 4 ABR 4/00 = AP Nr 1 zu § 3 BetrVG 1972) zum Schriftformerfordernis des §126 BGB steht dem nicht entgegen.“

Die Beteiligten streiten über die Pflicht des Wahlvorstandes, eine eingereichte Vorschlagsliste zur Betriebsratswahl zuzulassen.

Das LAG führt aus, die Vorschlagsliste sei bei ihrer Einreichung beim Wahlvorstand nicht ordnungsgemäß im Sinne der §§ 14 Abs. 4 BetrVG, 6, 8 Abs. 1 Satz 3 WO gewesen.

Nach § 14 Abs. 4 Satz 1 BetrVG müsse jeder Wahlvorschlag der Arbeitnehmer von mindestens einem Zwanzigstel der wahlberechtigten Arbeitnehmer, mindestens jedoch von drei Wahlberechtigten unterzeichnet sein. § 6 der WO regelt zudem, welche Anforderungen an eine gültige Vorschlagsliste gestellt werden müssen.

Der eingereichte Wahlvorschlag sei nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 WO ungültig. Hiernach seien Vorschlagslisten ungültig, die bei der Einreichung nicht die erforderliche Zahl von Unterschriften (§ 14 Abs. 4 BetrVG) aufwiesen. Unterzeichnung im Sinne des § 14 Abs. 4 Satz 1 BetrVG bzw. Unterschrift im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 3 WO sei die eigenhändige Unterschriftsleistung des Wahlvorschlags durch die Unterstützer. Jeder Wahlvorschlag sei ein gemeinsamer Vorschlag aller, die ihn unterzeichnet hätten, nicht etwa ein Vorschlag nur des Listenvertreters und des Einreichers. Deshalb müssten alle Unterschriften den gesamten Wahlvorschlag decken. Die Unterschriften müssten auf dem Wahlvorschlag selbst geleistet werden. Beständen der Wahlvorschlag und die Unterschriftenliste aus mehreren Blättern, müssten diese zu einer einheitlichen zusammenhängenden Urkunde verbunden und gegen Trennung gesichert werden. Diese Verbindung müsse von Anfang an, d.h. beim Leisten der ersten Stützunterschrift, bis zur letzten Stützunterschrift bestehen. Unterschriften auf blanken Blättern, die erst später mit der Vorschlagsliste verbunden würden, seien unzulässig. Ein rein geistiges Aufeinander-Bezogen-Sein zweier Listen, Urkunden, von denen im Einzelfall und im Nachhinein behauptet und/oder glaubhaft gemacht werde, sie seien beim Leisten jeder Stützunterschrift zusammen vorgelegt gewesen, sei unzureichend. Die Sicherung der Vorschlags- und Unterschriftenlisten gegen Trennung und damit die Wahrung des urkundlichen Zusammenhangs beider während des Leistens aller Stützunterschriften seien für einen wirksamen Wahlvorschlag im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes unverzichtbar.

Hier enthalte Seite 1 der Vorschlagsliste keine ausreichende Anzahl von Stützunterschriften. Die auf den Seiten 2 und 3 der Vorschlagsliste enthaltenen Unterschriften könnten keine Berücksichtigung finden, weil die Stützunterschriften auf losen Blättern gesammelt worden seien, die mit der Kandidatenliste nicht fest verbunden gewesen seien. Die Tatsache, dass die Kandidatenliste den jeweiligen Unterstützern bei ihrer Unterschriftsleistung vorgelegen habe, sei insoweit unzureichend. Es sei in jedem Fall eine Siche-

rungsvorkehrung erforderlich, die ein sonst leicht zu bewerkstellendes, zeitweiliges und auf beiden Urkundsteilen spurloses Trennen derselben verhindere. Nur so sei der Wahlvorstand in der Lage, schnell und verhältnismäßig sicher festzustellen, ob der Wille der den Wahlvorschlag unterschriftlich unterstützenden Wahlbewerber korrekt gebildet sei. Auf der dem Wahlvorstand eingereichten Kandidatenliste fänden sich aber lediglich neun Stützunterschriften; diese erreichten das erforderliche Quorum von 27 nicht. Blatt 2 und 3 des Wahlvorschlages habe der Wahlvorstand zu Recht unberücksichtigt gelassen, weil diese Seiten mit Seite 1, die die Kandidatenliste enthalte, nicht fest verbunden gewesen seien.

Weder die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH, Urteil vom 24.09.1997 - BGHZ 137, 357 = ZIP 1997, 2085 = NJW 1998, 58) noch die des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Urteil vom 07.05.1998 - AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste; BAG, Beschluss vom 24.01.2001 - AP Nr. 1 zu § 3 BetrVG 1972) führe zu einem anderen Ergebnis. Zwar erfordere die Schriftform des § 126 BGB nach dieser Rechtsprechung keine körperliche Verbindung der einzelnen Blätter der Urkunde, wenn sich deren Einheit aus fortlaufender Paginierung, fortlaufender Nummerierung der einzelnen Bestimmungen, einheitlicher graphischer Gestaltung, inhaltlichem Zusammenhang des Textes oder vergleichbaren Merkmalen zweifelsfrei ergebe. Dieser Rechtsprechung hätten jedoch Fallgestaltungen zugrunde gelegen, in denen die abschließende Unterschrift unter eine mehrseitige Urkunde geleistet worden sei. Im vorliegenden Fall des § 14 Abs. 4 BetrVG seien jedoch zahlreiche Unterschriften erforderlich, die einen bestimmten Wahlvorschlag unterstützen sollten. Es solle nicht ein Rechtsgeschäft, dessen Urkunde aus mehreren Seiten besteht, unterzeichnet werden, vielmehr sollten zahlreiche, auf mehreren Seiten befindliche Unterschriften einen auf einer Seite befindlichen Wahlvorschlag unterstützen. Im vorliegenden Fall seien die Stützunterschriften auf mehreren losen Seiten verteilt, ohne dass auf Blatt 2 und 3 ausdrücklich erkennbar sei, auf welchen Wahlvorschlag sich die geleistete Unterschrift beziehe. Zwar enthielten die drei Seiten des Wahlvorschlages eine fortlaufende Paginierung, "1/3", "2/3" und "3/3", die drei Seiten seien auch jeweils rechts oben mit "Wahlvorschlag" überschrieben; schließlich enthielten die drei Seiten eine fortlaufende Nummerierung der jeweiligen Unterschriften, auf Seite 1 die Nummern 1. bis 9., auf Seite 2 die Nummern 10. bis 46. und auf Seite 3 die Nummern 47. bis 50.. Allein hieraus habe der Wahlvorstand bei seiner Überprüfung der Gültigkeit des Wahlvorschlages jedoch nicht entnehmen können, ob der Wille der den Wahlvorschlag unterschriftlich unterstützenden Wahlbewerber korrekt gebildet sei und ob dem Unterstützer des Wahlvorschlages bei seiner Unterzeichnung auch die Kandidatenliste, wie sie auf Seite 1 des Wahlvorschlages enthalten sei, vorgelegen habe. Aus diesem Grunde sei für den Fall des § 14 Abs. 4 BetrVG erforderlich, dass sich die Stützunterschriften auf dem Wahlvorschlag selbst befänden und der Teil, auf dem die Stützunterschriften angebracht werden, gegen Trennung gesichert und zu einer einheitlich zusammenhängenden Urkunde verbunden sei.

2. Arbeitsgerichte

Nordrhein-Westfalen:

- **ArbG Bonn, Az: 2 BV 54/02 vom 10.01.03;** nachgehend: LAG Köln, Az: 5 TaBV 36/03 vom 18.12.03; nachgehend: BAG 7 ABR 10/04 vom 25.05.05;

„Jedenfalls dann, wenn aufgrund Kollektivvereinbarung die Zahl der in den Gesamtbetriebsrat zu entsendenden Betriebsratsmitglieder abweichend geregelt (vorliegend: verringert) wird, ist die Entsendungswahl grundsätzlich im Wege der den Minderheitenschutz gewährleistenden Verhältniswahl durchzuführen.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit von Entsendungswahlen einer Entsendungsversammlung von Betriebsräten zum Gesamtbetriebsrat.

Das LAG ist der Ansicht, über die Entsendung von Betriebsratsmitgliedern in den Gesamtbetriebsrat sei im Wege der Verhältniswahl zu entscheiden.

Mit dem früheren Gruppenproporz sei Minderheitenschutz bewirkt worden, diesem bedürfe es nach wie vor. Minderheitenschutz gewährleiste das Betriebsverfassungsgesetz aber auch unabhängig von dem bisherigen Gruppenschutz, denn es statuiere die Verhältniswahl als Grundprinzip betriebsverfassungsrechtlicher Wahlvorgänge. Wegen der Schutzwirkung des Gruppenproporzses sei die Bedeutung des Wahlverfahrens für den Minderheitenschutz jedoch bislang nicht in den Vordergrund getreten.

Eine grundsätzliche Entscheidung des Betriebsverfassungsgesetzes für die Mehrheitswahl sei nicht erkennbar, sie stelle vielmehr die Ausnahme von der Regel dar. Das BetrVG enthalte keine Festlegung auf die Wahl mit einfacher Stimmenmehrheit.

Vielmehr bestehe eine grundsätzliche Festlegung des Verhältniswahlsystems für betriebsverfassungsrechtliche Wahlen, dies folge aus §§ 14 II S. 1, 27 I S. 3, 38 II S. 1 BetrVG und sei zu beachten, solange der Gesetzgeber keine anderweitige Regelung treffe.

Das BetrVG habe sich in den gesetzlich geregelten Fällen insbesondere für die Besetzung von Gremien der Mitbestimmung und teilweise noch darüber hinaus grundsätzlich für die Verhältniswahl entschieden und diese zwingend vorgeschrieben. Es handele sich um diejenigen Wahlvorgänge, bei denen mindestens zwei Listen gebildet werden könnten. Scheitere eine Verhältniswahl an den tatsächlichen Umständen, weil nicht wenigstens zwei Listen zustande kämen oder aber z.B. nur ein einzelnes Mitglied in den Gesamtbetriebsrat zu entsenden sei, verbliebe allerdings die Mehrheitswahl; zusätzlich und nur aus Vereinfachungsgründen gelte die Mehrheitswahl daneben noch im gesetzlich bestimmten Sonderfall kleiner Betriebe gem. § 14 a BetrVG.

Diese Grundsätze seien durch das Betriebsverfassungsreformgesetz 2001 trotz zunächst abweichender Pläne nicht abgeschafft worden, obwohl ihnen gravierende verfassungsrechtliche Bedenken entgegen gehalten worden seien. Es sei bei der grundsätzlichen Festlegung des Verhältniswahlsystems für betriebsverfassungsrechtliche Wahlen verblieben (§§ 14 II S. 1, 27 I S. 3, 38 II S. 1 BetrVG). Damit bleibe zugleich Minderheitenschutz und eine institutionelle Beteiligung von Minderheitengruppierungen gewährleistet.

VII. § 14 a BetrVG

Für das neu eingeführte vereinfachte Wahlverfahren für Kleinbetriebe, von seinen Gegnern aufgrund der kürzeren Fristenregelung auch gerne als „Hau-ruck-Wahl“ bezeichnet, haben sich die befürchteten Anfechtungsrisiken nicht bestätigt. Nur wenige Wahlen nach § 14 a BetrVG hatten ein gerichtliches Nachspiel – dies bestätigt, dass dieses Wahlverfahren von den Kleinbetriebe gut umgesetzt wird und keinesfalls zu kompliziert für diese ist, wie zunächst bemängelt wurde.

- BAG 7 ABR 24/03 vom 19.11.03
- LAG Berlin, Az: 5 TaBV 1990/02 vom 08.04.03
- LAG Brandenburg, Az: 4 TaBV 15/03 und 4 TaBV 16/03 vom 12.02.04
- Hessisches LAG, Az: 9 TaBV 104/02 vom 23.01.2003
- Hessisches LAG, Az: 9 TaBV Ga 61/02 vom 05.04.02
- LAG Hamm, Az: 13 TaBV 10/04 vom 17.12.04
- Sächsisches LAG, Az: 5 TaBV 13/02 vom 01.04.03
- ArbG Weiden, Az: 2 BVGa 03/04 vom 31.03.04
- ArbG Magdeburg, Az: 7 BV 36/04 vom 18.08.04
- ArbG Magdeburg, Az: 9 BV 19/04 vom 22.06.04

1. Bundesarbeitsgericht

- **BAG, Az: 7 ABR 24/03 vom 19.11.03**; vorgehend: Sächsisches LAG, Az: 5 TaBV 13/02 vom 01.04.03; ArbG Dresden, Az: 4 BV 9/02 RI vom 27.05.02:

„Führen Verstöße gegen Wahlvorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes und der Wahlordnung 2001 jeder für sich genommen nicht zur Nichtigkeit der Wahl, kann sich auch aus einer Gesamtwürdigung der einzelnen Verstöße nicht ergeben, dass die Betriebsratswahl nichtig ist (Aufgabe von BAG 27. April 1976 - 1 AZR 482/75 - AP BetrVG 1972 § 19 Nr 4 = EzA BetrVG 1972 § 19 Nr 8).“

„Die Durchführung einer Betriebsratswahl im vereinfachten Wahlverfahren nach § 14 a Abs.5 BetrVG i.d.F. des Gesetzes zur Reform der Betriebsverfassung vom 23.07.01 bedarf der ausdrücklichen oder konkludenten Vereinbarung zwischen Wahlvorstand und Arbeitgeber.“

Beschließt der Wahlvorstand eines Betriebes mit i.d.R. 5 bis 100 wahlberechtigten Arbeitnehmern in einer Betriebsversammlung die Anwendung der Vorschriften des vereinfachten Wahlverfahrens in Anwesenheit der Geschäftsführer der Arbeitgeberin und schweigen diese zu dem Beschluss, so liegt keine konkludente Vereinbarung im Sinne des § 14a Abs.5 BetrVG vor.

Die unstatthafte Durchführung einer Betriebsratswahl im vereinfachten Wahlverfahren anstelle der Regelwahl nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gemäß § 14 BetrVG und die Missachtung der Vorschriften von §§ 2 Abs. 1, 3, 37, 36 Abs.2 WO stellen einen Verstoß gegen wesentliche Vorschriften i.S.d. § 19 Abs.1 BetrVG dar und können das Wahlergebnis im Sinne dieser Bestimmung ändern oder beeinflussen.

Diese Mängel führen für sich genommen nicht zur Nichtigkeit der Betriebsratswahl. Die Nichtigkeit kann sich auch nicht aus einer Gesamtwürdigung ergeben.“

Das BAG ging hier davon aus, dass die Betriebsratswahl in einem Betrieb nicht im vereinfachten Wahlverfahren nach § 14a BetrVG durchgeführt werden durfte, da es sich bei dem Betrieb weder um einen Kleinbetrieb i.S.d. § 14 a Abs. 1 – 4 BetrVG handelte noch eine Vereinbarung gem. § 14 a Abs.5 BetrVG vorgelegen habe.

Zwar könnten Wahlvorstand und Arbeitgeber in Betrieben mit 51 bis 100 wahlberechtigten Arbeitnehmern die Anwendung dieses Verfahrens gem. § 14 a Abs.5 BetrVG vereinbaren. Das sei hier jedoch nicht geschehen. Dem Schweigen der Geschäftsführer in der Betriebsversammlung zur Wahl des Wahlvorstands lasse sich keine Willenserklärung entnehmen.

Dieser Verstoß gegen § 14 a Abs.5 BetrVG als eine wesentliche Vorschrift i.S.d. § 19 Abs.1 BetrVG sei auch geeignet, das Wahlergebnis zu beeinflussen. Es könne nämlich nicht davon ausgegangen werden, dass das Wahlergebnis zwingend dasselbe gewesen wäre, wenn der Wahlvorstand das Regelverfahren durchgeführt hätte.

2. Landesarbeitsgerichte

Berlin:

- **LAG Berlin, Az: 5 TaBV 1990/02 vom 08.04.03**; vorgehend: ArbG Berlin, Az: 63 BV 1147/02 vom 20.08.02:

**„Die Nichtigkeit einer Betriebsratswahl kann im Beschlussverfahren auch von einem einzelnen Arbeitnehmer geltend gemacht werden.
Eine Vielzahl verschiedener Verstöße gegen Wahlvorschriften kann zur Nichtigkeit einer Betriebsratswahl führen.“**

Auch im vereinfachten Wahlverfahren nach § 14 a BetrVG ist die Bestellung des Wahlvorstandes durch den Konzernbetriebsratsvorsitzenden unzulässig, solange der bisherige Betriebsrat noch gem. §§ 17 a, 16 Abs.1 Satz 1 BetrVG zur Bestellung des Wahlvorstandes berechtigt ist.

Der Antragsteller war bis zum 31.05.02 Betriebsrat in einem Kleinunternehmen, Er hätte gem. § 16 Abs.1 Satz 1 BetrVG den Wahlvorstand bis spätestens vier Wochen vor Ablauf seiner Amtszeit, d.h. bis zum 03.05.02, bestellen können. Vor diesem Termin wurde jedoch bereits der Wahlvorstand durch den Vorsitzenden des Konzernbetriebsrates bestellt.

Nach dem LAG Berlin war diese Bestellung auch im vereinfachten Wahlverfahren fehlerhaft. Gem. § 17 a Nr.3, 17 Abs.3 BetrVG könnten außer dem bisherigen Betriebsrat nur drei wahlberechtigte Arbeitnehmer des Betriebes oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft zu einer Betriebsversammlung zur Bildung eines Wahlvorstandes einladen, nicht jedoch der Konzernbetriebsratsvorsitzende.

Brandenburg:

- **LAG Brandenburg, Az: 4 TaBV 15/03 und 4 TaBV 16/03 vom 12.02.04**; vorgehend: ArbG Neuruppin, Az: 2 BV 3/03 vom 03.07.03

**„Zur erforderlichen Mindestanzahl von Stützunterschriften bei Durchführung einer Mehrheitswahl.“
(Leitsatz der Bearbeiterin)**

In einem Unternehmen mit in der Regel 51 bis 100 wahlberechtigten Arbeitnehmern wurde gem. § 14 a Abs.5 BetrVG das vereinfachte Wahlverfahren vereinbart. Die Wahl hatte somit nach den Grundsätzen des Mehrheitswahl gem. § 14 Abs.2 Satz 2 BetrVG zu erfolgen.

Entgegen der Ansicht des ArbG vertritt das LAG die Auffassung, ein Wahlvorschlag könne auch bei einer Mehrheitswahl mehrere Personen umfassen und benötige damit als Wahlvorschlag insgesamt auch nur die Mindestzahl von Stützunterschriften. Dass zudem jede Einzelperson die erforderliche Anzahl von Stützunterschriften erreiche, sei nicht notwendig.

Der für die Wahl des Betriebsrates im vereinfachten Wahlverfahren geltende § 33 WO, der in Abs. 1 regelt, dass die Wahl des Betriebsrates aufgrund von Wahlvorschlägen und nicht aufgrund von Vorschlagslisten, wie es in § 6 Abs.1 WO geregelt sei, erfolge, bestimme in Abs. 2, dass für Wahlvorschläge § 6 Abs.2 WO entsprechend gelte.

Gem. § 6 Abs.2 WO solle jede Vorschlagsliste mindestens doppelt so viele Bewerber aufweisen, wie Betriebsratsmitglieder zu wählen seien. Der Ordnungsgeber sei damit auch bei der Mehrheitswahl davon ausgegangen, dass ein Wahlvorschlag nicht nur mehrere Personen umfassen könne, sondern solle. Dann könne aber auch nicht angenommen werden, dass bei einer Mehrheitswahl jeder einzelne Wahlbewerber die Mindestanzahl von Stützunterschriften aufweisen muss, da § 14 Abs.2 BetrVG sich auf Wahlvorschläge beziehe und nicht auf Einzelpersonen.

Hessen:

- **Hessisches LAG, Az: 9 TaBV Ga 61/02** vom 05.04.02; vorgehend: ArbG Offenbach, Az: 2 BV Ga 23/02 vom 25.03.02

„Die Wahl eines Betriebsrates für einen vom Wahlvorstand angenommenen gemeinsamen Betrieb ist durch einstweilige Verfügung zu untersagen, wenn zwei Kleinunternehmen dieses (streitigen) Gemeinschaftsbetriebs, für die noch kein Betriebsrat bestanden hatte, im vereinfachten Verfahren nach § 14 a BetrVG für einen ihrerseits angenommenen Gemeinschaftsbetrieb dieser beiden Unternehmen einen Betriebsrat gewählt haben, auch wenn diese Wahl angefochten, aber nicht erkennbar nichtig ist. (Zuvor hatte der noch amtierende Betriebsrat erfolglos versucht, durch einstweilige Verfügung den Abbruch der Betriebsratswahl in den beiden Kleinunternehmen zu erreichen.)“

In zwei Kleinbetrieben, in denen ursprünglich kein Betriebsrat bestand, wurde nach dem vereinfachten Verfahren gem. § 14 a BetrVG ein gemeinsamer Betriebsrat gewählt. Beide Unternehmen gingen dabei vom Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebes aus.

Bereits vor dieser Betriebsratswahl leitete der Wahlvorstand eines dritten Unternehmens seinerseits die Wahl eines gemeinsamen Betriebsrates für alle drei Unternehmen ein. Diese Wahl sollte einige Tage nach der ersten Wahl stattfinden. Zuvor wurde bereits die frühere Wahl mit dem Argument der „Verkennung des Betriebsbegriffs“ angefochten, da kein Gemeinschaftsbetrieb vorliege.

Das LAG führt aus, dass in laufende Betriebsratswahlen mittels einstweiliger Verfügung nur eingegriffen werden könne, wenn die Wahl mit Sicherheit als nichtig anzusehen wäre. Daher sei auch der Antrag des dritten Unternehmens auf Abbruch der gemeinsamen Wahl der zwei Unternehmen erfolglos geblieben, da eine Verkennung des Betriebsbegriffs nicht zur Nichtigkeit der Betriebsratswahl führe, sondern lediglich zu ihrer Anfechtbarkeit.

Nach Durchführung der Wahl des gemeinsamen Betriebsrates der zwei Unternehmen sei eine andere Situation eingetreten und der Erlass einer einstweiligen Verfügung zugunsten der beiden Kleinbetriebe nun geboten. Denn der nach § 14 a BetrVG gewählte Betriebsrat bleibe im Fall der Anfechtbarkeit der Wahl bis zur rechtskräftigen Entscheidung vollwertig im Amt. Die Wahl eines weiteren Betriebsrates wäre nichtig.

Ob hinsichtlich der Wahl eines gemeinsamen Betriebsrats der beiden Unternehmen ein Anfechtungsgrund vorliege, lasse sich zwar endgültig erst mit dem rechtskräftigen Abschluss des Wahlanfechtungsverfahrens bestimmen. Diese Ungewissheit könne jedoch die Wahl zweier Betriebsräte für denselben Betrieb nicht rechtfertigen, da hierin ein drohender wesentlicher Nachteil (§§ 85 Abs.2 ArbGG, 935, 940 ZPO) für den Arbeitgeber zu sehen sei, der jeweils beide Interessenvertretungen beteiligen müsse.

- **Hessisches LAG, Az: 9 TaBV 104/02** vom 23.01.2003; vorgehend: ArbG Marburg, Az: 1 BV 3/02 vom 19.06.02:

„Vereinfachtes Wahlverfahren für Kleinbetriebe: Bekanntmachung des Tages der Wahlversammlung.“

§ 14 a BetrVG regelt für das einstufige vereinfachte Wahlverfahren für Kleinbetriebe, dass Wahlvorschläge bis eine Woche vor der Wahlversammlung zur Betriebsratswahl gemacht werden: Hierbei muss für die Einrichtung von Wahlvorschlägen eine angemessene Frist zur Verfügung stehen. Allgemein wird eine Orientierung an der Wertung des § 28 Abs.1 Satz 2 WO befürwortet und eine Frist von einer Woche für ausreichend angesehen, so dass der Wahlvorstand den Tag der Wahlversammlung 2 Wochen vorher bekannt machen muss.“

In einem Kleinunternehmen sollte die Wahlversammlung im vereinfachten einstufigen Wahlverfahren gem. § 14 a BetrVG stattfinden. Nach Aushängung des Wahlausschreibens standen nur noch wenige Stunden für die Einreichung von Wahlvorschlägen zur Verfügung. Dies wurde als nicht ausreichend erachtet.

Zwar sehe das Gesetz dafür keine Frist vor, so das LAG, jedoch müsse eine angemessene Frist zur Verfügung stehen. Eine Frist von einer Woche sei insofern ausreichend.

Nordrhein-Westfalen:

- **LAG Hamm, Az: 13 TaBV 10/04** vom 17.12.04; vorgehend: ArbG Dortmund, Az: 3 BV 142/02 vom 27.11.03; anhängig: BAG Az: 7 ABR 9/05

„Für die Entscheidung der Frage, ob die Schwerbehindertenvertretung im förmlichen oder vereinfachten Verfahren zu wählen ist, kann nicht auf den Zeitpunkt abgestellt werden, zu dem der amtierenden Schwerbehindertenvertretung vom Arbeitgeber die Liste der Wahlberechtigten übergeben wird.“

Nach dem LAG Hamm ist für die Bemessung der maßgeblichen Arbeitnehmerzahl zur Anwendung des vereinfachten Wahlverfahrens nach § 14 a BetrVG auf den Zeitpunkt der Einleitung der Wahl, also auf den Erlass des Wahlausschreibens abzustellen.

Zwar finde sich im Gesetz keine Bestimmung dazu, auf welchen Zeitpunkt für die Bemessung abzustellen sei. Aus den Regelungen in § 31 Abs.1 Satz 3 Nr.5, 11 WO lasse sich aber zutreffend folgern, dass im Verfahren nach § 14 a BetrVG die maßgebliche Belegschaftsstärke zum Zeitpunkt des Wahlausschreibens festzustellen sei.

Sachsen:

- **Sächsisches LAG, Az: 5 TaBV 13/02 vom 01.04.03**; vorgehend: ArbG Dresden, Az: 4 BV 9/02 RI vom 27.05.02; nachgehend: BAG, Az: 7 ABR 24/03 (Zurückweisung) vom 19.11.03:

„In betriebsratslosen Betrieben mit in der Regel 51 bis 100 wahlberechtigten Arbeitnehmern ist eine Vereinbarung des Wahlvorstandes mit dem Arbeitgeber zur Anwendung des vereinfachten Verfahrens gem. § 14 a Abs.5 BetrVG nur dann möglich, wenn der Wahlvorstand durch einen Gesamtbetriebsrat, Konzernbetriebsrat oder durch das Arbeitsgericht bestellt wurde.“

Die unzulässige Durchführung der Betriebsratswahl im vereinfachten Wahlverfahren stellt einen schwerwiegenden und offensichtlichen Verstoß gegen wesentliche Wahlvorschriften dar.“

Eine Vereinbarung nach § 14 a Abs.5 BetrVG sei zwar nicht an eine Formvorschrift gebunden und somit auch konkludent möglich. Die Vereinbarung setze aber eine übereinstimmende Willenserklärung zwischen Wahlvorstand und Arbeitgeber voraus.

Diese sei mangels Erklärungswertes nicht darin zu sehen, dass die Geschäftsführer des Arbeitgebers in der Betriebsversammlung anwesend gewesen wären, ohne ablehnende oder zustimmende Erklärungen zur vom Wahlvorstand beschlossenen Durchführung im vereinfachten Verfahren abgegeben zu haben. (ebenso nachfolgend BAG 7 ABR 24/03).

Ebenso wenig lasse die Tatsache, dass sich der Arbeitgeber bis zur Durchführung der Wahl nicht zur Frage des vereinfachten Wahlverfahrens ablehnend geäußert habe, auf eine Vereinbarung i.S.d. § 14 a Abs.5 BetrVG schließen.

3. Arbeitsgerichte

Bayern:

- **ArbG Weiden, Az: 2 BVGa 03/04 vom 31.03.04:**

„Das Fehlen einer gesetzmäßigen Einladung im Sinne des § 14 a Abs.1 Satz 2 BetrVG stellt einen schwerwiegenden Mangel dar, der geeignet ist, die Nichtigkeit eine Betriebsratswahl im vereinfachten Wahlverfahren zu begründen und den Erlass einer einstweiligen Verfügung rechtfertigt.“ (Leitsatz der Bearbeiterin)

Mittels einstweiliger Verfügung gab das ArbG dem Antrag auf Abbruch einer Betriebsratswahl im vereinfachten Wahlverfahren nach § 14 a BetrVG statt.

In einem Betrieb sollte eine Betriebsratswahl im vereinfachten Wahlverfahren nach § 14 a BetrVG stattfinden. Die ergangene Einladung war nur überschrieben mit „Einladung gem. § 17 Abs.3.“ Diese Vorschrift gilt im vereinfachten Verfahren nach § 17 a Nr.3 S.2 BetrVG nur entsprechend. In § 28 Abs.1 Satz 5 WO sind die Anforderungen an den Inhalt der Einladung gestellt. Diese wurden im vorliegenden Fall missachtet.

Das ArbG führt aus, die – nicht an eine bestimmte Form gebundene – Einladung zu einer Wahlversammlung gem. § 17 Abs.3 BetrVG, der die Bedeutung der ersten Wahlversammlung im Sinne des vereinfachten Wahlverfahrens gem. § 14 a Abs.1 S.2 BetrVG zukommen sollte, komme einem Wechsel vom regelmäßigen Wahlverfahren zum vereinfachten Wahlverfahren gleich. Dies stelle einen gravierenden Mangel dar. Dieser sei auch so schwerwiegend, dass er die Nichtigkeit der Wahl begründe und den Erlass einer einstweiligen Verfügung rechtfertige.

Sachsen-Anhalt:

- **ArbG Magdeburg, Az: 7 BV 36/04** vom 18.08.04

„Werden nach Erlass des Wahlausschreibens, aber noch vor Durchführung der Wahl eines gemeinsamen Betriebsrates, in den Einzelbetrieben Betriebsräte im vereinfachten Wahlverfahren nach § 14 a BetrVG gewählt, ist sowohl die Wahl der Wahlvorstände als auch die der Betriebsräte in den Einzelunternehmen nichtig.“ (Leitsatz der Bearbeiterin)

Ein Unternehmen erlässt ein Wahlausschreiben zur Wahl eines gemeinsamen Betriebsrates diverser Einzelbetriebe. Noch vor der Durchführung dieser Wahl werden in den Einzelbetrieben, deren rechtliche Selbständigkeit zweifelhaft ist, Einzelbetriebsräte im vereinfachten Verfahren gem. § 14 a BetrVG gewählt.

Das ArbG ist der Auffassung, sowohl die Wahl des Wahlvorstandes als auch des Betriebsrates in den Einzelunternehmen „trügen den Stempel der Nichtigkeit auf der Stirn“, weil sie sich objektiv als Eingriff in das Wahlverfahren des Hauptbetriebes darstellten.

In Fällen der vorliegenden Art sei das allein auf den Zeitpunkt der Wahl des ersten Betriebsrates abstellende Prioritätsprinzip (vgl. BAG vom 19.11.2003 - 7 ABR 25/05) nicht zur Lösung eines solchen Kompetenzkonfliktes hinreichend geeignet. Vielmehr gebiete eine wertende Betrachtung der betriebsverfassungsrechtlichen Vorgänge unter Berücksichtigung insbesondere des Schutzes der Wahl gem. § 20 BetrVG vorliegend eine Vorverlegung auf den Zeitpunkt der Bestellung des Wahlvorstandes. Diese wertende Betrachtung habe zur Folge, dass bereits die Wahlvorstände in den beteiligten Einzelunternehmen nicht wirksam errichtet worden seien und deshalb auch die von ihnen durchgeführten Betriebsratswahlen als nichtig anzusehen seien. (abweichend: ArbG Magdeburg, Az. 9 BV 19/04 vom 22.06.04)

- **ArbG Magdeburg, Az: 9 BV 19/04 vom 22.06.04**

Ein Unternehmen erlässt ein Wahlausschreiben zur Wahl eines gemeinsamen Betriebsrates diverser Einzelbetriebe. Noch vor der Durchführung dieser Wahl werden in den Einzelbetrieben, deren rechtliche Selbständigkeit zweifelhaft ist, Einzelbetriebsräte im vereinfachten Verfahren gem. § 14 a BetrVG gewählt.

Das ArbG stellt hier keinen Verstoß gegen wesentliche Wahlvorschriften fest. Es liege kein Verstoß gegen § 20 BetrVG vor, wenn zu einem Zeitpunkt, als die gemeinsame Betriebsratswahl bereits eingeleitet war, das vereinfachte Wahlverfahren nach § 14 a BetrVG durchgeführt werde. Solange die gemeinsame Betriebsratswahl nicht stattgefunden habe, bestehe auch nach dem Prioritätsprinzip keine Sperre für die Durchführung vereinfachter Wahlen in separaten Betrieben. § 20 habe allein den Zweck, einen bestimmten Wahlvorgang als solchen abzusichern. Eine Beeinflussung der gemeinsamen Wahl ergebe sich durch eine frühere Wahl im vereinfachten Verfahren nicht.

VIII. § 15 BetrVG

Hier bestand zunächst Streit über die Verfassungsmäßigkeit des geänderten § 15 Abs.2 BetrVG. Diese wurde letztendlich vom Bundesarbeitsgericht bestätigt, das weder einen Verstoß gegen Art. 3 Abs.1 GG noch gegen Art. 9 Abs.3 GG festzustellen vermochte. Entschieden wurde auch, dass gem. § 15 Abs.2 BetrVG das Minderheitengeschlecht nicht mindestens entsprechend seinem prozentualen Anteil an der Belegschaft im Betriebsrat vertreten sein musste. Zudem bestand gerichtlicher Klärungsbedarf hinsichtlich der Folgen einer falschen Formulierung der Regelung des § 15 Abs.2 BetrVG in einem Wahlausschreiben.

- BAG 7 ABR 40/04 vom 16.03.05
- BAG 7 ABR 49/03 vom 10.03.2004

- LAG Nürnberg, Az: 5 TaBV 54/03 vom 13.05.04
- LAG Nürnberg, Az: 9 (4) TaBV 48/02 vom 18.08.03
- LAG Köln, Az: 3 TaBV 12/03 vom 31.03.04
- LAG Köln, Az: 2 TaBV 1/03 vom 13.10.03
- LAG Rheinland-Pfalz, Az: 10 TaBV 743/02 vom 13.11.02

- ArbG Bayreuth, Az: 4 BV 5/02 H vom 20.08.02
- ArbG Oldenburg, Az: 4 BV 10/03 vom 12.02.04
- ArbG Bonn, Az: 5 BV 52/02 vom 18.12.02
- ArbG Bonn, Az: 4 BV 51/02 vom 16.10.02
- ArbG Ludwigshafen, Az: 8 BV 820/02 vom 19.06.02

1. Bundesarbeitsgericht

- **BAG 7 ABR 40/04 vom 16.03.05**; vorgehend: LAG Köln, Az: 3 TaBV 12/03 vom 31.03.04; vorgehend: ArbG Bonn, Az: 5 BV 52/02 vom 18.12.02:

„Die auf Betriebsratswahlen in Postunternehmen nach § 24 Abs. 1, § 26 PostPersRG, § 4 Abs. 1 Satz 2, § 6 Nr. 9 Buchst. e WahlO Post entsprechend anzuwendenden Regelungen in § 15 Abs. 2 BetrVG und § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO sind verfassungsgemäß. Die Anordnung in § 15 Abs. 2 BetrVG, dass das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein muss, und der in § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO bestimmte Listensprung verstoßen weder gegen den aus Art. 3 Abs. 1 GG resultierenden Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit, noch verletzen sie das durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Recht der Gewerkschaften auf Gewähr gleichere Wettbewerbschancen bei Betriebsratswahlen.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl.

In dem Betrieb eines Nachfolgeunternehmens der Deutschen Bundespost, das neben Arbeitnehmern auch von der Deutschen Bundespost übernommene Beamte beschäftigte, fand eine Betriebsratswahl statt.

Nach dem Wahlausschreiben war ein aus 17 Mitgliedern bestehender Betriebsrat zu wählen. Die Wahl wurde als Gruppenwahl mit den Gruppen der Beamten und der Arbeitnehmer durchgeführt. Auf die Gruppe der Beamten entfielen neun, auf die Gruppe der Arbeitnehmer acht Sitze. Drei der neun Sitze der Beamtengruppe waren von Frauen als Geschlecht in der Minderheit zu besetzen.

In der Beamtengruppe konkurrierten zwei Vorschlagslisten. Die eine Liste enthielt nur männliche Kandidaten. Auf der anderen Liste kandidierten u.a. auf den Plätzen 5,6 und 8 auch Frauen. In der Gruppe der Beamten hätten nach dem d'Hondtschen Höchstzahlverfahren der zweiten Liste sieben Sitze, der ersten Liste zwei Sitze zugestanden. Da nach dieser Sitzverteilung nur zwei der drei Mindestsitze auf Frauen als Geschlecht in der Minderheit entfielen und die erste Liste keine weiblichen Kandidaten enthielt, zog der Wahlvorstand der ersten Liste den Sitz mit der niedrigsten Höchstzahl ab und schlug diesen der zweiten Liste zu. Dieser Sitz entfiel auf die Kandidatin auf Platz 8 dieser Liste. Dementsprechend waren nach

dem Wahlergebnis die Wahlbewerber der ersten Vorschlagsliste mit den Listenplätzen 1 bis 8 und der allein der auf Platz 1 gesetzte Kandidat beamtete Betriebsratsmitglieder gewählt.

Eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft hat sich gegen die vom Wahlvorstand vorgenommene "Sitzverschiebung" gewandt und die Berichtigung des festgestellten Wahlergebnisses verlangt.

Sie ist der Auffassung, die auch für Betriebsratswahlen in Postunternehmen nach § 24 Abs. 1, § 26 Nr. 1 PostPersRG geltende, in § 15 Abs. 2 BetrVG, § 4 Abs. 1 Satz 2 WahlO Post festgelegte Mindestquote für das Geschlecht in der Minderheit und die zu deren Durchsetzung in der nach § 6 Nr. 9 Buchst. e WahlO Post anzuwendenden Bestimmung in § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 der Ersten Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes (Wahlordnung - WO) vom 11. Dezember 2001 angeordnete Korrektur des Wahlergebnisses seien verfassungswidrig.

Durch die Sitzverschiebung werde in die auch für Betriebsratswahlen geltende Wahlrechtsgleichheit eingegriffen, ohne dass dies durch zwingende sachliche Gründe gerechtfertigt sei. Der Listenschutz und der Respekt vor dem Wählerwillen gehe dem Geschlechterproporz vor. Die vorgesehene listenübergreifende Sitzverschiebung (Listensprung) verletze zudem das Recht der Gewerkschaften auf Chancengleichheit bei Betriebsratswahlen, weil insbesondere kleineren Minderheitsgewerkschaften nicht immer eine ausreichende Zahl weiblicher Wahlbewerber zur Verfügung stehe. Jedenfalls verstoße der in § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO bestimmte Listensprung gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, da als milderer Mittel zur Verwirklichung der Mindestquote für das Geschlecht in der Minderheit eine ausschließlich listeninterne Sitzverschiebung ausreiche. In diesem Sinne seien die Regelungen in § 15 Abs. 2 BetrVG, § 15 Abs. 5 WO verfassungskonform auszulegen. Hiernach hätte allenfalls eine Sitzverschiebung innerhalb der Liste ver.di von dem auf Platz 7 gesetzten Kandidaten R (Beteiligter zu 4) und der auf Platz 8 gesetzten Bewerberin D (Beteiligte zu 5) erfolgen dürfen.

Das BAG führt aus, der Wahlvorstand habe das Wahlergebnis zutreffend nach § 15 Abs. 2 BetrVG, § 4 Abs. 1 Satz 2 WahlO Post, § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO ermittelt. Diese Vorschriften seien wirksam.

Der Wahlvorstand habe das Wahlergebnis nach § 24 Abs. 1 und Abs. 2, § 26 PostPersRG in der Fassung des Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes vom 23. Juli 2001 (BGBl. I S. 1852), § 4 Abs. 1, § 6 der Verordnung zur Durchführung der Betriebsratswahlen bei Postunternehmen (WahlO Post) vom 22. Februar 2002 (BGBl. I S. 946) iVm. § 15 Abs. 2 BetrVG, § 15 Abs. 5 WO zutreffend ermittelt und bekannt gegeben. Sowohl die in § 15 Abs. 2 BetrVG, § 4 Abs. 1 Satz 2 WahlO Post festgelegte Mindestquote für das Geschlecht in der Minderheit als auch der zur Umsetzung dieser Regelung in § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO vorgesehene Listensprung sei verfassungsgemäß.

Nach § 24 Abs. 1 PostPersRG finde auf die Arbeitgeberin das Betriebsverfassungsgesetz Anwendung, soweit im Postpersonalrechtsgesetz nichts anderes bestimmt sei. Danach gelte § 15 Abs. 2 BetrVG, wonach das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit sei, mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein müsse, wenn dieser aus mindestens drei Mitgliedern bestehe, mit den im PostPersRG und der auf der Grundlage von § 34 PostPersRG erlassenen WahlO Post enthaltenen Maßgaben.

Nach § 1 WahlO Post fänden die Vorschriften der Ersten Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes (Wahlordnung - WO) vom 11. Dezember 2001 in der jeweiligen Fassung für die Wahlen zum Betriebsrat in den Postunternehmen Anwendung, soweit sich aus dieser Verordnung nichts anderes ergebe. Nach § 4 Abs. 1 Satz 2 WahlO Post müsse das Geschlecht in der Minderheit innerhalb der jeweiligen Gruppe im Betriebsrat mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis in der Gruppe vertreten sein. Bei Bildung einer eigenen Gruppe der Beamtinnen und Beamten finde nach § 6 Nr. 4 WahlO Post die Erste Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes (Wahlordnung - WO) mit der Maßgabe Anwendung, dass die Verteilung der Mindestsitze des Geschlechts in der Minderheit innerhalb der jeweiligen Gruppe entsprechend § 5 WO erfolge. Befinde sich unter den auf die Vorschlagslisten entfallenden Höchstzahlen nicht die nach Maßgabe der Nr. 4 festgestellte Mindestzahl von Angehörigen des Geschlechts in der Minderheit, gelte nach § 6 Nr. 9 Buchst. e WahlO Post für jede Gruppe § 15 Abs. 5 Nr. 1 bis 5 der Ersten Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes (Wahlordnung - WO) entsprechend. Danach trete an die Stelle der auf der Vorschlagsliste mit der niedrigsten Höchstzahl benannten Person, die nicht dem Geschlecht in der Minderheit angehöre, die in derselben Vorschlagsliste nach ihr benannte, nicht berücksichtigte Person des Geschlechts in der Minderheit (§ 15 Abs. 5 Nr. 1 WO). Enthalte diese Vorschlagsliste keine Person des Geschlechts in der Minderheit, gehe der Sitz auf die Vorschlagsliste mit der folgenden, noch nicht berücksichtigten Höchstzahl und mit Angehörigen des Geschlechts in der Minderheit über (§ 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO).

Nach diesen Bestimmungen habe der Wahlvorstand das Wahlergebnis zutreffend ermittelt.

Bei der Verteilung der Betriebsratssitze auf die Vorschlagslisten der Beamtengruppe habe der Wahlvorstand das in § 6 Nr. 9 Buchst. e WahlO Post iVm. § 15 Abs. 5 WO geregelte Verfahren zur Sicherstellung der Mindestsitze für das Geschlecht in der Minderheit gem. § 15 Abs. 2 BetrVG, § 4 Abs. 1 Satz 2 WahlO Post zutreffend angewandt.

Unter den auf die Vorschlagslisten entfallenden Höchstzahlen habe sich nicht die vorgeschriebene Mindestzahl von Frauen als Geschlecht in der Minderheit befunden. Deshalb habe der Wahlvorstand zu Recht nach § 6 Nr. 9 Buchst. e WahlO Post iVm. § 15 Abs. 5 Nr. 1 WO die Person mit der niedrigsten Höchstzahl, die nicht dem Geschlecht in der Minderheit angehörte, ermittelt. Das sei der auf Platz 2 der ersten Vorschlagsliste gesetzte männliche Kandidat gewesen. Da die erste Vorschlagsliste keine weiblichen Kandidaten enthalten habe, ginge dieser Sitz nach § 6 Nr. 9 Buchst. e WahlO Post iVm. § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO auf die Vorschlagsliste mit der folgenden, noch nicht berücksichtigten Höchstzahl und mit Angehörigen des Geschlechts in der Minderheit über. Das sei die zweite Vorschlagsliste mit der weiblichen Kandidatin auf Listenplatz 8 gewesen.

Der in § 15 Abs. 2 BetrVG, § 4 Abs. 1 Satz 2 WahlO Post vorgesehene Geschlechterproporz sowie die zu dessen Umsetzung getroffene, durch § 6 Nr. 9 Buchst. e WahlO Post in Bezug genommenen Regelung in § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO seien wirksam. Die Bestimmungen verstießen weder gegen Art. 3 GG und die Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, noch verletzen sie die durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit.

Die Bestimmungen in § 15 Abs. 2 BetrVG, § 4 Abs. 1 Satz 2 WahlO Post über die Mindestquote für das Geschlecht in der Minderheit und die Verfahrensregelung in § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO verstießen nicht gegen den aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Grundsatz der Gleichheit der Wahl.

Das Bundesverfassungsgericht habe die Anforderungen, die sich aus Art. 3 Abs. 1 GG für die Gestaltung des Wahlrechts bei allgemeinen politischen Wahlen ergäben, konkretisiert. Für die geltenden Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl sei ihr formaler Charakter kennzeichnend. Jeder Wähler solle sein aktives und passives Wahlrecht in formal möglichst gleicher Weise ausüben können. Der Grundsatz der formalen Wahlgleichheit sei nicht auf den eigentlichen Wahlakt beschränkt, sondern erstrecke sich auch auf die Wahlvorbereitungen und das Wahlvorschlagsrecht. Sei Verhältniswahl angeordnet, führe die Formalisierung der Wahlrechtsgleichheit dazu, dass nicht nur der gleiche Zählwert, sondern grundsätzlich auch der gleiche Erfolgswert jeder Wählerstimme gewährleistet sein müsse.

Der Wahlgleichheitsgrundsatz gelte nicht nur für das Bundestagswahlrecht und für das Wahlrecht in den Ländern, Kreisen und Gemeinden (Art. 28 Abs. 1 Satz 2, Art. 38 Abs. 1 GG), sondern als ungeschriebenes Verfassungsrecht auch für sonstige politische Abstimmungen. Hierbei lasse die von der grundsätzlichen Gleichheit aller Staatsbürger geprägte formale Wahlrechtsgleichheit Differenzierungen nur zu, wenn sie durch einen besonderen zwingenden Grund gerechtfertigt seien. Das erfordere allerdings nicht, dass sich die vorgenommenen Differenzierungen von Verfassungs wegen als zwangsläufig oder notwendig darstellen müssten. Es reiche vielmehr aus, dass die für die Differenzierung maßgeblichen Gründe durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht seien, das der Wahlrechtsgleichheit die Waage halten könne.

Das Bundesverfassungsgericht habe bisher ausdrücklich offen gelassen, inwieweit diese für politische Wahlen und Abstimmungen entwickelten Grundsätze auf Wahlen außerhalb dieses Bereichs anzuwenden seien. Auf dem Gebiet des Arbeits- und Sozialwesens habe es sie auf die Wahlen zu den Selbstverwaltungsorganen der Sozialversicherung, zu Personalvertretungen und zu den Vollversammlungen der Arbeitnehmerkammern im Land Bremen angewandt. Danach richte sich der Grad der zulässigen Differenzierungen auch bei Wahlen im Bereich des Arbeits- und Sozialwesens nach der Natur des jeweils in Frage stehenden Sachbereichs. Er lasse sich nicht losgelöst vom Aufgabenkreis der zu wählenden Repräsentationsorgane bestimmen. Einschränkungen der formalen Wahlrechtsgleichheit könnten sich insbesondere aus Zweck und Zielsetzung der betreffenden Wahl rechtfertigen.

Ausgehend von diesen Grundsätzen seien die Einschränkungen der formalen Wahlrechtsgleichheit, die mit der in § 15 Abs. 2 BetrVG, § 4 Abs. 1 Satz 2 WahlO Post vorgeschriebenen Mindestquote für das Geschlecht in der Minderheit und der nach § 6 Nr. 9 Buchst. e WahlO Post anzuwendenden Verfahrensregelung in § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO verbunden seien, gerechtfertigt.

Die durch § 15 Abs. 2 BetrVG, § 4 Abs. 1 Satz 2 WahlO Post zwingend vorgegebene Mindestquote für das Geschlecht in der Minderheit und die Regelung in § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO bewirkten zwar eine Einschränkung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl, weil die Zusammensetzung des Betriebsrats nicht ausschließlich von dem bei der Wahl erzielten Stimmenverhältnis, sondern auch vom Geschlecht der Wahlbewerber abhängt. Die Durchsetzung der Mindestquote bei der Sitzverteilung könne zu Beeinträchtigungen des aktiven Wahlrechts führen, weil die Wählerstimmen uU nicht den gleichen Erfolgswert hätten. Außerdem könne das passive Wahlrecht beeinträchtigt werden, weil ggf. einem Bewerber des Geschlechts in der Minderheit gegenüber einem Bewerber des Geschlechts in der Mehrheit, der eine höhere Stimmenzahl erreicht habe, der Vorrang eingeräumt werden müsse. Diese Einschränkungen der formalen Wahlrechtsgleichheit seien jedoch im Hinblick auf die Funktion und die Aufgaben des Betriebsrats gerechtfertigt, da sie der Verwirklichung des Gleichberechtigungsgebots des Art. 3 Abs. 2 GG dienen.

Art. 3 Abs. 2 GG stelle ein Gleichberechtigungsgebot auf und erstrecke dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit. Das ist durch die Anfügung von Satz 2 in Art. 3 Abs. 2 GG ausdrücklich klargestellt worden. Hierdurch solle die Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter gefördert und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hingewirkt werden. Das Gleichberechtigungsgebot berechne den Gesetzgeber, faktische Nachteile, die typischerweise Frauen träfen, durch begünstigende Regelungen auszugleichen.

Die in § 15 Abs. 2 BetrVG, § 4 Abs. 1 Satz 2 WahlO Post, § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO getroffenen Regelungen dienen der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichstellung von Frauen und Männern im Hinblick darauf, dass Frauen im Betriebsrat in der Regel unterrepräsentiert seien. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers solle durch die in § 15 Abs. 2 BetrVG bestimmte Mindestquote für das Geschlecht in der Minderheit der Zugang von Frauen zum Betriebsrat nicht nur erleichtert, sondern auch tatsächlich gefördert werden, weil dieses Ziel durch die bisher geltende Sollvorschrift nicht erreicht worden sei. Durch die Mindestquote solle eine stärkere Repräsentanz der Frauen dort gewährleistet werden, wo sie in den Betrieben in der Minderheit seien. Zugleich solle sichergestellt werden, dass überall dort, wo sie bereits auf Grund ihres starken Engagements in den Betriebsräten zahlenmäßig überrepräsentiert seien, dies auch in Zukunft möglich bleibe. Diese Regelung sei aus Sicht des Gesetzgebers geboten, weil der Betriebsrat mit den beruflichen Problemen von Frauen unmittelbar konfrontiert sei und er deshalb eine Schlüsselposition bei der Beseitigung von Nachteilen und der Durchsetzung der Gleichstellung von Frauen und Männern einnehme. Durch die Festlegung der Mindestquote für das Geschlecht in der Minderheit sollten Frauen die Möglichkeit erhalten, ihr Potenzial wirksamer in die Betriebsratsarbeit einzubringen und Einfluss insbesondere auf frauenspezifische Themen, wie z.B. Förderung der Gleichberechtigung, Förderung von Familie und Erwerbstätigkeit sowie Frauenförderpläne, zu nehmen. Auf Grund der ihm zustehenden Mitbestimmungsrechte (zB gem. § 87 BetrVG) als auch seiner Beteiligungsrechte bei personellen Einzelmaßnahmen (§§ 99 ff. BetrVG) sowie bei allgemeinen personellen Maßnahmen (§§ 92 ff. BetrVG) habe der Betriebsrat die Möglichkeit, auf die Berücksichtigung der spezifischen Interessen von Frauen im Betrieb hinzuwirken. Bei einer zwingenden Repräsentanz durch Angehörige des eigenen Geschlechts im Betriebsrat sei jedenfalls in der Regel davon auszugehen, dass dessen Interessen bei der Betriebsratsarbeit wirksamer berücksichtigt werden könnten. Auch wenn es sich im Einzelfall anders verhalten möge, sei diese der Vorschrift des § 15 Abs. 2 BetrVG zugrunde liegende Annahme des grundsätzlich auf eine generalisierende Betrachtung abstellenden Gesetzgebers von der ihm zustehenden Einschätzungspraxis gedeckt.

Durch den in § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO vorgesehenen Listensprung werde nicht unverhältnismäßig in den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit eingegriffen.

An einem verfassungsrechtlich legitimierten Zweck orientierte Differenzierungen des Gesetzgebers, die zu Einschränkungen der formalen Wahlrechtsgleichheit führten, dürften das Maß des zur Erreichung dieses Zwecks Erforderlichen nicht überschreiten. Ihr erlaubtes Ausmaß richte sich insbesondere danach, auf welcher Stufe des Wahlverfahrens mit welcher Intensität in das Wahlrecht eingegriffen werde.

Das in § 15 Abs. 5 Nr. 1 und 2 WO geregelte Verfahren sei geeignet und erforderlich, um die durch Art. 3 Abs. 2 GG legitimierte Zielvorstellung des Gesetzgebers zu verwirklichen, nach der die Mindestquote für das Geschlecht in der Minderheit in § 15 Abs. 2 BetrVG zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern tatsächlich durchgesetzt werden solle. Es gebe es kein milderes, gleich geeignetes Mittel zur tatsächlichen Durchsetzung der Mindestquote für das Geschlecht in der Minderheit.

Ein milderes, gleich geeignetes Mittel könne nicht in der Vorgabe einer Geschlechterquote bei der Listenaufstellung gesehen werden.

Nach der in § 15 Abs. 5 WO getroffenen Regelung werde nur dann in die sich aus dem bei der Wahl erzielten Stimmenverhältnis ergebende Verteilung der Betriebsratssitze auf die Vorschlagslisten eingegriffen, wenn sich unter den auf die Vorschlagslisten entfallenden Höchstzahlen nicht die nach § 15 Abs. 2 BetrVG erforderliche Mindestzahl von Angehörigen des Geschlechts in der Minderheit befinde. Ausschließlich für diesen Fall ordne § 15 Abs. 5 Nr. 1 WO zunächst einen listeninternen "Geschlechtertausch" hinsichtlich der Vorschlagsliste an, die die Person mit der niedrigsten Höchstzahl enthalte, die nicht dem Geschlecht in der Minderheit angehöre. Nur wenn diese Vorschlagsliste keine Person des Geschlechts in der Minderheit enthalte, gehe der Sitz nach § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO auf die Vorschlagsliste mit der folgenden, noch nicht berücksichtigten Höchstzahl und mit Angehörigen des Geschlechts in der Minderheit über. Nach § 15 Abs. 5 Nr. 3 WO sei das Verfahren nach Nr. 1 und 2 solange fortzusetzen, bis die in § 15 Abs. 2 BetrVG bestimmte Mindestquote erreicht sei.

Diese Bestimmungen bewirkten zwar einen Eingriff in das passive Wahlrecht der hiervon betroffenen, nicht dem Geschlecht in der Minderheit angehörenden Wahlbewerber. Durch den in § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO bestimmten Listensprung werde außerdem die Erfolgswertgleichheit der abgegebenen Stimmen und damit das aktive Wahlrecht beeinträchtigt. Dieser Eingriff in die Wahlrechtsgleichheit erfolge jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen und bestehe lediglich in einer Korrektur des Wahlergebnisses. Demgegenüber habe die zwingende Vorgabe eines Geschlechterproporz bereits bei der Listenaufstellung dazu geführt, dass eine Vorschlagsliste mit einer nicht ausreichenden Anzahl von Bewerbern des Geschlechts in der Minderheit ungültig gewesen sei. In diesem Fall sei eine Koalition, der es nicht gelingt, die erforderliche Anzahl von Personen des Geschlechts in der Minderheit als Wahlbewerber zu finden, von vornherein gehindert gewesen, sich überhaupt an der Wahl zu beteiligen. Die Intensität des Eingriffs in das aktive und passive Wahlrecht durch Vorgaben für die Aufstellung von Wahlvorschlägen seien somit im Vergleich zu der in § 15 Abs. 5 Nr. 1 und Nr. 2 Satz 1 WO getroffenen Regelung, die erst bei der Sitzverteilung und nur für den Fall der Nichterfüllung der Mindestquote für das Geschlecht in der Minderheit eingreife, erheblich größer gewesen.

Auch ein ausschließlich listeninterner, gegebenenfalls auf die übrigen Listen ausgedehnter "Geschlechtertausch", wäre kein milderes, gleich geeignetes Mittel zur tatsächlichen Durchsetzung der Mindestquote für das Geschlecht in der Minderheit wie der in § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO geregelte Listensprung.

Die Regelung über die Mindestquote für das Geschlecht in der Minderheit diene dazu, den Zugang von Frauen zum Betriebsrat nicht nur zu erleichtern, sondern auch tatsächlich durchzusetzen. Dieses Regelungsziel könne nur erreicht werden, wenn in die Vorschlagslisten die erforderliche Anzahl von Bewerbern des Geschlechts in der Minderheit aufgenommen werde. Die Regelung in § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO trage diesem Umstand dadurch Rechnung, dass auf Grund des vorgesehenen Listensprungs Druck auf die Träger von Wahlvorschlägen ausgeübt werde, die Vorschlagslisten zur Vermeidung von Nachteilen bei der Sitzverteilung den Vorgaben des § 15 Abs. 2 BetrVG anzupassen. Die Träger von Wahlvorschlägen sollten einem möglichen Sitzverlust dadurch vorbeugen, dass sie das Geschlecht in der Minderheit bei der Listenaufstellung entsprechend berücksichtigten.

Erachte man die erachteten Möglichkeit eines listeninternen, gegebenenfalls auf die übrigen Listen ausgedehnten "Geschlechtertauschs" als milderes gleich geeignetes Mittel, entfielen dabei hingegen der Anreiz, sich nachhaltig um Kandidaten des Geschlechts in der Minderheit zu bemühen. Eine derartige Regelung würde dazu führen, dass die Aufstellung von Vorschlagslisten ausschließlich mit Angehörigen des Geschlechts in der Mehrheit für den Träger des Wahlvorschlags keinerlei Nachteile zur Folge haben würde. Denn ein möglicherweise erforderlicher "Geschlechtertausch" würde innerhalb einer anderen Vorschlagsliste erfolgen müssen. Eine solche Regelung sei daher nicht in gleicher Weise wie der in § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO vorgesehene Listensprung geeignet gewesen, den mit § 15 Abs. 2 BetrVG verfolgten Zweck zu verwirklichen.

Die Bestimmungen in § 15 Abs. 2 BetrVG, § 4 Abs. 1 Satz 2 WahlO Post, § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO verstießen auch nicht gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG.

Die Regelungen könnten zwar zu einer Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts führen, weil das Geschlecht in der Minderheit uU stärker im Betriebsrat vertreten sei, als dies nach dem bei der Wahl erzielten Stimmenverhältnis der Fall gewesen sei. Diese Ungleichbehandlung sei jedoch durch das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG gerechtfertigt. Die Vorschriften seien entsprechend der Vorgabe in Art. 3 Abs. 2 GG geschlechtsneutral formuliert und gewährleisteten daher nicht nur dem weiblichen, sondern auch dem männlichen Geschlecht die festgelegte Mindestvertretung, wenn es in der Belegschaft in der Minderheit sei. Der Geschlechterproporz stelledamit geschlechtsunabhängig sicher, dass das Geschlecht in der Minderheit im Betriebsrat nicht unterrepräsentiert sei. Dadurch werde die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung beider Geschlechter hinsichtlich des Zugangs zum Betriebsrat ge-

fördert und auf die Beseitigung der bisher typischen Unterrepräsentanz von Frauen hingewirkt. Soweit mit dieser das Geschlecht in der Minderheit begünstigenden Regelung eine Benachteiligung der Bewerber des anderen Geschlechts einhergehe, sei dies zur Verwirklichung des Gleichberechtigungsgebots gerechtfertigt.

Dementsprechend seien die Regelungen in § 15 Abs. 2 BetrVG, § 4 Abs. 1 Satz 2 WahlO Post, § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO auch mit der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen vereinbar. Die Richtlinie in der hier maßgeblichen, bis zum 4. Oktober 2002 geltenden Fassung bezwecke nach deren Art. 1 Abs. 1 die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen ua. hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen. Der Grundsatz der Gleichbehandlung in diesem Sinne verbiete zwar eine mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts (Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie). Nach Art. 2 Abs. 4 stehe die Richtlinie aber Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen in den in Art. 1 Abs. 1 genannten Bereichen betreffen, nicht entgegen. Da die Regelungen in § 15 Abs. 2 BetrVG, § 4 Abs. 1 Satz 2 WahlO Post, § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO der Förderung der Chancengleichheit von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zum Betriebsrat dienen, in dem Frauen bislang typischerweise unterrepräsentiert seien, seien sie nach Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 76/207/EWG zulässig.

Die Regelungen in § 15 Abs. 2 BetrVG, § 4 Abs. 1 Satz 2 WahlO Post, § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO verstießen auch nicht gegen den aus der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG resultierenden Grundsatz der gleichen Wettbewerbschancen der Koalitionen.

Der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG umfasse jede koalitionsspezifische Verhaltensweise, die bei Gewerkschaften auch darin bestehe, zur Verfolgung ihrer in Art. 9 Abs. 3 GG umschriebenen Ziele Einfluss auf die Wahl von Betriebsräten zu nehmen. Bei allgemeinen politischen Wahlen gebiete es der Grundsatz der Chancengleichheit, jeder Partei und jedem Wahlbewerber grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten im Wahlkampf und im Wahlverfahren offen zu halten. Dem Prinzip der Chancengleichheit der politischen Parteien im Parlamentswahlrecht entspreche bei Wahlen im Arbeits- und Sozialbereich der Grundsatz gleicher Wettbewerbschancen der Gewerkschaften. Die Koalitionsfreiheit gewähre allerdings keinen unbegrenzten und unbegrenzbaren Handlungsspielraum der Koalitionen. Der Gesetzgeber sei vielmehr berechtigt, die Befugnisse der Koalitionen im Einzelnen zu gestalten und deren Betätigungsfreiheit einzuschränken, wenn dies durch Grundrechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechte gerechtfertigt sei.

Die Regelungen in § 15 Abs. 2 BetrVG, § 4 Abs. 1 Satz 2 WahlO Post, § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO schränken zwar die Rechte der Gewerkschaften insoweit ein, als diese zur Vermeidung von Nachteilen gehalten seien, eine ausreichende Anzahl von Wahlbewerbern des Geschlechts in der Minderheit in die von ihnen getragenen Vorschlagslisten für Betriebsratswahlen aufzunehmen. Der in § 15 Abs. 5 Nr. 2 Satz 1 WO angeordnete Listensprung könne die Wettbewerbschancen derjenigen Gewerkschaften beeinträchtigen, die keine ausreichende Anzahl von Kandidaten des Geschlechts in der Minderheit für ihre Vorschlagslisten hätten gewinnen können. Diese Beschränkung der Koalitionsfreiheit sei jedoch zur Durchsetzung der in § 15 Abs. 2 BetrVG, § 4 Abs. 1 Satz 2 WahlO Post vorgegebenen Mindestquote für das Geschlecht in der Minderheit durch das verfassungsrechtlich angeordnete Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG gerechtfertigt. Die der Vorschrift zugrunde liegende Annahme des Gesetzgebers, dass es den Trägern von Wahlvorschlägen bei nachhaltigem Bemühen im Allgemeinen gelingen werde, Vertreter des Geschlechts in der Minderheit in erforderlichem Umfang als Wahlbewerber zu gewinnen, sei von der ihm zustehenden Einschätzungsprärogative gedeckt.

- **BAG 7 ABR 49/03 vom 10.03.2004**; vorgehend: LAG Nürnberg, Az: 9 (4) TaBV 48/02 vom 18.08.03; ArbG Bayreuth, Az: 4 BV 5/02 H vom 20.08.02:

„Arbeitnehmer, die nicht gewerbsmäßig oder im Wege der sog Konzernleihe nach § 1 Abs 3 Nr 2 AÜG einem Dritten zur Arbeitsleistung überlassen werden, sind keine Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs iSv § 9 BetrVG. Sie sind weder bei der für die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke zu berücksichtigen, noch steht ihnen nach § 8 BetrVG das passive Wahlrecht zum Betriebsrat des Entleiherbetriebs zu.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl.

Zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl waren in der Wählerliste 71 Beschäftigte aufgeführt. Es wurde ein aus fünf Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt. Obwohl fünf männliche Kandidaten die meisten Stimmen erhielten, stellte der Wahlvorstand fest, dass als fünftes Betriebsratsmitglied eine weibliche Kandidatin gewählt sei. Zuvor war als Hinweis auf dem Wahlausschreiben zu lesen gewesen, mindestens ein Betriebsratssitz entfalle auf eine Frau.

Das BAG führt aus, bei der Betriebsratswahl sei § 15 Abs. 2 BetrVG verletzt worden, was zur Unwirksamkeit der Wahl führe.

Nach § 15 Abs. 2 BetrVG müsse das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein, wenn der Betriebsrat mindestens aus drei Mitgliedern bestehe. Die Ermittlung der Mindestsitzzahl für das Minderheitengeschlecht erfolge gem. § 5 WO nach dem Grundsatz der Verhältniswahl, d.h. nach dem d'Hondtschen Höchstzahlverfahren. Danach entfiele nicht mindestens ein Betriebsratssitz auf eine Frau.

Im Betrieb der Arbeitgeberin sei das weibliche Geschlecht in der Minderheit gewesen. Gleichwohl habe diesem nicht unabhängig vom Wahlergebnis zumindest ein Sitz im Betriebsrat zugestanden. Nach dem d'Hondtschen Höchstzahlverfahren errechneten sich für die Wahl eines fünfköpfigen Betriebsrats bei 64 Arbeitnehmern männlichen Geschlechts die Höchstzahlen 64; 32; 21,3; 16;12,8 gegenüber der Höchstzahl sieben bei den Angehörigen weiblichen Geschlechts. Es entfalle daher nicht mindestens ein Sitz auf eine Frau.

Daher sei sowohl der Hinweis in dem Wahlausschreiben, mindestens ein Betriebsratssitz entfalle auf eine Frau, unzutreffend, als auch die Feststellung des Wahlergebnisses durch den Wahlvorstand, der den fünften Betriebsratssitz einer Kandidatin zugeordnet habe, obwohl diese eine geringere Stimmenzahl erreicht hätte als der fünfte männliche Kandidat.

Auf diesen Mängeln beruhe die Wahl. Das Wahlergebnis sei insoweit nicht korrigierbar. Unabhängig von der Feststellung des Wahlergebnisses durch den Wahlvorstand sei der Fehler im Wahlausschreiben geeignet gewesen, das Wahlergebnis zu beeinflussen. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Wähler ihre Stimmen anders vergeben hätten, wenn ihnen bewusst gewesen wäre, dass nicht ohnehin nach § 15 Abs. 2 BetrVG mindestens ein Betriebsratsmitglied weiblichen Geschlechts sein würde.

2. Landesarbeitsgerichte

Bayern:

- **LAG Nürnberg, Az: 5 TaBV 54/03 vom 13.05.04;** vorgehend: ArbG Weiden, Az: 5 BV 6/03 S vom 19.11.03:

„Mussten nach einer Betriebsratswahl zur ausreichenden Berücksichtigung von Kandidaten des "Geschlechts in der Minderheit" iSd § 15 Abs 2 BetrVG mehrere Bewerber des Mehrheitsgeschlechts nach § 15 Abs 5 Nr 1 bis 3 WO ihren Sitz mit der Folge abgeben, dass alle Bewerber des Minderheitsgeschlechts einen Sitz erhalten haben, so ist im Fall der Verhinderung oder des Ausscheidens eines Betriebsratsmitglieds des Minderheitengeschlechts iSd § 15 Abs 1 Satz 1 und 2 BetrVG für die Ermittlung des nachrückenden Ersatzmitglieds wie folgt zu verfahren: Unabhängig davon, ob der Bewerbungsaustausch innerhalb einer Liste (§ 15 Abs 5 Nr 1 WO) oder listenübergreifend § 15 Abs 5 Nr 2 WO stattgefunden hat, ist der jeweils letzte Bewerbungsaustausch rückgängig zu machen.“

Die Parteien streiten darüber, welches Ersatzmitglied im Falle der Verhinderung des zur Erfüllung der Quote des Minderheitengeschlechts in den Betriebsrat getretenen weiblichen Betriebsratsmitglieds zu den jeweiligen Betriebsratssitzungen zu laden ist.

Der Betriebsrat hat 11 Mitglieder. Bei der Betriebsratswahl mussten sich mindestens 4 Frauen zur Erfüllung der Minderheitenquote im Sinne des § 15 Abs. 2 BetrVG im Betriebsrat befinden; insgesamt hatten nur 4 Frauen für den Betriebsrat kandidiert. Zur Erfüllung der Minderheitenquote hatte eine weibliche Kandidatin eine Liste anstelle des männlichen Kandidaten einer anderen Liste einen Sitz erhalten.

Das LAG ist der Auffassung, § 15 Abs. 5 Nr. 5 WO bestimme, dass für den Fall, dass keine andere Vorschlagsliste über Angehörige des Geschlechts in der Minderheit verfüge, der Sitz bei der Vorschlagsliste verbleibe, die zuletzt ihren Sitz zugunsten des Geschlechts in der Minderheit nach § 15 Abs. 5 Nr. 1 WO hätte abgeben müssen. Daher rücke hier im Falle der Verhinderung des weiblichen Mitglied ein Ersatz-

mitglied der Liste nach, die zuletzt ihren Sitz zu Gunsten der Erfüllung der Minderheitenquote im Sinne des § 15 Abs. 2 Satz 1 BetrVG abzugeben hatte.

- **LAG Nürnberg, Az: 9 (4) TaBV 48/02 vom 18.08.03;** vorgehend: ArbG Bayreuth, Az: 4 BV 5/02 H vom 20.08.02; nachgehend: BAG 7 ABR 49/03 vom 10.03.2004:

„Die einem anderen Konzernunternehmen gemäß § 1 Abs 3 Ziffer 2 AÜG überlassenen Mitarbeiter sind bei der Wahl des Betriebsrates im aufnehmenden Betrieb weder wählbar gemäß § 8 BetrVG noch bei der Ermittlung der Betriebsratsgröße gemäß § 9 BetrVG zu berücksichtigen.“

(Zum Sachverhalt vgl. BAG 7 ABR 49/03 vom 10.03.2004)

Nach Ansicht des LAG erweise sich die Betriebsratswahl auch wegen der fehlerhaften Mitteilung im Wahlausschreiben, nach § 15 Abs. 2 BetrVG sei mindestens ein Betriebsratssitz mit einer weiblichen Bewerberin zu besetzen, als rechtsunwirksam.

Unabhängig ob die aufgrund des Personalgestellungsvertrages überlassenen Mitarbeiter bei der Belegschaftsstärke gemäß § 9 BetrVG mitzählten oder nicht, erfülle der Anteil weiblicher Mitarbeiter nicht das erforderliche Maß von einem Drittel bei einem nur dreiköpfigen Betriebsrat oder einem Fünftel bei einem fünfköpfigen Betriebsrat. Danach hätte die Mitteilung im Wahlausschreiben gemäß § 3 Abs. 2 Ziffer 4 WO unterbleiben müssen. Das Bewusstsein der Wähler, unabhängig von der Zahl der Stimmen im Verhältnis zu männlichen Mitbewerbern würde wenigstens eine Frau in den Betriebsrat einrücken, könne zu einer Änderung im Wählerverhalten führen. Aus diesem Grund führe das fehlerhafte Wahlausschreiben zu einem Anfechtungsrecht gemäß § 19 BetrVG.

Nordrhein-Westfalen:

- **LAG Köln, Az: 3 TaBV 12/03 vom 31.03.04;** vorgehend: ArbG Bonn, Az: 5 BV 52/02 vom 18.12.02; nachgehend: BAG 7 ABR 40/04 vom 16.03.05:

„Die Wahlgrundsätze des Art 38 Abs 1 GG gelten auch für Betriebsratswahlen.

§ 15 Abs 5 Nr 2 WahIO zum BetrVG (Juris BetrVG DV 1) stellt einen sachlich nicht gerechtfertigten Eingriff in die Wahlgrundsätze des Art 38 Abs 1 GG dar.

Die gesetzliche Vorgabe des § 15 Abs 2 BetrVG zur Förderung des Minderheitsgeschlechts ist für sich betrachtet verfassungsgemäß, denn im Wege der verfassungskonformen Auslegung sind weniger einschneidende Korrekturen als der Listensprung iSv § 15 Abs 5 Nr 2 WahIO zum BetrVG (Juris BetrVG DV 1) möglich (aA LAG Köln, Beschluss vom 13.10.2003 - 2 TaBV 1/03 = AP Nr 1 zu § 15 BetrVG 1972).

Hält das Gericht eine Vorschrift für verfassungsgemäß, muss es sie auch anwenden und kann den Rechtsstreit nicht ohne eingehende eigene Prüfung im Hinblick auf ein anderweitig anhängiges Normenkontrollverfahren aussetzen.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der Betriebsratswahl im Hinblick auf die Anwendung der §§ 15 Abs. 2 BetrVG, 15 Abs. 5 Nr. 2 WahIO.

Im Betrieb fanden Betriebsratswahlen statt. Die Wahl wurde als Gruppenwahl mit den Gruppen der Beamten und der Arbeitnehmer durchgeführt. In der Beamtengruppe konkurrierten zwei Wahlvorschlagslisten. Insgesamt waren 17 Betriebsratsmitglieder zu wählen. Davon entfielen auf die Gruppe der Beamten neun und auf die Gruppe der Arbeitnehmer acht Sitze. Drei von den der Beamtengruppe zustehenden Sitze entfielen nach den nicht angefochtenen Berechnungen des Wahlvorstands auf Frauen als Minderheitsgeschlecht.

Ausweislich der Wahlniederschrift wurden in der Gruppe der Beamten insgesamt 458 gültige Stimmen abgegeben. Davon entfielen auf die erste Liste 366 Stimmen und auf die zweite Liste der Antragstellerin 92 Stimmen. Das führte zu folgenden Höchstzahlen:

Nach dem angewandten Höchstzahlverfahren hätten der ersten Liste sieben Sitze und der zweiten Liste der Antragstellerin zwei Sitze in der Gruppe der Beamten zugestanden. Da auf der Liste der Antragstellerin keine Frauen aufgestellt waren und nach der oben genannten Sitzverteilung nur zwei Frauen Sitze er-

halten hätten, den Frauen als Minderheitsgeschlecht in der Gruppe der Beamten aber drei Sitze zustanden, zog der Wahlvorstand der zweiten Liste einen Sitz ab und schlug diesen ersten der Liste.

Das LAG führt aus, das in der Wahl Niederschrift vom 29.05.2002 festgestellte Wahlergebnis der Vertreter der Beamtengruppe sei fehlerhaft. Zwar habe der Wahlvorstand bei der Ermittlung des Wahlergebnisses die Vorschriften der §§ 15 Abs. 2 BetrVG, 15 Abs. 5 Nr. 2 WahlO zutreffend angewandt. Gleichwohl sei das Wahlergebnis fehlerhaft, da § 15 Abs. 5 Nr. 2 WahlO wegen Verstoßes gegen die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 GG verfassungswidrig ist und diese Rechtsnorm daher nicht angewendet werden dürfe.

Die Betriebsratswahl sei gemäß den Vorschriften des BetrVG durchzuführen gewesen, so dass insbesondere die Bestimmungen der §§ 15 Abs. 2 BetrVG und 15 WahlO zur Anwendung gelangten. Dies folge aus §§ 24, 26, 34 PostPersRG, § 1 WahlO Post vom 22.02.2002.

§ 15 Abs. 2 BetrVG sei mit der Verfassung vereinbar, denn die Vorschrift könne jedenfalls verfassungskonform ausgelegt werden.

Die gesetzliche Vorgabe des § 15 Abs. 2 BetrVG zur Förderung des Minderheitsgeschlechts bei der Betriebsratswahl sei für sich betrachtet nicht verfassungswidrig. Zum einen zeige bereits § 15 Abs. 5 Nr. 5 WahlO, dass ein endgültiger, einschränkungsloser Zwang zur mindestens anteiligen Besetzung des Betriebsrats nicht durchsetzbar sei. Auch die bislang geltende Wahlordnung gehe davon aus, dass in letzter Konsequenz ggf. ein nicht quotenentsprechend besetzter Betriebsrat gewählt sei. Zum anderen werde zwar zu Recht geltend gemacht, § 15 Abs. 2 BetrVG schränke die Wahlgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 GG deutlich ein. Da aber diese Wahlgrundsätze nicht absolut betrachtet werden dürften, sondern gerade in Abwägung mit dem gleichermaßen zu berücksichtigenden Grundrecht aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG eine praktische Konkordanz herzustellen sei, komme es entscheidend auf die Ausgestaltung des gesetzlichen Gebots durch die Wahlordnung an.

Rechtsfolge des oben festgestellten Verfassungsverstoßes sei die Unanwendbarkeit des § 15 Abs. 5 Nr. 2 WahlO bei der Ermittlung des Wahlergebnisses. Die gesetzliche Vorgabe aus § 15 Abs. 2 BetrVG werde demgemäß unter Außerachtlassung des § 15 Abs. 5 Nr. 2 WahlO allein durch § 15 Abs. 5 Nr. 1 WahlO ausgefüllt. Ein geschlechtsbezogener Sitztausch könne daher nur in der Liste der mit der niedrigsten Höchstzahl benannten Person stattfinden. Führe dies nicht zum Erfolg, bleibe es gemäß § 15 Abs. 5 Nr. 5 WahlO bei dem ohne die Anwendung von § 15 Abs. 5 WahlO festgestellten Wahlergebnis.

- **LAG Köln, Az: 2 TaBV 1/03 vom 13.10.03;** vorgehend: ArbG Bonn, Az: 4 BV 51/02 vom 16.10.02:

„§ 15 Abs 2 BetrVG verletzt die Wahlgleichheit, insbesondere die Chancengleichheit des Zugangs zu den Betriebsratsämtern, ohne dass hierfür eine sachlich erforderliche Ausnahme vorliegt. Weder aus dem Zweck der Wahl, noch aus der besonderen Organisationsstruktur des Gremiums Betriebsrat oder aus der Natur des Regelungsbereichs folgt, dass eine Bevorzugung des jeweils im Betrieb in der Minderheit befindlichen Geschlechts gerechtfertigt ist.“

„§ 15 Abs 2 BetrVG ist verfassungswidrig. Der Gesetzgeber muss bei der Ausgestaltung der Wahlen zum Betriebsrat berücksichtigen, dass jeder Betriebsangehörige sowohl sein aktives als auch sein passives Wahlrecht in formal möglichst gleicher Weise ausüben kann. In diesen Grundsatz greift § 15 Abs 2 BetrVG in mehrfacher Weise ein. Die vom Gesetzgeber für Betriebsratswahlen vorgesehene Ungleichbehandlung von Kandidaten des Minderheitsgeschlechts ist sachfremd und hält sich nicht in dem Rahmen, die dem Gesetzgeber für sachlich erforderliche Ausnahmen von der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl eingeräumt ist. Es ist nicht möglich, § 15 Abs 2 BetrVG verfassungsgemäß auszulegen.“

Die Beteiligten streiten über die Richtigkeit eines Wahlergebnisses einer Betriebsratswahl. Im Betrieb fanden Betriebsratswahlen statt. Die Wahl wurde als Gruppenwahl mit den Gruppen Beamte und Arbeitnehmer durchgeführt. Für das Wahlverfahren sind die §§ 24, 26 PTNeuOG anwendbar, die mit Ausnahme der Besonderheiten, die auf der Gruppenwahl für Beamte und Arbeitnehmer beruhen, auf das Betriebsverfassungsgesetz verweisen. Hierdurch findet § 15 Abs. 2 BetrVG für die vorliegende Wahl Anwendung.

Im Betrieb sind in der Gruppe der Arbeitnehmer insgesamt 4009 beschäftigte Arbeitnehmer wahlberechtigt. Hiervon sind 2806 Beschäftigte Männer und 1203 Beschäftigte Frauen. Der Prozentsatz der Frauen beträgt damit geringfügig über 30 %. Nach dem d'Hondtschen Höchstzahlverfahren errechnete der Wahl-

vorstand einen Anteil von sechs Sitzen für das Minderheitsgeschlecht von insgesamt 20 Sitzen der Arbeitnehmer.

Für die Wahl wurden zwei Listen eingereicht. Eine erste Liste sowie die eine weitere Liste, auf der lediglich vier männliche Arbeitnehmer kandidierten, während die erste Liste 80 Arbeitnehmer umfasste und dabei auf den Plätzen 4, 6, 10, 13, 17 und 21 sowie auf weiteren Plätzen Frauen aufstellte.

Auf der Grundlage des Wahlergebnisses hätte die zweite Liste drei und die erste Liste 17 Sitze erhalten. Der Sitz des männlichen Kandidaten mit der geringsten Höchstzahl wurde von der zweiten Liste abgezogen und der ersten Liste zugeschlagen. Damit rückte die nächste auf der ersten Liste stehende noch nicht berücksichtigte Frau nach.

Nach Ansicht des LAGs sei das in der Wahlniederschrift festgestellte Wahlergebnis der Wahl des Betriebsrats fehlerhaft und zu berichtigen.

§ 15 Abs. 2 BetrVG, der durch die Verweisungskette der §§ 24, 26 PTNeuOG im vorliegenden Rechtsstreit zur Anwendung gelange, sei verfassungswidrig.

Der Betriebsrat bedürfe demokratischer Legitimation, da er in vielfältiger Weise Grundrechte von Arbeitnehmern und Arbeitgebern einschränken könne. Deshalb sei der Gesetzgeber gehalten, über den allgemeinen Gleichheitssatz des Artikel 3 Abs. 1 GG hinaus die Grundsätze der formalen Wahlgleichheit über den unmittelbaren Anwendungsbereich der Artikel 28 Abs. 1 Satz 2, 38 Abs. 1 Satz 1 GG hinaus auf Betriebsratswahlen anzuwenden. Der Gesetzgeber müsse deshalb bei der Ausgestaltung der Wahlen zum Betriebsrat berücksichtigen, dass jeder Betriebsangehörige sowohl sein aktives als auch sein passives Wahlrecht in formal möglichst gleicher Weise ausüben könne.

In diesen Grundsatz greife § 15 Abs. 2 BetrVG in mehrfacher Weise ein. Zum einen werde das passive Wahlrecht von Kandidaten des Mehrheitsgeschlechts beeinträchtigt, da nur bei diesem Geschlecht eine Beschränkung der Sitzanzahl angeordnet werde, während das Minderheitsgeschlecht mehr Sitze erlangen könne, als ihm bei einem Abbild der Belegschaftsstruktur eins zu eins zustehen würden. Hierdurch würden die Wahlchancen der Kandidaten des Mehrheitsgeschlechts zu Lasten derjenigen des Minderheitsgeschlechts verschoben. Auch das aktive Wahlrecht werde durch § 15 Abs. 2 BetrVG eingeschränkt, da bei nur einer Liste diejenigen Stimmen, die für Kandidaten des Mehrheitsgeschlechts abgegeben worden seien, nicht den gleichen Wert hätten, wenn noch nicht ausreichend Kandidaten des Minderheitsgeschlechts Sitze errungen hätten. Bei Listenwahl hätten die Stimmen für Listen, die nicht ausreichend Kandidaten des Minderheitsgeschlechts hätten aktivieren können, auf Grund des vorgesehenen Listensprungs weniger Wert. Letztlich werde die Freiheit des Wählers, sich danach zu entscheiden, welche Liste das bessere Programm biete oder die vertrauenswürdigeren Kandidaten aufstelle, eingeschränkt, denn mittelbar werde bereits im Verfahren der Listenaufstellung Druck auf die Liste ausgeübt, Kandidaten nicht nach Qualifikation, Fähigkeit und Persönlichkeit sondern nach Geschlecht aufzustellen. Listen, die nicht in ausreichender Anzahl und an geeigneter Stelle innerhalb der Liste Kandidaten des Minderheitsgeschlechts berücksichtigten, liefen Gefahr, trotz demokratischen Wahlerfolges nicht den Anteil der Sitze zu erhalten, der dem Verhältnis der auf sie entfallenden Stimmen entspreche. Somit bewirke die gesetzliche Regelung sogar, dass Frauen, die Männer wählen wollten, zu Gunsten von Frauen, die gewählt werden wollten, benachteiligt würden.

Die vom Gesetzgeber für Betriebsratswahlen vorgesehene Ungleichbehandlung von Kandidaten des Minderheitsgeschlechts sei sachfremd und halte sich nicht in dem Rahmen, der dem Gesetzgeber für sachlich erforderliche Ausnahmen von der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl eingeräumt sei. Solche Ausnahmen könnten sich aus dem Zweck der Wahl, der Organisationsstruktur des zu wählenden Gremiums oder aus der Natur des in Frage stehenden Regelungsbereichs rechtfertigen.

Der Zweck der angegriffenen Gesetzesregelung ziele darauf, dem Minderheitsgeschlecht im Betrieb mindestens einen dem Anteil an der Belegschaft entsprechenden Anteil der Betriebsratssitze zukommen zu lassen. Es könnte erwogen werden, ob dieses Ziel die gesetzliche Regelung rechtfertige, wenn die Interessen des Minderheitsgeschlechts im Betrieb nur von Vertretern des gleichen Geschlechts sachgerecht wahrgenommen werden könnten. Aufgabe des Betriebsrats sei es, die Interessen der Gesamtbelegschaft gegenüber dem Arbeitgeber im Rahmen der durch das Betriebsverfassungsgesetz ermöglichten Handlungsspielräume zu vertreten. Es sei nicht zu erkennen, dass das Betriebsverfassungsrecht derart von Geschlechtsinteressen geprägt werde, dass eine Geschlechtspräsenz im Betriebsrat für die Aufgabenerfüllung erforderlich wäre.

Gerade im Hinblick auf die dem Betriebsrat eingeräumten Eingriffe in die Vertragsfreiheit von Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die einen Schwerpunkt seiner Tätigkeit bildeten, müsse es dem Wähler möglich sein, die Kandidaten zu wählen, die er für am besten geeignet halte, seine Interessen zu vertreten. Dies seien nicht zwingend die Kandidaten, die das gleiche Geschlecht wie der Wähler hätten.

Es wäre auch nicht ersichtlich, nach welchen Kriterien andere Minderheiten von der proportionalen Repräsentation ausgeschlossen werden könnten und für welche Minderheiten dies vorgesehen werden dürfte. So sei nicht nur eine Differenzierung nach dem Geschlecht denkbar, schutzwürdig wären auch Schwerbehinderte, Arbeitnehmer mit besonderer Altersstruktur (ab 50) oder Alleinerziehende mit Kind. Würde man einen Minderheitenschutz zu Gunsten des Merkmals "Geschlecht" für zulässig halten, wäre es kaum vertretbar, andere Minderheitsmerkmale bei der Einschränkung der Wahlgleichheit unberücksichtigt zu lassen, zumal sich diese auch auf die generelle Schutzpflicht aus § 75 BetrVG berufen könnten.

Bedenken ergäben sich auch daraus, dass der Gesetzeswortlaut stets das Minderheitsgeschlecht im Betrieb fördere, und dabei soweit gehe, dem Minderheitsgeschlecht eine Mehrheit zu ermöglichen. Es hänge von der Betriebsstruktur ab, ob Männer oder Frauen begünstigt seien. Gerade die Regelung, wonach das Minderheitsgeschlecht mindestens entsprechend seinem Anteil an den Arbeitnehmern des Betriebs Betriebsratssitze erhalten müsse, führe dazu, dass in Betrieben mit mehrheitlich weiblichen Beschäftigten deren Unterrepräsentation im Betriebsrat uneingeschränkt aufrechterhalten bliebe.

Die Minderheitenquote korrigiere den Ausdruck des Wählerwillens, die Persönlichkeiten zu wählen, die zur Erfüllung des Betriebsratsamtes als die Fähigsten angesehen würden oder die Gruppe zu unterstützen, die die besten Konzepte präsentiere. Da es zu einer Unterrepräsentation der Geschlechtsminderheit, insbesondere bei Personenwahl nur dann kommen könne, wenn Angehörige des Minderheitsgeschlechts Kandidaten des Mehrheitsgeschlechts wählten, sei nicht ersichtlich, wieso hierin gerade ein Nachteil des Minderheitsgeschlechts liegen solle, der durch einen Eingriff in das Wahlrecht ausgeglichen werden müsse. Die Förderung des Minderheitsgeschlechts werde durch die partielle Missachtung der Wahlentscheidung des Minderheitsgeschlechts erkaufte.

Gemessen an dem Zweck des Betriebsverfassungsgesetzes und den Aufgaben des zu wählenden Organs, die Belegschaftsinteressen zu repräsentieren und die übertragenen Aufgaben in best möglicher Weise unter Abwägung des Betriebs- und Arbeitnehmerinteresses zu erfüllen, sei deshalb der Eingriff in die Wahlgleichheit unzulässig und sachfremd.

Ob daneben § 15 Abs. 2 BetrVG auch die Koalitionsfreiheit aus Artikel 9 GG verletzt, könne dahinstehen. Jedoch erscheine auch eine mittelbare Benachteiligung kleiner Gewerkschaften möglich, da es insbesondere dann, wenn die Frauen das Minderheitsgeschlecht stellten, oftmals für kleine Gruppierungen kaum möglich sei, in ausreichend viele Kandidatinnen für das Betriebsratsamt zu gewinnen.

Die Verletzung der Wahlgleichheit beruhe auch unmittelbar auf der gesetzlichen Regelung und nicht erst auf der Ausgestaltung durch die Wahlordnung, denn es sei keine Umsetzung des Gesetzes in einer Wahlordnung denkbar, die nicht gleichzeitig die Gleichheit der Wahl verletzen würde.

Es sei auch nicht möglich, § 15 Abs. 2 BetrVG verfassungsgemäß auszulegen. Zwar spreche der Wortlaut des Gesetzes nur davon, dass das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit sei, mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein müsse. Eine Vertretung von Frauen durch Männer und umgekehrt sei damit dem Wortlaut nach nicht ausgeschlossen. Jedoch ergebe sich aus der Gesetzeshistorie und dem Wortlaut der Ermächtigungsgrundlage des § 126 Nr. 5 a BetrVG kein vernünftiger Zweifel daran, dass die Betriebsratssitze im zahlenmäßigen Verhältnis der Geschlechter zu verteilen seien, denn § 126 BetrVG enthalte die Ermächtigungsgrundlage hinsichtlich einer Verordnung, die die Verteilung der Betriebsratssitze auf die Geschlechter regeln solle. Dieses wäre nicht Gegenstand der Ermächtigungsgrundlage, wenn § 15 Abs. 2 BetrVG nicht in dieser Weise auszulegen wäre.

Die Frage der Verfassungsmäßigkeit von § 15 Abs. 2 BetrVG ist auch für das vorliegende Verfahren entscheidungserheblich. Für die Entscheidung komme es nämlich darauf an, ob die gesetzliche Vorgabe des § 15 Abs. 2 BetrVG zu beachten sei.

Rheinland-Pfalz:

- **LAG Rheinland-Pfalz, Az: 10 TaBV 743/02 vom 13.11.02;** vorgehend: ArbG Ludwigshafen, Az: 8 BV 820/02 vom 19.06.02:

„Aus § 15 Abs 2 BetrVG ergibt sich nicht, dass das Minderheitsgeschlecht mindestens entsprechend seinem prozentualen Anteil an der Belegschaft im Betriebsrat vertreten sein muss.

Die Vorschrift des § 5 WahlO (juris: BetrVG DV1WO) , nach der die Anzahl der dem Minderheitsgeschlecht zustehenden Mindestsätze nach dem d'Hondtschen Höchstzahlensystem errechnet wird, verstößt daher nicht gegen höherrangiges Recht.“

Die Beteiligten streiten im Rahmen eines Wahlanfechtungsverfahrens über die personelle Zusammensetzung des Betriebsrats.

Im Betrieb des Arbeitgebers fand eine Betriebsratswahl statt. Wahlberechtigt waren 41 Arbeitnehmerinnen und 92 Arbeitnehmer. Für die Wahl des siebenköpfigen Betriebsrats waren drei Vorschlagslisten eingereicht worden, auf denen jeweils nur eine Frau -- und zwar auf dem fünften Platz der Liste I, dem vierten Platz der Liste II sowie auf dem dritten Platz der Liste III -- und ansonsten ausschließlich Männer kandidierten. Auf die Listen I und III entfielen jeweils 34 Stimmen, auf die Liste II 35 Stimmen.

Unter Anwendung des in § 5 WahlO vorgeschriebenen d'Hondtschen Höchstzahlensystems errechnete der Wahlvorstand für das Geschlecht, welches sich in der Belegschaft in der Minderheit befindet, d. h. für die Frauen, einen Mindestanteil von zwei Betriebsratssitzen. Da sich unter den auf die Vorschlagslisten entfallenen Höchstzahlen keine Frau befand, führte der Wahlvorstand sodann das in § 15 Abs. 5 WahlO vorgesehene Verfahren durch und gelangte dabei zu der Feststellung, dass anstelle der männlichen Bewerber auf Platz 3 der Liste II und auf Platz 2 der Liste III die beiden auf diesen Listen befindlichen Frauen in den Betriebsrat gewählt sind.

Das LAG führt aus, entgegen der Ansicht der Antragsteller belaufe sich der Mindestanteil der Betriebsratssitze für das Geschlecht in der Minderheit im vorliegenden Fall nicht auf drei sondern vielmehr auf lediglich zwei Sitze. Nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Beteiligten seien bei Erlass des Wahlausschreibens im Betrieb insgesamt 41 Arbeitnehmerinnen und 92 Arbeitnehmer beschäftigt gewesen. Auf die Frauen seien somit bei Anwendung des in § 5 WahlO vorgeschriebenen d'Hondtschen Höchstzahlensystems, wie vom Wahlvorstand zutreffend errechnet, zwei Mindestsitze entfallen.

§ 5 WahlO verstoße nicht gegen höherrangiges Recht (hier: § 15 Abs. 2 BetrVG). Mit Erlass dieser Vorschrift habe der Ordnungsgeber Gebrauch gemacht von der in § 126 Nr. 5 a BetrVG enthaltenen Ermächtigung, durch Rechtsverordnung u. a. die Verteilung der Sitze im Betriebsrat auf die Geschlechter zu regeln. Das dabei vom Ordnungsgeber gewählte d'Hondtsche Höchstzahlensystem zur Errechnung der dem Minderheitsgeschlecht zustehenden Anzahl von Mindestsitzen widerspreche nicht der in § 15 Abs. 2 BetrVG enthaltenen Regelung, wonach das Geschlecht in der Minderheit mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein müsse. Zwar könne die Anwendung des d'Hondtschen Systems, wie hier, dazu führen, dass das Geschlecht in der Minderheit weniger Sitze erhalte als es seinem prozentualen Anteil an der Gesamtbelegschaft entspreche. Gleichwohl stehe § 5 WahlO insoweit in Einklang mit § 15 Abs. 2 BetrVG. Eine dem prozentualen Anteil entsprechende Anzahl von Mindestsitzen für das Geschlecht in der Minderheit sei nämlich in § 15 Abs. 2 BetrVG nicht vorgeschrieben. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Norm. Der dort vom Gesetzgeber verwendete Begriff "zahlenmäßiges Verhältnis" sei nämlich, auch im allgemeinen Sprachgebrauch, nicht gleichbedeutend mit dem Begriff "prozentualer Anteil". Für die Berechnung eines zahlenmäßigen Verhältnisses gebe es eine Vielzahl von Methoden. Eine hiervon sei das vom Ordnungsgeber gewählte d'Hondtsche Höchstzahlensystem. Es sei allgemein anerkannt und begegne keinerlei Zweifel, dass dieses System, welches u. a. auch früher bei der Bundestagswahl angewendet worden sei, geeignet sei, das zahlenmäßige Verhältnis verschiedener Personengruppen zueinander rechnerisch auszudrücken bzw. darzustellen. Somit beständen auch keinerlei Bedenken hinsichtlich der Anwendung des d'Hondtschen Höchstzahlensystems bei der Berechnung der dem Minderheitsgeschlecht entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis nach § 15 Abs. 2 BetrVG zustehenden Anzahl von Mindestsitzen.

Nichts anderes ergebe sich aus dem in § 15 Abs. 2 BetrVG enthaltenem Wort "mindestens". Dieses Wort enthalte nämlich keine Vorgaben zur Ermittlung des zahlenmäßigen Verhältnisses. Vielmehr werde damit dem Minderheitsgeschlecht die Möglichkeit einer Überrepräsentanz eingeräumt. Dies ergebe sich aus der Entstehungsgeschichte der betreffenden Norm. Die "Mindest -- Regelung" solle ausschließlich die Mög-

lichkeit einer Überrepräsentanz des Geschlechts in der Minderheit gewährleisten. Für die Berechnung des zahlenmäßigen Verhältnisses sei dies jedoch ohne Bedeutung.

3. Arbeitsgerichte

Bayern:

- **ArbG Bayreuth, Az: 4 BV 5/02 H vom 20.08.02;** nachgehend: LAG Nürnberg, Az: 9 (4) TaBV 48/02 vom 18.08.03; BAG 7 ABR 49/03 vom 10.03.2004:

„Allein daraus, dass § 8 Abs 1 S 1 BetrVG alle Wahlberechtigten, die 6 Monate dem Betrieb angehören, wählbar sind und nunmehr in § 7 S 2 BetrVG Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers bei einer Überlassung von länger als 3 Monaten als wahlberechtigt bezeichnet werden, kann noch nicht gefolgert werden, dass diese nun auch zum Betriebsrat des Entleiherbetriebes wählbar sind. Aus der Formulierung, dass Wahlberechtigte dem Betrieb angehören müssen, ist vielmehr, wie bislang in der Rechtsprechung auch geschehen, nach wie vor zu folgern, dass es sich um Arbeitnehmer dieses Betriebes iS des betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffes, mithin also um Arbeitnehmer, die nicht nur faktisch eingegliedert sind, sondern dem Betrieb auch rechtlich angehören, dh also in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen, handeln muss.

Ein weiterer Verstoß gegen eine wesentliche Wahlvorschrift liegt darin, dass bei der Betriebsratswahl die überlassenen Arbeitnehmer bei der Bestimmung der Betriebsratsgröße nach § 9 BetrVG mitgezählt wurden.

Beschwerde eingelegt beim LArbG Nürnberg unter dem Aktenzeichen 9 (4) TaBV 48/02.“

(Zum Sachverhalt vgl. BAG 7 ABR 49/03 vom 10.03.04)

Zwar komme es hier nicht entscheidungserheblich auf den Verstoß betreffend die fälschliche Angabe im Wahlausschreiben, es müsse eine Frau im Betriebsrat vertreten sein, an.

Allerdings sei das ArbG auch insoweit der Auffassung, dass dieser Fehler für sich genommen bereits die Wahl anfechtbar machte. Zum einen sei § 15 Abs. 2 BetrVG (nunmehr) eine zwingende Vorschrift, zum anderen könne dieser Verstoß auch das Wahlverhalten und damit auch das Wahlergebnis beeinflusst haben. Die Wähler seien davon ausgegangen, dass eine Frau in jedem Fall im Betriebsrat vertreten sein würde und hätten daher möglicherweise ihre Stimme im Zweifel einem männlichen Bewerber, den sie unbedingt im Betriebsrat sehen wollten, gegeben. Hätten sie gewusst, dass in Wahrheit keine Frau im Betriebsrat vertreten sein müsste, hätten sich möglicherweise mehr Wähler für eine Frau entschieden.

Niedersachsen:

- **ArbG Oldenburg, Az: 4 BV 10/03 vom 12.02.04:**

„Die unzutreffende Formulierung in einem Wahlausschreiben, dass „dem Betriebsrat mindestens fünf Frauen angehören müssen“ rechtfertigt keine Anfechtung der Betriebsratswahl.“ (Leitsatz der BEArbeiterrin)

Die Beteiligten streiten um die Rechtswirksamkeit einer Betriebsratswahl.

Auf dem Wahlausschreiben fand sich der Passus, dass dem Betriebsrat „mindestens fünf Frauen angehören müssen“. Es wurde ein fünfköpfiger Betriebsrat gewählt. Die Arbeitgeberin ficht die Wahl an.

Das ArbG ist der Ansicht, die Anfechtung der Wahl sei hier nicht gerechtfertigt.

Es hätte ein Verstoß vorliegen müssen, der zu einem anderen Wahlergebnis hätte führen können. Ein solcher Verstoß liege nicht vor.

Zwar sei der Hinweis des Wahlvorstands in dem Wahlausschreiben „dass dem Betriebsrat mindestens fünf Frauen angehören müssen“ unzutreffend. Zumindest handele es sich um eine missverständliche Formulierung. Eine sachgerechte Auslegung ergebe, dass der Wahlvorstand zum Ausdruck bringen sollte, dass aufgrund des Geschlechteranteils ein Minderheitenmandat für Männer (§ 15 Abs.2 BetrVG) nicht bestehe. Darauf komme es letztlich nicht entscheidend an. Trotz der Vorschrift des § 15 BetrVG beständen keine Vorgaben hinsichtlich der Wahlvorschläge, so dass sowohl reine Frauenlisten und reine Män-

nerlisten als auch gemischte Listen zulässig seien. Eine Zwangskandidatur sei schlechthin ausgeschlossen. Möglich sei insbesondere auch, dass das Geschlecht in der Minderheit mehr Betriebsratsmitglieder stelle, als es ihm quotenmäßig zustehe. Eine zwingende Quote für das Mehrheitsgeschlecht sähen weder das BetrVG noch die Wahlordnung vor.

Da es im vorliegenden Fall überhaupt nur eine Vorschlagsliste gegeben habe, die im Übrigen trotz der Quotenregelung in § 15 BetrVG zwei Männer aufgewiesen habe, habe die missverständliche Formulierung im Wahlausschreiben den Minderheitenschutz betreffend keinen ausschlaggebenden Einfluss auf das Wahlergebnis gehabt.

Nordrhein-Westfalen:

- **ArbG Bonn, Az: 5 BV 52/02 vom 18.12.02;** nachgehend: LAG Köln, Az: 3 TaBV 12/03 vom 31.03.04; BAG 7 ABR 40/04 vom 16.03.05:

„§§ 15 BetrVG, 15 Abs 5 Ziff 2 WO erweisen sich als verfassungsgemäß.

Die zu Art 38 GG entwickelten Grundsätze zur Wahlstimmengleichheit sind nicht ohne weiteres auf die Betriebsratswahl zu übertragen.

§ 15 BetrVG und die hierzu ergangene Wahlordnung fördern die Durchsetzung des Grundrechts aus Art 3 II GG und rechtfertigen daher im Wege der praktischen Konkordanz die Einschränkung des Art 38 GG.“

(Zum Sachverhalt vgl. BAG 7 ABR 40/04 vom 16.03.05)

Das ArbG hält § 15 Abs. 5 Ziff. 2 der Wahlordnung sowie § 15 Betriebsverfassungsgesetz nicht für verfassungswidrig.

Zwar werde durch die Vorschrift des § 15 Abs. 5 Ziff. 2 der Wahlordnung der Grundsatz der Wahlstimmengleichheit eingeschränkt. Jedoch gelte dieser aus Art. 38 GG herrührende Grundsatz unmittelbar nur für politische Abstimmungen und Wahlen. Eine Übertragung dieser Grundsätze auf die Bereiche des Arbeits- und Sozialwesens könne nicht ohne weiteres erfolgen. Für den Bereich der Wahlen zu Organen einer privatrechtlichen Kapitalgesellschaft und damit auch für die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat habe das BAG bereits abgelehnt, die zu Art. 38 GG entwickelten Grundsätze hierauf zu übertragen (vgl. BAG, Beschluss vom 13.05.1998 – 7 ABR 5/97, in AP Nr. 1 zu § 12 Mitbestimmungsgesetz). Entsprechendes gelte für den Bereich der Betriebsratswahl. Zudem habe der Gesetzgeber mit der Einführung einer Quotenregelung einem weiteren Grundrecht zur Geltung verholfen. Er könne § 15 BetrVG sowie die hierzu ergangene Wahlordnung auf Art. 3 Abs. 2 GG stützen, wonach der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern habe und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinwirke. Träfen zwei Grundrechte, hier das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 38 GG hinsichtlich der Stimmengleichheit sowie das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 2 GG hinsichtlich der Förderung der Gleichberechtigung aufeinander, müsse der Gesetzgeber im Wege der praktischen Konkordanz einen Ausgleich schaffen. Hierbei stehe ihm ein Ermessensspielraum zu. Dem Gericht sei nicht erkennbar, inwiefern der Gesetzgeber mit der Anordnung einer Sitzverschiebung bei Nichterreichen der Quote diesen Spielraum überschritten habe. Etwas anderes habe sich allenfalls dann ergeben können, wenn aufgrund der Sitzverschiebung Mehrheitsverhältnisse, die sich aus der Verhältnismäßigkeitswahl ergeben hätten, in ihr Gegenteil verkehrt würden. Für diesen Fall könnte sich eine teleologische Reduktion der Vorschrift anbieten. Hier hätte noch keine signifikante Verschiebung der Mehrheitsverhältnisse (8 zu 1 statt 7 zu 2) stattgefunden, daher müsse von einem ausgewogenen Ausgleich der in diesem Fall widerstreitenden Grundrechte ausgegangen werden.

Es sei auch nicht ersichtlich, inwiefern dem Gesetzgeber ein milderes Mittel zur Verfügung gestanden hätte. Fülle man die Minderheitenquote nur mit Hilfe der Listen auf, die genügend Angehörige des Minderheitengeschlechts aufgestellt hätten, würde dazu führen, dass auf diesen Listen aufgestellte Angehörige des Mehrheitsgeschlechts wesentlich schlechtere Chancen hätten, trotz entsprechender Stimmenanzahl ein Betriebsratsamt zu erlangen. Die Chancengleichheit bei der Wahl müsse jedoch nicht nur zwischen den Listen ausgewogen sein, sondern auch zwischen den einzelnen Kandidaten. Dies wäre bei dieser Möglichkeit nicht gewahrt, weshalb sie nicht automatisch als das mildere Mittel angesehen werden könne.

Auch fördere der gewählte Weg die Aufstellung von Kandidaten des Minderheitengeschlechtes, da jede Liste mit Rücksicht auf die ansonsten drohende Sitzverschiebung gehalten und bestrebt sei, eigene Minderheitskandidaten aufzustellen.

- **ArbG Bonn, Az: 4 BV 51/02 vom 16.10.02**; nachgehend: LAG Köln, Az: 2 TaBV 1/03 vom 13.10.03:

„§ 15 Abs 2 BetrVG und § 15 Abs 5 Ziff 2 der Wahlordnung zum BetrVG sind nicht verfassungswidrig.

§ 15 Abs 5 Ziff 1 der Wahlordnung zum BetrVG ist dahingehend auszulegen, dass der Wahlvorstand in einem ersten Schritt die Person mit der niedrigsten Höchstzahl ermitteln soll, die nicht dem Geschlecht in der Minderheit angehört, und nicht die Vorschlagsliste mit der niedrigsten Höchstzahl.“

Im Betrieb fanden Betriebsratswahlen statt. Die Wahl wurde als Gruppenwahl mit den Gruppen Beamte und Arbeitnehmer durchgeführt. In jeder der beiden Gruppen konkurrierten zwei Wahlvorschlagslisten. Die Wahl wurde in beiden Gruppen als Verhältniswahl durchgeführt. Es waren 35 Betriebsratsmitglieder zu wählen, davon 20 für die Gruppe der Arbeitnehmer. Von den 4.065 wahlberechtigten Arbeitnehmern macht die Gruppe der Frauen einen Anteil von ca. 30 % aus. Danach standen den Frauen als dem Minderheitsgeschlecht mindestens 6 der insgesamt 20 Sitze zu. Auf die erste Liste entfielen von den 1.665 abgegebenen gültigen Stimmen 1.407 Stimmen und auf die zweite Liste 258 Stimmen. Danach ergaben sich folgende Höchstzahlen:

Entsprechend der Höchstzahlen hätten der zweiten Liste 3 Sitze und der ersten Liste 17 Sitze in der Gruppe der Arbeitnehmer zugestanden. Auf der zweiten Liste waren keine Frauen als Kandidatinnen aufgestellt. Auf der ersten Liste befanden sich auf den ersten 17 Plätzen nur 5 Frauen. Aufgrund der Höchstzahlen zog der Wahlvorstand der zweiten Liste den 3. Sitz ab und schlug ihn der ersten Liste zu, die diesen Sitz mit der nächsten auf ihrer Liste stehenden noch nicht berücksichtigten Frau besetzte.

Das LAG hält § 15 Abs. 5 Ziff. 2 der Wahlordnung sowie § 15 BetrVG nicht für verfassungswidrig. Zwar werde durch die Vorschrift des § 15 Abs. 5 Ziff. 2 der Wahlordnung der Grundsatz der Wahlstimmengleichheit eingeschränkt. Jedoch gelte dieser aus Art. 38 GG herrührende Grundsatz unmittelbar nur für politische Abstimmungen und Wahlen. Eine Übertragung dieser Grundsätze auf die Bereiche des Arbeits- und Sozialwesens in ihrer streng formalen Ausgestaltung könne nicht ohne weiteres erfolgen. Für den Bereich der Wahlen zu Organen einer privatrechtlichen Kapitalgesellschaft und damit auch für die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat habe das BAG bereits abgelehnt, die zu Art. 38 GG entwickelten Grundsätze hierauf zu übertragen. Entsprechendes gelte für den Bereich der Betriebsratswahl. Zudem habe der Gesetzgeber mit der Einführung einer Quotenregelung einem weiteren Grundrecht zur Geltung verholfen. Er könne § 15 BetrVG sowie die hierzu ergangene Wahlordnung auf Art. 3 Abs. 2 GG stützen, wonach der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern habe und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinwirke. Träfen zwei Grundrechte, hier das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 und 38 GG hinsichtlich der Stimmengleichheit sowie das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 2 GG hinsichtlich der Förderung der Gleichberechtigung, aufeinander, müsse der Gesetzgeber im Wege der praktischen Konkordanz einen Ausgleich schaffen. Hierbei stehe ihm ein Ermessensspielraum zu. Es sei nicht erkennbar, inwiefern der Gesetzgeber mit der Anordnung einer Sitzverschiebung bei Nichterreichen der Quote diesen Spielraum überschritten habe. Etwas anderes könnte sich allenfalls dann ergeben, wenn aufgrund der Sitzverschiebung Mehrheitsverhältnisse, die sich aus der Verhältnismäßigkeitswahl ergeben hätten, in ihr Gegenteil verkehrt würden. Für diesen Fall könnte sich eine teleologische Reduktion der Vorschrift anbieten. Da im vorliegenden Fall noch keine signifikante Verschiebung der Mehrheitsverhältnisse stattgefunden habe, müsse von einem ausgewogenen Ausgleich der in diesem Fall widerstreitenden Grundrechte ausgegangen werden.

Es sei auch nicht ersichtlich, inwiefern dem Gesetzgeber ein milderes Mittel zur Verfügung gestanden hätte. Fülle man die Minderheitenquote nur mit Hilfe der Listen auf, die genügend Angehörige des Minderheitengeschlechts aufgestellt hätten, würde dies dazu führen, dass auf diesen Listen aufgestellte Angehörige des Mehrheitsgeschlechtes wesentlich schlechtere Chancen hätten, trotz entsprechender Stimmenanzahl ein Betriebsratsamt zu erlangen. Die Chancengleichheit bei der Wahl müsse jedoch nicht nur zwischen den Listen ausgewogen sein, sondern auch zwischen den einzelnen Kandidaten. Diese wiederum wäre bei dem von den Antragstellern erwähnten Vorschlag nicht gewahrt. Er könne daher jedenfalls nicht automatisch als das mildere Mittel angesehen werden.

Rheinland-Pfalz:

- **ArbG Ludwigshafen, Az: 8 BV 820/02 vom 19.06.02**; nachgehend: LAG Rheinland-Pfalz, Az: 10 TaBV 743/02 vom 13.11.02:

„§ 15 Abs 2 BetrVG, wonach das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein muss, lässt eine Anwendung des d'Hondtschen Verfahrens bei der Ermittlung der Zahl der für das Minderheitsgeschlecht reser-

vierten Betriebsratssitze nicht zu. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes muss stets zu Gunsten des Minderheitsgeschlechtes aufgerundet werden. Die entgegenstehende Vorschrift des § 5 WO ist insoweit nichtig.“

(Zum Sachverhalt vgl. LAG Rheinlad-Pfalz; Az: 10 TaBV 743/02 vom 13.11.02)

Das LAG führt aus, nach dem klaren Wortlaut von § 15 Abs. 2 BetrVG hätten in den Betriebsrat 3 Frauen gewählt werden mussten. Die anderslautende Bestimmung des § 5 WO verstoße insoweit gegen höher-rangiges Recht und sei daher in diesem Punkte nichtig.

§ 15 Abs. 2 BetrVG begegne zwar erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken, das LAG sei von der Verfassungswidrigkeit dieser Vorschrift jedoch nicht in dem für eine Vorlage beim Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG erforderlichen Maße überzeugt.

Gemäß § 19 Abs. 1 BetrVG könne eine Betriebsratswahl beim Arbeitsgericht angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden und eine Berichtigung nicht erfolgt sei, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden könnte. Die Streitgegenständlichen Regelungen über die Zusammensetzung des Betriebsrates nach Geschlechtern, insbesondere die als Mussvorschrift ausgestaltete Bestimmung des § 15 Abs. 2 BetrVG, stellten wesentliche Wahlvorschriften im Sinne von § 19 Abs. 1 BetrVG dar.

Der Verstoß habe hier das Wahlergebnis nicht beeinflussen können, denn die Entscheidung darüber, wieviele Frauen dem Betriebsrat angehören müssen, sei erst nach dem Ende des Wahlvorgangs bei der Stimmauszählung getroffen worden. Der Wahlvorstand sei noch zu diesem Zeitpunkt der Auffassung gewesen, dass 3 Sitze auf das weibliche Geschlecht entfallen müssten. Erst aufgrund der gegenteiligen Argumentation des bei der Stimmauszählung mit anwesenden Gewerkschaftsvertreters seien dem Minderheitsgeschlecht nur 2 Sitze zugebilligt worden. Auf den zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossenen Wahlvorgang habe diese Entscheidung keinen Einfluss gehabt. Der gerügte Fehler betreffe nur die Feststellung des Wahlergebnisses. Werde wie hier allein darüber gestritten, ob 3 oder 2 Frauen unabhängig vom Wählerwillen kraft Gesetzes in den Betriebsrat gewählt seien, sei nicht ersichtlich, weshalb die Wahl insgesamt angefochten werden müsste.

Nach § 15 Abs. 2 BetrVG müsse das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit sei, mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein, wenn dieser aus mindestens 3 Mitgliedern bestehe.

Eine Verfassungswidrigkeit des § 15 Abs. 2 BetrVG könne nicht festgestellt werden.

Zwar sei die von § 15 Abs. 2 BetrVG vorgesehene Geschlechterquote mit dem Grundsatz der Wahlgleichheit unvereinbar, denn Kandidaten des Minderheitsgeschlechtes hätten eine größere Chance gewählt zu werden als die des Mehrheitsgeschlechtes. Es seien zudem Extremfälle denkbar, in denen von einer Wahl im eigentlichen Sinne nicht mehr gesprochen werden könne. Falle auf das Minderheitsgeschlecht etwa 1 Sitz und bewerbe sich nur eine Person dieses Geschlechtes für diesen, hätten die Wähler überhaupt keine Möglichkeit, deren Einzug in den Betriebsrat zu verhindern.

Zu berücksichtigen sei der Grundsatz der Gleichheit der Wahl, der nicht nur für die Wahlen zum Deutschen Bundestage, sondern über den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG als ungeschriebenes Verfassungsrecht auch über den Anwendungsbereich der Art. 28 Abs. 1 S. 2, 38 Abs. 1 GG hinaus gelte.

Das aus Art. 3 Abs. 1 GG folgende Gebot der Chancengleichheit aller Wahlbewerber habe formalen Charakter: Jeder solle sein aktives und passives Wahlrecht in möglichst gleicher Weise ausüben können. Damit sei dem Gesetzgeber jede Verschiedenbehandlung untersagt, die sich nicht ausnahmsweise durch einen besonderen zwingenden Grund rechtfertigen lasse. Dabei richte sich der Grad der zulässigen Differenzierungen auch bei Wahlen im Arbeits- und Sozialwesen nach der Struktur des jeweils in Frage stehenden Sachbereichs und seien selbst an einem verfassungsrechtlich legitimen Zweck orientierte Ausnahmeregelungen dann für nichtig zu erklären, wenn sie das Maß des zur Erreichung dieses Zweckes Erforderlichen überschritten.

Als verfassungsrechtlich legitimer Zweck komme vorliegend Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG in Betracht. Die mit § 15 Abs. 2 BetrVG verbundene erhebliche Privilegierung von Kandidaten des Minderheitsgeschlechtes wäre verfassungswidrig, wenn sie das zur Erreichung des Zweckes einer tatsächlichen Gleichstellung von

Männern und Frauen Erforderliche überschritte. Hierfür spreche insbesondere die Möglichkeit, Männer und Frauen grundsätzlich getrennt ihre Vertreter wählen zu lassen, aber eine gemeinsame Wahl zuzulassen, wenn die Wahlberechtigten beider Geschlechter dies jeweils mehrheitlich wollten. Dadurch hätten beispielsweise die Frauen eines Betriebes, die ihre Interessen durch einen (überwiegend) männlichen Betriebsrat bisher bestens vertreten sahen, die Möglichkeit, diesen wiederzuwählen, statt sich im neuen Betriebsrat zwangsweise von Frauen vertreten lassen zu müssen, die nicht ihr Vertrauen hätten, aber als einzige kandidiert hätten.

Angesichts des weiten Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers liege aber keine Überzeugung der Unverhältnismäßigkeit und damit Verfassungswidrigkeit des § 15 Abs. 2 BetrVG vor.

Nach § 15 Abs. 2 BetrVG müsse das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit sei, mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein, wenn dieser aus mindestens 3 Mitgliedern bestehe. Es sei folglich zu ermitteln, welches Geschlecht innerhalb der Belegschaft in der Minderheit sei und wieviel Prozent der Belegschaft diesem Geschlecht angehörten. Dieser Prozentsatz sei mit der Zahl der insgesamt zu wählenden Betriebsratsmitglieder zu multiplizieren und die daraus gewonnene Zahl an Betriebsratssitzen für das Minderheitsgeschlecht in jedem Falle aufzurunden, wenn es Dezimalen gebe.

Nichts anderes ergebe sich aus der Vorschrift des § 126 Nr. 5a BetrVG, die zum Erlass der Wahlordnung, hier insbesondere hinsichtlich der "Verteilung der Sitze im Betriebsrat ... auf die Geschlechter, auch soweit die Sitze nicht gemäß § 15 Abs. 2 BetrVG ... besetzt werden können" ermächtige. § 126 Nr. 5a BetrVG wäre verfassungswidrig, wäre er dahingehend auszulegen, dass der Verordnungsgeber nach Belieben von den gesetzlichen Vorgaben abweichen könnte. Bei verfassungskonformer Auslegung gestatte die Vorschrift nur den Erlass von Bestimmungen, die zu einer Aufrundung der Zahl der dem Minderheitsgeschlecht zustehenden Betriebsratssitze führten. § 5 WO, nach dem die Sitze auf die Geschlechter nach dem d'Hondtschen Höchstzahlensystem verteilt werden sollten, so dass das Minderheitsgesetz oft nicht entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebsrat vertreten sei, sei wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht unwirksam. § 126 Nr. 5a BetrVG erlaubt dem Verordnungsgeber keine von § 15 Abs. 2 BetrVG abweichende Regelung.

IX. § 17 a BetrVG

Diese neu eingefügte Vorschrift beinhaltet Sonderregelungen zur Bestellung des Wahlvorstandes im vereinfachten Verfahren und gab kaum Anlass zu gerichtlichen Auseinandersetzungen.

- LAG Berlin, Az: 5 TaBV 1990/02 vom 08.04.03
- ArbG Weiden, Az: 2 BVGa 03/04 vom 31.03.04

1. Landesarbeitsgerichte

Berlin:

- **LAG Berlin, Az: 5 TaBV 1990/02 vom 08.04.03**; vorgehend: ArbG Berlin, Az: 63 BV 1147/02 vom 20.08.02

„Die Nichtigkeit einer Betriebsratswahl kann im Beschlussverfahren auch von einem einzelnen Arbeitnehmer geltend gemacht werden.

Eine Vielzahl verschiedener Verstöße gegen Wahlvorschriften kann zur Nichtigkeit einer Betriebsratswahl führen. §§ 14 a, 16 Abs.1 S.1, 17 a,19 BetrVG“

(Zu Sachverhalt und Gründen vgl. LAG Berlin Az: 5 TaBV 1990/02 vom 08.04.03 in § 14 a BetrVG)

2. Arbeitsgerichte

Bayern:

- **ArbG Weiden, Az: 2 BVGa 03/04 vom 31.03.04**

„Das Fehlen einer gesetzmäßigen Einladung im Sinne des § 14 a Abs.1 Satz 2 BetrVG stellt einen schwerwiegenden Mangel dar, der geeignet ist, die Nichtigkeit eine Betriebsratswahl im vereinfachten Wahlverfahren zu begründen und den Erlaß einer einstweiligen Verfügung rechtfertigt. (Leitsatz der Bearbeiterin)“

(Zu Sachverhalt und Gründen vgl. ArbG Weiden, Az: BVGa 03/04 vom 31.03.04 in § 14 a BetrVG)

X. § 21 a BetrVG

Der allgemein gültige Rechtsgrundsatz des Übergangsmandats wurde nunmehr im BetrVG verankert. Dadurch sollten die Arbeitnehmer im Anschluss einer betrieblichen Umstrukturierung vor dem Verlust der Beteiligungsrechte geschützt und eine betriebsratslose Zeit vermieden werden. Ob unter einer konkreten Situation ein solchen Übergangsmandats bestand, war mehrfach zu entscheiden, so z.B. bei Eingliederung eines Betriebs in einen aufnehmenden Betrieb oder bei Errichtung eines Gemeinschaftsbetriebes.

- BAG 1 ABR 09/02 vom 21.01.03
- BAG 1 ABR 54/01 vom 18.09.2002
- BAG 7 ABR 20/00 vom 24.10.2001
- Hessisches Landesarbeitsgericht, Az: 9 TaBVGa 61/04 vom 06.05.04
- Hessisches Landesarbeitsgericht, Az: 9 TaBV Ga 71/02 vom 19.04.02
- LAG Köln, Az: 12 TaBV 64/03 vom 23.01.04
- ArbG Frankfurt, Az: 20 BVGa 168/04 vom 07.04.04;
- ArbG Kaiserslautern, Az: 4 BV 2/04 vom 23.06.04:
- ArbG Bautzen, Az: 3 Ca 3394/03 vom 12.03.04:
- ArbG Magdeburg, Az: 7 BV 36/04 vom 18.08.04:
- ArbG Kiel, Az: 6 BV Ga 13 a/02 vom 20.03.02:

1. Bundesarbeitsgericht

- **BAG 1 ABR 09/02 vom 21.01.03;** vorgehend: LAG Niedersachsen, Az: 13 TaBV 33/01 vom 11.12.01:

„Betriebsvereinbarung über die vorübergehende Veränderung der Dauer der Arbeitszeit in Eil- und Notfällen - Regelungssperre des § 77 Abs 3 BetrVG für "Ausgleichsregelung" in einer Betriebsvereinbarung“

„Wird ein Betrieb unter Verlust seiner Identität in einen anderen Betrieb eingegliedert, so verliert der im aufgenommenen Betrieb gebildete Betriebsrat sein Amt, wenn auch im aufnehmenden Betrieb ein Betriebsrat gebildet ist; ihm verbleibt auch kein Übergangsmandat.“ (Leitsatz der Bearbeiterin)

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Betriebsvereinbarung zur vorübergehenden Veränderung der Arbeitszeit in Notfällen. Die Arbeitgeberin ist in verschiedene Niederlassungen, diese sind in unterschiedliche Betriebsstandorte gegliedert. Zu einem Betriebsstandort gehören mehrere sog. Wahlbetriebe, in denen Betriebsräte gebildet werden.

Die Rechtsvorgängerin der Arbeitgeberin schloss mit dem Betriebsrat eines damaligen Wahlbetriebs eine Betriebsvereinbarung, die auch nach der betrieblichen Umstrukturierung des Unternehmens weiter angewendet wurde. Nachfolgend wurde dieser Betrieb wurde seinerseits mit einem größeren Betrieb zu einem neuen Wahlbetrieb zusammengeführt.

Das BAG hält die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats für zulässig. Zwar sei der ursprüngliche Beschwerdeführer, d.h. der Betriebsrat der vorhergehenden Wahlbetriebs, am Verfahren nicht mehr beteiligt, denn dieser Betrieb sei unter dem Verlust seiner Identität im neuen größeren Wahlbetrieb aufgegangen. Da dort ein Betriebsrat existiert habe, sei das Amt des Betriebsrats des kleineren Betriebs wegen § 21 a Abs.2 BetrVG i.V.m. § 21 a Abs.1 Satz 1 letzter Halbsatz BetrVG ohne Übergangsmandat erloschen. Das anhängige Beschlussverfahren sei dadurch jedoch nicht beendet worden. Beteiligter auf Betriebsratsseite sei nun der Betriebsrat des aufnehmenden Betriebs. Der Beteiligtenwechsel sei ohne weiteres und allein aufgrund materiellen Rechts eingetreten; der Vornahme irgendwelcher Prozesshandlungen habe es nicht bedurft.

- **BAG 1 ABR 54/01 vom 18.09.2002**; vorgehend: LAG Schleswig-Holstein, Az: 1 TaBV 6a/01 vom 18.09.01:

„Im Fall eines Betriebsübergangs behalten Gesamtbetriebsvereinbarungen, die in den Betrieben des abgebenden Unternehmens gelten, in den übertragenen Teilen des Unternehmens ihren Status als Rechtsnormen auch dann, wenn nur einer oder mehrere Betriebe übergehen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das andere Unternehmen bis dahin keinen Betrieb führte und die übertragenen Betriebe ihre Identität bewahrt haben.

Wird nur ein Betrieb übernommen, bleiben die Gesamtbetriebsvereinbarungen als Einzelbetriebsvereinbarungen bestehen. Werden alle oder mehrere Betriebe übernommen, bleiben dort die Gesamtbetriebsvereinbarungen als solche bestehen.

Wird ein übernommener Betriebsteil vom Erwerber als selbständiger Betrieb geführt, gelten in ihm die im ursprünglichen Betrieb geführt, gelten in ihm die im ursprünglichen Betrieb bestehenden Einzel- und Gesamtbetriebsvereinbarungen normativ weiter.“

Die Beteiligten streiten über die Fortgeltung einer Gesamtbetriebsvereinbarung nach einem Betriebsübergang. Die Arbeitgeberin erwarb von der D-AG einen Unternehmensbereich, der aus dem Betrieb W und Teilen der Betriebe O und F bestand. In allen drei Betrieben waren Betriebsräte gewählt. Die Gesamtbetriebsvereinbarung war zwischen einer Rechtsvorgängerin der D und dem Gesamtbetriebsrat geschlossen worden.

Nach Auffassung des BAG gelten die Einzelbetriebsvereinbarungen gegenüber einem neuen Rechtsträger des Betriebs fort, wenn der Betrieb bei Übernahme oder Übergang seine Identität bewahrt habe. Daher blieben bei Wahrung der Betriebsidentität auch die im übertragenen Betrieb geltenden Gesamtbetriebsvereinbarungen als normative Regelungen in Kraft.

Das Betriebsverfassungsgesetz treffe zwar keine ausdrückliche Bestimmung über das Schicksal einer Einzelbetriebsvereinbarung und einer Gesamtbetriebsvereinbarung im Falle eines Rechtsträgerwechsels. Auch § 21a BetrVG regle unmittelbar nur die Amtsfortdauer und Kompetenzen des Betriebsrats als Organ, falls es im Zusammenhang mit einer Betriebsveräußerung oder einer Umwandlung zu einer Spaltung oder Zusammenlegung von Betrieben und Betriebsteilen komme.

Jedoch sei davon auszugehen, dass die Einzelbetriebsvereinbarungen gegenüber einem neuen Rechtsträger des Betriebs fortgelten, wenn der Betrieb bei Übernahme oder Übergang seine Identität bewahrt habe. Daher blieben bei Wahrung der Betriebsidentität auch die im übertragenen Betrieb geltenden Gesamtbetriebsvereinbarungen als normative Regelungen in Kraft.

Hieran ändere sich nichts, wenn die Arbeitgeberin neben einem vollständigen Betrieb nur Teile zweier weiterer Betriebe erworben habe, da die Betriebsteile nach dem Betriebsübergang als eigenständige Betriebe fortgeführt wurden. Wegen § 21 a BetrVG bleibe auch der Betriebsrat im Amt und führe die Geschäfte für die ihm bislang zugeordneten Betriebsteile weiter, soweit diese nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG betriebsratsfähig seien. Zumindest im Hinblick auf Einzelbetriebsvereinbarungen wäre es dann nicht folgerichtig, den Betriebsrat zwar mit dem Übergangsmandat nach § 21 a BetrVG auszustatten, die Fortgeltung der von ihm selbst auch für den veräußerten Betriebsteil geschlossenen Betriebsvereinbarungen aber zu verneinen. Gelten die für den ursprünglichen Betrieb abgeschlossenen Einzelbetriebsvereinbarungen im veräußerten und als selbständiger Betrieb weitergeführten Betriebsteil fort, gelte dies für Gesamtbetriebsvereinbarungen, die sich auf den ursprünglichen Betrieb erstrecken, in gleicher Weise.

- **BAG 7 ABR 20/00 vom 24.10.2001**; vorgehend: LAG Niedersachsen, Az: 5 TaBV 25/99 vom 24.01.00:

„Der Betriebsrat bleibt in entsprechender Anwendung von § 22 BetrVG, § 49 Abs.2 BGB auch nach dem Ende seiner Amtszeit befugt, noch nicht erfüllte Kostenerstattungsansprüche gegen den Arbeitgeber weiter zu verfolgen und an den Gläubiger abzutreten.“

Die Beteiligten streiten über Gebührenansprüche dreier Betriebsratsmitglieder gegen die Arbeitgeberin.

Die Betriebsratsmitglieder schieden nach zweijähriger Betriebsratszugehörigkeit durch Aufhebungsvertrag aus ihren Arbeitsverhältnissen aus. In den Aufhebungsverträgen wurde festgehalten, dass damit das Arbeitsverhältnis aufgelöst und abgerechnet sei und darüber hinaus keine Ansprüche bestehen bzw. Tatsachen vorhanden seien, aus denen sie hergeleitet werden könnten. Ersatzmitglieder, die in den Betriebsrat hätten nachrücken können, gab es nicht. Ein neuer Betriebsrat wurde in der Folgezeit nicht gewählt. Nachfolgend übermittelten die Betriebsratsmitglieder der Arbeitgeberin die Kostennoten für zuvor im Rahmen der Betriebsratsarbeit durchgeführte Beschluss- und Urteilsverfahren. Die Arbeitgeberin beglich die Kostennoten nicht. Daraufhin fassten die ausgeschiedenen Betriebsratsmitglieder "in Wahrnehmung des dem Betriebsrat der T GmbH zustehenden Restmandats" den Beschluss, die Freistellungsansprüche des Betriebsrats hinsichtlich der im einzelnen bezeichneten Beschlussverfahren an die Antragsteller abzutreten. Die ausgeschiedenen Betriebsratsmitglieder beanspruchen die Zahlung der Kostennoten durch die Arbeitgeberin, da ihnen ein Restmandat zur Verfolgung ihrer Freistellungsansprüche nach § 40 Abs. 1 BetrVG zugestanden habe und sie diese Ansprüche wirksam an die Antragsteller abgetreten hätten.

Das BAG bestätigt, der Anspruch des ehemaligen Betriebsrats gegen die Arbeitgeberin auf Freistellung von den Honorarforderungen der Antragsteller habe sich durch die Abtretung in einen Zahlungsanspruch der Antragsteller gegen die Arbeitgeberin umgewandelt. Die vertraglichen Ausgleichsklauseln in den Aufhebungsverträgen der drei Betriebsratsmitglieder ständen dem Anspruch nicht entgegen.

Die gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG entstandenen und bei Ablauf der Amtszeit des Betriebsrats vom Arbeitgeber noch nicht erfüllten Kostenfreistellungsansprüche gingen nicht ersatzlos unter. Schließe sich die Amtszeit der neuen Betriebsrats nicht unmittelbar an die Amtszeit des bisherigen an oder werde kein neuer Betriebsrat gewählt, stehe die Befugnis zur Geltendmachung der Ansprüche in entsprechender Anwendung von § 22 BetrVG, § 49 Abs. 2 BGB dem alten Betriebsrat in seiner letzten Besetzung zu. Dieser könne die Freistellungsansprüche auch an den Gläubiger abtreten. Dem Betriebsrat müsse nach Ablauf seiner Amtszeit ein sog. Restmandat zur Geltendmachung derjenigen Kosten von Rechts- und Regelungsstreitigkeiten zuerkannt werden, die im Zusammenhang mit einem bisherigen betriebsverfassungsrechtlichen Amt stehen.

Ende das Amt des Betriebsrats, gingen dessen vermögensrechtliche Rechtspositionen nicht ersatzlos unter. Dies folge aus dem Prinzip der Funktionsnachfolge und der entsprechenden Anwendung von § 22 BetrVG, § 49 Abs. 2 BGB.

Bei einer zum Verlust der bisherigen Betriebsidentität führenden Umorganisation habe nach der bis zum 27. Juli 2001 geltenden Gesetzeslage das Amt des Betriebsrats geendet. Ein sog. Übergangsmandat des bisherigen Betriebsrats sei nun in § 21 a BetrVG in der seit 28. Juli 2001 geltenden Neufassung ausdrücklich normiert. Die hierdurch dem Betriebsrat eingeräumte Geschäftsführungsbefugnis umfasse auch die Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Vermögensrechte.

Werde ein Betrieb stillgelegt, behalte der Betriebsrat auch nach der Beendigung der Arbeitsverhältnisse aller Betriebsratsmitglieder ein sog. Restmandat für alle sich im Zusammenhang mit der Betriebsstilllegung ergebenden betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte. Dies sei durch die Neufassung des § 21 b BetrVG ausdrücklich normiert worden. Die Wahrnehmung bereits entstandener betriebsverfassungsrechtlicher Vermögensrechte lasse sich allerdings nicht ohne weiteres den sich im Zusammenhang mit der Betriebsstilllegung ergebenden Beteiligungsrechten zuordnen.

Mit dem Ende der Amtszeit des Betriebsrats endeten zwar dessen betriebsverfassungsrechtliche Beteiligungsrechte, nicht jedoch auch die Kostenerstattungs- und Freistellungsansprüche, die zum Zeitpunkt der Beendigung der Amtszeit des Betriebsrats vom Arbeitgeber noch nicht erfüllt seien. Das Betriebsverfassungsgesetz enthalte insoweit, trotz der umfangreichen Änderungen durch das BetrVerf-Reformgesetz vom 23. Juli 2001, eine planwidrige Regelungslücke. Es sehe keine Regelung über das rechtliche Schicksal der dem Betriebsrat zustehenden vermögensrechtlichen Rechtspositionen vor. Es ordne weder den Übergang der Ansprüche auf einen anderen Rechtsträger noch das Erlöschen der Ansprüche an.

Die Regelungslücke sei durch die analoge Anwendung von § 22 BetrVG, § 49 Abs. 2 BGB zu schließen. Der Betriebsrat gelte hinsichtlich seiner noch nicht erfüllten Freistellungsansprüche als fortbestehend.

Somit hätte der ehemalige Betriebsrat Freistellungsansprüche gegen die Arbeitgeberin erworben, die Erledigungs- und Abgeltungsklausel in den Aufhebungsverträgen habe nur die Ansprüche der Arbeitsvertragsparteien aus dem Arbeitsverhältnis und nicht die Freistellungsansprüche des Betriebsrats erfasst. Er konnte die Ansprüche weiterhin gegen die Arbeitgeberin verfolgen und sie zu diesem Zweck auch an die Antragsteller abtreten. Durch die Abtretung wandelten sich die Freistellungsansprüche des Betriebsrats in Zahlungsansprüche der Antragsteller um.

2. Landesarbeitsgerichte

Hessen:

- **Hessisches Landesarbeitsgericht, Az: 9 TaBVGa 61/04 vom 06.05.04;** vorgehend: ArbG Frankfurt, Az: 20 BVGa 168/04 vom 07.04.04:

„Ein Übergangsmandat des Betriebsrats des aufnehmenden Betriebes bei einer Betriebszusammenfassung entsteht nicht, wenn der aufgenommene Betrieb in den aufnehmenden eingegliedert wird, §§ 21a Abs 2 Satz 2, Abs 1 Satz 1 BetrVG.“

Antragsteller sind die im Betrieb der Arbeitgeberin vertretene Gewerkschaft sowie fünf dort beschäftigte Arbeitnehmer. Sie begehren die Bestellung eines Wahlvorstandes zur Wahl eines Betriebsrates. Der gewählte bisherige Betriebsrat besteht aus elf Mitgliedern. Die Antragsteller nehmen hilfsweise den bisherigen Betriebsrat auf Bestellung eines Wahlvorstandes in Anspruch. Die Arbeitgeberin übernahm im November 2001 das Unternehmen, dem auch der Betrieb der Arbeitnehmer angehörte. Sie löste Ende Januar 2004 diesen Betrieb auf, und ordnete die dort beschäftigten Arbeitnehmer dem jetzigen Betrieb zu. Im aufgelösten Betrieb bestand ebenfalls ein Betriebsrat. Die im aufgelösten Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer, die Mitglieder des dort gebildeten Betriebsrates waren, baten den Betriebsrat ihres jetzigen Betriebs erfolglos, einen Wahlvorstand zu bestellen. Ihrer Auffassung nach habe, nachdem das Betriebsratsamt des Betriebsrates des aufgenommenen Betriebes untergegangen sei, der Betriebsrat des aufnehmenden Unternehmens ein Übergangsmandat nach § 21 a BetrVG.

Nach Auffassung des LAG ergab sich mangels Entstehens eines Übergangsmandats aus § 21 a Abs. 1 Satz 2 BetrVG keine Verpflichtung des bisherigen Betriebsrats, einen Wahlvorstand zu bestellen, da der aufgenommene Betrieb in den aufnehmenden Betrieb eingegliedert worden sei, § 21 a Abs. 2 Satz 1 und 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 BetrVG.

Die Definition des Übergangsmandats in § 21 a Abs. 1 Satz 1 BetrVG gelte auch für die Zusammenfassung von Betrieben oder Betriebsteilen. Sinn und Zweck sei es, Arbeitnehmer von Betrieben oder Betriebsteilen, welche ihre Identität verlören, bei Spaltungen oder Zusammenfassungen von Betrieben ihren betriebsverfassungsrechtlichen Schutz nicht verlieren zu lassen. Stelle sich die Zusammenlegung als Eingliederung eines Betriebes in einen anderen Betrieb dar, der seinerseits seine Identität behalte, sei ein Übergangsmandat nicht erforderlich. Denn werde ein Betrieb oder Betriebsteil in einen anderen Betrieb mit gewähltem Betriebsrat eingegliedert, ohne dass der aufnehmende Betrieb seine Identität verliere, dann übernehme nach § 21 a Abs. 1 Satz 1 BetrVG dieser Betriebsrat die Vertretung der neu hinzugekommenen Mitarbeiter.

Von einer Eingliederung sei auszugehen, wenn die Arbeitnehmer des aufgenommenen Betriebes in die Abteilungen des aufnehmenden Betriebes verteilt würden und dort gegebene Tätigkeiten wahrnehmen, wenn also der aufnehmende Betrieb in seiner Organisationsstruktur unverändert bliebe. Ob eine Eingliederung vorliege, sei anhand des Gesamteindrucks der organisatorischen Einheit vorher und nachher zu bestimmen. Maßgeblich sei die Beibehaltung des Betriebszwecks, der Leitungsstruktur und das Verhältnis der betroffenen Arbeitnehmerzahl zueinander.

Hier habe der aufnehmende Betrieb der Arbeitgeberin durch die Aufnahme der Arbeitnehmer des aufgenommenen Betriebes seine Identität bewahrt. Die beträchtliche Zahl der Arbeitnehmer des Betriebes sei in die Strukturen des aufnehmenden Betriebes integriert worden, ohne dass dies dort zu tiefgreifenden Veränderungen geführt habe.

- **Hessisches Landesarbeitsgericht, Az: 9 TaBV Ga 71/02 vom 19.04.02;** vorgehend: ArbG Darmstadt, Az: 7 BV Ga 14/02 vom 04.04.02:

„Die Insolvenz eines Unternehmens, das mit anderen Unternehmen einen gemeinsamen Betrieb führt, hat die Auflösung der GbR als Führungsvereinbarung zur Folge, es sei denn, der gemeinsame Betrieb wird von den verbleibenden Unternehmen fortgeführt (§§ 728, 736 BGB).

Die Auflösung eines gemeinsamen Betriebes infolge Insolvenz eines der beteiligten Unternehmen ist eine Betriebsspaltung im Sinne des § 21a Abs 1 BetrVG.

Für diesen Fall hat der Betriebsrat unverzüglich, dh ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB) Wahlvorstände zu bestellen. Die Fristen des § 16 Abs 1 Satz 1 und Abs 2 BetrVG gelten im Rahmen des § 21a Abs 1 BetrVG nicht.

Für das arbeitsgerichtliche Bestellungsverfahren in entsprechender Anwendung von § 16 Abs 2 BetrVG gilt eine Frist von zwei Wochen ab dem Tag, an dem der Betriebsrat einen Wahlvorstand hätte bestellen müssen.

Ist ein Betriebsrat für einen gemeinsamen Betrieb gewählt worden und ein Wahlanfechtungsverfahren anhängig und fällt eines der Unternehmen des gemeinsamen Betriebes in Insolvenz, so darf ein Wahlvorstand für eines der Unternehmen vom Arbeitsgericht nur bestellt werden, wenn mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden kann, dass der gemeinsame Betrieb nachträglich aufgelöst worden ist.“

Die Beteiligten streiten im Eilbeschlussverfahren um die Einsetzung eines Wahlvorstandes

Es handelt sich um drei Arbeitnehmer einer Arbeitgeberin sowie einen Arbeitnehmer einer zweiten Arbeitgeberin. Für die Arbeitnehmer von insgesamt vier Arbeitgeberinnen wurde ein gemeinsamer Betriebsrat gewählt, im Wahlausschreiben wurde dabei von einem gemeinsamen Betrieb ausgegangen. Der Arbeitnehmer der zweiten Arbeitgeberin hatte erfolglos ein Eilverfahren auf Abbruch dieser Wahl angestrengt. Zudem wurde die Wahl in mehreren Verfahren angefochten.

Nachfolgend wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines der Arbeitgeberinnen eröffnet. Der Insolvenzverwalter hat alle Arbeitnehmer freigestellt und wird das Unternehmen liquidieren.

Die Antragsteller waren der Ansicht, durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Arbeitgeberin sei der gemeinsame Betrieb beendet worden, womit ein Fall der Betriebsspaltung gem. § 21 a BetrVG vorliege. Der gemeinsame Betriebsrat sei daher gemäß § 21 a Abs. 1 S. 2 BetrVG verpflichtet, unverzüglich einen Wahlvorstand zu bestellen.

Nach dem LAG bestand der gemeinsame Betrieb der vier Arbeitgeberinnen fort. Für diesen sei bereits ein Betriebsrat gewählt worden, es fehle so an einer Betriebsspaltung im Sinne des § 21 a Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Eine Spaltung sei eine Umstrukturierung auf betrieblicher Ebene, die sich auf die bisherige betriebliche Umstrukturierung auswirke. Dies könne die organisatorische Einheit des Ursprungsbetriebs betreffen, aus dem Teilbereiche ausgegliedert würden. § 21 a Abs. 1 BetrVG regle nur die Betriebsänderungen, die zum Verlust der Betriebsidentität führten, so auch die Beendigung eines Gemeinschaftsbetriebes. Werde aber, wie hier, der gemeinsame Betrieb mit den verbleibenden drei Unternehmen fortgeführt, bleibe die Betriebsidentität gewahrt.

Die Insolvenz eines Betriebes führe nicht zur Beendigung des gemeinsamen Betriebes. Der gemeinsame Betrieb setze voraus, dass sich die beteiligten Unternehmen zur gemeinsamen Führung eines Betriebes rechtlich verbunden hätten. Zwar werde nicht vorgetragen, ob hier ausdrücklich eine vertragliche sog. Führungsvereinbarung bestehe, dies sei aber aus den Umständen herzuleiten. Es liege eine GbR i.S.d. § 705 BGB vor, deren gemeinsam verfolgter Zweck im Zweifel die Führung des gemeinsamen Betriebs sei. Dieser Zusammenschluss der an der gemeinsamen Betriebsführung beteiligten Unternehmen sei durch die Insolvenz eines Unternehmens nicht beendet worden. Zwar werde nach § 728 BGB durch die Insolvenz eines Gesellschafters die GbR aufgelöst, womit die Führungsvereinbarung entfiele, der gemeinsame Betrieb aufgelöst würde und wieder selbständige Betriebe beständen.

Hier sei jedoch beantragt worden, einen Wahlvorstand für den gemeinsamen Betrieb der nicht von der Insolvenz betroffenen Betriebe zu bestellen. Das sei nur möglich, wenn der gemeinsame Betrieb fortgeführt werde. Daher finde § 736 BGB Anwendung. Vereinbarten die verbleibenden Unternehmen für den Fall der Insolvenz über das Vermögen eines der Gesellschafter, dass die Gesellschaft fortbestehen soll, so scheide lediglich der betroffene Gesellschafter, d.h. hier der insolvente Betrieb, aus und bleibe der gemeinsame Betrieb, für den bereits ein Betriebsrat gewählt ist, im Übrigen bestehen.

Nordrhein-Westfalen:

- **LAG Köln, Az: 12 TaBV 64/03 vom 23.01.04;** vorgehend: ArbG Köln, Az: 1 BV 229/02 vom 21.08.03; nachgehend BAG 7 ABR 23/04 vom 17.06.04:

„Wird ein Betrieb gespalten, so besteht für den bisherigen Betriebsrat lediglich ein Übergangsmandat nach § 21a BetrVG. Dieses endet, sobald in den Betriebsteilen ein neuer Betriebsrat gewählt und das Wahlergebnis bekannt gegeben ist, spätestens jedoch sechs Monate nach Wirksamkeit der Spaltung.“

Die Beteiligten streiten um den Fortbestand des in einer Filiale der Arbeitgeberin gewählten Betriebsrates, des Antragstellers, sowie dessen Befugnis, Rechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz wahrzunehmen.

Die Arbeitgeberin unterhielt zunächst vor Ort einen einheitlichen Betrieb, der aus einem Lebensmittelgeschäft und einem Möbelgeschäft gebildet wurde. Der Betriebsrat wurde von den Arbeitnehmern beider Geschäfte gewählt. Nachfolgend wurde der Lebensmittelmarkt geschlossen und allen Arbeitnehmern gekündigt. Das Möbelgeschäft wurde weiterbetrieben und von einer entfernten Zentrale aus geleitet. Einige Tage später eröffnete die Arbeitgeberin das Lebensmittelgeschäft neu.

Der Betriebsrat macht geltend, es liege insoweit ein Teilbetriebsübergang vor. Die betriebliche Identität des Geschäfts sei erhalten und damit der Betriebsrat bestehen geblieben. Die Arbeitgeberin habe sämtliche Betriebsmittel übernommen und einen erheblichen Teil des Personals weiterbeschäftigt. Der Betriebsrat sei weiterhin zur Wahrnehmung der ihm nach dem Betriebsverfassungsgesetz zustehenden Rechte befugt.

Nach Auffassung des LAG besteht der gemeinsam gewählte Betriebsrat nicht weiter.

Es greife § 21 a Abs. 1 BetrVG ein, da ein Fall der Betriebsspaltung vorliege. Die Spaltung eines Betriebes erfordere, dass die bisher einheitliche Leitungsstruktur aufgeteilt werde und künftig mindestens zwei Leitungsstellen beständen. Diese Voraussetzung sei hier gegeben, denn der bisher einheitliche Betrieb sei aufgeteilt worden in das Lebensmittelgeschäft und das Möbelgeschäft, das nunmehr von der außerörtlichen Zentrale geleitet werde. Daher habe für den Betriebsrat lediglich noch ein Übergangsmandat nach § 21 a Abs. 1 BetrVG bestanden. Dieses sei aufgrund der Sechsmonatsfrist inzwischen erloschen, da kein neuer Betriebsrat für das Lebensmittelgeschäft gewählt worden sei.

Bleibe die Betriebsidentität gewahrt, greife die Regelung des § 21 a Abs.1 BetrVG nicht ein, der Betriebsrat bleibe im Amt und übe das reguläre Mandat weiter aus.

Unklar sei, nach welchen Kriterien sich richte, ob die Betriebsidentität gewahrt sei. Teilweise werde danach unterschieden, ob ein unwesentlicher Teilbetrieb oder Betriebsteil abgespalten werde, zum Teil werde eine Betriebsaufspaltung, die zum Untergang der Betriebsidentität führe, angenommen, wenn die Hälfte der regelmäßigen Belegschaft des Ursprungsbetriebes anderen Leitungsstellen zugeteilt werde. Darauf bezogen liege hier bei knapp 30% der Gesamtbelegschaft bereits keine Abspaltung eines lediglich unwesentlichen Betriebsteiles vor.

Entscheidend sei aber, dass sich die Leitungsstrukturen geändert hätten. Ein Ursprungsbetrieb sei nicht erhalten geblieben, sondern ein bisher einheitlicher Betrieb in zwei Teile gespalten worden. Eine Betriebsidentität sei nicht erhalten geblieben.

3. Arbeitsgerichte

Hessen:

- **ArbG Frankfurt, Az: 20 BVGa 168/04 vom 07.04.04;** nachgehend: Hessisches LAG, Az: 9 TaBVGa 61/04 vom 06.05.04

„Nicht bei jeglicher Zusammenführung von mehreren Betrieben oder Betriebsteilen endet nach § 21 a Abs.2 BetrVG das reguläre Amt des in dem bisher größten Betriebes oder Betriebsteiles gebildeten Betriebsrates. Ein Übergangsmandat besteht nicht, wenn der oder die kleineren Betriebe in einer Weise eingegliedert werden, die die Identität des größten Betriebes oder Betriebsteiles fortbestehen lässt.“
(Leitsatz der Bearbeiterin)

(Sachverhalt vgl. Hessisches LAG, Az: 9 TaBVGa 61/04 vom 06.05.04)

Zwar lässt nach Auffassung des ArbG der isolierte Wortlaut von § 21 a Abs.2 BetrVG auch eine andere Auslegung zu.

§ 21 a Abs.2 Satz 2 BetrVG verweise aber auf die Regelungen in Abs.1. Die systematische und an Sinn und Zweck des Übergangsmandats orientierte Auslegung dieser Verweisungsbestimmung ergebe, dass damit nicht nur die entsprechende Geltung der in § 21 a Abs.1 Satz 1 BetrVG geregelten Rechtsfolgen angeordnet werde. Vielmehr werde auch auf die Voraussetzung der Entstehung eines Übergangsmandats nach § 21 a Abs.1 Satz 1 BetrVG Bezug genommen, nämlich, dass der untergehende Betrieb nicht in einen Betrieb eingegliedert werde, in dem bereits ein Betriebsrat bestehe.

§ 21 a Abs.1 Satz 1 BetrVG enthalte eine, entsprechend auch für die Zusammenfassung von Betrieben oder Betriebsteilen nach § 21 a Abs.2 BetrVG zu berücksichtigende Legaldefinition des Übergangsmandats.

Rheinland-Pfalz:

- **ArbG Kaiserslautern, Az: 4 BV 2/04 vom 23.06.04:**

„Es wird festgestellt, dass der Betriebsrat des aufgenommenen Unternehmens kein Übergangsmandat hinsichtlich des aus der Betriebsspaltung vom 01.01.04 hervorgegangenen Betriebsteils „Logistik“ am Standort ... besitzt.

Es wird weiter festgestellt, dass der Betriebsrat nicht für die Bestellung des Wahlvorstands zuständig war.

Es wird weiter festgestellt, dass der Wahlvorstand nicht für die Durchführung der Betriebsratswahl im Betriebsteil Arbeitgeberin am Standort zuständig war.“

„Für die Beurteilung eines Übergangsmandats nach § 21 a BetrVG spielt es weder eine Rolle, ob ein Betrieb entstanden ist, der die Voraussetzungen des § 4 BetrVG erfüllt, noch stellt sich die Frage des § 111 Satz 3 BetrVG.“ (Leitsatz der Bearbeiterin)

Die Beteiligten streiten um das behauptete Übergangsmandat des Betriebsrats.

Die Arbeitgeberin ist die innerhalb eines Konzerns in Deutschland zuständige Organisationseinheit für den Betrieb „Vertrieb“ für den Metall- und Kunststoffbereich. Die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter in den Vertriebsbereichen zweier Schwesterbetriebe sind im Wege des Betriebsübergangs nach § 613 a BGB auf die Arbeitgeberin übergegangen. Die Arbeitgeberin hatte entschieden, die Logistikbereiche der Schwesterunternehmen unter ihrer Leitung am Standort „Vertrieb“ zu konzentrieren.

Der örtlich zuständige Betriebsrat des einen Schwesterunternehmens sowie der ihm zur Durchführung einer Betriebsratswahl bestellte Wahlvorstand machen entgegen der Einschätzung der Arbeitgeberin ein Übergangsmandat geltend.

Nach Auffassung des ArbG liegt eine solches Übergangsmandat i.S.d. § 21 a BetrVG hier nicht vor.

Die Wahl sei nicht von § 21 a BetrVG gedeckt, da die Voraussetzungen eines betriebsratslosen Betriebs nicht vorlagen. Der Betriebsrat hätte auch keinen Wahlvorstand bestellen dürfen.

§ 21 a BetrVG wolle verhindern, dass eine betriebsratslose Zeit entstehe. Bestehe aber nach § 21 a Abs.1 Satz 1 BetrVG in dem Betrieb, in den der abgespaltene Betrieb eingegliedert werde, bereits ein Betriebsrat, so könne nach dem Wortlaut des Gesetzes gerade kein Übergangsmandat bestehen.

Das Übergangsmandat solle die Kontinuität des Betriebsratsarbeit sichern. Es entstehe schon nach dem Wortlaut der Vorschrift bei Eingliederung in einen betriebsratslosen Betrieb nicht, wenn ein ausgegliederter Betriebsteil in einen Betrieb eingegliedert werde, der über einen Betriebsrat bereits verfüge, weil dieser von Anfang an auch für die eingegliederte Belegschaft zuständig sei. Dem Gesetz genüge es zur Vermeidung von Betriebsratslosigkeit, dass im aufnehmenden Betrieb ein Betriebsrat bereits bestehe, dessen Amtszuständigkeit sich mit dem Wirksamwerden der Spaltung auch auf den eingegliederten Teil erstreckte. Daher schließe § 21 a BetrVG zugleich aus, dass dieser Eingliederungsfall ein Fall der Zusammenfassung eines Betriebsteiles mit einem Betrieb i.S.d. § 21 a BetrVG sei, der ein Übergangsmandat auslöse.

Dementsprechend spiele für die Beurteilung eines Übergangsmandats gem. § 21 a BetrVG keine Rolle, ob ein Betrieb entstanden sei, der die Voraussetzungen des § 4 BetrVG erfülle. Auch die Frage des § 111 Satz 3 BetrVG spiele im Rahmen dieses eingeschränkten Erkenntnisses, das sich nur auf § 21 a BetrVG bewege, keine Rolle.

Sachsen:

- **ArbG Bautzen, Az: 3 Ca 3394/03 vom 12.03.04:**

„Wenn in dem nach Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer größeren Betrieb zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses kein Betriebsrat bestand, dann nimmt der Betriebsrat des nächstgrößeren Betriebs das Übergangsmandat gem. § 21 a Abs.2 BetrVG wahr. Andernfalls würden Arbeitnehmer in Betrieben, die mit einem größeren betriebsratslosen Betrieb zusammengefasst werden, ihren betriebsverfassungsrechtlich gesicherten Schutz verlieren. Diese wäre bei einer Zusammenfassung im Wege eines Betriebsübergangs nicht europarechtskonform und widerspräche dem Zweck des Übergangsmandats.“ (Leitsatz der Bearbeiterin)

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der Kündigung eines Arbeitnehmers durch die Arbeitgeberin.

Die Arbeitgeberin X GmbH erwarb den insolventen Betrieb der Y GmbH. Bei der Erwerberin waren derzeit 10 Arbeitnehmer beschäftigt, es bestand ein einköpfiger Betriebsrat, der Betrieb der Y GmbH war größer, auch dort bestand ein Betriebsrat. Der bei dem Y GmbH gewählte Betriebsrat lehnte die Wahrnehmung eines Übergangsmandates ab und wurde im Betrieb der Arbeitgeberin nicht tätig. Nachfolgend wurde einem Mitarbeiter, gleichzeitig Mitglied des ursprünglichen Betriebsrats der Y GmbH, gekündigt.

Das ArbG erachtet das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Arbeitgeberin mangels ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats als nicht aufgelöst.

Nach § 21 a BetrVG nehme der Betriebsrat des nach der Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer größten Betriebs oder Betriebsteils das Übergangsmandat wahr, wenn Betriebe oder Betriebsteile zu einem Betrieb zusammengefasst würden. Hier sei der Betrieb der Y GmbH im Wege der übertragenen Sanierung auf die kleinere X GmbH übergegangen und mit dem dort bereits bestehenden Betrieb zusammengefasst worden. Danach hätte der bei der Y GmbH gewählte Betriebsrat das Übergangsmandat gem. § 21 a Abs.2 BetrVG wahrzunehmen. Dieser Betriebsrat wurde vor Ausspruch der Kündigung überhaupt nicht angehört, weshalb die Kündigung dann nach § 102 Abs.1 Satz 3 BetrVG unwirksam wäre.

Dies wäre aber nicht der Fall, wenn die Mitgliedschaft aller Betriebsratsmitglieder der Y GmbH durch Niederlegung des Betriebsratsmandats oder rechtliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses erloschen ist (§ 24 Nr.2 und 3 BetrVG). Hier sei der Betriebsrat der Y GmbH dadurch aufgelöst worden, dass alle Betriebsratsmitglieder sich weigerten, ihr Mandat nach dem Betriebsübergang noch auszuüben (Niederlegung der Betriebsratsmandate).

Daher hätte der bei der X GmbH bereits vorher gewählte Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung angehört werden müssen. Denn da in dem nach Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer größeren Betrieb (Y GmbH) zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses kein Betriebsrat bestanden habe, nehme der Betriebsrat des nächst größeren Betriebs (X GmbH) das Übergangsmandat gem. § 21 a Abs.2 BetrVG wahr. Andernfalls verlören Arbeitnehmer in Betrieben, die mit einem größeren betriebsratslosen Betrieb zusammengefasst würden, allein deshalb ihren betriebsverfassungsrechtlich gesicherten Schutz. Dies widerspreche dem Zweck des Übergangsmandats. Soweit sich die Zusammenfassung, wie hier, im Wege eines Betriebsübergangs vollzöge, wäre dies auch nicht europarechtskonform.

Das Mandat beziehe sich nicht nur auf die dem Betriebsrat der X GmbH bisher zugeordneten Arbeitnehmer, sondern auf alle Arbeitnehmer des neu fusionierten Betriebs. Dies sei Folge der Kollektivbezogenheit der betrieblichen Interessenvertretung. Insoweit gälten die gleichen Grundsätze wie bei der Eingliederung eines bisher betriebsratslosen Betriebs in einem Betrieb mit Betriebsrat. Soweit der bei der Arbeitgeberin bereits vor dem Betriebsübergang gewählte Betriebsrat das Übergangsmandat wahrnimmt, hätte dieser vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß angehört werden müssen. Dies sei hier nicht geschehen.

Sachsen-Anhalt:

- **ArbG Magdeburg, Az: 7 BV 36/04 vom 18.08.04:**

„Auch die Errichtung eines Gemeinschaftsbetriebs stellt einen Fall des § 21 a Abs.2 BetrVG dar. Dies gilt auch dann, wenn der Gemeinschaftsbetrieb nach § 1 Abs.2 Nr.1 BetrVG vermutet wird.“ (Leitsatz der Bearbeiterin)

Nach Auffassung des ArbG stellt auch die Errichtung eines Gemeinschaftsbetriebs ein Fall des § 21 a Abs.2 BetrVG dar. Durch eine bestehende Führungsvereinbarung werde eine einheitliche Personalführung begründet, was aus den beteiligten Betrieben einen einheitlichen mache. Dies gelte auch dann, wenn der Gemeinschaftsbetrieb – genauer: die Führungsvereinbarung – nach § 1 Abs.2 Nr.1 BetrVG vermutet werde.

Hier führten die beteiligten Unternehmen einen Gemeinschaftsbetrieb. Der nach der Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer bestehende Betriebsrat des größten Betriebes bzw. Betriebsteils hätte auch das Übergangsmandat wahrnehmen müssen. § 21 a Abs.2 S.2 BetrVG ordne für diesen Fall ausdrücklich die entsprechende Anwendung des Absatzes 1 des § 21 a BetrVG an. Damit sei auch die Fristenregelung in Bezug genommen, wonach das Übergangsmandat spätestens sechs Monate nach Wirksamwerden der Spaltung enden solle.

Schleswig-Holstein:

- **ArbG Kiel, Az: 6 BV Ga 13 a/02 vom 20.03.02:**

„Es liegt ein grober und offensichtlicher Verstoß gegen wesentliche Grundsätze des gesetzlichen Wahlrechts vor, wenn 3 Arbeitnehmer eines Betriebes unter Berufung darauf, dass eine eigenständige Organisation gegeben sei, eine Betriebsratswahl abhalten, obwohl ein Betriebsrat vorhanden ist, der auch die Arbeitnehmer des streitigen Betriebs vertritt. §§ 1 Abs.1 S.1 16 Abs.1, 17 Abs.2, 21 a BetrVG“

Die Beteiligten streiten um die Rechtmäßigkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Wahl eines Betriebsrates in der Betriebsstätte K.

Die Arbeitgeberin betreibt ein Telekommunikationsunternehmen. In B. befindet sich die Zentrale, in K. besteht ein Call Center mit ca. der Hälfte der Mitarbeiter der Zentrale. Die Betriebsstätten liegen 30 km voneinander entfernt. Das Call Center war zunächst eine eigenständige GmbH, nach der Verschmelzung mit der Arbeitgeberin übernahm der dort bestehende Betriebsrat die Vertretung der Arbeitnehmer des Call Centers. Die betrieblichen Strukturen haben sich durch die Verschmelzung nicht verändert.

In der Betriebsstätte B wird die Wahl eines Betriebsrates für die Betriebsstätten K und B durchgeführt. Bereits zuvor luden drei wahlberechtigte Arbeitnehmer des Call Centers zur Betriebsversammlung in K. zwecks Wahl eines Wahlvorstandes für das Call Center ein, die einige Zeit später stattfand.

Nach Auffassung des ArbG konnte hier durch einstweilige Verfügung ein vorzeitiger Abbruch der Wahl zum eigenständigen Betriebsrat der Betriebsstätte K erzwungen werden, da der Betrieb in einen anderen Betrieb eingegliedert worden sei, in dem ein Betriebsrat bestanden habe. Hier hätte die Weiterführung der Wahl mit Sicherheit die Nichtigkeit der Wahl zur Folge, es liege ein offensichtlicher Verstoß gegen wesentliche Grundsätze des gesetzlichen Wahlrechts vor.

Gem. § 21 a BetrVG bestehe ein Übergangsmandat nur dann, wenn bei einer Betriebsspaltung der Betriebsrat solange im Amt bleibt und die Geschäfte für die ihm bislang zugeordneten Betriebsteile weiterführt, soweit sie die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 erfüllen und nicht in einen Betrieb eingegliedert werden, in dem ein Betriebsrat besteht. Hier sei der Betrieb aber in einen anderen Betrieb eingegliedert worden, in dem ein Betriebsrat bestehe. Daher sei die Einberufung einer Betriebsversammlung für die Bestellung eines Wahlvorstandes rechtlich unmöglich gewesen.

XI. § 37 BetrVG

Erforderliche Betriebsratsarbeit, die wegen unterschiedlicher Arbeitszeiten der Betriebsratsmitglieder nicht innerhalb der persönlichen Arbeitszeit des einzelnen Betriebsratsmitglieds durchgeführt werden kann, löst nach der BetrVG-Reform nun Ausgleichsansprüche aus.

Dass der neue Anspruch, wie kritisch angemerkt wurde, einen materiellen Vorteil für den Betriebsrat darstellt und daher mit dem Prinzip des Ehrenamts des Betriebsrats nicht zu vereinbaren sei, bestätigte die Rechtsprechung nicht. Unklarheiten bestanden lediglich über die Vergütung von Reisezeiten teilzeitbeschäftigter Betriebsratsmitglieder, ebenso über die Vergütung von Essens- und Erholungspausen bei Schulungsveranstaltungen.

- BAG 7 AZR 330/04 vom 16.02.05
- BAG 7 AZR 131/04 vom 10.11.04
- BAG 7 AZR 423/01 vom 16.04.03
- LAG Baden-Württemberg, Az: 17 Sa 70/03 vom 03.02.04
- LAG Baden-Württemberg, Az: 21 Sa 104/03 vom 29.01.04
- OVG Rheinland-Pfalz, Az: 10 A 11627/02 vom 14.02.03

1. Bundesarbeitsgericht

- **BAG 7 AZR 330/04 vom 16.02.05**; vorgehend: LAG Baden-Württemberg, Az: 21 Sa 104/03 vom 29.01.04; ArbG Stuttgart, Az: 25 Ca 13831/02 vom 29.08.03:

Die Parteien streiten über Vergütungsansprüche einer Arbeitnehmerin für von ihr in Anspruch genommene Arbeitsbefreiung zum Ausgleich für die außerhalb ihrer Arbeitszeit erfolgte Teilnahme an einer Betriebsratsschulung.

Die Arbeitgeberin beschäftigt ca. 450 Arbeitnehmer mit unterschiedlichen regelmäßigen Wochenarbeitszeiten zwischen fünf und 40 Stunden. Die durchschnittliche regelmäßige Arbeitszeit aller Beschäftigten beträgt 21,5 Stunden wöchentlich. Die Arbeitnehmerin selbst ist teilzeitbeschäftigt mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 19 Stunden.

Die Arbeitnehmerin ist Mitglied des Betriebsrats. Sie nahm an einer Schulung zum Thema „Einführung in die Betriebsratsarbeit“ teil. Die Schulung dauerte fünf Tage, nämlich mit Beginn am Montag bis Freitag der selben Woche. Für die Dauer der Schulungsveranstaltung wurde die Arbeitnehmerin unter Fortzahlung der Vergütung von der Arbeit freigestellt. An der Schulungsveranstaltung nahmen zwei weitere vollzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder der Beklagten teil, deren regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit 40 Stunden beträgt. Diese wurden ebenfalls unter Fortzahlung der Vergütung von der Arbeitsleistung freigestellt.

An den Schulungstagen fanden Pausen zur Einnahme von Mahlzeiten und Getränken statt. Die Arbeitgeberin gewährte der Arbeitnehmerin auf ihren Antrag Freizeitausgleich von 21 Stunden, zahlte dafür jedoch keine Vergütung. Diese macht die Arbeitgeberin hier geltend.

Das BAG führt aus, der Arbeitnehmerin stehe für die in Anspruch genommenen 21 Ausgleichsstunden das vereinbarte Arbeitsentgelt zu, wenn auf ihre Teilnahme an der Schulungsveranstaltung einschließlich der erforderlichen Reisezeiten und der während der Schulungstage angefallenen Pausen 21 Stunden entfielen, die außerhalb ihrer persönlichen Arbeitszeit, aber innerhalb der Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers lagen. Wegen fehlender tatsächlicher Feststellungen zur betrieblichen Arbeitszeitgestaltung wurde der Rechtsstreit aber zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Nach § 611 BGB iVm. § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG habe ein Betriebsratsmitglied Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts für Zeiten einer Arbeitsbefreiung zum Ausgleich für Betriebsratsstätigkeit, die aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen gewesen sei. Dies gelte nach § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG entsprechend für die erforderliche Teilnahme an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen. Insoweit seien nach § 37 Abs. 6 Satz 2 1. Halbsatz BetrVG betriebsbedingte Gründe auch gegeben, wenn wegen Besonderheiten der betrieblichen Arbeitszeitgestaltung die Schulung des Betriebsratsmitglieds außerhalb seiner Arbeitszeit erfolge. Nach § 37 Abs. 6 Satz 2 2. Halbsatz BetrVG sei der Umfang des Ausgleichsanspruchs unter Einbeziehung der Arbeitsbefreiung nach § 37 Abs. 2 BetrVG pro Schulungstag begrenzt auf die Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers. Eine Besonderheit der betrieblichen Arbeitszeitgestaltung i.S.v. § 37 Abs. 6 Satz 2 BetrVG liege vor, wenn die Arbeitszeit von der üblichen Arbeitszeit abweiche. Derartige Abweichungen könnten sich sowohl hinsichtlich der Lage als auch hinsichtlich des Umfangs der Arbeitszeit ergeben. Der betriebsübliche Umfang der Arbeitszeit sei derjenige eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers. Die Teilzeitbeschäftigung sei daher eine Besonderheit i.S.v. § 37 Abs. 6 Satz 2 BetrVG. Die übliche Lage der Arbeitszeit werde durch die in dem Betrieb allgemein festgelegte Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage bestimmt. Abweichungen hiervon stellten eine Besonderheit i.S.d. § 37 Abs. 6 Satz 2 BetrVG dar. Dabei könne die betriebsübliche Arbeitszeit für verschiedene Arbeitsbereiche oder Arbeitnehmergruppen unterschiedlich festgelegt sein. Für die Beurteilung, ob eine Besonderheit i.S.d. § 37 Abs. 6 Satz 2 BetrVG vorliege, sei dann auf die betriebsübliche Arbeitszeit des Arbeitsbereichs oder der Arbeitnehmergruppe abzustellen,

dem oder der das Betriebsratsmitglied angehöre. Daraus ergebe sich allerdings kein unbeschränkter Anspruch eines teilzeitbeschäftigten Betriebsratsmitglieds auf bezahlte Arbeitsbefreiung zum Ausgleich für die außerhalb seiner persönlichen Arbeitszeit liegende Teilnahme an einer Schulungs- oder Bildungsveranstaltung. Nach § 37 Abs. 6 Satz 2 2. Halbsatz BetrVG sei der Umfang des Ausgleichsanspruchs vielmehr pro Schultag auf die Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers begrenzt. Da die gesetzliche Regelung ausdrücklich auf den Schultag abstelle, sei für den Umfang des Ausgleichsanspruchs nicht die durchschnittliche tägliche Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers maßgeblich, sondern dessen konkrete Arbeitszeit an dem betreffenden Schultag. Außerdem sei auf diese Arbeitszeit eine dem Betriebsratsmitglied nach § 37 Abs. 2 BetrVG gewährte Arbeitsbefreiung anzurechnen.

Einen Ausgleichsanspruch nach § 37 Abs. 6, § 37 Abs. 3 BetrVG könnten nicht nur die reinen Schulungszeiten, sondern auch die zur An- und Abreise notwendigen Zeiten sowie die während der Schulungsveranstaltung anfallenden Pausenzeiten begründen.

Wege-, Fahrt- und Reisezeiten, die ein Betriebsratsmitglied zur Erfüllung notwendiger betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben außerhalb seiner Arbeitszeit aufwende, könnten einen Anspruch auf Arbeitsbefreiung nach § 37 Abs. 3 BetrVG begründen, soweit sie mit der Durchführung der entsprechenden Betriebsratsstätigkeit in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang ständen. Das gelte nach § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG für die Teilnahme an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen entsprechend. Ein Anspruch auf Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts könne sich daher auch für die notwendige Zeit der An- und Abreise zum bzw. vom Schulungsort ergeben.

Die Teilnahme an einer Schulungsveranstaltung umfasse neben den reinen Schulungszeiten auch die während des Schultags anfallenden Pausen. Hierfür spreche bereits der Wortlaut des § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG, wonach die Absätze 2 und 3 entsprechend galten für die "Teilnahme an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen" und nicht nur für die Schulungs- und Bildungszeiten. Die Teilnahme an einer Veranstaltung werde zeitlich begrenzt durch deren Beginn und Ende, sie erfasse die Zeit zwischen dem Beginn und dem Ende der Schulung an dem betreffenden Schultag. Dazu gehörten auch die während dieser Zeit anfallenden Pausen. Teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder würden dadurch nicht besser gestellt als vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer. Diese erhielten zwar für Arbeitspausen keine Vergütung, sondern nur für die Arbeitszeit. Diesem Umstand werde in § 37 Abs. 6 Satz 2 2. Halbsatz BetrVG jedoch dadurch Rechnung getragen, dass der Ausgleichsanspruch des teilzeitbeschäftigten Betriebsratsmitglieds auf die Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers an dem jeweiligen Schultag begrenzt sei.

Der hier geltend gemachte Vergütungsanspruch für die genommenen 21 Ausgleichsstunden hänge somit davon ab, ob auf die Teilnahme an der Schulungsveranstaltung 21 Stunden entfallen seien, die wegen ihrer Teilzeitbeschäftigung als Besonderheit der betrieblichen Arbeitszeitgestaltung iSv. § 37 Abs. 6 Satz 2 BetrVG außerhalb ihrer persönlichen Arbeitszeit, aber innerhalb der Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers gelegen hätten.

Für die Begrenzung des Ausgleichsanspruchs sei grundsätzlich die betriebliche Dauer und Lage der Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers maßgeblich. Wegen des Fehlens einer gesetzlichen Definition des vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers sei von dem allgemeinen Verständnis dieses Begriffs auszugehen. Danach sei der Arbeitnehmer vollzeitbeschäftigt, der einen Arbeitsvertrag über die einem Arbeitstag üblicherweise entsprechende Zeit hat. Die Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers iSv. § 37 Abs. 6 Satz 2 2. Halbsatz BetrVG könne daher nur eine Arbeitszeit sein, deren Dauer sich im Rahmen der für vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer allgemein üblichen regelmäßigen Arbeitszeiten bewege. Dabei könnten tarifvertragliche Festlegungen als Orientierung dienen. Betriebliche Arbeitszeiten, die wesentlich geringer seien als in einschlägigen Tarifverträgen festgelegte regelmäßige Arbeitszeiten, könnten daher nicht als Arbeitszeit vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer iSv. § 37 Abs. 6 Satz 2 2. Halbsatz BetrVG angesehen werden. So betrage im Betrieb der Arbeitnehmerin die tarifliche Wochenarbeitszeit zumindest 35 Stunden.

Sollten Umfang und Lage der Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers im Betrieb der Arbeitgeberin unterschiedlich festgelegt sein, z. B. für verschiedene Abteilungen oder Arbeitnehmergruppen, komme es für den Umfang des Ausgleichsanspruchs auf die Arbeitszeit vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer der Abteilung oder Arbeitnehmergruppe an, der die Arbeitnehmerin angehöre. Gebe es in dieser Abteilung keine vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer, sei zu prüfen, ob anhand der für diese Abteilung geltenden Arbeitszeitregelung bestimmt werden könne, mit welcher Arbeitszeit ein vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer dort tätig gewesen wäre. Lasse sich dies nicht ermitteln, sei entsprechend der Regelung in § 2 Abs. 1 Satz 3 TzBfG auf die Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers des Betriebs, der die

gleiche oder eine ähnliche Tätigkeit ausübe wie die Arbeitnehmerin, abzustellen. Fehle ein solcher Arbeitnehmer, sei die Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entsprechend § 2 Abs. 1 Satz 4 TzBfG anhand des für den Betrieb der Beklagten fachlich geltenden Tarifvertrags, bei Fehlen eines solchen nach der Branchenüblichkeit zu bestimmen.

- **BAG 7 AZR 131/04 vom 10.11.04**; vorgehend: LAG Baden-Württemberg, Az: 17 Sa 70/03 vom 03.02.04; ArbG Stuttgart, Az: 25 Ca 11157/02 vom 29.09.03:

„Reisezeiten, die ein teilzeitbeschäftigtes Betriebsratsmitglied außerhalb seiner Arbeitszeit aufwendet, um an einer erforderlichen Schulungsveranstaltung teilzunehmen, können nach § 37 Abs. 6 Satz 1 und 2 iVm. § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG einen Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung der Vergütung begründen. Das setzt voraus, dass die Teilzeitbeschäftigung die Ursache dafür ist, dass die Reise außerhalb der Arbeitszeit durchgeführt wurde. Daran fehlt es, wenn die Reise auch dann außerhalb der Arbeitszeit stattgefunden hätte, wenn das Betriebsratsmitglied vollzeitbeschäftigt gewesen wäre.“

Die Arbeitnehmerin begehrt Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts zum Ausgleich für die außerhalb ihrer Arbeitszeit durchgeführte Rückreise von einer Betriebsratsschulung.

Die Arbeitgeberin beschäftigt ca. 450 Arbeitnehmer, davon ca. 80 % in Teilzeit. Die individuelle wöchentliche Arbeitszeit der Arbeitnehmer schwankt zwischen fünf Stunden und 40 Stunden und beträgt im Durchschnitt 21,5 Stunden. Die wöchentliche Arbeitszeit der Arbeitnehmerin beläuft sich auf 35,68 Stunden. In der Abteilung der Arbeitnehmerin endet die Arbeitszeit freitags um 12.00 Uhr. Tarifvertragliche oder betriebliche Regelungen über die Vergütung von Dienstreisezeiten bestehen bei der Arbeitnehmerin nicht.

Die Arbeitnehmerin ist Mitglied des Betriebsrats. Sie nahm an vier aufeinander folgenden Tagen an einer Betriebsratsschulung teil. Für die Schulungstage wurde sie unter Fortzahlung der Vergütung von der Arbeit freigestellt. Sie verlangt nun wegen der außerhalb ihrer Arbeitszeit durchgeführten Rückreise von der Schulung vier Stunden bezahlte Arbeitsbefreiung von der Arbeitgeberin.

Das BAG führt aus, dem geltend gemachten Ausgleichsanspruch stehe zwar nicht entgegen, dass im Betrieb der Beklagten keine Regelung über die Behandlung von dienstlich veranlassten außerhalb der Arbeitszeit liegenden Reisezeiten existiere. Die Arbeitnehmerin könne jedoch zum Ausgleich für die außerhalb ihrer Arbeitszeit durchgeführte Rückreise von der Betriebsratsschulung keine Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung der Vergütung verlangen, weil die Voraussetzungen der als Anspruchsgrundlage allein in Betracht kommenden § 37 Abs. 6, § 37 Abs. 3 BetrVG nicht erfüllt seien.

Die Rückreise von der Betriebsratsschulung als ausgleichspflichtige Betriebsratstätigkeit iSv. § 37 Abs. 3 BetrVG anzusehen, obwohl im Betrieb keine Regelung über außerhalb der Arbeitszeit liegende Reisezeiten bestehe.

Wege-, Fahrt- und Reisezeiten, die ein Betriebsratsmitglied zur Erfüllung notwendiger betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben außerhalb seiner Arbeitszeit aufwende, könnten einen Anspruch auf bezahlte Arbeitsbefreiung gemäß § 37 Abs. 3 BetrVG begründen, soweit sie mit der Durchführung der ihnen zugrunde liegenden Betriebsratstätigkeit in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang ständen. Das gelte gemäß § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG entsprechend für Reisezeiten, die anlässlich der erforderlichen Teilnahme an einer Schulungs- oder Bildungsveranstaltung entstanden. Aus dem Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG folge zwar, dass im Betrieb des Arbeitgebers bestehende tarifvertragliche oder betriebliche Regelungen über Dienstreisezeiten auch für Reisezeiten galten, die ein Betriebsratsmitglied zur Wahrnehmung von Betriebsratstätigkeiten aufwende. Bestehe jedoch eine derartige Regelung im Betrieb des Arbeitgebers nicht, verbleibe es bei der gesetzlichen Regelung des § 37 Abs. 3, § 37 Abs. 6 BetrVG, wonach auch Reisezeiten einen Ausgleichsanspruch auslösen könnten, sofern die in den Vorschriften genannten Voraussetzungen vorlägen.

Die Arbeitnehmerin habe jedoch keinen Anspruch auf bezahlte Arbeitsbefreiung nach § 37 Abs. 6 iVm. § 37 Abs. 3 BetrVG zum Ausgleich für die Rückreise von der Betriebsratsschulung, weil sie die Reise nicht aus betriebsbedingten Gründen außerhalb ihrer Arbeitszeit durchgeführt habe.

Nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG habe das Betriebsratsmitglied zum Ausgleich für Betriebsratstätigkeit, die aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen sei, Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts. Betriebsbedingte Gründe i.S.d. Vorschrift lägen vor, wenn bestimmte Gegebenheiten und Sachzwänge innerhalb der Betriebssphäre dazu geführt

hätten, dass die Betriebsratstätigkeit nicht während der Arbeitszeit erledigt habe werden können. Nach § 37 Abs. 3 Satz 2 BetrVG lägen betriebsbedingte Gründe auch vor, wenn die Betriebsratstätigkeit wegen der unterschiedlichen Arbeitszeiten der Betriebsratsmitglieder nicht innerhalb der persönlichen Arbeitszeit des Betriebsratsmitglieds erfolgen könne. Diese Regelungen galten nach § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG entsprechend für die erforderliche Teilnahme an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen. Insoweit seien nach § 37 Abs. 6 Satz 2 BetrVG betriebsbedingte Gründe iSd. Abs. 3 auch gegeben, wenn wegen Besonderheiten der betrieblichen Arbeitszeitgestaltung die Schulung des Betriebsratsmitglieds außerhalb seiner Arbeitszeit erfolge. In diesem Fall sei der Umfang des Ausgleichsanspruchs unter Einbeziehung der Arbeitsbefreiung nach § 37 Abs. 2 BetrVG pro Schultag begrenzt auf die Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers.

Nach § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG gelte für die Teilnahme an erforderlichen Schulungs- und Bildungsveranstaltungen nicht nur § 37 Abs. 2, sondern auch § 37 Abs. 3 BetrVG entsprechend. Daraus, sowie aus der Vorschrift des § 37 Abs. 6 Satz 2 BetrVG, ergebe sich, dass nunmehr allein die Festlegung der zeitlichen Lage der Schulung durch den Schulungsträger einem Ausgleichsanspruch des Betriebsratsmitglieds nicht von vornherein entgegenstehe und sich betriebsbedingte Gründe i.S.v. § 37 Abs. 3 BetrVG aus der betrieblichen Arbeitszeitgestaltung als Teil der betrieblichen Organisation ergeben könnten. Das könne nach § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG i.V.m. § 37 Abs. 3 Satz 2 BetrVG der Fall sein, wenn die Schulung wegen der unterschiedlichen Arbeitszeiten der demselben Betrieb angehörenden Betriebsratsmitglieder nicht innerhalb der persönlichen Arbeitszeit eines Betriebsratsmitglieds erfolgen könne. Außerdem komme ein Ausgleichsanspruch nach § 37 Abs. 6 Satz 2 iVm. § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG in Betracht, wenn wegen der Besonderheiten der betrieblichen Arbeitszeitgestaltung die Schulung des Betriebsratsmitglieds außerhalb seiner Arbeitszeit erfolge. Eine Besonderheit der betrieblichen Arbeitszeitgestaltung liege vor, wenn die Arbeitszeit von der üblichen Arbeitszeit abweiche. Derartige Abweichungen könnten sich sowohl hinsichtlich der Lage als auch hinsichtlich des Umfangs der Arbeitszeit ergeben. Der betriebsübliche Umfang der Arbeitszeit sei derjenige eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers. Die Teilzeitbeschäftigung sei daher eine Besonderheit iSv. § 37 Abs. 6 Satz 2 BetrVG. Die übliche Lage der Arbeitszeit werde durch die in dem Betrieb allgemein festgelegte Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage bestimmt. Abweichungen hiervon stellten eine Besonderheit iSd. § 37 Abs. 6 Satz 2 BetrVG dar. Dabei könne die betriebsübliche Arbeitszeit für unterschiedliche Arbeitsbereiche oder Arbeitnehmergruppen unterschiedlich festgelegt sein. In einem solchen Fall auf die betriebsübliche Arbeitszeit des Arbeitsbereichs oder der Arbeitnehmergruppe abzustellen, dem oder der das Betriebsratsmitglied angehöre. Daraus ergebe sich jedoch kein unbeschränkter Anspruch eines teilzeitbeschäftigten Betriebsratsmitglieds auf bezahlte Arbeitsbefreiung zum Ausgleich für die außerhalb seiner persönlichen Arbeitszeit liegende Teilnahme an einer Schulungs- oder Bildungsveranstaltung oder damit in Zusammenhang stehender Reisezeiten. Nach § 37 Abs. 6 Satz 2 2. Halbsatz BetrVG sei der Umfang des Ausgleichsanspruchs vielmehr pro Schultag auf die Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers begrenzt. Da die gesetzliche Regelung ausdrücklich auf den Schultag abstelle, sei für den Umfang des Ausgleichsanspruchs nicht die durchschnittliche tägliche Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers maßgeblich, sondern dessen konkrete Arbeitszeit an dem betreffenden Schultag. Außerdem sei auf diese Arbeitszeit eine dem Betriebsratsmitglied nach § 37 Abs. 2 BetrVG gewährte Arbeitsbefreiung anzurechnen.

Hiernach habe die Arbeitnehmerin keinen Anspruch auf Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung der Vergütung zum Ausgleich für die außerhalb ihrer persönlichen Arbeitszeit erfolgte Rückreise von der Betriebsratsschulung. Sie habe die Rückreise zwar außerhalb ihrer Arbeitszeit durchgeführt. Dies habe jedoch nicht auf betriebsbedingten Gründen iSv. § 37 Abs. 3, § 37 Abs. 6 BetrVG beruht

Der geltend gemachte Ausgleichsanspruch ergebe sich nicht aus § 37 Abs. 6 Satz 1 iVm. § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG. Die Arbeitgeberin habe weder unmittelbar noch mittelbar durch die Wahl des räumlich vom Betriebssitz entfernten Schulungsorts Einfluss auf die zeitliche Lage der Schulung und der damit verbundenen Reisezeiten genommen. Die Schulung sei ausschließlich vom Betriebsrat ausgewählt worden. Die zeitliche Lage der Rückreise von der Schulung habe auch nicht auf betriebsbedingten Gründen iSv. § 37 Abs. 6 Satz 1 iVm. § 37 Abs. 3 Satz 2 BetrVG beruht. Denn die Teilnahme der Klägerin an der Betriebsratsschulung einschließlich der Rückreise sei unabhängig von anderen Betriebsratsmitgliedern erfolgt und habe in keinem ursächlichen Zusammenhang zu den möglicherweise unterschiedlichen Arbeitszeiten der einzelnen Mitglieder des im Betrieb der Beklagten bestehenden Betriebsrats gestanden.

Die Rückreise von der Betriebsratsschulung habe auch nicht wegen der Teilzeitbeschäftigung der Arbeitnehmerin als Besonderheit der betrieblichen Arbeitszeitgestaltung außerhalb ihrer Arbeitszeit stattgefunden (§ 37 Abs. 6 Satz 1 und 2 iVm. § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG). Sie wäre auch dann außerhalb ihrer Arbeitszeit von der Schulung zurückgefahren, wenn sie vollzeitbeschäftigt gewesen wäre, da auch in diesem Fall die Rückfahrt erst nach dem Ende der betriebsüblichen Arbeitszeit „ihrer“ Abteilung erfolgt wäre.

- **BAG 7 AZR 423/01 vom 16.04.03**; vorgehend: Sächsisches LAG, Az: 3 Sa 876/00 vom 04.07.01; ArbG Dresden, Az.: 8 Ca 963/99 vom...:

„Ein Betriebsratsmitglied kann nach § 37 Abs 3 Satz 1 BetrVG zum Ausgleich für Fahrtzeiten, die mit der Betriebsratsstätigkeit im unmittelbaren Zusammenhang stehen, Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts nach den im Betrieb des Arbeitgebers geltenden tarifvertraglichen oder betrieblichen Regelungen über die Durchführung von Dienstreisen beanspruchen.“

Die Parteien streiten über den Anspruch eines Ersatzmitglieds des Betriebsrats auf Freizeitausgleich für außerhalb seiner persönlichen Arbeitszeit geleistete Betriebsratsstätigkeit einschließlich der aufgewandten Reisezeiten.

Der Arbeitnehmer ist Ersatzmitglied des Betriebsrats. Er nahm binnen eines Jahres an insgesamt 20 Betriebsratssitzungen teil. Zu den Sitzungen reiste er von seinem Wohnort mit der Bahn an. Für die Tage seiner Teilnahme an den Betriebsratssitzungen reichte der Arbeitnehmer bei der Arbeitgeberin sogenannte Dienstaufträge für Sonderleistungen ein, die Angaben über die Wegstrecke und die Dauer der Betriebsratssitzung enthielten. Die Arbeitgeberin schrieb dem Arbeitszeitkonto des Arbeitnehmers daraufhin jeweils zwischen 7,5 und 8,25 Stunden als Arbeitszeit gut. Der Arbeitnehmer verlangt nun, ihm Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Entgelts für die Differenz zwischen den als Arbeitszeit bewerteten Stunden und seinem tatsächlichen höheren Zeitaufwand zu gewähren.

Das BAG ist der Auffassung, dem Arbeitnehmer stehe über die von der Arbeitgeberin als Arbeitszeit bewerteten Stunden hinaus kein Anspruch auf Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts zu. Zwar könne unterstellt werden, der Arbeitnehmer habe in dem von ihm geltend gemachten Umfang aus betriebsbedingten Gründen außerhalb seiner Arbeitszeit eine Betriebsratsstätigkeit ausüben müssen, die zur ordnungsgemäßen Durchführung der Aufgaben des Betriebsrats erforderlich gewesen sei. Die dabei angefallenen Reisezeiten galten nach den für das Unternehmen der Beklagten maßgeblichen tariflichen und betrieblichen Regelungen grundsätzlich nicht als Arbeitszeit. Allerdings sei bei einer auswärtigen Tätigkeit mindestens die dienstplanmäßige Arbeitszeit zu berücksichtigen. Der Arbeitnehmer habe den daraus resultierenden Anspruch auf Freizeitausgleich jedoch nicht rechtzeitig innerhalb der tariflichen Verfallfrist geltend gemacht, so dass er erloschen sei.

Der Arbeitnehmer habe lediglich für drei Tage seiner Teilnahme an den Betriebsratssitzungen einen Anspruch auf Freizeitausgleich gemäß § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG erworben.

Nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG habe ein Betriebsratsmitglied zum Ausgleich für Betriebsratsstätigkeit, die aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen sei, Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts. Um eine Betriebsratsstätigkeit handele es sich nur, wenn sie zur ordnungsgemäßen Durchführung der Aufgaben des Betriebsrats i.S.d. § 37 Abs. 2 BetrVG erforderlich gewesen sei. Betriebsbedingte Gründe i.S.d. § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG lägen nur vor, wenn betriebliche Gegebenheiten und Sachzwänge innerhalb der Betriebssphäre dazu geführt hätten, dass die Betriebsratsstätigkeit nicht während der Arbeitszeit ausgeübt werden können. Zu betriebsbedingten Gründen in diesem Sinne gehörten Gründe, die in der Sphäre des Betriebs lägen. Dazu zählten die Arbeit in Wechselschicht und die hierdurch bedingten Schichtpläne. Falle die Betriebsratsstätigkeit in die schichtfreie Zeit eines Betriebsratsmitglieds, werde sie aus betriebsbedingten Gründen außerhalb seiner persönlichen Arbeitszeit durchgeführt.

Grundsätzlich könnten auch Wege-, Fahrt- und Reisezeiten, die ein Betriebsratsmitglied zur Erfüllung notwendiger betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben außerhalb seiner Arbeitszeit aufwende, einen Anspruch auf Freizeitausgleich gemäß § 37 Abs. 3 BetrVG auslösen, soweit sie mit der Durchführung der entsprechenden Betriebsratsstätigkeit in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang ständen. Allerdings dürften Betriebsratsmitglieder gemäß § 78 Satz 2 BetrVG wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden. Für die Bewertung von Reisezeiten, die ein Betriebsratsmitglied zur Wahrnehmung von Betriebsratsstätigkeiten aufwende, könnten danach keine anderen Maßstäbe gelten als für die Reisezeiten, die ein Arbeitnehmer sonst im Zusammenhang mit der Erfüllung seiner Arbeitspflicht aufwende. Eine gesetzliche Regelung, nach der Reisezeiten wie vergütungspflichtige Arbeitszeit zu bewerten seien, bestehe nicht. Deswegen komme es auf die maßgeblichen tarifvertraglichen oder betrieblichen Regelungen über die Durchführung von Dienstreisen im Betrieb des Arbeitgebers an.

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finde der hier geltende Tarifvertrag Anwendung, der eine allgemeine Regelung über Dienstreisen enthalte. Jedoch sei ein möglicher Anspruch gemäß § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG auf Freizeitausgleich bereits verfallen, da der Arbeitnehmer ihn nicht innerhalb der tariflichen Ausschlussfrist geltend gemacht habe.

2. Landesarbeitsgerichte

Baden-Württemberg:

- **LAG Baden-Württemberg, Az: 17 Sa 70/03 vom 03.02.04;** vorgehend: ArbG Stuttgart, Az: 25 Ca 11157/02 vom 29.09.03; nachgehend: BAG 7 AZR 131/04 vom 10.11.04:

„Auch teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder können für Wege-, Fahrt- und Reisezeiten, die sie zur Erfüllung notwendiger betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben außerhalb ihrer Arbeitszeit aufwenden, keinen Freizeitausgleich gem § 37 Abs 3 BetrVG verlangen, wenn eine Regelung, nach der Reisezeiten wie vergütungspflichtige Arbeitszeit zu bewerten sind, nicht besteht.

Einzelfallentscheidungen zum Ausgleichsanspruch eines teilzeitbeschäftigten Betriebsratsmitglieds für an einem Freitagnachmittag aufgewandte Rückreisezeit von einem vom Betrieb weit entfernt liegenden Schulungsort in einem Betrieb mit 80% Teilzeitbeschäftigten, von denen mehr als die Hälfte freitag-nachmittags nicht arbeitet.“

(Zum Sachverhalt vgl. BAG 7 AZR 131/04 vom 10.11.04)

Das LAG führt aus, die Arbeitnehmerin habe keinen Anspruch auf Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Umfang von vier Stunden.

Der Anspruch sei zunächst nicht gemäß § 37 Abs. 3 Satz 3 BetrVG verfallen. Zwar habe der Arbeitnehmer den Anspruch unverzüglich geltend zu machen. Die Monatsfrist, vor deren Ablauf die Arbeitsbefreiung zu gewähren sei, sei jedoch keine Ausschlussfrist, sondern solle nur zu Gunsten des Arbeitnehmers sicherstellen, dass der Freizeitausgleich auch tatsächlich in zeitlicher Nähe zur betriebsratsbedingten Mehrbelastung des Arbeitnehmers gewährt werde. Kommt es aus anderen als betriebsbedingten Gründen nicht vor Ablauf eines Monats zur Gewährung der Arbeitsbefreiung, so bleibe der Anspruch bestehen.

Jedoch seien die Voraussetzungen des § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht erfüllt. Gemäß § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG habe das Betriebsratsmitglied Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts für Betriebsratsstätigkeit, die aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen sei. § 37 Abs. 3 BetrVG gelte gemäß § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG entsprechend für die Teilnahme an Schulungsveranstaltungen, soweit diese Kenntnisse vermittelten, die für die Arbeit des Betriebsrats erforderlich seien.

Die Arbeitgeberin macht den Ausgleichsanspruch auch für die Reisezeit geltend, die außerhalb ihre individuellen Arbeitszeit liege, worauf gemäß § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG abzustellen sei.

Diese Reisezeit sei jedoch keine Betriebsratsstätigkeit im Sinne des § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG.

Zwar könnten Wege-, Fahrt- und Reisezeiten, die ein Betriebsratsmitglied zur Erfüllung notwendiger betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben außerhalb seiner Arbeitszeit aufwende, grundsätzlich einen Anspruch auf Freizeitausgleich gemäß § 37 Abs. 3 BetrVG auslösen, soweit sie mit der Durchführung der entsprechenden Betriebsratsstätigkeit in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang ständen. Allerdings dürften Betriebsratsmitglieder gemäß § 78 Satz 2 BetrVG wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden. Für die Bewertung von Reisezeiten, die ein Betriebsratsmitglied zur Wahrung von Betriebsratsstätigkeiten aufwende, könnten danach keine anderen Maßstäbe gelten als für Reisezeiten, die ein Arbeitnehmer sonst im Zusammenhang mit der Erfüllung seiner Arbeitspflicht aufwende. Eine gesetzliche Regelung, nach der Reisezeiten wie vergütungspflichtige Arbeitszeit zu bewerten seien, bestehe nicht. Daher komme es auf die maßgeblichen tarifvertraglichen oder betrieblichen Regelungen über die Durchführung von Dienstreisen im Betrieb des Arbeitgebers an. Hier sei die Vergütung von außerhalb der Arbeitszeit liegenden Reisezeiten bei der Arbeitgeberin vertraglich nicht geregelt.

Dem stehe nicht entgegen, dass einem (vollzeitbeschäftigten) Arbeitnehmer ggf. die innerhalb seiner Arbeitszeit liegende Reisezeit wie Arbeitszeit vergütet werde. Der Änderung des § 37 Abs. 6 BetrVG habe die Überlegung zu Grunde gelegen, dass in Folge der fortschreitenden Flexibilisierung der Arbeitszeit die Schulung von Betriebsratsmitgliedern in einem immer größer werdenden Umfang insbesondere für teilzeitbeschäftigte Betriebsratsmitglieder außerhalb ihrer Arbeitszeit erfolge. Ihnen einen entsprechenden Ausgleichsanspruch zu verwehren, sei nicht mehr gerechtfertigt erschienen. Der Ausgleichsanspruch nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG knüpfe jedoch daran an, ob Betriebsratsstätigkeit aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der individuellen Arbeitszeit durchzuführen gewesen sei.

Die Reisetätigkeit liege hier auch nicht aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit der Klägerin (§ 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG).

Betriebsbedingte Gründe lägen vor, wenn betriebliche Gegebenheiten und Sachzwänge innerhalb der Betriebssphäre dazu geführt hätten, dass die Betriebsratsstätigkeit nicht während der Arbeitszeit durchgeführt werden könne. Die Rückreise von der Schulungsveranstaltung an einem arbeitsfreien Tag falle dagegen in die Sphäre des Betriebsrats, der den Beschluss gefasst habe, die Arbeitnehmerin auf eine Schulungsveranstaltung an einem von der Betriebsstätte entfernten Schulungsort zu entsenden. Genauso wenig falle es in die Sphäre des Arbeitgebers, wenn die Reisezeit, bedingt durch die Entscheidung des Betriebsrats bezüglich Ort und Dauer der Schulung, außerhalb der Arbeitszeit liege. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die Arbeitgeberin hier Einwände gegen andere Schulungsveranstaltungen erhoben bzw. es unterlassen habe, die Klägerin zu einer anderen Veranstaltung anzumelden.

Die Arbeitnehmerin könne einen Anspruch auch nicht daraus herleiten, dass gemäß § 37 Abs. 3 Satz 2 BetrVG betriebsbedingte Gründe vorlägen, wenn die Betriebsratsstätigkeit wegen der unterschiedlichen Arbeitszeiten der Betriebsratsmitglieder nicht innerhalb der persönlichen Arbeitszeit erfolgen könne. Dadurch werde nur der Fall unterschiedlicher Arbeitszeiten, nicht aber jede Überschreitung der persönlichen Arbeitszeit zu Betriebsratszwecken geregelt. Darüber hinaus sei eine unterschiedliche Arbeitszeit der Betriebsratsmitglieder nicht ursächlich für die Lage der mit der Schulung verbundenen Reisezeit.

Die Klägerin könne einen Freizeitausgleichsanspruch auch nicht darauf stützen, dass die mit der Schulung verbundene Reisezeit wegen der Besonderheiten der betrieblichen Arbeitszeitgestaltung außerhalb ihrer persönlichen Arbeitszeit gelegen habe (§ 37 Abs. 6 Satz 2 BetrVG). Besonderheiten lägen vor, wenn etwas vom Üblichen abweiche. Dies sei hier weder im Hinblick auf die Betriebsüblichkeit noch auf die Arbeitszeitgestaltung der Fall gewesen.

Ein Ausgleichsanspruch der Arbeitnehmerin wäre generell unter Einbeziehung der Arbeitsbefreiung nach § 37 Abs. 2 BetrVG pro Schultag auf die Arbeitszeit eines in Vollzeit beschäftigten Arbeitnehmers begrenzt gewesen.

- **LAG Baden-Württemberg, Az: 21 Sa 104/03 vom 29.01.04;** vorgehend: ArbG Stuttgart, Az: 25 Ca 13831/02 vom 29.08.03; nachgehend: BAG 7 AZR 330/04 vom 16.02.05:

„Zu den ausgleichspflichtigen Zeiten im Rahmen der Teilnahme eines teilzeitbeschäftigten Betriebsratsmitgliedes an einer qualifizierten Schulungs- und Bildungsveranstaltung im Sinne des § 37 Absatz 6 Satz 1 BetrVG zählen auch Essens- und Erholungspausen im Umfang bis zu einer Stunde, solange diese eine vernünftige zeitliche Disposition zur Erledigung privater Dinge nicht zulassen.

Die aufgrund des Veranstaltungsprogrammes fest verplante Zeit des Betriebsratsmitgliedes ist voll ausgleichspflichtig begrenzt auf die (tägliche) Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers.

Zur Bestimmung des Begriffes "vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer" in Betrieben mit überwiegend Teilzeitbeschäftigten ohne eine kollektivrechtliche Arbeitszeitregelung.“

(Zum Sachverhalt vgl. BAG 7 AZR 330/04 vom 16.02.05)

Das LAG führt aus, der Hauptanspruch der Arbeitnehmerin ergebe sich aus § 37 Abs. 6 Satz 2 in Verbindung mit § 37 Abs. 3 BetrVG.

Nach § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG habe das Betriebsratsmitglied Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts für Betriebsratsstätigkeit, die aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der (persönlichen) Arbeitszeit durchzuführen sei. § 37 Abs. 3 BetrVG gelte gemäß § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG entsprechend für die Teilnahme an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen, soweit diese Kenntnisse vermitteln, die für die Arbeit des Betriebsrates erforderlich seien. Nach § 37 Abs. 6 Satz 2 BetrVG lägen betriebsbedingte Gründe im Sinne des Abs. 3 auch dann vor, wenn wegen Besonderheiten der betrieblichen Arbeitszeitgestaltung die Schulung des Betriebsratsmitglieds außerhalb seiner Arbeitszeit erfolge. Dazu rechnet auch die Fälle eines besonderen Umfangs der Arbeitszeit, insbesondere also auch Teilzeitarbeit, da die betriebliche Arbeitszeitgestaltung Teil der betrieblichen Organisation sei. Im letzteren Falle sei der Umfang des Ausgleichsanspruchs im Hinblick auf die Regelung über die Arbeitsbefreiung nach § 37 Abs. 2 BetrVG pro Schultag begrenzt auf die Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers (§ 37 Abs. 6 Satz 2 letzter Teilsatz BetrVG).

Reise- und Wegezeiten des Betriebsratsmitglieds zählten dabei zur Teilnahme an einer Schulungs- oder Bildungsveranstaltung, soweit sie benötigt würden, dass dieses auf angemessene Weise und in angemessener Zeit am Reiseziel eintreffe.

Streitig sei hier lediglich, in welchem Umfang die Klägerin einen Ausgleichsanspruch erworben habe und ob sie diesen noch geltend machen könne.

Nach § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG sei diejenige Zeit ausgleichsfähig, welche ein Betriebsratsmitglied für seine Teilnahme an qualifizierten Schulungs- und Bildungsveranstaltungen im Sinne der Bestimmung aufwenden müsse. Die Verweisung auf die Absätze 2 und 3 des § 37 BetrVG zeige, dass die Teilnahme des Betriebsratsmitglieds an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen als solche als Betriebsratstätigkeit gelte.

Von einer Teilnahme an einer Schulungs- und Bildungsveranstaltung werde man immer dann ausgehen müssen, wenn das Betriebsratsmitglied in den vorgegebenen Zeitplan der Veranstaltung eingebunden sei, ohne dass ihm ein hinreichendes Maß an Zeitsouveränität verblieben sei. Die Regelung in § 37 Abs. 6 BetrVG sollte eine effektive Förderung der Qualifizierung der Betriebsratsmitglieder bewirken, nicht aber einer kleinkarierten demotivierenden Prozesshanserei sowie Erbsenzählerei darüber Vorschub leisten, mit welchen zeitlichen Anteilen eine Schulungs- und Bildungsveranstaltung einer notwendigen Betriebsratstätigkeit im Sinne des § 37 Abs. 2 BetrVG gleichzustellen sei. Die Teilnahme an einer qualifizierten Schulungs- und Bildungsmaßnahme im Sinne des § 37 Abs. 6 Satz 1 BetrVG beginne deshalb mit der Anreise des Betriebsratsmitglieds zum Veranstaltungsort und endet erst mit seiner Rückkehr an den Ausgangsort. Ausgenommen seien lediglich diejenigen Zeiten, die dem Betriebsratsmitglied zur eigenen Disposition verblieben, sofern sie eine Stunde überschritten. Die Teilnahme an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen reduziere sich somit nicht auf die Zeiten der reinen Wissensvermittlung, sondern erfasse auch vernünftige oder sogar didaktisch notwendige Essens- und Erholungspausen.

Würde man darauf abstellen, dass lediglich reine Vortragszeiten zu einem Zeitausgleich führen könnten, so müsste man ggf. nach Tagen und Stunde für Stunde getrennt feststellen, inwieweit die Voraussetzungen für einen geltend gemachten Zeitausgleich vorlägen. Damit würde dem darlegungs- und beweisbelasteten Betriebsratsmitglied ein nicht sachgerechtes prozessuales Risiko aufgebürdet.

Sei eine Schulungs- und Bildungsveranstaltung geeignet, einem Betriebsratsmitglied die erforderlichen Kenntnisse zu vermitteln und sei dessen Teilnahme an der Veranstaltung betrieblich geboten, so solle aufgrund der verwendeten Begrifflichkeit („Für die Teilnahme an ...“) ein großzügiger Maßstab angelegt werden. Die aufgrund des Veranstaltungsprogramms fest geplante Zeit des Betriebsratsmitglieds soll grundsätzlich voll ausgeglichen werden, im Fall des teilzeitbeschäftigten Betriebsratsmitglieds begrenzt auf die (tägliche) Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers.

Die Arbeitgeberin könne auch nicht erfolgreich einwenden, die Arbeitnehmerin könne im Hinblick auf § 78 BetrVG allenfalls einen Ausgleichsanspruch in Höhe der Differenz ihrer persönlichen Arbeitszeit zur durchschnittlichen Arbeitszeit in ihrer Abteilung verlangen. Denn eine Begünstigung des teilzeitbeschäftigten Betriebsratsmitglieds zu einem vollzeitbeschäftigten sei nicht zu erkennen. Die sachliche Rechtfertigung für eine entsprechende Arbeitsbefreiung wie für ein vollzeitbeschäftigtes Betriebsratsmitglied folge aus § 37 Abs. 6 Satz 1 und 2 BetrVG.

Rheinland-Pfalz:

- **OVG Rheinland-Pfalz, Az: 10 A 11627/02 vom 14.02.03;** vorgehend: VG Trier, Az: 1 K 1670/01.TR:

„Auf die einer privatrechtlich organisierten Eisenbahn zugewiesenen Beamten finden die Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes, nicht aber tarifvertragliche Regelungen unmittelbar Anwendung.

Fahrten von beamteten Betriebsratsmitgliedern zu Betriebsratssitzungen können nur dann einen Anspruch auf Arbeitszeitausgleich begründen, wenn vergleichbare Fahrten zu Dienstgeschäften als Arbeitszeit anerkannt werden könnten.“

Die Beteiligten streiten um die Gewährung einer Arbeitsbefreiung des Klägers zum Ausgleich für seiner Auffassung nach geleistete anrechenbare Mehrarbeit.

Der Kläger ist verbeamteter Lokomotivführer und Mitglied des Betriebsrats der Arbeitgeberin. Er nimmt regelmäßig an Sitzungen sowohl des Betriebsrates als auch des Personalausschusses teil. Er begehrt

einen Ausgleich für die Reisezeiten zu den Sitzungen, soweit durch sie die durchschnittliche tägliche Arbeitszeit überschritten wurde. Der Ausgleich soll in Form einer Arbeitsbefreiung ohne Dienstbezüge erfolgen.

Nach Auffassung des OVG steht dem Kläger der geltend gemachte Anspruch auf Arbeitszeitbefreiung als Ausgleich für die absolvierten Fahrten von seinem Wohnort zu den Sitzungen des Betriebsrats und des Personalausschusses nicht zu.

Ausgangspunkt sei § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG, wonach ein Betriebsratsmitglied zum Ausgleich für eine Betriebsratsstätigkeit, die aus betriebsbedingten Gründen außerhalb der Arbeitszeit durchzuführen sei, Anspruch auf eine entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts habe. Diese in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich auf die Arbeitnehmer der Privatwirtschaft zugeschnittene Bestimmung finde dem Grunde nach, ungeachtet seines Status als Beamter, auch auf den Kläger Anwendung. Das folge aus § 19 Abs. 1 DBGrG, wonach die zugewiesenen Beamten in Bezug auf die Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes als Arbeitnehmer gälten.

Die Voraussetzungen des § 37 Abs.3 Satz 1 BetrVG seien hier nicht erfüllt, weil die von dem Kläger angeführten Fahrzeiten zu den Sitzungen keine "Betriebsratsstätigkeit" im Sinne dieser Vorschrift darstellten.

Bei der Auslegung dieses Begriffs sei vor allem die Regelung des § 78 Satz 2, 1. Halbsatz BetrVG zu berücksichtigen, wonach die Mitglieder des Betriebsrats wegen ihrer Tätigkeit nicht benachteiligt oder begünstigt werden dürften. Daher könnten im Rahmen des § 37 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nur diejenigen Zeiten als Betriebsratsstätigkeit anerkannt werden, die, würde das Betriebsratsmitglied statt dessen Dienst verrichten, auch als Dienstzeiten Berücksichtigung finden könnten. Das gelte zweifelsohne für die "eigentliche" Tätigkeit im Betriebsrat, so vor allem für die Teilnahme an dessen Sitzungen. Eine Anerkennung der An- und Abfahrten zu den Betriebsratssitzungen scheitere jedoch daran, dass diese Fahrten, würden sie zu vergleichbaren Dienstgeschäften im eigentlichen Sinne führen, auch nicht als Dienstzeiten Anerkennung finden könnten. Dies folge aus den allgemeinen Bestimmungen des Arbeitszeitrechts der Beamten, die sich aus § 72 BBG und vor allem aus der auf der Grundlage des § 72 Abs. 4 BBG erlassenen Arbeitszeitverordnung (AZV) ergäben.

XII. § 38 BetrVG

Entsprechend den Veränderungen durch die BetrVG-Reform sind nun Freistellungen bereits ab 200 Arbeitnehmern vorzunehmen. Neu ist dabei auch die Möglichkeit von Teilfreistellungen. Hier kam es, mit ähnlicher Argumentation wie schon bei den §§ 7, 9 BetrVG, im wesentlichen zu gerichtlichen Entscheidungen über die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern im Rahmen für die Freistellung maßgebliche Arbeitnehmerzahl. Daneben wurde festgestellt, dass auch in Betrieben mit überwiegend teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern für die freizustellenden Betriebsratsmitglieder eine Orientierung an Kopffzahlen zulässig ist.

- BAG 7 ABR 3/03 vom 22.10.2003
- BAG 7 ABR 11/03 vom 22.10.03
- LAG Hamm, Az: 10 TaBV 92/02 vom 15.11.02
- LAG Hamm, Az: 13 TaBV 90/02 vom 14.01.03
- LAG Rheinland-Pfalz, Az: 8 TaBV 558/03 vom 19.12.03
- LAG Saarland, Az: 2 TaBV 2/01 vom 04.07.01
- ArbG Stuttgart, Az: 26 BV 8/02 vom 18.10.02
- ArbG Herne, Az: 1 BV 1/02 vom 05.06.02
- ArbG Kiel; Az: 1 BV 7 b/04 vom 02.02.04

1. Bundesarbeitsgericht

- **BAG 7 ABR 3/03 vom 22.10.03**; vorgehend: LAG Hamm, Az: 10 TaBV 92/02 vom 15.11.02; ArbG Detmold, Az: 2 BV 19/02 vom 04.06.02:

„Leiharbeiter sind keine Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs. Sie sind daher bei der für die Anzahl der nach § 38 Abs. 1 BetrVG freizustellenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke nicht zu berücksichtigen.“

(Zu Sachverhalt und Gründen vgl. BAG 7 ABR 3/03 vom 22.10.03 in §§ 7, 9 BetrVG)

- **BAG 7 ABR 11/03 vom 22.10.03**; vorgehend: LAG Hamm, Az: 13 TaBV 90/02 vom 14.01.03; vorgehend: ArbG Detmold, Az: 2 BV 19/02 vom 04.06.02:

(Parallelentscheidung ohne Langtextwiedergabe zu BAG 7 ABR 53/02 vom 16.04.03 und BAG 7 ABR 3/03 vom 22.10.03)

2. Landesarbeitsgerichte

Nordrhein-Westfalen:

- **LAG Hamm, Az: 10 TaBV 92/02 vom 15.11.02**; vorgehend ArbG Herne, Az: 1 BV 1/02 vom 05.06.02; nachgehend: BAG 7 ABR 3/03 vom 22.10.03:

„Leiharbeiter werden bei der Ermittlung der Arbeitnehmerzahlen des § 38 Abs 1 BetrVG nF nicht berücksichtigt.“

Etwas anderes ergibt sich auch nicht durch die Einräumung des aktiven Wahlrechts für Leiharbeiter durch § 7 S 2 BetrVG nF, weil der Arbeitnehmerbegriff des § 5 Abs 1 BetrVG nF nicht geändert worden ist.“

(Zu Sachverhalt und Gründen vgl. LAG Hamm, Az: 10 TaBV 92/02 vom 15.11.02 in §§ 7, 9 BetrVG)

- **LAG Hamm, Az: 13 TaBV 90/02 vom 14.01.03**; vorgehend: ArbG Detmold, Az: 2 BV 19/02 vom 04.06.02; BAG 7 ABR 11/03 vom 22.10.03:

„Leiharbeiter werden weder bei der Ermittlung der Zahl der Betriebsratsmitglieder (§ 9 BetrVG) noch bei der Ermittlung der mindestens freizustellenden Betriebsratsmitglieder (§ 38 BetrVG) berücksichtigt.“

(Zu Sachverhalt und Gründen vgl. LAG Hamm, Az: 13 TaBV 90/02 vom 14.01.03 in §§ 7, 9 BetrVG)

Rheinland-Pfalz:

- **LAG Rheinland-Pfalz, Az: 8 TaBV 558/03 vom 19.12.03**; vorgehend: ArbG Koblenz, Az: 1 BV 2614/02 vom 13.03.03:

„Eine zusätzliche Freistellung nach § 38 Abs 1 BetrVG kommt bei rechnerisch deutlicher Unterschreitung der gesetzlichen Staffelngröße des § 38 Abs 1 BetrVG nicht in Betracht.“

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Arbeitgeberin zu einer weiteren Freistellung gemäß der betriebsverfassungsrechtlichen Staffelnregelung verpflichtet ist.

Der aus elf Mitgliedern bestehende Betriebsrat fasste den Beschluss, den Betriebsratsvorsitzenden und die stellvertretende Betriebsratsvorsitzende von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen. Die Arbeitgeberin widersprach der Freistellung des zweiten Betriebsratsmitglieds.

Das LAG ist der Auffassung, die Arbeitgeberin sei nicht verpflichtet, die stellvertretende Vorsitzende des Betriebsrats von der Arbeit freizustellen. Der Anspruch des Betriebsrats könne weder auf § 38 Abs. 1 BetrVG noch auf eine außerhalb hiervon anerkannte zusätzliche Freistellung gestützt werden.

Nach § 38 Abs. 1 BetrVG seien in Betrieben mit in der Regel 501 bis 900 Arbeitnehmer, zwei Betriebsratsmitglieder von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen. Bei der Festlegung der Zahl der Freistellungen sei von der Zahl der zum Zeitpunkt der Beschlussfassung in der Regel beschäftigten Arbeitnehmern auszugehen.

Hier werde die Untergrenze der Staffelung des § 38 Abs. 1 BetrVG von 501 Arbeitnehmern im Zeitpunkt der Beschlussfassung des Betriebsrats nicht erreicht.

Die Mitarbeiter, die sich in der Freistellungsphase im Rahmen vereinbarter Altersteilzeit befänden, seien nicht für die Feststellung der Staffelgröße des § 38 BetrVG zu berücksichtigen. In der Freistellungsphase sei zwar die Bindung der Arbeitnehmer zum Betrieb nicht vollständig aufgehoben; denn aus dem rechtlich fortbestehenden Arbeitsverhältnis könnten sich weiterhin Ansprüche der Arbeitnehmer ergeben. Die Arbeitnehmer seien jedoch nicht mehr in den Betrieb organisatorisch eingegliedert. Eine Rückkehr in den Betrieb sei nicht vorgesehen.

Daher ergebe sich rechnerisch eine Mitarbeiterzahl von 489. Auch sofern man annehme, es handele sich bei der Mindeststaffel in § 38 BetrVG um Mindestzahlen, die bei Bedarf überschritten werden könnten, gebe es daher keine Veranlassung für die Anerkennung des vom Betriebsrats verfolgten Begehrens.

Eine Aufwertung der Zahl erfolge auch nicht aufgrund der Besetzung von fünf Dauerarbeitsplätze mit Leiharbeitnehmern; denn in jedem Fall würde die Untergrenze des § 38 BetrVG rechnerisch nicht erreicht. Dies gelte unabhängig davon, ob Leiharbeiter als Arbeitnehmer des Entleiherbetriebes im Sinne von § 9 BetrVG angesehen würden und bei der für die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaft zu berücksichtigen seien.

Erkenne man die Möglichkeiten einer zusätzlichen Freistellung losgelöst von der gesetzlichen Staffellungsgröße an, so müsse der Betriebsrat darlegen, dass eine solche für die gesamte rechtliche Wahlperiode erforderlich sei und die notwendigen Betriebsratsarbeiten auch nicht durch sonstige personelle Möglichkeiten (§ 37 Abs. 2 BetrVG) aufgefangen werden könnten. Hierbei seien an die Darlegungslast bei einer erhöhten Freistellung für die gesamte Dauer der Amtsperiode höhere Anforderungen zu stellen, als wenn es lediglich um eine vorübergehende zusätzliche Freistellung ginge.

Der Vortrag des Betriebsrats, durch die Arbeit in einem Mehrschichtsystem ergäbe sich ein höherer Arbeitsanfall, da die Betreuung der Mitarbeiter nur unter erhöhtem organisatorischem Aufwand möglich sei und ferner, dass dies durch ein Betriebsratsmitglied seit mehreren Wochen dokumentiert sei, erfülle die rechtlichen Anforderungen nicht, da die Arbeitsbelastung des gesamten Betriebsrats dargestellt werden müsse und auch, warum bei dem aus elf Mitgliedern bestehenden Betriebsrat für die Dauer der Amtsperiode eine Aufteilung der von dem Betriebsratsmitglied nach den vorgelegten Wochenberichten ausgeübten Tätigkeiten nicht möglich sei und von anderen Betriebsratsmitgliedern wahrgenommen werden könne. Das gelte jedenfalls für das Schreiben der Protokolle der Betriebsratssitzungen, Betriebsbegehungen und die Fertigung von Einladungen.

Saarbrücken:

- **LAG Saarland, Az: 2 TaBV 2/01 vom 04.07.01**; vorgehend: ArbG Saarbrücken; Az: 1 BV 26/00 vom 14.12.00:

„§ 38 Abs 1 BetrVG gewährt auch in Betrieben mit ganz überwiegend in Teilzeit beschäftigter Belegschaft dem Betriebsrat das Recht, sich allein an Kopffzahlen zu orientieren bei der Wahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder.

Das Wahlergebnis einer Wahl der freigestellten Mitglieder eines Betriebsrates ist der Disposition des Betriebsrates im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs entzogen.“

Die Beteiligten streiten sich sowohl über die Anzahl von freizustellenden Betriebsratsmitgliedern.

Die Arbeitgeberin beschäftigt, überwiegend als Teilzeitbeschäftigte, zirka 1.027 Arbeitnehmer. Nur 26 sind dem Bereich der Angestellten zuzuordnen, davon sind 9 Mitarbeiter als Objektleiter tätig. Der Betriebsrat beschloss die Freistellung zweier Betriebsratsmitglieder im Umfang von Vollzeitkräften. Die Arbeitgeberin widersprach einer zweiten Freistellung.

Das LAG ist der Auffassung, dem Betriebsrat stehe ein Anspruch zu auf Feststellung, dass zwei Betriebsratsmitglieder gemäß § 38 BetrVG 1972 freigestellt würden.

§ 38 Abs. 1 BetrVG 1972 lege fest, dass bei einer Arbeitnehmerzahl von in der Regel 1.001 bis 2.000 mindestens drei Betriebsratsmitglieder freizustellen seien. Die Arbeitgeberin beschäftige 1.027 Arbeitnehmer.

Der Betriebsrat habe zu Recht seine Wahl auch im Rahmen eines überwiegend mit Teilzeitarbeitnehmern geführten Betriebes nach dem Kopfbzahlprinzip ausgerichtet. Eine Parallele zu der erstmals im Zuge der Novellierung des KSchG 1969 im Oktober 1996 eingeführten Regelung, wonach die tatsächlichen Umfänge der Arbeitszeit eines Arbeitnehmers Auswirkungen auf die Zählnummer für die Anwendbarkeit des KSchG haben soll (vgl. § 23 KSchG) sei im BetrVG, auch nicht in § 38 BetrVG enthalten. Dass das Kopfbzahlprinzip weiter beibehalten werden solle, zeigt auch die Novelle des BetrVG 2001, wonach in § 38 BetrVG weiterhin nach Köpfen gerechnet werde. Hinzu gekommen sei allerdings die Möglichkeit von Teilfreistellungen, die in der Addition die Zahl der garantierten Anzahl von Vollzeitfreistellungen nicht übersteigen dürfe (vgl. 38 Abs. 1 S. 3 BetrVG 2001). Hätte der Gesetzgeber anderes vorgehabt, wäre mit Blick auf die Novellierung in diesem Punkt im Rahmen des KSchG im Jahr 1996 nun der richtige Zeitpunkt gewesen, diesen Teilzeitanatz auch in der Neufassung des BetrVG 2001 umzusetzen.

Auch aus den weiteren Bestimmungen des BetrVG 2001, nämlich den §§ 1, 99 und 111 gehe klar hervor, dass auch der Gesetzgeber des Jahres 2001 weiter trotz bestehender Teilzeitbeschäftigungen innerhalb eines Betriebes von der Anzahl und nicht vom arbeitszeitmäßigen Umfang der dort beschäftigten Arbeitnehmer ausgehe. Diese Bestimmungen knüpften jeweils für ihre Anwendbarkeit an einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern im Unternehmen an, ohne dabei auf den arbeitszeitmäßigen Umfang dieser Mitarbeiter Rücksicht zu nehmen.

Es bleibe also dabei, dass die Anzahl der Wahlberechtigten = Kopfbzahl und nicht irgendwelche Bruchteile nach Arbeitszeitumfang entscheidend sei für die Frage der Bestimmung der Anzahl von (Vollzeit-) Freistellungen. Eine Unterschreitung der Mindestgarantie des § 38 Abs. 1 BetrVG sei nur durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung zulässig. Beides liege hier nicht vor.

3. Arbeitsgerichte

Baden-Württemberg:

- **ArbG Stuttgart, Az: 26 BV 8/02 vom 18.10.02;** nachgehend: LAG Baden-Württemberg, Az: 15 TaBV 4/02 vom 31.03.03:

Die Beteiligten streiten darüber, wie viele Betriebsratsmitglieder freigestellt werden konnten und ob die 18 bei der Arbeitgeberin beschäftigten Leiharbeiter bei der Ermittlung des Schwellenwertes i.S.v. § 38 BetrVG mitzuzählen seien.

Nach Auffassung des ArbG sind Leiharbeiter im Rahmen des § 38 BetrVG nicht mitzuzählen.

Dies gelte unabhängig von der Frage, ob die betreffenden Leiharbeiter überhaupt zum Zeitpunkt der Beschlussfassung länger als 3 Monate eingesetzt waren, bzw. ob ein über dreimonatiger Einsatz geplant war i.S.v. § 7 Satz 2 BetrVG.

Der Begriff des Arbeitnehmers sei in § 5 BetrVG definiert. Er setze sich nach der Kumulationstheorie aus zwei Bestandteilen zusammen, nämlich aus dem Bestehen eines rechtlichen Arbeitsvertrages zum Betriebsinhaber sowie einer faktischen Eingliederung. Dem Leiharbeiter fehle es bereits am Arbeitsvertrag zum Entleiher. Er sei somit auch nicht Arbeitnehmer.

§ 7 BetrVG regle lediglich die Wahlberechtigung. In § 7 Satz 1 BetrVG nenne die Arbeitnehmer „des Betriebs“. Dieser Arbeitnehmerbegriff entspreche dem des § 5 BetrVG, da er auch beide Komponenten der Kumulationstheorie beinhalte, nämlich Arbeitsvertrag und betriebliche Eingliederung. Lediglich im Rahmen des Wahlrechts habe man in § 7 Satz 2 BetrVG auch solche Arbeitnehmer hinzugenommen, die zwar über mindestens drei Monate eine betriebliche Eingliederung erführen, jedoch in keinem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber/Entleiher ständen. Nur im Rahmen der Wahlberechtigung sei die Kumulationstheorie insoweit aufgeweicht und über die (eigenen) Arbeitnehmer hinaus das „Wahlvolk angereichert“, nicht jedoch der Arbeitnehmerbegriff abgeändert worden. Mit dem BetrVG-ReformG habe keine Vollintegration der Randbelegschaft stattfinden sollen, sondern lediglich eine Heranführung an die Stammbegschaft über die Einräumung des Wahlrechts.

Daher differenziere das Gesetz auch weiterhin je nach Regelungszweck zwischen „Arbeitnehmern“ und „wahlberechtigten Arbeitnehmern“. In §§ 1; 99 Abs.1, 111 Abs.1 BetrVG werde auf die Anzahl der „wahlberechtigten Arbeitnehmer“ abgestellt, genauso wie bei den ersten beiden Stufen des § 9 BetrVG. In §§ 38 Abs.1; 106 Abs.1; 112 a Abs.1 BetrVG sowie ab der dritten Stufe des § 9 BetrVG werde dagegen abgestellt auf den bloßen „Arbeitnehmer“. Die Beibehaltung dieser Unterscheidung wäre nicht notwendig

gewesen, wenn alle wählbaren Arbeitnehmer im Rahmen der Ermittlung aller Schwellenwerte als „Arbeitnehmer“ anzusehen wären. Daraus ergebe sich, dass mit § 7 BetrVG nicht materiell der Arbeitnehmerbegriff geändert würde, sondern lediglich eine Bereichsregelung getroffen worden sei.

Nordrhein-Westfalen:

- **ArbG Herne, Az: 1 BV 1/02 vom 05.06.02;** nachgehend: LAG Hamm, Az: 10 TaBV 92/02 vom 15.11.02; BAG 7 ABR 3/03 vom 22.10.03:

„Eine Neudefinition des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs für die betriebsverfassungsrechtliche Situation sollte, wie in der amtlichen Begründung bereits zum Ausdruck gebracht, durch die Novellierung des BetrVG nicht erfolgen. Zur Ermittlung der Arbeitnehmerzahlen des § 38 BetrVG dürfen Leiharbeiter deshalb gemäß § 7 S 2 BetrVG nicht berücksichtigt werden.“

(Zu Sachverhalt und Gründen vgl. ArbG Herne; Az: 1 BV 1/02 vom 05.06.02 in §§ 7, 9 BetrVG)

Schleswig-Holstein:

- **ArbG Kiel; Az: 1 BV 7 b/04 vom 02.02.04:**

(Zu Sachverhalt und Gründen vgl. ArbG Kiel; Az: 1 BV 7 b/04 vom 02.02.04 in §§ 7, 9 BetrVG)

XIII. § 40 Abs.2 BetrVG

Unerwartet viel Arbeit bereitete den Gerichten die Neuregelung in § 40 Abs.2. BetrVG. Informations- und Kommunikationstechnik werden jetzt ausdrücklich als erforderliche Arbeitsmittel der Betriebsräte genannt. Die hohe Anzahl der Entscheidungen zeigt deutlich, wie stiefmütterlich dieser Bereich von der Arbeitgeberseite bisher behandelt wurde. Die Vorstellungen über die Erforderlichkeit moderner Arbeitsmittel liegen zwischen Betriebsräten und Arbeitgebern weit auseinander. Die Gerichte hatten neben Fragen des Internetzugangs oder der Homepage im Intranet auch über die Verfügbarkeit von PC und Telefax zu entscheiden – mancherorts wohl längst noch keine Selbstverständlichkeit.

- BAG 7 ABR 24/04 vom 19.01.05
- BAG 7 ABR 18/04 vom 01.12.04
- BAG 7 ABR 12/03 vom 03.09.03
- BAG 7 ABR 8/03 vom 03.09.03
- LAG Baden-Württemberg, Az: 12 TaBV 45/01 vom 16.10.02
- LAG Nürnberg, Az: 4 TaBV 49/03 vom 04.08.04
- Hessisches LAG, Az: 9 TaBV 68/03 vom 20.11.03
- LAG Niedersachsen, Az: 5 TaBV 21/02 vom 27.05.02
- LAG Düsseldorf, Az: 5 (10) TaBV 46/02 vom 21.11.02
- LAG Hamm, Az: 10 TaBV 161/03 vom 12.03.04
- LAG Köln, Az: 2 (13) TaBV 65/03 vom 09.02.04
- LAG Köln, Az: 11 TaBV 61/02 vom 16.05.03
- LAG Köln, Az: 2 TaBV 31/01 vom 29.04.02
- LAG Köln, Az: 10 TaBV 38/01 vom 27.09.01
- LAG Rheinland-Pfalz, Az: 2 TaBV 40/03 vom 14.05.03
- LAG Schleswig-Holstein, Az: 6 TaBV 21/02 vom 20.06.03
- LAG Schleswig-Holstein, Az: 4 TaBV 24/02 vom 03.06.03
- LAG Schleswig-Holstein, Az: 5 TaBV 25/02 vom 28.01.03
- LAG Schleswig-Holstein, Az: 1 TaBV 16/02 vom 31.10.02
- ArbG Frankfurt, Az: 1 BV 572/02 vom 07.04.03
- ArbG Frankfurt, Az: 8 BV 633/00 vom 13.11.01
- ArbG Naumburg, Az: 1 (2) BV 12/03 vom 10.03.04

1. Bundesarbeitsgericht

- **BAG 7 ABR 24/04 vom 19.01.05**; vorgehend: LAG Köln, Az: 2 (13) TaBV 65/03 vom 09.02.04; ArbG Siegburg, Az: 3 BV 25/03 vom 24.09.03:

„In einem Unternehmen, dessen Betriebsstätten räumlich voneinander entfernt sind, ist nach § 40 Abs.2 BetrVG erforderlich, dass der Arbeitgeber den Betriebsratsmitgliedern Telefone mit Amtsleitungen zur Verfügung stellt, wenn andernfalls die innerbetriebliche Kommunikation unangemessen beschränkt würde.“ (Leitsatz der Verfasserin)

Die Beteiligten streiten über die Verpflichtung der Arbeitgeberin, für zwei Betriebsratsmitglieder an ihren Arbeitsplätzen in den Verkaufsstellen B und N für die vorhandenen Telefone Amtsleitungen freizuschalten.

Die Arbeitgeberin vertreibt bundesweit Drogeriewaren in Verkaufsstellen, die auf Grund eines Tarifvertrags Bezirken zugeordnet sind, in denen jeweils Betriebsräte gewählt wurden. Der betreffende Betriebsrat besteht aus fünf Mitgliedern und ist zuständig für 21 Filialen im Umkreis von ca. 70 Kilometern. Die Betriebsratsmitglieder sind in verschiedenen Verkaufsstellen beschäftigt. Das Betriebsratsbüro, in dem die Sitzungen stattfinden, befindet sich in einem Hinterraum einer Filiale, in der kein Betriebsratsmitglied beschäftigt ist. Sämtliche Filialen des Bezirks sind mit Telefonen ausgestattet, verfügen aber fast ausnahmslos nicht über eine Amtsleitung. Andere Filialen und das Betriebsratsbüro sind nur über codierte Nummern im internen Telefonverkehr zu erreichen. Die Betriebsratsvorsitzende, gleichzeitig stellvertretende Vorsitzende des Gesamtbetriebsrats, ist über 20 Wochenstunden im Büro des Gesamtbetriebsrats tätig, das über eine Amtsleitung verfügt, aber von den Verkaufsstellen nicht per Kurzwahl erreichbar ist.

Der Betriebsrat beschloss, die Arbeitgeberin habe zwei in Filialen ohne Amtsleitung beschäftigten Betriebsratsmitgliedern jeweils ein Telefon mit freigeschalteter Amtsleitung für deren Betriebsrats Tätigkeit zur Verfügung zu stellen. Die Arbeitgeberin lehnte dies ab.

Die Prüfung, ob ein vom Betriebsrat verlangtes Sachmittel für die Erledigung von Betriebsratsaufgaben erforderlich und deshalb vom Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen ist, obliege dem Betriebsrat. Dabei habe er die Interessen der Belegschaft an einer sachgerechten Ausübung des Betriebsratsamts und berechnete Interessen des Arbeitgebers, auch soweit sie auf eine Begrenzung seiner Kostentragungspflicht gerichtet sind, gegeneinander abzuwägen (*st. Rspr., so auch BAG 7 ABR 18/04 vom 01.12.04*).

Die Nutzung einer Telefonanlage zum Informationsaustausch mit den von ihm vertretenen Mitarbeitern betreffe die Erfüllung gesetzlicher Aufgaben des Betriebsrats.

Der Sachmittelanpruch des Betriebsrats gemäß § 40 Abs. 2 BetrVG werde nicht schon deshalb erfüllt, weil die Betriebsratsvorsitzende über einen Amtsanschluss und die weiteren Betriebsratsmitglieder in den Filialen über die interne Telefonanlage erreicht werden könnten. In einem Unternehmen, dessen vom Betriebsrat zu betreuende Betriebsstätten räumlich voneinander entfernt sind, könne es der Betriebsrat zur Ermöglichung des innerbetrieblichen Dialogs mit den von ihm repräsentierten Arbeitnehmern und für die Kommunikation zwischen den Betriebsratsmitgliedern als erforderlich ansehen, dass die Betriebsratsmitglieder jederzeit telefonieren könnten und telefonisch erreichbar seien.

Der Betriebsrat müsse sich nicht auf die Erreichbarkeit seiner Mitglieder während der Arbeitszeiten durch die interne Telefonanlage verweisen lassen. Damit werde die Kommunikation der Betriebsratsmitglieder sowie der Arbeitnehmer zu den Betriebsratsmitgliedern unangemessen beschränkt, ohne dass dies durch ein berechtigtes Interesse der Arbeitgeberin gerechtfertigt sei. Denn die derzeitige Beschränkung könne dazu führen, dass ein Arbeitnehmer das Betriebsratsmitglied seines Vertrauens überhaupt nicht oder nur mit zeitlich erheblicher Verzögerung erreichen könne. Auch werde der telefonische Kontakt zwischen den Betriebsratsmitgliedern, die in entfernten Filialen tätig seien, wesentlich erschwert. Auch sei es dem Betriebsratsmitglied während seiner Arbeitszeit nicht möglich, eine notwendige kurzfristige mündliche Auskunft von außerhalb zu erhalten, etwa von der im Betrieb vertretenen Gewerkschaft. Die Betriebsratsvorsitzende im Gesamtbetriebsratsbüro sei von den Betriebsratsmitgliedern nicht telefonisch zu erreichen, denn das Telefon des Gesamtbetriebsrats verfüge nur über eine Amtsleitung und nicht über eine codierte interne Nummer.

Der Betriebsrat habe davon ausgehen dürfen, dass seinem Verlangen berechnete Interessen der Arbeitgeberin nicht entgegenstehen. Im Hinblick auf die relativ geringfügige Kostenbelastung für die beiden Te-

lefonleitungen, die durch das LAG auf nicht mehr als 400,00 Euro jährlich geschätzt wurde, sei es nicht ermessensfehlerhaft, dass der Betriebsrat seinem Interesse an der Herstellung einer praktikablen Kommunikationsmöglichkeit der Betriebsratsmitglieder mit der Belegschaft sowie der Betriebsratsmitglieder untereinander einen Vorrang eingeräumt habe.

- **BAG 7 ABR 18/04 vom 01.12.04;** vorgehend: Hessisches LAG, Az: 9 TaBV 68/03 vom 20.11.03; ArbG Frankfurt, Az: 1 BV 572/02 vom 07.04.03:

„Das unternehmens- oder betriebsinterne Intranet gehört zur Informations- und Kommunikationstechnik iSv § 40 Abs 2 BetrVG, die dem Betriebsrat vom Arbeitgeber im erforderlichen Umfang für die laufende Geschäftsführung zur Verfügung zu stellen ist.

Der Betriebsrat hat Anspruch auf Veröffentlichung seiner Informationen auf einer eigenen Homepage auch in einem vom Arbeitgeber eingerichteten betriebsübergreifenden Intranet.“

Das BAG führt aus, die Arbeitgeberin müsse dem Betriebsrat gestatten, das Intranet zur Verbreitung von Informationen an die von ihm vertretene Belegschaft zu nutzen.

Die Nutzung durch den antragstellenden Betriebsrat sei angesichts der betrieblichen Verhältnisse erforderlich iSd. § 40 Abs. 2 BetrVG. Dem stehe weder die Gesamtbetriebsratsvereinbarung (GBV) noch die Tatsache entgegen, dass es sich bei dem vom Arbeitgeber eingerichteten Intranet um ein betriebsübergreifendes Informationssystem handele.

Nach § 40 Abs. 2 BetrVG habe der Arbeitgeber dem Betriebsrat u.a. für Sitzungen, Sprechstunden und die laufende Geschäftsführung in erforderlichem Umfang Räume, sachliche Mittel, Informations- und Kommunikationstechnik sowie Büropersonal zur Verfügung zu stellen.

Die umfassende und rechtzeitige Information der Arbeitnehmer über seine Tätigkeit im Rahmen seines Aufgabenkreises gehöre zur laufenden Geschäftsführung des Betriebsrats. Zur Informations- und Kommunikationstechnik iSd. § 40 Abs. 2 BetrVG gehöre auch ein unternehmens- oder betriebsinternes Intranet (vgl. BAG 7 ABR 12/03 vom 03.09.03).

Der Betriebsrat habe die Veröffentlichung im Intranet auf einer eigenen Homepage angesichts der konkreten betrieblichen Verhältnisse für erforderlich halten dürfen. Berechtigte Interessen der Arbeitgeberin ständen dem nicht entgegen.

Die Neufassung des § 40 Abs. 2 BetrVG mache die Prüfung der Erforderlichkeit nicht entbehrlich. Diese Prüfung solle eine übermäßige finanzielle Belastung des Arbeitgebers durch den Betriebsrat verhindern, und damit sei nicht in Einklang zu bringen, gerade in dem kostenintensiven Bereich moderner Bürotechnik anders als bei den übrigen Sachmitteln auf die Prüfung der Erforderlichkeit zu verzichten (vgl. BAG 7 ABR 12/03 vom 03.09.03).

Soweit sich Aufgaben von Arbeitgeber und Betriebsrat berührten, könne der Einsatz moderner Kommunikationsmittel auf Arbeitgeberseite den erforderlichen Umfang der dem Betriebsrat zur Verfügung zu stellenden Sachmittel beeinflussen. Das gelte auch bei der Erfüllung sonstiger gesetzlicher Aufgaben wie bei der Information zu individual- und kollektivrechtlichen Angelegenheiten. Der Einsatz moderner Medien sei im Unternehmen der Arbeitgeberin üblich, das Intranet sei das im Unternehmen vorhandene übliche Kommunikationsmittel.

Im Übrigen sollte das Intranet nach der GBV der Darstellung der Gremienarbeit der Betriebsvertretungen dienen. Dieser Nutzungszweck erstreckt sich entsprechend der GBV auch auf die örtlichen Betriebsräte.

Es reiche nicht aus, wenn der Betriebsrat weiterhin seine Informationen durch Aushang am Schwarzen Brett oder Rundbriefe an die Arbeitnehmer verbreite. Der Arbeitgeber könne dem Betriebsrat die Art seiner innerbetrieblichen Kommunikation nicht vorschreiben. Zwar könne dem Arbeitgeber ein Auswahlrecht bei der Beschaffung von Sachmitteln zustehen. Dies solle jedoch nur Eigenanschaffungen des Betriebsrats zu Lasten des Arbeitgebers verhindern.

Es spräche nicht gegen die Erforderlichkeit, dass die Arbeitgeberin ihr Intranet nur betriebsübergreifend ausgestaltet habe. Der Betriebsrat beanspruche keine unternehmensbezogene Kommunikation, sondern wolle nur die von ihm vertretenen Arbeitnehmer der Zentrale informieren. Würde ihm jedoch aus diesem

Gründe die Nutzung versagt werden, hätte es die Arbeitgeberin in der Hand, durch entsprechende technische Ausgestaltung den Anspruch des Betriebsrats nach § 40 Abs. 2 BetrVG zu beseitigen.

Der Betriebsrat greife mit der Inanspruchnahme eines Nutzungsrechts auch nicht unzulässigerweise in Angelegenheiten des Gesamtbetriebsrats nach § 50 Abs. 1 BetrVG ein, denn die Intranet-Nutzung durch den örtlichen Betriebsrat sei keine Angelegenheit iSv. § 50 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.

- **BAG 7 ABR 12/03 vom 03.09.03**; vorgehend: LAG Schleswig-Holstein, Az: 5 TaBV 25/02 vom 28.01.03; ArbG Elmshorn, AZ: 2 BV 25d/02 vom 04.07.02:

„Der Betriebsrat kann nach § 40 Abs 2 BetrVG einen Anspruch darauf haben, Informationen und Beiträge in einem vom Arbeitgeber im Betrieb eingerichteten Intranet zu veröffentlichen.“

„Die Arbeitgeberin ist nach § 40 Abs.2 BetrVG verpflichtet, dem Betriebsrat zu gestatten, das Internet zur Verbreitung von Informationen und Beiträgen an die Belegschaft des Betriebs zu nutzen.“

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Arbeitgeberin verpflichtet ist, dem Betriebsrat die Veröffentlichung von Beiträgen im Intranet zu gestatten. Die Arbeitgeberin ließ zuvor Informationen, die der Betriebsrat ins Intranet gestellt hatte, eigenmächtig entfernen und untersagte dem Betriebsrat, das Intranet zur Verbreitung von Informationen und Nachrichten ohne vorherige Abstimmung mit ihr zu nutzen.

Das BAG führt aus, in § 40 Abs. 2 BetrVG der ab 28. Juli 2001 geltenden Fassung sei ausdrücklich bestimmt, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat Informations- und Kommunikationstechnik in erforderlichem Umfang zur Verfügung zu stellen habe. Die Prüfung, ob das verlangte Sachmittel für die Erledigung von Betriebsratsaufgaben erforderlich und deshalb vom Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen sei, obliege dem Betriebsrat. Er dürfe diese Entscheidung allein an seinen subjektiven Bedürfnissen ausrichten. Bei seiner Entscheidungsfindung habe er die betrieblichen Verhältnisse und die sich ihm stellenden Aufgaben zu berücksichtigen. Er habe dabei die Interessen der Belegschaft an einer sachgerechten Ausübung des Betriebsratsamts und berechnete Interessen des Arbeitgebers, auch soweit sie auf eine Begrenzung seiner Kostentrugungspflicht gerichtet seien, gegeneinander abzuwägen.

Zu den sachlichen Mitteln und der Informationstechnik i.S.d. § 40 Abs.2 BetrVG gehöre auch ein unternehmens- oder betriebsinternes Intranet. Der Betriebsrat habe die Veröffentlichungen im Intranet als Mittel zur Verbreitung von Informationen an die Belegschaft für erforderlich halten dürfen.

Die Veröffentlichung von Informationen und Beiträgen in einem betriebsinternen elektronischen Kommunikationssystem wie dem Intranet diene der Erfüllung gesetzlicher Aufgaben des Betriebsrats. Die umfassende und rechtzeitige Information der Arbeitnehmer über seine Tätigkeit im Rahmen seines Aufgabensbereiches gehöre zur laufenden Geschäftsführung des Betriebsrats.

Der Betriebsrat könne die Möglichkeit, Informationen und Beiträge im Intranet zu veröffentlichen, auch nach der Neufassung von § 40 Abs.2 BetrVG nicht unabhängig von ihrer Erforderlichkeit auf Grund des technischen Ausstattungsniveaus der Arbeitgeberin beanspruchen.

Bei der neuen Fassung des § 40 Abs.2 BetrVG handele es sich nach der Gesetzesbegründung nur um eine klarstellende Regelung. An dem unbestimmten Rechtsbegriff des erforderlichen Umfangs habe sich dadurch nichts geändert. Durch die Prüfung der Erforderlichkeit eines sachlichen Mittels solle eine übermäßige finanzielle Belastung des Arbeitgebers durch den Betriebsrat verhindert werden. Damit ließe sich nicht in Einklang bringen, wenn gerade in dem kostenintensiven Bereich moderner Bürotechnik, anders als bei den übrigen Sachmitteln, auf die Prüfung der Erforderlichkeit verzichtet würde.

Der erforderliche Umfang eines Sachmittels bestimme sich nicht ausschließlich nach dem Ausstattungsniveau des Arbeitgebers. Die Geschäftsleitung eines Betriebs verfolge andere Ziele als die laufende Geschäftsführung des Betriebsrats. Soweit sich Aufgaben von Arbeitgeber und Betriebsrat jedoch berühren, etwa bei der betrieblichen Mitwirkung und Mitbestimmung, könne der Einsatz moderner Kommunikationsmittel auf Arbeitgeberseite den erforderlichen Umfang der dem Betriebsrat zur Verfügung zu stellenden Sachmittel beeinflussen. Auch wenn der Arbeitgeber bei Verhandlungen mit dem Betriebsrat seinerseits die Möglichkeit der elektronischen Datenverarbeitung nutze, könne es zur sachgerechten Wahrnehmung der Betriebsratsaufgaben geboten sein, dass der Betriebsrat ebenfalls über entsprechende Sachmittel verfüge.

Hier durfte der Betriebsrat die Veröffentlichungen im Intranet aber wegen der technischen Ausstattung des Betriebs für erforderlich halten. Denn sie gehört zu den konkreten betrieblichen Verhältnissen, die vom Betriebsrat im Rahmen seiner Prüfung, ob ein Sachmittel für die Erledigung seiner Aufgaben erforderlich ist, zu berücksichtigen sind. Dem stehen berechnigte betriebliche Interessen der Arbeitgeberin nicht entgegen.

Der Arbeitgeber könne dem Betriebsrat die Art der innerbetrieblichen Kommunikation nicht vorschreiben. Zwar billige das Betriebsverfassungsgesetz dem Arbeitgeber ein Auswahlrecht bei der Beschaffung von Sachmitteln zu und verhindere auf diese Weise Eigenanschaffungen des Betriebsrats zu Lasten des Arbeitgebers. Damit sei aber nicht die Befugnis des Arbeitgebers verbunden, über die Erforderlichkeit des Sachmittels zu befinden. Der Betriebsrat müsse sich nicht darauf verweisen lassen, die Mitarbeiter des Betriebs durch Aushänge am schwarzen Brett, mit Hilfe von Rundschreiben, per e-mail oder im Rahmen von Betriebsversammlungen zu informieren, sondern dürfe sich für seine Veröffentlichungen des bei der Arbeitgeberin installierten Intranets bedienen. Dabei handelt es sich um das im Betrieb der Arbeitgeberin vorhandene übliche Kommunikationsmittel. Auf Grund dieser konkreten betrieblichen Verhältnisse habe der Betriebsrat die von ihm angestrebten Veröffentlichungen im Intranet zur Erfüllung seiner Informationspflicht gegenüber der Belegschaft für erforderlich halten können.

Ob der Arbeitgeber auch zu entscheiden habe, welches von mehreren sachgerechten Mitteln oder Möglichkeiten zur Information er dem Betriebsrat in erforderlichem Umfang zur Verfügung stellt, könne dahingestellt bleiben, da die Übermittlung von Informationen per e-mail für den Betriebsrat im vorliegenden Fall keine sachgerechte Alternative darstelle, da nicht alle Mitarbeiter über einen eigenen PC verfügten.

Der Betriebsrat könne von der Arbeitgeberin nach § 78 Satz 1 BetrVG verlangen, die eigenmächtige Entfernung seiner Informationen und Beiträge aus dem Intranet zu unterlassen.

- **BAG 7 ABR 8/03 vom 03.09.03**; vorgehend: LAG Schleswig-Holstein, Az: 1 TaBV 16/02 vom 31.10.02, ArbG Elmshorn, Az: 3 BV 7 d/02 vom 06.05.02:

„Der Betriebsrat kann nach § 40 Abs 2 BetrVG einen Anspruch gegen den Arbeitgeber haben, die ihm zur Verfügung gestellten Personalcomputer an das Internet anzuschließen.“

Die Beteiligten streiten über die Verpflichtung der Arbeitgeberin, die dem Betriebsrat zur Verfügung gestellten Personalcomputer an das Internet anzuschließen.

Das BAG führt aus, die Arbeitgeberin sei nach § 40 Abs. 2 BetrVG verpflichtet, die bereits vorhandenen PCs der freigestellten Betriebsratsmitglieder an das Internet anzuschließen und die laufende Kosten zu übernehmen.

In § 40 Abs. 2 BetrVG sei ausdrücklich bestimmt, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat Informations- und Kommunikationstechnik in erforderlichem Umfang zur Verfügung stellen müsse. Die Prüfung, ob das verlangte Sachmittel für die Erledigung von Betriebsratsaufgaben erforderlich sei, obliege dem Betriebsrat.

Zu den sachlichen Mitteln und der Informationstechnik iSd. § 40 Abs. 2 BetrVG gehöre auch das Internet. Der Betriebsrat habe den Zugang zum Internet angesichts der konkreten betrieblichen Verhältnisse und der sich ihm stellenden gesetzlichen Aufgaben als Mittel zur Informationsbeschaffung für erforderlich halten dürfen.

Zu den Sachmitteln iSd. § 40 Abs. 2 BetrVG gehörten die Hilfsmittel, die geeignet seien, dem Betriebsrat die zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben notwendigen Informationen zu vermitteln. Das Internet sei eine geeignete Quelle, dem Betriebsrat diese Informationen zu vermitteln.

Der Betriebsrat habe den Anschluss der bereits vorhandenen PCs an das Internet angesichts der konkreten betrieblichen Verhältnisse als Mittel zur Informationsbeschaffung für erforderlich halten dürfen.

Auch nach § 40 Abs.2 BetrVG könne nicht auf die Prüfung der Erforderlichkeit des Sachmittels verzichtet werden. Diese Prüfung bezwecke, die übermäßige finanzielle Belastung des Arbeitgebers durch den Betriebsrat zu verhindern. Damit ließe sich nicht in Einklang bringen, gerade in dem kostenintensiven Bereich moderner Bürotechnik anders als bei den übrigen Sachmitteln von der Prüfung der Erforderlichkeit abzusehen.

Der erforderliche Umfang eines Sachmittels bestimme sich nicht ausschließlich nach dem Ausstattungsniveau des Arbeitgebers. Die Geschäftsleitung eines Betriebs verfolge andere Ziele als die laufende Geschäftsführung des Betriebsrats. Soweit sich die Aufgaben von Arbeitgeber und Betriebsrat jedoch berührten, könne der Einsatz moderner Kommunikationsmittel auf Arbeitgeberseite den erforderlichen Umfang der dem Betriebsrat zur Verfügung zu stellenden Sachmittel beeinflussen.

Die Nutzung des Internets an 15 % der Arbeitsplätze im Rahmen der von der Arbeitgeberin verfolgten Betriebszwecke lasse noch keinen Schluss darauf zu, ob auch der Betriebsrat dieses Sachmittel für seine laufende Geschäftsführung benötige. Auch die allgemeine Üblichkeit der Nutzung eines technischen Hilfsmittels besage nichts über die Notwendigkeit, es zur Bewältigung der gesetzlichen Aufgaben des Betriebsrats einzusetzen. Die fortschreitende technische Entwicklung sei für § 40 Abs. 2 BetrVG nur von Bedeutung, wenn sie sich in den konkreten betrieblichen Verhältnissen niedergeschlagen habe, die vom Betriebsrat im Rahmen seiner Prüfung, ob ein Sachmittel für die Erledigung seiner Aufgaben erforderlich ist, zu berücksichtigen seien.

Der Betriebsrat durfte hier den Zugang zum Internet als Mittel zur Informationsbeschaffung angesichts der konkreten betrieblichen Verhältnisse für erforderlich halten. Angesichts der elektronischen Infrastruktur des Betriebs seien für einen Zugang zum Internet keine zusätzlichen Investitionen oder technische Einrichtungen notwendig. Das Internet erweise sich gegenüber anderen Mitteln der Informationsbeschaffung dadurch als überlegen, dass es den Stand der Gesetzgebung und Rechtsprechung fast tagesaktuell wiedergebe und den Zugriff auf andere Informationsquellen umfassend ermögliche. Gegenüber Gesetzeskommentaren, Zeitschriften, Zeitungen oder anderen Erkenntnisquellen biete das Internet die einzige Möglichkeit, Informationen zeitnah und gebündelt zu gewinnen.

2. Landesarbeitsgerichte

Baden-Württemberg:

- **LAG Baden-Württemberg, Az: 12 TaBV 45/01 vom 16.10.02;** vorgehend: ArbG Mannheim, Az: 11 BV 18/00 vom 19.03.01:

„Die Besonderheiten der Betriebsstruktur können dazu führen, dass an das Kriterium der Erforderlichkeit gem. § 40 Abs.2 BetrVG keine hohen Anforderungen zu stellen sind.“ (Leitsatz der Verfasserin)

Die Arbeitgeberin vertreibt über ein überörtliches Netz von Verkaufsstellen Drogerie-Produkte an Endverbraucher. Der Betriebsrat vertritt mehr als 170 Arbeitnehmer in 46 örtlichen Verkaufsstellen. Er begehrt die Zurverfügungstellung eines marktüblichen PCs nebst Zubehörs.

Das LAG führt aus, der Betriebsrat habe einen Beurteilungsspielraum bei der Prüfung, ob bestimmte Sachmittel erforderlich seien. Mit Betriebsgröße und Anzahl der vom Betriebsrat repräsentierten Arbeitnehmer wachse die Arbeitsbelastung des Betriebsrates. Daraus resultiere zugleich eine Erleichterung der Darlegung der „Erforderlichkeit“ i.S.v. § 40 Abs.2 BetrVG.

Hier sei es nicht allein die Betriebsgröße, welche dem Betriebsrat die Arbeit und die notwendige Kommunikation mit der Belegschaft und unter den Betriebsratsmitgliedern erschwere, sondern auch die geographische Struktur des Flächenbetriebs. Die Besonderheiten der Betriebsstruktur hätten zur Folge, dass an die Erforderlichkeit gem. § 40 Abs.2 BetrVG keine hohen Anforderungen zu stellen seien.

Allein eine Effizienzsteigerung der Arbeit durch die Verwendung eines PCs sei nicht ausreichend, eine Erforderlichkeit zu bejahen, solange der Betriebsrat ohne den Einsatz des PCs nicht andere Rechte und Pflichten vernachlässigen müsse.

Entscheidend sei hier, dass es dem Betriebsrat wesentlich auf die Rechnerkapazität ankomme. Er habe sie zur Vorbereitung von Mitbestimmungsrechten nutzen wollen. Insofern liege eine Notwendigkeit i.S.v. § 40 Abs.2 BetrVG vor. Dies sei gerade mit Rücksicht auf diese Rechnerfunktionen für geplante Betriebsratsaktivitäten zu bejahen.

Die geplanten Aktivitäten seien aufgrund der konkreten Gegebenheiten auch realistisch. Die hohe Fluktuation sowie die große Anzahl befristeter Verträge und die häufig gestellten Anträge auf Zustimmung zur

Überstundenableistung machten es erforderlich, die tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Personallage der verstreuten Filialen zu überwinden.

Bayern:

- **LAG Nürnberg, Az: 4 TaBV 49/03 vom 04.08.04;** vorgehend: ArbG Würzburg, Az: 6 BV 19/02 A vom 05.08.03; Anhängig: BAG 7 ABR 46/04 und 71 ABR 46/04:

„Kein Zugang des Betriebsrats zum SAP-Entgeltabrechnungssystem - keine Sachdienlichkeit eines Widerantrags auf mangelnde Kostentragungspflicht“

„Der Arbeitgeber ist weder nach § 80 BetrVG noch nach § 40 Abs 2 BetrVG verpflichtet, dem Betriebsrat einen Zugang zum im Betrieb des Arbeitgebers gebräuchlichen SAP-Entgeltabrechnungssystem zu ermöglichen oder zu gewährleisten.“

Die Beteiligten streiten um den Zugang des Betriebsrates zu dem beim Arbeitgeber gebräuchlichen SAP-Entgeltabrechnungssystem.

Nach Auffassung des LAGs stehe dem Betriebsrat weder als Ausformung seiner Rechte aus § 80 BetrVG noch als Sachausstattung nach § 40 Abs.2 BetrVG ein eigenständiger oder auftragsgemäßer Zugang zum im Betrieb des Arbeitnehmers gebräuchlichen SAP-Entgeltabrechnungssystem zu.

Klarzustellen sei, dass der Betriebsrat den Zugang zum SAP-Entgeltabrechnungssystem des Arbeitgebers fordere, also Zugang in das betriebene System im Umfang der hinterlegten Grunddaten, wie auch den – aktuellen - Arbeitsdaten, nicht, dass er durch den Arbeitgeber in die Lage versetzt werde, die in diesem System zugrundeliegenden Parameter zu erlangen, um den von ihm reklamierten Aufgaben nachkommen zu können.

Der Arbeitgeber sei nicht nach § 40 Abs.2 BetrVG verpflichtet, dem Betriebsrat den begehrten Systemzugang zu ermöglichen oder zu gewährleisten. Eine entsprechende Anspruchsgrundlage existiere nicht.

Hessen:

- **Hessisches LAG, Az: 9 TaBV 68/03 vom 20.11.03;** vorgehend: ArbG Frankfurt, Az: 1 BV 572/02 vom 07.04.03; nachgehend: BAG 7 ABR 18/04 vom 01.12.04:

„Der Betriebsrat hat bei üblicher Intranetnutzung durch den Arbeitgeber auch dann einen Anspruch auf eine eigene Homepage, wenn das Intranet betriebsübergreifend eingerichtet ist und der Zugang zu dieser Homepage nicht auf die Arbeitnehmer des betroffenen Betriebes beschränkt ist, sofern der Arbeitgeber keiner gewichtigeren Gründe einwendet als die Besorgnis, die Arbeitnehmer anderer Betriebe könnten Arbeitszeit für das Aufsuchen der Homepage verwenden.“ (Orientierungssatz)

(Vgl. BAG 7 ABR 18/04 vom 01.12.04)

Der Betriebsrat begehrt den Zugang zum betriebsübergreifenden Intranet. Er vertritt knapp 800 Arbeitnehmer der sog. „Zentrale“ einer Bank, von denen ca. 90 % einen PC am Arbeitsplatz und Zugang zum Intranet haben, das nicht betriebsintern, sondern betriebsübergreifend verwendet wird. Fast sämtliche Informationen des Unternehmens werden in das Intranet gestellt.

Das LAG bestätigt einen Anspruch des Betriebsrats nach § 40 Abs. 2 BetrVG auf Zugang zum bankinternen Internet. Veröffentlichungen auf einer eigenen Seite im Intranet ermöglichten ihm die umfassende und rechtzeitige Information der gesamten Belegschaft im Rahmen der ihm obliegenden gesetzlichen Aufgaben. Der Betriebsrat habe die Nutzung des Intranet für erforderlich halten dürfen, da der Arbeitgeberin aufgrund der technischen Ausstattung des Betriebs keine zusätzlichen Kosten entstanden. Die Kommunikation per Intranet sei bei der Arbeitgeberin gängige Praxis.

Es stehe nicht entgegen, dass das Intranet betriebsübergreifend eingerichtet sei und ein rein betriebsinternes Intranet nicht zur Verfügung stehe. Das Intranet habe hier nicht die Funktion eines betriebsinternen Kommunikationsmittels, sondern werde betriebsübergreifend verwendet. Eine auf den Betrieb bezogene Zugangsbeschränkung findet nicht statt. Zwar könnten Mitarbeiter, die nicht in der „Zentrale“, son-

dern in anderen Betrieben beschäftigt seien, die Arbeitszeit verwenden, um nach Informationen des Betriebsrats der Zentrale auf dessen Homepage zu suchen. Der Betriebsrat sei jedoch für Vertragsverletzungen von im Unternehmen beschäftigten Mitarbeitern, die sich während der Arbeitszeit mit tätigkeitsfremden Angelegenheiten beschäftigen, nicht verantwortlich.

Niedersachsen:

- **LAG Niedersachsen, Az: 5 TaBV 21/02 vom 27.05.02;** vorgehend: ArbG Hannover, Az: 12 BV 10/01 vom 13.11.01:

„Erforderliche Sachmittel des Betriebsrats – Telefaxgerät“

„Der Betriebsrat hat nach pflichtgemäßer Beurteilung darüber zu beschließen, welche Sachmittel für seine Arbeit erforderlich und vom Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen sind. Zu Sachmitteln zählen nach § 40 Abs 2 nF BetrVG Geräte der Informations- und Kommunikationstechnik. Es gilt das Prinzip der Äquivalenz der Mittel.

Nicht zu beanstanden ist der Beschluß eines aus 7 Mitgliedern bestehenden Betriebsrats, der ein Telefaxgerät zu seiner ausschließlichen Nutzung beansprucht, wenn im Betrieb insgesamt 6 Geräte vorhanden sind und eine Kommunikation über Telefax zum betrieblichen Standard gehört. Aus Gründen der Vertraulichkeit kann er in aller Regel nicht auf die Möglichkeit der Mitbenutzung eines Gerätes des Arbeitgebers verwiesen werden. Dies gilt zumal dann, wenn sich Betriebsrat und Arbeitgeber regelmäßig in Rechts- und Regelungsstreitigkeiten auseinandersetzen und aus diesem Grund kurzfristige Korrespondenz zu Rechtssekretären, Rechtsanwälten oder Mitgliedern von Einigungsstellen erforderlich sein kann.“

Der Betriebsrat könne nach § 40 Abs. 2 BetrVG die Überlassung eines Telefaxgerätes zur ausschließlichen Nutzung beanspruchen.

Der Betriebsrat könne bei entsprechendem betrieblichen Standard ein Telefaxgerät verlangen („Prinzip äquivalenter Mittel“). Er müsse sich nicht auf die Möglichkeit der sog. Eilpost verweisen lassen. Der aus mehreren Mitgliedern bestehender Betriebsrat könne ohne Darlegung der Erforderlichkeit ein eigenes Telefaxgerät verlangen, da ihm die Mitbenutzung der Geräte des Arbeitgebers nicht zumutbar sei. Hier beständen berechnete Geheimhaltungsbedürfnisse des Betriebsrates, hinter denen der Gesichtspunkt der Kostenersparnis bei Mitbenutzung des Telefaxgerätes des Arbeitgebers zurücktrete. Bei eingehenden Telefaxschreiben habe es der Empfänger nicht in der Hand zu beeinflussen, wer ihm wann Schriftstücke welchen Inhalts übermittele. Bei betriebsüblicher Telefax-Kommunikation könne dem Geheimhaltungsschutz des Betriebsrats regelmäßig nur durch ein Gerät Rechnung getragen werden, zu dem weder der Arbeitgeber noch Dritte im Betrieb Zugang hätten.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze sei nicht zu beanstanden, dass der Betriebsrat aufgrund eines entsprechenden Beschlusses die Überlassung eines Telefaxgerätes zur ausschließlichen Nutzung beanspruche. Ein solches Kommunikationsmittel sei für die Arbeit des antragstellenden Betriebsrats erforderlich.

Im Betrieb der Arbeitgeberin zähle ein Telefaxgerät zum betrieblichen Standard. Habe der Betriebsrat hier schon aus Gründen der Äquivalenz der Sachmittel einen Anspruch auf ein eigenes Telefaxgerät, so sei dies unter Beachtung der besonderen Umstände erst recht der Fall, denn die Parteien setzten sich seit längerem in zahlreichen Rechts- und Regelungsfragen vor Gericht bzw. in betrieblichen Einigungsstellen auseinander. Der Betriebsrat müsse dabei per Telefax-Kommunikation zahlreiche Außenkontakte zu Gewerkschaft, Rechtsanwälten sowie zu Schwestergesellschaften der Unternehmensgruppe halten können.

Zwar habe der Betriebsrat seine Aufgaben bisher ohne ein eigenes Telefaxgerät erfüllt, doch könne ein zur ausschließlichen Nutzung bereitgestelltes Telefaxgerät zu einer effektiveren Gestaltung der Betriebsratsarbeit beitragen.

Nordrhein-Westfalen:

- **LAG Düsseldorf, Az: 5 (10) TaBV 46/02 vom 21.11.02;** vorgehend: ArbG Oberhausen, Az: 4 BV 8/02 vom 04.07.02

„Muss der Betriebsrat angesichts vielfältiger mitbestimmungsrelevanter Vorgänge, die er in großem Umfang mit Hilfe einer Schreibmaschine bzw handschriftlich bearbeitet, andere Aufgaben zurückstellen (hier: Besuch der von ihm betreuten Mitarbeiter mehrerer Filialen), kann es erforderlich sein, ihm einen PC zur Verfügung zu stellen.“

Die Arbeitgeberin vertreibt bundesweit Drogeriewaren über einzelne Verkaufsstellen, die zu Bezirken zusammengefasst sind. Der Betriebsrat eines der Bezirke hat gegenüber der Arbeitgeberin gemäß § 40 Abs. 2 BetrVG einen Anspruch auf Überlassung eines PCs nebst Zubehörs.

Das LAG ist der Auffassung, der normale Schriftverkehr, die häufig anfallenden Mitbestimmungsvorgänge sowie die Prüfung und Bearbeitung von Betriebsvereinbarungen erforderten einen hohen zeitlichen Aufwand, der durch den Einsatz eines PCs mit entsprechendem Zubehör und geeigneter Software rationeller durchzuführen wäre, als es derzeit bei der Benutzung der elektrischen Schreibmaschine der Fall sei. Auch die Feststellung von Art und Umfang von Überstunden, die Kontrolle von Urlaubs- und Dienstplänen und die allgemeine Feststellung und Dokumentation von Arbeitszeiten könnten durch den Einsatz eines PCs weitaus schneller, übersichtlicher und rationeller erfolgen.

Der PC sei für die Betriebsratsarbeit als modernes Informations- und Kommunikationsmittel erforderlich. Der Betriebsrat müsse bei weiterem Vorenthalten eines PCs seine übrige Betriebsratsstätigkeit in nicht hinnehmbarer Weise vernachlässigen.

Bisher wurde ein Großteil des Schriftverkehrs des Betriebsrats über den privaten PC der Betriebsratsvorsitzenden abgewickelt, was eindrucksvoll belege, dass selbst in der dem Betriebsrat bis jetzt zur Verfügung stehenden Zeit eine sachgerechte Betriebsratsstätigkeit nur mit Hilfe des modernen Kommunikationsmittels möglich gewesen sei.

Dass der für den Betriebsrat zuständige Bezirksleiter über keine gleichartigen Kommunikationsmöglichkeiten verfüge, stehe dem Anspruch nicht entgegen. Allein das Argument der "Waffengleichheit" vermöge die Erforderlichkeit der Anschaffung von Sachmitteln weder zu begründen, noch stehe es ihr entgegen.

Der Hinweis, dass der Betriebsrat in Einzelfällen das Recht habe, sich für weitere Betriebsratsstätigkeiten gemäß § 37 Abs. 2 BetrVG freustellen zu lassen, sei nicht geeignet, eine Vernachlässigung von betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten und Aufgaben zu verhindern. Der Betriebsrat werde durch den Einsatz eines PCs in der Lage sein, zeitsparender zu arbeiten, mitbestimmungsrelevante Vorgänge zügiger zu bearbeiten, um damit auch den Interessen des Arbeitgebers zu dienen. Darüber hinaus biete die Benutzung des PCs und entsprechender Software die Garantie, dass der Kläger weitergehende Freistellungen im Rahmen des § 37 Abs. 2 BetrVG für Besuche der bezirklichen Verkaufsstellen nicht in Anspruch nehmen brauche, so dass auch hierdurch eine weitergehende Belastung der Arbeitgeberin in zeitlicher und finanzieller Art verhindert werden könne. Auch die erwarteten Kosten i.H.v. 1.000,-- und 1.500,-- führten nicht zu einer unzumutbaren Kostenbelastung der Arbeitgeberin.

- **LAG Hamm, Az: 10 TaBV 161/03 vom 12.03.04;** vorgehend: ArbG Dortmund, Az: 1 BV 15/03 vom 12.09.03:

„Soweit der Arbeitgeber dem Betriebsrat ein betriebsinternes Intranet zur eigenen Nutzung zur Verfügung stellt, entscheidet der Betriebsrat allein ohne Zustimmung des Arbeitgebers über den Inhalt der Bekanntmachungen und Informationen der Belegschaft, sofern er sich im Rahmen seiner Aufgaben und Zuständigkeiten hält. Die sachliche Information und Unterrichtung der Belegschaft über den Stand von Tarifverhandlungen gehört zu den zulässigen tarifpolitischen Angelegenheiten im Sinne des § 74 Abs 2 S 3 BetrVG.

Auch wenn eine Veröffentlichung des Betriebsrats den Aufgabenbereich des Betriebsrats überschreitet, ist der Arbeitgeber - ohne Vorliegen der Voraussetzungen der Nothilfe oder Notwehr - nicht berechtigt, einseitig vom Betriebsrat in das betriebsinterne Intranet eingestellte Seiten zu löschen. Insoweit gelten die gleichen Grundsätze wie bei Aushängen am Schwarzen Brett.“

Der Betriebsrat kann aus § 78 Satz 1 BetrVG vom Arbeitgeber verlangen, die eigenmächtige Entfernung einer vom Betriebsrat ins bankinterne Intranet eingestellten Seite zu unterlassen (so auch BAG 7 12/03 vom 03.09.03, s.o.).

Der Arbeitgeber betreibt in seiner Bank ein bankinternes Kommunikationssystem Intranet, das auch dem Betriebsrat zur eigenen Nutzung zur Verfügung steht. Im Zuge von Tarifaueinandersetzungsvereinba-

rungen sperrte der Arbeitgeber die Intranetseite des Betriebsrates, nachdem sich dieser geweigert hatte, einen eingestellten Artikel einer Gewerkschaft, der u.a. Informationen zum Stand der Tarifverhandlungen enthielt, zu löschen.

Nach Auffassung des LAG stelle das Verhalten des Arbeitgebers eine Behinderung der Amtstätigkeit des Betriebsrats dar. Durch die Entfernung von Informationen und Beiträgen des Betriebsrats aus dem Intranet werde die Pflicht des Betriebsrats zur Information der Belegschaft und damit die Betriebsratstätigkeit, unzulässig erschwert.

Welche Informationen der Betriebsrat für zweckmäßig halte, sei von ihm allein zu entscheiden. Einer Zustimmung des Arbeitgebers bedürfe es dazu nicht. Insoweit galten die gleichen Grundsätze wie bei Aushängen am Schwarzen Brett, die einer Kontrolle des Arbeitgebers nicht unterlägen.

Der Betriebsrat dürfe das Intranet nutzen, er habe sich hier auch im Rahmen seiner Aufgaben und Zuständigkeiten gehalten. Selbst wenn davon ausgegangen werde, der Betriebsrat habe in unzulässiger Weise einen Streikaufruf der Gewerkschaft unterstützt und für sie geworben, war der Arbeitgeber nicht berechtigt, die Seite zu sperren.

Es war dem Arbeitgeber unbenommen, gegen die Inhalte der Seite mit den gebotenen rechtlichen Mitteln vorzugehen, er habe die Veröffentlichung aber nicht selbst entfernen dürfen, sondern nur einen Anspruch auf Entfernung gegen den Betriebsrat. Die Befugnis zur Abhilfe durch eigenes Handeln sei auf Fälle beschränkt, in denen durch Straftaten oder andere unerlaubte Handlungen für den Arbeitgeber eine Notwehr- oder Nothilfesituation gegeben sei. Dies sei hier nicht der Fall gewesen, denn durch die Veröffentlichung im Intranet habe der Betriebsrat sich weder einer strafbaren Handlung schuldig gemacht, noch den Betriebsfrieden beeinträchtigt.

Die für den Unterlassungsanspruch notwendige Wiederholungsgefahr liege vor. Der Arbeitgeber habe durch die eigenmächtige Löschung eine Verbotsverletzung begangen, zudem sei er noch immer der Auffassung, er sei zur eigenmächtigen Sperrung der Seite berechtigt, weshalb ohne Unterlassungsgebot auch künftige Löschungen zu befürchten seien.

- **LAG Köln, Az: 2 (13) TaBV 65/03 vom 09.02.04**, vorgehend: ArbG Siegburg, Az: 3 BV 25/03 vom 24.09.03; nachgehend: BAG 7 ABR 24/04 vom 19.01.05

„Die besonderen betrieblichen Verhältnisse können es erforderlich machen, dass für einen 5köpfigen Betriebsrat 4 Amtsleitungen freigeschaltet werden. Solche besonderen Verhältnisse sind gegeben, wenn der Betriebsrat für 21 Filialen im Umkreis von 70 km zuständig ist und in diesen Filialen eine große Zahl von Teilzeitarbeitnehmern bzw. Arbeitnehmern, deren Arbeitszeit nicht parallel zur Arbeitszeit der in anderen Filialen tätigen Betriebsratsmitglieder liegt, eingesetzt werden. Hierdurch steigt das Bedürfnis, das Betriebsratsmitglied des persönlichen Vertrauens auch von außerhalb erreichen zu können.“

(vgl. BAG 7 ABR 24/04 vom 19.01.05)

Die technische Veränderung der Fernsprecheinrichtung sei ein Teil des Sachmittelanspruchs des Betriebsrats. Die Nutzung der Telefonanlage zum Informationsaustausch mit den vom Betriebsrat repräsentierten Mitarbeitern betreffe auch die Erfüllung gesetzlicher Aufgaben des Betriebsrats. Den Arbeitnehmern sei gem. §§ 81 Abs. 4 Satz 3, 82 Abs. 2 Satz 2, 83 Abs. 1 Satz 2 und 84 Abs. 1 Satz 2 BetrVG vorbehalten, ein Betriebsmitglied ihrer Wahl hinzuzuziehen. Die daraus resultierenden Aufgaben erforderten die unmittelbare Erreichbarkeit jedes Betriebsratsmitglieds.

Wegen der besonderen Struktur des Unternehmens des Arbeitgebers sei die telefonische Kontaktaufnahme mit Arbeitnehmern auch außerhalb der Arbeitszeit der einzelnen Arbeitnehmer geeignet und notwendig, um einen ungehinderten Informationsaustausch zu ermöglichen.

In die Abwägung sei das Interesse des Arbeitgebers an einer Kostenbegrenzung einzustellen. Die erwarteten Kosten für beide Telefonleitungen betrügen hier nicht mehr als 400,00 € jährlich. Letztlich führe die Freischaltung der Amtsleitungen nur dazu, dass die besonderen Nachteile der Betriebsstruktur ausgeglichen würden und das Maß der Erreichbarkeit von Betriebsratsmitgliedern in einem normal strukturierten Betrieb erreicht werde. In einem Normalbetrieb möge eine Amtsleitung ausreichen, um durch Weiterverbindung bzw. kurze Weiterleitung von Notizen innerhalb kürzester Zeit den Kontakt zwischen dem gewünschten Betriebsratsmitglied und einem internen oder extern befindlichen Arbeitnehmer herzustellen.

- **LAG Köln, Az: 11 TaBV 61/02 vom 16.05.03**, vorgehend: ArbG Siegburg, Az: 1 BV 35/01 vom 04.07.02; nachgehend: BAG 7 ABN 47/03 vom 28.10.03:

„Rechtskraft im Beschlussverfahren - Änderung der gesetzlichen Grundlagen - Sachaufwand des Betriebsrats - Informations- und Kommunikationstechnik“

„Die materielle Rechtskraft einer Entscheidung im Beschlussverfahren macht erneut gestellte Anträge über die gleiche Streitfrage in einem Verfahren mit den gleichen Beteiligten unzulässig.

Eine grundlegende Änderung der gesetzlichen Grundlagen mag eine Durchbrechung der Rechtskraft zulassen, unerhebliche Änderungen reichen zu diesem Zweck aber nicht.

Die Hineinnahme der "Informations- und Kommunikationstechnik" in die Aufzählung des § 40 Abs 2 BetrVG ist eine "unerhebliche Änderung" iSv Ziffer 2. Sie hat insbesondere nicht zur Folge, dass die für die gesamte dortige Aufzählung geltende Einschränkung "in erforderlichem Umfang" im Falle der "Informations- und Kommunikationstechnik" nicht mehr zu prüfen wäre.“

Die Arbeitgeberin betreibt bundesweit eine Einzelhandelskette für Drogeriewaren. Der für 32 Filialen eines Bezirks zuständige, siebenköpfige Betriebsrat, der zur Zeit 140 Mitarbeiter vertritt, beantragte, ihm folgende Sachmittel zur Verfügung zu stellen: einen Personalcomputer mit Drucker und der erforderlichen Software, ein Telefaxgerät und einen Kopierer sowie einen Anrufbeantworter.

Durch die Neufassung des § 40 Abs.2 BetrVG sei keine erhebliche Änderung der Rechtslage in der Form eingetreten, dass nun die Erforderlichkeit von Mitteln der Informations- und Kommunikationstechnik nicht mehr darzulegen sei, wenn sie dem betrieblichen Standard entsprächen.

Der Gesetzgeber habe durch die Hineinnahme der "Informations- und Kommunikationstechnik" in die Aufzählung des § 40 Abs.2 BetrVG nicht klargestellt, insoweit brauche der Betriebsrat keine Erforderlichkeit der geforderten Mittel mehr darzutun, sofern sie dem betrieblichen Standard entsprächen. Die "Informations- und Kommunikationstechnik" sei sprachlich Teil der seriellen Aufzählung geworden, der insgesamt die Beschränkung "in erforderlichem Umfang" vorangestellt werde. Es verstieße gegen anerkannte Regeln der Gesetzesauslegung, ohne einen im Gesetzestext erkennbaren Grund die einzelnen Glieder einer seriellen Aufzählung unterschiedlichen Regeln zu unterwerfen, was die Auswirkungen eines ihnen gemeinsamen Vorbehalts betreffe. Andernfalls müsste man den Grundsatz, wonach der Betriebsrat die Erforderlichkeit der verlangten Mittel darzutun hat, auch für die übrigen Glieder der Aufzählung (Räume, sachliche Mittel und Büropersonal) aufgeben, was von niemandem vertreten werde.

Der Gesetzgeber hätte einem Willen zur Änderung dieser Beschränkung mit anderen Mitteln Ausdruck verliehen als die Informations- und Kommunikationstechnik ausgerechnet in eine Reihe aufzunehmen, deren übrige Glieder der bekannten Einschränkung unterliegen.

- **LAG Köln, Az: 2 TaBV 31/01 vom 29.04.02**; vorgehend: ArbG Siegburg, Az: 1 BV 44/00 vom 15.02.01; nachgehend: BAG 7 ABN 18/02 vom 02.09.02:

„Der Betriebsrat muss zur Ausfüllung seines Beurteilungsspielraums hinsichtlich der Erforderlichkeit von Arbeitsmitteln (hier: Computer) auch Überlegungen anstellen, wieviel Arbeitszeit erforderlich ist, um die vom Arbeitgeber in Papierform handschriftlich gegebenen Informationen erstmals in den Computer einzugeben. Spricht für das gewünschte Arbeitsmittel nur eine erhöhte Bequemlichkeit bei der Erledigung der Betriebsratsarbeit ist der Beurteilungsspielraum des Betriebsrats überschritten und Erforderlichkeit nicht gegeben.“

Der Betriebsrat begehrt die zur Verfügungstellung eines Personalcomputers mit Drucker und erforderlicher Software, eines Telefaxgerätes und eines Kopierers als Sachmittel für die Betriebsratsarbeit. Der Betriebsrat vertritt als gemeinsamer Betriebsrat die Interessen von ca. 113 Mitarbeitern in 31 Filialen.

Der Betriebsrat habe hier seinen Beurteilungsspielraum, den er nach pflichtgemäßem Ermessen ausfüllen müsse, überschritten. Er habe nicht darzulegen vermocht, dass die von ihm geforderte technische Ausrüstung auch nach Abwägung der Interessen der Belegschaft an der sachgerechten Wahrnehmung der gesetzlichen Aufgaben mit dem Interesse des Arbeitgebers an Begrenzung der Kostenbelastung durch das Betriebsratsamt sachgerecht abgewogen wurde. Denn als Belegschaftsinteresse bzw. als Eigeninteresse an dem Erhalt der technischen Ausrüstung könne der Betriebsrat allenfalls Erleichterungen seiner Betriebsratsarbeit geltend machen, die in einer effizienteren Datenverwaltung und einer bequeme-

ren Datenhandhabung liegen. Diese Erleichterungen seien nicht ausreichend, um einen Anspruch nach § 40 Abs. 2 BetrVG zu begründen.

Der Betriebsrat habe im Rahmen der anzustellenden Ermessenserwägung auch alternative Lösungsmöglichkeiten in seine Abwägung einbeziehen müssen. Dies sei nicht geschehen.

Wesentlich sei auch, dass der Betriebsrat keinerlei Überlegungen angestellt habe, wie viel Arbeitszeit für die Eingabe der handschriftlichen Tabellen in den Computer nötig sei, damit dieser dann die nötigen Rechenschritte vornehmen könne. Arbeitsmittel, die nicht zu einer erkennbaren Einsparung von Arbeitszeit führten, sondern allenfalls die Aufgabenerledigung komfortabler machen, seien bei pflichtgemäßer Ermessensausübung nicht erforderlich.

- **LAG Köln, Az: 10 TaBV 38/01 vom 27.09.01**; vorgehend: ArbG Bonn, Az: 2 BV 71/00 vom 21.02.01

„Auch nach der Neufassung des § 40 Abs 2 BetrVG ist zu prüfen, ob ein Internetanschluß für die Betriebsratsarbeit "erforderlich" ist. Erforderlichkeit im Sinne des § 40 Abs 2 BetrVG verlangt mehr als bloße Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit.“

In einem Betrieb mit ca. 270 Arbeitnehmern begehrt der Betriebsrat die Zurverfügungstellung eines Internetanschlusses mit eigener E-Mail-Adresse.

Die Erforderlichkeit des Umfangs der vom Arbeitgeber zur Verfügung zu stellenden Sachmittel bestimme sich unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles nach Inhalt und Umfang der vom Betriebsrat wahrzunehmenden Aufgaben anhand der konkreten betrieblichen Verhältnisse. Dabei genüge es für die Erforderlichkeit eines Sachmittels nicht, dass durch seinen Einsatz die Geschäftsführung des Betriebsrats lediglich erleichtert werde bzw. sich rationeller gestalten lasse. Das Gesetz sehe geringere Anforderungen als die Erforderlichkeit nicht vor. Aus Gründen der Effektivität der Betriebsratsarbeit werde ein Sachmittel erst dann erforderlich, wenn ohne seinen Einsatz die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten des Betriebsrats vernachlässigt werden müsste.

Dies gelte auch für die Frage, ob der Arbeitgeber dem Betriebsrat einen Internet-Anschluss mit eigener E-Mail-Adresse zur Verfügung zu stellen hat. Auch insoweit müsse trotz der eingetretenen technischen Entwicklung die Erforderlichkeit des Sachmittels von den Gerichten im konkreten Einzelfall festgestellt werden.

Daran habe sich durch die Novellierung des § 40 Abs. 2 BetrVG nichts geändert. Die Informations- und Kommunikationstechnik sei ausdrücklich neben die bisher schon erwähnten sachlichen Mittel gestellt worden. Damit werde zunächst nur klargestellt, dass Informations- und Kommunikationstechniken zu den Sachmitteln eines Betriebsrats gehören. Nicht geregelt sei aber die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber welche konkreten modernen Sachmittel aus dem Informations- und Kommunikationsbereich dem Betriebsrat zur Verfügung zu stellen hat. Insbesondere habe der Gesetzgeber am Tatbestandsmerkmal "in erforderlichem Umfang" festgehalten, so dass sich an der Notwendigkeit, die Erforderlichkeit dieser Mittel im Einzelfall zu prüfen, nichts geändert habe.

Im Streitfall seien zur sachgerechten Aufgabenerfüllung weder ein Internet-Anschluss noch eine eigene E-Mail-Adresse erforderlich. Beides diene lediglich der externen Informationsbeschaffung und Kommunikation, die auch durch die herkömmlichen Kommunikationsmittel gewährleistet sei. Es sei zwar richtig, dass ein Internet-Anschluss Informationen schneller zur Verfügung stellen kann und dadurch die Arbeit des Betriebsrats erleichtert werden könne. Erforderlichkeit im Sinne des § 40 Abs. 2 BetrVG verlange aber mehr als bloße Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit.

Die konkreten betrieblichen Verhältnisse, so z.B. das technische Ausstattungsniveau der Arbeitgeberin, sprechen ebenfalls nicht für eine Erforderlichkeit eines Internet-Anschlusses des Betriebsrats. Die Arbeitgeberin selbst nutze sie Möglichkeit der elektronischen Kommunikation zur Information der Belegschaft nicht. Der Einsatz eines unternehmenseigenen Datenkommunikationssystems könne z. B. notwendig sein, wenn Mitarbeiter im Außendienst beschäftigt seien und nur so effektiv erreicht werden könnten. Dies sei hier jedoch nicht der Fall.

Rheinland-Pfalz:

- **LAG Rheinland-Pfalz, Az: 2 TaBV 40/03 vom 14.05.03**; vorgehend: ArbG Ludwigshafen, Az: 3 BV 2333/02 vom 31.10.02

„Die Installierung einer eigenen Homepage des örtlichen Betriebsrats einer Niederlassung in dem vom Arbeitgeber, der bundesweit 25 Niederlassungen unterhält, unternehmensweit betriebenen Intranet ist nicht erforderlich, wenn der örtliche Betriebsrat über einen eigenen PC verfügt mit einem eigenen E-Mail-Programm, das Betriebsrat und alle Mitarbeiter des Betriebes, die über einen eigenen PC verfügen, ohne Einschränkung nutzen können. Gegen die Zuerkennung einer eigenen Homepage eines örtlichen Betriebsrats spricht auch, wenn er sein Begehren auf die Ebene des Betriebes begrenzt, in dem auf seine Homepage, die von einer unternehmensweit zentralen Systemverwaltung aus gesteuert wird, nur mittels eines Passwortes, das nur den Mitarbeitern des örtlichen Betriebes bekannt gegeben wird, Zugriff genommen werden kann.“

Der örtliche Betriebsrat einer Niederlassung mit 230 Arbeitnehmern begehrt im Rahmen des unternehmensweit geführten Intranets die Einrichtung einer eigenen Homepage auf Kosten der Arbeitgeberin.

Nach § 40 Abs.2 BetrVG habe der Arbeitgeber dem Betriebsrat sachliche Mittel und Informations- und Kommunikationstechnik in erforderlichem Umfang zur Verfügung zu stellen. Die Installation der Homepage sei jedoch nicht erforderlich.

Dem Betriebsrat seien sämtliche im Betrieb vorhandenen modernen Kommunikations- und Informationstechniken zur Verfügung gestellt worden. Er verfüge über einen PC mit Internet- und Intranet-Anschluss und könne beides unternehmensweit nutzen. Der Betriebsrat wolle im Rahmen des unternehmensweit betriebenen Intranet-Programms eine eigene Homepage errichtet haben, über die er alle Mitarbeiter der örtlichen Niederlassung in aktuell, umfassend und strukturiert über betriebsratsrelevante Fragen informieren könne. Diese Möglichkeit habe er bereits jetzt, ohne dass ihm zusätzlich auch noch eine Homepage hierfür von der Arbeitgeberin eingerichtet werden müsste. Das Begehren des Betriebsrates sei somit nicht erforderlich.

Für die Erforderlichkeit des Sachmittels genüge nicht, dass durch seinen Einsatz die Geschäftsführung des Betriebsrats lediglich erleichtert werde bzw. sie sich rationaler gestalten lasse. Aus Gründen der Effektivität der Betriebsratsarbeit sei ein Sachmittel erst dann erforderlich, wenn ohne seinen Einsatz die Wahrnehmung anderer Rechte und Pflichten des Betriebsrats vernachlässigt werden müsste. Dies sei nicht der Fall, denn der Betriebsrat könne sämtliche Mitarbeiter, die über einen eigenen PC-Anschluss verfügen, über das bestehende E-Mail-Programm umfassend informieren und unterrichten. Dabei sei es problemlos möglich, dass eine E-Mail nebst umfangreichen Anhangs (z.B. bestehende Betriebsvereinbarungen) sämtlichen Mitarbeitern des Betriebes zugeleitet werden könne. Die Information per E-Mail sei zudem viel effektiver und schneller als eine Information über eine Homepage, die erst im Rahmen der Systemverwaltung zentral geändert werden müsste.

Schleswig-Holstein:

- **LAG Schleswig-Holstein, Az: 6 TaBV 21/02 vom 20.06.03**; vorgehend: ArbG Elmshorn, Az: 2 BV 6 d/02 vom 30.05.02:

„Allein die Tatsache der Erleichterung der Arbeit macht die Zurverfügungstellung eines PCs insbesondere dann nicht erforderlich i.S.d. § 40 Abs.2 BetrVG, wenn dem Betriebsrat bereits eine elektrische Schreibmaschine zur Verfügung steht.

Ist eine jederzeitige Erreichbarkeit des Betriebsrats aufgrund der Betriebsstruktur nicht gewährleistet, muss dem Betriebsrat die Möglichkeit eingeräumt werden, im Betriebsratsbüro eingegangene Mitarbeiteranrufe aufzuzeichnen und regelmäßig abzuhören.“ (Leitsätze der Verfasserin)

Der Betriebsrat begehrt die Zurverfügungstellung eines PC nebst Hard- und Software, Peripheriegeräten und -möbeln sowie einen Anrufbeantworter mit Fernabfrage.

Der Betriebsrat durfte den PC nebst Zubehör nicht als erforderlich im Sinne des § 40 Abs. 2 BetrVG ansehen, denn er habe nicht dargelegt, warum er des PCs bedurft, obwohl ihm eine elektrische Schreibmaschine zur Verfügung gestanden habe. Warum es bei den beabsichtigten weiteren Betriebsvereinba-

rungen, anders als bei den bisherigen, arbeitsaufwendige schreibtechnische Probleme gäbe, etwa aufgrund des Umfangs des Schriftverkehrs und der Kompliziertheit der zu regelnden Materie, sei nicht dargestellt worden. Zwar gehe das Arbeiten mit dem PC schneller und bequemer. Die Tatsache der Erleichterung der Arbeit mache jedoch die Zurverfügungstellung eines PCs noch nicht erforderlich i.S.d. § 40 Abs.2 BetrVG. Es komme nicht darauf an, was der Betriebsrat gerne „möchte“ oder ihm „angenehm“ sei, sondern was bei pflichtgemäßer Ermessenausübung unter Berücksichtigung auch der berechtigten Interessen des Arbeitgebers geboten sei. Trotz fortgeschrittener technischer Entwicklung sei die Anschaffung eines PCs mit entsprechender Software und den Peripheriegeräten immer noch mit erheblichen Kosten verbunden. Hinzu kämen mögliche Folgekosten für EDV-Schulungen, für Instandhaltung der Geräte und Anschaffung neuer Hard- und Software.

Erforderlich sei aber die Zurverfügungstellung eines Anrufbeantworters mit Fernabfrage. Aufgrund der Betriebsstruktur sei nur mittels Anrufbeantworters mit Fernabfrage sichergestellt, dass der Betriebsrat von den Mitarbeitern jederzeit erreicht werden könne. Aufgrund der betrieblichen Verhältnisse sei der Betriebsrat auf eine telefonische Kontaktaufnahme durch die Mitarbeiter in ihren Verkaufsstellen angewiesen. Die zum Bezirk gehörenden Verkaufsstellen seien räumlich weit voneinander entfernt und es würden in erheblichem Umfang Teilzeitkräfte eingesetzt, die während der betriebsüblichen Öffnungszeiten nicht ständig anwesend seien. Dies beeinträchtige und erschwere den Informations- und Meinungsaustausch zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmern. Zwar verfüge das Betriebsratsbüro über einen Telefonanschluss, der aber nur an regelmäßigen Betriebsratssitzungen einmal pro Woche besetzt ist. Die Betriebsratsvorsitzenden befänden sich ca. 15 Stunden wöchentlich allein in der Filiale. In dieser Zeit eingehende Telefonate könnten sie nicht entgegennehmen, um das Geschäft nicht unbeaufsichtigt zu lassen. Sie seien wiederholt nicht in der Lage gewesen, beim Klingeln des Telefons den Büroraum aufzusuchen und das Gespräch entgegenzunehmen. Damit sei die jederzeitige Erreichbarkeit des Betriebsrats für die Mitarbeiter nicht gewährleistet. Wenn schon aufgrund der Umstände kein spontaner Dialog im Wege der unmittelbaren telefonischen Kontaktaufnahme zu gewährleisten sei, müsse dem Betriebsrat die Möglichkeit eingeräumt werden, von der Filiale aus über das im Büroraum befindliche Telefon die im Betriebsratsbüro eingegangenen Telefonate abzuhören und entsprechend darauf zu reagieren. Der Kostenaufwand von ca. 100,- € falle demgegenüber nicht ins Gewicht.

- **LAG Schleswig-Holstein, Az: 4 TaBV 24/02 vom 03.06.03**; vorgehend: ArbG Lübeck, Az: 4 BV 12b/02 vom 26.06.02:

„Ein Betriebsrat, dem für seine Arbeit ein PC zur Verfügung steht, kann nicht in jedem Fall verlangen, dass der Arbeitgeber ihm auch die Kosten für einen PC-Lehrgang bezahlt.“

Dem Betriebsrat wurde ein PC mit den Programmen Word, Excel und Powerpoint zur Verfügung gestellt. Zwei Mitglieder hatten bereits PC-Schulungen erhalten. Der Betriebsrat entsandte ein weiteres Mitglied zu einem PC-Lehrgang. Der Arbeitgeber verweigerte die Zahlung der Lehrgangskosten.

Das LAG hielt die Schulung für nicht erforderlich i.S.d. § 40 Abs.2 BetrVG. Der Besuch einer Schulung sei dann erforderlich, wenn die vermittelten Kenntnisse nach den konkreten Verhältnissen im Betrieb notwendig seien, damit der Betriebsrat seine gegenwärtigen oder in naher Zukunft anstehenden Aufgaben sach- und fachgerecht erfüllen könne. Daraus, dass dem Betriebsrat ein PC zur Verfügung stünde, folge nicht zwangsläufig, dass auch eine Schulung geboten sei. Zwar müsse der Betriebsrat in der Lage sein, den PC zu bedienen. Der Lehrgang erübrige sich aber, wenn der Betriebsrat bereits über die erforderlichen Kenntnisse verfüge oder sie sich durch „learning by doing“ verschaffen könne.

- **LAG Schleswig-Holstein, Az: 5 TaBV 25/02 vom 28.01.03**; vorgehend: ArbG Elmshorn, Az: 2 BV 25d/02 vom 04.07.02; nachgehend: BAG 7 ABR 12/03 vom 03.09.03

„Sofern im Betrieb des Arbeitgebers ein innerbetriebliches elektronisches Informations- und Kommunikationssystem (Intranet) besteht, hat auch der Betriebsrat im Rahmen seiner gegenüber den Arbeitnehmern bestehenden Unterrichtspflichten gemäß § 40 Abs 2 BetrVG Anspruch auf Nutzung dieses Systems. Dies gilt jedenfalls dann uneingeschränkt, wenn die betriebsinterne Kommunikation per Intranet gängige Praxis ist, wie zB in einem High-tech-Unternehmen der Elektroindustrie.“

(vgl. BAG 7 ABR 12/03 vom 03.09.03)

Die Arbeitgeberin sei gemäß § 40 Abs. 2 BetrVG verpflichtet, dem Betriebsrat zu gestatten, Informationen und Beiträge im Rahmen seiner Aufgaben nach dem Betriebsverfassungsgesetz auch ohne vorherige Zustimmung der Arbeitgeberin in das betriebsinterne Intranet zu stellen.

Sofern im Betrieb ein innerbetriebliches elektronisches Informations- und Kommunikationssystem (Intranet) bestehe, sei davon auszugehen, dass der Betriebsrat Anspruch auf die Nutzung dieses Systems habe. Dies gelte jedenfalls dann, wenn die betriebsinterne Kommunikation per Intranet in dem betreffenden Betrieb gängige Praxis sei, wie z.B. in einem High-Tech-Unternehmen der Elektroindustrie. Daher sei die Arbeitgeberin hier verpflichtet, dem Betriebsrat zu gestatten, sich im Rahmen seiner betriebsverfassungsrechtlichen Informationspflichten - ohne vorherige Zustimmung der Arbeitgeberin - per Intranet an die Arbeitnehmer zu wenden.

Bei der Auswahl des Sachmittels "Intranet" zur Erfüllung der Betriebsratsaufgaben hat der Betriebsrat nicht den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum überschritten. Der dem Betriebsrat zugebilligte Beurteilungsspielraum beziehe sich auch auf die Erforderlichkeit eines Sachmittels. Das Sachmittel müsse zur Erledigung der konkreten gesetzlichen Betriebsratsaufgaben (hier: Informationspflichten gegenüber der Belegschaft) geeignet und bestimmt sein. Die Informationspflichten ließen sich zwar unter Verwendung diverser Sachmittel (z.B.: "Schwarzes Brett", Rundbriefe; Telefaxe, Intranet, Internet, Betriebsversammlung, Sprechstunden) erfüllen. Im Rahmen der Auswahl zwischen diesen Sachmitteln stehe dem Betriebsrat aber ein Beurteilungsspielraum zu. Es stehe im Ermessen des Betriebsrats, welche Informationen er zur Weitergabe an die Arbeitnehmer für zweckmäßig erachte und welchen Weg er zur Weitergabe der Informationen benutze.

Die Arbeitgeberin könne den Betriebsrat im vorliegenden Falle nicht auf das "Schwarze Brett", das Verfassen von Rundbriefen oder Abhalten von Betriebsversammlungen verweisen. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass im Betrieb das Intranet das übliche betriebsinterne Kommunikationsmittel sei. Alle Arbeitnehmer hätten die Möglichkeit, das Intranet zu nutzen. Wenn üblicherweise zwischen Geschäftsleitung und Belegschaft über Intranet kommuniziert werde, somit die Arbeitnehmer sich auf diese Kommunikationsart eingestellt hätten, dürfe der Betriebsrat von diesem Medium nicht ausgeschlossen sein. In diesen Fällen gebiete es bereits die "Waffengleichheit", dass sich auch der Betriebsrat im Rahmen seiner Informationspflicht per Intranet an die Arbeitnehmer wenden kann. Der Verweis des Betriebsrats auf ein "Schwarzes Brett" oder Rundschreiben müsse in diesen Fällen als "vorsintflutlich" und unsachlich angesehen werden, umso mehr, da der Betriebsrat bereits das betriebsinterne Intranet über zwei Jahre lang als elektronisches "Schwarzes Brett" benutzt habe. Die Arbeitnehmer hätten sich auf diese Art der Information eingestellt. Dem Betriebsrat wäre es kaum möglich, den Mitarbeitern zu vermitteln, warum er seine Informationen nicht mehr über das Intranet vermitteln darf. Der Arbeitgeberin entstehen durch die Zugangsberechtigung des Betriebsrats zum Intranet auch keine weitergehenden Kosten.

Der Arbeitgeberin sei gemäß § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG aufzugeben gewesen, es zukünftig zu unterlassen, Informationen und Beiträge des Betriebsrats, die dieser im Rahmen seiner Aufgaben nach dem Betriebsverfassungsgesetz in das Intranet eingestellt hat, eigenmächtig zu entfernen. Die Arbeitgeberin habe mit der eigenmächtig Entfernung der Betriebsratsinformation sowohl gegen ihre Pflichten gemäß § 74 Abs. 1 Satz 2 BetrVG als auch aus § 78 BetrVG verstoßen. Die Arbeitgeberin habe auch dem Betriebsrat beharrlich dessen Recht streitig gemacht, Informationen eigenständig und unzensuriert an die Arbeitnehmer über das Intranet zu verbreiten und damit eine Wiederholungsgefahr dokumentiert.

- **LAG Schleswig-Holstein, Az: 1 TaBV 16/02 vom 31.10.02**; vorgehend: ArbG Elmshorn, Az: 3 BV 7 d/02 vom 16.05.02; nachgehend: BAG 7 ABR 8/03 vom 03.09.03

„Erforderlichkeit von Internetanschlüssen für Betriebsratsmitglieder“

„Es ist erforderlich iSv § 40 Abs 2 BetrVG, dass die Arbeitgeberin die bereits vorhandenen beiden PC der freigestellten Betriebsratsmitglieder im Betriebsratsbüro an das Internet anschließt und etwaige laufende Kosten übernimmt.“

(vgl. BAG 7 ABR 8/03 vom 03.09.03)

Es sei erforderlich i. S. v. § 40 Abs. 2 BetrVG, dass die Arbeitgeberin die vorhandenen PC der Betriebsratsmitglieder im Betriebsratsbüro an das Internet anschließe und etwaige laufende Kosten übernehme.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG habe der Betriebsrat seinen Anspruch zwar nicht allein darauf stützen können, dass im Unternehmen sowie in dem gesamten Konzern der Internet-Anschluss nebst Nutzung üblich sei. Die Erforderlichkeit bestimmte sich nicht nach dem technischen Ausstattungs-

niveau des Arbeitgebers. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn der Arbeitgeber bei Verhandlungen mit dem Betriebsrat seinerseits die Möglichkeit der elektronischen Datenverarbeitung nutze. Insoweit könnte es zur sachgerechten Wahrnehmung der Betriebsratsaufgaben geboten sein, dass der Betriebsrat ebenfalls über entsprechende Sachmittel verfügte.

An dieser Auffassung könne nach Ansicht des LAG aber im Hinblick auf die rasante Entwicklung des Internets jedenfalls dann, wenn im Betrieb wie hier im großen Umfang Internet als Betriebsmittel eingesetzt werde, nicht mehr festgehalten werden. Das Internet habe sich in jüngster Zeit zu einem selbstverständlichen Arbeitsmittel für alle entwickelt, die auf Informationen angewiesen seien. Bei 30 Millionen Nutzern in der BRD könne man fast von einer Üblichkeit der Nutzung sprechen. Es sei in seiner Aktualität den Fachzeitschriften weit überlegen und gebe dem Anwender die Möglichkeit, sich zu einer bestimmten Sachfrage einen umfassenden Meinungsstand einzuholen. Bei der Arbeitgeberin werde das Internet als übliches Arbeitsmittel verwendet. Angesichts dieser technischen Entwicklung und dem entsprechenden Ausstattungsniveau im Betrieb könne der Betriebsrat nicht ggf. als einziger darauf verwiesen werden, sich in Zeitschriften und Kommentaren die erforderlichen Fachinformationen zu holen.

Der Betriebsrat habe das Recht, mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften Kontakt aufzunehmen und Informationen auszutauschen. Gerade die Gewerkschaften, die ihre Unterstützungsfunktion gem. § 2 Abs. 2 BetrVG wahrnehmen, böten vielfach Informationen nur noch über das Internet an.

Zudem entstünden der Arbeitgeberin hier durch den Internetanschluss des Betriebsrats aufgrund der betrieblichen Flatrate-Vereinbarung keinerlei Kosten.

3. Arbeitsgerichte

Hessen:

- **ArbG Frankfurt, Az: 1 BV 572/02 vom 07.04.03**; nachgehend: Hessisches LAG, Az: 9 TaBV 68/03 vom 20.11.03; BAG 7 ABR 18/04 vom 01.12.04:

„Intranet ersetzt „Schwarzes Brett“

„Der Betriebsrat kann gemäß § 40 Abs 2 BetrVG vom Arbeitgeber beanspruchen, dass ihm der Zugang zum betriebsinternen Intranet in dem von ihm selbst eingegrenzten Umfang gewährt wird.“

Der Betriebsrat könne von der Arbeitgeberin beanspruchen, dass ihm der Zugang zu dem bankinternen Intranet in dem von ihm selbst eingegrenzten Umfang gewährt wird.

Es sei i.S.d. § 40 Abs. 2 BetrVG auch erforderlich, dem Betriebsrat dem Zugang zu dem von der Arbeitgeberin betriebenen Intranet zu ermöglichen und gewährleisten.

Die Arbeitgeberin bediene sich selbst der komfortableren Information und Kommunikation über das Intranet. Dies sei nachvollziehbar, weil es natürlich sei, dass Menschen gerade im Arbeitsleben geneigt seien, die Möglichkeiten neuer Technologien zu nutzen. Davon sei erkennbar auch der Gesetzgeber ausgegangen, als er die Vorschrift des § 40 Abs. 2 BetrVG dahin ergänzt habe, dass dem Betriebsrat "in erforderlichem Umfang" auch "Informations- und Kommunikationstechnik" zur Verfügung zu stellen sei. Die vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat – § 2 Abs. 1 BetrVG – solle nicht darunter leiden, dass die Betriebspartner im "Tagesgeschäft" unter ungleichen Bedingungen arbeiteten, der Arbeitgeber mit "high-tech-Ausrüstung" auf der Höhe der Zeit, der Betriebsrat hingegen mit dem Rüstzeug aus längst vergangenen Tagen.

Die Arbeitgeberin beachte nicht genügend, dass das Merkmal "erforderlich" in § 40 Abs. 2 BetrVG mit dem weiteren Merkmal "Umfang" verknüpft sei. Bezogen auf die in § 40 Abs. 2 BetrVG erwähnte Informations- und Kommunikationstechnik gehe der Gesetzgeber davon aus, dass bei entsprechender Nutzung des Arbeitgebers auch dem Betriebsrat ein Nutzungsrecht gebühre und allenfalls das Ausmaß der Nutzung eingeschränkt sein könne.

In diesem Zusammenhang gewinne die Argumentation des Betriebsrats Bedeutung, dass er selbst den ersten Zugriff auf die Einschätzung der Erforderlichkeit der von ihm beanspruchten Sachmittel habe. Hierbei spielt wiederum eine Rolle, dass der Betriebsrat mit seinem maßvollen Zugangswunsch zum Intranet zu Recht davon ausgehen kann, dass dem "Schwarzen Brett" oder etwaigen "Informationsrundschriften"

nicht die Zukunft gehört, wohl aber der bequemeren Informationsmöglichkeit über das Intranet, die – wie die Anhörung ergeben hat – von den Mitarbeitern der Arbeitgeberin durchaus "angenommen" wird.

Bedenken, dass Mitarbeiter außerhalb des Zuständigkeitsbereichs des Betriebsrats Arbeitszeit für die Intranetlektüre nicht für sie bestimmter Informationen verwenden könnten, führe nicht zu einer anderen Bewertung. Arbeitsrechtliches Fehlverhalten sei mit dem dafür vorgesehenen arbeitsrechtlichen Instrumentarium zu ahnden. Es könne nicht dazu führen, betriebsverfassungsrechtlich gewährleistete Ansprüche des Betriebsrats einzuschränken.

- **ArbG Frankfurt, Az: 8 BV 633/00 vom 13.11.01:**

„Welche Informations- und Kommunikationsmittel der Arbeitgeber dem Betriebsrat im erforderlichen Umfang zum Zweck der Information der betriebsangehörigen Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen hat, ist unter Berücksichtigung aller Umstände des einzelnen Falles anhand der konkreten Verhältnisse des Betriebes zu bestimmen.

Die Erforderlichkeit des Mittels oder der Unterrichtsmethode bestimmt sich allein nach dem Bedürfnis, der Notwendigkeit und der Dringlichkeit der Unterrichtung der Belegschaft durch den Betriebsrat sowie der etwaigen Unzulänglichkeit anderer dem Betriebsrat zur Verfügung stehender Informationsmittel. Nicht maßgeblich ist dagegen, welche Mittel der Arbeitgeber seinerseits einsetzt.

Ist für den Betriebsrat neben der Nutzung aller gängigen Informationsmittel (Schwarzes Brett, Rundbrief, Betriebsversammlung) auch der Zugriff auf ein elektronisches Informations- und Kommunikationsmittel, nämlich durch das Versenden von e-Mails möglich, dann ist die Nutzung des Intranet nicht erforderlich.“

Der Betriebsrat begehrt den uneingeschränkten, nicht durch einen Systemadministrator kontrollierten, Zugang zur Nutzung des konzerninternen elektronischen Intranets.

Die Einräumung des uneingeschränkten Zugangs zum Intranet sei nicht gem. § 40 II BetrVG zur sachgerechten Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben des Betriebsrats erforderlich.

Gem. § 40 II BetrVG habe der Arbeitgeber dem Betriebsrat für die laufende Geschäftsführung Informations- und Kommunikationstechnik im erforderlichen Umfang zur Verfügung zu stellen. Das Merkmal der Erforderlichkeit sei beibehalten worden, womit auf die zu § 40 II BetrVG alter Fassung ergangene Rechtsprechung zur Erforderlichkeit des geforderten Sachmittels zurückzugreifen sei.

Danach gehöre zu den gesetzlichen Aufgaben des Betriebsrats, die Arbeitnehmer des Betriebes im Rahmen seiner Zuständigkeit umfassend und rechtzeitig zu informieren. Welche Informations- und Kommunikationsmittel der Arbeitgeber dem Betriebsrat im erforderlichen Umfang zum Zweck der Information der betriebsangehörigen Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen habe, sei unter Berücksichtigung aller Umstände des einzelnen Falles anhand der konkreten Verhältnisse des Betriebes zu bestimmen. Dabei solle es grundsätzlich Sache des Arbeitgebers sein, zu bestimmen, welches von mehreren sachgerechten Mitteln und Möglichkeiten zur Information er im erforderlichen Umfang zur Verfügung stelle. Die Erforderlichkeit des Mittels oder der Unterrichtsmethode bestimme sich allein nach dem Bedürfnis, der Notwendigkeit und der Dringlichkeit der Unterrichtung der Belegschaft durch den Betriebsrat sowie der etwaigen Unzulänglichkeit anderer dem Betriebsrat zur Verfügung stehender Informationsmittel. Nicht maßgeblich sei dagegen, welche Mittel der Arbeitgeber seinerseits einsetze.

Daher sei die Einräumung der uneingeschränkten, d.h. von der Kontrolle eines Administrators unabhängigen, Nutzung des Intranet für den Betriebsrat hier nicht erforderlich. Für den Betriebsrat sei neben der Nutzung aller gängigen Informationsmittel (Schwarzes Brett, Rundbrief, Betriebsversammlung) auch der Zugriff auf ein elektronisches Informations- und Kommunikationsmittel, nämlich durch das Versenden von e-Mails, möglich. Es sei ein Verteiler installiert, mit dem der Betriebsrat alle Arbeitnehmer problemlos erreichen könne. Der Betriebsrat habe im Intranet eine eigene Homepage, in die er allerdings nur unter vorheriger Einschaltung eines Administrators neue Informationen einstellen könne. Bei den ihm eingeräumten Möglichkeiten der Information der Belegschaft sei nicht erkennbar, dass der Betriebsrat bei der Erfüllung seiner Informationspflichten behindert werde. Dem Betriebsrat stehe Informationstechnik im erforderlichen Umfang zur Verfügung.

Eine unkontrollierte Nutzung des Intranets sei nicht erforderlich, da bereits das Einräumen der Nutzungsmöglichkeit neben der e-Mail nicht erforderlich sei. Dies folge nach dem BAG schon aus dem dem Arbeitgeber eingeräumten Bestimmungsrecht, welches von mehreren sachgerechten Mitteln er zur Ver-

fügung stellen wolle. Selbst wenn man entgegen dem BAG dem Betriebsrat einräume, dass er nach seinem pflichtgemäßem Ermessen entscheiden könne, welchen Weg er zur Weitergabe von Informationen an die Arbeitnehmer benutze, komme man zum selben Ergebnis, da hier, da der Server in der Schweiz stehe, ein unzumutbarer technischer und finanzieller Aufwand erforderlich sei.

Dem Betriebsrat müsse das Zugangsrecht nicht in derselben Weise zustehen, nämlich uneingeschränkt, wie dem Arbeitgeber. Die Erforderlichkeit sei allein an der sachgerechten Aufgabenerfüllung des Betriebsrats gegenüber der Belegschaft zu messen und nicht danach, welche Mittel der Arbeitgeber in welcher Weise seinerseits einsetze.

Sachsen-Anhalt:

- **ArbG Naumburg, Az: 1 (2) BV 12/03 vom 10.03.04:**

„Aus der Tatsache, dass dem Betriebsrat ein PC zur Verfügung steht, folgt nicht zwangsläufig, dass auch eine Schulung zum EDV-System geboten ist. Vielmehr können betriebliche Umstände – hier: Einsatz einer Sekretärin für Büro- und Verwaltungsarbeiten – die Notwendigkeit einer Schulung des Betriebsrats zur Vermittlung von PC-Grundlagenkenntnissen entbehrlich werden lassen. Bildungsveranstaltungen, die lediglich Allgemeinwissen über die EDV- Bedienung vermitteln, sind nicht erforderlich.“
(Leitsatz der Verfasserin)

Dem Betriebsratsvorsitzenden eines 11-köpfigen Betriebsrat und der ausschließlich für den Betriebsrat tätigen Sekretärin stehen im Betriebsratsbüro zwei PCs und zwei Drucker zur Verfügung. Die im Zusammenhang mit den Betriebsratssitzungen anfallenden Arbeiten wie Einladungen, Zustellung von Sitzungsmaterialien, Terminabsprachen, Anwesenheitskontrolle usw. erledigt die Sekretärin. Der Betriebsrat begehrt die künftige Entsendung eines Betriebsratsmitglieds zur Schulungsveranstaltung „PC-Einsatz im Betriebsratsbüro – Grundlagen“ sowie das Tragen der Schulungskosten.

Die Schulung sei nicht erforderlich i.S.d. § 40 BetrVG. Die Vermittlung von Kenntnissen und Fähigkeiten sei nur erforderlich, wenn der Betriebsrat sie benötige, um sein derzeitigen oder demnächst anfallenden Arbeiten sachgerecht wahrnehmen zu können. Die Veranstaltung diene jedoch der Vermittlung von Kenntnissen, die erforderlich seien, wenn sich der Betriebsrat bei der Erledigung der anfallenden Betriebsratsarbeiten eines PCs bediene oder dies demnächst beabsichtige. Hier würden jedoch die beim Betriebsrat anfallenden Büro- und Verwaltungsarbeiten von der dem Betriebsrat zur Verfügung gestellten Sekretärin überwiegend wahrgenommen. Schreibarbeiten erledige die Sekretärin ausschließlich. Aus der Tatsache, dass dem Betriebsrat ein PC zur Verfügung steht, folge nicht zwangsläufig, dass auch eine Schulung zum EDV-System geboten sei. Vielmehr könnten betriebliche Umstände wie der Einsatz der Sekretärin für Büro- und Verwaltungsarbeiten die Notwendigkeit einer Schulung des Betriebsrats zur Vermittlung von PC-Grundlagenkenntnissen entbehrlich werden lassen. Bildungsveranstaltungen, die lediglich Allgemeinwissen über die EDV- Bedienung vermitteln, seien nicht erforderlich.

XIV. § 51 BetrVG

Vor allem bezüglich des reformierten § 51 Abs.1 Satz 2 BetrVG bestand noch Klärungsbedarf. Das Bundesarbeitsgericht entschied dazu, dass nach der Neufassung des § 51 Abs.1 Satz 2 BetrVG unter Bezugnahme auf § 27 Abs.1 BetrVG nun auch die weiteren Mitglieder des Gesamtbetriebsausschusses nach den Grundsätzen der Verhältniswahl zu wählen seien. Hier liege nicht etwa ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers vor. Ergänzend stellte ein Landesarbeitsgericht fest, aus der Neufassung ergebe sich jedoch kein durchgängiges und grundlegendes Prinzip der Verhältniswahl im BetrVG.

- BAG 7 ABR 62/03 vom 21.07.2004
- LAG Baden-Württemberg, Az: 5 TaBV 6/03 vom 26.03.04
- Hessisches LAG, Az: 9 TaBV 162/02 vom 10.07.03
- LAG Köln, Az: 5 TaBV 36/03 vom 18.12.03
- ArbG Bonn, Az: 2 BV 54/02 vom 10.01.03

1. Bundesarbeitsgericht

- **BAG 7 ABR 62/03 vom 21.07.2004**; vorgehend: Hessisches LAG, Az: 9 TaBV 162/02 vom 10.07.03; ArbG Frankfurt, Az: 15 BV 301/02 vom 09.09.02

„Die weiteren Mitglieder des Gesamtbetriebsausschusses werden nach § 51 Abs 1 Satz 2 iVm § 27 Abs 1 Satz 3 BetrVG in der Fassung vom 23. Juli 2001 vom Gesamtbetriebsrat nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt. Die Fassung der Normen beruht nicht auf einem Redaktionsversehen des Gesetzgebers.“

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der Wahl der weiteren Mitglieder des Gesamtbetriebsausschusses.

Auf der konstituierenden Sitzung des Gesamtbetriebsrates im Unternehmen der Arbeitgeberin wurde die Wahl weiterer Mitglieder des Gesamtbetriebsausschusses nach § 51 Abs. 1 Satz 2 BetrVG aufgrund Mehrheitsentscheids der Mitglieder des Gesamtbetriebsrates als Mehrheitswahl durchgeführt.

Mitglieder des Gesamtbetriebsrates machen nachfolgend die Unwirksamkeit der Wahl der weiteren Mitglieder des Gesamtbetriebsausschusses geltend, da die Wahl gem. § 51 Abs. 1 Satz 2 BetrVG iVm. § 27 Abs. 1 Satz 3 BetrVG nach den Grundsätzen der Verhältniswahl hätte erfolgen müssen.

Das BAG bestätigt, die nach dem Grundsatz der Mehrheitswahl durchgeführte Wahl verstoße gegen § 51 Abs. 1 Satz 1 BetrVG iVm. § 27 Abs. 1 Satz 3 und 4 BetrVG idF des BetrVG-Reformgesetzes vom 23. Juli 2001 (nF), wonach bei mehr als einen Wahlvorschlag Verhältniswahl vorgeschrieben werde.

Nach der Neufassung des § 51 Abs. 1 Satz 2 BetrVG durch das Betriebsverfassungs-Reformgesetz würden nun auch die weiteren Mitglieder des Gesamtbetriebsausschusses nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt, wie sich aus der Bezugnahme auf den gesamten § 27 Abs. 1 BetrVG und damit auf die Verhältniswahl für die Wahl der weiteren Mitglieder des Betriebsausschusses nach § 27 Abs. 1 Satz 3 BetrVG ergebe. § 51 Abs. 1 Satz 2 BetrVG aF habe nur auf § 27 Abs. 1 Satz 1 und 2 BetrVG aF verwiesen. Der geänderte Gesetzeswortlaut sei eindeutig.

Die Fassung der Verweisungsvorschrift des § 51 Abs. 1 Satz 2 BetrVG (nF) beruhe nicht auf einem Redaktionsversehen des Gesetzgebers. Die Verweisung dürfe deshalb nicht durch teleologische Reduktion korrigiert werden. Es ergäben sich jedoch weder aus dem Gesetzgebungsverfahren noch aus der erkennbar gewordenen gesetzgeberischen Zielsetzung hinreichend sichere Anhaltspunkte, die eine vom eindeutigen Wortlaut abweichende Auslegung ermöglichen.

Dagegen habe der Gesetzgeber an anderer Stelle dagegen ausdrücklich die Verhältniswahl nicht vorgeschrieben. So werde für die Wahl der Mitglieder der anderen Ausschüsse des Gesamtbetriebsrates nach § 51 Abs. 1 Satz 1 (nF) iVm. § 28 Abs. 1 Satz 1 BetrVG (nF) nur auf § 28 Abs. 1 Satz 1 und 3 sowie Abs. 2 BetrVG verwiesen. Hier gelte die Verhältniswahl nach § 27 Abs. 1 Satz 3 BetrVG nicht.

Die Mehrheitswahl entspreche nicht zwingend der gesetzlichen Systematik, auch wenn der Betriebsrat über die Entsendung von weiteren Mitgliedern in den Gesamtbetriebsrat durch Beschluss nach § 33 Abs. 1 BetrVG mit der Mehrheit der Stimmen entscheide. Ein Minderheitenschutz durch Verhältniswahl bestehe hier nicht (vgl. BAG 7 ABR 58/03 vom 21.08.04). Das verhindere aber nicht, dass im Gesamtbetriebsrat eine Koalition vertreten sei, die im Unternehmen in der Minderheit sei. Aus Gründen des verfassungsrechtlich gebotenen Minderheitenschutzes sei es sachgerecht, diesen Betriebsratsmitgliedern eine Mitarbeit im Gesamtbetriebsausschuss durch Anordnung der Verhältniswahl zu ermöglichen.

2. Landesarbeitgerichte

Baden-Württemberg:

- **LAG Baden-Württemberg, Az: 5 TaBV 6/03 vom 26.03.04**; vorgehend: ArbG Stuttgart, Az: 7 BV 261/02 vom 01.07.03; nachgehend: BAG 7 ABR 37/04 vom 16.03.05

„Bei der Wahl der weiteren Ausschussmitglieder des Gesamtbetriebsausschusses ist nach den Grundsätzen der Verhältniswahl zu verfahren, soweit nicht nur ein Wahlvorschlag gemacht wird.“ (Leitsatz der Bearbeiterin)

Die Beteiligten streiten über die Frage, nach welchen Grundsätzen die Wahl der weiteren Mitglieder des Gesamtbetriebsausschusses durchzuführen ist.

Das LAG führt dazu aus, dass seit der Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes die Wahl der weiteren Mitglieder des Gesamtbetriebsausschusses nach § 51 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 27 Abs. 1 Satz 3 BetrVG nach den Grundsätzen der Verhältniswahl und nicht nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl durchzuführen sei. Nur dann, wenn nur ein Wahlvorschlag gemacht wird, erfolge die Wahl nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl (§ 27 Abs. 1 Satz 4 BetrVG). § 51 Abs. 1 Satz 2 BetrVG verweise auf den gesamten § 27 Abs. 1 BetrVG, also auch auf dessen Satz 3. Insoweit liege auch kein Redaktionsversehen des Gesetzgebers vor, vielmehr habe dieser seine ursprüngliche Absicht, den durch die Bindung an den Grundsatz der Verhältniswahl bewirkten Minderheitenschutz aufzuheben, im Gesetzgebungsverfahren aufgegeben. Die Auffassung, der für den Betriebsausschuss geltende Grundsatz der Verhältniswahl lasse sich nicht auf den Gesamtbetriebsausschuss übertragen, sei nicht mit dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes vereinbar.

Hessen:

- **Hessisches LAG, Az: 9 TaBV 162/02 vom 10.07.03;** vorgehend: ArbG Frankfurt, Az: 15 BV 301/02 vom 09.09.02; nachgehend: BAG 7 ABR 62/03 vom 21.07.2004:

„Die Wahl der Mitglieder für den Gesamtbetriebsausschuss erfolgt nach §§ 51 Abs 1 S 2, 27 Abs 1 S 3 BetrVG als Verhältniswahl. Das Gesetzgebungsverfahren zum Betriebsverfassungs-Reformgesetz 2001 lässt insoweit keine hinreichenden Anhaltspunkte für ein Redaktionsversehen erkennen.

Im Beschlussverfahren um die Wirksamkeit der Wahl der Mitglieder und Ersatzmitglieder für den Gesamtbetriebsausschuss sind diese zu beteiligen.“

(Zum Sachverhalt vgl. BAG 7 ABR 62/03 vom 21.07.04)

Das LAG befindet, seit der Novellierung des BetrVG sei die Wahl der weiteren Mitglieder des Gesamtbetriebsausschusses nach § 51 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 27 Abs. 1 Satz 3 BetrVG nach den Grundsätzen der Verhältniswahl und nicht nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl durchzuführen.

Der Wortlaut der Normen sei eindeutig. Für die Annahme eines Redaktionsversehens lägen keine hinreichenden Anhaltspunkte vor. Es sei reine Spekulation, dass der Wahlmodus der Verhältniswahl bei der Wahl der Mitglieder für den Betriebsausschuss gegenüber den ursprünglichen Gesetzesentwürfen habe rückgeändert, für die Wahl der Mitglieder für den Gesamtbetriebsausschuss jedoch beibehalten werden sollen. Näher liege der gegenteilige Schluss, dass die Wahlen nicht unterschiedlich geregelt werden sollten und mangels Änderungsbedarfs die Verweisungsnorm des § 51 Abs. 1 Satz BetrVG insoweit unverändert blieb.

Nordrhein-Westfalen:

- **LAG Köln, Az: 5 TaBV 36/03 vom 18.12.03;** vorgehend: ArbG Bonn, Az: 2 BV 54/02 vom 10.01.03; nachgehend: BAG 7 ABR 10/04 vom 25.05.05:

„Das Verhältniswahlrecht ist kein grundlegendes und für alle Bereiche des Betriebsverfassungsrechts maßgebliches Prinzip.“ (Leitsatz der Bearbeiterin)

Nach Auffassung des LAG ist das Verhältniswahlrecht kein grundlegendes und für alle Bereiche des Betriebsverfassungsrechts durchgängig maßgebliches Prinzip. Denn für einen erheblichen Teil der Betriebsratswahlen, nämlich für die Betriebsratswahlen in Betrieben mit in der Regel fünf bis 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern, darüber hinaus in Betrieben bis zu 100 wahlberechtigten Arbeitnehmern, sofern dies vom Wahlvorstand und dem Arbeitgeber vereinbart sei, erfolge die Wahl "nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl", (vgl. § 14 Abs. 2 Satz 2 BetrVG, § 14a Abs. 1, 5 BetrVG in der novellierten Fassung). Anders als nach der früheren Gesetzesfassung habe daher die Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes dazu geführt, dass bereits die Wahlen zum Betriebsrat zu einem nicht unerheblichen Teil nach dem Mehrheitswahlprinzip durchgeführt würden und nicht nach dem Verhältniswahlprinzip.

Soweit für die Besetzung von Ausschüssen eine Wahl nach den Grundsätzen der Verhältniswahl zu erfolgen habe, wie es in § 27 Abs. 1 Satz 3 BetrVG und entsprechend auch für vom Gesamtbetriebsrat gebildete Ausschüsse auf Grund der Verweisungsvorschrift des § 51 Abs. 1 BetrVG geregelt sei, ergebe

sich daraus kein durchgängiges und grundlegendes Prinzip der Verhältniswahl im Betriebsverfassungsrecht.

3. Arbeitsgerichte

Nordrhein-Westfalen:

- **ArbG Bonn, Az: 2 BV 54/02 vom 10.01.03;** nachgehend: LAG Köln, Az: 5 TaBV 36/03 vom 18.12.03; BAG 7 ABR 10/04 vom 25.05.05:

„Auch nach dem Betriebsverfassungsreformgesetz 2001 ist es bei der grundsätzlichen Festlegung des Verhältniswahlsystems für betriebsverfassungsrechtliche Wahlen verblieben. Damit bleibt zugleich Minderheitenschutz und eine institutionelle Beteiligung von Minderheitengruppierungen gewährleistet.“ (Leitsatz der Bearbeiterin)

Nach Auffassung des ArbG habe sich das BetrVG in den gesetzlich geregelten Fällen, insbesondere für die Besetzung von Gremien der Mitbestimmung und teilweise noch darüber hinaus, grundsätzlich für die Verhältniswahl entschieden und diese zwingend vorgeschrieben.

Durch das Betriebsverfassungsreformgesetz 2001 seien diese Grundsätze nicht abgeschafft worden, es sei bei der grundsätzlichen Festlegung des Verhältniswahlsystems für betriebsverfassungsrechtliche Wahlen verblieben. Damit bleibe zugleich Minderheitenschutz und eine institutionelle Beteiligung von Minderheitengruppierungen gewährleistet

Auch § 51 I S. 2 BetrVG n.F. iVm. § 27 I BetrVG mit seiner Erstreckung der Verhältniswahl und des damit verbundenen Minderheitenschutzes auf die Besetzung des Gesamtbetriebsausschusses setze voraus, dass die Entsendung der Betriebsratsmitglieder in den Gesamtbetriebsrat nicht im Wege des Systembruchs durch Mehrheitswahl erfolge und spreche so für die Besetzung des Gesamtbetriebsrats im Wege der Verhältniswahl. Dies entspreche auch dem weiter gestärkten Grundsatz der Spiegelbildlichkeit von Parlament und Ausschüssen im Anwendungsbereich der Betriebsverfassung.

XV. § 54 BetrVG

1. Landesarbeitsgerichte

- **Hessisches LAG, Az: 9 TaBV 64/03 vom 05.02.04;** vorgehend: ArbG Frankfurt, Az: 10 BV 534/01 vom 29.01.03:

„Die Errichtung eines Konzernbetriebsrats ist nach § 54 Abs 1 S 1 BetrVG nur in einem Unterordnungskonzern nach § 18 Abs 1 AktG, nicht in einem Gleichordnungskonzern nach § 18 Abs 2 AktG zulässig. Die Möglichkeit der Beherrschung der abhängigen Unternehmen muss gesellschaftsrechtlich vermittelt sein.“

Die Beteiligten streiten darum, ob ein Konzernbetriebsrat vorschriftgemäß gebildet wurde und dessen Beteiligungsrechte anzuerkennen sind.

Die Gesamtbetriebsräte tragen vor, im Rahmen des § 54 BetrVG sei der spezifische betriebsverfassungsrechtliche Konzernbegriff, bei dem es um die Optimierung der Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer auf den jeweils relevanten unternehmerischen Ebenen gehe, zu beachten. Der Gesetzgeber habe durch die Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes 2001 klargestellt, dass insbesondere dem Konzern betriebsverfassungsrechtlich eine höhere Bedeutung zukomme. Das müsse auch Konsequenzen für den Konzernbegriff, auch für den faktischen Konzernbegriff, haben, um der Möglichkeit einer Verlagerung von Entscheidungsstrukturen und damit der Gefahr einer Entleerung betriebsverfassungsrechtlicher Beteiligungsrechte entgegenzuwirken.

Demgegenüber führt das LAG aus, die Voraussetzungen für die Errichtung eines Konzernbetriebsrats nach § 54 Abs. 1 BetrVG hätten nicht vorgelegen. § 54 Abs. 1 Satz 1 BetrVG verweise auf den Konzernbegriff des § 18 Abs. 1 AktG. Durch diese unmissverständliche Verweisung werde klargestellt, dass der Konzernbegriff in § 54 Abs. 1 BetrVG nicht anders bestimmt sei als es im Gesellschaftsrecht der Fall sei.

XVI. § 80 Abs.2 Satz 1 2. Halbsatz BetrVG

Entgegen aller Negativerwartungen der Kritiker ist nicht festzustellen, dass die erweiterte Informationspflicht im Hinblick auf nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehende Arbeitnehmer zu vermehrten gerichtlichen Auseinandersetzungen geführt hat. Die gerichtliche Entscheidung war bisher lediglich bezüglich Umfangs und genauer Ausgestaltung der Informationen, die der Betriebsrat zur Erfüllung seiner Aufgaben verlangen konnte, erforderlich.

1. Landesarbeitsgerichte

- **LAG Hamburg, Az: 1 TaBV 3/02 vom 21.11.02**; vorgehend: ArbG Hamburg, Az: 27 BV 13/01 vom 10.04.02

„Der Betriebsrat kann vom Arbeitgeber verlangen über jede Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen, sondern als Werkunternehmer oder im Rahmen eines Dienstleistungsvertrags oder als Erfüllungsgehilfe auf Grund von Dienst- und Werkverträgen mit Dritten länger als zehn Tage im Betrieb tätig sind, unterrichtet zu werden und dabei Namen, Vornamen, Art der Tätigkeit, Abteilung des Einsatzes, Projekt und Thema der Beschäftigung und Laufzeit des Projekts mitgeteilt zu bekommen.“

Die Beteiligten streiten über den Umfang von Informationsrechten des örtlichen Betriebsrates gegenüber dem Arbeitgeber hinsichtlich Personen, die aufgrund eines Dienst- oder Werkvertrages im Betrieb tätig werden.

Die Arbeitgeberin ist ein Unternehmen mit vier Betrieben, am hier betroffenen Hamburger Betrieb werden ca. 400 – 600 Personen von Fremdfirmen auf dienst- oder werkvertraglicher Basis pro Jahr tätig. Hinsichtlich der Fremdfirmeneinsätze war die Arbeitgeberin bisher nur bereit, dem Gesamtbetriebsrat Quartalsübersichten mit den Namen des Werkunternehmers und des eingesetzten Mitarbeiters, Angaben zu Einsatzzeitraum, Einsatzbetrieb, Einsatzabteilung und Einsatzgruppe zu überlassen.

Nach Auffassung des LAG hat der örtliche Betriebsrat einen Anspruch auf die von ihm begehrte umfassendere Unterrichtung. Er könne verlangen über jede Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber ständen, sondern als Werkunternehmer oder im Rahmen eines Dienstleistungsvertrages oder als Erfüllungsgehilfen auf Grund von Dienst- und Werkverträgen mit Dritten länger als zehn Tage im Betrieb tätig sind, rechtzeitig und umfassend unterrichtet zu werden und dabei Namen, Vornamen, Geburtsdatum, eventueller Studentenstatus, Art der Tätigkeit, Abteilung des Einsatzes, Projekt und Thema der Beschäftigung, Laufzeit des Projekts, Anforderungsprofil der einzelnen Mitarbeiter und Art der Vergütung mitgeteilt zu bekommen.

Der Betriebsrat sei gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG über alle Personen, die im Betrieb nicht nur für ganz kurze Zeit beschäftigt werden, zu unterrichten, unabhängig davon, ob die Personen in den Betrieb eingliedert würden oder ohne Übertragung des Weisungsrechts auf den Betriebsinhaber im Betrieb tätig würden; es komme nicht darauf an, ob eine Einstellung im Sinne des § 99 BetrVG vorliege oder ob andere Mitwirkungs- oder Mitbestimmungsrechte des Betriebsrat konkret betroffen seien.

Nach § 80 Abs. 2 S. 1, 2. Halbsatz BetrVG sei der Betriebsrat bei jeder "Beschäftigung" von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen, umfassend zu unterrichten. "Beschäftigte" seien zumindest alle Personen, die im Betrieb einer ergebnisorientierten Tätigkeit nachgingen, unabhängig davon, wessen Weisungen sie unterlägen.

Die erweiterte Unterrichtungspflicht nach § 80 Abs. 2 S. 1, 2. Halbsatz BetrVG bestehe zwar nur, wenn der Betriebsrat die Informationen zur Durchführung seiner Aufgaben benötige. Die Neuregelung des § 80 Abs. 2 S. 1, 2. Halbsatz unterstelle aber, dass, soweit der Betriebsrat die Unterrichtung über Personen verlange, die i.S.d. § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG im Betrieb "beschäftigt" würden, die Unterrichtung grundsätzlich zur Erfüllung der Aufgaben des Betriebsrats notwendig sei. Davon seien nur ganz kurzfristige Einsätze ausgenommen. Die Darlegung einer gewissen Wahrscheinlichkeit eines konkreten Aufgabenbezugs sei bei einem längeren Fremdpersonaleinsatz nicht im Einzelnen erforderlich.

Die begehrten Detailinformationen gingen inhaltlich nicht über das hinaus, was der Betriebsrat zur Wahrnehmung seiner Aufgaben verlangen könne. Er benötige Kenntnisse über die Tätigkeit und die Abteilung des Einsatzes sowie der Laufzeit des Projekts, um nachzuprüfen, ob es sich um einen Arbeitnehmerein-

satz auf Werk- oder Dienstvertragsbasis handele oder aber (verdeckte) Arbeitnehmerüberlassung betrieben werde mit der Folge, dass Beteiligungsrechte aus § 99 BetrVG begründet seien.

Auch das Beteiligungsrecht bei der Personalplanung gemäß § 92 Abs. 2 BetrVG rechtfertige die begehrten Informationen. Vorschläge des Betriebsrats für die Einführung oder Durchführung einer Personalplanung hätten nur Aussicht, vom Arbeitgeber in Erwägung gezogen und mit dem Betriebsrat beraten zu werden, wenn sie von tatsächlichen Gegebenheiten ausgingen und fundiert erschienen. Dafür sei es für den Betriebsrat erforderlich zu wissen, in welchen Abteilungen, welche Tätigkeiten oder Projektarbeiten für welchen Zeitraum, von wem wahrgenommen würden.

Es sei der Arbeitgeberin auch möglich, dem Betriebsrat die begehrten Informationen zu erteilen. Zwar treffe den Arbeitgeber im Rahmen des § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG grundsätzlich keine Pflicht sich Informationen für den Betriebsrat neu zu verschaffen, allerdings verfüge die Arbeitgeberin bereits über die vom Betriebsrat begehrten Informationen. Sie erteile die vom Betriebsrat geforderten Informationen im Wesentlichen schon dem Gesamtbetriebsrat in ihrer Quartalsübersicht. Außerdem könnten die vom Betriebsrat begehrten Informationen, bis auf den Namen und Vornamen der einzelnen Personen, den Werk- und Dienstverträgen entnommen werden. Kenntnis über die Namen, der länger als zehn Tage in ihrem Betrieb beschäftigten Fremdfirmenmitarbeiter, werde die Arbeitgeberin im Rahmen der Zutrittsprotokolle der Eingangskontrolle haben.

XVII. § 87 Abs.1 Nr. 13 BetrVG

Das neue Mitbestimmungsrecht bei Gruppenarbeit in § 87 Abs.1 Nr.13 BetrVG scheint in den Betrieben problemlos zu funktionieren. Bisher war gerichtlich nur festzustellen, dass der Tendenzcharakter eines Unternehmens ein Mitbestimmungsrecht i.S.d § 87 Abs.1 Nr.13 BetrVG nicht ausschließt.

1. Landesarbeitsgerichte

- **LAG Nürnberg, Az: 8 TaBV 29/03 vom 28.08.03**; vorgehend: ArbG Nürnberg, Az: 4 BV 50/03 vom 23.05.03

„Der Tendenzcharakter eines Betriebes schließt ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs.1 Nr.13 BetrVG nicht vollständig aus. „ (Leitsatz der Bearbeiterin)

Die Beteiligten streiten um das Vorliegen eines Mitbestimmungsrechts gem. § 87 Abs.1 Nr. 13 BetrVG.

Die Arbeitgeberin ist eine gemeinnützige Einrichtung für die berufliche Umschulung und Wiedereingliederung von Arbeitnehmern. Die Auszubildenden werden von sog. „Reha-Teams“ betreut. Es besteht ein Konzept für die handlungsorientierte Ausbildung im Berufsförderwerk Nürnberg sowie „Rahmenbedingungen für Reha-Teams“. Der Betriebsrat begehrt die Durchführung eines Einigungsstellenverfahrens zum Abschluss einer Betriebsvereinbarung zu den Rahmenbedingungen für die „Reha-Teams“.

Das LAG befindet die Einigungsstelle hier nicht für offensichtlich unzuständig. Die Bestellung eines Vorsitzenden für die Einigungsstelle müsse erfolgen.

Im Hinblick auf § 87 Abs.1 Nr.13 BetrVG und § 118 BetrVG sei hier nicht sofort erkennbar gewesen, dass ein Mitbestimmungsrecht unter keinem denkbaren Gesichtspunkt in Betracht komme.

Nach § 87 Abs.1 Nr. 13 habe der Betriebsrat bei der Aufstellung von Grundsätzen über die Durchführung von Gruppenarbeit mitzubestimmen. Gruppenarbeit liege vor, wenn im Rahmen des betrieblichen Arbeitsablaufs eine Gruppe von Arbeitnehmern eine ihr übertragene Gesamtaufgabe im wesentlichen eigenverantwortlich erledige („teilautonome Gruppenarbeit“). Bei der Arbeitgeberin sei Gruppenarbeit eingeführt worden. Es seien Reha-Teams gebildet worden, bei denen nicht offensichtlich sei, dass diese nicht teilautonom sein könnten. Das Team sei verantwortlich für die Reha-Maßnahmen, es sichere den Ausbildungserfolg und die Einhaltung der Rahmenlehrpläne und ihm stehe ein Budget zur Verfügung.

Da die relative Selbständigkeit nicht offensichtlich ausgeschlossen werden könne, sei auch ein Mitbestimmungsrecht in bezug auf die „Grundsätze über die Durchführung von Gruppenarbeit“ nicht auszuschließen.

Habe sich der Arbeitgeber für die Gruppenarbeit als Form der Arbeitsorganisation entschieden, müsse er über deren Ausgestaltung ein Einvernehmen mit dem Betriebsrat herstellen. Elemente des Direktionsrechts des Arbeitgebers würden auf die Arbeitsgruppe übertragen, die diese Befugnisse stellvertretend ausübe. Daher unterliege die Ausgestaltung ihrer Modalitäten der Mitbestimmung des Betriebsrats. Die teilautonome Gruppenarbeit führe zu neuartigen arbeitsrechtlichen Risiken und sei auch deshalb hinsichtlich der Modalität ihrer Durchführung mitbestimmungspflichtig. Sie sei sowohl für das einzelne Gruppenmitglied wie für die Arbeitsgruppe insgesamt mit verstärkten Zuweisungen von Verantwortung für Arbeitsablauf und Arbeitsergebnis verbunden. Dies könne zu einer Erhöhung der Arbeitsintensität, der Ausdehnung der Arbeitszeit oder zur Intensivierung der gruppeninternen Kontrolle mit der Gefahr der Ausgrenzung von leistungsschwächeren Gruppenmitgliedern führen und damit eine zusätzliche Erschwerung der Arbeitsbedingungen bewirken. Der Betriebsrat habe damit auch den Individualrechten der Gruppenmitgliedern Rechnung zu tragen. Daher sei auch bezüglich des Tendenzcharakters der Arbeitgeberin ein Mitbestimmungsrecht nicht auszuschließen. Der Tendenzcharakter schließe nach der sog. Eigenartsklausel des § 118 Abs.1 Satz 1 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs.1 Nr. 13 BetrVG nicht vollständig aus. Die Einigungsstelle müsse bei der Aufstellung der Grundsätze den Tendenzcharakter allerdings ausreichend berücksichtigen. Es verblieben aber jedenfalls im Rahmen der Mitbestimmungsrechte in sozialen Angelegenheiten tendenzneutrale Angelegenheiten, etwa arbeitsorganisatorische Fragen, die nicht durch § 118 Abs.2 BetrVG von vornherein ausgeschlossen seien.

XVIII. § 92 a BetrVG

Das neue Vorschlagsrecht zur Beschäftigungssicherung aus § 92 a BetrVG fand seinen Weg in die betriebliche Praxis bislang, ohne aufwändige gerichtliche Streitigkeiten nach sich zu ziehen. Bestätigt wurde insoweit, dass es auch zur Vorbereitung eines Beschäftigungssicherungsplanes nach § 92 a BetrVG zulässig ist, wenn der Betriebsrat rechtsanwaltliche Beratung gem. § 80 Abs.3 BetrVG in Anspruch nimmt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Vorschläge zur Arbeitssicherung erarbeitet werden sollen, und dabei auch Arbeitsstreckungsmaßnahmen und Qualitätssicherung zur Diskussion stehen.

- LAG Baden-Württemberg, Az: 4 TaBV 03/04 vom 27.09.04
- ArbG Essen, Az: 6 BV 97/03 vom 16.12.03

1. Landesarbeitsgerichte

Baden-Württemberg:

- **LAG Baden-Württemberg, Az: 4 TaBV 03/04 vom 27.09.04;** vorgehend: ArbG Stuttgart, Az: 21 BV 175/04 vom 15.07.04:

„Die unternehmerische Entscheidung zur Fertigung eines Nachfolgeprodukts an einem anderen Produktionsstandort stellt für sich allein noch keine Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG dar. Eine Einigungsstelle zur Herbeiführung eines Interessenausgleichs kann daher erst gebildet werden, wenn eine der in § 111 BetrVG aufgeführten Maßnahmen konkret absehbar ist.“

„Liegt noch keine geplante Betriebsänderung vor, stehen dem Betriebsrat nur die schwächeren Beteiligungsrechte der §§ 92, 92 a BetrVG zur Verfügung.“ (Leitsatz der Verfasserin)

Das LAG lehnt im Fall die vom Betriebsrat beantragte Bildung einer Einigungsstelle ab.

Eine Pflicht zur Herbeiführung eines Interessenausgleichs bestehe erst dann, wenn der Arbeitgeber plane, ob und in welcher Form des § 111 BetrVG eine Betriebsänderung durchgeführt werde. Mit Blick auf die vom Betriebsrat befürchtete Betriebseinschränkung werde dieses Stadium erst dann erreicht, wenn die Arbeitgeberin erkennen lasse, dass der Produktionsrückgang im Standort W. nicht durch andere Maßnahmen aufgefangen werde.

Dies sei noch nicht der Fall, eine konkret absehbare Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG liege bislang nicht vor. Einerseits lasse sich bereits nicht ersehen, ob und zu welchem konkreten Zeitpunkt ein Personalabbau, der die maßgebliche Schwelle der Gesamtbelegschaft überschreite, stattfinden werde. Zum anderen stelle eine Betriebsänderung in Form einer Betriebseinschränkung zwar eine wahrscheinliche,

aber keineswegs eine zwingende Folge der Standortentscheidung der Arbeitgeberin dar. So könne das Auslaufen der Produktion des fraglichen Produkts theoretisch auch durch ein anderes Produkt kompensiert werden.

Zwar sei nachvollziehbar, dass der Betriebsrat rechtzeitig Anstrengungen unternehmen wolle, um den für gefährdet erachteten Standort zu sichern. Für diesen Fall stelle das Betriebsverfassungsgesetz jedoch zunächst andere Instrumentarien zur Verfügung, etwa die Beteiligungsrechte nach § 92 BetrVG und § 92a BetrVG.

Die Einfügung des § 92a BetrVG durch das Betriebsverfassungs-Reformgesetz beruhe gerade auf der Erwägung des Gesetzgebers, die Beschäftigungssicherung sei ein Schwerpunkt der Betriebsratsarbeit. Dem Betriebsrat sollte ein Mittel an die Hand gegeben werden, um die Initiative für eine Beschäftigungssicherung ergreifen zu können. Hierzu stelle das Gesetz dem Betriebsrat jedoch nur die schwächeren Beteiligungsrechte der §§ 92, 92a BetrVG zur Verfügung.

2. Arbeitsgerichte

Nordrhein-Westfalen:

- **ArbG Essen, Az: 6 BV 97/03 vom 16.12.03**

„Der Betriebsrat kann zur Vorbereitung eines Beschäftigungssicherungsplanes im Sinne des § 92a BetrVG einen Rechtsanwalt als Sachverständigen gemäß § 80 Abs 3 BetrVG hinzuziehen.

Arbeitsstreckungsmaßnahmen wie Absenkung der Arbeitszeit, Qualifizierungsmaßnahmen, Maßnahmen nach dem SGB III und Zielvereinbarungen sind keine Standardprobleme der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeit, so dass eine Beratung durch einen Sachverständigen erforderlich ist.

Die Möglichkeit der Hinzuziehung von Vertretern der Agentur für Arbeit nach § 92a Abs 2 Satz 2 BetrVG steht einer Sachverständigenhinzuziehung nicht entgegen, weil die Agentur für Arbeit als neutrale Instanz erst zu den Beratungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat und nicht zur Beratung des Betriebsrates im Vorfeld der Verhandlungen über Vorschläge zur Beschäftigungssicherung hinzugezogen werden kann.“

Der Gesamtbetriebsrat, der die örtlichen Betriebe der Muttergesellschaft vertritt, begehrt die Erteilung des Einvernehmens zur Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes als Sachverständigen gem. § 80 Abs.3 BetrVG wegen der Beratung und Verhandlung eines Beschäftigungssicherungsplanes.

Gem. § 80 Abs.3 BetrVG kann der Betriebsrat bei der Durchführung seiner Aufgaben nach näherer Vereinbarung mit dem Arbeitgeber Sachverständige hinzuziehen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist. Kommt eine entsprechende Einigung nicht zustande, kann der Betriebsrat das Arbeitsgericht mit dem Antrag anrufen, die verweigerte Zustimmung ersetzen zu lassen.

Das ArbG führt aus: Bei der Erforderlichkeit der Zuziehung eines Sachverständigen handele es sich um eine Rechtsfrage, die in vollem Umfang der gerichtlichen Prüfung unterliege. Maßstab sei der Standpunkt eines vernünftigen Dritten, der die Interessen des Unternehmens einerseits und des Betriebsrates andererseits gegeneinander abwägt.

Hinsichtlich eines Beschäftigungsplanes gem. § 92 a BetrVG sei vorliegend die Hinzuziehung eines Sachverständigen gem. § 80 Abs. 3 BetrVG erforderlich. Der Gesamtbetriebsrat sei gem. § 50 Abs. 1 BetrVG zuständig, da es sich um eine Angelegenheit, die das Gesamtunternehmen betrifft, handele. Unstreitig wäre durch den Vorstand der Muttergesellschaft mitgeteilt worden, dass 160 Mitarbeiter zuviel beschäftigt wurden. Der Abbau der Beschäftigten betreffe alle Unternehmen, die zu dem Mutterbetrieb gehörten.

Gem. § 92 a II 1 BetrVG könne der Betriebsrat auch von sich aus Vorschläge für eine Beschäftigungssicherung machen. Die Parteien müssten zuvor keine Verhandlungen über einen Beschäftigungssicherungsplan geführt haben. Die Vorschlagsthemen habe der Betriebsrat schriftlich mitgeteilt. Aufgrund dieses Themenkatalogs sei für die Erarbeitung der Vorschläge die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes als Sachverständige gem. § 80 Abs. 3 BetrVG erforderlich.

Dabei solle es unter anderem um Arbeitsstreckungsmaßnahmen im Wege der Absenkung der Arbeitszeit ergehen. Hier müssten rechtliche Modelle erarbeitet werden, die dies hinsichtlich der Arbeitsverträge der

betroffenen Mitarbeiter ermöglichen. Es gehe um eine juristische Beurteilung von nicht einfachen arbeitsrechtlichen Fragen, so dass davon auszugehen sei, dass der Betriebsrat hier einer anwaltlichen Beratung bedürfe.

Als weiteres solle es um Qualifizierungsmaßnahmen und die Prüfung der Voraussetzung des § 97 Abs.2 BetrVG gehen. Auch insoweit gehe es nicht um einfache Standardprobleme des Arbeitsrechts.

Des weiteren sollten Maßnahmen nach dem SGB III geprüft werden. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die einzelnen Betriebsräte aufgrund ihrer Betriebsratsarbeit ausreichende Kenntnisse über das SGB III besäßen.

Des gleichen gelte insbesondere auch für die Voraussetzung für den Bezug von Strukturkurzarbeitergeld bzw. Transferkurzarbeitergeld sowie bezüglich der Sozialplanzuschussmaßnahmen nach der gegenwärtigen Rechtslage und nach dem Dritten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt.

Es solle um Zielvereinbarungen und deren rechtliche Bewältigung bezüglich der leitenden Angestellten gehen. Auch insoweit handele es sich nicht um ein Standardproblem der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeit, so dass eine Beratung durch einen Sachverständigen von Nöten sei.

Der Betriebsrat müsse sich nicht darauf verweisen lassen, einen Vertreter des Arbeitsamtes oder des Landesarbeitsamtes hinzuzuziehen. Die Vertreter des Arbeitsamtes und des Landesarbeitsamtes könnten gemäß § 92 a Abs. 2 Satz 3 BetrVG zu den Beratungen hinzugezogen werden. Beratungen hätten zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat vor dem Termin jedoch noch nicht stattgefunden. Die Vertreter des Arbeitsamtes und des Landesarbeitsamtes sollten auch als neutrale Instanzen Meinungsverschiedenheiten zwischen den Betriebsparteien ausräumen helfen. Diese Funktion könne anhand des derzeitigen Verfahrensstadiums nicht erfüllt werden, da noch keine Verhandlungen mit konkreten Meinungsverschiedenheiten über die zutreffenden Maßnahmen erfolgt seien, sondern der Betriebsrat einer Beratung im Vorfeld der Verhandlungen bedürfe, um selbst Vorschläge machen zu können.

XIX. § 97 Abs.2 BetrVG

Das Mitbestimmungsrecht des § 97 Abs.2 BetrVG, nach dem der Betriebsrat bei Fällen eines drohenden Qualitätsverlustes Berufsbildungsmaßnahmen durchsetzen kann, widersteht der Kritik. In dieser Vorschrift sahen manche eine starke Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit, die investitionshemmend wirke. Von einer Investitionshemmung konnte bisher nicht die Rede sein: Entgegen den Unkenrufen war hier nur ein einziges Mal eine gerichtliche Entscheidung erforderlich.

1. Landesarbeitsgerichte

Nordrhein-Westfalen:

- **LAG Hamm, Az: 10 (13) TaBV 59/02 vom 08.11.02;** vorgehend: ArbG Bocholt, Az: 2 BV 41/01 vom 08.03.02

„Das Mitbestimmungsrecht des § 97 Abs.2 BetrVG n.F. verlangt einen konkreten drohenden Qualifikationsverlust der betroffenen Arbeitnehmer. Ein Bedarf nach betrieblicher Berufsbildung setzt voraus, dass die mit einer Maßnahme des Arbeitgebers verbundenen Änderungen der Tätigkeiten des betroffenen Arbeitnehmer so nachhaltig sind, dass die beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten der betroffenen Arbeitnehmer nicht mehr ausreichen, um ihre Aufgaben erfüllen zu können.

Die Einweisung von Arbeitnehmern in die Tätigkeit an einer neu angeschafften Maschine, die bloße Bedienungsanleitung stellt keine betriebliche Berufsausbildung im Sinne des § 97 Abs.2 BetrVG nF dar.“

In einem Unternehmen der Elektrobranche wurde eine neue Maschine angeschafft, in deren Bedienung und Handhabung drei vom Arbeitgeber ausgewählte Arbeitnehmer im Rahmen eines Lehrgangs eingewiesen wurden. Dabei waren zwei der Mitarbeiter bereits mit der Blechbearbeitung an den vorhandenen Stanzen vertraut, der dritte hingegen nicht. Der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende, der ebenfalls mit den bereits vorhandenen Stanzen vertraut war, wurde nicht ausgewählt und sah sich dadurch aufgrund seiner Betriebsratstätigkeit gezielt in seiner beruflichen Entwicklung benachteiligt.

Verhandlungen über Fragen der beruflichen Weiterbildung hinsichtlich der Mitbestimmungsrechte aus § 97 Abs.2 BetrVG lehnte der Arbeitgeber ab. Der Betriebsrat macht nachfolgend die Einrichtung einer Einigungsstelle gerichtlich geltend.

Zum Zeitpunkt der betreffenden Maßnahme führt das LAG aus: Ein Ziel des geänderten § 97 Abs.2 BetrVG sei, dass das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates generell bei vom Arbeitgeber geplanten oder durchgeführten Maßnahmen greife. Daher entstehe das durch § 97 Abs.2 BetrVG neu geschaffene Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Einführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung nicht erst dann, wenn der Arbeitgeber nach Inkrafttreten des Betriebsverfassungs-Reformgesetzes Maßnahmen im Sinne des § 97 Abs.2 BetrVG plane oder durchführe, sondern auch, wenn der Arbeitgeber bereits zuvor entsprechende Maßnahmen geplant oder durchgeführt habe.

Der Begriff der „Maßnahme“ i.S.d. § 97 Abs.2 Satz 1 BetrVG sei weit zu verstehen. Das neu geschaffene Mitbestimmungsrecht sei nicht eng auf enumerativ genannte Sachverhalte beschränkt, sondern solle umfassend dann gewährleistet werden, wenn durch ein gestaltendes Tätigwerden des Arbeitgebers eine Diskrepanz zwischen seinen Anforderungen und dem Ausbildungsstand der Arbeitnehmer entstehe oder zu entstehen drohe. Anknüpfungspunkt könne jede Maßnahme des Arbeitgebers sein, die die Tätigkeit der betroffenen Arbeitnehmer ändere.

Um das Mitbestimmungsrecht i.S.d. § 97 Abs.2 BetrVG auszulösen, muss die durchgeführte Maßnahme dazu führen, dass sich die Tätigkeit der betroffenen Arbeitnehmer ändert und ihre beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht mehr ausreichen.

In diesen arbeitgeberseitig veranlassten Fällen eines konkreten drohenden Qualifikationsverlustes ist es nach Auffassung des LAG Sinn und Zweck des § 97 Abs.2 BetrVG, dass der Arbeitnehmer den Betriebsrat nicht lediglich auf sein Widerspruchsrecht nach § 103 Abs. 2 Nr. 3 und 4 BetrVG verweisen könne, soweit aus diesem Grund Kündigungen drohten. Der Betriebsrat solle vielmehr frühzeitig und dadurch präventiv betriebliche Berufsbildungsmaßnahmen zugunsten der betroffenen Arbeitnehmer durchsetzen können, um deren Beschäftigung zu sichern.

Nicht vom Begriff der betrieblichen Berufsbildung umfasst seien Maßnahmen der Unterrichtung bzw. Einweisung bezogen auf einen konkreten Arbeitsplatz, wenn der Arbeitnehmer die dazu erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen grundsätzlich schon besitze, ihm also auf der Grundlage bestehender Erfahrungen oder vorhandener Kenntnisse lediglich besondere Tätigkeiten im Betrieb zugewiesen würden.

So liege der Fall hier – die Anschaffung der neuen Maschine erfordere lediglich einen vom Mitbestimmungsrecht des § 97 Abs.2 BetrVG nicht umfassten Einweisungsbedarf. Sollte der Arbeitnehmer auch an der neuen Maschine eingesetzt werden, wäre der Arbeitgeber verpflichtet, ihn über seine konkrete Tätigkeit und Verantwortung zu unterrichten, ihn in die Tätigkeit an der Maschine einzuweisen und zur Bedienung anzuleiten. Derartige Anleitungen und Einweisungen stellten keine mitbestimmungspflichtigen Berufsbildungsmaßnahmen im Sinne der §§ 96 ff. BetrVG, sondern Maßnahmen nach § 81 BetrVG dar und seien daher mitbestimmungsfrei.

Das Mitbestimmungsrecht des § 97 Abs. 2 BetrVG bestehe nur bei Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung. Dabei sei der Begriff "betrieblich" nicht räumlich, sondern funktional zu verstehen. Entscheidend sei nicht der Ort der Bildungsmaßnahme, sondern ob der Arbeitgeber Träger oder Veranstalter der Maßnahme sei und die Maßnahme für seine Arbeitnehmer durchführe oder - bei Zusammenarbeit mit Dritten - auf Inhalt und Durchführung der Maßnahme rechtlich oder tatsächlich einen beherrschenden Einfluss habe. Führe dagegen ein Dritter in Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber eine Berufsbildungsmaßnahme durch, auf die der Arbeitgeber keinen beherrschenden Einfluss hat, liege keine betriebliche Maßnahme vor.

Bei einer Qualifizierungsmaßnahme, die vom Hersteller der neu angeschafften Maschine durchgeführt werde, und die erst eine Garantieleistung begründen solle, handele es sich nicht um eine betriebliche Berufsbildungsmaßnahme i.S.d. § 97 Abs.2 BetrVG.

XX. § 99 BetrVG

Durch die Reform des BetrVG wurde der Anwendungsbereich des § 99 BetrVG erheblich ausgedehnt. Über den Inhalt dieser Veränderung noch hinausgehend, befand das Bundesarbeitsgericht eine analoge Anwendung des § 99 Abs.1 BetrVG für zulässig, sofern ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen mit jeweils weniger als zwanzig, insgesamt aber mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmer vorliegt. Auf untergerichtlicher Ebene wurde festgestellt, dass für die Anzahl der wahlberechtigten Arbeit-

nehmer i.S.d. § 99 Abs.1 BetrVG allein die Zahl der in inländischen Betrieben beschäftigten Arbeitnehmer ausschlaggebend ist.

Der neu gefasste § 99 Abs.3 BetrVG stellte sich entgegen den Erwartungen nicht als konfliktrträgliche Neuerung heraus, sondern als ein sinnvolles Werkzeug der betriebsrätlichen Arbeit, das ohne wesentliche Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe anzuwenden ist.

- BAG 1 ABR 39/03 vom 29.09.2004
- BAG 1 AZR 473/03 vom 29.09.04

- LAG Köln, Az: 3 TaBV 76/02 vom 4.6.2003
- LAG Köln, Az: 3 (7) Sa 1120/02 vom 04.06.03

- ArbG Frankfurt, Az: 2 BV 567/01 vom 05.12.01
- ArbG Frankfurt, Az: 15 BV 21/02 vom 27.05.02
- ArbG Bielefeld, Az: 3 BV 78/02 vom 15.01.03

1. Bundesarbeitsgericht

- **BAG 1 ABR 39/03 vom 29.09.2004**; vorgehend: LAG Köln, Az: 3 TaBV 76/02 vom 04.06.03; ArbG Köln, Az: 17 BV 248/01 vom 18.06.02

„Führen mehrere Unternehmen mit jeweils weniger als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern gemeinsam einen Betrieb, in dem insgesamt mehr als zwanzig wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt sind, so ist die Vorschrift des § 99 BetrVG auf Versetzungen in diesem Betrieb analog anwendbar.“

Die Beteiligten streiten über die Aufhebung einer Versetzung und in diesem Zusammenhang über das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts nach § 99 Abs. 1 BetrVG.

Die Arbeitgeberin betreibt ein zahntechnisches Labor und beschäftigt achtzehn Arbeitnehmer. Die Arbeitgeberin führt einen Betrieb gemeinsam mit der D GmbH, die ebenfalls ein zahntechnisches Labor betreibt und vier Arbeitnehmer beschäftigt. Es besteht ein von sämtlichen Beschäftigten beider Unternehmen gewählter dreiköpfiger Betriebsrat.

Arbeitnehmer A. war bis 2002 Vorsitzender des Betriebsrats. Im September 2001 wurde er von Arbeitgeberseite angewiesen, in Zukunft ausschließlich als Auslieferungsfahrer tätig zu werden; während der beiden Jahre zuvor war er überwiegend in der sog. Gipsabteilung eingesetzt. Der Betriebsrat wurde an dieser Maßnahme nicht beteiligt.

Das BAG führt aus, der Betriebsrat könne die Aufhebung der Maßnahme verlangen. Ihm habe bei der Versetzung ein Mitbestimmungsrecht nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG analog zugestanden.

Arbeitgeber i.S.d. § 99 Abs. 1, § 101 Satz 1 BetrVG sei, wer die betreffende Maßnahme plane oder schon durchgeführt habe. Im Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen sei das bei einer Versetzung nicht allein der jeweilige Vertragsarbeitgeber, sondern alle Unternehmen, die sich zur einheitlichen Leitung des Betriebs verbunden hätten. Durch das mitbestimmungsrechtlich relevante Handeln der von ihnen gemeinsam ausgeübten einheitlichen Leitung seien sie alle in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Stellung betroffen. Hier sei vom Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs auszugehen.

Der auf beide Arbeitgeberinnen erstreckte Antrag des Betriebsrats sei begründet. Gem. § 101 Satz 1 BetrVG könne der Betriebsrat beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, eine personelle Maßnahme iSd. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG aufzuheben, wenn diese ohne seine Zustimmung durchgeführt wurde.

Die dem Arbeitnehmer erteilte Weisung stelle eine Versetzung iSd. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG dar, für die die Zustimmung des Betriebsrats erforderlich gewesen sei. Allerdings bedürfe es ihrer nach dem Wortlaut des Gesetzes nur in Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern. Beide beteiligten Arbeitgeberinnen hätten je für sich weniger als diese Anzahl von Mitarbeitern beschäftigt. Über seinen Wortlaut hinaus sei § 99 BetrVG aber jedenfalls bei Versetzungen im Wege der Analogie auch auf solche Unternehmen anzuwenden, wenn sie gemeinsam mit einem oder mehreren anderen

Unternehmen einen Betrieb führten, in dem insgesamt mehr als zwanzig wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt seien.

Zwar lasse der Wortlaut des Gesetzes eine entsprechende Auslegung nicht zu. Mit der Formulierung: "In Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern" bringe das Gesetz zum Ausdruck, dass es auf die Anzahl der vom betreffenden Unternehmen als Vertragsarbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmer ankomme. Ein Unternehmen "mit" mehr als zwanzig Arbeitnehmern sei nur ein solches, das schon für sich selbst mehr als diese Anzahl von Arbeitnehmern beschäftige und nicht erst auf Grund des betrieblichen Zusammenwirkens mit einem anderen Unternehmen.

Mit dem Wortlaut und Wortsinn lasse es sich aber noch vereinbaren, § 99 BetrVG dann anzuwenden, wenn ein Unternehmen mit weniger als einundzwanzig Arbeitnehmern gemeinsam mit einem Unternehmen mit mehr als zwanzig Arbeitnehmern einen Betrieb führe. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sei - weil Betriebsräte nicht in Unternehmen, sondern in Betrieben eines Unternehmens gewählt seien - zu lesen wie: "In Betrieben von Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig ... Arbeitnehmern hat der Arbeitgeber ...". Ein Gemeinschaftsbetrieb, an dem ein Unternehmen mit mehr als zwanzig Arbeitnehmern beteiligt sei, sei auch dann noch ein Betrieb dieses Unternehmens, wenn an ihm zugleich ein kleineres Unternehmen beteiligt sei.

Jedoch sei der Wortsinn für die Rechtsanwendung durch die Gerichte keine unübersteigbare Grenze. Die wortsinnübersteigende analoge Gesetzesanwendung setze aber voraus, dass der gesetzlich unregelte Fall nach Maßgabe des Gleichheitssatzes und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nach der gleichen Rechtsfolge verlange, wie die gesetzessprachlich erfassten Fälle.

Hier sei die analoge Anwendung des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG geboten. Sie habe von Sinn und Zweck des Gesetzes auszugehen. Mit der Beschränkung des Mitbestimmungsrechts bei personellen Einzelmaßnahmen auf Einheiten mit mehr als zwanzig Arbeitnehmern habe der besonderen Interessenlage der Arbeitgeber in kleineren Einheiten Rechnung getragen werden sollen. Weil dort in der Regel von einer engen persönlichen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern auszugehen sei, solle der Arbeitgeber über Fragen der Einstellung und Versetzung unbeeinflusst durch den Betriebsrat entscheiden können. Das BetrVG 1972 hätte dazu auf die Organisationseinheit des Betriebs abgestellt, weshalb Gemeinschaftsbetriebe zweier Unternehmen, in denen insgesamt mehr als zwanzig Arbeitnehmer beschäftigt wurden, zwanglos von § 99 BetrVG erfasst worden seien.

Mit der Ersetzung des Begriffs "Betrieb" durch "Unternehmen" durch das Betriebsverfassungs-Reformgesetz 2001 sollte bedacht werden, dass immer mehr Unternehmen dazu übergegangen waren, sich zu dezentralisieren und kleine leistungsstarke Organisationseinheiten zu schaffen, um auf diese Weise besser und schneller auf sich verändernde Marktbedingungen im globalen Wettbewerb reagieren zu können. Es fehle dann trotz der geringen Arbeitnehmeranzahl in den jeweiligen Einheiten an einer räumlich bedingten engen persönlichen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Damit sei heute die Anknüpfung der Arbeitnehmergrenzzahl an das Unternehmen sachgerecht.

Bei dieser ratio legis führe die Nichtanwendung des § 99 BetrVG auf Fälle wie den vorliegenden zu Wertungswidersprüchen. Die wortsinngemäße Anwendung von § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG habe zur Folge, dass der Betriebsrat im einzigen Betrieb eines Unternehmens, das (dort) mehr als zwanzig wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt, bei personellen Einzelmaßnahmen mitzubestimmen habe, während er nicht zu beteiligen sei, wenn zwar in dem Betrieb, für den er gewählt sei, mehr als zwanzig Arbeitnehmer beschäftigt würden, diese aber in Vertragsbeziehungen zu mehreren Unternehmen mit jeweils weniger als zwanzig Arbeitnehmern ständen. Diese Unterscheidung sei für Versetzungen bei einer am Gleichheitssatz orientierten Betrachtung angesichts des Gesetzeszwecks sachlich nicht gerechtfertigt.

Eine Differenzierung danach, ob ein Betrieb mit mehr als zwanzig Arbeitnehmern rechtlich einem einzigen Unternehmen oder mehreren Unternehmen mit jeweils weniger als zwanzig Mitarbeitern zuzuordnen sei, sei für die persönliche Nähe von Arbeitgeber und Arbeitnehmern und den nötigen Leitungsaufwand ohne Bedeutung. Eine solche Unterscheidung sei deshalb sachlich nicht gerechtfertigt. Vielmehr verlangten beide Fälle nach der gleichen Rechtsfolge. Dies gelte insbesondere, wenn berücksichtigt werde, dass § 99 BetrVG in einem Gemeinschaftsbetrieb, an dem ein Unternehmen mit weniger und eines mit mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern beteiligt ist, unmittelbar gilt. Die Vorschrift ist daher im Wege der Analogie auch auf Versetzungen in einem von mehreren Kleinunternehmen gemeinschaftlich geführten Betrieb mit insgesamt mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern anzuwenden.

Der analogen Anwendung von § 99 BetrVG stehe nicht entgegen, dass das Betriebsverfassungs-Reformgesetz 2001 in § 1 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BetrVG die Figur des Gemeinschaftsbetriebs erstmals

ins Gesetz aufgenommen hat, ohne dass diese Möglichkeit der Betriebsführung zugleich bei der Neuformulierung des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG berücksichtigt worden wäre.

An der analogen Anwendung der Vorschrift auf Versetzungen in Gemeinschaftsbetrieben mehrerer Unternehmen mit jeweils weniger als zwanzig Arbeitnehmern wären die Gerichte nur gehindert, wenn in der Nichtberücksichtigung dieser Gemeinschaftsbetriebe im Rahmen des § 99 BetrVG der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck käme, die Träger solcher Betriebe keinesfalls der Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen zu unterwerfen. Ein solcher Wille des Gesetzgebers sei nicht feststellbar.

- **BAG 1 AZR 473/03 vom 29.09.04**; vorgehend: LAG Köln, Az: 3 (7) Sa 1120/02 vom 04.06.03; ArbG Köln 17 Ca 127/02 Urteil vom 18.06.02

„Nur allgemein beschriebene und unterschiedliche Arbeitspflichten können sich im Lauf der Zeit auf bestimmte, künftig als einzige geschuldete Tätigkeiten konkretisieren, wenn über längere Zeit nur noch diese verrichtet worden sind. Dann ist die Änderung der Arbeitsaufgaben der einseitigen Weisung durch den Arbeitgeber entzogen. Zu einer solchen Konkretisierung genügt aber nicht schon der bloße Zeitablauf. Es müssen weitere Umstände hinzutreten, aus denen sich ergibt, dass der Arbeitnehmer künftig nicht mehr in anderer Weise eingesetzt werden soll.“

Teilweise Parallelentscheidung zu dem Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 29.9.2004 - 1 ABR 39/03 zu der Problematik der Anwendung des § 99 BetrVG bei Versetzungen im Wege der Analogie auch auf solche Unternehmen, wenn sie gemeinsam mit einem oder mehreren anderen Unternehmen einen Betrieb führen, in dem insgesamt mehr als zwanzig wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt sind.“

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der Zuweisung eines anderen Tätigkeitsbereichs.

Die Arbeitgeberin betreibt ein zahntechnisches Labor. Der Arbeitnehmer ist dort beschäftigt. Im Betrieb sind insgesamt 22 Arbeitnehmer tätig.

Der Arbeitnehmer einige Jahre - z.T. ausschließlich - als Auslieferungsfahrer eingesetzt. Später war er in der sog. Gipsabteilung des Betriebs tätig. Seitdem fielen Auslieferungsfahrten nur noch gelegentlich an. Der Arbeitnehmer war Vorsitzender des für den Betrieb gewählten dreiköpfigen Betriebsrats. Während der laufenden Wahlperiode erhielt er von der Arbeitgeberin die Anweisung, künftig nur noch als Auslieferungsfahrer zu arbeiten. Der Betriebsrat hat der Anweisung nicht zugestimmt.

Das BAG führt aus, die Tätigkeitszuweisung habe der Zustimmung des Betriebsrats bedurft.

Die Maßnahme der Arbeitgeberin stelle eine Versetzung nach § 95 Abs. 3, § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG dar und habe der Zustimmung des Betriebsrats bedurft, obwohl die Beklagte selbst weniger als zwanzig Arbeitnehmer beschäftigt habe. Über seinen Wortlaut hinaus sei § 99 BetrVG aber jedenfalls bei Versetzungen im Wege der Analogie auch auf solche Unternehmen anzuwenden, die gemeinsam mit einem oder mehreren anderen Unternehmen einen Betrieb führten, in dem wie hier insgesamt mehr als zwanzig wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt seien.

(Argumentation insoweit deckungsgleich mit BAG 1 ABR 39/03 vom 29.09.04)

Die ohne die erforderliche Zustimmung des Betriebsrats erfolgte Versetzung des Klägers sei individualrechtlich unwirksam. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei einer Versetzung diene auch dem Schutz des von der Maßnahme betroffenen Arbeitnehmers. Dies zeige § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG. Aufgrund fehlender Zustimmung sei die Versetzung auch im Verhältnis der Arbeitsvertragsparteien unwirksam; der Arbeitnehmer habe das Recht, die Arbeit zu den geänderten Bedingungen zu verweigern.

2. Landesarbeitsgerichte

Nordrhein-Westfalen:

- **LAG Köln, Az: 3 TaBV 76/02 vom 4.6.2003**; vorgehend: ArbG Köln, Az: 17 BV 248/01 vom 18.06.02; nachgehend: BAG 1 ABR 39/03 vom 29.09.04:

„Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen im Sinne von § 99 BetrVG in der seit dem 28.07.2001 geltenden Fassung setzt bei einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen voraus, dass der Schwellenwert des § 99 Abs 1 S 1 BetrVG von 20 Arbeitnehmern im jeweiligen Unternehmen überschritten wird. Es ist insoweit nicht auf den Gemeinschaftsbetrieb als Bezugsgröße abzustellen.“

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Versetzung des ehemaligen Betriebsratsvorsitzenden der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 99 BetrVG unterliegt.

(Zum Sachverhalt vgl. BAG 1 ABR 39/03 vom 29.09.04)

Trotz Vorliegens einer Versetzung scheiterte das Aufhebungsbegehren des Betriebsrats an der fehlenden Überschreitung des Schwellenwerts für das Eingreifen eines Mitbestimmungstatbestands.

Gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG verlange das Gesetz die Zustimmung des Betriebsrats zu einer Versetzung nur in Unternehmen mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern. Diese Voraussetzung erfülle die Antragsgegnerin nicht.

Bei der Ermittlung des Schwellenwerts sei nicht auf den Betrieb als maßgebliche Bezugsgröße abzustellen. Zwar liege ein gemeinsamer Betrieb im Sinne des § 1 BetrVG vor, der über mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer verfüge. Einer Berücksichtigung der Arbeitnehmer eines gemeinsamen Betriebes mehrerer Unternehmen stehe bei der Ermittlung des Schwellenwerts des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG jedoch die gesetzliche Regelung entgegen.

In seiner Neuregelung verlange § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG in Unternehmen mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern vom Arbeitgeber die vorherige Unterrichtung des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen. Diesen Schwellenwert erreiche die Antragsgegnerin nicht. Sie sei daher nicht zur Aufhebung der Versetzung wegen fehlender Zustimmung des Antragstellers verpflichtet.

Wortlaut und Wortsinn der gesetzlichen Formulierung in § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG seien eindeutig und unmissverständlich. Eine Auslegung dahin, der Gesetzgeber habe mit dem Begriff des Unternehmens bei Vorliegen eines gemeinsamen Betriebes gleichwohl den Betrieb als maßgebliche Bezugsgröße gemeint, sei mit dem eindeutigen Wortsinn des Unternehmensbegriffs nicht vereinbar.

Ziel der Gesetzesänderung sei eine Anpassung der betrieblichen Mitbestimmung an veränderte Unternehmensstrukturen gewesen. Der fortschreitenden Dezentralisierung der Unternehmen durch Schaffung immer kleinerer betrieblicher Organisationseinheiten und der damit drohenden Eingrenzung der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung sollte durch die Verlagerung der Bezugsgröße für die Ermittlung des Schwellenwertes auf die Unternehmensebene entgegengewirkt werden.

Diese mitbestimmungserweiternde Tendenz des Gesetzgebers allein lasse jedoch eine Auslegung des Unternehmensbegriffs in § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG im Sinne von Betrieb bei Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebes mehrerer Unternehmen nicht zu.

Auch sei der gesetzessystematische Gesamtzusammenhang zu betrachten. Gleichzeitig mit dem Wechsel der Bezugsgröße in § 99 Abs. 1 BetrVG vom Betrieb zum Unternehmen habe der Gesetzgeber im Rahmen der Novellierung auch den Gemeinschaftsbetrieb erstmalig gesetzlich geregelt und dieses Rechtsinstitut als allgemein anerkannt bezeichnet. Dem Gesetzgeber seien die mit diesem Rechtsinstitut zusammenhängenden Probleme im Zusammenhang mit der Novellierung im Jahr 2001 bekannt gewesen. Dies gelte auch für die Probleme, die sich im Zusammenhang mit dem Wechsel vom Betrieb zum Unternehmen in § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG bei Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebes ergäben. Von einer planwidrigen Lücke könne nicht ausgegangen werden.

Der Austausch der Tatbestandsmerkmale Betrieb und Unternehmen in § 99 Abs. 1 BetrVG stelle sich als bewusste Handlung des Gesetzgebers dar. Die vielen in der jüngerer Vergangenheit entstandenen Kleinbetriebe sollten auf diese Weise vom Mitbestimmungstatbestand des § 99 BetrVG miterfasst werden. Wenn dabei gleichzeitig in einzelnen Fällen von Gemeinschaftsbetrieben kleinerer Unternehmen diese nunmehr aus dem mitbestimmten Bereich herausfielen, habe der Gesetzgeber dies bewusst in Kauf genommen. Ansonsten hätte eine Bezugnahme oder besondere Erwähnung des Gemeinschaftsbetriebes in § 99 Abs. 1 BetrVG nahegelegen.

Es seien keine Anhaltspunkte für das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke vorhanden. In Anbetracht des dem Gesetzgeber zur Verfügung stehenden rechtspolitischen Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums sehe das Gericht keinen Anlass für eine richterliche Rechtsfortbildung.

Es ergebe sich auch aus § 103 Abs.3 BetrVG keine Zustimmungspflicht des Betriebsrats, da die Versetzung keine betriebsübergreifenden Rechtswirkungen entfalte und somit nicht zu einem Verlust des Betriebsratsamtes oder der Wählbarkeit führt. Hier bleibe es bei der Versetzung von Betriebsratsmitgliedern allein bei den Anforderungen des § 99 BetrVG.

- **LAG Köln, Az: 3 (7) Sa 1120/02 vom 04.06.03**; vorgehend: ArbG Köln, Az: 17 Ca 127/02 vom 18.06.02; nachgehend: BAG 1 AZR 473/03 vom 29.09.04

„1. Zwar kann eine stillschweigende einvernehmliche Eingrenzung der vertraglich geschuldeten Tätigkeit eines Arbeitnehmers durch einen langjährigen vorbehaltlosen Einsatz auf einen bestimmten Arbeitsplatz erfolgen. Hierfür genügt aber nicht bereits der bloße Zeitablauf, sondern es müssen besondere Umstände hinzutreten, aus denen sich ergibt, dass der Arbeitnehmer künftig nicht mehr in anderer Weise eingesetzt werden soll.“

2. Überwiegend Parallelentscheidung zu dem Beschluss des LAG Köln vom 4.6.2003 - 3 TaBV 76/02, wonach die Mitbestimmung des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen im Sinne von § 99 BetrVG in der seit dem 28.07.2001 geltenden Fassung bei einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen voraussetzt, dass der Schwellenwert des § 99 Abs 1 S 1 BetrVG von 20 Arbeitnehmern im jeweiligen Unternehmen überschritten wird. Es ist insoweit nicht auf den Gemeinschaftsbetrieb als Bezugsgröße abzustellen.“

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Weisung der Beklagten.

(Zum Sachverhalt vgl. BAG 1 AZR 473/03 vom 29.09.04)

Nach Auffassung des LAG ist die Weisung der Arbeitgeberin gegenüber dem Arbeitnehmer, ausschließlich Fahrertätigkeiten auszuüben, rechtswirksam. Die Versetzung des Arbeitnehmer ist gem. § 99 BetrVG nicht mitbestimmungspflichtig.

Die Wirksamkeit der Versetzungsmaßnahme scheitere nicht an dem Erfordernis einer Änderungskündigung. Die Ausübung von Fahrertätigkeiten gehöre grundsätzlich zu der vom Kläger geschuldeten arbeitsvertraglichen Leistung. Eine Konkretisierung seiner Leistungspflicht auf reine Zahntechnikertätigkeiten habe nicht stattgefunden.

Die streitgegenständliche Weisung sei als Versetzung gem. § 95 Abs.3 BetrVG rechtswirksam. Sie sei individual-arbeitsrechtlich innerhalb der gesetzlichen Grenzen des billigen Ermessens nach § 315 BGB erfolgt und es stehen auch keine kollektivrechtlichen Hindernisse entgegen.

Die Versetzung sei auch in kollektivrechtlicher Hinsicht rechtswirksam. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gemäß § 99 BetrVG bestünden insoweit nicht, denn der nach § 99 Abs. 1 BetrVG erforderliche Schwellenwert von 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern werde von der Beklagten nicht überschritten.

3. Arbeitsgerichte

Hessen:

- **ArbG Frankfurt, Az: 2 BV 567/01 vom 05.12.01:**

„Die Neufassung des § 99 Abs.2 Nr.3 BetrVG stellt klar, dass die Nichtberücksichtigung eines geeignet befristet Beschäftigten ein Widerspruchgrund sein kann. Sie verleiht dem Betriebsrat jedoch nicht die Befugnis, vom Arbeitgeber die Wiedereinstellung eines bereits ausgeschiedenen Arbeitnehmers zu verlangen.“

Der Arbeitgeber, der regelmäßig mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt, bietet u.a. Langzeitarbeitslosen befristete Arbeitsverträge mit dem Ziel an, ihren Zugang in den Arbeitsmarkt zu verbessern. Er schrieb sowohl betriebsintern als auch extern eine Stelle als Betriebsleitung aus. Der Arbeitgeber wollte daraufhin eine externe Bewerberin einstellen, der Betriebsrat widersprach der Einstellung, da ein gleich geeigneter interner Bewerber dadurch benachteiligt würde, weil dessen Arbeitsvertrag ende und ihm die Arbeitslosigkeit drohe. Der interne Bewerber wehrte sich seinerseits nicht gegen die Beendigung seines Arbeitsvertrags.

Das ArbG führt aus, die Zustimmung zur Einstellung der externen Bewerberin sei gem. § 99 Abs.4 BetrVG zu ersetzen. Der Widerspruch des Betriebsrats sei mit Ablauf der sich aus § 17 TzBfG ergebenden Klagefrist des internen Bewerbers unbegründet geworden.

Gem. § 100 BetrVG seien auch nach dem Widerspruch eintretende tatsächliche Entwicklungen bei der Entscheidung über die Zustimmungserfordernis zu berücksichtigen, da die Einstellung erst nach Rechtskraft der Entscheidung vollzogen werde. Hier sei mit Wegfall des Klagerechts des internen Bewerbers gem. § 17 TzBfG der Widerspruch Grund entfallen. Der Widerspruch habe sich allein auf die interne Be-

werbung des Arbeitnehmers bezogen. Dieser gehöre mit seinem Ausscheiden jedoch nicht mehr zu den i.S.d. § 99 Abs.2 Nr.3 BetrVG im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern. Ihm sei mit Fristablauf die Geltendmachung der Unwirksamkeit der Befristung verwehrt (§ 17 Satz 2 TzBfG i.V.m. § 7 KSchG). Er hätte auch nach einer rechtskräftigen Zurückweisung des Zustimmungsersetzungsantrags keinen Anspruch auf Wiedereinstellung. Ein Wiedereinstellungsanspruch könne nicht auf nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eintretende Umstände gestützt werden.

Daran ändere auch die Ergänzung von § 99 Abs.2 Nr.3 BetrVG nichts, dergemäß als Nachteil im Sinne dieser Vorschrift auch die Nichtberücksichtigung eines geeigneten befristet Beschäftigten gelte. Diese Regelung stelle klar, dass eine solche Nichtberücksichtigung ein Widerspruchgrund sein könne. Aus ihr sei jedoch nicht abzuleiten, dass der Betriebsrat an seinem Widerspruch auch dann festhalten könne, wenn der betroffene Arbeitnehmer sich gegen die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses durch den Ablauf der Befristung nicht wehre. Bestehe zwischen dem Arbeitgeber und dem befristet Beschäftigten kein Arbeitsverhältnis mehr, verliere der Widerspruch seine Grundlage. Auch die Neufassung des § 99 Abs.2 Nr.3 BetrVG verleihe dem Betriebsrat nicht die Befugnis, vom Arbeitgeber die Wiedereinstellung eines bereits ausgeschiedenen Arbeitnehmers zu verlangen.

- **ArbG Frankfurt, Az: 15 BV 21/02 vom 27.05.02:**

„Maßgebend für das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs 1 BetrVG ist die Zahl der in inländischen Betrieben des Unternehmens beschäftigten wahlberechtigten Arbeitnehmer.“ (Leitsatz der Bearbeiterin)

Die Beteiligten streiten um Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen.

Die Arbeitgeberin ist ein international tätiges Unternehmen und beschäftigt weltweit mehrere tausend Arbeitnehmer, davon 11 Arbeitnehmer in ihrer deutschen Niederlassung. Sie hat einen dort tätigen Arbeitnehmer versetzt, ohne den für die deutsche Niederlassung gewählten Betriebsrat hierüber unterrichtet und seine Zustimmung eingeholt zu haben.

Das ArbG führt aus, dem Betriebsrat ständen die Beteiligungsrechte nach § 99 Abs. 1 BetrVG nicht zu.

Die Voraussetzungen des § 99 Abs. 1 BetrVG seien nicht erfüllt, da die Arbeitgeberin in ihrem Unternehmen nicht mehr als zwanzig wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftige. „Wahlberechtigter“ i.S.d. § 99 Abs. 1 BetrVG seien nur alle Arbeitnehmer eines inländischen Betriebs des Arbeitgebers. Dies folge aus dem räumlichen Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes. Das Betriebsverfassungsgesetz finde auf alle in der Bundesrepublik Deutschland gelegenen Betriebe Anwendung. Nach welcher Rechtsordnung sich die Vertragsverhältnisse der dort tätigen Arbeitnehmer richteten, sei ohne Bedeutung. Dieses umfasse auch ausländische Arbeitnehmer, die in einem im Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes gelegenen Betrieb tätig seien. Umgekehrt gelte es für Auslandsbetriebe selbst dann nicht, wenn Arbeitgeber und/oder Arbeitnehmer deutsche Staatsangehörige seien und auf die Vertragsverhältnisse deutsches Recht Anwendung finde.

Die in außerhalb der Bundesrepublik Deutschland gelegenen Betrieben beschäftigten Arbeitnehmer der Arbeitgeberin unterliegen auch nicht dem persönlichen Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes. Dies wäre nur dann der Fall, wenn sie dem dem räumlichen Geltungsbereich unterliegenden Betrieb der Arbeitgeberin, mithin der deutschen Niederlassung, zuzuordnen wären, sich ihre Tätigkeit somit als Ausstrahlung des Inlandsbetriebes darstellen würde. Dies ist nicht der Fall, da die außerhalb der Bundesrepublik Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer der Arbeitgeberin nicht etwa vorübergehend von der deutschen Niederlassung ins Ausland entsandt worden seien, sondern in den dortigen Betrieben der Arbeitgeberin dauerhaft beschäftigt würden.

Bei der Formulierung in der Neufassung des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG handele es sich nicht um eine "redaktionelle Fehlleistung". Zweck der Neufassung sei es, die Beteiligung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten auch für solche Unternehmen zu gewährleisten, die mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigten, diese aber in einer Vielzahl von kleineren Organisationseinheiten bzw. Betrieben einsetzten, die den bisherigen Schwellenwert nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG a.F. nicht erreichten. Dieser Gesetzeszweck besage nicht, dass der Gesetzgeber beabsichtigte, auch solche Unternehmen zu erfassen, die zwar weltweit tätig seien, im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aber insgesamt nicht mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigten. Der Neufassung sei nicht zu entnehmen, dass der Gesetzgeber beabsichtigte, die Grundsätze zum räumlichen und persönlichen Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes

abzuändern. Die Formulierung in § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, wonach auf "wahlberechtigte" Arbeitnehmer abgestellt werde, sei keine redaktionelle Fehlleistung, sondern die konsequente Anwendung der bisherigen Grundsätze zum Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes. Maßgebend für § 99 Abs. 1 BetrVG sei die Zahl der in inländischen Betrieben des Unternehmens beschäftigten Arbeitnehmer.

Nordrhein-Westfalen:

- **ArbG Bielefeld, Az: 3 BV 78/02 vom 15.01.03:**

„1. Ein Betriebsratswiderspruch im Rahmen des § 99 BetrVG ist nur dann beachtlich, wenn die Schriftform des § 126 Abs 1 BGB eingehalten wurde (gegen BAG vom 11.06.2002 - 1 ABR 43/01 = NZA 2003, 226-229).

2. Die Einstellung von Arbeitnehmern für einen befristeten Zeitraum stellt für bereits zuvor ebenfalls für einen befristeten Zeitraum eingestellte Arbeitnehmer keinen Nachteil iSv § 99 Abs 2 Nr 3 BetrVG dar.“

Die Beteiligten streiten darüber, ob die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zur Verlängerung des Arbeitsverhältnisses einer Arbeitnehmerin zu ersetzen ist sowie über die Frage, ob die vorläufige Verlängerung des Arbeitsverhältnisses aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist.

Die Arbeitgeberin beschäftigt in ihrem Zweigbetrieb knapp 250 Arbeitnehmer. Es besteht ein 17-köpfiger Betriebsrat. Die Arbeitgeberin unterrichtete den Betriebsrat über die beabsichtigte befristete Einstellung der Arbeitnehmerin. Die zumindest vorläufige Einstellung der Arbeitnehmerin wurde mit dem Ersatz für ausgeschiedene Aushilfen (Personalmangel) begründet. Der Betriebsrat widersprach der Einstellung.

Der Betriebsrat ist der Auffassung, bei dem durchschnittlichen Volumen von 17,65 v.H. an befristeten Arbeitsverhältnissen sei die Möglichkeit von unbefristeten Festanstellungen gegeben. Der Betriebsrat verkenne nicht, dass abweichend vom Wortlaut des § 99 Abs. 2 Ziffer 3, 2. Halbsatz BetrVG nicht neue unbefristete Arbeitsverhältnisse, sondern befristete Arbeitsverhältnisse begründet werden sollten. Aber diese Norm müsse im vorliegenden Fall entsprechende Anwendung finden, weil nur dadurch der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck der Beschäftigungssicherung erreicht werden könne. Auch bei der Begründung neuer befristeter Arbeitsverhältnisse würden die zuvor befristet angestellten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen benachteiligt, was der Gesetzgeber bei der Neuregelung des § 99 Abs. 2 Ziffer 3, 2. Halbsatz BetrVG möglicherweise nicht hinreichend beachtet habe.

Das ArbG führt aus, der Betriebsrat könne die Zustimmung gemäß § 99 Abs. 2 Ziffer 3 BetrVG nicht unter Hinweis darauf verweigern, dass "die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, dass infolge der personellen Maßnahme im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer sonstige Nachteile erleiden, ohne dass dies aus betrieblichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist".

Ein Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Ziffer 3 BetrVG 2. Halbsatz bestehe nur dann, wenn bei "unbefristeter Einstellung" ein gleichgeeigneter befristeter Beschäftigter nicht berücksichtigt werde. Es müsse sich dafür um eine "unbefristete Einstellung" handeln. Es müsse eine Neueinstellung eines externen Bewerbers vorliegen, dem ein unbefristetes Arbeitsverhältnis angeboten worden sei. Nur dann könne der Betriebsrat mittels seines Zustimmungsverweigerungsrechts dafür sorgen, dass befristet Beschäftigte in ein Dauerarbeitsverhältnis wechseln könnten.

§ 99 Absatz 2 Ziffer 3 2. Halbsatz BetrVG über seinen Wortlaut hinaus auch dann anzuwenden, wenn ein Arbeitsvertrag befristet abgeschlossen worden sei, käme aufgrund des eindeutigen Wortlauts des Gesetzes nicht in Betracht.

Eine Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 Ziffer 3 2. Halbsatz BetrVG mache nur dann Sinn, wenn zu dem Zeitpunkt, wo der hier in Rede stehenden Arbeitnehmer eingestellt werde, ein anderes Arbeitsverhältnis eines gleichgeeigneten Arbeitnehmers im Betrieb der Arbeitgeberin ende und darüber hinaus der benachteiligte Arbeitnehmer, der seine Option auf einen Dauerarbeitsplatz wahrnehmen möchte, eine Entfristungsklage nach § 17 TzBfG erhoben habe. Nach dem Verstreichen der dort in Abs. 1 genannten Drei-Wochen-Frist könne das gesetzgeberische Ziel - die Verschaffung eines Dauerarbeitsplatzes zugunsten eines bereits im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmers - nicht mehr erreicht werden.

XXI. § 103 Abs.3 BetrVG

Die eingeschränkte Versetzungsbefugnis des Arbeitgebers für Funktionsträger befasste bisher nur die Untergerichte. Insoweit war sowohl über die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung im Bereich des § 103 Abs.3 BetrVG als auch über die Rückgriffsmöglichkeit auf personelle Maßnahmen des § 100 BetrVG zu entscheiden.

- ArbG Karlsruhe, Az: 2 BV 9/02 vom 26.11.02
- ArbG Düsseldorf, Az: 10 Ca 5399/02 vom 26.03.03
- ArbG Berlin, Az: 42 BVGa 23876/01 vom 10.09.01

1. Arbeitsgerichte

- **ArbG Karlsruhe, Az: 2 BV 9/02 vom 26.11.02:**

„Bei Nichtvorliegen der Zustimmung des Betriebsrats zur Versetzung eines Betriebsratsmitglieds nach § 103 Abs.3 BetrVG, die zu einem Verlust seines Amtes führen würde, ist dem Arbeitgeber der Rückgriff auf die in § 100 vorgesehene personelle Maßnahme verwehrt.“ (Leitsatz der Bearbeiterin)

Die Arbeitgeberin begehrt die Feststellung, dass die Versetzung eines Arbeitnehmers aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war.

Die Arbeitgeberin unterhält mehrere Filialen. Der Arbeitnehmer war Leiter einer Abteilung im Verkaufshaus A., die Arbeitgeberin versetzte ihn unter Beibehaltung seines Aufgabenbereichs ins Verkaufshaus B. Der Betriebsrat verweigerte seine Zustimmung zu der beabsichtigten Versetzung unter Bezugnahme auf § 99 Abs.2 Nr.4 BetrVG. Auf Antrag der Arbeitgeberin ersetzte das ArbG die Zustimmung, wogegen der Betriebsrat Beschwerde einlegte.

Nachfolgend fand die Wahl eines neuen Betriebsrats statt, in den der Arbeitnehmer gewählt wurde. Ihm wurde das Amt des Betriebsratsvorsitzenden übertragen. Die Arbeitgeberin hat die Wahl angefochten.

Die Arbeitgeberin setzte den Arbeitnehmer nun darüber in Kenntnis, dass er mit sofortiger Wirkung versetzt sei und seine Tätigkeit dort aufzunehmen habe. Ihm, sowie dem Betriebsrat, wurde mitgeteilt, die Versetzung habe vorläufig gem. § 100 Abs.1 BetrVG durchgeführt werden müssen, da sie aus sachlichen Gründen dringend erforderlich sei. Der Betriebsrat widersprach der Versetzung.

Das ArbG kann nicht feststellen, dass die Versetzung des Arbeitnehmers aus sachlichen Gründen dringend erforderlich gewesen ist.

Der Arbeitgeberin sei bei Nichtvorliegen der Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 Abs.3 BetrVG zur Versetzung eines Betriebsratsmitglieds, die zu einem Verlust seines Amtes führen würde, der Rückgriff auf die in § 100 BetrVG vorgesehene personelle Maßnahme verwehrt.

Mit § 103 BetrVG solle ein umfassender Schutz des Betriebsrats und der ihm angehörenden Mandatsträger von einer Beeinträchtigung der Wahrnehmung ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben durch personelle Maßnahmen des Arbeitgebers erreicht werden. Die Neuregelung des § 103 Abs.3 BetrVG solle die Funktionsfähigkeit des Betriebsrats als Gesamtheit schützen. Eine drohende Einflussnahme auf Stellung und Unabhängigkeit der Amtsführung betriebsverfassungsrechtlicher Funktionsträger, insbesondere durch Versetzungen, solle verhindert werden. Daneben schütze § 103 Abs.2 BetrVG auch jedes einzelne Betriebsratsmitglied in seiner persönlichen Eigenschaft als Mandatsträger.

In § 103 Abs.2, 3 BetrVG sei keine ausdrückliche Bezugnahme auf §§ 99, 100 BetrVG vorgesehen, sondern es solle ein stärkeres Beteiligungsrecht gegenüber der Zustimmungsverweigerung gem. § 99 Abs.2, 3 BetrVG gewährt werden. Aus der Aufnahme der Regelung über die Zustimmungsbedürftigkeit von Versetzungen eines Betriebsratsmitglieds in einen anderen Betrieb in Absatz 3 des § 103 BetrVG sei zu schließen, dass insoweit eine vergleichbare Interessenlage mit dem Zustimmungserfordernis für vom Arbeitgeber beabsichtigte außerordentliche Kündigungen eines Betriebsratsmitglieds gesehen werde.

Die Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung eines seiner Mitglieder werde erst mit Rechtskraft des entsprechenden arbeitsgerichtlichen Beschlusses ersetzt, der Arbeitgeber könne die Kündigung erst danach wirksam aussprechen. Daher könne auch eine Versetzung erst im Falle der

rechtskräftigen Ersetzung der erforderlichen Zustimmung in Form eines arbeitsgerichtlichen Beschlusses ausgesprochen werden.

Dem Arbeitgeber stehe bei einer beabsichtigten außerordentlichen Kündigung eines Mitglieds des Betriebsrats als vorläufige Maßnahme auch nicht die einstweilige Freistellung des Betroffenen offen. Zwar bleibe auch während eines Zustimmungsverfahrens nach § 103 Abs.1, 2 BetrVG die Suspendierung eines Betriebsratsmitglieds von der Arbeitspflicht bei Einhaltung der dafür von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Grundsätze möglich. Dies betreffe aber gerade nicht die Wahrung der betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben des zu kündigenden Organmitglieds. Deren Wahrnehmung könne ihm grundsätzlich nicht verwehrt werden. Genau den Erhalt dieser betriebsverfassungsrechtlichen Stellung als Mandatsträger wolle § 103 Abs.3 BetrVG gewährleisten.

Somit sei die Durchführung einer Versetzung eines Betriebsmitglieds als vorläufige personelle Maßnahme nach § 100 BetrVG von vornherein ausgeschlossen, wenn es sich dabei um eine zustimmungspflichtige Maßnahme im Sinne von § 103 Abs.3 BetrVG handele. Dies sei hier der Fall, da die Versetzung des Betriebsratsmitglieds zu einem Verlust des Amtes oder der Wählbarkeit führen würde, § 103 Abs.3 Satz 1 BetrVG.

Dem stehe das von der Antragstellerin eingeleitete, anhängige Wahlanfechtungsverfahren nicht entgegen, da selbst die erfolgreiche Anfechtung lediglich für die Zukunft wirke.

- **ArbG Düsseldorf, Az: 10 Ca 5399/02 vom 26.03.03:**

„Es kann offen bleiben, ob Ersatzmitglieder des Betriebsrates bereits generell vom Schutz des § 103 Abs 3 BetrVG ausgenommen sind. Jedenfalls besteht kein nachwirkender Versetzungsschutz für Ersatzmitglieder.“

Der Arbeitnehmer war im Center der Arbeitgeberin in Düsseldorf beschäftigt. Er war Ersatzmitglied des Betriebsrates und hatte in dieser Eigenschaft wegen Verhinderung eines ordentlichen Betriebsratsmitglieds mehrfach an ordentlichen Sitzungen des Betriebsrates teilgenommen, ohne endgültig in den Betriebsrat nachzurücken.

Nach der Entscheidung der Arbeitgeberin, die Center Düsseldorf und Frankfurt am Standort Langen zusammenzulegen, wurde mit dem Gesamtbetriebsrat ein Interessenausgleich sowie ein Rahmensozialplan geschlossen. Nachfolgend schloss die Arbeitgeberin mit dem örtlichen Betriebsrat, der für Düsseldorf zuständig war, einen örtlichen Sozialplan. Das Center Düsseldorf wurde vollständig nach Langen verlagert. Der Arbeitnehmer arbeitete an diesem Standort. Er war in der Anlage des örtlichen Sozialplans bei den Mitarbeitern aufgeführt, die ohne vorangegangene Sozialauswahl nach Langen versetzt wurden. Die Arbeitgeberin sprach eine Versetzung nach Langen und eine hilfsweise Änderungskündigung zum gleichen Zweck aus.

Nach Auffassung des ArbG Düsseldorf ist die ausgesprochene Versetzung wirksam.

Sie verstoße nicht gegen § 103 Abs. 3 BetrVG. Zutreffend sei, dass, anders als bei § 99 BetrVG, eine Zustimmungsfiktion durch Schweigen des Betriebsrates nicht eintrete. Als Ersatzmitglied des Betriebsrates habe der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Versetzung keinen Schutz gemäß § 103 Abs. 3 BetrVG genossen. Es könne offen bleiben, ob Ersatzmitglieder bereits generell vom Schutz des § 103 Abs. 3 BetrVG ausgenommen seien. Jedenfalls bestehe kein nachwirkender Versetzungsschutz für Ersatzmitglieder, der hier allein in Betracht komme. Da der Kläger nicht endgültig in den Betriebsrat nachgerückt sei, sei der Vertretungsfall, der nur für den Zeitraum der vorübergehenden Verhinderung des ordentlichen Betriebsratsmitglieds bestanden habe, beendet gewesen.

Ersatzmitglieder genossen in Anwendung des § 103 Abs. 3 BetrVG keinen nachwirkenden Schutz gegen Versetzungen. Der Versetzungsschutz knüpfe an die tatsächliche Amtsausübung an, die nicht durch eine betriebsübergreifende Versetzung beeinträchtigt werden solle, weshalb mit Beendigung des Vertretungsfalls, wenn das Ersatzmitglied nicht endgültig nachgerückt sei, der besondere Versetzungsschutz entfalle. Bestehe gemäß § 103 Abs. 1, 2 BetrVG auch kein nachwirkender Schutz, und bedürften Kündigungen im Nachwirkungszeitraum nicht der Zustimmung des Betriebsrates, sei nicht ersichtlich, warum für Versetzungen etwas anderes gelten solle.

- **ArbG Berlin, Az: 42 BVGa 23876/01 vom 10.09.01:**

„ Im Interesse des Schutzes der Betriebsratsmitglieder vor benachteiligenden Maßnahmen des Arbeitgebers und des Erhalts der Funktionsfähigkeit des Betriebsrats ist im Bereich des § 103 Abs 3 BetrVG bei der Anwendung von § 101 BetrVG auch der Erlass einer einstweiligen Verfügung zulässig.“

Eine Anhörung zur Änderungskündigung enthält nicht gleichzeitig ein Ersuchen um Zustimmung zur Versetzung.“

Der Betriebsrat, vertreten durch das Ersatzmitglied, begehrt die Aufhebung der Versetzung seines einzigen Betriebsratsmitgliedes im Wege einstweiliger Verfügung.

Der Betriebsrat in B. vertritt 16 Arbeitnehmer mehrerer Niederlassungen der Arbeitgeberin, die insgesamt ca. 600 Arbeitnehmer beschäftigt.

Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers und bot ihm eine Tätigkeit in der Stadt D. an. Der Arbeitgeber nahm diese Änderungskündigung unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung und sonstigen Wirksamkeit der Änderung der Arbeitsbedingungen an.

Später wies die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer unter Hinweis auf die Zustimmung des Betriebsrats in D. zu seiner Versetzung an, die Arbeit in D. aufzunehmen. Nach Protest des Arbeitnehmers unter Hinweis auf die neue Rechtslage zu §§ 99 und 103 Abs. 3 BetrVG erklärte die Arbeitgeberin, dass an der Versetzungsanordnung festgehalten werde. Auf die Bitte um Zustimmung zur Versetzung verweigerte der Betriebsrat in B., vertreten durch das Ersatzmitglied, die Zustimmung. Die Arbeitgeberin beantragte Ersetzung der Zustimmung beim Arbeitsgericht, ein Anhörungstermin wurde festgesetzt. In einem einstweiligen Verfügungsverfahren gegen die Versetzung vereinbarten die Parteien, dass der Arbeitnehmer zunächst Urlaub erhalte. Für die Zeit danach wurde eine Regelung nicht getroffen. Nunmehr begehrt der Betriebsrat die Aufhebung der Versetzung durch einstweilige Verfügung.

Das ArbG gibt der Arbeitgeberin wird im Wege einstweiliger Verfügung auf, die Versetzung des Arbeitnehmers aufzuheben. Der Betriebsrat habe einen Anspruch in entsprechender Anwendung des § 101 BetrVG auf Aufhebung der gegen § 103 Abs. 3 BetrVG verstoßenden Maßnahme.

Der Betriebsrat in B. habe seine Zustimmung zur Versetzung ausdrücklich verweigert, das Arbeitsgericht die Zustimmung bisher nicht ersetzt. Die Anhörung zur Änderungskündigung habe nicht gleichzeitig ein Ersuchen um Zustimmung zur Versetzung beinhaltet.

Es liege keine Zustimmung des Arbeitnehmers zur Versetzung vor, dieser habe nur der Änderung seines Arbeitsvertrages vorbehaltlich zugestimmt. Um Zustimmung zur Versetzung sei er von der Arbeitgeberin nicht ausdrücklich gebeten worden. Dies wäre aber nach Inkrafttreten von § 103 Abs. 3 BetrVG erforderlich gewesen, um eine Zustimmung des Arbeitnehmers zur Versetzung zu erreichen, wodurch eine Zustimmung des Betriebsrats entbehrlich gewesen wäre. Auch eine Ersetzung der Zustimmung durch das ArbG habe nicht stattgefunden, womit die Versetzungsanordnung der Arbeitgeberin unzulässig sei und die Versetzung nicht aufrecht erhalten werden dürfe.

Der Verfügungsgrund folge aus der über einen längeren Zeitraum drohenden Verletzung der Rechte des Betriebsrats bei Aufrechterhaltung der Maßnahme und der damit verbundenen Gefährdung seiner Funktionsfähigkeit. Mit der einstweiligen Verfügung werde hier lediglich der rechtliche Zustand gesichert, der nach dem Gesetz bis zu diesem Zeitpunkt bestehen sollte (§ 940 ZPO). Die Androhung von Zwangsgeld habe mit der einstweiligen Verfügung erfolgen können, der Rahmen sei im Hinblick auf die entsprechende Anwendung von § 101 BetrVG dieser Vorschrift zu entnehmen gewesen.

XXII. § 111 Satz 2 BetrVG

Nur einmal musste ein Gericht bemüht werden, um in einer Streitigkeit aufgrund § 111 Satz 2 BetrVG zu entscheiden. Seit der Novelle dürfen Betriebsräte in Unternehmen mit mehr als dreihundert Beschäftigten bei kritischen Betriebsänderungen einen externen Berater hinzuziehen, ohne zuvor den Arbeitgeber zu fragen. Auch hier konnte von einer kostenträchtigen Prozesslawine, Rechtunsicherheit und vermehrten Konflikten keine Rede sein. Das befürchtete „Stör- und Blockadepotential“ für unternehmerisches Handeln blieb offenbar aus.

1. Landesarbeitsgerichte

- **Hessisches LAG, Az: 9 TaBV 95/03 vom 19.02.04;** vorgehend: ArbG Gießen, Az: 5 BV 7/02 vom 18.03.03; vorgehend: ArbG Gießen, Az: 5 BV 7/02 vom 18.03.03:

„Der Betriebsrat hat gemäß § 40 Abs 1 BetrVG einen Anspruch auf Freistellung vom Anwaltshonorar, wenn er eine erforderliche Beratung nach § 111 Satz 2 BetrVG in Anspruch nimmt. Das Honorar richtet sich grundsätzlich nach § 20 BRAGO.“

Die Beteiligten streiten um die Kosten eines vom Betriebsrat im Rahmen einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG beauftragten Rechtsanwalts.

Bei der Arbeitgeberin handelt es sich um ein Unternehmen mit bisher fünf Standorten, das seinerseits Bestandteil eines Konzerns ist. Die Arbeitgeberin plant eine Betriebsänderung, mit der die Schließung eines der Standorte verbunden ist. Der örtliche Betriebsrat des betroffenen Standortes hat in seiner Sitzung den Beschluss gefasst, einen Rechtsanwalt aufgrund der geplanten Betriebsänderung und damit verbundenen Schließung mit der Wahrnehmung seiner Interessen zu beauftragen. Der Rechtsanwalt zeigte die Vertretung gegenüber der Arbeitgeberin im Anschluss schriftlich an. Nachfolgend schloss die Arbeitgeberin mit dem im Unternehmen eingerichteten Gesamtbetriebsrat einen Interessenausgleich und Sozialplan über das geplante Sanierungs- und Restrukturierungskonzept im Unternehmen.

Der Rechtsanwalt macht nun seine Kostennote gegenüber der Arbeitgeberin geltend. Diese lehnte eine Bezahlung u.a. mit der Begründung ab, nicht der örtliche, sondern der Gesamtbetriebsrat sei für die geplante Betriebsänderung im Unternehmen zuständig. Der Anspruch gemäß § 111 BetrVG auf Hinzuziehung eines Beraters habe daher dem für die Verhandlungen unzuständigen örtlichen Betriebsrat nicht zugestanden.

Das LAG bestätigt den Anspruch des örtlichen Betriebsrats auf Freistellung von den Beratungskosten. Der Anspruch ergebe sich aus § 111 Satz 2 in Verbindung mit § 40 Abs. 1 BetrVG.

Nach § 111 Satz 2 BetrVG habe der Betriebsrat das Recht, einen Berater hinzuziehen. Hierdurch solle der Betriebsrat in die Lage versetzt werden, die Betriebsänderung im Hinblick auf ihre Auswirkungen zu erfassen und rechtzeitig Alternativvorschläge zu erarbeiten. Dazu gehöre auch die Rechtsberatung durch einen Anwalt. Anders als nach § 80 Abs. 3 BetrVG sei die Hinzuziehung des Beraters nicht von einer vorherigen Vereinbarung mit dem Arbeitgeber abhängig. Nach § 40 Abs. 1 BetrVG habe der Arbeitgeber die Kosten für die Beratung zu tragen. Hinsichtlich der Beschäftigtenzahl sei auf das Unternehmen, nicht den Betrieb abzustellen.

Der Betriebsrat habe bei der Frage, ob er einen Anwalt mit seiner Beratung beauftragt, ein Ermessen, es bestehe für ihn insoweit ein Beurteilungsspielraum. Er habe die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit zu beachten. Der Betriebsrat könne den Berater hinzuziehen, um sich bei der Ausübung seiner Beteiligungsrechte infolge der geplanten Betriebsänderung unterstützen zu lassen. Die Auffassung, das Gesetz unterstelle die Erforderlichkeit der Hinzuziehung eines Beraters, sei abzulehnen, da die Beratung nicht isoliert betrachtet werden könne, sondern immer im Zusammenhang mit der Kostentragung nach § 40 Abs. 1 BetrVG zu sehen sei.

Die Beratung sei hier erforderlich gewesen. Das gelte auch, wenn der Auffassung in der Literatur gefolgt werde, das Recht einen Berater hinzuziehen, beschränke sich auf den Interessenausgleich nach § 112 Abs. 1 BetrVG, nicht jedoch auf den Sozialplan.

Zwar sei davon auszugehen, dass der Gesamtbetriebsrat nach § 50 Abs.1 BetrVG für den Abschluss des Sozialplans und Interessenausgleichs zuständig gewesen sei. Der Gesamtbetriebsrat sei für die nach § 111 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu treffende Vereinbarung über einen Interessenausgleich zuständig gewesen, weil der geplanten Maßnahme ein unternehmenseinheitliches Konzept zugrunde gelegen habe und sich diese auf alle Betriebe ausgewirkt und deshalb einer einheitlichen Regelung bedurft habe.

Zur Beratung des örtlichen Betriebsrats gehöre es aber auch, zu prüfen, ob ein Interessenausgleich mit ihm selbst in Frage komme. Der Betrieb des örtlichen Betriebsrates sei von der Umstrukturierung am einschneidendsten betroffen gewesen, da nur dieser Standort stillgelegt werden sollte.

Ob der mit dem Gesamtbetriebsrat zu regelnde Interessenausgleich dieser besonderen Situation gerecht wurde und ob ein Verhandlungsanspruch des örtlichen Betriebsrats bestand, habe hier zum Umfang der Beratung nach § 111 Satz 2 BetrVG gehört. Zum Beratungsumfang habe auch die Verknüpfung des Interessenausgleichs mit dem Sozialplan in einer einheitlichen Urkunde gehört.

Aus der Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats zum Abschluss eines Interessenausgleichs folge nicht ohne weiteres die Zuständigkeit für den Abschluss eines Sozialplans. Dafür müsse gem. § 50 Abs. 1 BetrVG ein zwingendes Bedürfnis nach einer betriebsübergreifenden Regelung bestehen. Der Betriebs-

rat habe sich darüber beraten lassen dürfen, ob der Sozialplan Teil einer Gesamtvereinbarung "Interessenausgleich und Sozialplan" sein durfte oder musste.

Auch der Umstand, dass die Arbeitgeberin ihre Auffassung über die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats dem Betriebsrat mitgeteilt habe, habe dem Betriebsrat nicht verwehrt, anwaltliche Beratung in Anspruch zu nehmen. Der Betriebsrat dürfe zwar die Ausführungen der Verfahrensbevollmächtigten der Arbeitgeberin hinsichtlich seiner Überlegungen, ob er sich von einem Rechtsanwalt beraten lasse, nicht übergehen, müsse sich hinsichtlich seines Beratungsbedarfs, der Vertrauenssache sei, jedoch nicht auf die Ausführungen der Arbeitgeberin oder seines Bevollmächtigten verweisen lassen, denn diese wären naturgemäß interessenbezogen. Der Betriebsrat habe auch dann einen Beratungsanspruch, wenn der Arbeitgeber ihm Verhandlungen über die Betriebsänderung verweigere.

Ob der Betriebsrat im Einzelfall ein Honorar über den gesetzlichen Gebühren zusagen dürfe, z.B. weil er keinen sachkundigen Berater zu den gesetzlichen Gebühren finde, könne dahingestellt bleiben. Mangels Zusage des Betriebsrats richte sich die Vergütung des anwaltlichen Beraters hier nach § 20 Abs. 1 BRAO.

Ergebnis der Recherche

Als zu bürokratisch, zu aufwendig, aber vor allem zu teuer wurde sie kritisiert, die Betriebsverfassungsreform vom 23. Juli 2001. Knapp vier Jahre später zeigt sich, dass diese Kritik nicht berechtigt war. Die neuen Möglichkeiten des Gesetzes wurden von Betriebsräten und Arbeitgebern verantwortungsvoll und mit viel Augenmaß genutzt - die kostenträchtige Prozessflut, die so viele der Reformkritiker erwartet hatten, blieb aus.

Für das neu eingeführte vereinfachte Wahlverfahren für Kleinbetriebe in § 14 a BetrVG, von seinen Gegnern aufgrund der kürzeren Fristenregelung auch gerne als „Hauruck-Wahl“ bezeichnet, haben sich die befürchteten Anfechtungsrisiken nicht bestätigt. Nur wenige Wahlen nach § 14 a BetrVG hatten ein gerichtliches Nachspiel – dies bestätigt, dass dieses Wahlverfahren von den Kleinbetrieben gut umgesetzt wird und keinesfalls zu kompliziert für diese ist, wie zunächst bemängelt wurde.

Das Mitbestimmungsrecht des § 97 Abs.2 BetrVG, nach dem der Betriebsrat bei Fällen eines drohenden Qualifikationsverlustes Berufsbildungsmaßnahmen durchsetzen kann, widersteht der Kritik. In dieser Vorschrift sahen manche eine starke Einschränkung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit, die investitionshemmend wirke. Von einer Investitionshemmung konnte bisher nicht die Rede sein: entgegen den Unkenrufen war hier nur ein einziges Mal eine gerichtliche Einigung erforderlich.

Auch die Möglichkeit des Betriebsrates, einzelne Beteiligungsrechte an Arbeitsgruppen zu delegieren (§ 28 a BetrVG) sowie das Mitbestimmungsrecht bei der Durchführung von Gruppenarbeit (§ 87 Abs.1 Nr.13 BetrVG) führten entgegen den Befürchtungen der Kritiker nicht zu einer Prozesszunahme.

Wenig praktische Wahrheit bewies auch die Kritik an den Regelungen der §§ 92 a, 99, 111 BetrVG. So gelang die Umsetzung des Initiativrechts aus § 92 a BetrVG unter Hinzuziehung externer Sachverständiger bislang ohne gerichtliche Hilfe. Und auch nur einmal musste ein Gericht bemüht werden, um in einer Streitigkeit aufgrund § 111 Satz 2 BetrVG zu entscheiden. Auch hier konnte von einer kostenträchtigen Prozesslawine, Rechtsunsicherheit und vermehrten Konflikten keine Rede sein.

Unerwartet viel Arbeit bereitete den Gerichten dagegen die Neuregelung in § 40 Abs.2 BetrVG. Informations- und Kommunikationstechnik werden jetzt ausdrücklich als erforderliche Arbeitsmittel der Betriebsräte genannt. Die hohe Anzahl der Entscheidungen zeigt deutlich, wie stiefmütterlich dieser Bereich von der Arbeitgeberseite bisher behandelt wurde. Die Vorstellungen über die Erforderlichkeit moderner Arbeitsmittel liegen zwischen Betriebsräten und Arbeitgebern weit auseinander. Es besteht erheblicher Klärungsbedarf im Bereich der Erforderlichkeit „neuer Medien“ im betriebsratlichen Alltag. Die Gerichte hatten neben Fragen des Internetzugangs oder der Homepage im Intranet auch über die Verfügbarkeit von PC und Telefax zu entscheiden - mancherorts wohl längst noch keine Selbstverständlichkeit!