

Für das Nachschlagewerk ! Ja
Für die Fachpresse ! Ja
Für die Amtliche Sammlung ! Ja

Gesetz: BetrVG 1972 § 8, § 9, § 16, § 19; Erste VO zur Durchführung des BetrVG (WO) § 3 Abs. 2 Nr. 4, § 11;
ArbGG § 2 Abs. 1 Nr. 4, § 8, § 80 Abs. 1, § 91
Abs. 3, § 92 Abs. 1

Leitsätze:

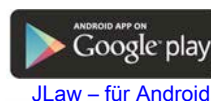
1. Ein Mitglied des Wahlvorstandes kann zugleich Wahlbewerber für die Betriebsratswahl sein.
2. Geht der Wahlvorstand von einer zu großen Zahl zu wählender Betriebsratsmitglieder aus, so kann das Wahlergebnis nicht korrigiert, sondern nur die Betriebsratswahl im ganzen angefochten und wiederholt werden.
3. Der Wahlvorstand hat in den Grenzfällen des § 9 BetrVG im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens einen gewissen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder.
 - a. Maßgebender Stichtag ist der Tag des Erlasses des Wahlausschreibens.
 - b. Die leitenden Angestellten i.S. des § 5 Abs. 3 BetrVG zählen nicht mit.
 - c. Aushilfsarbeitnehmer zählen mit, wenn und soweit solche Arbeitnehmer regelmäßig mindestens sechs Monate im Jahr beschäftigt werden.

Aktenzeichen: 1 ABR 1/76

Beschluß des BAG vom 12. Oktober 1976 LAG Rheinland-Pfalz



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



1 ABR 1/76

4 Ta BV 15/75 Rheinland - Pfalz

Verkündet am
12. Oktober 1976

gez. Henkelmann,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

BESCHLUSS

In Sachen

pp.

- 2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Anhörung vom 12. Oktober 1976 durch den Präsidenten Professor Dr. Müller, die Richter Professor Dr. Auffarth und Wendel sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Frey und Mager beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerden der Antragstellerin und des Antragsgegners wird der Beschluß des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 23. Oktober 1975 - 4 Ta BV 15/75 - aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

G r ü n d e :

I. Ende Januar 1975 bildete der Betriebsrat im Betrieb der Antragstellerin zur Vorbereitung der Betriebsratswahl einen Wahlvorstand, der aus den Betriebsratsmitgliedern B , M , J , A und dem stellvertretenden Betriebsratsmitglied K bestand. Alle Mitglieder dieses Wahlvorstandes haben für den neuen Betriebsrat kandidiert.

In dem am 12. Februar 1975 ausgehängten Wahlausschreiben hat der Wahlvorstand für die Betriebsratswahl 642 Angestellte - abzüglich 15 leitender Angestellter - sowie 384 gewerbliche Arbeitnehmer - insgesamt also 1011 Arbeitnehmer - als im Betrieb der Antragstellerin beschäftigt zugrunde gelegt und demzufolge die Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder mit 15 angegeben. Abzüglich der im Betrieb beschäftigten Auszubildenden unter 18 Jahren waren 998 Arbeitnehmer als Wahlberechtigte genannt. In der Zahl der Beschäftigten inbegriffen waren auch 77 nur zur Aushilfe beschäftigte Arbeitnehmer; die meisten dieser Arbeitnehmer waren bis zum Zeitpunkt der Wahl aus dem Betrieb ausgeschieden.

Das Wahlergebnis der am 27. März 1975 als Gemeinschaftswahl durchgeführten Betriebsratswahl ist am 1. April 1975 bekanntgemacht worden. Als Wahlberechtigte waren

- 3 -

932 Arbeitnehmer angegeben.

688 Arbeitnehmer (73,8%) haben ihre Stimme abgegeben. Fünf Stimmen waren ungültig. Auf die Liste 1 sind 181 = 26,5 %, auf die Liste 2 246 = 36 % und auf die Liste 3 256 = 37,5 % der Stimmen abgegeben worden. Gewählt waren demnach für die Liste 1 die Arbeitnehmer A , K , Sch und Kr , für die Liste 2 die Arbeitnehmer J , N , D , Z und H und für die Liste 3 die Arbeitnehmer B , W , S , De , Ba und Ho .

Die Antragstellerin hat die Wahl am 14. April 1975 mit der Begründung angefochten, das Zusammentreffen von Mitgliedschaft im Wahlvorstand und der Kandidatur für den Betriebsrat verstoße gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlverfahren. Außerdem seien nur 11 und nicht 15 Betriebsratsmitglieder zu wählen gewesen, da ausschließlich der leitenden Angestellten und unter Berücksichtigung saisonaler Beschäftigungen sowie der künftigen Entwicklung des Betriebs weniger als 1001 Arbeitnehmer in ihrem Betrieb beschäftigt seien.

Die Antragstellerin hat beantragt festzustellen, daß die Wahl des Betriebsrats unwirksam ist, hilfsweise festzustellen, daß die Wahl des Betriebsrats insoweit unwirksam ist, als mehr als 11 Betriebsratsmitglieder gewählt wurden.

Der neu gewählte Betriebsrat als Antragsgegner hat beantragt, die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Das Arbeitsgericht hat entsprechend dem Hauptantrag erkannt mit der Begründung, die Funktionen von Wahlvorstand und Wahlbewerber seien miteinander unvereinbar.

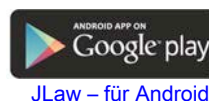
Auf die Beschwerde des Antragsgegners hat das Landesarbeitsgericht die Entscheidung des Arbeitsgerichts abgeändert und auf den Hilfsantrag der Antragstellerin festgestellt, daß der Betriebsrat der Antragstellerin aus 11 Mitgliedern besteht. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt: Die Wahl des Betriebsrats im Betrieb

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 4 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze (mobile App)
Über 100.000 Urteile



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 4 -

der Antragstellerin sei nicht deswegen unwirksam, weil Mitglieder des Wahlvorstandes zugleich Wahlbewerber gewesen seien. Ein allgemeiner Grundsatz der Inkompatibilität beider Funktionen sei jedenfalls für das Betriebsverfassungsgesetz zu verneinen. Der Hilfsantrag sei so auszulegen, daß festgestellt werden solle, die Zahl der Betriebsratsmitglieder betrage nicht 15, sondern nur 11. Diesem Feststellungsantrag sei stattzugeben, weil die Zahl der gewählten Betriebsratsmitglieder nicht den gesetzlichen Vorschriften entsprochen habe. Die für die Betriebsratswahl zugrunde zu legende Arbeitnehmerzahl habe unter 1001 Arbeitnehmern gelegen. Daß der Wahlvorstand dies nicht erkannt habe, liege daran, daß er sich nicht genügend um die tatsächliche Zahl am Stichtag des 12. Februar 1975 gekümmert habe. Der Wahlvorstand habe die Schranken des ihm bei der Feststellung der maßgeblichen Arbeitnehmerzahl zustehenden Ermessens überschritten und sei deshalb zu einer Zahl von 15 zu wählenden Betriebsratsmitgliedern gekommen. Soweit mehr als 11 Betriebsratsmitglieder gewählt worden seien, sei diese Wahl nicht ungültig, sondern sie seien Ersatzmitglieder.

Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt der Antragsgegner, zugleich für den Beteiligten H, die Zurückweisung auch des Hilfsantrags. Er rügt die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Die Antragstellerin verfolgt mit ihrer Rechtsbeschwerde ihren Hauptantrag weiter. Antragsgegner und Antragstellerin beantragen wechselseitig die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde der Gegenseite.

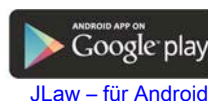
II.1. Die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners und der Antragstellerin sind nach § 91 Abs. 3 Satz 1, § 92 Abs. 1 Satz 1 ArbGG an sich statthaft.

2. Es handelt sich um eine im Beschlußverfahren auszutragende Angelegenheit "aus dem Betriebsverfassungsgesetz" i.S. des § 2 Abs. 1 Nr. 4, § 8 Abs. 1, § 80 Abs. 1 ArbGG, nämlich um die Anfechtung einer Betriebsratswahl.

- 5 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



3. Gegen die Beteiligungsfähigkeit der Antragstellerin und des Antragsgegners bestehen keine Bedenken. Beide sind in ihrer Rechtsstellung unmittelbar berührt. Das Antragsrecht der Antragstellerin folgt aus § 19 Abs. 2 BetrVG. Da der Antrag der Antragstellerin hilfsweise auch darauf gerichtet ist, festzustellen, daß die Betriebsratswahl insoweit unwirksam ist als mehr als 11 Mitglieder gewählt wurden, sind die Arbeitnehmer, deren Ausscheiden aus dem Betriebsrat unmittelbar erstrebt wird, in ihren Rechten ebenfalls unmittelbar betroffen, mag eine derartige Entscheidung rechtlich möglich sein oder nicht. Unter Zugrundelegung der gesetzlich angeordneten Höchstzahlberechnung nach § 10 BetrVG und §§ 5, 16 WO wären bei 11 Betriebsratsmitgliedern sieben Sitze mit Angestellten und vier Sitze mit Arbeitern zu besetzen. Betroffen von dem hilfsweise gestellten Verfahrensantrag sind danach die Arbeitnehmer Manfred Kr , Wilfried Z , Karl H und die Arbeitnehmerin Gertrud Ho . Diese bisher nicht zugezogenen Beteiligten sind zum Anhörungstermin vom Senat geladen worden. Nur der Beteiligte H hat sich aber am Verfahren beteiligt.

III.1. Anhaltspunkte dafür, daß von einer Nichtigkeit der Betriebsratswahl ausgegangen werden müßte, weil in einem so hohen Maße gegen allgemeine Grundsätze jeder ordnungsgemäßen Wahl verstoßen worden wäre, daß auch der Anschein einer Wahl nicht mehr vorliegt (BAG AP Nr. 1 zu § 18 BetrVG 1952; Urteil vom 27. April 1976 - 1 AZR 482/75 - , [demnächst] AP Nr. 4 zu § 19 BetrVG 1972), sind nicht ersichtlich. Der Senat tritt insoweit der Ansicht des angefochtenen Beschlusses in vollem Umfang bei.

2. Die von der Antragstellerin form- und fristgerecht erklärte Wahlanfechtung wäre begründet, wenn gegen wesentliche Vorschriften über die Wählbarkeit und (oder) das Wahlverfahren verstoßen worden ist, es sei denn, daß durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. Der Senat ist ebenso wie der angefochtene Beschluß und entgegen der Meinung der Rechtsbeschwerde der

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

Antragstellerin der Auffassung, daß das Amt des Wahlvorstandes mit der Stellung eines Bewerbers für ein zukünftiges Betriebsratsamt Rechtens vereinbar ist. Es bestehen insoweit keine über § 8 BetrVG hinausgehenden Beschränkungen der Wählbarkeit. Diese Vorschrift enthält eine abschließende Regelung. Hingegen würde die Anfechtung der Betriebsratswahl durchgreifen, wenn der Betriebsrat sich lediglich aus elf statt aus fünfzehn Mitgliedern zusammensetzen hätte. Dabei ist eine "Korrektur" des Wahlergebnisses durch die Gerichte für Arbeitssachen entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts insoweit nicht möglich. Da das Landesarbeitsgericht wegen der maßgebenden Arbeitnehmerzahl keine eigenen tatsächlichen Feststellungen getroffen hat (vgl. unten Ziff. III 3), die der Senat rechtlich würdigen könnte, muß die Sache aus diesem Grunde an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen werden.

Im einzelnen gilt folgendes:

a) Eine Unvereinbarkeit (Inkompatibilität) zwischen dem Amt als Mitglied des Wahlvorstandes und als (zukünftiges) Mitglied des Betriebsrats besteht nicht. Der Senat stimmt dem angefochtenen Beschluß im Ergebnis und weitgehend auch in der Begründung zu. § 8 BetrVG enthält erschöpfend die Voraussetzungen für die Wählbarkeit zum Betriebsrat. Von einer Unvereinbarkeit verschiedener betriebsverfassungsrechtlicher Ämter ist in dieser Vorschrift nicht die Rede. Auch aus § 16 Abs. 1 BetrVG läßt sich entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht herleiten, der Wahlvorstand sei ein gegenüber dem Betriebsrat aussenstehendes Gremium mit der Folge, daß dessen Mitglieder nicht (zukünftige) Betriebsratsmitglieder sein dürften. § 16 BetrVG legt nur fest, daß die Mitglieder des Wahlvorstandes wahlberechtigt (§ 7 BetrVG) sein, d.h. das 18. Lebensjahr vollendet haben müssen.

§ 8 BetrVG enthält auch keine Gesetzeslücke, die im Wege richterlicher Rechtsfortbildung aufgrund allgemeiner Grundsätze des Wahlrechts ausgefüllt werden könnte und müßte. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß der Gesetzgeber die Möglichkeit eines Interessenkonflikts in Kauf genommen hat. Sein



Schweigen bedeutet, daß eine Unvereinbarkeit der Ämter gesetzlich nicht geboten ist.

Das Problem hat schon im Geltungszeitraum des BetrVG 1952 und des BPersVG 1955 und der im Anschluß an letzteres Gesetz ergangenen Personalvertretungsgesetze der Länder eine Rolle gespielt und teilweise eine ausdrückliche gesetzliche Regelung im Sinne der Unvereinbarkeit erfahren (vgl. § 10 Abs. 3 Nr. 4 PersVG Berlin; § 10 Abs. 2 Buchstabe c PersVG Hamburg; § 10 Abs. 2 Buchstabe c PersVG Niedersachsen; § 11 Abs. 5 WO zum PersVG Schleswig-Holstein). Das Bundeswahlgesetz bestimmt in § 9 Abs. 3, daß Wahlbewerber nicht zu Mitgliedern eines Wahlvorstandes bestellt werden dürfen. Nimmt man hinzu, daß nach § 54 Abs. 3 des Entwurfs eines Gesetzes für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Betrieb und Unternehmen der CDU/CSU-Bundestagsfraktion vom Februar 1951 (BT-Drucks. VI/1806) bestimmt werden sollte "Kandidaten für die Betriebsratswahl sollen nicht zum Wahlvorstand bestellt werden", so ist das Schweigen des Gesetzgebers nicht dahin aufzufassen, daß er das Problem offenlassen will, sondern vielmehr dahin, daß eine Unvereinbarkeit der Ämter als Mitglied des Wahlvorstandes und (zukünftiges) Betriebsratsmitglied nicht besteht. Das Problem war dem Gesetzgeber des BetrVG 1972 bekannt, der im übrigen eine umfassende gesetzliche Regelung des Betriebsverfassungsrechts treffen wollte. Wenn der Gesetzgeber in diesem Punkte aber schwieg, so sah er die Inkompatibilität nicht für gegeben an.

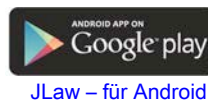
Das Bundesverwaltungsgericht hatte schon in einer Entscheidung vom 12. Januar 1962 (BVerwGE 13, 296 = AP Nr. 6 zu § 10 PersVG) zu der inhaltsgleichen Bestimmung über die Wählbarkeitsvoraussetzungen zum Personalrat dahin erkannt, daß auch Mitglieder des Wahlvorstands zum Personalrat gewählt werden können. Das Bundesarbeitsgericht hatte zum BetrVG 1952 die Streitfrage nicht ausdrücklich entschieden. In einem Beschluß vom 3. Oktober 1958 (AP Nr. 3 zu § 18 BetrVG) hatte es zwar die Auffassung vertreten, eine Wahlanfechtung greife durch, wenn ein Mitglied des Wahlvorstandes eine Vorschlagsliste mit unterschrieben habe. Dieser Fall betraf aber eine



Betriebsratswahl im öffentlichen Dienst nach der Landesverordnung Rheinland-Pfalz über die Errichtung und die Tätigkeit von Betriebsräten vom 15. Mai 1947 und der Wahlordnung hierzu, wonach dem Wahlvorstand eine "besonders einflußreiche Stellung eingeräumt" war. In der Entscheidung vom 28. Februar 1958 (AP Nr. 1 zu § 29 BetrVG) ging das Bundesarbeitsgericht in einem Nebensatz offenbar von der Vereinbarkeit der Ämter als Wahlvorstand und (zukünftiges) Betriebsratsmitglied aus.

Angesichts dieser Entstehungsgeschichte ist nach Auffassung des Senats kein Raum für die Aufstellung weiterer Wählbarkeitsvoraussetzungen durch richterliche Lückenausfüllung des Gesetzes oder sonstige Rechtsfortbildung.

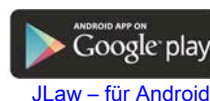
Schließlich gebieten auch allgemeine Grundsätze des Wahlrechts oder gar des Verfassungsrechts keine andere Entscheidung. Es mag zwar sein, daß, um jeden Anschein einer Parteilichkeit zu vermeiden, Bewerber um ein Betriebsratsamt möglichst nicht zu Mitgliedern des Wahlvorstandes bestellt werden sollten (Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG, 11. Aufl., § 16 Anm.13). In kleineren Betrieben würden aber zum Teil kaum überwindbare Schwierigkeiten auftreten, insbesondere wenn man auch noch die Arbeitnehmer nicht zu Mitgliedern eines Wahlvorstandes bestellen dürfte, die einen Wahlvorschlag unterzeichnet haben (Fitting-Auffarth-Kaiser, aaO). Es entspricht allgemeinen Erfahrungssätzen, daß vielfach nur ein begrenzter Kreis von Arbeitnehmern bereit ist, betriebsverfassungsrechtliche Funktionen zu übernehmen. Abgesehen von diesen praktischen Gesichtspunkten hat aber auch Rechtens der Wahlvorstand keinen erheblichen Einfluß auf die Einleitung und vor allem auf die Durchführung der Wahl. Das Wahlverfahren ist in der Wahlordnung eingehend im Sinne einer Formalisierung geregelt. Die Wahlordnung schreibt dem Wahlvorstand vor, wann und was er zu tun hat. Er hat keinen Ermessensspielraum im Hinblick darauf, wer gewählt wird. Insbesondere hat der



Wahlvorstand keinen Einfluß auf die Aufstellung und Einreichung von Vorschlagslisten. Sollte wirklich einmal das Wahlverfahren nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden, so besteht nicht nur die Möglichkeit, die Betriebsratswahl im nachhinein gemäß § 19 BetrVG anzufechten, sondern es können schon vor Durchführung der Wahl einzelne Maßnahmen des Wahlvorstandes angefochten werden (BAG AP Nr. 1 zu § 14 BetrVG 1972). Es kann auch vor der Wahl eine Entscheidung des Arbeitsgerichts darüber herbeigeführt werden, ob ein Nebenbetrieb oder Betriebsteil als selbständiger Betrieb im Sinne des Betriebsverfassungsrechts anzusehen ist (§ 18 Abs. 2 BetrVG). Schließlich kann gegen die Richtigkeit der Wählerliste Einspruch eingelegt werden (§ 4 WO). Überwiegend wird auch die Auffassung vertreten, bei schwerwiegenden Mängeln des Wahlverfahrens könne im Wege der einstweiligen Verfügung durch das Arbeitsgericht der Wahltermin ausgesetzt werden (vgl. BAG AP Nr. 5 zu § 80 ArbGG 1953, Ziff. II 5; Fitting-Auffarth-Kaiser, aaO, § 19 Anm. 26; GK-Thiele, BetrVG, § 19 Anm. 77). Dem Wahlvorstand kommt demnach selbst bei Berücksichtigung des ihm bei Grenzfällen nach § 9 BetrVG zustehenden Beurteilungsspielraums (siehe Ziff. III 3c der Gründe) keine derartige Machtfülle zu, die es als unerträglich erscheinen ließe, daß ein Mitglied des Wahlvorstandes gleichzeitig Wahlbewerber für den zu wählenden Betriebsrat ist (wie hier: Brecht, BetrVG, § 16 Anm. 8; Erdmann Jürging-Kammann, BetrVG, § 16 Anm. 4; Fitting-Auffarth-Kaiser, aaO, § 16 Anm. 13; GK-Thiele, aaO, § 14 Anm. 56; a.M. Dietz-Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 16 Anm. 32 und Galperin-Löwisch, BetrVG, 5. Aufl., § 14 Anm. 52).

b) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts kann das Wahlergebnis im Wahlanfechtungsverfahren bei unrichtiger Annahme der nach § 9 BetrVG maßgebenden Zahl der Betriebsratsmitglieder nicht durch die Gerichte für Arbeitsachen "korrigiert" werden. Die Betriebsratswahl ist vielmehr als Ganzes anfechtbar, wenn auch nicht nichtig. Eine "Korrektur" des Wahlergebnisses, auch im Rahmen eines Wahlanfechtungsverfahrens durch das Arbeitsgericht, ist zwar

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87 a ff. UrhG geschützt.



nicht grundsätzlich ausgeschlossen und vom Bundesarbeitsgericht schon mehrfach für möglich angesehen worden (vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 20 BetrVG Jugendvertreter; BAG AP Nr. 11 zu § 18 BetrVG; BAG AP Nr. 2, 3, 10, 18, 22, 23 zu § 76 BetrVG). In allen diesen Fällen ging es aber um Fehler des Wahlvorstandes bei der Feststellung des Wahlergebnisses bei im übrigen ordnungsgemäß durchgeführter Wahl, z.B. um die anderweitige Verteilung der Sitze auf die Gruppen der Arbeiter und Angestellten oder auf verschiedene Listen, insbesondere aufgrund von Rechenfehlern. Nur die aus einem an sich ordnungsgemäßen Wahlablauf gezogenen Folgerungen des Wahlvorstandes waren falsch und konnten deshalb berichtigt werden, da die Wahl hinsichtlich der Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit und das Wahlverfahren nicht zu beanstanden war (so auch Galperin-Löwisch, aaO, § 19 Anm. 37; Brecht, aaO, § 9 Anm. 9; Erdmann-Jüring-Kammann, aaO, § 9 Anm. 7; vgl. auch BAG AP Nr. 5 zu § 80 ArbGG 1953 unter II 3 der Gründe). Hier aber liegen u.U. schwerwiegende Mängel des Wahlverfahrens selbst vor, die nicht einfach dadurch behoben werden können, daß die auf den letzten Plätzen zum Zuge gekommenen vier Beteiligten gestrichen und zu Ersatzmitgliedern des Betriebsrats "degradiert" werden (Galperin-Löwisch, aaO, § 9 Anm. 10; für Berichtigung des Wahlergebnisses auch in diesen Fällen aber Dietz-Richardi, aaO, § 9 Anm. 12; Fitting-Auffarth-Kaiser, aaO, § 9 Anm. 13, § 19 Anm. 15; GK-Thiele, aaO, § 9 Anm. 19; vgl. auch den Beschluß des Senats vom 12. Oktober 1976 - 1 ABR 14/76 -).

Es ist ferner keineswegs sicher, daß durch die Zugrundelegung einer etwa zu großen Zahl zu wählender Betriebsratsmitglieder das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflußt werden konnte. Es stellt eine unzulässige Vereinfachung dar anzunehmen, daß die Wähler bei Kenntnis der richtigen Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder eben die vier Kandidaten nicht gewählt hätten, die infolge Annahme einer größeren Anzahl von Betriebsratsmitgliedern gerade noch mit der geringsten Stimmenzahl auf den Listen gewählt worden sind. Wenn die Wähler aufgrund des Wahlausschreibens (§ 3 Abs. 2 Nr. 4 WO) von einer zu großen Zahl von Betriebsrats-

mitgliedern ausgehen, so kann dies sowohl Einfluß haben auf die Aufstellung der Vorschlagslisten als auch auf das Wählerverhalten selbst, wovon auch das Landesarbeitsgericht zu Recht ausgeht (vgl. Beschluß des Senats vom 12. Oktober 1976 - 1 ABR 14/76 -). Möglicherweise wären die Bewerber bei Kenntnis der geringeren Zahl von Betriebsratsmitgliedern auf den Vorschlagslisten in anderer Reihenfolge aufgeführt worden, was insbesondere bei der Verhältniswahl bei Bestehen mehrerer Wahlvorschläge von entscheidender Bedeutung dafür sein kann, ob ein Bewerber (noch) gewählt wird oder nicht.

3. Ob die Wahlanfechtung im vorliegenden Fall durchgreift, also die Betriebsratswahl im ganzen wiederholt werden muß, kann der Senat mangels ausreichender tatsächlicher Feststellungen in dem angefochtenen Beschluß derzeit nicht entscheiden. Eine nähere Prüfung der Ausführungen des Landesarbeitsgerichts in seinem Beschluß auf den Seiten 17 und 18 ergibt, daß es die Zahlenangaben der Beteiligten zwar gegenüberstellt, aber selbst keine eigenen tatsächlichen Feststellungen über die nach § 9 BetrVG maßgebende regelmäßige Beschäftigtenzahl von Arbeitnehmern trifft. Es ist daher die Zurückverweisung der Sache erforderlich, ohne daß es noch auf die vom Antragsgegner erhobenen Prozeßrügen ankäme. Eine unzureichende Tatsachenfeststellung stellt schon einen materiell-rechtlichen Fehler der angefochtenen Entscheidung dar, weil nicht geprüft werden kann, ob die rechtlichen Schlußfolgerungen aus dem Sachverhalt zutreffend gezogen worden sind (vgl. BAG AP Nr. 59 und 62 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; BAG AP Nr. 7 zu § 313 ZPO).

Die fraglichen Feststellungen wird das Landesarbeitsgericht nachzuholen haben. Ist von einer regelmäßigen Beschäftigtenzahl von über 1.000 Arbeitnehmern auszugehen, so greift die Wahlanfechtung nicht durch. Erreicht diese Zahl höchstens 1.000 Arbeitnehmer, so ist gemäß dem Hauptantrag der Antragstellerin zu erkennen.

Hinsichtlich der regelmäßigen Beschäftigtenzahl im Sinne des § 9 BetrVG sind nach Ansicht des Senats u.a. folgende

rechtlichen Erwägungen erheblich:

- a) Die leitenden Angestellten i.S. des § 5 Abs. 3 BetrVG werden nicht vom Betriebsrat vertreten und sind zum Betriebsrat weder wahlberechtigt noch wählbar. Sie zählen deshalb bei der für die Betriebsratsgröße maßgebenden Arbeitnehmerzahl nicht mit (Dietz-Richardi, aaO, § 9 Anm. 5; Fitting-Auffarth-Kaiser, aaO, § 9 Anm. 11; GK-Thiele, aaO, § 9 Anm. 11). Davon gehen alle Beteiligten und auch das Landesarbeitsgericht aus. Der angefochtene Beschluß enthält bezüglich der Zahl der leitenden Angestellten keine eigenen Feststellungen.
- b) Die sogenannten Aushilfsarbeitnehmer sind dann und insoweit gemäß § 9 BetrVG mitzuzählen, als eine bestimmte Anzahl derartiger Arbeitnehmer regelmäßig für einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten im Jahr beschäftigt worden ist und auch mit einer derartigen Beschäftigung in Zukunft gerechnet werden kann (vgl. Dietz-Richardi, aaO, § 9 Anm. 7; Galperin-Löwisch, aaO, § 9 Anm. 4; GK-Thiele, aaO, § 9 Anm. 10).
- c) Insbesondere in größeren Betrieben und in Betrieben, die regelmäßig mit Aushilfskräften arbeiten, ist eine genaue Bestimmung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl kaum möglich, weil sie nicht durch einfaches Abzählen der zufälligen Beschäftigtenzahl am Tag des Erlasses des Wahlausschreibens ermittelt werden kann, sondern es vielmehr eines Rückblicks auf die bisherige personelle Stärke des Betriebes und einer Einschätzung der zukünftigen Entwicklung bedarf (Dietz-Richardi, aaO, § 9 Anm. 7; Fitting-Auffarth-Kaiser, aaO, § 1 Anm. 55; GK-Thiele, aaO, § 9 Anm. 9). Deshalb muß dem Wahlvorstand gerade in den Grenzfällen des § 9 BetrVG auch ein gewisser Beurteilungsspielraum im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens eingeräumt werden (Fitting-Auffarth-Kaiser, aaO, § 9 Anm. 8; GK-Thiele, aaO, § 9 Anm. 9). Es läßt sich z.B. kaum mit völliger Sicherheit sagen, ob der regelmäßige Beschäftigtenstand eines Betriebes 1.000 oder 1001 Arbeitnehmer beträgt. Von einem Ermessensspielraum geht grundsätzlich hier auch das Landesarbeitsgericht aus. Der Senat

