

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

57

Gesetz: BetrVG 1972: § 19, § 5 Abs. 1, §§ 6, 7; WO 1972
§ 2 Abs. 3, § 4 Abs. 1 und 2; ArbplSchG § 1 Abs. 1;
ArbGG § 96 Abs. 1 S. 2; ZPO § 565 Abs. 3

Leitsätze:

1. Die Wahlanfechtungsbefugnis einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft hängt nicht davon ab, daß zuvor Einspruch gegen die Richtigkeit der Wählerliste eingelegt wurde.
2. Das Wahlrecht eines Arbeitnehmers entfällt nicht deshalb, weil sein Arbeitsverhältnis wegen der Ableistung von Wehrdienst ruht.

Aktenzeichen: 1 ABR 27/73
Beschluß des BAG vom 29. März 1974

LAG Baden-Württemberg
(Stuttgart)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

3) Ta BV 7/72 Baden-Württemberg
(Stuttgart)

57

kündet am
März 1974

1. Henkelmann,
2. Inspektorin
3. Urkundsbeamter
4. Geschäftsstelle

B e s c h l u ß
In Sachen

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. März 1974 durch den Richter Dr. Auffarth als Vorsitzenden, die Richter Wendel und Bichler sowie die ehrenamtlichen Richter Knepper und Riedel beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Beteiligten Firma Fränkische Nachrichten Druck- und Verlags-GmbH gegen den Beschluß des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 22. März 1973 - 5 (3) Ta BV 7/72 - wird zurückgewiesen.

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

G r ü n d e :

I. Im Betrieb der Beteiligten zu 1) wird mit etwa 100 Angestellten und Arbeitern die Zeitung "F Nachrichten" hergestellt. Sie wird am Verlagsort T von etwa 12 und in den ländlichen Gebieten von über 300 Zeitungsaussträgern (innen) verteilt.

Am 26. April 1972 fand in dem Betrieb eine Betriebsratswahl in der Form der Gruppenwahl statt.

Der Wahlvorstand hatte am 13. März 1972 ein Wahlausschreiben zum Aushang gebracht, in dem u.a. festgestellt war, der Betriebsrat bestehe aus fünf Mitgliedern, zwei aus der Gruppe der Arbeiter, drei aus der Gruppe der Angestellten. Am gleichen Tag hatten elf Arbeitnehmer gegen die Richtigkeit der Wählerliste schriftlich Einspruch erhoben mit der Begründung, die Korrektoren, Perforatoren und Zeitungsträger gehörten zu der Gruppe der Arbeiter, seien aber dort nicht aufgeführt. Am 22. März 1972 wies der Wahlvorstand den Einspruch als unbegründet zurück. Auf den Wählerlisten standen schließlich - nachdem auf zwei weitere Einsprüche hin Korrekturen vorgenommen worden waren - 39 wahlberechtigte Arbeiter und 55 wahlberechtigte Angestellte.

Am 27. April 1972 gab der Wahlvorstand das Wahlergebnis der Betriebsratswahl vom vorhergehenden Tage bekannt:

In der Gruppe der Angestellten wurden 50 Stimmzettel abgegeben, davon 47 gültige. Es erhielten:

Li	30 Stimmen,
Bo	28 Stimmen,
Ec	23 Stimmen,
Hil	14 Stimmen,
Wo	10 Stimmen,
We	9 Stimmen,
Zi	8 Stimmen.

Als gewählt wurden die drei Kandidaten mit den meisten Stimmen Li, Bo und Ec bekanntgegeben.

In der Gruppe der Arbeiter wurden 38 Stimmzettel abgegeben, davon 35 gültige. Es erhielten:

Fu	18 Stimmen,
Hat	14 Stimmen,
Oe	14 Stimmen,
Hei	10 Stimmen,
Has	9 Stimmen.

Als gewählt wurden bekanntgegeben: Fu und Hat
oder Oe .

Mit der am 9. Mai 1972 beim Arbeitsgericht Crailsheim eingegangenen Antragsschrift hat die Antragstellerin - der Ortsverein einer im Betrieb der beteiligten Firma vertretenen Gewerkschaft - das vorliegende Beschlußverfahren eingeleitet und die Betriebsratswahl u.a. mit folgender Begründung angefochten:

In die Wählerliste - und zwar der Arbeiter - hätten zwei Mitarbeiter aufgenommen werden müssen, die zur Zeit der Wahl ihren Wehrdienst abgeleistet hätten, ferner sechs Zeitungsausträger (innen), die eine arbeiterrentenversicherungspflichtige Beschäftigung ausübten und auch entsprechend versichert seien. Zu Unrecht seien in der Wählerliste der Angestellten drei Perforatorinnen erfaßt worden sowie der als Drucker beschäftigte Arbeitnehmer Har ; sie hätten als gewerbliche Arbeitnehmer in deren Liste gehört. Die Antragstellerin hat beantragt, die Betriebsratswahl für rechtsunwirksam zu erklären.

Der Antragsgegner (Betriebsrat) und die Beteiligte zu 1) (Firma F Nachrichten Druck- und Verlags-GmbH) haben um Zurückweisung des Antrags gebeten. Sie tragen vor, nur bei zwei der sechs arbeiterrentenversicherten Zeitungsausträger (innen) übersteige der bei der Beteiligten zu 1) verdiente Lohn die Versicherungspflichtgrenze; im übrigen könne nur eine Wahlberechtigung aller oder keines Zeitungsausträgers in Betracht kommen. Mit dem Arbeitnehmer Har sei vereinbart, daß er im Bedarfsfall als Vertreter eingesetzt werde, eine Tätigkeit, die er bereits früher zeitweise ausgeübt habe. Die Perforatorinnen seien Angestellte.

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag mit der Begründung stattgegeben, es sei dadurch gegen wesentliche Vorschriften



über das Wahlrecht und die Wählbarkeit verstoßen worden, daß die zwei Bundeswehrsoldaten und die sechs arbeiterrentenversicherten Zeitungsaussträger (innen) nicht in die Wählerliste aufgenommen und die drei Perforatorinnen und der Drucker Har in die Angestelltenliste und nicht in die Liste der gewerblichen Arbeitnehmer eingetragen worden seien.

Gegen diesen Beschluß hat die Beteiligte zu 1) Beschwerde eingelegt.

Das Landesarbeitsgericht hat eine der Perforatorinnen über ihre Tätigkeit als Zeugin gehört und zu der Frage ihrer rechtlichen Zuordnung ein mündliches Sachverständigen-gutachten eingeholt. Sodann hat es die Beschwerde mit der Begründung zurückgewiesen, sämtliche Zeitungsaussträger seien wahlberechtigt gewesen; die drei Perforatorinnen hätten auf die Liste der gewerblichen Arbeitnehmer gehört.

Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte zu 1) ihren Zurückweisungsantrag weiter, während der Antragsteller um Zurückweisung der Rechtsbeschwerde bittet.

II. Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zu Recht die im Betrieb der Beteiligten zu 1) durchgeführte Betriebsratswahl aufgrund der erfolgten Anfechtung für rechtsunwirksam angesehen. Das führt zur Zurückweisung der Rechtsbeschwerde.

1. Die am 26. April 1972 vorgenommene Betriebsratswahl war nicht von vornherein nichtig. Diese Prüfung ist im Rahmen eines Beschlußverfahrens mit dem Ziel der Feststellung der Unwirksamkeit einer Betriebsratswahl an erster Stelle durchzuführen (BAG 15, 235 [236] = AP Nr. 6 zu § 3 BetrVG; BAG 16, 1 [6] = AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG). Sie ergibt in Übereinstimmung mit dem Landesarbeitsgericht, daß die vorgetragenen und festgestellten Mängel der Wahl nicht so erheblich sind, daß selbst der Anschein einer Betriebsratswahl nicht mehr vorliegen würde (vgl. BAG 16, 1 [6] = AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG mit weiteren Nachweisen). Bei der Nichtzulassung von Wahlberechtigten zur Wahl und bei der falschen Zuordnung von Arbeitnehmern zu einer Arbeitnehmer-

gruppe handele es sich zwar um Verstöße gegen die Wahlvorschriften. Sie sind aber jedenfalls bei der hier nicht von vornherein eindeutigen Rechtslage nicht von solchem Gewicht und nicht für jeden objektiven Betrachter so offensichtlich, daß sie entgegen dem Prinzip der Rechtssicherheit dazu führen müßten, alle Handlungen des Betriebsrats als von Anfang an unwirksam anzusehen. Das wäre aber die Rechtsfolge, wenn die Betriebsratswahl nichtig wäre.

2. Die antragstellende Gewerkschaft IG- Druck und Papier, Ortsverein T ist als im Betrieb vertretene Gewerkschaft auch antragsberechtigt, wie es sich unmittelbar aus § 19 Abs. 2 BetrVG 1972 ergibt. Der Ortsverein T -

ist eine selbständige Unterorganisation der Gewerkschaft und daher selbst Gewerkschaft wie das Bundesarbeitsgericht aufgrund der Satzung der IG-Druck und Papier bereits in seinem Urteil vom 22. Dezember 1960 (AP Nr. 25 zu § 11 ArbGG 1953) entschieden hat. Auch für die Neufassung der Satzung ab 1. Januar 1972 gilt nichts anderes. Im übrigen ergibt sich auch aus § 18 Ziff. 5 Buchst. f, daß der Vorstand des Ortsvereins u.a. die Aufgabe hat, die Wahl der Betriebsräte zu fördern. Dazu gehört gegebenenfalls auch die Anfechtung einer Betriebsratswahl. Die am 1. Januar 1972 geltende Satzung der IG-Druck und Papier enthält also auch eine Ermächtigung an den Ortsverein, eine Betriebsratswahl anzufechten (vgl. BAG AP Nr. 15 zu § 18 BetrVG).

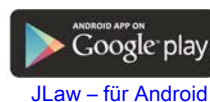
3. Schließlich ist auch die Anfechtungsfrist des § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG 1972 von zwei Wochen seit dem Tage der Bekanntgabe des Wahlergebnisses gewahrt. Es genügt, daß die Antragsschrift innerhalb der Frist beim Arbeitsgericht eingeht, wenn - wie hier - deren Zustellung an den Betriebsrat demnächst erfolgt und die Antragsschrift zugleich ein schlüssiges Anfechtungsvorbringen enthält (vgl. BAG 17, 165 [168 ff:] = AP Nr. 14 zu § 18 BetrVG; Dietz-Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 19 Anm.25).

4. In der Sache selbst greift die Anfechtung der Betriebsratswahl bereits durch, weil die Aufnahme der drei Performatorinnen und des Druckers Har in die Wählerliste



der Arbeiter statt der Angestellten und die Aufnahme der beiden Bundeswehrangehörigen in die Liste der Arbeiter zu einem anderen Ergebnis der Betriebsratswahl zumindest innerhalb der Gruppen hätte führen können. Es wären nämlich bei der Gruppe der Angestellten vier Arbeitnehmer weniger und bei der Gruppe der Arbeiter sechs Arbeitnehmer mehr wahlberechtigt gewesen. Das genügt aber für die Begründetheit einer Wahlanfechtung. Mangels ausreichender tatsächlicher Feststellungen sieht sich der Senat nicht in der Lage, eine abschließende Entscheidung auch bezüglich des Wahlrechts der Zeitungsaussträger (innen) zu treffen. Zwar haben die Gerichte für Arbeits-sachen grundsätzlich allen Mängeln einer Betriebsratswahl nachzugehen und zwar selbst dann, wenn ein Anfechtungsgrund im Laufe des Verfahrens fallen gelassen wird (BAG AP Nr. 3 zu § 18 BetrVG; BAG 12, 244 = AP Nr. 10 zu § 13 BetrVG; BAG 16, 8 = AP Nr. 4 zu § 4 BetrVG; BAG 22, 38 = AP Nr. 17 zu § 18 BetrVG). Im vorliegenden Falle würde dies aber, da das Rechtsbeschwerdegericht selbst keine tatsächlichen Feststellungen treffen kann, zu einer erheblichen und dem gerade im Beschlußverfahren geltenden Beschleunigungsgrundsatz zuwiderlaufenden Verzögerung des Verfahrens führen. Steht bereits fest, daß die Anfechtung einer Betriebsratswahl durchgreift, so ist das Verfahren zur Endentscheidung reif. Es darf nicht zwecks Aufklärung und Feststellung weiterer Wahlanfechtungsgründe an das Beschwerdegericht zurückverwiesen werden. Im einzelnen gilt folgendes:

a) Das Landesarbeitsgericht hat aufgrund einer von ihm durchgeführten Beweisaufnahme ebenso wie schon das Arbeitsgericht die drei Perforatorinnen als rentenversicherungspflichtig und damit der Gruppe der Arbeiter zugehörig angesehen. Ein Verstoß gegen das Wahlrecht liegt deshalb vor, weil diese Arbeitnehmerinnen in die Wählerliste der Angestellten aufgenommen worden sind. Die Rechtsbeschwerde macht keine Ausführungen zu dieser Frage, weil es die Zuordnung der Perforatorinnen - zu Unrecht - nicht als entscheidungserheblich ansieht. Sie greift den Beschluß



des Landesarbeitsgerichts insoweit nicht an. Der angefochtene Beschluß ist aufgrund der vom Gericht durchgeführten Beweis-
aufnahme zu dem Ergebnis gekommen, die Perforatorinnen seien
der Gruppe der Arbeiter zuzurechnen. Es ist nicht ersichtlich,
daß diese Ausführungen von Rechtsirrtum beeinflußt sind. Der
Senat schließt sich insoweit der Auffassung des angefochtenen
Beschlusses an.

b) Das Landesarbeitsgericht hat sich nicht mit der Frage
befaßt, ob der Drucker Har zu Unrecht auf die Wähler-
liste der Angestellten gesetzt worden ist, weil er in Wahr-
heit eine rentenversicherungspflichtige Beschäftigung ausübt.
Das Arbeitsgericht hat diese Frage zu Recht bejaht. Har
hat zwar zeitweise auch eine Vertretertätigkeit ausgeübt und
ist noch in der Angestelltenversicherung versichert. Es
überwog aber die gewerbliche Druckertätigkeit und Har
ist jedenfalls in der Zeit der Vorbereitung der Betriebsrats-
wahl und im Zeitpunkt der Betriebsratswahl selbst aus-
schließlich als Drucker beschäftigt worden. Demnach gehörte
er zur Gruppe der Arbeiter und hätte in der Wählerliste der
Arbeiter aufgeführt werden müssen.

Daß Har seinem Wunsch gemäß tatsächlich in der Ange-
stelltenversicherung versichert war, ist für die hier zu ent-
scheidende Frage unerheblich. Die Parteien des Arbeitsver-
hältnisses können nicht entscheiden, welcher Arbeitnehmer
Angestellter oder Arbeiter ist, auch nicht für den Bereich
der Betriebsverfassung. Maßgebend ist allein, ob die Tätig-
keit als solche nach den Sozialversicherungsgesetzen der
Angestellten- oder der Arbeiterrentenversicherung unter-
liegen würde (Dietz-Richardi, aaO, § 6 Anm. 4, 15; Fitting-
Auffarth, BetrVG, 10. Aufl., § 6 Anm. 12; Thiele, GK-BetrVG,
§ 6 Anm. 3).

Schließlich spielt es jedenfalls für die Anfechtungsbe-
fugnis der Gewerkschaft auch keine Rolle, daß bezüglich der
Aufnahme von Har in die Wählerliste der Angestellten
gegen diese Liste kein Einspruch nach § 4 WO beim Wahl-
vorstand eingelegt worden ist. Der Senat vermag sich der
gegenteiligen Auffassung des Landesarbeitsgerichts, die es
für die beiden Arbeitnehmer bei der Bundeswehr ausdrücklich



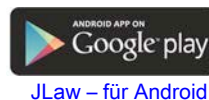
vertritt, nicht anzuschließen. Die Meinungen sind in Rechtsprechung und Literatur geteilt, wobei auch die Vertreter der Auffassung, der rechtzeitige Einspruch gegen die Richtigkeit der Wählerliste gemäß § 4 Abs. 1 WO sei Voraussetzung einer Wahlanfechtung, zum Teil weder nach der Person der Anfechtungsberechtigten unterscheiden noch auch danach, ob ein Arbeitnehmer zu Unrecht in die Liste nicht eingetragen oder zu Unrecht eingetragen oder ob der Arbeitnehmer in die Wählerliste der falschen Arbeitnehmergruppe eingetragen ist (vgl. LAG Kiel AP Nr. 1 zu § 4 WahlO; LAG Düsseldorf, Beschl. v. 8. Mai 1973, DB 73, 2050; Dietz-Richardi, aaO, § 19 Anm. 6 und § 4 WO Anm. 5; Erdmann-Jürging-Kammann, BetrVG, § 19 Anm. 5a; Thiele, aaO, § 19 Anm. 27 ff.; Fitting-Auffarth, aaO, § 19 Anm. 12; für ein Anfechtungsrecht unabhängig vom Vorliegen eines Einspruchs gegen die Wählerliste sind: Dietz, BetrVG, 4. Aufl., § 18 Anm. 7 a und § 4 WO Anm. 4; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., 2. Bd., 2. Halbb., Seite 1149 Fußnote 58; Beschluß des BAG vom 5. Dezember 1931, ARS 13, 459).

Die Wahlordnung ist gegenüber dem Gesetz die schwächere Rechtsnorm. § 19 Abs. 2 BetrVG 1972 räumt den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften uneingeschränkt die Anfechtungsbefugnis ein, und zwar bei Verstößen gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit und das Wahlverfahren (§ 19 Abs. 1 aaO). Diese Anfechtungsbefugnis würde aber entgegen dem Gesetz im Ergebnis stark eingeschränkt, wenn sie davon abhinge, daß ein Arbeitnehmer gegen die Wählerliste nach § 4 WO Einspruch eingelegt hat. Aus § 4 Abs. 2 WO ist nämlich zu entnehmen, daß Einspruch gegen die Wählerliste nach dem Willen des Verordnungsgebers nur ein Arbeitnehmer einlegen kann. Wahlanfechtungsberechtigt sind aber nach § 19 Abs. 2 des Gesetzes nicht nur drei wahlberechtigte Arbeitnehmer, sondern auch die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften und der Arbeitgeber. Zwar kann man theoretisch zwischen Anfechtungstatbestand und Anfechtungsbefugnis unterscheiden (so LAG Düsseldorf, aaO). Die Anfechtungstatbestände



enthält § 19 Abs. 1 BetrVG 1972, während die Anfechtungsbefugnis § 19 Abs. 2 aaO regelt. Wenn der Gesetzgeber aber den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften eine unbeschränkte Anfechtungsbefugnis einräumt, so muß sich diese mangels gegenteiliger Anhaltspunkte aus dem Gesetz auch auf alle wesentlichen Wahlverstöße im Sinne des § 19 Abs. 1 aaO erstrecken. Das bedeutet nicht eine Erweiterung der Anfechtungstatbestände (so LAG Düsseldorf, aaO), sondern nur, daß Anfechtungstatbestände und Anfechtungsberechtigung der Gewerkschaft deckungsgleich sind. Der Ordnungsgeber konnte und wollte gemäß § 126 Nr. 2 BetrVG 1972 nur im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen nähere Vorschriften für die Durchführung der Betriebsratswahl im Ordnungswege erlassen, insbesondere auch die Erhebung von Einsprüchen regeln. Das Einspruchsverfahren des § 4 WO hat erkennbar den Sinn, Unrichtigkeiten der Wählerliste schon vor der Wahl zu bereinigen, um eine spätere Wahlanfechtung zu vermeiden. Ein derartiger Einspruch kann aber nur von denjenigen erwartet werden, die nach der Wahlordnung einspruchsberechtigt sind. Im übrigen schließt § 19 Abs. 1 BetrVG 1972 eine Wahlanfechtung trotz erheblicher Wahlverstöße nur dann aus, wenn eine Berichtigung ~~nicht~~ erfolgt ist und nicht schon dann, wenn eine Berichtigung hätte erfolgen können. Die Eintragung in die Wählerliste hat trotz der Vorschrift des § 2 Abs. 3 WO keine konstitutive Bedeutung in dem Sinne, daß sie materiell-rechtlich Voraussetzung für Wahlrecht und Wählbarkeit nach dem Gesetz wäre (vgl. Beschluß des Senats vom 5. März 1974 - 1 ABR 19/73 - Ziff. II 2 der Gründe). Es handelt sich nur um eine Ordnungsvorschrift für das Wahlverfahren.

c) Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich zugleich, daß für das Wahlrecht der beiden Arbeitnehmer, die Wehrdienst leisteten, das Fehlen eines Einspruchs gegen die Nichteintragung in die Wählerliste der Arbeiter unschädlich ist. Das Landesarbeitsgericht hat sich von seinem Rechtsstandpunkt aus nicht mit der Frage befaßt, ob jedenfalls das aktive Wahlrecht für diese beiden Arbeitnehmer gegeben war. Die Frage ist in Übereinstimmung mit dem Arbeitsgericht zu



bejahen. Auch die Beteiligte zu 1) vertritt diese Auffassung. Die Meinungen in der Literatur sind auch zu dieser Frage geteilt (bejahend: Brecht, Kommentar zum BetrVG nebst Wahlordnung, § 7 Anm. 8; Fitting-Auffarth, aaO, § 7 Anm. 10; Gnade-Kehrmann-Schneider, BetrVG, § 7 Anm. 2; Kröller, BB 72, 228; Maurer, DB 72, 975; Sahmer, BetrVG, § 7 Anm. 4; Stege-Weinspach, BetrVG 1972, S. 66; verneinend: Dietz-Richardi, aaO, § 7 Anm. 18 und Thiele, aaO, § 7 Anm. 13). Während des Wehrdienstes ruht das Arbeitsverhältnis; es bleibt aber dem rechtlichen Band nach erhalten. Die Betriebszugehörigkeit besteht fort und damit auch das Wahlrecht, das unter Umständen auch durch schriftliche Stimmabgabe nach § 26 WO ausgeübt werden kann. Diese Arbeitnehmer haben ein berechtigtes Interesse an der Zusammensetzung des neuen Betriebsrats, da sie je nach den tatsächlichen Umständen vielleicht schon in kurzer Zeit in den Betrieb zurückkehren. Aber selbst wenn sie im Zeitpunkt der Betriebsratswahl gerade erst zum Wehrdienst einberufen worden sind, kehren sie doch nach 15 Monaten in den Betrieb zurück, so daß sie während des überwiegenden Teils der Amtszeit des neuen Betriebsrats wieder im aktiven Arbeitsverhältnis stehen.

5. Wie zu Eingang von Ziff. 4 der Gründe bereits ausgeführt wurde, ist der Senat mangels ausreichender Sachaufklärung derzeit nicht in der Lage, zum Wahlrecht der Zeitungsausträger (innen) Stellung zu nehmen und zwar aus folgenden Gründen: Bevor auf die streitige Frage eingegangen werden kann, ob sogenannte Teilzeitbeschäftigte, hier die Zeitungsausträger, zum Betriebsrat wahlberechtigt und gegebenenfalls auch wählbar sind und ob etwa nach dem Sinn und Zweck des Betriebsverfassungsgesetzes hier bei geringfügiger Beschäftigung irgendwelche Grenzen zu ziehen sind, muß zunächst feststehen, daß es sich überhaupt um Arbeitnehmer (§ 7, § 5 Abs. 1 BetrVG 1972) handelt, wobei nach ganz einhelliger Meinung auch im Betriebsverfassungsrecht vorbehaltlich der abweichenden Bestimmungen



in § 5 Abs. 2 und 3 BetrVG 1972 von dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Begriff des Arbeitnehmers auszugehen ist. Für diesen Arbeitnehmerbegriff ist aber die persönliche Abhängigkeit entscheidend. Die Grenzen zwischen Arbeitsvertrag, Dienstvertrag und unter Umständen auch Werkvertrag können aber in Grenzfällen fließend sein; eine Abgrenzung kann dann nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles getroffen werden (vgl. BAG 19, 324 = AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit; vgl. auch § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB). Bleiben dann noch Zweifel, so kann zwar auch der ausdrücklich erklärte Parteiwille eine Rolle spielen. Es genügt aber hier nicht die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, es sei offensichtlich und unter den Beteiligten außer Streit, daß die Zeitungsausträger Arbeitnehmer seien.

Der Senat hat angesichts der bisherigen tatsächlichen Feststellungen und nach dem in Bezug genommenen Parteivorbringen nebst Anlagen in dem konkreten Fall Zweifel, ob die Zeitungsausträger und insbesondere alle Zeitungsausträger Arbeitnehmer im Betrieb der Beteiligten zu 1) sind. Nach dem Muster eines "Agentur-Vertrages", der seiner Überschrift nach eher auf eine Handelsvertreterstätigkeit hindeuten könnte, hat "die Agentur" zwar die Verpflichtung, die gelieferten Zeitungen täglich an die Abonnenten sofort nach Erhalt zuzustellen. Damit sind aber die Merkmale einer persönlichen Abhängigkeit bereits erschöpft. Im Krankheitsfall oder bei Abwesenheit hat die Agentur, nicht der Beteiligte zu 1), rechtzeitig für Vertretung selbst zu sorgen. Eine Urlaubserteilung ist in dem Muster des Agenturvertrages nicht vorgesehen. Die Agentur enthält ein Stückentgelt für jedes Abonnement. Nach dem Vertragsmuster soll der Ehegatte gesamtschuldnerisch für die Erfüllung der Verpflichtungen des Vertragspartners mithaften. Über die Führung von Personalunterlagen und die Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen durch die Beteiligte zu 1) ist nichts festgestellt. Die Beteiligte zu 1) trägt vor, daß das Zeitungsaustragen vielfach durch andere Personen vorgenommen wird, die ihr zum Teil nicht einmal bekannt sind und daß viele Zeitungsausträger für sie nur ganz kurze Zeit arbeiten, dann aber auch noch für andere Zeitungs-



- 12 -

verlage tätig sind. Alle diese Punkte bedürfen der tatsächlichen Feststellung und rechtlichen Prüfung. Der Senat kann das im vorliegenden Verfahren nicht mehr nachholen, weil die Wahlanfechtung bereits aus den unter Ziff. 4 genannten Gründen durchgreift.

gez. Dr. Auffarth

Wendel

Bichler

Knepper

Riedel

