

Aktenzeichen: 7 ABR 21/88

Bundesarbeitsgericht 7. Senat Beschluß vom 18. Januar 1989
- 7 ABR 21/88 -

I. Arbeitsgericht Beschluß vom 17. September 1987
Berlin - 20 BV 2/87 -

II. Landesarbeitsgericht Beschluß vom 1. Februar 1988
Berlin - 9 TaBV 6/87 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Nein



Entscheidungsstichwort:

Anfechtung einer Betriebsratswahl

Gesetz: BetrVG § 9, § 19, § 5 Abs. 1; AÜG Art. 1 § 14;
BGB §§ 631 ff.

Leitsätze:

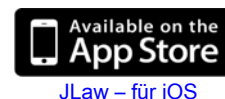
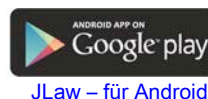
1. Bei der nach § 9 BetrVG maßgeblichen Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder sind nur die betriebsangehörigen Arbeitnehmer zu berücksichtigen.
2. Betriebsangehörige Arbeitnehmer sind nur solche Personen, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen und innerhalb der Betriebsorganisation des Arbeitgebers abhängige Arbeitsleistungen erbringen.
3. Zu den bei der Betriebsratsgröße zu berücksichtigenden betriebsangehörigen Arbeitnehmern ist des § 9 BetrVG gehören nicht die im Betrieb beschäftigten Leiharbeiter, die in arbeitsvertraglichen Beziehungen zu einem nichtgewerbsmäßig tätigen Arbeitgeber stehen.
4. Arbeitnehmer, die im Rahmen von werkvertraglichen Beziehungen Arbeitsleistungen in einem anderen Betrieb erbringen, sind ebenfalls mangels Zugehörigkeit zu dem Betrieb des Werkbestellers dort nicht bei der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder zu berücksichtigen.

Hinweise des Senats:

Anfechtung einer Betriebsratswahl wegen einer zu großen Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder aufgrund der Berücksichtigung von abgeordneten Arbeitnehmern der Freien Universität Berlin, von Reinigungspersonal eines Reinigungsunternehmens sowie von ABM-Kräften.



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



7 ABR 21/88

9 TaBV 6/87 Berlin

Verkündet am
18. Januar 1989

Stöcker,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Beschluß

In Sachen

pp.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der
mündlichen Anhörung vom 18. Januar 1989 durch den Vorsitzen-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

den Richter Dr. Seidensticker, die Richter Prof. Dr. Becker und Schliemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Scholz und Straub beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats gegen
den Beschluß des Landesarbeitsgerichts
Berlin vom 1. Februar 1988 - 9 TaBV 6/87 -
wird zurückgewiesen.

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

G r ü n d e :

A. Die antragstellende Arbeitgeberin - eine rechtsfähige Stiftung bürgerlichen Rechts - betreibt eine Orthopädische Klinik und ein Unfallkrankenhaus. Antragsgegner ist der bei der Antragstellerin bestehende Betriebsrat.

Seit Jahren arbeitet das Universitätsklinikum Charlottenburg der Freien Universität Berlin zum Zwecke der ihr obliegenden Lehr- und Forschungsaufgaben auf dem Gebiet der Orthopädie und zur wissenschaftlichen und praktischen Ausbildung des ärztlichen Nachwuchses mit der Antragstellerin zusammen. Das von der Antragstellerin betriebene Krankenhaus ist aufgrund einer Vereinbarung mit der Freien Universität Berlin auch akademisches Lehrkrankenhaus für die Ausbildung der Medizinstudenten. Die Zusammenarbeit zwischen der Antragstellerin einerseits und dem Universitätsklinikum andererseits richtet sich nach einer Vereinbarung in der Fassung vom 25. Februar 1986. Aufgrund dieser Vereinbarung wird in der Poliklinik und dem Biomechanik-Labor ausschließlich Per-



sonal der Antragstellerin eingesetzt. In der Orthopädischen Klinik werden demgegenüber sowohl Arbeitnehmer der Antragstellerin als auch Dienstkräfte der Freien Universität beschäftigt. Es handelt sich hierbei um etwa 18 Dienstkräfte, die teilweise auch zur Freien Universität in einem Beamtenverhältnis stehen. Für diese Personengruppe nimmt der Personalrat des Klinikums Charlottenburg der Freien Universität, an dessen Wahl diese Mitarbeiter bisher stets teilgenommen haben, die Mitwirkungs- und Mitbestimmungsbefugnisse nach dem Personalvertretungsgesetz Berlin wahr.

Auf dem Betriebsgelände der Antragstellerin arbeiten weiterhin 19 Mitarbeiter der Firma Gebäudereinigung B . Zwischen der Antragstellerin und diesem Gebäudereinigungsunternehmen wurden mehrere Verträge abgeschlossen, in denen die Antragstellerin der Firma B die OP-Hauptreinigung, die Reinigung der Unfallstelle, die Glas- und Rahmenreinigung im O - Heim, die Reinigung im Bereich OP-Neubau sowie bei Bedarf - unter besonderer Aufforderung - die Ausführung von Desinfektionsarbeiten übertragen hat.

Außerdem sind bei der Antragstellerin 25 im Rahmen von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen nach dem Arbeitsförderungsgesetz beschäftigte Jugendliche tätig. Sie arbeiten wöchentlich an vier Tagen je vier Stunden und sind im übrigen verpflichtet, wöchentlich einmal an berufskundlichen Lehrgängen teilzunehmen. Daneben findet eine sozialpädagogische Betreuung statt.



Am 10. Februar 1987 erließ der Wahlvorstand für die Wahl des Betriebsrates am 25. und 26. März 1987 gemäß Formblatt ein Wahlausschreiben, das im Betrieb der Antragstellerin zum Aushang kam. Während der Wahlvorstand lediglich 568 Arbeitnehmer als wahlberechtigt ansah, bezog er in den für die Berechnung der Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Personenkreis auch die nicht in einem Arbeitsverhältnis zur Antragstellerin stehenden Personen ein und legte fest, daß der Betriebsrat aus elf Mitgliedern besteht. Das Wahlergebnis gab der Wahlvorstand am 27. März 1987 durch Aushang bekannt. Danach sind elf Mitglieder in den neuen Betriebsrat gewählt worden.

Mit der beim Arbeitsgericht am 8. April 1987 eingegangenen Antragschrift hat die Antragstellerin die Wahl des Betriebsrates vom 25./26. März 1987 angefochten. Sie hat die Auffassung vertreten, die Wahl sei unwirksam, denn es sei durch die Berücksichtigung auch der drei nicht unmittelbar bei ihr beschäftigten Personengruppen eine zu große Anzahl von Betriebsratsmitgliedern gewählt worden. Bei dem in ihrem Betrieb tätigen Personal des Universitätsklinikums Charlottenburg handele es sich nicht um ihre Arbeitnehmer im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes. Sie treffe weder eine Vorauswahl der Bewerber für Stellen der Freien Universität noch sei sie in der Lage, über die Einstellung mitzuentscheiden oder der Personalabteilung des Klinikums Charlottenburg die Einstellung bestimmter gewünschter Bewerber vorzuschreiben. Urlaubsanträge und Krankmeldungen seien weisungsgemäß an die Personalabteilung des Klinikums Charlottenburg zu richten. Nur das Klinikum Charlottenburg entscheide über die Bewilligung

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



von Urlaubsanträgen. Allerdings müsse im Interesse geordneter Arbeitsabläufe gewährleistet sein, daß in den einzelnen Abteilungen die Urlaubszeiten eigener Beschäftigter und der Beschäftigten der Freien Universität aufeinander abgestimmt würden.

Rechtsfehlerhaft sei die Betriebsratswahl auch deshalb, weil der Wahlvorstand bei der Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder auch die Arbeitnehmer der Gebäudereinigungsfirma B mitberücksichtigt habe. Diese bei ihr - der Antragstellerin - tätigen Arbeitskräfte könnten nicht als ihre Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG angesehen werden. Allein die Firma Gebäudereinigung B befinde darüber, welche Mitarbeiter und wie viele Mitarbeiter sie jeweils abstelle, um die vertragsgemäß geschuldeten Leistungen in ihrem Betrieb zu erbringen. Bei durchgeführten Recherchen habe sich ergeben, daß die Firma B derzeit ungefähr 19 Mitarbeiter einsetze, um die Reinigungsarbeiten zu erledigen. Diese Mitarbeiter unterlägen nicht ihrer - der Antragstellerin - ständigen Überwachung und Anleitung. Auch seien diese Beschäftigten nicht in die eigentlichen Arbeitsabläufe im Krankenhaus und in den Lehrbetrieb eingegliedert. Diese Mitarbeiter seien ausschließlich für ihren Arbeitgeber in einem für sie fremden Betrieb tätig, um dort als Erfüllungsgehilfen im Rahmen der bestehenden Werkverträge die von ihrem Arbeitgeber geschuldeten Dienstleistungen zu erbringen bzw. den geschuldeten Arbeitserfolg herbeizuführen.

Schließlich hätten die nur vorübergehend beschäftigten ABM-Kräfte nicht in die Berechnung einbezogen werden dürfen, da diese



nicht unmittelbar an sie - die Antragstellerin - gebunden seien und hinsichtlich derer auch mit der zuständigen Senatsverwaltung keinerlei vertragliche Vereinbarungen bestünden. Überdies müsse in absehbarer Zeit mit dem Auslaufen des ABM-Programms in der jetzigen Gestalt gerechnet werden, so daß auch aus diesem Grunde diese Arbeitskräfte, und zwar schon wegen des vorübergehenden Charakters ihrer Tätigkeit, im Rahmen der bei ihr durchgeführten Betriebsratswahl nicht hätten berücksichtigt werden dürfen. Die jugendlichen ABM-Kräfte seien nicht in ihre betriebliche Organisation integriert. Ihre Beschäftigung diene auch nicht dem Zweck, anderweitige Arbeitskräfte einzusparen.

Die Antragstellerin hat beantragt,

die Betriebsratswahl vom 25./26. März 1987
für unwirksam zu erklären.

Der Betriebsrat hat beantragt, den Antrag zurückzuweisen. Er hat die Auffassung vertreten, die Beschäftigten des Universitätsklinikums Charlottenburg seien als Arbeitnehmer der Antragstellerin anzusehen. Sie seien voll in die Arbeitsabläufe und Dienstpläne der Antragstellerin einbezogen. Eine organisatorische Trennung nach der Wahrnehmung von Aufgaben bzw. Benutzung von Sachmitteln der Freien Universität und der Antragstellerin könne nicht festgestellt werden, weil auch im personalwirtschaftlichen Bereich verbindliche Vorarbeiten für die Freie Universität geleistet würden. Soweit es sich um Stellen der Freien Universität Berlin im Bereich der Orthopädischen Klinik handele, wähle die Antragstellerin die Bewerber aus und schlage sie der Personal-



stelle der Freien Universität zur Einstellung vor. Auch Krankmeldungen und Urlaubsanträge liefen unmittelbar über die jeweiligen Abteilungen der Antragstellerin. Seit 1985 gebe es bei der Antragstellerin keinen einzigen Arzt der Freien Universität, der Forschung betreibe. Alle Beschäftigten mit einem Vertrag der Freien Universität erfüllten im Bereich der Orthopädischen Klinik den arbeitstechnischen Zweck der Patientenversorgung. Eine Trennung der Arbeitsmittel nach Bereichen der Krankenversorgung und solchen der Lehre und Forschung gebe es in der praktischen Handhabung nicht. Die Mitarbeiter des Klinikums Charlottenburg seien organisatorisch völlig dem medizinischen Personal der Antragstellerin gleichgestellt, zumal die Beschäftigten der Freien Universität auch den Arbeitsschutzbestimmungen und Vorschriften unterlägen, die im Betrieb der Antragstellerin zu beachten seien.

Ebenso seien die Reinigungskräfte der Firma B voll in die betrieblichen Arbeitsabläufe bei der Antragstellerin integriert. Der Einsatz auf den Stationen werde unmittelbar durch den bei der Antragstellerin beschäftigten Reinigungsleiter vorgenommen. Die Mitarbeiter der Firma B unterlägen auch bei der konkreten Durchführung ihrer Arbeiten der ständigen Überwachung und Anleitung von Beschäftigten der Antragstellerin. Ihr seien insoweit verschiedene Arbeitgeberfunktionen zugewiesen.

Auch die ABM-Kräfte seien bei der Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder zu Recht vom Wahlvorstand berücksichtigt worden. Die ABM-Kräfte seien voll in die betriebliche Organisation der Antragstellerin eingegliedert, was auch derzeit noch



gelte. Mit dem Einsatz der ABM-Kräfte verfolge die Antragstellerin das Ziel, anderweitige Arbeitskräfte einzusparen. Die Bestimmung des jeweiligen Einsatzes der Jugendlichen erfolge ausschließlich über den Leiter der Wirtschaftsabteilung. Wenn Jugendliche aus dem ABM-Programm ausschieden, würden unverzüglich neue eingestellt werden.

Das Arbeitsgericht hat die Wahl des Betriebsrates für unwirksam erklärt. Gegen diesen Beschluß hat der Betriebsrat Beschwerde eingelegt. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde des Betriebsrates zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt der Betriebsrat die Aufhebung der vorinstanzlichen Beschlüsse sowie die Abweisung des Antrags der Antragstellerin. Diese beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

B. Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats ist unbegründet.

Die Vorinstanzen haben zu Recht angenommen, daß die im Betrieb der Antragstellerin am 25./26. März 1987 durchgeführte Betriebsratswahl wegen Verstoßes gegen § 9 BetrVG unwirksam ist.

I. Das Antragsrecht der Antragstellerin folgt aus § 19 Abs. 2 BetrVG. Der Betriebsrat ist beteiligungsbefugt, denn er wird durch die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung (Unwirksamkeitserklärung der Betriebsratswahl vom 25./26. März 1987) unmittelbar in seiner betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsposition betroffen.



Die Vorinstanzen haben zu Recht die im Betrieb der Arbeitgeber vertretenen Gewerkschaften nicht beteiligt (vgl. BAGE 50, 1, 4 = AP Nr. 12 zu § 19 BetrVG 1972, unter II der Gründe; BAGE 53, 385, 389 = AP Nr. 13 zu § 19 BetrVG 1972, unter II 2 der Gründe).

II. Die fristgemäß (§ 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG) erfolgte Anfechtung der Betriebsratswahl vom 25./26. März 1987 ist von den Vorinstanzen mit zutreffenden Erwägungen für begründet erachtet worden.

1. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, daß nach § 9 BetrVG nur betriebsangehörige Arbeitnehmer bei der Bemessung der für die Zahl der Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke zu berücksichtigen sind.

a) Zur Begründung seiner Auffassung hat das Landesarbeitsgericht hierzu im wesentlichen folgendes ausgeführt: Nach § 9 BetrVG bestehe in Betrieben mit in der Regel 301 bis 600 Arbeitnehmern der Betriebsrat aus neun Mitgliedern, während aufgrund des Wahlausschreibens vom 25./26. März 1987 in den bei dem Arbeitgeber gebildeten Betriebsrat rechtsfehlerhaft elf Betriebsratsmitglieder gewählt worden seien. Bei der Berechnung der Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder seien nur jene 568 Arbeitnehmer zu berücksichtigen, die der Wahlvorstand als abstimmungsberechtigt angesehen habe.



Die Zahl der Betriebsratsmitglieder sei für die jeweilige Betriebsgröße vorgeschrieben und bestimme sich in der vierten und jeder weiteren Stufe nach der Zahl der Arbeitnehmer des konkreten Betriebes ohne Rücksicht auf deren Wahlberechtigung. Wer Arbeitnehmer im Sinne von § 9 BetrVG sei, richte sich allein nach dem betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff. Es müsse sich um Arbeitnehmer des Betriebes handeln, also um solche Arbeitnehmer, die zum Betriebsinhaber in einem Arbeitsverhältnis stünden und diesem gegenüber zur Erbringung einer unselbständigen Arbeitsleistung verpflichtet seien. Jede andere Auslegung des § 9 BetrVG widerspräche nicht nur dem klaren Wortlaut des Gesetzes, sondern auch dem Sinn und Zweck dieser Norm, der darin bestehe, die Betriebsangehörigen des konkreten Betriebes durch eine bestimmte Anzahl von Betriebsratsmitgliedern angemessen zu repräsentieren und deren Interessen gegenüber dem Arbeitgeber wahrzunehmen.

b) Die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Auslegung des § 9 BetrVG ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Das Landesarbeitsgericht hat im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, daß nur betriebsangehörige Arbeitnehmer bei der Bemessung der Betriebsratsgröße zu berücksichtigen sind. Betriebszugehörig sind nur solche Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen und innerhalb der Betriebsorganisation des Arbeitgebers abhängige Arbeitsleistungen erbringen. Dies hat das Bundesarbeitsgericht für das passive Wahlrecht zum Betriebsrat ausdrücklich entschieden (BAGE 29, 398, 403 = AP



Nr. 2 zu § 8 BetrVG 1972, unter II 2 a der Gründe). Für das aktive Wahlrecht zum Betriebsrat ist ebenfalls davon auszugehen, daß nur betriebsangehörige Arbeitnehmer wahlberechtigt sind (vgl. etwa Kreutz, GK-BetrVG, 4. Aufl., § 7 Rz 16; Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, BetrVG, 15. Aufl., § 7 Rz 8; Dietz/Richardi, BetrVG, 6. Aufl., § 7 Rz 2; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, 3. Aufl., § 7 Rz 3; Galperin/Löwisch, BetrVG, 6. Aufl., § 7 Rz 7). Zu den konstitutiven Merkmalen der Betriebszugehörigkeit gehören grundsätzlich zwei Komponenten: einerseits ein Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber, das in der Regel durch einen Arbeitsvertrag, ausnahmsweise aber auch durch Gesetz (vgl. z. B. Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG, Art. 1 § 13 AÜG i. V. mit Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG) zustandekommen kann, andererseits eine tatsächliche Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebsorganisation (vgl. auch BAG Urteil vom 21. Oktober 1980 - 6 AZR 640/79 - AP Nr. 17 Internationales Privatrecht Arbeitsrecht, unter II 3 d der Gründe). Daß eine tatsächliche Eingliederung eines Arbeitnehmers - ohne arbeitsvertragliche Bindung zum Betriebsinhaber - in die Betriebsorganisation nicht geeignet ist, eine Betriebszugehörigkeit zu begründen, ergibt sich aus Art. 1 § 14 Abs. 1 AÜG. Danach bleiben Leiharbeiter auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehöriger des entsendenden Betriebes. Der Umstand, daß durch die Eingliederung des Leiharbeitnehmers in die Betriebsorganisation auch kollektive Interessen der betriebszugehörigen Belegschaft berührt werden können, hat den Gesetzgeber dazu veranlaßt, dem Betriebsrat beim Einsatz von Leiharbeitnehmern ein Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG einzuräumen (vgl. Art. 1 § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG). In Art. 1 § 14 AÜG



kommt eindeutig zum Ausdruck, daß eine vollständige Betriebszugehörigkeit nur bei Vorliegen beider Merkmale (Bestand eines Arbeitsverhältnisses zum Betriebsinhaber und Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebsorganisation) anzunehmen ist. Dabei verkennt der Senat nicht, daß es bei einem Leiharbeitsverhältnis zu einer Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen zwischen dem Vertragsarbeitgeber (= Verleiher) und dem faktischen Arbeitgeber (= Entleiher) kommt. Der auf vertraglicher Grundlage beruhenden Rechtsbeziehung zum Verleiher kommt dabei unter betriebsverfassungsrechtlichen Aspekten insofern ein größeres Gewicht zu, als die meisten betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungstatbestände im Bereich der personellen, sozialen und wirtschaftlichen Angelegenheiten den rechtlichen Bestand eines Arbeitsverhältnisses voraussetzen. Die tatsächliche Eingliederung eines Leiharbeitnehmers in den Entleiherbetrieb ist unter betriebsverfassungsrechtlichen Aspekten insofern bedeutsam, als dem Entleiherbetriebsrat Rechte und Pflichten zustehen, die nicht zwingend den rechtlichen Bestand eines Arbeitsverhältnisses zum Betriebsinhaber voraussetzen (z. B. im Bereich der Unfallverhütung, beim Einsatz von Leiharbeitnehmern, bei Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb). Die gesetzliche Zuerkennung von betriebsverfassungsrechtlichen Individualrechten an den Leiharbeitnehmer (vgl. Art. 1 § 14 Abs. 2 Satz 3 AÜG) sowie die Zubilligung von Teilnahmerechten an Betriebs- und Jugendversammlungen (vgl. Art. 1 § 14 Abs. 2 Satz 2 AÜG) trägt ebenfalls dem Umstand Rechnung, daß die tatsächliche Eingliederung der Leiharbeitnehmer zwar einzelne betriebsverfassungsrechtliche Rechte und Pflichten auslöst, aber keine voll-

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



ständige Betriebszugehörigkeit begründet (vgl. Becker/Wulfgramm, AÜG, 3. Aufl., Art. 1 § 14 Rz 18 f.; Sandmann/Marschall, AÜG, Stand: Dezember 1988, Art. 1 § 14 Rz 3; Dietz/Richardi, aaO, § 5 Rz 75; Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, aaO, § 5 Rz 77). Gegen die Annahme einer doppelten Betriebszugehörigkeit eines Leiharbeitnehmers spricht weiterhin die Vorschrift des Art. 1 § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG. Danach sind Leiharbeitnehmer bei der Wahl der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmervertretungen im Entleiherbetrieb weder wahlberechtigt noch wählbar.

Die in der betriebsverfassungsrechtlichen Vorschrift des Art. 1 § 14 AÜG zum Ausdruck gekommene legislative Wertung ist auch bei der Auslegung des § 9 BetrVG zu berücksichtigen. Sinn und Zweck der zuletzt genannten Bestimmung bestehen darin, durch eine an die Belegschaftsstärke eines Betriebes anknüpfende Staffe- lung sicherzustellen, daß die Zahl der Betriebsratsmit- glieder in einem angemessenen Verhältnis zur Zahl der betriebsan- gehörigen Arbeitnehmer steht. Mitzuzählen sind daher nur die be- triebsangehörigen Arbeitnehmer (ebenso Kreutz, GK-BetrVG, 4. Aufl., § 9 Rz 6). Um die Funktionsfähigkeit eines Betriebsrats zu gewährleisten, ist es erforderlich, seine Größe dem maßgeblich durch die Anzahl der repräsentierten Arbeitnehmer bedingten Ar- beitsaufwand anzupassen. Nicht dem Betrieb angehörende Arbeit- nehmer (sog. Fremdfirmenarbeitnehmer) werden allenfalls partiell (z. B. Leiharbeitnehmer) oder überhaupt nicht (z. B. Arbeitnehmer auf werkvertraglicher Basis) vom Betriebsrat repräsentiert. Bei Entleiherbetrieben mit einer Belegschaftsstärke bis 50 Arbeit- nemern ergibt sich aus der insofern eindeutigen gesetzlichen Re-



gelung in § 9 BetrVG, daß nur die "wahlberechtigten" Arbeitnehmer des Betriebs bei der Bestimmung der Betriebsratsgröße mitzählen. Die nach Art. 1 § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG im Entleiherbetrieb nicht wahlberechtigten Leiharbeitnehmer scheiden somit bei einer Belegschaftsstärke bis zu 50 Arbeitnehmern aus.

Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde kann bei einer Belegschaftsstärke von regelmäßig mehr als 50 Arbeitnehmern nichts anderes gelten, denn der gesamten Regelung des § 9 BetrVG liegt als unverzichtbare Voraussetzung für die Bemessung der Betriebsratsgröße die legislative Entscheidung zugrunde, nach der nur betriebsangehörige Arbeitnehmer zu berücksichtigen sind. Nur betriebsangehörige Arbeitnehmer verursachen jeweils einen bei der Bemessung der Betriebsratsgröße zu beachtenden etwa gleichen Arbeitsaufwand. Bei nur tatsächlich in die Betriebsorganisation eingegliederten Arbeitnehmern (z. B. bei Leiharbeitnehmern) fällt zwar ebenfalls bisweilen Betriebsratsarbeit an (z. B. bei dem Einsatz von Leiharbeitnehmern), der es rechtfertigen könnte, dies bei der Größe des Betriebsrats zu berücksichtigen. Für eine derartige prozentual nicht eindeutig fixierbare Belastung des Betriebsrats enthält die als Ordnungsvorschrift zu wertende Bestimmung des § 9 BetrVG keinerlei Anhaltspunkte. Eine derartige Auslegung würde zudem insofern zu sachlich nicht gerechtfertigten Wertungswidersprüchen führen, als bei einem Betriebsobmann oder bei einem dreiköpfigen Betriebsrat die durch Leiharbeitnehmer verursachte Mehrarbeit sich nicht in einer entsprechenden Betriebsratsgröße niederschlagen würde, da es insoweit an dem zusätzlichen Merkmal der Wahlberechtigung zum Betriebsrat fehlt.

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



Eine derartige differenzierte Auslegung läßt sich auch nicht aus der Entstehungsgeschichte des § 9 BetrVG herleiten. Die jetzige gesetzliche Regelung geht auf die Vorschrift in § 9 BetrVG 1952 zurück, die ebenfalls bis zu einer Belegschaftsstärke von 50 Arbeitnehmern auf das Merkmal der Wahlberechtigung abstellte. Ab einer Belegschaftsstärke von 51 Arbeitnehmern verzichtete § 9 BetrVG 1952 auf das Merkmal der Wahlberechtigung. Die Vorschrift des § 9 BetrVG 1972 sieht demgegenüber "in Betrieben mit in der Regel 51 wahlberechtigten Arbeitnehmern bis 150 Arbeitnehmern" einen fünfköpfigen Betriebsrat vor. Erst ab einer Belegschaftsstärke mit mindestens 151 Arbeitnehmern verzichtet § 9 BetrVG 1972 völlig auf das Merkmal der Wahlberechtigung. Die gesetzliche Differenzierung nach "wahlberechtigten Arbeitnehmern" und "Arbeitnehmern" des Betriebs war im Regierungsentwurf des Betriebsverfassungsgesetzes 1952 noch nicht enthalten. In § 10 RegEntw war noch eine Vorschrift vorgesehen, nach der ausschließlich auf wahlberechtigte Arbeitnehmer abgestellt werden sollte (vgl. BT-Drucks. I/1546, S. 4 f.). Der Gesetzentwurf der CDU/CSU Fraktion stellte in § 4 nur auf Arbeitnehmer des Betriebs oder der Behörde ab (BT-Drucks. I/970, S. 3). Die später in § 9 BetrVG 1952 enthaltene Differenzierung wurde erstmals in der 5. Sitzung des Arbeitskreises der Ausschüsse für Arbeit und Wirtschaftspolitik vom 12. Dezember 1950 (Kurzprotokoll, S. 2) beschlossen. Aus welchen Gründen eine derartige Differenzierung erwogen wurde, geht aus den Gesetzgebungsmaterialien – soweit ersichtlich – nicht hervor. Ein Redaktionsversehen kann damit nicht zwingend ausgeschlossen werden. Die Kommentarliteratur



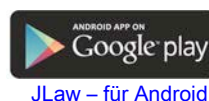
stand nach Inkrafttreten des § 9 BetrVG 1952 auf dem Standpunkt, daß bei einer Belegschaftsstärke von mindestens 21 wahlberechtigten Arbeitnehmern auch die nicht wahlberechtigten Arbeitnehmer des Betriebs mitzuzählen seien, und zwar die Lehrlinge und jugendlichen Arbeitnehmer des Betriebs (vgl. etwa Galperin, BetrVG, 1953, § 9 Rz 1; Fitting/Kraegeloh, BetrVG, 2. Aufl. 1952, § 9 Rz 14; Dietz, BetrVG, 1953, § 9 Rz 2). Diese Auffassung wird auch zu der nunmehr in § 9 BetrVG 1972 enthaltenen Staffelung vertreten (vgl. etwa Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, aaO, § 9 Rz 7; Galperin/Löwisch, aaO, § 9 Rz 1). Die Einbeziehung der nichtwahlberechtigten jugendlichen Arbeitnehmer einschließlich der Auszubildenden beruht auch auf dem der gesetzlichen Regelung des § 9 BetrVG 1972 zugrunde liegenden Merkmal der Betriebszugehörigkeit. Die zuletzt genannte Gruppe gehört zu den in § 5 Abs. 1 BetrVG erwähnten Arbeitnehmergruppen des Betriebs. Nicht dem Betrieb angehörende Arbeitnehmergruppen sind dagegen bei der für die Betriebsratsgröße nach § 9 BetrVG maßgeblichen Belegschaftsstärke nicht zu berücksichtigen. Dem Landesarbeitsgericht ist daher im Ergebnis zuzustimmen, wenn es die Vorschrift des § 9 BetrVG entsprechend ausgelegt hat.

2. Das Landesarbeitsgericht hat weiterhin zutreffend angenommen, daß die aufgrund der Vereinbarung vom 25. Februar 1986 zwischen dem Arbeitgeber und der Freien Universität Berlin in der Orthopädischen Klinik beschäftigten Arbeitnehmer der Freien Universität Berlin nicht zu den betriebsangehörigen Arbeitnehmern i. S. des § 9 BetrVG gehören und deshalb bei der Bemessung der Belegschaftsstärke nicht zu berücksichtigen sind.



Der Senat hat in einem zwischen den Beteiligten unter dem Az. 7 ABR 62/87 anhängig gewesenen Beschlußverfahren ebenfalls am 18. Januar 1989 entschieden, daß die aufgrund der Vereinbarung vom 25. Februar 1986 in der Orthopädischen Klinik beschäftigten Arbeitnehmer der Freien Universität Berlin nicht zu den betriebsangehörigen Arbeitnehmern des Arbeitgebers i. S. des § 5 Abs. 1 BetrVG gehören. Der Senat hat in dieser Entscheidung das Vorliegen eines gemeinsamen Betriebs zwischen dem Arbeitgeber und der Freien Universität Berlin verneint. Im vorliegenden Beschlußverfahren sind insoweit keine anderweitigen Tatsachen festgestellt worden, die eine andere rechtliche Beurteilung erforderlich machten.

Das Landesarbeitsgericht hat auch im vorliegenden Beschlußverfahren keine eindeutigen Tatsachenfeststellungen hinsichtlich der Frage getroffen, ob die betreffenden Arbeitnehmer in die Betriebsorganisation der Orthopädischen Klinik eingegliedert sind. Eine Aufklärung dieser Umstände ist aber aus Rechtsgründen entbehrlich, da die betreffende Arbeitnehmergruppe selbst dann nicht zu den betriebsangehörigen Arbeitnehmern i. S. des § 9 BetrVG zählt, wenn man zugunsten des Betriebsrats von deren Eingliederung in die Betriebsorganisation der Orthopädischen Klinik ausgeht. Auf eine - hier mangels Gewinnerzielungsabsicht zu bejahende - nichtgewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung findet die Vorschrift des Art. 1 § 14 Abs. 1 AÜG entsprechende Anwendung mit der Folge, daß die betreffenden Arbeitnehmer - bei einer unterstellten Eingliederung in die Betriebsorganisation der Orthopä-



dischen Klinik - nicht bei der für die Betriebsratsgröße maßgeblichen Anzahl der betriebszugehörigen Arbeitnehmer i. S. des § 9 BetrVG hätten berücksichtigt werden dürfen. Das Landesarbeitsgericht hat somit zutreffend angenommen, daß die Betriebsratswahl insoweit mit einem wesentlichen Mangel i. S. des § 19 Abs. 1 BetrVG behaftet ist.

3. Der angefochtene Beschluß hält auch insofern einer Überprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht stand, als das Landesarbeitsgericht die von dem Reinigungsunternehmen B in der Orthopädischen Klinik des Arbeitgebers eingesetzten 19 Arbeitnehmer nicht bei der Bemessung der für die Größe des Betriebsrats maßgeblichen Belegschaftsstärke (§ 9 BetrVG) berücksichtigt hat.

a) Das Landesarbeitsgericht hat hierzu im wesentlichen folgendes ausgeführt:

Aufgrund mehrerer zwischen dem Arbeitgeber einerseits und der Firma Gebäudereinigung B andererseits abgeschlossener Reinigungsverträge habe die Antragstellerin dieser Firma die OP-Hauptreinigung, die Reinigung der Unfallstelle, die Glas- und Rahmenreinigung im O -Heim, die Reinigung im Bereich OP-Neubau sowie bei Bedarf die Ausführung von Desinfektionsarbeiten übertragen. Dabei handele es sich um einen Werkvertrag, bei dem sich die Firma Gebäudereinigung B verpflichte, die zu erbringenden Leistungen frist-, leistungs- und fachgerecht auszuführen. Sie stelle die erforderlichen Arbeitskräfte und verpflichte sich, nur zuverlässiges Personal einzusetzen. In § 3 des

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



Reinigungsvertrages vom 10. September 1984 heiße es ausdrücklich, daß die Arbeitsausführung durch die Firma Gebäudereinigung B

berwacht werde, so daß letztlich das Direktionsrecht diesen Arbeitskräften gegenüber bei der Subunternehmerin bleibe. Daß bei der praktischen Durchführung der Reinigungsarbeiten gewisse Weisungen der Antragstellerin zu beachten seien, zumal im OP-Bereich der Antragstellerin ein uneingeschrnkttes Anordnungsrecht vertraglich zugesichert werde, stehe dem nicht entgegen. In allen Fällen, in denen im Wirtschafts- und Arbeitsleben ein Unternehmer überwiegend vom Abschluß von Werkverträgen mit einem anderen Unternehmer abhängig sei, müsse sich diese wirtschaftliche Abhängigkeit zwangsläufig auf die beim Auftragnehmer beschäftigten Arbeitnehmer auswirken. Allein die Firma Gebäudereinigung B

befinde jedoch darüber, welche Mitarbeiter und wie viele Mitarbeiter sie jeweils abstelle, um die vertragsgem geschuldeten Leistungen im Betrieb der Antragstellerin zu erbringen. Bei der konkreten Durchführung ihrer Arbeiten unterlägen diese Arbeitnehmer nicht der stndigen Überwachung und Anleitung durch eigene Beschäftigte der Antragstellerin, so daß sie auch nicht in die eigentlichen Arbeitsabläufe im Krankenhaus und in den Lehrbetrieb voll eingegliedert seien. Die ständig im Betrieb der Antragstellerin anwesende Objektleiterin der Firma Gebäudereinigung B

nehme allein die Einteilung der Arbeitskräfte für die einzelnen Bereiche vor, wähle geeignete Arbeitskräfte auch für sporadisch anfallende Vertretungsttigkeiten auf den Stationen aus und weise ihnen entsprechende Tätigkeiten zu, überwache die termingerechten und ordnungsgemen Ausführungen der in den Leistungsverzeichnissen präzise festgelegten Arbeiten, weise neue



Arbeitskräfte ein und leite sie entsprechend an, schule das Personal, bearbeite Beschwerden und Anregungen, ordne Maßnahmen zur fortlaufenden Erhaltung eines bakteriologisch unbedenklichen Sauberkeitsgrades an und habe die Aufgabe der gesonderten Zuordnung von Reinigungsgeräten und Materialien für die einzelnen Reinigungsbereiche zur Vermeidung von Keimverschleppungen.

Angesichts dieser umfassenden Zuständigkeit der im Betrieb der Antragstellerin ständig anwesenden Objektleiterin der Firma B könne keine Rede davon sein, daß diese Arbeitnehmergruppe vollständig in den Arbeitsablauf bei der Antragstellerin eingegliedert sei. Diese Arbeitnehmer unterlägen auch im wesentlichen den Weisungen der Firma Gebäudereinigung B . Die arbeitgeberseitigen Direktionsrechte würden geradezu in klassischer Weise durch die ständig im Betrieb der Antragstellerin anwesende Objektleiterin dieser Firma wahrgenommen. Daß auch die Antragstellerin eine eigene Reinigungsleiterin beschäftige und insoweit koordinierend, organisierend und überwachend tätig werde, stehe dem nicht entgegen, da die Antragstellerin bezüglich ihrer eigenen Reinigungskräfte von ihrem Weisungs- und Direktionsrecht Gebrauch machen könne. Sie habe ein verständliches Interesse daran, daß ihre eigenen Reinigungskräfte und die der Firma B in sinnvoller und zweckmäßiger Weise die anfallenden Reinigungsarbeiten erledigten, so daß eine gewisse Koordinierung unumgänglich erscheine. Dies gelte um so mehr, weil allein die Antragstellerin im Rahmen ihrer Rechtsbeziehungen zu den von ihr zu betreuenden Patienten die Aufrechterhaltung des medizinisch notwendigen Hygienestandards gewährleisten müsse und im Außenver-

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



hältnis für etwaige Pflichtwidrigkeiten auch hafte.

b) Soweit dieser Würdigung Tatsachenfeststellungen zugrunde liegen, ist der Senat hieran gebunden, da der Rechtsbeschwerdeführer (Betriebsrat) keine zulässigen Verfahrensrügen erhoben hat (§ 92 Abs. 2, § 94 Abs. 2 ArbGG; § 561 Abs. 2 ZPO).

aa) Der Betriebsrat hat in der Rechtsbeschwerdebegründung geltend gemacht, die sog. Objektleiterin der Firma B habe keine eigenen Weisungsbefugnisse, sondern müsse sich der Reinigungsleitung voll unterwerfen. Dies sei auch in den Reinigungsverträgen so vorgesehen. Die Aufgabe der Objektleiterin liege letztlich in nichts anderem als einer bloßen Beaufsichtigung der einzelnen Reinigungskräfte, deren Einsatz im einzelnen, insbesondere die mitbestimmungsrechtlich möglicherweise relevanten Fragen der Urlaubs- und Krankheitsvertretung sowie der dienstplanmäßigen Einsetzung ausschließlich der Reinigungsleitung der Antragstellerin obliege.

bb) Hierin liegt keine zulässige Rüge einer angeblichen Verletzung der Amtsaufklärungspflicht durch das Beschwerdegericht. Der Amtsermittlungsgrundsatz steht der Notwendigkeit der Rüge von Verfahrensfehlern nicht entgegen (BAGE 14, 117, 121 f. = AP Nr. 8 zu § 37 BetrVG, zu 2 der Gründe; Grunsky, ArbGG, 5. Aufl., § 94 Rz 7). Soweit die Verletzung von das Verfahren betreffenden Rechtsvorschriften gerügt wird, sind nach § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO auch diejenigen Tatsachen anzugeben, aus denen sich die Verletzung der Verfahrensvorschrift ergibt. Wird die Verletzung der



Amtsaufklärungspflicht durch das Beschwerdegericht gerügt, so muß in der Rechtsbeschwerdebegründung dargelegt werden, welche weiteren Tatsachen in den Vorinstanzen hätten ermittelt und welche weiteren Beweismittel hätten herangezogen werden können und inwiefern sich dem Beschwerdegericht eine weitere Aufklärung des Sachverhalts hätte aufdrängen müssen (BAG Beschluß vom 7. November 1975 - 1 ABR 78/74 - BAGE 27, 322, 328 = AP Nr. 3 zu § 99 BetrVG 1972, unter III 2 der Gründe).

Wenn der Betriebsrat in der Rechtsbeschwerdebegründung ohne Nennung aufklärungsbedürftiger Tatsachen geltend macht, die sog. Objektleiterin der Firma B habe keine eigenen Weisungsbefugnisse, so ist diese Rüge mangels Substantiierung unzulässig. Angesichts des Umstandes, daß das Landesarbeitsgericht eine Reihe von Tatsachen festgestellt hat, aus denen sich eine Unterstellung der betreffenden Reinigungskräfte unter das von der Objektleiterin ausgeübte Weisungsrecht ergibt, hätte der Betriebsrat im einzelnen darlegen müssen, welche weiteren Tatsachen das Landesarbeitsgericht hätte ermitteln sollen.

c) Das Beschwerdegericht hat den von ihm festgestellten Sachverhalt, an den der Senat mangels zulässiger Verfahrensrügen gebunden ist, rechtsfehlerfrei dahin gewürdigt, daß das betreffende Reinigungspersonal von der Firma B im Rahmen von werkvertraglichen Beziehungen (§§ 631 ff. BGB) in dem Orthopädischen Krankenhaus der Antragstellerin beschäftigt worden ist. Tatsächliche Anhaltspunkte, die auf das Vorliegen eines Schein-Werkvertrages und damit auf eine für den Fall des Fehlens einer gültigen



Verleihererlaubnis (Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG) vorliegende unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung hindeuten könnten, sind weder vom Landesarbeitsgericht festgestellt worden noch sonstwie ersichtlich.

aa) Das Bestehen "echter" werk- oder dienstvertraglicher Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen schließt das Vorliegen einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung und damit das Zustandekommen eines fiktiven Arbeitsverhältnisses zum Beschäftigungsunternehmen nach Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG aus. Bei "echten" werk- oder dienstvertraglichen Beziehungen kommt auch keine unerlaubte private Arbeitsvermittlung in Betracht, die nach Art. 1 § 13 AÜG in Verbindung mit Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG ebenfalls zu einem fiktiven Arbeitsverhältnis zu dem Beschäftigungsunternehmen führen kann (vgl. hierzu Senatsurteil vom 23. November 1988 - 7 AZR 34/88 -, zur Veröffentlichung bestimmt). Nur bei Vorliegen einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung oder einer unerlaubten Arbeitsvermittlung wäre das betreffende Reinigungspersonal der Firma B bei der für die Betriebsratsgröße nach § 9 BetrVG maßgeblichen Arbeitnehmerzahl zu berücksichtigen, denn bei derartigen Fallkonstellationen wäre die Antragstellerin kraft gesetzlicher Fiktion Arbeitgeberin der betreffenden Arbeitnehmer. Das für § 9 BetrVG erforderliche Merkmale der Betriebszugehörigkeit wäre sodann gegeben.

bb) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ist die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene materiellrechtliche Würdigung, nach der im Streitfall "echte" werkvertragliche Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber und der Firma B vorliegen, recht-



lich nicht zu beanstanden.

Die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung gegenüber einem Einsatz von Arbeitnehmern auf werk- oder dienstvertraglicher Basis richtet sich nach den folgenden Kriterien: Bei der Arbeitnehmerüberlassung werden dem Entleiher die Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt. Der Entleiher setzt sie nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie seine eigenen Arbeitnehmer ein. Die Arbeitskräfte sind voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und führen ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen aus. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und dem Entleiher zur Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt hat. Er haftet nur für Verschulden bei der Auswahl der verliehenen Arbeitnehmer.

Von dieser Arbeitnehmerüberlassung ist die Tätigkeit eines Unternehmers aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrages zu unterscheiden. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werkes gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrages eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen weiterhin der Weisung des Unternehmens und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom AÜG nicht erfaßt (vgl. BAGE 29, 7, 11, 12, 13 = AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972, zu II 2 a, 3 der Gründe = EZAÜG Bd. 1 Nr. 32; BAGE

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



31, 135, 141 ff. = AP Nr. 2 zu § 1 AÜG, zu II 1 c der Gründe = EzAÜG Bd. 1 Nr. 50; BAGE 43, 102, 105 = AP Nr. 5 zu § 10 AÜG, zu I 1 a der Gründe = EzAÜG Bd. 2 Nr. 130; vgl. weiter Becker/Wulfgramm, AÜG, 3. Aufl., Einl. Rz 30, 30a, Art. 1 § 1 Rz 35, 39, Art. 1 § 12 Rz 32 ff.; Becker, DB 1988, 2561, 2565 ff.; Sandmann/Marschall, AÜG, Stand Dezember 1988, Art. 1 § 1 Anm. 12 ff.).

Über die danach gebotene Zurechnung des jeweils zwischen den beteiligten Unternehmen vereinbarten Vertrages zu einer dieser beiden Fallgruppen entscheidet der Geschäftsinhalt. Dieser kann sich sowohl aus den schriftlichen Vereinbarungen als auch aus der praktischen Durchführung der Verträge ergeben. Widersprechen sich beide, so ist die tatsächliche Durchführung maßgebend (BAGE 43, 102, 105 = AP Nr. 5 zu § 10 AÜG, zu I 1 b der Gründe = EzAÜG Bd. 2 Nr. 130).

cc) Von diesen Grundsätzen ist das Landesarbeitsgericht ausgegangen. Dabei ist es unter Berücksichtigung des Inhalts des Vertrages vom 10. September 1984 sowie dessen tatsächlichen Durchführung zu dem Ergebnis gelangt, daß das betreffende Reinigungspersonal aufgrund eines Werkvertrages bei der Antragstellerin beschäftigt wird.

Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur Rechtsnatur der zwischen dem Arbeitgeber und der Firma B bestehenden Rechtsbeziehungen sind frei von Rechtsfehlern. Der Inhalt des Vertrages (nebst Anlagen) vom 10. September 1984 entspricht den gesetzlichen Voraussetzungen eines Werkvertrages i. S. der §§ 631



ff. BGB. Die Firma B verpflichtet sich in § 1 des Vertrages vom 10. September 1984 zur Erbringung von Reinigungs- und Desinfektionsarbeiten in räumlich fest umschriebenen Bereichen der Orthopädischen Klinik. Der räumlich und gegenständlich begrenzte Leistungsgegenstand spricht für eine werkvertragliche Rechtsbeziehung. Dies gilt ebenso für die Regelung in § 3 Abs. 4 des Vertrages, nach der die Firma B eine fachlich ausgebildete, nicht mitarbeitende Aufsichtsperson zu bestellen hat, die ihrerseits die Anordnungen der Antragstellerin zu befolgen hat. Diese Regelung berücksichtigt, daß dem Werkunternehmer zwar die mit dem Weisungsrecht des Arbeitgebers verbundenen Anweisungs- und Kontrollbefugnisse zustehen, der Werkbesteller aber - wie sich aus § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt - dem Werkunternehmer bzw. dessen Erfüllungsgehilfen "Anweisungen" für die Ausführung des Werkes erteilen kann. Auch der Umstand, daß sich der Arbeitgeber in § 3 Abs. 3 des Vertrages vom 10. September 1984 im OP-Bereich ein "uneingeschränktes Anordnungsrecht" vorbehalten hat, kann i. S. der vertraglichen Anerkennung eines ohnehin kraft Gesetzes (§ 645 Abs. 1 Satz 1 BGB) bestehenden objektbezogenen Anweisungsrechts des Werkbestellers gewertet werden. Für das Vorliegen von werkvertraglichen Beziehungen spricht weiterhin die in § 4 des Vertrages vom 10. September 1984 enthaltene Regelung, nach der die Firma B alle Geräte, Maschinen, Reinigungs- und Pflegemittel zu stellen hat. Bei einer Arbeitnehmerüberlassung beschränkt sich dagegen die Leistung des Verleihers auf die entgeltliche Zurverfügungstellung von Arbeitnehmern. Die in § 5 des Vertrages vom 10. September 1984 enthaltene Vereinbarung über den Reinigungsumfang sowie die hierzu erstellten "Leistungs-

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



verzeichnisse" sind ebenfalls Vertragsvorschriften, die typisch sind für einen Werk-, nicht dagegen für einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. Der in § 6 des Vertrages vom 10. September 1984 vorgesehene Einsatz des Personals in "festen Reinigungsbereichen" spricht für eine für den Werkvertrag charakteristische Individualisierbarkeit der geschuldeten Werkleistung. Die in § 7 Abs. 1 des Vertrages vom 10. September 1984 vorgesehene Erfüllungshilfenhaftung stellt eine Regelung dar, die über eine Haftung für Auswahlverschulden, wie sie bei Arbeitnehmerüberlassung gilt, hinausgeht. Die Vereinbarung von Festpreisen für die einzelnen Reinigungsbereiche (§ 9 des Vertrages vom 10. September 1984 i. V. mit der Anlage 5 "Preisstellung") stellt ebenfalls ein Indiz für das Vorliegen einer werkvertraglichen Beziehung dar.

Bei einer wertenden Gesamtbetrachtung des Inhalts des Vertrages vom 10. September 1984 ist daher mit dem Landesarbeitsgericht davon auszugehen, daß dieser Vertrag seiner Rechtsnatur nach einen Werkvertrag i. S. der §§ 631 ff. BGB darstellt.

Eine von dem Vertragsinhalt abweichende tatsächliche Durchführung hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. Dies gilt - entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde - auch für die Ausübung des Arbeitgeberweisungsrechts. Insoweit hat das Landesarbeitsgericht für den Senat bindend festgestellt, daß die betreffenden Reinigungskräfte bei der konkreten Durchführung ihrer Arbeiten nicht der ständigen Überwachung und Anleitung durch eigene Mitarbeiter der Antragstellerin unterlägen, so daß sie auch nicht in die eigentlichen Arbeitsabläufe des Orthopädischen



Krankenhauses eingegliedert seien. Die betreffenden Reinigungskräfte unterlägen vielmehr im wesentlichen den Weisungen der ständig im Betrieb der Antragstellerin anwesenden Objektleiterin der Firma B . Dabei hat das Landesarbeitsgericht im einzelnen festgestellt, auf welche Bereiche sich das von der Objektleiterin ausgeübte Weisungsrecht bezieht (z. B. Einteilung der Arbeitskräfte für die einzelnen Reinigungsbereiche, Auswahl und Einteilung der Vertretungskräfte, Überwachung der Reinigungsarbeiten in zeitlicher, quantitativer und qualitativer Hinsicht, Einweisung und Schulung von neuen Reinigungskräften, Bearbeitung von Beschwerden und Anregungen, Zuteilung von Reinigungskräften und Materialien). Diese Tatsachenfeststellungen hat das Landesarbeitsgericht zutreffend dahin gewürdigt, daß von einer - für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung typischen - Unterstellung der Arbeitnehmer unter das Weisungsrecht des Beschäftigungsunternehmens im Streitfall keine Rede sein könne.

Handelt es sich somit im Streitfall um einen Einsatz von Arbeitnehmern im Rahmen eines "echten" Werkvertrages, so bleibt kein Raum für die Annahme einer (sich auf die nach § 9 BetrVG maßgebliche Belegschaftsstärke erhöhend auswirkende) unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung. Das Landesarbeitsgericht hat daher auch insoweit zutreffend angenommen, daß die Berücksichtigung dieser Arbeitnehmergruppe bei der für die Größe des Betriebsrats maßgeblichen Arbeitnehmeranzahl einen wesentlichen Mangel i. S. des § 19 Abs. 1 BetrVG darstellt.

III. Das Landesarbeitsgericht hat offengelassen, ob auch die im



Rahmen von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen bei dem Arbeitgeber tätigen 25 Jugendlichen bei der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder zu berücksichtigen waren. Der Senat kann dies ebenfalls unentschieden lassen, denn die Betriebsratsgröße von elf Mitgliedern ist selbst dann fehlerhaft, wenn man diese Personen im Rahmen der nach § 9 BetrVG maßgeblichen Arbeitnehmerzahl berücksichtigt. Bei einer vom Wahlvorstand auf 568 wahlberechtigte Arbeitnehmer festgestellten Belegschaftsstärke ergäbe sich bei Hinzurechnung der 25 ABM-Kräfte lediglich eine Arbeitnehmerzahl von 593, so daß auch dann die gesetzliche Mindestzahl von 601 regelmäßig beschäftigten betriebszugehörigen Arbeitnehmern nicht erreicht würde.

Die Wahlanfechtung ist somit begründet. Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats war deshalb als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Seidensticker

Schliemann

Dr. Becker

Dr. Scholz

Straub



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





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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)