

Aktenzeichen: 7 ABR 39/05
Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Beschluß vom 15. März 2006
- 7 ABR 39/05 -

I. Arbeitsgericht
Bamberg

Beschluß vom 21. Oktober 2003
- 2 BV 17/02 -

II. Landesarbeitsgericht
Nürnberg

Beschluß vom 2. Mai 2005
- 9 TaBV 1/04 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Anfechtung einer Betriebsratswahl - Arbeitnehmerbegriff

Gesetze:

BetrVG § 5, § 7 Satz 2, § 9, § 19; AÜG § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1; AÜG in der bis zum 31. März 1997 geltenden Fassung § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 6, § 13

Leitsätze:

keine

Hinweise des Senats:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 39/05
9 TaBV 1/04
Landesarbeitsgericht
Nürnberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
15. März 2006

BESCHLUSS

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren

mit den Beteiligten

1.

Antragsteller,

2.

Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der Beratung vom 15. März 2006 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dörner, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl und den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Koch sowie die ehrenamtlichen Richter Metzinger und Dr. Spie für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Auf die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 2. Mai 2005 - 9 TaBV 1/04 - aufgehoben.

Das Verfahren wird zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

- I. Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der am 25. April 2002 im Betrieb des Antragstellers durchgeführten Betriebsratswahl. 1
- Der Wahlvorstand hatte zur Vorbereitung der Betriebsratswahl eine Wählerliste mit insgesamt 111 Wahlberechtigten erstellt. Drei der in der Wählerliste aufgeführten Arbeitnehmerinnen befanden sich in Elternzeit, zwei weitere Arbeitnehmerinnen befanden sich in Sonderurlaub. Zur Vertretung der in Elternzeit befindlichen Mitarbeiterinnen hatte der Arbeitgeber vier Arbeitnehmerinnen, zur Vertretung der in Sonderurlaub befindlichen Arbeitnehmerinnen hatte er zwei Mitarbeiterinnen befristet eingestellt. Die Vertretungskräfte waren in der Wählerliste ebenfalls als Wahlberechtigte aufgeführt. Außerdem enthielt die Wählerliste folgende Personen: 2
- zwei Religionslehrerinnen, die dem Antragsteller seit 1972 bzw. 1997 jeweils für ein Schuljahr vom E zur Verfügung gestellt werden (B und H), 3
 - Sechs Angestellte des Freistaats Bayern, die dem Antragsteller seit über 20 Jahren als Lehrkräfte zur Verfügung gestellt werden (F , He , He , K , L , P),
 - eine im Rahmen einer Rehabilitationsmaßnahme vom 14. Januar bis zum 19. Juli 2002 befristet beschäftigte Praktikantin (S),
 - zwei Studentinnen, die im Rahmen zweier praktischer Studiensemester als Praktikantinnen gegen eine monatliche Aufwandsentschädigung von 200,00 DM bzw. 103,00 Euro beschäftigt wurden (N und W),
 - einen im Rahmen eines Betriebspraktikums eingesetzten Studenten (E),
 - eine 79jährige Rentnerin (Ko).



Der Wahlvorstand berücksichtigte sämtliche in der Wählerliste aufgeführten Personen als Arbeitnehmer des Betriebs iSv. § 9 BetrVG. Deshalb wurde ein aus sieben Mitgliedern bestehender Betriebsrat, der Beteiligte zu 2), gewählt. Das Wahlergebnis wurde am 3. Mai 2002 bekannt gegeben. Mit der am 13. Mai 2002 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antragsschrift hat der Arbeitgeber die Betriebsratswahl angefochten.

4

Der Arbeitgeber hat die Auffassung vertreten, es hätte nur ein aus fünf Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt werden dürfen, da in seinem Betrieb in der Regel nicht mehr als 100 Arbeitnehmer beschäftigt würden. Die beiden Religionslehrerinnen würden vom E zur Erteilung von Religionsunterricht an der von ihm betriebenen Schule eingesetzt. Diese Lehrkräfte seien bei der für die Betriebsratsgröße nach § 9 BetrVG maßgeblichen Beschäftigtenzahl ebenso wenig zu berücksichtigen wie die beim Freistaat Bayern angestellten sechs Lehrerinnen. Die sechs befristet zur Vertretung eingestellten Arbeitnehmerinnen seien nicht zusätzlich neben den in Elternzeit und in Sonderurlaub befindlichen Mitarbeiterinnen zu berücksichtigen. Die zu ihrer beruflichen Rehabilitation vorübergehend beschäftigte Praktikantin S sei nach § 5 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG nicht als Arbeitnehmerin anzusehen. Die Rentnerin Ko gelte nach § 5 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG ebenfalls nicht als Arbeitnehmerin, da sie aus karitativen Gründen ehrenamtlich tätig und zu keiner Arbeitsleistung verpflichtet sei. Sie könne nach Belieben kommen und gehen und erhalte lediglich eine Aufwandsentschädigung von fünf Euro pro Stunde. Ebenfalls nicht zu berücksichtigen seien die beiden Studentinnen, die im Rahmen ihres Fachhochschulstudiums in dem Betrieb Praktika absolvierten. Die praktischen Studiensemester seien entsprechend der Praxissemesterverordnung Bestandteil des Studiums. Der im Rahmen eines Betriebspraktikums tätige Student E stehe bei den B in G in einem Ausbildungsverhältnis zum Heilerziehungspfleger und sei kein Arbeitnehmer des Betriebs iSv. § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.

5

Der Arbeitgeber hat beantragt,

6

die Betriebsratswahl vom 25. April 2002 für unwirksam zu erklären.

Der Betriebsrat hat die Zurückweisung des Antrags beantragt.

7

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde des Betriebsrats zurückgewiesen. Mit der Rechtsbeschwerde begehrt der Betriebsrat weiterhin die Abweisung des Antrags. Der Arbeitgeber beantragt die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde.

8



II. Die Rechtsbeschwerde ist begründet und führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung des Verfahrens an das Landesarbeitsgericht. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann dem Wahlanfechtungsantrag nicht stattgegeben werden. Das Landesarbeitsgericht hat zwar ohne Rechtsfehler angenommen, dass der Wahlvorstand die sechs befristet zur Vertretung eingestellten Arbeitnehmerinnen, die beiden Religionslehrerinnen und den im Rahmen eines Betriebspraktikums tätigen Studenten E zu Unrecht als in der Regel beschäftigte Arbeitnehmer des Betriebs iSv. § 9 BetrVG berücksichtigt hat. Das Landesarbeitsgericht ist aber ohne ausreichende Tatsachenfeststellungen zu dem Ergebnis gelangt, dass die auf Grund einer Rehabilitationsmaßnahme in dem Betrieb tätige Praktikantin S und die Rentnerin Ko bei der nach § 9 BetrVG für die Betriebsratsgröße maßgeblichen Beschäftigtenzahl nicht zu berücksichtigen seien und der Arbeitgeber deshalb in der Regel nicht mehr als 100 Arbeitnehmer beschäftige, so dass nicht ein aus sieben, sondern nur ein aus fünf Mitgliedern bestehender Betriebsrat hätte gewählt werden dürfen. Ob die Praktikantin S und die Rentnerin Ko vom Wahlvorstand im Ergebnis zu Recht als Arbeitnehmerinnen iSv. § 9 BetrVG berücksichtigt wurden, konnte der Senat anhand der bislang getroffenen Tatsachenfeststellungen ebenso wenig abschließend beurteilen wie die Frage, ob die sechs vom Freistaat Bayern zur Verfügung gestellten Lehrerinnen und die beiden im Rahmen eines Fachhochschulpraktikums tätigen Studentinnen als Arbeitnehmerinnen des Betriebs iSv. § 9 BetrVG anzusehen sind. Das Verfahren war daher zur weiteren Sachaufklärung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

9

1. Nach § 19 BetrVG kann eine Betriebsratswahl vom Arbeitgeber angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlverfahren, die Wählbarkeit oder das Wahlrecht verstoßen wurde und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. So verhält es sich, wenn bei der Wahl gegen § 9 BetrVG verstoßen und eine zu große Anzahl von Betriebsratsmitgliedern gewählt wurde. Eine Korrektur des Wahlergebnisses kommt in einem solchen Fall nicht in Betracht. Die Wahl ist vielmehr ungültig (*BAG 29. Mai 1991 - 7 ABR 67/90 - BAGE 68, 64 = AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 2 = EzA BetrVG 1972 § 19 Nr. 31, zu B II 4 der Gründe*).

10

2. Nach § 9 Satz 1 BetrVG besteht der Betriebsrat in Betrieben mit in der Regel 51 bis 100 (wahlberechtigten) Arbeitnehmern aus fünf Mitgliedern, in Betrieben mit in der Regel 101 bis 200 Arbeitnehmern aus sieben Mitgliedern. Der Wahlvorstand ist

11



zwar rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass in dem Betrieb des Arbeitgebers bei Erlass des Wahlausschreibens in der Regel 111 Arbeitnehmer iSv. § 9 BetrVG beschäftigt waren. Nach den bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kann aber nicht abschließend beurteilt werden, ob im Betrieb des Arbeitgebers in der Regel nur 100 oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt waren und deshalb zu Unrecht ein aus sieben Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt wurde.

a) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass der Wahlvorstand die sechs befristet zur Vertretung der in Elternzeit und in Sonderurlaub befindlichen Mitarbeiterinnen eingestellten Arbeitnehmerinnen bei der Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer gemäß § 9 BetrVG zu Unrecht berücksichtigt hat.

12

aa) Für die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder ist nach § 9 BetrVG die Zahl der „in der Regel“ beschäftigten Arbeitnehmer maßgebend. Das ist die Arbeitnehmerzahl, die für den Betrieb im allgemeinen kennzeichnend ist. Bei der Feststellung der Arbeitnehmerzahl hat der Wahlvorstand nicht nur den Personalbestand in der Vergangenheit zugrunde zu legen, sondern auch die künftige, auf Grund konkreter Entscheidungen des Arbeitgebers zu erwartende Entwicklung des Beschäftigtenstands einzubeziehen (*BAG 29. Mai 1991 - 7 ABR 27/90 - BAGE 68, 84 = AP BPersVG § 17 Nr. 1, zu B II 2 b der Gründe*). Maßgebend sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des Erlasses des Wahlausschreibens (*BAG 12. Oktober 1976 - 1 ABR 1/76 - BAGE 28, 203 = AP BetrVG 1972 § 8 Nr. 1 = EzA BetrVG 1972 § 8 Nr. 2, zu III 3 b der Gründe; 16. April 2003 - 7 ABR 53/02 - BAGE 106, 64 = AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 7 = EzA BetrVG 2001 § 9 Nr. 1, zu II 2 d aa der Gründe*).

13

Aus diesen Grundsätzen ergibt sich, dass bei der befristeten Einstellung von Vertretungskräften für zeitweilig ausfallendes Stammpersonal nicht sowohl die Stammarbeitnehmer als auch die Vertretungskräfte als in der Regel beschäftigte Arbeitnehmer des Betriebs iSv. § 9 BetrVG zu berücksichtigen sind. Denn für den Betrieb kennzeichnend ist nur die Beschäftigung entweder der Stammarbeitnehmer oder der Vertretungskräfte. Für den Fall der Elternzeit enthält § 21 Abs. 7 BErzGG insoweit eine ausdrückliche Regelung. Nach § 21 Abs. 7 Satz 1 BErzGG sind, sofern im Rahmen arbeitsrechtlicher Gesetze oder Verordnungen auf die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer abgestellt wird, bei der Ermittlung dieser Zahl Arbeitnehmer, die sich in Elternzeit befinden, nicht mitzuzählen, solange für sie auf Grund von § 21 Abs. 1 BErzGG ein Vertreter eingestellt ist. Dies gilt nach § 21 Abs. 7 Satz 2 BErzGG nicht, wenn der Vertreter nicht mitzuzählen ist. Durch diese Bestimmungen soll vermieden werden, dass

14



auf einen Betrieb Vorschriften nur deshalb zur Anwendung gelangen, weil für in Elternzeit befindliche Mitarbeiter Ersatzkräfte eingestellt worden sind, obwohl sich an der Anzahl der im Betrieb tatsächlich tätigen Arbeitnehmer nichts ändert (vgl. etwa *KR/Lipke 7. Aufl. § 21 BErzGG Rn. 31*). Berücksichtigungsfähig ist daher entweder der in Elternzeit befindliche Arbeitnehmer oder die Ersatzkraft, wobei § 21 Abs. 7 Satz 1 BErzGG grundsätzlich anordnet, dass die in Elternzeit befindliche Stammkraft nicht mitzählt. Werden jedoch für eine in Elternzeit befindliche vollzeitbeschäftigte Stammkraft zwei teilzeitbeschäftigte Ersatzkräfte eingestellt, ist jedenfalls dann, wenn die gesetzliche Regelung - wie § 9 BetrVG - auf die Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer abstellt, die verhinderte Stammkraft zu berücksichtigen, da diese dem Betrieb dauerhaft angehört und deshalb für die Belegschaftsstärke kennzeichnend ist und nicht die zu deren Vertretung eingestellten Ersatzkräfte (so im Ergebnis auch *Fitting BetrVG 22. Aufl. § 9 Rn. 18*).

bb) In Anwendung dieser Grundsätze ist das Landesarbeitsgericht zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass die zur Vertretung der in Elternzeit und in Sonderurlaub befindlichen fünf Mitarbeiterinnen befristet eingestellten sechs Ersatzkräfte bei der nach § 9 BetrVG für die Betriebsratsgröße maßgeblichen Belegschaftsstärke nicht zu berücksichtigen sind. Die Einstellung zweier teilzeitbeschäftigter Ersatzkräfte zur Vertretung einer in Elternzeit befindlichen Stammkraft führte nicht zu einer Erhöhung der Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer iSv. § 9 BetrVG.

15

b) Das Landesarbeitsgericht hat auch ohne Rechtsfehler erkannt, dass der Wahlvorstand die vom E jeweils für die Dauer eines Schuljahres in der Schule des Arbeitgebers eingesetzten Religionslehrerinnen zu Unrecht als Arbeitnehmerinnen des Betriebs iSv. § 9 BetrVG berücksichtigt hat, da diese nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen.

16

aa) Bei der für die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder nach § 9 BetrVG maßgeblichen Belegschaftsstärke sind nur betriebsangehörige Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Das sind Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen und in dessen Betriebsorganisation eingegliedert sind (*BAG 16. April 2003 - 7 ABR 53/02 - BAGE 106, 64 = AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 7 = EzA BetrVG 2001 § 9 Nr. 1, zu II 2 a aa der Gründe; 21. Juli 2004 - 7 ABR 38/03 - AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 8 = EzA BetrVG 2001 § 9 Nr. 3, zu B I 2 a der Gründe*). Dazu zählen weder (gewerbsmäßig oder nicht gewerbsmäßig) zur Arbeitsleistung überlasse-

17



ne Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers noch Arbeitnehmer eines anderen Unternehmens, die im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrags in dem Betrieb tätig sind. Denn diese stehen nicht in einer arbeitsvertraglichen Beziehung zum Betriebsinhaber. Soweit § 7 Satz 2 BetrVG für die Wahlberechtigung überlassener Arbeitnehmer auf die arbeitsvertragliche Bindung zum Betriebsinhaber verzichtet, gilt dies nicht für die Feststellung der Anzahl wahlberechtigter Arbeitnehmer nach § 9 BetrVG (*st. Rspr., vgl. BAG 16. April 2003 - 7 ABR 53/02 - aaO, zu II 2 a aa und bb der Gründe; 22. Oktober 2003 - 7 ABR 3/03 - AP BetrVG 1972 § 38 Nr. 28 = EzA BetrVG 2001 § 38 Nr. 2, zu B II 2 a bb (1) der Gründe; 10. März 2004 - 7 ABR 49/03 - BAGE 110, 27 = AP BetrVG 1972 § 7 Nr. 8 = EzA BetrVG 2001 § 9 Nr. 2, zu B I 1 a bb der Gründe; 21. Juli 2004 - 7 ABR 38/03 - aaO, zu I 2 a der Gründe*).

bb) Hiernach hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerfrei die Berücksichtigungsfähigkeit der Religionslehrerinnen im Rahmen des § 9 BetrVG verneint. Beide Lehrkräfte stehen nach den mit Verfahrensrügen nicht angegriffenen und damit für den Senat bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber, sondern sind Angestellte des E und werden von diesem an der vom Arbeitgeber betriebenen Schule eingesetzt. Sie sind auch nicht nach § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 AÜG oder § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 6 iVm. § 13 AÜG in der bis 31. März 1997 geltenden Fassung Arbeitnehmerinnen des Arbeitgebers geworden. Denn sie wurden dem Arbeitgeber nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht zur Arbeitsleistung überlassen, sondern vom E zur Erfüllung eines mit dem Arbeitgeber bestehenden Dienstvertrags an dessen Schule eingesetzt. Die Vorschriften des AÜG finden daher keine Anwendung.

18

(1) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist nicht jeder drittbezogene Arbeitseinsatz eine Arbeitnehmerüberlassung iSd. AÜG. Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen (*3. Dezember 1997 - 7 AZR 764/96 - BAGE 87, 186 = AP AÜG § 1 Nr. 24 = EzA AÜG § 1 Nr. 9, zu I 1 der Gründe; 19. Januar 2000 - 7 AZR 6/99 -, zu 1 der Gründe*). Die Vertragspflicht des Verleihers endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat (*BAG 22. Juni 1994 - 7 AZR 286/93 - BAGE 77, 102 = AP AÜG § 1 Nr. 16 = EzA AÜG § 1 Nr. 4, zu IV 2 a der Gründe; 3. Dezember 1997 - 7 AZR 764/96 - aaO*). Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit auf Grund eines Dienst- oder Werkvertrags. In diesen

19



Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Der Werkbesteller kann jedoch, wie sich aus § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt, dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werks erteilen. Entsprechendes gilt für Dienstverträge. Solche Dienst- oder Werkverträge werden von den Bestimmungen des AÜG nicht erfasst (*st. Rspr.*, vgl. etwa BAG 19. März 2003 - 7 AZR 267/02 - BAGE 105, 317 = AP AÜG § 13 Nr. 4 = EzA AÜG § 1 Nr. 12, zu III 5 a der Gründe mwN).

(2) Das Landesarbeitsgericht hat den Einsatz der beiden Religionslehrerinnen in der Schule des Arbeitgebers zu Recht nicht als Arbeitnehmerüberlassung angesehen. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts bestehen zwischen dem E und dem Arbeitgeber vertragliche Beziehungen, wonach sich das E zur Erteilung von Unterricht in der katholischen Religionslehre an der Schule des Arbeitgebers verpflichtet hat. Auf dieser Grundlage werden die beiden Religionslehrerinnen vom E eingesetzt. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts unterliegen die Lehrkräfte auch während ihres Einsatzes an der Schule des Arbeitgebers dem Weisungsrecht des E. Dieses hat die beiden Religionslehrerinnen daher dem Arbeitgeber nicht zur Arbeitsleistung überlassen, damit er sie wie eigene Arbeitnehmer in seiner Schule einsetzt, vielmehr wurden die Lehrkräfte vom E zur Erfüllung der gegenüber dem Arbeitgeber übernommenen vertraglichen Verpflichtung zur Erteilung von Religionsunterricht an der Schule beschäftigt. Sie wurden daher als Erfüllungsgehilfen für das E im Rahmen eines Dienstvertrags an der Schule tätig. Auf diese Vertragsgestaltung sind die Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht anzuwenden.

c) Das Landesarbeitsgericht ist auch ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt, dass der in der heilpädagogischen Tagesstätte des Arbeitgebers im Rahmen eines Betriebspraktikums eingesetzte Fachschulabsolvent E nicht als Arbeitnehmer des Betriebs iSv. § 9 BetrVG zu berücksichtigen ist.

20

21



aa) Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sind Arbeitnehmer iSd. Gesetzes - und somit auch iSv. § 9 BetrVG - Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Der Begriff der „Berufsausbildung“ in § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG deckt sich nicht mit demjenigen des Berufsbildungsgesetzes, sondern ist weiter gefasst. Darunter fallen alle Maßnahmen, die auf betrieblicher Ebene berufliche Kenntnisse vermitteln, so dass auch Praktikanten Arbeitnehmer iSd. Betriebsverfassungsgesetzes sein können (*BAG 30. Oktober 1991 - 7 ABR 11/91 - AP BetrVG 1972 § 5 Ausbildung Nr. 2 = EzA BetrVG 1972 § 5 Nr. 50, zu B III 1 der Gründe mwN*). Dabei sind der Umfang und die Tiefe der vermittelten Kenntnisse und Fähigkeiten nicht entscheidend. Ebenso wenig kommt es auf die Dauer eines Praktikums an, so dass auch kurzfristige Bildungsmaßnahmen als Berufsausbildung iSv. § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG anzusehen sind (*BAG 30. Oktober 1991 - 7 ABR 11/91 - aaO, zu B III 2 der Gründe*). Zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte iSv. § 5 Abs. 1 BetrVG können allerdings nur solche Personen sein, mit denen der Ausbildende einen privatrechtlichen Vertrag geschlossen hat, der die Beschäftigung zum Zwecke der Berufsausbildung zum Inhalt hat (*BAG 13. Mai 1992 - 7 ABR 72/91 - BAGE 70, 215 = AP BetrVG 1972 § 5 Ausbildung Nr. 4 = EzA BetrVG 1972 § 5 Nr. 54, zu B I der Gründe; 21. Juli 1993 - 7 ABR 35/92 - BAGE 74, 1 = AP BetrVG 1972 § 5 Ausbildung Nr. 8 = EzA BetrVG 1972 § 5 Nr. 56, zu B III 2 b der Gründe*).

bb) Bei Anwendung dieser Grundsätze hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler entschieden, dass der Fachschulabsolvent E nicht als Arbeitnehmer des Betriebs des Arbeitgebers iSv. § 9 BetrVG anzusehen ist.

Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts bestand zwischen dem Arbeitgeber und dem Praktikanten E kein privatrechtlicher Vertrag, der dessen Berufsausbildung zum Gegenstand hatte. Vielmehr bestand auf Grund eines Vertrags vom 1. September 2000 ein Ausbildungsverhältnis zwischen dem Praktikanten und den B in G. Die beruflich-praktische Tätigkeit war nach § 3 des Vertrags integrierter Bestandteil der Aus- und Weiterbildung. Daraus hat das Landesarbeitsgericht geschlossen, dass sich die A-Schule der Heilpädagogischen Tagesstätte des Arbeitgebers als Praxisstelle bedient hat. Eine vertragliche Beziehung zwischen dem Arbeitgeber und dem Praktikanten E hat das Landesarbeitsgericht trotz Unterzeichnung des Vertrags vom 1. September 2000 auch seitens des Arbeitgebers und trotz Zahlung einer Aufwandsentschädigung von 200,00 DM monatlich an den Praktikanten E verneint, da der Vertrag keinerlei Rechte und Pflichten zwischen dem Arbeitgeber und dem Praktikan-



ten E regelt. Diese Vertragsauslegung ist rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstanden. Die Auslegung sog. nichttypischer Willenserklärungen, die dem Vertrag zugrunde liegen, obliegt dem Gericht der Tatsacheninstanz und ist rechtsbeschwerderechtlich nur daraufhin überprüfbar, ob die gesetzlichen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) richtig angewandt wurden, nicht gegen Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze verstoßen und der für die Auslegung maßgebliche Tatsachenstoff vollständig verwertet wurde (*st. Rspr.*, vgl. dazu etwa BAG 26. Mai 1992 - 9 AZR 27/91 - AP HGB § 74 Nr. 63 = EzA HGB § 74 Nr. 54, zu 1 der Gründe; 23. Januar 2002 - 7 AZR 611/00 - BAGE 100, 204 = AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 230 = EzA BGB § 620 Nr. 185, zu II 1 a der Gründe mwN). Derartige Rechtsfehler sind nicht erkennbar und von der Rechtsbeschwerde nicht aufgezeigt worden. Der Betriebsrat macht lediglich geltend, der Praktikant E sei in den Betrieb des Arbeitgebers eingegliedert gewesen. Das allein reicht jedoch zur Erfüllung des Arbeitnehmerbegriffs in § 5 Abs. 1, § 9 BetrVG nicht aus; vielmehr ist neben der Eingliederung in die Betriebsorganisation eine vertragliche Beziehung zum Betriebsinhaber erforderlich. Vom Bestehen einer vertraglichen Beziehung zwischen dem Arbeitgeber und dem Praktikanten E geht auch der Betriebsrat nicht aus.

d) Das Landesarbeitsgericht hat jedoch auf Grund unzureichender Tatsachenfeststellungen angenommen, dass der Wahlvorstand die Rentnerin Ko zu Unrecht als Arbeitnehmerin iSv. § 9 BetrVG berücksichtigt hat. Das Landesarbeitsgericht hat die Arbeitnehmereigenschaft der Rentnerin verneint mit der Begründung, diese sei nach § 5 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG nicht als Arbeitnehmerin anzusehen, da sie ihre Tätigkeit freiwillig und ohne vertragliche Verpflichtung erbringe und vom Arbeitgeber lediglich eine freiwillige Aufwandsentschädigung in Höhe von fünf Euro pro Stunde erhalte; der geringe zeitliche Umfang der Tätigkeit, die sich auf die Mithilfe in der Küche donnerstagnachmittags für ca. 2 1/2 Stunden beschränke, und das geringe Entgelt zeigten, dass ihr Arbeitseinsatz von karitativen Gründen geprägt sei. Tatsächliche Feststellungen, die diese Bewertung tragen könnten, hat das Landesarbeitsgericht jedoch nicht getroffen. Aus dem geringen zeitlichen Umfang der Tätigkeit und der geringen Vergütung kann nicht auf das Fehlen eines Arbeitsverhältnisses geschlossen werden. Die Art der Tätigkeit als Küchenhilfe dürfte eher gegen eine karitativ veranlasste Betätigung iSv. § 5 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG sprechen. Das Landesarbeitsgericht hat bislang keine Tatsachen dazu festgestellt, auf Grund welcher konkreten Absprachen sich der Arbeitseinsatz der Rentnerin Ko vollzog und ob und ggf. in welchem Umfang ihre Betätigung Weisungen des Arbeitgebers unterlag. Dies ist vom Landesarbeitsgericht nachzuholen.

25



e) Das Landesarbeitsgericht hat außerdem rechtsfehlerhaft angenommen, der Wahlvorstand habe die auf Grund einer Rehabilitationsmaßnahme im Betrieb tätige Praktikantin S bei der für die Betriebsratsgröße nach § 9 BetrVG maßgeblichen Beschäftigtenzahl zu Unrecht berücksichtigt, weil sie gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG nicht als Arbeitnehmerin gelte. Ob dies im Ergebnis zutrifft, konnte der Senat nicht abschließend entscheiden, da das Landesarbeitsgericht die dazu erforderlichen tatsächlichen Feststellungen bislang nicht getroffen hat. 26

aa) Nach § 5 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG gelten nicht als Arbeitnehmer Personen, deren Beschäftigung nicht in erster Linie ihrem Erwerb dient und die vorwiegend zu ihrer Heilung, Wiedereingewöhnung, sittlichen Besserung oder Erziehung beschäftigt werden. Die Vorschrift erfasst Personen, bei denen die Beschäftigung vorrangig als Mittel zur Behebung physischer, psychischer und sonstiger in der Person des Beschäftigten liegender Mängel eingesetzt wird. Bei der Beschäftigung zur Wiedereingewöhnung geht es um die Wiederherstellung eines normalen Verhältnisses dieser Person zum allgemeinen Erwerbsleben. Die Wiedereingewöhnung ist darauf gerichtet, Personen, die jeder geregelten Arbeit entwöhnt sind oder sich nie an eine solche Arbeit gewöhnt haben, an geregelte Arbeit heranzuführen (*BAG 25. Oktober 1989 - 7 ABR 1/88 - BAGE 63, 188 = AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 40 = EzA BetrVG 1972 § 5 Nr. 48, zu B II 1 der Gründe; 13. Mai 1992 - 7 ABR 72/91 - BAGE 70, 215 = AP BetrVG 1972 § 5 Ausbildung Nr. 4 = EzA BetrVG 1972 § 5 Nr. 54, zu B III 2 der Gründe*). Davon zu unterscheiden ist die Beschäftigung zur Berufsausbildung, durch die in erster Linie berufliche Kenntnisse und Fertigkeiten vermittelt werden sollen. Zu diesem Zweck Beschäftigte sind nach § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG Arbeitnehmer im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne, während Personen, die vorwiegend aus arbeitstherapeutischen Gründen beschäftigt werden, nach § 5 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG nicht als Arbeitnehmer gelten (*BAG 25. Oktober 1989 - 7 ABR 1/88 - aaO*), zB Kranke, Süchtige, Nichtsesshafte oder nach § 74 SGB V zur Wiedereingliederung Beschäftigte (*vgl. dazu etwa ErfK/Eisemann 6. Aufl. § 5 BetrVG Rn. 28; Fitting BetrVG 22. Aufl. § 5 Rn. 296, 297*). 27

§ 5 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG setzt zwar voraus, dass die Beschäftigung vorwiegend der Rehabilitation oder der Resozialisierung dient (*BAG 13. Mai 1992 - 7 ABR 72/91 - BAGE 70, 215 = AP BetrVG 1972 § 5 Ausbildung Nr. 4 = EzA BetrVG 1972 § 5 Nr. 54, zu B III 2 der Gründe*). Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass nicht jede Maßnahme der beruflichen Rehabilitation der Heilung oder der Wiedereingewöhnung iSv. § 5 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG dient. Das ist nicht der Fall, wenn Rehabilitanden befähigt 28



werden sollen, trotz ihrer Behinderung am Arbeitsmarkt teilzunehmen. Denn bei ihnen geht es weder um die Heilung noch um die Wiederherstellung eines normalen Verhältnisses zum allgemeinen Erwerbsleben (*BAG 13. Mai 1992 - 7 ABR 72/91 - aaO*), sondern um die Vermittlung von Kenntnissen und Fähigkeiten, die zur Ausübung einer beruflichen Tätigkeit benötigt werden. Eine solche Ausbildung kann auch dann eine Berufsausbildung iSv. § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sein, wenn die Ausbildung im Rahmen einer Rehabilitationsmaßnahme erfolgt. Der erkennende Senat hat zwar entschieden, dass Rehabilitanden in Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation iSv. § 37 SGB IX keine Arbeitnehmer iSv. § 5 BetrVG sind. Dies folgt aber nicht aus § 5 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG, sondern aus der mangelnden Eingliederung dieser Personen in die betriebliche Organisation. Ihre Ausbildung vollzieht sich nicht im Rahmen der arbeitstechnischen Zwecksetzung des Ausbildungsbetriebs, die sich darauf beschränkt, anderen Personen eine berufspraktische Ausbildung zu vermitteln. Rehabilitanden in einer Einrichtung der beruflichen Rehabilitation sind selbst Gegenstand des Betriebszwecks, sie wirken nicht an seiner Verwirklichung mit (*21. Juli 1993 - 7 ABR 35/92 - BAGE 74, 1 = AP BetrVG 1972 § 5 Ausbildung Nr. 8 = EzA BetrVG 1972 § 5 Nr. 56, zu B III 2 d bb der Gründe; 20. März 1996 - 7 ABR 46/95 - BAGE 82, 302 = AP BetrVG 1972 § 5 Ausbildung Nr. 9 = EzA BetrVG 1972 § 5 Nr. 59, zu B II 1 und 2 der Gründe*). Dies ist seit 1. Juli 2001 in § 36 Satz 1 und Satz 2 SGB IX ausdrücklich gesetzlich bestimmt. Wird jedoch eine berufspraktische Ausbildung im Rahmen einer Rehabilitationsmaßnahme nach § 35 Abs. 2 SGB IX in Betrieben außerhalb der Rehabilitationseinrichtung durchgeführt und wirkt der Rehabilitand auf Grund einer vertraglichen Beziehung mit dem Betriebsinhaber an der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebs mit, ist er Arbeitnehmer iSv. § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG und deshalb bei der nach § 9 BetrVG für die Betriebsratsgröße maßgeblichen Belegschaftsstärke des Ausbildungsbetriebs zu berücksichtigen.

bb) Bei Anwendung dieser Grundsätze kann mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung die Berücksichtigungsfähigkeit der Praktikantin S als Arbeitnehmerin iSv. § 9 BetrVG im Betrieb des Arbeitgebers nicht verneint werden. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit ausgeführt, die Praktikantin falle unter § 5 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG, da das betriebliche Praktikum fester Bestandteil der vom B durchgeführten Rehabilitationsmaßnahme sei und nicht der Erzielung eines Erwerbseinkommens diene, sondern ausschließlich der Heranführung an eine künftige berufliche Tätigkeit. Bei dieser Würdigung hat das Landesarbeitsgericht verkannt, dass nicht jede Maßnahme der beruflichen Rehabilitation, die nicht der Erzielung von Erwerbseinkommen dient,

29



§ 5 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG unterfällt. Der Umstand, dass die Praktikantin St an eine berufliche Tätigkeit herangeführt werden sollte, reicht dazu nicht aus. Diesem Zweck dient auch jede Berufsausbildung. Anhaltspunkte dafür, dass die Maßnahme der Wiedereingewöhnung diene, sind vom Landesarbeitsgericht nicht festgestellt und von den Beteiligten bislang auch nicht vorgetragen worden. Der einzige Anhaltspunkt dafür könnte § 1 des zwischen dem Arbeitgeber und der Praktikantin abgeschlossenen Praktikantenvertrags sein, wonach das betriebliche Praktikum „die Handlungsfähigkeit des Rehabilitanden am Arbeitsplatz durch Erhöhung der Fach-, Lern- und Sozialkompetenz erweitern“ sollte. Daraus allein kann allerdings nicht geschlossen werden, dass die Praktikantin jeder geregelten Arbeit entwöhnt war oder sich nie an geregelte Arbeit gewöhnt hatte, was durch die Rehabilitationsmaßnahme beseitigt werden sollte. Ebenso wenig ergibt sich aus den vertraglichen Vereinbarungen zwischen der Praktikantin und dem Arbeitgeber, dass die Beschäftigung zum Zwecke der Heilung, sittlichen Besserung oder Erziehung der Praktikantin erfolgte. Es ist ebenso denkbar, dass das Praktikum im Wesentlichen der Vermittlung beruflicher Kenntnisse und Fähigkeiten diene. Zur Beurteilung der Frage, ob die Praktikantin S nach § 5 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG nicht als Arbeitnehmerin des Betriebs des Arbeitgebers gilt, bedarf es daher weiterer tatsächlicher Feststellungen hinsichtlich des Zwecks, der mit dem Praktikum verfolgt wurde. Diese Feststellungen sind vom Landesarbeitsgericht zu treffen.

f) Die weitere Sachaufklärung erübrigt sich nicht deshalb, weil der Wahlvorstand die sechs dem Antragsteller vom Freistaat Bayern zur Verfügung gestellten Lehrerinnen oder die beiden im Rahmen eines Fachhochschulstudiums im Betrieb tätigen Studentinnen oder zumindest zwei dieser Personen zu Unrecht als Arbeitnehmer iSv. § 9 BetrVG berücksichtigt hätte und aus diesem Grund nicht sieben, sondern nur fünf Betriebsratsmitglieder zu wählen gewesen wären. Ob dies der Fall ist, konnte der Senat auf der Grundlage der bisherigen Tatsachenfeststellungen nicht abschließend beurteilen.

30

aa) Die sechs dem Antragsteller vom Freistaat Bayern zur Verfügung gestellten Lehrerinnen haben zwar lediglich Arbeitsverträge mit dem Freistaat Bayern abgeschlossen, nicht jedoch mit dem Arbeitgeber. Daraus ergibt sich aber nicht ohne weiteres, dass sie nicht als Arbeitnehmerinnen des Betriebs des Arbeitgebers iSv. § 9 BetrVG zu berücksichtigen waren. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts wurden diese Lehrerinnen dem Arbeitgeber seit über 20 Jahren „zur Verfügung gestellt“. Zwischen ihnen und dem Arbeitgeber könnten daher nach § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1

31



Nr. 6, § 13 AÜG in der bis zum 31. März 1997 geltenden Fassung (aF) - ggf. auch nach § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 AÜG - kraft Gesetzes Arbeitsverhältnisse entstanden sein. Voraussetzung dafür wäre, dass die Lehrkräfte dem Arbeitgeber zur Arbeitsleistung überlassen wurden. Dies kann mangels der dazu erforderlichen tatsächlichen Feststellungen nicht beurteilt werden.

(1) In § 13 AÜG in der bis 31. März 1997 geltenden Fassung (aF) war bestimmt, dass bei einem Arbeitsverhältnis, das auf einer entgegen § 4 des Arbeitsförderungsgesetzes ausgeübten Arbeitsvermittlung beruhte, die arbeitsrechtlichen Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber dieses Arbeitsverhältnisses nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen werden konnten. Diese Bestimmung enthielt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts eine § 10 Abs. 1 AÜG ergänzende Regelung, durch die bei einer als unerlaubte Arbeitsvermittlung anzusehenden Überlassung nach § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG ein Arbeitsverhältnis mit dem Beschäftigungsunternehmen begründet wurde (*vgl. etwa 19. März 2003 - 7 AZR 267/02 - BAGE 105, 317 = AP AÜG § 13 Nr. 4 = EzA AÜG § 1 Nr. 12, zu II 1 der Gründe mwN*). Voraussetzung dafür war, dass ein Arbeitnehmer von seinem Vertragsarbeitgeber einem anderen Unternehmen zur Arbeitsleistung überlassen wurde und die nach § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG aF zulässige Überlassungsdauer überschritten wurde. In diesem Fall wurde nach § 1 Abs. 2 AÜG aF vermutet, dass der Vertragsarbeitgeber Arbeitsvermittlung betrieb. Die Vermutung war im Falle nicht gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung widerlegbar (*BAG 3. Dezember 1997 - 7 AZR 764/96 - BAGE 87, 186 = AP AÜG § 1 Nr. 24 = EzA AÜG § 1 Nr. 9, zu II 2 a der Gründe mwN*). § 13 AÜG wurde mit Wirkung zum 1. April 1997 ersatzlos aufgehoben. Seitdem gibt es bei unerlaubter Arbeitsvermittlung keine gesetzliche Grundlage mehr für die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher. Dadurch wurden jedoch zu diesem Zeitpunkt bereits kraft Gesetzes entstandene Arbeitsverhältnisse nicht beendet (*BAG 19. März 2003 - 7 AZR 267/02 - aaO, zu III 3 der Gründe*).

(2) Hiernach könnten zwischen dem Arbeitgeber und den ihm vom Freistaat Bayern zur Verfügung gestellten Lehrkräften vor dem 1. April 1997 kraft Gesetzes Arbeitsverhältnisse entstanden sein, da die Lehrerinnen nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts dem Arbeitgeber seit über 20 Jahren zur Verfügung gestellt wurden. Voraussetzung dafür wäre, dass die zwischen dem Arbeitgeber und dem Freistaat Bayern bestehenden vertraglichen Vereinbarungen - im Gegensatz zu den mit dem E geschlossenen Verträgen - Arbeitnehmerüberlassung zum Gegenstand hatten, dass



die nach § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG zulässige Überlassungsdauer überschritten wurde und - sofern es sich um nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung gehandelt haben sollte -, dass die Vermutung der Arbeitsvermittlung nicht widerlegt wird. Sofern der Freistaat Bayern dem Arbeitgeber die Lehrkräfte gewerbsmäßig überlassen haben sollte, könnten zudem nach § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 AÜG Arbeitsverhältnisse zwischen dem Arbeitgeber und den Lehrkräften entstanden sein. Feststellungen dazu hat das Landesarbeitsgericht bislang nicht getroffen. Dies ist vom Landesarbeitsgericht nachzuholen.

bb) Der Senat konnte ebenfalls nicht abschließend entscheiden, ob der Wahlvorstand die beiden im Rahmen eines Fachhochschulpraktikums im Betrieb tätigen Studentinnen zu Unrecht als Arbeitnehmerinnen iSv. § 9 BetrVG berücksichtigt hat. 34

(1) Ob ein betriebliches Praktikum, das im Rahmen eines Studiums abzuleisten ist, als Berufsausbildung iSv. § 5 Abs. 1 BetrVG anzusehen ist mit der Folge, dass der Praktikant Arbeitnehmer des Ausbildungsbetriebs ist, hängt von der jeweiligen Studienordnung ab. Die Hochschulen und Fachhochschulen können Praktika als Hochschul- oder Fachhochschulmaßnahmen ausgestalten, bei deren Durchführung sie sich der Betriebe bedienen. Sie können aber auch trotz weitgehender Vorgaben und enger Verzahnung der berufspraktischen Tätigkeiten mit den übrigen Teilen des Studiums die Praktika von den Betrieben eigenverantwortlich durchführen lassen. Letzteres ist jedenfalls dann der Fall, wenn die praktische Ausbildung auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags mit dem Betriebsinhaber erfolgt und der Praktikant in die Organisation des Ausbildungsbetriebs eingegliedert ist (*BAG 30. Oktober 1991 - 7 ABR 11/91 - AP BetrVG 1972 § 5 Ausbildung Nr. 2 = EzA BetrVG 1972 § 5 Nr. 50, zu B III 3 b und III 4 a dd der Gründe*). 35

(2) Das Landesarbeitsgericht hat bislang keine tatsächlichen Feststellungen zu den vertraglichen Grundlagen der Beschäftigung der beiden Studentinnen in dem Betrieb des Arbeitgebers und zu deren Eingliederung in die betriebliche Organisation getroffen. Dies ist vom Landesarbeitsgericht nachzuholen. 36



Dörner

Gräfl

Koch

Spie

Günther Metzinger



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)