

Aktenzeichen: 7 ABR 67/90
Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Beschluß vom 29. Mai 1991
- 7 ABR 67/90 -

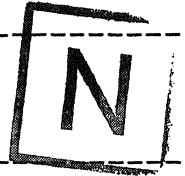
I. Arbeitsgericht
Essen

Beschluß vom 06. Juni 1990
- 4 BV 28/90 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Beschluß vom 26. September 1990
- 12 TaBV 74/90 -

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



Entscheidungsstichwort:

Betriebsratswahl - Größe des Betriebsrats - Aushilfen

Gesetz:

BetrVG § 9, § 7, § 19

Leitsätze:

1. Wird ein Betriebsrat mit zu hoher Mitgliederzahl gewählt, so kann das Wahlergebnis nicht berichtigt werden.
2. Eine auf diesem Fehler beruhende Wahl ist insgesamt für unwirksam zu erklären, auch wenn bei einer Gruppenwahl der Fehler nur darauf beruht, daß für eine Gruppe eine zu hohe Zahl von Arbeitnehmern zugrunde gelegt worden ist.
3. Zur Arbeitnehmereigenschaft von Aushilfs-Taxifahrern.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

7 ABR 67/90

12 TaBV 74/90 Düsseldorf

Verkündet am
29. Mai 1991

Clobes,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Beschluß

In dem Beschlußverfahren

unter Beteiligung

pp.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts in der Sitzung vom 29. Mai 1991 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Seidensticker, die Richter Dr. Steckhan und Schliemann



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

sowie die ehrenamtlichen Richter Nehring und Metzinger für
Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats gegen den
Beschluß des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom
26. September 1990 - 12 TaBV 74/90 - wird zurück-
gewiesen.

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

G r ü n d e :

A. Die antragstellenden Arbeitgeberinnen fechten die in ihrem
gemeinsamen Betrieb am 15. und 16. März 1990 durchgeführte Wahl
des beteiligten Betriebsrats an.

Die Arbeitgeberinnen betreiben gemeinsam ein Taxiunternehmen
mit 29 Wagen sowie eine Funkzentrale. In ihrem gemeinsamen Be-
trieb sind acht Angestellte sowie 29 festangestellte Taxifahrer
tätig. Die festangestellten Fahrer fahren die Taxis überwiegend
von Montag bis Freitag in der Tagschicht. Neben ihnen setzt die
Antragstellerin zu 1) (M -GmbH) sogenannte Aushilfsfahrer
ein. Sie fragen von sich aus nach einer Einsatzmöglichkeit und
erhalten ein Taxi zum Fahren, wenn eines frei ist. Die Aushilfs-
fahrer bestimmen selbst die Tage und Stunden, an denen sie fahren
möchten. Mit ihnen werden keine Arbeitszeiten, auch keine Min-
dest- und Höchst-arbeitszeiten, Präsenz- oder Bereitschaftszeiten
vereinbart. Es kommt vor, daß sie einen vereinbarten Einsatz
unmittelbar vor dessen Beginn absagen oder - besonders in be-



triebsarmen Zeiten - das Fahrzeug vorzeitig zurückgeben und ihre Tätigkeit einstellen. Solange sie sich im Einsatz befinden und sich nicht abgemeldet haben, müssen sie die von der Zentrale vermittelten Fahrten ausführen. Als Gegenleistung für die Überlassung des Taxis und die Inanspruchnahme der Funkzentrale führen die Aushilfsfahrer einen vorher bestimmten Prozentsatz vom eingefahrenen Umsatz ab, nämlich an Sonn- und Feiertagen zwischen 6.00 Uhr und 18.00 Uhr 50 %, ansonsten 60 %.

Diese Handhabung hielt die Antragstellerin zu 1) in einer unter dem 21. Februar 1990 mit den Aushilfsfahrern geschlossenen Vereinbarung wie folgt fest:

1. M stellt dem Nutzungsnehmer ein Taxi und ihre Vermittlungszentrale für die Nutzung zur Verfügung.
2. Für die Nutzung des Taxis und der Vermittlungszentrale führt der Nutzungsnehmer 60 % des erzielten Umsatzes an M ab.

Nutzt der Nutzungsnehmer das Taxi an einem Sonntag oder einem Feiertag zwischen 06.00 Uhr und 18.00 Uhr, so sind 50 % des erzielten Umsatzes abzuführen.

3. M ist nicht verpflichtet, dem Nutzungsnehmer an dem gewünschten Tag ein Taxi zur Nutzung zur Verfügung zu stellen.

Ein Nutzungsanspruch besteht nicht.

4. Der Nutzungsnehmer ist nicht verpflichtet, sich an die bei der M geltenden Schichtzeiten für die festangestellten Mitarbeiter zu halten.

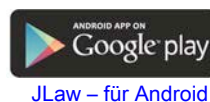
Der Nutzungsnehmer kann während der Nutzung des Taxis über die Nutzungszeit frei verfügen und ist an keine Mindestnutzungszeit gebunden.



Die Aushilfsfahrer sind teilweise mehr oder weniger regelmäßig an denselben einzelnen Wochentagen, teilweise sehr unregelmäßig tätig. Einige sind mitunter über Wochen und Monate nicht oder nur selten, andere ebenso sporadisch, aber dann drei Tage nacheinander im Einsatz. Die Dauer der jeweiligen Einsätze liegt zwischen vier und elfeinhalb Stunden, weitgehend aber bei fünf bis sechs Stunden.

In seinem Wahlausschreiben bestimmte der Wahlvorstand die Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder auf insgesamt fünf, nämlich vier aus der Gruppe der Arbeiter und ein Mitglied aus der Gruppe der Angestellten. Die vom Wahlvorstand aufgestellten Wählerlisten weisen für die Gruppe der Angestellten acht, für die der Arbeiter 66 Personen auf, nämlich neben den 29 festangestellten Fahrern 37 Aushilfsfahrer. Die Antragstellerin zu 1) forderte den Wahlvorstand mit ihrem Schreiben vom 8. März 1990 vergeblich auf, von der Wählerliste alle Aushilfsfahrer zu streichen und einen nur aus drei Personen bestehenden Betriebsrat zu wählen, weil im Betrieb regelmäßig weniger als 50 Arbeitnehmer beschäftigt seien.

Am 15. und 16. März 1990 wurde die Wahl als Gruppenwahl durchgeführt. An diesen Tagen waren insgesamt 15 Aushilfsfahrer im Einsatz; sieben von ihnen nahmen an der Wahl teil. Insgesamt gaben aber 15 Aushilfsfahrer ihre Stimme ab. Mit seinem Schreiben vom 18. März 1990 teilte der Wahlvorstand den Antragstellerinnen das Ergebnis der Wahl mit.



Hiernach wurden aus der Gruppe der Arbeiter die vier Arbeiter mit den meisten Stimmen, aus der Gruppe der Angestellten ein Arbeitnehmer gewählt.

Mit ihrem am 30. März 1990 beim Arbeitsgericht eingereichten Antrag fechten die Arbeitgeberinnen die Wahl an. Zur Begründung haben sie geltend gemacht:

Es hätte nur ein aus drei Personen bestehender Betriebsrat gewählt werden dürfen. Denn in ihrem (gemeinsamen) Betrieb seien in der Regel nur 37 und damit weniger als 50 Arbeitnehmer beschäftigt, nämlich nur die acht Angestellten und die 29 festangestellten Fahrer. Die Aushilfsfahrer seien keine Arbeitnehmer, bei ihnen fehle es an einer hinreichenden persönlichen Abhängigkeit. Sie seien freie Mitarbeiter, die kommen und gehen könnten, wann sie wollten. Selbst wenn man die Aushilfsfahrer jedoch als Arbeitnehmer ansehen wollte, sei die Wahl anfechtbar. Denn es hätten an der Wahl nur Aushilfsfahrer teilnehmen dürfen, die an einem der beiden Wahltage im Einsatz gewesen seien. Wenn das Rechtsverhältnis mit einem Aushilfsfahrer überhaupt als Arbeitsverhältnis anzusehen sei, so bestehe es nur während seines konkreten Einsatzes. Tatsächlich hätten jedoch acht Aushilfsfahrer mitgewählt, die an den Wahltagen nicht im Einsatz gewesen seien. Hierdurch sei das Wahlergebnis beeinflusst worden, denn der Stimmenunterschied zwischen dem letzten noch gewählten und dem ersten nicht mehr gewählten Arbeiter betrage sieben Stimmen.



Die Arbeitgeberinnen haben beantragt

festzustellen, daß die Betriebsratswahl vom
15. März 1990 und 16. März 1990 unwirksam ist.

Der Betriebsrat hat beantragt, den Antrag zurückzuweisen.

Er hat erwidert, alle Aushilfsfahrer seien wahlberechtigt
gewesen. Denn sie hätten in der Zeit, in der die Wahl durchge-
führt worden sei, zur Antragstellerin zu 1) (M -GmbH) in Dau-
eraushilfsarbeitsverhältnissen gestanden. Deshalb seien sie ohne
Rücksicht darauf, ob sie an einem der beiden Wahltage im Einsatz
gewesen seien oder nicht, gemäß § 7 BetrVG wahlberechtigt gewe-
sen.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Das Lan-
desarbeitsgericht hat die Unwirksamkeit der Wahl festgestellt und
die Rechtsbeschwerde zugelassen. Mit ihr will der Betriebsrat die
Zurückweisung des Anfechtungsantrags erreichen, während die Ar-
beitgeberinnen beantragen, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

B. Die Rechtsbeschwerde ist nicht begründet. Das Landesarbeits-
gericht hat die Betriebsratswahl vom 15. und 16. März 1990 im Er-
gebnis zu Recht für unwirksam erklärt.

I.1. Die erforderliche Auslegung der Beschlußformel und des damit
im wesentlichen Wortlaut übereinstimmenden Sachantrags ergibt,
daß die Wahl rechtsgestaltend für unwirksam erklärt worden ist.
Sachantrag und Tenor sind ihrem bloßen Wortlaut nach zwar nur auf



die Feststellung der Unwirksamkeit der Wahl gerichtet (vgl. zur "Feststellung" der "Ungültigkeit" der Betriebsratswahl: Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, 3. Aufl., § 19 Rz 30). Er läßt für sich allein jedoch offen, ob damit der nach § 19 BetrVG für den Fall der bloßen Anfechtbarkeit gebotene Gestaltungsantrag gestellt werden soll oder ein hiervon zu unterscheidender Feststellungsantrag.

Die bloße Anfechtbarkeit einer Betriebsratswahl hat nur zur Folge, daß die Wahl durch das Gericht für unwirksam erklärt wird, also die gerichtliche Entscheidung die Rechtslage erst gestaltet. Während die - hier nicht vorliegende - Nichtigkeit der Wahl ohne weiteres von Anfang an von Gesetzes wegen eintritt und jederzeit zu beachten ist, führt die Anfechtbarkeit einer Wahl nach dem Betriebsverfassungsgesetz nur dann zu deren Unwirksamkeit, wenn ein Gericht sie in einem Verfahren nach § 19 BetrVG für unwirksam erklärt. Einer gerichtlichen Entscheidung über die Nichtigkeit der Wahl kommt feststellende Wirkung zu, allerdings mit dem Inhalt, daß die Wahl dann von Anfang an nichtig war. Ein gerichtlicher Beschluß, durch den die Wahl wegen Anfechtbarkeit für unwirksam erklärt wird, gestaltet die Rechtslage, wirkt jedoch nur für die Zukunft. Erst mit Eintritt der Rechtskraft eines gerichtlichen Beschlusses, durch den die Wahl für unwirksam erklärt wird, tritt die Unwirksamkeit der Wahl rechtlich ein.

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus der Begründung des Sachantrags wie auch des angefochtenen Beschlusses, daß es darum geht, die Wahl rechtsgestaltend für unwirksam zu erklären.



2. Der Sachverhalt bietet keinen Anhaltspunkt dafür, daß die umstrittene Wahl nichtig sein könnte. Die jederzeit zu beachtende Nichtigkeit einer Betriebsratswahl ist nicht schon gegeben, wenn bei der Wahl die Größe des zu wählenden Betriebsrats oder die Wahlberechtigung verkannt worden sind. Eine Betriebsratswahl ist nur dann nichtig, wenn bei ihr gegen allgemeine Grundsätze einer ordnungsgemäßen Wahl in einem so hohen Maße verstoßen worden ist, daß auch der Anschein einer gesetzmäßigen Wahl nicht mehr vorliegt (vgl. BAGE 44, 57, 59 f. = AP Nr. 10 zu § 19 BetrVG 1972, zu II 2 a der Gründe). Das ist hier nicht der Fall.

3. Die formalen Voraussetzungen des § 19 BetrVG für die Wahlanfechtung sind gewahrt. Die Antragstellerinnen sind als Arbeitgeberinnen befugt, die Wahl in ihrem gemeinsamen Betrieb anzufechten. Sie haben die dort am 15. und 16. März 1990 durchgeführte Betriebsratswahl mit ihrem am 30. März 1990 beim Arbeitsgericht eingereichten Antrag innerhalb der zweiwöchigen Anfechtungsfrist rechtzeitig angefochten; das Wahlergebnis ist ihnen mit dem Schreiben des Wahlvorstandes vom 18. März 1990 bekanntgegeben worden (vgl. § 19 Abs. 2 BetrVG).

II. Das Landesarbeitsgericht hat die Wahlanfechtung im Ergebnis zu Recht durchgreifen lassen.

1. Zur Begründung hat das Landesarbeitsgericht im wesentlichen ausgeführt: Gemäß § 9 BetrVG sei zwar – wie geschehen – ein aus fünf Mitgliedern und nicht ein nur aus drei Personen bestehender



Betriebsrat zu wählen gewesen. Denn es seien im gemeinsamen Betrieb der Antragstellerinnen regelmäßig mindestens 51 Arbeitnehmer beschäftigt. Zu den 37 auf Dauer angestellten Arbeitnehmern (acht Angestellte, 29 Taxifahrer) seien mindestens 14 Aushilfsfahrer hinzuzurechnen. In der Regel seien von den 37 Aushilfsfahrern mindestens 14 eingesetzt, so daß der Wahlvorstand zutreffend davon ausgegangen sei, in dem Betrieb seien in der Regel insgesamt 51 bis 150 Arbeitnehmer beschäftigt. Die Aushilfsfahrer seien für die Dauer ihrer jeweiligen Einsätze Arbeitnehmer und nicht etwa freie Mitarbeiter der Antragstellerin zu 1) (M - GmbH). Denn die Aushilfsfahrer seien hinreichend persönlich abhängig. Sie müßten während der Dauer ihres Einsatzes die ihnen von der Zentrale zugeteilten Fahrten ausführen. Hierzu seien zwar auch selbständige Taxifahrer verpflichtet. Daraus dürfe aber nicht geschlossen werden, die Aushilfsfahrer seien als Selbständige anzusehen, sondern es liege umgekehrt näher, die angeblich selbständigen Taxifahrer als Arbeitnehmer zu betrachten. Weil die einzelnen Aushilfsfahrer aber nur während ihres jeweiligen Einsatzes Arbeitnehmer seien, sei bei der Wahl dadurch gegen § 7 BetrVG verstoßen worden, daß an ihr auch solche Aushilfsfahrer teilgenommen hätten, die an keinem der beiden Wahltag im Einsatz gewesen seien und denen deshalb kein Wahlrecht i.S. des § 7 BetrVG zugestanden habe.

2. Der Senat kann sich dieser Begründung nicht anschließen. Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts ist bei der Wahl gegen die i.S. des § 19 BetrVG wesentliche Wahlvorschrift des § 9 BetrVG verstoßen worden. Es hätte ein nur aus drei Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt werden dürfen.



a) Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß bei der Ermittlung der Größe des zu wählenden Betriebsrats gemäß § 9 Satz 1 BetrVG nur betriebsangehörige Arbeitnehmer berücksichtigt werden dürfen (vgl. Senatsbeschluß BAGE 61, 7, 12 = AP Nr. 1 zu § 9 BetrVG 1972, unter B II 1 b der Gründe). Mitarbeiter, die zum Betriebsinhaber nicht in einem Arbeitsverhältnis, sondern in einem freien Dienstverhältnis stehen (freie Mitarbeiter), sind hierbei ebensowenig zu berücksichtigen wie bei der Frage des Wahlrechts nach den §§ 7 und 8 BetrVG. Sie sind i.S. des Betriebsverfassungsrechts keine betriebsangehörigen Arbeitnehmer (vgl. BAG Beschluß vom 25. Juni 1974 - 1 ABR 68/73 - AP Nr. 3 zu § 19 BetrVG 1972, unter B II 5 der Gründe; BAGE 29, 398, 403 = AP Nr. 2 zu § 8 BetrVG 1972, unter II 2 a der Gründe).

b) Dem Landesarbeitsgericht kann jedoch nicht in seiner Ansicht gefolgt werden, dem gemeinsamen Betrieb der Antragstellerinnen gehörten insgesamt in der Regel mindestens 51 Arbeitnehmer an, nämlich außer acht Angestellten und 29 festangestellten Taxifahrern noch mindestens weitere 14 Aushilfsfahrer. Vielmehr durften hier bei der Größe des zu wählenden Betriebsrats die Aushilfsfahrer nicht berücksichtigt werden, denn sie stehen nicht in einem Arbeitsverhältnis zu den Inhabern des gemeinsamen Betriebes. Mit der Antragstellerin zu 2) (T -GmbH) gehen die Aushilfsfahrer ohnehin kein Arbeitsverhältnis ein, wie das Landesarbeitsgericht entsprechend dem übereinstimmenden Vortrag aller Beteiligten zutreffend angenommen hat. Aber auch zwischen den Aushilfsfahrern und der Antragstellerin zu 1) (M -GmbH) kommen entgegen der



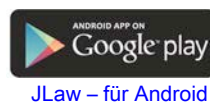
Ansicht des Landesarbeitsgerichts keine Arbeitsverhältnisse zustande, wenn Einsätze vereinbart werden. Es fehlt an der für ein Arbeitsverhältnis vorauszusetzenden persönlichen Abhängigkeit der Aushilfsfahrer von der Antragstellerin zu 1).

aa) Das Arbeitsverhältnis unterscheidet sich vom Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters (Dienstverhältnis) durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in welchem der zur Dienstleistung Verpflichtete zum Dienstberechtigten jeweils steht. Arbeitnehmer ist, wer seine Dienstleistung im Rahmen einer von einem Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringen muß. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation wird besonders dadurch deutlich, daß der Arbeitnehmer hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Ausführung der übernommenen Dienste einem umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Häufig tritt auch eine fachliche Weisungsgebundenheit hinzu (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, vgl. BAGE 41, 247, 253 = AP Nr. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit, unter B II 1 der Gründe; zuletzt BAG Urteil vom 27. Februar 1991 - 5 AZR 107/90 -, n.v., zu I 1 der Gründe). Die kurze Dauer der Einsätze und die weitestgehende Bestimmung der zu erbringenden Dienstleistung bereits im Vertrag selbst sprechen erheblich gegen eine persönliche Abhängigkeit vom Dienstberechtigten mit der Folge, daß kein Arbeitsverhältnis vorliegt (vgl. auch BAG Urteil vom 9. Mai 1984 - 5 AZR 195/82 - AP Nr. 45 zu § 611 BGB Abhängigkeit sowie BAG Beschlüsse vom 17. Oktober 1990 - 7 ABR 66/89 -, n.v., unter B IV 2 a der Gründe, und vom 28. November 1990 - 7 ABR 51/89 -, n.v., unter B II 1 der Gründe). Bei der Frage nach der persönlichen Abhängigkeit des Mitar-



beiters muß vor allem die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit berücksichtigt werden. Denn abstrakte, für alle Arbeitsverhältnisse geltende Kriterien lassen sich nicht aufstellen (vgl. BAGE 30, 163, 169 = AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu B II 2 der Gründe). Eine Anzahl von Tätigkeiten kann sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses (freien Mitarbeiterverhältnisses) erbracht werden. Maßgeblich für ein Arbeitsverhältnis ist, daß der Arbeitgeber innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens über die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verfügen darf (vgl. BAG Urteil vom 27. Februar 1991 - 5 AZR 107/90 -, n.v., unter III der Gründe, m.w.N.).

Über die Einordnung eines Rechtsverhältnisses als freier Dienstvertrag oder als Arbeitsvertrag entscheidet der Geschäftsinhalt, nicht dagegen eine von den Parteien lediglich gewählte Bezeichnung, die dem Geschäftsinhalt nicht entspricht. Der den Vertragstyp bestimmende Geschäftsinhalt ergibt sich aus den getroffenen Vereinbarungen oder aus der tatsächlichen Durchführung des Vertrages. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, so ist die letztere maßgebend; denn aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen lassen sich am ehesten Schlüsse darauf ziehen, von welchen Rechten und Pflichten die Parteien in Wirklichkeit ausgegangen sind (vgl. BAGE 41, 247, 258 = AP, aaO, zu B II 3 der Gründe, m.w.N.; BAG Urteil vom 27. Februar 1991 - 5 AZR 107/90 -, n.v., zu I 2 der Gründe; Senatsbeschlüsse vom 17. Oktober 1990 - 7 ABR 66/89 - und vom 28. November 1990 - 7 ABR 51/89 -, beide n.v.).



bb) Diese Grundsätze hat das Landesarbeitsgericht nicht hinreichend beachtet.

Die Aushilfsfahrer schließen nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts mit der Antragstellerin zu 1) (M -GmbH) über den jeweiligen Einsatz einen Vertrag, in welchem sie es übernehmen, für die Antragstellerin zu 1) mit deren Taxen Fahrten anzunehmen und durchzuführen. Dadurch unterliegen die Aushilfsfahrer aber keinem umfassenden, durch Vertrag begründeten Weisungsrecht der Antragstellerin zu 1), insbesondere nicht nach Ort, Zeit und Dauer der übernommenen Dienste.

Die Tätigkeit eines Taxifahrers kann und wird ihrer Art nach sowohl im Rahmen von Arbeitsverhältnissen als auch im Rahmen freier Mitarbeiterverhältnisse ausgeübt. Hiervon geht auch das Landesarbeitsgericht aus. Diese Tätigkeit ist nicht schon deshalb als im Arbeitsverhältnis geschuldet zu qualifizieren, weil dem Taxifahrer durch die Taxizentrale eine bestimmte Taxifahrt zugeteilt wird, die er dann, wenn er sich für die Zentrale zur Verfügung hält, auch grundsätzlich ausführen muß. Zeitliche Vorgaben oder die Verpflichtung, bestimmte Termine für die Erledigung der übertragenen Aufgabe einzuhalten, sind kein wesentliches Merkmal für ein Arbeitsverhältnis. Auch im Rahmen eines freien Dienst- oder Werkvertrages kann der Dienstberechtigte oder Werkbesteller derartige Vorgaben machen, ohne daß dies zu einer Weisungsabhängigkeit hinsichtlich der Arbeitszeit führt, wie sie für das Arbeitsverhältnis typisch ist (vgl. BAG Urteil vom 27. Februar 1991



- 5 AZR 107/90 -, n.v., unter III 4 der Gründe). Die mit der Zuteilung der Taxifahrt verbundene Aufforderung zur sofortigen oder zuvor auf eine bestimmte Uhrzeit fixierten Durchführung der Fahrt läßt keinen Schluß auf eine für ein Arbeitsverhältnis typische Weisungsabhängigkeit zu. Denn dies ist gerade bei Taxifahrten typischer Inhalt der vertraglichen Leistungsbestimmung.

Auch sonst besteht keine hinreichende persönliche Abhängigkeit der Aushilfsfahrer. Sie schulden der Antragstellerin zu 1) weder die Einhaltung von Arbeits- oder Schichtzeiten noch die Durchführung von Taxifahrten, auch nicht solcher, die sie für Taxikunden übernehmen oder die ihnen von der Taxizentrale (Antragstellerin zu 2) zugeteilt werden. Sie können sich bei der Zentrale jederzeit "abmelden" und das Taxi zurückgeben. Sie sind auch nicht zur Einhaltung von Mindest- oder Höchstzeiten, Präsenz- oder Bereitschaftszeiten verpflichtet. Der Ort der auszuführenden Tätigkeit ergibt sich ebenfalls erst aus dem jeweiligen Fahrauftrag. Die Aushilfsfahrer können Fahraufträge aber auch ablehnen. Wenn sie den Fahrauftrag übernommen haben, müssen sie ihn allerdings ausführen. Diesen Umständen läßt sich jedoch entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts gerade nicht der für ein Arbeitsverhältnis vorausgesetzte hinreichende Grad persönlicher Abhängigkeit entnehmen. Insoweit unterscheidet sich die Bindung eines Aushilfsfahrers im Ergebnis nicht wesentlich von der eines selbständigen, freien Taxiunternehmers, wenn sich dieser einer Taxizentrale anschließt.

3. Sind die Aushilfsfahrer hiernach keine Arbeitnehmer, sondern freie Mitarbeiter, so sind sie bei der Größe des für den Betrieb



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



der Antragstellerinnen zu wählenden Betriebsrats nicht zu berücksichtigen. Denn die Größe des zu wählenden Betriebsrats bemißt sich nur nach der Zahl der dort in der Regel im Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmer (vgl. § 9 BetrVG). Dies sind nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts aber nur insgesamt 37, nämlich acht Angestellte und die 29 festangestellten Taxifahrer, so daß nur ein aus drei Personen bestehender Betriebsrat hätte gewählt werden dürfen.

4. Eine Korrektur des Wahlergebnisses etwa des Inhalts, aus der Liste der Arbeiter nur die beiden Bewerber mit den meisten Stimmen als gewählt anzusehen, ist nicht möglich. Geht der Wahlvorstand von einer zu großen Zahl zu wählender Betriebsratsmitglieder aus, so kann die aufgrund dieser Annahme durchgeführte Betriebsratswahl vom Arbeitsgericht nicht dahin berichtigt werden, daß die auf den letzten Plätzen noch zum Zuge gekommenen Wahlbewerber gestrichen werden. Das Wahlverfahren beruht vielmehr auf einem wesentlichen Mangel i.S. des § 19 Abs. 1 BetrVG, so daß die Betriebsratswahl wiederholt werden muß (BAGE 28, 212, 215 = AP Nr. 5 zu § 19 BetrVG 1972, unter III 2 der Gründe).

5. Dem Landesarbeitsgericht ist auch darin zu folgen, daß es die als Gruppenwahl durchgeführte Wahl insgesamt und nicht etwa nur hinsichtlich der Gruppe der Arbeiter für unwirksam erklärt hat. Zwar läßt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts bei einer als Gruppenwahl durchgeführten Betriebs- bzw. Personalratswahl ein Gesetzesverstoß bei der Wahl nur einer Gruppe die Gültigkeit der Wahl der anderen Gruppe(n) grundsätzlich unberührt (vgl. Beschluß vom



20. Mai 1969 - 1 ABR 20/68 - AP Nr. 1 zu § 5 BetrVG = SAE 1970, 113 m. Anm. Blomeyer; vgl. BVerwGE 32, 182, 183 = AP Nr. 21 zu § 22 PersVG). Wenn aber - wie hier - ein zu großer Betriebsrat gewählt worden ist, so wirkt sich dieser Wahlrechtsverstoß auf die Wahl insgesamt aus. Es ist nicht auszuschließen, daß es ohne den Verstoß gegen § 9 BetrVG zu einem völlig anderen Wahlverhalten auch der anderen Gruppe und damit zu einem insgesamt anderen Wahlergebnis gekommen wäre. Insbesondere kann nicht ausgeschlossen werden, daß es je nach Stärke und Zusammensetzung der Gruppen zur Gemeinschaftswahl anstelle einer Gruppenwahl (vgl. § 14 Abs. 2 BetrVG), zu gruppenübergreifenden Wahlbewerbungen (vgl. § 12 Abs. 2 BetrVG) oder zu einer anderen Sitzverteilung auf die Gruppen (vgl. § 12 Abs. 1 BetrVG) gekommen wäre, wenn den Wählern von Anfang an bekannt gewesen wäre, daß ein Betriebsrat mit einer anderen Zahl von Mitgliedern als im Wahlausschreiben angegeben zu wählen war. Dementsprechend hat der Senat bereits eine als Gruppenwahl durchgeführte Betriebsratswahl, bei der ein zu großer Betriebsrat gewählt worden war, für insgesamt anfechtbar erachtet (BAGE 61, 7 = AP Nr. 1 zu § 9 BetrVG 1972).

Dr. Seidensticker

Dr. Steckhan

Schliemann

Der ehrenamtliche Richter

Nehring ist wegen des Ablaufs

seiner Amtszeit verhindert zu

unterschreiben.

Dr. Seidensticker

Metzinger



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)