

Aktenzeichen: 7 ABR 73/07
Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Beschluss vom 12. November 2008
- 7 ABR 73/07 -

I. Arbeitsgericht
Wiesbaden

Beschluß vom 6. September 2006
- 6 BV 12/06 -

II. Hessisches
Landesarbeitsgericht

Beschluß vom 3. Mai 2007
- 9 TaBV 189/06 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Betriebsratswahl - Anzahl zu wählender Betriebsratsmitglieder - Aushilfen

Gesetz:

BetrVG §§ 9, 19

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 73/07
9 TaBV 189/06
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
12. November 2008

BESCHLUSS

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren

mit den Beteiligten

- 1.
- 2.
- 3.

Antragsteller,

- 4.

Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

- 5.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 12. November 2008 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dörner, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Koch sowie die ehrenamtlichen Richter Metzinger und Hoffmann für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats gegen den Beschluss des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 3. Mai 2007 - 9 TaBV 189/06 - wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der im Betrieb der Arbeitgeberin am 20. April 2006 erfolgten Betriebsratswahl. 1

Die zu 5) beteiligte Arbeitgeberin betreibt eine Spielbank. Dort wurde am 20. April 2006 eine Betriebsratswahl durchgeführt. Seinerzeit waren in dem Betrieb 170 Arbeitnehmer tätig. Außerdem beschäftigte die Arbeitgeberin studentische Aushilfen. Mit den studentischen Aushilfen schließt die Arbeitgeberin Rahmenvereinbarungen ab, die auszugsweise wie folgt lauten: 2

„...“

- 3) Im Rahmen dieser Vereinbarung kann der Arbeitgeber mit der Aushilfe konkrete Einsätze in der Spielbank schriftlich vereinbaren. Das einzelne Arbeitsverhältnis gilt immer nur befristet für den jeweils schriftlich besonders vereinbarten Arbeitseinsatz. Durch diese Rahmenvereinbarung wird kein unbefristetes Dauerarbeitsverhältnis begründet, da diese Rahmenvereinbarung weder eine Verpflichtung des Arbeitgebers beinhaltet, Einsätze anzubieten, noch eine Verpflichtung des Studenten, ein entsprechendes Angebot anzunehmen.

...“



Auf der Grundlage dieser Rahmenvereinbarungen werden auf den
einzelnen Einsatz befristete „Ein-Tages-Aushilfsverhältnisse“ begründet. Zu
diesem Zweck unterzeichnen die Arbeitgeberin und die Aushilfskraft vor dem
beabsichtigten Arbeitseinsatz eine entsprechende Vereinbarung. Insgesamt
bestehen Rahmenvereinbarungen mit 36 studentischen Aushilfskräften. Im
Durchschnitt werden pro Tag regelmäßig etwa 12 Aushilfskräfte eingesetzt.

Bei der Betriebsratswahl am 20. April 2006 wurde der zu 4) beteiligte
aus neun Mitgliedern bestehende Betriebsrat gewählt. Das Wahlergebnis wurde
am 21. April 2006 bekannt gegeben.

Mit der am 4. Mai 2006 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antrags-
schrift haben die zu 1) bis 3) beteiligten wahlberechtigten Arbeitnehmer die
Betriebsratswahl angefochten. Sie haben ua. geltend gemacht, es hätte ledig-
lich ein aus sieben Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt werden dürfen,
da in dem Betrieb in der Regel nicht mehr als 200 Arbeitnehmer beschäftigt
seien. Bei der für die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder nach § 9
BetrVG maßgeblichen Arbeitnehmerzahl hätten neben den 170 ständig be-
schäftigten Arbeitnehmern nicht alle 36 studentischen Aushilfen berücksichtigt
werden dürfen, mit denen Rahmenvereinbarungen bestanden, sondern nur die
durchschnittlich an einem Arbeitstag im Betrieb tätigen 12 Aushilfskräfte.

Die Beteiligten zu 1) bis 3) haben beantragt,
die Betriebsratswahl im Betrieb der Beteiligten zu 5) vom
20. April 2006 für unwirksam zu erklären.

Der Betriebsrat hat die Zurückweisung des Antrags beantragt.

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag stattgegeben. Das Landesarbeits-
gericht hat die hiergegen gerichtete Beschwerde des Betriebsrats zurück-
gewiesen. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt der Betriebsrat seinen Antrag auf
Zurückweisung des Wahlanfechtungsantrags weiter. Die Antragsteller und die
Arbeitgeberin beantragen die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde.

B. Die Rechtsbeschwerde ist nicht begründet. Die Vorinstanzen haben
dem Wahlanfechtungsantrag zu Recht stattgegeben. Die im Betrieb der Arbeit-



geberin am 20. April 2006 durchgeführte Betriebsratswahl ist nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BetrVG unwirksam, da gegen wesentliche Wahlvorschriften verstoßen und dadurch das Wahlergebnis beeinflusst wurde. Bei der Wahl wurde § 9 Satz 1 BetrVG verletzt. Die Arbeitgeberin beschäftigt in ihrem Betrieb in der Regel nicht mehr als 200 Arbeitnehmer, so dass zu Unrecht ein aus neun anstelle von sieben Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt wurde. Neben den 170 ständig beschäftigten Arbeitnehmern sind von den 36 befristet beschäftigten studentischen Aushilfen 12 als in der Regel beschäftigte Arbeitnehmer iSv. § 9 BetrVG zu berücksichtigen. Für den Betrieb kennzeichnend ist daher eine Belegschaftsstärke von 182 Arbeitnehmern.

- I. Nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BetrVG kann eine Betriebsratswahl beim Arbeitsgericht angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden ist und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. Nach § 19 Abs. 2 Satz 1 BetrVG sind zur Anfechtung ua. mindestens drei Wahlberechtigte befugt. Die Anfechtung ist nach § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG nur binnen einer Frist von zwei Wochen ab Bekanntgabe des Wahlergebnisses zulässig. 10
- II. Diese Voraussetzungen sind erfüllt. 11
1. Die drei Antragsteller sind als wahlberechtigte Arbeitnehmer antragsberechtigt. Sie haben die Betriebsratswahl vom 20. April 2006, deren Ergebnis am 21. April 2006 bekannt gegeben wurde, mit der am 4. Mai 2006 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antragsschrift fristgerecht angefochten. 12
2. Bei der Wahl wurde gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlverfahren verstoßen, wodurch das Wahlergebnis beeinflusst wurde. Es wurde zu Unrecht ein aus neun Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt, da die Arbeitgeberin in ihrem Betrieb in der Regel nicht mehr als 200 Arbeitnehmer, sondern lediglich 182 Arbeitnehmer beschäftigt. Nach § 9 BetrVG hätte daher ein nur aus sieben Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt werden dürfen. 13



- a) Nach § 9 Satz 1 BetrVG besteht der Betriebsrat in Betrieben mit in der Regel 101 bis 200 Arbeitnehmern aus sieben Mitgliedern, in Betrieben mit in der Regel 201 bis 400 Arbeitnehmern aus neun Mitgliedern. Die Betriebsratsgröße knüpft daher an die Anzahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer an, wobei es nicht auf die Belegschaftsstärke an einem bestimmten Stichtag, zB am Tag der Betriebsratswahl oder am Tag des Erlasses des Wahlausschreibens, ankommt, sondern auf die Anzahl der „in der Regel“ beschäftigten Arbeitnehmer. 14
- aa) Arbeitnehmer iSv. § 9 BetrVG sind betriebsangehörige Arbeitnehmer. Das sind Personen, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen und in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert sind. Der im Betriebsverfassungsrecht geltende Arbeitnehmerbegriff setzt voraus, dass der Arbeitnehmer vertraglich zur Arbeitsleistung verpflichtet ist. Ein Vertrag, der keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung begründet, ist kein Arbeitsvertrag. Deshalb ist eine Rahmenvereinbarung, die nur die Bedingungen erst noch abzuschließender, auf den jeweiligen Einsatz befristeter Arbeitsverträge wiedergibt, selbst aber noch keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung begründet, kein Arbeitsvertrag (*st. Rspr., vgl. zuletzt BAG 7. Mai 2008 - 7 ABR 17/07 - Rn. 16 mwN, EzA BetrVG 2001 § 9 Nr. 4*). 15
- bb) „In der Regel“ beschäftigt iSv. § 9 BetrVG sind Arbeitnehmer, die normalerweise während des größten Teils des Jahres in dem Betrieb tätig sind. Maßgeblich für die Beschäftigtenzahl ist nicht die durchschnittliche Anzahl der Beschäftigten eines bestimmten Zeitraums, sondern die normale Beschäftigtenzahl, also diejenige Personalstärke, die für den Betrieb im Allgemeinen kennzeichnend ist. Der Wahlvorstand hat für die Feststellung der Arbeitnehmerzahl nicht nur den Personalbestand in der Vergangenheit zugrunde zu legen, sondern auch die künftige, aufgrund konkreter Entscheidungen des Arbeitgebers zu erwartende Entwicklung des Beschäftigtenstandes einzubeziehen. Maßgebend sind die Verhältnisse bei Erlass des Wahlausschreibens. Werden Arbeitnehmer nicht ständig, sondern lediglich zeitweilig beschäftigt, kommt es für die Frage der regelmäßigen Beschäftigung darauf an, ob sie normalerweise 16



während des größten Teils des Jahres beschäftigt werden (*BAG 7. Mai 2008 - 7 ABR 17/07 - Rn. 17 mwN, EzA BetrVG 2001 § 9 Nr. 4*).

b) Nach diesen Grundsätzen wurden bei der nach § 9 BetrVG zu ermittelnden Arbeitnehmerzahl zu Unrecht neben den 170 ständig beschäftigten Arbeitnehmern sämtliche 36 studentischen Aushilfen berücksichtigt. Nicht alle studentischen Aushilfen sind in der Regel iSv. § 9 BetrVG als Arbeitnehmer in dem Betrieb der Arbeitgeberin beschäftigt. Dies ist nur bei 12 studentischen Aushilfen der Fall.

17

aa) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts schließt die Arbeitgeberin mit den studentischen Aushilfen Rahmenvereinbarungen ab, auf deren Grundlage befristete Tagesaushilfsarbeitsverhältnisse vereinbart werden. Die studentischen Aushilfen stehen nicht bereits aufgrund der Rahmenvereinbarungen in dauerhaften Arbeitsverhältnissen zu der Arbeitgeberin. Die Rahmenvereinbarung als solche schafft noch keine arbeitsvertragliche Beziehung zwischen der Arbeitgeberin und der jeweiligen Aushilfskraft. Nach Nr. 3 der Rahmenvereinbarung kann die Arbeitgeberin mit der jeweiligen Aushilfe konkrete Einsätze in der Spielbank schriftlich vereinbaren. Das einzelne Arbeitsverhältnis wird immer nur befristet für den jeweiligen schriftlich besonders vereinbarten Arbeitseinsatz begründet. Durch die Rahmenvereinbarung selbst entsteht kein unbefristetes Dauerarbeitsverhältnis. Die Rahmenvereinbarung enthält weder eine Verpflichtung der Arbeitgeberin, Einsätze anzubieten, noch eine entsprechende Verpflichtung des Studenten, ein entsprechendes Angebot anzunehmen. Durch die Rahmenvereinbarung wird daher keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung begründet, was für den Abschluss eines Arbeitsvertrags erforderlich wäre. Ein Arbeitsvertrag kommt deshalb erst zustande, wenn entsprechend der Rahmenvereinbarung ein befristeter Aushilfsarbeitsvertrag abgeschlossen wird. Eine arbeitsvertragliche Bindung zwischen der Arbeitgeberin und einer studentischen Aushilfskraft besteht daher nur für die Dauer des einzelnen befristeten Arbeitsvertrags. Nur während dieser Zeit ist die Aushilfskraft in die betriebliche Organisation eingegliedert.

18



Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts bestehen keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Vertragsbeziehungen zwischen der Arbeitgeberin und den studentischen Aushilfskräften abweichend von den Rahmenvereinbarungen tatsächlich als Teilzeit-Abrufarbeitsverhältnisse praktiziert werden. Es kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass es sich bei den studentischen Aushilfen in Wahrheit um teilzeitbeschäftigte (Abruf-)Kräfte handelt, die auf der Grundlage bereits abgeschlossener Arbeitsverträge bei Bedarf an einzelnen von der Arbeitgeberin festzulegenden und dem Arbeitnehmer (rechtzeitig) mitzuteilenden Arbeitstagen zur Arbeitsleistung herangezogen werden. Dies hat auch der Betriebsrat nicht behauptet. Er rügt lediglich, das Landesarbeitsgericht habe keine tatsächlichen Feststellungen zu den vertraglichen Grundlagen der Beschäftigung der studentischen Aushilfen getroffen. Dies ist jedoch unzutreffend, wie sich aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung ergibt.

19

bb) Der Wahlvorstand konnte entgegen der Auffassung des Betriebsrats auch nicht deshalb 36 studentische Aushilfskräfte bei der Berechnung der für die Betriebsratsgröße maßgeblichen Arbeitnehmerzahl berücksichtigen, weil er damit hätte rechnen müssen, dass die Aushilfen Befristungskontrollklagen erheben und die Feststellung erreichen könnten, dass sie in unbefristeten Arbeitsverhältnissen stehen. Es ist nicht dargelegt, dass auch nur eine der studentischen Aushilfen die Unwirksamkeit der Befristung ihres Tagesaushilfsarbeitsvertrags nach § 17 Satz 1 TzBfG beim Arbeitsgericht geltend gemacht hat. Damit gelten die Befristungen nach § 17 Satz 2 TzBfG, § 7 KSchG als von Anfang an wirksam. Diese Rechtsfolge haben der Betriebsrat und der Wahlvorstand hinzunehmen. Es liegt allein beim Arbeitnehmer, seinen individualrechtlichen Anspruch auf Feststellung der Unwirksamkeit der Befristung seines Arbeitsvertrags geltend zu machen oder dies zu unterlassen und die Befristung wirksam werden zu lassen (*BAG 7. Mai 2008 - 7 ABR 17/07 - Rn. 21 mwN, EzA BetrVG 2001 § 9 Nr. 4*).

20

cc) Der Wahlvorstand durfte auch nicht deshalb sämtliche 36 studentischen Aushilfskräfte bei der für die Betriebsratsgröße nach § 9 BetrVG maßgeblichen regelmäßigen Arbeitnehmerzahl berücksichtigen, weil die Arbeitgeberin mit diesen Personen immer wieder befristete Arbeitsverträge abschließt. Die studentischen

21



Aushilfskräfte stehen nur an den jeweiligen Einsatztagen in befristeten Arbeitsverhältnissen zu der Arbeitgeberin. Sie sind auch nur an dem jeweiligen Einsatztage in die betriebliche Organisation eingegliedert. In der Vergangenheit waren nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts durchschnittlich etwa 12 Aushilfen täglich befristet im Betrieb der Arbeitgeberin eingesetzt. Die Rüge der Rechtsbeschwerde, es sei unerfindlich, wie die Vorinstanzen „auf die mysteriöse Zahl 12“ gekommen seien, es finde sich hierzu keine Begründung, greift nicht durch. Das Arbeitsgericht hat in dem erstinstanzlichen Beschluss, auf den das Landesarbeitsgericht Bezug genommen hat, festgestellt, dass im A-Bereich im Durchschnitt pro Tag regelmäßig etwa fünf Studenten und im B-Bereich im Durchschnitt pro Tag etwa vier Studenten im Automaten Spiel und etwa drei Studenten mit sonstigen Tätigkeiten (Saaldiener, Rezeption, Verwaltung) beschäftigt werden. Diese Feststellungen beruhen auf den Angaben der Antragsteller in der Antragschrift, denen der Betriebsrat nicht substantiiert entgegengetreten ist. Dazu wäre die Darlegung erforderlich gewesen, wie viele Studenten aus seiner Sicht im Durchschnitt pro Tag im Betrieb eingesetzt sind. Hierzu fehlen jegliche Angaben. Anhaltspunkte dafür, dass künftig in der Regel mehr als 12 Studenten pro Tag befristet eingesetzt werden könnten, sind vom Landesarbeitsgericht nicht festgestellt und von den Beteiligten nicht vorgetragen. Deshalb ist für die regelmäßige, den Betrieb kennzeichnende Personalstärke von 170 ständig beschäftigten Arbeitnehmern und 12 studentischen Aushilfskräften auszugehen. Eine größere Anzahl befristet beschäftigter studentischer Aushilfskräfte ist in der Regel im Betrieb nicht tätig, auch wenn die Personen ständig wechseln. Der Wahlvorstand durfte daher nach § 9 Satz 1 BetrVG nur 182 in der Regel beschäftigte Arbeitnehmer berücksichtigen, nicht jedoch mehr als 200 Arbeitnehmer.

c) Durch den Verstoß gegen § 9 BetrVG wurde das Wahlergebnis beeinflusst, weil ein aus neun Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt wurde, obwohl nur ein aus sieben Mitgliedern bestehender Betriebsrat hätte gewählt werden dürfen. Eine Korrektur des Wahlergebnisses ist nicht möglich. Der Verstoß gegen § 9 BetrVG führt zur Unwirksamkeit der Wahl (*BAG 7. Mai 2008 - 7 ABR 17/07 - Rn. 23 mwN, EzA BetrVG 2001 § 9 Nr. 4*).

22



III. Da die Betriebsratswahl bereits wegen des Verstoßes gegen § 9 23
BetrVG unwirksam ist, kommt es nicht darauf an, ob bei der Wahl weitere
Wahlvorschriften verletzt wurden.

Dörner

Gräfl

Koch

Günther Metzinger

Hoffmann



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)