

# Bundesarbeitsgericht

## Beschluss

§ 5 Abs 1 BetrVG, § 7 S 1 BetrVG, § 9 BetrVG, § 19 Abs 1 BetrVG, § 19 Abs 2 BetrVG, § 260 SGB 3

- 1. Beschäftigte, die wegen einer Teilnahme im Rahmen von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen befristet beschäftigt werden, sind Arbeitnehmer iSd § 5 Abs 1 BetrVG und damit für die Wahl des Betriebsrats nach § 7 Satz 1 BetrVG wahlberechtigt.**
- 2. Beschäftigte, deren Tätigkeit als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme gefördert wird, sind bei der für die Anzahl der Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke nach § 9 BetrVG mit zu berücksichtigen.**

BAG, Beschluss vom 13.10.2004 Az. : 7 ABR 6/04

### **Tenor:**

Auf die Rechtsbeschwerde des Arbeitgebers wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 8. Oktober 2003 - 9 TaBV 541/03 - aufgehoben und die Sache zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

### **Gründe:**

1

A. Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der Wahl des Betriebsrats vom Mai 2002 in einem Berliner Betrieb des antragstellenden Arbeitgebers.

2

Der Arbeitgeber ist ein eingetragener Verein, der in verschiedenen sozialen Bereichen tätig ist. Er ist in zwanzig sog. Verbünde gegliedert, die jeweils einen eigenen Betrieb bilden. Der Betrieb "Verbund Bi" befasst sich mit der Durchführung von verschiedenen Projekten mit dem Ziel, für Langzeitarbeitslose und Sozialhilfeempfänger die dauerhafte Integration in den Arbeitsmarkt zu fördern. Dies geschieht durch Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen (ABM) und durch Strukturanpassungsmaßnahmen für Arbeitslose (SAM) nach dem Sozialgesetzbuch III sowie mittels Durchführung von Landes- und Bezirksprogrammen für Sozialhilfeempfänger. Mit den Personen, die dem Arbeitgeber vom Arbeitsamt im Rahmen einer ABM zugewiesen werden, schließt der Arbeitgeber befristete Arbeitsverträge ab. Bei den 13 Projekten, in denen Beschäftigte einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme im Mai 2002 tätig waren, handelte es sich beispielsweise um Frauenarbeit für Kiezfrauen, Hauptstadtreinigungen, Museumsservice, Seniorenservice, Wohn- und Umfeldverbesserung für Behinderte und Service Öko. Elf dieser Projekte haben einen Qualifizierungsanteil von 20 %, zwei von 50 %. Dabei erfolgt die Qualifizierung überwiegend als praktische Unterweisung und durch Bewerbungstraining. Teilweise absolvieren die ABM-Beschäftigten

mehrwöchige betriebliche Praktika. Die Projekte werden von einem festen Mitarbeiterstamm und Honorarkräften betreut.

3

In der Zeit vom 23. Mai bis 28. Mai 2002 fand im Verbund Bi eine Betriebsratswahl statt. Es wurde entsprechend der Angaben im Wahlausschreiben vom 9. April 2002 ein elfköpfiger Betriebsrat gewählt, der Beteiligte zu 2. Die Wählerliste enthielt die Namen von 262 Stammbeschäftigten, 283 Beschäftigten in einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme und 39 Honorarkräften. Der auf Grund einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme Beschäftigte D Z war auf der Wählerliste eingetragen, obwohl er bereits ausgeschieden war. Er hat nicht mitgewählt. Unter dem Namen Z wählte der in einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme Beschäftigte M Z, obwohl er von der Wählerliste unberechtigt gestrichen worden war. Das Wahlergebnis wurde am 28. Mai 2002 bekannt gegeben.

4

Mit seinem am 10. Juni 2002 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antrag hat der Arbeitgeber die Unwirksamkeit der Wahl geltend gemacht.

5

Er hat die Ansicht vertreten, die Beschäftigten in einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme seien keine wahlberechtigten Arbeitnehmer iSd. §§ 7 und 9 BetrVG. Sie hätten deshalb nicht an der Wahl teilnehmen dürfen. Sie seien auch nicht bei der Berechnung der für die Größe des Betriebsrats maßgeblichen Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer mitzuzählen. Dasselbe gelte für die Honorarkräfte. Mangels Weisungsgebundenheit seien sie keine Arbeitnehmer.

6

Der Arbeitgeber hat beantragt

7

festzustellen, dass die in der Zeit vom 23. bis 28. Mai 2002 durchgeführte Betriebsratswahl im Verbund Bi rechtsunwirksam ist.

8

Der Betriebsrat hat beantragt, den Antrag zurückzuweisen.

9

Er hat die Auffassung vertreten, die auf der Wählerliste eingetragenen Honorarkräfte seien ebenso wahlberechtigte Arbeitnehmer wie die Teilnehmer einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme.

10

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag des Arbeitgebers stattgegeben. Vor dem Landesarbeitsgericht haben die Beteiligten einen am 11. August 2003 nach § 278 Abs. 6 ZPO festgestellten Teilvergleich geschlossen, in dem sich die Beteiligten - unter grundsätzlicher Aufrechterhaltung ihrer gegensätzlichen Rechtsstandpunkte zu dieser Frage - ua. einig waren, dass die Entscheidung des Wahlvorstands, die in der Wählerliste verzeichneten Honorarkräfte bei der Betriebsratswahl vom 23. - 28.5.2002 zu beteiligen, für diese Betriebsratswahl akzeptiert werde. Die Wahlanfechtung des Beteiligten zu 1. werde somit auf diesen Umstand nicht mehr gestützt.

11

Das Landesarbeitsgericht hat daraufhin der Beschwerde des Betriebsrats stattgegeben und den Wahlanfechtungsantrag des Arbeitgebers zurückgewiesen. Mit

der Rechtsbeschwerde verfolgt der Arbeitgeber weiter seine Wahlanfechtung. Der Betriebsrat beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

12

B. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. Nach den bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kann nicht abschließend beurteilt werden, ob die Wahl des Betriebsrats unwirksam ist oder nicht. Das Landesarbeitsgericht hat zwar zu Recht angenommen, dass die 283 in Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen Beschäftigten berechtigt gewesen sind, an der Wahl des Betriebsrats teilzunehmen (§ 7 Satz 1 BetrVG) und dass sie bei der Berechnung der für die Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke mitzuzählen waren (§ 9 BetrVG). Allerdings durfte das Beschwerdegericht die Arbeitnehmereigenschaft und Wahlberechtigung der 39 Honorarkräfte trotz des Teilvergleichs vom 11. August 2003 nicht offen lassen.

13

I. Der Antrag des Arbeitgebers ist zulässig. Mit dem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit der Betriebsratswahl vom Mai 2002 hat er die Wahl nach § 19 Abs. 1 BetrVG angefochten, auch wenn er nicht den gebotenen Antrag auf Erklärung der Unwirksamkeit der Wahl gestellt hat. Der Antrag ist entsprechend auszulegen. Der Arbeitgeber ist nach § 19 Abs. 2 Satz 1 BetrVG anfechtungsberechtigt. Er hat die Wahl, deren Ergebnis am 28. Mai 2002 bekannt gemacht wurde, am 10. Juni 2002 und damit innerhalb der zweiwöchigen Anfechtungsfrist des § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG fristgerecht angefochten.

14

II. Der Senat kann nicht abschließend entscheiden, ob die Wahlanfechtung begründet ist oder nicht. Denn das Landesarbeitsgericht hat keine ausreichenden Feststellungen zum Tatbestand des § 19 Abs. 1 BetrVG getroffen.

15

1. Nach § 19 Abs. 1 BetrVG kann die Betriebsratswahl vom Arbeitgeber 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. Diese Voraussetzungen liegen wegen der Teilnahme der im Rahmen von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen befristet Beschäftigten an der Wahl nach § 7 Satz 1 BetrVG sowie ihrer Berücksichtigung bei der für die Größe des Betriebsrats maßgeblichen Belegschaftsstärke nach § 9 BetrVG nicht vor. Denn sie sind entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin wahlberechtigte Arbeitnehmer nach § 7 Satz 1 BetrVG. Sie sind deshalb auch bei der für die Anzahl der Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke nach § 9 BetrVG mit zu berücksichtigen.

16

a) Die befristet Beschäftigten, die im Mai 2002 im Verbund Bi für den Arbeitgeber in einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme tätig waren, sind Arbeitnehmer iSd. § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG gewesen. Sie waren deshalb wahlberechtigt nach § 7 Satz 1 BetrVG.

17

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats sind wahlberechtigt iSd. § 7 Satz 1 BetrVG die betriebsangehörigen Arbeitnehmer nach § 5 Abs. 1 BetrVG (20. März 1996 - 7 ABR 34/95 - AP BetrVG 1972 § 5 Ausbildung Nr. 10 = EzA BetrVG 1972 § 5 Nr. 60, zu B II 2 der Gründe; 29. Januar 1992 - 7 ABR 27/91 - BAGE 69, 286 = AP BetrVG 1972 § 7 Nr. 1 = EzA BetrVG 1972 § 7 Nr. 1, zu III 1 a der Gründe). Das Betriebsverfassungsgesetz geht nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung des

Bundesarbeitsgerichts in seinem § 5 Abs. 1 vom allgemeinen Arbeitnehmerbegriff aus, den es in § 5 Abs. 2 bis 4 BetrVG und in § 6 BetrVG erweitert und eingeschränkt hat (12. Februar 1992 - 7 ABR 42/91 - AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 52 = EzA BetrVG 1972 § 5 Nr. 53, zu B II 1 der Gründe). Danach ist Arbeitnehmer, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.

18

Soweit das Wahlrecht der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten betroffen ist, die in § 5 Abs. 1 BetrVG ausdrücklich genannt sind, ist nach der ständigen Rechtsprechung des Senats zusätzliche Voraussetzung für deren Wahlrecht, dass die Auszubildenden auf Grund eines privatrechtlichen Ausbildungsvertrages in dem Betrieb des Ausbilders eine berufliche Unterweisung erhalten und in den Betrieb auch eingegliedert sind. Hierfür wird eine betriebliche praktische Unterweisung gefordert, im Rahmen derer der Arbeitgeber dem Auszubildenden praktische Aufgaben zu Ausbildungszwecken zuweist. Die betriebsverfassungsrechtlich entscheidende Eingliederung des Auszubildenden liegt indes nur vor, wenn sich die berufspraktische Ausbildung im Rahmen der jeweiligen arbeitstechnischen Zwecksetzung des Betriebs vollzieht, zu dessen Erreichen die betriebsangehörigen Arbeitnehmer zusammenwirken. Dazu muss die Berufsausbildung mit dem laufenden Produktions- oder Dienstleistungsprozess des Betriebs verknüpft sein. Das ist der Fall, wenn der Auszubildende mit solchen Tätigkeiten beschäftigt wird, die zu den beruflichen Aufgaben der Arbeitnehmer dieses Betriebs gehören. Ist dagegen der Betriebszweck des Ausbildungsbetriebs auf die Vermittlung einer berufspraktischen Ausbildung beschränkt und werden daneben keine weiteren arbeitstechnischen Zwecke verfolgt, sind die dortigen Auszubildenden nicht in vergleichbarer Weise wie die übrigen Arbeiter oder Angestellten in den Betrieb eingegliedert (BAG 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 der Gründe; 26. Januar 1994 - 7 ABR 13/92 - BAGE 75, 312 = AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 54 = EzA BetrVG 1972 § 5 Nr. 57, zu B II 4 c 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). Fehlt es an einem der Merkmale, ist die Wahlberechtigung insgesamt zu verneinen (BAG 20. März 1996 - 7 ABR 34/95 - AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 10 = EzA BetrVG 1972 § 5 Ausbildung Nr. 60, zu B II 2 der Gründe).

19

bb) Danach waren die 283 in einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme beim Arbeitgeber im Verbund Bi Beschäftigten wahlberechtigte Arbeitnehmer iSd § 5 Abs. 1, § 7 Satz 1 BetrVG. Die einschränkende Rechtsprechung des Senats zum Wahlrecht der Auszubildenden kann auf Beschäftigte in Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen nicht übertragen werden.

20

(1) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts schloss der Beklagte mit den Beschäftigten in einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme Arbeitsverträge. Das entspricht den öffentlich-rechtlichen Vorgaben des SGB III für die Förderung von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen. Denn nach § 260 Abs. 1 Nr. 2 SGB III in der bis zum 31. Dezember 2003 geltenden Fassung setzt die Förderung durch die Bundesagentur für Arbeit voraus, dass die Träger der Maßnahme Arbeitsverträge mit den ihnen Zugewiesenen abschließen.

21

(2) Die Beschäftigten sind auch zur Erfüllung der arbeitstechnischen Zwecke in die Betriebsorganisation eingegliedert. Der Arbeitgeber beruft sich erfolglos darauf, die Teilnehmer in Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen gehörten wie Auszubildende, die ihre berufspraktische Ausbildung in einem Ausbildungsbetrieb erhielten, nicht zu dem

Kreis der wahlberechtigten Arbeitnehmer, weil ihre Ausbildung sich nicht im Rahmen des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebs vollziehe, sondern selbst Gegenstand des Betriebszwecks sei; sie seien deshalb nicht in den Betrieb eingegliedert. Das ist unzutreffend. Die Beschäftigten in einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme werden nicht lediglich außerhalb des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebs ausgebildet. Dies folgt schon aus § 260 SGB III. Bei der Förderung von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen handelt es sich entgegen der Auffassung des Arbeitgebers nicht vorrangig um eine Personen-, sondern eine Maßnahme- und Arbeitsplatzförderung. Gefördert wird die zusätzliche Bereitstellung von Arbeitsplätzen (Bieback in Gagel SGB III Stand Juli 2004 § 260 Rn. 3 und Rn. 11). Sie ist Instrument zur Schaffung einer neuen (Ersatz-)Beschäftigung außerhalb des ersten Arbeitsmarkts (Bieback in Gagel SGB III Stand Juli 2004 § 260 Rn. 10). Über die Förderung von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen wird deshalb ein Arbeitsverhältnis und kein Ausbildungsverhältnis gefördert (§ 260 Abs. 1 Nr. 4 SGB III). Hierzu hat der Arbeitgeber Arbeitsgelegenheiten, wie hier etwa die Hauptstadtreinigung, den Museumsservice und den Seniorenservice geschaffen. Arbeitstechnischer Zweck des Betriebs ist damit vorrangig die Erledigung dieser Arbeiten. Zur Erfüllung dieses Zwecks werden die Beschäftigten in einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme als Arbeitnehmer eingesetzt (vgl. zur Berechnung der für die Bildung eines Wirtschaftsausschusses erforderlichen Regelzahl die Berücksichtigung von im Rahmen des § 19 Abs. 2 Alternative 1 BSHG tätiger Arbeitnehmer: BAG 5. Oktober 2000 - 1 ABR 14/00 - AP BetrVG 1972 § 118 Nr. 67 = EzA BetrVG 1972 § 118 Nr. 72, zu B II 2 b bb der Gründe).

22

(3) Dem steht der Qualifizierungsanteil von 20 % und teilweise bis 50 % nicht entgegen. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die öffentlich-rechtliche Förderung darauf angelegt ist, dass die Beschäftigten in einer ABM beruflich stabilisiert oder qualifiziert werden, § 260 Abs. 1 Nr. 2 SGB III in der bis zum 31. Dezember 2003 geltenden Fassung. Deshalb lässt sich daraus eine Anwendung der Regeln über das Wahlrecht von Auszubildenden in einem Ausbildungsbetrieb nicht ableiten. Des weiteren verdrängt das mitverfolgte Ziel der Qualifizierung den Austauschcharakter in einem Arbeitsverhältnis nicht, auch wenn es sich bei der Arbeit überwiegend um praktische Unterweisungen handelt. Selbst wenn es auch Betriebszweck des Arbeitgebers sein sollte, die Beschäftigten in Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen zu qualifizieren, handelt es sich hierbei nur um einen zusätzlichen Zweck neben dem arbeitstechnischen Betriebszweck der Erledigung der sich aus den Projekten ergebenden Arbeitsaufgaben, der die Arbeit in einem Arbeitsverhältnis nicht zu einer Ausbildung mit eingeschränktem Wahlrecht wandelt.

23

(4) Die Unterbrechung der Beschäftigung durch teilweise mehrwöchige Praktika in anderen Betrieben hebt die Eingliederung nicht insgesamt auf. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass für Beschäftigte in ABM nichts anderes gelten könne wie für andere Arbeitnehmer, die auch zeitweilig an externen Weiterbildungsmaßnahmen teilnehmen.

24

b) Die nach § 7 Satz 1 BetrVG wahlberechtigten Arbeitnehmer sind zugleich Arbeitnehmer iSd. § 9 BetrVG. Sie zählen bei der Berechnung der sog. Schwellenwerte mit. Das bedeutet für den Streitfall, dass bei der Wahl des Beteiligten zu 2. nicht gegen diese Vorschrift verstoßen worden ist. Das gilt unabhängig von der Beantwortung der Rechtsfrage, ob die 39 Honorarkräfte mitwählen durften und mitzählen. Denn es durfte davon unabhängig ein elfköpfiger Betriebsrat gewählt werden, weil jedenfalls 545 Wahlberechtigte (262 Stammbeschäftigte und 283 Arbeitnehmer in einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme) im Betrieb beschäftigt waren

und der nächste Schwellenwert für die Wahl von 13 Mitgliedern auch bei Einbeziehung der 39 Honorarkräfte nicht erreicht wird, § 9 Abs. 1 BetrVG.

25

2. Der Senat kann jedoch über die Wirksamkeit der Wahl des Betriebsrats nicht abschließend entscheiden, weil das Landesarbeitsgericht zu Unrecht offen gelassen hat, ob die in die Wählerliste aufgenommenen 39 Honorarkräfte an der Wahl teilnehmen durften, und weil nicht auszuschließen ist, dass durch die Beteiligung der Honorarkräfte das Wahlergebnis beeinflusst worden ist, § 19 Abs. 1 Satz 2 BetrVG.

26

a) Zwischen den Beteiligten ist streitig erörtert worden, ob die Honorarkräfte weisungsgebundene Arbeitnehmer oder freie Mitarbeiter sind. Freie Mitarbeiter stehen zum Betriebsinhaber nicht in einem Arbeitsverhältnis, sondern in einem freien Dienstverhältnis. Sie sind keine betriebsangehörigen Arbeitnehmer iSd. § 5 Abs. 1 BetrVG (BAG 29. Mai 1991 - 7 ABR 67/90 - BAGE 68, 74 = AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 2 = EzA BetrVG 1972 § 19 Nr. 31, zu B II 2 a der Gründe; 25. Juni 1974 - 1 ABR 68/73 - AP BetrVG 1972 § 19 Nr. 3, zu B II 5 der Gründe) und deshalb nicht nach § 7 Satz 1 BetrVG wahlberechtigt.

27

b) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts und der Beteiligten hat sich diese Rechtsfrage für das vorliegende Verfahren nicht durch den am 11. August 2003 gerichtlich festgestellten Teilvergleich erledigt. Über die Wahlanfechtung wird nach § 2a Abs. 1 Nr. 1 iVm. § 2a Abs. 2, § 80 Abs. 1 ArbGG im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren entschieden. Das Arbeitsgericht muss wegen des in dieser Verfahrensart geltenden Untersuchungsgrundsatzes sämtliche Anfechtungsgründe von Amts wegen berücksichtigen, soweit der Vortrag der Beteiligten Anhaltspunkte liefert, unabhängig davon, ob sie sich darauf berufen (BAG 4. Dezember 1986 - 6 ABR 48/85 - BAGE 53, 385 = AP BetrVG 1972 § 19 Nr. 13 = EzA BetrVG 1972 § 19 Nr. 24, zu II 4 c der Gründe; 3. Juni 1969 - 1 ABR 3/69 - BAGE 22, 38 = AP BetrVG § 18 Nr. 17, zu 1 der Gründe). Deshalb kann ein Anfechtungsgrund, der sich aus dem vorgetragenen Sachverhalt ergeben kann, nicht in der von den Beteiligten gewählten Weise von der arbeitsgerichtlichen Prüfung ausgeschlossen werden. Das Landesarbeitsgericht hat deshalb noch aufzuklären, ob die 39 Honorarkräfte Arbeitnehmer iSd. § 5 Abs. 1 BetrVG waren. Falls das nicht der Fall war, ist aufzuklären, ob das Wahlergebnis durch ihre Teilnahme an der Wahl beeinflusst werden konnte.

28

3. Die unrichtige Eintragung des Arbeitnehmers D Z auf der Wählerliste sowie die unberechtigte Streichung des Arbeitnehmers M Z hat sich nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht auf das Wahlergebnis ausgewirkt. Deshalb kann dies die Wahlanfechtung nicht begründen.