

**9 TaBV 1/04**  
2 BV 17/02  
(Bamberg)



**LANDESARBEITSGERICHT NÜRNBERG**

IM NAMEN DES VOLKES

# **BESCHLUSS**

in dem Beschlussverfahren

**A...**

- Antragsteller und Beschwerdegegner -

Verfahrensbevollmächtigte: ...

**g e g e n**

**Betriebsrat der A...**

- Antragsgegner und Beschwerdeführer -

Verfahrensbevollmächtigte: ...

**wegen** Anfechtung der Betriebsratswahl

Die 9. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg hat durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht **R o t h** und die ehrenamtlichen Richter Meyer L. und Pflaum aufgrund der Anhörung vom 11. April 2005

## **für Recht erkannt:**

1. Die Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Bamberg vom 21.10.2003, Az.: 2 BV 17/02, wird zurückgewiesen.
2. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

## **Gründe:**

### I.

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der im Betrieb des Antragstellers durchgeführten Betriebsratswahl vom 25.04.2002.

Im Betrieb des Antragstellers wurde am 25.04.2002 eine Betriebsratswahl durchgeführt, bei der nach der vom Wahlvorstand erstellten Wählerliste (Bl. 58 – 60 d.A.) sieben Mitglieder zu wählen waren. Die Wählerliste des Wahlvorstandes umfasste 97 weibliche und 14 männliche Mitarbeiter. Darunter neben den in Elternzeit befindlichen Mitarbeiterinnen B..., C... und D... auch die zu ihrer Vertretung befristet beschäftigten Mitarbeiterinnen E..., F..., G... und H... sowie neben den wegen Sonderurlaubs bzw. Teilnahme an einer Weiterbildung zur vertretenden Mitarbeiterinnen I... und J... die ebenfalls befristet eingestellten Ersatzkräfte K... und L.... In der Wählerliste aufgeführt worden sind die als Religionslehrerinnen dem Antragsteller seit 1972 bzw. 1997 jeweils für ein Schuljahr vom Erzbischöflichen Ordinariat M... zur Verfügung gestellten Lehrkräfte N... und O.... Ferner die Angestellten des Freistaates Bayern, die dem Antragsteller bereits seit über 20 Jahren als Lehrkräfte zur Verfügung gestellt worden sind; hierbei handelt es sich um die Mitarbeiterinnen P..., Q..., R..., S..., T... und U.... In die Wählerliste aufgenommen wurden des Weiteren die im Rahmen einer Rehabilitationsmaßnahme vom 14.01. bis 19.07.2002 befristet beschäftigte Praktikantin V... und die zum Zeitpunkt der Wahl bereits 79-jährige Rentnerin W.... Schließlich sind auf der Wählerliste auch die im Rahmen zweier praktischer Studiensemester als Praktikanten gegen eine monatliche Aufwandsentschädigung von DM 200,-- bzw. EUR 103,-- beschäftigten Studentinnen X... und Y... sowie der im Rahmen eines Betriebspraktikums bei dem Antragsteller eingesetzte Student Z... berücksichtigt worden.

Das Ergebnis der durchgeführten Betriebsratswahl ist vom Wahlvorstand am 03.05.2002 bekannt gegeben worden (vgl. Bl. 8 d.A.).

Mit der am selben Tag beim Arbeitsgericht Bamberg eingegangenen Antragschrift vom 13.05.2002 begehrt der Antragsteller, die Betriebsratswahl vom 25.04.2002 für unwirksam zu erklären.

Bezüglich der gestellten Anträge und des Sachvortrags der Beteiligten in erster Instanz wird auf die Gründe der Entscheidung des Erstgerichts vom 21.10.2003 (Bl. 100 – 106 d.A.) Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht Bamberg hat mit Beschluss vom 21.10.2003 die Betriebsratswahl vom 25.04.2002 für unwirksam erklärt. Gegen die dem Antragsgegner am 12.12.2003 zugestellte Entscheidung hat er mit Telefax vom 08.01.2004 Beschwerde zum Landesarbeitsgericht Nürnberg eingelegt und sie mit weiterem Telefax vom 12.02.2004 begründet.

Der Beschwerdeführer meint, die dem Antragsteller bereits seit vielen Jahren überlassene kirchlichen und staatlichen Lehrkräfte seien bei der Anzahl der beschäftigten Mitarbeiter im Rahmen des § 9 BetrVG zu berücksichtigen. Bei ihnen handle es sich um dem Antragsteller ständig zur Arbeitsleistung überlassene Arbeitnehmer, die auch in der Vergangenheit bei Betriebsratswahlen als wählbare und wahlberechtigte Mitarbeiter angesehen worden wären. Frau W... arbeite bereits seit Jahren jeweils Donnerstag für etwa 2 ½ Stunden in der Küche und erhalte dafür ein Stundenentgelt in Höhe von EUR 5,--. Sie sei als nicht sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmerin einzustufen um nicht als eine aus karitativen Gründen tätige Mitarbeiterin. Bei den Praktikantinnen X... und Y... handle es sich um zu ihrer Berufsausbildung beschäftigte Mitarbeiterinnen i.S.d. § 5 Abs. 1 BetrVG da sie im Rahmen des Studiums für Sozialpädagogik einen Ausbildungsvertrag mit dem Antragsteller begründet hätten. Auch Herr Z... sei im Rahmen seiner Ausbildung zum Heilerziehungspfleger zur Ableistung des vorgeschriebenen Praktikums beim Antragsteller eingesetzt gewesen und es habe diesbezüglich eine vertragliche Beziehung zwischen ihm und dem Antragsteller bestanden, weshalb auch er als berücksichtigungsfähiger Mitarbeiter anzusehen sei.

Der Antragsgegner und Beschwerdeführer beantragt:

Der Beschluss des Arbeitsgerichts Bamberg vom 21.10.2003 wird aufgehoben und der Antrag wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller und Beschwerdegegner beantragt,

die kostenpflichtige Zurückweisung der Beschwerde.

Zur Begründung trägt er vor, nachdem in seinem Betrieb nicht mehr als 100 Arbeitnehmer beschäftigt würden, seien nur fünf Betriebsratsmitglieder zu wählen gewesen. Die Lehrkräfte N... und O... seien Angestellte des Erzbischöflichen Ordinariates M..., das diese Mitarbeiterinnen jeweils zeitlich befristet für ein Schuljahr zur Erteilung des Religionsunterrichts an der von ihm betriebenen Schule einsetze. Sie seien im Rahmen des § 9 BetrVG ebenso wenig zu berücksichtigen, wie die beim Freistaat Bayern angestellten sechs Lehrkräfte. Die Vertretungskräfte könnten neben den zu vertretenden Mitarbeiterinnen nicht kumulativ berücksichtigt werden. Die lediglich zur ihrer beruflichen Rehabilitation vorübergehende beschäftigte Praktikantin V... sei gemäß § 5 Abs. 2 Ziff. 4 BetrVG nicht als Arbeitnehmerin anzusehen. Frau W... sei gemäß § 5 Abs. 2 Ziff. 3 BetrVG bei ihm ehrenamtlich tätig und zu keiner

Arbeitsleistung verpflichtet. Sie könne kommen und gehen wie es ihr gefalle und erhalte eine Aufwandsentschädigung in Höhe von EUR 5,- pro Stunde. Die Praktikantinnen X... und Y... leisteten ihr Praktikum im Rahmen ihres Fachhochschulstudiums. Die praktischen Studiensemester seien entsprechend der Praxissemesterverordnung Bestandteil des Studiums und es sei nicht entscheidend auf die privatrechtliche Vertragsgestaltung abzustellen. Der Praktikant Z... stehe in einem Ausbildungsverhältnis zum Heilerziehungspfleger allein mit den AA... in BB... und zähle nicht zum Kreise seiner Arbeitnehmer gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.

Bezüglich der näheren Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten im Beschwerdeverfahren wird auf die von ihnen eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Von einer weitergehenden Darstellung des Tatbestandes wird in entsprechender Anwendung des § 69 Abs. 2 ArbGG abgesehen.

## II.

1. Die Beschwerde ist zulässig.  
Sie ist statthaft, § 87 Abs. 1 ArbGG, und auch in zulässiger Weise eingelegt und begründet worden, §§ 87 Abs. 2 Satz 1, 89 Abs. 1 und 2 ArbGG, 517, 520 ZPO.
2. Die Beschwerde ist sachlich nicht begründet.  
Das Erstgericht hat zu Recht die Betriebsratswahl vom 25.02.2002 für rechtsunwirksam erklärt.
  - a) Der gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 BetrVG antragsberechtigte Arbeitgeber hat die Betriebsratswahl fristgerecht innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG angefochten. Das Wahlergebnis ist am 03.05.2002 bekannt gegeben worden, der Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit der Wahl ist am 13.05.2002 beim Arbeitsgericht Bamberg eingegangen.
  - b) Die Betriebsratswahl vom 25.02.1002 ist für unwirksam zu erklären, denn es ist gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, § 9 BetrVG, verstoßen worden, da nicht sieben sondern nur fünf Mitglieder des Betriebsrates zu wählen gewesen wären.

Geht der Wahlvorstand von einer zu großen Zahl zu wählenden Betriebsratsmitglieder aus, so beruht das Wahlverfahren auf einem wesentlichen Mangel i.S.d. § 19 Abs. 1 BetrVG; eine Korrektur des zuletzt zum Zuge gekommenen Wahlbewerber scheidet aus und die Betriebsratswahl muss im Ganzen wiederholt werden (so BAG vom 12.10.1976 – 1 ABR 14/76 – EzA Nr. 10 zu § 19 BetrVG 1972; vom 29.05.1991 – 7 ABR 67/90 – EzA Nr. 31 zu § 19 BetrVG 1972).

Nach § 9 Abs. 1 BetrVG besteht der Betriebsrat in Betrieben mit in der Regel 51 wahlberechtigten Arbeitnehmern bis 100 Arbeitnehmern aus fünf

Mitgliedern und erst ab 101 bis 200 Arbeitnehmern aus 7 Mitgliedern. Da zum Zeitpunkt der Wahl in dem Betrieb des Antragstellers nicht mehr als 100 Arbeitnehmer beschäftigt waren, hätte nur ein aus fünf Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt werden dürfen.

- ba) Zu Unrecht sind neben den in Erziehungsurlaub befindlichen Arbeitnehmerinnen B..., C... und D... auch die für sie eingestellten vier Vertretungskräfte E..., F..., G... und H... in die Wählerliste aufgenommen worden. Dies widerspricht der ausdrücklichen Regelung in § 21 Abs. 7 Satz 1 und 2 BErzGG, wonach bei der vom Gesetzgeber beabsichtigten Einstellung einer Ersatzkraft für die in Erziehungsurlaub/Elternzeit befindliche Arbeitskraft eine Doppelzählung vermieden werden soll und der Arbeitsplatz für die Ermittlung der Betriebsgröße nur einfach zählt (vgl. hierzu Buchner/Becker, MuSchG, BErzGG, 7. Aufl., § 21 Rz. 32; Zmarzik/Zipperer/Viethen, MuSchG, Mutterschaftsleistungen, BErzGG, 7. Aufl., § 21 Rz. 24, 26). Dies führt im konkreten Fall dazu, dass nur die drei Arbeitsplätze der zu vertretenden Mitarbeiterinnen berücksichtigt werden können und nicht die Einstellung von vier Ersatzkräften zu einer erhöhten Mitarbeiterzahl i.R.d. § 9 BetrVG führt. Insoweit erhöht sich die Anzahl der zu berücksichtigenden Beschäftigten Arbeitnehmer auch nicht durch den Einsatz zweier Halbtagskräfte (F..., H...) zur Vertretung einer Vollzeitkraft (C...).

Da es im Rahmen des § 9 BetrVG auf die Zahl der „in der Regel“ beschäftigten Arbeitnehmer ankommt, sind auch bei anderweitiger Vakanz einer Stelle und dem vorübergehenden Einsatz einer Vertretungskraft nicht die zu vertretende Arbeitskraft und die Vertretungskraft kumulativ zu berücksichtigen. Denn die Belegschaftsstärke erhöht sich dadurch nur für die Dauer des Vertretungsfalles. Insoweit kann bei Ermittlung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl auf die in der Sonderregelung des § 21 Abs. 7 BErzGG zum Ausdruck gekommene rechtliche Wertung abgestellt werden. Dies führt im konkreten Fall dazu, dass neben den vorübergehend beurlaubten Mitarbeiterinnen I... und J... nicht daneben die zu ihrer Vertretung befristet eingestellten Mitarbeiterinnen L... und K... berücksichtigt werden können. Dies würde nämlich zu einer lediglich vorübergehenden Erweiterung der Mitarbeiterzahl führen, was durch das Abstellen auf die regelmäßige Beschäftigtenzahl gerade vermieden werden soll.

- bb) Im Rahmen des § 9 BetrVG nicht zu berücksichtigen sind die vom Erzbischöflichen Ordinariat M... jeweils für die Dauer eines Schuljahres an der vom Antragsteller betriebenen Schule eingesetzten Religionslehrerinnen N... und O....

Nach den Verträgen des Antragstellers mit dem Erzbischöflichen Ordinariat M..., die bezogen auf die jeweiligen Schuljahre den Einsatz der beiden Lehrkräfte N... und O... regeln, wird vom Antragsteller dem Erzbischöflichen Ordinariat „die Erteilung von Unterricht in Katholischer Religionslehre übertragen“. Danach hat sich das Erzbischöfliche Ordinariat

gegenüber dem Antragsteller im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrages verpflichtet, an dessen Schule den katholischen Religionsunterricht zu erteilen und hierfür eigene Lehrkräfte einzusetzen. Die beim Erzbischöflichen Ordinariat angestellten Lehrkräfte bleiben auch während ihres Einsatzes an der Schule des Antragstellers dem Weisungsrecht ihres Vertragsarbeitgebers unterworfen; bei ihnen handelt es sich um dessen Erfüllungsgehilfen zur Abdeckung des vertraglich übernommenen Religionsunterrichts. Diese Vertragsgestaltung unterscheidet sich von der Arbeitnehmerüberlassung dadurch, dass der Arbeitgeber sein Weisungsrecht nicht auf den Entleiher überträgt und damit den Inhalt der Arbeitstätigkeit nach wie vor wesentlich bestimmen kann (vgl. BAG vom 18.01.1989 – 7 ABR 21/88 – AP Nr. 1 zu § 9 BetrVG 1972). Die vorliegende Vertragsgestaltung ist rechtlich nicht zu beanstanden und keine missbräuchliche Umgehung des AÜG, da es dem Erzbischöflichen Ordinariat M... im Rahmen seiner Tendenzträgerereigenschaft und wegen des besonderen Grundrechtsschutzes der Religionsgemeinschaften nicht verwehrt werden kann, durch die Aufrechterhaltung seines Weisungsrechtes seinen Einfluss auf den Inhalt des zu erteilenden Religionsunterrichts jederzeit zu gewährleisten. Auf eine von dem Inhalt des vorgelegten Vertrages (Kopie Bl. 157 d.A.) abweichende praktische Durchführung haben sich die Beteiligten nicht berufen.

Bei dem Einsatz von Arbeitnehmern aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrages ihres Arbeitgebers mit einem Dritten handelt es sich um einen so genannten Fremdfirmeneinsatz und keine Einstellung bei dem Dritten (vgl. BAG vom 05.03.1991 – 1 ABR 39/90- AP Nr. 90 zu § 99 BetrVG 1972; vom 05.05.1992 – 1 ABR 78/91 – AP Nr. 97 zu § 99 BetrVG 1972).

Die bei dem Dritten eingesetzten Arbeitnehmer zählen nicht zu dessen Belegschaft im Rahmen der §§ 5, 9 BetrVG.

Das Bundesarbeitsgericht hat in seinen Entscheidungen vom 18.01.1989, 16.04.2003 und 10.03.2004 (7 ABR 21/88 – AP Nr. 1 zu § 9 BetrVG 1972; 7 ABR 53/02 – AP Nr. 1 zu § 9 BetrVG 2002; 7 ABR 49/03 – AP Nr. 8 zu § 7 BetrVG 1972) klargestellt, dass bei der Ermittlung der Belegschaftsstärke i.R.d. § 9 BetrVG nur betriebsangehörige Arbeitnehmer zu berücksichtigen sind. Diese müssen in einem Arbeitsverhältnis zu dem Betriebsinhaber stehen und in die Betriebsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert sein. Hierzu zählen Fremdarbeitnehmer nicht, denn bei ihnen fehlt es sowohl an einer arbeitsvertraglichen Beziehung zum Drittunternehmen als auch der tatsächlichen Eingliederung in dessen Betriebsorganisation wie bei seinen eigenen Arbeitnehmern.

- bc) Nicht zu den zu ihrer Berufsausbildung bei dem Antragsteller Beschäftigten i.S.d. § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zählt der in der Heilpädagogischen Tagesstätte des Antragstellers eingesetzte Fachschulabsolvent Z....

Ausweislich des vorgelegten Vertrages über die Ausbildung zum Heilerziehungspfleger (Kopie Bl. 42 – 44 d.A.) wurde ein Ausbildungsverhält-

nis mit dem Rechtsträger der CC...-Schule, Fachschule für Heilerziehungspflege/-hilfe, den AA..., Bayerische Ordensprovinz, KdöR begründet. Nach dem Inhalt dieses Vertrages hat der Studierende ein jährliches Schulgeld zu zahlen, eine Aufnahme- und Prüfungsgebühr zu entrichten und musste seine Lernmittel selbst finanzieren. Die Fachschule bediente sich der Heilpädagogischen Tagesstätte des Antragstellers als Praxisstelle. Die beruflich-praktische Tätigkeit ist gemäß § 3 des Ausbildungsvertrags integrierter Bestandteil der Aus- und Weiterbildung. Insofern bedient sich die Fachschule lediglich der betrieblichen Einrichtung eines Dritten. Es fehlt diesbezüglich an einem durch privatrechtlichen Praktikantenvertrag begründeten Rechtsverhältnis zwischen dem Fachschulabsolventen und dem Träger der Praxisstelle, wie ihn das Bundesarbeitsgericht im Beschluss vom 30.10.1991 (7 ABR 11/91 – NZA 1992, 808) fordert. Ihre schriftliche Einverständniserklärung auf dem Ausbildungsvertrag und die Zusage einer Aufwandsentschädigung von monatlich DM 200,-- vermag hieran nichts zu ändern, denn im Vertrag selbst sind ansonsten keinerlei rechtliche Pflichten zwischen dem Fachschulabsolventen und der Praxisstelle geregelt. Ferner wird in § 4 Abs. 4 des Vertrages ausdrücklich ein „eventuell bestehender Dienstvertrag bei den AA...“ angesprochen, jedoch keinerlei diesbezügliches Rechtsverhältnis zu dem Träger der Praxisstelle.

- bd) Nicht als Arbeitnehmerin des Antragstellers gilt gemäß § 5 Abs. 2 Ziff. 4 BetrVG die nach dem Inhalt des Praktikumsvertrages vom 15./17.01.2002 (Kopie Bl. 46, 47 d.A.) für die Zeit vom 14.01. bis 19.07.2002 tätige Praktikantin V..., denn das betriebliche Praktikum ist fester Bestandteil der vom Berufsförderungswerk DD... durchgeführten Rehabilitationsmaßnahme. Das Praktikum dient nicht der Erzielung eines Erwerbseinkommens, denn in dem Vertrag wird die Zahlung einer Vergütung nicht vorgesehen, sondern ausschließlich der Heranführung an eine künftige berufliche Tätigkeit.
- be) Ebenfalls nicht als Arbeitnehmerin des Antragstellers gilt gemäß § 5 Abs. 2 Ziff. 3 BetrVG die Rentnerin W.... Sie war nach dem Sachvortrag des Antragstellers, der von dem Antragsgegner nicht substantiiert bestritten worden ist, im Zeitpunkt der Wahl bereits 79 Jahre alt, leistete ihren Arbeitseinsatz freiwillig ohne diesbezügliche vertragliche Verpflichtung als ehrenamtliche Mitarbeiterin und erhielt ebenfalls freiwillig eine Aufwandsentschädigung von lediglich EUR 5,- pro Stunde. Da sie einen wöchentlichen Arbeitseinsatz in der Küche im Umfang von etwa 2 ½ Stunden erbrachte belief sich die freiwillig gezahlte wöchentliche Aufwandsentschädigung lediglich auf EUR 12,50. Aus der fehlenden Begründung gegenseitiger vertraglicher Pflichten und aufgrund des geringen zeitlichen Umfangs und der Höhe der gezahlten Aufwandsentschädigung wird ersichtlich, dass ihre Tätigkeit nicht in erster Linie ihrem Erwerb dient sondern von karitativen Beweggründen geprägt war, wie von § 5 Abs. 2 Ziff. 3 BetrVG gefordert.

- bf) Bei Nichtberücksichtigung der oben aufgeführten 11 Mitarbeiter wird der Schwellenwert von 101 Arbeitnehmern nicht mehr erreicht, weshalb nach § 9 Satz 1 BetrVG der Betriebsrat lediglich aus fünf Mitgliedern besteht.

Dahingestellt bleiben kann folglich, ob die dem Antragsteller bereits seit vielen Jahren vom Freistaat Bayern zur Verfügung gestellten sechs Lehrkräfte nach den mehrfach geänderten Bestimmungen des AÜG und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Einsatz von Leiharbeitnehmern als Arbeitnehmer des Antragstellers gelten oder nicht.

Gleiches gilt hinsichtlich der im Rahmen ihres Fachhochschulstudiums bei dem Antragsteller für die Dauer von zwei Praxisseminaren als Praktikanten eingestellten Studentinnen, für deren Rechtsverhältnis die Verordnung über die praktischen Studiensemester an Fachhochschulen greift. Auch ihr Status als zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG muss nicht gerichtlich geklärt werden.

### III.

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der vorliegenden Rechtssache für die Frage der im Rahmen des § 9 BetrVG zu berücksichtigten Arbeitnehmer ist die Rechtsbeschwerde zum Bundesarbeitsgericht zuzulassen, §§ 92 Abs. 1 Satz 2, 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.

#### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Beschluss kann von dem Antragsgegner Rechtsbeschwerde eingelegt werden.

Die Rechtsbeschwerde muss innerhalb einer Notfrist von einem Monat schriftlich beim Bundesarbeitsgericht, **Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt** (Telefax-Nr. 0361/2636 – 20 00) eingelegt und in gleicher Weise innerhalb von zwei Monaten begründet werden. Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses.

Die Rechtsbeschwerdeschrift und die Rechtsbeschwerdebegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

**Roth**, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht  
**Meyer**, Ehrenamtlicher Richter  
**Pflaum**, Ehrenamtlicher Richter

Verkündet am 02. Mai 2005