

# Rechtsprechungsübersicht

## Teil I – Grundbegriffe und Grundsätze der Betriebsratswahl

*Zur sorgfältigen Vorbereitung und sachkundigen Durchführung der Betriebsratswahl gehört die Kenntnis der wesentlichen – nicht gerade unkomplizierten – Regelungen zum Wahlrecht im Betriebsverfassungsgesetz und in der Wahlordnung. Hierzu hat sich im Laufe der Jahre eine umfangreiche Rechtsprechung entwickelt. Zusätzlich haben mit dem In-Kraft-Treten des Betriebsverfassungs-Reformgesetzes 2001 und seiner neuen Wahlordnung aufgetretene neue Rechtsfragen dafür gesorgt, dass weitere wichtige arbeitsgerichtliche Entscheidungen, insbesondere auch des Bundesarbeitsgerichts, ergangen sind. In diesem und in den beiden folgenden Heften sollen wesentliche, vor allem neuere Entscheidungen im Zusammenhang mit der Wahl des Betriebsrats in Leitsatzform (halbfett) aufgeführt werden. Die Entscheidungen sind – schon wegen der aus Platzgründen erforderlichen selektiven Auswahl – ohne Anspruch auf Vollständigkeit nach Sachgebieten untergliedert dargestellt. Soweit sie in Fachzeitschriften veröffentlicht (und aufgefunden) wurden, sind Fundstellen angegeben.*

### Normales und vereinfachtes Wahlverfahren

Soweit nicht anders angegeben, sind alle abgedruckten Entscheidungen zum normalen Wahlverfahren (»Regelwahlverfahren«) ergangen; ihre Aussagen dürfen daher nicht ungeprüft auf das vereinfachte Wahlverfahren übertragen werden. Das Regelwahlverfahren findet grundsätzlich (bei mehr als 100 wahlberechtigten Arbeitnehmern in jedem Fall zwingend) Anwendung, wenn in einem Betrieb in der Regel mehr als 50 wahlberechtigte Arbeitnehmer tätig sind. Wenn in der Regel zwischen fünf und 50 wahlberechtigte Arbeitnehmer im Betrieb beschäftigt werden, findet das vereinfachte ein- bzw. zweistufig ausgestaltete Wahlverfahren zwingend Anwendung. Weitergehend hat jedoch der Wahlvorstand die Möglichkeit, mit dem Arbeitgeber die Anwendung des vereinfachten Wahlverfahrens in Betrieben zwischen 51 und 100 wahlberechtigten Beschäftigten freiwillig zu vereinbaren.

### Wo ist ein Betriebsrat zu wählen?

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG werden in allen Betrieben mit in der Regel mindestens fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern, von denen drei wählbar sind, Betriebsräte gewählt. Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG gilt dies auch für gemeinsame Betriebe (»Gemeinschaftsbetrieb«) mehrerer Unternehmen.

### Was ist ein Betrieb? – Definition des Betriebsbegriffs

Ein Betrieb im Sinne des BetrVG liegt vor, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für den oder für die verfolgten arbeitstechnischen Zwecke zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird.

(BAG v. 25.9.1986 – 6 ABR 68/84, AP Nr. 7 zu § 1 BetrVG 1972 = EzA § 1 BetrVG 1972 Nr. 6; so auch BAG v. 14.9.1988 – 7 ABR 10/87, DB 1989, S. 127)

### Was ist ein »Gemeinschaftsbetrieb« mehrerer Unternehmen?

Nach der Rechtsprechung des BAG zu § 1 BetrVG in der bis zum 27.7.2001 geltenden Fassung besteht ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird. Das setzt voraus, dass sich die Unternehmen zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben, die sich auf die wesentlichen Arbeitgeberfunktionen in personellen und sozialen Angelegenheiten erstreckt.

Diese Grundsätze gelten auch nach In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Reform der Betriebsverfassung am 28.7.2001. Nach § 1 Abs. 2 BetrVG n. F. wird zwar nunmehr bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen – widerlegbar – vermutet, dass ein einheitlicher Leitungsapparat vorhanden ist. Greifen die Vermutungstatbestände nicht ein, besteht dennoch ein gemeinsamer Betrieb, wenn die von der bisherigen Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen vorliegen.

(BAG v. 11.2.2004 – 7 ABR 27/03, NZA 2004, S. 618 ff.)

### Ausnahme: Betriebsteil als Betrieb

Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG gelten Betriebsteile als selbständige Betriebe, wenn sie die vorgenannten Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 erfüllen und 1. räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt oder 2. durch Aufgabenbe-

reich und Organisation eigenständig sind. In diesem Fall wird grundsätzlich ein (vom Hauptbetrieb »eigenständiger«) Betriebsrat in einem solchen »qualifizierten« Betriebsteil gewählt.

### Wann stellt ein Betriebsteil einen selbständigen Betrieb dar? – »qualifizierter« Betriebsteil

In der Grundtendenz geht § 4 BetrVG von einem einheitlichen Betrieb aus, auch wenn dieser aus mehreren Betriebsabteilungen besteht. Ob die Voraussetzungen der Nummern 1 und 2 – räumliche Entfernung oder eigenständige Organisation – jeweils vorliegen, ist eng auszulegen. Bei der Frage, ob ein Betriebsteil einen selbständigen Betrieb im Sinne des § 4 BetrVG darstellt, ist mitentscheidend, wo die Entscheidungen des Arbeitgebers, insbesondere im Mitbestimmungsraum, getroffen werden.

Wegen der völligen Abhängigkeit vom Hauptbetrieb in allen wesentlichen Angelegenheiten (Planung, Einkauf, Verkauf) ist die 40 km entfernte Filiale eines Lebensmittelunternehmens trotz ihrer 120 Arbeitnehmer ein Betriebsteil. (BAG v. 24.2.1976 – 1 ABR 62/75, AP Nr. 2 zu § 4 BetrVG 1972)

Ein selbständiger Betriebsteil i. S. d. § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG kann auch dann vorliegen, wenn der Leitungsapparat nicht in diesem Betrieb, sondern im Hauptbetrieb angesiedelt ist.

(LAG Köln v. 17.11.2003 – 2 TaBV 44/03)

Wird bei einer Betriebsratswahl irrtümlich ein selbständiger Betriebsteil i. S. v. § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG angenommen und deswegen nur in dem vermeintlichen Hauptbetrieb ein Betriebsrat gewählt, so ist dieser Betriebsrat trotzdem für den ganzen Betrieb zuständig.

Die Betriebsratsfähigkeit i. S. v. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG hängt von der Betriebszugehörigkeit der Arbeitnehmer zur Zeit der Betriebsratswahl ab.

(LAG München v. 28.4.2004 – 5 Sa 1375/03, AuA 2004, Nr. 7, S. 41)

Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BetrVG gelten Betriebsteile als selbständige Betriebe, wenn sie die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG erfüllen und durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig sind. Dazu genügt eine relative Eigenständigkeit. Voraussetzung dafür ist, dass in dem Betriebsteil eine eigenständige Leitung institutionalisiert ist, die die wesentlichen Arbeitgeberfunktionen in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten ausübt.

Betreibt ein Unternehmen mehrere Sinfonieorchester und mehrere Chöre, kann ein einzelnes Sinfonieorchester ein betriebsratsfähiger Betriebsteil sein, wenn es einen eigenständigen künstlerischen Aufgabenbereich hat und die wesentlichen mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten auf Seiten des Arbeitgebers von dem nur für das

### Sinfonieorchester zuständigen Orchestervorstand und Orchesterdirektor wahrgenommen werden.

(BAG v. 21.7.2004 – 7 ABR 57/03, EzA § 4 BetrVG 2001 Nr. 1)

### Wann ist ein Betriebsteil vom Hauptbetrieb »räumlich weit entfernt«?

Bei optimalen Verkehrsverbindungen (gute Straßen- und Bahnverbindungen) sind von der Rechtsprechung Betriebsteile als räumlich nicht weit entfernt liegend angesehen worden bei Entfernungen von bis zu:

**60 bis 65 km (sofern eine optimale Betreuungsmöglichkeit durch den Betriebsrat des Hauptbetriebs gegeben ist).**

(ArbG Minden v. 2.3.1972 – BV 1/72)

**70 km (bei der Entfernung Köln – Essen und einer optimalen Betreuung durch freigestellte Betriebsratsmitglieder.**

(BAG v. 24.9.1968 – 1 ABR 4/68, AP Nr. 9 zu § 3 BetrVG; vgl. dagegen LAG Köln v. 13.4.1989 – 1 Ta BV 72/88 für die Entfernungen Köln – Recklinghausen bzw. Köln – Essen)

Bei schlechten Verkehrsverbindungen wurden als räumlich weit entfernt beurteilt Entfernungen von bis zu:

**15 bis 30 km, z. B. bei ständig auftretenden Verkehrsstaus oder mehrfachem Umsteigen bei öffentlichen Verkehrsmitteln.**

(LAG Köln v. 13.4.1989 – 1 Ta BV 72/88, AiB 1990, S. 359)

**28 km, wegen mehrmaligem Umsteigen bei der Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel.**

(BAG v. 23.9.1969 – 1 ABR 9/59, AP Nr. 4 zu § 3 BetrVG)

**40 km, wegen einstündiger Fahrzeit mit PKW und häufiger Staus im Straßenverkehr.**

(LAG Köln v. 28.6.1988, 2 TaBV 42/88, LAGE § 4 BetrVG 1972 Nr. 4)

Grundsätzlich gilt:

**Betriebsteile sind i. S. v. § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG vom Hauptbetrieb räumlich weit entfernt, wenn wegen dieser Entfernung eine ordnungsgemäße Betreuung der Belegschaft durch einen beim Hauptbetrieb ansässigen Betriebsrat nicht mehr gewährleistet ist.**

(BAG v. 14.1.2004 – 7 ABR 26/03, FA 2004, S. 118)

Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 bis 5 BetrVG können Arbeitnehmer eines betriebsratslosen Betriebsteils – widerruflich – mit Stimmenmehrheit formlos beschließen, an der Wahl des Betriebsrats im Hauptbetrieb teilzunehmen; die Abstimmung kann auch vom Betriebsrat des Hauptbetriebs veranlasst werden.

## Mitwahl im Hauptbetrieb – Kostentragung des Arbeitgebers

Bei der Veranlassung des Abstimmungsverfahrens gemäß § 4 Abs. 1 Satz 3 BetrVG in räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernten Filialen durch einen Filialbesuch des Betriebsrats des Hauptbetriebs zur entsprechenden Information und Aufklärung der Filialbeschäftigten handelt es sich um erforderliche Betriebsratstätigkeit mit der Folge der Kostenübernahme – etwa Aufwendungsersatz für entstandene Fahrtkosten – durch den Arbeitgeber. Da dem Betriebsrat ein Ermessensspielraum zukommt, wann er diese Aufklärung vornimmt, setzt die Kostenübernahme durch den Arbeitgeber jedenfalls in der Situation einer unmittelbar bevorstehenden Betriebsratswahl keine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber – i. S. einer vom Arbeitgeber geforderten vorherigen Terminabsprache zur organisatorischen Vorbereitung für die Durchführung einer solchen Abstimmung – voraus.

(ArbG Wiesbaden v. 14.9.2004 – 1 BV 3/04, AiB 2005, S. 306 f.)

## Besonderheit: Unternehmensübergreifende Bildung von BR durch Zuordnungstarifvertrag

Ein Tarifvertrag, der die Bildung eines Spartengesamtbetriebsrats während der laufenden Amtsperiode nach einer durchgeführten Betriebsratswahl vorsieht, ist unwirksam. Zwar können die Tarifvertragsparteien gemäß § 3 Abs. 4 Satz 2 BetrVG einen anderen Wahlzeitpunkt als den der nächsten regelmäßigen Betriebsratswahlen vorsehen, jedoch bestehende Betriebsratsgremien ohne Neuwahl grundsätzlich nicht verändern.

(ArbG Frankfurt a. M. v. 30.3.2004 – 4 BV 438/03)

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG in der ab dem 28. Juli 2001 geltenden Fassung (n. F.) ist bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen die unternehmensübergreifende Bildung von Arbeitnehmervertretungen auch dann zulässig, wenn die beteiligten Unternehmen keinen gemeinsamen Betrieb führen. § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG n. F. gestattet es aber nicht, dass die tarifliche Regelung es den Arbeitnehmern überlässt, vor jeder Betriebsratswahl im Wege einer Abstimmung zu entscheiden, ob in den einzelnen Betrieben eigenständige Betriebsräte gewählt werden sollen. Eine derartige tarifliche Regelung ist mit § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nF nicht vereinbar und deshalb unwirksam.

(BAG v. 10.11.2004 – 7 ABR 17/04 = EzA § 3 BetrVG 2001 Nr. 1)

## Wer ist Arbeitnehmer?

Wer Arbeitnehmer (§ 5 BetrVG) des Betriebs ist, ist grundsätzlich auch bei der Betriebsratswahl wahlberechtigt, sofern er das 18. Lebensjahr vollendet hat (§ 7 Satz 1 BetrVG).

Für die Frage der Wahlberechtigung kommt es daher zunächst und entscheidend darauf an, wer betriebszugehörig ist. Für die Betriebszugehörigkeit geht das BAG grundsätzlich von zwei Komponenten (»Zwei-Komponenten-Theorie«) aus, einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber und dem Einsatz innerhalb der betrieblichen Organisation zur Erfüllung des Betriebszwecks (Eingliederung):

**Wahlberechtigt nach § 7 Satz 1 BetrVG und wählbar nach § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sind nur betriebszugehörige Arbeitnehmer. Das sind Arbeitnehmer, die in einem Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Betriebs stehen und innerhalb der Betriebsorganisation des Arbeitgebers abhängige Arbeitsleistungen erbringen.**

(BAG v. 20.4.2005 – 7 ABR 20/04, NZA 2005, S. 1006 ff.)

Nach der Rechtsprechung des Senats zu §§ 7, 9 BetrVG idF des Gesetzes zur Reform der Betriebsverfassung vom 23. Juli 2001 sind Leiharbeiter keine Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs i. S. v. § 9 BetrVG und deshalb bei der für die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke nicht zu berücksichtigen.

(BAG v. 16.4.2003 – 7 ABR 53/02, AuR 2004, S. 109 f.)

Dies gilt nicht nur für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, sondern auch für nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung einschließlich der so genannten Konzernleihe i. S. v. § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG.

(BAG v. 10.3.2004 – 7 ABR 49/03, DB 2004, S. 1836 ff. = NZA 2004, S. 1340 ff.)

Arbeitnehmer in Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen, die eingesetzt werden, um Arbeiten im Rahmen der von ihrem Arbeitgeber übernommenen Projekte zu erledigen, sind im Rahmen dieses arbeitstechnischen Zwecks beschäftigt und hierzu in den Betrieb des Arbeitgebers eingegliedert. Dem steht nicht entgegen, dass Zweck ihrer Tätigkeit auch die berufliche Stabilisierung oder Qualifizierung zur Verbesserung der Eingliederungsaussichten (§ 260 Abs. 1 Nr. 2 SGB III in der bis zum 31.12.2003 geltenden Fassung) ist.

(BAG v. 13.10.2004 – 7 ABR 6/04, NZA 2005, S. 480 ff)

## Wer ist im Einzelnen wahlberechtigt oder nicht?

Nachfolgend werden einige »Sonderfälle« zu § 7 BetrVG erfasst. Das Wahlrecht gilt auch uneingeschränkt für Teilzeitbeschäftigte. Da Abrufrkräfte nach § 12 TzBfG in einem Arbeitsvertragsverhältnis stehen, sind sie ebenso wahlberechtigt wie Arbeitnehmer eines so genannten Jobsharing-Arbeitsverhältnisses.

**Das Wahlrecht eines Arbeitnehmers entfällt nicht deshalb, weil sein Arbeitsverhältnis wegen der Ableistung von Wehrdienst ruht.**

(BAG v. 29.3.1974 – 1 ABR 27/73, AP Nr. 2 zu § 19 BetrVG 1972)

Anmerkung: Diese Entscheidung gilt entsprechend auch für Zivildienstleistende, allerdings nur in dem Betrieb, aus dem sie kommen, und nicht in dem Betrieb, in dem sie ihren Zivildienst leisten.

**Sofern Zeitungsträger (Zeitungszusteller) als Arbeitnehmer anzusehen sind, sind sie auch wahlberechtigt. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass Zeitungsträger nur in geringem Umfang (ca. zwei bis drei Stunden täglich) tätig sind. Auch die Tatsache, dass diese Botentätigkeit nur eine Nebentätigkeit darstellt, berührt weder das Vorliegen eines Arbeitsvertrags noch die Wahlberechtigung. Eine analoge Anwendung der für Heimarbeiter geltenden Vorschrift des § 6 Abs. 1 BetrVG [§ 5 Abs. 1 Satz 2 BetrVG n. F.] ist auf Zeitungsträger nicht anwendbar.**

(LAG Düsseldorf v. 12.7.1977 – 5 Ta BV 2/77; vgl. auch BAG v. 29.1.1992 – 7 ABR 27/91, AP Nr. 1 zu § 7 BetrVG 1972)

**Ein Auszubildender ist in einem Betrieb, dessen arbeits-technischer Zweck in der Berufsausbildung besteht, auch dann nicht wahlberechtigt, wenn er gelegentlich zusammen mit anderen Mitarbeitern praktische Arbeiten vornimmt.**

(BAG v. 12.9.1996 – 7 ABR 61/95, AP Nr. 11 zu § 5 BetrVG 1972 = NZA 1997, S. 273 = BB 1997, S. 318)

**Beamte sind mit Ausnahme der spezialgesetzlich ausdrücklich geregelten Fälle keine wahlberechtigten Arbeitnehmer i. S. v. § 7 BetrVG. Dies gilt auch, wenn sie in einem von einem privaten Rechtsträger allein oder gemeinsam mit einem öffentlichen Rechtsträger geführten Betrieb eingegliedert sind.**

(BAG v. 28.3.2001 – 7 ABR 21/00, DB 2002, S. 221 ff.)

**In sich beurlaubte Beamte gehören nicht zur Gruppe der Beamtinnen und Beamten i. S. d. § 26 Abs. 1 PostPersRG i. V. m. § 3 WO Post, sondern sind Arbeitnehmer. Daher sind sie auch als Arbeitnehmer an der Betriebsratswahl zu beteiligen.**

(ArbG Bonn v. 11.9.2002 – 4 BV 42/02, AiB 2004, S. 506 f.)

**Die Außendienstmitarbeiter gehören zu dem Betrieb, von dem die Entscheidungen über ihren Einsatz ausgehen und in dem somit die Leitungsmacht des Arbeitgebers ausgeübt wird. Hierbei kommt es insbesondere darauf an, von welchem Betrieb das Direktionsrecht ausgeübt wird und die auf das Arbeitsverhältnis bezogenen Anweisungen erteilt werden. Demgegenüber ist die Ausübung der Fachaufsicht nur von untergeordneter Bedeutung.**

(BAG v. 10.3.2004 – 7 ABR 36/03)

**Beschäftigte in einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme sind Arbeitnehmer i. S. des § 5 Abs. 1 BetrVG und deshalb wahlberechtigt. Sie stehen in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber und sind in dessen Betriebsorganisation**

**eingegliedert. Sie sind deshalb auch bei der für die Anzahl der Betriebsratsmitglieder maßgeblichen Belegschaftsstärke nach § 9 BetrVG mit zu berücksichtigen. Denn sie sind betriebsangehörige Arbeitnehmer.**

(BAG v. 13.10.2004 – 7 ABR 6/04, NZA 2005, S. 480 ff.)

**Ordentlich gekündigte Arbeitnehmer, die nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht weiterbeschäftigt werden, sind nicht nach § 7 Satz 1 BetrVG bei der Betriebsratswahl wahlberechtigt, obwohl der Ausgang ihres Kündigungsschutzprozesses noch offen ist. Denn es fehlt an ihrer tatsächlichen Eingliederung in die betriebliche Organisation des Arbeitgebers. Sie bleiben dennoch nach § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG für den Betriebsrat wählbar.**

(BAG v. 10.11.2004 – 7 ABR 12/04, BAG-Pressemitteilung Nr. 84/04, AuR 2004, S. 464)

### Wer ist im Einzelnen wählbar oder nicht?

Wer Arbeitnehmer des Betriebs und wahlberechtigt ist, ist auch wählbar, sofern eine sechsmonatige Betriebszugehörigkeit – am letzten Tag der Stimmabgabe – vorliegt (§ 8 BetrVG). Auf diese sechsmonatige Betriebszugehörigkeit werden Zeiten angerechnet, in denen der Arbeitnehmer unmittelbar vorher einem anderen Betrieb desselben Unternehmens- oder Konzerns (§ 18 Abs. 1 AktG) angehört hat.

**Die Wählbarkeit eines gekündigten Arbeitnehmers bleibt erhalten, wenn seiner vor der Wahl erhobenen Kündigungsschutzklage nach Durchführung der Betriebsratswahl stattgegeben wird.**

**Verkennt der Wahlvorstand die Wählbarkeit eines gekündigten Arbeitnehmers, der eine Vorschlagsliste anführt und schließt er deswegen die Vorschlagsliste von der Betriebsratswahl aus, liegt darin ein Verstoß gegen wesentliche Vorschriften über die Wählbarkeit vor. Der Verstoß kann im Anfechtungsverfahren geltend gemacht werden.**

(BAG v. 14.5.1997 – 7 ABR 26/96, AP Nr. 6 zu § 8 BetrVG 1972 = NZA 1997, S. 1245 f.)

**Ein unternehmenszugehöriger Arbeitnehmervertreter in einem nach dem BetrVG 1952 mitbestimmten Aufsichtsrat ist mit Beginn der Freistellungsphase einer Altersteilzeit im so genannten Blockmodell nicht mehr beschäftigt i. S. d. § 76 Abs. 2 BetrVG 1952. Ist er der einzige Arbeitnehmervertreter bzw. der einzige Vertreter seiner Arbeitnehmergruppe, verliert er mit dem Eintreten in die Freistellungsphase seine Wählbarkeit. Damit endet seine Mitgliedschaft im Aufsichtsrat.**

(BAG v. 25.10.2000 – 7 ABR 18/00, NZA 2001, S. 461 f.; vgl. auch BAG v. 16.4.2003 – 7 ABR 53/02, NZA 2003, S. 1345 ff.)

**Nicht gewerbsmäßig, auch konzernintern nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG überlassene Arbeitnehmer sind zum Betriebsrat des Entleiherbetriebs nicht nach § 8 BetrVG wählbar.**

(BAG v. 10.3.2004 – 7 ABR 49/03, DB 2004, S. 1836 ff. = NZA 2004, S. 1340 ff.)

Der ordentlich gekündigte Arbeitnehmer bleibt für die Wahl des Betriebsrats nach § 8 Abs. 1 BetrVG wählbar, wenn er eine Kündigungsschutzklage erhoben hat. Das gilt auch dann, wenn die Betriebsratswahl nach Ablauf der Kündigungsfrist durchgeführt und der gekündigte Arbeitnehmer nicht weiterbeschäftigt wird.

(BAG v. 10.11.2004 – 7 ABR 12/04, AuR 2005, S. 237)

Hat ein konzernangehöriges Unternehmen als Personalführungsgesellschaft ausschließlich die Aufgabe, ihre Arbeitnehmer anderen Konzernunternehmen im In- und Ausland zur Arbeitsleistung ohne eigene Gewinnerzielungsabsicht zu überlassen, bleiben die Arbeitnehmer entsprechend § 14 Abs. 1 AÜG betriebsverfassungsrechtlich dem Betrieb dieses Vertragsarbeitgebers zugeordnet. Sie sind dort für den Betriebsrat wahlberechtigt und wählbar nach §§ 7, 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.

(BAG v. 20.04.2005 – 7 ABR 20/04, NZA 2005, S. 1006 ff.)

### Wie wird der leitende Angestellte abgegrenzt?

Leitende Angestellte sind zwar nach allgemeinen Grundsätzen Arbeitnehmer, wählen jedoch den Betriebsrat nicht mit und werden von ihm auch nicht vertreten. Sie wählen ein eigenes Vertretungsorgan: den Sprecherausschuss. Nach § 5 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG ist derjenige Beschäftigte ein leitender Angestellter, der zur selbstständigen Einstellung und Entlassung – eines erheblichen Teils – anderer Arbeitnehmer berechtigt ist. Die nicht immer einfache Abgrenzung hat zu zahlreichen Entscheidungen in der Rechtsprechung geführt.

**Die Abgrenzung der leitenden Angestellten in § 5 Abs. 3 BetrVG ist justitiabel. Die Regelung verstößt nicht gegen das rechtsstaatliche Gebot der Normklarheit. In § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG sind die Abgrenzungsmerkmale enthalten, die das BAG (1. Senat) bisher als Teile eines ungeschriebenen »Oberbegriffs« der leitenden Angestellten verstanden hat (grundlegend: BAG v. 5.3.1974 – 1 ABR 19/73, AP Nr. 1 zu § 5 BetrVG 1972):**

**a) Aufgaben mit besonderer Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung des Betriebs sind unternehmerische (Teil-)Tätigkeiten i. S. der bisherigen Rechtsprechung. Wesentliche Eigenverantwortung erfordert einen erheblichen Entscheidungsspielraum, wie er nach der Recht-**

**sprechung des BAG für leitende Angestellte kennzeichnend ist.**

**b) Aus dieser unternehmerischen Tätigkeit ergibt sich zwangsläufig ein mehr oder weniger ausgeprägter, unmittelbarer oder mittelbarer Gegnerbezug. Dessen Feststellung ist in jedem Einzelfall nicht erforderlich. Insoweit gibt das BAG seine bisher gegenteilige Ansicht auf.**

Das Mitbestimmungsgesetz vom 4.5.1976 hat die betriebsverfassungsrechtliche Abgrenzung der leitenden Angestellten übernommen, ohne sie im geringsten zu beeinflussen.

(BAG v. 29.1.1980 – 1 ABR 45/79, AP Nr. 22 zu § 5 BetrVG 1972)

Die von § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BetrVG vorausgesetzte Personalverantwortung kann den Status als leitender Angestellter nur begründen, wenn sie von erheblicher unternehmerischer Bedeutung ist. Diese kann sich aus der Zahl der betreffenden Arbeitnehmer oder aus der Bedeutung von deren Tätigkeit für das Unternehmen ergeben.

(BAG v. 16.4.2002 – 1 ABR 23/01, AP Nr. 69 zu § 5 BetrVG 1972)

**RALF-PETER HAYEN** ist Referatsleiter in der Abteilung Mitbestimmung und Rechtspolitik beim DGB Bundesvorstand

### Redaktioneller Hinweis

In der Januarausgabe der AiB erscheint Teil II der Rechtsprechungsübersicht mit Entscheidungen zur Wahleinleitung und Wahldurchführung. Teil III befasst sich in der Februarausgabe mit wichtigen Fragen der Anfechtung und Nichtigkeit der Wahl, dem Wahlschutz und –kosten sowie mit besonderen Problemstellungen im vereinfachten Wahlverfahren aus der Sicht der Arbeitsgerichtsbarkeit.

### Quellen- und Literaturhinweis

Berg/Hayen/Heilmann/Ratayczak/Schneider, Wahl des Betriebsrats, 2. überarbeitete Auflage 2005, ca. 250 Seiten, kartoniert, 29,90 €, ISBN 3-7663-3618-5  
 Zu bestellen bei Buch und Mehr unter  
 Tel.: 0 69/95 20 53-0, Fax: 0 69/95 20 53-53,  
 E-Mail: onlineservice@buch und mehr.de