

4 TaBV 94/06
34 BV 99/06
(München)

Verkündet am:
18. Januar 2007

Hömburg, Reg.Sekr.in.
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



LANDESGERICHT MÜNCHEN

IM NAMEN DES VOLKES

BESCHLUSS

In dem Beschlussverfahren

mit den Beteiligten

1. Fa. D. GmbH & Co. Betriebs KG,

- Antragstellerin, Beteiligte zu 1. und Beschwerdegegnerin -

Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. B.,

2. Betriebsrat der Fa. D. GmbH & Co. Betriebs KG,

- Antragsgegner, Beteiligter zu 2. und Beschwerdeführer -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte H. und Kollegen,

hat die Vierte Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Anhörung vom 11. Januar 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Burger sowie die ehrenamtlichen Richter Jakobs und Hans beschlossen:

I. Die Beschwerde des Betriebsrats und Beteiligten zu 2. gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts München vom 11. Juli 2006 - 34 BV 99/06 - wird zurückgewiesen.

II. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

A.

Die Arbeitgeberin und Beteiligte zu 1 ficht die in ihrem Betrieb im März 2006 stattgefundene Wahl des Betriebsrats und Beteiligten zu 2 insbesondere mit der Begründung an, dass ein zu großer Betriebsrat – mit neun statt sieben Betriebsratsmitgliedern, wie nach der gesetzlichen Regelung vorgegeben - gewählt worden sei.

Die Arbeitgeberin und Beteiligte zu 1 druckt in ihrem Druckereibetrieb insbesondere die Tageszeitungen „M.“ und „T.“. Sie beschäftigt 170 Arbeitnehmer (Arbeiter bzw. gewerbliche Mitarbeiter und Angestellte). Daneben hat sie mit 103 Personen Rahmenvereinbarungen abgeschlossen, auf deren Basis diese im Bedarfsfall im Rahmen von jeweils auf einen Tag befristeten Arbeitsverträgen als „täglich befristete Arbeitnehmer“ (hier auch bezeichnet als „Mini-Jobber“) im Versand tätig sind. Die exemplarisch vorgelegte „Rahmenvereinbarung“ (Anl. ASt 4, Bl. 43 d. A.) bestimmt auszugsweise:

„§ 1

Gegenstand des Vertrages

D. benötigt für die Laufzeit dieses Vertrages für Tätigkeiten in der Druckerei gelegentlich und in unregelmäßigen, z. Zt. noch nicht näher festlegbaren Abständen die Arbeitskraft des Arbeitnehmers zur Bewältigung auftretender Arbeitsspitzen. Mit dem Arbeitnehmer wird im Bedarfsfall ein auf den jeweiligen Einsatztag befristeter Arbeitsvertrag geschlossen. Diese

Vereinbarung regelt das Zustandekommen und den Inhalt dieser Arbeitsverträge. Mit der vorliegenden Rahmenvereinbarung wird also kein Arbeitsverhältnis, auch nicht in Form eines Abrufarbeitsverhältnisses, begründet.

§ 2

Vertragsschluss und Anstellung

Für den Fall, dass D. die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers benötigt, wird er diesem anbieten, ihn zu beschäftigen. Die Annahme des Vertragsangebots erfolgt durch die verbindliche Zusage des Arbeitnehmers, seine Arbeitsleistung an dem benannten Tag zu erbringen. Mit der Annahme kommt ein Arbeitsvertrag zustande. Dieser wird jeweils befristet auf den jeweiligen Einsatzzeitraum geschlossen. Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, ein Angebot von D. auf Abschluss eines Arbeitsvertrages anzunehmen. Sollte eine bereits vereinbarte Arbeitsleistung nicht erbracht werden können, so ist D. unverzüglich zu unterrichten. D. ist nicht verpflichtet, dem Arbeitnehmer Beschäftigungsangebote zu machen.

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, die Befristung seines Arbeitsverhältnisses am jeweiligen Beschäftigungstag schriftlich zu bestätigen.

...“

Die Arbeitgeberin beschäftigt diese Aushilfskräfte im Rahmen von jeweils auf einen Tag befristeten Arbeitsverhältnissen im statistischen Mittel etwa einmal wöchentlich und setzt in den drei bestehenden Schichten im Durchschnitt täglich jeweils insgesamt 16 bis 18 dieser tagesbefristeten Aushilfskräfte ein (Aufstellung der Arbeitgeberin, bezogen auf den Wochendurchschnitt, in Anl. ASt 5, Bl. 44/45 d. A.) - wobei an den einzelnen Tagen/Schichten der Einsatz dieser Aushilfskräfte zwischen 0 und 28/30 Personen schwankt.

Nach dem Vorbringen der Arbeitgeberin habe sie bis etwa zum verfahrensgegenständlichen Wahlausschreiben bzw. bis Ende Februar 2006 mit den Tagesaushilfskräften erst im Laufe des jeweiligen Arbeitstages eine schriftliche Befristungsvereinbarung getroffen. Die Arbeitgeberin sieht diese für einen Tag befristet abge-

schlossenen Aushilfsarbeitsverträge als formwirksam - und auch durch Sachgründe gerechtfertigt - an, da der Abschluss der Rahmenvereinbarung hierfür ausreichend sei und dem Sinn und Zweck des Schriftformerfordernisses genüge, zumal dort auf ausschließlich einen Tag umfassende Aushilfsarbeitsverträge abgestellt sei. Selbst wenn, so die Arbeitgeberin, zusätzlich eine formwirksame besondere Befristungsabrede für den betreffenden Tag verlangt würde, hätte sie dies mit ihrem früheren Verfahren eingehalten - während nunmehr die Befristungsabrede jeweils bereits vor Aufnahme der Tätigkeit am jeweiligen Einsatztag unterzeichnet werde.

Nachdem nach unbestritten gebliebenem Vorbringen der Arbeitgeberin bei den Wahlen zum Betriebsrat in den Jahren 1993, 1995 und 1998 hinsichtlich der Zahl der „in der Regel“ beschäftigten Arbeitnehmer des Betriebes im Sinne des § 9 Satz 1 BetrVG die durchschnittliche Zahl der an einem Arbeitstag befristet beschäftigten Versandaushilfen herangezogen worden sei und die Abstimmung an einem Arbeitstag stattgefunden habe, sah erstmals der Wahlvorstand für die Betriebsratswahl im Jahr 2002 die Gesamtzahl der Personen, die auf der Basis solcher Rahmenvereinbarungen als täglich befristete Versandaushilfen eingesetzt werden, als für die Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder im Sinne des § 9 Satz 1 BetrVG maßgeblich und, so die Arbeitgeberin, sämtliche auch als wahlberechtigt an. Nachdem ein Antrag der Arbeitgeberin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen den Wahlvorstand der Betriebsratswahl 2002 erfolglos geblieben war, schlossen Arbeitgeberin und Betriebsrat im Rahmen der sodann erfolgten Anfechtung der Betriebsratswahl 2002 durch die Arbeitgeberin im Beschwerdeverfahren beim Landesarbeitsgericht München am 10.07.2003 einen Prozessvergleich (Az. 3 TaBV 61/02, Protokoll: Anl. ASt 11, Bl. 52 bis 55 d. A.), der u. a. regelte:

- „1. *Die Beteiligten sind sich einig, dass der im März 2002 gewählte Betriebsrat im Amt bleibt.*

2. *Die Beteiligten sind sich darüber einig, dass - neben den Stamm-Arbeitnehmern - unter den gegenwärtigen Verhältnissen in Bezug auf die täglich befristeten Aushilfen im Versand für die Größe des Betriebsrats die Zahl der durchschnittlich arbeitstäglich anwesenden täglich befristeten Aushilfen maßgeblich ist, wobei es ausreicht,*

dass die täglich befristeten Aushilfen an der überwiegenden Zahl der jährlichen Produktionstage beschäftigt werden.

...“

Im Zusammenhang mit der vorliegend verfahrensgegenständlichen Betriebsratswahl 2006 übergab die Arbeitgeberin dem Wahlvorstand mit Schreiben vom 16.01.2006 die erbetene Liste sämtlicher Arbeitnehmer und auch sämtlicher „Mini-Jobber“/Tagesaushilfskräfte mit Rahmenvereinbarung (Anl. ASt 1, Bl. 18 bis 27 d. A.). Das Wahlausschreiben für die Betriebsratswahl 2006 vom 02.02.2006 (Anl. ASt2, Bl. 28 bis 33 d. A.) legte fest, dass in der Wählerliste 273 Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer enthalten seien, Wahlvorschläge von mindestens 14 wahlberechtigten Arbeitnehmern unterstützt werden müssten, der neu zu wählende Betriebsrat aus neun Mitgliedern bestehe und die Stimmabgabe sowohl am 16.03.2006 als auch am 17.03.2006 statfinde. Der Aufforderung der Arbeitgeberin mit Schreiben vom 14.02.2006 (Anl. ASt 12, Bl. 56 d. A.) zur Änderung des Wahlausschreibens dahin, dass lediglich die durchschnittliche Zahl der arbeitstäglich anwesenden „Mini-Jobber“ (täglich befristeten Aushilfen) relevant sei, kam der Wahlvorstand nicht nach (Schreiben vom 15.02.2006, Anl. ASt. 13, Bl. 57/58 d. A.). Ein von der Arbeitgeberin daraufhin eingereichter Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen den Wahlvorstand mit dem Ziel der Untersagung der Wahl eines aus neun Mitgliedern bestehenden Betriebsrates wurde vom Arbeitsgericht München mit Beschluss vom 28.02.2006 (Az. 20 BVGa 15/06, Bl. 101 bis 109 d. A.) - ebenso wie die hiergegen eingelegte Beschwerde mit Beschluss des Landesarbeitsgerichts München vom 14.03.2006 (Az. 11 TaBV 25/06, u. a. Bl. 110 bis 118 d. A.) - zurückgewiesen.

Über das Ergebnis der am 16./17.03.2006 erfolgten Wahl des Betriebsrates, bei der neun Betriebsratsmitglieder gewählt wurden, wurde die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 18.03.2006 (Anl. ASt 14, Bl. 59 bis 61 d. A.) und weitergehend mit Schreiben vom 24.03.2006 (Eingangsstempel, Anl. ASt 15, Bl. 62 bis 67 d. A.) informiert.

Mit dem vorliegenden, am 30.03.2006 beim Arbeitsgericht München eingegangenen, Antrag vom 28.03.2006 ficht die Arbeitgeberin die Betriebsratswahl vom 16./17.03.2006 insbesondere mit der Begründung an, dass hinsichtlich der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder grundsätzlich und zumal im Hinblick auf den Prozessvergleich vom 10.07.2003 im vorausgegangenen Wahlanfechtungsverfahren lediglich von der Durchschnittszahl der täglich befristeten Versandaushilfen ausgegangen und deshalb lediglich ein siebenköpfiger Betriebsrat gewählt hätte werden dürfen - weshalb im Wahlausschreiben auch eine fehlerhafte Zahl erforderlicher Stützunterschriften für einen Wahlvorschlag angegeben worden sei - und des weiteren die Durchführung der Stimmabgabe an zwei Tagen fehlerhaft gewesen sei.

Wegen des Sachverhalts im Übrigen und des Vorbringens sowie der Anträge der Beteiligten im Ersten Rechtszug wird auf die Sachverhaltsdarstellung im angefochtenen Beschluss des Arbeitsgerichts München vom 11.07.2006, der den Verfahrensbevollmächtigten des Betriebsrats und Beteiligten zu 2 am 03.08.2006 zugestellt wurde, Bezug genommen, mit dem dieses die Betriebsratswahl vom 16./17.03.2006 mit der Begründung für unwirksam erklärt hat, dass es hinsichtlich der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder nach der gesetzlichen Regelung in § 9 BetrVG auf die „in der Regel“ beschäftigten Arbeitnehmer ankomme und Aushilfsarbeiter deshalb nur zu berücksichtigen seien, wenn eine bestimmte Anzahl dieser Arbeitnehmer regelmäßig über einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten im Jahr beschäftigt werde, wobei unerheblich sei, ob es sich dabei um dieselben oder jeweils andere Aushilfskräfte handele - weshalb lediglich die Zahl der arbeitstäglich im Schnitt 16 bis 17 Arbeitnehmer befristet tätigen Aushilfskräfte zu berücksichtigen gewesen und damit die für die Wahl eines neunköpfigen Betriebsrates erforderliche Arbeitnehmerzahl von 201 nicht erreicht worden wäre. Die Frage der Wirksamkeit der täglich abgeschlossenen Befristungen nach § 14 TzBfG aufgrund der durch die Arbeitgeberin bis zum 28.02.2006 gehandhabten Praxis könne zu keinem anderen Ergebnis führen, da selbst bei Unwirksamkeit früher erfolgter Befristungen, die erst nach Beginn des Arbeitsverhältnisses schriftlich vereinbart worden seien, die betroffenen Arbeitnehmer nach § 17 TzBfG innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende arbeitsgerichtliche Feststellungsklage hiergegen erheben hätten müs-

sen. Die Beteiligten hätten jedoch keinen Arbeitnehmer benannt, der eine solche Klage eingereicht habe. Auch habe die Arbeitgeberin ihre Praxis geändert und schließe die Befristungsverträge nunmehr immer vor Beginn des Arbeitseinsatzes schriftlich ab. Deshalb komme es auf weitere Unwirksamkeitsgründe nicht mehr an. Zwar seien nach § 7 BetrVG nur diejenigen Arbeitnehmer wahlberechtigt, die am Wahltag im Betrieb tatsächlich beschäftigt seien. Wenngleich hier feststehe, dass an der Wahl auch täglich befristete Aushilfskräfte teilgenommen hätten, die am Wahltag nicht eingesetzt worden seien, seien die Zahl dieser Wähler nicht festgestellt und weitere Feststellungen hierzu nicht erforderlich.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Betriebsrats und Beteiligten zu 2 mit Schriftsatz vom 04.09.2006, am selben Tag beim Landesarbeitsgericht München eingegangen, zu deren Begründung er fristgemäß vorgetragen hat, dass der Wahlvorstand zum Zeitpunkt der Aufstellung des Wahlausschreibens festgestellt habe, dass die sog. täglich befristeten Aushilfen ihre Befristungsabreden nicht vor Arbeitsaufnahme, sondern im nachhinein schließen würden, weshalb er in die regelmäßige Beschäftigtenzahl alle diese täglich befristeten Arbeitnehmer einbezogen und eine Betriebsratswahl für neun zu wählende Betriebsratsmitglieder ausgeschrieben habe. Dem Einwand der Arbeitgeberin, der Betriebsrat halte sich nicht an den arbeitsgerichtlichen Vergleich (vom 10.07.2003 im vorausgegangenen Verfahren), habe der Betriebsrat bzw. der Wahlvorstand entgegengehalten, dass die Arbeitgeberin ihre Praxis geändert habe und es sich um einen anderen Lebenssachverhalt handle, da aufgrund der gesicherten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zwischenzeitlich die frühere Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Befristung der Tagesarbeitsverträge beseitigt worden sei und die täglich befristeten Aushilfen vom Wahlvorstand als unbefristete Beschäftigte einzuordnen gewesen seien. Zum Zeitpunkt der vorausgegangenen einstweiligen Verfügung, nach Aufstellung des Wahlausschreibens, habe die Arbeitgeberin bestätigt, dass sie die befristeten Verträge mit den täglich befristeten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern immer erst nach Arbeitsaufnahme geschlossen habe, weshalb der Wahlvorstand im Rahmen seiner ihm zustehenden Prognoseentscheidung davon ausgehen habe müssen, dass es sich eigentlich um unbefristete Beschäftigungsverhältnisse handle. Der Wahlvorstand ha-

be nur die tatsächlichen Umstände zum Zeitpunkt der Wahl beurteilen können und dies zutreffend getan. Das Arbeitsgericht berücksichtige Teilzeitkräfte tatsächlich nur mit ihren prozentualen Vertragsanteilen im Verhältnis zu Vollzeitkräften und verkenne seine eigene Argumentation, wenn es ausführe, dass alle täglich befristeten Arbeitnehmer, die am Wahltag zum Einsatz kämen, Berücksichtigung finden müssten, weshalb bei der an zwei Tagen stattgefundenen Wahl sich hieraus bereits eine Regelbeschäftigtenzahl von über 200 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ergeben hätte und auch deshalb die Wahl von neun Betriebsratsmitgliedern richtig gewesen wäre. Der Tagelöhnerinsatz, wie ihn die Arbeitgeberin vornehme, sei bereits nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz unwirksam, da ein Sachgrund für eine solche Beschäftigung nicht erkennbar sei, nachdem diese regelmäßig erfolge. Die Nichterhebung einer Klage durch den Arbeitnehmer innerhalb der Klagefrist verändere nicht die tatsächlichen Umstände bei Vertragsschluss. Individualrechtliches Verhalten sei an dieser Stelle kollektivrechtlich neutral. Die regelmäßige Beschäftigtenzahl sei nicht davon abhängig, wie viele Beschäftigte ihre eigenen Rechte durchsetzten.

Bei der Betriebsratswahl hätten die sog. täglich befristeten Beschäftigten, die an den Wahltagen nicht zum Dienst eingeteilt gewesen seien, nicht von ihrem aktiven Wahlrecht Gebrauch gemacht.

Der Betriebsrat und Beteiligte zu 2 beantragt:

- I. Der Beschluss des Arbeitsgerichts München vom 11.07.2006, Geschäftszeichen 34 BV 99/06, - zugestellt am 03.08.2006 - wird abgeändert.*
- II. Die Anträge der Arbeitgeberin auf Feststellung der Unwirksamkeit der Betriebsratswahl vom 16./17.03.2006 werden zurückgewiesen.*

Die Arbeitgeberin und Beteiligte zu 1 bezieht sich im Wesentlichen auf die Ausführungen des Arbeitsgerichts und ihr erstinstanzliches Vorbringen und trägt wei-

tergehend vor, dass der Betriebsrat seiner im Vergleich vom 10.07.2003 übernommenen Verpflichtung, bei der Bestimmung der Größe des Betriebsrats auf die Zahl der arbeitstäglich durchschnittlich anwesenden täglich befristeten Aushilfen abzustellen, eklatant zuwider gehandelt habe und zu Unrecht glaube, dieser Bindung wegen Änderung der Verhältnisse nicht mehr zu unterliegen. Weder habe sich der Sachverhalt geändert - eine Änderung der Rechtsprechung sei vornherein nicht geeignet, die Bindungswirkung des Vergleichs aufzuheben - noch habe sich überhaupt die Rechtsprechung seitdem geändert. Es komme für die Bestimmung der Größe des Betriebsrats jedenfalls ausschließlich auf die Anzahl von Aushilfskräften an, die an einem durchschnittlichen Arbeitstag beschäftigt würden. Die Rechtsauffassung der Arbeitgeberin sei auch im Rahmen zwischenzeitlich anderweitig durchgeführter Beschlussverfahren zum Umfang der Freistellung nach § 38 BetrVG bestätigt worden.

Wegen des Vortrags der Beteiligten im Beschwerdeverfahren im Übrigen wird auf die Schriftsätze vom 26.09.2006 und vom 11.10.2006 sowie auf die Sitzungsniederschrift der mündlichen Anhörung vom 11.01.2007 Bezug genommen.

B.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

I.

Die Beschwerde des Betriebsrats und Beteiligten zu 2 ist statthaft und form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 87 Abs. 1 und Abs. 2, 89 Abs. 1 und Abs. 2, 66 Abs. 1 ArbGG, 516, 518 ZPO) und damit zulässig.

II.

Die Beschwerde des Betriebsrats und Beteiligten zu 2 ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat die Wahl des Betriebsrats, die am 16.03. und 17.03.2006 stattgefunden hat, zu Recht und mit überzeugender Begründung für unwirksam erklärt.

1. Nach § 19 BetrVG kann die Betriebsratswahl gerichtlich angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, der Verstoß hätte das Wahlergebnis nicht ändern oder beeinflussen können. Anfechtungsberechtigt ist, innerhalb einer Frist von zwei Wochen ab Bekanntgabe des Wahlergebnisses, auch der Arbeitgeber.

2. a) Wie das Arbeitsgericht bereits ausgeführt hat, hat die anfechtungsberechtigte Arbeitgeberin und Beteiligte zu 1 mit ihrem am 30.03.2006 eingegangenen Anfechtungsantrag mit Schriftsatz vom 28.03.2006 in jedem Fall die zweiwöchige Wahlanfechtungsfrist ab Bekanntgabe des Ergebnisses der Wahl vom 16./17.03.2006 gewahrt.

b) Hier lag ein Verstoß gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlverfahren vor, weil eine zu hohe Zahl von Betriebsratsmitgliedern gewählt worden ist. Es hätte hier nur ein aus sieben Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt werden dürfen, da im Betrieb der Arbeitgeberin nicht mehr als 200 Arbeitnehmer im Sinne des § 9 Satz 1 BetrVG beschäftigt sind.

Die Betriebsratswahl vom 16./17.03.2006 ist daher unwirksam, da sie auf einem wesentlichen Mangel im Sinn des § 19 Abs. 1 BetrVG beruht, durch den das Wahlergebnis fehlerhaft verändert wurde (vgl. etwa BAG, B. v. 16.04.2003, AP Nr. 7 zu § 9 BetrVG 1972, m. w. N.).

aa) Nach § 9 Satz 1 BetrVG hängen die Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder und damit die Größe des Betriebsratsgremiums von der Zahl der „in der Regel“ wahlberechtigten Arbeitnehmer des Betriebes ab (§ 7 Satz 1 BetrVG). Es kommt

hinsichtlich der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder sonach auf die beschäftigten, betriebsangehörigen, Arbeitnehmer - im Sinne der §§ 7 Satz 1, 5 Abs. 1 BetrVG - und hierbei auf die durchschnittliche, normale, Belegschaftsstärke („in der Regel“) an, diejenige, die für den Betrieb im allgemeinen, als Normalstand, kennzeichnend ist. Dies erfordert zum hierbei maßgeblichen Zeitpunkt der Erlasses des Wahlausschreibens deshalb regelmäßig einen Rückblick auf die Belegschaftsstärke in der Vergangenheit und gleichzeitig eine Prognose der zu erwartenden Beschäftigungssituation, soweit hieraus indiziell die übliche Belegschaftsstärke ermittelbar ist, wobei der Wahlvorstand vor allem bei schwankender Beschäftigtenzahl und im Grenzbereich der Staffeln des § 9 Satz 1 BetrVG einen Beurteilungsspielraum hat (vgl. BAG, U. v. 19.07.1983, AP Nr. 7 zu § 113 BetrVG 1972; B. v. 29.05.1991, AP Nr. 1 zu § 17 BPersVG - II. 2. b der Gründe -; siehe auch GK-BetrVG-Kreutz, Bd. 1, 8. Aufl. 2005, § 9 Rz. 9 f; Thüsing in Richardi, BetrVG, 10. Aufl. 2006, § 9 Rz. 10; Bross in Düwell (Hg.), HaKo-BetrVG, 2. Aufl. 2006, § 9 Rz. 6 f, jeweils m. w. N.).

bb) Hiernach sind/waren die, „unstreitig“, 103 Personen, die Rahmenvereinbarungen mit der Arbeitgeberin und Beteiligten zu 1 nach dem als Anlage ASt 4 (Bl. 43 d. A.) vorgelegten Muster/Formular abgeschlossen haben, nicht sämtliche damit bereits als - teilzeitbeschäftigte, aber im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne voll als wahlberechtigt zählende - Arbeitnehmer anzusehen, wie der Betriebsrat und Beteiligte zu 2 letztlich argumentiert.

(1) Im individualrechtlichen Sinne, worauf es bei der Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffes im Sinne der §§ 9 Satz 1, 7 Satz 1, 5 Abs. 1 BetrVG ebenso ankommt (vgl. nur GK-BetrVG-Raab, aaO, § 5 Rz. 12 f, m. w. N. insbesondere zur einschlägigen Rechtsprechung des BAG), stellt eine Rahmenvereinbarung, die nur die Bedingungen der später erst abzuschließenden, für den einzelnen Einsatz (hier: Tag/Schicht) befristeten, Arbeitsverträge regelt, selbst aber noch keine Verpflichtung zur Arbeitsleistung begründet, noch keinen Arbeitsvertrag dar. Durch eine solche Rahmenvereinbarung (ähnlich einer vorvertraglichen Option oder auch eines letter of intent o. ä.) wird noch keine eigene unmittelbare Verpflichtung zur Arbeits-/Dienstleistung begründet, wie sie für einen Arbeitsvertrag typisch und auch essen-

ziell notwendig ist - selbst bei einem Abrufarbeitsvertrag im Sinne des § 12 TzBfG besteht hierdurch bereits unmittelbar ein Arbeitsvertrag, wenngleich dieser die Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung zeitlich noch nicht endgültig festlegt, sondern nur rahmenmäßig und flexibel regelt (was diese gesetzliche Regelung deshalb aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes mit der Notwendigkeit der Festlegung einer täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit - ersatzweise einer gesetzlich fingierten Wochenarbeitszeit und einer Mindesteinsatzzeit je Tag - und einer Ankündigungsfrist (von vier Tagen) flankiert/eingrenzt).

Bei einer solchen Rahmenvereinbarung als solcher liegt aber weder bereits eine Dauerrechtsbeziehung vor noch und vor allem besteht eine bereits hierdurch begründete persönliche Abhängigkeit des Dienstverpflichteten als essenziellen Merkmals des Arbeitsvertrages im Sinne einer allein hierdurch gegebenen Weisungsabhängigkeit und Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation. Kann der Vertragspartner der Rahmenvereinbarung frei entscheiden, ob er ein später unterbreitetes Angebot eines kurzzeitigen Einzelarbeitsvertrages annimmt oder nicht, stellt ein solcher Rahmenvertrag noch keinen Arbeitsvertrag, etwa in Form eines Abrufarbeitsvertrages (§ 12 TzBfG), dar. Ein Arbeitsvertrag kommt deshalb erst später zustande, wenn auf der Grundlage dieser Rahmenvereinbarung ein - hier grundsätzlich auf einen Arbeitstag/eine Schicht - befristeter Einzelarbeitsvertrag geschlossen wird (vgl. näher nur BAG, U. v. 31.07.2002, AP Nr. 2 zu § 4 TzBfG; U. v. 20.10.1993, RzK I 9 a Nr. 81; U. v. 17.10.1990, 7 ABR 66/89, vorgelegt von der Arbeitgeberin als Anl. ASt 17, Bl. 69 f d. A. - dokumentiert auch juris -; siehe auch LAG Köln, B. v. 10.02.1992, 3 TaBV 65/91, AfP 1992, S. 200 f - ebenfalls dokumentiert in juris -).

(2) Sie liegt es hier:

Nach dem Wortlaut der vorgelegten Rahmenvereinbarung (hier vom 25.10.2005, Anl. ASt 4, Bl. 43 d. A.) wird hierdurch ausdrücklich noch kein Arbeitsverhältnis, auch nicht Form eines Abrufarbeitsverhältnisses, begründet (§ 1 Satz 4 in dieser Vereinbarung) und erst später im Bedarfsfall ggf. ein auf den jeweiligen Einsatztag befristeter Arbeitsvertrag geschlossen, wobei die Arbeitgeberin erklärt, dem Vertragspartner im Bedarfsfall eine Beschäftigung anzubieten - ohne hierzu verpflichtet zu sein -, und (erst) bei Annahme eines solchen Angebots - zu dem auch

der Arbeitnehmer, ausdrücklich, nicht verpflichtet ist - ein auf den jeweiligen Tag als Einsatzzeitraum befristeter Arbeitsvertrag zustande kommt. Weiter ist geregelt, dass die Beteiligte zu 1 bei fehlender Möglichkeit einer bereits vereinbarten Arbeitsleistung unverzüglich zu unterrichten ist (jeweils § 2 dieser „Rahmenvereinbarung“).

Hiernach können diese Rahmenvereinbarung nicht bereits als Arbeitsvertrag und der Vertragspartner der Arbeitgeberin nach diesem Rahmenvertrag noch nicht bereits als Arbeitnehmer angesehen werden.

Weder wird hierdurch eine Dauerrechtsbeziehung begründet, geschweige denn bereits eine vertragliche Bindung im Sinne eines Arbeitsvertrages, auch nicht in Form eines Abrufarbeitsverhältnisses gemäß § 12 TzBfG - im Gegenteil schließt letzteres § 1 Satz 4 dieser Vereinbarung ausdrücklich aus. Eine feste, kontinuierliche und zumal durch die essenziellen Merkmale persönlicher Abhängigkeit geprägte Vertragsbeziehung stellt diese „Rahmenvereinbarung“ selbst nicht dar. Beide Seiten sind frei, Angebote für später tagesbefristete Einzelarbeitsverträge zu unterbreiten bzw. anzunehmen. Selbst die Durchführung eines bereits vereinbarten tagesbefristeten Arbeitsvertrages ist insofern tendenziell fakultativ, als der Dienstverpflichtete bei nachträglicher Verhinderung die Arbeitgeberin und Beteiligte zu 1 hiernach lediglich zu unterrichten hat, ohne weitere Konsequenz/Sanktion.

(3) Es ist weder vorgetragen noch dem Sachverhalt sonst zu entnehmen, dass die Vertragsbeziehung der Beteiligten zu 1 innerhalb der „Rahmenvereinbarung“ mit 103 Aushilfskräften, mit denen sie solche Verträge abgeschlossen hat, tatsächlich anders als hierin festgehalten praktiziert - „gelebt“ – worden sein/werden sollte - etwa tatsächlich bereits ein Arbeitsverhältnis im eigentlichen Sinne in Form eines Abrufarbeitsvertrages auf Teilzeitbasis hierdurch begründet wurde, weil es daneben besondere Absprachen gebe oder z. B. ein informeller Druck hinsichtlich einer Nichtablehnung von Vertragsangeboten o. ä. ausgeübt oder eine feste Verpflichtung zum Tätigwerden kontinuierlich an bestimmten Tagen/Schichten begründet werden sollten.

Ebenso wenig sind etwa besondere Umstände vorgetragen oder sonst ersichtlich, die eine Verschleierung/Umgehung arbeitsvertraglicher Beziehungen im eigent-

lichen Sinne durch das Vorschieben der Rahmenvereinbarungen nahe legen und es dadurch etwa der Arbeitgeberin und Beteiligten zu 1 verwehren könnten (§ 242 BGB), sich auf diese als (noch) nicht bestehende arbeitsvertragliche Regelung zu berufen.

(4) Auch die im wesentlichen unstrittige Tatsache, dass die Beteiligte zu 1 in der Vergangenheit - bis zum Erlass des Wahlausschreibens für die verfahrensgegenständliche Betriebsratswahl bzw., nach den nicht angegriffenen Feststellungen in der Sachverhaltsdarstellung des erstinstanzlichen Beschlusses (dort Seite 4), bis zum Tag der mündlichen Anhörung im vorangegangenen einstweiligen Verfügungsverfahren am 28.01.2006 - die tagesbefristeten Arbeitsverträge nicht, wie von § 14 Abs. 4 TzBfG verlangt, vor Arbeitsantritt schriftlich schloss, sondern erst im Laufe des Tages, als Bestätigung und im Zusammenhang mit der Quittierung der Lohnzahlung (vgl. BAG, U. v. 16.03.2005, AP Nr. 16 zu § 14 TzBfG), führt nicht dazu, dass somit von, je nach tatsächlichem Einsatz, etwa 100 unbefristet bestehenden Arbeitsverträgen auszugehen wäre (§ 16 TzBfG). Das Arbeitsgericht hat hierzu bereits überzeugend darauf hingewiesen, dass dies von den tageweise befristet beschäftigten einzelnen Arbeitnehmern im Einzelfall klageweise innerhalb der Frist des § 17 TzBfG angegriffen hätte werden müssen, was in keinem Fall geschehen ist. Die Feststellung im erstinstanzlichen Beschluss vom 11.07.2006, dass kein Arbeitnehmer benannt sei, der eine solche Klage eingereicht habe (dort Seite 7 unten, Bl. 129 d. A.), ist wiederum in der Beschwerde nicht angegriffen/infrage gestellt – weshalb jedenfalls von der materiellrechtlichen Wirksamkeit in der Vergangenheit möglicherweise formunwirksam befristeter Tagesarbeitsverträge auszugehen wäre (§ 17 Satz 1 und Satz 2 TzBfG i. V. m. § 7 KSchG).

cc) Auch unter Berücksichtigung seines Beurteilungsspielraumes musste der Wahlvorstand deshalb von einer im Betrieb der Beteiligten zu 1 „in der Regel“ - weil durchschnittlich - vorhandenen Beschäftigtenzahl von weniger als 200 Arbeitnehmern - ca. 186/188 Arbeitnehmern (170 unstrittig als solche beschäftigte „Stamm“-Arbeitnehmer und im Tagesdurchschnitt 16/18 jeweils befristete beschäftigte Tagesaushilfskräfte, gerechnet nach dem Wochendurchschnitt) - ausgehen, da dies

den Regelbeschäftigtenstand, unter Einbeziehung von durchschnittlich 16/18 Aushilfskräften je Arbeitstag, darstellt(e) (vgl. BAG, B. v. 29.05.1991, aaO - aE, II. 2. d der Gründe -; B. v. 17.10.1990, aaO - IV. 2. der Gründe -; LAG Düsseldorf, B. v. 26.09.1990 (1989), DB 1990, S. 238 f; siehe auch GK-BetrVG-Kreutz, aaO, § 9 Rz. 11; Fitting/Engels/Schmidt et al., BetrVG, 23. Aufl. 2006, § 9 Rz. 15; Lindemann/Simon, NZA 2002, S. 365 f/370 f - unter III. 7. aE -).

Die Betriebsratswahl vom 16./17.03.2006 hat damit gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlverfahren im Sinne des § 19 Abs. 1 BetrVG verstoßen, weshalb das Arbeitsgericht dem Wahlanfechtungsantrag der Arbeitgeberin und Beteiligten zu 1 zu Recht stattgegeben hat.

Eine „Korrektur“ des Wahlergebnisses, etwa durch Streichung der beiden mit den niedrigsten Stimmzahlen gewählten Wahlbewerbern, scheidet aus (ständ. Rspr. des BAG, etwa B. v. 12.10.1976, AP Nr. 5 zu § 19 BetrVG 1972).

c) Es kommt deshalb nicht mehr darauf an, ob sich der Wahlvorstand bzw. im vorliegenden Anfechtungsverfahren der Betriebsrat auch an dem im Zusammenhang mit der aus den nämlichen Gründen erfolgten Anfechtung der Betriebsratswahl 2002 abgeschlossenen Prozessvergleich vom 10.07.2003 (Verfahren LAG München, 3 TaBV 61/02, Anl. ASt 11 zum erstinstanzlichen Verfahren, Bl. 52 bis 55 d. A.) festhalten lassen muss, nach dem sich die - identischen - Beteiligten dort darüber einig waren, „dass - neben den Stamm-Arbeitnehmern - unter den gegenwärtigen Verhältnissen in Bezug auf die täglich befristeten Aushilfen im Versand für die Größe des Betriebsrats die Zahl der durchschnittlich arbeitstäglich anwesenden täglich befristeten Aushilfen maßgeblich ist ...“ - jedenfalls, solange sich die damaligen tatsächlichen Verhältnisse nicht grundsätzlich geändert haben, wie hier nicht ersichtlich (die Arbeitgeberin verweist nachvollziehbar darauf, dass dies ausdrücklich auf die tatsächlichen Verhältnisse abstellt - für deren Änderung nichts vorgetragen oder erkennbar ist -, nicht eine etwaige, maßgebliche, Rechtsprechungsänderung).

Weiter ist nicht entscheidungserheblich, welche der nach vorstehenden Ausführungen hier lediglich in ihrer Durchschnittszahl für die Wahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder maßgeblichen befristeten Tagesaushilfskräfte mit Rahmenvereinbarungen konkret als wahlberechtigt in die Wählerliste aufzunehmen sind/gewesen wären (§§ 7 Abs. 1 BetrVG, 2 WO) - nachdem die Namen der an den Tagen der Stimmabgabe tatsächlich beschäftigten Tagesaushilfskräfte zum Zeitpunkt der Einleitung der Wahl durch Erlass des Wahlausschreibens noch nicht im Einzelnen bekannt sein konnten -; würden alle (103) Aushilfskräfte in die Wählerliste aufgenommen, stünde das aktive und passive Wahlrecht auch allen diesen Personen zu (§ 2 Abs. 3 WO) - wenngleich im Rahmen der Wahl von lediglich sieben Betriebsratsmitgliedern.

Die ebenfalls als anfechtungsrelevant gerügte Zahl der Stützunterunterschriften für die Wahlvorschläge ist abhängig von der Zahl der Wahlberechtigten und insofern eine Folge des anfechtungsrelevanten Fehlers.

Schließlich kann sonach ebenfalls offen bleiben, ob der Wahlvorstand zu Recht eine Abstimmung an zwei Arbeitstagen anordnen konnte und dies selbst als fehlerhaft überhaupt das Wahlergebnis beeinflussen hätte können (§ 19 Abs. 1 BetrVG).

3. Die Beschwerde des Betriebsrats und Beteiligten zu 2 ist deshalb zurückzuweisen.

III.

Die Beschwerdekammer hat die Rechtsbeschwerde zum Bundesarbeitsgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss kann der Betriebsrat und Beteiligte zu 2. Rechtsbeschwerde einlegen.

Für die Arbeitgeberin und Beteiligte zu 1. ist gegen diesen Beschluss kein Rechtsmittel gegeben.

Die Rechtsbeschwerde muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Beschlusses.

Die Rechtsbeschwerde muss beim

Bundesarbeitsgericht

Hugo-Preuß-Platz 1

99084 Erfurt

Postanschrift:

Bundesarbeitsgericht

99114 Erfurt

Fax-Nummer:

(03 61) 26 36 – 20 00

eingelegt und begründet werden.

Die Rechtsbeschwerdeschrift und die Rechtsbeschwerdebegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Burger

Jakobs

Hans

Hinweis der Geschäftsstelle:

Das Bundesarbeitsgericht bittet, alle Schriftsätze in siebenfacher Ausfertigung einzureichen.