

24. September 2013

## Betriebsratswahl 2014 – Wer darf wählen?

Der Wahlvorstand ist zuständig für die Organisation der Betriebsratswahl am 13. März 2014. Er muss darüber entscheiden, wem das aktive und passive Wahlrecht zusteht. Das aktive Wahlrecht haben alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Betriebs, die am Wahltag älter als 18 Jahre sind. Wählen lassen können sich dagegen nur jene Arbeitnehmer, die am 13. März 2014 dem Betrieb mindestens sechs Monate angehören. Leitende Mitarbeiter werden nicht vom Betriebsrat vertreten und können sich demzufolge nicht an der Wahl beteiligen.

Soweit der Text des Betriebsverfassungsgesetzes; so einfach ist es allerdings in der Praxis nicht. Zum einen gehören zu den Arbeitnehmern nicht nur diejenigen Mitarbeiter, die vom Arbeitgeber offiziell auch so bezeichnet werden, sondern alle Personen, die nach arbeitsrechtlichen Kriterien Arbeitnehmer sind. Im Bereich der Redaktion heißt es, der Wahlvorstand muss bei den festen freien Mitarbeitern, Pauschalisten – oder wie immer die Bezeichnungen lauten – schauen, ob sie nicht tatsächlich „verkappte“ Redakteure sind. Des Weiteren ist es Aufgabe des Wahlvorstands, zu klären, welche Firmen unter einer einheitlichen Leitungsmacht stehen und demzufolge einen Betrieb im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne darstellen. Es muss also geklärt werden, ob und über welche Firmengrenzen hinweg ein einheitlicher Betriebsrat gewählt wird. Die Aufspaltung in verschiedene Firmen geht nicht zwangsläufig mit einer Zersplitterung der Betriebsratsgremien einher.

### **Arbeitnehmer / Leiharbeiter / Pauschalisten**

Die Leiharbeiter haben im Entleiherbetrieb das aktive Wahlrecht, sofern sie am Wahltag dem Betrieb mindestens drei Monate angehören. Wie alle anderen Arbeitnehmer können sie sich auch wählen lassen. Voraussetzung ist, dass sie dem Betrieb am Wahltag sechs Monate angehören. Leiharbeiter werden auch bei der Berechnung der Betriebsratsmandate wie jeder andere Arbeitnehmer berücksichtigt. Das Bundesarbeitsgericht hat insoweit seine Rechtsprechung geändert; bis zum Frühjahr diesen Jahres galt: Leiharbeiter wählen, aber zählen nicht. Nunmehr heißt es: Leiharbeiter **wählen** und **zählen** (7 ABR 69/11 v. 13.03.2013).

Ein Mitarbeiter ist dann Arbeitnehmer, wenn er in die betriebliche Arbeitsorganisation eingegliedert ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit reicht für die Begründung des Arbeitnehmerstatus nicht aus. Indizien für die Eingliederung in die betriebliche Organisation sind: Aufnahme in die Urlaubsliste, die Verpflichtung, an der Redaktionskonferenz teilzunehmen, Zuweisung von Arbeit durch die Redaktions-

konferenz, keine freie Verfügbarkeit über die Zeit und eine Weisungsgebundenheit bei der Ausführung der Arbeit. Ein weiteres Indiz für den Arbeitnehmerstatus ist es, wenn dem Freien nicht oder nur mit ausdrücklicher Genehmigung gestattet wird, für andere Auftraggeber journalistisch tätig zu sein. So entschieden die Landesarbeitsgerichte in Berlin und Dresden anhand einer Exklusivklausel in Pauschalistenverträgen (LAG Berlin 11 Sa 100/98; Sächsisches LAG 6 Sa 772/00). Auch wenn der Arbeitgeber von seinem angeblich freien Mitarbeiter eine Lohnsteuerkarte verlangt, liegt ein Indiz für einen Arbeitnehmerstatus vor. Die Lohnsteuerkarte gehört ausschließlich zum Arbeitnehmer. In diesen Fällen verhält sich die Firma ein wenig widersprüchlich. Gegenüber dem Betroffenen behauptet sie, er sei freier Mitarbeiter, und gegenüber dem Finanzamt wird dargelegt, dass es sich um einen Arbeitnehmer handelt. Der Grund für dieses zweifelhafte Verhalten liegt im Lohnsteuerrecht: Der Arbeitgeber haftet für die korrekte Abführung der Lohnsteuer für mindestens vier Jahre rückwirkend.

Das Bundesarbeitsgericht hat in einigen Fällen zu Gunsten freier Mitarbeiter des damaligen Süddeutschen Rundfunks entschieden (5 AZR 627/97): Der Sender habe den Dienstplan nach seinen Bedürfnissen erstellt. Dieser Dienstplan sei ob der kurzfristigen Erstellung auch verbindlich gewesen, da der Sendeablauf zusammengebrochen wäre, wenn die Freien umfangreiche Änderungswünsche angemeldet hätten. Der Sender hatte den Dienstplan mit dem Vorlauf einer Woche erstellt und angekündigt, der Plan sei verbindlich, wenn keine Einwände erhoben würden. Das Arbeitsgericht Magdeburg (10 Ca 2511/99) begründete die Arbeitnehmereigenschaft mit der ständigen Dienstbereitschaft, die erwartet werde. Dem Betroffenen, einem Fotografen, sei es durch diese ständige Dienstbereitschaft unmöglich, einer anderen Tätigkeit nachzugehen, da er nicht planen könne. Auch beim Urlaubsplan werden keine allzu strengen Anforderungen an die Formalität gestellt. In dem erwähnten Fall hatte der Verlag damit argumentiert, der Urlaubsplan des Lokalchefs sei lediglich dessen persönliche Kladde, nicht aber der offizielle Urlaubsplan gewesen. Auch wenn beispielsweise Fotografen den Dienstplan jeweils mit einem Vorlauf von einem Monat selbst erstellen und einreichen, handelt es sich um die Einbindung in die Arbeitsorganisation des Verlags, sofern dieser Dienstplan von Redakteuren „abgesegnet“ werden muss (BAG 5 AZN 154/98).

Wird in einem Vertrag zwischen einer Agentur und einer Tageszeitung vereinbart, dass die Agentur pro Redaktion eine bestimmte Anzahl von Fotografen und Schreibern zur Verfügung zu stellen hat, so wird kein Werkvertrag geschlossen, sondern ein Leiharbeitsvertrag. Denn mit einem solchen Vertrag werden bestimmte Mitarbeiter den Redaktionen fest zugeordnet mit der Folge, dass die Tageszeitung das Weisungsrecht unmittelbar ausüben kann. Für das arbeitsrechtliche Weisungsrecht sprach im konkreten Fall auch, dass die wahrzunehmenden Fototermine nicht der Bildagentur mitgeteilt wurden, sondern von den Redakteuren unmittelbar an die Fotografen gingen (LAG Rheinland-Pfalz 11 Sa 118/00).

Der Betriebsrat/Wahlvorstand hat das Recht, vom Arbeitgeber über die Beschäftigung freier Mitarbeiter unterrichtet zu werden, damit das Gremium beurteilen kann, ob in Wahrheit ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Es müssen folgende Angaben gemacht werden:

Personalien,  
Arbeitsaufgabe,  
festgelegte Arbeitszeiten (soweit vorhanden),  
zeitlicher Tätigkeitsumfang,  
Art der Entlohnung (z.B. Pauschalvergütung, Zeilenhonorar, Stundensatz, Tarifgehalt).

Auch Abrufkräfte und unstetig Beschäftigte wie Einleger, Sortierer und Packer zählen zu den Arbeitnehmern eines Betriebs. Dies gilt auch für Zeitungsausträger, sofern sie einen

zeitlich festgelegten Rahmen für ihre Zustelltätigkeit haben und die zugeteilte Zeitungsmenge persönlich austragen können. Kann der Zusteller dagegen das Arbeitsvolumen in der vorgegebenen Zeit nicht bewältigen, so dass er weitere Mitarbeiter einsetzen muss, spricht dies gegen die Annahme des Arbeitsverhältnisses (BAG 5 AZR 312/96).

Nicht wahlberechtigt sind die Mitarbeiter in der passiven Phase der Altersteilzeit, denn sie haben kein Recht mehr, den Betrieb zu betreten (BAG 7 ABR 53/02).

Anders sieht es bei Wehrpflichtigen und Mitarbeitern in Elternzeit aus: Ihr Arbeitsverhältnis ruht zwar, sie sind aber berechtigt, nach Ablauf der „Auszeit“ die Arbeit wieder aufzunehmen. Sie sind aktiv wahlberechtigt und haben daher Anspruch auf Briefwahlunterlagen. Ein BR-Mandat können sie in der Freistellungsphase rechtlich nicht ausüben, so dass auch eine Kandidatur nur in den wenigsten Fällen Sinn macht.

### **Einheitlicher Betriebsrat**

Ein Betriebsrat kann über Firmengrenzen hinweg gewählt werden, wenn bei mehreren rechtlich selbständigen Unternehmen eine einheitliche Leitungsmacht im Hinblick auf das Personal besteht. Die formale Ausübung von Arbeitgeberbefugnissen durch den jeweiligen Arbeitgeber steht einer solchen einheitlichen Leitungsmacht nicht entgegen; denn die Frage, ob eine einheitliche Leitungsmacht hinsichtlich wesentlicher Arbeitgeberfunktionen vorliegt, beurteilt sich nach der innerbetrieblichen Entscheidungsfindung und deren Umsetzung in die Praxis. Es ist nicht notwendig, dass es eine ausdrückliche Leitungsvereinbarung gibt. Es reicht die so genannte konkludente Leitungsvereinbarung (BAG 7 ABR 10/95). Es reicht allerdings nicht, wenn die Arbeitgeber bei der Durchführung ihrer Unternehmenstätigkeit lediglich aufeinander angewiesen sind (BAG 7 ABR 21/07). Aus einer sachlichen Abhängigkeit lässt sich nicht schließen, dass damit auch eine einheitliche Leitung in personellen und sozialen Angelegenheiten gegeben sein muss (LAG Niedersachsen 15 TaBV 55/03). So stellte das LAG Sachsen-Anhalt (7 (5) TaBV 24/00) fest, dass insgesamt acht Firmen der Magdeburger Volksstimme einen einheitlichen Betrieb bilden. Es waren der Verlag, das Druckhaus, eine Dienstleistungs-GmbH, die Marketing-GmbH, die Zeitplanungs-GmbH sowie die Beschäftigten einer Anzeigenblattfirma. Nach Ansicht des Gerichts lagen äußerlich erkennbare Tatsachen vor, die auf einen einheitlichen Leitungsapparat schließen ließen, wie zum Beispiel die räumliche Unterbringung und die personelle, technische und organisatorische Verknüpfung der Arbeitsabläufe bezüglich Herausgabe, Produktion und Vertrieb von Tageszeitungen und Anzeigenblättern. Die Geschäftsführer waren personenidentisch. Da diese Firmen im Wege der Spaltung entstanden waren, liegt die so genannte Beweislast auf Seiten des Arbeitgebers: Paragraph 1 Abs. 2 BetrVG stellt eine so genannte gesetzliche Vermutung auf. „Ein einheitlicher Betrieb über Firmengrenzen hinweg wird vermutet, wenn entweder zur Verfolgung der arbeitstechnischen Zwecke die Betriebsmittel und die Arbeitnehmer von den Unternehmen gemeinsam eingesetzt werden oder alternativ die Spaltung eines Unternehmens zur Folge hat, dass von einem Betrieb ein Teil oder mehrere Betriebsteile einem an der Spaltung beteiligten anderen Unternehmen zugeordnet werden, ohne dass sich dabei die Organisation des betroffenen Betriebes wesentlich ändert.“ In Magdeburg wurde dem Bauer-Konzern bescheinigt, er habe nichts Substanzielles vorgetragen, um die gesetzliche Vermutung zu widerlegen. Auch dem Betriebsrat der Nordwest-Zeitung wurde bescheinigt, dass er für mehrere Firmen zuständig ist. Es handelte sich um den Zeitungsverlag sowie um die Rechnungs- und Personalabteilung, die ausgegliedert wurden. Einer der drei Geschäftsführer der Zeitung ist auch alleiniger Geschäftsführer der Personal- und Rechnungsfirma. Die Geschäftsleitung verwies vergeblich darauf, dass die Personalabteilung nur zu etwa 40 Prozent ihrer Kapazität für den Zeitungsverlag tätig sei. Das Gericht stellte dagegen fest, dass die Tätigkeiten sich vor der Spaltung genauso dargestellt hatten (ArbG Oldenburg 3

BV 8/01). Das LAG Mecklenburg-Vorpommern hat dem Betriebsrat der Ostsee-Zeitung in Rostock bestätigt, dass er für zwei weitere Firmen – nämlich für die Lokalzeitungs-GmbH und das Anzeigenblatt – zuständig ist. Der Geschäftsführer aller drei Firmen ist dieselbe Person.

Den Wahlvorständen, die über Firmengrenzen hinweg wählen lassen wollen, ist zu empfehlen, mit Hilfe eines Rechtsanwalts eine so genannte Schutzschrift beim Arbeitsgericht hinterlegen zu lassen. Diese Schutzschrift wird nur dann zugestellt, wenn die andere Seite eine Einstweilige Verfügung gegen den Wahlvorstand mit dem Ziel, die Betriebsratswahl abbrechen zu lassen, beantragt. Liegt eine Schutzschrift vor, muss das Gericht eine mündliche Verhandlung anberaumen. Liegt keine vor, so wird allein auf Grund der Sachverhaltsdarstellung des Arbeitgebers über den Antrag auf eine Einstweilige Verfügung entschieden. Das LAG Mecklenburg-Vorpommern stellte auch fest, dass eine Einstweilige Verfügung mit dem Ziel, die Betriebsratswahl abbrechen zu lassen, nur dann in Betracht kommt, wenn der Betriebsbegriff eindeutig erkannt worden ist. An dieser Eindeutigkeit fehle es im Falle des Rostocker Konzernverbundes (LAG Mecklenburg-Vorpommern 2 TaBV 5/02).

### **Betriebsteil/Kleinstbetrieb**

Darunter ist eine Betriebsstätte zu verstehen, die zwar vom Hauptbetrieb deutlich abgrenzbar ist, jedoch keine eigenständige Organisation hat, sondern in die des Hauptbetriebs eingegliedert ist (z.B. ist dieser zuständig für Einstellungen, Entlassungen, Lohnbuchhaltung usw.).

Beispiel: Lokal-, Außen- und Bezirksredaktionen, Korrespondenzbüros und Geschäftsstellen.

In einem Betriebsteil ist unter folgenden Voraussetzungen ein eigener Betriebsrat zu wählen:

- Mindestzahl wahlberechtigter und wählbarer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (§ 1 BetrVG und
- weite räumliche Entfernung vom Hauptbetrieb oder
- Eigenständigkeit durch Aufgabenbereich und Organisation.

Eine weite räumliche Entfernung ist dann gegeben, wenn keine ordnungsgemäße Betreuung durch den Betriebsrat des Hauptbetriebs möglich ist. Dies kann bereits dann der Fall sein, wenn ein Betriebsteil zwar kilometermäßig nicht weit vom Hauptbüro entfernt ist, jedoch die Verkehrsbedingungen so ungünstig sind, dass der Betriebsrat des Hauptbetriebs den Betriebsteil nur unter einem erheblichen Zeitaufwand und mit großer Mühe betreuen kann.

### Fazit:

Die Außenstellen eines Verlags wählen den Betriebsrat der Zentrale mit, da sie keine eigenständige Organisation haben und die räumliche Entfernung infolge enger Kontakte auch in der Vergangenheit kein Problem für die ordnungsgemäße Erledigung der Betriebsratsarbeit darstellte.

Trotz weiter räumlicher Entfernung und Eigenständigkeit müssen die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eines Betriebsteils nicht zwangsweise einen eigenen Betriebsrat wählen. Sie können mit Stimmenmehrheit formlos beschließen, an der Wahl des


Betriebsrats im Hauptbetrieb teilzunehmen. Ausreichend ist ein Beschluss im Umlaufverfahren (z.B. eine Unterschriftensammlung).

Die Initiative für eine derartige Unterschriftensammlung kann von drei wahlberechtigten Arbeitnehmern dieses Betriebsteils, einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft oder vom Betriebsrat des Hauptbetriebs veranlasst werden.

Der Wahlvorstand dagegen kann diese Unterschriftenliste nicht initiieren. Der Mehrheitsbeschluss ist dem Betriebsrat eines Hauptbetriebs spätestens zehn Wochen vor Ablauf seiner Amtszeit, d. h. bis zum 5. Januar 2010, mitzuteilen. Dieser Beschluss kann jederzeit widerrufen werden – wenn eine neue Unterschriftenliste mit einer anderen Mehrheit zustande kommt.

Ist ein Betriebsteil zu klein, um einen eigenen Betriebsrat zu wählen (keine fünf Wahlberechtigten, davon drei wählbar), so ist dieser Teil in jedem Fall dem Hauptbetrieb zuzuordnen (sog. Kleinstbetrieb, § 4 Abs. 2 BetrVG).

Redaktion: Gerda Theile

 0228/2 01 72 11; E-Mail: [the@djv.de](mailto:the@djv.de)