

BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 61/10
16 TaBV 57/10
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
27. Juli 2011

BESCHLUSS

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin,

2.

Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 27. Juli 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner, den Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel sowie den ehrenamtlichen Richter Hansen und die ehrenamtliche Richterin Schuh für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerde des Wahlvorstands wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 7. September 2010 - 16 TaBV 57/10 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Beteiligten streiten darüber, ob die im Jahr 2010 eingeleitete Betriebsratswahl abubrechen und dem Wahlvorstand zu untersagen ist, die Wahl erneut einzuleiten. 1

Die antragstellende Arbeitgeberin ist ein Unternehmen, das Gebäudereinigungsarbeiten und sonstige Dienstleistungen für gewerbliche Kunden ausführt. Sie beschäftigt ca. 827 Arbeitnehmer in etwa 350 Objekten. Im Jahr 2008 wurde bei ihr ein dreizehnköpfiger Betriebsrat gewählt. Eines der Betriebsratsmitglieder war der Leiter der Lohnbuchhaltung der Arbeitgeberin M. Das frühere Betriebsratsmitglied S ist der Schwiegervater des Geschäftsführers der Arbeitgeberin. 2

In der Zeit vom 1. März 2010 bis 31. Mai 2010 sollten die regelmäßigen Betriebsratswahlen stattfinden. Die Betriebsratsvorsitzende V lud mit Schreiben vom 26. März 2010 zu einer Betriebsratssitzung am 30. März 2010, 9:00 Uhr, in das DGB-Haus in D, W-Saal, ein. Ersatzmitglieder wurden nicht geladen. In der Tagesordnung waren ua. die Themen genannt: 3

„5. Aufnahme von der BR-Sitzung am 29.01.2010 (Handy) - Ausschluss von der Sitzung am 30.03.2010 von Herrn M und Herrn S mit Beschlussfassung

...

9. Wahl mit anschließendem Beschluss eines Wahlvorstandes für die kommende BR-Neuwahl“

Am 30. März 2010 erschienen alle 13 Mitglieder zu der Betriebsratssitzung. Auch die Gewerkschaftssekretärin der IG Bauen-Agrar-Umwelt B war anwesend. Als über den Tagesordnungspunkt 5 beraten werden sollte, verlangte die Vorsitzende, dass die Betriebsratsmitglieder M und S den Sitzungssaal verlassen sollten. Beide kamen dem nicht nach. Es folgte ein Streitgespräch. Die Vorsitzende sowie die Betriebsratsmitglieder A, E, I, O und U verließen den W-Saal, um in einem anderen Raum über den Ausschluss der Betriebsratsmitglieder M und S zu beraten. Zuvor hatte die Vorsitzende die Betriebsratsmitglieder F, K, R, H und Z aufgefordert, den Betriebsratsmitgliedern zu folgen, die den Saal verließen. Die fünf aufgeforderten Betriebsratsmitglieder hatten das abgelehnt. Nach den Angaben des Wahlvorstands wurde in dem anderen Sitzungssaal beschlossen, die Betriebsratsmitglieder M und S von der Betriebsratssitzung vom 30. März 2010 auszuschließen.

4

Die Vorsitzende und die Betriebsratsmitglieder A, E, I, O und U kehrten danach in den W-Saal zurück und teilten den übrigen Betriebsratsmitgliedern mit, die Betriebsratsmitglieder M und S seien mit sechs Jastimmen und fünf Enthaltungen von der Betriebsratssitzung vom 30. März 2010 ausgeschlossen worden. Dieser Beschluss ist in Nr. 3 eines handschriftlichen Protokolls festgehalten, das von der Vorsitzenden und der Schriftführerin O unterzeichnet wurde. Die Vorsitzende forderte die Betriebsratsmitglieder M und S auf, nun den W-Saal zu verlassen, damit die Betriebsratssitzung fortgeführt werden könne. Die beiden Betriebsratsmitglieder lehnten das ab. Die Vorsitzende sowie die Betriebsratsmitglieder A, E, I, O und U verließen daraufhin erneut den W-Saal, um die Sitzung in einem anderen Raum fortzusetzen. Zuvor hatten sie die Betriebsratsmitglieder F, K, R, H und Z erneut erfolglos aufgefordert, sie zu begleiten. Die Sitzung wurde von der Vorsitzenden sowie den Betriebsratsmitgliedern A, E, I, O und U in dem anderen Sitzungssaal fortgeführt. Auch auf diesen Teil der Betriebsratssitzung geht das handschriftliche Protokoll der Vorsitzenden und der Schriftführerin ein. Die Niederschrift behandelt die Bestellung eines Wahlvorstands nicht. Über die Betriebsratssitzung vom 30. März 2010 wurde ein

5

weiteres Protokoll verfasst, das von den Betriebsratsmitgliedern M und Z unterschrieben wurde.

Mit Schreiben vom 30. März 2010 verlangte der Wahlvorstand von der Arbeitgeberin die erforderlichen Auskünfte, um eine Wählerliste zu erstellen. Die Arbeitgeberin weigerte sich mit der Begründung, ein Wahlvorstand sei nicht ordnungsgemäß gebildet worden. Unter dem 1. April 2010 erließ der Wahlvorstand ein Wahlausschreiben, mit dem die Betriebsratswahl für alle Arbeitnehmer der von der Arbeitgeberin betreuten Objekte eingeleitet wurde.

6

Die Arbeitgeberin hat in dem von ihr am 12. April 2010 eingeleiteten Beschlussverfahren verlangt, die eingeleitete Betriebsratswahl abubrechen, weil der Wahlvorstand nicht wirksam errichtet sei. Der Ausschluss der Betriebsratsmitglieder M und S aus dem Betriebsrat sei unwirksam. Als die Vorsitzende und die Betriebsratsmitglieder A, E, I, O und U den W-Saal zum zweiten Mal verlassen hätten, sei zuvor nicht mitgeteilt worden, in welchem Raum die Sitzung fortgesetzt und dass dort über die Bestellung eines Wahlvorstands abgestimmt werden solle. Die Betriebsratsmitglieder F, K, M, R, H, S und Z hätten gegen einen Wahlvorstand in der jetzigen Besetzung gestimmt, wenn die Betriebsratssitzung am 30. März 2010 mit den Betriebsratsmitgliedern M und S im W-Saal fortgesetzt worden wäre. Die Wahl sei auch deshalb abubrechen, weil das Unternehmen der Arbeitgeberin aufgrund einer Umstrukturierung vom 28. Oktober 2009 in zehn einzelne Betriebe aufgespalten worden sei.

7

Die Arbeitgeberin hat beantragt,

8

dem Wahlvorstand aufzugeben, das eingeleitete Verfahren zur Durchführung der Wahl eines Betriebsrats abubrechen und nicht fortzuführen und auch nicht neu einzuleiten.

Der Wahlvorstand hat beantragt, den Antrag abzuweisen. Er hat behauptet, er sei in der Betriebsratssitzung vom 30. März 2010 bestellt worden, nachdem die sechs Betriebsratsmitglieder zum zweiten Mal den W-Saal verlassen hätten. Der Wahlvorstand bestehe aus der Betriebsratsvorsitzenden V sowie den Betriebsratsmitgliedern A, E, I und O. Das Betriebsratsmitglied S habe die Sitzung vom 30. März 2010 von Beginn an gestört. Herr S habe unter

9

Hinweis auf die Arbeitsunfähigkeit der Betriebsratsvorsitzenden bezweifelt, dass sie aufgrund ihres Tablettenkonsums in der Lage sei, die Tragweite ihres Handelns zu erkennen. Dem hätten sich die anderen, dem Arbeitgeber nahestehenden Betriebsratsmitglieder und vor allem das Betriebsratsmitglied M angeschlossen. Sie hätten die Betriebsratsvorsitzende immer wieder unterbrochen. Die Betriebsratssitzung vom 30. März 2010 habe wegen der Störungen in einen anderen Saal verlegt werden müssen, um die Sitzung ohne die Betriebsratsmitglieder M und S fortzusetzen. Da die Betriebsratsmitglieder F, K, R, H und Z dem nicht nachgekommen seien, habe ihr Verhalten als Stimmenthaltung gewertet werden müssen. Die Fortführung einer Betriebsratswahl dürfe nur dann untersagt werden, wenn die Wahl nichtig und nicht nur anfechtbar sei. Die durchzuführende Wahl sei weder nichtig noch „sicher anfechtbar“.

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag der Arbeitgeberin stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde des Wahlvorstands zurückgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verlangt der Wahlvorstand weiter die Abweisung des Antrags der Arbeitgeberin. 10

B. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses. Für eine abschließende Entscheidung fehlen erforderliche Tatsachenfeststellungen. Die Sache ist deshalb zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. 11

I. Neben der Arbeitgeberin ist nur der Wahlvorstand am Verfahren beteiligt. Die Wahlvorstandsmitglieder sind keine Beteiligten. 12

1. Der Wahlvorstand ist selbst dann am Verfahren beteiligt, wenn seine Bestellung nichtig ist, wie es das Landesarbeitsgericht angenommen hat. 13

a) Nach § 83 Abs. 3 ArbGG haben in einem Beschlussverfahren neben dem Antragsteller diejenigen Stellen ein Recht auf Anhörung, die nach dem Betriebsverfassungsgesetz im einzelnen Fall beteiligt sind. Beteiligte in Angelegenheiten des Betriebsverfassungsgesetzes ist jede Stelle, die durch die begehrte Entscheidung in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsstellung 14

unmittelbar betroffen ist (*für die st. Rspr. BAG 4. Mai 2011 - 7 ABR 3/10 - Rn. 10*).

b) Der Wahlvorstand ist danach am Verfahren beteiligt. Die von der Arbeitgeberin erstrebte Entscheidung betrifft unmittelbar seine Existenz und seine betriebsverfassungsrechtlichen Rechte. 15

2. Die einzelnen Wahlvorstandsmitglieder sind keine Beteiligten des Verfahrens. Es geht nicht um die betriebsverfassungsrechtlichen Rechte der einzelnen Wahlvorstandsmitglieder, sondern um die Existenz und die Rechte des Gremiums. 16

II. Die Rechtsbeschwerde des Wahlvorstands ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht. Der Antrag der Arbeitgeberin ist zulässig. Ob er begründet ist, lässt sich erst beurteilen, wenn weitere Tatsachenfeststellungen getroffen sind. 17

1. Der Antrag der Arbeitgeberin ist zulässig. 18

a) Wie die gebotene Auslegung ergibt, ist das Begehren der Arbeitgeberin als einheitlicher Unterlassungsantrag zu verstehen. Er ist darauf gerichtet, dem Wahlvorstand jede weitere Handlung zu untersagen, die auf die Durchführung der Wahl gerichtet ist. Mit diesem Verständnis ist der Antrag hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 19

b) Die Arbeitgeberin ist antragsbefugt. Sie kann sich mit einem Unterlassungsantrag dagegen wenden, dass der nach ihrer Auffassung nicht wirksam errichtete Wahlvorstand tätig wird (*vgl. schon BAG 3. Juni 1975 - 1 ABR 98/74 - zu II 2 der Gründe, BAGE 27, 163*). Ihre Antragsbefugnis entspricht dem Recht, die spätere Betriebsratswahl nach § 19 Abs. 2 BetrVG anzufechten. 20

c) Der Wahlvorstand ist beteiligtenfähig iSv. § 10 Satz 1 Halbs. 2 ArbGG. Das gilt selbst dann, wenn seine Bestellung nichtig ist. Der Wahlvorstand hält sich für existent. Für das Verfahren, in dem mittelbar über die Nichtigkeit seiner 21

Bestellung gestritten wird, ist er als bestehend zu behandeln und damit beteiligtenfähig.

d) Das Verfahren ist nicht erledigt. Im Betrieb der Arbeitgeberin ist weiter ein Betriebsrat zu wählen. 22

2. Der Senat kann nicht abschließend beurteilen, ob der Antrag der Arbeitgeberin begründet ist. Mit der vom Beschwerdegericht gegebenen Begründung kann dem Unterlassungsantrag nicht stattgegeben werden. Das Landesarbeitsgericht hat zwar im Ergebnis zu Recht erkannt, dass einem in nichtiger Weise errichteten Wahlvorstand untersagt werden kann, weiter tätig zu werden. Die getroffenen Feststellungen lassen aber nicht die Würdigung zu, dass die Errichtung des Wahlvorstands nichtig ist. Es fehlen Feststellungen zu der Frage, ob die sechs Betriebsratsmitglieder, die am 30. März 2010 zweimal den W-Saal verließen, bei ihrem zweiten Aufenthalt in dem anderen Saal des DGB-Hauses in D überhaupt einen Wahlvorstand bestellten. 23

a) Ein Anspruch des Arbeitgebers darauf, die von einem Wahlvorstand eingeleitete Betriebsratswahl abubrechen, kann sich zum einen aus der zu erwartenden Nichtigkeit der Betriebsratswahl ergeben. Die bloße Anfechtbarkeit genügt nicht. Ein Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers besteht zum anderen, wenn das Gremium, das als Wahlvorstand auftritt, in dieser Funktion überhaupt nicht oder in nichtiger Weise bestellt wurde. 24

aa) Der gerichtliche Abbruch einer Betriebsratswahl aufgrund von Mängeln des Wahlverfahrens kommt nur in Betracht, wenn die Wahl voraussichtlich nichtig wäre. 25

(1) Die Frage, unter welchen Voraussetzungen einem Wahlvorstand untersagt werden kann, eine von ihm eingeleitete Betriebsratswahl weiter durchzuführen, ist in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten. Das Bundesarbeitsgericht konnte die Frage bisher nicht klären, weil diese Streitigkeiten regelmäßig in einstweiligen Verfügungsverfahren ausgetragen werden, deren 26

Rechtszüge vor dem Landesarbeitsgericht enden (§ 92 Abs. 1 Satz 3 iVm. § 85 Abs. 2 ArbGG).

(a) Ein Teil der Instanzrechtsprechung und der Literatur nimmt an, im Allgemeinen könne der Abbruch einer laufenden Betriebsratswahl durch einstweilige Verfügung nur angeordnet werden, wenn die eingeleitete Wahl mit Sicherheit als nichtig anzusehen sei (vgl. beispielhaft aus der Instanzrechtsprechung Sächsisches LAG 22. April 2010 - 2 TaBVGa 2/10 - zu II 1 der Gründe, ZBVR online 2010 Nr. 7/8 16 - 19; LAG Baden-Württemberg 9. März 2010 - 15 TaBVGa 1/10 - zu II 3 der Gründe, ZBVR online 2010 Nr. 7/8 12 - 15; grundlegend LAG Baden-Württemberg 20. Mai 1998 - 8 Ta 9/98 - AiB 1998, 401; aus dem Schrifttum zB ErfK/Koch 11. Aufl. § 18 BetrVG Rn. 7; wohl auch Richardi/Thüsing BetrVG 12. Aufl. § 18 Rn. 21). 27

(b) Die noch immer überwiegende Ansicht lässt dagegen bereits die sichere Anfechtbarkeit der Wahl genügen (vgl. bspw. LAG Schleswig-Holstein 7. April 2011 - 4 TaBVGa 1/11 - zu II 2 a aa aE der Gründe; LAG Hamburg 19. April 2010 - 7 TaBVGa 2/10 - zu II 2 b der Gründe, NZA-RR 2010, 585; Hessisches LAG 7. August 2008 - 9 TaBVGa 188/08 - zu II der Gründe; im Schrifttum zB Dzida/Hohenstatt BB-Special 14 Heft 50, 1, 2 bis 4; Fitting 25. Aufl. § 18 Rn. 42; DKKW/Schneider/Homburg 12. Aufl. § 18 Rn. 6; GK-BetrVG/Kreutz 9. Aufl. § 18 Rn. 79 f. mwN; Rieble/Triskatis NZA 2006, 233, 234 bis 236; Veit/Wichert DB 2006, 390, 391; wohl auch Bram FA 2006, 66 ff.; siehe zu weiter differenzierenden Ansichten auch die Übersicht in LAG Baden-Württemberg 9. März 2010 - 15 TaBVGa 1/10 - zu II 2 b der Gründe, ZBVR online 2010 Nr. 7/8 12 - 15). 28

(2) Das Betriebsverfassungsgesetz regelt nicht ausdrücklich, ob und unter welchen Voraussetzungen eine eingeleitete Betriebsratswahl abubrechen ist und wer hierfür anspruchsberechtigt ist. Ausdrücklich geregelt ist in § 19 Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG nur die Anfechtung einer durchgeführten Wahl. Obwohl eine ausdrückliche gesetzliche Anspruchsgrundlage fehlt, ergibt sich aus dem gesetzlichen Gesamtzusammenhang, dass jedenfalls der Arbeitgeber es unterbinden kann, wenn in seinem Betrieb eine nichtige Betriebsratswahl 29

durchgeführt wird. Er kann verlangen, die nichtige Wahl zu unterlassen. Die voraussichtliche Anfechtbarkeit der Wahl genügt für den Unterlassungsanspruch dagegen nicht.

(a) Der Arbeitgeber hat Anspruch darauf, dass eine nichtige Betriebsratswahl nicht durchgeführt wird. Die mit der Durchführung einer Betriebsratswahl verbundenen Maßnahmen berühren den Arbeitgeber als Betriebsinhaber unmittelbar in seinem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Zugleich werden ihm im Zusammenhang mit der Wahl Pflichten auferlegt (*vgl. zB § 2 Abs. 2 Satz 1 WO*). Ferner hat er nach § 20 Abs. 3 Satz 1 BetrVG die Kosten der Wahl zu tragen. Schon daraus ergibt sich, dass der Arbeitgeber in seinem Betrieb verlangen kann, eine nichtige Betriebsratswahl nicht durchzuführen. Der Fall verlangt keine Entscheidung darüber, ob das in gleicher Weise für die weiteren in § 19 Abs. 2 Satz 1 BetrVG genannten Anfechtungsberechtigten gilt. 30

(b) Die voraussichtliche Anfechtbarkeit der Wahl genügt für einen Anspruch auf Abbruch der Wahl demgegenüber nicht. 31

(aa) Der Antragsteller könnte sonst mit dem gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehenen Unterlassungsantrag mehr erreichen als mit der gesetzlich vorgesehenen Wahlanfechtung. Eine erfolgreiche Wahlanfechtung hat nach § 19 Abs. 1 BetrVG keine rückwirkende Kraft, sondern wirkt nur für die Zukunft. Bis zum rechtskräftigen Abschluss des Wahlanfechtungsverfahrens bleibt auch ein nicht ordnungsgemäß gewählter Betriebsrat mit allen betriebsverfassungsrechtlichen Befugnissen im Amt. 32

(bb) Würde schon im Fall der voraussichtlich sicheren Anfechtbarkeit der bevorstehenden Wahl ein Abbruch zugelassen, würde verhindert, dass zumindest vorläufig ein Betriebsrat zustande kommt, wie es das Betriebsverfassungsgesetz vorsieht. Damit würde ein betriebsratsloser Zustand aufrechterhalten, der nach der Konzeption des Betriebsverfassungsgesetzes lediglich bei einer nichtigen Wahl eintreten darf. Das Betriebsverfassungsgesetz will betriebsratslose Zustände möglichst vermeiden (*vgl. BAG 31. Mai 2000 - 7 ABR*) 33

78/98 - zu B IV 3 a der Gründe, BAGE 95, 15). Das zeigen nicht nur die gesetzlichen Regelungen des Übergangs- und des Restmandats in §§ 21a und 21b BetrVG sowie der Weiterführung der Geschäfte des Betriebsrats nach § 22 BetrVG. Der Gesetzeszweck kommt auch in § 1 BetrVG zum Ausdruck. Die Bestimmung lässt den Willen des Gesetzgebers erkennen, dass möglichst in jedem betriebsratsfähigen Betrieb ein Betriebsrat besteht. Die Vorschriften, die die Betriebsratswahl regeln, sind daher so auszulegen, dass der Gesetzeszweck, Betriebsräte zu bilden, möglichst erreicht wird (vgl. schon BAG 14. Dezember 1965 - 1 ABR 6/65 - zu 5 a der Gründe, BAGE 18, 41).

(cc) Die Möglichkeit des vorzeitigen Abbruchs einer voraussichtlich nur anfechtbaren Wahl würde auch der Konzeption nicht gerecht, die in § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG zum Ausdruck kommt. Danach ist die Wahlanfechtung nur binnen einer Frist von zwei Wochen, vom Tag der Bekanntgabe des Wahlergebnisses an gerechnet, zulässig. Macht innerhalb dieser Frist keiner der Anfechtungsberechtigten von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch, können Fehler bei der Wahl des Betriebsrats - mit Ausnahme der Nichtigkeit der Wahl - nicht mehr geltend gemacht werden. Durch den vorzeitigen Abbruch der Wahl würde dem Anfechtungsberechtigten von vornherein die Möglichkeit genommen, die Frist verstreichen und die Wahl unangefochten zu lassen.

34

(dd) Auch die Grundsätze, die für politische Wahlen gelten, sprechen dafür, den Abbruch der Wahl auf Fälle der Nichtigkeit zu beschränken. Entscheidungen und Maßnahmen, die sich unmittelbar auf das Wahlverfahren zum Deutschen Bundestag beziehen, können nach § 49 BWahlG nur mit den im Bundeswahlgesetz und in der Bundeswahlordnung vorgesehenen Rechtsbehelfen sowie im Wahlprüfungsverfahren angefochten werden. Gegen interne Entscheidungen des Wahlorgans kann außerhalb des Wahlprüfungsverfahrens, das nach Abschluss des Wahlverfahrens erfolgt, kein gerichtlicher Rechtsschutz erlangt werden (vgl. nur BVerfG 1. September 2009 - 2 BvR 1928/09, 2 BvR 1937/09 - Rn. 3 bis 14 mwN; s. auch Nießen Fehlerhafte Betriebsratswahlen S. 374 f., der auf S. 377 ff. eine - vollständige - Übertragung der Grundsätze politischer Wahlen auf Betriebsratswahlen ablehnt). Betriebsratswahlen

35

sind zwar nicht so komplex wie Bundestagswahlen (*vgl. dazu BVerfG 1. September 2009 - 2 BvR 1928/09, 2 BvR 1937/09 - Rn. 4*). Bei § 49 BWahlG handelt es sich gleichwohl um die Konkretisierung eines allgemeinen für Wahlrechtsangelegenheiten geltenden Grundsatzes (*vgl. für eine Landtagswahl BVerfG 15. Mai 1963 - 2 BvR 194/63 - BVerfGE 16, 128; für eine Stadtratswahl BVerfG 20. Oktober 1960 - 2 BvQ 6/60 - BVerfGE 11, 329*).

bb) Der Arbeitgeber kann zudem verlangen, dass die weitere Durchführung der Wahl unterlassen wird, wenn das Gremium, das sich als Wahlvorstand geriert, in dieser Funktion überhaupt nicht bestellt wurde oder seine Bestellung nichtig ist. Handlungen eines inexistenten Wahlvorstands muss der Arbeitgeber in seinem Betrieb nicht hinnehmen. 36

b) Hier sind die von der Arbeitgeberin geltend gemachten Mängel - bis auf die Frage der wirksamen Bestellung des Wahlvorstands - nicht so schwerwiegend, dass sie die Nichtigkeit der Wahl begründen könnten. Auch die bislang feststellbaren Fehler bei der Bestellung des Wahlvorstands sind nicht derart gewichtig, dass sie die Nichtigkeit der Betriebsratswahl zur Folge hätten. Der Senat kann aber nicht abschließend beurteilen, ob der Wahlvorstand überhaupt bestellt wurde. Sollte das nicht der Fall sein, wäre dem Gremium, das als Wahlvorstand auftritt, zu untersagen, die Wahl durchzuführen. 37

aa) Die Betriebsratswahl ist im Entscheidungsfall voraussichtlich nicht nichtig. 38

(1) Eine Betriebsratswahl ist nur in ganz besonderen Ausnahmefällen nichtig. Voraussetzung dafür ist, dass gegen allgemeine Grundsätze jeder ordnungsgemäßen Wahl in so hohem Maß verstoßen wird, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl nicht mehr besteht. Es muss sich um einen offensichtlichen und besonders groben Verstoß gegen Wahlvorschriften handeln (*vgl. für die st. Rspr. BAG 21. Juli 2004 - 7 ABR 57/03 - zu B II 1 b bb (1) der Gründe mwN, AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 15 = EzA BetrVG 2001 § 4 Nr. 1*). 39

- (2) Diesen hohen Anforderungen ist nicht genügt. Sollte der Betriebsbegriff mit Blick auf die von der Arbeitgeberin behauptete Betriebsaufspaltung vom 28. Oktober 2009 verkannt sein, führt dieser Mangel nicht dazu, dass die eingeleitete Betriebsratswahl sicher nichtig ist. Auch die Fehler bei der Bestellung des Wahlvorstands sind nicht so schwerwiegend, dass sie die Nichtigkeit der Betriebsratswahl zur Folge hätten. 40
- (a) Die mögliche Verkennung des Betriebsbegriffs führt nicht zur Nichtigkeit der Betriebsratswahl. 41
- (aa) Der Ausnahmefall einer von Anfang an unwirksamen Betriebsratswahl ist bei einer Wahl, die unter Verkennung des Betriebsbegriffs durchgeführt wird, grundsätzlich nicht anzunehmen. Die Verkennung des Betriebsbegriffs hat in der Regel nicht die Nichtigkeit, sondern nur die Anfechtbarkeit der darauf beruhenden Betriebsratswahl zur Folge. Bei der Bestimmung des Betriebsbegriffs und seiner Anwendung auf die konkrete betriebliche Organisation ist eine Vielzahl von Gesichtspunkten zu beachten. Das erfordert eine auf den jeweiligen Einzelfall bezogene Entscheidung. Kommt es bei diesem Prozess zu Fehlern, sind sie regelmäßig nicht derart grob und offensichtlich, dass der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl nicht besteht (*vgl. etwa BAG 19. November 2003 - 7 ABR 25/03 - zu C I 1 der Gründe mwN, AP BetrVG 1972 § 19 Nr. 55 = EzA BetrVG 2001 § 19 Nr. 1*). 42
- (bb) Die Tatsachengrundlage einer möglichen Aufspaltung des ursprünglich einheitlichen Betriebs in zehn selbständige Betriebe aufgrund der von der Arbeitgeberin behaupteten Umstrukturierung vom 28. Oktober 2009 war zwischen der Arbeitgeberin und einem Teil der Mitglieder des früheren Betriebsrats umstritten. In einem solchen Fall kann wegen der stets nötigen Gesamtwürdigung der Einzelfallumstände nicht von einem derart groben und evidenten Verstoß ausgegangen werden, der selbst den Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Betriebsratswahl ausschliesse. 43
- (b) Die bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts rechtfertigen es nicht anzunehmen, die Betriebsratswahl sei voraussichtlich deshalb nichtig, 44

weil der Wahlvorstand wegen gravierender Fehler bei seiner Bestellung rechtlich inexistent sei. Dabei kann offenbleiben, ob die nichtige Bestellung des Wahlvorstands stets zur Nichtigkeit der Betriebsratswahl führt. Die bislang festgestellten Mängel bei der Bestellung des Wahlvorstands sind hier jedenfalls nicht so gewichtig, dass sie die Nichtigkeit der Bestellung zur Folge hätten.

(aa) Auch die Frage der zwingenden Folge der Nichtigkeit einer eingeleiteten Betriebsratswahl aufgrund der nichtigen Bestellung des Wahlvorstands wird in Rechtsprechung und Schrifttum kontrovers diskutiert. Ein Teil der Instanzrechtsprechung und der Literatur nimmt die Nichtigkeit der Betriebsratswahl infolge einer nichtigen Bestellung des Wahlvorstands an (vgl. zB *LAG Köln 10. März 2000 - 13 TaBV 9/00 - zu II 3 der Gründe*, *LAGE BetrVG 1972 § 3 Nr. 6*; *GK-BetrVG/Kreutz § 16 Rn. 5*; *grundlegend Nießen S. 137 ff., 141 ff. mwN*). Ein anderer Teil der Instanzrechtsprechung und des Schrifttums verlangt über die Nichtigkeit der Bestellung des Wahlvorstands hinaus zusätzliche Umstände, um die Nichtigkeit der eingeleiteten Betriebsratswahl annehmen zu können (vgl. zB *LAG Berlin 8. April 2003 - 5 TaBV 1990/02 - zu II 3 c der Gründe*, *NZA-RR 2003, 587*; *LAG Nürnberg 29. Juli 1998 - 4 TaBV 12/97 - zu II der Gründe*; *Fitting § 19 Rn. 5*; *grundlegend Jacobs Die Wahlvorstände S. 124 ff. mwN*). Das Bundesarbeitsgericht hat die Frage bisher offengelassen (vgl. *BAG 19. November 2003 - 7 ABR 25/03 - zu C I 3 der Gründe mwN*, *AP BetrVG 1972 § 19 Nr. 55 = EzA BetrVG 2001 § 19 Nr. 1*). Auch dieser Fall verlangt nicht, die Frage abschließend zu beantworten. 45

(bb) Die bislang festgestellten Fehler bei der Bestellung des Wahlvorstands sind nicht so schwerwiegend, dass sie zur Nichtigkeit der Bestellung führten. 46

(aaa) Zwischen der nur fehlerhaften und der darüber hinaus nichtigen Bestellung des Wahlvorstands ist sorgfältig zu unterscheiden. Im Fall eines (*einfachen*) Errichtungsfehlers bleibt die Bestellung des Wahlvorstands wirksam. Die von ihm durchgeführte Betriebsratswahl kann dann zwar anfechtbar sein, sie ist aber nicht nichtig. Die Nichtigkeit der Bestellung des Wahlvorstands ist auf ausgesprochen schwerwiegende Errichtungsfehler beschränkt, die dazu führen, dass das Gremium rechtlich inexistent ist. Eine nur fehlerhafte Bestellung 47

genügt nicht. Erforderlich ist vielmehr, dass gegen allgemeine Grundsätze jeder ordnungsgemäßen Errichtung in so hohem Maß verstoßen wurde, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Bestellung des Wahlvorstands nicht mehr besteht. Es muss sich um einen offensichtlichen und besonders groben Verstoß gegen die Bestellungs Vorschriften der §§ 16 bis 17a BetrVG handeln. Für die Beschränkung der nichtigen Bestellung auf ungewöhnliche Ausnahmefälle spricht vor allem das vom Betriebsverfassungsgesetz geschützte Interesse daran, betriebsratslose Zustände zu vermeiden, das insbesondere in §§ 1, 21a, 21b und 22 BetrVG zum Ausdruck kommt. Maßnahmen, die eine Betriebsratswahl vorbereiten sollen, dürfen nicht unnötig erschwert werden. Das gilt für die Bestellung des Wahlvorstands umso mehr, als dessen Kompetenzen nach §§ 18 und 18a BetrVG eng begrenzt sind. Seine Pflichten werden durch das Betriebsverfassungsgesetz und die Wahlordnung genau umrissen (*vgl. bereits BAG 14. Dezember 1965 - 1 ABR 6/65 - zu 5 a der Gründe, BAGE 18, 41*).

(bbb) Nach diesen Grundsätzen rechtfertigen die bisherigen tatsächlichen Feststellungen nicht die Beurteilung, dass die Bestellung des Wahlvorstands nichtig ist. 48

(aaaa) Aufgrund der Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist allerdings davon auszugehen, dass der Wahlvorstand nicht mit der nach § 33 Abs. 1 Satz 1 BetrVG erforderlichen Mehrheit der Stimmen der anwesenden Betriebsratsmitglieder bestellt wurde. Der frühere Betriebsrat hat zum einen verkannt, dass der vollständige Ausschluss der Betriebsratsmitglieder M und S aus dem Betriebsrat ein Ausschlussverfahren nach § 23 Abs. 1 BetrVG voraussetzt. Er hat zum anderen nicht beachtet, dass für zeitweilig verhinderte Betriebsratsmitglieder nach § 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG Ersatzmitglieder heranzuziehen sind. Er ist schließlich auch zu Unrecht davon ausgegangen, die im W-Saal verbliebenen weiteren fünf Betriebsratsmitglieder enthielten sich dadurch ihrer Stimme. 49

(bbbb) Die Bestellung eines Wahlvorstands durch die Minderheit der Betriebsratsmitglieder ist auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen aber kein solch gravierender Verstoß gegen die Bestellungsbestimmungen der §§ 16 50

bis 17a BetrVG, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Bestellung des Wahlvorstands nicht mehr besteht. Die Fehler bei der Bestellung des Wahlvorstands waren hier erheblich. Der ehemaligen Betriebsratsvorsitzenden und den Betriebsratsmitgliedern, die sie in den anderen Saal begleiteten, ging es jedoch ersichtlich darum, ihrer Pflicht zur Bestellung des Wahlvorstands nachzukommen. Eine andere Beurteilung könnte dann geboten sein, wenn die Bestellung durch die Minderheit der Betriebsratsmitglieder auf dem machttaktischen oder willkürlichen Kalkül beruht hätte, die Mehrheit durch die Minderheit zu majorisieren. Dafür bestehen nach den unangegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts und dem Vortrag der Arbeitgeberin keine ausreichenden Anhaltspunkte. Der sog. Ausschluss der Betriebsratsmitglieder M und S von der Sitzung vom 30. März 2010 war nach Nr. 3 des handschriftlichen Protokolls der Betriebsratsvorsitzenden V und der Schriftführerin O vielmehr insbesondere auf angenommene unbefugte Tonaufnahmen einer Betriebsratssitzung zurückzuführen. Das ergibt sich aus den in Nr. 1 der Niederschrift enthaltenen Gründen für ein angestrebtes Ausschlussverfahren vor dem Arbeitsgericht. Die sechs Betriebsratsmitglieder verließen den W-Saal, weil sie annahmen, die Betriebsratssitzung wegen der behaupteten erheblichen Störungen der Betriebsratsmitglieder M und S nicht ordnungsgemäß durchführen zu können. Sie forderten die übrigen fünf Betriebsratsmitglieder zudem erfolglos auf, sie in den anderen Saal zu begleiten.

bb) Unabhängig von einer voraussichtlichen Nichtigkeit der eingeleiteten Betriebsratswahl hat der Arbeitgeber Anspruch darauf, dass die Durchführung der Wahl unterlassen wird, wenn das Gremium, das als Wahlvorstand auftritt, in dieser Funktion überhaupt nicht bestellt wurde oder seine Bestellung nichtig ist. Von einer nichtigen Bestellung des Wahlvorstands kann hier aus den genannten Gründen nicht ausgegangen werden. Nicht festgestellt ist aber, ob am 30. März 2010 während des zweiten Aufenthalts der Betriebsratsmitglieder A, E, I, O, U und V in einem anderen Saal als dem W-Saal überhaupt ein Wahlvorstand bestellt wurde. Das handschriftliche Protokoll der Betriebsratsvorsitzenden V und der Schriftführerin O über die Betriebsratssitzung, die am

51

30. März 2010 außerhalb des W-Saal abgehalten wurde, weist keinen Beschluss aus, mit dem ein Wahlvorstand bestellt wurde. Die Verfahrensbevollmächtigte des Wahlvorstands hat in der Anhörung vor dem Senat erklärt, die Betriebsratsmitglieder A, E, I, O, U und V hätten in Abwesenheit der übrigen Betriebsratsmitglieder durch Beschluss den Wahlvorstand bestellt, nachdem sie den W-Saal zum zweiten Mal verlassen hätten. Die Verfahrensbevollmächtigte der Arbeitgeberin konnte dieses Vorbringen nicht unstreitig stellen. Das Landesarbeitsgericht wird den Umstand deshalb aufzuklären haben.

Linsenmaier

Kiel

Gallner

Schuh

Hansen