

**Landesarbeitsgericht Schleswig-
Holstein**

Aktenzeichen: 4 TaBVGa 1/12

5 BVGa 13/12 ArbG Lübeck

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 05.04.2012

gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Beschluss

Im Namen des Volkes

Im Beschlussverfahren mit den Beteiligten

pp.

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die Anhörung der Beteiligten am 05.04.2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer **b e s c h l o s s e n :**

Die Beschwerde der Beteiligten zu 1) gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Lübeck vom 28.02.2012 – 5 BVGa 13/12 – wird zurückgewiesen.

G r ü n d e :

I.

Die Beteiligten streiten im Wege der einstweiligen Verfügung darüber, ob eine für April 2012 geplante Betriebsratswahl abubrechen ist. Die Beteiligte zu 1) und Antragstellerin ist die im Betrieb der Beteiligten zu 3) (Arbeitgeberin) vertretene Gewerkschaft. Der Beteiligte zu 2) ist der für die beabsichtigte Betriebsratswahl gebildete Wahlvorstand.

Die Arbeitgeberin, ein überregional tätiges Dienstleistungsunternehmen, das hauptsächlich verschiedene Reinigungsleistungen anbietet, hat ihre Unternehmenszentrale in L... . Dort befindet sich auch die Filiale L... . Weitere Filialen gibt es in Ki..., F..., Re..., H..., Ha..., Han..., E..., K..., B..., Ro..., Sch..., N..., Ne..., B..., St... und M...

Am 08. Juni 2010 fand im Betrieb der Arbeitgeberin eine „bundesweite“ Betriebsratswahl für einen 29köpfigen Betriebsrat statt. Auf den Antrag der Gewerkschaft erklärte das Arbeitsgericht Lübeck die Wahl mit Beschluss vom 10.12.2010 (4 BV 56/10) aufgrund formaler Fehler für unwirksam. Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

(5 TaBV 3/11) wies mit Beschluss vom 15.09.2011 die Beschwerde gegen die erstinstanzliche Entscheidung zurück, ließ die von der Gewerkschaft im Rahmen des Wahlanfechtungsverfahrens aber ebenfalls geltend gemachte Verkennung des Betriebsbegriffs dahingestellt.

Der Betriebsrat legte gegen die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts beim Bundesarbeitsgericht die Nichtzulassungsbeschwerde ein.

Am 25.10.2011 lud der Betriebsrat zu einer Betriebsratssitzung am 15.11.2011 ein. Die Einladung enthält als Tagesordnungspunkt nicht die Wahl eines Wahlvorstandes.

Ausweislich des Protokolls der Betriebsratssitzung vom 15.11.2011 nahmen an der Sitzung 16 Mitglieder teil. In Ziffer 3. des Protokolls heißt es:

„Wenn Beschwerde abgelehnt, dann nach Erfurt
(Anwalt hat Beschwerde eingelegt gegen das Urteil)
- einstimmig dafür (nach Erfurt) –

Frau M... rät an, vorsichtshalber schon einen Wahlvorstand neu zu wählen, da wir zum jetzigen Zeitpunkt nicht wissen, ob die Beschwerde beim Gericht zugelassen wird. Sollte es negativ enden, könnten wir gleich eine Neuwahl starten. Der neu gewählte Vorstand setzt sich wie folgt zusammen:

Wahlvorstandssitzende: M.H...
1. Wahlvorstandsmitglied: W.P...
2. Wahlvorstandsmitglied: C.M...

Der Wahlvorstand wurde einstimmig gewählt.“

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Beschluss vom 03.01.2012 (7 ABN 96/11) die Nichtzulassungsbeschwerde als unzulässig verworfen.

Mit Wahlausschreiben vom 13.02.2012 teilte der Wahlvorstand mit, er habe in seiner Sitzung vom 27.01.2012 den Erlass eines Wahlausschreibens beschlossen, wonach die Betriebsratswahl am 17.04.2012 stattfindet. Dem Wahlausschreiben lässt sich entnehmen, dass für alle Filialen ein einheitlicher Betriebsrat gewählt werden soll.

Die Gewerkschaft hat mit Antragsschrift vom 23.02.2012 ein einstweiliges Verfügungsverfahren eingeleitet mit dem Ziel, dem Wahlvorstand aufzugeben, die eingeleitete Betriebsratswahl abubrechen.

Wegen der in erster Instanz vorgetragenen Argumente der Beteiligten und der dort gestellten Anträge wird Bezug genommen auf den darstellenden Inhalt der angefochtenen erstinstanzlichen Entscheidung.

Das Arbeitsgericht hat den Antrag zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, es sei nicht erkennbar, dass die geplante Betriebsratswahl mit Sicherheit nichtig sein werde. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird Bezug genommen auf die rechtlichen Ausführungen der arbeitsgerichtlichen Entscheidung.

Die Gewerkschaft hat gegen diesen ihr am 02.03.2012 zugestellten Beschluss am 19.03.2012 Beschwerde eingelegt und diese sogleich begründet.

Die Gewerkschaft vertritt die Auffassung, das Arbeitsgericht habe verkannt, dass eine Wahl auch dann abubrechen sei, wenn das Gremium, das als Wahlvorstand auf trete, in dieser Funktion überhaupt nicht bestellt wurde oder seine Bestellung nichtig sei. Davon sei hier auszugehen. Der Betriebsrat sei nicht legitimiert gewesen, einen Wahlvorstand zu bestellen. Eine solche Berechtigung hätte sich für ihn nur ergeben, wenn er zuvor zurückgetreten wäre. Ein nicht zurückgetreter Betriebsrat dürfe einen Wahlvorstand aber nicht „quasi auf Vorrat“ bestellen. Außerdem sei der Betriebsrat auch nicht berechtigt gewesen, in der Sitzung vom 15.11.2011 einen Wahlvorstand zu bestellen, weil die Einladung zu dieser Sitzung einen entsprechenden Tagesordnungspunkt nicht vorgesehen habe. Ein Fehler bei der Beschlussfassung führe zur Nichtigkeit des Beschlusses. Die Fehler seien insgesamt derart gravierend, dass hier davon auszugehen sei, dass ein Wahlvorstand überhaupt nicht bestellt wurde beziehungsweise mangels gesetzlicher Grundlage sei der Wahlvorstand schlicht nicht existent.

Die Beteiligten zu 2). und 3). beantragen,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigen die erstinstanzliche Entscheidung und vertreten die Auffassung, die Bestellung des Wahlvorstandes sei nicht fehlerhaft, jedenfalls seien etwaige – zu be-
streitende – Fehler nicht derart gravierend, dass die Bestellung des Wahlvorstandes
nichtig sei.

Wegen der weiteren in der Beschwerdeinstanz vorgetragenen streitigen Rechtsauf-
fassungen wird Bezug genommen auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze.

II.

Die Beschwerde der Gewerkschaft ist zulässig. Sie ist statthaft und frist- und formge-
recht eingelegt und begründet worden. In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg.
Das Arbeitsgericht hat zutreffend den Antrag der Gewerkschaft zurückgewiesen. Die
Angriffe der Beschwerde rechtfertigen keine Abänderung der erstinstanzlichen Ent-
scheidung.

1. Die Gewerkschaft ist antragsberechtigt. Zwar regelt das Betriebsverfassungsgesetz nicht ausdrücklich, wer dafür anspruchsberechtigt ist, im Wege der einstweiligen Verfügung den Abbruch einer Betriebsratswahl zu begehren. Ausdrücklich geregelt ist in § 19 Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG nur die Anfechtung einer durchgeführten Wahl. Das Bundesarbeitsgericht hat mit Beschluss vom 27.07.2011 (- 7 ABR 61/10 -, zitiert nach juris Rn. 29, 30) offen gelassen, ob neben dem Arbeitgeber in gleicher Weise auch die weiteren in § 19 Abs. 2 Satz 1 BetrVG genannten Anfechtungsberechtigten im Rahmen einer einstweiligen Verfügung auf Abbruch der Wahl anspruchsberechtigt sind.

Die Beschwerdekammer vertritt insoweit allerdings die Auffassung, dass sich die Ant-
tragsberechtigung für eine einstweilige Verfügung wegen der weitgehend übereins-

timhenden Zielsetzung zwischen dem vorgeschalteten Kontrollverfahren und einem Anfechtungsverfahren aus der analogen Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 1 BetrVG ergibt. Die Beschwerdekammer schließt sich insoweit der von Kreutz vertretenen Auffassung an (Kreutz in GK-BetrVG, 9. Auflage, § 18 Rn. 68 mit Hinweis auf weitere Literatur).

2. Dem Wahlvorstand ist jedoch nicht aufzugeben, die geplante Wahl abzubrechen. Der diesbezügliche Antrag der Gewerkschaft ist unbegründet.

a. Die Beschwerdekammer nimmt den Beschluss des 7. Senates vom 27. Juli 2011 (7 ABR 61/10) zur Kenntnis, wonach ein Anspruch auf Abbruch der Wahl nicht mit der bloßen sicheren Anfechtbarkeit der Wahl begründet werden kann, vielmehr die zu erwartende Nichtigkeit der Betriebsratswahl erforderlich ist beziehungsweise wenn das Gremium, das als Wahlvorstand auftritt, in dieser Funktion überhaupt nicht oder in nichtiger Weise bestellt wurde.

Das Bundesarbeitsgericht hat damit entgegen der wohl überwiegenden Ansicht der Landesarbeitsgerichte und der Literatur nicht allein die bereits sichere Anfechtbarkeit genügen lassen, um eine einstweilige Verfügung auf Abbruch der Wahl zu akzeptieren. Die Beschwerdekammer hat Zweifel, ob diese Sicht des 7. Senats mit der ausgeführten Begründung zwingend ist. Die Beschwerdekammer sieht insoweit nicht unbedingt einen Wertungswiderspruch zu § 19 BetrVG. Dass die Ungültigerklärung des Wahlergebnisses im Wahlanfechtungsverfahren mit ex-nunc-Wirkung erfolgt, dient wohl eher der Rechtssicherheit, nicht aber der Vermeidung der Betriebsratslosigkeit. Darauf weist Kreutz zutreffend hin (Kreutz in GK-BetrVG, § 18 Rn. 80). Im Übrigen hat die 4. Kammer des hiesigen Landesarbeitsgerichts bereits mit Beschluss vom 19.03.2010 (4 TaBVGa 5/10) die Auffassung vertreten, bei dem vorgeschalteten Wahlabbruchverfahren handele es sich um einen anderen Streitgegenstand als jenen der nachträglichen Wahlanfechtung. Diese sei nicht Hauptsache für die einstweilige Verfügung im Wahlverfahren. Wer den Wahlakt durch vorläufigen Rechtsschutz verhindere, beseitige ihn nicht und stehe damit nicht im Widerspruch zu § 19 BetrVG. Es sei zu unterscheiden zwischen vorherigem Unterlassungsrechtsschutz und nach-

träglichem Beseitigungsrechtsschutz. Die materiellen Voraussetzungen seien unterschiedlich.

Trotz der damit bei der Beschwerdekammer bestehenden Zweifel daran, ob die Sichtweise des 7. Senats des Bundesarbeitsgerichts zwingend ist, sieht sich die Beschwerdekammer – jedenfalls im einstweiligen Verfügungsverfahren – aus Gründen der Wahrung der Rechtseinheit an der Rechtsauffassung des Bundesarbeitsgerichts gebunden. Eine etwaige abweichende Rechtsauffassung der Beschwerdekammer könnte im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht zur Überprüfung des Bundesarbeitsgerichts gestellt werden. Der Grundsatz der Wahrung der Rechtseinheit verlangt insoweit - jedenfalls bei einstweiligen Verfügungsverfahren - die Ansicht des 7. Senats zu akzeptieren.

b. Die Gewerkschaft hätte folglich auf der Grundlage der Rechtsprechung des 7. Senats nur dann einen Anspruch auf Abbruch der Wahl, wenn entweder der Wahlvorstand überhaupt nicht bestellt wurde oder seine Bestellung nichtig wäre.

aa. Davon, dass der Wahlvorstand überhaupt nicht bestellt wurde, kann keine Rede sein. Ausweislich des Protokolls vom 15.11.2011 wurde der Wahlvorstand gewählt.

bb. Die Bestellung dieses Wahlvorstandes war auch nicht nichtig. Sie war möglicherweise allenfalls fehlerhaft.

Nach der Rechtsprechung des 7. Senats des Bundesarbeitsgerichts (Beschluss vom 27.07.2011 – 7 ABR 61/10 – zitiert nach juris Rn. 47) ist zwischen der nur fehlerhaften und der darüber hinaus nichtigen Bestellung des Wahlvorstandes sorgfältig zu unterscheiden. Im Fall eines (einfachen) Errichtungsfehlers bleibt die Bestellung des Wahlvorstandes wirksam. Die von ihm durchgeführte Betriebsratswahl kann dann zwar anfechtbar sein, sie ist aber nicht nichtig. Die Nichtigkeit der Bestellung des Wahlvorstandes ist auf ausgesprochen schwerwiegende Errichtungsfehler beschränkt, die dazu führen, dass das Gremium rechtlich inexistent ist. Eine nur fehlerhafte Bestellung genügt nicht. Erforderlich ist vielmehr nach der Rechtsprechung des 7. Senats, dass gegen allgemeine Grundsätze jeder ordnungsgemäßen Errichtung in

so hohem Maß verstoßen wurde, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Bestellung des Wahlvorstandes nicht mehr besteht. Es muss sich um einen offensichtlichen und besonders groben Verstoß gegen die Bestellungs Vorschriften der §§ 16 bis 17 a BetrVG handeln (BAG, Beschluss vom 27.07.2011 – 7 ABR 61/10 – Rn. 47).

Solche ungewöhnlichen Ausnahmefälle liegen hier nicht vor.

(1). Die Gewerkschaft beanstandet möglicherweise zwar zu Recht, dass anlässlich der Sitzung des Betriebsrates vom 15.11.2011 ein Wahlvorstand gewählt wurde, obwohl die Einladung zur Betriebsratssitzung einen entsprechenden Tagesordnungspunkt nicht enthielt.

Außer der Ladung als solcher ist für die Beschlussfassung des Betriebsrats grundsätzlich die rechtzeitige Mitteilung der Tagesordnung notwendig (Fitting u.a., Betriebsverfassungsgesetz, 26. Aufl., § 33 Rn. 24). Dies darf jedoch nicht dahin verstanden werden, dass über einen Punkt, der nicht auf der Tagesordnung genannt wird, nicht ein wirksamer Beschluss gefasst werden kann. Allerdings setzt dies das einstimmige Einverständnis des vollzählig versammelten Betriebsrates voraus. Dies ist die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

Daran fehlte es bei der Beschlussfassung vom 15.11.2011. Zwar wurde der Wahlvorstand einstimmig von den anwesenden Mitgliedern gewählt, es waren jedoch nur 16 von 29 Betriebsratsmitgliedern anwesend, so dass keine Rede sein kann vom einstimmigen Einverständnis des vollzählig versammelten Betriebsrates.

Dieser Fehler führt allerdings nicht nur Nichtigkeit der Beschlussfassung. Denn es handelt sich nicht um einen Fehler mit der Maßgabe, dass gegen allgemeine Grundsätze jeder ordnungsgemäßen Errichtung in so hohem Maß verstoßen wurde, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Bestellung des Wahlvorstandes nicht mehr bestand.

Insoweit ist nämlich zu beachten, dass es durchaus gewichtige Stimmen in der Literatur gibt, die die Auffassung vertreten, es reiche aus, wenn sich die Mehrheit der Betriebsratsmitglieder mit der Behandlung des Punktes einverstanden erkläre (so Fitting u.a., Betriebsverfassungsgesetz, 26. Aufl., § 33 Rn. 24 mit Hinweis auf DKKW-Wedde, § 33 Rn. 13).

Angesichts dieser in der Literatur existenten Rechtsauffassung kann keine Rede davon sein, dass die immerhin einstimmige Wahl des Wahlvorstandes durch den wenn auch nicht vollständig anwesenden jedoch beschlussfähigen Betriebsrat ein offensichtlicher und besonders grober Verstoß gegen die Bestellungs Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes ist.

Zudem ist wesentlich, dass die anwesenden Betriebsratsmitglieder bei der einstimmigen Wahl des Wahlvorstandes am 15. November 2011 nicht etwa aus einem machttaktischen oder willkürlichen Kalkül die Notwendigkeit der einstimmigen Ergänzung der Tagesordnung durch den vollzählig versammelten Betriebsrat missachteten. Vielmehr dürften sie – wie sich aus dem Protokoll ergibt – lediglich der möglicherweise fehlerhaften Einschätzung der Betriebsrätin M... gefolgt sein, vor- sichtlich schon einen Wahlvorstand neu zu wählen. Ein solches Vorgehen ist dann aber allenfalls fehlerhaft, begründet aber nicht die Nichtigkeit der Wahl des Wahlvorstandes.

(2). Die Nichtigkeit der Wahl des Wahlvorstandes folgt weiterhin auch nicht daraus, dass der Betriebsrat den Wahlvorstand wählte, ohne vorher selbst zurückgetreten zu sein. Zwar spricht nach Auffassung des Beschwerdegerichts auch insoweit viel für die Auffassung der Gewerkschaft, nach der der Betriebsrat im noch nicht abgeschlossenen Wahlanfechtungsverfahren einen Wahlvorstand nicht bestellen darf, sofern die Voraussetzungen des § 16 BetrVG i.V.m. § 13 Abs. 1 und § 13 Abs. 2 Ziffer 1 – 3 BetrVG nicht erfüllt sind. Mit anderen Worten: Sofern der Betriebsrat nicht mit der Mehrheit seiner Mitglieder im laufenden Wahlanfechtungsverfahren zurücktritt, könnte er gehindert sein, einen Wahlvorstand „auf Vorrat“ für den Fall der erfolgreichen – also rechtskräftigen – Wahlanfechtung zu bestellen. Es spricht daher einiges für die Auffassung von Kreutz, wonach der Betriebsrat , dessen Wahl angefoch-

ten ist, nicht berechtigt ist, vor Rechtskraft der Entscheidung im Wahlanfechtungsverfahren einen Wahlvorstand für eine Neuwahl zu bestellen, und zwar auch dann nicht, wenn abzusehen ist, dass die Anfechtung erfolgreich sein wird (Kreutz in GK-BetrVG, 9. Aufl., § 19 Rn. 126).

Diese Auffassung ist allerdings in der Literatur nicht unumstritten. Kreutz weist in der Kommentarstelle selbst darauf hin, dass Fitting anderer Auffassung ist. Tatsächlich führt Fitting (Betriebsverfassungsgesetz, 26. Aufl., § 19 Rn. 45) aus, nach Verkündung einer Entscheidung zur Wahlanfechtung, jedoch vor dem Ablauf der Rechtsmittelfrist, könne der Betriebsrat noch einen Wahlvorstand bestellen. Denn wenn abzusehen sei, dass die Anfechtung erfolgreich sein werde, sei nicht einzusehen, warum der Betriebsrat nicht notwendige Vorentscheidungen für die Neuwahl treffen könne. Dies gelte umso mehr, als der Betriebsrat in diesem Falle auch zurücktreten könnte und dann als geschäftsführender Betriebsrat gemäß § 22 BetrVG verpflichtet wäre, den Wahlvorstand zu bestellen.

Auch Homburg vertritt in seiner Kommentierung zum Betriebsverfassungsgesetz (DKKW, 13. Aufl., § 19 Rn. 40) - wenn auch ohne jegliche Begründung - die Auffassung, der Betriebsrat, dessen Wahl angefochten werde, dürfe dann einen Wahlvorstand bestellen, solange der Anfechtungsbeschluss noch nicht rechtskräftig sei.

Die Frage, ob ein Betriebsrat, der nicht zurücktritt, vor Rechtskraft des Anfechtungsverfahrens nach § 19 BetrVG einen Wahlvorstand für eine etwaige nachfolgend notwendig werdende Betriebsratswahl bestellen darf, ist also keineswegs in der Literatur zweifelsfrei geklärt. Daraus folgt gleichzeitig, dass dann auch keine Rede davon sein kann, es liege ein schwerwiegender Errichtungsfehler vor, wenn ein nicht zurückgetretener Betriebsrat vor der Rechtskraft der Anfechtungsentscheidung schon einen Wahlvorstand für eine etwaige nachfolgende Wahl bestelle.

(3). Da schließlich das Arbeitsgericht auch zutreffend ausgeführt hat, dass eine etwaige Verkennung des Betriebsbegriffes nicht zur Nichtigkeit der angestrebten Wahl führen würde, war die Beschwerde der Gewerkschaft gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts zurückzuweisen.

Gegen diesen Beschluss ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. Dies folgt aus § 542 Abs. 2 ZPO, wonach gegen Urteile, durch die über eine einstweilige Verfügung entschieden worden ist, die Revision nicht stattfindet. Diese Vorschrift gilt auch für das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren.

gez. ...

gez. ...

gez. ...