

**Landesarbeitsgericht Schleswig-  
Holstein**

**Aktenzeichen: 4 TaBVGa 5/10**

1 BVGa 10/10 ArbG Flensburg

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 19.03.2010



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 19.03.2010 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin

**b e s c h l o s s e n :**

Auf die Beschwerde der Antragstellerinnen wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Flensburg vom 17.03.2010 – 1 BVGa 10/10 – abgeändert:

Dem Antragsgegner wird aufgegeben, die für den 24.03.2010 geplante Betriebsratswahl bei den Antragstellerinnen zu 1) und 2) abzubrechen.

**Gründe:**

**I.**

Die Antragstellerinnen (Beteiligte zu 1. nachfolgend „V. GmbH“; Beteiligte zu 2. nachfolgend „B. AG“) begehren im Wege der einstweiligen Verfügung, es dem Antrags-

gegner (nachfolgend „Wahlvorstand“) aufzugeben, die für den 24. März 2009 geplante Wahl eines Betriebsrates im vermeintlich gemeinsamen Betrieb von B. AG und V. GmbH abzurechnen.

Unter dem 24. Juni 1992 schloss die damalige Gewerkschaft H. unter anderem mit der B. AG, der V. GmbH & Co. KG und der B. GmbH einen Tarifvertrag nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG mit der Maßgabe, dass unter anderem für die Betriebsstätten der B. Aktiengesellschaft, der V. GmbH & Co. KG und der B. GmbH ein gemeinsamer Betriebsrat gebildet wird. Wegen der Einzelheiten dieses Tarifvertrages wird auf die zur Akte gereichte Kopie Bezug genommen (Bl. 59 – 60 d. A.). Ausweislich der Protokollnotiz zu diesem Tarifvertrag vom 7. Dezember 2000 (Bl. 64, 65 d. A.) bestand zwischen den vertragsschließenden Tarifvertragsparteien Einvernehmen darüber, dass aufgrund mehrerer gesellschaftsrechtlicher Veränderungen der Tarifvertrag mit der Maßgabe anzupassen ist, dass er fachlich gilt für die Betriebsstätten der Unternehmen B. AG, V. GmbH und B. GmbH.

Die Geschäftsleitungen der drei genannten Firmen kündigten diesen Tarifvertrag zum Ablauf der gegenwärtigen Amtsperiode des Betriebsrates, die am 12. April 2010 enden wird. Der aufgrund dieser tarifrechtlichen Regelung gewählte und noch amtierende Betriebsrat beschloss auf seiner Sitzung vom 24. November 2009, einen Wahlvorstand für die anstehenden Wahlen zu bestellen, und zwar mit folgenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern:

1. H. beschäftigt bei der V. GmbH,
2. L., beschäftigt bei der B. AG,
3. P., beschäftigt bei der B. AG,
4. O., beschäftigt bei der B. GmbH,
5. Ba., beschäftigt bei der B. GmbH.

Ausweislich des Protokolls der Sitzung des Betriebsrates vom 24. November 2009 (Bl. 125 – 128 d. A.) schlug der damalige Sitzungsleiter P. einen fünfköpfigen Wahlvorstand vor, und zwar im Hinblick auf die unterschiedlichen Wahlverfahren für die AG, das Versandhaus und den Einzelhandel.

Mit Schreiben vom 21. Dezember 2009 (Bl. 31 d. A.) informierte der Betriebsrat die Belegschaft über die Einsetzung eines gemeinsamen Wahlvorstandes für die anstehenden Wahlen und wies in diesem Schreiben darauf hin, es bedeute für die Beschäftigten der AG und des Versandhauses aber, dass sie wohl ihren eigenen Betriebsrat wählen müssten.

Dieser so gebildete Wahlvorstand organisiert nun zwei Wahlen, und zwar die Wahl des Betriebsrates der B. GmbH und die Wahl eines gemeinsamen Betriebsrates der B. AG und der V. GmbH.

Mit Wahlausschreiben vom 5. Februar 2010 setzte der gebildete Wahlvorstand die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter davon in Kenntnis, dass er – Wahlvorstand – zur Wahl eines Betriebsrates im gemeinsamen Betrieb von B. AG und dem V. GmbH in seiner Sitzung vom 5. Februar 2010 den Erlass eines Wahlausschreibens beschlossen habe, wobei die Betriebsratswahl am 24. März 2010 stattfinden werde (Bl. 129 – 130 d. A.).

Ebenfalls mit Wahlausschreiben vom 5. Februar 2010 setzte dieser Wahlvorstand die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter davon in Kenntnis, dass er zur Wahl eines Betriebsrates im Betrieb der B. GmbH (nach Betriebsvereinbarung gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 a BetrVG vom 29.01.2010) in seiner Sitzung vom 5. Februar 2010 den Erlass eines Wahlausschreibens beschlossen habe, und zwar für die Wahl am 23. März 2010 (Bl. 131, 132 d. A.).

Die B. AG und die V. GmbH begehren im Wege der einstweiligen Verfügung den Abbruch der für den 24. März 2010 geplanten Wahl eines Betriebsrates für den angeblich einheitlichen Betrieb ihrer Unternehmen.

Die beiden Arbeitgeberinnen haben die Auffassung vertreten, sie bildeten keinen einheitlichen Betrieb. Es fehle bereits am einheitlichen betriebsbezogenen Leitungsapparat. Insoweit bestehe keine personelle Identität. Vom Inhalt der Tätigkeiten beider Unternehmen gebe es auch keine Gemeinsamkeiten. Es gebe keinen gemeinsamen Einsatz der Mitarbeiter, ebenfalls keine gemeinsame Betriebsstätte und auf

die Vermutungswirkung des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG könne sich der Wahlvorstand auch nicht berufen. Wegen der Einzelheiten seines Tatsachenvortrags und seiner Argumentation wird Bezug genommen auf den Inhalt der Antragschrift vom 08.03.2010 (Bl. 22 – 29 d. A.). Zudem sei der Wahlvorstand offensichtlich falsch besetzt. Frau Ba. und Herr O. seien als Mitarbeiter der B. GmbH nicht wahlberechtigt für die beabsichtigte Wahl eines Betriebsrates in dem vermeintlich gemeinsamen Betrieb der B. AG und der V. GmbH.

Die Arbeitgeberinnen haben beantragt,

den Antragsgegner zu verpflichten, für sie – Arbeitgeberinnen – jeweils getrennte Wahlen zur Wahl des Betriebsrates durchzuführen;  
hilfsweise die eingeleitete Wahl abubrechen.

Der Antragsgegner hat beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Der Antragsgegner hat die Auffassung vertreten, die V. GmbH und die Firma B. AG bildeten in F... einen gemeinsamen Betrieb, für den ein einheitlicher Betriebsrat zu wählen sei. Wegen des diesbezüglichen Tatsachenvortrags des Wahlvorstandes wird Bezug genommen auf den Inhalt seines Schriftsatzes vom 12.03.2010 (Bl. 51 – 56 d. A.). Im Übrigen sei der Wahlvorstand nicht fehlerhaft besetzt worden. Es könne keinen Unterschied machen, ob der alte Betriebsrat mehrere Wahlvorstände in identischer Zusammensetzung bestelle oder einen Wahlvorstand mit der Aufgabe, je nach betriebsratsfähigen Organisationseinheiten Betriebsratswahlen einzuleiten. Der Betriebsrat habe einen Wahlvorstand bestellt und dabei deutlich gemacht, dass dieser die unterschiedlichen Bedingungen der Betriebsratswahlen in den Unternehmen zu beachten habe. Wesentlich sei auch, dass der Betriebsrat zuständig sei für die drei Unternehmen aufgrund eines Tarifvertrages gemäß § 3 BetrVG. Der Wahlvorstand sei von dem Betriebsrat des gemäß § 3 BetrVG bislang einheitlichen Betriebes zu bestellen. Im Übrigen könne nicht angenommen werden, dass die beabsichtigte Wahl

sicher nichtig sein werde. Nur unter dieser Voraussetzung komme überhaupt der Erlass einer einstweiligen Verfügung mit dem Ziel des Abbruchs der Wahl in Betracht.

Das Arbeitsgericht hat mit Beschluss vom 17. März 2010 den Antrag der Arbeitgeberinnen zurückgewiesen. Dagegen haben die Arbeitgeberinnen am 17. März 2010 mit Faxeschriftsatz und mit Originalschriftsatz Beschwerde eingelegt und diese sogleich begründet.

Die beiden Arbeitgeberinnen vertreten weiterhin die Auffassung, der Wahlvorstand sei fehlerhaft besetzt worden. Für die beabsichtigte Wahl eines Betriebsrates, bezogen auf den angeblich einheitlichen Betrieb beider Unternehmen, dürften keine betriebsfremden Personen der B. GmbH in den Wahlvorstand entsendet werden. Dies verstoße gegen § 16 Abs. 1 BetrVG. Der so bestehende sichere Anfechtungsgrund rechtfertige auch den Erlass einer einstweiligen Verfügung mit dem Ziel des Abbruchs der Wahl. Zudem habe der Wahlvorstand den Betriebsbegriff grob verkannt und willkürlich zwei getrennte Betriebe zusammengefasst, um einen gemeinsamen Betriebsrat zu wählen. Wegen der diesbezüglichen Einzelheiten wird Bezug genommen auf den Vortrag der Arbeitgeberinnen in ihrer Beschwerdeschrift vom 08.03.2010 (Bl. 121 – 122 d. A.).

Die Arbeitgeberinnen beantragen,

den Beschluss des Arbeitsgerichts Flensburg vom 17.03.2010 – 1 BVGa 10/10 – abzuändern und die eingeleitete Wahl abubrechen.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er vertritt die Auffassung, der Erlass einer einstweiligen Verfügung zum Abbruch einer Wahl sei nur dann zulässig, wenn die beabsichtigte Wahl sicher nichtig sein werde. Davon könne aber hinsichtlich der streitigen Beurteilung des Betriebsbegriffs und der angeblich fehlerhaften Besetzung des Wahlvorstandes keine Rede sein. Dies

seien allenfalls Gründe zur Anfechtung der Wahl, wobei der Sache nach aber auch insoweit Anfechtungsgründe nicht bestünden. Soweit es um die Bestellung des Wahlvorstandes gehe, sei zu beachten, dass aus § 16 BetrVG nicht folge, dass in einer Kostellation, in der – wie hier – ein gemäß § 3 BetrVG gebildeter Betrieb aufgelöst werde und nach Ende der Amtszeit des amtierenden Betriebsrats neue Betriebe bestünden, der amtierende Betriebsrat in den oder in die Wahlvorstände für die neu einzuleitenden Wahlen nur Arbeitnehmer entsenden dürfe, die der zukünftig neuen Einheit angehörten. Diese Frage sei – soweit ersichtlich – von der Rechtsprechung nicht entschieden und in der Kommentarliteratur auch nicht diskutiert. Von einer insoweit sicheren Anfechtbarkeit könne nicht ausgegangen werden.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten in der Beschwerdeinstanz wird Bezug genommen auf den Inhalt der dort gewechselten Schriftsätze.

## II.

Die Beschwerde der Arbeitgeberinnen ist zulässig. Sie ist statthaft und frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden. In der Sache hat sie auch Erfolg. Dem Wahlvorstand ist aufzugeben, die für die V. GmbH und die Firma B. AG am 24. März 2010 geplante gemeinsame Wahl eines Betriebsrates abzubrechen. Insoweit können sich die Arbeitgeberinnen sowohl auf einen Verfügungsanspruch als auch auf einen Verfügungsgrund berufen. Der Verfügungsanspruch folgt daraus, dass die Wahl, wenn sie dann am 24. März 2010 stattfinden würde, wegen fehlerhafter Bestellung des Wahlvorstandes sicher gemäß § 19 Abs. 1 BetrVG anfechtbar wäre (dazu nachfolgend 1.). Auch auf einen Verfügungsgrund können sich die Arbeitgeberinnen berufen. Dieser folgt bereits aus dem Umstand, dass die Wahl unmittelbar bevorsteht (dazu nachfolgend 2.).

1. Der Verfügungsanspruch für den Abbruch der geplanten Wahl folgt daraus, dass die Wahl sicher mit Erfolg anfechtbar wäre, weil der Wahlvorstand nicht ordnungsgemäß besetzt wurde und durch diesen Verstoß gegen eine wesentliche Vorschrift des Wahlverfahrens (§ 16 Abs. 1 S. 1 BetrVG) das Wahlergebnis geändert oder beeinflusst werden könnte.

a. Grundsätzlich ist heute die Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung zum Abbruch der Wahl anerkannt (Kreutz/GK-BetrVG, § 18 Rn. 79). Dabei handelt es sich um eine sogenannte Leistungsverfügung. Sie ermöglicht den notwendigen effektiven Rechtsschutz und kann in ihren Abstufungen den Interessen der Beteiligten ausgewogen Rechnung tragen. Dass mit der Leistungsverfügung (vorläufig) vollendete Tatsachen geschaffen werden, muss im Rahmen einer Gesamtabwägung für das Für und Wider hingenommen werden, weil andernfalls der Wahlvorstand seinerseits durch seine Entscheidungen und Maßnahmen vollendete Tatsachen schaffen könnte, die irreparabel wären, soweit es insbesondere um die Verletzung wesentlicher Wahlvorschriften oder des aktiven und passiven Wahlrechts einzelner Arbeitnehmer geht (Kreutz, a. a. O., § 18 BetrVG Rn. 76).

Allerdings bestehen in der Literatur und in der zweitinstanzlichen Rechtsprechung unterschiedliche Ansichten darüber, ob eine solche einstweilige Verfügung voraussetzt, dass der angegriffene Verstoß gegen wesentliche Wahlvorschriften mit Sicherheit die Nichtigkeit der Wahl zur Folge hätte oder ob es genügt, dass ein solcher Verstoß mit Sicherheit die Anfechtbarkeit der gleichwohl weitergeführten Betriebsratswahl begründet (vgl. dazu Kreutz, a. a. O., § 18 Rn. 79 mit Hinweisen auf die unterschiedliche Rechtsprechung der verschiedenen Landesarbeitsgerichte).

Nach Auffassung der Beschwerdekammer reicht es für den vorzeitigen Abbruch der Wahl aus, wenn der festgestellte Rechtsmangel nicht korrigierbar ist und die Weiterführung der Wahl mit Sicherheit eine erfolgreiche Anfechtung zur Folge hätte (so auch Fitting u. a., BetrVG, 24. Aufl., § 18 Rn. 42; Thüsing/Richardi, BetrVG, 12. Aufl., § 18 Rn. 21; Kreutz/GK-BetrVG, § 18 BetrVG Rn. 80).

Entscheidend dafür ist Folgendes:

Das Beschwerdegericht verkennt zunächst nicht, dass an das Vorliegen eines Verfügungsanspruches strenge Anforderungen zu stellen sind. Die bloße Wahrscheinlichkeit des Verstoßes – auch überwiegende Wahrscheinlichkeit – reicht nicht aus für den Erlass einer Abbruchverfügung. Wird aber nach Überzeugung des Gerichts die

anstehende Wahl mit Sicherheit anfechtbar sein, so muss es zulässig sein, diese Wahl auch vorab zu stoppen. Denn es ist zu beachten, dass ein solcher Betriebsrat, der sehenden Auges bei einer mit Sicherheit anfechtbaren Wahl zunächst gewählt wird, ein erhebliches Legitimationsdefizit hat. Es ist nicht einzusehen, warum ein solcher Betriebsrat, dessen Wahl mit Sicherheit nicht auf ein ordnungsgemäßes Wahlverfahren gestützt werden kann, zunächst gewählt werden darf. Selbstverständlich ist insoweit zu beachten, dass nicht jeder Ordnungsfehler zum Wahlabbruch führen darf. Dem wird aber bereits mit dem Maßstab des § 19 Abs. 1 BetrVG entgegengewirkt, der voraussetzt die Verletzung einer wesentlichen Verfahrensvorschrift bei entsprechender Kausalität für das Wahlergebnis. Nicht nachvollziehbar ist auch das Argument, es bestehe insoweit eine gewisse Blockadegefahr. Sicherlich ist das Wahlverfahren angesichts der komplizierten Wahlvorschriften fehleranfällig. Zu beachten ist aber, dass der Abbruch eines angelaufenen Wahlverfahrens wegen des Maßstabes des § 19 Abs. 1 BetrVG nur bei wesentlichen Fehlern droht, sofern diese nicht durch eine Anordnung des Gerichts korrigiert werden können.

Im Übrigen schließt sich diese Beschwerdekammer nicht der Argumentation des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg an, das ausweislich der Pressemitteilung vom 10. März 2010 im Beschluss vom 9. März 2010 (15 TaBVGa 1/10) die Ansicht vertritt, ein Abbruch der Wahl komme nur im Falle sicherer Nichtigkeit der nachfolgenden Wahl in Frage, weil sonst ein Beteiligter unter Berufung auf die Anfechtbarkeit im Wege der einstweiligen Verfügung mehr erreichen könne als in dem für solche Fälle vorgesehenen Anfechtungsverfahren gemäß § 19 BetrVG nach Abschluss der Wahl. Zutreffend weisen insoweit Rieble/Triskatis (NZA 2006, 235) und Kreuz (GK-BetrVG, § 18 BetrVG Rn. 80) darauf hin, dass der Einwand nicht zutrefte, wonach der Wahlabbruch im Wertungswiderspruch zur Wahlanfechtung stehe. Denn bei dem vorgeschalteten Wahlabbruchverfahren handelt es sich um einen anderen Streitgegenstand als jenen bei der nachträglichen Wahlanfechtung. Diese ist nicht „die Hauptsache“ für die Verfügung im Wahlverfahren (Rieble/Triskatis, a.a.O.). Wer den Wahlakt durch vorläufigen Rechtsschutz verhindert, beseitigt ihn nicht und steht damit nicht im Widerspruch zu § 19 BetrVG. Materiellrechtlich geht es also um vorherigen Unterlassungsrechtsschutz und nachträglichen Beseitigungsrechtsschutz, wobei beide von unterschiedlichen materiellen Voraussetzungen abhängen können.

Deutlich wird dies mit dem Hinweis von Rieble/Triskatis darauf, dass niemand auf die Idee komme, wegen der Verschuldensabhängigkeit des Schadenersatzanspruches die Unterlassungsverfügung zu beschneiden oder wegen der Bestandskräftigkeit der Beamtenernennung die gegen diese Ernennung gerichtete Konkurrentenverfügung für unzulässig zu halten.

Aus § 19 BetrVG ist deshalb nicht zu folgern, dass auch eine sicher anfechtbare Wahl zunächst hinzunehmen ist. § 19 BetrVG stellt nur auf eine im Ergebnis anfechtbare Wahl ab. Dies ist ein anderer Maßstab als der oben aufgezeigte für den Erlass der einstweiligen Verfügung zum Abbruch der Wahl, der sichere Anfechtbarkeit verlangt. Ist aber die Wahl schon vorab erkennbar sicher anfechtbar, so fehlt dem später dennoch gewählten Betriebsrat von vornherein sicher die Legitimation, weshalb insoweit auch vorbeugender Rechtsschutz gewährt werden muss.

Schließlich ist zu beachten, dass ein etwaiger Wahlabbruch auch nicht dazu führen muss, dass über einen langen Zeitraum im Betrieb ein Betriebsrat nicht existiert. Dies zeigt gerade dieses Verfahren. Geschieht nämlich im Wahlverfahren ein nicht mehr korrigierbarer Fehler, so kann ein Stoppen der Wahl mittels Abbruch erreichen, dass dieser Fehler vermieden, dennoch aber kurzfristig das Wahlverfahren erneut ordnungsgemäß eingeleitet wird und mit nur geringer Verzögerung dann der Betriebsrat ordnungsgemäß gewählt werden kann. Es kann also keine Rede davon sein, dass jeder Wahlabbruch beziehungsweise Eingriff in das Wahlverfahren zu einem nicht hinnehmbaren langen vorübergehenden Zeitraum der „Betriebsratslosigkeit“ führen muss. Im Gegenteil: Die Abbruchverfügung kann gerade geeignet sein, darauf hinzuwirken, dass kurzfristig unter Beachtung der Wahlvorschriften ordnungsgemäß ein Betriebsrat gewählt wird und es nicht hingenommen werden muss, dass sehenden Auges zunächst ein Betriebsrat im Amt ist, wobei aber schon sicher ist, dass die Anfechtung begründet sein wird. Es ist nicht einsichtig, warum ein solcher Betriebsrat bei einer anzunehmenden Verfahrensdauer für zwei Instanzen von etwa einem Jahr und für drei Instanzen sogar für zwei Jahre zunächst trotz sicherer Anfechtbarkeit seiner Wahl amtieren darf.

b. Unter Berücksichtigung des Maßstabes, dass für den Erlass einer einstweiligen Verfügung – auch bezogen auf den Abbruch der Wahl – die sichere Anfechtbarkeit der anstehenden Wahl ausreicht, ist vom Vorliegen eines Verfügungsanspruches auszugehen. Denn der Wahlvorstand für die beabsichtigte Wahl ist unter Verletzung des § 16 Abs. 1 S. 1 BetrVG bestellt worden.

aa. Gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 BetrVG bestellt spätestens zehn Wochen vor Ablauf seiner Amtszeit der Betriebsrat einen aus drei Wahlberechtigten bestehenden Wahlvorstand und einen von ihnen als Vorsitzenden. Das Gesetz stellt also darauf ab, dass Mitglied des Wahlvorstandes nur derjenige sein kann, der auch wahlberechtigt ist. Mitglieder des Wahlvorstandes müssen also das aktive Wahlrecht haben (Thüsing/Richardi, BetrVG, § 16 Rn. 11).

Der Betriebsrat hat jedoch für die beabsichtigte Wahl bei der B. AG und der V. GmbH einen Wahlvorstand gebildet, dem auch zwei Mitarbeiter der B. GmbH angehören, die unstreitig nicht wahlberechtigt sind für die hier streitgegenständliche Wahl. Damit ist dieser Wahlvorstand sicher fehlerhaft besetzt.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Wahlberechtigung der Tag der Bestellung ist, nicht jedoch der Tag der Stimmabgabe (Kreutz/GK-BetrVG, § 16 Rn. 28). Dies bedeutet aber nicht, dass – weil zum Zeitpunkt der Bestellung noch von einem einheitlichen Betrieb im Hinblick auf § 3 BetrVG auszugehen war – dem Wahlvorstand für die Wahl bei der B. AG und der V. GmbH auch Mitarbeiter der B. GmbH angehören durften. Zwar ist es richtig, dass die beiden Mitglieder des Wahlvorstandes, die Mitarbeiter der B. GmbH sind, zum Zeitpunkt ihrer Bestellung Angehörige eines gemeinsamen Betriebes der B. AG, der B. GmbH und der Be. GmbH waren. Dies folgt aus § 3 BetrVG und dem insoweit vereinbarten Tarifvertrag, der noch bis zum Ende der Amtsperiode des derzeit noch amtierenden Betriebsrates Gültigkeit hat.

Aus § 3 BetrVG und dem darauf bezogen abgeschlossenen Tarifvertrag folgt aber nicht, dass für die dann später beabsichtigten getrennten Wahlen auch dann be-

triebsfremde Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter Angehörige des Wahlvorstandes werten dürfen.

Denn maßgebend bleibt § 16 Abs. 1 S. 1 BetrVG. Die dortige Regelung ist völlig eindeutig. Mitglieder des Wahlvorstandes dürfen nur wahlberechtigte Arbeitnehmer sein. Die Wahlberechtigung kann sich natürlich nur auf die anstehende Wahl in der bestimmten Einheit beziehen, nämlich hier auf die anstehende Wahl bei der B. AG und der Be. GmbH. § 16 Abs. 1 S. 1 BetrVG stellt nicht ab auf eine zum Zeitpunkt der Bestellung noch bestehende Betriebszugehörigkeit zu einem wie auch immer gearteten Betrieb. § 16 Abs. 1 S. 1 BetrVG erfordert vielmehr, dass die Wahlberechtigung zu prüfen und zu messen ist an der betrieblichen Einheit, für die die Wahl stattfinden soll.

Anderes folgt nicht aus § 3 BetrVG. Wegen § 3 BetrVG ist lediglich der noch amtierende Betriebsrat legitimiert, für die nachfolgenden getrennten Betriebsratswahlen jeweils Wahlvorstände einzusetzen. Dabei hat er aber darauf zu achten, dass § 16 Abs. 1 S. 1 BetrVG nicht verletzt wird. Dem Betriebsrat war bewusst, dass getrennte Wahlen durchgeführt werden. Jedenfalls hatte er insoweit mit seinen beiden Wahlausschreiben vom 5. Februar 2009 deutlich gemacht, dass einerseits für die B. GmbH und andererseits für die B. AG und die Be. GmbH jeweils getrennte Wahlen durchgeführt werden sollen. Er hätte dann bei der Bestellung des Wahlvorstandes auch darauf achten müssen und auch ohne weiteres achten können, dass jeweils für die getrennten Wahlen auch nur solche Personen in den Wahlvorstand gelangen, die für die jeweiligen Wahlen wahlberechtigt sind. Es gibt überhaupt keinen rechtlichen Ansatzpunkt für die Annahme, aus § 3 BetrVG könnte sich etwas anderes ergeben. Der Wahlvorstand verkennt insoweit nämlich, dass es nicht um die erneute Wahl eines einheitlichen Betriebsrates für die drei Unternehmen geht, sondern um nunmehr getrennte Wahlen, die nach Kündigung des Tarifvertrages erforderlich waren. Wenn der Wahlvorstand insoweit in seiner Beschwerdeschrift darauf hinweist, es handele sich um eine offene Rechtsfrage, so folgt das Beschwerdegericht dem nicht. Mit welcher Begründung sollen betriebsfremde Personen für einen Wahlvorstand bestellt werden, die dort keine Wahlberechtigung haben? Es gibt dafür keinen nachvollziehbaren oder vertretbaren Ansatz. Denn § 16 Abs. 1 S. 1 BetrVG ist eindeutig.

bb. Bei § 16 Abs. 1 S. 1 BetrVG handelt es sich auch um eine wesentliche Vorschrift bezogen auf das Wahlverfahren.

Das Bundesarbeitsgericht hat bereits mit Beschluss vom 14. September 1988 (7 ABR 93/87, zitiert nach Juris Rn. 22) ausgeführt, beim damaligen § 16 Abs. 1 S. 5 BetrVG (Beteiligung der Gruppe der Arbeiter und der Gruppe der Angestellten) handle es sich um eine wesentliche Vorschrift über das Wahlverfahren i. S. v. § 19 Abs. 1 BetrVG. Wenn dies schon für diese Vorschrift gilt, so muss dies erst recht gelten für die Vorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 BetrVG, wonach der Wahlvorstand nur aus Wahlberechtigten bestehen darf.

cc. Der Verstoß gegen diese wesentliche Vorschrift des § 16 Abs. 1 S. 1 BetrVG ist auch für den sicheren Erfolg der Anfechtung relevant, denn es kann nicht angenommen werden, dass durch die Verletzung des § 16 Abs. 1 S. 1 BetrVG das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden würde.

Das Bundesarbeitsgericht hat sich bereits mit Beschluss vom 14. September 1988 (7 ABR 93/87; zitiert nach Juris Rn. 22 ff.) ausführlich mit der Frage befasst, welchen Einfluss die fehlerhafte Zusammensetzung des Wahlvorstandes auf das Wahlergebnis hat. Bereits in diesem Beschluss führt das Bundesarbeitsgericht aus, ein Verstoß gegen die zwingende Vorschrift der Zusammensetzung des Wahlvorstandes lasse den Schluss nicht zu, dass hierdurch das Wahlergebnis objektiv nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. Der Rechtsauffassung, dass der bloße Verstoß gegen die zwingenden Regelungen über die Zusammensetzung des Wahlvorstandes für sich alleine nicht geeignet sei, die Anfechtbarkeit der Wahl zu begründen, konnte sich der Senat nicht anschließen.

Das Bundesarbeitsgericht betont in diesem Beschluss ausdrücklich, dass es nicht darauf ankomme (Rn. 23), dass der nicht beteiligte Gruppenvertreter im Fall seiner tatsächlichen Beteiligung hätte überstimmt werden können. Folglich ist es unerheblich, dass bei dem hier fünfköpfigen Wahlvorstand die beiden betriebsfremden Mitglieder des Wahlvorstandes theoretisch hätten überstimmt werden können. Ent-

scheidungen des Wahlvorstandes können bei anderer personeller Zusammensetzung verschieden ausfallen mit der Folge, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Wahlergebnis durch die fehlerhafte Zusammensetzung des Wahlvorstandes geändert oder beeinflusst werden kann.

Das Bundesarbeitsgericht weist in obiger Entscheidung auch darauf hin, dass der Wahlvorstand keineswegs nur streng gebunden die Vorschriften des BetrVG und der Wahlordnung auszuführen habe. Vielmehr sei ihm von Gesetzes wegen in vielen Punkten ein Ermessensspielraum eingeräumt worden.

In einer nachfolgenden Entscheidung (Beschluss vom 31. Mai 2000 - 7 ABR 78/98 -) hat sich das Bundesarbeitsgericht nochmals mit dieser Frage befasst und deutlich zum Ausdruck gebracht, dass es trotz der in Schrifttum geäußerten Kritik keinen Anlass zur Änderung der Senatsrechtsprechung gebe (Rn. 52). Denn die Ausgestaltung der Wahlanfechtungsvorschrift des § 19 Abs. 1 S. 1 letzter Halbsatz BetrVG nehme Rücksicht darauf, dass in einer Vielzahl an Fällen die Beeinflussung durch einen Verstoß gegen wesentliche Wahlvorschriften nicht positiv festgestellt werden könne, sich aber dennoch latent auf das Wahlverhalten auswirke. Deshalb müsse eine verfahrensfehlerhafte Betriebswahl nur dann nicht wiederholt werden, wenn sich konkret feststellen lasse, dass bei einer Einhaltung entsprechender Vorschriften zum Wahlverfahren kein anderes Wahlergebnis erzielt worden wäre. Könne diese Feststellung nicht getroffen werden, bleibe es bei der Unwirksamkeit der Wahl. Das Bundesarbeitsgericht weist in dieser Entscheidung dann nochmals auf die dem Wahlvorstand zustehenden Ermessensentscheidungen hin, die je nach seiner personellen Zusammensetzung unterschiedlich ausfallen und sich auf das Wahlergebnis auswirken können (Rn. 51).

An dieser eindeutigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gilt es festzuhalten, sodass kein Anlass für die Annahme besteht, durch den Verstoß gegen die Wahlvorschrift hätte das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden können.

Nach alledem steht zur Überzeugung des Beschwerdegerichts fest, dass die anstehende Wahl wegen Verletzung des § 16 Abs. 1 S. 1 BetrVG mit Sicherheit wirksam anzufechten gewesen wäre. Ob darüber hinaus die Verletzung des § 16 Abs. 1 S. 1 BetrVG sogar zur Nichtigkeit der Wahl führen könnte, weil die fehlerhafte Besetzung eines Wahlvorstandes wie eine Wahl ohne Wahlvorstand zu betrachten sei (so möglicherweise LAG München, Beschluss vom 16.06.2008 – 11 TaBV 50/08 –), kann dahingestellt bleiben, weil aus den oben dargelegten Gründen bereits die sichere Anfechtbarkeit ausreicht.

dd. Im Übrigen trägt auch nicht das Argument des Wahlvorstandes, wenn er darauf hinweist, mit der Argumentation der Gegenseite wäre auch der Wahlvorstand für die Wahl des Betriebsrates bei der B. GmbH fehlerhaft bestellt worden. Was für die Bestellung des Wahlvorstandes für die hier streitgegenständliche Wahl gilt, trifft natürlich grundsätzlich auch für die Bestellung des Wahlvorstandes der B. GmbH zu. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass der Erlass einer einstweiligen Verfügung hier unverhältnismäßig wäre, weil sich die B. GmbH nicht auf diesen Verfahrensfehler stützt. Zum einen ist zu beachten, dass es sich insoweit um verschiedene Gesellschaften und damit unterschiedliche Beteiligte handelt. Zum anderen ist für den Ausgang des Anfechtungsverfahrens gemäß § 19 Abs. 1 S. 1 BetrVG zu beachten, dass das Gericht im Rahmen des gestellten Antrags von Amts wegen alle erkennbaren Anfechtungsgründe bei der Entscheidung zu berücksichtigen hat (§ 83 Abs. 1 S. 1 ArbGG). Auch wenn Wahlverstöße nicht geltend gemacht werden, hat das Arbeitsgericht sie zu berücksichtigen (Thüsing in Ricardi, BetrVG, 12.Aufl., § 19 Rn. 57 m. H. a. R.).

ee. Letztlich ist auch noch darauf hinzuweisen, dass es gegenüber der Abbruchverfügung kein milderes Mittel gibt. Sicherlich muss vor Erlass einer solchen Verfügung zum Wahlabbruch zunächst geprüft werden, ob der Verfahrensfehler im laufenden Verfahren noch korrigierbar ist. Auch dazu ist das einstweilige Verfügungsverfahren geeignet. Hier ist jedoch festzustellen, dass die fehlerhafte Bestellung des Wahlvorstandes nicht mehr korrigierbar ist. Ein solcher Wahlvorstand kann nicht personell ausgetauscht werden und das Verfahren fortführen. Vielmehr ist unter Berücksichtigung des § 16 Abs. 1 S. 1 BetrVG ein neuer Wahlvorstand zu bestellen. Dazu ist das

Gericht aber nicht mittels eines korrigierenden Eingriffs in das Wahlverfahren befugt. Vielmehr ist der Wahlvorstand neu nach Maßgabe der Vorschriften des BetrVG zu bestellen.

Nach alledem ist der Verfügungsanspruch begründet, weil wegen Verletzung des § 16 Abs. 1 S. 1 BetrVG die anstehende Wahl sicher anfechtbar wäre. Dem Beschwerdegericht stellt sich daher nicht die Frage, ob auch wegen angeblicher Verletzung des Betriebsbegriffs die Wahl abubrechen wäre. Darauf kommt es für diese Entscheidung nicht an.

2. Angesichts der unmittelbar bevorstehenden Wahl ist auch Eile geboten, weshalb auch der Verfügungsgrund gegeben ist.

Gegen diesen Beschluss findet ein Rechtsmittel nicht statt, § 542 Abs. 2 ZPO, § 92 Abs. 2 ArbGG.

gez. ...

gez. ...

gez. ...