

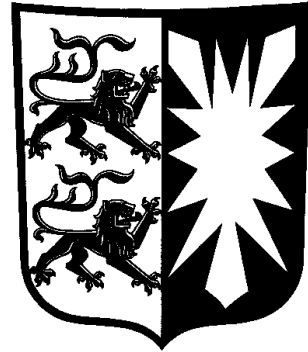
**Landesarbeitsgericht Schleswig-
Holstein**

Aktenzeichen: 1 TaBV 12 b/11

1 BV 49 d/10 ArbG Elmshorn
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 27.03.2012

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Beschluss

Im Namen des Volkes

Im Beschlussverfahren mit den Beteiligten

pp.

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die Anhörung der Beteiligten am 27.03.2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und den ehrenamtlichen Richter ... und den ehrenamtlichen Richter ... als Besitzer

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

Die Beschwerde der Arbeitgeberin gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 23.12.2010 – 1 BV 49 d/10 – wird zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 92 a Arbeitsgerichtsgesetz verwiesen.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten im Beschwerdeverfahren nur noch über die Nichtigkeit der Betriebsratswahl in der Betriebsstätte T. und insoweit vor allem darüber, ob der Betriebsrat noch beteiligtenfähig ist.

Die Rechtsvorgängerin der Antragstellerin (Arbeitgeberin) unterhielt im Jahr 2009 eine Betriebsstätte in T. mit 28 Arbeitnehmern, für die ein 3-köpfiger Betriebsrat gewählt war. Wegen des Verlustes eines Auftrags schlossen dieser Betriebsrat und die Arbeitgeberin am 14./19.05.2009 einen Interessenausgleich (Bl. 18 f d. A.), der eine Einschränkung der Betriebsstätte und ab dem 01.01.2010 den Einsatz von (nur) noch 4 Kraftfahrern von T. aus vorsah. Außerdem sollte die Betriebsstätte zum 01.01.2010 von T. nach U. verlegt werden. Tatsächlich verzögerte sich dieser Umzug bis Mai 2010.

Am 15.12.2009 erfolgte in T. ein Aushang über eine vorgezogene Betriebsratswahl für die Betriebsstätte, am 28.12.2009 wurde ein Wahlvorstand bestellt, der eine Wählerliste mit 6 Personen erstellte, darunter 2 Leiharbeitnehmern. Am 15.01.2010 fand die Wahl des Antragsgegners (Betriebsrat) statt. Das Ergebnis wurde dem Betriebsleiter E. der Arbeitgeberin mitgeteilt.

Im Januar 2010 beschäftigte die Arbeitgeberin in T. 4 Arbeitnehmer, ein weiterer Arbeitnehmer war bis zum Ablauf seiner Kündigungsfrist am 31.01.2010 freigestellt. Darüber hinaus setzt die Arbeitgeberin regelmäßig 2 Leiharbeitnehmer ein. Zum 01.04.2010 stellte die Arbeitgeberin einen weiteren Arbeitnehmer ein.

Mit ihrem am 25.10.2010 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antrag hat die Arbeitgeberin unter anderem die Feststellung der Nichtigkeit der Betriebsratswahl vom 15.01.2010 begehrt.

Wegen des Vorbringens der Beteiligten in erster Instanz und der dort gestellten Anträge wird auf die Akte Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht hat mit Beschluss vom 23.12.2010 den Antrag der Arbeitgeberin auf Feststellung der Nichtigkeit der Wahl zurückgewiesen. Wegen der Begründung des Arbeitsgerichts wird auf den angefochtenen Beschluss verwiesen.

Gegen diesen ihr am 27.01.2011 zugestellten Beschluss hat die Arbeitgeberin am 21.02.2011 Beschwerde eingelegt und diese am 23.03.2011 begründet. Der Betriebsrat hat seine im Hinblick auf einen anderen Streitgegenstand des angefochtenen Beschlusses eingelegte Beschwerde zwischenzeitlich zurückgenommen.

Im März 2011 organisierte die Arbeitgeberin ihren Betrieb der ehemaligen Außenstelle T., jetzt Außenstelle U., um: ein Arbeitnehmer, Herr H., wurde mit Wirkung zum 03.03.2011 von U. nach I. versetzt. 2 Fahrzeuge, die bislang in U. stationiert waren, nämlich ein Hecklader und ein Frontlader, wurden zum Standort I. verlegt. Diese Fahrzeuge werden seitdem von I. aus disponiert. Seit März 2011 werden in U.

dauerhaft nur 4 Arbeitnehmer eingesetzt. Daneben kommt ausschließlich als Krankheits-/Urlaubsvertretung ein Leiharbeiter zum Einsatz.

Die Arbeitgeberin ist der Auffassung, die Betriebsratswahl vom 15.01.2010 sei nichtig und wiederholt und vertieft insoweit ihren Vortrag aus der ersten Instanz.

Jedenfalls sei seit März 2011 der Schwellenwert des § 1 BetrVG dauerhaft unterschritten. Deswegen sei das Amt des Betriebsrats beendet.

Die Versetzung des Arbeitnehmers H. nach I., der Einsatz eines Leiharbeiters von I. aus sowie die Verlegung zweier LKW sei aufgrund einer neuen Tourenplanung und –optimierung erfolgt. Hierdurch ergebe sich auf das Jahr hochgerechnet ein Kostenersparnis von ca. 30.000,00 EUR. Wegen der Einstellung des Geschäfts mit der Kehrmaschine in U. Ende 2011 werde noch ein weiterer Arbeitnehmer aus U. abgezogen. Mit dem Ende des Amtes des Betriebsrats sei dieser im Verfahren nicht mehr beteiligtenfähig.

Die Arbeitgeberin beantragt,

1. auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1. wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 23.12.2010, Aktenzeichen 1 BV 49 d/10, abgeändert,
2. auf den Antrag zu 1. der Beteiligten zu 1. wird festgestellt, dass die Betriebsratswahl für die Betriebsstelle U. vom 15.01.2010 nichtig ist.

Der Betriebsrat beantragt,

die Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen.

Er ist der Auffassung, sein Amt bestehe auch dann fort, wenn die Reduzierung der Arbeitnehmer in U. auf 4 von Dauer sein sollte. Der Betrieb in U. sei chronisch unterbesetzt. Die Arbeitgeberin habe diesen Zustand gegen wirtschaftliche Vernunft her-

beigeführt, um ihn – Betriebsrat – auf diese Weise seines Amtes zu entheben. Die angeblich mangelnde Auslastung des Heckladers in U. liege daran, dass U.-er Mitarbeiter wiederholt versäumt hätten, Aufträge, die mit diesem Fahrzeug geleistet worden seien, auf dessen Kennzeichen umzuschreiben. Tatsächlich reiche der in U. vorhandene Bestand an Mitarbeitern und Fahrzeugen nicht aus, um alle Kunden im Einzugsbereich anzufahren.

Seine Beteiligtenfähigkeit im Verfahren sei wegen der „Doppelrelevanz“ dieses Umstands zugrunde zu legen.

In der Sache verteidigt der Betriebsrat die Entscheidung des Arbeitsgerichts.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Akte Bezug genommen.

II.

Die statthafte, form- und fristgemäß eingelegte und begründete und damit zulässige Beschwerde der Arbeitgeberin ist nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat den Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit der Betriebsratswahl im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen. Der Antrag ist im Laufe des Verfahrens unzulässig geworden. Wegen des dauerhaften Absinkens der Zahl der Beschäftigten in der Betriebsstätte U. unter 5 Arbeitnehmer fehlt es an einem existierenden Betriebsrat. Der Antragsgegner ist damit nicht beteiligtenfähig.

Grundsätzlich ist der Betriebsrat eines Betriebes in einem ihn betreffenden Beschlussverfahren nach § 10 Satz 1, 2. Halbsatz ArbGG beteiligtenfähig. Die Beteiligtenfähigkeit setzt jedoch voraus, dass der Betriebsrat zum für die Entscheidung des Sachverhalts maßgeblichen Zeitpunkt (noch) existiert. Fehlt die Beteiligtenfähigkeit, ist der Antrag als unzulässig abzuweisen und zwar auch dann, wenn der Mangel auf Seiten des mit dem Antrag in Anspruch genommenen Beteiligten vorliegt (Germelmann u. a., ArbGG, 7. Auflage, § 10, Rn 47).

1. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung der Beteiligtenfähigkeit ist der Schluss der Verhandlung, auf die die Entscheidung ergeht (Germelmann, a.a.O.).

Danach kommt es vorliegend darauf an, ob der Betriebsrat zum Zeitpunkt der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts, also am 27.03.2012, noch beteiligtenfähig war.

2. An der Beteiligtenfähigkeit des Betriebsrats fehlt es, weil sein Amt ab Umsetzung der von der Arbeitgeberin getroffenen Entscheidung, in U. dauerhaft keine 5 Arbeitnehmer mehr zu beschäftigen, somit am 03.03.2011 endete.

a) Nach allgemeiner Auffassung endet das Amt des Betriebsrats, wenn die Zahl der in der Regel ständig beschäftigten wahlberechtigten Arbeitnehmer nicht nur vorübergehend die vorgeschriebene Mindestanzahl von 5 Arbeitnehmern unterschreitet und deshalb der Betrieb nicht mehr betriebsratsfähig ist (BAG vom 07.04.2004 – 7 ABR 41/03 – Juris, Rn 17; Fitting, 25. Auflage, § 21, Rn 31 sowie § 1, Rn 269; Hess-Schlochauer, 8. Auflage, § 21, Rn 21; GK-Kreutz, 9. Auflage, § 21, Rn 37; ErfK-Koch, 12. Auflage, § 21, Rn 4; GK-Franzen, § 1 Rn 102; Däubler/Kittner/Buschmann, 13. Auflage, § 21, Rn 29, Richardi/Thüsing, 13. Auflage, § 21, Rn 23). Die Betriebsratsfähigkeit ist nicht bloß eine Voraussetzung für die Wahl des Betriebsrats, sondern bestimmt gleichzeitig den Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes. Ihr Wegfall führt zur sofortigen Beendigung des Betriebsratsamtes (GK-Kreutz, a.a.O.) Bestätigt wird diese Auffassung mittelbar durch § 21 a BetrVG, denn bei einer Betriebsspaltung hat der Betriebsrat kein Übergangsmandat, wenn der aus der Betriebsspaltung hervorgegangene Betrieb nicht über die in § 1 genannte Arbeitnehmerzahl verfügt (Thüsing, a.a.O.). Dieser praktisch einhelligen Auffassung in der einschlägigen Kommentarliteratur, der sich das BAG in der angegebenen Entscheidung, wenn auch nicht tragend, ebenfalls angeschlossen hat, folgt auch die Kammer. Obwohl § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG seinem Wortlaut nach nur etwas über die Wahl von Betriebsräten sagt, legt der Gesetzgeber damit zugleich die Mindestbeschäftigtenzahl eines Betriebes fest, ab der ein Betriebsrat überhaupt bestehen kann. Damit wird einer Zersplitterung der betrieblichen Mitbestimmung auf zahlreiche kleine Betriebsräte entgegengewirkt. Für Betriebsstätten, die die Voraussetzungen des § 1

Abs 1 Satz 1 BetrVG nicht erfüllen, ist vielmehr der Betriebsrat des Hauptbetriebs zuständig, § 4 Abs. 2 BetrVG.

Vor diesem Hintergrund erscheint zweifelhaft, ob der von Buschmann (a.a.O.) vertretenen Auffassung, wonach der Betriebsrat bestehen bleibe, wenn der Arbeitgeber die Voraussetzungen für den Wegfall des Betriebsrats durch willkürliche Entlassungen von Arbeitnehmern arglistig herbeiführe, um einen unbequemen Betriebsrat auszuschalten, zu folgen ist (insoweit ausdrücklich anderer Ansicht Kreutz, a.a.O.; Fitting, § 1, Rn 269). Es spricht viel dafür, dass die Organisation der Betriebsverfassung von subjektiven Motiven des Arbeitgebers nicht beeinflusst werden kann.

Letztlich braucht diese Frage aber nicht entschieden zu werden, da der Betriebsrat im vorliegenden Verfahren nicht im Ansatz dargelegt hat, dass die Arbeitgeberin die Voraussetzungen für den Wegfall der Betriebsratsfähigkeit arglistig herbeigeführt hat. Die Arbeitgeberin hat vielmehr die Gründe für die geänderten Planungen dargestellt. Die Arbeitgeberin hat ihre Motive und wirtschaftlichen Kenndaten für die Umsetzung des Arbeitnehmers H. sowie die Verlegung des Standorts zweier Fahrzeuge mit Schriftsätzen vom 30.01.2012 (Seite 2 u. 3, Bl. 214 f d. A.) und vom 07.03.2012 (Bl. 236 – 239 d. A.) im Einzelnen vorgetragen. Der Betriebsrat hat hierauf mit Schriftsatz vom 24.02.2012 (Seite 1 und 2, Bl. 232 f d. A.) selbst eingeräumt, dass die Auslastung des Heckladers in U. nur bei 30 % gelegen habe, dies aber auf das Versäumnis Fahrzeugaufträge umzuschreiben zurückgeführt und im Weiteren unnötige Fahrt- und Arbeitskosten gerügt.

Diese Einwände vermögen den Vortrag des Arbeitgebers nicht zu entkräften, schon gar nicht vermögen sie den Vorwurf des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens zu belegen. Die Arbeitgeberin darf sich auf die von ihr selbst erstellten EDV-gestützten Auslastungsstatistiken verlassen. Auch hat die Arbeitgeberin die Gesamtkalkulation des Einsatzes des Heckladers vorgetragen, nämlich dass dieser auch für die kommunale Abfallentsorgung des Kreises Steinburg diene. Schon daraus rechtfertigt sich die Verlagerung des Standortes eines LKW und der damit verbundene Wechsel eines Arbeitnehmers. Konkrete Einwände hiergegen sind vom Betriebsrat nicht erhoben worden. Für den bloßen Verdacht des Betriebsrats, die Umorganisation erfolge, um

ihn aus dem Amt zu drängen, gibt es keine Anhaltspunkte. Auch wenn in U. Arbeit zu erledigen ist, für die Personal benötigt wird, zwingt dies die Arbeitgeberin nicht dazu, dieses Personal von U. aus einzusetzen. Im Rahmen der Gesamtdisposition der Fahrten für die Abfallbeseitigung erscheint es jedenfalls nicht rechtsmissbräuchlich, wenn die Disposition der in I. stationierten Fahrzeuge einheitlich von I. aus erfolgt. Selbst wenn die Kalkulation der Arbeitgeberin sich im Ergebnis als nicht zutreffend erweisen sollte, wäre damit ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen seitens des Betriebsrats noch nicht dargelegt.

Die Arbeitgeberin hat konkret vorgetragen, dass durch die Verlegung zweier Fahrzeuge nach I. und den Abzug eines Arbeitnehmers eine erheblich günstigere Auslastung der LKW zu erreichen sei, die zu einer Kostenersparnis von ca. 30.000,00 EUR im Jahr geführt habe. Der Betriebsrat persönlich hat im Anhörungstermin vor der Kammer auch bestätigt, dass die beiden verlegten Fahrzeuge nunmehr von I. aus disponiert werden. Damit ist belegt, dass die Arbeitgeberin ihre unternehmerische Entscheidung nicht nur im personellen sondern auch im Bereich der Sachmittel tatsächlich umgesetzt hat. Dass die Arbeitgeberin nach wie vor die Möglichkeit hätte, auch weitere Arbeitnehmer in U. zu beschäftigen, macht ihr Vorgehen nicht rechtsmissbräuchlich und willkürlich. Dafür ist vom Betriebsrat, außer der bloßen Behauptung, dies sei so, nichts vorgetragen.

b) Danach sind im Sachverhalt die Voraussetzungen für das Ende des Betriebsratsamtes erfüllt. Die Zahl der in U. regelmäßig beschäftigten wahlberechtigten Arbeitnehmer ist seit 03. März 2011 dauerhaft unter 5 Arbeitnehmer gesunken.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Entscheidung der Frage, ob ein bestimmter Arbeitnehmerstand unter die regelmäßige Beschäftigtenzahl von 5 Arbeitnehmern abgesunken ist, ist derjenige, zu dem der Arbeitgeber sich entschließt, den Personalbestand in seiner Betriebsstätte dauerhaft zu reduzieren. Dieser Beschluss ist von der Arbeitgeberin zum 03.03.2011 gefasst und umgesetzt worden, so dass auf diesen Zeitpunkt abzustellen ist. Ob eine unternehmerische Planung von Dauer ist, hängt zunächst einmal vom Inhalt des gefassten Beschlusses ab. Plant der Arbeitgeber nur eine vorübergehende Personalreduzierung – etwa für einen Zeitraum von bis zu 6

Monaten – ändert sich die Zahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer nicht. Darüber hinaus kann auf den nicht nur vorübergehenden Charakter einer Organisationsmaßnahme auch dann geschlossen werden, wenn diese, wie im vorliegenden Fall, für mehr als ein Jahr durchgeführt wird. Sollte die Zahl der Beschäftigten wieder auf 5 oder mehr Arbeitnehmer steigen, ist unter den Voraussetzungen der §§ 1, 4 BetrVG ggfs. ein neuer Betriebsrat zu wählen.

Zum 03.03.2011 lagen die Voraussetzungen für den Wegfall des Betriebsratsamtes vor.

aa) Dass die Arbeitgeberin sich entschieden, hat die Anzahl der Beschäftigten auf unter 5 zu reduzieren, ergibt sich ohne Weiteres daraus, dass der Personalbestand der Betriebsstätte seit 03.03.2011 nur noch 4 Arbeitnehmer beträgt.

bb) Dass in Vertretungsfällen ein Leiharbeiter eingesetzt wird, ändert an der Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer nichts. Auch unter Berücksichtigung des Leiharbeiters werden zu keinem Zeitpunkt im Jahr im Betrieb der Arbeitgeberin 5 Arbeitnehmer tatsächlich beschäftigt.

3. Die Beteiligtenfähigkeit des Betriebsrats kann auch nicht im Hinblick auf eine etwaige „Doppelrelevanz“ dieses Merkmals für die Frage der Zulässigkeit des Antrags der Arbeitgeberin unterstellt werden.

Richtig ist, dass im Streit um die Beteiligtenfähigkeit diese für die Zulässigkeit eines Antrags unterstellt werden kann, um zu einer Sachentscheidung zu gelangen (BAG vom 19.09.2006 – 1 ABR 53/05 – Juris, Rn 19; Germelmann, § 10, Rn 46).

Vorliegend ist Streitgegenstand aber die Nichtigkeit der Betriebsratswahl, also die Frage, ob der Betriebsrat am 15.01.2010 wirksam oder nichtig gewählt wurde. Nur insoweit wird auch die Beteiligtenfähigkeit des Betriebsrats unterstellt, d. h. der Antrag der Arbeitgeberin ist nicht bereits deshalb unzulässig, weil die Wahl des Betriebsrats nichtig war. Dagegen ist Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens nicht, ob der Betriebsrat seine Existenz aufgrund anderer Umstände wieder verloren

hat. Dieses Merkmal ist damit auch nicht doppelrelevant, da es für die Begründetheit des Antrags keine Rolle spielt.

4. Eine Heilung der fehlenden Beteiligtenfähigkeit, wie etwa im Falle fehlender Prozessfähigkeit eine Genehmigung, ist im vorliegenden Verfahren ausgeschlossen.

5. Gründe für die Rechtsbeschwerde liegen nicht vor. Mit seiner Entscheidung folgt das Gericht der einhelligen Ansicht in der einschlägigen Kommentarliteratur und der einzigen sich zu diesem Sachverhalt verhaltenden Entscheidung des BAG.