

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

Schriftleitung: Prof. Dr. Klaus Schmidt, Hans Joachim Spiegelhalter und Dr. Achim Schunder,
Beethovenstr. 7 b, 60325 Frankfurt a. M.



NZA 5/2006

10. März · 23. Jahrgang 2006 · Seite 233–288

Aufsätze und Berichte

Von Professor Dr. Volker Rieble und wiss. Ass. Claudiana Triskatis, München

Vorläufiger Rechtsschutz im Betriebsratswahlverfahren

Jede Betriebsratswahl birgt Fehlerquellen. Effektiver Rechtsschutz ist nur im Verfügungsverfahren möglich. Mit Blick auf die anstehenden Betriebsratswahlen 2006 werden typische Fehler und Reaktionsmöglichkeiten aufgezeigt.

I. Rechtsbehelfe während Betriebsratswahlen

1. Betriebsverfassungsrechtlicher Wahlrechtsschutz

Das BetrVG nennt in den Wahlvorschriften drei wahlbezogene Rechtsschutzverfahren:

- Die *Wahlvorstandersetzung* bei Untätigkeit nach § 18 I 2 BetrVG – als unmittelbarer Eingriff in das Wahlverfahren.
- Die präventive *Statusentscheidung* nach § 18 II BetrVG, mit der wortlautübersteigend nicht nur die Betriebsratsfähigkeit geklärt werden kann, sondern auch der Betriebszuschnitt, also die „Betriebsgrenzen“ – insbesondere ob ein Gemeinschaftsbetrieb vorliegt, ob Betriebsteile nach § 4 selbständig oder zugeordnet sind und welche Betriebsratsstrukturen nach § 3 BetrVG gewillkürt sind¹.
- Die postventive *Wahlanfechtung* nach § 19 BetrVG.

Hinzu kommt das Beschlussverfahren für die *Feststellung der Nichtigkeit der Wahl*, das nach allgemeinen Grundsätzen zulässig sein muss und für das man sich nur fragen kann, ob in einem Erstrechtsschluss aus § 19 BetrVG entsprechend dessen Absatz 2 S. 1 auch (mindestens) drei Wahlberechtigte und eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft antragsbefugt sind²; der Arbeitgeber ist es ohnehin³.

Daneben kennt die Betriebsratswahl zwei außergerichtliche Verfahren:

- Der Arbeitnehmer-Einspruch gegen die Wählerliste nach § 4 I 1 WO innerhalb von zwei Wochen seit Erlass des Wahlausschreibens führt nur zu einer Überprüfung durch den Wahlvorstand.
- Das Vermittlungsverfahren des § 18 a BetrVG, das aber kein Individual-„Wahlverfahrensrechtsbehelf“ ist, sondern nur den Zwist der streitenden Wahlvorstände beilegen soll; nur der Arbeitgeber ist einbezogen (§ 18 II 3 BetrVG). Der betroffene Arbeitnehmer, der seine Zuordnung als „Normalarbeitnehmer“ oder Leitender angreifen will, kann sein Wahlrecht nicht durchsetzen – im Gegenteil wird die Wahlanfechtung noch besonders beschränkt, § 18 a V BetrVG.

Auf *positive Befolgung der Wahlvorschriften* in der betroffenen Betriebsratswahl ist nur die Wahlvorstandersetzung gerichtet. Die Betriebsstatusfeststellung steht neben der Wahl, weil sie nicht auf eine bestimmte Betriebsratswahl bezogen

ist. Auf die *Missachtung von Wahlvorschriften* reagiert zwar die Wahlanfechtung. Sie kommt für echten Wahlrechtsschutz so oder so zu spät. Fehler im Wahlverfahren führen zwar zur Anfechtbarkeit der Betriebsratswahl (nur selten zur Nichtigkeit); der fehlerhaft und damit anfechtbar gewählte Betriebsrat ist vorerst im Amt – bis rechtskräftig über die Wahlanfechtung entschieden ist. Hält der „angefochtene“ Betriebsrat hinreichend lange durch, betreibt er insbesondere das Beschwerdeverfahren, kann er gar die prozessuale Überholung erreichen: Ist über die Wahlanfechtung bis zum Ablauf der regulären Amtsperiode nicht entschieden, hat sich das Verfahren erledigt⁴. So oder so bleibt der fehlerhaft gewählte Betriebsrat vorerst im Amt – für die erwartbare Dauer des Wahlanfechtungsverfahrens von zwei bis drei Jahren⁵.

Problematisch ist das besonders mit Blick auf die *durch die fehlerhafte Wahl beschädigte Legitimation des Betriebsrats* gegenüber der Belegschaft. Wahlfehler liefern die Arbeitnehmer einem Betriebsrat und dessen Betriebsvereinbarungs- und Mitbestimmungsmacht aus, den sie nicht fehlerfrei gewählt haben und den sie so nicht gewählt hätten. § 13 II Nr. 1 BetrVG schwächt den Legitimationsgedanken nicht

1 Dazu *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, BetrVG, 22. Aufl. (2004), § 18 Rdnrn. 53 ff.

2 *ErfK/Eisemann*, 6. Aufl. (2006), § 19 BetrVG Rdnr. 16; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (o. Fußn. 1), § 19 Rdnr. 7; *GK-BetrVG/Kreutz*, 8. Aufl. (2005), § 19 Rdnr. 145.

3 Jedenfalls kann nach dem verfahrensrechtlichen Meistbegünstigungsprinzip auch die nichtige Betriebsratswahl im Verfahren nach § 19 BetrVG angefochten werden, *GK-BetrVG/Kreutz* (o. Fußn. 2), § 19 Rdnr. 144.

4 Mit Ablauf der Amtszeit entfällt das Rechtsschutzinteresse für die Wahlanfechtung, *BAG* (13. 3. 1991), *NZA* 1991, 946 = *AP* Nr. 20 zu § 19 BetrVG 1972 = *EzA* § 19 BetrVG 1972 Nr. 29; *Walker*, *ZfA* 2005, 45 (69).

5 So wurde die Anfechtung einer Wahl von März 1998 im Februar 2001 entschieden: *BAG* (21. 2. 2001), *NZA* 2002, 282 = *AP* Nr. 49 zu § 18 BetrVG 1972 = *EzA* § 19 BetrVG 1972 Nr. 41; eine im April 2002 stattgefundene Wahl im Juli 2004: *BAG* (21. 7. 2004), *NZA* 2005, 240 = *AP* Nr. 8 zu § 9 BetrVG 1972 = *EzA* § 9 BetrVG 2001 Nr. 3 und eine Wahl des Mai 2002 im Mai 2004: *BAG* (5. 5. 2004), *NZA* 2004, 221 = *AP* Nr. 1 zu § 3 WahlO BetrVG 1972 = *EzA* § 19 BetrVG 2001 Nr. 3.

etwa dahin ab, dass es nur auf die der Belegschaftsstärke entsprechende Anzahl der Betriebsratsmitglieder ankäme⁶. Die Norm verstärkt den Legitimationsgedanken vielmehr, indem sie Veränderungen nach der Wahl die Kraft zuspricht, dem vorangegangenen Wahlakt die Legitimation zu nehmen⁷. Selbst wenn es inmitten der Amtszeit des fehlerhaft gewählten Betriebsrats zu einer Neuwahl kommt, handelt es sich doch um eine andere Wahl – inzwischen haben Zeitablauf und Veränderungen der Betriebswirklichkeit wie der handelnden Personen eine andere Wahlwirklichkeit geschaffen. Das heißt: Das Wahlanfechtungsverfahren kann das gewünschte und zentrale Rechtsschutzziel eines fehlerfrei gewählten Betriebsrats nicht erreichen.

2. Einstweiliger Rechtsschutz

a) *Bedarf*. Mithin ist *effektiver Rechtsschutz* im Rahmen von Betriebsratswahlen überhaupt nur durch einstweilige Verfügungen möglich. Das zeigt folgender Fall des BAG: Die Rundfunk Orchester und Chöre GmbH Berlin unterhält als privatrechtliche Tochter öffentlicher Rundfunkanstalten verschiedene Klangkörper, die offenbar auch betriebsverfassungsrechtliche Eigenständigkeit wünschten. Während bis zur Betriebsratswahl 2002 stets ein einheitlicher „ROC-Betriebsrat“ bestand, machte sich darauf ein Orchester (das Deutsche Symphonieorchester, DSO) betriebsverfassungsrechtlich selbständig mit einem eigenen Wahlvorstand und einem eigenen Betriebsrat. Nun kam es zu konkurrierenden Wahlen – eines DSO-Betriebsrats nur für die Symphoniker und eines ROC-Betriebsrats für alle Arbeitnehmer des Arbeitgebers. Nun gilt im BetrVG das Highlander-Prinzip: Es kann nur einen (Betriebsrat) geben! Das BAG hat letztlich richtig erkannt, dass die Symphoniker als verselbstständiger Betriebsteil nach § 4 I 1 Nr. 2 BetrVG einen eigenen Betriebsrat wählen durften – das LAG Berlin als Vorinstanz hielt dessen Wahlvorstandsbestellung noch für nichtig⁸. Hier hätte ein Verfügungsverfahren im Interesse aller Beteiligten schnell Klarheit und Rechtssicherheit bringen können.

Ohne weiteres anerkannt ist der vorläufige Rechtsschutz für die Fälle, in denen der Wahlvorstand die geplante Wahl durchsetzen will – insbesondere *gegen Behinderungen durch Dritte*, insbesondere des Arbeitgebers⁹. Leichtere Fehler (etwa falsche Wählerliste) können durch einen *korrigierenden Eingriff in das Wahlverfahren* behoben werden: Je geringer der Fehler wiegt und je leichter er durch eine gerichtliche Verfügung behoben werden kann, desto unverhältnismäßiger wäre es, die Betroffenen auf die Wahlanfechtung zu verweisen. Insofern gilt die allgemeine Erkenntnis, dass präventiver Rechtsschutz dem postventiven überlegen ist (man denke an den betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch), auch und gerade für die Wahl¹⁰. Das BetrVG müsste schon eine plausible und begründete Anordnung „dulde und liquidiere“ liefern, also die Fehlerkorrektur mit einem Hinnahmegebot und dem Verweis auf das Anfechtungsverfahren ausschließen. Solches ist nicht ansatzweise erkennbar. Erkennbare und behebbare Fehler müssen im vorläufigen Rechtsschutz auch behoben werden können¹¹. Selbst der problematischste Zugriff, der *Wahlabbruch* mit dem Ziel eines neuen Wahlverfahrens, dient dem Rechtsschutzbegehrt besser, als die Wahlanfechtung. Zwar ist auch ein nach Wahlabbruch durchgeführter zweiter Versuch eine „andere“ Wahl – aber sehr nahe an den ursprünglichen Wahlbedingungen.

Für die Verfügung spricht auf Arbeitnehmerseite vor allem das Legitimationsdefizit des ohne die Verfügung fehlerhaft gewählten Betriebsrats. Auch der Arbeitgeber hat ein Interesse an einem unbemakelten Betriebsrat – ebenso aber auch

an der Vermeidung unnötiger Neuwahlkosten¹², die nach einer Erhebung des Instituts der deutschen Wirtschaft 18,83 Euro je Mitarbeiter betragen sollen¹³. Das Wahlanfechtungsverfahren wird zudem die vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat belasten – und zwar erheblich¹⁴.

Das Problem stellt sich parallel für die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. Auch hier sind einstweilige Verfügungen möglich¹⁵. Diese können auf die Unterlassung von Maßnahmen oder Korrektur von Entscheidungen insbesondere des Wahlvorstands gerichtet sein¹⁶. Der Wahlabbruch wird nur bei Fehlern zugelassen, die zur Nichtigkeit oder zu einer voraussichtlich erfolgreichen Anfechtung nach § 22 MitbestG führen¹⁷. Insofern meint das LAG Düsseldorf zu Recht, dass „für die nach dem Mitbestimmungsgesetz erforderlichen Wahlen ... nichts anderes gelten kann“¹⁸.

2. Keine Rechtsschutzsperre

aa) *Vorrang der Wahlanfechtung*? Besonders schwer fällt der Rechtsprechung der *Wahlabbruch*¹⁹: Manche schwerwiegende Fehler können nicht korrigiert werden – insbesondere, wenn der falsche Betrieb zur Grundlage des Wahlausschreibens gemacht worden ist. Der vorläufige Rechtsschutz kann hier nur auf den Abbruch der Wahl gerichtet sein – genauer: auf Beendigung des eingeleiteten Wahlverfahrens mit dem Ziel, ein neues und fehlerfreies Wahlverfahren zu ermöglichen.

Hierin sehen manche eine letztlich unzulässige Durchbrechung des § 19 BetrVG: Der Wahlabbruch führe (womöglich) zur Betriebsratslosigkeit und verhindere die vorläufige Amtsführung des fehlerhaft gewählten Betriebsrats, die § 19 BetrVG gerade anordne. Deswegen meint insbesondere das LAG Baden-Württemberg, mit der Verfügung würde mehr erreicht, als im Hauptsacheverfahren (der Wahlanfechtung)²⁰. Konsequenz zu Ende gedacht hieße das: Der Abbruch des Wahlverfahrens wäre überhaupt nur in dem Falle zu rechtfertigen, wenn der Fehler so schwer wiegt, dass die Wahl nichtig wäre. Für diesen Sonderfall gibt es in der Tat keinen

6 DKK/Schneider, BetrVG, 9. Aufl. (2004), § 13 Rdnr. 10; Richardi/Thüsing, BetrVG, 10. Aufl. (2006), § 13 Rdnr. 22.

7 GK-BetrVG/Kreutz (o. Fußn. 2), § 13 Rdnr. 36; Fitting/Engels/Schmidt/Trebing/Linsenmaier (o. Fußn. 1), § 13 Rdnr. 21; ErfK/Eisemann (o. Fußn. 2), § 13 Rdnr. 4.

8 BAG (21. 7. 2004), NZA-RR 2005, 671 = AP Nr. 15 zu § 4 BetrVG 1972 = EzA § 4 BetrVG 2001 Nr. 1.

9 LAG Hamm, Urt. v. 25. 11. 2002 – 10 TaBV 121/02; LAG Köln (23. 10. 1985), LAGE Nr. 3 zu § 44 BetrVG 1972; Fitting/Engels/Schmidt/Trebing/Linsenmaier (o. Fußn. 1), § 78 Rdnrn. 13, 25; DKK/Kittner (o. Fußn. 6), § 78 Rdnr. 30.

10 Dazu bereits Hans Hanau, DB 1986, Beil. 4 zu H.Nr. 7, S. 8; Fitting/Engels/Schmidt/Trebing/Linsenmaier (o. Fußn. 1), § 18 Rdnr. 33.

11 Hans Hanau, DB 1986, Beil. 4 zu H.Nr. 7, S. 8; Fitting/Engels/Schmidt/Trebing/Linsenmaier (o. Fußn. 1), § 18 Rdnr. 33.

12 Hans Hanau, DB 1986, Beil. 4 zu H.Nr. 7, S. 8.

13 Niedenhoff, Die direkten Kosten der Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes, 2004, S. 45.

14 LAG Düsseldorf (27. 3. 1975), DB 1975, 937 (938); Dzida/Hohenstatt, Special zu BB, Heft 50/2005, 1.

15 LAG Düsseldorf (19. 12. 1977), DB 1978, 255; Raiser, MitbestG, 4. Aufl. (2002), § 22 Rdnr. 25; Paland, DB 1988, 1494 (1496).

16 BAG (25. 8. 1981), DB 1982, 546; Raiser (o. Fußn. 8), § 22 Rdnr. 25.

17 Für den Fall der Nichtigkeit etwa ArbG Hamburg (5. 12. 1977), DB 1978, 1180.

18 LAG Düsseldorf (19. 12. 1977), DB 1978, 255.

19 Unstreitig möglich nur im Falle der Nichtigkeit der Wahl: ArbG Würzburg, Urt. v. 14. 5. 2002 – 3 BVGa 11/02 S; LAG Nürnberg (13. 3. 2002), AR-Blattei ES 530.6 Nr. 76; LAG Hessen, Urt. 28. 1. 2002 – 9 TaBVGa 6/02; LAG Köln (29. 3. 2001), AiB 2001, 602 f. = MDR 2001, 1176; Fitting/Engels/Schmidt/Trebing/Linsenmaier (o. Fußn. 1), § 18 Rdnr. 42; Zwanziger, DB 1999, 2264; für die Zulässigkeit eines Abbruchs auch Richardi/Thüsing (o. Fußn. 6), § 18 Rdnr. 21.

20 LAG Baden-Württemberg (20. 5. 1998), AiB 1998, 401; LAG Köln (29. 3. 2001), AiB 2001, 602 f. = MDR 2001, 1176. Ähnlich Heinze, RdA 1986, 273 (286).

Grund, das Wahlverfahren als bloße Rechtsfarce durchzuführen. Das engte die Wahlabbruchsverfügung erheblich ein. Indes: Das LAG Baden-Württemberg irrt. Mit der Wahlabbruchsverfügung wird nicht die Entscheidung in der Hauptsache vorweggenommen²¹. Präventive Wahlabbruchsverfügung und postventive Wahlanfechtung betreffen unterschiedliche Streitgegenstände. Die Wahlanfechtung ist nicht „die Hauptsache“ für die Verfügung im Wahlverfahren.

Das folgt formallogisch daraus, dass § 19 BetrVG mit der Wahlanfechtung in erster Linie regelt, dass der einmal vorgenommene Wahlakt in (vorläufige) Bestandskraft erwächst – und durch richterlichen Gestaltungsbeschluss²² beseitigt werden kann. Wer den Wahlakt aber durch vorläufigen Rechtsschutz verhindert, beseitigt ihn nicht – und steht damit auch nicht im Widerspruch zu § 19 BetrVG. Hätte das LAG recht, müsste mit diesem Argument jede Korrekturverfügung abgewiesen werden. Denn mit beispielsweise der Durchsetzung der Zulassung eines (zu Unrecht) abgelehnten Wahlvorschlages verschafft das Gericht dem Antragsteller gleichfalls einen positiven Erfolg, den er im Wahlanfechtungsverfahren nicht hätte erzielen können. Richtig an der Betrachtungsweise des LAG Baden-Württemberg ist nur, dass nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses eine Verfügung, den Betriebsrat vorläufig des Amtes zu entheben, in Konflikt mit § 19 BetrVG gerät. Insofern ist die Frage aufgeworfen, ob es eine vorläufige Amtsenthebung des Betriebsrats als Gremium überhaupt geben kann, wogegen insbesondere § 23 II BetrVG spricht. Materiell geht es um die Scheidung von präventivem Unterlassungsrechtsschutz und postventivem Beseitigungsrechtsschutz, die von unterschiedlichen materiellen Voraussetzungen abhängen können. Niemand käme auf die Idee, wegen der Verschuldensabhängigkeit des Schadensersatzes die Unterlassungsverfügung zu beschneiden. Niemand kommt auf die Idee, wegen der Bestandskraft der Beamtenernennung die gegen diese Ernennung gerichtete Konkurrentenverfügung für unzulässig zu halten.

Das BVerfG entscheidet für *Parlamentswahlen* anders: Wille des Verfassungsgebers und Konzeption des Rechtsschutzes im Wahlverfahren schlossen einer in das einstweilige Anordnungsverfahren vorverlegten Wahlprüfungsbeschwerde, die sich gegen Entscheidungen und Maßnahmen im Wahlverfahren richtet, im Grundsatz aus²³. Das liegt indessen vor allem daran, dass nach Art 41 I 1 GG i. V. mit dem Wahlprüfungsgesetz der Bundestag selbst das Wahlverfahren überprüft²⁴. Schon deshalb ist der Gedanke auf die Betriebsverfassung nicht übertragbar. Vor allem aber ist die Wahl der Legislative als zentralem Staatsorgan mit derjenigen des Betriebsrats nicht vergleichbar. Wenn dort der Legitimationsgedanke im Interesse der Stabilität der Legislative und mit Blick auf das Verhältnis zwischen erster und dritter Gewalt nachrangig gesehen wird, trägt das hier nicht. Für privatrechtliche Wahlen muss es bei den Grundsätzen allgemeinen Rechtsschutzes bewenden.

bb) *Wahlblockadegefahr*? Wenig tauglich als Argument gegen den vorläufigen Rechtsschutz ist auch die Wahlblockadegefahr: Der Abbruch des angelaufenen Wahlverfahrens droht doch nur bei sehr schweren Fehlern, die nicht durch eine Anordnung des Gerichtes korrigiert werden können. Solche Fehler kann ein geschulter Wahlvorstand durchaus vermeiden. Im Übrigen überstrapaziert man das Gesetz nicht, wenn man § 18 I BetrVG auf den Fall erstreckt, dass ein Wahlvorstand sich so fehlerhaft verhält, dass seine Wahlvorbereitung abgebrochen werden muss – auch das ist eine Form der Untätigkeit. So gesehen besteht die Gefahr einer Blockade

der Betriebsratswahl nicht. Davon abgesehen läuft das Argument auf eine merkwürdige Verdrehung der Verantwortung hinaus: Für die fehlerfreie Wahlvorbereitung und -durchführung ist der Wahlvorstand verantwortlich. Ihm ist ein Vorwurf der Behinderung der richtigen, also fehlerfreien Betriebsratswahl zu machen und er trüge die Verantwortung für eine etwaige Betriebsratslosigkeit – nicht etwa kann dem Antragsteller, der das Recht durchzusetzen sucht, Wahlblockade vorgehalten werden.

Deutlich wird das am Hauptfall der Abbruchverfügung: dem nicht korrigierbaren Wahlausschreiben (noch unten II), mit dem der Wahlvorstand die Grenzen des Betriebes als Wahlbezirk falsch zieht. Hierfür sind in der Praxis vielfach schlechthin sachwidrige Erwägungen maßgebend, die typischerweise zur Vergrößerung des Betriebes führen und kleineren Einheiten die Möglichkeit nehmen sollen, einen eigenen Betriebsrat zu wählen. Da geht es um die Wunschgröße des Betriebsrats, um die Zahl der Freistellungen (auch um „Versorgungsfälle“ zu bedienen) oder auch nur darum, im Gesamtbetriebsrat das höchste Stimmgewicht zu erreichen, um den Vorsitz beanspruchen zu können. Der Respekt vor dem Recht der kleinen Einheit, als eigener Betrieb i. S. von § 1 BetrVG oder als verselbstständiger Betriebsteil nach § 4 I BetrVG einen eigenen Betriebsrat zu haben, ist in der Lebenswirklichkeit eher gering. Aber auch der umgekehrte Fall kommt vor: Betriebsteile, die zu unerwünschten Wahlergebnissen neigen (z. B. eine Vertriebsseinheit), werden ausgegrenzt. Aus welchem Grunde vor diesem Hintergrund die Wahlabbruchverfügung schlechthin abgelehnt werden kann, ist nicht recht ersichtlich.

Insofern stellt sich nur und immerhin die Frage, ob das Gericht in seine Abwägung einstellen kann, dass der Verfügungsantrag recht spät gestellt worden ist, weswegen eine schnelle Neueinleitung unmittelbar nach Erlass des Wahlausschreibens nicht mehr möglich ist und nun eine längere Verzögerung droht. Indes ist das kein Grund, von der Wahlabbruchverfügung abzusehen: Zwischenakte im Wahlverfahren geraten grundsätzlich nicht in Bestandskraft; selbst die Zuordnungsentscheidung des § 18 a BetrVG wird nach Absatz 5 S. 1 nicht bestandskräftig. Mithin kann es auch keine Obliegenheit des Antragstellers zur beschleunigten Antragstellung geben. Der vorläufige Rechtsschutz im Beschlussverfahren ist gerade nicht auf das kontradiktorische Parteiinteresse ausgerichtet, dessen Vernachlässigung dem Antragsteller vorgehalten werden könnte. Überdies ist der vorläufige Rechtsschutz zeitlich ohnehin eng begrenzt: Mit der Bekanntgabe des (richtig ausgezählten) Wahlergebnisses scheidet jede Wahlabbruchverfügung aus. Möglich ist allein die Überprüfung der Auszählung, die auch im vorläufigen Rechtsschutz erzwungen werden kann (noch II).

cc) *Gebotene Zurückhaltung im vorläufigen Rechtsschutz*. Eine ganz andere Frage ist die nach der allgemeinen Zurückhaltung im Verfügungsverfahren – wie sie auch in Arbeitskampfsachen eine Rolle spielt. Selbstredend darf nicht schon jeder belanglose Ordnungsfehler zum Wahlabbruch führen, der Fehler muss vielmehr einen hinreichend sicheren Anfechtungserfolg implizieren²⁵. Da der Antragssteller bei einer einstweiligen Verfügung stets Verfügungsgrund und Ver-

21 Wie hier Hans Hanau, DB 1986, Beil. 4 zu H. Nr. 7, S. 8; ArbG Berlin (21. 4. 1972), DB 1972, 877.

22 Nur GK-BetrVG/Kreutz (o. Fußn. 2), § 19 Rdnr. 114.

23 BVerfG (13. 9. 2005), NJW 2005, 2982; anders BVerfG (17. 10. 1990), NJW 1990, 3005, ausnahmsweise wegen der „herausgehobenen staatspolitischen Bedeutung der ersten gesamtdeutschen Bundestagswahl“.

24 v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 5. Aufl. (2005), Art. 41 Rdnr. 5. 25 Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier (o. Fußn. 1), § 18 Rdnr. 42; Richardi/Thüsing (o. Fußn. 6), § 18 Rdnr. 21; LAG Köln (7. 4. 1998), NZA-RR 1999, 247 L = LAGE § 19 BetrVG 1972 Nr. 16; LAG Hessen (17. 2. 2005), BeckRS 2005, 42 833; LAG Niedersachsen (19. 1. 1993), EzA § 18 BetrVG 1972 Nr. 8; Düwell/Lipke/Koch, ArbGG, 2. Aufl. (2005), § 85 Rdnr. 28; Dzida/Hohenstatt, Special zu BB, H. 50/2005, 1.

fügungsanspruch glaubhaft machen muss (§ 936 ZPO i. V. mit § 920 II ZPO)²⁶, sind die tatsächlichen Voraussetzungen des Fehlers darzulegen.

Irgendein Abwägungsermessen des Richters dahin, dass ein Fehler, der hinreichend sicher zur Anfechtbarkeit der Wahl führt, unberücksichtigt zu bleiben habe, lässt sich nicht begründen. Leitbild des BetrVG ist der einwandfrei legitimierte Betriebsrat – und nicht der fehlerhaft gewählte, der als Notbetriebsrat vorläufig im Amt bleibt (und an diesem klebt), bis die Wahlanfechtung entschieden ist.

Auch der Kostenaspekt kann letztlich keinen Ausschlag geben. Zu den Kosten der Betriebsverfassung gehören auch die Kosten der fehlerhaften Betriebsratswahl²⁷. Insofern hat der Arbeitgeber auch das Wahlabbruchrisiko zu tragen. Deswegen können die Kosten kein Argument für einen Abbruch sein – noch dagegen sprechen.

Allerdings gilt wie im Verfahren der Wahlanfechtung nach § 19 BetrVG so auch hier: *Vorrang der Korrektur vor der Kassation*²⁸. Mit Blick auf die uneinheitliche Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte ist aber an den *Hilfsantrag auf Wahlabbruch* zu denken²⁹. Soweit das Wahlverfahren korrigiert werden kann, darf es nicht abgebrochen werden. So kann das Gericht die Wählerliste durch Hinzufügen oder Streichen von Arbeitnehmern³⁰ richtig machen. Zu Unrecht beanstandete Wahlvorschlagslisten können durch das Gericht zugelassen werden. Hat der Wahlvorstand die Öffentlichkeit für die Stimmauszählung nicht vorgesehen, kann ihm dies aufgegeben werden. Verfügungsinhalt kann auch der erneute Beginn eines Fristablaufs sein.

c) *Verfügungsformen*. § 85 II ArbGG sieht für das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren einstweilige Verfügungen vor und verweist auf §§ 935 ff. ZPO – und damit auf die Sicherungsverfügung (§ 935 ZPO) und die Regelungsverfügung (§ 940 ZPO). Zusätzlich werden Leistungsverfügung und die Feststellungsverfügung diskutiert. Auch wenn die genaue Abgrenzung zwischen den Verfügungsarten unklar ist³¹ und in der Praxis häufig pauschalierend auf die §§ 935, 940 ZPO verweist³², ist eine Differenzierung nach dem jeweiligen Verfügungsgrund sinnvoll.

Die *Sicherungsverfügung* scheidet praktisch aus. Sie darf nur vorläufig sichern; selbst eine vorläufige Wahlaussetzung³³ schafft aber für diese Zeit endgültige Zustände. Eingriffe ins Wahlverfahren führen grundsätzlich zu einer Vorwegnahme der Hauptsache. Auch eine *Regelungsverfügung* trifft den Kern des Rechtsschutzanliegens nicht. Denn die Wahlanordnung des Gerichts soll kein Streitiges Rechtsverhältnis einstweilen regeln. Die überwiegende Meinung geht mit recht von einer *Leistungsverfügung* aus³⁴: Sie verwirklicht einen auf die Wahl bezogenen betriebsverfassungsrechtlichen Anspruch – und das endgültig, wenngleich vorbehaltlich einer Wahlanfechtung. Nur mit ihr kann der erforderliche Rechtsschutz gewährleistet werden; ihre Versagung bedeutete Verneinung effektiven Rechtsschutzes³⁵.

Dass die Leistungsverfügung „besonders strengen Anforderungen“ genügen müsse, lässt sich nicht sagen. Wenn der Wahlfehler hinreichend glaubhaft gemacht ist, gibt es keinen Grund, die Verfügung zu verweigern. Eine Blockadegefahr (oben b bb) besteht nicht³⁶. Die allgemeine Interessenabwägung zur Sicherung ausgeglichenen Rechtsschutzes kann – wenn der zur Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit führende Wahlfehler hinreichend glaubhaft gemacht ist – doch nicht dazu führen, dass die Wahl fehlerhaft bleibt; hier tritt das gesetzliche Interesse am einwandfrei legitimierten Betriebsrat in den Vordergrund³⁷.

Abzulehnen ist die gelegentlich erwogene *Feststellungsverfügung*³⁸, etwa auf Antrag der einen Gewerkschaft, die die Ungültigkeit der Wahlvorschlagsliste einer fremden Ge-

werkschaft festgestellt wissen will³⁹. Effektiver Rechtsschutz taugt als Argument nicht⁴⁰ – weil die Feststellungsverfügung nicht effektiv ist⁴¹. Sie ist und bleibt vorläufig und kann anders als die Leistungsverfügung die Hauptsache eben nicht vorwegnehmen⁴². Davon abgesehen ist sie nicht vollstreckbar, weswegen der Wahlvorstand diese schlicht ignorieren könnte. Die Leistungsverfügung belässt auch kein Rechtsschutzdefizit. So kann die eine Gewerkschaft durchaus die Zulassung der Wahlvorschlagsliste einer anderen angreifen, wenn und soweit sie darauf die Wahlanfechtung stützen könnte – weil das Antragsrecht aus § 19 II BetrVG zugleich den Verfügungsanspruch liefert. Es geht um die Wahlchancen, die unter den zulässigen Wahlvorschlägen ausgetragen werden und das Recht auf Abwehr der Verwässerung des Stimmerfolgs durch ungültige Vorschläge.

d) *Antragsrecht und Verfügungsanspruch*. Im Rahmen von Betriebsratswahlen sind neben Arbeitgeber und Arbeitnehmer (einzeln oder als Gruppe) auch eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft, der „alte“ Betriebsrat und der Wahlvorstand als Anspruchssteller denkbar. Gelegentlich kann es zu Konkurrenzsituationen kommen, wenn die Betriebsratswahl in unterschiedlichen Einheiten denkbar ist – etwa im vermeintlichen Gemeinschaftsbetrieb, wohingegen die kleinere Teilbelegschaft sich als eigenständigen Betrieb sehen kann. Dann geht es womöglich um einen Streit zwischen zwei Alt-Betriebsräten (auch: beim Streit um das Übergangsmandat im Zuge der Betriebsverschmelzung⁴³). Denkbar ist auch, dass zeitgleich zwei Wahlvorstände berufen werden, die sich überlappend um Betriebsgrenzen streiten. Im Beschlussverfahren beteiligtenfähig sind selbstredend Arbeitgeber, (drei) Arbeitnehmer und im Betrieb vertretene Gewerkschaften⁴⁴, nach § 10 S. 1 Halbs. 2 ArbGG aber gerade auch die nach dem BetrVG beteiligten Personen und Stellen, also streitende Betriebsräte ebenso wie rangelnde Wahlvorstände⁴⁵.

Entscheidende Frage für das Verfügungsverfahren ist die Frage nach dem Verfügungsanspruch. Insofern ist der regulatorische Zusammenhang in den Wahlvorschriften der

26 Rieble/Gutzeit, ZIP 2004, 693 (699); Heinze, RdA 1986, 273 (275 ff.); Schellhammer, Zivilprozess, 11. Aufl. (2004), Rdnr. 1957.

27 So muss der Arbeitgeber die Kosten der Wahlanfechtung tragen: Richardi/Thüsing (o. Fußn. 6), § 20 Rdnr. 34.

28 Für die Wahlanfechtung: GK-BetrVG/Kreutz (o. Fußn. 2), § 19 Rdnr. 119.

29 Dzida/Hohenstatt, Special zu BB, H. 50/2005, 1.

30 Dzida/Hohenstatt, Special zu BB, H. 50/2005, 1 (4).

31 Rieble/Gutzeit, ZIP 2004, 693 (698).

32 Winterfeld, NZA-Beil. 1/1990, S. 20 (23).

33 Dazu LAG Hamm (10. 4. 1975), DB 1975, 1176; Düwelling/Lipke/Koch (o. Fußn. 25), § 85 Rdnr. 28; GK-BetrVG/Kreutz (o. Fußn. 2), § 18 Rdnr. 75; für die Wahl zum Aufsichtsrat: LAG Düsseldorf (24. 1. 1978), DB 1978, 987.

34 Fitting/Engels/Schmidt/Trebing/Linsenmaier (o. Fußn. 1), § 18 Rdnr. 38; GK-BetrVG/Kreutz (o. Fußn. 2), § 18 Rdnr. 75 f.

35 Hans Hanau, DB 1986, Beil. 4 zu H. Nr. 7, S. 9.

36 In diese Richtung aber Düwelling/Lipke/Koch (o. Fußn. 25), § 85 Rdnr. 28.

37 So letztlich auch Walker, ZfA 2005, 45 (53, 71).

38 LAG München (1. 12. 2004), NZA-RR 2005, 354 ff.; LAG Düsseldorf (6. 9. 1995), NZA-RR 1996, 12 = LAGE § 37 BetrVG 1972 Nr. 44; Lit. Berger, ZfP 110 (1997), 287 (290 ff.); Dütz, BB 1980, 533 (534); umfassend Jacobs, Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens, 2005, S. 93 ff, 501 ff., m. w. Nachw.

39 ArbG Herne (19. 3. 1965), BB 1965, 1398.

40 So aber LAG Berlin (31. 8. 2000), NZA 2001, 53 (55); Vogg, NJW 1993, 1357 (1360 ff.); auch Kohler, ZfP 103 (1990), 184 (200 ff.).

41 Walker, ZfA 2005, 46.

42 Jacobs (o. Fußn. 38), S. 507.

43 Dazu Rieble/Gutzeit, ZIP 2004, 693.

44 Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 5. Aufl. (2004) § 10 Rdnr. 29.

45 Düwelling/Lipke/Koch (o. Fußn. 25), § 10 Rdnr. 14.

§§ 18 II, 19 II BetrVG zu sehen. Dem *Wahlvorstand* kommt als „Veranstalter“ der Wahl das Recht zu, diese ungestört (§ 18 I i. V. mit § 20 I BetrVG) durchzuführen, gegenüber Arbeitgeber oder Dritte, auch konkurrierenden Wahlvorständen, die sich ihrer Zuständigkeit auf Kosten des einen Wahlvorstandes berühen. Dieses Abwehrrecht ist der Verfügungsanspruch. Gegenüber dem Arbeitgeber kommen auch Leistungsansprüche in Betracht (Stellung einer Personalliste, Zuweisung eines Wahllokals). *Betriebsräte* sind nur insofern beteiligt, als sie ihr Recht auf Bestellung eines Wahlvorstandes geltend machen. Dabei kann es auch zur Konkurrenz zweier Betriebsräte (auch im streitigen Übergangsmandat) oder eines Betriebsrats mit einem Gesamtbetriebsrat kommen (§ 16 III BetrVG). Die Belegschaft eines betriebsratslosen Betriebs hat als solche kein eigenes betriebsverfassungsrechtliches Recht auf eine Betriebsversammlung nach § 17 II BetrVG; hier kommt das Durchführungsrecht den Einladenden nach § 17 III BetrVG zu.

Daraus, dass dem *Arbeitgeber* das Recht zur Wahlanfechtung und zur Betriebsstatusfeststellung nach §§ 19 II, 18 II BetrVG (nicht aber zur Wahlvorstandersetzung des § 18 I BetrVG) zukommt, kann man schließen, dass der Arbeitgeber zwar kein subjektives Recht auf Durchführung der Betriebsratswahl hat, wohl aber auf Abwehr von Wahlfehlern. Dieses gründet letztlich in § 2 I BetrVG: Vertrauensvolle Zusammenarbeit kann dem Arbeitgeber nur gegenüber demjenigen Betriebsrat abverlangt werden, der von der Belegschaft, also seinen (!) Arbeitnehmern ordnungsgemäß legitimiert worden ist.

Das Antragsrecht der *Gewerkschaft* nach §§ 18, 19 BetrVG ist nicht Ausdruck ihrer Koalitionsrechte und hängt auch nicht davon ab, dass die Gewerkschaft mit einer Vorschlagsliste an der Wahl teilnimmt. Vielmehr sind die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften mit ihren betriebsverfassungsrechtlichen Antragsrechten „beliehen“; sie dürfen im öffentlichen Interesse an einer funktionierenden Betriebsverfassung die Rechtmäßigkeit beaufsichtigen⁴⁶. Aus dieser Beleihung erwächst kein subjektives Recht, das einen Verfügungsanspruch der Gewerkschaft deckte. Hätte der Gesetzgeber seine Beleihung auf das Verfügungsverfahren erstrecken wollen, hätte er das anordnen müssen. Mithin kann eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft ein eigenes Betriebsverfassungsrecht nur geltend machen, wo sie als Gewerkschaft in eigenen Rechten an der Wahl betroffen sein kann. Das betrifft praktisch nur das Wahlvorschlagsrecht des § 14 III BetrVG, das den Gewerkschaften in Ansehung ihrer Koalitionsfreiheit zukommt⁴⁷, mithin ein subjektives Recht der Gewerkschaft ist. Der Verfügungsanspruch richtet sich nicht nur gegen die fehlerhafte Beanstandung ihres Wahlvorschlags, sondern richtigerweise auch gegen die Zulassung ungültiger anderer Wahlvorschläge, gleich ob sie aus der Belegschaft oder von einer anderen Gewerkschaft stammen. Denn das Wahlvorschlagsrecht ist ein Recht auf Teilnahme an der Wahl und damit darauf, dass nur zulässige Konkurrenten im Teich der Stimmen fischen.

Problematisch ist der *einzelne Arbeitnehmer*. Die Wahlanfechtung ist ihm nach § 19 II BetrVG gerade verwehrt. Aber das heißt nur, dass er kein subjektives Recht „auf Anfechtung der Wahl insgesamt“ hat; über seine individuelle Rechtsstellung im Übrigen ist nichts gesagt. Nach §§ 7, 8 BetrVG kommt ihm gerade das aktive und passive Wahlrecht als subjektives Recht in der Betriebsverfassung zu. Es liefert den Verfügungsanspruch auf Aufnahme in die Wählerliste (für das *aktive Wahlrecht*⁴⁸) – mit dem der Antragsteller geltend machen kann, er sei Arbeitnehmer des Betriebs (oder Leiharbeiter). Beschränkt ist der Arbeitnehmer nur hin-

sichtlich seines Leitenden-Status. Die Entscheidung im Zuordnungsverfahren des § 18 a BetrVG kann nach dessen Absatz 5 und § 4 II 2 und 3 WO nur auf offensichtliche Fehlerhaftigkeit kontrolliert werden. Eine Verkürzung der Einspruchsfrist des § 4 I WO für andere Arbeitnehmer darf nicht erfolgen⁴⁹, weswegen die Korrektur die Frist neu in Gang setzt. Ist die Wählerliste fehlerhaft, ist jedes Abwarten unnötig⁵⁰, wenn durch die rechtzeitige Korrektur eine spätere Wahlanfechtung vermieden werden kann⁵¹. Führt die Aufnahme von Mitarbeitern notwendig zu einer Veränderung des Wahlausschreibens (Betriebsgrößensprung, veränderte Sitzzahl für das Minderheitengeschlecht), kann der einzelne Arbeitnehmer diese Weiterung nicht geltend machen; insofern fehlt es am Verfügungsanspruch, weil es um die Wahl insgesamt geht. Aus seinem passiven Wahlrecht folgt das Recht des Arbeitnehmers auf Verteidigung der Wahlvorschlagsliste, mit der er sein passives Wahlrecht ausübt. Wird also die Liste beanstandet (§ 7 II 2 WO), kann der Arbeitnehmer sich im Wege der Verfügung dagegen selbst verteidigen⁵².

e) *Einsicht in die Wahlakten*. Um einen Wahlfehler glaubhaft machen zu können, ist der Antragsteller gelegentlich auf Einsicht in die Wahlakten angewiesen. Nach § 19 WO sind die Wahlakten vom Betriebsrat aufzubewahren. Daraus folgt die herrschende Meinung ein Recht auf Akteneinsicht, weil Aufbewahrung der Überprüfbarkeit der Wahl dient⁵³.

Das spielt eine Rolle einmal für die Wahlanfechtung: Hier kann das Einsichtsrecht zwischen Ende des Wahlverfahrens und Ablauf der Anfechtungsfrist nur im Wege vorläufigen Rechtsschutzes durchgesetzt werden⁵⁴, weil Anfechtungsberechtigte ein Interesse an zeitnaher Akteneinsichtnahme haben. Der Verfügungsanspruch folgt aus § 19 WO, wobei das BAG kein besonderes rechtliches Interesse fordert⁵⁵. Aber auch für unsere Fälle des Eingriffs in die laufende Wahl durch vorläufigen Rechtsschutz muss aus § 19 WO die Möglichkeit einer vorgeschalteten Akteneinsicht im Verfügungsverfahren hergeleitet werden. Der Anspruch richtet sich gegen den „Besitzer“ der Wahlakten (ungeachtet der Frage, ob Wahlvorstand oder Betriebsrat überhaupt befähigt im Sinne des BGB sind)⁵⁶. Die Eilbedürftigkeit folgt derjenigen der Primärverfügung; im Falle der Anfechtung aus der Anfechtungsfrist.

46 Zur „Hilfsfunktion“ der Gewerkschaft im Betrieb etwa BAG (3. 10. 1978), NJW 1980, 1486 = AP Nr. 14 zu § 40 BetrVG 1972.

47 Dazu MünchArbR/Löwisch/Rieble, 2. Aufl. (2000), § 246 Rdnr. 210 m. w. Nachw.

48 ArbG Dortmund, Urt. v. 29. 4. 2002 – 9 BVGa 15/02 unveröff., zit. in LAG Hamm (6. 5. 2002), NZA-RR 2003, 480; LAG Berlin, Beschl. v. 3. 5. 1990 – 3 TaBV 2/90 unveröff., zit. in BAG, Urt. v. 25. 11. 1992 – 7 ABR 80/91 unveröff.; auch BAG (25. 3. 1992), NZA 1992, 899 = AP Nr. 48 zu § 5 BetrVG 1972 = EzA § 6 BetrVG 1972 Nr. 3.

49 LAG Frankfurt a. M. (21. 3. 1990), DB 1990, 239 (240).

50 LAG Hessen, Urt. v. 24. 4. 2003 – 9 TaBVGa 48/03.

51 BAG (25. 8. 1981), DB 1982, 546 = AP Nr. 2 zu § 83 ArbGG 1979.

52 Vgl. GK-BetrVG/Kreutz (o. Fußn. 2), § 9 Rdnr. 65; zur Möglichkeit, die Zulassung eines Wahlvorschlags durch Leistungsverfügung zu erwirken, GK-BetrVG/Kreutz, § 18 Rdnr. 76; Fitting/Engels/Schmidt/Trebingen/Linsenmaier (o. Fußn. 1), § 18 Rdnr. 40.

53 BAG (2. 7. 2005), NZA 2006, 59 = AP Nr. 1 zu § 19 WahlO BetrVG 1972; LAG Düsseldorf (29. 10. 2004), AuR 2005, 37; Burgmer/Richter, NZA-RR 2006, 1 (11); GK-BetrVG/Kreutz (o. Fußn. 2), § 19 WO Rdnr. 3; Richardi/Thüsing (o. Fußn. 6), § 19 WO Rdnr. 2; Fitting/Engels/Schmidt/Trebingen/Linsenmaier (o. Fußn. 1), § 19 WO Rdnr. 3; DKK/Schneider (o. Fußn. 6), § 19 WO Rdnr. 4.

54 Somit kann dahinstehen, ob ein zunächst bestehendes Einsichtsrecht nach Ablauf der Anfechtungsfrist weiter besteht, dagegen: LAG Düsseldorf (29. 10. 2004), AuR 2005, 37.

55 BAG (27. 7. 2005), NZA 2006, 59 = AP Nr. 1 zu § 19 WahlO BetrVG 1972.

56 GK-BetrVG/Kreutz (o. Fußn. 2), § 19 WO Rdnr. 3.

II. Verfügungsmöglichkeiten bei typischen Wahlfehlern

Fehler	Verfügung
Wahlvorstandsbestellung	
Amtierender Betriebsrat	Keine Wahl darf stattfinden, wenn ein Betriebsrat amtiert, dessen Amtszeit nicht abläuft. Insbesondere gegen irrig angenommene außerplanmäßige Betriebsratswahlen ist die Abbruchverfügung möglich. Das gilt insbesondere für den Fall, dass eine Betriebsspaltung durch Gemeinschaftsbetrieb kompensiert wird, § 1 II Nr. 2 BetrVG. Antragsberechtigt sind der amtierende Betriebsrat und der Arbeitgeber.
Falsches Bestellungsorgan	Das BetrVG regelt in den §§ 16, 17 BetrVG detailliert, in welchen Konstellationen welches Organ den Wahlvorstand bestellt. Die Wahlvorstandsbestellung durch ein <i>falsches Organ</i> führt nach der Rechtsprechung zur Anfechtbarkeit ⁵⁷ und rechtfertigt damit die Wahlabbruchsverfügung ⁵⁸ . Über die Kausalität ließe sich zwar streiten; doch besteht einerseits die Möglichkeit, dass gar kein Wahlvorstand bestellt wird; zweitens hängt vom Zeitpunkt der richtigen Wahlvorstandsbestellung auch der Zeitpunkt der Wahl ab. Ist das <i>Bestellungsorgan fehlerhaft besetzt</i> (etwa wegen Erlöschens der Betriebsratsmitgliedschaft, § 24 BetrVG, oder der Gesamtbetriebsratsmitgliedschaft, § 49 BetrVG, oder einer Mitabstimmung nicht zur Betriebsversammlung gehörender Arbeitnehmer) stellt sich die Frage, ob die Wahlvorstandsbestellung nichtig ist – damit wäre auch die Wahl anfechtbar und eine Wahlabbruchsverfügung möglich (s. o.). Gegen eine Nichtigkeit der Bestellung könnte bei einer fehlerhaften Besetzung streiten, dass die Funktionsfähigkeit des Betriebsrats, bzw. des Gesamtbetriebsrats gewahrt werden soll ⁵⁹ . Jedoch ist die Beschlussfassung durch das richtige Bestellungsorgan wesentliche Verfahrensvoraussetzung ⁶⁰ . Die Vergleichbarkeit zwischen der fehlerhaften Besetzung und der Bestellung durch das „falsche Organ“ zeigt die große Bedeutung der Zuständigkeit, so dass auch hier eine auf Wahlabbruch gerichtete Verfügung möglich ist.
Überschneidende Wahlvorstandsbestellung (im Betrieb)	Anfechtungsberechtigte können eine auf Wahlabbruch gerichtete einstweilige Verfügung beantragen, wenn ein zweiter Wahlvorstand für denselben Betrieb oder Betriebsteil bestellt wird: In einem Betrieb oder Betriebsteil dürfen nicht zwei Betriebsräte bestehen ⁶¹ , weil das BetrVG auf die zwar lückenlose aber überschneidungsfreie Arbeitnehmervertretung setzt und Zuständigkeitskonflikte zwischen zwei gleichermaßen berechtigten Betriebsräten nicht lösen kann. Damit kann der „richtige“ Wahlvorstand (aber auch der Arbeitgeber) vom falschen Wahlvorstand den Abbruch der Wahl verlangen ⁶² . Die Frage kehrt wieder beim Wahlausschreiben, weil der „richtige Betrieb“ auch dort vorausgesetzt ist.
Falsche Besetzung des Wahlvorstandes	Gem. § 16 I 1 BetrVG besteht der Wahlvorstand aus drei Wahlberechtigten – nur im Fall des § 16 II 3 BetrVG kann das Arbeitsgericht Externe bestellen. Der „Externe im Wahlvorstand“, insbesondere der ausgeschiedene Arbeitnehmer, bedeutet Fehlbesetzung des Wahlvorstandes und stellt einen wesentlichen Verfahrensfehler dar. Die Wahlabbruchsverfügung setzt aber potentielle Wirkung auf das Wahlergebnis voraus. Eben diese wird bestritten ⁶³ , weil der Wahlvorstand die Wahl nach den festen Regeln von BetrVG und WO durchzuführen hat. Indes bleiben verfahrensleitende Ermessensspielräume, die sich auf das Wahlergebnis auswirken können. Das rechtfertigt die Abbruchverfügung.
Sonstige Verfahrensfehler	Führt der Verfahrensfehler zur Nichtigkeit der Wahlvorstandsbestellung und zur Anfechtbarkeit der Betriebsratswahl, kann das Gericht eine einstweilige Verfügung auf Wahlabbruch erlassen – mit dem Ziel erneuter Wahlvorstandsbestellung. Der Beschluss zur Wahlvorstandsbestellung ist nur bei groben Verstößen gegen wesentliche Verfahrensvorschriften nichtig ⁶⁴ , wie etwa der Beschlussfähigkeit des Bestellungsorgans, § 33 I BetrVG und der rechtzeitigen Ladung, § 29 II BetrVG – vergleichbar die unzureichende Bekanntmachung der Einladung zur Wahlbetriebsversammlung ⁶⁵ . Eine allgemeine Regel für sämtliche Verfahrensfehler lässt sich nicht aufstellen. Die Verfahrensvorgabe muss mit Blick auf die erforderliche Anfechtbarkeit wesentlich nicht nur für die Wahlvorstandsbestellung, sondern die Wahl sein. Für die Kausalität genügt es, dass der Wahlvorstand womöglich anders zusammengesetzt gewesen wäre – und damit von verfahrensleitenden Spielräumen anderen Gebrauch machen könnte. Die Wahlabbruchsverfügung ist möglich ⁶⁶ .
Wahleinleitung (Wahlausschreiben)	
Falsche Betriebsbegrenzung, §§ 1, 4 BetrVG	Das Wahlausschreiben legt mit den Betriebsgrenzen den Betrieb als Wahlbezirk fest und ist dabei auf den Betriebsbegriff des § 1 BetrVG – insbesondere den Anforderungen an einen Gemeinschaftsbetrieb – und die Zuordnung nach § 4 BetrVG verpflichtet. Da die Verknennung des Betriebsbegriffs zwar nicht zur Nichtigkeit der Wahl ⁶⁷ , wohl aber zu deren Anfechtbarkeit führt, sind Korrekturverfügungen möglich, die insbesondere auf Hinzufügen oder Entfernen von Organisationsteilen gerichtet sein können. Das Hinzufügen oder Streichen einzelner Arbeitnehmer ist eine Frage der Wählerliste; korrespondiert aber mit der Betriebsgrenze. Da die betriebsratsfähige Einheit auch schon Voraussetzung für die Bestellung des Wahlvorstandes ist, können grobe Fehler – etwa die irrige Annahme eines Gemeinschaftsbetriebes – vorgelagert schon die Legitimation des Wahlvorstandes beseitigen und zu dessen Fehlbesetzung führen. Dann bleibt nur der Wahlabbruch – um neue Wahlvorstände zu bilden.

57 BAG (21. 7. 2004), NZA-RR 2005, 671 = AP Nr. 15 zu § 4 BetrVG 1972 = EzA § 4 BetrVG 2001 Nr. 1; Nichtigkeit bejaht indes vorangehend LAG Berlin (30. 10. 2003), BeckRS 2003, 41 959 = AP Nr. 12 zu § 18 BetrVG 1972 = LAGReport 2004, 84.

58 Etwa LAG Hamm (1. 3. 1994), DB 1994, 992.

59 Vgl. BAG (16. 3. 2005), NZA 2005, 1072 = AP Nr. 6 zu § 28 BetrVG 1972.

60 Richardi/Thüsing (o. Fußn. 6), § 33 Rdnr. 42.

61 BAG (11. 4. 1978), AP Nr. 8 zu § 19 BetrVG 1972 = EzA § 19 BetrVG 1972 Nr. 17; BAG (21. 7. 2004), NZA-RR 2005, 671 = AP Nr. 15 zu § 4 BetrVG 1972 = EzA § 4 BetrVG 2001 Nr. 1.

62 LAG Düsseldorf (25. 6. 2003), AuR 2004, 78.

63 GK-BetrVG/Kreutz (o. Fußn. 2), § 16 Rdnr. 89.

64 BAG (23. 8. 1984), NZA 1985, 254 = AP Nr. 17 zu § 103 BetrVG 1972; Richardi/Thüsing (o. Fußn. 6), § 33 Rdnr. 41.

65 BAG (7. 5. 1986), NZA 1986, 753 = AP Nr. 18 zu § 15 KSchG 1969 = EzA § 17 BetrVG 1972 Nr. 5, wenn die Arbeitnehmer nicht auf andere Weise von der Wahlversammlung erfahren haben und das Wahlergebnis durch ihr Fernbleiben beeinflusst werden konnte.

66 ArbG Bielefeld (20. 5. 1987), NZA 1987, 680, nimmt sogar Nichtigkeit der Wahl an; auch: Dzida/Hohenstatt, Special zu BB, Heft 50/2005, S. 1 (2).

67 BAG (19. 11. 2003), BeckRS 2004, 40 398 = AP Nr. 55 zu § 19 BetrVG 1972 = EzA § 19 BetrVG 2001 Nr. 1; BAG (31. 5. 2000), BAGE 95, 15 = NZA 2000, 1350; BAG (13. 9. 1984), NZA 1985, 293 ff. = AP Nr. 3 zu § 1 BetrVG 1972 = EzA § 19 BetrVG 1972 Nr. 20; LAG Köln (14. 11. 2001), AiB 2005, 759; ErfK/Eisemann (o. Fußn. 2), § 18 Rdnr. 7.

Fehler	Verfügung
Unwirksame Vereinbarung i. S. des § 3 I BetrVG	Der Betrieb als Wahlbezirk ist auch dann verkannt, wenn die Betriebsratswahl in einer nach § 3 I Nrn. 1 bis 3 BetrVG gewillkürten Einheit stattfinden soll und der zu Grunde liegende Tarifvertrag, die ausnahmsweise Betriebsvereinbarung (Absatz 2) oder die Urabstimmung (Absatz 3) unwirksam sind. Damit scheitert die Betriebsbildung nach § 3 V BetrVG. Ob die auf einer unwirksamen Vereinbarung fußende Wahl nichtig ⁶⁸ oder als „Verkenntung des Betriebsbegriffs“ anfechtbar ⁶⁹ ist, kann dahinstehen. Den Wahlabbruch kann der Arbeitgeber beantragen, aber auch weitere amtierende gesetzliche Betriebsvertretungen ⁷⁰ . Für eine Antragsberechtigung einzelner Arbeitnehmer fehlt es am individuellen Verfügungsanspruch auf den gesetzlichen Betriebsrat ⁷¹ .
Falsche Betriebsratsgröße; fehlerhafte Berechnung der Minderheitengeschlechtssitze	Das Wahlausschreiben des § 3 WO konstituiert den zu wählenden Betriebsrat auch dadurch, dass dessen Größe nach § 9 BetrVG von der Mitarbeiterzahl abhängt, weswegen falsches Zählen mit einem Quorumssprung nicht zum Wahlabbruch, aber zur Korrektur des Wahlausschreibens führen muss ⁷² . Gleiches gilt für die Sitze des Minderheitengeschlechtes nach § 15 II BetrVG (§ 5 WO). Da jene nach <i>d'Hondt</i> bestimmt werden, kann schon ein einziger „vergessener“ oder „überzähliger“ Arbeitnehmer sich auf die Geschlechterverteilung auswirken. Auch dann ist die Korrektur des Wahlausschreibens erforderlich – durch Neuerlass. Sind bereits Wahlvorschläge eingegangen, sind diese unbeachtlich. Denn Wahlvorschläge stellen sich auf die Betriebsratsgröße und Geschlechterproporz ein.
Unsachgemäßer Aushang des Wahlausschreibens, § 3 WO	Das Wahlausschreiben muss in jeder Betriebsstätte so ausgehängt werden, dass alle Arbeitnehmer davon Kenntnis erlangen können ⁷³ . Der sachgerechte und inhaltlich richtige Aushang löst die Fristen der §§ 6 I 2, 4 I, 3 I WO aus. Der Verstoß ist Anfechtungsgrund ⁷⁴ , weswegen eine Verfügung auf erneuten Aushang möglich ist – mit erneutem Fristlauf. Der Wahlabbruch ist in der Regel nicht erforderlich. Damit werden die Fehler dergestalt berichtigt, dass die spätere Anfechtung ausscheidet ⁷⁵ .
Unzureichende Information ausländischer Arbeitnehmer, § 2 V WO	Ausländischen Arbeitnehmern, die der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig sind, müssen parallel zum Wahlausschreiben hinreichend informiert werden ⁷⁶ . Der Verstoß führt zur Anfechtbarkeit ⁷⁷ . Deswegen kann der Arbeitgeber dem Wahlvorstand durch Leistungsverfügung diese Information aufgeben. Ob den ausländischen Arbeitnehmern ein Individualrecht auf Information im Wahlverfahren zukommt, ist zweifelhaft.
Falsche Wählerliste, § 2 WO	Die fehlerhafte Wählerliste kann das Wahlergebnis beeinflussen und führt zur Anfechtbarkeit der Wahl. Betroffene Arbeitnehmer können ihre Eintragung in die Wählerliste im Verfügungsverfahren selbst durchsetzen (o. I 2 d). Die Streichung aus der Wählerliste ist zulässiger Verfügungsinhalt ⁷⁸ – für den Arbeitgeber.
Wahldurchführung	
Beanstandung von Wahlvorschlagslisten	Verfügungen sind vor allem gegen die unberechtigte Listenbeanstandung möglich, die ohne weiteres zur Anfechtbarkeit führt. So kann der Arbeitnehmer sein passives Wahlrecht durchsetzen (o. I 2 d); auch können im Betrieb vertretene Gewerkschaften eigene Listen verteidigen ⁷⁹ . Richtigerweise kann nicht nur die eigene Liste verteidigt, sondern auch die zu Unrecht unbeanstandet gebliebene Konkurrenzliste angegriffen werden – sie verwässert den eigenen Wahlerfolg, indem sie Stimmen auf sich zieht. Aus diesem Grund muss auch die Streichung einzelner Kandidaten wegen fehlender Wählbarkeit oder fehlender Zustimmung zur Aufnahme in die Vorschlagsliste im Wege der Verfügung möglich sein. Auch wenn nicht sicher ist, ob ein Kandidat die Wahl annimmt, müssen doch die Grundvoraussetzungen für die Kandidatur vorliegen, da andernfalls unzulässiger Stimmenfang mit beliebigen Belegschaftsmitgliedern betrieben werden kann.
Unzulässige Wahlwerbung	Unzulässige Wahlwerbung kann durch Unterlassungsverfügung abgewendet werden; der Verfügungsanspruch folgt aus § 20 I und II BetrVG. Wer also mit Drohungen oder Verheißungen Wählernötigung oder -bestechung zu betreiben sucht, kann betriebsverfassungsrechtlich auf Unterlassung in Anspruch genommen werden – durch den Wahlvorstand, aber auch durch die benachteiligten Kandidaten. Entgegen der überwiegenden Auffassung trifft den Arbeitgeber keine Neutralitäts- oder Schweigepflicht; er darf seine Meinung zur Betriebsratswahl sagen ⁸⁰ . Für Gewerkschaften rechnet die Wahlwerbung für ihre Liste nach einhelliger Meinung zur von Art. 9 III GG geschützten Koalitionsbetätigung; § 20 BetrVG bildet aber auch insoweit eine Grenze. Der Wahlvorstand hat als Veranstalter Schiedsrichterfunktion und darf schlechthin keine Wahlwerbung betreiben; er muss im Wahlkampf neutral bleiben ⁸¹ . Gegen ehrverletzende und schmähende Wahlwerbung, die nicht gegen § 20 BetrVG verstößt, können die Betroffenen nur Individualrechtsschutz im Urteilsverfahren begehren. Einen betriebsverfassungsrechtlichen Anspruch gibt es nicht.
Stimmabgabe und Urnenschluss, §§ 11, 12 WO	Fehlerhaft ist eine Stimmabgabe insbesondere, wenn entgegen § 11 I 2 WO keine Wahlumschläge benutzt werden. Das begründet mit Blick auf das Wahlgeheimnis die Anfechtbarkeit und mithin die Verfügung auf Wiederholung der Stimmabgabe ⁸² . Ist die Urne nicht derart versiegelt, dass jede Öffnung erkennbar ist ⁸³ (erforderlich: Siegellack, Plompierung; unzureichend: Klebestreifen ⁸⁴), ist eine Verfügung auf Unterlassung der Stimmauszählung nebst Wiederholung derselben zulässig.

68 Plander, NZA 2002, 483 (489); HWK/Gaul, BetrVG, 2004, § 3 Rdnr. 2.

69 GK-BetrVG/Kraft/Franzen (o. Fußn. 2), § 3 Rdnr. 74 m. w. Nachw.; Fitting/Engels/Schmidt/Trebing/Linsenmaier (o. Fußn. 1), § 3 Rdnr. 23; Thüsing, ZIP 2003, 693, 700 f.

70 ErfK/Eisemann (o. Fußn. 2), § 3 Rdnr. 13; Richardi/Thüsing (o. Fußn. 6), § 3 Rdnr. 94.

71 Anders Richardi/Thüsing (o. Fußn. 6), § 3 Rdnr. 94.

72 ArbG Emden (3. 4. 1984), NZA 1985, 228, lässt Abbruchverfügung zu.

73 BAG (5. 5. 2004), BAGE 110, 288 = NZA 2004, 1285 = AP Nr. 1 zu § 3 WahlO BetrVG 1972 = EzA § 19 BetrVG 2001 Nr. 3.

74 BAG (5. 5. 2004), BAGE 110, 288 = NZA 2004, 1285 = AP Nr. 1 zu § 3 WahlO BetrVG 1972 = EzA § 19 BetrVG 2001 Nr. 3.

75 BAG (19. 9. 1985), NZA 1986, 368 = AP Nr. 12 zu § 19 BetrVG 1972 = EzA § 19 BetrVG 1972 Nr. 22.

76 Dazu GK-BetrVG/Kreutz (o. Fußn. 2), § 3 WO Rdnrn. 19 ff.

77 BAG (13. 10. 2004), DB 2005, 675 = AP Nr. 1 zu § 2 WahlO BetrVG 1972 = EzA § 19 BetrVG 2001 Nr. 4.

78 Das erwähnt BAG (20. 3. 1996), NZA 1997, 107 = AP Nr. 10 zu § 5 BetrVG 1972 Ausbildung = EzA § 5 BetrVG 1972 Nr. 60.

79 GK-BetrVG/Kreutz (o. Fußn. 2), § 6 WO Rdnr. 3.

80 Rieble, ZfA 2003, 283 (301 ff.); folgend GK-BetrVG/Kreutz (o. Fußn. 2), § 20 Rdnr. 30; a. A. Fitting/Engels/Schmidt/Trebing/Linsenmaier (o. Fußn. 1), § 20 Rdnr. 24; Vogt, BB 1987, 189 (190); DKK/Schneider (o. Fußn. 6), § 20 Rdnr. 19; ArbG Heilbronn (18. 3. 1999), AiB 1999, 581.

81 LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 13. 4. 1999 – 8 TaBV 5/98 unveröff., verbietet Lichtbilder nur einzelner Kandidaten auf der Vorschlagsliste; Rieble, ZfA 2003, 283 (295).

82 LAG Niedersachsen (1. 3. 2004), BeckRS 2004, 40 995; Richardi/Thüsing (o. Fußn. 6), § 11 WO Rdnr. 2; deutlich für die Bedeutung der Umschläge auch LAG Niedersachsen (1. 3. 2004), BeckRS 2004, 40 995: In der Wahlurne befanden sich sowohl Stimmzettel im Umschlag als auch solche ohne; folglich waren Rückschlüsse auf das Wahlverhalten der Briefwähler möglich.

83 Richardi/Thüsing (o. Fußn. 6), § 12 WO Rdnr. 5; Fitting/Engels/Schmidt/Trebing/Linsenmaier (o. Fußn. 1), § 12 WO Rdnr. 15; DKK/Schneider (o. Fußn. 6), § 12 WO Rdnr. 8.

84 LAG Brandenburg (27. 11. 1998), NZA-RR 1999, 418; GK-BetrVG/Kreutz (o. Fußn. 2), § 12 WO Rdnr. 7 lässt ein unterschriebenes Klebeband zu.

Fehler	Verfügung
Unzulässige Einsichtnahme in Stimmabgabevermerke	Die Wählerlisten mit Stimmabgabevermerken sind Bestandteil der Wahlakten (o. I 2 e). Doch darf damit keine Auskunft über das Wahlverhalten verbunden sein, um jeden Druck auf das Recht zur freien Wahl zu vermeiden und um Chancengleichheit unter den Kandidaten zu sichern; die Einsichtnahme während der noch laufenden Wahl führt zur Anfechtbarkeit ⁸⁵ . Deswegen ist vorbeugend eine Untersagungsverfügung möglich – wenn das Unglück bereits geschehen ist, muss die Wahl abgebrochen werden. Eine Wiederholung nur der Stimmabgabe reicht nicht aus, weil die Druckmöglichkeit fortwirkt.
Feststellung des Wahlergebnisses	
Verfahrensfehlerhafte Stimmauszählung, § 18 III BetrVG, § 13 WO	Die Stimmauszählung muss betriebsöffentlich erfolgen ⁸⁶ , allen Arbeitnehmern muss ungehinderter Zugang zur Stimmauszählung ermöglicht werden ⁸⁷ . Der Verstoß soll gar Nichtigkeit der Wahl auslösen ⁸⁸ , jedenfalls aber begründet er die Anfechtbarkeit ⁸⁹ . Deswegen ist eine Verfügung auf Herstellung von Auszählungsöffentlichkeit möglich ⁹⁰ ; der einzelne Arbeitnehmer hat aber kein individuelles Zutrittsrecht. Notfalls ist die Stimmauszählung zu wiederholen. Ist nicht sichergestellt, dass der Urneninhalt bei der nichtöffentlichen Auszählung manipuliert worden ist, bleibt nur die Wiederholung der Stimmabgabe. Auch muss die Verantwortung des Wahlvorstandes für den Auszählungsvorgang stets gewährleistet sein ⁹¹ – die Delegation der Stimmauszählung ist unzulässig, führt zu Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit und begründet einen Verfügungsanspruch.
Falsche Stimmauszählung	Im Falle eines „Verzählens“ können Arbeitgeber und Kandidaten, aber auch die eine Liste tragende Gewerkschaft die Wiederholung der Stimmauszählung verlangen, da eine falsche Auszählung jedenfalls zur Anfechtbarkeit führt.

III. Zusammenfassung

1. Die Wahlanfechtung des § 19 BetrVG sperrt den vorläufigen Rechtsschutz nicht.

2. Ein *Wahlabbruch* als schärfster Eingriff in eine Betriebsratswahl darf durch einstweilige Verfügung nur angeordnet werden, wenn die Wahl nichtig oder eine Wahlanfechtung mit Sicherheit erfolgreich ist – dem fehlerhaft gewählten Betriebsrat fehlt die Legitimation durch die Belegschaft, deren Interessen er vertreten soll. Ein solcher Betriebsrat entspricht nicht dem Leitbild des BetrVG, so dass eine einstweilige Verfügung zur Vermeidung eines nicht legitimierten Vertretungsorgans erforderlich ist. Zudem vermeidet die einstweilige Verfügung die Nachteile der zu spät kommenden Wahlanfechtung.

3. Als mildere Mittel sind *berichtigende Verfügungen*, mit denen der Wahlvorstand angehalten wird, das Wahlverfahren in einem bestimmten Sinne zu verändern, einem Wahlabbruch vorzuziehen.

4. Der Rechtsberater muss für jeden denkbaren Fehler auf die richtige Reaktion (Korrektur oder Abbruch) achten und prüfen, wem der Verfügungsanspruch zukommt (Arbeitnehmer, Arbeitgeber, Wahlvorstand, Betriebsrat, Gewerkschaft). ■

85 BAG (6. 12. 2000), BAGE 96, 326 = AP Nr. 48 zu § 19 BetrVG 1972 = EzA § 19 BetrVG 1972 Nr. 40; auch BAG (27. 7. 2005), NZA 2006, 59 = AP Nr. 1 zu § 19 WahlO BetrVG 1972.

86 Richardi/Thüsing (o. Fußn. 6), § 13 WO Rdnr. 3

87 Bremke, LKV 2004, 102 (107); BAG (15. 11. 2000), BAGE 96, 233 = NZA 2001, 853 = AP Nr. 10 zu § 18 BetrVG 1972 = EzA § 18 BetrVG 1972 Nr. 9.

88 ArbG Bochum (15. 6. 1972), DB 1972, 1730; Richardi/Thüsing (o. Fußn. 6), § 13 WO Rdnr. 5.

89 GK-BetrVG/Kreutz (o. Fußn. 2), § 13 WO Rdnr. 4; a.A. LAG Nürnberg (23. 11. 1999), Zeitschrift f. Betriebsverfassungsrecht (ZBVR) 2002, 33: Die nicht ordnungsgemäße Bekanntmachung der Wahl muss dazu geführt haben, dass einzelne Arbeitnehmer tatsächlich den Raum der Wahlauszählung nicht gefunden haben.

90 So erwähnt BAG (16. 4. 2003), NZA 2003, 1359 = AP Nr. 21 zu § 20 BetrVG 1972 = EzA § 20 BetrVG 2001 Nr. 1, eine Verfügung, dass einem Gewerkschaftssekretär, dem der Arbeitgeber ein Hausverbot erteilt hatte, Zutritt zur Stimmauszählung zu gewähren ist.

91 LAG Berlin (16. 11. 1987), NZA 1988, 481 = DB 1988, 504.