

# Candidate Experience

## Fluch oder Segen? S.8



### **DSGVO-Hopping**

Präventions- und Verteidigungsstrategien S.16

### **Betriebsrat und Wahlvorstand**

Einstweiliger Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Gremien S.22

### **Der Aufhebungsvertrag**

Gebot fairen Verhandeln maßgeblich? S.26



## Betriebsratswahl und Maßnahmen des Wahlvorstands

# Einstweiliger Rechtsschutz

Zwischen dem 1.3. und 31.5.2022 finden deutschlandweit wieder die turnusmäßigen Betriebsratswahlen statt. Diese werden von dem Wahlvorstand durchgeführt. Kommt es hier zu Fehlern, kann die Wahl anfechtbar sein. Solange aber das Anfechtungsverfahren nicht rechtskräftig beendet ist, bleibt der Betriebsrat im Amt. Da dies für Arbeitnehmer und Arbeitgeber sehr misslich ist, besteht die Möglichkeit, in das laufende Wahlverfahren arbeitsgerichtlich einzugreifen. Aufgrund der Eilbedürftigkeit kommt nur der einstweilige Rechtsschutz in Betracht. Die wichtigsten Fallkonstellationen werden nachfolgend dargestellt.

### EINSTWEILIGE VERFÜGUNGEN

Auch in Beschlussverfahren gem. § 2a ArbGG sind einstweilige Verfügungen möglich, § 85 Abs. 2 ArbGG. Voraussetzung ist – neben der Zulässigkeit – das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs und eines Verfügungsgrunds.

### WAHLABBRUCH

Der Abbruch einer laufenden Betriebsratswahl ist ein schwerwiegender Eingriff. Findet die Betriebsratswahl turnusgemäß statt, droht ein betriebsratsloser Zustand, der nach Ansicht des Gesetzgebers, der Rechtsprechung und weiten Teilen der Literatur unbedingt zu vermeiden ist. Lieber ein fehlerhaft gewählter Betriebsrat als gar keiner. Dieser Sichtweise ist entgegenzuhalten, dass ein fehlerhaft gewählter Betriebsrat oftmals gerade keine wirkliche demokratische Legitimation hat. Es erscheint nach hiesiger Ansicht nicht überzeugend, einem nicht hinreichend legitimierten Organ die im BetrVG vorgesehene Einflussmöglichkeit zuzugestehen.

Der Rechtsprechung und h. M. folgend kommt ein Wahlabbruch nur in Betracht, wenn die gleichwohl durchgeführte Betriebsratswahl nichtig wäre. Voraussetzung dafür ist nach der Rechtsprechung des BAG ein so eklatanter Verstoß gegen allgemeine Grundsätze jeder ordnungsgemäßen Wahl, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl nicht mehr besteht. Dies kann nur bei besonders gravierenden und krassen Wahlverstößen angenommen werden. Es muss sich um einen offensichtlichen und besonders groben Verstoß gegen Wahlvorschriften handeln, sodass ein Vertrauensschutz in die Gültigkeit der Wahl zu versagen ist. Die Betriebsratswahl muss quasi „den Stempel der Nichtigkeit auf der Stirn tragen“. Maßgeblich für die Beurteilung der Offenkundigkeit eines Verstoßes gegen wesentliche Wahlvorschriften ist der Standpunkt eines mit den betrieblichen Verhältnissen vertrauten Dritten (BAG, Beschl. v. 30.6.2021 – 7 ABR 24/20, NZA 2021, S. 1561). Diese Fälle sind rar.

So führt die Verkennung des Betriebsbegriffs regelmäßig nicht zur Nichtigkeit der Betriebsratswahl (BAG, Beschl. v. 13.3.2013 – 7 ABR 70/11). Es sind aber Fälle denkbar,



in denen die Verknennung des Betriebsbegriffs zur Folge hätte, dass für dieselbe organisatorische Einheit zwei Betriebsräte zuständig wären. Das kann nicht richtig sein, oder anders ausgedrückt: Es kann nur einen geben. Beispiel: Ein Handelsunternehmen hat einen Verwaltungssitz nebst Zentrallager und diverse (betriebsratsfähige) größere und kleinere Filialen in der Region. Bisher gibt es nur in der größten Filiale einen Betriebsrat. Am Verwaltungssitz bestehen Bestrebungen einzelner Arbeitnehmer, einen Betriebsrat nur für diesen Standort zu wählen. Daraufhin tritt der Betriebsrat der größten Filiale zurück und bestellt einen Wahlvorstand. Der ist der Ansicht, es handele sich insgesamt um einen einheitlichen Betrieb und leitet eine entsprechende Betriebsratswahl ein. Kurz nach Bestellung dieses Wahlvorstands wählen die Arbeitnehmer am Verwaltungssitz einen Wahlvorstand in Urwahl. Dieser leitet die Wahl eines Betriebsrats nur für diesen Verwaltungssitz ein. Würden nun beide Wahlen durchgeführt, würden die Arbeitnehmer am Verwaltungssitz zweimal wählen und für den Verwaltungssitz gäbe es zwei Betriebsräte, den für alle Filialen einschließlich Verwaltungssitz und den nur für den Verwaltungssitz.

Die Rechtsordnung kann zwei Betriebsräte für dieselbe organisatorische (Teil-)Einheit nicht zulassen. Hier muss das Prioritätsprinzip gelten. Der zuerst bestellte Wahlvorstand führt die Wahl durch. Dem zweiten Wahlvorstand ist die Fortsetzung der Wahl auf Antrag per einstweiliger Verfügung zu untersagen; sie ist abzubrechen (a. A. jedoch LAG Baden-Württemberg, Beschl. v. 9.1.2020 – 17 TaBVGa 1/19).

Eine Nichtigkeitsfolge kann sich auch dann einstellen, wenn der Wahlvorstand einer rechtskräftigen Entscheidung nach § 18 Abs. 2 BetrVG zuwiderhandelt. Nach dieser Vorschrift entscheidet das Arbeitsgericht auf Antrag des Arbeitgebers, eines beteiligten Betriebsrats, eines beteiligten Wahlvorstands oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft, ob eine betriebsratsfähige Organisationseinheit vorliegt. Dieses Verfahren kann jederzeit, d. h. auch ohne bevorstehende Betriebsrats-

wahl, durchgeführt werden. Ist arbeitsgerichtlich eine Entscheidung zum Betriebsbegriff erfolgt, so hat der Wahlvorstand diese zu beachten. Tut er es nicht, kann die Wahl nichtig sein (LAG Hessen, Beschl. v. 14.9.2020 – 16 TaBVGa 127/20). Ein Wahlabbruch kann auch darauf gestützt werden, dass ein Wahlvorstand nicht bestellt wurde oder dessen Bestellung nichtig ist (LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 11.2.2021 – 21 TaBVGa 1271/20). Eine fehlerhafte Zuordnung von Arbeitnehmern zum Kreis der leitenden Angestellten führt regelmäßig nicht zur Nichtigkeit der Betriebsratswahl. Etwas anderes wird gelten müssen, wenn bereits eine Entscheidung über die Zuordnung der leitenden Angestellten gem. § 18a BetrVG vorliegt und vom Wahlvorstand missachtet wird. Gleiches wird zu gelten haben, wenn eine solche Zuordnung außerhalb des Verfahrens des § 18a BetrVG erfolgt, solange die Zuordnung in diesem Verfahren an der Rechtskraftwirkung teilnimmt. Insoweit kann auch von einer Offenkundigkeit des Wahlfehlers ausgegangen werden. Hinzu kommt, dass sich der Wahlvorstand in einem solchen Fall vorsätzlich rechtswidrig verhält.

Es stellt sich allerdings die Problematik, dass das BAG davon ausgeht, dass aufgrund der Vermögenslosigkeit des Betriebsrats gegen ihn gerichtete Unterlassungsentscheidungen nicht möglich seien (Beschl. v. 17.3.2010 – 7 ABR 95/08, NZA 2010, S. 1133; v. 28.5.2014 – 7 ABR 36/12, NZA 2014, S. 1213). Möglich seien aber feststellende Anträge. Das müsste konsequenterweise auch in Bezug auf den Wahlvorstand gelten. Hier hat das BAG indessen noch im Jahr 2011 einen Unterlassungsanspruch bejaht (Beschl. v. 27.7.2011 – 7 ABR 61/10, NZA 2012, S. 345). Und dies wird auch für Anträge gerichtet auf die Vornahme nicht vertretbarer Handlungen gelten, wie bspw. die Wahl abzubrechen. Die Rechtsauffassung des BAG, aus der Vermögenslosigkeit des Betriebsrats herzuleiten, dass Unterlassungsansprüche nicht gerichtlich geltend gemacht werden können, überzeugt nicht. Ein subjektives Recht kann nicht dadurch faktisch wertlos werden, dass eine Vollstreckung ausscheidet. Zum anderen ist sie inkonsequent. So leitet

das BAG einen allgemeinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats aus § 2 BetrVG her und sieht in dieser Vorschrift eine entsprechende Anspruchsgrundlage. Dann müsste dies konsequenterweise auch für Unterlassungsansprüche des Arbeitgebers gelten (vgl. hierzu Grambow, BB 2017, S. 1909 [1913]). In Betracht kommen aber, neben den untauglichen Feststellungsverfügungen, Gestaltungsentscheidungen. Statt dem Wahlvorstand aufzugeben, die Betriebsratswahl abzurechnen oder es zu unterlassen, sie fortzusetzen, könnte der Antrag auch lauten, das Gericht möge die Wahl abbrechen (LAG Hessen, Beschl. v. 14.9.2020 – 16 TaBVGa 127/20). Dann würde die Rechtsfolge bereits durch die gerichtliche Entscheidung eintreten. Für die Praxis empfiehlt es sich daher, einen Leistungsantrag zu stellen und hilfsweise einen Gestaltungsantrag.

Die Antragsberechtigung für einen Wahlabbruch ergibt sich aus § 19 Abs. 2 BetrVG analog. Darüber hinaus können aber auch einzelne Arbeitnehmer antragsberechtigt sein. Denn wenn ein Wahlabbruch die Nichtigkeit der Wahl voraussetzt und die Nichtigkeit von jedermann geltend gemacht werden kann, muss auch die Verhinderung einer nichtigen Wahl für jeden Arbeitnehmer möglich sein.

## KORRIGIERENDE EINGRIFFE IN DIE BETRIEBSRATSWAHL

Wesentlich weniger schwerwiegend und praktisch häufiger sind korrigierende Eingriffe in eine laufende Betriebsratswahl. Voraussetzung solcher korrigierenden Eingriffe ist nicht, dass die Wahl nichtig ist. Hier sind verschiedene Fallgruppen besonders praxisrelevant.

### 1. Aufnahme in die Wählerliste

Den Wahlvorstand trifft die Pflicht, eine Wählerliste aufzustellen. Der Wahlvorstand darf nur diejenigen Arbeitnehmer aufnehmen, die wahlberechtigt sind. Damit sind die gem. § 7 BetrVG aktiv Wahlberechtigten gemeint. Da jedoch alle passiv Wahlberechtigten zwingend auch aktiv wahlberechtigt sind, werden faktisch auch die passiv wahlberechtigten Arbeitnehmer aufgenommen. Die Aufnahme eines Arbeitnehmers in die Wählerliste ist Voraussetzung für die Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts, § 2 Abs. 3 Satz 1 Wahlordnung (WO). Die Nichtaufnahme eines Wahlberechtigten stellt eine erhebliche Verletzung der Wahlvorschriften dar.

Der Wahlvorstand ist zuständig für die Berichtigung der Wählerliste. Die Möglichkeit der Berichtigung der Wählerliste wurde durch die Reform der Wahlordnung erweitert. Während § 4 Abs. 3 Satz 2 WO a. F. eine Berichtigungsmöglichkeit bis zum Tage vor Beginn der Stimmabgabe vorsah, ist dies nun bis zum Abschluss der Stimmabgabe möglich. Damit soll sich die Chance erhöhen, dass alle Wahlberechtigten ihr Wahlrecht am Wahltag noch ausüben können (BR-Drs. 666/21, S. 20). Aus der Berechtigung zur Berichtigung einer fehlerhaften Wählerliste folgt auch eine dahingehende Verpflichtung des Wahlvorstands (Zwanziger, DB 1999, S. 2264 [2265]). Ein Verfügungsgrund, also die Notwendigkeit einer Eilentscheidung, wird regelmäßig bestehen. Das Recht zu wählen (und sich wählen zu lassen) ist ein elementares

Grundrecht und Ausdruck der freiheitlich demokratischen Grundordnung. Die Beteiligung der Mitarbeiter im Rahmen der Mitbestimmung ist ein gesellschaftliches Grundprinzip. Dass durch eine antragstattgebende Leistungsverfügung (oder Gestaltungsverfügung) die Hauptsache regelmäßig (dauerhaft) vorweggenommen wird, ist dabei hinzunehmen. Ohne den Erlass einer einstweiligen Verfügung wären die Rechte wahlberechtigter Arbeitnehmer in nicht hinnehmbarer Weise dauerhaft beeinträchtigt. Ein Wahlanfechtungsverfahren dauert mehrere Jahre. Im Gegensatz dazu wären die Rechte des Wahlvorstands oder des Betriebsrats kaum beeinträchtigt, bspw. wenn ein Mitarbeiter aufgrund einer vorläufigen Regelung aktiv wahlberechtigt wäre. Die einstweilige Verfügung ist regelmäßig erforderlich, um den rechtsstaatlich gewährten Anspruch auf effektiven Rechtsschutz zu verwirklichen. Durch den Justizgewährungsanspruch wird nicht nur sichergestellt, dass überhaupt ein Rechtsweg zu den Gerichten offensteht. Vielmehr wird auch die Effektivität des Rechtsschutzes garantiert (BVerfG, Beschl. v. 2.3.1993 – 1 BvR 249/92, BVerfGE 88, 118 [Rz. 21]). Der Antragsteller muss sich also nicht auf die Möglichkeit der Wahlanfechtung verweisen lassen.

Der Arbeitnehmer, der seine Aufnahme in die Wählerliste begehrt, muss aber zunächst Einspruch gegen die Wählerliste einlegen. Sonst wäre eine einstweilige Verfügung regelmäßig nicht erforderlich. Die Vorschrift des § 4 Abs. 1 WO sieht hierfür die Beachtung der Schriftform vor. Ob auch die Textform (z. B. eine E-Mail an den Wahlvorstand) genügt, ist bislang noch nicht höchstrichterlich entschieden. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte daher die Schriftform des § 126a BGB gewahrt werden.

Antragsberechtigt sind zunächst die betroffenen Arbeitnehmer, die ihre Aufnahme in die Wählerliste begehrten. Das kann bspw. ein Arbeitnehmer sein, der zu Unrecht vom Wahlvorstand als leitender Angestellter angesehen wird. Bleibt aber unklar, ob jemand leitender Angestellter ist, fehlt es an einem Verfügungsanspruch. Aber auch der Arbeitgeber ist antragsberechtigt. Er hat ein berechtigtes und schützenswertes Interesse daran, dass alle Wahlberechtigten auch in die Wählerliste aufgenommen werden und somit von ihrem (aktiven) Wahlrecht Gebrauch machen können. Hiergegen spricht nicht, dass er selbst nicht Einspruch gegen die Wählerliste einlegen kann. So schließt § 19 Abs. 3 Satz 3 BetrVG eine Anfechtungsmöglichkeit für Arbeitgeber, die auf die Unrichtigkeit der Wählerliste gestützt wird, nur für den Fall aus, dass diese Fehlerhaftigkeit auf seinen unrichtigen Angaben beruht. Wenn er also grundsätzlich auch bei Unrichtigkeit der Wählerliste anfechtungsberechtigt ist, muss er die Durchführung der Wahl nicht erst abwarten und sich auf seine Anfechtungsmöglichkeit verweisen lassen (vgl. BAG, Beschl. v. 12.10.1976 – 1 ABR 14/76 N, AP BetrVG 1972 § 19 Nr. 5).

Auch die erforderliche Interessenabwägung wird regelmäßig zugunsten der Antragsteller ausfallen. Schon der Verfügungsanspruch setzt nämlich einen wesentlichen Verstoß gegen Wahlvorschriften voraus, und niemand hat ein berechtigtes Interesse an der Fortführung einer Wahl, die aufgrund eines solchen Verstoßes zu einer Verfälschung des Wahlergebnisses führt (Walker, ZfA 2005, S. 45 [71]).

Auch der umgekehrte Fall ist denkbar, dass der Wahlvorstand jemanden auf die Wählerliste setzt, der nicht wahlberechtigt ist. Das kann bspw. in der Konstellation auftreten, dass der Wahlvorstand zu Unrecht von einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen ausgeht oder von einer Arbeitnehmerüberlassung, die tatsächlich ein Werkvertragsverhältnis ist. Auch hier kann durch eine einstweilige Verfügung des Arbeitgebers eine Herausnahme aus der Wählerliste versucht werden. Hinsichtlich des Antragsrechts der (anderen) Arbeitnehmer gilt wieder § 19 Abs. 2 BetrVG analog; es müssen also mindestens drei wahlberechtigte Arbeitnehmer sein.

## 2. Zulassung eines gültigen Wahlvorschlags

Den Wahlvorstand trifft die Pflicht, die eingereichten Wahlvorschläge zu prüfen und die als gültig anerkannten Vorschlagslisten bekanntzumachen, §§ 7 Abs. 2, 10 Abs. 2 WO. Der Wahlvorstand darf nur diejenigen Vorschlagslisten unberücksichtigt lassen, die ungültig sind. Auch die Zulassung eines abgelehnten, aber nicht ungültigen Wahlvorschlags kann von drei wahlberechtigten Arbeitnehmern oder einem der Arbeitnehmer der Vorschlagsliste im Wege der einstweiligen Verfügung erreicht werden. Der Arbeitgeber ist ebenfalls wiederum antragsberechtigt. Auch er ist betroffen von der Entscheidung des Wahlvorstands.

Ein Verfügungsgrund wird auch hier regelmäßig gegeben sein. Ohne den Erlass einer einstweiligen Verfügung wären die Rechte des betroffenen Arbeitnehmers in nicht hinnehmbarer Weise dauerhaft beeinträchtigt.

Beispiel: Beim Wahlvorstand wird eine gültige Vorschlagsliste eingereicht. Der Wahlvorstand weist sie gleichwohl zurück. Im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes begehren die Wahlbewerber die Zulassung der Vorschlagsliste. Aufgrund der späten Terminierung kann das Arbeitsgericht erst fünf Tage vor dem vom Wahlvorstand angesetzten Wahltermin entscheiden. Hier kann die Vorgabe des § 10 Abs. 2 WO, wonach spätestens eine Woche vor Beginn der Stimmabgabe der Wahlvorstand die als gültig anerkannten Vorschlagslisten bekanntzumachen hat, nicht mehr eingehalten werden. Zwar darf das Gericht diese Frist nicht ignorieren oder hiervon abweichen; vielmehr liegt grundsätzlich ein erledigendes Ereignis vor (LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 13.12.2021 – 23 TaBVGa 159/21). Aber es ist verpflichtet, den Wahltermin ggf. zu verschieben bzw. dem Wahlvorstand eine entsprechende Verschiebung aufzugeben. Es hat ggf. auf eine angepasste Antragstellung hinzuwirken, kann den Antrag aber auch dahingehend auslegen.

So wie der Wahlvorstand verpflichtet ist, einen gültigen Wahlvorschlag zur Betriebsratswahl zuzulassen, darf er einen ungültigen Wahlvorschlag nicht zulassen. Sowohl wahlberechtigte Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber sind regelmäßig von der Entscheidung des Wahlvorstands betroffen, einen ungültigen Wahlvorschlag zur Wahl zuzulassen. Sie sind daher antragsberechtigt.

## 3. Vollziehung

Die einstweilige Verfügung muss vom Gläubiger innerhalb eines Monats ab dem Tag, an dem die einstweilige Verfügung verkündet oder der Partei, auf deren Gesuch er erging, zugestellt worden ist, vollzogen werden. Unter einer Vollziehung i. S. d. § 929 Abs. 2 ZPO ist die Einleitung der Zwangsvollstreckung aus der einstweiligen Verfügung zu verstehen (BAG, Urt. v. 18.9.2007 – 9 AZR 672/06). Der Gläubiger muss also innerhalb der Monatsfrist vorgenommene Amtszustellung reicht nicht aus; ihr fehlt das spezifisch vollstreckungsrechtliche Element, wonach der Gläubiger tätig werden muss (LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 13.5.2020 – 15 TaBVGa 2087/19).

## 4. Ersetzung des untätigen Wahlvorstands – kein einstweiliger Rechtsschutz

Leitet der Wahlvorstand die Betriebsratswahl nicht ein oder führt er sie schleppend oder gar nicht durch, ersetzt ihn das Arbeitsgericht, § 18 Abs. 1 Satz 2 BetrVG. Antragsberechtigt sind der Betriebsrat, mindestens drei Wahlberechtigte oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft. Der Arbeitgeber ist nicht berechtigt, einen solchen Ersetzungsantrag zu stellen. Der Wahlvorstand ist aber erst mit Rechtskraft der Entscheidung ersetzt. Solange die Ersetzung noch nicht rechtskräftig ist, bleibt der Wahlvorstand im Amt und kann die Wahl durchführen. Er hat weiterhin alle Rechte eines Wahlvorstands. Ihn treffen aber auch alle Pflichten. Verletzt der noch nicht rechtskräftig ersetzte Wahlvorstand seine Pflichten, kommen die vorgenannten Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes in Betracht. Keinesfalls wäre ein laufendes Wahlvorstandsersetzungsverfahren vorgegrifflich gegenüber einem einstweiligen Verfügungsverfahren; zumal eine Aussetzung gem. § 148 ZPO dem einstweiligen Verfügungsverfahren ohnehin widersprechen würde (LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 3.12.2021 – 23 Ta 1604/21). Bei der Ersetzung des untätigen Wahlvorstands handelt es sich mithin um ein ausdrücklich geregeltes Gestaltungsverfahren. Eine einstweilige Ersetzung des untätigen Wahlvorstands wäre daher nicht zulässig. Das Prozedere des § 18 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist als Hauptsacheverfahren ausgestaltet. Zum anderen könnte hier keine einstweilige Rechtsgestaltung erfolgen.

## FAZIT

Einstweilige Verfügungen sind oftmals die einzige Möglichkeit, gegen rechtswidrige Maßnahmen des Wahlvorstands einzuschreiten. Neben dem Arbeitgeber werden es aber vor allem wahlberechtigte Arbeitnehmer sein, die solche Verfahren einleiten. Der Arbeitgeber ist dann notwendig Beteiligter, § 83 Abs. 3 BetrVG. Oftmals decken sich die Interessen der antragstellenden Arbeitnehmer mit denen des Arbeitgebers, sodass hier gleichlaufende Interessen verfolgt werden. ■



**Tobias Grambow**

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Partner bei der BUSE Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB, Berlin