

LANDESARBEITSGERICHT NÜRNBERG

6 TaBV 25/16

2 BV 14/16

(Arbeitsgericht Nürnberg)

Datum: 18.10.2016

Rechtsvorschriften: §§ 19, 8 Abs. 1 Satz 1 und 2 BetrVG, § 3 Abs. 2 Nr. 3 WO

Orientierungshilfe:

Anfechtbarkeit der Betriebsratswahl, da die Frist für Einsprüche gegen die Wählerliste im Wahlausschreiben zu kurz festgesetzt war und eine Liste mit einem nicht wählbaren Kandidaten zur Wahl zugelassen worden ist.

Beschluss:

1. Die Beschwerde des Beteiligten zu 2) gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 24.02.2016, Az. 2 BV 14/16, wird zurückgewiesen.
2. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl.

Die Beteiligte zu 1) betreibt das R... N... Parkhotel in der M... Straße xx in xxxxx N.... Dort fand am 11.01.2016 erstmals eine Betriebsratswahl statt. Der Beteiligte zu 2) ist der dabei gewählte Betriebsrat. Der Wahlvorstand hat entgegen § 1 Abs. 3 Satz 2 und 3 Wahlordnung zum BetrVG über keine seiner Sitzungen oder Beschlüsse eine Niederschrift aufgenommen.

- 2 -

Mit Schreiben vom 23.10.2015 hat die Gewerkschaft NGG, vertreten durch die Gewerkschaftssekretärin S..., für den 03.11.2015 zu einer Wahlversammlung zur Wahl eines Wahlvorstandes unter Angabe der weiteren Tagesordnung eingeladen (Bl. 25 und 26 d.A.). Danach sollte im vereinfachten Wahlverfahren ein Betriebsrat gewählt werden. Zur gleichen Zeit forderte die Gewerkschaft NGG den Arbeitgeber auf, in einem versiegelten Umschlag eine vollständige Aufstellung der im Betrieb Beschäftigten an die Gewerkschaft zu übergeben, den diese dem Wahlvorstand nach seiner Wahl auf der ersten Wahlversammlung übergeben würde. Dem ist der Arbeitgeber vor der Wahlversammlung nachgekommen (vgl. Personalliste, Bl. 27 d.A.) am 30.10.2015.

Auf der Wahlversammlung vom 03.11.2015 hat die Gewerkschaftssekretärin das Wahlverfahren dargestellt und unter genauer Darlegung der weiblichen und männlichen Beschäftigten die Quotenregelung dargestellt. Auf der Wahlversammlung ist ein dreiköpfiger Wahlvorstand gewählt worden. Die weiteren Tagesordnungspunkte gemäß dem Einladungsschreiben – Aufstellen der Wählerliste, Erlass des Wahlausschreibens und Einreichung von Wahlvorschlägen – wurden nicht mehr behandelt. Am 27.11.2015 hat der Wahlvorstand ein Wahlausschreiben durch Aushang erlassen (Bl. 28 d.A.). Das Wahlausschreiben enthält, soweit vorliegend von Interesse, folgende Festlegung:

„Sollten Sie der Auffassung sein, dass die Wählerliste fehlerhaft ist, so können Sie gegen diese schriftlich nur vor Ablauf von zwei Wochen seit dem Aushang des Wahlausschreibens Einspruch einlegen, eingehend beim Wahlvorstand unter der oben genannten Betriebsadresse bis spätestens zum **08.12.2015**. Ein verspätet oder nur mündlich eingelegter Einspruch kann nicht berücksichtigt werden.“

Zugleich wurde im Hotel die Wählerliste mit den Angaben von 61 Mitarbeitern ausgehängt. In der Liste waren zwei Mitarbeiter nicht aufgeführt, die am 08.12.2015 Einspruch einlegten und deren Namen am 14.12.2015 hinzugefügt worden sind. Am 18.12.2015 hat der Wahlvorstand zwei Vorschlagslisten bekannt gemacht (Bl. 32 d.A.), Liste 1 und Liste 2. Am 11.01.2016 ist die Betriebsratswahl durchgeführt worden, gemäß der Wahlniederschrift vom 11.01.2016 erhielt die Vorschlagsliste 1 25 Stimmen und die Vorschlagsliste 2 29 Stimmen. Unter dem Datum des 11.01.2016 ist die Bekanntmachung der Gewähl-

ten erfolgt (Bl. 36 d.A.). Die Bekanntmachung erfolgte, obwohl mindestens ein Gewählter sich noch nicht geäußert hatte, ob er die Wahl ablehne.

Mit dem am 22.01.2016 beim Arbeitsgericht Nürnberg eingereichten Antrag begehrt die Antragstellerin und Beteiligte zu 1) die Unwirksamkeitserklärung der Betriebsratswahl vom 11.01.2016. Im Einzelnen rügt sie:

Nicht der Wahlvorstand, sondern die Gewerkschaft habe den verschlossenen Umschlag mit den Angaben zu den Beschäftigten geöffnet, da ansonsten die Quotenregelung nicht so im Detail hätte erklärt werden können.

Der Wahlvorstand habe nicht alle in der Tagesordnung zur 1. Wahlversammlung aufgeführten Punkte abgearbeitet, insbesondere das Erstellen der Wählerliste, den Erlass des Wahlausschreibens und die Einreichung von Wahlvorschlägen, da die Gewerkschaft pflichtwidrig den Umschlag mit den Beschäftigten unzulässigerweise geöffnet und festgestellt hatte, dass die Voraussetzungen für das vereinfachte Wahlverfahren nicht vorlägen.

Ob, wann und in welcher Weise Vorschlagslisten eingereicht worden seien, entziehe sich ihrer Kenntnis. Es werde bestritten, dass das Verfahren bei Aufstellung, Einreichung und Prüfung der Vorschlagslisten durch den Wahlvorstand ordnungsgemäß erfolgt wäre.

In der Liste 2 sei als Wahlbewerber Herr L... angegeben worden, der nicht Mitarbeiter der Antragstellerin sei und bei der Firma C... KG N... angestellt sei und von dieser seit 2007 an die Antragstellerin überlassen werde. Das Wahlausschreiben sei grob fehlerhaft, da die Frist für die Einsprüche gegen die Wählerliste mit dem 08.12.2015, anstelle dem 11.12.2015, zu kurz bemessen sei.

Es gebe Hinweise dafür, dass jedenfalls Stützunterschriften für die Vorschlagsliste 2 durch Drohungen bzw. Täuschung erlangt worden seien, vgl. Schriftsatz vom 21.01.2016 und Bl. 33 d.A..

Der Wahlvorstand habe zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt offenbar beschlossen, dass auch eine schriftliche Stimmabgabe möglich sein solle. Die von den wahlberechtig-

- 4 -

ten Mitarbeitern abgegebenen Briefwahlunterlagen – frankierte Freiumschläge waren vom Wahlvorstand nicht ausgegeben worden – seien zusammen mit noch unausgefüllten Stimmzetteln in einem Fach des Hotelsafes aufbewahrt worden. Hierzu habe es mehrere Schlüssel gegeben, so dass der Wahlvorstand nicht habe überwachen können, ob von dritter Seite Manipulationen der Unterlagen vorgenommen worden sind. Tagelang sei gar kein Wahlvorstandsmitglied zugegen gewesen, um Briefwahlunterlagen in Empfang zu nehmen. So seien drei Briefwahlunterlagen über die Personalpost zum Bankettbüro gelangt und offen – für jeden Mitarbeiter zugänglich – in ein Fach gelegt worden.

Eine Mitarbeiterin habe ihre Stimme schriftlich abgegeben, obwohl sie während der Wahlzeit Dienst hatte.

Ein Mitarbeiter sei zu Unrecht nicht auf der Wählerliste geführt worden, zwei Mitarbeiter seien erst nach deren Einspruch am 08.12.2015 auf die Wählerliste aufgenommen worden. Auf der Wählerliste seien vier Mitarbeiter verblieben, obwohl sie noch vor dem Wahltag ausgeschieden seien. Dafür seien fünf zwischen dem 18.12.2015 und 08.01.2016 eingetretene wahlberechtigte Mitarbeiter nicht auf der Wählerliste eingetragen gewesen. Ein Mitarbeiter davon habe ausdrücklich an der Wahl teilnehmen wollen, aber nicht dürfen, da er nicht auf der Wählerliste eingetragen war. Eine Nachfrage des Wahlvorstandes nach noch eingetretenen wahlberechtigten Arbeitnehmern und ausgeschiedenen Mitarbeitern habe es nie gegeben.

An den Sitzungen des Wahlvorstandes habe laufend ein Mitglied der Gewerkschaft NGG, Frau S..., teilgenommen, obwohl zumindest der Wahlvorstandsvorsitzende selbst Mitglied dieser Gewerkschaft sei. Zudem hätten am Wahltag zwei Gewerkschaftssekretärinnen die Stimmabgabe geleitet, lediglich die Stimmenauszählung sei durch den Wahlvorstand selbst erfolgt. Alle anderen Maßnahmen, wie die Berechnung der Sitzverteilung und Niederschrift des Wahlergebnisses hätten die Gewerkschaftssekretärinnen durchgeführt.

Noch am Abend des 11.01.2016 sei das Wahlergebnis bekannt gemacht worden, ohne dass die dort als gewählt aufgeführten Mitarbeiter alle ihre Annahme der Wahl erklärt hätten. Dem nicht anwesenden Herrn F... sei die schriftliche Mitteilung über seine Wahl erst am 13.01.2016 zugegangen.

Eine Wahl Niederschrift sei ihr nicht übermittelt worden.

Die Antragstellerin ist insbesondere der Ansicht, dass die Frist für Einsprüche gegen die Wählerliste unzulässig verkürzt worden sei und deshalb allein schon die Wahl anfechtbar wäre. Zudem seien auch Wahlberechtigte nicht zur Wahl zugelassen worden und gegen die Vorschriften über die Wählbarkeit verstoßen worden. Entgegen § 16 Abs. 1 BetrVG sei bei allen Sitzungen des Wahlvorstands die Gewerkschaftssekretärin anwesend gewesen und die Handhabung der Briefwahlunterlagen verstoße gegen die Grundsätze der geheimen Wahl.

Die Antragstellerin hat daher in erster Instanz folgenden Antrag gestellt:

Die Betriebsratswahl vom 11. Januar 2016 wird für unwirksam erklärt.

Der Beteiligte zu 2) beantragte erstinstanzlich,

den Antrag zurückzuweisen.

Der Beteiligte zu 2) ist der Auffassung, dass ein Anfechtungsgrund nicht vorliege. Er macht geltend, dass der Wechsel in das normale Wahlverfahren zu Recht erfolgt sei, nachdem der Wahlvorstand festgestellt habe, dass mehr als 50 wahlberechtigte Arbeitnehmer regelmäßig im Betrieb beschäftigt würden. Dies sei nicht absehbar gewesen, da eine Reihe von Mitarbeitern als Aushilfen beschäftigt würden und vorrangig für andere Gesellschaften tätig seien. Die Öffnung des verschlossenen Umschlags mit den Angaben zu den Beschäftigten vor der Wahlversammlung berechtige nicht zur Anfechtung der Wahl.

Gleiches gelte für die zu kurz bemessene Frist für Einsprüche gegen die Wählerliste. Diese Frist unterscheide sich grundlegend von der Frist zur Einreichung von Wahlvorschlä-

gen. Die ordnungsgemäße Erstellung der Wählerliste obliege dem Wahlvorstand. Ein Einspruch habe lediglich Hilfsfunktion. Die Wählerliste sei auch noch nach Ablauf der Einspruchsfrist zu aktualisieren. Wäre die Liste ohne anfechtungsrelevante Fehler, wäre die Frist ohne Bedeutung. Darüber hinaus seien zwei Einsprüche auch tatsächlich behandelt worden. Die geltend gemachten Eintritte von Mitarbeitern seien erst nach Ablauf der zutreffenden Einspruchsfrist erfolgt. Dabei sei zu bestreiten, dass es sich um volljährige betriebsangehörige Mitarbeiter handele. Hierauf könne sich die Antragstellerin auch nicht berufen, da sie diese Mitarbeiter selbst nicht aufgeführt habe und den Wahlvorstand über die entsprechende Veränderung bis zur Wahl nicht informiert habe. Drei Mitarbeiter seien von der Wählerliste gestrichen worden, nur über das Ausscheiden eines Mitarbeiters sei der Wahlvorstand nicht informiert gewesen.

Herr L... sei wählbar, denn § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG gelte nur für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, die nicht vorliege. Entsprechend hätten zwei Landesarbeitsgerichte die Wählbarkeit dauerhaft überlassener Beschäftigter im Jahre 2007 zu Recht bejaht, obwohl diese in keinem Arbeitsverhältnis zum Entleiher standen. Herr L... sei aber gerade dauerhaft überlassen worden. Die arbeitsvertragliche Bindung bestehe nur formal.

Die Teilnahme einer Gewerkschaftssekretärin an den Sitzungen des Wahlvorstands sei nicht schädlich, da der Wahlvorstand jederzeit die Möglichkeit habe, die Rechtshilfe und Rechtsberatung einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft in Anspruch zu nehmen.

Eine schriftliche Stimmabgabe sei nur unter den Voraussetzungen von § 24 Abs. 1 Wahlordnung auf Antrag ermöglicht worden. Den Wahlberechtigten seien die Wahlunterlagen, einschließlich eines Briefumschlags zur verschlossenen Übermittlung des Wahlvorschlags und der persönlichen Erklärung ausgehändigt worden. Da die Briefumschläge zur Rückübermittlung an den Wahlvorstand diesen als Adressaten bezeichneten, durften sie von niemand anderem geöffnet werden.

Die Anfechtung könne nicht darauf gestützt werden, dass die Briefwahlunterlagen im Hotelsafe aufbewahrt worden sind. Sie seien dort in einem eigenen Fach verwahrt worden, für das zwei Schlüssel benötigt würden. Einen Schlüssel habe der Vorsitzende des Wahlvorstands bei sich geführt, der ihn seiner Stellvertreterin überließ, wenn er selbst nicht im

- 7 -

Dienst war, diese aber Dienst hatte. Die ausgefüllten Briefwahlunterlagen seien somit so sicher wie möglich aufbewahrt gewesen. Auch die Übermittlung über die Personalpost stelle keinen Fehler dar.

Der Wahlvorstand habe eine Wahlniederschrift gefertigt. Auch wenn Herr F... das Schreiben über seine Wahl nicht zugegangen sein sollte, stelle dies keinen anfechtungsrelevanten Fehler dar. Die Unterrichtung habe keine materiell-rechtliche Bedeutung. Sie diene lediglich dazu, die Gewählten von ihrer Wahl in Kenntnis zu setzen. Daher entspreche es auch allgemeiner Ansicht, dass eine schriftliche Information der Gewählten, die bei der Auszählung zugehen sind, entbehrlich sei. Herr F... sei im Übrigen auch weiterhin Mitglied des Betriebsrats und habe von seinem Recht zur Amtsniederlegung keinen Gebrauch gemacht. Dies mache deutlich, dass die unterbliebene Mitteilung des Herrn F... keinerlei Auswirkungen auf die Wahl hatte. Auch die Bekanntgabe des Wahlergebnisses vor Ablauf der Drei-Tages-Frist berechtige nicht zur Anfechtung der Wahl, da sie als der Wahl nachgelagerte Handlung keinerlei Auswirkungen auf das Wahlergebnis haben könne.

Eine Drohung bzw. Täuschung im Zusammenhang mit der Betriebsratswahl werde bestritten.

Das pauschale Bestreiten bezüglich eines ordnungsgemäßen Verfahrens bei Aufstellung, Einreichung und Überprüfung der Wahlvorschläge sei rechtlich irrelevant. Insbesondere sei auch die Liste 1, auf der neben dem stellvertretenden Küchenchef des No..., der von der Beteiligten zu 1) als Aushilfe beschäftigt wurde, auch der Küchenchef des R... Park-hotels, der Serviceleiter und der Souchef kandidiert haben, ordnungsgemäß zugelassen.

Mit Beschluss vom 24.02.2016 hat das Arbeitsgericht die Betriebsratswahl vom 11.01.2016 für unwirksam erklärt.

Das Arbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass bereits das Wahlausschreiben vom 27.11.2015 rechtsfehlerhaft gewesen sei. Der Wahlvorstand habe nach § 3 Wahlordnung ein Wahlausschreiben zu erlassen, das nach § 3 Abs. 2 Nr. 3 Wahlordnung Angaben enthalten müsse, dass nur Arbeitnehmerinnen und Arbeit-

nehmer wählen oder gewählt werden könnten, die in die Wählerliste eingetragen sind und dass Einsprüche gegen die Wählerliste nur vor Ablauf von zwei Wochen seit dem Erlass des Wahlausschreibens schriftlich beim Wahlvorstand eingelegt werden können, wobei der letzte Tag der Frist anzugeben sei gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 3 letzter Halbsatz Wahlordnung.

Das Wahlausschreiben sei „erlassen“, wenn das vom Wahlvorstand beschlossene schriftlich niedergelegte Wahlausschreiben vom Vorsitzenden und mindestens einem weiteren stimmberechtigten Mitglied des Wahlvorstands unterschrieben und durch Aushang im Betrieb oder in elektronischer Form bekannt gemacht worden ist, § 3 Abs. 4 Wahlordnung. Erst die Bekanntgabe vollende den Tatbestand des Erlasses. Hierzu sei mindestens eine Abschrift oder ein Abdruck des Wahlausschreibens gemäß § 3 Abs. 4 Satz 1 Wahlordnung bis zum Abschluss der Stimmabgabe durch Aushang im Betrieb so bekannt zu geben, dass alle Wahlberechtigten davon Kenntnis nehmen könnten. Mit dem so durchgeführten Erlass des Wahlausschreibens sei die Wahl im Sinne des § 18 Abs. 1 Satz 1 BetrVG eingeleitet.

Nach dem unstreitigen Vorbringen der Beteiligten sei das Wahlausschreiben am 27.11.2015 im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Wahlordnung erlassen worden. Als Einspruchsfrist für Einsprüche gegen die Wählerliste sei gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 3 letzter Halbsatz Wahlordnung unstreitig der 08.12.2015 angegeben worden. Die Angabe dieser Einspruchsfrist sei jedoch rechtsfehlerhaft, da die zweiwöchige Einspruchsfrist erst am 11.12.2015 abgelaufen wäre. Der Wahlvorstand habe damit die gesetzlich zwingende Einspruchsfrist gegen die Wählerliste gemäß § 4 Abs. 1 Wahlordnung verkürzt. Das Wahlausschreiben enthalte daher eine fehlerhafte Angabe der Einspruchsfrist gegen die Wählerliste.

Dieser Verstoß allein begründe die Anfechtbarkeit der Betriebsratswahl. Nach § 19 Abs. 1 Satz 1 letzter Halbsatz BetrVG berechtigten Verstöße gegen wesentliche Wahlvorschriften nur dann nicht zur Anfechtung, wenn ein solcher Verstoß das Wahlergebnis objektiv weder ändern noch beeinflussen konnte. Hierfür sei entscheidend, ob bei einer hypothetischen Betrachtungsweise eine Wahl ohne Verstoß gegen wesentliche Vorschriften unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zwingend zu demselben Wahlergebnis geführt

hätte. Die Ausgestaltung der Wahlanfechtungsvorschrift nehme Rücksicht darauf, dass in einer Vielzahl von Fällen die Beeinflussung durch einen Verstoß gegen wesentliche Wahlvorschriften nicht positiv festgestellt werden könne, sich aber dennoch latent auf das Wahlverhalten auswirke. Von daher müsse eine verfahrensfehlerhafte Betriebsratswahl nur dann nicht wiederholt werden, wenn sich konkret feststellen ließe, dass auch bei einer Einhaltung entsprechender Vorschriften zum Wahlverfahren kein anderes Wahlergebnis erzielt worden wäre. Könne diese Feststellung – wie anhand der besonderen Umstände des Streitfalls – nicht getroffen werden, bliebe es bei der Unwirksamkeit der Wahl.

Im vorliegenden Fall sei durch die fehlerhafte Angabe der Einspruchsfrist gegen die Wählerliste im Wahlausschreiben gegen eine wesentliche Vorschrift über das Wahlverfahren verstoßen worden. Es lasse sich im vorliegenden Fall nicht konkret feststellen, dass auch bei Einhaltung der entsprechenden Vorschriften zum Wahlverfahren kein anderes Wahlergebnis erzielt worden wäre. Die Betriebsratswahl vom 11.01.2016 sei daher bereits aus diesem Grund für unwirksam zu erklären.

Der Beschluss des Arbeitsgerichts Nürnberg ist den Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 2) am 15.03.2016 zugestellt worden. Diese haben namens des Beteiligten zu 2) mit Schriftsatz vom 07.04.2016, beim Landesarbeitsgericht Nürnberg eingegangen am selben Tag, Beschwerde gegen den Beschluss eingelegt. Sie haben die Beschwerde am 13.05.2016 begründet.

Zur Begründung seiner Beschwerde führt der Beteiligte zu 2) aus, dass nicht jede unzutreffende Fristbemessung die Wahl unwirksam mache. Fehler bei der Fristbemessung könnten nur unter Umständen die Anfechtung rechtfertigen. Einen Automatismus gebe es nicht.

Die Frist zur Einreichung von Einsprüchen gegen die Wählerliste unterscheide sich grundlegend von der Frist zur Einreichung von Wahlvorschlägen, deren unrichtige Bemessung zur Unwirksamkeit der Wahl führe. Die Einreichung eines Wahlvorschlags sei eine das Wahlverfahren direkt bestimmende Handlung, die allein von wahlberechtigten Arbeitnehmern vorgenommen werden könne. Für die Vornahme dieser Handlung sei den Arbeitnehmern eine Frist von genau 14 Tagen einzuräumen.

Demgegenüber obliege die ordnungsgemäße Erstellung der Wählerliste dem Wahlvorstand. Die Möglichkeit, einen Einspruch gegen die Wählerliste zu erheben, habe lediglich Hilfsfunktion. Sie diene dazu, den Wahlvorstand auf eventuelle anfängliche Fehler der Wählerliste aufmerksam zu machen. Der Wahlvorstand habe die Wählerliste auch nach Ablauf der Einspruchsfrist zu aktualisieren. Die Aktualisierung setze keine neue Einspruchsfrist in Gang, sondern erfolge gegebenenfalls erst nach deren Ablauf. Dies zeige die begrenzte Bedeutung, die Einsprüche gegen die Wählerliste hätten. Sofern die Wählerliste ohnehin keine anfechtungsrelevanten Fehler aufweise, sei ein Mangel bei der Bemessung der Frist zur Behebung des Einspruchs völlig irrelevant, da ein Einspruch zu keiner Änderung geführt haben könnte. Dies verkenne das Arbeitsgericht, wenn es meine, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass bei Einhaltung der Vorschrift ein anderes Wahlergebnis erzielt werden könnte, ohne sich jedoch damit zu befassen, ob die Wählerliste korrekt war. Im Ergebnis komme es ausschließlich darauf an, ob die Wählerliste am Ende des zweiwöchigen Zeitraums für die Erhebung von Einsprüchen fehlerfrei gewesen sei bzw. eventuelle Fehler dazu geeignet gewesen wären, das Wahlergebnis zu beeinflussen. Die Wählerliste sei im vorliegenden Fall frei von anfechtungsrelevanten Fehlern gewesen. Dies gelte jedenfalls für solche Fehler, die von der Arbeitgeberseite geltend gemacht werden könnten. Der Wahlvorstand sei bei der Durchführung der Wahl auf das Mitwirken der Arbeitgeberseite zentral angewiesen. Unterbleibe diese Mitwirkung und komme es infolge dessen zu Fehlern, könne dies vom Arbeitgeber nicht selbst geltend gemacht werden, da er sich damit in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten setze. Es lägen auch keine anderen Fehler vor, die zur Unwirksamkeit der Wahl führten. Insoweit vertieft der Beteiligte zu 2) sein erstinstanzliches Vorbringen. Im Falle einer dauerhaften Entleihung und entsprechender Verbundenheit zum Einsatzbetrieb bestehe keine vergleichbare Interessenlage zu § 14 AÜG, da gerade kein baldiges Ausscheiden des betreffenden Leiharbeitnehmers bevorstehe und somit auch keine Instabilität des Betriebsratsamtes zu befürchten sei. Entsprechend hätten das LAG Schleswig-Holstein und das LAG Hamburg die Wählbarkeit von dauerhaft überlassenen Beschäftigten zu Recht bejaht, obwohl diese nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Entleiher standen. Betriebsverfassungsrechtlich sei Herr L... nicht mehr in den Betrieb des Verleihers eingegliedert gewesen. Die arbeitsvertragliche Bindung des Herrn L... zur C... KG N... habe lediglich formal

bestanden und sei für die betriebsverfassungsrechtliche Qualifizierung der Wahlberechtigung unerheblich. Der Wahlvorschlag sei daher zulässig gewesen.

Der Beteiligte zu 2) und Beschwerdeführer beantragt daher:

1. Der Beschluss des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 24.02.2016 wird abgeändert.
2. Der Antrag der Beteiligten zu 1, die Betriebsratswahl vom 11.01.2016 für unwirksam zu erklären, wird zurückgewiesen.

Die Beteiligte zu 1) beantragt:

Die Beschwerde des Beteiligten zu 2) gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 24.02.2016, Az.: 2 BV 14/16, wird zurückgewiesen.

Die Beteiligte zu 1) macht insbesondere geltend, dass es sich bei § 3 Abs. 2 Nr. 3 Wahlordnung um eine wesentliche Vorschrift des Wahlverfahrens handele. § 3 Abs. 2 Wahlordnung regele die zwingenden Angaben, die ein Wahlausschreiben enthalten müsse. Fehlten diese oder seien sie unrichtig angegeben, so liege darin ein Verstoß gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlverfahren im Sinne des § 19 BetrVG. Die Behauptung des Beschwerdeführers, dass die Frist zur Einreichung von Einsprüchen gegen die Wählerliste sich grundlegend von der Frist zur Einreichung von Wahlvorschlägen, deren unrichtige Bemessung zur Unwirksamkeit der Wahl führe, unterscheiden würde, sei falsch. § 3 Abs. 2 Nr. 3 Wahlordnung und § 3 Abs. 2 Nr. 8 Wahlordnung enthielten eine nahezu identische Formulierung. Das Gesetz verlange, dass jeweils der letzte Tag der Frist anzugeben sei. Die Beschwerde blende aus, dass die materielle Wahlberechtigung und Wählbarkeit gemäß §§ 7, 8 BetrVG für die Teilnahme an einer Betriebsratswahl nicht ausreiche. Vielmehr stehe das aktive und passive Wahlrecht nach § 2 Abs. 3 Satz 1 Wahlordnung nur Arbeitnehmern zu, die in die Wählerliste eingetragen seien.

Die Arbeitnehmer, die pflichtwidrig nicht in der Wählerliste vermerkt worden seien, und sich hiergegen beim Wahlvorstand nicht innerhalb der zweiwöchigen Einspruchsfrist be-

schwerten, blieben von der Stimmabgabe bei der Betriebsratswahl ausgeschlossen. Ebenso wie die Zweiwochenfrist des § 3 Abs. 2 Nr. 8 Wahlordnung bilde die Einspruchsfrist des § 3 Abs. 2 Nr. 3 Wahlordnung für alle Beteiligten aus Gründen der Rechtssicherheit eine klare Grenze. Die Wählerliste sei im Übrigen gerade zum Zeitpunkt der Wahl nicht frei von anfechtungsrelevanten Fehlern gewesen.

Auch mache der Übergang vom vereinfachten Verfahren zum Regelverfahren während der Betriebsratswahl diese anfechtbar. Grundsätzlich erfolge die Wahl nach § 14 Abs. 2 Satz 1 BetrVG nach Verhältniswahlgrundsätzen. Im vereinfachten Wahlverfahren hingegen finde nach § 14 Abs. 3 Satz 2 BetrVG die Wahl nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl statt. Jedenfalls aber müsste der auf der Betriebsversammlung gewählte Wahlvorstand durch Beschluss, der gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 Wahlordnung zu protokollieren sei, das Wahlverfahren festlegen. Daran fehle es.

Die unberechtigte Öffnung des Umschlags mit den für die Anfertigung der Wählerliste erforderlichen Unterlagen durch die einladende Gewerkschaft stelle einen Verstoß gegen §§ 28 Abs. 2, 30 Abs. 1 Satz 4 Wahlordnung dar.

Die Auflistung des Mitarbeiters L... sowohl in der Wählerliste als auch in der Vorschlagsliste 2 stelle einen wesentlichen Verstoß gegen die Vorschriften über die Wählbarkeit dar. Es sei zwischen den Beteiligten unstrittig, dass Herr L... nicht bei der Beteiligten zu 1), sondern bei der C... KG in N... beschäftigt sei und der Beteiligten zu 1) im Rahmen der Konzernleihe überlassen worden sei. Die hierzu von der Beschwerde nochmals zitierte Rechtsprechung sei längst überholt. Zur Arbeitsleistung überlassene Arbeitnehmer seien im Entleihbetrieb nicht wählbar. Die Wahl eines nicht wählbaren Arbeitnehmers zum Betriebsrat mache die Wahl anfechtbar.

Die Befugnis zur Teilnahme von Mitgliedern der Gewerkschaft an Sitzungen des Wahlvorstandes sei abschließend in § 16 Abs. 1 Satz 6 BetrVG geregelt. Danach kann jede im Betrieb vertretene Gewerkschaft zusätzlich einen dem Betrieb angehörenden Beauftragten als nicht stimmberechtigtes Mitglied in den Wahlvorstand entsenden, sofern ihr nicht ein stimmberechtigtes Wahlvorstandsmitglied angehöre. Mit Rechtshilfe bzw. Rechtsberatung habe dies nichts zu tun. Die Gewerkschaftssekretärin, Frau S..., die an sämtlichen

Sitzungen des Wahlvorstands teilgenommen habe, sei nicht Betriebsangehörige. Abgesehen davon seien zwei Mitglieder des Wahlvorstandes Mitglieder der NGG. Es habe danach keine Befugnis zur Teilnahme an Sitzungen des Wahlvorstandes bestanden. Die Rechtsprechung zur Teilnahme an Betriebsratssitzungen, die ausdrücklich in § 31 BetrVG geregelt sei, könne nicht übernommen werden.

Wegen des weitergehenden Vorbringens der Beteiligten wird auf die eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Eine Beweisaufnahme hat nicht stattgefunden.

II.

Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist statthaft, § 87 Abs. 1 ArbGG, sowie form- und fristgerecht eingelegt worden, §§ 87 Abs. 2, 66 ArbGG.

Die Beschwerde ist unbegründet.

Das Erstgericht hat die Betriebsratswahl vom 11.01.2016 zu Recht für unwirksam erklärt. Frist und Form der Anfechtung sind gewahrt. Dies gilt auch, wenn man im Hinblick auf § 19 BetrVG den 11.01.2016 als Tag der Bekanntgabe des Wahlergebnisses betrachten wollte.

Die im Wahlausschreiben angegebene Frist für Einsprüche gegen die Wählerliste mit dem 08.12.2015 anstelle des 11.12.2015 ist nach den zutreffenden Feststellungen des Arbeitsgerichts fehlerhaft und stellt einen Verstoß gegen wesentliche Wahlvorschriften dar. Jedes Unterlassen oder jede falsche Angabe der in § 3 Wahlordnung notwendigen Inhalte des Wahlausschreibens stellen einen Verstoß gegen wesentliche Wahlvorschriften dar. Nach § 19 Abs. 1 letzter Halbsatz BetrVG berechtigen Verstöße gegen wesentliche Wahlvorschriften nur dann nicht zur Anfechtung der Betriebsratswahl, wenn durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. Dafür ist entscheidend, ob bei einer hypothetischen Betrachtungsweise eine Wahl ohne den Verstoß unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zwingend zu demselben Wahlergebnis geführt

hätte (vgl. Beschluss des BAG vom 19.11.2003, Az.: 7 ABR 24/03, m.w.N.). Es kann vorliegend nicht davon ausgegangen werden, dass das Wahlergebnis zwingend dasselbe gewesen wäre, wenn der Wahlvorstand die richtige Frist angegeben hätte. Weitere Einsprüche als die tatsächlich erfolgten zwei Einsprüche können bei richtiger Fristsetzung nicht ausgeschlossen werden. Mit solchen hätte sich der Wahlvorstand auch zwingend beschäftigen müssen und solche hätten zu einer geänderten Wählerliste und damit auch zu einem anderen Wahlergebnis führen können. Eine Beeinflussung des Wahlergebnisses durch die falsche Fristsetzung kann demnach nicht ausgeschlossen werden. Dabei greift die Ansicht des Beteiligten zu 2) nicht, dass die richtige Angabe dieser Frist nicht von wesentlicher Bedeutung wäre, da sie nur eine Hilfsfunktion hätte. Wie der Beteiligte zu 2) selbst richtig angibt, muss sich der Wahlvorstand mit fristgerecht eingereichten Einsprüchen befassen und über diese vor der Wahl entscheiden. Der Wahlvorstand hat nur daneben auch die Verpflichtung, bis zum Wahltag die Wählerliste auch ohne Einspruch zu aktualisieren, das aber nur in dem beschränkten von der Beteiligten zu 1) zutreffend dargestellten Umfang. Es lässt sich daher nicht feststellen, dass durch die falsche Frist das Wahlergebnis nicht beeinflusst werden konnte.

Es ist dem Arbeitgeber auch nicht vorliegend verwehrt, sich für seine Anfechtung hierauf zu berufen. Es ist nochmals zu betonen, dass allein der Beteiligte zu 2) verantwortlich ist für die ordnungsgemäße Erstellung der Wählerliste. Ihm allein obliegt es, über Einsprüche zu befinden und die Wählerliste bis zum Wahltag in beschränktem Umfang zu aktualisieren. Unabhängig davon, dass der Wahlvorstand selbst vorliegend den Arbeitgeber nicht zur Aktualisierung aufgefordert hat, obliegt dem Arbeitgeber keinerlei Verpflichtung, selbst Einspruch einzulegen.

Die Wahl ist daher schon aufgrund der falsch bezeichneten Frist zur Einlegung von Einsprüchen gegen die Wählerliste anfechtbar, wie das Erstgericht zutreffend ausgeführt hat.

Danach spielt es keine entscheidungserhebliche Rolle, dass der Wahlvorstand wohl fünf noch eingetretene wahlberechtigte Arbeitnehmer in der Wählerliste nicht mehr berücksichtigt hat.

Darüber hinaus hätte die Liste 2 nicht zur Wahl zugelassen werden dürfen. Der Mitarbeiter L... hat durchgehend einen Arbeitsvertrag mit der C... KG N... und ist der Beteiligten zu 1) zur Arbeitsleistung dauerhaft von dort überlassen. Entgegen der Ansicht des Beteiligten zu 2) ist dieser nicht Arbeitnehmer der Beteiligten zu 1). Entsprechend § 14 Abs. 2 AÜG war dieser Mitarbeiter zwar wahlberechtigt, aber ausdrücklich nach dieser Vorschrift nicht wählbar. Ist auf einer Vorschlagsliste bei ihrer Einreichung ein nicht wählbarer Kandidat aufgeführt, so ist die Liste ungültig und hätte so zur Wahl nicht zugelassen werden dürfen. Dies führt naturgemäß auch zu einer Beeinflussung des Wahlergebnisses und rechtfertigt die Anfechtung der Betriebsratswahl, so dass diese für unwirksam zu erklären ist.

Soweit der Beteiligte zu 2) anführt, dass die Bestimmungen des AÜG auf die nicht gewerbsmäßige Überlassung von Arbeitnehmern nicht anzuwenden seien und sich hierzu auf ältere Entscheidungen von Landesarbeitsgerichten beruft, sind diese durch Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts überholt. Das Bundesarbeitsgericht hat zutreffenderweise mit Beschluss vom 17.02.2010, Az.: 7 ABR 51/08, und vom 10.10.2012, Az.: 7 ABR 53/11, festgestellt, dass ein zur Arbeitsleistung überlassener Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb nicht wählbar ist. Für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung folgt dies unmittelbar aus § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG. Für die nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung gilt nichts anderes. Dies ergibt die Auslegung von § 8 Abs. 1 Satz 1, § 7 Satz 1 und 2 BetrVG, § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG. Wahlberechtigt im Sinne von § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG sind danach nur die nach § 7 Satz 1 BetrVG, nicht dagegen die nach § 7 Satz 2 BetrVG wahlberechtigten Arbeitnehmer. Der in § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG normierte Ausschluss der Wählbarkeit von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Insoweit ist es den Gerichten verwehrt, im Wege der Rechtsfortbildung entgegen dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers bei der Reform des Betriebsverfassungsgesetzes eine andere Regelung zu treffen. Auf die dortigen Begründungen wird verwiesen.

Auch die dauerhafte Überlassung des Mitarbeiters führt nicht dazu, dass der Mitarbeiter Arbeitnehmer des Entleiherbetriebes würde. Allein die dauerhafte Überlassung und die betriebliche Eingliederung genügen hierfür nicht. So hat das Bundesarbeitsgericht zu Recht an seiner Rechtsprechung festgehalten, wonach ein Verstoß gegen das Gebot der

nicht nur vorübergehenden Überlassung nicht zum Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer führt (BAG, Urteil vom 03.06.2014, Az.: 9 AZR 111/13, unter Verweis auf BAG vom 10.12.2013, Az.: 9 AZR 51/13). Die zu Unrecht erfolgte Zulassung der ungültigen Liste 2 führt daher ebenfalls zur Anfechtbarkeit der Betriebsratswahl.

Es kommt daher entscheidungserheblich nicht mehr darauf an, dass die Gewerkschaft und der Wahlvorstand gegen weitere Wahlvorschriften verstoßen haben. So auf den datenschutzrechtlich problematischen Verstoß der Gewerkschaft gegen § 30 Abs. 1 Satz 4 Wahlordnung, wonach die einladende Stelle den versiegelten Umschlag des Arbeitgebers zu übergeben hat, wenn die Gewerkschaft selbst vorher diesen Umschlag öffnet. Dies gilt auch für die Verstöße gegen § 1 Abs. 3 Satz 2 und 3 Wahlordnung, in dem der Wahlvorstand über seine Sitzungen keine Niederschriften gefertigt hat und nicht einmal seine Beschlüsse festgehalten hat. Gleiches gilt auch für das Fehlen von Freiumsschlägen entgegen § 24 Abs. 1 Nr. 5 Wahlordnung bei der schriftlichen Stimmabgabe. Es ist daher auch nicht weiter aufzuklären, ob die Initiative zur Teilnahme an den Sitzungen des Wahlvorstandes von der Gewerkschaft bzw. der Gewerkschaftssekretärin ausgegangen ist. Dann würde es sich um eine unzulässige Entsendung einer betriebsfremden Beauftragten in den Wahlvorstand handeln, § 16 Abs. 1 Satz 6 BetrVG. Sollte die Gewerkschaftssekretärin als Beraterin hinzugezogen worden sein, so ist ein entsprechender Beschluss des Wahlvorstandes nicht ersichtlich und es würde ein Verstoß gegen die Nichtöffentlichkeit der Sitzungen des Wahlvorstandes vorliegen. Es kann auch in Anbetracht der fehlenden Niederschriften durch den Wahlvorstand dahinstehen, ob der Wahlvorstand überhaupt selbst und ordnungsgemäß zumindest alle wesentlichen Beschlüsse für das Wahlverfahren selbst gefasst hat unter Beachtung des Grundsatzes der Nichtöffentlichkeit seiner Sitzungen. Zweifel wären insbesondere auch hinsichtlich der Beteiligung der Gewerkschaftssekretärinnen bei der Stimmauszählung angebracht. Darüber hinaus kommt es auch nicht darauf an, dass der Wahlvorstand am 11.01.2016 zu Unrecht bereits das Wahlergebnis bekannt gegeben hat, obwohl dieses zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht feststand, § 17 Abs. 1 Wahlordnung. Die mit der verfrühten Bekanntgabe des Wahlergebnisses einhergehende Verkürzung der Anfechtungsfrist war letztlich nicht entscheidungserheblich. Auch die weiter geltend gemachten Verfahrensfehler können daher dahinstehen.

Das Arbeitsgericht hat danach zutreffend entschieden, so dass die Beschwerde zurückzuweisen ist.

Für die Zulassung der Rechtsbeschwerde besteht kein sachlich begründeter Anlass.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben;
auf §§ 92 a, 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Riedel
Vorsitzender Richter
am Landesarbeitsgericht

Lorenz
Ehrenamtlicher
Richter

Simeth
Ehrenamtlicher
Richter