

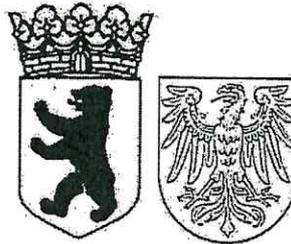
AS/PA

# Landesarbeitsgericht **Ausfertigung** Berlin-Brandenburg

Verkündet

am 27. März 2014

Geschäftszeichen (bitte immer angeben)  
**26 TaBVGa 567/14**  
1 BVGa 2005/14  
Arbeitsgericht Berlin



Genzke-Koch  
Gerichtsbeschäftigte  
als Urkundsbeamter/in  
der Geschäftsstelle

## Beschluss

In dem Beschwerdeverfahren mit den Beteiligten

|  |     |                |     |                      |
|--|-----|----------------|-----|----------------------|
| <b>EINGANG</b>                                   |     |                |     |                      |
| Berger Groß-Höhmann<br>& Partner - Rechtsanwälte |     |                |     |                      |
| EB   |     | - 4. APR. 2014 |     |                      |
| SEK  | GUE | WV             | zdA | Abschrift<br>an Mdt. |

**Wahlvorstand:**

- Beschwerdeführer und  
Beteiligter zu 2) -

Beteiligte zu 1) -

**Betriebsrat**

- Beteiligter zu 3) -

Verfahrensbevollmächtigte/r zu 2) und 3):  
Berger - Groß - Höhmann & Partner Rechtsanwälte,  
Danziger Str. 56, 10435 Berlin

hat das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, 26. Kammer,  
auf die Anhörung vom 27. März 2014  
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Kloppenburg  
sowie die ehrenamtlichen Richterinnen Reichardt und Wenzel  
beschlossen:

Auf die Beschwerde des Wahlvorstands wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Berlin vom 20.02.2014 – 1 BVGa 2005/14 – abgeändert und der Antrag der Arbeitgeberin auf Änderung des Wahlausschreibens zurückgewiesen.

### Gründe:

#### I.

Die Beteiligten streiten im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes darüber, ob das Wahlausschreiben hinsichtlich der Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder von neun auf sieben zu korrigieren ist.

Die Belegschaft bestand ab der erstmaligen Wahl eines Betriebsrats im Jahr 2000 bis zum Jahr 2012 in dem durch die Arbeitgeberin betriebenen Lebensmittelmarkt regelmäßig aus mehr als 200 Beschäftigten, der Betriebsrat aus neun Mitgliedern. Im Jahr 2013 lag die Zahl der Beschäftigten demgegenüber durchweg unter 200. Während die Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer in der ersten Jahreshälfte noch überwiegend mehr als 195 betrug, ging sie in der zweiten Jahreshälfte bis unter 190 Personen zurück. Die Beteiligten streiten sich über die Gründe hierfür.

In der Zeit von September 2013 bis Januar 2014 sind in der Filiale 5.556,97 Überstunden angefallen. Bei einem in dem Betrieb maßgeblichen Stundendurchschnitt wären 90 zusätzliche Belegschaftsmitglieder erforderlich gewesen, um die Überstunden abzubauen.

In dem am 7. Februar für die Wahl am 10. April 2014 ausgehängten Wahlausschreiben gab der Wahlvorstand die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder mit neun an.

Am 26. Februar 2014, also sechs Tage nach der ihrem Antrag stattgebenden Entscheidung des Arbeitsgerichts, hat die Arbeitgeberin den Betriebsrat zu - teilweise für die Zeit von März bis Mai 2014 befristeten – Neueinstellungen angehört. Am 20. Februar hatte sie sich zur Begründung ihres Antrags noch auf eine eidesstattliche Versicherung des Hausleiters berufen, nach der es keine Planungen gebe, wonach die Mitarbeiterzahl in der Filiale wieder signifikant steigen werde. Gegenüber dem Betriebsrat begründete sie die geplanten befristeten Einstellungen mit dem Ostergeschäft; in der Beschwerdeverhandlung darauf angesprochen, dass das eine befristete Einstellung bis Ende Mai eher nicht rechtfertigen könne, berief sie sich

ergänzend auf die Maifeiertage.

Die Arbeitgeberin hat die Ansicht vertreten, dass die Angabe von neun Mitgliedern im Wahlausschreiben angesichts des vorliegenden Zahlenmaterials eine offensichtlich falsche Angabe darstelle. Der Wahlvorstand habe dabei seinen Beurteilungsspielraum überschritten. Ob sie zum Abbau von Überstunden Personen einstelle, unterliege allein ihrer unternehmerischen Entscheidungsfreiheit. Eine Korrektur des Wahlausschreibens sei zeitlich auch noch möglich. Das Risiko einer erfolgreichen Wahlanfechtung sinke im Falle der begehrten Korrektur.

Die Arbeitgeberin hat beantragt,

dem Wahlvorstand im Wege der einstweiligen Verfügung aufzugeben, die in dem Wahlausschreiben vom 7. Februar 2014 unter Abs. 5 angegebene Anzahl der neu zu wählenden Betriebsratsmitglieder von neun auf sieben zu korrigieren.

Der Wahlvorstand hat beantragt, den Antrag zurückzuweisen. Die seitens der Arbeitgeberin für das Jahr 2013 vorgelegten Zahlen seien nicht repräsentativ. Die niedrige Belegschaftsstärke im Jahr 2013 stelle eine absolute Ausnahmesituation dar. Hintergrund sei ua. die Sperrung der Zubringerstraße zum Markt von Juni bis Oktober 2013 und eine weiter bestehende Teilspernung. Der Hausleiter habe selbst am 28. Januar 2014 im Monatsgespräch darauf hingewiesen, dass die umfangreiche Baustelle die Filiale Kunden koste, was die Arbeitgeberin nicht bestreitet. Ohne den Kundenverlust hätte der Markt 1,2 Millionen Euro mehr eingenommen, so der Hausleiter. Es sei aber nun absehbar, dass die Straßensperre wieder aufgehoben werde. Proportional mit dem Ausscheiden von zahlreichen Arbeitskräften im Jahr 2013 seien die Überstunden angestiegen. Außerdem werde der Betriebsrat Überstunden künftig nicht mehr im bisherigen Umfang genehmigen und zudem auf die Einhaltung des Mitbestimmungsrechts bestehen. Unter den Beteiligten ist insoweit unstrittig, dass der Betriebsrat bereits vor längere Zeit einen Titel gegen die Arbeitgeberin wegen Verletzungen des Mitbestimmungsrechts im Zusammenhang mit der Anordnung von Überstunden erwirkt hat, aus dem er wegen angeblicher weiterer Missachtung des Mitbestimmungsrechts derzeit vollstrecken möchte. Es müssten angesichts der enormen Überstundenzahl, die einen erheblichen Krankenstand verursacht hätten, auch bei nur teilweisem Abbau mindestens 25 Belegschaftsmitglieder neu eingestellt werden. Außerdem könnten bei einer Änderung des Wahlausschreibens die Fristen nicht mehr eingehalten werden, was dann als solches zu einer Verletzung von Wahlvorschriften und zu einer sicheren Anfechtbarkeit führe. Betroffen seien insbesondere die Fristen nach § 3 Abs. 2 Nr. 3 und § 8 Abs. 1 Nr. 1 sowie § 4 WO. Es seien bereits Wahlvorschläge eingegangen, was die Arbeitgeberin nicht bestreitet. Belegschaftsmitglieder könnten mit Recht einwenden, sie hätten eine andere Liste oder eine andere Reihenfolge auf der Liste, insbesondere hinsichtlich der Berücksichtigung des Geschlechts in der Minderheit, eingereicht. Es wäre vielmehr ein Neuerlass des Wahlausschreibens erforderlich. Der Sache nach liefe eine Änderung des Wahlausschreibens auf einen Abbruch der Wahl hinaus.

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag der Arbeitgeberin stattgegeben und das im Wesentlichen damit begründet, ein Eingriff in die Betriebsratswahl komme jedenfalls bei schwerwiegenden Fehlern in Betracht. Um einen solchen handele es sich hier angesichts der Entwicklung der Belegschaftsstärke im Jahr 2013. Es sei allein Sache der Arbeitgeberin zu entscheiden, wie sie auf zusätzlichen Arbeitsbedarf reagiere. Den Konflikt mit dem Betriebsrat könne die Arbeitgeberin in der Einigungsstelle austragen. Eine Korrektur sei zeitlich noch möglich. Abzustellen sei auf den Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung. Es bleibe genügend Zeit, da die Sechs-Wochen-Frist des § 3 Abs. 1 Satz 1 WO noch eingehalten werden könne. Selbst die Frist des § 3 Abs. 2 Nr. 3 WO (zweiwöchige Einspruchsfrist) könne noch gewahrt werden. Gleiches gelte für die Zwei-Wochen-Frist des § 6 Abs. 1 Satz 1 WO für die einzureichenden Vorschlagslisten, gerechnet ab dem Zeitpunkt der Korrektur des Wahlausschreibens. Der Verfügungsgrund bestehe angesichts des sicheren positiven Ergebnisses im Falle der Anfechtung einer Betriebsratswahl. Kosten könnten vermieden werden, eine betriebsratslose Zeit drohe nicht.

Der Wahlvorstand hat gegen den ihm am 3. März 2014 zugestellten Beschluss mit einem am 13. März 2014 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Beschwerde eingelegt und diese zugleich begründet.

Zur Begründung wiederholt er in erster Linie unter Auseinandersetzung mit der angefochtenen Entscheidung seinen erstinstanzlichen Vortrag. Sämtliche Fristen seien abgelaufen, eine Korrektur ohne erheblichen Eingriff in das Wahlverfahren nicht mehr möglich. Alle bereits eingereichten Wahlausschreiben würden ihre Gültigkeit verlieren. Angesichts des notwendigen Abbruchs der Wahl fielen die Kosten ohnehin erneut an. Wegen der angekündigten zwölf Neueinstellungen sei schon nach den Angaben der Arbeitgeberin von nahezu 200 Belegschaftsmitgliedern auszugehen. Jedenfalls könne er seinen Beurteilungsspielraum danach nicht überschritten haben. Bei Abbruch der Wahl und Neuausschreibung drohe eine betriebsratslose Zeit.

Der Wahlvorstand beantragt,

den Beschluss des Arbeitsgerichts Berlin vom 20. Februar 2014 – 1 BVGa 2005/14 – abzuändern und den Antrag der Arbeitgeberin zurückzuweisen.

Die Arbeitgeberin beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen. Auch sie wiederholt im Wesentlichen ihren erstinstanzlichen Vortrag. Ergänzend trägt sie vor, auch im Jahr 2012 sei die Beschäftigtenzahl in drei Monaten knapp unter 200 gefallen gewesen. Der tatsächliche Umsatz sei um 643.600 Euro gesunken. Daher sei auch weniger Personal benötigt worden. Zurückzuführen sei das auf Kannibalisierungseffekte. Der Umsatzrückgang habe nach Fertigstellung der Zufahrtsstraße nicht abgenommen. Zum 1. März 2014 hätten tatsächlich auch nur fünf Neueinstellungen realisiert werden können. 92 Mitarbeiter hätten sich inzwischen dafür ausgesprochen, Sonntagsöffnungen über Überstunden abzuwickeln. Von permanenter

Überlastung könne da wohl keine Rede sein. Die vorgenommenen Neueinstellungen seien allergrößtenteils ausschließlich dem bevorstehenden Ostergeschäft geschuldet. Im Übrigen weist sie ausdrücklich darauf hin, dass sie nicht einen Abbruch der Wahl anstrebe. Zwar sei es richtig, dass die Frist für die Einreichung von Wahlvorschlägen abgelaufen sei und auch bereits Wahlvorschläge eingereicht worden seien. Dem Wahlvorstand sei es aber in entsprechender Anwendung des § 6 Abs. 2 Satz 1 BetrVG ohne weiteres möglich, noch eine Notfrist zu setzen, ohne dass der Termin für die am 10. April 2014 geplante Betriebsratswahl in Frage gestellt werden müsse.

Wegen der Einzelheiten wird Bezug genommen auf die Schriftsätze der Beteiligten vom 13., 21. und 26. März.

## II.

- 1) Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.
- 2) Neben dem Wahlvorstand und der Arbeitgeberin war ausnahmsweise (zum Regelfall vgl. BAG 13. März 2013 – 7 ABR 69/11 - AP Nr. 15 zu § 9 BetrVG 1972 = NZA 2013, 789, Rn. 11) auch der Betriebsrat beteiligt, da der Wahlvorstand im Rahmen seiner Argumentation dessen Mitbestimmungsrechte und -verhalten im Zusammenhang mit den zahlreichen Überstunden und dessen weiteres Vorgehen in den Vordergrund gestellt hat.
- 3) Die Beschwerde ist auch begründet. Zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Beschwerdeinstanz könnten bei der angestrebten Änderung des Wahlausschreibens die gesetzlichen Fristen nicht mehr eingehalten werden. Die Wahl wäre notwendig anfechtbar. Im Übrigen ist auch nicht ausgeschlossen, dass die Voraussetzungen für eine Anfechtbarkeit der Wahl nicht vorliegen. Zwar spricht die tatsächliche Entwicklung nach den vorgelegten Zahlen eher dafür, dass die Anzahl der Belegschaftsmitglieder rückläufig ist. Es ist aber nicht auszuschließen, dass die Baustelle auf der Zugangsstraße für diese Entwicklung mitursächlich gewesen ist. Angesichts der ungewöhnlich hohen Zahl an Überstunden, die – den Vortrag der Arbeitgeberin als richtig unterstellt – schon über einen langen Zeitraum in diesem Umfang angeordnet werden, ist es u.U. auch nicht auszuschließen, dass die regelmäßige Zahl der Arbeitnehmer bei Berücksichtigung der künftigen Entwicklung bei über 200 liegen wird. Jedenfalls wird die Wahl aufgrund einer Fehleinschätzung seitens des Wahlvorstands nicht nichtig sein. Im Falle der Stattgabe des Antrags wäre sie aber sicher anfechtbar.
  - a) Der Erlass einer einstweiligen Verfügung ist auch in Angelegenheiten, über die im Beschlussverfahren zu entscheiden ist, zulässig, § 85 Abs. 2 ArbGG. Die Arbeitgeberin kann einen ihr zustehenden Anspruch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes sichern lassen, sofern ohne eine alsbaldige Regelung die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich

erschwert wird, § 935 ZPO. Auch eine einstweilige Verfügung zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes gemäß § 940 ZPO sowie eine auf Erfüllung eines Anspruchs gerichtete einstweilige Verfügung sind möglich, sofern sie für einen effektiven Rechtsschutz erforderlich sind. Der Erlass der einstweiligen Verfügung setzt in allen Fällen einen Verfügungsanspruch sowie einen Verfügungsgrund voraus (Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge § 85 Rn. 29 ff.).

b) Die Leistungsverfügung bewirkt eine (vorläufige) Erfüllung des geltend gemachten Verfügungsanspruchs, schafft somit (vorläufig) vollendete Tatsachen. Deshalb ist eine Gesamtabwägung des Für und Wider erforderlich. An berichtigende Eingriffe in das Wahlverfahren sind strenge Anforderungen zu stellen und es ist zu berücksichtigen, ob infolge der Anordnung die Gefahr einer begründeten Wahlanfechtung nicht etwa größer wird als ohne einen solchen Eingriff (Fitting § 18 Rdnr. 41 mwN.). Eine bloße Wahrscheinlichkeit des Verstoßes gegen eine wesentliche Wahlvorschrift genügt nicht, ebenso wenig ein „voraussichtlicher Verstoß“ (GK-BetrVG/Kreutz § 18 Rn. 88, 94; ErfK/Koch § 18 Rn. 7). Erforderlich ist eine am materiellen Wahlrecht orientierte Schlüssigkeitsprüfung dahingehend, dass ein Verstoß gegen eine wesentliche Wahlvorschrift zur Überzeugung des Gerichts mit Sicherheit vorliegt.

c) Hier führte gerade die Stattgabe des Antrags zur Anfechtbarkeit der Wahl. Im Falle einer Korrektur des Wahlausschreibens könnten zwingende Fristen für das Wahlverfahren nicht mehr eingehalten werden.

aa) Der Wahlvorstand würde durch die vom Arbeitsgericht ausgesprochene Verpflichtung zu einer Wahlhandlung angehalten, mit der er gegen wesentliche Vorschriften des Wahlverfahrens verstieße. Nach § 10 Abs. 2 WO hat der Wahlvorstand spätestens eine Woche vor Beginn der Stimmabgabe die als gültig anerkannten Vorschlagslisten bekannt zu machen. Eine einstweilige Verfügung zur Berichtigung von Wahlfehlern kommt nur in Betracht, solange diese Bekanntgabe im Wahlverfahren noch möglich ist. Eine Verpflichtung des Wahlvorstandes zur Berichtigung des Wahlausschreibens könnte hier jedenfalls nur noch unter Missachtung der Fristen des § 10 Abs. 2 WO erfolgen. Zu diesem Ergebnis gelangte hier auch, wer eine nachträgliche Änderung des Wahlausschreibens ohne die erneute Einleitung der Wahl für möglich hält (vgl. zum Streitstand: Fitting § 3 WO Rn. 14). Denn die Wahlvorschläge waren bereits eingereicht, eine Nachfristsetzung kam auch bei einer entsprechenden Anwendung des § 6 Abs. 2 Satz 1 WO nicht mehr in Betracht. Die Missachtung der Fristen, insbesondere auch die des § 10 Abs. 2 WO, stellte einen Verstoß gegen wesentliche Verfahrensvorschriften dar (Richardi/Thüsing § 10 WO 2001 Rn. 3 mwN.).

bb) Etwas anderes ergäbe sich auch nicht, wenn das Arbeitsgericht den Wahlvorstand bereits zu einem Zeitpunkt verpflichtet hätte, als die Fristen noch nicht abgelaufen waren. Die Kammer folgt insoweit der Auffassung des Arbeitsgerichts, das auf den Zeitpunkt der Entscheidung abgestellt. Für das Arbeitsgericht war dies der 20. Februar 2014, für das Landes-

arbeitsgericht der 27. März 2014. Zu diesem Zeitpunkt war eine Berichtigung nicht mehr ohne Verstoß gegen wesentliche Verfahrensvorschriften möglich. Der Beschluss des Arbeitsgerichts war noch nicht rechtskräftig, der Wahlvorstand hat am 13. März 2014 dagegen Beschwerde eingelegt und die vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung beantragt. Eine Berichtigung des Wahlausschreibens ist auch nicht erfolgt. Sie könnte nunmehr nur noch unter Verstoß gegen § 10 Abs. 2 WO bekannt gemacht werden. Dies stellte einen Anfechtungsgrund dar (vgl. LAG Berlin-Brandenburg 25. März 2014 - 1 TaBVGa 591/14 u. 1 TaBVGa 625/14, zu 4.1.3 der Gründe).

d) Einen Abbruch der Wahl strebt die Arbeitgeberin nach ihrer ausdrücklichen Erklärung im Beschwerdeverfahren gerade nicht an. Dabei erkennt sie, dass dies unweigerlich ihrem Antrag entgegenstehen würde, da ihm in einem solchen Fall nur bei absehbarer Nichtigkeit der Wahl stattgegeben werden könnte (vgl. BAG 27. Juli 2011 – 7 ABR 61/10 - AP Nr. 2 zu § 16 BetrVG 1972 = NZA 2012, 345 = EzA § 19 BetrVG 2001 Nr. 8). Davon, dass die Angabe von neun zu wählenden Betriebsratsmitgliedern im Wahlausschreiben zur Nichtigkeit der Wahl führen könnte, geht aber hier auch die Arbeitgeberin nicht aus. Angesichts der verstrichenen Fristen könnte eine ordnungsgemäße Wahl nur noch nach einem Abbruch der derzeitigen Wahl ohne den Makel der Anfechtbarkeit durchgeführt werden.

e) Auf die Frage, ob die Wahl letztlich anfechtbar ist, kommt es im Ergebnis also nicht mehr an. An sich entscheidet allerdings der Arbeitgeber über die Anzahl der zu beschäftigenden Belegschaftsmitglieder, wie das Arbeitsgericht richtig festgestellt hat. Entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin kann aber die Verpflichtung des Betriebsrats, den Gesundheitsschutz im Rahmen der Ausübung des Mitbestimmungsrechts bei der Anordnung von Überstunden zu berücksichtigen, jedenfalls dann uU. bei der Anzahl der voraussichtlich zu beschäftigenden Personen Berücksichtigung finden, wenn die Anzahl der Überstunden im Verhältnis zur Größe der Belegschaft – wie hier – erhebliche Ausmaße angenommen hat, und zwar dauerhaft, wie die Vertreter der Arbeitgeberin im Rahmen der Anhörung vorgetragen haben. Dem stehen auch 92 Unterschriften von Belegschaftsmitgliedern nicht entgegen. Zum einen kommt es darauf nicht an. Zum anderen zeigt diese Zahl eher, dass ein großer Teil der Belegschaft eher der Auffassung des Betriebsrats ist. Im Übrigen ist bei solchen Meinungsbekundungen sorgfältig deren Entstehung zu erkunden. Jedenfalls geht es bei dem Mitbestimmungstatbestand auch gerade nicht darum, der Meinung einer Vielzahl von Mitarbeitern zu folgen. Vielmehr geht es gerade um den Schutz derjenigen, für die die vielen Überstunden mit – ggf. auch gesundheitlichen - Beeinträchtigungen verbunden sind. Das muss der Betriebsrat im Blick haben, auch wenn zahlreiche Belegschaftsmitglieder – ggf. unter Aufopferung ihrer Gesundheit – aus finanziellen Gründen in großem Umfang zur Ableistung von Überstunden bereit sind, ggf. auch meinen bereit sein zu müssen. Das muss im Betrieb nicht die Mehrheit sein.

Auch vorübergehende Umsatzeinbußen aufgrund der Zugangsbeschränkung durch Baustellen darf der Wahlvorstand grds. mit in seine Überlegungen einbeziehen. Für die Frage, ob der Wahlvorstand den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum überschritten hat, kommt es im Einzelfall auf die konkrete Sachlage an. Der Entscheidung soll im Eilverfahren nicht vorgegriffen werden.



III.

Die Entscheidung ergeht nach § 2 Abs. 2 GKG in Verbindung mit § 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG gerichtskostenfrei.

IV.

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben, § 92 Abs. 1 Satz 3 ArbGG.

Kloppenburg

Reichhardt

Die ehrenamtliche Richterin Wenzel ist urlaubsbedingt an ihrer Unterschriftsleistung verhindert.

Kloppenburg

Ausgefertigt  
1977 Berlin, den 1. 11. 1977  
Gericht  
Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg  
A circular stamp of the Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, containing the text 'LANDEsarBEITSGERICHT BERLIN-BRANDENBURG' and a coat of arms.