

# **ARBEITSGERICHT NÜRNBERG**

**13 BV 113/14**

Datum: 16.12.2014

Rechtsvorschriften: §§ 7 Satz 1, 8 Abs. 1 Satz 1, 19 BetrVG

Orientierungshilfe:

Im Falle der Kündigung besteht das Wahlrecht bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fort, auch wenn der Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht freigestellt ist. Deshalb dürfen diese Arbeitnehmer nicht von der Wählerliste gestrichen werden.

## **Beschluss:**

Die Betriebsratswahl vom 19.08.2014 wird für unwirksam erklärt.

## **Gründe:**

### **A.**

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der Betriebsratswahl vom 19.08.2014.

Die Beteiligte zu 2) ist alleinige Gesellschafterin der Beteiligten zu 1) und eine Gesellschaft nach niederländischem Recht mit Hauptsitz in Amsterdam. Sie nimmt als Holdinggesellschaft ausschließlich strategische Steuerungs- und Supportfunktionen für alle ihre Tochtergesellschaften wahr und hat ihre Schwerpunkte in der IT-, Finanz- und Marketingunterstützung aller konzernzugehörigen Gesellschaften. Das operative Geschäft in Deutschland wird allein von der Beteiligten zu 1) und einer weiteren eigenständig tätigen Firma durchgeführt. Die Beteiligte zu 1) ist organisatorisch in drei Bereiche unterteilt: „ad...“ (Performancemarketing) unter der Leitung von Frau P..., „we...“ (Affiliatemarketing) unter der Leitung von Herrn S...

- 2 -

und „Me....“ (Websitevermarktung) unter der Leitung von Herrn G.... Der letzte Bereich wurde überwiegend mit mindestens fünf Mitarbeitern bis 17.09.2014 in H... ausgeübt. Dann wurde der Bereich an einen Erwerber veräußert. Die betreffenden Mitarbeiter wurden vorab über den Betriebsübergang informiert und widersprachen ihm teilweise. Der Bereich „ad...“ wurde in N... und bis 31.08.2014 in D... ausgeübt. Ob die Antragsteller zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl noch ein Büro in M... unterhielten, ist zwischen den Beteiligten streitig. In N... haben die Antragsteller dieselbe Anschrift und befinden sich in demselben Gebäude, wobei die Räume von der Beteiligten zu 2) angemietet worden sind. Das Buchhaltungs- und Controllingsystem wird gemeinschaftlich genutzt. Ob in N... ein gemeinsamer Betrieb besteht, ist zwischen den Parteien umstritten.

Mit Schreiben vom 09.05.2014 luden die Mitarbeiter Herr V..., Frau K... und Herr Hi... zu einer Betriebsversammlung zur Wahl eines Wahlvorstandes für den 03.06.2014 ein (vgl. Einladungsschreiben vom 09.05.2014 unter Anlage A 5, Bl. 29 d.A.). Mit Schreiben vom 04.06.2014 teilte der aus den Mitgliedern Frau R..., Herrn Re... und Herrn B... gewählte Wahlvorstand den Beteiligten zu 1) und 2) mit, dass sie zum Wahlvorstand zur Wahl eines Betriebsrats in dem Betrieb „A... GmbH“ und „A... international N.V.“ einschließlich der Zweigstellen gewählt worden sind. Das Wahlausschreiben vom 01.07.2014 wurde im Intranet der Beteiligten zu 1) und 2) veröffentlicht und an den Standorten N..., D... und H... am 01.07.2014 ausgehängt. Gleichzeitig wurde die Wählerliste, ein Abdruck der ersten Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes und das Muster der Vorschlagslisten veröffentlicht bzw. ausgehängt, jedoch in H... erst einen Tag später am 02.07.2014. In der Wählerliste waren nicht enthalten die Mitarbeiter der Beteiligten zu 2) Herr Gs..., Herr Kl..., Frau L..., Herr Pr... sowie die Mitarbeiter des Betriebs A..., Herr Hö... und Frau Sch.... Im Wahlausschreiben wurde angegeben, dass Einsprüche gegen die Richtigkeit der Wählerliste bis 15.07.2014 17:00 Uhr unter der genannten „Betriebsadresse“ eingelegt werden können (vgl. Wahlausschreiben unter Anlage K 8, Bl. 32 d.A.). Im Wahlausschreiben wird weiterhin erklärt, dass für die Betriebsteile bzw. Kleinstbetriebe in M..., D... und H...

schriftliche Stimmabgabe beschlossen wurde.

Mit Schreiben vom 23.07.2014 gab der Wahlvorstand zwei von ihm als gültig erachtete Vorschlagslisten mit acht bzw. drei Listenbewerbern bekannt (vgl. Anlage K 16, Bl. 41 d.A.). Ungefähr am 07.08.2014 wurden auf der Wählerliste die Mitarbeiter K..., T... und V... handschriftlich gestrichen. Weiterhin gab der Wahlvorstand mit Schreiben vom 07.08.2014 bekannt, dass die Wahlkandidaten Frau K... und Herr V... von der Vorschlagsliste mit dem Kennwort „xxxxxx“ gestrichen würden, da sie am 31.07.2014 ausgeschieden und nicht mehr wählbar seien. Die Streichung dieser beiden Mitarbeiter von der Vorschlagsliste erfolgte dann vor der Wahl zu einem Zeitpunkt, zu dem die Briefwahlunterlagen bereits verschickt worden waren und deshalb den Namen dieser Mitarbeiter auf der Liste noch enthielten sowie bereits Briefwahlen eingegangen waren. Die Mitarbeiter V..., K... und T... hatten gegen ihre Versetzungen und während des Gerichtsverfahrens ausgesprochene Kündigungen geklagt. Die arbeitsgerichtlichen Rechtsstreite waren mit Vergleichen abgeschlossen worden, in denen eine Beendigung der Arbeitsverhältnisse zum 31.12.2014 bzw. 31.01.2015 sowie unwiderrufliche Freistellungen vereinbart worden waren (vgl. Vergleiche vom 29.07.2014, 01.08.2014 und 06.08.2014 unter Anlagen K 21 bis 23, Bl. 46 ff. d.A.). Die Mitarbeiterin Frau Hel... wurde nicht von der Wählerliste gestrichen, obwohl in einem am 31.07.2014 wirksam gewordenen gerichtlichen Vergleich ebenfalls vereinbart worden war, dass das Arbeitsverhältnis zum 31.12.2014 endet und die Mitarbeiterin unwiderruflich freigestellt wird.

Am Standort N... fand am 19.08.2014 kurz nach 09:00 Uhr die Stimmabgabe statt. Die Beteiligte zu 1) schickte Frau He... als Wahlbeobachterin zur Wahl. Diese wurde gegen 12:20 Uhr von den Wahlvorstandsmitgliedern Re... und R... aufgefordert, den Wahlraum zu verlassen. Dieser Aufforderung kam die Mitarbeiterin nach und kehrte erst zur Stimmauszählung um 14:00 Uhr zurück. Nach der Wahlniederschrift vom 19.08.2014 (vgl. Anlage K 26, Bl. 55 d.A.) wurden vierzig gültige Stimmen abgegeben, wovon 33 auf die Vorschlagsliste „apm+w... N...“ und sie-

ben auf die Vorschlagsliste „xxxxxx“, die lediglich noch aus dem Listenbewerber Herrn Be... bestand, entfielen. Mit Schreiben vom 22.08.2014 machte der Wahlvorstand die Gewählten bekannt (vgl. Anlage K 27, Bl. 56 d.A.).

Mit Schriftsatz vom 03.09.2014, beim Arbeitsgericht Nürnberg am 05.09.2014 eingegangen, wurde die Betriebsratswahl von den Beteiligten zu 1) und zu 2) angefochten.

Die Antragsteller vertreten die Auffassung, dass gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit und das Wahlverfahren verstoßen worden sei und das Wahlergebnis hierdurch beeinflusst werden könnte.

Zunächst sei der Betriebsbegriff verkannt worden. Der Betriebsrat sei für beide Antragsteller gemeinsam gewählt worden, obwohl ein gemeinsamer Betrieb im Sinne von § 1 Abs. 2 BetrVG nicht vorgelegen habe. Es liege weder eine betriebliche Einheit, noch ein einheitlicher Leitungsapparat vor. Auch im Unternehmen der Beteiligten zu 1) würde kein einheitlicher Betriebszweck verfolgt, sondern es würden dort drei personell und zum Teil räumlich abgegrenzte Betriebe unterhalten, die einer jeweils eigenständigen Leitung unterstünden. Im Falle einer Zusammenarbeit der verschiedenen Betriebe würde jeweils ein eigenständiger Vertrag abgeschlossen und die von einem Betrieb im anderen angebotenen Leistungen mit Angeboten externer Anbieter verglichen. Ein Austausch von Mitarbeitern finde nicht statt. Die institutionelle Leitung der Betriebe werde durch verschiedene, als Betriebsleiter beschäftigte Personen durchgeführt, die zugleich Prokuristen des Unternehmens der Beteiligten zu 1) seien. Die Betriebsleiter würden den Kern der Arbeitgeberfunktionen in sozialen und personellen Angelegenheiten eigenständig vornehmen.

Deshalb sei auch gegen die Vorschriften zur Bestellung eines Wahlvorstands verstoßen worden. Die Verknennung des Betriebsbegriffs habe sich bereits bei der Einladung zur Wahl des Wahlvorstandes abgebildet. Die Mitarbeiter K... und V...

vom Standort D... gehörten zum Betrieb ad..., während Herr Hi... vom Standort H... zum Betrieb Me... gehöre. § 17 Abs. 3 BetrVG setze aber eine Initiative von drei wahlberechtigten Arbeitnehmern des Betriebs voraus. Das Einladungsschreiben vom 09.05.2014 zur Betriebsversammlung sei nicht betriebsüblich bekannt gemacht worden. Es enthalte die falsche und irreführende Angabe, dass die zur Betriebsversammlung eingeladenen Mitarbeiter gegenüber der einladenden Stelle auch Wahlvorschläge machen könnten. Vier Mitarbeiter der Beteiligten zu 2) seien ausdrücklich von der Teilnahme an der Betriebsversammlung ausgeschlossen worden. Die Antragsteller seien ebenfalls nicht eingeladen worden.

Der Wahlvorstand habe vier Arbeitnehmer der Beteiligten zu 2) fehlerhaft nicht zur Wahl zugelassen, da sie fälschlicherweise als leitende Angestellte eingestuft worden seien. Weiterhin seien die Mitarbeiter Frau K..., Herr V... und Herr T... in fehlerhafter Weise vor der Betriebsratswahl von der Wählerliste gestrichen worden. Der jeweilige Beendigungszeitpunkt der Arbeitsverhältnisse mit diesen Mitarbeitern sei weit nach dem Tag der Durchführung der Betriebsratswahl gelegen. Deshalb hätten diese Mitarbeiter noch zur Belegschaft des Betriebs gehört, seien wahlberechtigt und deshalb auch wählbar gewesen. Lediglich die Hauptleistungspflicht der Arbeitnehmer, nämlich die Arbeitspflicht, sei suspendiert worden. Nebenpflichten bestünden für beide Vertragsparteien unabhängig davon fort. Die rechtliche und tatsächliche Zugehörigkeit zum Betrieb bleibe. Die Freistellungsregelungen in § 38 BetrVG zeigten, dass die Erbringung einer Arbeitsleistung für den Arbeitgeber keine Voraussetzung für die Zugehörigkeit zum Betrieb sei. Hätten die vom Wahlvorstand gestrichenen Mitarbeiter mitgewählt, wäre das Wahlergebnis hierdurch beeinflusst worden. Eine Freistellung führe auch nicht dazu, dass ein Wahlkandidat rechtlich nicht mehr in der Lage wäre, sein Amt auszuüben. Es sei anerkannt, dass ein verhandeltes Betriebsratsmitglied zur Ausübung seiner Betriebsrats Tätigkeit auch etwa seinen Urlaub unterbrechen könne. Bei den Wahlbewerbern V... und K... handele es sich um zwei Mitglieder der Initiativgruppe, die die Betriebsratswahl durch Aufruf zu einer Betriebsversammlung zur Wahl eines Wahlvorstandes eingeleitet hätten. Es sei nicht auszuschließen, dass gerade die-

se Kandidaten trotz der Freistellung ein Betriebsratsamt ausüben wollten. Zum Zeitpunkt der Beschlussfassung des Wahlvorstands vom 07.08.2014 sei den Mitgliedern des Wahlvorstands überhaupt noch nicht bekannt gewesen, dass in dem Rechtsstreit der Beteiligten zu 1) mit Frau K... ein Vergleich abgeschlossen worden sei.

Der Beteiligte zu 3) hätte auch gegen die Verpflichtung zum Aushang von Wahlausschreiben und Wählerlisten verstoßen. Am Standort H... sei am 01.07.2014 lediglich das Wahlausschreiben ausgehängt, die am 02.07.2014 ausgehängte Wählerliste sei nicht in aktuellem Zustand gehalten worden. Weiterhin sei gegen die Regelungen zur schriftlichen Stimmabgabe verstoßen worden. Die Voraussetzungen für eine schriftliche Stimmabgabe in D..., H... und M... hätten nicht vorgelegen. H... würde nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG als selbständiger Betrieb gelten, da dort in der Regel mindestens fünf ständig wahlberechtigte Arbeitnehmer, von denen drei wählbar seien, im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG beschäftigt worden seien. Am Standort H... sei ein eigenständiger Betriebsrat wählbar gewesen.

Auf den Stimmzetteln sei offenbar weiterhin Frau K... als Wahlbewerberin angegeben worden. Bei Durchführung der Wahl hätte der anwesende Wahlvorstand die Mitarbeiter, die zunächst ihre Stimme abgegeben hätten, nicht darauf hingewiesen, dass Frau K... von der Liste entfernt worden sei. Auch hätte Frau He... nicht des Wahllokals verwiesen werden dürfen. Der Ausschluss von Wahlbeobachtern begründe den Verdacht, dass Manipulationen der Wahl nicht öffentlich werden sollten.

Die Antragsteller beantragen daher,

die Betriebsratswahl vom 19.08.2014 für unwirksam zu erklären.

Der Beteiligte zu 3) beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Der Beteiligte zu 3) hält die Wahl für wirksam. Die Beteiligten zu 1) und 2) bildeten einen Gemeinschaftsbetrieb. Die Vermutung für eine einheitliche Leitung liege vor. Beide Unternehmen arbeiteten unter einer gemeinsamen Adresse in denselben Räumlichkeiten, das heißt unter anderem in einem Großraumbüro, in N... zusammen. Technische und immaterielle Betriebsmittel würden gemeinsam genutzt, wie zum Beispiel der Mailserver, das System für die Auftragsverwaltung sowie das Auswertungstool Cube. Am Standort N... sei ein Pool-Auto vorhanden. Es bestehe nur eine Telefonanlage und ein Internetzugang. Technische Betriebsmittel würden sämtlichst von der Beteiligten zu 2) gekauft. Die Arbeitsabläufe seien personell, technisch und organisatorisch verknüpft. Die Geschäftsführerin der Beteiligten zu 1) und der einzelvertretungsberechtigte Vorstand der Beteiligten zu 2) seien ein und dieselbe Person, nämlich Frau Dr. Ha.... Es bestünden weitere gemeinsame Einrichtungen, wie zum Beispiel Buchhaltung sowie ein gemeinsamer Außenaustritt.

Bei den drei Markenbereichen der Beteiligten zu 1) ad..., Me... und w... handele es sich nicht um eigenständige Betriebe im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes. Alle Mitarbeiter hätten Verträge mit der A... GmbH ohne Festlegung auf bestimmte Markenbereiche. Im Jahr 2014 sei die Marke Me... zugekauft worden und insgesamt acht Mitarbeiter wären auf den Bereich Me... verteilt worden. Die Mitarbeiter der Beteiligten zu 1), Frau P..., Herr G... oder Herr S... hätten nicht über Einstellungen, Befristungen von Arbeitsverträgen sowie den Ausspruch von Abmahnungen und Kündigungen entscheiden können, sondern nur Frau Dr. Ha....

Da es nur einen gemeinsamen Betrieb gebe, sei auch nicht gegen die Vorschriften zur Bestellung eines Wahlvorstandes verstoßen worden, da drei wahlberechtigte Arbeitnehmer des Betriebs zur Betriebsversammlung eingeladen hätten. Das Einladungsschreiben sei weder falsch noch irreführend gewesen. Die Mitarbeiter L..., Gs..., Kl... und Pr... seien zu Recht als leitende Angestellte eingestuft worden. In Grenzfällen stünde dem Wahlvorstand ein nach pflichtgemäßem Ermessen auszuübender Beurteilungsspielraum zu.

Die Mitarbeiter K..., V... und T... seien zu Recht von der Wählerliste gestrichen worden. Die gekündigten und unwiderruflich freigestellten Mitarbeiter seien wie die Altersteilzeitler in Form des Blockmodells zu behandeln, die mit Beginn der Freistellungsphase ihr Wahlrecht verlieren. Im Gegensatz zu sonstigen Fällen eines wahlrechtlich unschädlichen Ruhens des Arbeitsverhältnisses würden die Altersteilzeitler und unwiderruflich Freigestellten aus dem Betrieb ausscheiden und nicht mehr in den Betrieb zurückkehren. Es bestehe kein berechtigtes Interesse, an der Zusammensetzung des Betriebsrats mitzuwirken. Herr Pr... habe dem Wahlvorstandsvorsitzenden mit E-Mail vom 08.08.2014 bestätigt, dass es sich bei den drei Mitarbeitern um unwiderruflich Freigestellte handele. Deshalb sei beschlossen worden, die Kandidaten K... und V... von der Liste zu streichen und die Arbeitnehmer und Briefwähler entsprechend zu informieren. Die Mitarbeiter hätten ihr Betriebsratsamt nicht mehr aufnehmen können, da sie nicht mehr in den Betrieb zurückkehren würden. Der Wahlvorstand habe mit Schreiben vom 07.08.2014 die Arbeitnehmer per Aushang und dem Intranet sowie die Briefwähler postalisch entsprechend informiert.

Der Verpflichtung zum Aushang von Wahlausschreiben und der Wählerliste sei ordnungsgemäß nachgekommen worden. Auch gegen die Regelungen zur schriftlichen Stimmabgabe sei nicht verstoßen worden. Der Wahlvorstand hätte die schriftliche Stimmabgabe gemäß § 24 Abs. 3 WO beschließen können. Es sei in H... keine vorgesetzte Person gewesen, die wesentliche Funktionen des Arbeitgebers in sozialen und personellen Angelegenheiten ausübe. Deshalb fehle es an den Voraussetzungen für das Vorliegen eines Betriebsteils im Sinne von § 4 Abs. 1 BetrVG.

Es sei nicht mehr zu verhindern und korrigierbar gewesen, dass auf den Stimmzetteln Frau K... als Wahlbewerberin noch angegeben war. Zum Zeitpunkt des Beschlusses vom 07.08.2014 seien die Briefwahlunterlagen bereits an die Wähler versandt worden und zum Teil schon Freiumschräge wieder beim Wahlvorstand eingegangen. Die Briefwähler seien aber informiert worden und hätten die Möglichkeit gehabt, am Wahltag persönlich zur Wahlurne zu treten und nochmals eine Stimme, nun gegebenenfalls anders, abzugeben.

Frau He... sei zu Recht des Raumes verwiesen worden. Sie habe ein bis zwei Meter vor der Wahlkabine mit Sicht auf die Kabine gesessen und permanent etwas in ihren Laptop eingetippt. Dadurch seien die Wähler verunsichert worden. Frau He... hätte selbstver-

- 9 -

ständig ihre Stimme abgeben und der öffentlichen Stimmauszählung beiwohnen können. Folglich habe kein Anfechtungsgrund vorgelegen.

Zum weiteren Vorbringen der Beteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und die Sitzungsprotokolle verwiesen.

**B.**

**I.**

Der Antrag ist zulässig.

Der Rechtsweg zum Arbeitsgericht ist gemäß § 2 a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG gegeben. Das Arbeitsgericht Nürnberg ist gemäß § 82 Abs. 1 ArbGG örtlich zuständig. Da es sich bei der Anfechtung der Betriebsratswahl um eine Angelegenheit aus dem Betriebsverfassungsgesetz handelt, war im Beschlussverfahren zu entscheiden (§§ 2 a Abs. 2, 80 Abs. 1 ArbGG).

Die förmlichen Voraussetzungen einer zulässigen Wahlanfechtung sind erfüllt. Die Arbeitgeberinnen sind nach § 19 Abs. 2 Satz 1 BetrVG anfechtungsberechtigt. Sie haben die Wahl, deren Ergebnis am 22.08.2014 im Sinne von § 18 Satz 1 WO bekannt gemacht wurde, mit ihrer am 05.09.2014 beim Arbeitsgericht Nürnberg eingegangenen Antragschrift fristgerecht, das heißt innerhalb der 2-wöchigen Anfechtungsfrist nach § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG, angefochten.

**II.**

Der Antrag ist auch begründet. Die Betriebsratswahl vom 19.08.2014 war nach § 19 Abs. 1 BetrVG für unwirksam zu erklären, weil bei der Wahl gegen wesentliche Vorschrif-

ten über das Wahlrecht, die Wählbarkeit und das Wahlverfahren verstoßen wurde und das Wahlergebnis hierdurch beeinflusst werden konnte.

1. Die Wahl war wegen Mängeln des Wahlverfahrens anfechtbar und unwirksam, da der Wahlvorstand den Betriebsbegriff verkannt hat (Fitting, 27. Auflage, § 19, RdNr. 22).

Der Betrieb bzw. Betriebsteil in H... hätte gemäß §§ 1, 4 BetrVG einen eigenständigen Betriebsrat wählen müssen. Dabei konnte es die Kammer dahinstehen lassen, ob in H... ein eigenständiger Betrieb, wie von den Antragstellern behauptet, bestand, da in H... zumindest ein Betriebsteil im Sinne von § 4 Abs. 1 BetrVG gegeben war. Betriebsteile gelten als selbständige Betriebe, wenn sie die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG erfüllen und räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt sind (§ 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG). Ein Betriebsteil ist eine Einheit, die zwar in die Organisation eines (Haupt-)Betriebs eingegliedert und an dessen Zweck ausgerichtet, diesem gegenüber aber organisatorisch abgrenzbar und relativ selbständig ist. Für die Differenzierung zwischen Betrieb und einfachem Betriebsteil ist entscheidend der Grad der Verselbständigung, der im Umfang der Leitungsmacht zum Ausdruck kommt. Erstreckt sich die in der organisatorischen Einheit ausgeübte Leitungsmacht auf die wesentlichen Funktionen des Arbeitgebers in den sozialen und personellen Angelegenheiten, handelt es sich um einen Betrieb. Dagegen genügt für einen Betriebsteil bereits, wenn in der Einheit wenigstens eine Person mit Leitungsmacht vorhanden ist, die überhaupt Weisungsrechte des Arbeitgebers ausübt (Fitting, 27. Auflage, § 4, RdNrn. 7 und 8; dort m.w.N.). Wie in der Sitzung vom 16.12.2014 von den Beteiligten bestätigt, war Herr G... weisungsberechtigter Vorgesetzter für den Bereich Me... in H.... Streitig war nur, ob der Umfang seiner Leitungsmacht sich auch auf wesentliche Funktionen des Arbeitgebers in personellen Angelegenheiten erstreckt. Herr G... war als leitender Angestellter auch nicht auf der Wählerliste enthalten. In H... waren für den Bereich Me... zum Zeitpunkt der Wahl mindestens fünf Arbeitnehmer im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG beschäftigt. H... ist auch räumlich weit vom Hauptbetrieb in N... entfernt, sodass gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 BetrVG H... einen eigenständigen Betriebsrat hätte wählen müssen. Ein Beschluss der Arbeitnehmer in H... im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 2 BetrVG, an der Wahl im Hauptbetrieb in N... teilzunehmen, ist nicht erfolgt. Die

Antragsteller haben auch im Einzelnen dargelegt, dass zum 17.09.2014 der Betrieb bzw. Betriebsteil in H... auf einen Erwerber gemäß § 613 a BGB übergang. Ein derartiger Betriebsübergang ist nur möglich, wenn in H... tatsächlich zumindest ein selbständiger Betriebsteil bestanden hat. Diese nachfolgende Entwicklung bestätigt auch, dass in H... zumindest eine relative Selbständigkeit des Bereichs Me... bestanden hat.

Da der H...er Bereich einen eigenständigen Betriebsrat zu wählen gehabt hätte, waren auch die Voraussetzungen der schriftlichen Stimmabgabe gemäß § 24 WO für eine gemeinsame Wahl mit N... nicht gegeben. Nicht aufzuklären hatte die Kammer, ob im H...er Bereich nur Mitarbeiter der Beteiligten zu 1) oder auch Mitarbeiter der Beteiligten zu 2) beschäftigt waren. Denn auch in dem Fall, dass die beiden Antragsteller Me... in H... gemeinsam betrieben hätten, hätte in diesem Gemeinschaftsbetrieb ein eigenständiger Betriebsrat gewählt werden müssen (§ 1 Abs. 2 BetrVG). Die vorliegende Verkenning des Betriebsbegriffs rechtfertigt deren Anfechtung (BAG 21.07.2004 – 7 ABR 57/03). Das Wahlergebnis wurde schon deshalb durch die Verkenning des Betriebsbegriffs hinsichtlich des H...er Bereichs abgeändert bzw. beeinflusst, weil für die Liste 2 der Mitarbeiter Be... gewählt wurde, der dem H...er Bereich zuzurechnen ist.

Die Wahl ist aber deshalb nicht nichtig. Eine Betriebsratswahl ist nur in ganz besonderen Ausnahmefällen nichtig. Voraussetzung dafür ist, dass gegen wesentliche Grundsätze einer ordnungsgemäßen Wahl in so hohem Maße verstoßen worden ist, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl nicht mehr besteht. Es muss sowohl ein offensichtlicher als auch ein besonders grober Verstoß gegen Wahlvorschriften vorliegen (ständige Rechtsprechung, vgl. zum Beispiel BAG 21.07.2004 - 7 ABR 57/03). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Es handelt sich um eine Verkenning des Betriebsbegriffs ohne herausgehobene Rechtswidrigkeitselemente. Deshalb hat es bei der grundsätzlichen bloßen Anfechtbarkeit zu bleiben (vgl. Fitting, a.a.O., § 4, RdNr. 37).

2. Die Wahl war weiterhin wegen einem Mangel bezüglich der Wählbarkeit anfechtbar. Es wurden wählbare Arbeitnehmer nicht zur Wahl zugelassen bzw. unberechtigt von der Vorschlagsliste gestrichen, und zwar die Mitarbeiter K... und V....

Grundsätzlich sind nach § 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG alle Mitarbeiter wählbar, die wahlberechtigt sind und sechs Monate dem Betrieb angehören. Wahlberechtigt nach § 7 Satz 1 BetrVG sind alle Arbeitnehmer des Betriebs, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Diese Voraussetzungen sind bei beiden Mitarbeitern gegeben. Sie wurden jedoch von dem Beteiligten zu 3) aus der Wählerliste und auch aus der Vorschlagsliste 2 gestrichen, nachdem sie sich in einem gerichtlichen Vergleich im Rahmen eines Kündigungsschutzverfahrens auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Jahresende bzw. zum 31.01. des Folgejahres sowie eine unwiderrufliche Freistellung vergleichsweise geeinigt hatten.

Grundsätzlich besteht im Falle der Kündigung das Wahlrecht bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fort, da bis zu diesem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis Bestand hat. Das gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht freigestellt ist (Fitting, a.a.O., § 7, RdNr. 33). Folglich bleibt ein Arbeitnehmer, dem ordentlich gekündigt wurde, zumindest bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zum Betriebsrat selbst dann wählbar, wenn er nicht weiterbeschäftigt wird (Fitting, a.a.O., § 8, RdNr. 18). Diesem gekündigten Arbeitnehmer ist dann ein gewisser Kontakt mit den Arbeitnehmern im Betrieb zu diesem Zweck und der Zutritt zum Betrieb zu gestatten (Fitting, a.a.O., § 8, RdNr. 23). Auf die tatsächliche Arbeitsleistung im Betrieb und im Zeitpunkt der Wahl kommt es dabei nach ganz herrschender Meinung in der Literatur und ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes nicht an. So sind auch kranke, beurlaubte, sich im Wehrdienst befindliche etc. Mitarbeiter wahlberechtigt (Fitting, a.a.O., § 7, RdNr. 29; dort m.w.N.).

Nur für den Fall der Altersteilzeit in Form des Blockmodells hat das Bundesarbeitsgericht als Ausnahmefall entschieden, dass das aktive Wahlrecht mit Beginn der Freistellungsphase endet, wenn der Arbeitnehmer danach nicht in den Betrieb zurückkehrt. Folglich sei er dann auch nicht wählbar (BAG 16.04.2003 – 7 ABR 53/02). Lindemann gibt deshalb zu bedenken, ob unwiderruflich bis zum Kündigungstermin freigestellte Arbeitnehmer nicht mit Altersteilzeitlern in der Freistellungsphase gleich zu behandeln sind, da auch Erstere nicht in den Betrieb zurückkehren werden (Lindemann, NZA 2002, 365). Dieser Meinung schließt sich die Kammer nicht an. Sie vertritt die

Auffassung, dass es sich bei dem Fall der sich in Altersteilzeit befindlichen Mitarbeiter in der Freistellungsphase um einen Ausnahmefall handelt, für den ein Abweichen von den oben genannten Grundsätzen gerechtfertigt sein kann, der aber mit den vorliegenden gekündigten Mitarbeitern nicht vergleichbar ist.

Bei der Altersteilzeit steht in der Regel ein bis zwei Jahre vor der Freistellungsphase vertraglich fest, wann der einzelne Arbeitnehmer aus dem Betrieb ausscheidet. Ein solcher Fall ist mit einer Freistellungsvereinbarung nicht zu vergleichen. Regelmäßig ist der Inhalt einer Freistellungsvereinbarung erst durch Auslegung zu ermitteln (vgl. zum Beispiel BAG 17.10.2012 – 10 AZR 809/11). Zum Teil wird in der Freistellungsvereinbarung lediglich der Verzicht auf das Angebot der Arbeitsleistung im Rahmen des Annahmeverzugs des Arbeitgebers gesehen (BAG 15.05.2013 – 5 AZR 130/12). Im Übrigen bleiben alle Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis bestehen. Auch eine unwiderrufliche Freistellung kann selbstverständlich von den Arbeitsvertragsparteien jederzeit wieder aufgehoben werden. Nebenpflichten und Rücksichtnahmepflichten aus dem Arbeitsverhältnis bestehen fort. Wollte man allein das Kriterium „nicht geplante Rückkehr in den Betrieb“ als entscheidend heranziehen, so müssten auch Fälle gleich behandelt werden, in denen gekündigte Arbeitnehmer ihren gesamten Resturlaub bis zum Schluss des Arbeitsverhältnisses nehmen oder zum Ende des Arbeitsverhältnisses eine Maßnahme der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation in Anspruch nehmen bzw. absehbar bis zum Ablauf der Kündigungsfrist arbeitsunfähig bleiben. Auch in diesen Fällen ist von vornherein absehbar, dass der gekündigte Arbeitnehmer nicht mehr in den Betrieb zurückkehren wird. Der Antragstellervertreter hat zu Recht darauf hingewiesen, dass eine Gleichstellung der Freigestellten mit den Altersteilzeitlern der Regelung in § 38 BetrVG, der Freistellung von Betriebsratsmitgliedern, widersprechen würde. Denn auch diese freigestellten Betriebsratsmitglieder sind von ihrer Pflicht zur Arbeitsleistung befreit und üben bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses ihr Betriebsratsamt aus, selbst wenn absehbar ist, dass sie bis zum Ende ihres Arbeitsverhältnisses keine Arbeitsleistung mehr erbringen werden. Wie der vorliegende Fall gezeigt hat, sprechen auch praktische Erwägungen gegen die Streichung der freigestellt Gekündigten aus der Wählerliste. So standen die Mitarbeiter Frau K... und Herr V... noch auf der Liste, die sich in den Briefwahlunterlagen befand, und sind erst nach Eingang der ersten Briefwahlen von der Liste 2 gestrichen worden.

Dagegen wurde Frau Hel... nicht von der Wählerliste gestrichen, obwohl auch sie einen Beendigungsvergleich mit unwiderruflicher Freistellung abgeschlossen hatte, da der Wahlvorstand von dieser Vereinbarung keine Kenntnis erlangt hatte. Anders als bei den Altersteilzeitlern kann eine Freistellung von heute auf morgen jederzeit vereinbart oder aufgehoben werden und müsste dann, folge man der Ansicht des Antragsgegners, zu Korrekturen in der Wählerliste führen. Dies wäre nach Auffassung der Kammer nicht sachgemäß und überhaupt nicht mehr praktikabel, insbesondere wenn man auch noch die oben genannten dauererkrankten, Resturlaub nehmenden, gekündigten Mitarbeiter hinzufügen würde.

Folglich hätten Frau K... und Herr V... nicht von der Wählerliste und der Liste 2 gestrichen werden dürfen. Dieser Fehler führte zur Anfechtbarkeit der Wahl (Fitting, a.a.O., § 19, RdNr. 16) und hat das Wahlergebnis schon deshalb abgeändert, weil die genannten Mitarbeiter von der Liste 2 gestrichen wurden und deshalb nicht mehr gewählt werden konnten. Der Verstoß führt jedoch ebenfalls nicht zur Nichtigkeit der Wahl, da nicht gegen allgemeine Grundsätze jeder ordnungsgemäßen Wahl in so hohem Maße verstoßen wurde, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl nicht mehr besteht, wie oben dargelegt. Die Wählbarkeit von gekündigten freigestellten Mitarbeitern wurde bisher noch nicht höchstrichterlich beurteilt, sodass die rechtliche Beurteilung des Beteiligten zu 3) keinen eklatanten Verstoß gegen Wahlvorschriften darstellt.

Dieser Mangel der Wahlberechtigung hat im vorliegenden Fall aber auch einen Mangel des Wahlverfahrens verursacht, da die Streichung von Frau K... und Herrn V... nach Versendung der Briefwahlunterlagen dazu führte, dass die Wähler unterschiedliche Stimmzettel erhielten (vgl. BAG 14.01.1969 – 1 ABR 14/68). Dies stellt einen Verstoß gegen den Grundsatz der freien Wahl dar. Die Wahlentscheidung wird erheblich dadurch beeinflusst, wer auf der Wählerliste aufgeführt ist. Das Streichen von wählbaren Mitarbeitern kann die Wahlentscheidung des Wählers erheblich beeinflussen. Die Briefwähler hatten aber ihre Stimme bereits abgegeben, als sie von der Streichung der Mitarbeiter K... und V... informiert wurden. Bei einer erneuten persönlichen Stimmabgabe, wie von dem Beteiligten zu 3) als Option dargelegt, hätten sie erhebliche Fahrzeiten aus H... oder D... in Kauf nehmen müssen. Unter Umständen waren auch Mit-

arbeiter dabei, die aufgrund ihrer Verhinderung am Wahltag sich zu einer Briefwahl entschlossen hatten. Folglich war auch wegen dieses Mangels des Wahlverfahrens die Wahl anfechtbar, jedoch nicht nichtig. Es wurden keine Manipulationen an den Stimmzetteln vorgenommen, sodass man nicht mehr von dem Anschein einer ordnungsgemäßen Wahl sprechen könnte.

3. Es kann dahinstehen, ob die Betriebsratswahl noch wegen weiterer Verstöße gegen Wahlvorschriften, wie von den Antragstellerinnen vorgetragen, anfechtbar ist. Die von den Antragstellerinnen weiter vorgebrachten Anfechtungsgründe stellen ebenfalls keine so groben und offensichtlichen Verstöße gegen wesentliche gesetzliche Wahlregeln dar, die eine Nichtigkeit der Wahl zur Folge hätten. Die Häufung von Verstößen gegen wesentliche Wahlvorschriften, von denen jeder für sich allein betrachtet lediglich eine Anfechtung der Betriebsratswahl rechtfertigt, führt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht zur Nichtigkeit der Wahl (BAG 19.11.2003 AP Nr. 54 zu § 19 BetrVG 1972). Deshalb konnte es dahinstehen, ob der Betriebsbegriff auch dahingehend bei der Wahl verkannt wurde, als von einem Gemeinschaftsbetrieb zwischen den Antragstellerinnen in N... ausgegangen wurde, ob gegen Vorschriften zur Bestellung des Wahlvorstands verstoßen wurde, der Wahlvorstand zu Unrecht bei einzelnen Mitarbeitern von leitenden Angestellten ausgegangen ist, gegen die Verpflichtung zum Aushang von Wahlausschreiben und Wählerliste verstoßen wurde, zusätzlich ein Verstoß gegen die Regelung zur schriftlichen Stimmabgabe oder durch den Ausschluss von Frau He... ein Verstoß beim Wahlvorgang vorgelegen haben könnte. Alle diese einzelnen Verstöße hätten nicht zur Nichtigkeit der Wahl geführt. Folglich war die Wahl nur für unwirksam zu erklären.

### C.

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Das Verfahren ist nach § 2 Abs. 2 GKG kostenfrei.

## **Rechtsmittelbelehrung:**

**Gegen diesen Beschluss kann der Antragsgegner Beschwerde einlegen.**

Die Beschwerde muss innerhalb einer Notfrist von einem Monat ab Zustellung dieses Beschlusses schriftlich beim

**Landesarbeitsgericht Nürnberg  
Roonstraße 20  
90429 Nürnberg**

eingelegt werden.

Die Beschwerde muss innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Beschlusses schriftlich begründet werden.

Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründungsschrift müssen jeweils von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Sie können auch von dem Bevollmächtigten einer Gewerkschaft, eines Arbeitgeberverbandes oder eines Zusammenschlusses solcher Verbände unterzeichnet werden, wenn sie für ein Mitglied eines solchen Verbandes oder Zusammenschlusses oder für den Verband oder den Zusammenschluss selbst eingelegt wird.

Mitglieder der genannten Verbände können sich auch durch den Bevollmächtigten eines anderen Verbandes oder Zusammenschlusses mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen.

Dr. Steindl  
Richterin am Arbeitsgericht