

10. Landestagung Bremen am 14. März 2013

Begrüßung und Grußworte

Der Vorsitzende Richter am Landesarbeitsgericht Bremen Mario *Nitsche* vom gastgebenden Landesverband eröffnete in Vertretung für die erkrankte Präsidentin des Landesarbeitsgerichts Bremen Sabine *Kallmann* die Veranstaltung im Maritim Hotel & Congress Centrum und begrüßte herzlich die aus dem gesamten Bundesgebiet angereisten Teilnehmer, darunter die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Ingrid Schmidt. Anschließend überbrachte der Justizstaatsrat Professor Matthias *Stauch* die Grüße des Senats der Freien Hansestadt Bremen. In seiner Ansprache wies er zunächst auf die positive Rolle der Arbeitsgerichtsbarkeit im gesellschaftlichen Leben hin. Anschließend thematisierte er die drängenden, durch den demographischen Wandel bedingten, arbeits- und sozialrechtlichen Zukunftsprobleme, die es dringend zu lösen gelte.

Die weitere Tagungsleitung übernahmen der Vorsitzende Richter am Landesarbeitsgericht Bremen Mario *Nitsche* und der Vizepräsident des Landesarbeitsgerichts Bremen a.D. Michael *Grauvogel*.

Vortrag von Prof. Dr. Katja Nebe, Universität Bremen, zum Thema „Schutz (schwer-)behinderter Menschen im Arbeitsleben durch AGG und SGB IX

Nebe gab zunächst einen Überblick über die Gesetzgebungshistorie und die Grundsätze des Diskriminierungsschutzes durch AGG und SGB IX. Sowohl § 81 Abs. 2 SGB IX als auch §§ 1, 7 AGG würden schwerbehinderte bzw. gleichgestellte Menschen erfassen und damit ein doppeltes Benachteiligungsverbot schaffen. Im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich des AGG ging sie u.a. auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 23.04.2012 (II ZR 163/10) zur entsprechenden Anwendbarkeit der Vorschriften des 2. Abschnitts des AGG und des § 22 AGG auf GmbH-Geschäftsführer ein.

Nebe führte aus, dass neben den in § 3 AGG geregelten Benachteiligungen (unmittelbare und mittelbare Benachteiligungen sowie Belästigungen) das AGG auch vor sog. assoziierten Benachteiligungen schütze. Diese seien im AGG zwar nicht ausdrücklich genannt, die Richtlinie 2000/78/EG verlange jedoch auch den Schutz

vor assoziierter Diskriminierung. *Nebe* verwies hierzu auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Coleman“ vom 17.07.2008 (C-303/06). Beispiel für eine assoziierte Diskriminierung sei etwa die schlechtere Behandlung von Eltern behinderter Kinder.

Nachfolgend ging *Nebe* auf die in §§ 7 Abs. 2, 13 ff. AGG geregelten Rechtsfolgen von Benachteiligung ein. Hierbei wies sie auch auf ein aus ihrer Sicht wichtiges Umsetzungsdefizit im AGG hin. So setze Art. 5 der RL 2000/78/EG das Unterlassen angemessener Vorkehrungen zugunsten behinderter Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber einer unmittelbaren Diskriminierung gleich. Eine entsprechende Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen formuliere das AGG selbst nicht. Allerdings fänden sich auch im deutschen Recht materielle Vorschriften, die als angemessene Vorkehrungen zu verstehen seien, wie etwa § 81 IV SGB IX.

Anschließend beleuchtete *Nebe* die aktuelle Rechtsprechung näher:

Zum Thema Fragerecht in Bewerbungssituationen wies sie auf die Entscheidung des BAG vom 07.07.2011 (2 AZR 396/10) hin, in der die Zulässigkeit eines tätigkeitsneutralen Fragerechts nach einer (Schwer)Behinderung des Bewerbers noch offengelassen worden sei. Verschiedene Instanzgerichte hätten zwischenzeitlich ein entsprechendes Fragerecht hingegen generell verneint (LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 06.09.2010 - 4 Sa 18/10 -; Hessisches LAG, Urteil vom 24.03.2010 - 6/7 Sa 1373/09 -; LAG Hamm, Urteil vom 19.10.2006 - 15 Sa 740/06 -). Ein tätigkeitsbezogenes Fragerecht sei hingegen wegen § 8 AGG grundsätzlich anzuerkennen. Allerdings hänge die Erfüllbarkeit von beruflichen Anforderungen nicht nur von der Behinderung, sondern auch von den angemessenen Vorkehrungen durch den Arbeitgeber ab. Die tätigkeitsbezogene Frage nach Einschränkungen müsse daher stets die Zuhilfenahme angemessener Vorkehrungen einschließen. Beispiel in Rahmen eines solchen relativen tätigkeitsbezogenen Fragerechts sei etwa die Frage: „Sind Sie nach Ihrer Einschätzung in der Lage, die Stellenanforderungen mit oder ohne (geringfügige) Hilfsmittel zu erfüllen?“. Ein tätigkeitsneutrales Fragerecht sei demgegenüber nur insoweit anzuerkennen, als es auf Förderungsmaßnahmen für behinderte Menschen abziele. Zur Begegnung von Missbrauchsrisiken müsse das Frageziel jedoch offengelegt werden. Insoweit verwies *Nebe* auf eine Entscheidung des LAG Baden-

Württemberg vom 06.09.2010 (4 Sa 18/10), wohingegen das BAG dies jedenfalls im bestehenden Arbeitsverhältnis nach Ablauf von 6 Monaten anders sehe (Urteil vom 16.02.2012 - 6 AZR 553/10 -).

Im Zusammenhang mit Verfahrenspflichten in Bewerbungsverfahren ging *Nebe* auf Konstellationen ein, in denen jeweils eine Vermutung der Benachteiligung wegen einer (Schwer)Behinderung angenommen worden sei. Dies gelte etwa für die aus § 81 Abs. 1 Satz 1 SGB IX folgende Pflicht zur Prüfung, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen, insbesondere mit bei der Bundesagentur arbeitslos oder arbeitsuchend gemeldeten schwerbehinderten Menschen, besetzt werden könnten (BAG, Urteil vom 13.10.2011 - 8 AZR 608/10; Urteil vom 17.08.2010 -9 AZR 839/08 -; Urteil vom 12.09.2006 - 9 AZR 807/05 -). Hierzu gehöre auch ein etwaiges Unterlassen, die Bundesagentur zur Anforderung von Vermittlungsangeboten einzuschalten. Eine Verletzung dieser allgemeinen Förderpflichten begründe auch ohne Kenntnis des Arbeitgebers von der Schwerbehinderteneigenschaft des konkreten Bewerbers eine Vermutungstatsache für einen Zusammenhang zwischen Benachteiligung und Behinderung. Die Besetzung einer ausgeschriebenen Stelle vor Eingang einer Bewerbung schließe nicht generell eine Benachteiligung aus. Die Chance auf Einstellung oder Beförderung könne dem Bewerber vielmehr ebenso durch eine diskriminierende Gestaltung des Bewerbungsverfahrens genommen werden. Eine Verkürzung der besonderen Verfahrenspflichten gegenüber schwerbehinderten Menschen sei gem. § 122 SGB IX auch nicht unter Verweis auf Förderpflichten zugunsten anderer benachteiligter Personengruppen möglich. Die Förderpflichten zugunsten schwerbehinderter Menschen hätten insoweit absolute Stellung, ohne jedoch einen Einstellungsanspruch zu begründen.

Auch soweit sämtliche Verfahrenspflichten beachtet würden, der schwerbehinderte Bewerber aber nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen worden sei, liege darin grundsätzlich die „Versagung einer Chance“ und damit eine Benachteiligung. Eine Benachteiligung gerade wegen einer Schwerbehinderung komme allerdings nur in Betracht, soweit der Bewerber objektiv für die ausgeschriebene Stelle geeignet sei. Maßgeblich sei dabei nicht das formelle, vom Arbeitgeber erstellte Anforderungsprofil, sondern die Anforderung, die der Arbeitgeber an einen Stellenbewerber stellen durfte (BAG, Urteil vom 07.04.2011 - 8 AZR 679/09 -). Zwar könne der Arbeitgeber grundsätzlich über den der

ausgeschriebenen Stelle zugeordneten Aufgabenbereich und die dafür geforderten Qualifikationen frei entscheiden. Diese Freiheit finde allerdings ihre Grenze, wo nach der im Arbeitsleben herrschenden Verkehrsanschauung die Erfordernisse von den wahrzunehmenden Aufgaben unter keinem nachvollziehbaren Gesichtspunkt gedeckt seien. Auf die Frage einer offensichtlichen Ungeeignetheit komme es im Bereich öffentlicher Arbeitgeber an, soweit die nach § 82 Satz 2 SGB IX bestehende Pflicht zur Einladung schwerbehinderter Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch betroffen sei. Ein schwerbehinderter Bewerber müsse bei einem öffentlichen Arbeitgeber die Chance eines Vorstellungsgesprächs erhalten, wenn seine fachliche Eignung zweifelhaft, aber nicht offensichtlich ausgeschlossen sei. Dies gelte auch, soweit sich der öffentliche Arbeitgeber aufgrund der Bewerbungsunterlagen bereits die Meinung gebildet habe, ein oder mehrere andere Bewerber seien so gut geeignet, dass der schwerbehinderte Bewerber nicht mehr in die nähere Auswahl komme. Auch in diesem Fall würde der Ausschluss aus dem weiteren Bewerbungsverfahren eine Benachteiligung darstellen, die in ursächlichem Zusammenhang mit der Behinderung stünde (BAG, Urteil vom 16.02.2012 - 8 AZR 697/10 -). Die Frage, ob dem Bewerber die fachliche Eignung offensichtlich fehle, bestimme sich im öffentlichen Dienst nach der veröffentlichten Stellenbeschreibung. Daran sei der Arbeitgeber gebunden, ohne diese Entscheidungsgrundlage nachträglich ändern oder ergänzen zu können.

Soweit es für die Frage des Vorliegens einer Benachteiligung auf die Kenntnis des Arbeitgebers von der (Schwer)Behinderung des Bewerbers ankomme, obliege es dem Bewerber im Prozess darzulegen, dass der Arbeitgeber Kenntnis hatte oder sich diese aufgrund der Bewerbungsunterlagen jedenfalls hätte verschaffen können (BAG, Urteil vom 16.02.2012 - 8 AZR 697/10 -).

Weiter ging *Nebe* auf die von den Gerichten von Amts wegen zu beachtende, materiell rechtlich Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG ein. Diese europarechtskonforme Frist sei auch dann zu beachten, wenn etwa einschlägige Tarifverträge längere Ausschlussfristen für Schadensersatzansprüche im bestehenden Arbeitsverhältnis vorsehen würden (BAG, Urteil vom 15.03.2012 - 8 AZR 37/11 -). Die Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG beginne im Falle einer abgelehnten Bewerbung zu dem Zeitpunkt, in dem dem Beschäftigten die Ablehnung zugegangen sei und er zusätzlich Kenntnis von der Benachteiligung erlangt habe.

Der Erhalt der Ablehnung sei dabei nur der frühestmögliche Zeitpunkt des Fristbeginns. Die Kenntnis einer möglichen Benachteiligung setze das Wissen über die anspruchsbegründenden Tatsachen voraus. Daher beginne die Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG, wenn der (schwer)behinderte Bewerber oder Beschäftigte Kenntnis von Indizien für eine Benachteiligung im Sinne des § 22 AGG erlange. Wenn insoweit Einzeltatsachen für sich genommen noch keinen Rückschluss auf das Bestehen einer verpönten Motivlage beim Arbeitgeber zuließen, vielmehr erst eine Gesamtschau mehrerer Einzeltatsachen die überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Kausalbeziehung zu dem verpönten Merkmal begründen würden, beginne die Frist erst mit Kenntniserlangung der letzten, die Gesamtschau im Sinne von § 22 AGG ermöglichenden Einzeltatsachen (BAG, Urteil vom 15.03.2012 - 8 AZR 37/11 -)

In der sich anschließenden Aussprache ging es vor allem um den Umfang und die praktische Realisierbarkeit der von Arbeitgebern zu treffenden „angemessenen Vorkehrungen“, um die Beschäftigung behinderter Menschen zu ermöglichen. Ebenso lebhaft diskutiert wurde das Für und Wider einer starken Regulierung zum Schutze behinderter Menschen auf dem Arbeitsmarkt, einschließlich des von einigen Teilnehmern als Einstellungshemmnis dargestellten besonderen Kündigungsschutzes und des Verfahrens des betrieblichen Eingliederungsmanagements.

Referat von Holger Anthonisen, Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, über das Thema: „Ausgewählte arbeits- und tarifvertragliche Probleme des demographischen Wandels“

Anthonisen ging in seinem Vortrag zunächst auf Fragen des betrieblichen Eingliederungsmanagements ein. In diesem Zusammenhang plädierte er dafür, den Arbeitnehmern einen durchsetzbaren Individualanspruch auf Durchführung dieses Verfahrens zuzubilligen.

Danach wies *Anthonisen* auf eine Entscheidung des BAG vom 12.08.2009 (9 AZR 1117/08) und den Anspruch der Arbeitnehmer nach § 5 Abs 1 ArbSchG in Verbindung mit § 618 Abs 1 BGB auf Beurteilung der mit ihrer Beschäftigung verbundenen Gefährdung hin.

Weiter sprach *Anthonisen* die Frage der Einrichtung von Lebensarbeitszeitkonten und die entsprechende Sicherung von Wertguthaben an. Das gesetzgeberische Modell zur Lebensarbeitszeit halte er in diesem Zusammenhang für deutlich ausbaufähig und sehe die Notwendigkeit, die Regelungen zum Schutz der Arbeitnehmer deutlich zu verbessern.

In der sich anschließenden Aussprache wurde zunächst lebhaft über die Frage der Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf Gefährdungsbeurteilung aus § 5 ArbSchG diskutiert. Neben den Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast im Zusammenhang mit krankheitsbedingten Kündigungen wurde auch die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts gem. § 273 Abs. 1 BGB durch den Arbeitnehmer angesprochen. Letzteres wurde jedoch überwiegend als nicht empfehlenswert angesehen, da nicht unerhebliche rechtliche Risiken für den Arbeitnehmer bestünden.

Im weiteren Verlauf wurde über die Erfahrungen im Umgang mit Lebensarbeitszeitkonten diskutiert. Teilweise wurde eingewandt, dass die entsprechenden Regularien zu bürokratisch seien. Kritisiert wurde auch die fehlende Möglichkeit, im Störfall das angesparte Wertguthaben in eine betriebliche Altersversorgung übertragen zu können. Auf der anderen Seite wurde hervorgehoben, dass Lebensarbeitszeitkonten durchaus ein sinnvolles Instrumentarium zur Bewältigung der Wechselfälle des Lebens seien.

Vortrag von Alexander Dyx, Rechtsanwalt bei den Unternehmensverbänden im Lande Bremen, zum Thema: „Einstweiliger Rechtsschutz zur Vermeidung fehlerhafter Betriebsratswahlen“

Zu Beginn seines Referats wies *Dyx* auf die hohe Aktualität des Themas hin, obwohl die nächsten Betriebsratswahlen erst im Frühjahr 2014 stattfänden. Er nahm dabei Bezug auf einen gerade tags zuvor ergangenen Beschluss des Bundesarbeitsgerichts (7 ABR 69/11). Hintergrund des Verfahrens sei die Anfechtung einer Betriebsratswahl gewesen. Die letztlich erfolgreiche Anfechtung sei mit der Begründung erfolgt, der Wahlvorstand habe die Leiharbeitnehmer bei der Betriebsratswahl nicht berücksichtigt. Das Bundesarbeitsgericht habe insoweit wegweisend entschieden, dass Leiharbeitnehmer bei der Bestimmung der Größe des Betriebsrats im Entleiherbetrieb zu berücksichtigen seien.

Zum anderen ergebe sich aus § 13 Abs. 2 BetrVG, in welchen Fällen auch außerhalb der regelmäßigen, im 4-Jahres-Takt stattfindenden Wahlen Betriebsratswahlen durchzuführen seien.

Wenn dann - entweder „außer der Reihe“ oder zum offiziellen Termin alle 4 Jahre im Frühjahr - die Wahlhandlungen begännen, seien regelmäßig alle Beteiligten an einem gesetzeskonformen Ablauf interessiert. Kein Betriebsrat wolle sich vom Arbeitgeber oder von der Belegschaft vorhalten lassen, er sei nicht hinreichend legitimiert. Hiermit einher gingen regelmäßig erhebliche Akzeptanzprobleme des Arbeitgebers, der ein berechtigtes Interesse daran habe, dass sein Verhandlungspartner für die nächsten 4 Jahre nicht aufgrund einer fehlerhaften Wahl ins Amt gelangt sei. Die vom Gesetzgeber geforderte „vertrauensvolle Zusammenarbeit“ sei jedenfalls für den Arbeitgeber bei begründeten Zweifeln am korrekten Ablauf der Betriebsratswahl so gut wie unmöglich. Das könne in der Praxis so weit gehen, dass die Geschäftsführung die Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat vollständig verweigere. Hinzu komme natürlich, dass eine Neuwahl immer mit nicht unerheblichen, vom Arbeitgeber zu tragenden und zu vermeidenden Kosten verbunden sei. Das alles spreche letztlich dafür, allen Beteiligten möglichst schnell Rechtssicherheit darüber zu verschaffen, dass die BR-Wahl nicht fehlerhaft war.

Anschließend gab *Dyx* einen Überblick über die Handlungs- und Rechtsschutzmöglichkeiten für Wahlvorstände, Arbeitgeber, Gewerkschaften und ggf. auch den noch im Amt befindlichen Betriebsrat. Zunächst wurde die Einleitung eines Verfahrens nach § 18 Abs. 2 BetrVG dargestellt. Dabei gehe es um die präventive Herbeiführung einer Statusentscheidung. Insoweit könne es durchaus ratsam sein, dieses Verfahren rechtzeitig vor der nächsten Wahl durchzuführen, um Rechtssicherheit, insbesondere zur Frage des Vorliegens eines gemeinsamen Betriebs, zu erhalten. Für den Fall einer Untätigkeit des Wahlvorstands verwies *Dyx* auf die Möglichkeit einer Ersetzung des Wahlvorstands nach § 18 Abs. 1 Satz 2 BetrVG auf Antrag des Betriebsrats, 3 Arbeitnehmern oder der Gewerkschaft.

Danach wandte sich *Dyx* dem Wahlanfechtungsverfahren nach § 19 BetrVG zu. Er wies darauf hin, dass effektiver Rechtsschutz angesichts der Verfahrenslaufzeiten insoweit grundsätzlich nur durch eine Einstweilige Verfügung zu erlangen sei, da die Durchführung der Wahl unmittelbar bevorstehe. Das „schärfste Schwert“ sei die sog. Abbruchverfügung, mit der der Abbruch sämtlicher weiterer Wahlhandlungen verfügt

werde. Im diesem Zusammenhang berichtete Dyx von einem gerade vom Arbeitsgericht Bochum entschiedenen Fall (Beschluss vom 14.02.2013 - 3 BVGa 2/13 -). Der Arbeitgeber, ein Unternehmen der Systemgastronomie, hatte beim Arbeitsgericht einen Antrag auf Erlass einer Einstweiligen Verfügung mit dem Ziel gestellt, das laufende Wahlverfahren zu stoppen bzw. dem Wahlvorstand die Durchführung der weiteren Wahlhandlungen zu untersagen. Die Initiatoren einer beabsichtigten Betriebsratswahl hatten dem Wunsch einiger Beschäftigter, den Termin zur Betriebsversammlung zu verlegen, nicht entsprochen. Sie hatten sich hierfür auf den Standpunkt gestellt, dass der Termin für die Betriebsversammlung (morgens um 8:30 Uhr) gerade gewählt worden sei, um den Betriebsablauf möglichst wenig zu beeinflussen. Da im Drei-Schicht-Betrieb gearbeitet werde, sei es ohnehin nicht möglich, einen Termin zu finden, der in die Arbeitszeit aller Arbeitnehmer falle. Persönliche Verhinderungsgründe einzelner Arbeitnehmer seien für die Wahl des Zeitpunktes der Betriebsversammlung nicht maßgeblich. *Dyx* schloss sich dieser Auffassung ebenso wie das den Antrag auf Erlass der Einstweiligen Verfügung zurückweisende Arbeitsgericht Bochum an. Die Weigerung der Initiatoren der Betriebsratswahl, die Betriebsversammlung zu verlegen, führe nicht zur Nichtigkeit der Bestellung des Wahlvorstands. Nach § 44 Abs. 1 BetrVG finde die Wahl des Wahlvorstands während der Arbeitszeit statt, soweit nicht die Eigenart des Betriebs eine andere Regelung zwingend erfordere. Ein solches zwingendes Erfordernis sei nicht erkennbar gewesen. Falls die Initiatoren bei der Einladung keine gravierenden Fehler gemacht hätten, insbesondere also sichergestellt gewesen sei, dass alle Arbeitnehmer über den Termin, Ort und Zweck der Betriebsversammlung rechtzeitig informiert worden seien, liege kein Verstoß gegen Wahlvorschriften vor.

An dieser Stelle behandelte *Dyx* die Frage, welche Voraussetzungen denn im Einzelnen erfüllt sein müssten, damit eine auf die Unterlassung sämtlicher weiterer Wahlhandlungen gerichtete Abbruchverfügung zu erlassen sei. Hierfür ging er zunächst auf die wesentlichen Unterschiede zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit einer Wahl ein.

Ob eine Wahl nichtig sei oder nur anfechtbar, hänge bekanntlich von der Schwere des Fehlers ab. Nach der Definition des Bundesarbeitsgerichts sei eine Betriebsratswahl nichtig und damit von Anfang an unwirksam, wenn vom Standpunkt eines mit den Betriebsinterna vertrauten Beobachters ein besonders grober und

offensichtlicher Verstoß gegen zwingende Wahlvorschriften vorliege, es also bereits am äußeren Anschein einer ordnungsgemäßen Wahl fehle. Die Nichtigkeit wirke für die Vergangenheit, d.h. der Betriebsrat habe nie bestanden, alle vorgenommenen Amtshandlungen des Betriebsrats einschließlich abgeschlossener Betriebsvereinbarungen seien unwirksam.

Nur eine Anfechtbarkeit sei demgegenüber nach der gesetzlichen Definition in § 19 BetrVG gegeben, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden sei und eine Berichtigung nicht erfolgt sei, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst hätte werden können.

Als Beispiele für Nichtigkeit nannte *Dyx* etwa die Wahl ohne Wahlvorstand und ohne geordnetes Verfahren i.S.d. WO, die Bildung des Wahlvorstands oder des Betriebsrats ohne geheime Abstimmung - sondern etwa durch Handheben oder Zuruf -, eine Wahl durch Personen, die eindeutig nicht Arbeitnehmer i.S.d. § 7 BetrVG seien und die nicht durch den Wahlvorstand vorgenommene Auszählung der Stimmen als klaren Verstoß gegen § 13 WO.

„Nur“ einen Anfechtungsgrund stellten hingegen etwa die mögliche Verkennung des Betriebsbegriffs und die Verkennung der Anzahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer dar. Ferner würden solche Verstöße nicht zur Nichtigkeit führen, die nur aufgrund einer umfangreichen Beweisaufnahme festgestellt werden könnten.

Die Abgrenzung zwischen Nichtigkeit und sicherer Anfechtbarkeit spiele bei der Rechtsprechung zum Einstweiligen Rechtsschutz eine entscheidende Rolle. Denn die Rechtsprechung sei bei der Frage, ob bereits die sichere Anfechtbarkeit ausreiche oder eine voraussichtliche Nichtigkeit der Betriebsratswahl erforderlich sei, in der Vergangenheit sehr uneinheitlich gewesen.

Hinsichtlich der Frage der Begründetheit einer beantragten Abbruchverfügung habe es mit dem Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 27.07.2011 (7 ABR 61/10)¹⁷ einen echten Paukenschlag gegeben. Das BAG habe entgegen der bis dahin herrschenden Meinung in der Literatur und entgegen der wohl überwiegenden LAG-Rechtsprechung erstmals entschieden, dass die bloße Anfechtbarkeit der Wahl nicht genüge, sondern die Wahl sogar voraussichtlich nichtig sein müsse. Hierin liege

eine erhebliche Verschärfung der Voraussetzungen, unter denen eine Einstweilige Verfügung zukünftig Erfolg haben könne.

Das Bundesarbeitsgericht habe in seiner Entscheidung vom 27.07.2011 zunächst den Prüfungsmaßstab zu der Frage, wann die Bestellung des Wahlvorstands nichtig ist, vorgegeben. Danach müssten die Fehler bei der Bestellung bzw. der Wahl des Wahlvorstands so schwerwiegend sein, dass sie zur Nichtigkeit der Bestellung bzw. der Wahl führen könnten. Dabei sei die Nichtigkeit der Bestellung des Wahlvorstands auf ausgesprochen schwerwiegende Errichtungsfehler beschränkt, die dazu führten, dass das Gremium rechtlich nicht existent sei. Es müsse gegen allgemeine Grundsätze jeder ordnungsgemäßen Errichtung in so hohem Maß verstoßen werden, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Bestellung des Wahlvorstands nicht mehr bestehe. Es müsse sich um einen offensichtlichen und besonders groben Verstoß gegen die Bestimmungsvorschriften der §§ 16 bis 17a BetrVG handeln. *Dyx* nannte folgende Beispielfälle, für die eine nichtige Bestellung anzunehmen sei:

Die Bestellung des Wahlvorstands sei insbesondere nichtig, wenn gar keine Beschlussfassung über die Bestellung eines Wahlvorstandes erfolgt sei. Von einer Nichtigkeit sei weiter auszugehen, wenn die Einladung zur Betriebsversammlung nicht ausreichend bekannt gemacht werde und die Arbeitnehmer dadurch nicht von der Versammlung erführen. So müsse die Einladung selbstverständlich deutlich sichtbar im Betrieb ausgehängt werden. Eine weitere interessante Konstellation sei erst kürzlich vom Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven zu entscheiden gewesen (1 BVGa 106/12 und 11 BVGa 1104/12). Dabei sei der bereits bestellte Wahlvorstand durch den (noch amtierenden) Betriebsrat abberufen bzw. ausgetauscht worden. Dies sei unzulässig. Der Betriebsrat habe keine Befugnis, den bestellten Wahlvorstand in seiner Gesamtheit oder einzelne Mitglieder dieses Gremiums wieder abzurufen. Dies habe nach § 18 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ausschließlich durch das ArbG zu erfolgen.

Keine nichtige Bestellung des Wahlvorstands liege hingegen vor, wenn die Einladung zur Betriebsratssitzung nicht den TOP „Wahl des Wahlvorstands“ enthalte oder wenn zwar der Wahlvorstand als solcher, jedoch noch kein Wahlvorstandsvorsitzender und noch keine Ersatzmitglieder bestellt worden seien.

Weiter habe das Bundesarbeitsgericht in seinem Beschluss vom 27.07.2011 - entgegen der überwiegenden Auffassung u.a. der Landesarbeitsgerichte Schleswig-Holstein, Hamburg und Hamm - entschieden, dass die bloße sichere Anfechtbarkeit der Wahl nicht ausreiche, um einen Anspruch auf Abbruch einer laufenden Betriebsratswahl bejahen zu können. Dies gelte insbesondere für den Fall einer etwaigen Verkennung des Betriebsbegriffs. Das BAG fordere also stets einen groben und evidenten Verstoß gegen wesentliche Grundsätze der Wahl, also deren Nichtigkeit.

Dyx wies darauf hin, dass es aus Arbeitgebersicht schwer falle, die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 27.07.2011 zu akzeptieren, da die Folgen erheblich seien. So argumentiere das Bundesarbeitsgericht im Wesentlichen damit, dass sich ein Wertungswiderspruch zu § 19 BetrVG - also dem Wahlanfechtungsverfahren - ergebe, wenn man die sichere Anfechtbarkeit der Wahl genügen ließe, da sich mit der Abbruchverfügung mehr erreichen lasse als mit dem Wahlanfechtungsverfahren. *Dyx* hält diese Begründung nicht für überzeugend, da es sich bei dem Verfahren nach § 19 BetrVG gerade nicht um das dem Eilverfahren folgende Hauptsacheverfahren handele. Es gehe um zwei unterschiedliche Streitgegenstände, nämlich - bei der Abbruchverfügung - um ein vorgeschaltetes Wahlabbruchverfahren mit ex-tunc-Wirkung und bei dem Anfechtungsverfahren nach § 19 BetrVG um eine nachträgliche Überprüfung mit Wirkung nur für die Zukunft. Ferner sei die Befürchtung des Bundesarbeitsgerichts, es trete ein betriebsratsloser Zustand ein, jedenfalls in den Fällen unbegründet, in denen der Gesetzgeber in den §§ 21 ff. BetrVG bis zur Neuwahl ein Übergangsmandat vorsehe. Zudem seien die Fristen in der WO sehr eng gefasst, wenn man bedenke, dass das BetrVG von einem Zeitraum von maximal 3 Monaten (01.03.-31.05.) ausgehe, bis die Neuwahl abgeschlossen sei. Wenn eine Abbruchverfügung erlassen werde, könne umgehend mit der Neuwahl begonnen werden. Außerdem führe letztlich auch die erfolgreiche Wahlanfechtung zur Betriebsratslosigkeit bzw. zum Erfordernis einer Neuwahl, nämlich ab dem Zeitpunkt der rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung.

Zwar sei richtig und wichtig, bei der Prüfung, ob ein berichtigender Eingriff in das Wahlverfahren zulässig sei, strenge Maßstäbe anzulegen. Dabei dürfe man aber nicht vergessen, dass das Leitbild des BetrVG der einwandfrei legitimierte Betriebsrat sei und nicht der fehlerhaft Gewählte, der als „Notbetriebsrat“ vorläufig im Amt bleibe,

bis die Wahlanfechtung entschieden sei. Ein wichtiger Aspekt sei hierbei die regelmäßig fehlende Akzeptanz des aus Arbeitgebersicht nicht auf legalem Wege ins Amt gelangten Betriebsrats. Wenn gerichtlich festgestellt werde, dass die Betriebsratswahl sicher anfechtbar sei, also gegen wesentliche Vorschriften der Wahl verstoßen worden sei, liege es im Interesse aller aktiv oder passiv an der Wahl Beteiligten, das bisherige Wahlverfahren abubrechen und es neu zu starten. Es liege dann gerade kein unbedeutender Verstoß gegen Wahlvorschriften vor und es sei dann nicht nachvollziehbar, warum der Antragsteller - regelmäßig der Arbeitgeber - das langwierige Anfechtungsverfahren durchführen und sich in dieser Zeit mit einem Verhandlungspartner auseinandersetzen müsse, dessen Legitimation quasi schwebend unwirksam sei.

Dyx vertrat die Auffassung, dass wesentliche Fehler im Wahlverfahren, die zweifelsfrei zur sicheren Anfechtbarkeit der Wahl führen würde, ebenfalls im Wege der Einstweiligen Verfügung behoben werden müssten. Die sinnvolle und rechtlich notwendige Korrekturfunktion, die eine Einstweilige Verfügung während des laufenden Wahlverfahrens als Ergänzung zur nachträglichen Anfechtung der Wahl habe, sei sonst praktisch nicht mehr nutzbar.

Abschluss

Die Vorträge stießen bei den Teilnehmern auf großes Interesse und wurden jeweils kontrovers und lebhaft diskutiert. Mit abschließenden Worten und einem Dank an Referenten und Diskutanten schloss der Tagungsleiter *Grauvogel* gegen 15:30 Uhr die 10. Landestagung Bremen. Anschließend lud der Senator für Justiz und Verfassung die Teilnehmer noch zu einer Rathausführung und einem Empfang in den Kaminsaal des Bremer Rathauses ein.

Uwe Michal

Richter am Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven