

**Rechtsgutachten**

zur

Erweiterung des vereinfachten Wahlverfahrens zum BetrVG, der  
Schutzfunktion der Gewerkschaften und Verhinderung von Betriebsrats-  
Bashing

Prof. Dr. Daniel Klocke, LL.M.oec.  
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht,  
Arbeitsrecht und Rechtstheorie  
Gustav-Stresemann-Ring 3  
65189 Wiesbaden  
Raum: 2.014  
Deutschland  
Telefon: 0611 7102 2285  
Fax: 0611 7102 10 2285

## **Vorwort**

Nicht erst durch den Koalitionsvertrag zwischen SPD und CDU/CSU ist die Reform des Wahlverfahrens in der Diskussion. Nach der Vereinbarung (Zeilen 2332 – 2336) soll das vereinfachte Wahlverfahren in Betrieben mit bis zu 100 Mitarbeitern obligatorisch werden und bis 200 Beschäftigten durch Vereinbarung eingeführt werden können.<sup>1</sup> Von diesem wichtigen Votum ausgehend, ist es das Ziel dieses Gutachtens, anhand der folgenden Leitgedanken einen effektiven Ausbau des Wahlverfahrens nach dem BetrVG herauszuarbeiten:

1. Schutz der Arbeitnehmer, die einen Betriebsrat gründen wollen:
  - a) Ausbau der § 15 KSchG und § 20 BetrVG
  - b) Stärkung des kollektivrechtlichen Schutzes
  - c) Diskussion des § 119 BetrVG
2. Ausbau der Rechtsstellung der Gewerkschaften
  - a) Information und Beratung durch Gewerkschaften
  - b) Rechtsschutz durch Gewerkschaften
3. Verfassungsgemäßheit des Ausbaus des vereinfachten Verfahrens
  - a) Redaktionelle Neufassung des Wahlverfahrens
  - b) Flexible Ausweitung des vereinfachten Wahlverfahrens
4. Diskussion der bestehenden Rechtsprechung
5. Diskussion der staatlichen Schutzpflicht für Betriebe ohne gewerkschaftliche Vertretung
  - a) Handlungs- und Fördermöglichkeiten
  - b) Kooperation von Staat und Gewerkschaften

Die vorhandene Rechtsprechung und Literatur wurden bis zum 31.03.2018 eingearbeitet. VVereinzelt konnten auch später veröffentlichte Beiträge berücksichtigt werden.

---

<sup>1</sup> Abrufbar unter:

[https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag\\_2018.pdf](https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2018.pdf) (März 2018).

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	2
Teil 1: Das Unterlassen von Betriebsratsgründungen .....	6
I. Die Entwicklung der Betriebsräte in Zahlen .....	6
II. Insbesondere: Störungen der Betriebsratswahlen.....	7
III. Die rationale Apathie .....	8
1. Zum Begriff der rationalen Apathie.....	8
2. Die Bedeutung der rationalen Apathie für die Betriebsverfassung .....	10
IV. Die Gründe für einen Betriebsrat.....	11
V. Die vertrauensvolle Zusammenarbeit .....	11
VI. Die rationale Apathie und Einschüchterungstaktiken.....	12
VII. Bedeutung dieser Weichenstellung .....	13
Teil 2: Die koalitionspezifische Betätigungsfreiheit und die Betriebsratswahl .....	15
I. Der Betrieb als Element des dualen Modells .....	15
II. Überblick über die Rechte der Gewerkschaften während der Betriebsratswahl .....	15
III. Der persönliche und sachliche Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG.....	17
1. Der persönliche Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG .....	17
2. Der sachliche Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG.....	17
3. Insbesondere: Der Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG.....	18
IV. Betriebsratsgründungen als koalitionspezifische Betätigung .....	18
V. Art. 9 Abs. 3 GG und das BetrVG.....	20
VI. Zwischenergebnis.....	22
Teil 3: Der Schutz der Wahl und Wahlakteure.....	24
I. Der Schutz der Wahl.....	24
1. Das Behinderungsverbot.....	25
2. Das Beeinflussungsverbot.....	27
3. Das Neutralitätsgebot.....	27
4. Insbesondere: hostile environment für Betriebsratgründungen .....	29
5. Der Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG ....	29
6. Zusammenfassung.....	33
II. Der Schutz der Wahlakteure .....	33
1. Der Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 3 und § 15 Abs. 3a KSchG .....	34
2. Der Schutz nach § 134 BGB i.V.m § 20 BetrVG .....	40

3.	Kündigungsschutz unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG .....	43
4.	Der Kündigungsschutz nach § 103 BetrVG.....	44
5.	Kündigung und Weiterbeschäftigung .....	46
6.	Der Schutz nach § 78a BetrVG.....	48
7.	Reformvorschläge .....	50
8.	Annex: Die Strafbarkeit nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.....	59
8.	Zwischenergebnis.....	63
Teil 4: Das Wahlverfahren de lege lata und de lege ferenda.....		64
I.	Defizite des bestehenden Systems.....	64
1.	Die fehlende Motivation für das Betriebsratsamt.....	64
2.	Die Bedeutung der Auszubildenden.....	66
3.	Die Informationsrechte im Vorfeld der Wahl.....	66
4.	Insbesondere: die Bedeutung der Wahlinitiatoren.....	67
5.	Die Stellung von Gewerkschaften im Anfechtungsverfahren.....	68
6.	Die Abbruchverfügung.....	69
7.	Die Dauer des normalen Wahlverfahrens.....	70
8.	Zusammenfassung .....	70
II.	Überblick über das vereinfachte Wahlverfahren als Modell.....	71
1.	Das zweistufige Verfahren .....	71
2.	Das einstufige Verfahren.....	75
3.	Die Vereinbarung des vereinfachten Wahlverfahrens .....	75
III.	Vorschläge für eine Neuregelung .....	76
1.	Redaktionelle Änderungen.....	76
2.	Die Online-Wahl? .....	76
3.	<i>Insbesondere: Muster einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft.....</i>	78
4.	Die Pflicht des Arbeitgebers zur Durchführung einer Betriebsratswahl? ..	79
5.	Der Ausbau des vereinfachten Wahlverfahrens .....	81
Teil 5: die staatliche Schutzpflicht für mehr Betriebsverfassung.....		95
I.	Das Grundproblem für Art. 9 Abs. 3 GG .....	95
II.	Die Handelsvertreter-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts .....	95
III.	Die Folge-Rechtsprechung.....	97
IV.	Konsequenzen für den Ausbau des BetrVG.....	97
V.	Kein Verweis auf Art. 9 Abs. 3 GG .....	98
VI.	Erster Schritt: Vermittlung von Wissen und Selbstverständnis.....	99

VII. Staatliche und „halb“-staatliche Durchsetzungsstellen .....	100
1. Ausbau der staatlichen Aufsicht über Betriebsratsgründungen.....	100
2. Ombudsmänner für die Betriebsverfassung .....	100
3. Softe Einwirkung durch Förderungen.....	101
4. Kooperation von Gewerkschaften und Staat (Kooperationsmodell) .....	102
Teil 6: Zusammenfassung der Ergebnisse .....	104

## **Teil 1: Das Unterlassen von Betriebsratsgründungen**

Der Ausgangspunkt dieses Gutachtens ist, dass die Neugründungen von Betriebsräten unterbleiben und die Zahlen für bestehende Betriebsratsgremien seit langem rückläufig sind.

Als Ausgangsthese soll formuliert werden, dass diese Phänomene im Wesentlichen auf zwei Gründe zurückzuführen sind: die sog. rationale Apathie von Arbeitnehmern und die Bekämpfung von betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen.

### **I. Die Entwicklung der Betriebsräte in Zahlen**

Die Betriebsverfassung ist eine Erfolgsgeschichte für die Bundesrepublik Deutschland und ein Kernelement der sozialen Marktwirtschaft. Ein Betriebsrat bietet greifbare Vorteile für alle Beteiligten: Produktivität, Löhne und Beschäftigungsstabilität werden gleichermaßen verbessert. Umgekehrt verringern Unternehmen diese Effekte, wenn sie sich gegen die Implementierung eines Betriebsrats stellen.<sup>2</sup>

Trotz aller Erfolge sind die Zahlen der Betriebe mit einer organisierten Betriebsverfassung rückläufig. Das ist für sich genommen bereits ein Problem, verstärkt sich aber dadurch, dass bereits große „weiße Flecken“ in der Betriebslandschaft bestehen. Insbesondere bei den kleinen Betrieben mit fünf bis 50 Mitarbeitern sind über 80% der Beschäftigten nicht durch einen Betriebsrat oder eine andere Form der Mitarbeitervertretung repräsentiert. Waren bislang die Kleinbetriebe im Fokus, zeigt sich aktuell auch ein Rückgang der Interessenvertretung bei mittleren und großen Betrieben.<sup>3</sup>

Nach den Zahlen des IAB-Betriebspanels, auf die sich auch das Statistische Bundesamt stützt,<sup>4</sup> kann folgende Entwicklung beschrieben werden:

In den Neunziger Jahren gab es in ca. 10% aller Betriebe einen Betriebsrat. Der Anteil der vertretenen Beschäftigten betrug im Wesentlichen ca. 50% am Anfang und 47% am Ende der Neunziger Jahre. Im Osten waren es 42% am Anfang und 38%

---

<sup>2</sup> So schon: BT-Drs. 14/5741, S. 3; umfassend und weitblickend: *Jirjahn/Smith*, S. 45 f.; vgl. auch die Zusammenfassung bei Böckler Impuls 2/2018, S. 4 f.; zur Wirtschaftskrise: BT-Drs. 18/2750, 1 (1).

<sup>3</sup> *Ellguth/Kohaut*, WSI-Mitteilungen 2017, 278 (283).

<sup>4</sup>

[https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/QualitaetDerArbeit.html?cms\\_gt\\_p=318944\\_slot%253D5](https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/QualitaetDerArbeit.html?cms_gt_p=318944_slot%253D5) (Abruf: März 2018).

am Ende.<sup>5</sup> Dieser Wert wird dann auch 2004 erreicht (in relativen Zahlen bleibt der Dienstleistungssektor hinter dem verarbeitenden Sektor zurück: 33% zu 68%).

2007 sinken die Werte auf 46% im Westen und steigen auf 39% im Osten.<sup>6</sup> Bemerkenswert ist dann der Einbruch von 10% auf 9% bei den Betrieben mit Betriebsrat und einer Vertretung von 43% im Westen und 36% im Osten.<sup>7</sup> Bis 2016 bleiben diese Zahlen im Westen stabil, im Osten gehen sie abermals um zwei Prozentpunkte nach unten auf 34%.<sup>8</sup>

Sortiert man diese Daten nach der Größe der Betriebe, zeigen sich weitere Verwerfungen. Nach der Studie des IAB-Betriebspanels bestanden 2016 nur bei 5% der Betriebe mit fünf bis 50 Mitarbeitern Interessenvertretungen, bei 50 bis 100 Mitarbeitern waren es nur 36%. In Betrieben von 101 bis 199 waren es 57% und bei den Betrieben von 200 bis 500 Mitarbeitern waren es immerhin 72%. Ab 501 Mitarbeitern sind 82% der Betriebe mit einem Betriebsrat versehen.<sup>9</sup> 2012 waren es noch 6% bzw. 38% bzw. 62% bzw. 77 und 86%.<sup>10</sup>

Insgesamt zeigt sich ein deutlicher Rückbau der Betriebsverfassungen in Deutschland. Neugründungen sind daher schon erforderlich, um das bestehende System zu stabilisieren.<sup>11</sup>

## **II. Insbesondere: Störungen der Betriebsratswahlen**

Ein Grund für die aktuellen Probleme sind Störungen der Betriebsratsarbeit, beginnend mit der Betriebsratswahl.<sup>12</sup>

Bei Betriebsratsneugründungen kommt es in fast jedem sechsten Betrieb zu Wahlbehinderungen (16,3%).<sup>13</sup> Dabei nehmen die Maßnahmen gegen etablierte Betriebsratsgremien zu.<sup>14</sup> Selbst bei einem bestehenden Betriebsrat wurden in 1,6 % der Wahlen Störungen verzeichnet.

---

<sup>5</sup> Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 7/2005, 398 (401).

<sup>6</sup> Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 9/2008, 1 (3)

<sup>7</sup> Ellguth/Kohaut WSI-Mitteilungen 4/2013, 281 (285).

<sup>8</sup> Ellguth/Kohaut WSI-Mitteilungen 4/2017, 278 (283).

<sup>9</sup> Ellguth/Kohaut WSI-Mitteilungen 4/2017, 278 (283).

<sup>10</sup> Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 2013, 281 (285).

<sup>11</sup> Heimann, AiB 2017 Heft 12, 26 (27).

<sup>12</sup> Hierzu: BT-Drs. 18/2750, 1 (2).

<sup>13</sup> Behrens/Dribbusch, AiB 2017, Heft 1, 14 (15).

<sup>14</sup> Vgl. Heimann, AiB 2017 Heft 12, 26 (27).

Die Störungshandlungen können ganz unterschiedlich sein. *Behrens/Dribbusch* nennen auf der Grundlage einer Befragung von IG BCE und IG-Metall als häufigste Taktiken Einschüchterungen von Kandidaten sowie Versuche, die Bestellung eines Wahlvorstands zu verhindern.<sup>15</sup> Als weitere Strategien kommen unbegründete Schadensersatzforderungen ebenso in Betracht wie einfache Maßregeln.<sup>16</sup>

Zu Recht wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass für die Arbeitnehmer, die damit beginnen, das Für und Wider einer Wahl zu diskutieren, überhaupt kein Schutz besteht.<sup>17</sup>

Insbesondere steht der Straftatbestand des § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG wegen praktischer Wirkungslosigkeit in der Kritik. So hängt die Strafbarkeit nicht nur von einem Antrag und dem Nachweis vorsätzlichem Handelns ab. Darüber hinaus stellen oftmals Strafverfolgungsbehörden das Verfahren ein. In Nordrhein-Westfalen wurden zwischen dem 1.1.2015 und dem 31.12.2017 47 Strafanzeigen gestellt, von denen 38 entweder mangels hinreichendem Tatverdachts oder wegen Geringfügigkeit eingestellt wurden.<sup>18</sup>

### **III. Die rationale Apathie**

Über Behinderung und Beeinflussung von Betriebsratsneugründungen muss erst gesprochen werden, wenn Arbeitnehmer den Entschluss gefasst haben, einen Betriebsrat zu gründen. Doch ist zu beobachten, dass bereits häufig die Fassung dieses Entschlusses unterbleibt.

#### **1. Zum Begriff der rationalen Apathie<sup>19</sup>**

Allgemein bezeichnet man das Phänomen, dass eine Person die Wahrnehmung ihrer Rechte unterlässt, weil sich für sie der Aufwand nicht zu lohnen scheint, als rationale Apathie.<sup>20</sup> Der Begriff beschreibt darüber hinaus auch solche Fälle, in denen

---

<sup>15</sup> *Behrens/Dribbusch*, AiB 2017, Heft 1, 14 (15).

<sup>16</sup> *Paeschke*, AiB 2017 Heft 1, 10 (10)

<sup>17</sup> *Heimann*, AiB 2017 Heft 12, 26 (27).

<sup>18</sup> LT-Drs. NRW 17/2052.

<sup>19</sup> Der Begriff der rationalen Apathie ist nicht unproblematisch, enthalten die Begriffe „rational“ und „Apathie“ für sich genommen bereits eine Bewertung des Verhaltens einer Person. Es muss daher eigens betont werden, dass der Begriff hier für ein empirisches Phänomen steht, dessen Bewertung der Arbeitsrechtsordnung bzw. dem Gesetzgeber obliegt.

<sup>20</sup> *Weber*, NZKart 2018, 13 (15).



Personen ihre Rechte schlicht wegen Unkenntnis oder Fehlvorstellungen nicht geltend machen.<sup>21</sup>

Im zweiten Fall ist die Sache eindeutig, es bedarf einer Korrektur des Informationsstands. Der erste Fall ist hingegen nicht so einfach zu bewerten. Die Person ist im Recht oder verfügt über ein Recht, doch scheut sie die Durchsetzung ihres Rechts. Mit anderen Worten schätzt sie den Nutzensgewinn der Unterlassung der Rechtsdurchsetzung höher ein als den Nutzen aus einer etwaigen Realisierung ihrer Rechtswahrnehmung.<sup>22</sup>

Das Recht geht von dem Gedanken aus, dass eine Person tätig werden muss, um ihre Interessen wahrzunehmen.<sup>23</sup> Dann kann es jedoch zu einem fatalen Widerspruch innerhalb der Rechtsordnung kommen. Einerseits *sollen* bestimmte Rechte wahrgenommen werden, andererseits muss jeder die Konsequenz daraus tragen, dass er seine Rechte nicht wahrnimmt.

Der Begriff der rationalen Apathie stellt vor diesem Hintergrund den zentralen Terminus dar, um diesen Widerspruch zu überwinden.<sup>24</sup> Das Recht erkennt an, dass Personen ihre Rechte nicht wahrnehmen und stellt weitergehende Instrumente bereit, um die Rechtsdurchsetzung zu ermöglichen. Das Ziel neuer Regelungen liegt daher im Überwinden der rationalen Apathie der Rechtsinhaber.<sup>25</sup>

Das beste Beispiel hierfür ist die Verbandsklage im Verbraucherrecht. Die meisten Verbraucher wehren sich nicht gegen widerrechtliches Verhalten, weil sie den finanziellen und persönlichen Aufwand scheuen oder nicht wissen, dass sie im Recht sind. Gleichwohl können die Verbraucherverbände etwaige Verstöße effektiv auf der Grundlage des Unterlassungsklagengesetzes (UKlaG)<sup>26</sup> und des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)<sup>27</sup> bekämpfen.<sup>28</sup> Diese Regelungen sind die

---

<sup>21</sup> *Singbartl/Zintl*, VuR 2016, 14 (16).

<sup>22</sup> Hierzu: *Weber*, NZKart 2018, 13 (14 f.); *Singbartl/Zintl*, VuR 2016, 14 (16); *Berlin*, in *Tonner/Tamm*, § 23 RN. 18.

<sup>23</sup> *Singbartl/Zintl*, VuR 2016, 14 (16)

<sup>24</sup> *Keßler* ZRP 2016, 2 (3 u. 4).

<sup>25</sup> *Keßler* ZRP 2016, 2 (3 u. 4).

<sup>26</sup> Unterlassungsklagengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. August 2002 (BGBl. I S. 3422, 4346), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2446).

<sup>27</sup> Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 (BGBl. I S. 254), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 17. Februar 2016 (BGBl. I S. 233).

<sup>28</sup> Hierzu: *Klocke*, passim.

Konsequenz daraus, dass Verbraucher ihre Rechte auf der Grundlage rationaler Apathie nicht geltend machen.

## **2. Die Bedeutung der rationalen Apathie für die Betriebsverfassung**

Zwar ist die Inexistenz eines Betriebsrats für sich genommen kein Schaden i.S.v. § 249 BGB. Angesichts der deutlichen Wertung der Rechtsordnung für Betriebsräte, ist ein Zustand mit Betriebsrat dem Zustand ohne Betriebsrat vorzuziehen.<sup>29</sup> Das Gesetz lässt es bereits genügen, wenn sich ein Kandidat zur Wahl stellt.<sup>30</sup> Anders gewendet, missbilligt das BetrVG das Fehlen von Betriebsräten.

### **a) Die freie Entscheidung des Arbeitnehmers**

An dieser Stelle ist auf den für das Arbeitsrecht typischen ambivalenten Freiheitsbegriff hinzuweisen.<sup>31</sup> Es macht einen erheblichen Unterschied, ob ein Arbeitnehmer sich im Rahmen des Wahlverfahrens gegen einen Betriebsrat ausspricht oder ob er sich dem Verfahren „apathisch“ entzieht.<sup>32</sup> Schon daraus muss gefolgert werden, dass das BetrVG die Apathie nicht blindlings akzeptiert.

### **b) Die Wertung der Rechtsordnung für Betriebsratsgremien**

Es klafft eine Lücke zur Wertung des BetrVG für Betriebsräte (§ 1 BetrVG). Nach § 1 BetrVG werden in Betrieben mit in der Regel mindestens fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern, von denen drei wählbar sind, Betriebsräte gewählt. Diese Norm gilt ohne Ausnahme.

Zwar besteht nach dieser Norm kein Errichtungszwang<sup>33</sup>, die zwingende Formulierung der Norm wäre jedoch ohne weitergehende Bedeutung, käme in ihr nicht zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber von der Notwendigkeit der Errichtung von Betriebsräten überzeugt ist. Mit anderen Worten hat sich der Gesetzgeber eindeutig zur Mitbestimmung durch Betriebsräte bekannt.<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> So schon die Einschätzung des Regierungsentwurfs für die Reform 2001: „Es ist davon auszugehen, dass Arbeitnehmer, die ihre Belange im Betrieb vertreten wissen, und Betriebsräte, die diese Belange in Unternehmensentscheidungen einbringen können, die Produktivität von Unternehmen und damit die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft steigern.“ BT-Drs. 14/5741 S. 3.

<sup>30</sup> Sachadae, in: HaKo, § 6 WahlO Rn. 8.

<sup>31</sup> Klocke, S. 185 ff.

<sup>32</sup> Zu diesem Unterschied, allerdings stärker zwischen öffentlichem und subjektivem Interesse an der Entscheidungsfreiheit differenzierend: Meller-Hannich, S. 268.

<sup>33</sup> Richardi/Maschmann, in: Richardi, § 1 Rn. 1.

<sup>34</sup> BT-Drs. 18/2750, 1 (3).

### **c) Konsequenz für den Ausbau der Betriebsverfassung**

Um die Betriebsverfassung zu stärken, geht es weniger darum, die jeweiligen Kosten-Nutzenrechnungen der Arbeitnehmer nachzuvollziehen – das ist nicht möglich. Vielmehr geht es um das Setzen von Anreizen, um diese Rechnung *strukturell* positiv zu beeinflussen und zugleich eine freie Entscheidung über die Existenz eines Betriebsrats zu gewährleisten.<sup>35</sup>

## **IV. Die Gründe für einen Betriebsrat**

Dass es Anreize bedarf, deckt sich mit dem Befund, dass in der Praxis ein deutlich wahrnehmbares Interesse der Belegschaft an der Gründung eines Betriebsrats vor allem in Krisensituationen zu verzeichnen ist.<sup>36</sup>

Im Übrigen werden in der Literatur im Wesentlichen drei Gründe genannt, warum Arbeitnehmer einen Betriebsrat gründen, die kumulativ vorliegen und je nach Einzelfall unterschiedlich stark ausgeprägt sein können:<sup>37</sup>

1. Die Gründung zum Schutz der gemeinschaftlichen Sozialordnung: In diesem Fall geht es den Beteiligten darum, den Betriebsrat als Mittel zu schaffen, um zum Wohl des Betriebs *möglichen* Problemfällen etwas entgegenzusetzen.
2. Die Gründung als Mittel der kollektiven Emanzipation: Die Gründung wird vornehmlich dazu eingesetzt, um die Arbeitsbedingungen der Belegschaft zu verbessern.
3. Die Gründung zur Erweiterung der individuellen Interessenvertretung: Den Beteiligten geht es darum, die individuelle Information und Kommunikation auf ein anderes Level zu heben, um auf bestimmte Störungen in diesem Prozess zu reagieren.

Gewiss kommen im Einzelfall auch weitere Gründe in Betracht.<sup>38</sup> Diese Gründe geben jedoch einen guten Ansatz dafür, dass es oftmals nicht ein spontaner Entschluss oder die Selbstverständlichkeit einer betriebsverfassungsrechtlichen Struktur ist, die die Arbeitnehmer motivieren. Hier muss eine Reform ansetzen.

## **V. Die vertrauensvolle Zusammenarbeit**

Der populärste Ansatz in der Wissenschaft zur Erklärung weißer Flecken besteht in der persönlichen Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im

---

<sup>35</sup> Bereits in diese Richtung: BT-Drs. 18/2750, 1 (4).

<sup>36</sup> Hierzu: Hayen, in: Hexel, 30 (34); Jirjahn/Smith, S. 31 f.; Krause, RdA 2009, 129 (134)

<sup>37</sup> Artus/Kraetsch/Röberneck, passim.

<sup>38</sup> Hayen/Nielebock, S. 12.

Kleinbetrieb.<sup>39</sup> Viele betriebliche Probleme könnten hier schon zwischenmenschlich gelöst werden. Insofern entstehe auf Seiten der Arbeitnehmer kein Bedürfnis für einen Betriebsrat.

Wenn ein Arbeitgeber für die Probleme und Interessen seiner Mitarbeiter offen ist, diese nachvollziehbar mit ihnen berät und im Konsens zu Ergebnissen gelangt, ist dieses Verhalten sehr nahe am dem Zustand, den das BetrVG in § 2 BetrVG vor Augen hat.

Wenn dem durchgängig so wäre, wirft sich die Frage auf, warum es auf der Grundlage dieser Kommunikationskultur nicht zu Betriebsratsbildungen kommt. Sie müssten eigentlich einfacher zu bewerkstelligen sein. Rationale Apathie kann jedoch gerade auch dann bestehen, wenn die Arbeitnehmer davon ausgehen, es sei alles in Ordnung.

Überzeugender ist es, diesen Faktor in das Modell der rationalen Apathie einzustellen. Es fehlt entweder an einem konkreten Anlass für eine Betriebsratsgründung oder es wird oftmals schlicht Unkenntnis oder Fehlvorstellungen für das Amt und die Rechtsstellung des Betriebsrats vorherrschen. Angesichts der positiven Effektivität gibt es für beide Seiten keinen objektiven Grund, eine Betriebsratsgründung zu unterlassen.

Es zeigt sich daher in diesen Situationen oftmals weniger ein bewusstes, informiertes Ablassen von der Betriebsratsgründung, sondern allenfalls eine diffuse Mischung aus Fehlvorstellungen und vermeintlicher Sicherheit.

## **VI. Die rationale Apathie und Einschüchterungstaktiken**

Die Bedeutung der rationalen Apathie wurde bislang nicht im Zusammenhang mit der Gründung von Betriebsräten diskutiert. Hier herrscht der Ansatz vor, dass die Gründung von Betriebsräten vor allem wegen Behinderungen durch den Arbeitgeber erschwert wird.

Wichtig ist, dass die Rechtsordnung auf beide Phänomene eine Antwort haben sollte. Die oben dargestellten Erhebungen zeigen, dass das Phänomen der Einschüchterung der Wahlakteure in keinem Fall unterschätzt werden darf.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Reichold, NZA 2001, 857 (860).

<sup>40</sup> Behrens/Dribbusch, AiB 2017, Heft 1.

Das Phänomen der rationalen Apathie setzt jedoch schon viel früher ein. Arbeitnehmer entscheiden sich bereits dafür, sich nicht für die Wahl eines Betriebsrats zu engagieren. Sie unterlassen bereits den ersten Schritt, in der Regel der Gang zur zuständigen Gewerkschaft mit der Bitte um Information und Beratung.

Nun ist es so, dass man bereits in diesem frühen Stadium auf die Entschlusskraft der Arbeitnehmer subtil oder deutlich einwirken kann. Eine klare Trennlinie der Phänomene sollte daher nicht gezogen werden. Schutz vor der Behinderung von Betriebsratsgründungen muss im frühesten möglichen Zeitpunkt einsetzen.

## **VII. Die Bedeutung dieser Weichenstellung**

Voranzustellen ist, dass rationale Apathie nicht allein auf der Ebene des BetrVG bekämpft werden kann. So ist zu beobachten, dass Arbeitnehmer in atypischen Beschäftigungsverhältnissen seltener für Betriebsratsarbeit zu gewinnen sind als solche im sog. Normalarbeitsverhältnis.<sup>41</sup>

Ferner ist offensichtlich, dass Behinderungen der Betriebsratswahl bekämpft werden müssen. Der Gesetzgeber hat mit den §§ 20, 23, 103 BetrVG sowie § 15 KSchG eine Wertentscheidung zugunsten der Arbeitnehmer und ihrer Vertreter getroffen.

Ein System zur Bekämpfung rationaler Apathie besteht jedoch nicht. Im Verbraucherrecht wurde auf dieses Phänomen hingegen bereits weitreichend reagiert. Begründet wurde der Ausbau insbesondere mit der Schutzpflicht für die strukturell unterlegene bzw. schutzbedürftige Vertragspartei.<sup>42</sup> Eine vergleichbare Schutzpflicht besteht auch im Arbeitsrecht.<sup>43</sup>

Die nachfolgenden Ausführungen tragen zunächst der besonderen Bedeutung des Schutzes der Arbeitnehmer vor Behinderungen und Beeinflussung Rechnung und diskutieren daher Schutzmechanismen (Teil 3). Erst im Anschluss sollen weitergehende Perspektiven dargestellt werden, die der rationalen Apathie entgegenwirken können (Teil 5). Zwischen beiden Punkten steht das Wahlverfahren, das einerseits per se störungsanfällig ist und andererseits durch seine Komplexität abschreckend für Arbeitnehmer wirken kann (Teil 4).

---

<sup>41</sup> Absenger/Priebe, WSI-Mitteilungen 2016, 192.

<sup>42</sup> Umfassend: Micklitz/Purnhagen, in: MünchKommBGB, Vorbemerkungen §§ 13, 14 BGB, Rn. 39 ff.

<sup>43</sup> BVerfG, Beschluss vom 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06, NJW 2007, 286 (287 f.).

Vorangestellt wird ein Abschnitt über Art. 9 Abs. 3 GG und die Bedeutung der Norm für Betriebsratswahlen (Teil 2), weil dieses Grundrecht bislang größtenteils nicht die Bedeutung für Betriebsratswahlen erlangt hat, die ihm eigentlich zukommen müsste.

## **Teil 2: Die koalitionsspezifische Betätigungsfreiheit und die Betriebsratswahl**

Auffällig ist bereits, dass Art. 9 Abs. 3 GG, die kollektive Koalitionsfreiheit, aktuell nicht den Platz einnimmt, der diesem Grundrecht für die Betriebsratswahl zukommt. Insbesondere die nahezu nicht vorhandene Rezeption des Art. 9 Abs. 3 GG in der aktuellen Rechtsprechung des 7. Senats des Bundesarbeitsgerichts gibt Anlass zu Kritik.<sup>44</sup>

Forensisch mag sich dieser Punkt daraus erklären, dass es seit der Aufgabe bzw. Klarstellung der Kernbereichstheorie<sup>45</sup> an einer klaren Konturierung von Art. 9 Abs. 3 GG für die Befugnisse der Koalitionen im Hinblick auf die Betriebsratswahl fehlt.

### **I. Der Betrieb als Element des dualen Modells**

Das kollektive Arbeitsrecht konstituiert sich über das sog. duale Modell. Die Interessenvertretung der Arbeitnehmer übernehmen Betriebsrat und Gewerkschaften.<sup>46</sup> Diese Kanäle des dualen Modells werden jedoch nicht strikt getrennt. Vielmehr treffen sie im Betrieb unmittelbar aufeinander und interagieren tatsächlich und rechtlich. Neben der unbestimmten, verfassungsrechtlichen Betätigungsgarantie aus Art. 9 Abs. 3 GG verleiht das BetrVG auch den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften rechtliche Befugnisse, um die Betriebsverfassung zu gestalten.

### **II. Überblick über die Rechte der Gewerkschaften während der Betriebsratswahl**

Um die Befugnisse aus Art. 9 Abs. 3 GG korrekt einzuordnen, ist zunächst ein Überblick über die gewerkschaftlichen Befugnisse in der Betriebsverfassung zu geben.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Die Datenbank juris.de ergibt bei Eingabe der Suchbegriffe „Betriebsratswahl“ und „Art. 9 Abs. 3 GG“ sowie vergleichbarer Kombinationen genau sieben Treffer seit dem Jahr 2000. In den Entscheidungen vom 25.5.2005 – 7 ABR 10/04 sowie vom 21.07. 2004 – 7 ABR 58/03 wird Art 9 Abs. 3 GG im Zusammenhang der Mehrheitswahl kurz angesprochen, in der Entscheidung vom 16.3.2005 wird § 15 Abs. 2 BetrVG als Schranke von Art. 9 Abs. 3 GG eingeordnet. Im Beschluss vom 16.04.2003 – 7 ABR 29/02 wird der verfassungsrechtliche Überbau noch korrekt hervorgehoben. Nach 2005 verschwindet die Bedeutung des Art. 9 Abs. 3 GG aus der Rechtsprechung zum Wahlverfahren; anders hingegen bereits: *Däubler*, Rn. 3 ff.

<sup>45</sup> BAG, Beschluss vom 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, NZA 1996, 381; vgl. den Überblick bei BAG, Urteil vom 7. 7. 2010 - 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068 (1075).

<sup>46</sup> *Krause*, RdA 2009, 129 (130).

<sup>47</sup> Umfassender Überblick bei *Däubler*, Rn. 86 ff.

Nach § 2 Abs. 2 BetrVG ist einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft Zutritt zum Betrieb zu gewähren, um ihre nach dem BetrVG bestehenden Aufgaben und Befugnisse wahrzunehmen. Bestehen Zweifel an der Betriebsratsfähigkeit, kann die Gewerkschaft gerichtliche Feststellung beantragen.<sup>48</sup>

Diese Befugnisse beginnen im Hinblick auf die Wahl frühzeitig. Besteht ein Betriebsrat, bestellt dieser nach § 16 Abs. 1 BetrVG den Wahlvorstand. Dann kann eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft nach § 16 Abs. 1 S. 5 BetrVG ein nicht stimmberechtigtes Mitglied in den Wahlvorstand entsenden, wenn sie kein Mitglied im Vorstand hat. Kommt es nicht zur Bestellung des Wahlvorstands kann sie dessen gerichtliche Bestellung beantragen.

Bestehen kein Betriebsrat, keine übergeordnete Vertretungsstruktur oder werden sie nicht tätig, kann eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft nach § 17 Abs. 3 BetrVG zu der Betriebsversammlung einladen, auf der der Wahlvorstand gewählt wird. Findet keine Betriebsversammlung statt, kann sie dann die gerichtliche Bestellung des Vorstands nach § 17 Abs. 4 BetrVG beantragen. Gehört dem Wahlvorstand kein Mitglied an, kann die Gewerkschaft wiederum ein nicht stimmberechtigtes Mitglied entsenden (§§ 17 Abs. 2 i.V.m. § 16 Abs. 1 S. 5 BetrVG).

Kommt der Wahlvorstand in der Folge seiner Pflicht, die Wahl einzuleiten, nicht nach, kann wiederum eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft seine Ersetzung nach § 18 Abs. 1 BetrVG beantragen.

Für die Wahl kann eine Gewerkschaft eigene Vorschläge machen (§ 14 Abs. 3 BetrVG). Insbesondere dieses Recht wurde den Gewerkschaften durch den Gesetzgeber zur Durchsetzung ihrer eigenen betriebspolitischen Vorstellungen eingeräumt.<sup>49</sup> Nach Abschluss der Wahl erhalten die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften eine Abschrift der Wahlniederschrift (§ 18 Abs. 3 BetrVG).

Die Befugnisse der Gewerkschaft nach dem BetrVG sind in gewisser Weise ambivalent. Einerseits nutzt der Gesetzgeber sie, um einen zweiten Kanal der Interessenvertretung auszubauen, andererseits erkennt er an, dass die Befugnisse durch die Gewerkschaften genutzt werden dürfen, um eigene Interessen

---

<sup>48</sup> § 18 Abs. 2 BetrVG.

<sup>49</sup> Umfassend: *Krause*, RdA 2009, 129 (139).



durchzusetzen. Damit nähert er diese Befugnisse der Struktur eines subjektiven Privatrechts zumindest an.

### **III. Der persönliche und sachliche Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG**

Bevor auf die Bedeutung von Art. 9 Abs. 3 GG für die Betätigung der Gewerkschaft vor und während der Betriebsratswahl eingegangen wird, soll zunächst der allgemeine Inhalt des Rechts aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG dargestellt werden.

#### **1. Der persönliche Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG**

Nach heute ganz herrschender Ansicht gilt Art. 9 Abs. 3 GG für „jedermann“ und enthält sowohl ein individuelles, als auch ein kollektives Freiheitsrecht.<sup>50</sup> Der persönliche Schutzbereich der kollektiven Koalitionsfreiheit wird maßgeblich durch den Koalitionsbegriff bestimmt. Dieser ist zwar im Ausgangspunkt nicht deckungsgleich mit dem Gewerkschaftsbegriff des einfachen Rechts, der sich maßgeblich über die Tariffähigkeit einer Vereinigung konstituiert.<sup>51</sup> Gleichwohl werden Gewerkschaften im Sinne des kollektiven Arbeitsrechts keine Probleme haben, eine Koalition i.S.v. Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG darzustellen.<sup>52</sup>

#### **2. Der sachliche Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG**

Art. 9 Abs. 3 GG schützt die Koalition in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und in ihren Betätigungen, sofern diese auf die Förderung und Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gerichtet sind.<sup>53</sup> Da der Norm unmittelbare Drittwirkung zukommt, gilt das Recht unmittelbar gegenüber anderen Privatrechtssubjekten.<sup>54</sup> Der Arbeitgeber und Dritte dürfen daher nicht in die koalitionspezifischen Betätigungen eingreifen, ohne ihrerseits verfassungsrechtlich gerechtfertigt zu sein.

Die sog. Betätigungsfreiheit wird aktuell weit gefasst und über den unerlässlichen Kernbereich hinaus definiert. Es werden sämtliche Betätigungen erfasst, die dem Zweck dienen, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu fördern oder zu wahren.<sup>55</sup> Erfasst werden insbesondere der Abschluss und die Durchsetzung von

---

<sup>50</sup> Vgl. den Überblick bei *Linsenmaier*, in ErfK, Art. 9 Rn. 27 m.w.N.

<sup>51</sup> Hierzu: BAG, Beschluss vom 22.5.2012 – 1 ABR 11/11, NZA 2012, 1176 (1178); zur CGZP: BAG, Beschluss vom 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, AP TVG § 2 Tariffähigkeit Nr. 6.

<sup>52</sup> Vgl. auch jüngst BAG, Beschluss vom 7.6.2017 – 1 ABR 32/15, NZA 2017, 1410 ohne Prüfung.

<sup>53</sup> BAG, Beschluss vom 7.6.2017 – 1 ABR 32/15, NZA 2017, 1410 (1412).

<sup>54</sup> BAG, Beschluss vom 22.5.2012 – 1 ABR 11/11, NZA 2012, 1176 (1178)

<sup>55</sup> Vgl. auch *Klocke*, S. 247 ff.

Tarifverträgen<sup>56</sup> sowie ein hierauf gerichtete Arbeitskampf<sup>57</sup>. Erfasst wird aber auch das Werben in Betrieben für einen Beitritt zu einer Koalition.<sup>58</sup>

### **3. Insbesondere: Der Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG**

Die Koalition wird nicht erst dann in ihrem Recht aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG beeinträchtigt, wenn sie daran gehindert wird, einen Tarifvertrag zu schließen. Das BAG fasst als Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG bereits solche Handlungen auf, die geeignet sind, den Inhalt von Art. 9 Abs. 3 GG leerlaufen zu lassen.<sup>59</sup>

Dieser Ansatz überzeugt. Es würde die praktische Wirkung von Art. 9 Abs. 3 GG im Privatrechtsverkehr weitgehend leerlaufen lassen, wenn sich Koalitionen nicht schon gegen Eingriffe zur Wehr setzen könnten, denen die Eignung für eine Beeinträchtigung innewohnt.

### **IV. Betriebsratsgründungen als koalitionsspezifische Betätigung**

Positioniert man Art. 9 Abs. 3 GG in Richtung der Betriebsverfassung, liegt es nahe, dass die koalitionsspezifische Betätigung auch auf die Errichtung einer betriebsverfassungsrechtlichen Struktur gerichtet sein kann. Denn nach dem soeben Akzentuierten (II.) darf eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft sowohl die Wahl des Betriebsrats *fördern*, als auch durch das Anfechtungsrecht nach § 19 BetrVG *wahren*.

Dieser Ansatz lässt sich auch in der Rechtsprechung wiederfinden. Den Anfang machte eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1978.<sup>60</sup> Im damaligen Recht war kein Vorschlagsrecht vorgesehen, wie es heute in § 14 Abs. 3 BetrVG vorhanden ist.

*„Die Gewerkschaften können daher, obwohl ihnen das Ges. für den Regelfall kein eigenes Vorschlagsrecht einräumt, nicht daran gehindert werden, über ihre im Betrieb beschäftigten Mitglieder die Kandidatenaufstellung zu beeinflussen und für einen bestimmten Vorschlag Wahlwerbung zu betreiben. Auch insoweit gewährleistet jedoch Art. 9 Abs. 3 GG nur einen Kernbereich der Koalitionsbetätigung; hierzu gehört nicht die Möglichkeit, von diesem Recht durch Einsatz von vereinsrechtlichen Zwangsmitteln gegen die Mitglieder mit einem jeweils im Verbandssinne denkbaren Höchstmaß von*

<sup>56</sup> BAG, Beschluss vom 7.6.2017 – 1 ABR 32/15, NZA 2017, 1410 (1413).

<sup>57</sup> BVerfG, Beschluss vom 26. Juni 1991 – 1 BvR 779/85AP Art. 9 GG Nr. 117.

<sup>58</sup> BAG, Beschluss vom 22.5.2012 – 1 ABR 11/11, NZA 2012, 1176 (1178); umfassend: *Däubler*, Rn. 258 ff.

<sup>59</sup> Für das Tarifrecht: BAG, Beschluss vom 7.6.2017 – 1 ABR 32/15, NZA 2017, 1410 (1413).

<sup>60</sup> BGH, Urteil vom 27.02.1978 - II ZR 17/77, AP GG Art. 9 Nr. 27.

*Effizienz Gebrauch zu machen. Allerdings muß sich eine Gewerkschaft immer auch zur Wehr setzen können, wenn eigene Mitglieder ihren Bestand und ihre prinzipiellen Zielsetzungen bekämpfen; **gegen eine solche Bedrohung von innen her wird die Koalition ebenfalls durch Art. 9 Abs. 3 GG ganz allgemein und selbstverständlich auch dann geschützt, wenn ein Zusammenhang mit BetrRWahlen besteht.***“

Verstärkt wurde dieses Moment durch eine Entscheidung des BAG vom 8.12.1978.<sup>61</sup> Im Ergebnis lehnte das Gericht zwar ein Recht der Gewerkschaften ab, die Wahl von gewerkschaftlichen Vertrauensleuten im Betrieb durchführen zu lassen. Allerdings betonte das Gericht, dass – unter der Geltung der restriktiven Kernbereichsformel – der Einsatz von gewerkschaftlichen Vertrauensleuten als Bindeglied zwischen dem hauptamtlichen Funktionärskörper der Gewerkschaft und den Gewerkschaftsmitgliedern im Betrieb und zwischen Belegschaft und Gewerkschaft verfassungsrechtlich nach Art. 9 Abs. 3 GG geschützt ist.

Zum Personalvertretungsrecht führte das Bundesverfassungsgericht dann am 27.3.1979 aus, dass die Betätigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG Betätigungen im Personalvertretungswesen umfasse.<sup>62</sup> Insbesondere sei das Werben vor Personalratswahlen erfasst. Das Gesetz gehe davon aus, dass zumindest in den größeren Dienststellen und Verwaltungen die Wahlbewerber überwiegend auf Wahlvorschlagslisten bestimmter Gewerkschaften kandidieren und gewählt würden.

Einen zentralen Impuls erhielt die Entwicklung dann durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1999. Im Rahmen einer Entscheidung über die Verfassungsgemäßheit eines Ausschlusses von Mitgliedern einer Gewerkschaft, die auf einer konkurrierenden Liste gegen eine gewerkschaftliche Liste kandidierten. In der Entscheidung machte das Bundesverfassungsgericht allgemeine Ausführungen zur Bedeutung der Betriebsratswahl für die koalitionspezifische Betätigung nach Art. 9 Abs. 3 GG.<sup>63</sup>

Die Fachgerichte erblickten im dem Ausschluss der Mitglieder eine Wahlbehinderung nach § 20 Abs. 1 BetrVG. Diese Argumentation verfehlte nach Ansicht des BVerfG die Ausstrahlungswirkung des Art. 9 Abs. 3 GG. Denn auch

---

<sup>61</sup> BAG, Urteil vom 08.12.1978 - 1 AZR 303/77, AP GG Art. 9 Nr. 28.

<sup>62</sup> BAG, Beschluss vom 27.03.1979 - 2 BvR 1011/78, AP GG Art. 9 Nr. 31.

<sup>63</sup> BVerfG, Beschluss vom 24. 2. 1999 - 1 BvR 123/93, NZA 1999, 713.

*„im Rahmen der betrieblichen Mitbestimmung fördern die Gewerkschaften die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder und **nehmen damit eine verfassungsrechtlich geschützte Funktion wahr**. Seit 1989 gibt ihnen das Betriebsverfassungsgesetz das Recht, sich an den Betriebsratswahlen mit eigenen Listen zu beteiligen. Die Glaubwürdigkeit ihrer Wahlaussagen und das Vertrauen in ihre Durchsetzungsfähigkeit hängen wesentlich von dem Eindruck ihrer Geschlossenheit ab. Konkurrierende Listen eigener Mitglieder wirken dem entgegen. Die abträgliche Wirkung strahlt auf das Gesamtbild der Gewerkschaft ab und berührt damit auch das Vertrauen in ihre Durchsetzungsfähigkeit bei Tarifaueinandersetzungen.“<sup>64</sup>*

Wichtiger noch als die konkrete Anwendung des Art. 9 Abs. 3 GG auf die konkurrierende Liste ist, dass das Gericht die Beteiligung bei der Durchführung von Betriebsratswahlen in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG eingeordnet hat. Das Bundesarbeitsgericht hat diese Rechtsprechung rasch aufgegriffen und zutreffend verallgemeinert.<sup>65</sup> Das Gericht spricht von dem:

*„aus Art. 9 Abs. 3 GG folgenden Recht ..., sich im Bereich der betrieblichen Interessenvertretung und Mitbestimmung zu betätigen und die Wahl einer betrieblichen Vertretung von Arbeitnehmern zu unterstützen“.<sup>66</sup>*

Art. 9 Abs. 3 GG besteht daher nicht nur im Selbsterhaltungsinteresse, sondern erfasst auch das Recht, Einfluss auf die Vertretung in der Mitbestimmungsordnung zu nehmen.<sup>67</sup> Die hierzu jeweils erforderlichen Handlungen fallen unmittelbar in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG.

## **V. Art. 9 Abs. 3 GG und das BetrVG**

Wie dargestellt, knüpfen die Befugnisse nach dem BetrVG nur an konkreten, formalisierten Konstellationen an, um die gewerkschaftliche Einflussnahme und die Etablierung einer Betriebsverfassung sicherzustellen. Art. 9 Abs. 3 GG bildet darüber hinaus ein allgemeineres Netz.

Insgesamt kann der Schluss gezogen werden, dass die Wahrnehmung der durch das BetrVG eingeräumten Befugnisse zugleich eine koalitionspezifische Betätigung darstellt. Davon ausgehend stellt sich jedoch die Frage, ob auch Handlungen, die

---

<sup>64</sup> BVerfG, Beschluss vom 24. 2. 1999 - 1 BvR 123/93, NZA 1999, 713 (714).

<sup>65</sup> BAG, Beschluss vom 31. 5. 2000 - 7 ABR 8/99, AP BetrVG 1972 § 20 Nr. 20 sowie die Nachweise in Fn. 10.

<sup>66</sup> BAG, Beschluss vom 31. Mai 2000 – 7 ABR 8/99 –, BAGE 95, 30-35

<sup>67</sup> Richardi, in: Richardi, § 2 Rn. 84.

nicht vom Wortlaut des BetrVG, aber die vom BetrVG vorgegebenen Ziele fördern, eine koalitionspezifische Betätigung darstellen.

Die Rechte im BetrVG stehen allesamt unter der Voraussetzung, dass die Gewerkschaft im Betrieb vertreten sein muss.<sup>68</sup> Eine Gewerkschaft muss daher zunächst zwecks Mitgliederwerbung nach Art. 9 Abs. 3 GG ihr Zutrittsrecht geltend machen<sup>69</sup> und anschließend, auf der Grundlage von § 2 Abs. 2 BetrVG für die Betriebsratswahl werben.

Davon ausgehend, stellt sich jedoch die Frage, ob mit Anerkennung eigener Interessen der Gewerkschaften im Betrieb zugleich eine abschließende Regelung verbunden ist.

Dieser Gedanke liegt fern. Denn zum einen ging es regelmäßig nur um den Ausbau des bestehenden Systems. Zum anderen sind die bundesgesetzlichen Regelungen im Grundsatz nicht geeignet, den verfassungsrechtlichen Tatbestand des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG abschließend auszufüllen, auch wenn Art. 9 Abs. 3 GG ein normgeprägtes Grundrecht ist.<sup>70</sup> Ein Umkehrschluss aus §§ 2 Abs. 2 BetrVG, 16 ff. BetrVG verbietet sich daher.

Diese Trennung wird daran deutlich, dass § 2 Abs. 2 BetrVG nur auf das BetrVG bezogen ist. Zudem unterwirft § 3 BetrVG die betriebsverfassungsrechtliche Struktur in starkem Maße der Regelung durch die Tarifvertragsparteien. § 2 Abs. 2 BetrVG erkennt sogar mittelbar an, dass die Arbeit in der Betriebsverfassung in den Tätigkeitsbereich der Gewerkschaften fällt.<sup>71</sup> Will eine Gewerkschaft weitergehende Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG geltend machen, muss sie ihr Zutrittsrecht unmittelbar aus dieser Norm ableiten, gegebenenfalls i.V.m. § 1004 BGB analog. Das ist allerdings nunmehr in der Rechtsprechung auch anerkannt.<sup>72</sup>

Überzeugender ist es daher, den gesamten Bereich der Initiierung der Betriebsratswahl durch die Gewerkschaft in den Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG einzuordnen. Wo keine Regelung besteht, darf nicht unterstellt werden, eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft habe keine Kompetenz.

---

<sup>68</sup> *Richardi*, in: *Richardi*, § 2 Rn. 68; *Kreutz*, in: *GK*, § 20 Rn. 9

<sup>69</sup> Grundlegend: *BVerfG*, Beschluss vom 26. Mai 1970 – 2 BvR 664/65 AP Nr. 16 zu Art. 9 GG.

<sup>70</sup> *Poscher*, *RdA* 2017, 235.

<sup>71</sup> *Richardi*, in: *Richardi*, § 2 Rn. 66 f.

<sup>72</sup> *BAG*, Beschluss vom 20. 04.1999 - 1 ABR 72/98, AP GG Art. 9 Nr. 89; jüngst: *BAG*, Beschluss vom 07.07.2017 - 1 ABR 32/15, *NZA* 2017, 1410 (1412 f.).

*Richardi* hat zu Recht betont, dass der Schutz der Betätigungsfreiheit keine Freistellung von der Geltung der allgemeinen Rechtsordnung bedeutet.<sup>73</sup> Insbesondere gilt § 20 BetrVG auch für Gewerkschaften.<sup>74</sup> Diese Feststellung sollte aber nicht zu einer Rückkehr zu der überkommenen Kernbereichslehre führen. Im Hinblick auf die Rolle des Richterrechts im Arbeitsrecht und der verfassungsrechtlichen Natur der Betätigungsfreiheit muss nicht abgewartet werden, bis der Gesetzgeber die Reichweite von Art. 9 Abs. 3 GG einfach-gesetzlich bestimmt.<sup>75</sup> Hier ist die Entwicklung weitergegangen. Das Bundesverfassungsgericht ordnet dem Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich jedes tatsächliche Handeln zu, das auf die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gerichtet ist.<sup>76</sup>

## **VI. Zwischenergebnis**

Damit kann festgehalten werden, dass eine Koalition i.S.v. Art. 9 Abs. 3 GG im Betrieb auf der Grundlage ihrer Betätigungsfreiheit aktiv werden darf. Dies gilt grundsätzlich unabhängig von den Befugnissen des BetrVG. Diese stellen regelmäßig einen auf das formale Wahlverfahren hin entworfenen Ausfluss dieser Freiheit dar. Weitergehende Handlungen können nach Art. 9 Abs. 3 GG zulässig sein. Eine Rechtsprechung, die die Befugnisse der Koalitionen im Betrieb beschränkt oder gar verneint, muss diese Entscheidung wegen Art. 9 Abs. 3 GG mit der Maßgabe praktischer Konkordanz verfassungsrechtlich rechtfertigen.

Durch die Aktivierung von Art. 9 Abs. 3 GG für die Betriebsratswahl wird dem Wahlverfahren im ersten Abschnitt des Zweiten Teils des BetrVG ein wichtiger Überbau gegeben. In den folgenden Ausführungen wird daher immer wieder auf Art. 9 Abs. 3 GG einzugehen sein.

Zudem wird eine wichtige Verbindungslinie zum Völkerrecht hergestellt. Dieser Ansatz findet sich nämlich auch im ILO-Übkommen Nr. 135 über Schutz und Erleichterungen für Arbeitnehmervertreter im Betrieb, welches von Deutschland ratifiziert wurde.<sup>77</sup> In dem Übereinkommen wird der Begriff der Arbeitnehmervertreter

---

<sup>73</sup> *Richardi*, in: *Richardi*, § 2 Rn. 79.

<sup>74</sup> *Homburg*, in: *DKKW*, § 20 Rn. 9; *Reichold*, in: *HWK*, § 20 Rn. 3.

<sup>75</sup> *Richardi*, in: *Richardi*, § 2 Rn. 79 u. 86.

<sup>76</sup> BVerfG, Urteil vom 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16, NZA 2017, 915 (916 f.).

<sup>77</sup> BGBl. 1973 Nr. 37, 953; historisch hierzu: BT-Drs. 7/536, 1 (3); instruktiv: *Däubler*, Rn.18 ff.

u.a. auch auf Gewerkschaftsvertreter bezogen. Wichtiger aber noch steht hinter dem Übereinkommen der Gedanke, das Recht auf Koalitionsverhandlungen zu ergänzen.

### **Teil 3: Der Schutz der Wahl und Wahlakteure**

Wie eingangs festgehalten, bestehen für die Betriebsverfassung zwei Herausforderungen: die Aktivierung der aktiv wie passiv wahlberechtigten Arbeitnehmer und der Schutz der Wahl.

Der Schutz der Wahl ist deshalb zuerst zu diskutieren, weil in dieser Konstellation Arbeitnehmer den Entschluss zu einer Wahl getroffen haben. Von der Warte des BetrVG ist das der zentrale Entschluss. Diese Arbeitnehmer sind daher besonders zu schützen.

Um die Durchführung der Wahl des Betriebsrats zu gewährleisten, sieht das BetrVG einen besonderen Schutz sowohl gegen Behinderungen und Beeinflussungen der Wahl, als auch gegen die Kündigung von Arbeitsverhältnissen von bestimmten Wahlakteuren vor.

#### **I. Der Schutz der Wahl**

§ 20 BetrVG statuiert zwei zentrale Verbote. Nach Abs. 1 darf niemand die Wahl des Betriebsrats behindern (Behinderungsverbot). Insbesondere darf kein Arbeitnehmer in der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts beschränkt werden. Ferner gebietet Abs. 2, dass niemand die Wahl des Betriebsrats durch Zufügung oder Androhung von Nachteilen oder durch Gewährung oder Versprechen von Vorteilen beeinflussen darf (Beeinflussungsverbot). Als Störer der Wahl kommt jedermann in Betracht.<sup>78</sup>

Die Norm ist Ausdruck des Grundsatzes der freien Wahl.<sup>79</sup> Verstöße gegen § 20 BetrVG können zur Anfechtbarkeit der Wahl führen.<sup>80</sup> Nicht hinreichend geklärt ist, ob aus § 20 BetrVG ein Unterlassungsanspruch gegen den Störer erwächst und wer diesen Anspruch geltend machen könnte.<sup>81</sup> Auf die Frage, wann eine Kündigung von Arbeitnehmern eine Wahlbehinderung darstellt, wird weiter unten eingegangen.

---

<sup>78</sup> Reichold, in: HWK, § 20 Rn. 2.

<sup>79</sup> Kreuzt, in GK, § 20 Rn. 1.

<sup>80</sup> BAG, Beschluss vom 04. 12. 1986 – 6 ABR 48/85 –, BAGE 53, 385.

<sup>81</sup> Reichold, in: HWK, § 20 Rn. 8; unklar: Homburg, in: DKKW, § 20 Rn. 20-22; Koch, in: ErfK, § 20 Rn. 8; Thüsing, in: Richardi, § 20 Rn. 29 – 32.



## **1. Das Behinderungsverbot**

### **a) Der Schutzbereich des Behinderungsverbots**

Nach § 20 Abs. 1 BetrVG ist jede Behinderung der Wahl untersagt. Als Behinderung im Sinne von § 20 BetrVG ist jedes Tun oder Unterlassen zu verstehen, dass sich gegen die Handlungsfreiheit der Wahlbeteiligten richtet.<sup>82</sup> Das Verbot setzt kein Verschulden voraus.<sup>83</sup>

In zeitlicher Hinsicht werden alle vorbereitenden Maßnahmen für eine Betriebsratswahl geschützt.<sup>84</sup> Diskutieren Arbeitnehmer, ob ein Betriebsrat gegründet werden kann, so fällt bereits dieser erste Kontakt der Arbeitnehmer in den Schutzbereich des § 20 BetrVG.

Nach herrschender Meinung setzt eine Wahlbehinderung die Rechtswidrigkeit der Handlung voraus. Das entspricht allgemeiner Praxis bei Unterlassungsansprüchen und wird durch die Vermutung der Widerrechtlichkeit durch den Eintritt des Behinderungserfolgs flankiert.<sup>85</sup>

### **b) Betriebsfremde als Störer**

Zunächst stellt sich die Frage, ob nicht auch Betriebsfremde oder im Auftrag des Arbeitgebers Handelnde Störer i.S.v. § 20 BetrVG sein können. Die Zurechnung des Handelns für und wider den Arbeitgeber steht bei Störungshandlungen nicht im Streit.<sup>86</sup> Zu prüfen ist jedoch, ob sich § 20 BetrVG nicht auch direkt gegen die handelnde betriebsfremde Person richtet.

Zu denken wäre sogar in letzter Konsequenz an die Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts nach § 20 BetrVG, wenn dieser den störenden Arbeitgeber in rechtswidriger Weise berät und insbesondere Handlungen anrät, die erkennbar die Wahl beeinträchtigen oder beeinflussen.<sup>87</sup>

§ 20 Abs. 1 BetrVG ist eine Norm, die sich gegen Störungen richtet, so dass die Grundsätze des § 1004 BGB auch auf § 20 Abs. 1 BetrVG übertragen werden

---

<sup>82</sup> *Kreutz*, in: GK, § 20 Rn. 11.

<sup>83</sup> *Thüsing*, in: Richardi, § 20 Rn. 8.

<sup>84</sup> *Reichold*, in: HWK § 20 Rn. 2

<sup>85</sup> Vgl. *Baldus*, in: MünchKommBGB, § 1004 Rn. 289 ff.

<sup>86</sup> *Fritzsche*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, § 1004 Rn. 17.

<sup>87</sup> Hierzu: *Behrens/Dribbusch*, AiB 2017, Heft 1, 14 (16).

können. Im Rahmen von § 1004 BGB ist Störer, wer in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung des geschützten Rechts beiträgt.<sup>88</sup>

Anerkannt ist, dass sog. sonstige Dritte Störer i.S.v. § 1004 BGB sein können.<sup>89</sup> Dabei kann als Beitrag auch die Unterstützung oder Ausnutzung der Handlung eines eigenverantwortlich handelnden Dritten genügen, sofern der Inanspruchgenommene die Möglichkeit zur Verhinderung dieser Handlung hatte. Da die negatorische Haftung nach der Rechtsprechung nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden darf, die weder als Täter noch als Teilnehmer in Anspruch genommen werden können, setzt die Haftung des Störes die Verletzung zumutbarer Verhaltenspflichten, insbesondere von Prüfungspflichten, voraus.<sup>90</sup>

Ob und inwieweit dem als Störer Inanspruchgenommenen eine Prüfung zuzumuten ist, richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung seiner Funktion und Aufgabenstellung sowie mit Blick auf die Eigenverantwortung desjenigen, der die rechtswidrige Beeinträchtigung selbst unmittelbar vorgenommen hat.<sup>91</sup>

Bei der Anwendung des § 20 BetrVG auf Rechtsanwälte muss sicherstellt sein, dass die Berufsausübung nicht unverhältnismäßig erschwert wird. Lässt der Arbeitgeber seinem Rechtsanwalt freie Hand und veranlasst dieser seinerseits freiverantwortlich Störungshandlungen i.S.v. § 20 BetrVG, ist er unmittelbarer Störer. Schlägt ein Rechtsanwalt ganz konkrete Maßnahmen durch den Arbeitgeber vor, kommt seine Haftung als Mittäter oder als Anstifter in Betracht. Bestärkt der Rechtsanwalt die Durchführung von Maßnahmen i.S.v. § 20 BetrVG, ist er Gehilfe. In sonstigen Fällen stellt sich die Frage, ob der Rechtsanwalt erkennen konnte, dass die Handlung eine Störung im Sinne von § 20 BetrVG darstellen wird. Das kann im Fall einer feststehenden Rechtsprechung oder unwidersprochenen herrschenden Meinung angenommen werden.

---

<sup>88</sup> BGH, Urteil vom 22.07. 2010 - I ZR 139/08, GRUR 2011, 152.

<sup>89</sup> BGH, Urteil vom 17. 05. 2001 - I ZR 251/99, BGHZ 148, 13, 17 f.; BGH, Urteil vom 15. 05. 2003 - I ZR 292/00, GRUR 2003, 969 (970).

<sup>90</sup> BGH, Urteil vom 16.05.2013 – I ZR 216/11, WRP 2013, 1612 (1615 f.).

<sup>91</sup> BGH, Urteil vom 17. 05. 2001 - I ZR 251/99, BGHZ 148, 13, 17 f.; BGH, Urteil vom 15. 05. 2003 - I ZR 292/00, GRUR 2003, 969 (970).

### **c) Die Kostentragungspflicht des Arbeitgebers i.V.m. § 20 Abs. 1 S. 1 BetrVG**

Nach § 20 Abs. 3 S. 1 BetrVG hat der Arbeitgeber die Kosten der Betriebsratswahl zu tragen. § 20 Abs. 3 BetrVG gewährt einen Anspruch auf Erstattung der Kosten, die zur Durchführung einer ordnungsgemäßen Betriebsratswahl erforderlich waren. Der Begriff „Wahl“ wird sehr weit verstanden. Erfasst werden auch die Kosten des Wahlvorstands.<sup>92</sup>

### **2. Das Beeinflussungsverbot**

Während das Verbot in § 20 Abs. 1 BetrVG auf die Freiheit der Willensbetätigung der Wahlbeteiligten gerichtet ist, zielt § 20 Abs. 2 BetrVG auf die Sicherung der freien Willensbildung der Wahlbeteiligten ab.<sup>93</sup>

Nach § 20 Abs. 2 BetrVG darf niemand die Wahl des Betriebsrats durch Zufügung oder Androhung von Nachteilen oder durch Gewährung oder Versprechen von Vorteilen beeinflussen. So ist etwa die Begünstigung einer bestimmten Wahlvorschlagsliste mit dem Ziel der Wahlbeeinflussung verboten.<sup>94</sup> Der Wortlaut erfasst auch Handlungen, die sich mittelbar auf die Wahl auswirken, indem sie die innere Willensbildung der Wahlberechtigten beeinflussen.<sup>95</sup>

### **3. Das Neutralitätsgebot**

Die Rechtsprechung und Literatur haben § 20 Abs. 1 und Abs. 2 BetrVG abstrahiert und zu einem Neutralitätsgebot fortentwickelt.<sup>96</sup> Danach ist es dem Arbeitgeber verwehrt, über die speziellen Verbote des § 20 BetrVG hinaus in irgendeiner Weise auf die Wahlentscheidung Einfluss zu nehmen. Die Bildung und Zusammensetzung des Betriebsrates ist nämlich ausschließlich eine Angelegenheit der Arbeitnehmer.

Das Neutralitätsgebot ist weitreichend. Der Wähler soll vor Beeinflussungen geschützt werden, die geeignet sind, seine Entscheidungsfreiheit ernstlich zu beeinträchtigen. Insbesondere Empfehlungen des Arbeitgebers, das Wahlrecht in einer bestimmten Weise auszuüben, verstoßen gegen das Neutralitätsgebot, wenn

---

<sup>92</sup> *Homburg*, in DKKW, § 20 Rn. 1.

<sup>93</sup> BGH, Beschluss vom 13.09.2010 – 1 StR 220/09, NJW 2011, 88.

<sup>94</sup> BGH, Beschluss vom 13.09.2010 – 1 StR 220/09, NJW 2011, 88.

<sup>95</sup> *Reichold*, in: HWK, § 20 Rn. 6.

<sup>96</sup> LAG Baden-Württemberg Beschluss vom 01.08.2007 - 12 TaBV 7/07; FESTL, § 20 Rn. 24; *Homburg* in: DKKW, § 20 Rn. 19; *Vogt*, BB 1987, 189 (190); a.A.: *Thüsing*, in Richardi, § 20 Rn. 20.

eine Beeinflussung des Wahlergebnisses dadurch nicht ausgeschlossen werden kann.<sup>97</sup>

Das Neutralitätsgebot geht offensichtlich über § 20 BetrVG hinaus; schon deshalb, weil der Nachweis der Beeinflussung zugunsten der Gefahr der Beeinträchtigung ausgetauscht wird.<sup>98</sup> Doch handelt es sich um eine zulässige Rechtsfortbildung, weil das Gebot nicht allein in § 20 BetrVG enthalten ist, sondern sich schon aus den §§ 9 ff. BetrVG ergibt. Der Arbeitgeber ist kein Akteur der Betriebsratswahl. Es handelt sich um einen Vorgang innerhalb der Arbeitnehmerschaft.

Das Neutralitätsgebot ist als Rechtsgedanke dem BetrVG immanent und erhält über § 20 Abs. 2 analog BetrVG die zutreffende Rechtsgrundlage.<sup>99</sup> Ergänzend lässt sich das Neutralitätsgebot auch aus Art. 9 Abs. 3 GG ableiten. Insbesondere *Maschmann* hat darauf hingewiesen, dass die Neutralitätspflicht auch aus der unmittelbaren Drittwirkung des Art. 9 Abs. 3 GG folgen kann.<sup>100</sup>

Das Bundesarbeitsgericht ist diesem Ansatz jüngst entgegengetreten.<sup>101</sup> Aus § 20 Abs. 2 BetrVG könne keine Neutralitätspflicht gefolgert werden. In der Begründung zeigt sich erneut, dass ein Bezug zu Art. 9 Abs. 3 GG fehlt. Auch inhaltlich überzeugt die Entscheidung nicht. Die innere Freiheit allein über die geheime Wahl während des Wahlakts zu schützen, würde für die freie Meinungsbildung der Arbeitnehmer eine offene Flanke im Vorfeld begründen.

Nicht überzeugend ist ferner das Argument, dass das Neutralitätsgebot nicht handhabbar wäre. Vom Arbeitgeber wird einzig verlangt, sich nicht zur Betriebsratswahl zu positionieren. Er erfüllt die Pflicht durch bloßes Unterlassen. Im Rahmen der Reform des BetrVG sollte daher der alte Rechtszustand wiederhergestellt werden.

---

<sup>97</sup> Hessisches Landesarbeitsgericht, Beschluss vom 12. November 2015 – 9 TaBV 44/15 –, juris; hierzu: *Burgmer*, jurisPR-ArbR 13/2016 Anm. 2

<sup>98</sup> So wohl auch *Maschmann*, BB 2010, 145 (250).

<sup>99</sup> *Koch*, in *Schaub*, § 218 Rn. 6.

<sup>100</sup> *Maschmann*, BB 2010, 245 (250).

<sup>101</sup> BAG, Beschluss vom 25.10.2017 – 7 ABR 10/16 uv. = juris Rn. 18.

#### **4. Insbesondere: hostile environment für Betriebsratgründungen**

Bislang nicht diskutiert wurde das Problem, dass für Arbeitnehmer unerschwinglich ein Klima erzeugt wird, das Anreize zur Betriebsratswahl nimmt.<sup>102</sup> Ein hierauf gerichtetes Verbot ist auf der Grundlage des Neutralitätsgebots angezeigt.

Es darf im Betrieb kein Klima vorherrschen, das einer Betriebsratswahl entgegensteht. Der Arbeitgeber darf daher nicht unerschwinglich bei den Arbeitnehmern das Gefühl erzeugen, ein Betriebsrat sei ihm nicht recht. Er muss die Neutralität „leben“.

#### **5. Der Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG**

Das Bundesarbeitsgericht leitet in ständiger Rechtsprechung aus § 1004 BGB analog i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG einen Unterlassungsanspruch der Koalitionen gegen Handlungen ab, die ihre koalitionsspezifische Betätigung behindern.<sup>103</sup> Dieser Anspruch soll daher hier kurz für die Betriebsratswahl untersucht werden. Gegenüber dem höherrangigen Recht kann § 20 BetrVG keine Sperrwirkung entfalten.<sup>104</sup>

##### **a) Der Unterlassungsanspruch gegen den Arbeitgeber**

Der Anspruch flankiert § 20 BetrVG für Verhaltensweisen, die darauf gerichtet sind, die koalitionsspezifische Betätigung erst noch zu beeinträchtigen.<sup>105</sup> Man spricht auch von dem sog. vorbeugenden Unterlassungsanspruch: Über den Wortlaut des § 1004 BGB hinaus ist heute anerkannt, dass der Anspruch bereits in den Fällen besteht, in denen die erstmalige Verletzung der geschützten Rechte bzw. Rechtsgüter bevorsteht (sog. Erstbegehungsfahr).<sup>106</sup>

Die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Möglichkeit zur Einflussnahme der Gewerkschaft wird daher frühzeitig geschützt und mit einem Beseitigungsanspruch flankiert. Dass hier nicht unmittelbar auf die Gewerkschaft eingewirkt wird, ist unerheblich, weil die Einflussnahme und die Qualität der Betätigung nach Art. 9 Abs.

---

<sup>102</sup> Bekannt ist aus dem AGG in die Pflicht des Arbeitgebers nach § 12 AGG ein sog. hostile environment i.S.v. § 3 Abs. 3 AGG zu verhindern.

<sup>103</sup> BAG, Art. 9 GG Nr. 150 Rn. 26 m.w.N; Koch, in: Schaub, § 231 Rn. 29.

<sup>104</sup> Preis, in: ErfK, § 611a Rn. 203 u. 236.

<sup>105</sup> Jüngst wieder für das Tarifrecht: BAG, NZA 2017, 1410 (1413).

<sup>106</sup> Fritzsche, in: BeckOK, § 1004 Rn. 87.

3 GG gerade von der real getroffenen Initiative der Mitglieder der Gewerkschaft vor Ort abhängt.<sup>107</sup>

### **b) Der Unterlassungsanspruch gegen Dritte**

Wirbt jemand gezielt damit, Arbeitnehmer an der Organisation einer Betriebsratswahl widerrechtlich hindern zu können, handelt es sich zwar noch nicht um eine Wahlbehinderung oder -beeinflussung i.S.v. § 20 BetrVG. Gleichwohl wird das Institut der Betriebsratswahl angegriffen. Nach Art. 9 Abs. 3 GG obliegt den Koalitionen die Wahrung der Arbeitsbedingungen. Das bedeutet insbesondere, dass es den Koalitionen zufällt, institutionelle Angriffe, die im Vorfeld angesiedelt sind, zu bekämpfen.<sup>108</sup>

Der Anspruch richtet sich gegen denjenigen, der die Beeinträchtigung durch sein Verhalten - d.h. positives Tun oder pflichtwidriges Unterlassen - adäquat verursacht hat.<sup>109</sup> Die Rechtsprechung fasst den Begriff der Beeinträchtigung in § 1004 BGB sehr weit.<sup>110</sup> Erforderlich für eine Beeinträchtigung des Art. 9 Abs. 3 GG ist ein Zustand, der dem Inhalt des Art. 9 Abs. 3 GG zuwider läuft.

Wirbt nun ein Dritter offensiv mit Maßnahmen gegen die Betriebsratsgründung, ist diese Werbung unmittelbar darauf gerichtet, einen Kunden zu gewinnen, um in dessen Betrieb die Bildung eines Betriebsrats zu verhindern. Damit ist auch ein erster Schritt getan, um die Bildung von Betriebsräten zu verhindern. Dieser erste Schritt bezieht sich insbesondere auch auf die Betätigungsbefugnis der Koalitionen. Denn diese läuft in diesen Fällen Gefahr leerzulaufen.

### **c) Die statthafte Verfahrensart**

Für den Anspruch aus § 1004 BGB analog gerichtet gegen Wahlbehinderungen stellt sich die Frage, ob das Urteils- oder Beschlussverfahren statthaft ist. Das BAG vertritt zu § 1004 BGB i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG gerichtet auf die Unterlassung tarifwidriger

---

<sup>107</sup> Zu dieser Dimension vgl. BAG, AP Art. 9 GG Nr. 150 Rn. 31, wo das Befragen einzelner Arbeitnehmer gegen die koalitionsspezifische Betätigung gerichtet war.

<sup>108</sup> BAG, NZA 1999, 887 (891): „Es wird durch Art. 9 III GG verfassungsrechtlich gewährleistet. Der Grundrechtsschutz richtet sich nach Art. III 2 GG auch gegen privatrechtliche Beschränkungen, hat also Drittwirkung. Demnach sind Abreden, welche die Koalitionsfreiheit einschränken oder zu behindern suchen, nichtig. Hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig und mit Rechtsbehelfen zu verhindern.“; zum Flashmob gegen die unternehmerische Entscheidungsfreiheit im Grundsatz: BAG, NZA 2009, 1347 (Leitsatz 2).

<sup>109</sup> BGH, NJW 1968, 1281.

<sup>110</sup> Zum Eigentum: BGH, NJW-RR 2001, 232.

Zustände, dass das Beschlussverfahren die statthafte Verfahrensart ist.<sup>111</sup> Es handele sich trotz des Tarifvertragsrechts um eine betriebsverfassungsrechtliche Angelegenheit. Verfahrensgegenstand seien Störungen, die aus der Betriebsverfassung herrührten.

Da es sich bei dem vorliegenden Anspruch gegen Wahlbehinderungen um einen Anspruch handelt, der allein im Betriebsverfassungsrecht angesiedelt ist, spricht in Anwendung der Rechtsprechung des BAG alles dafür, das Beschlussverfahren auch auf ihn anzuwenden.

**d) *Insbesondere: die Abmahnung***

Für die Praxis hat das der Klage auf Unterlassung vorangehende Institut der Abmahnung eine wichtige Bedeutung, die hier kurz illustriert soll.

**aa) *Bedeutung für Art. 9 Abs. 3 GG***

Die Abmahnung hat für die Koalitionen nach Art. 9 Abs. 3 GG eine grundlegende Bedeutung. Als Instrument kann die Abmahnung dazu dienlich sein, Verstöße gegen Art. 9 Abs. 3 GG kurzfristig zu monieren und so eine geordnete Betriebsratswahl zu ermöglichen.

Wegen der Bedeutung des Art. 9 Abs. 3 GG können auch nicht im Betrieb vertretene Gewerkschaften ein solches Verhalten abmahnen. Das wird in der Praxis allerdings nur dann der Fall sein, wenn sich die betroffenen Arbeitnehmer im Nachhinein an eine zuständige Gewerkschaft wenden.

Ebenfalls möglich ist es, öffentliche Angebote von Dritten mit einer objektiven Stoßrichtung gegen die Wahl von Betriebsräten abzumahnern. Bei Anwälten bzw. Anwaltskanzleien werden die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag in aller Regel vorliegen, weil diese nicht gegen Art. 9 Abs. 3 GG verstoßen wollen und ihre Eidesformel nach § 12a BRAO sie an die Wahrung des geltenden Verfassungsrechts bindet.

---

<sup>111</sup> BAG, BAG, Beschluss vom 07.06.2017 – 1 ABR 32/15, NZA 2017, 1410 (1413); BAG, Urteil vom 17.05.2011 – 1 AZR 473/09, NZA 2011, 1169.

#### bb) Begriff und Bedeutung der Abmahnung bei der Rechtsdurchsetzung

Die Abmahnung hat mehrere Funktionen. Sie soll einen Gerichtsstreit verhindern. Sie soll den Störer auf die Widerrechtlichkeit seines Verhaltens hinweisen und sie soll die Kostenfolge nach § 93 ZPO verhindern.<sup>112</sup>

Die Abmahnung ist im Arbeitsrecht eher aus dem Kündigungsrecht bekannt. Im gewerblichen Rechtsschutz und im Verbraucherschutzrecht hat sie jedoch eine dem negatorischen Rechtsschutz vorgelagerte Funktion. Nach § 12 Abs. 2 UWG soll der Störer vorab abgemahnt werden. Eine Abmahnung ist danach die an den Störer gerichtete Aufforderung des Gläubigers, wegen einer Zuwiderhandlung binnen einer bestimmten Frist eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben.<sup>113</sup> Allgemein wird im Wettbewerbsrecht angenommen, dass Abmahnungen ca. 80-90% der Fälle erledigen.<sup>114</sup>

#### cc) Die rechtliche Grundlage

Bis 2004 war die Abmahnung nicht gesetzlich fixiert und war nur gewohnheitsrechtlich anerkannt.<sup>115</sup> Die Rechtsprechung stützte sich ursprünglich auf die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag und nahm hinsichtlich einer Abmahnung von Rechtsbrüchen an, dass diese eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag nach den §§ 677 ff. BGB darstellen kann. Dafür ist nach §§ 683, 677 BGB entscheidend, ob die Abmahnung nach objektiver Betrachtung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Schuldners entspricht.

Diesem Interesse und dem mutmaßlichen Willen des Störers wird regelmäßig entsprochen werden. Denn die Abmahnung nach einer Rechtsverletzung dient im Regelfall dem wohlverstandenen Interesse beider Parteien, da sie das Streitverhältnis auf einfache, kostengünstige Weise vorprozessual beenden und einen Rechtsstreit vermeiden kann.<sup>116</sup>

#### dd) Die Kostentragungspflicht des Störers

Im Fall einer rechtmäßigen Abmahnung kann der Abmahnende nach den Regeln der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 677, 683, 670 BGB Ersatz

---

<sup>112</sup> Zusammenfassend: *Ohly/Sosnitza*, UWG § 12 Rn. 2.

<sup>113</sup> BT-Drs. 15/1487, S 25

<sup>114</sup> *Ohly/Sosnitza*, UWG § 12 Rn. 2.

<sup>115</sup> Hierzu: BT-Drs. 15/1487, S. 25.

<sup>116</sup> BGH, Urteil vom 07.10.2009 – I ZR 216/07, GRUR 2010, 257 (258).



seiner Aufwendungen verlangen.<sup>117</sup> Aufwendungen für eine Abmahnung sind dann zu erstatten, wenn sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig sind. Das gilt insbesondere hinsichtlich der Kosten für die Beauftragung eines Rechtsanwalts.<sup>118</sup>

#### ee) Das Verhältnis von Unterlassungsanspruch und Abmahnung

Zuletzt soll noch das Konkurrenzverhältnis von Abmahnung und Unterlassungsanspruch erörtert werden.

Die Abmahnung ist gegenüber der Leistungsklage ein milderes Mittel. Im Wettbewerbsrecht ist sogar erforderlich, dass vor der Klageerhebung eine Abmahnung ausgesprochen wurde. Nach § 12 Abs. 1 S. 1 UWG soll die Abmahnung vorher erfolgen, um dem Störer die Gelegenheit einzuräumen, den Streit durch Abgabe einer Unterlassungserklärung beizulegen.

Diese Vorgabe besteht im Betriebsverfassungsrecht nicht. Damit bleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen: Besteht ein fälliger Anspruch, sind Leistungsklagen ohne Darlegung eines besonderen Interesses an einem Urteil zulässig. Dass in diesen Konstellationen das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, bleibt eine Ausnahme.<sup>119</sup>

### 6. Zusammenfassung

Während die Anspruchsqualität des § 20 BetrVG zweifelhaft ist, ist § 1004 BGB analog i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG eine wichtige Anspruchsgrundlage, um den störungsfreien Ablauf einer freien Betriebsratswahl gegenüber Eingriffen von außen abzuschirmen.<sup>120</sup>

Der Anspruch aus § 1004 BGB analog hat einen weiteren Anwendungsbereich als § 20 BetrVG, insbesondere richtet er sich gegen Eingriffe, die bereits einen Angriff auf das Institut der Betriebsratswahl bedeuten.

## II. Der Schutz der Wahlakteure

Hinsichtlich des Schutzes der im Vorfeld der Wahl und während der Wahl beteiligten Arbeitnehmer ist zwischen dem Sonderkündigungsschutz nach § 15 KSchG und der

---

<sup>117</sup> BGH, Urteil vom 24.02.2011 – I ZR 181/09, GRUR 2011, 754 (755).

<sup>118</sup> BGH, Urteil vom 06.05.2004 – I ZR 2/03, NJW 2004, 2448

<sup>119</sup> BGH, Urteil vom 21.04.2016 – I ZR 100/15. NJW 2017, 171 (172).

<sup>120</sup> BT-Drs. 18/2750, 1 (4) schlägt vor § 78 BetrVG, auf Wahlvorstände zu erstrecken. Das ist zweckmäßig, könnte aber weiterhin Schutzlücken vor der Zusammensetzung des Wahlvorstands offenlassen. § 1004 BGB i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG prägt hingegen ein weitergehendes System.

Bedeutung des Behinderungs- und Beeinflussungsverbots nach § 20 BetrVG zu unterscheiden.

### **1. Der Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 3 und § 15 Abs. 3a KSchG**

§ 15 KSchG schließt die ordentliche Kündigung von Amts- und Funktionsträgern<sup>121</sup> für einen bestimmten Schutzzeitraum weitgehend aus. Der Arbeitnehmer, der sich auf einen Sonderkündigungsschutz nach § 15 KSchG beruft, hat die dafür erforderlichen Tatsachen darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen.<sup>122</sup>

#### **a) Der Kündigungsschutz für Mitglieder des Wahlvorstands und Wahlbewerber**

Nach § 15 Abs. 3 S.1 BetrVG ist die ordentliche Kündigung des Arbeitsvertrags mit einem Mitglied des Wahlvorstands vom Zeitpunkt seiner Bestellung an bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses unzulässig. Das gleiche gilt für Wahlbewerber vom Zeitpunkt der Aufstellung des Wahlvorschlags an.

Dieser Schutz wird sowohl für Mitglieder des Wahlvorstands als auch für einen Wahlbewerber durch den sog. nachwirkenden Schutz des § 15 Abs. 3. S. 2 KSchG verstärkt. Auch in den sechs Monaten nach Veröffentlichung des Wahlergebnisses ist die ordentliche Kündigung ausgeschlossen.

Nach der Begründung schützt die Norm weniger die individuellen Interessen der einzelnen Amtsträger als vielmehr das Interesse der Gremien bzw. der gesamten Belegschaft.<sup>123</sup> Die Arbeit soll kontinuierlich möglich sein, indem die Zusammensetzung der Gremien nicht tangiert wird. Ferner soll der Kündigungsschutz die erforderliche personelle Unabhängigkeit gewährleisten. Die Angst vor Druck soll die Übernahme und Durchführung der Ämter nicht beeinträchtigen.<sup>124</sup>

Aus diesem auf die Wahl bezogenen Schutzzweck hat das BAG den Schluss gezogen, dass § 15 Abs. 3 KSchG kein Schutzgesetz ist.<sup>125</sup> Diese Rechtsprechung überzeugt nicht. Eine Schutznorm kann sowohl eine objektive Schutzrichtung haben (die Wahl), als auch ein Individuum schützen (den Arbeitnehmer). Entscheidend ist,

---

<sup>121</sup> Zum Begriff: *Eylert/Sänger*, RdA 2010, 24 (25); vgl. den Überblick bei *Pritzel/Spengler*, AiB 2017, 10 (12).

<sup>122</sup> BAG, Urteil vom 27.09.2012 – 2 AZR 955/11, NZA 2013, 425.

<sup>123</sup> Hierzu: *Eylert/Sänger*, RdA 2010, 24 (25).

<sup>124</sup> BAG, Urteil vom 12.02.2004 - 2 AZR 163/03, AP KSchG 1969 § 15 Ersatzmitglied Nr. 1.

<sup>125</sup> BAG, Urteil vom 14.02.2002 - 8 AZR 175/01, NZA 2002, 1027 (1030).

ob der Schutz des Individuums durch die Norm bezweckt ist.<sup>126</sup> Das wird insbesondere beim Besitzschutz nach §§ 858, 859 BGB deutlich, der Rechtsfrieden und Besitzer schützen kann.<sup>127</sup> Daher sollte die Rechtsprechung kritisch hinterfragt werden. Dass § 15 Abs. 3 BetrVG *auch* die Rechtsposition des Arbeitnehmers schützen soll, lässt sich nur schwerlich verneinen.

Der Schutz nach § 15 KSchG besteht insbesondere auch in den Kleinbetrieben ab fünf Personen i.S.v. § 1 BetrVG. Aus § 23 Abs. 1 S. 1 KSchG folgt, dass § 15 KSchG unabhängig von den Schwellenwerten der S. 2 und 3 sowie von der Wartefrist des § 1 Abs. 1 KSchG besteht. Systematisch ist der Schutz nach § 15 KSchG daher deutlich stärker ausgebaut als der Schutz vor sozial ungerechtfertigten Kündigungen.

§ 15 Abs. 3 KSchG gilt auch bei Massenentlassungen. Denn § 15 KSchG benennt die Fälle, in denen ausnahmsweise eine ordentliche Kündigung zulässig ist, abschließend in den Abs. 4 und Abs. 5.<sup>128</sup> Auch bei einer Insolvenz des Unternehmens verbietet § 15 Abs. 3 KSchG die ordentliche Kündigung. § 125 InsO ist nur gegenüber § 1 KSchG die speziellere Norm.<sup>129</sup>

#### **b) Der Maßstab für die außerordentliche Kündigung**

Da die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist, liegt es nahe, dass ordentliche Kündigungsgründe in der betrieblichen Praxis vorschnell zu außerordentlichen Kündigungsgründen gemacht werden. Die herrschende Meinung orientiert sich gleichwohl am allgemeinen Maßstab des § 626 BGB und trägt der Besonderheit des § 15 KSchG keine Rechnung.<sup>130</sup> Die Amts- bzw. Funktionsstellung wird weder zu Gunsten noch zu Lasten der Funktionsträger berücksichtigt.<sup>131</sup>

In aller Regel wird es um verhaltensbedingte Kündigungen gehen. Eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung wird bei § 15 KSchG grundsätzlich ausscheiden.<sup>132</sup> Das BAG folgert aus dem Ausschluss der ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung, dass eine soziale Auslaufzeit nicht in Betracht

---

<sup>126</sup> BGH, Urteil vom 03.02.1987 - VI ZR 32/86, NJW 1987, 1818 (1818).

<sup>127</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 18.12.2015 – V ZR 160/14, NJW 2016, 863 (866) m.w.N.

<sup>128</sup> Äußerst bedenklich ist, dass das BAG die Normen heranzieht, um die grundsätzliche Einschränkung des Kündigungsschutzes abzuleiten, vgl. BAG, Urteil vom 17.01.2008 - 2 AZR 821/06, NZA 2008, 777 (779).

<sup>129</sup> BAG, Urteil vom 17.11.2005 - 6 AZR 118/05, NZA 2006, 370 (371).

<sup>130</sup> Eylert/Sänger, RdA 2010, 24 (29).

<sup>131</sup> BAG, Urteil vom 17.01.2008 - 2 AZR 821/06, NZA 2008, 777 (778).

<sup>132</sup> Eylert/Sänger, RdA 2010, 24 (28).

kommt.<sup>133</sup> Anderenfalls würde man die Situation schaffen, vor der § 15 KSchG gerade schützen soll.

**c) *Insbesondere: die geschützten und nicht geschützten Personen***

§ 15 Abs. 3 KSchG nennt als geschützte Wahlakteure die Mitglieder des Wahlvorstands und die Wahlbewerber. Der Begriff des Wahlbewerbers wird einschränkend dahingehend ausgelegt, dass der Arbeitnehmer wählbar sein muss.<sup>134</sup> Behebbarer Mängel des Wahlvorschlags wirken sich nicht nachteilig auf den Schutz aus.<sup>135</sup>

Umgekehrt stellt sich die Frage, inwieweit die Norm einer erweiternden Auslegung oder gar einer Rechtsfortbildung zugänglich ist. Denn in der Literatur wird gemeinhin konstatiert, dass die Norm abschließend ist.<sup>136</sup>

**aa) Der Wahlbewerber**

§ 15 Abs. 3 KSchG schützt den Wahlbewerber, sobald der Wahlvorschlag aufgestellt wurde. Dieser Schutz setzt ausweislich des Wortlauts voraus, dass ein Wahlvorstand die Wahl eingeleitet hat und ist daher akzessorisch zum Gelingen der Bestellung eines Wahlvorstands.<sup>137</sup> Der Wille, zu kandidieren genügt daher nicht.

Mit Blick auf die Wahl des Betriebsrats ist erforderlich, dass ein schriftlicher Wahlvorschlag existiert, der den in § 14 Absatz 4 BetrVG und in der Wahlordnung normierten Voraussetzungen genügt, insbesondere die erforderliche Mindestzahl von Stützunterschriften aufweist.<sup>138</sup>

Damit klafft eine Schutzlücke zwischen der Fassung des Entschlusses zu kandidieren bis hin zum Erreichen eines wirksamen Wahlvorschlags, wenn der Arbeitnehmer nicht Mitglied des Wahlvorstands ist.

---

<sup>133</sup> BAG, Urteil vom 17. 1. 2008 - 2 AZR 821/06, NZA 2008, 777 (779).

<sup>134</sup> BAG, Urteil vom 26.9.1996 - 2 AZR 528/95, NZA 1997, 666.

<sup>135</sup> BAG, Urteil vom 17. 3. 2005 - 2 AZR 275/04, NZA 2005, 1064 (1068); *Eylert/Sänger*, RdA 2010, 24 (27).

<sup>136</sup> *Eylert/Sänger*, RdA 2010, 24 (26).

<sup>137</sup> BAG, Urteil vom 4.3.1976 – 2 AZR 620/74, AP KSchG 1969 § 15 Wahlbewerber Nr. 1; *Linck*, in: APS, § 15 Rn. 67.

<sup>138</sup> So BAG, Urteil vom 31.07.2014 – 2 AZR 505/13, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 76; *Koch*, in: ErfK, § 15 Rn. 12.

Nach der Rechtsprechung und herrschenden Meinung entfällt der Schutz nach § 15 Abs. 3 KSchG, wenn sich die Wahl als nichtig herausstellt.<sup>139</sup>

#### bb) Kandidaten für das Amt des Wahlvorstands

Zur extensiven Auslegung der Norm hat sich das BAG anhand des Kündigungsschutzes eines Bewerbers um das Amt des Wahlvorstands negativ positioniert und keine Wahlbewerbereigenschaft i.S.v. § 15 Abs. 3 KSchG angenommen.<sup>140</sup>

Der Schutzzweck des § 15 Abs. 3 KSchG, eine möglichst reibungslose und erfolgreiche Wahl des Betriebsrats sicherzustellen, gebiete es nicht, den Schutz nach § 15 Abs. 3 KSchG auch erfolglosen Bewerbern um das Amt des Wahlvorstands zukommen zu lassen. Denn hieraus würden typischerweise keine Konfliktlagen erwachsen, die mit denen aus dem späteren Amt als tatsächlich gewählter/bestellter Wahlvorstand oder aus einer Bewerbung um das Amt des Betriebsrats selbst vergleichbar seien.

Zum einen dauere die Kandidatur für den Wahlvorstand in der Regel nur eine kurze Zeitspanne. Zum anderen trete der Kandidat für das Amt des Wahlvorstands auch im Rahmen des Wegs über § 17 Abs. 2 BetrVG in der Regel nicht werbend in Erscheinung. Anlässe und Angriffsflächen für Reaktionen von Seiten des Arbeitgebers seien damit nicht zu erwarten. Der Bestand des Arbeitsverhältnisses von Kandidaten für den Wahlvorstand erscheine demnach nicht schon *wegen ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Rolle* als besonders gefährdet.

Diese Rechtsprechung legt das Auseinanderklaffen von § 15 KSchG und § 20 BetrVG schonungslos offen. Argumentativ überzeugt es nicht, einer Gruppe von Arbeitnehmern wegen ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Rolle den Schutz zu versagen. Ausgangspunkt eines effektiven Wahlschutzes und eines effektiven Schutzes der Akteure der Wahl muss das Neutralitätsgebot sein. Vor diesem Hintergrund sind negative Einwirkungen auf den Prozess der Wahl grundsätzlich untersagt. Das Defizit liegt aber in § 15 KSchG begründet, der von klaren betriebsverfassungsrechtlichen Rollen ausgeht und nicht das große Ganze der Betriebsratswahl im Blick hat.

---

<sup>139</sup> Linck, in: APS, § 15 Rn. 77; hierzu: Pritzel/Spengler, AiB 2017, 10 (13).

<sup>140</sup> BAG, Urteil vom 31.7.2014 – 2 AZR 505/13, NZA 2015, 245; Pritzel/Spengler, AiB 2017, 10 (13)

### cc) Der Status als Ersatzmitglied des Wahlvorstands

Weitere Defizite zeigen sich bei den Ersatzmitgliedern. Wer nicht in den Wahlvorstand gelangt, kann nämlich immer noch als Ersatzmitglied in Betracht kommen.

§ 15 KSchG nennt Ersatzmitglieder nicht ausdrücklich. Von der herrschenden Meinung werden sie daher erst dem besonderen Kündigungsschutz des § 15 Abs. 3 KSchG zugeordnet, wenn sie die genannten Funktionen als Ersatz auch wirklich ausgeübt haben.<sup>141</sup>

Auf dieser Grundlage ist umstritten, ob dann auch der nachwirkende Kündigungsschutz sechs Monate nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses oder sechs Monate nach Ende der Tätigkeit als Vertretung eintritt. Das BAG vertritt die zweite Lösung.<sup>142</sup>

Zudem fordert das BAG für den nachwirkenden Kündigungsschutz, dass das Ersatzmitglied die Betriebsratsarbeit tatsächlich ausgeführt hat.<sup>143</sup> Begründet wird diese Lösung damit, dass eine „Abkühlungsphase“ nicht erforderlich sei. Denn das Ersatzmitglied könne mangels Teilnahme nicht den Zorn des Arbeitgebers auf sich ziehen.

Diese Rechtsprechung läuft ebenfalls Gefahr, an der betrieblichen Wirklichkeit im Einzelfall vorbeizugehen und liefert keine Lösung für das Problem, dass bereits die Listenkandidatur eine gewisse Überwindung beim Arbeitnehmer erfordert. Der Entschluss wird nur dann gestärkt werden, wenn ihm rechtlicher Schutz in jedem Fall folgt.

Diesem Argument lässt sich auch nicht mit dem Schutz des Ersatzmitglieds in seiner Eigenschaft als Wahlbewerber begegnen, weil das die Eigenschaft als Ersatzmitglied komplett ausblenden würde. Zudem folgt aus der Fassung des BetrVG selbst, dass der Wahlvorstand nicht notwendigerweise für das Amt des Betriebsrats kandidieren wollen muss. Es wäre auch verfehlt, über diese Rechtsprechung zu einer Kandidatur zu zwingen.

---

<sup>141</sup> BAG, Urteil vom 08.09.2011 - 2 AZR 388/10, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 70

<sup>142</sup> BAG, Urteil vom 19.04.2012 – 2 AZR 233/11, NZA 2012, 1449 (1451).

<sup>143</sup> BAG, Urteil vom 19.04.2012 – 2 AZR 233/11, NZA 2012, 1449 (1451).

Problematisch ist die Lösung des BAG auch deshalb, weil damit ein Schutz für die schlechter platzierten Ersatzmitglieder des Betriebsrats in aller Regel ausscheiden wird. Hier könnten Erosionsstrategien ansetzen.

#### dd) Zwischenfazit

Sichtet man den Kreis der durch § 15 KSchG geschützten Personen, werden mehrere Schutzlücken offenbar. Die Norm schützt Akteure der Betriebsratswahl nur dann weitgehend, wenn sie unmittelbar in das Gremium einrücken. In allen übrigen Fällen werden die Personen entweder nur abgeschwächt oder gar nicht geschützt.

Damit setzt die Norm keine Anreize für Personen, die gegebenenfalls davon ausgehen müssen, nicht gewählt zu werden. Ist sich ein Arbeitnehmer unsicher oder scheut er das Risiko, wird er im Zweifel von einer Initiative für einen Betriebsrat absehen.

#### d) *Der Schutz der Wahlinitiatoren*

Da sich der Schutz des § 15 Abs. 3 KSchG als lückenhaft herausstellte, ergänzte der Gesetzgeber den Schutz durch § 15 Abs. 3a KSchG. § 15 Abs. 3a KSchG ist für betriebsratslose Betriebe entworfen und bezweckt den Schutz der Arbeitnehmer, die die Initiative für eine Betriebsratswahl ergreifen.

Der Gesetzgeber ging davon aus, dass die zur Wahl des Wahlvorstands einladenden Arbeitnehmer sowie die zur Bestellung eines Wahlvorstands beim Arbeitsgericht antragstellenden Arbeitnehmer im Hinblick auf mögliche Interessenkonflikte mit dem Arbeitgeber für die Zeit der Wahl ähnlich schutzbedürftig sind wie die in Abs. 3 Genannten. Die Regelung soll dazu beitragen, die Initiativen der Arbeitnehmer für die Betriebsratswahlen zu stärken.<sup>144</sup>

Nach dem Wortlaut der Norm sind diejenigen Arbeitnehmer geschützt, die zu einer Betriebsversammlung im regulären Verfahren oder zu einer (ersten) Wahlversammlung im vereinfachten Verfahren einladen. Das gleiche gilt für die Arbeitnehmer, welche die Bestellung des Wahlvorstands beim Arbeitsgericht beantragen, etwa wenn keine Betriebs- oder Wahlversammlung stattgefunden hat oder dort kein Wahlvorstand gewählt wurde.

---

<sup>144</sup> BT-Drs. 14/5741 S. 55.

Der Schutz greift ab dem Zeitpunkt der Einladung bzw. Antragsstellung und bezieht sich auf die ersten drei in dem jeweiligen Dokument genannten Arbeitnehmer (S. 1 HS 2). Der Schutz endet bereits mit Bekanntgabe des Wahlergebnisses und kann wiederum im Falle eines wichtigen Grundes durchbrochen werden.

Wann eine Einladung i.S.v. § 15 Abs. 3a KSchG vorliegt, wird nicht einheitlich bewertet. Von der h.M. wird verlangt, dass das Einladungsschreiben die wesentlichen Formvorschriften einhält.<sup>145</sup>

Wird im Anschluss kein Betriebsrat gewählt, verlängert sich der Schutz auf insgesamt drei Monate für den Zeitraum nach Einladung bzw. Antragstellung. Die Ausweitung war geboten, weil es dann an einem Schutzmechanismus wie dem sogleich dazustellenden Verfahren vor dem Betriebsrat nach § 103 BetrVG fehlt.

Einer über § 15 Abs. 3a KSchG hinausgehenden Regelung ist früh mit möglichen Missbrauchsmöglichkeiten durch die Arbeitnehmer begegnet worden.<sup>146</sup>

## **2. Der Schutz nach § 134 BGB i.V.m § 20 BetrVG**

Im Zusammenhang mit der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses eines erfolglosen Bewerbers um das Amt des Wahlvorstands hat das BAG die Bedeutung des Verbotstatbestands nach § 20 BetrVG für den Kündigungsschutz hervorgehoben.

### **a) Die Erweiterung des § 15 KSchG**

Die Norm ist geeignet, Arbeitnehmern Kündigungsschutz zukommen zu lassen, auch wenn sie nicht unter § 15 KSchG fallen. Das bedeutet, dass Arbeitnehmer gerade in dem Zeitraum, in dem sie eine Initiative für die Betriebsratsbildung ergreifen müssen, allein durch § 20 BetrVG i.V.m. § 134 BGB geschützt werden. Doch hört der Schutz nicht auf, wenn die Wahlinitiative i.S.v. § 15 Abs. 3a KSchG ergriffen wurde. Das Verbot des § 20 BetrVG gilt weiterhin allgemein. Insbesondere werden auch Arbeitnehmer geschützt, die im gesamten Zeitraum der Wahl nur unterstützende Funktionen wahrgenommen haben.

### **b) Die Kündigung als Wahlbehinderung**

Die herrschende Meinung versteht unter einer Behinderung der Wahl jedes rechtswidrige Verhalten, mit dem die Einleitung oder Durchführung einer Wahl

---

<sup>145</sup> Linck, in: APS, § 15 Rn.53; Eylert, AuR 2014,300 (302).

<sup>146</sup> Linck, in: APS, § 15 Rn. 52.



erschwert oder gar unmöglich gemacht wird.<sup>147</sup> Einigkeit herrscht darüber, dass der Begriff weit auszulegen ist; so ist etwa auch der Wahlhelfer geschützt. Der Begriff Wahl umfasst alle mit ihr zusammenhängenden oder ihr dienenden Handlungen, Betätigungen und Geschäfte.

In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass eine Kündigung auch als Behinderungsmaßnahme in Betracht kommen kann.<sup>148</sup> Insofern stellt sich die Frage, welche Anforderungen § 20 Abs. 1 BetrVG an die Rechtmäßigkeit einer solchen Kündigung stellt. Insbesondere, wenn der Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 3 und § 15 Abs. 3a KSchG nicht greift, stellt sich diese Frage.

Gemeinhin wird in subjektiver Hinsicht „Finalität“ gefordert. Die Kündigung müsse eine Wahlbehinderung bezwecken.<sup>149</sup> Für diesen Ansatz spricht der Rechtsgedanke, dass rechtmäßige Mittel nicht zu widerrechtlichen Zwecken eingesetzt werden dürfen.<sup>150</sup> Die Kündigung ist daher nach § 20 Abs. 1 S. 1 BetrVG i.V.m. § 134 BGB unwirksam.

Da diese qualifizierte Anforderung von der herrschenden Meinung aus einer Entscheidung des BAG aus dem Jahr 1977<sup>151</sup> abgeleitet wird, ist schon problematisch inwieweit diese Rechtsprechung abschließend gedacht war oder heute noch abschließend sein kann. Das Gericht führte damals aus:

*„Verboten sind danach rechtswidrige Maßnahmen, durch die z.B. versucht wird, eine Wahlbewerbung durch die Kündigung auszuschließen. Verfolgt die Kündigung diesen Zweck, dann ist sie schlechthin nichtig.“*

Gerade aus der Betonung des Beispielscharakters muss abgeleitet werden, dass die Rechtsprechung nicht abschließend gemeint war. Auch die nachfolgenden Ausführungen sprechen gegen die abschließende Wirkung des Finalitätserfordernisses. Denn dem BAG ging es damals darum, den speziellen Kündigungsschutz nach § 15 KSchG nicht durch § 20 BetrVG zu umgehen. Daher hat das Gericht auch folgerichtig betont, dass rechtswidriges Verhalten den Schutz nach § 20 BetrVG entfallen lässt, während § 15 KSchG einen wichtigen Grund

---

<sup>147</sup> Koch, in ErfK, § 20 Rn. 2; Thüsing, in: Richardi, § 20 Rn. 6.

<sup>148</sup> Kreutz, in: GK, § 20 Rn. 18.

<sup>149</sup> Vgl. die Nachweise bei Thüsing, in Richardi, § 20 Rn. 11.

<sup>150</sup> Vgl. Wendtland, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, § 123 Rn. 31 ff.

<sup>151</sup> BAG, NJW 1978, 1872

fordert. Wenn aber kein Fall von § 15 KSchG vorliegt, kann auf § 20 BetrVG grundsätzlich zurückgegriffen werden.

Die beiden Lösungswege schließen sich nicht aus. Die Lösung der herrschenden Meinung greift bereits nach § 612a BGB auf der individuellen Ebene, so dass es konsequent ist, § 20 BetrVG hieran auszurichten. Im Rahmen von § 612a BGB muss die Wahrnehmung des Arbeitnehmerrechts den tragenden Grund für die Maßregel bilden.<sup>152</sup> Der Schutzbereich des § 20 BetrVG zielt aber gerade auf die Freiheit der Wahl und daher auch auf die Sicherung der Wahl

Die richtige Lösung derartiger Fälle sollte nicht allein auf der Grundlage der schwierig zu beweisenden subjektiven Zielrichtung des Arbeitgebers erfolgen. Richtigerweise ist die Kündigung auf ihre Wirkung für die Wahl hin zu untersuchen. Hat die Kündigung den Charakter einer Wahlbehinderung kann sie immer noch gerechtfertigt sein; die Behinderung setzt widerrechtliches Verhalten voraus.

Für die Kündigung bedeutet das Erfordernis der Widerrechtlichkeit, dass eine Kündigung keine widerrechtliche Behinderung i.S.v. § 20 BetrVG darstellt, wenn sie nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt ist.<sup>153</sup> So will das BAG eine Kündigung bestehen lassen, die als Reaktion auf eine Vertragsverletzung in Form einer Ehrverletzung des Arbeitgebers erfolgte. Geschützt sei lediglich ein rechtmäßiges Verhalten des Arbeitnehmers.<sup>154</sup> Die herrschende Meinung korrigiert dieses problematische Ergebnis nicht einmal durch eine Erhöhung der Anforderungen für das Lösungsinteresse im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung<sup>155</sup> der Kündigung.

Praktisch relevant werden auf dieser Grundlage einerseits die Fälle, in denen die Kündigung an sich nach § 1 Abs. 2 KSchG wirksam ist und andererseits die Fälle, in denen das KSchG nicht anwendbar ist und sich der Arbeitgeber auf seine Kündigungsfreiheit beruft.

In diesen Fällen sind nur solche Konstellationen sicher von § 20 BetrVG erfasst, in denen der Arbeitgeber gerade die Kündigung zum Zwecke der Behinderung ausspricht. Im Übrigen kann es schwierig werden, die Widerrechtlichkeit

---

<sup>152</sup> BAG, Urteil vom 22.10.2015 – 2 AZR 569/14, NZA 2016, 417 (422) m.w.N.

<sup>153</sup> BAG, Urteil vom 13.10.1977 - 2 AZR 387/76, BB 1978, 660; *Kreutz*, in: GK, § 20 Rn. 18.

<sup>154</sup> BAG, Urteil vom 17. 2. 2000 – 2 AZR 927/98, juris Rn. 36.

<sup>155</sup> Dafür *Kreutz*, in: GK, § 20 Rn. 18 m.w.N.

anzunehmen.<sup>156</sup> Dabei stellt sich hier die Frage, ob die Widerrechtlichkeit der Behinderung indiziert ist oder positiv festgestellt werden muss. Gleichwohl führt die Diskussion nicht weiter. Selbst wenn man die Widerrechtlichkeit vermutet (s.o.), kommt die grundrechtlich verbürgte Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers als Erlaubnissatz in Betracht.

### **3. Kündigungsschutz unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG**

Bislang nicht diskutiert wird die Frage, ob aus Art. 9 Abs. 3 GG i.V.m. § 134 BGB ein Kündigungsschutz für Wahlakteure herrührt, die für die Koalition im Rahmen der koalitionsspezifischen Betätigung tätig werden.

Es liegt nahe, Arbeitnehmern, die von der Gewerkschaft für die Durchführung der Einladung zur Betriebsversammlung gewonnen wurden, über die unmittelbare Drittwirkung einen Kündigungsschutz zuzusprechen.

In seiner Form als Individualgrundrecht sichert Art. 9 Abs. 3 GG das Recht des Einzelnen zur Gründung, zum Beitritt und zum Verbleib sowie zu jeder *koalitionsspezifischen Tätigkeit* innerhalb und außerhalb des Verbandes.<sup>157</sup> In der Zusammenschau ist daher zu folgern, dass die einflussnehmende Gewerkschaft auch ihren beauftragten Arbeitnehmern den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG gewährt.

Wichtiger für die vorliegende Frage ist, ob eine Kündigung generell die koalitionsspezifische Betätigung beeinträchtigt, wenn sie den Zeitraum der Vorbereitung der Wahlen trifft und dazu führt, dass der Arbeitnehmer in diesem Zeitraum nicht mehr die Einflussnahme der Koalition vermitteln kann.

Art. 9 Abs. 3 GG vermittelt allerdings keine Immunität bei Verletzungen von vertraglichen oder gesetzlichen Pflichten.<sup>158</sup> Gleichwohl kann eine ordentliche Kündigung die koalitionsspezifische Betätigung behindern. Die Lösung dieses Falles ist durch eine Abwägung der betroffenen Grundrechtsbelange unter dem Grundsatz der praktischen Konkordanz zu gewinnen. Einerseits muss es dem Arbeitgeber möglich sein, ein Arbeitsverhältnis zu beenden, andererseits darf die koalitionsspezifische Betätigung nicht unverhältnismäßig behindert werden. Beiden Grundrechtsbelangen trägt man am besten dadurch Rechnung, dass Art. 9 Abs. 3

---

<sup>156</sup> Zum Erfordernis: *Homburg*, in: DKKW, § 20 Rn. 1; *Thüsing*, in: Richardi, § 20 BetrVG Rn. 8 m.w.N.

<sup>157</sup> *Linsenmaier*, in: ErfK, Art. 9 Rn. 30; *Hansche*, in: HKArbR, Art. 9 Rn. 37.

<sup>158</sup> *Gamillscheg*, ArbR I S. 159.

GG einer Kündigung während der Durchführung der koalitionspezifischen Betätigung entgegensteht. Wurde diese erfolgreich abgeschlossen, behindert die Kündigung die koalitionspezifische Betätigung nicht mehr. Sie kann erfolgen.

Da eine außerordentliche Kündigung eine vergleichbare Abwägung voraussetzt, steht Art. 9 Abs. 3 GG einer Kündigung aus wichtigem Grund nicht entgegen.

Art. 9 Abs. 3 GG bietet unmittelbar keinen Schutz im Nachwirkungszeitraum und bleibt daher trotz seiner verfassungsrechtlichen Dimension grundsätzlich hinter der Rechtswirkung von § 15 KSchG zurück. Diese Schutzlücke kann nur durch eine wertungsmäßig gebotene Analogie zu § 15 Abs. 3a KSchG geschlossen werden. Ein verfassungsrechtlich indizierter Kündigungsschutz kann in der Intensität nicht hinter dem am schwächsten ausgestalteten Kündigungsschutz zurückbleiben.

#### **4. Der Kündigungsschutz nach § 103 BetrVG**

§ 103 BetrVG setzt betriebsverfassungsrechtlich den Schutz des § 15 KSchG fort. Nach § 103 Abs. 1 BetrVG bedarf die außerordentliche Kündigung von Mitgliedern des Betriebsrats, der Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Bordvertretung und des Seebetriebsrats, des Wahlvorstands sowie von Wahlbewerbern der Zustimmung des Betriebsrats.

##### **a) Sinn und Zweck der Vorschrift**

Da § 15 KSchG nur eine außerordentliche Kündigung zulässt, liegt die Gefahr nahe, dass solche Kündigungen zu Unrecht ausgesprochen werden. § 103 BetrVG soll daher im Hinblick auf die Betriebsratswahl die unbefangene Bewerbung auf ein Betriebsratsamt und die Funktionsfähigkeit des Betriebsrats sicherstellen. Die Amtsinhaber sollen über § 103 BetrVG dergestalt geschützt werden, dass gegebenenfalls die Organmitglieder ihre betriebsverfassungsrechtlichen Ämter bis zu einer gerichtlichen Klärung ausüben können.<sup>159</sup>

##### **b) Das Verfahren nach § 103 BetrVG**

Eine Kündigung ohne Zustimmung des Betriebsrats ist unwirksam.<sup>160</sup> Im Jahr 1977 entschied das BAG, dass die drei-Tages-Frist des § 102 Abs. 2 S. 3 BetrVG analog auch im Verfahren des § 103 BetrVG gelten soll, allerdings wird dies zu Recht

---

<sup>159</sup> Raab, in GK, § 103 Rn. 102.

<sup>160</sup> BAG, AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 1

dahingehend eingeschränkt, dass das Schweigen nicht als Zustimmung gewertet werden darf.<sup>161</sup>

Nach § 103 BetrVG muss der Arbeitgeber die Zustimmung des Betriebsrats für jede außerordentliche Kündigung einholen. Der Betriebsrat kann eine Zustimmung grundsätzlich verweigern. Dann liegt es am Arbeitgeber, die Zustimmung gerichtlich nach § 103 Abs. 2 BetrVG ersetzen zu lassen.

Dieser Antrag ist begründet, wenn die Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist. Hieraus folgert die h.M., dass die Zustimmung nur mit der Begründung verweigert werden darf, die Kündigung sei unwirksam, weil entweder ein wichtiger Grund fehle oder die Kündigung aus anderen Gründen, etwa wegen Nichteinhaltung der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB, nichtig sei.<sup>162</sup>

### ***c) Die geschützten Personen/Ämter***

§ 103 BetrVG und § 15 KSchG decken sich in persönlicher Hinsicht nicht. Insbesondere findet der Schutz nach § 15 Abs. 3a KSchG keine Entsprechung in § 103 BetrVG. Die Kündigung von Wahlinitiatoren ist daher allein an § 102 BetrVG zu messen.

An dieser Stelle interessiert in erster Linie der Schutz der Wahlbewerber und des Wahlvorstands. Der Schutz beginnt für Mitglieder des Wahlvorstands mit ihrer Bestellung.<sup>163</sup> Der Schutz nach § 103 BetrVG beginnt für Wahlbewerber nach h.M. analog § 15 Abs. 3 KSchG mit der Aufstellung des Wahlvorschlags.<sup>164</sup>

Was die analoge Anwendung auf weitere Wahlakteure angeht, ist die Rechtsprechung zurückhaltend. Das BAG verneinte 2014 den Schutz für einen Bewerber auf das Amt des Wahlvorstands.<sup>165</sup> Der Sonderkündigungsschutz des § 103 BetrVG erfordere nach seinem Zweck nicht, den Kandidaten für den Wahlvorstand als „Wahlbewerber“ anzusehen. Das Zustimmungserfordernis solle verhindern, geschützte Personen faktisch zunächst einmal aus dem Betrieb zu entfernen und durch die Länge eines möglichen Kündigungsschutzverfahrens von der Belegschaft zu entfremden.

---

<sup>161</sup> Vgl. die Nachweise bei *Raab*, in: GK, § 103 Rn. 65.

<sup>162</sup> BAG, AP BetrVG 1972, § 103 Rn. 6.

<sup>163</sup> *Kania*, in: ErfK § 103 Rn. 4

<sup>164</sup> *Kania*, in: ErfK, § 103 Rn. 4

<sup>165</sup> BAG, NZA 2015, 245

#### **d) Der fehlende Nachwirkungsschutz**

Anders als § 15 KSchG kennt § 103 BetrVG keinen nachwirkenden Kündigungsschutz. Der Schutz besteht nur solange, wie die Funktion bekleidet bzw. wahrgenommen wird. Endet das Betriebsratsamt oder wird die Wahl wirksam angefochten, wird zwar ein Antrag des Arbeitgebers auf Ersetzung der Zustimmung unzulässig, er könnte aber theoretisch nunmehr ohne die Zustimmung des Betriebsrats die Kündigung aussprechen.<sup>166</sup>

#### **e) Der Schutz im betriebsratslosen Betrieben**

Die Zuständigkeit des Betriebsrats ist rigide. § 103 BetrVG ermöglicht keine weitergehenden Zuständigkeiten. Das hat zum einen die Konsequenz, dass für die Kündigung eines Mitglieds der Jugend- und Auszubildendenvertretung der Betriebsrat zuständig ist<sup>167</sup> und zum anderen, dass im Falle des Fehlens eines Betriebsrats nicht der Gesamt- oder Konzernbetriebsrat diese Aufgabe ohne weiteres übernehmen kann. Das Betriebsratsamt ist grundsätzlich auf den Betrieb bezogen und die Zuständigkeit von Gesamt und Konzernbetriebsrat setzen einen Bezug voraus, der gerade über den Betrieb hinausgeht.<sup>168</sup>

Das Bundesarbeitsgericht hatte bereits 1976 die Frage zu entscheiden, auf welche Weise Schutz in einem betriebsratslosen Betrieb zu gewähren ist. Das Gericht hat hierzu entschieden, dass der Arbeitgeber in diesem Fall unmittelbar die Erteilung der Zustimmung beim Arbeitsgericht beantragen muss.<sup>169</sup> Diese Rechtsprechung wertet den Schutz über § 103 BetrVG enorm auf und ermöglicht den Schutz in betriebsratslosen Betrieben weitgehend. An der fehlenden zeitlichen Nachwirkung ändert sie indes nichts.

### **5. Kündigung und Weiterbeschäftigung**

Die Wahl des Betriebsrats ist ein Gruppenprozess. Für derartige Prozesse ist entscheidend, dass nicht auf die Gruppe eingewirkt wird, um ein störungsfreies Ergebnis zu gewährleisten. Gerade durch die Kündigung kann jedoch der Gruppe ein Teil entfernt werden. Dies kann insbesondere dann misslich sein, wenn es sich um faktisch zentrale Personen der Betriebsratswahl handelt. Das BetrVG muss daher einerseits dem Kündigungsrecht des Arbeitgebers und andererseits dem kollektiven

---

<sup>166</sup> BAG, AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 59

<sup>167</sup> Thüsing, in: Richardi, § 103 Rn. 39

<sup>168</sup> Hierzu: Koch, in ErfK, § 50 BetrVG; hierzu: Däubler, DB 2017. 667.

<sup>169</sup> BAG, AP KSchG 1969, § 15 Nr. 2

Interesse der Belegschaft an der störungsfreien Wahl angemessen Rechnung tragen.

**a) Die Auswirkung einer Kündigung für die Betriebsratswahl**

Mittlerweile anerkannt ist, dass ein gekündigter Wahlbewerber sein passives Wahlrecht nicht durch eine Kündigung verliert, wenn er im Anschluss Kündigungsschutzklage nach §§ 4, 7 i.V.m. 13 KSchG erhebt.<sup>170</sup> Durch die Erhebung einer Feststellungsklage bleibt bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens die rechtswirksame Beendigung des Arbeitsverhältnisses und damit auch die Wählbarkeit ungeklärt.

Allein diese Ungewissheit berechtigt den Wahlvorstand nicht dazu, einen gekündigten Arbeitnehmer von der Wahl auszuschließen.<sup>171</sup> Ein Arbeitnehmer gilt daher hinsichtlich seiner Wählbarkeit solange als betriebszugehörig, als nicht rechtskräftig geklärt ist, ob die ihm gegenüber ausgesprochene Kündigung wirksam war.<sup>172</sup>

**b) Die Möglichkeiten eines Weiterbeschäftigungsanspruchs**

Damit zusammenhängt die Frage der Weiterbeschäftigung nach einer Kündigung. Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist muss jeder Arbeitnehmer grundsätzlich wegen seines Beschäftigungsanspruchs aus dem Arbeitsvertrag weiterbeschäftigt werden.<sup>173</sup> In der Praxis haben daher die Beschäftigung nach Ablauf der Kündigungsfrist und die Beendigung infolge einer fristlosen Kündigung eine wesentlich größere Bedeutung erlangt.

Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch setzt praktisch den Erfolg in der ersten Instanz<sup>174</sup> voraus und hat daher für die Gewährleistung der Betriebsratswahl allenfalls marginale Bedeutung. Eine einstweilige Verfügung setzt die offensichtliche Rechtswidrigkeit der Kündigung und einen Verfügungsgrund voraus. Ob die Teilnahme an der Wahl hierfür ausreicht, erscheint fraglich, ist aber nicht ausgeschlossen. Die Wahl sichern und das Vertrauen der Arbeitnehmer stärken würde ein analog zu § 102 BetrVG geregelter Weiterbeschäftigungsanspruch, der

---

<sup>170</sup> BAG, Beschluss vom 10. 11. 2004 - 7 ABR 12/04, NZA 2005, 707.

<sup>171</sup> BAG, Beschluss vom 14.05.1997 - 7 ABR 26/96, NZA 1997, 1245 (1246).

<sup>172</sup> BAG, Beschluss vom 10.11.2004 – 7 ABR 12/04, NZA 2005, 707.

<sup>173</sup> Sogar für den Fall einer erheblichen Pflichtverletzung: BAG, Urteil vom 08.05.2014 – 2 AZR 249/13, NZA 2014, 1258.

<sup>174</sup> Koch, in APS, § 102 Rn. 239 ff.

unter vereinfachten Voraussetzungen eine einstweilige Verfügung rechtfertigen könnte. Auf diesen Gedanken wird zurückzukommen sein.

## **6. Der Schutz nach § 78a BetrVG**

Für in Ausbildung befindliche Mitglieder von Betriebsverfassungen besteht gemäß § 78a BetrVG ein weitergehender Schutz vor dem Ende ihrer Beschäftigung.

### ***a) Grundlagen***

Nach § 78a Abs. 1 BetrVG trifft den Arbeitgeber die Pflicht, dem Auszubildenden mitzuteilen, dass er nicht übernommen wird. Hierauf folgend kann der Auszubildende nach § 78a Abs. 2 BetrVG die Weiterbeschäftigung verlangen. Es entsteht dann ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.

Auf dieses Verlangen kann der Arbeitgeber wiederum eine gerichtliche Entscheidung anstrengen, dass ihm die Beschäftigung nicht zumutbar ist. Entscheidend für die Begründetheit seines Antrags ist, ob eine Beschäftigung in Form eines unbefristeten Dauerschuldverhältnisses zumutbar ist.<sup>175</sup>

§ 78a BetrVG soll dafür Sorge tragen, dass die geschützte Person ihr betriebsverfassungsrechtliches Amt ohne Furcht vor Nachteilen in ihrer zukünftigen beruflichen Entwicklung ausüben kann.<sup>176</sup> Ferner sichert die Norm die Kontinuität des betriebsverfassungsrechtlichen Gremiums.<sup>177</sup>

Insbesondere die Anforderungen an die Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung, die durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts herausgebildet wurden,<sup>178</sup> vermitteln einen Interessenausgleich in einer für alle Beteiligten schwierigen Situation.

### ***b) Weitergehende Anwendung von § 78a BetrVG***

Der Schutz nach § 78a BetrVG wirft die Frage auf, wie allgemein Betriebsratsmitglieder oder Mitglieder der Wahlgremien geschützt werden können, wenn ihr Arbeitsverhältnis jenseits einer Kündigung endet.<sup>179</sup> Der zentrale Fall dürfte hier das Ende infolge Zeitablaufs gemäß einer Befristung sein. § 15 KSchG findet in

---

<sup>175</sup> FESTL, § 78a Rn. 46.

<sup>176</sup> BAG, Urteil vom 13.3.1986 – 6 AZR 207/85, EzA § 78a BetrVG 1982 Nr. 17; *Sittard*, in: HWK, § 78a Rn. 1

<sup>177</sup> BAG, Beschluss vom 8.9.2010 – 7 ABR 33/09, AP § 78a BetrVG 1972 Nr. 54

<sup>178</sup> Vgl. den Überblick bei FESTL, § 78a Rn. 46 ff.

<sup>179</sup> BT-Drs. 18/2750, 1 (5).



diesen Fällen keine Anwendung, weil die Norm auf die Kündigung bezogen ist und das Ausbildungsverhältnis nach § 21 Abs. 1 BBiG grundsätzlich von Gesetzes wegen endet.<sup>180</sup>

Das Bundesarbeitsgericht lehnt die analoge Anwendung von § 78a BetrVG auf befristet beschäftigte Betriebsratsmitglieder ab.<sup>181</sup> Es schützt den befristeten Arbeitnehmer über § 78 BetrVG<sup>182</sup> und versucht, ihm auf der Ebene der Darlegungslast entgegenzukommen.

Nach der Rechtsprechung des BAG können § 78 S. 2 BetrVG i.V.m. § 280 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB einen Anspruch eines befristet beschäftigten Betriebsratsmitglieds auf Abschluss eines Folgevertrags begründen, wenn der Arbeitgeber einen Folgevertrag gerade wegen der Betriebsratstätigkeit ablehnt. Nach § 249 BGB hat der Schadensersatzpflichtige den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (sog. Naturalrestitution).

Das BAG hat zutreffend erkannt, dass die Wertung aus § 15 Abs. 6 AGG dieser Lösung nicht entgegensteht. § 78 BetrVG schützt nicht nur das Arbeitsverhältnis der Person, sondern auch das Amt. Für das Schutzkonzept des BAG ist entscheidend, dass das Betriebsratsmitglied im Ausgangspunkt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer unzulässigen Benachteiligung trägt. Das Gericht betont, dass es keinen Erfahrungssatz gebe, wonach die Entscheidung eines Arbeitgebers, mit einem befristet beschäftigten Betriebsratsmitglied keinen Folgevertrag zu schließen, auf dessen Betriebsratstätigkeit beruhe. Daher sei weder Raum für eine entsprechende tatsächliche Vermutung, noch für die Grundsätze des Anscheinsbeweises. Auch § 22 AGG wendet das Gericht nicht an.

Allerdings darf der Arbeitnehmer zunächst vortragen, dass die Nichtverlängerung wegen der Betriebsratstätigkeit erfolgte. Bestreitet der Arbeitgeber den Vortrag nicht ausdrücklich, gilt dieser nach Maßgabe als zugestanden (§ 138 ZPO). Eine Erklärung mit Nichtwissen ist, da dem Arbeitgeber seine eigenen Motive bekannt sind, nicht zulässig. Im Bestreitensfall bleibt es aber bei dem Problem, dass der Arbeitnehmer

---

<sup>180</sup> Lorenz, in: HaKo, § 78a Rn. 1; Hergenröder, in MünchKommBGB, § 15 KSchG Rn. 79.

<sup>181</sup> BAG, Urteil vom 5.12.2012 – 7 AZR 698/11, NZA 2013, 515 (520).

<sup>182</sup> BAG, Urteil vom 25.6.2014 – 7 AZR 847/12, NZA 2014, 1209

über Hilfstatsachen versuchen muss, die Motivation des Arbeitgebers nachzuweisen. Das wird ihm selten gelingen.

Bei näherer Betrachtung prägt das BAG hier kein neues Schutzkonzept, sondern stellt die ohnehin schon bestehenden Möglichkeiten des Prozessrechts für das Betriebsratsmitglied dar. Hinter dem Schutzniveau des § 78a BetrVG bleibt dieser Weg offensichtlich zurück.

## 7. Reformvorschläge

Auf der Grundlage dieses Rechtsbestands und der aufgezeigten Defizite sollen nunmehr konkrete Vorschläge für den Ausbau gemacht werden:

### a) *Der Ausbau von § 15 Abs. 3 und Abs. 3a KSchG oder 20 BetrVG ?*

Die hinsichtlich des Kündigungsschutzes geschilderte Situation ist misslich. Einerseits soll § 20 BetrVG jeden Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Wahl des Betriebsrats schützen, jedoch ist die Norm jenseits finalen Handelns des Arbeitgebers nicht geeignet, in die eine oder die andere Richtung den Interessengegensatz aufzulösen. Da § 15 KSchG nach heute herrschender Meinung keinen abschließenden Charakter hat,<sup>183</sup> muss § 20 BetrVG in das System aus Wahlschutz und Schutz der Wahlakteure eingefügt werden.

In der Literatur herrscht Einigkeit darüber, dass § 15 KSchG den Regelungsansatz transportiert, dass der Schutz der Betriebsratstätigkeit weitgehend leerläuft, wenn die Arbeitnehmer im Vorfeld oder während der Wahl nur durch den ordentlichen Kündigungsschutz geschützt wären.<sup>184</sup> Diese Zielbestimmung geht von § 15 Abs. 1 KSchG aus und entspannt hieraus einen „Umgehungsschutz“. Die Einführung des verstärkten Kündigungsschutzes wurde daher gemeinhin als sinnvoll eingestuft.<sup>185</sup>

Diese Betrachtung wird der Bedeutung des Betriebsratsamts durchaus gerecht, sie bleibt dennoch verkürzt, weil auch die vorverlagerten Funktionen durch Störungen beeinträchtigt werden können. Insbesondere *Klebe* hat darauf hingewiesen, dass Arbeitnehmer, die sich frühzeitig für die Wahl einsetzen, oftmals behindert werden oder gar eine Kündigung erhalten.<sup>186</sup>

---

<sup>183</sup> *Homburg*, in DKKW, § 20 Rn. 14; *Koch*, in ErfK, § 20 Rn. 6.

<sup>184</sup> *Ziegler/Mosch*, NJW-Spezial, 2010, 242 (242)

<sup>185</sup> *Hanau*, RdA 2001, 65 (69).

<sup>186</sup> *Klebe*, NZA 2017, 77 (83).

Das formalisierte Regelungskonzept des § 15 BetrVG könnte daher nur in der Form fortgeschrieben werden, dass die Handelnden ebenfalls eine institutionalisierte Rolle erhielten. Zu denken wäre hier etwa an die Begriffe „Wahlakteur“ oder „Wahlwerber“.

Während der Begriff des Wahlakteurs unbestimmt erscheint, könnte der Begriff des Wahlwerbers auf eine konkrete Handlung bezogen werden. Als Wahlwerbung wäre etwa jedes Handeln zu verstehen, das die Durchführung einer Betriebsratswahl fördert, insbesondere die Handlungen, die auf die Etablierung eines Dialogs über eine Betriebsratswahl oder die Organisation einer Antragsstellung i.S.v. § 15 Abs. 3a KSchG zielen.

Auch wenn der Gedanke erwägenswert ist. Der formalisierte Ansatz des § 15 KSchG sollte *neben* einen umfassenden Schutz der Freiheit der Wahl treten. Der Schutz vor Kündigungen im Vorfeld der Wahl i.e.S. muss daher konsequenterweise in diesen Bereich überführt werden.

In § 15 KSchG zeigt sich, dass der Schutz nach den jeweiligen Rollen absteigend ausgestaltet ist. Der Schutz des Betriebsrats ist stärker als der des Wahlinitiators. In diesen Regelungsansatz müsste auch der Wahlwerber eingeordnet werden und würde daher wiederum weniger stark geschützt werden. Aus der Perspektive des Betriebsratsamts ist dies konsequent. Der Bedeutung dieser Personen für die Errichtung einer Betriebsverfassung wird diese Kategorisierung aber nicht gerecht. Die Lösung muss daher über einen Ausbau des § 20 BetrVG gefunden werden. Ein umfassender Schutz der Wahl muss konsequent sein und darf nicht im Anfangsstadium ausgehebelt werden.<sup>187</sup>

Eine Neuregelung muss in erster Linie dem Umstand Rechnung tragen, dass eine Kündigung eine Wahlbehinderung darstellen kann. Kündigungen aus dem Anwendungsbereich des § 20 BetrVG herauszunehmen, ist daher nicht systemgerecht. Das gesamte Arbeitsrecht ist von dem Gedanken durchzogen, die Kündigung bzw. die Kündigungserklärung auf ihre Angemessenheit und Bedeutung hin zu untersuchen.

---

<sup>187</sup> Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das hier gefundene Ergebnis neben § 15 KSchG tritt und daher immer dann eingreift, wenn § 15 KSchG nicht eingreift. Das muss es jedoch nicht ausschließen, den zeitlichen Anwendungsbereich von § 15 KSchG Abs. 3 und Abs. 3a umfassend klarzustellen. Jenseits des fortwirkenden § 20 BetrVG könnte daher auch erwogen werden, den Nachwirkungszeitraum des § 15 KSchG zu vereinheitlichen.

Auf der anderen Seite darf ein Ausbau des § 20 BetrVG nicht dazu führen, dass Arbeitnehmer über § 20 BetrVG über das Verschieben von Betriebsratswahlen einen unbeschränkten Kündigungsschutz erhalten. Dieser Gedanke wurde schon zu § 15 Abs. 3a KSchG artikuliert (s.o.) und sollte zur Wahrung des Grundrechts des Arbeitgebers aus Art. 12 GG beibehalten werden.

Der Ansatz über § 20 BetrVG ist zweckmäßig, geht es doch um die grundsätzliche Frage des Schutzes der Arbeitnehmer vor Beeinträchtigungen zu Beginn des Wahlverfahrens. Daher wird im Folgenden auch nicht der Begriff der Kündigung, sondern allgemein die Beeinträchtigung i.S.v. § 20 BetrVG zugrunde gelegt.

Ferner stellt sich die Frage, welches Verhalten des Arbeitnehmers geschützt werden soll. Vorzugswürdig ist es, schon jedes Verhalten zu schützen, das ernsthaft Bestrebungen zu einer Betriebsratsgründung erkennen lässt. Bleibt man in der Diktion des BetrVG, bietet sich der Begriff „Erörtern“ an. Das BetrVG kennt diesen Begriff in den §§ 81, 82 BetrVG und bezieht ihn dort auf den Arbeitgeber. Versteht man unter Erörtern

*das ausführliche (und oft ins Einzelne gehende) über einen noch nicht geklärten Sachverhalt Sprechen,<sup>188</sup>*

so ist ein Begriff gefunden, der der Kommunikation zwischen den Arbeitnehmern hinsichtlich der Betriebsratsbildung ausreichend Rechnung trägt. Als geschütztes Verhalten sollte daher „jedes Erörtern der Betriebsratsbildung“ in den Schutzbereich aufgenommen werden. Zusätze wie „mit anderen Arbeitnehmern“ o.ä. erscheinen unnötig und sind geeignet, den Schutz in Konstellationen aufzuweichen, in den der Arbeitnehmer offen für die Wahl wirbt. Dass tatsächlich ein Gespräch oder ein Gedankenaustausch stattgefunden hat, ist nicht erforderlich. Es kommt nur auf eine Erörterungshandlung an. Daher erfasst das Erörtern auch einen Aushang im Betrieb oder den Versuch einer Kontaktaufnahme mit anderen Arbeitnehmern.

Für den Nachweis der Ernstlichkeit sollten die Grundsätze der sekundären Darlegungs- und Beweislast gelten. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein Betriebsrat erörtert wird, weil der Arbeitnehmer dessen Gründung anstrebt. Gelingt es dem Arbeitgeber aber, Tatsachen vorzutragen, die den Mangel der Ernstlichkeit

---

<sup>188</sup> Duden.de „erörtern“ (Stand: März 2018)

nahelegen, muss der Arbeitnehmer seine Motivation darlegen und erforderlichenfalls beweisen.

Die Neufassung von § 20 BetrVG ist zugleich geeignet, zahlreiche Rechtsprobleme im Zusammenhang mit dem formalen Konzept nach § 15 Abs. 3 KSchG zu lösen. Das in der Praxis oftmals betonte Problem einer Kündigung von Arbeitsverhältnissen vor Antragsstellung ist auf der Grundlage der Ausweitung von § 20 BetrVG marginalisiert. Gleiches gilt für die im Einzelfall schwierige Bestimmung den exakten Beginn des Schutzes nach § 15 Abs. 3a KSchG.<sup>189</sup>

Bei der Ausgestaltung des § 20 Abs. 1 S. 3 BetrVG n.F. ist ferner zu beachten, dass § 20 BetrVG nicht zu einer Kündigungssperre führen darf. Daher muss das Recht des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund zu kündigen, in Entsprechung zu § 15 KSchG bestehen bleiben.

Um neben den vorangestellten Sicherungsmechanismen einen Missbrauch des Schutzes zu verhindern, bietet es sich an, den Schutz zeitlich auf die Erörterung zu beschränken. Ausgangspunkt sollte hierbei der Zeitpunkt der Erörterungshandlung sein. Erfolgt in den folgenden 14 Tagen eine Benachteiligung, sollte das Verbot des § 20 BetrVG eingreifen. Bei einem engen zeitlichen Zusammenhang wird in der Literatur bereits ein Anscheinsbeweis für die Finalität des Arbeitgeberhandels für § 20 BetrVG diskutiert.<sup>190</sup> Insofern schafft die Regelung auch Rechtssicherheit für die Praxis.

Die 14-Tage-Frist bietet sich an, weil das Gesetz davon ausgeht, dass in diesem Zeitraum ein vereinfachtes Wahlverfahren durchgeführt werden kann. Dass dieses auch Vorbereitung verlangt, ist offensichtlich. Hier geht es jedoch zunächst um die Festlegung eines allgemeinen Schutzzeitraums. Die Fristberechnung wird nach § 187 Abs. 1 BGB (Ereignisfrist) bemessen werden. Erfasst werden alle Störungen nach der Erörterung, auch diejenigen, die am selben Tag noch stattfinden.

Da auf dieser Grundlage jede weitere Erörterung den Schutz wieder auslösen würde, muss an die Fortgeltung hohe Anforderungen gestellt werden. Es empfiehlt sich daher, einen Halbsatz anzufügen, der den Schutz unter den Vorbehalt stellt, dass nicht zuvor schon eine Wahl am fehlenden Willen der Arbeitnehmerschaft für einen

---

<sup>189</sup> Hierzu: *Linck*, in: APS, § 15 KSchG Rn. 53 mwN.

<sup>190</sup> FESTL, § 20 Rn. 33

Betriebsrat gescheitert ist. Der Zeitraum der sechs Monate erscheint für ein kollektives Umdenken innerhalb der Belegschaft ausreichend.

Insgesamt ergibt sich hieraus folgender Vorschlag für § 20 Abs. 1 S. 3 BetrVG n.F.:

*„Erörtert ein Arbeitnehmer die Bildung eines Betriebsrats, so gilt jede Benachteiligung in den folgenden 14 Tagen als widerrechtliche Wahlbeeinträchtigung, es sei denn dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber aus wichtigem Grund ohne Einhaltung der Kündigungsfrist zu einer Kündigung berechtigen; das gilt nicht, wenn in den vorangegangenen sechs Monaten die Bildung eines Wahlvorstands gescheitert ist oder der Wahlvorstand das Scheitern der Betriebsratswahl bekannt gemacht hat.*

Halbsatz 2 enthält keine Freizeichnung des Arbeitgebers. Es kann in diesen Fällen immer noch eine Beeinträchtigung nach den allgemeinen Grundsätzen in Betracht kommen.

Darüber hinaus sollte ein Weiterbeschäftigungsanspruch in S. 4 aufgenommen werden:

*Hat der Arbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz Klage auf Feststellung erhoben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, so muss der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers diesen nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigen.*

In den Gesetzgebungsmaterialien sollte festgehalten werden, dass ein Verfügungsgrund nicht erforderlich ist.

#### **b) Insbesondere: die Ersatzmitglieder**

Besonders hervorzuheben ist der Schutz der Ersatzmitglieder. Nach der Konzeption des BAG genießen diese erst dann Schutz, wenn sie tatsächlich Betriebsratsaufgaben als Vertreter wahrgenommen haben (s.o.).

Wie aus § 25 BetrVG folgt, haben Ersatzmitglieder eine wichtige Bedeutung für die Kontinuität der Betriebsratsarbeit.<sup>191</sup> Da § 15 KSchG unmittelbar diese Kontinuität schützt, ist das Fehlen einer Regelung bereits systematisch misslich.

Zum Schutz der Ersatzmitglieder empfiehlt sich ein Vorgehen ähnlich wie im Rahmen von § 15 Abs. 3a BetrVG. Auf der einen Seite darf die Teilnahme an der Wahl nicht

---

<sup>191</sup> Koch, in: ErfK, § 25 Rn. 1; zur Vertretung: Düwell, in: HaKo, § 25 Rn. 7 ff.

automatisch für jeden Wahlbewerber einen weitgehenden Kündigungsschutz begründen. Auf der anderen Seite muss dem Kontinuitätsinteresse des Betriebsrats ausreichend Rechnung getragen werden.

Eine Zahl für sich, wie in § 15 Abs. 3a BetrVG, könnte in größeren Betrieben zu Problemen führen, da nur die ersten drei Ersatzmitglieder Schutz erhielten. Eine absolute Zahl sollte daher nur der Ausgangspunkt sein. So könnte man die Zahl jeweils an der nächst niedrigen Ordnungsreihe gemäß § 9 BetrVG orientieren. Alternativ könnte man auch eine prozentuale Ermittlung ermöglichen. Hier bietet sich ein Schutz an, der sich prozentual an den Betriebsratssitzen orientiert.

Wichtig ist zudem ein dynamischer Effekt. Rückt ein Ersatzmitglied nach, geht der Schutz auf das nächste Ersatzmitglied über. Das sollte sogar dann eintreten, wenn nur zeitweilig vertreten wird.

### ***c) Der kollektive Schutz der Wahlakteure nach § 103 BetrVG***

§ 103 BetrVG ist eine unvollkommene Norm. Der Regelungsgedanke, die betriebsverfassungsrechtlichen Funktionsträger auf kollektiver Ebene zu schützen, überzeugt grundsätzlich. Die Norm regelt jedoch das Betriebsratsmitglied in gleicherweise wie den Wahlvorstand oder den Bewerber, ohne auf etwaige Besonderheiten dieser Funktionen oder Probleme für diese Personen gesondert einzugehen.

Hier sollte eine Reform anknüpfen. Denn in ihrer jetzigen Form konzentriert die Norm den Streit auf den wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung. Wie bereits oben festgehalten, kann ein solcher Grund dann einen Rechtfertigungsgrund nach § 20 BetrVG darstellen. Nach der ebenfalls oben vertretenen Ansicht muss der Behinderung der Wahl gesondert Rechnung getragen werden. Gleichwohl muss man nicht einmal dieser Ansicht folgen, um einen Widerspruch zu entdecken. Denn die Rechtsprechung erkennt in Kündigungen mit dem Zweck, die Wahl zu behindern, in jedem Fall eine Beeinträchtigung i.S.v. § 20 BetrVG.

Ist der Schutz der Wahlakteure im System von § 15 KSchG und § 20 BetrVG ein teilweise formalisiertes und teilweise materielles Schutzsystem, hat dieses System auf den Ebenen der Betriebsratsarbeit bzw. der Beteiligungsrechte keine Entsprechung erfahren. § 103 BetrVG ist sogar noch formalisierter, weil es einzig auf

die formale Stellung ankommt und sogar ein Schutz in der Nachwirkungsphase abgelehnt wird.

Die Argumentation des BAG, die Mitglieder des Betriebsrats sollten in ihrer Amtsausübung nicht durch die Furcht vor einem Verlust des Arbeitsplatzes beeinträchtigt werden,<sup>192</sup> fragmentiert die komplexe betriebliche Drucksituation für Akteure der Betriebsverfassung.

Dass die Norm Probleme hat, ein konsistentes System zu erzeugen, wurde bereits 2001 erkannt und der Schutz vor Versetzungen aufgenommen. Dieser Weg sollte weitergegangen werden. Es sollten konkrete Schutzsituationen im Hinblick auf ihre Bedeutung für die jeweilige Funktion untersucht werden.

Wichtig ist es, zu erkennen, dass die formale Stellung der Akteure allein keine Bedeutung haben sollte. Die Akteure nehmen Aufgaben in der Betriebsverfassung wahr. Diese Aufgaben sollen sie nach dem Willen des Gesetzgebers erfüllen. Erkennt man dies an, ist es folgerichtig, auch Zeiträume im Vorfeld dieser Tätigkeiten zu erfassen und die Wahrnehmung vorbereitender Tätigkeiten dem gleichen Schutz zuzuordnen. Anderenfalls könnte der prozedurale Schutz nach § 103 BetrVG frühzeitig unterlaufen werden.

§ 103 BetrVG liegt der Gedanke zugrunde, dass die Funktionen bis zur gerichtlichen Entscheidung gewährleistet werden sollen.<sup>193</sup> Dieser Zweck kann auch dadurch erreicht werden, dass auch das Vorfeld geschützt wird. § 103 BetrVG ist sogar von diesem Gedanken getragen, weil die Norm vom Betriebsratsmitglied ausgeht und dann den Schutz bis hin zum Wahlvorstand ausbaut.

Genau hier muss die Reform einsetzen. § 103 BetrVG muss über den individuellen Kündigungsschutz gestellt werden und von dessen Reichweite abhängen. Nur so kann auch abstraktes Vertrauen in den Schutz der Wahl durch das Zustimmungsverfahren sichergestellt werden.

Besonders problematisch ist, dass § 103 BetrVG in seiner aktuellen Fassung dem Nachwirkungszeitraum keine Rechnung trägt. Zwar wird in diesem Zeitraum kein Amt bekleidet, jedoch setzt § 103 BetrVG gerade § 15 KSchG fort. Es wäre daher

---

<sup>192</sup> BAG, Beschluss vom 11. 7. 2000 - 1 ABR 39/99, NZA 2001, 516 (519).

<sup>193</sup> *Kania*, in ErfK, § 103 Rn. 1.



konsequent, diesen Zeitraum im Sinne einer Annexzuständigkeit gegen nachfolgende Kündigungen bei § 103 BetrVG einzuordnen. Mindestens sollte über die Formulierung der Norm die Frage auf die Wissenschaft und die arbeitsrechtliche Praxis übertragen werden. Insgesamt bietet sich daher folgende Formulierung an:

*„§ 103 Abs. 1 BetrVG:*

*Eine außerordentliche Kündigung in den Fällen des § 15 Abs. 1, § 15 Abs. 3, § 15 Abs.*

*3a und § 20 Abs. 1 S. 3 BetrVG bedarf der Zustimmung des Betriebsrats.“*

Daneben empfiehlt es sich die bisherige Rechtsprechung des BAG zur Nachholung dieser Verfahren im Fall eines nicht bestehenden Betriebsrats zu kodifizieren.

In diesen Fällen muss dann der Ausspruch der außerordentlichen Kündigung warten. Im Hinblick auf die anerkannten Ausnahmen von § 626 Abs. 2 BGB<sup>194</sup> muss eine Ausnahme nicht ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen werden. Sollte dies erfolgen, wäre sie ein Mehr an Rechtssicherheit.

§ 103 BetrVG ist der Gedanke der Weiterbeschäftigung immanent. Durch die Zustimmungsverweigerung ist die Kündigung unheilbar nichtig<sup>195</sup>, so dass der Arbeitnehmer einen Beschäftigungsanspruch – im Wege der einstweiligen Verfügung wegen offensichtlicher Unwirksamkeit – durchsetzen kann.

Da diese Lösung nicht unmittelbar aus § 103 BetrVG hervorgeht, sollte insbesondere im Hinblick auf die Rechtssicherheit in kleineren und mittleren Unternehmen der Weiterbeschäftigungsanspruch ausdrücklich geregelt werden. § 102 BetrVG zeigt, dass eine Regelung an dieser Stelle kein Fremdkörper wäre.

*§ 103 Abs. 4 BetrVG*

*„Liegt bei einer Kündigungserklärung der nach § 15 und § 20 Abs. 1 S. 3 BetrVG geschützten Personen keine Zustimmung des Betriebsrats vor, so sind diese bis zum Vorliegen der Zustimmung einstweilen weiter zu beschäftigen.“*

Der Wortlaut setzt den Weiterbeschäftigungsanspruch aus § 20 Abs. 1 S. 4 n.F. BetrVG fort und lässt ausreichend Spielraum für die Praxis, um auch das Scheitern der Betriebsratswahl interessengerecht zu lösen.

---

<sup>194</sup> Vossen, in: APS, § 626 Rn. 116 ff.

<sup>195</sup> Linck, in: APS, § 103 Rn .23

Schließlich sollte eine ausdrückliche Zuständigkeit von Gesamt- oder Konzernbetriebsrat eingeführt werden, wenn kein Betriebsrat besteht. Diese Regelung würde das Mentorenprinzip im Hinblick auf die Wahlbewerber etc. konsequent fortsetzen:

*§ 103 Abs. 5 BetrVG*

*Besteht in einem Betrieb, der die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 erfüllt, kein Betriebsrat, so ist die Zustimmung des Gesamtbetriebsrats oder, falls ein solcher nicht besteht, die Zustimmung des Konzernbetriebsrats einzuholen. § 102 Abs. 2 BetrVG bleibt unberührt.“*

Um die Rechtsprechung zu betriebsratslosen Betrieben fortbestehen zu lassen, empfiehlt es sich, das Verfahren nach § 102 Abs. 2 BetrVG in den Fällen, in denen auch kein Konzernbetriebsrat besteht, weiterhin für anwendbar zu erklären.

#### **d) Exkurs: aktives und passives Wahlrecht**

An dieser Stelle soll kurz auf einen wichtigen Punkt für das Wahlverfahren eingegangen werden: das Wahlrecht.

Für die Fragestellung, die Prozentzahlen der Betriebsverfassungen zu stabilisieren, sagt die Frage nach dem aktiven Wahlrecht zunächst nichts aus, weil die Stärkung der aktiven Wahlrechts zunächst nur zu mehr betriebsratsfähigen Betrieben führen würde.<sup>196</sup>

Gleichwohl wurde früh erkannt, dass die Frage auch für die Durchführung der Wahl erhebliche Bedeutung hat. Denn eine außerordentliche Kündigung zur rechten Zeit kann dazu führen, dass ein Betrieb seine Betriebsratsfähigkeit verliert. Das Problem soll hier hervorgehoben werden, weil es für die Statistiken kein Problem ist. Auf der Grundlage der Neuausrichtung von § 20 BetrVG i.S.v. § 103 BetrVG können diese Fälle nunmehr insbesondere auch für Wahlakteure gelöst werden.

Im Hinblick auf Kleinbetriebe und insbesondere solche, die gerade erst entstanden sind, sollte ferner die Regelung zum passiven Wahlrecht hinterfragt werden. Der Ansatz, dass die Betriebszugehörigkeit sicherstellt, dass der Betriebsrat einen Überblick über den Betrieb hat, ist im Grundsatz nachvollziehbar.<sup>197</sup> Jedoch sollte dieser Ansatz bei neu aufgebauten Betrieben hinterfragt werden. Hier kann es angezeigt sein, frühzeitig eine Arbeitnehmerrepräsentation aufzubauen. Insofern

---

<sup>196</sup> Koch, in: ErfK, § 7 Rn. 1.

<sup>197</sup> Vgl. zur Interpretation durch das BAG, Beschluss vom 10. Oktober 2012 – 7 ABR 53/11, juris

sollte erwogen werden, eine Ausnahme von § 8 BetrVG dann zuzulassen, wenn eine Betriebsratswahl erstmals zur Begründung eines Betriebsrats führen würde.

#### ***e) Der Ausbau von § 78a BetrVG***

Es empfiehlt sich, den Schutz nach § 78 BetrVG in Richtung des § 78a BetrVG auszuweiten. Wegen der Entscheidung des BAG zu § 78 BetrVG können Schutzlücken entstehen, die nicht nur individuelle Interessen tangieren, sondern die Kontinuität des Gremiums schwächen.<sup>198</sup>

Die bereits eingangs im Gutachten betonte Problematik, dass atypisch Beschäftigte seltener einen Betriebsrat gründen, könnte über den Ausbau von § 78a BetrVG effektiv bekämpft werden. Das Interesse des Arbeitgebers wird durch die Möglichkeit nach Ablauf des § 15 KSchG, im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG das Arbeitsverhältnis zu beenden, in einen angemessenen Ausgleich zur Schaffung und zum Schutz der Kontinuität des Betriebsrats gesetzt.

Auch wenn § 78a BetrVG auf eine besondere Situation zugeschnitten ist, ist der Gedanke der Norm ausbaufähig. Die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung sollte hier zentral bleiben. Um weiterhin der besonderen Situation des § 78a BetrVG Rechnung zu tragen, könnte man im Zuge der Reform des Befristungsrechts in § 14 TzBfG einen Entfristungstatbestand aufnehmen und hier dem Arbeitnehmer die Antragslast aufbürden. Diese Lösung würde § 78a BetrVG bestehen lassen und sich in das TzBfG einfügen. Nach § 16 TzBfG obliegt es dem Arbeitnehmer auf Entfristung zu klagen.

Alternativ könnte auch eine einheitliche Norm geschaffen werden, die § 78a BetrVG neben § 78 BetrVG stellt und zu einem allgemeinen Kontinuitätstatbestand aufwertet.

#### **8. Annex: Die Strafbarkeit nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG**

Eine direkte öffentlich-rechtliche Durchsetzung des BetrVG erfolgt nicht. Allerdings statuiert § 119 BetrVG eine Strafnorm. Nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG werden die Fälle des § 20 BetrVG bei vorsätzlichem Handeln unter Strafe gestellt. Bestraft wird mit maximal einem Jahr Freiheitsstrafe oder mit einer Geldstrafe. Handelt der Arbeitgeber fahrlässig, macht er sich nicht strafbar. Denn nach § 15 StGB ist fahrlässiges Handeln nur strafbar, wenn es ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist.

---

<sup>198</sup> Vgl. hierzu den Vorschlag des HSI Frankfurt: BT-Drs. 18/7595 S. 7.

### **a) Überblick über den Regelungsgehalt der Norm**

Die Vorschrift richtet sich gegen jedermann. Auch betriebsfremde Personen können sich nach § 119 BetrVG strafbar machen.<sup>199</sup> Von der überwiegenden Literatur wird § 119 BetrVG als Erfolgsdelikt eingeordnet. Es muss zu einer Behinderung der Wahl gekommen sein.<sup>200</sup> Da der Begriff der Behinderung i.S.v. § 20 BetrVG bereits weit interpretiert wird, verwischen die Grenzen zwischen Tätigkeits- und Erfolgsdelikt etwas.<sup>201</sup> Gleichwohl sind Strafbarkeitslücken nicht ausgeschlossen, da der Versuch straflos ist (§ 23 Abs. 1 StGB).

§ 119 BetrVG wird nur auf Antrag verfolgt. Nach § 119 Abs. 2 BetrVG sind antragsbefugt der Betriebsrat, der Gesamtbetriebsrat, der Konzernbetriebsrat, die Bordvertretung, der Seebetriebsrat, eine der in § 3 Abs. 1 bezeichneten Vertretungen der Arbeitnehmer, der Wahlvorstand, der Unternehmer und eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft. Der Antrag muss nach § 77b Abs. 1 S. 1 StGB binnen drei Monaten gestellt werden.

Im Umkehrschluss sind nicht im Betrieb vertretene Gewerkschaften und einzelne Arbeitnehmer nicht antragsbefugt. Die aktuelle Fassung von § 119 Abs. 2 BetrVG ist daher in zweifacher Hinsicht zu kritisieren: Die Antragsbefugnis des Wahlvorstands passt nicht, da sich diese auf jeden Tatbestand des § 119 BetrVG bezieht. Außerdem hat die Norm bei Kleinbetrieben ohne gewerkschaftliche Präsenz keine Wirkung, da oftmals schon kein Wahlvorstand gebildet wird. Nach dem geltenden Recht setzt § 119 BetrVG damit Anreize, die Betriebsratswahl in Kleinbetrieben frühzeitig zu behindern und zu beeinflussen. Strafrechtliche Konsequenzen sind in Kleinbetrieben nur selten zu befürchten.

Wie weit die Antragsbefugnis einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft reicht, ist im Einzelfall umstritten. Stellt die Staatsanwaltschaft das Verfahren ein, kommt ein Beschwerde- bzw. Klageerzwingungsverfahren nach § 172 StPO in Betracht. Das setzt voraus, dass die Gewerkschaft „verletzt“ i.S.v. § 172 StPO ist.

---

<sup>199</sup> *Kania*, in: ErfK, § 119 BetrVG, Rn. 1.

<sup>200</sup> *FESTL*, § 119 Rn. 4; *Oetker*, in: GK, § 119 Rn. 24; *Hess*, in: HWGNRH, § 119 Rn. 20; *Annuß*, in: Richardi, § 119 Rn. 13; einen Überblick über Störungshandlungen gibt *Däubler*, Rn. 202.

<sup>201</sup> Vgl. *Trümmer*, in: DKKW, § 119 Rn. 2 a.E.

Nach *Annuß* kann eine Gewerkschaft nur dann verletzt sein, wenn sie einen eigenen Wahlvorschlag gemacht hat.<sup>202</sup> Dem widerspricht ein Großteil der Literatur zu Recht. Verletzt i.S.v. § 172 StPO ist, wer einen Antrag gestellt hat und durch die behauptete Straftat in seinen Rechten verletzt wurde.<sup>203</sup> Eine Gewerkschaft ist daher immer dann verletzt, wenn der Störer eine Handlung vornimmt, welche die Unterstützung und Förderung der Wahl durch die Gewerkschaft behindert. Nur dieses Auslegungsergebnis wird dem Stellenwert der Befugnis aus Art. 9 Abs. 3 GG gerecht.

Richtigerweise muss das Gesetz wegen der Wahrung i.S.v. Art. 9 Abs. 3 GG so verstanden werden, dass eine Koalition das fragliche Verhalten vor einen Richter bringen kann, der über dieses Verhalten urteilt.

#### **b) Ansätze für eine Überarbeitung**

Es würde den Umfang dieses Gutachtens sprengen, zu der Forderung nach einer Schwerpunktstaatsanwaltschaft in Arbeitssachen Stellung zu nehmen. Angesichts der Probleme der Durchsetzung von Arbeitsrecht<sup>204</sup> durch die Strafverfolgungsbehörden ist die Forderung nur zu begrüßen.

Gemeinhin wird die § 119 StGB als *ultima ratio* der betroffenen Stellen eingeordnet. Das Band der vertrauensvollen Zusammenarbeit ist in der Regel zerschnitten, wenn der Arbeitgeber zum Gegenstand eines Strafverfahrens gemacht wird.<sup>205</sup> Auf der anderen Seite haben Strafnormen gerade die Funktion, das Verhalten der Betroffenen zu regeln.<sup>206</sup>

Daher muss § 119 BetrVG zum Gegenstand einer Reform werden und in dieser Form den Erfordernissen des Einzelfalls entsprechend angewandt werden. Mit anderen Worten darf der ultima-ratio-Grundsatz nicht zur faktischen Beschränkung der Durchsetzung der Freiheit der Wahl herangezogen werden.

Angesichts der zutreffend weit gefassten Definition des Behindertens i.S.v. § 20 BetrVG, das bereits Vorbereitungshandlungen erfasst, ist eine Neufassung im Sinne

---

<sup>202</sup> *Annuß*, in Richardi, § 119 Rn. 5.

<sup>203</sup> *Gorf*, in: BeckOKStPO, § 172 Rn. 2.

<sup>204</sup> Vgl. hierzu: LT-Drs. NRW 17/2052.

<sup>205</sup> Zur Ultima-ratio-Funktion des Strafrechts: BGH, Beschluss vom 13. 9. 2010 - 1 StR 220/09, NJW 2011, 88 (92).

<sup>206</sup> BVerfG, Urteil vom 20.03. 2002 – 2 BvR 794/95 –, juris, Rn. 125.

eines Tätigkeitsdelikts nicht erforderlich. Wichtiger erscheint es, mögliche Strafbarkeitslücken durch eine Versuchsstrafbarkeit zu schließen.

Darüber hinaus ist der Strafraum der Norm zu gering. So hat im Vergleich ein Diebstahl nach § 242 StGB einen höheren Strafraum: Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Hier muss dringend eine Erhöhung stattfinden und ein konsistentes System geschaffen werden. Die Existenz einer Betriebsverfassung steht in ihrer Wertigkeit für die Gesamtrechtsordnung dem Eigentumsrecht an einem gebrauchten Fahrrad in nichts nach und darf insbesondere strukturell nicht hinter dem Diebstahl geringwertiger Sachen zurückbleiben.

Dabei ist zu betonen, dass nach § 248a StGB die Strafverfolgungsbehörden wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung von Amts wegen einschreiten dürfen. § 119 BetrVG muss daher entweder um ein Antragsrecht der einzelnen Arbeitnehmer ergänzt werden, oder zu einem Officialdelikt hochgestuft werden. Insgesamt erscheint es sinnvoller, auf das Antragsfordernis zu verzichten.

Um auf eine Anklage hinzuwirken bleibt einer Gewerkschaft wie jedermann dann das allgemeine Anzeigerecht nach § 158 StPO. Auf die Anzeige hin haben die Strafverfolgungsbehörden den Sachverhalt zu ermitteln. Ein häufiges Problem dürfte dabei sein, dass die Behörden keinen hinreichenden Tatverdacht erkennen oder wegen der geringen Bedeutung nach § 153 oder nach § 153a StPO das Verfahren einstellen.

In diesen Fällen muss der besonderen Bedeutung von Art. 9 Abs. 3 GG Rechnung getragen werden. Hinter Art. 9 Abs. 3 GG steht ein subjektives Privatrecht, welches der Gewerkschaft das Klageerzwingungsverfahren nach § 172 StPO ermöglicht. § 172 StPO ermöglicht dem Antragssteller binnen zwei Wochen nach der Bekanntmachung der Entscheidung gegen die Anklageerhebung eine Beschwerde einzulegen, wenn der Antragssteller durch das Delikt verletzt wurde. In den Fällen mit Wahlbehinderung muss auch das öffentliche Interesse bejaht werden, weil die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen eine gesamtgesellschaftliche Bedeutung hat.<sup>207</sup>

---

<sup>207</sup> Zum objektiven Charakter: *Schubert*, RdA 2001, 199 (201).

Materiell-rechtlich bietet es sich an, sich an § 107 StGB zu orientieren. Beide Normen regeln die Freiheit der Wahl und dienen daher abstrakt dem gleichen Schutzgut. Ein Vergleich der Wertigkeit der beiden Wahlen bietet sich nicht an. Folgerichtig dehnt § 108d StGB das Verbot auch auf alle anderen Wahlen mit Beteiligung der Bevölkerung aus.

Insbesondere eine Regelung für einen besonders schweren Fall erscheint geeignet, eine ausreichend abschreckende Wirkung zu erzielen. Angesichts der offensichtlichen Extensionstendenzen des Gewaltbegriffs in der Rechtsprechung der Strafgerichte<sup>208</sup> liegt nur eine scheinbare Qualifikation in § 107 StGB vor.

Bei dieser Gelegenheit sollte erwogen werden, die Norm redaktionell anzupassen. Da im Strafrecht wegen des sog. Analogieverbots ein strengerer Maßstab für die Wortlaut-Argumentation besteht (Art. 103 Abs. 2 GG), sollte die Bestellung des Wahlvorstands eigens aufgenommen werden.

### **c) *Regelungsvorschlag***

Daraus ist folgender Regelungsvorschlag zu gewinnen:

*(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer*

*1. eine Wahl des Betriebsrats, der Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Bordvertretung, des Seebetriebsrats, des Wahlvorstands oder der in § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 oder 5 bezeichneten Vertretungen der Arbeitnehmer behindert oder durch Zufügung oder Androhung von Nachteilen oder durch Gewährung oder Versprechen von Vorteilen beeinflusst, ...*

*(2) Der Versuch ist strafbar.*

*(3) In besonders schweren Fällen werden die Wahlbehinderung oder die Wahlbeeinflussung mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.*

## **8. Zwischenergebnis**

Auf der Basis der gefundenen Vorschläge sollte der Schutz der Arbeitnehmer verstärkt werden, die einen Betriebsrat gründen wollen. Ihr Schutz ist unabdingbare Voraussetzung für das Gelingen der Betriebsratswahl.

---

<sup>208</sup> BVerfG, Beschluss vom 24. 10. 2001 - 1 BvR 1190/90, NJW 2002, 1031.

## **Teil 4: Das Wahlverfahren de lege lata und de lege ferenda**

Im folgenden Teil sollen Probleme im Rahmen des Wahlverfahrens untersucht werden. Teilweise können diese Probleme bereits auf der Grundlage des bestehenden Rechts gelöst werden. Teilweise wird eine Neuregelung geboten sein.

### **I. Defizite des bestehenden Systems**

Im Folgenden sollen die zentralen Probleme des aktuellen Wahlverfahrens dargestellt werden. Zum einen sollen strukturelle Defizite herausgearbeitet werden. Zum anderen sollen problematische Entscheidungen im Hinblick auf die Aktivierung der aktiven und passiven Wahlberechtigten hervorgehoben werden.

#### **1. Die fehlende Motivation für das Betriebsratsamt**

Bislang überhaupt nicht mit Mittelpunkt der Diskussion war der Umstand, dass ein Ein-Personen-Betriebsrat als Institution für Kleinbetriebe abschreckend wirken kann. In Kleinbetrieben gibt es entweder ein oder drei Betriebsratsmitglieder. Bis zu 20 Wahlberechtigten gibt es nur ein Betriebsratsmitglied.

Selbst wenn der Betriebsrat nur aus einer Person besteht, besteht ein vollwertiger Betriebsrat und diesem stehen grundsätzlich alle Rechte und Pflichten eines Betriebsrats zu. Einige Mitbestimmungsrechte stehen unter dem Vorbehalt, dass mehr als 20 Wahlberechtigte im Unternehmen vorhanden sind, vgl. §§ 99, 106, 110, 111 BetrVG. Die zentrale soziale Mitbestimmung in § 87 BetrVG steht aber nicht unter diesem Vorbehalt. Trotz der Reduktion der Mitbestimmungsrechte kann es sein, dass für einen unbefangenen Arbeitnehmer diese Aufgabe abschreckend wirkt. Bereits die Bedeutung und die Summe der Tatbestände des § 87 BetrVG legen einen erheblichen Arbeitsaufwand nahe, der in der Praxis beispielsweise bei der Mitbestimmung der Dienstpläne sehr deutlich hervortritt.<sup>209</sup>

Das aktuelle Konzept des BetrVG ist einfach. Das Betriebsratsamt ist ein unentgeltliches Ehrenamt.<sup>210</sup> Dem Betriebsrat wird nach § 37 Abs. 2 BetrVG Freistellung von der Arbeit gewährt, um die Betriebsratsarbeit zu erledigen. Während dieser Zeit behalten sie ihren Lohnanspruch.

Doch genau hier wird das Problem am deutlichsten sichtbar. Das kollektive Arbeitsrecht geht gerade von der Annahme aus, dass das isolierte Gegenüber eines

---

<sup>209</sup> BAG, Beschluss vom 25. 9. 2012 – 1 ABR 49/11, NZA 2013, 159 (160).

<sup>210</sup> *Steinau-Steinrück/Kuntzsch*, NJW-Spezial 2017, 754.



Arbeitnehmers und eines Arbeitgebers in der Regel dazu führt, dass Rechte nicht wahrgenommen werden. Deshalb wird der individuelle Verhandlungs- und Durchsetzungsmechanismus um eine zweite kollektive Ebene ergänzt. Bei einem Betriebsrat, der aus einem Mitglied besteht, wird der einzelne Betriebsrat zwar mit den Rechten aus dem BetrVG ausgestattet, aber de facto in die Situation des Arbeitsvertrags entlassen.

Geht man in das Modell der rationalen Apathie über, so ist diese Struktur nicht geeignet, Anreize bei Arbeitnehmern zu schaffen, für einen Betriebsrat zu kandidieren. Zwar bedarf es *nur eines* Kandidaten. Die Wahrscheinlichkeit in Kleinbetrieben ist jedoch geringer als in großen Betrieben, dass ein Arbeitnehmer von seinem passiven Wahlrecht Gebrauch macht oder die Initiative für die Aufstellung eines Betriebsrats ergreift.

Es empfiehlt sich daher gerade diese Situation in den Blickpunkt zu nehmen und vor dem Hintergrund der fehlenden Anreize für „apathische Arbeitnehmer“ zu stärken. Ein erster wichtiger Punkt wäre die Schaffung von Unterstützungsfunktionsträgern. So könnte in Fortentwicklung des Mentorenprinzips der Reform 2001 erwogen werden, bestimmte Funktionen am Anfang auf den Gesamt- oder Konzernbetriebsrat zu übertragen oder diese mit Mitwirkungsbefugnissen hinsichtlich der Betriebsratsarbeit auszustatten. Entsprechende Gedanken finden sich oben zu § 103 BetrVG und könnten durch eine Ausweitung der Zuständigkeitsregelungen in § 50 BetrVG und § 58 BetrVG im Hinblick auf betriebsratslose Betriebe entsprechend ermöglicht werden.

Insgesamt muss man aber feststellen, dass sich das Problem nicht auf der Grundlage des bestehenden Systems vollends lösen lassen. Es geht weniger um die Ausgestaltung der Betriebsverfassung als solcher, sondern vielmehr um die Aktivierung der Arbeitnehmerschaft.

Im Verbraucherrecht, wo ähnliche Probleme bestehen, ist mittlerweile anerkannt, dass Information und Beratung der Verbraucher zentrale Bedeutung haben. Dieser Gedanke lässt sich auch für die Betriebsverfassung fruchtbar machen. Ein „apathischer Arbeitnehmer“ muss in einem ersten Schritt wissen, welche Rechte und welche Unterstützung ein Betriebsrat hat. Das setzt aber voraus, dass überhaupt eine Informationsquelle besteht.

Mangels Betriebsverfassung bleibt für diese Aufgabe nur die gewerkschaftliche Informations- und Beratungsarbeit. Doch auch diese hat ihre Grenzen, insbesondere in finanzieller und personeller Hinsicht. Auf diese Punkte wird daher noch einmal im Zusammenhang mit der staatlichen Schutzpflicht im letzten Teil zu sprechen zu kommen sein.

## **2. Die Bedeutung der Auszubildenden**

Ein weiterer Ansatz muss die frühe Aktivierung der Beschäftigten sein. Diese beginnt bei den Auszubildenden. Die Einordnung von Auszubildenden im Rahmen von § 5 BetrVG ist nicht immer problemlos möglich.<sup>211</sup> Zudem sind die Rechte der Auszubildendenvertretung nach den §§ 60 ff. BetrVG stark eingeschränkt.

Zu erwägen wäre, die Auszubildenden frühzeitig - im Rahmen des praktisch Möglichen - mit der Betriebsratsarbeit zu betrauen, um so schon während der Ausbildung ein Selbstverständnis für Betriebsratsarbeit herauszubilden. Zu denken wäre etwa an ein verpflichtendes Praktikum beim Betriebsrat, was wiederum auch eine Mehrbelastung der Betriebsräte bedeuten würde.

## **3. Die Informationsrechte im Vorfeld der Wahl**

Besonders kritisch ist die Rechtsprechung des 7. Senats zum Informationsrecht des Gesamtbetriebsrats in betriebsratslosen Betrieben zu sehen. Das Gericht vertritt die Rechtsauffassung, dass der Gesamtbetriebsrat nicht berechtigt ist, in betriebsratslosen Betrieben zum Zwecke der Bestellung eines Wahlvorstands für die Durchführung einer Betriebsratswahl Informationsveranstaltungen durchzuführen, die den Charakter von Belegschaftsversammlungen haben.<sup>212</sup>

Wenn der Gesamtbetriebsrat nach § 17 Abs. 1 BetrVG befugt ist, einen Wahlvorstand zu bestellen, dann ist die Befugnis, hierzu im Vorfeld zu informieren, als flankierende Befugnis ohne weiteres in der Norm enthalten. Das BAG erkennt das Problem zwar (Rn. 26 der Entscheidung), löst es aber nicht zutreffend auf. Der Verweis auf S. 2 ist für die Lösung nicht zielführend, weil die Kompetenz bereits in Abs. 1 S. 1 enthalten ist.

---

<sup>211</sup> eingehend: BAG, Beschluss vom 16.11.2011 – 7 ABR 48/10 = juris.de; Koch, in: ErfK, § 5 BetrVG Rn. 6.

<sup>212</sup> BAG, Beschluss vom 16.11.2011 - 7 ABR 28/10, AP BetrVG 1972 § 17 Nr. 9.

Das Gericht erkennt zutreffend an, dass das zuständige Gremium seine Kompetenz in eigener Verantwortung ausfüllen muss und das Interesse berechtigt ist, vor der Bestellung zu erfahren, welcher Arbeitnehmer zur Übernahme des Amts im Wahlvorstand geeignet und bereit ist. Das Argument der Kostenverringerung verfängt indes nicht, weil es um die Kosten geht, die durch die implizierte Befugnis verursacht werden. Insofern würde jeder Kostenfaktor einer teleologischen Interpretation des BetrVG vorgehen. Das ist methodisch nicht haltbar und stellt de facto eine Ökonomisierung der kollektiven Rechte der Arbeitnehmer dar.

Rechtlich geht es weniger um eine unerlässliche Annexkompetenz, sondern vielmehr um eine implizierte Befugnis. Die Argumentation des Gerichts, es komme auf die Unerlässlichkeit der Information an, verkehrt die Rechtslage. Es ist dem Wahlverfahren immanent, dass Maßnahmen mit Relevanz für alle Arbeitnehmer auf einer Plattform stattfinden, die offen für alle Arbeitnehmer ist.

Das Informationsrecht der Mentoren ist ein wichtiger Baustein für die Motivation der Arbeitnehmer bzw. der Belegschaft, sich an der Gründung eines Betriebsrats zu beteiligen. Auf dieser ersten Versammlung kann zum ersten Mal überhaupt überblickt werden, ob andere Arbeitnehmer ein vergleichbares Interesse haben. Getragen von einem bestehenden Gremium kann auf der Grundlage verlässlicher Information sodann eine freie Entscheidung getroffen werden.

Hinter dieser Rechtsprechung versteckt sich zudem ein wichtiger Grundpfeiler der betrieblichen Arbeit. Information und Beratung im Vorfeld durch bestehende betriebliche Gremien sollten zu zentralen Prinzipien des BetrVG hochgestuft werden und einen vergleichbaren Rang wie die Mitbestimmungsordnung i.e.S. erhalten. Diese Aufgabe an einen numerus clausus von Informationsmöglichkeiten zu binden, leuchtet nicht ein.

#### **4. Insbesondere: die Bedeutung der Wahlinitiatoren**

Sind die übergeordneten betrieblichen Gremien untätig oder – was hier mehr interessiert – existieren diese Gremien nicht, wird der Wahlvorstand auf einer Betriebsversammlung nach § 17 Abs. 2 BetrVG durch die Arbeitnehmer gewählt.

Zu dieser Betriebsversammlung können drei wahlberechtigte Arbeitnehmer des Betriebs oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft einladen und Vorschläge für die Zusammensetzung des Wahlvorstands machen (§ 17 Abs. 3 BetrVG). Die

herrschende Meinung erachtet die Regelung der Einladungsberechtigten für abschließend. Weder der Arbeitgeber noch weniger als drei Arbeitnehmer dürfen zu der Betriebsversammlung einladen.<sup>213</sup>

Für Kleinbetriebe stellt diese Regelung eine nicht unerhebliche Hürde dar. Selbst bei einem fest entschlossenen Arbeitnehmer muss dieser noch zwei weitere Arbeitnehmer finden, um überhaupt die Bildung eines Wahlvorstands einzuleiten. Wichtiger dürfte es daher werden, die Rechte der Gewerkschaften zu stärken.

Zum einen besteht die Möglichkeit, dass der entschlossene Arbeitnehmer an die Gewerkschaft herantritt und Mitglied wird, diese somit im Betrieb vertreten wird – eine Lösung die zugleich die Bereitschaft hierzu voraussetzt. Zum anderen wäre es denkbar, Gewerkschaften Informationsrechte einzuräumen. Voraussetzung für eine Gewerkschaftsarbeit ist allerdings grundsätzlich, dass diese um die Existenz eines Betriebs bzw. eines betriebsratsfähigen Betriebs weiß. Auf diese Frage wird daher später zurückzukommen sein.

## **5. Die Stellung von Gewerkschaften im Anfechtungsverfahren**

Während das BAG vertritt, dass ein Arbeitgeber im Falle einer Anfechtung im Beschlussverfahren stets zu beteiligen ist<sup>214</sup>, besteht kein solcher Mechanismus für im Betrieb vertretene Gewerkschaften. So hat das BAG das Vorschlagsrecht für die Mitglieder des Wahlvorstands bei der gerichtlichen Bestellung noch nicht als Rechtsposition eingeordnet.<sup>215</sup> Erst die Bestellung des Wahlvorstands schaffe eine Rechtsposition.

Das ist nur bedingt richtig. Richtig ist nämlich, dass ein Vorschlagsrecht kein Recht auf eine bestimmte Zusammensetzung vermitteln kann. Allerdings steht hinter diesem Vorschlagsrecht die Befugnis zur koalitionspezifischen Betätigung vor und während der Betriebsratswahl nach Art. 9 Abs. 3 GG. Nun besteht auch hier kein Anrecht auf eine bestimmte Zusammensetzung. Jedoch würde die Befugnis ohne effektiven Rechtsschutz bleiben, was mit der verfahrensrechtlichen Dimension<sup>216</sup> von Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu vereinbaren wäre. Insofern müssen Gewerkschaften stets beteiligt werden, wenn ihr Verhalten in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG fällt.

---

<sup>213</sup> Koch, in: ErfK § 17 Rn. 2

<sup>214</sup> BAG, Beschluss vom 27.05.2015 – 7 ABR 24/13, BeckRS 2016, 67135.

<sup>215</sup> BAG, Beschluss vom 23.11.2016 – 7 ABR 13/15, AP BetrVG 1972 § 16 Nr. 4.

<sup>216</sup> Vgl. allgemein: BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 15.10.2009 – 1 BvR 3474/08, NVwZ 2009, 1489.

Nur auf diese Weise können sie auch zur Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen i.S.v. Art. 9 Abs. 3 GG beitragen.

## **6. Die Abbruchverfügung**

Das BAG erkennt einen Anspruch auf Unterlassung bzw. Abbruch einer Betriebsratswahl an, wenn die Wahl voraussichtlich nichtig wäre.<sup>217</sup> Zwar hat sich das Gericht gegen die wohl herrschende Meinung in der Literatur<sup>218</sup> gestellt, die lediglich die Anfechtbarkeit der Wahl für einen Unterlassungsanspruch verlangte, gleichwohl ist diese Rechtsprechung in ihrer Begründung und im Hinblick auf die Gefahr, Arbeitnehmer von der Betriebsratswahl abzuhalten, abzulehnen.

Das Gericht hat den Anspruch aus dem gesetzlichen Zusammenhang abgeleitet und zudem das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb betont. Es ist nicht ersichtlich, worin in einer fehlerhaften Wahl der unmittelbare bzw. betriebsbezogene Eingriff<sup>219</sup> gegen den Betrieb zu sehen ist. Dem BetrVG liegt das Verständnis zugrunde, dass ein Betriebsrat für den Betrieb erforderlich ist. An dieser Zweckrichtung ändert auch die mögliche Nichtigkeit der Wahl nichts. Finanzielle Belastungen genügen nicht für eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Das Recht muss sich gegenüber dem nicht durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Vermögen hinreichend abgrenzen.

Den Unterlassungsanspruch aus dem Gesamtzusammenhang abzuleiten, setzt voraus, dass der Anspruch systematisch-teleologisch durch das BetrVG gefordert wird oder jedenfalls Raum für seine richterrechtliche Anerkennung besteht. Das Gesetz nennt ausdrücklich nur die Anfechtung der Wahl. Zusätzlich ist die Nichtigkeit der Wahl richterrechtlich anerkannt. Das BAG hat Unterlassungsansprüche nur auf der Grundlage konkreter Rechtsverhältnisse zugelassen.<sup>220</sup> Im Fall der Vorbereitung einer Wahl kommt aber nur das Arbeitsverhältnis in Betracht. Über § 241 Abs. 2 BGB darf aber nicht vom Arbeitnehmer verlangt werden, die Betriebsratswahl abubrechen. Vielmehr geht es nur um einen Unterlassungsanspruch nach § 1004 BGB analog. Insofern ist darauf hinzuweisen, dass Art. 9 Abs. 3 GG die Wahrung der Arbeitsbedingungen im Einflussbereich der Koalitionen diesen überantwortet.

---

<sup>217</sup> BAG, Beschluss vom 27.07.2011 – 7 ABR 61/10, NZA 2012, 345; hierzu ausführlich: *Burger*, NZA-Beilage 2017, 114 .

<sup>218</sup> Vgl. die Nachweise bei BAG, Beschluss vom 27.06.2011 – 7 ABR 61/10, NZA 2012, 345 (347).

<sup>219</sup> BAG, Urteil vom 20.01.2009 - 1 AZR 515/08, NZA 2009, 1990 (1992).

<sup>220</sup> Vgl. aktuell wieder: BAG, Beschluss vom 22. August 2017 – 1 ABR 24/16 = juris.

Insofern kommt allenfalls eine Abbruchverfügung nach § 1004 BGB i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG in Betracht.

Die Abbruchverfügung birgt schließlich ein erhebliches Missbrauchs- und Abschreckungspotenzial. Auch unberechtigte Abbruchverfügungen können bei Arbeitnehmern dazu führen, dass anschließend ein rechtmäßiges Wahlverfahren nicht mehr angestrengt wird.

### **7. Die Dauer des normalen Wahlverfahrens**

Als Merkregel für die Praxis hat sich eine Frist von acht bis zehn Wochen für die Betriebsratswahl im normalen Verfahren nach §§ 14 ff. BetrVG, § 1 WahlO ff. etabliert: Zehn Wochen vor der Wahl wird der Wahlvorstand bestimmt. Zwei Wochen später muss der Vorstand das Wahlausschreiben veröffentlichen. Sechs Wochen vor der Wahl wird die Wählerliste veröffentlicht. Bis eine Woche vor der Wahl können Vorschläge eingereicht werden. Sieben Tage vor der Wahl werden die Kandidaten bekanntgegeben. Dann erfolgt die Wahl. Bereits der Zeitraum ist für die Wahl nicht unerheblich. Je länger der Zeitraum bis zur Wahl ist, desto länger besteht die Möglichkeit auf Wahlakteure einzuwirken. Der Ansatz, den Zeitraum zu verringern ist daher wichtig.

### **8. Zusammenfassung**

Die Apathie der Arbeitnehmer und Wahlbehinderungen sind die beiden zentralen Gründe dafür, dass Betriebsratsgründungen unterbleiben. Entscheidend ist es, auf beide Probleme einzugehen und bereits frühzeitig Anreize zu schaffen, einen Betriebsrat zu gründen. Nach dem erfolgten Überblick besteht eine Reihe von Problemen, die Betriebsratsgründungen entgegenstehen können.

Entscheidend muss sein, dass das Betriebsratsamt so attraktiv ist, dass es wahrgenommen werden *will* und dass die Wahl als solche vor Eingriffen von außen durch ein rasches Wahlverfahren abgeschirmt wird. Das soll im Folgenden diskutiert werden.

## **II. Überblick über das vereinfachte Wahlverfahren als Modell**

Aktuell wird in Betrieben mit 5 – 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern das vereinfachte Wahlverfahren unter der Modifikation des Wahlverfahrens nach den §§ 14a, 17a BetrVG durchgeführt. Ziel ist der Aufbau eines Betriebsrats binnen zwei Wochen.<sup>221</sup>

Die Regelungen stellen zwei Verfahrensarten bereit, die sich nach der Anzahl der sog. Wahlversammlungen gliedern. In Umkehrung der Regelungsstruktur des normalen Verfahrens stellt das Fehlen eines Betriebsrats etc. den Regelfall dar. In diesem Fall wird auf der sog. ersten Wahlversammlung der Wahlvorstand bestimmt. Das macht die Regelungen aber für Rechtslaien nicht unbedingt verständlicher.

### **1. Das zweistufige Verfahren**

#### ***aa) Die Einladung zur 1. Wahlversammlung***

Die Einladung zur ersten Wahlversammlung muss nach § 28 Abs. 1 S. 2 u. 3 WahlO mindestens sieben Tage vor dem Tag der Wahlversammlung durch Aushang an geeigneten Stellen im Betrieb erfolgen. Einladen können wiederum drei Arbeitnehmer oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft (sog. einladende Stelle, vgl. § 17 Abs. 3 i.V.m. § 17a Nr. 3 S. 2 BetrVG). Die Gewerkschaft muss dabei nicht für den Betrieb tariflich zuständig sein.<sup>222</sup>

Die Einladung der einladenden Stelle hat eine wichtige Informationsfunktion (§ 28 Abs. 1 S. 5 lit. b) WahlO) im Hinblick darauf, dass die Wahlvorschläge für die Wahl des Betriebsrats nur bis zum Ende der Wahlversammlung für den Wahlvorstand eingereicht werden können. Sinn und Zweck dieser Regelung besteht darin, Klarheit über die Kandidaten zu schaffen.<sup>223</sup> Das Gesetz geht davon aus, dass die sieben Tage ausreichen, um eigene Vorschläge zu formulieren.

In diesem Zusammenhang muss der Arbeitgeber der einladenden Stelle die für die Erstellung der Wählerliste erforderlichen Unterlagen übergeben. Unterlässt er dies, behindert er nach h.M. die Wahl i.S.v. § 20 BetrVG.<sup>224</sup> Der Anspruch kann erforderlichenfalls im einstweiligen Rechtsschutz durchgesetzt werden.<sup>225</sup> Nach seiner Bestellung erhält der Wahlvorstand die Unterlagen.

---

<sup>221</sup> Vgl. BT-Drs. 14/5741, S. 36 f.

<sup>222</sup> Brors, in: HaKo, § 17 Rn. 9.

<sup>223</sup> BT-Drs. 14/5741 S. 37; FESTL, § 28 WO Rn. 2

<sup>224</sup> Homburg, in: DKKW, § 28 WahlO, Rn. 6

<sup>225</sup> Homburg, in: DKKW, § 28 WahlO, Rn. 6

**bb) insbesondere: Selbsthilfe bei fehlenden Informationen**

Die Weigerung, die Informationen zu übergeben, kann ein zentrales Hindernis darstellen. Für das vereinfachte Wahlverfahren stellt sich das Problem schon deshalb, weil es hierdurch zu Verzögerungen im Ablauf der Wahl kommen kann und ein schnelles Verfahren die Gewähr dafür gibt, dass Störungen minimiert werden.

Gemeinhin wird propagiert, dass der Wahlvorstand in diesen Fällen eine einstweilige Verfügung anstrengen kann.<sup>226</sup> Darüber hinaus wird vertreten, dass der Wahlvorstand die Wählerliste aus eigener Kraft erstellen kann bzw. muss.<sup>227</sup>

Das letztgenannte Vorgehen ist nicht unproblematisch. Zum einen kann es zu Fehlern kommen, die dem Wahlvorstand angelastet werden könnten, obgleich die Veranlassung vom Arbeitgeber ausgeht. Zum anderen stellt dieses Vorgehen einen Akt der Selbstvornahme dar und umgeht den gerichtlichen Rechtsschutz. Schließlich kommt es regelmäßig zum Zugriff auf personenbezogene Daten im Sinne des BDSG bzw. der Datenschutzgrundverordnung.

Im Hinblick auf das Ziel der raschen Errichtung des Betriebsrats wird man dieses Vorgehen aus der Natur der Sache heraus legitimieren können. Aus § 229 BGB ist sogar zu folgern, dass der Betriebsrat notfalls Sachen des Arbeitgebers wegnehmen oder sogar auf sie einwirken kann, um sich die Informationen zu beschaffen. Gleichwohl wird eine derartige Einwirkung oftmals ausscheiden, weil die Hürden des § 229 BGB sehr hoch sind. Erforderlich ist, dass die Durchsetzung des Informationsanspruchs wesentlich erschwert werden würde.

**cc) Die Wahl des Wahlvorstands auf der 1. Wahlversammlung**

Die 1. Wahlversammlung findet grundsätzlich während der Arbeitszeit und im Betrieb statt.<sup>228</sup> Sind Beeinträchtigungen oder Beeinflussungen zu besorgen, kann die 1. Wahlversammlung auch außerhalb des Betriebs stattfinden.<sup>229</sup> In den Räumlichkeiten hat die einladende Stelle das Hausrecht und eröffnet die Versammlung.<sup>230</sup>

Auf der 1. Wahlversammlung werden die drei Mitglieder des Wahlvorstands inklusive des Vorsitzenden mit der Mehrheit der anwesenden Arbeitnehmer gewählt. Mehr

---

<sup>226</sup> FESTL, § 30 WahIO Rn. 3.

<sup>227</sup> Berg, AiB 2002, 17 (22).

<sup>228</sup> Homburg, in DKKW, § 29 WahIO, Rn. 1.

<sup>229</sup> Homburg, in: DKKW, § 29 WahIO Rn. 1.

<sup>230</sup> Homburg, in: DKKW, § 29 WahIO Rn. 2.



Mitglieder sind nicht vorgesehen.<sup>231</sup> Vorschläge zur Wahl des Wahlvorstands können aus der Mitte der Arbeitnehmer kommen. Die Wahl selbst erfolgt durch die Mehrheit der anwesenden Arbeitnehmer. Nach seiner Wahl übernimmt der Wahlvorstand die Versammlungsleitung.

#### ***dd) Die Wählerliste***

Der Wahlvorstand hat noch auf der ersten Wahlversammlung die Wahl einzuleiten. Danach und noch auf der Wahlversammlung erstellt er die Wählerliste getrennt nach Geschlecht auf der Grundlage der Informationen, die er von der einladenden Stelle erhalten hat. Fehlen die Informationen, ist die Wahlversammlung zu vertagen.

Diese Vertagung ist für den Zweck des vereinfachten Verfahrens kontraproduktiv (s.o.), weil durch die Verlängerung auch die Zeit für etwaige Störungen etc. erweitert wird. Der Schutz durch § 20 BetrVG ändert nichts daran, dass es der Arbeitgeber in der Hand hat, hier den Zeitraum der Wahl zu beeinflussen. Auf diese Möglichkeit kann der Wahlvorstand nur mit einer einstweiligen Verfügung reagieren. Gerade dieser Punkt sollte illustrieren, dass ein Ausbau von § 119 BetrVG sinnvoll ist.

Was die Auslegung der Wählerlisten angeht, gelten keine Besonderheiten im vereinfachten Verfahren (§ 39 WahlO). Das BAG erblickt in dem Aufstellen der Wählerliste eine zentrale Regelung, um Wahlmanipulationen zu verhindern.<sup>232</sup> Dieser Ansatz ist für die Beständigkeit und Akzeptanz des Wahlergebnisses von großer Bedeutung. Zum normalen Wahlverfahren hat das Gericht entschieden, dass die Aufnahme in die Wählerliste zwar keine Voraussetzung des aktiven Wahlrechts sei, sondern eine Voraussetzung für die Ausübung des Wahlrechts.<sup>233</sup> Diese Rechtsprechung hat ihre Berechtigung im Hinblick auf die Ordnung der Wahl und die Bekämpfung von Manipulationen. Die Unterscheidungen „Voraussetzung für die Ausübung“ und „Einschränkung des aktiven Wahlrechts“ sind jedoch nur semantischer Natur.

Darüber hinaus lässt sich die Wählerliste auch in die andere Richtung manipulieren, indem Personen nicht aufgenommen werden. Für den Wahlberechtigten hat der Begriff die gleiche Wirkung: Er kann von seinem Wahlrecht nicht Gebrauch machen. Insofern sollte erwogen werden, die Vorgaben für die Wählerliste zu einer

---

<sup>231</sup> BT-Drs. 14/5741 S. 38.

<sup>232</sup> BAG, Beschluss vom 21.03.2017 – 7 ABR 19/15, NZA 2017, 1075 (1078).

<sup>233</sup> BAG, Beschluss vom 21.03.2017 – 7 ABR 19/15, NZA 2017, 1075 (1078).

Ordnungsvorschrift umzuwerten, von der der Wahlvorstand in begründeten Fällen Ausnahmen am Wahltag zulassen kann.

Auf die Erstellung der Wählerliste folgt die Erstellung des Wahlausschreibens in der Form gemäß § 31 WahlO. Änderungen gegenüber dem Ausschreiben im normalen Wahlverfahren ergeben sich nur aus den Besonderheiten des vereinfachten Verfahrens.

#### **ee) Die Wahlvorschläge**

Die Wahl erfolgt auch im vereinfachten Verfahren auf der Grundlage der Wahlvorschläge. Nur wer durch einen Wahlvorschlag genannt ist, kann zum Betriebsrat gewählt werden (§ 34 WahlO). Geht kein Vorschlag ein, hat der Wahlvorstand bekannt zu machen, dass die Wahl nicht stattfindet (§ 33 Abs. 5 WahlO). Eine Wahl eines Betriebsrats ohne Wahlvorschlag ist trotz der Absenkung der Formalia im vereinfachten Verfahren nach h.M. nichtig.<sup>234</sup>

Die Wahlvorschläge können ab dem Zeitpunkt der Existenz des Wahlvorstands bis zum Ende der 1. Wahlversammlung gemacht werden (§§ 14a Abs. 2 HS 1 BetrVG, 33 Abs. 1 S. WahlO). Fraglich ist, ob die Ausnahme von dem Schriftformerfordernis nach § 14a Abs. 2 BetrVG, nur für die spontanen Vorschläge auf der 1. Wahlversammlung gilt. *Kreutz/Jacobs* weisen zu Recht darauf hin, dass alle Vorschläge erst auf der 1. Wahlversammlung gemacht werden. Schriftliche Ausarbeitungen sind daher in aller Regel schriftliche Vorarbeiten.<sup>235</sup> Fehler der Schriftform kann es somit nicht geben.

Zur Unterstützung genügt ein Handzeichen.<sup>236</sup> Auch hier darf ein Arbeitnehmer immer nur einen Wahlvorschlag unterstützen. Bei doppelter Unterstützung muss er sich erklären.

#### **ff) Die Wahl des Betriebsrats**

Die Wahl selbst erfolgt dann eine Woche später nach dem Grundsatz der Mehrheitswahl. Ist nur ein Betriebsratsmitglied zu wählen, so ist die Person gewählt, die die meisten Stimmen erhalten hat (§ 33 Abs. 4 WahlO). Sind drei Betriebsratsmitglieder zu wählen, verweist die WahlO auf die Vorschriften für das

---

<sup>234</sup> *Kreutz/Jacobs*, in: GK, § 14a Rn. 36

<sup>235</sup> *Kreutz/Jacobs*, in: GK, § 14a Rn. 37.

<sup>236</sup> BT-Drs. 14/5741, S. 37

Wahlverfahren bei nur einer Liste. Maßgebend bleibt daher die Mehrheits- bzw. Personenwahl (§§ 20 - 22 WahlO).

Trotz des Gebots der Vereinfachung, erfolgt die Wahl selbst als geheime und unmittelbare Wahl. Insbesondere soll die Stimmabgabe der wahlberechtigten Arbeitnehmer geheim sein. Aus diesem Grund ist z. B. eine öffentliche Abstimmung unzulässig.<sup>237</sup> Vom Wahlvorstand müssen demnach organisatorische Maßnahmen getroffen werden, damit der Grundsatz der geheimen Wahl eingehalten wird.

### **gg) Die nachträgliche Stimmabgabe**

Eine wichtige Besonderheit des vereinfachten Verfahrens besteht in der nachträglichen Stimmabgabe. Wegen des gedrängten Zeitraums ist es möglich, dass sich Arbeitnehmer rein tatsächlich auf die Wahl nicht einstellen und an dieser teilnehmen können. Daher kann ein Arbeitnehmer die nachträgliche schriftliche Stimmabgabe bis drei Tage vor dem Wahltermin beantragen (§ 35 Abs. 1 WahlO).

Hat kein Arbeitnehmer die nachträgliche Stimmabgabe in Anspruch genommen, zählt der Wahlvorstand die Stimmen unmittelbar nach der Wahl gemäß den allgemeinen Grundsätzen aus. Erfolgt eine nachträgliche Stimmabgabe, darf der Wahlvorstand die Urne erst im Anschluss an den Ablauf der Frist öffnen (§ 35 Abs. 3 WahlO).

## **2. Das einstufige Verfahren**

Wie bereits gesagt, grenzt sich das einstufige Verfahren vom zweistufigen durch das Fehlen einer betriebs-rätlichen Bestimmung des Wahlvorstands ab. Im einstufigen Verfahren wird der Wahlvorstand in aller Regel durch den alten Betriebsrat bestellt. Dadurch, dass die Regelungsstruktur umgedreht wird, wird die WahlO für den Rechtslaien allerdings kompliziert und schwer nachvollziehbar.

## **3. Die Vereinbarung des vereinfachten Wahlverfahrens**

Die Vereinbarung des vereinfachten Wahlverfahrens ist für Betriebe mit 50 – 100 Mitarbeitern nach § 14a Abs. 5 BetrVG möglich. Allerdings ist zu beachten, dass das Verfahren erst greift, wenn ein Wahlvorstand nach den Regeln des normalen Wahlverfahrens bestellt wurde, weil nur dieser rechtsverbindlich die Vereinbarung mit dem Arbeitgeber treffen kann. Gleichwohl kann sich der Arbeitgeber auch gegenüber dem aktuellen Betriebsrat verpflichten, einem vereinfachten Wahlverfahren

---

<sup>237</sup> BT-Drs. 14/5721, S. 37; *Willsch*, ArbRAktuell 2017, 480 (482).

zuzustimmen.<sup>238</sup> Erzwingbar ist diese Zustimmung nicht. Eine konkludente Vereinbarung bleibt aber stets möglich.<sup>239</sup>

Die Norm steht stellvertretend für das Potenzial des vereinfachten Wahlverfahrens. Zu beobachten ist, dass bereits heute ca. 50% der Betriebe im Anwendungsbereich der Norm, von dieser Möglichkeit Gebrauch machen.<sup>240</sup>

### **III. Vorschläge für eine Neuregelung**

Für den folgenden Vorschlag bestehen zwei Determinanten. Ausgangspunkt sind die Einschätzungen des Gesetzgebers, wie sie für die Reform 2001 getroffen wurden. Fixpunkt des Vorschlags ist der Ausbau des vereinfachten Verfahrens für Betriebe mit bis zu 200 Beschäftigten, wie es im Koalitionsvertrag 2018 vorgesehen ist.

#### **1. Redaktionelle Änderungen**

Stellvertretend für das ganze Problem steht die offizielle Abkürzung der WahlO: Erste Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes – abgekürzt: BetrVG DV1WO. Es empfiehlt sich eine weitreichende redaktionelle Anpassung bzw. Klarstellung im Anschluss an die weiteren Reformvorschläge.

Ganz allgemein sind die Regelungen des BetrVG und der BetrVG DV1WO für das Wahlverfahren sehr kompliziert verfasst. Insbesondere Verweise auf andere Regelungsbereiche („§ ... gilt entsprechend) sind geeignet, Arbeitnehmer, die nicht gewerkschaftlich begleitet sind und in der Regel keinen Anwalt für die Betriebsratswahl mandatieren, von der Initiierung der 1. Wahlversammlung/Betriebsversammlung abzuhalten.

Bei dieser Gelegenheit sollten wichtige Entscheidungen des BAG zum Wahlverfahren laiengerecht in das BetrVG übernommen werden.

#### **2. Die Online-Wahl?**

Angesichts der Möglichkeiten, die die Digitalisierung mit sich bringt, stellt sich die Frage, ob Onlinewahlen zulässig sind bzw. ob ein solches Verfahren gegebenenfalls eingeführt werden sollte. In der Literatur wird diese Möglichkeit de lege lata abgelehnt.<sup>241</sup> Abgeleitet wird dies aus § 11 Abs. 1 S. 2 der WahlO und § 24 WahlO.

---

<sup>238</sup> Hierzu auch: *Ratayczak/Schneider*, AiB 2002, 10 (11).

<sup>239</sup> *Koch*, in: ErfK, § 14a Rn. 6.

<sup>240</sup> *Greifenstein/Kißler/Lange*, S. 39 ff.

<sup>241</sup> *Fündling/Sorber*, NZA 2017, 552 (553).

Lediglich bei der Auszählung dürfe eine Datenverarbeitungsanlage zur Hilfe genommen werden.

Soweit ersichtlich, hat zu dieser Frage erstmals das ArbG Hamburg entschieden. Es erachtete die Wahl für nichtig.<sup>242</sup> Die elektronische Durchführung der Wahl verstoße entsprechend schwerwiegend gegen die WahlO. Die Regelungen zur Briefwahl könnten nicht über diese hinaus erweiternd ausgelegt werden. Auch eine „extensive zeitgemäße“ Auslegung sei nicht möglich, da die Lebenswirklichkeit sich seit Inkrafttreten der WahlO im Jahr 2001 nicht grundlegend geändert habe. Die Entscheidung über die Zulässigkeit einer Online-Wahl könne nicht im Rahmen der Auslegung durch ein Gericht entschieden werden. Vielmehr sei hier der Gesetzgeber zu einer Entscheidung gefordert.

De lege ferenda wird die online Wahl teilweise gefordert.<sup>243</sup> Auf den ersten Blick bestehen Vorteile. Die Teilnahme wird scheinbar einfacher, junge Arbeitnehmer werden angesprochen. Die Durchführung wird ebenfalls scheinbar vereinfacht. Gegebenenfalls kann auf ein Programm zurückgegriffen werden. Durch den Wegfall der Materialkosten werden die Kosten insgesamt gesenkt und das Wahlergebnis kann rasch und mitunter störungsfreier ermittelt werden.

Gleichwohl ist diese Möglichkeit abzulehnen. Es ist müßig auf die Möglichkeit von externen Zugriffen auf die Wahl hinzuweisen.<sup>244</sup> Gleichwohl ist dies ein Faktor, der nicht unterschätzt werden darf.

Darüber hinaus, lässt sich über die Nutzererkennung und die Speicherung die Stimme grundsätzlich zuordnen. Das ist ein Faktor, der keiner geheimen Wahl innewohnen darf. Auch eine Randomisierung durch ein Programm kann nicht sicherstellen, dass diese nicht zurückverfolgt werden kann. Es könnte zu Fehlern dieses Programms kommen und die Verlässlichkeit der Stimmabgabe beschädigt werden.

Auch eine reguläre Wahl ist gewiss nicht vor Eingriffen von außen gefeit. Gleichwohl findet sie im Betrieb statt und damit in einem Bereich, auf den Dritte in der Regel keinen Zugriff haben. Eine vergleichbare Geschlossenheit bietet das Internet nicht.

---

<sup>242</sup> ArbG Hamburg, Beschluss vom 7.6.2017 – 13 BV 13/16, BeckRS 2017, 118616.

<sup>243</sup> Harms/Steinau-Steinrück/Thüsing, BB 2016, 2677.

<sup>244</sup> So schon Wedde, in: DKKW, § 30 Rn. 12.

Der Grundgedanke der Wahl ist das konstante Monitoring mehrerer natürlicher Personen. Ein Großteil der sonst vor Ort durchzuführenden Wahlhandlungen entzöge sich aber online der unmittelbaren Wahrnehmung.

Gegen einen IT-Einsatz während der Wahlen ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Allerdings sind die Wahlgrundsätze zu beachten und zum anderen muss das Faktum der Wahl als solches erhalten bleiben, um vitale Diskussionen führen zu können<sup>245</sup> und den Betrieb als Keimzelle der Betriebsverfassung zu erhalten.

Die flächendeckende Einführung der Online-Wahl sollte daher nicht, jedenfalls nicht vorschnell, erfolgen.

### **3. *Insbesondere: Muster einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft***

Ein großes Problem für die Bildung eines neuen Betriebsrats kann der Streit um die Rechtmäßigkeit von Verfahrenshandlungen werden. Insbesondere wenn der Arbeitgeber auf der Grundlage der Rechtsprechung des BAG eine Abbruchverfügung wegen bevorstehender Nichtigkeit geltend macht.<sup>246</sup>

Das Bürgerliche Gesetzbuch operiert in der neueren Entwicklung insbesondere im Bereich des Verbraucherrechts mit Mustern und sog. Rechtmäßigkeitsvermutungen. Nach Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 2 EGBGB kann der Unternehmer seine Informationspflicht dadurch erfüllen, dass er das gesetzlich vorgesehene Muster ordnungsgemäß ausfüllt und an den Verbraucher übermittelt.

Der Einsatz dieser Regelungsstruktur könnte Streitigkeiten während der Wahl großflächig beseitigen. Wegen der Bedeutung von Art. 9 Abs. 3 GG empfiehlt es sich jedoch, diese Muster nicht gesetzlich vorzugeben, sondern auf Muster der im Betrieb vertretenen Gewerkschaft zurückzugreifen.

Das Arbeitsrecht kennt insbesondere im § 1 Abs. 4 und 5 KSchG die Möglichkeit den Prüfungsrahmen auf die grobe Fehlerhaftigkeit zu beschränken, wenn eine Vereinbarung zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber zustande kommt. Insofern ist folgende Regelung vorzuschlagen, die jeweils in einem Zusatzsatz an den Verfahrensschritt anzufügen wäre:

---

<sup>245</sup> Klebe, NZA 2017, 77 (84).

<sup>246</sup> BAG, Beschluss vom 27. 7. 2011 – 7 ABR 61/10, NZA 2012, 345.

„Nutzt [Gremium] hierfür ein Muster einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft, so kann [...] nur auf ihre grobe Fehlerhaftigkeit untersucht werden.“

Eine Missbrauchsgefahr gegen den Arbeitgeber ist nicht ersichtlich. Zum einen verlangt der Gewerkschaftsbegriff die Tariffähigkeit der Arbeitnehmervertretung. Zum anderen gewährleistet der Werbeeffekt derartiger Muster gegenüber den Mitgliedern die Ordnungsgemäßheit. Im Übrigen ist in der Praxis zu beobachten, dass es diese Muster sind, die einen störungsfreien Ablauf gewährleisten.

#### **4. Die Pflicht des Arbeitgebers zur Durchführung einer Betriebsratswahl?**

Insbesondere im Hinblick auf unionsrechtliche Vorgaben wurde die Pflichtenstellung des Arbeitgebers diskutiert. § 1 BetrVG in der Weise zu verstehen, dass die Norm eine Pflicht zur Durchführung der Betriebsratswahlen statuiert, wird von der überwiegenden Meinung in der Literatur abgelehnt.<sup>247</sup> Insgesamt sind gleichwohl mehrere Lösungen denkbar: die Pflicht zur Durchführung der Wahl, die Pflicht zur Bestellung eines Wahlvorstands oder gar die Pflicht zur Errichtung eines Betriebsrats nach den Regeln der §§ 1, 7 ff. BetrVG. Letzteres würde den Arbeitgeber zu einer Art Garant für die Betriebsverfassung machen.

Der Gedanke ist insbesondere in kleinen und mittleren Betrieben überlegenswert, weil die einschlägigen Zahlen darauf schließen lassen, dass eine Organisierbarkeit von kleinen Gruppen von Rechtslaien unterbleibt.

Zur Massenentlassungsrichtlinie wurde diese Pflicht überwiegend abgelehnt.<sup>248</sup> Zur Begründung bot sich die sog. Massenentlassungs-Entscheidung des EuGH zur Rechtslage im Vereinigten Königreich an.<sup>249</sup> In der Entscheidung des EuGH ging es um die Möglichkeit des Arbeitgebers, eine Mitbestimmungsordnung zu unterbinden. Eine solche Möglichkeit war nach Ansicht des EuGH wegen der praktischen Wirksamkeit nicht mit der Richtlinie vereinbar.

Dieser Fall ist nach Ansicht in der Literatur aber nicht vergleichbar mit der Situation, in der lediglich kein entsprechendes Gremium existiert, hingegen aus freien Stücken errichtet werden könne.<sup>250</sup>

---

<sup>247</sup> *Schiefer/Korte*, NZA 2002, 57 (58).

<sup>248</sup> *Spelge*, NZA-Beilage 2017, 108 (109)

<sup>249</sup> EuGH, Urteil vom 8.6.1994 – C-383/92, BeckRS 2004, 76908.

<sup>250</sup> *Reichold*, NZA 2003, 289 (295).

Unionsrechtlich ableiten lassen sich Pflichten grundsätzlich aus der Pflicht zu informieren und zu konsultieren. Will der Arbeitgeber diese Pflicht erfüllen, muss er das seinerseits Erforderliche tun. Vor dem Hintergrund des Grundsatzes der praktischen Wirksamkeit kann diese Pflicht erst dann enden, wenn der Wille der Arbeitnehmer erkennbar ist, keine Wahl durchzuführen. Erforderlich ist ein klares Votum der Arbeitnehmer gegen einen Betriebsrat. Das setzt zumindest voraus, dass eine Betriebsversammlung einberufen und dort votiert wurde.

In erster Linie bestehen Bedenken wegen des Grundsatzes der freien Stimmenabgabe. Jede Einbeziehung des Arbeitgebers könnte zu Brüchen mit dem Gedanken der unbeeinflussten Stimmabgabe führen.<sup>251</sup> Bereits oben wurde ausgeführt, dass Art. 9 Abs. 3 GG und das BetrVG dem Arbeitgeber ein Neutralitätsgebot auferlegen.<sup>252</sup> Insofern müsste eine Reform auch das Rollenbild des Arbeitgebers komplett ändern.

Zu erwägen wäre eine solche Rolle insbesondere dort, wo der Arbeitgeber davon ausgehen muss, dass es keine im Betrieb vertretene Gewerkschaft gibt. Gleichwohl müsste eine solche Pflicht dann mit Durchsetzungsmechanismen versehen werden, die mangels Gewerkschaft und Betriebsrat nur öffentlich-rechtlicher Natur sein können. Das Unterlassen der Einleitung der Betriebsratswahl wäre dann z.B. eine Straftat nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

Vor dem Hintergrund der Ausgangsthese ist diese Pflicht insgesamt nur ultima ratio und sollte erst in Betracht gezogen werden, wenn keine anderen Möglichkeiten mehr bestehen, das Gruppenpotenzial der Arbeitnehmer zu aktivieren.

Insbesondere sollte analog § 21 BPersVG zunächst eine Pflicht des Arbeitgebers erwogen werden, die 1. Wahlversammlung einzuberufen – eine solche Pflicht würde zwar das Neutralitätsgebot strapazieren, wäre aber offensichtlich milder als die Pflicht, die gesamte Wahl durchzuführen.

Gerade vor dem Hintergrund der freien Interessenbündelung der Arbeitnehmer unter dem Dach des Art. 9 Abs. 3 GG erscheint eine Lösung durch die Aktivierung der Arbeitnehmerschaft in jeder Hinsicht zunächst vorzugswürdig. Gleichwohl sollte diese Lösung nicht aus den Augen verloren werden.

---

<sup>251</sup> So *Nicolai*, in: HWGNRH, § 14 Rn.

<sup>252</sup> Hierzu: *Maschmann*, BB 2010, 245.



## **5. Der Ausbau des vereinfachten Wahlverfahrens**

Ein zentraler Vorteil des vereinfachten Wahlverfahrens liegt in seiner Schnelligkeit. Durch die Möglichkeit der raschen Durchführung des Wahlverfahrens wird auch der Zeitraum maßgeblich reduziert, in dem auf die Betriebsratswahl von außen in Form von Störungen zugegriffen werden kann.

In der aktuellen Entwicklung ist insbesondere bei größeren Betrieben zu beobachten, dass Wahlen nicht an der Apathie der Arbeitnehmer, sondern vielmehr durch Störungshandlungen unterschiedlicher Qualität beeinträchtigt werden.<sup>253</sup> Daher soll geprüft werden, ob der Ansatz des vereinfachten Wahlverfahrens über verkürzte Fristen nicht generell verallgemeinert werden kann, um auch in größeren Betrieben die zeitliche Angriffsfläche der Wahl zu verringern.

Diese Lösung muss zum einen die tatsächlichen Anforderungen und zum anderen auch die Vorgaben des Verfassungsrechts berücksichtigen. Insofern stellt der Ansatz des Koalitionsvertrags, das vereinfachte Verfahren für bis zu 200 Mitarbeiter im Betrieb zu ermöglichen, einen guten Ansatz dar, um das vereinfachte Wahlverfahren auszubauen.

Redaktionell empfiehlt es sich, das vereinfachte Verfahren zum Ausgangspunkt des BetrVG zu machen und die Regeln des normalen Verfahrens nunmehr als Modifikation für größere Betriebe zu behandeln. Bereits dies würde die Lesbarkeit der Regelungen erheblich erhöhen.

### **a) *Gegenüberstellung von vereinfachtem und regulärem Wahlverfahren***

Bei näherer Betrachtung bestehen zwischen vereinfachtem und normalem Wahlverfahren zahlreiche Besonderheiten. Jedoch stellt sich die Frage, ob diese Besonderheiten nicht auf der Grundlage eines gemeinsamen Nenners zusammengeführt werden können und dann den Besonderheiten von großen Betrieben gesondert Rechnung getragen werden kann.

Die Reform 2001 hat das vereinfachte Verfahren für Betriebe von 5 bis 50 Mitarbeitern obligatorisch und darüber hinaus für Betriebe bis zu 100 Mitarbeitern fakultativ gemacht. Damit unterfallen bereits heute ca. 95% der Betriebe und 90% der

---

<sup>253</sup> Vgl. sogar den Artikel in der *Zeit-online* vom 3.11.2016: „Arbeitgeber behindern jede sechste Betriebsratsgründung“ <http://www.zeit.de/karriere/2016-11/betriebsraete-deutschland-studie-gruendung> (Stand: März 2018).

Arbeitnehmer dem Anwendungsbereich des vereinfachten Wahlverfahrens. Das vereinfachte Wahlverfahren zum Regelverfahren zu machen, würde daher der empirischen Realität entsprechen.<sup>254</sup>

Ferner ist zu beobachten, dass weitaus weniger Verfahren aus dem vereinfachten Wahlverfahren vor die Gerichte gelangen. Diese Verfahren erscheinen daher auf den ersten Blick in der Tat weniger störungs- und fehleranfällig.

#### aa) Hat das vereinfachte Wahlverfahren versagt?

Betrachtet man die Zahlen seit der Reform 2001, so hat das vereinfachte Wahlverfahren scheinbar nichts bewirkt. Die Zahl der Betriebe mit einer Betriebsverfassung ist gesunken.<sup>255</sup>

Ein Grund für die weißen Flecken liegt im Kleinbetrieb selbst. So stellte *Konzen* fest, dass kleine Betriebe die Bildung von Betriebsräten hemmen.<sup>256</sup> Im Zusammenhang mit der Reform von 2001 hat *Reichold* vorhergesagt, dass es trotz Einführung des vereinfachten Verfahrens nicht mehr Betriebsräte geben wird, weil in Kleinbetrieben hierfür die Anreize fehlten.<sup>257</sup> Hier zähle Vertrauen mehr als Anspruchsdenken.

Kleinbetriebe zeichnen sich in der Regel durch die Nähe der Arbeitnehmer zur Leitungsmacht aus.<sup>258</sup> Man macht es sich aber zu einfach und geht an dem Problem vorbei, wenn man betont, dass in Kleinbetrieben die Beschäftigten ihre Interessen anderweitig wahren könnten.<sup>259</sup>

Es wäre vorschnell, die Bürde allein dem vereinfachten Wahlverfahren aufzuerlegen. Es muss darum gehen, dass das vereinfachte Wahlverfahren als Regelwahlverfahren die Basis für eine rasche und störungsfreie, unter Beachtung der demokratischen Grundsätze geschaffene, Betriebsverfassung bereitstellt. Der Erfolg hängt nicht allein vom vereinfachten Wahlverfahren ab. Es kann aber zusammen mit weiteren Veränderungen die Trendwende ohne weiteres ermöglichen.

---

<sup>254</sup> In diese Richtung auch: *Voss*, S: 41: keine Ausnahme.

<sup>255</sup> Vgl. zu den älteren Daten: *Ellguth/Kohaut*, WSI-Mitteilungen, 2005, 398 (399).

<sup>256</sup> *Konzen*, RdA 2001, 76 (78).

<sup>257</sup> *Reichold*, NZA 2001, 857 (860).

<sup>258</sup> *Hanau*, RdA 2001, 65 (69).

<sup>259</sup> So aber *Schiefer/Korte*, NZA 2001, 352 (353).

## aa) Grundlagen der Vereinheitlichung

Die aktuelle Regelung des Wahlverfahrens im BetrVG ist wenig transparent und an sich geeignet, Arbeitnehmer von der Wahl eines Betriebsrats abzuhalten. Es empfiehlt sich, eine einheitliche und übersichtliche Regelung<sup>260</sup> zu schaffen.

Auf der Grundlage der vorstehenden Zusammenfassungen sind das normale und das vereinfachte Verfahren zusammenzuführen. Die potenziell verwirrende Terminologie wird vereinheitlicht. Nunmehr wird von einer 1. und einer 2. Wahlversammlung gesprochen. Alternativ kann man auch zur Betriebsversammlung zurückkehren. Wichtig ist nur, dass die Terminologie vereinheitlicht wird.

Der Verweis nach § 33 WahIO auf § 6 Abs. 2 WahIO ist im Hinblick auf die Personenwahl für Rechtslaien irritierend und sollte gestrichen werden. Dieser könnte die Wahl unterlassen, wenn die erforderliche Anzahl an Bewerbern nicht erreicht wird. Verstöße gegen die Soll-Vorschrift bleiben nach h.M. ohnehin ohne Wirkung.<sup>261</sup>

Auch wenn das BetrVG vom Mentorenprinzip ausgeht, empfiehlt es sich, den betriebsratslosen Betrieb insbesondere im Rahmen der WahIO regelungstechnisch voranzustellen. Dies hat seinen Grund darin, die Lektüre für Laien verständlicher zu machen, während im Fall des Mentorenprinzips von Fachkenntnis ausgegangen werden kann bzw. diese rasch hergestellt werden kann.

Wichtig ist es zudem, Laien keinen Pendelblick abzunötigen; Beispiel: Das Erfordernis der Stützunterschriften ist in § 14 Abs. 4 BetrVG enthalten. § 6 WahIO geht in seiner Formulierung von dieser Vorgabe aus. Das sollte geändert werden, weil die Regelung sonst in der Praxis zu Irritationen führen kann. Vielmehr sollte ein grundsätzlicher Verweis in eine detailliert geregelte Wahlordnung erfolgen.

## bb) Sondersituation: Großbetrieb

Jede Vorgabe im vereinfachten Verfahren muss kritisch auf ihre Kompatibilität für Großbetriebe überprüft werden.

Es liegt auf der Hand, dass ein größerer Betrieb auch zusätzliche Anforderungen an den Wahlvorstand stellt. Sowohl das vereinfachte, als auch das reguläre

---

<sup>260</sup> Redaktionell ist der Begriff der einladenden Stelle lebensfremd. Der Begriff könnte bei der Lektüre des Textes zu Irritationen führen, weil die Legaldefinition den Eindruck erwecken könnte, es sei nur die Gewerkschaft gemeint. Ein redaktioneller Mehrgewinn durch die einheitliche Terminologie wiegt die Gefahren für die Rechtsverwirklichung durch Arbeitnehmer nicht auf.

<sup>261</sup> Forst, in Richardi, § 6 WO Rn. 8.

Wahlverfahren gehen von einem Wahlvorstand von drei Personen aus. Im normalen Verfahren kann die Zahl erhöht werden. Diese Regelung kann übernommen werden, um den Anforderungen gerecht zu werden.

Es ist kein Grund ersichtlich, dass das Wahlausschreiben im regulären Verfahren mehr Zeit bedarf, als im vereinfachten. Ein vergleichbarer Gedankengang bietet sich auch für die Verkürzung der Einspruchsfrist für die Wählerliste an. Zwar muss jedem Arbeitnehmer eine gewisse Zeit zugebilligt werden, in die Wählerliste Einblick zu nehmen. Gleichwohl besagt das BetrVG, dass dies im vereinfachten Verfahren in einer kurzen Zeit möglich ist. Immerhin wurde der Arbeitnehmer hierauf im Wahlausschreiben hingewiesen. Dass die Masse an Arbeitnehmern die Einsichtnahme behindern könnte, ist mangels praktischer Relevanz nicht von Bedeutung.

Nach einer aktuellen Entscheidung des BAG ist der Einspruch gegen die Wählerliste nicht Voraussetzung dafür, später die Wahl wegen Fehlern hinsichtlich der Wählerliste anzufechten.<sup>262</sup> Das stuft die Bedeutung des Einspruchs auf ein internes Korrekturwerkzeug zurück und schwächt die Beständigkeit der Wahl.

Im Hinblick auf die angestrebte Verkürzung des Wahlverfahrens erscheint es jedoch nicht ausgeschlossen, dass es zu Verlagerungen auf das Anfechtungsverfahren kommen muss, um den Arbeitnehmern und beteiligten Stellen effektiven Rechtsschutz zu gewähren. Insbesondere die Anfechtungsfrist von zwei Wochen ist geeignet, um Rechtssicherheit herzustellen.

Entscheidend sollte sein, dass der Verstoß geltend gemacht werden kann und über den Einspruch eine spätere Anfechtung verhindert werden kann. In Einzelfällen kann daher wegen dieser Zweckbestimmung die spätere Anfechtung auch treuwidrig sein.

Was den Zeitraum für das Wahlausschreiben angeht, sollte kritisch überprüft werden, ob die sechs Wochen noch zeitgemäß sind. Im Hinblick darauf, dass die Zeit im vereinfachten Wahlverfahren bislang nicht Gegenstand von Kritik war und in beiden Fällen das Wahlausschreiben so auszuhängen ist, dass alle hiervon Kenntnis nehmen können, rückt die Vorlaufzeit in den Hintergrund. Ist die Kenntnisnahmemöglichkeit sichergestellt, müssten bestimmte Informationen die

---

<sup>262</sup> BAG, Urteil vom 02.08.2017 – 7 ABR 42/15 = juris

Vorlaufzeit erfordern. Das macht einen Vergleich der vermittelten Informationen erforderlich und dieser Vergleich liefert keine zwingenden Erkenntnisse. Insgesamt liegt es näher, die Vorlaufzeit zu harmonisieren. Gleichwohl sollte es auch weiterhin möglich sein, das Wahlausschreiben mit längerer Vorlaufzeit auszugestalten, wenn der Wahlvorstand dies für erforderlich hält.

Durch die allgemeine Verkürzung der Fristen, rücken zur Sicherstellung der Allgemeinheit der Wahl, die schriftliche und die nachträgliche Stimmabgabe in den Vordergrund.

Die nachträgliche Stimmabgabe führt zwangsläufig zu einer Verschleppung der Bildung des Betriebsrats. *Thüsing* weist zutreffend darauf hin, dass die Möglichkeit zur nachträglichen Stimmabgabe den Zweck einer raschen Betriebsratsbildung grundlegend konterkariert.<sup>263</sup> Allerdings darf nicht übersehen werden, dass es zu einer Wahl gekommen ist und dieser Faktor für sich genommen oftmals entscheidend ist.

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll die Möglichkeit der nachträglichen Stimmabgabe sicherstellen, dass alle Wahlberechtigten die Möglichkeit haben, an der Wahl des Betriebsrats teilzunehmen.<sup>264</sup> Wegen der kurzen Dauer des vereinfachten Wahlverfahrens kann schon eine zweiwöchige Fehlzeit die Teilnahme unmöglich machen. Allerdings verbietet der Grundsatz der Allgemeinheit nach Art. 38 GG nur den willkürlichen Ausschluss oder den Ausschluss von Personen wegen bestimmter persönlicher Merkmale.<sup>265</sup> Der Ausschluss wegen Nichtanwesenheit kann hierunter nicht fallen.

Im Hinblick auf die nachträgliche Stimmabgabe sollte eine gesetzliche Bestimmung aufgenommen werden, die den Arbeitgeber verpflichtet, die Namen der Personen mitzuteilen, die im Zeitpunkt der Wahl nicht in Betrieb sein werden. Dieses Vorgehen ist datenschutzrechtlich zulässig, weil Art. 88 DSGVO die Erfüllung gesetzlicher Pflichten grundsätzlich zulässt. Da es ferner um den Schutz des Wahlrechts der Betroffenen geht und der Betriebsrat zur Geheimhaltung verpflichtet ist,<sup>266</sup> tritt der

---

<sup>263</sup> *Thüsing*, in Richardi, § 14a BetrVG Rn. 29.

<sup>264</sup> BR-Drs. 140/01, S. 81

<sup>265</sup> *Klein*, in: Maunz/Dürig, Art. 38 Rn. 89

<sup>266</sup> Vgl. § 79 BetrVG; grundlegend zu personenbezogenen Daten: *Linnekoehl*, NJW 1981, 202.

Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung hinter die Sicherung des Wahlrechts zurück und erfolgt im wohlverstandenen Interesse der Arbeitnehmer.

#### bb) Gründe für das jeweilige Wahlverfahren

Nach dem BetrVG ist die Verhältniswahl eine Listenwahl nach dem Verfahren von d'Hondt<sup>267</sup>. Entscheidet sich der Gesetzgeber für das Verhältniswahlssystem, nimmt er die damit verbundene Einbuße an Geschlossenheit des Gremiums im Interesse der Repräsentanz auch kleinerer Minderheiten in Kauf. Dem Wähler gibt die Verhältniswahl somit die Gewissheit, dass Stimmen für Minderheiten mit geringerer Wahrscheinlichkeit verloren gehen.<sup>268</sup>

Entscheidet sich der Gesetzgeber für das Mehrheitsprinzip und die damit verbundene Personenwahl, stärkt er den repräsentativen Status des gewählten Mitglieds als Vertreter der gesamten Arbeitnehmerschaft des Betriebs. Dadurch wird die Gefahr, dass die Arbeit des Gremiums unter einer Zersplitterung seiner Mitglieder in verschiedenen Listen leidet, vermieden.<sup>269</sup>

Fast noch wichtiger ist, dass der Entscheidungsspielraum des Wählers gegenüber den für ihn feststehenden Listen erweitert wird.<sup>270</sup> Denn nach § 11 WahIO kann der Wähler nur eine Stimme für eine Liste abgeben. Hingegen kann ein Wähler nach § 20 Abs. 3 S. 1 HS 2 WahIO so viele Stimmen auf die Personen verteilen wie Betriebsratsmitglieder zu wählen sind. Die Personenwahl stärkt daher die Autonomie des Wahlberechtigten.

#### cc) Vorgaben für die Entscheidung zugunsten des Mehrheitswahlrechts

Bemerkenswert ist zunächst, dass die Frage, ob eine Mehrheitswahl oder eine Verhältniswahl stattfindet, von der Zahl der gültigen Vorschlagslisten abhängt.<sup>271</sup> Daraus kann abgeleitet werden, dass nach der Logik des BetrVG nicht die Zahl der Arbeitnehmer im Betrieb zwingend mit der Verhältniswahl verknüpft ist.

Nach der Begründung des Regierungsentwurfs zur Reform 2001 solle die Beschränkung sicherstellen, dass die demokratischen Wahlgrundsätze gewährleistet sind. Die Anzahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer müsse sich daher in einem

---

<sup>267</sup> Zur Kritik instruktiv: Voss, S: 36: Auch das D'Hondtsche Verfahren führt in der Regel dazu, dass die letzten Plätze an die größeren Listen fallen.

<sup>268</sup> Hierzu: Jacobs, in: GK, § 14 Rn. 34

<sup>269</sup> BAG, Beschluss vom 25. 5. 2005 - 7 ABR 10/04, NZA 2006, 215 (219).

<sup>270</sup> Jacobs in: GK, § 14 Rn. 45; FESTL, § 14 Rn. 45.

<sup>271</sup> Das muss sogar Franke als ein Gebot der Sachlogik anerkennen, DB 2002, 211 (212).

überschaubaren Rahmen halten, was bei bis zu 50 Arbeitnehmern erreicht werde.<sup>272</sup> Da die Äußerung im Zusammenhang mit der 2. Wahlversammlung fiel, ging es dem Gesetzgeber nicht um die Bestellung des Wahlvorstands.

Die Erweiterung des vereinfachten Wahlverfahrens führte zu einem Kritikpunkt, den *Hanau* 2001 artikuliert hat. Die Urnenwahl werde durch die Wahlversammlung ausgetauscht und das erschwere die Stimmabgabe, störe den Arbeitsprozess und mache die Wahl insgesamt nicht einfacher.<sup>273</sup> Diese Befürchtung hat sich nicht bewahrheitet. In der Praxis gleicht die zweite Wahlversammlung der Urnenwahl.

Historisch wurde im Zuge der Reform weniger das vereinfachte Wahlverfahren per se, als vielmehr die Befugnis des Gesamt- bzw. Konzernbetriebsrats kritisiert, einen Wahlvorstand zu bestellen.<sup>274</sup> Gefordert wurde eine Abschwächung dahingehend, dass diese nur zur Betriebsversammlung einladen dürften, auf der der Wahlvorstand gewählt wird. Dieses Mentorenprinzip<sup>275</sup> hat sich jedoch in der Praxis weitgehend bewährt.

#### dd) Die Verfassungsgemäßheit der Ausweitung der Mehrheitswahl

Die diesem Gutachten zugrunde gelegte Konzeption, das Mehrheitsprinzip zum Ausgangspunkt bzw. Grundsatz des BetrVG zu machen, soll nunmehr auf seine verfassungsrechtliche Rechtmäßigkeit überprüft werden.

##### *(1) Der Hinweis im Gesetzgebungsverfahren 2001*

Nach der Gesetzesbegründung sollte die Beschränkung auf Betriebe bis zu 50 bzw. 100 Beschäftigte die demokratischen Wahlgrundsätze sichern.<sup>276</sup> Die Entwurfs-Begründung betonte, dass sich die Anzahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer in einem überschaubaren Rahmen halten müsse. Daher stellt sich die Frage, ob überhaupt derartige rechtliche Probleme bestehen und wenn ja, ob diese nicht durch praktische Lösungen behoben werden können. Hier bleibt die Gesetzesbegründung denkbar vage.

Es liegt nahe, auf die Wahlgrundsätze abzustellen. Die Anzahl der Arbeitnehmer wirft jedoch keine Probleme für den Grundsatz der geheimen und unmittelbaren Wahl

---

<sup>272</sup> BR-Drs. 140/01, S. 81

<sup>273</sup> *Hanau*, RdA 2001, 65 (69).

<sup>274</sup> *Buchner*, NZA 2001, 633 (636); *Hanau*, RdA 2001, 65 (69).

<sup>275</sup> BT-Drs. 14/5741 S. 37.

<sup>276</sup> BT-Drs. 14/5741 S. 37.

nach § 14 Abs. 1 BetrVG auf.<sup>277</sup> Praktische Herausforderungen können durch eine Erhöhung der Zahl der Mitglieder des Wahlvorstands gelöst werden. Auch bleibt die Wahl frei, allgemein und gleich i.S.v. § 14 Abs. 2 BetrVG.

Einzig fraglich bleibt, ob das vereinfachte Wahlverfahren, genauer gesagt, das damit zusammenhängende Mehrheitsprinzip dem Grundsatz der Chancengleichheit<sup>278</sup> der Bewerber und damit zusammenhängend dem Minderheitenschutz ausreichend Rechnung trägt. In der Literatur wird gemeinhin angenommen, dass das Mehrheitswahlrecht stärkere Gewerkschaften begünstige, während die Verhältniswahl Minderheitengewerkschaften begünstigen würde.<sup>279</sup>

## *(2) Die Kritik von Hanau, Buchner, Konzen und Dütz*

2001 war gegen die Mehrheitswahl eingewandt worden, die Mehrheitswahl habe erhebliche Auswirkungen auf das demokratische Prinzip und sei eine Gefahr für den Minderheitenschutz, weil es Mehrheiten verstärken würde.<sup>280</sup>

*Konzen* hat darauf hingewiesen, dass es im Bereich der Betriebsverfassung um eine umfassende Vertretung der Belegschaftsgruppen ginge und daher die Verhältniswahl vorzugswürdig sei.<sup>281</sup> Durch die Abschaffung des Gruppenprinzips 2001 kann es nur noch darum gehen, andere Gruppen zu schützen. Damit läuft dieses Argument aber auf das Argument des Minderheitenschutzes hinaus.

*Dütz* hat diesen Punkt soweit ersichtlich am stärksten vertieft und gegen die Einführung des Mehrheitswahlsystems 2001 den Minderheitenschutz angeführt. Als demokratische legitimierte Zwangsordnung müsse die Betriebsverfassung dafür Sorge tragen, dass die Belange von betrieblichen Anliegen in den Gremien eine Plattform hätten.<sup>282</sup> Bei dem Mehrheitsprinzip würden nur die meisten Stimmen berücksichtigt, die Summe aller nachrangig gewählten würde ersatzlos entfallen. Damit könnten Minderheiten nicht mehr in den Betriebsrat gewählt werden.

---

<sup>277</sup> *Reichold* in: HWK § 14 Rn. 5.

<sup>278</sup> Vgl. zum Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl: BAG, NZA 2018, 604 (606).

<sup>279</sup> *Klein*, S. 331; *Hanau*, NJW 2001, 2513 (2517); *Buchner*, NZA 2001, 633 (636); zur Verfassungsgemäßheit des d'Hondtschen Wahlverfahrens: BAG, NZA 2018, 604.

<sup>280</sup> *Hanau*, RdA 2001, 65 (69); *Buchner*, NZA 2001, 633 (636); vgl. auch *Franke*, DB 2002, 211 (212); eingehend zur Bedeutung des Minderheitenschutzes: *Voss*, S. 79.

<sup>281</sup> *Konzen*, RdA 2001, 76 (88).

<sup>282</sup> *Dütz*, DB 2001, 1306 (1307 f.).



Zunächst ist zu betonen, dass die Chancen von Minderheiten durch die Mehrheitswahl nicht marginalisiert werden. Zudem bestand und besteht auch nach der Verhältniswahl keine Gewähr dafür, dass eine Minderheit in den Betriebsrat einrückt. Die muss dort auch eine Minderheit von einigem Gewicht sein. Denn anderenfalls wurde sie auch im Rahmen der Verhältniswahl regelmäßig nicht berücksichtigt.

Gleichwohl spricht *Dütz* einen wichtigen Punkt der innerbetrieblichen Diskussion an. Es muss Minderheiten möglich sein, Diskussionen zu eröffnen. Allerdings trägt § 86a BetrVG diesem berechtigten Interesse ausgewogen Rechnung. Nach dieser Norm hat jeder Arbeitnehmer das Recht, dem Betriebsrat Themen zur Beratung vorzuschlagen. Wird ein Vorschlag von mindestens 5 vom Hundert der Arbeitnehmer des Betriebs unterstützt, muss der Betriebsrat diesen sogar innerhalb von zwei Monaten auf die Tagesordnung setzen. Ein Ziel der Reform 2001 war es, allen Arbeitnehmern mehr Einfluss auf die Betriebsratsarbeit zu gewähren.<sup>283</sup>

### *(3) Die Argumentation von Klein*

Zugunsten des Minderheitenschutzes argumentiert auch *Klein*. Jedoch wählt er mit Art. 9 Abs. 3 GG einen anderen Aufhänger. Seiner Meinung nach ist das Verhältniswahlssystem eine verfassungsrechtlich zwingende Vorgabe.<sup>284</sup> Er begründet seine Annahme ebenfalls über das Gebot des Minderheitenschutzes.<sup>285</sup> Doch stellt *Klein* das Gebot der Ermöglichung der Betätigung von Minderheitengewerkschaften in Form der Erlangung von Betriebsratssitzen durch ihre Mitglieder in den Mittelpunkt seiner Argumentation.<sup>286</sup>

Richtigerweise erkennt er, dass die Abwägung im Rahmen der praktischen Konkordanz keine zwingenden Gründe für die Verhältniswahl liefert. Gleichwohl postuliert er im Anschluss ein Gebot der Effektivierung des Grundrechtsschutzes der Minderheitengewerkschaft aus Art. 9 Abs. 3 GG.

Diese Argumentation ist methodisch nicht überzeugend. Sie verkehrt die Grundrechtsdogmatik. Grundrechte wirken als Optimierungsgebote. Daher ist sein Ausgangspunkt noch korrekt. Dann übersieht *Klein* aber, dass auch nach der

---

<sup>283</sup> Hierzu: *Wiese*, BB 2001, 2267 (2267).

<sup>284</sup> *Klein*, S. 281 ff.

<sup>285</sup> *Klein*, S. 333.

<sup>286</sup> *Klein*, S. 293

Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 9 Abs. 3 GG zugunsten der Minderheitsgewerkschaft das Grundrecht *der Mehrheitsgewerkschaft* aus Art. 9 Abs. 3 GG zu berücksichtigen ist und der Ausgleich wiederum über eine Abwägung zu erzielen ist.<sup>287</sup>

Die Frage, ob ein bestimmtes Verfahren zur Wahrung der Minderheitenrechte *erforderlich* ist, fällt zunächst dem Gesetzgeber zu und muss dann anhand des Verfassungsrechts überprüft werden. Dass die Abwägung der betroffenen Grundrechte aus Art. 9 Abs. 3 GG keine verfassungsrechtlich zwingenden Ergebnisse liefert, muss auch *Klein* einräumen.

Art. 9 Abs. 3 GG verspricht nicht jeder im Betrieb vorhandenen Gewerkschaft einen Sitz im Betriebsrat, nur weil sie nicht die Gewerkschaft mit den meisten Mitgliedern ist. Es ist eine Frage der Handlungsmöglichkeiten und der Qualität der Gewerkschaft während der Wahlen, die von ihr favorisierten Kandidaten zu unterstützen. In der Lesart von *Klein* würde Art. 9 Abs. 3 GG an den Anforderungen der Arbeitsverfassung für die koalitionsspezifische Tätigkeit vorbeigehen. *Voss* stellt zutreffend heraus, dass die koalitionsspezifische Betätigung auch das Risiko des Scheiterns bei Wahlen beinhaltet.<sup>288</sup>

Die Möglichkeit, sich in der Wahl zu engagieren, nimmt das Mehrheitswahlsystem kleineren Gewerkschaften nicht. Art. 9 Abs. 3 GG gewährt den Koalitionen das Recht, sich im Wahlverfahren einzubringen. Die Wahl selbst beeinflusst Art. 9 Abs. 3 GG nicht. Im Ausgleich der jeweiligen Betätigungen gebieten die widerstreitenden Freiheiten aus Art. 9 Abs. 3 GG jedenfalls eine Auflösung im Wege der praktischen Konkordanz, bei der dem Gesetzgeber ein Einschätzungsspielraum zukommt.

#### *(4) Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts von 2005*

Das Bundesarbeitsgericht musste sich im Zusammenhang mit der Interpretation des § 47 BetrVG ebenfalls mit dem Verhältnis von Mehrheitsprinzip und Verhältniswahlsystem auseinandersetzen:<sup>289</sup>

*„Nach der Systematik des Betriebsverfassungsgesetzes verbleibt es mithin jedenfalls dann bei dem nach §§ 47 II 1, 33 I BetrVG geltenden Mehrheitsprinzip, wenn der*

---

<sup>287</sup> Weitergehend gegen den Ansatz: *Voss*, S. 90.

<sup>288</sup> *Voss*, S. 89; in diese Richtung auch: BAG, NZA 2018, 605 (607).

<sup>289</sup> BAG, Beschluss vom 25. 5. 2005 - 7 ABR 10/04, NZA 2006, 215 (218 f.); zustimmend: *Wiebauer*, in: Löwisch/Kaiser, § 14 Rn. 21.

*Tarifvertrag kein von § 47 II 1 BetrVG zulässig abweichendes Wahlverfahren festlegt. Aus dem Zweck des § 47 IV BetrVG folgt nichts anderes. Mit dem Gesamtbetriebsrat soll ein handlungsfähiges Organ zur wirksamen Vertretung und Durchsetzung der Arbeitnehmerinteressen auf der Ebene der Unternehmensleitung errichtet werden. Durch die den Tarif- und Betriebsparteien eingeräumte Regelungsbefugnis nach § 47 IV und § 47 V BetrVG soll eine flexible Gestaltung der Größe bzw. zahlenmäßigen Zusammensetzung des Gesamtbetriebsrats ermöglicht werden, um den jeweiligen Bedürfnissen im Unternehmen besser Rechnung tragen zu können. Die Verkleinerung des Gesamtbetriebsrats nach § 47 V BetrVG soll seine Arbeitsfähigkeit verbessern. Das Mehrheitsprinzip ist eher als die Verhältniswahl geeignet, die angestrebte Funktionsfähigkeit des Gesamtbetriebsrats zu gewährleisten.*

*Das System der Verhältniswahl soll dagegen sicherstellen, dass der Anteil an Mandaten im Gremium in möglichst genauer Übereinstimmung mit dem Stimmenanteil der verschiedenen berufsständischen und gewerkschaftlichen Organisationen steht. Die damit regelmäßig verbundene Einbuße an Geschlossenheit des Gremiums wird im Interesse der Repräsentanz auch kleinerer Minderheiten in Kauf genommen. Demgegenüber stärkt das Mehrheitsprinzip den repräsentativen Status des gewählten Mitglieds als Vertreter der gesamten Arbeitnehmerschaft des Betriebs. Hierdurch wird die Gefahr, dass die Arbeit des Gremiums unter einer Zersplitterung seiner Mitglieder in verschiedenen Listen leidet, vermieden. Mithin ist nach dem Zweck des § 47 BetrVG eine Anwendung der Grundsätze der Verhältniswahl nicht geboten.*

*Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde beinhaltet das Mehrheitswahlprinzip auch für die vorliegende Fallgestaltung weder einen Verstoß gegen die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl noch eine Verletzung der durch Art. 9 III GG gesicherten Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften. Zwar gelten die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl als ungeschriebenes Verfassungsrecht auch über den Anwendungsbereich des Art. 38 I GG hinaus. Zudem ist mit der durch Art. 9 III GG geschützten Betätigungsfreiheit der Koalitionen auch deren volle Gleichberechtigung bei Wahlen im Rahmen der betrieblichen Mitbestimmung verbunden.*

*Hieraus lässt sich jedoch keine verfassungsrechtliche Bindung des Gesetzgebers an das System der Verhältniswahl ableiten. Der Verfassungsgeber hat vielmehr bewusst darauf verzichtet, ein Wahlsystem und dessen Durchführung vorzuschreiben. Damit ist dem Gesetzgeber auch bei der Regelung des Wahlverfahrens im Bereich der betrieblichen Mitbestimmung ein weiter Entscheidungsspielraum eingeräumt, der es ihm erlaubt, das Wahlverfahren als Mehrheits- oder Verhältniswahl oder als Kombination beider Systeme zu gestalten,*

*Verhältnis- und Mehrheitswahl verschaffen demokratische Legitimation in eigener, voneinander ganz verschiedener Weise, ohne dass dem einen oder anderen Wahlsystem unter dem Gesichtspunkt der repräsentativen Demokratie ein Vorrang zuerkannt werden*

*könnte. Der Gesetzgeber kann hiernach auch im Rahmen des Betriebsverfassungsrechts ohne Beeinträchtigung von Art. 9 III und Art. 38 I GG bestimmen, welches Wahlsystem für welches Gremium Anwendung findet.<sup>290</sup>*

*Die Entscheidung für ein bestimmtes Wahlsystem bedeutet zugleich, dass er die im Rahmen des jeweils von ihm vorgegebenen Wahl- bzw. Teilwahlsystems geltenden Maßstäbe der Wahlgleichheit und Chancengleichheit der Koalitionen zu beachten hat. Demgegenüber ist es nicht Aufgabe der Gerichte zu prüfen, ob der Gesetzgeber innerhalb seines ihm verfassungsrechtlich vorgegebenen Spielraums für die Gestaltung des Wahlsystems eine zweckmäßige oder rechtspolitisch vorzugswürdige Lösung gefunden hat.“*

Diese Ausführungen sind vorliegend von besonderer Bedeutung. Denn die Betonung des Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers war keinesfalls selbstverständlich. Zum Wahlverfahren der freizustellenden Betriebsratsmitglieder hatte *Löwisch* zuvor die Erforderlichkeit der Regelung bezweifelt.<sup>291</sup>

Die Entscheidung des BAG liegt zudem ganz auf der Linie des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht. Die Entscheidung, die zwischen Verhältnis- und Mehrheitswahlrecht stattfinden soll, liegt auch grundsätzlich im Ermessen bzw. Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers.<sup>292</sup> Vor diesem Hintergrund muss die Entscheidung eindeutig als Schlusspunkt der verfassungsrechtlichen Diskussion eingeordnet werden. In Anbetracht der vielen oben skizzierten Ansatzpunkte für eine Vereinheitlichung der Verfahren für Betriebe mit bis zu 200 Arbeitnehmern wird dieser Einschätzungsspielraum nicht in die entgegengesetzte Richtung gebunden.

### **b) Zusammenfassung**

Das vereinfachte Wahlverfahren kann nicht das alleinige Mittel für mehr Betriebsräte sein. Ein gutes und schnelles Wahlverfahren bleibt aber der Ankerpunkt, wenn Arbeitnehmer einen Betriebsrat gründen wollen und Widerstände erwarten. Fasst man die Vorgaben zusammen, könnte der komplette Abschnitt zum Wahlverfahren im BetrVG auf folgende Bestimmungen zusammengefasst werden:

---

<sup>290</sup> BAG, Beschluss vom 25. 5. 2005 - 7 ABR 10/04, NZA 2006, 215.

<sup>291</sup> *Löwisch*, BB 2001, 726 (727).

<sup>292</sup> Vgl. auch BVerfG, Urteil 5.4.1952 - 2 BvH 1/52, BVerfGE 1, 208 (247 ff.), BVerfG, Beschluss vom 22.5.1979 - 1 BvR 193, 197/79, BVerfGE 51, 222 (236 f.); hierzu: *Konzen*, RdA 2001, 76 (88); nunmehr auch BAG, NZA 2018, 604 (606): „Die Regelung der Sitzzuteilung bei der Betriebsratswahl unterliegt im Hinblick auf die Wahlrechtsgleichheit keinen strengeren Anforderungen als allgemeinpoltische Wahlen.“

#### § 14 BetrVG – Wahlvorschriften

- (1) Der Betriebsrat wird in geheimer und unmittelbarer Wahl gewählt.
- (2) Die Wahl erfolgt nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl. Sie erfolgt nach den Grundsätzen der Verhältniswahl, wenn in der Regel mehr als 200 wahlberechtigte Arbeitnehmer im Betrieb vorhanden sind.
- (3) Die Wahlversammlung zur Wahl des Betriebsrats findet eine Woche nach der Bestellung des Wahlvorstands statt. Der Wahlvorstand kann eine abweichende Frist beschließen, wenn dies zur ordnungsgemäßen Durchführung erforderlich ist. Diese Frist ist maßgebend für das Wahlausschreiben.
- (4) Zur Wahl des Betriebsrats können die wahlberechtigten Arbeitnehmer und die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften Wahlvorschläge bis zum Ende der 1. Wahlversammlung machen. Vorschläge bedürfen keiner Schriftform.
- (5) Jeder Wahlvorschlag der Arbeitnehmer muss von mindestens einem Zwanzigstel der wahlberechtigten Arbeitnehmer, mindestens jedoch von drei Wahlberechtigten getragen sein; in Betrieben mit in der Regel bis zu zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern genügt die Unterstützung durch zwei Wahlberechtigte. In jedem Fall genügt die Unterstützung durch fünfzig wahlberechtigte Arbeitnehmer.
- (6) Wahlberechtigten Arbeitnehmern, die an der Wahlversammlung zur Wahl des Betriebsrats nicht teilnehmen können, ist Gelegenheit zur schriftlichen Stimmabgabe zu geben.
- (7) Das Wahlverfahren wird durch eine besondere Verordnung näher bestimmt. Maßgebend ist § 126 BetrVG. Die Wahlordnung für die Bestimmungen der §§ 14 – 17 BetrVG trägt den Namen „Erste Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes“.<sup>293</sup>

#### § 15 Zusammensetzung nach Beschäftigungsarten und Geschlechter \*)

... **[bleibt einer weitergehenden Diskussion über die Bedeutung des dritten Geschlechts vorbehalten]**

#### § 16 Bestellung des Wahlvorstands

- (1) Spätestens vier Wochen vor Ablauf seiner Amtszeit bestellt der Betriebsrat einen aus drei Wahlberechtigten bestehenden Wahlvorstand und einen von ihnen als Vorsitzenden. In Betrieben mit über 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern kann der Betriebsrat die Zahl der Wahlvorstandsmitglieder erhöhen, wenn dies zur ordnungsgemäßen Durchführung der Wahl erforderlich ist. Der Wahlvorstand muss in jedem Fall aus einer ungeraden Zahl von Mitgliedern bestehen. Für jedes Mitglied des Wahlvorstands kann für den Fall seiner Verhinderung ein Ersatzmitglied bestellt werden. In Betrieben mit weiblichen und männlichen Arbeitnehmern sollen dem Wahlvorstand Frauen und Männer angehören. Jede im Betrieb vertretene Gewerkschaft kann zusätzlich einen dem Betrieb

---

<sup>293</sup> Zu Arbeitszwecken wurde der Name beibehalten.

angehörenden Beauftragten als nicht stimmberechtigtes Mitglied in den Wahlvorstand entsenden, sofern ihr nicht ein stimmberechtigtes Wahlvorstandsmitglied angehört.

(2) Besteht drei Wochen vor Ablauf der Amtszeit des Betriebsrats kein Wahlvorstand, so bestellt ihn das Arbeitsgericht auf Antrag von mindestens drei Wahlberechtigten oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft; Absatz 1 gilt entsprechend. In dem Antrag können Vorschläge für die Zusammensetzung des Wahlvorstands gemacht werden. Das Arbeitsgericht kann für Betriebe mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern auch Mitglieder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft, die nicht Arbeitnehmer des Betriebs sind, zu Mitgliedern des Wahlvorstands bestellen, wenn dies zur ordnungsgemäßen Durchführung der Wahl erforderlich ist.

(3) Besteht drei Wochen vor Ablauf der Amtszeit des Betriebsrats kein Wahlvorstand, kann auch der Gesamtbetriebsrat oder, falls ein solcher nicht besteht, der Konzernbetriebsrat den Wahlvorstand bestellen. Absatz 1 gilt entsprechend.

#### § 17 Bestellung des Wahlvorstands in Betrieben ohne Betriebsrat

(1) Besteht in einem Betrieb, der die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 erfüllt, kein Betriebsrat, so bestellt der Gesamtbetriebsrat oder, falls ein solcher nicht besteht, der Konzernbetriebsrat einen Wahlvorstand. § 16 Abs. 1 gilt entsprechend.

(2) Besteht weder ein Gesamtbetriebsrat noch ein Konzernbetriebsrat, so wird in einer **ersten Wahlversammlung** von der Mehrheit der anwesenden Arbeitnehmer ein Wahlvorstand **und auf einer zweiten Wahlversammlung** der Betriebsrat gewählt; § 16 Abs. 1 gilt entsprechend. Gleiches gilt, wenn der Gesamtbetriebsrat oder Konzernbetriebsrat die Bestellung des Wahlvorstands nach Absatz 1 unterlässt.

(3) Zu dieser **ersten Wahlversammlung** können drei wahlberechtigte Arbeitnehmer des Betriebs oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft einladen und Vorschläge für die Zusammensetzung des Wahlvorstands machen.

(4) Findet trotz Einladung keine **erste Wahlversammlung** statt oder wählt die erste **Wahlversammlung** keinen Wahlvorstand, so bestellt ihn das Arbeitsgericht auf Antrag von mindestens drei wahlberechtigten Arbeitnehmern oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft. § 16 Abs. 2 gilt entsprechend.

#### § 18 Vorbereitung und Durchführung der Wahl

...[bleibt unverändert]

Damit wäre die unübersichtliche Regelung in eine klare Regelungsstruktur überführt. Die neu aufzusetzende WahIO müsste sich hieran orientieren. Eine Neuformulierung der WahIO unterbleibt an dieser Stelle aus Platzgründen. Sie sollte redaktionell stärker als Anleitung konzipiert werden, was Detailliertheit nicht ausschließt. Bei

dieser Gelegenheit könnten dann auch Klarstellungen der Rechtsprechung aufgenommen werden.

## **Teil 5: Die staatliche Schutzpflicht für mehr Betriebsverfassung**

In den vorangegangenen Abschnitten wurde der Schwerpunkt auf die Bekämpfung von Wahlbehinderungen gelegt.<sup>294</sup> Dieser Ansatz setzt aber überhaupt voraus, dass Arbeitnehmer einen Betriebsrat gründen wollen. Im Folgenden soll der Fokus stärker auf die Arbeitnehmer gelegt werden, die diesen Entschluss nicht fassen.

### **I. Das Grundproblem für Art. 9 Abs. 3 GG**

Für Koalitionen, aber insbesondere Gewerkschaften, stellt diese Personengruppe ein besonderes Problemfeld dar. Einerseits gilt es nach Art. 9 Abs. 3 GG, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu fördern und zu wahren – damit sind im Grundsatz auch die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Außenseiter gemeint. Gleichwohl finanzieren sich Koalitionen auf der Grundlage von Art. 9 GG über ihre Mitglieder bzw. über die Mitgliedschaftsbeiträge.

Sich für „apathische Arbeitnehmer“ einzusetzen bedeutet daher, Gelder einzusetzen, die eigentlich für die Interessendurchsetzung der Mitglieder bereitgestellt wurden. Es wäre wegen Art. 9 Abs. 1 GG viel verlangt, die Aufgabe des Art. 9 Abs. 3 GG ohne den wichtigen Bezug zur mitgliedschaftlichen Legitimation allgemein zu fordern. Koalitionen sind ihren Mitgliedern gegenüber verantwortlich.

Vor diesem Hintergrund dürfen die Befugnisse der im Betrieb vertretenen Gewerkschaften nach dem BetrVG und nach Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu dem Schluss führen, diese trügen die alleinige Verantwortung für die Bekämpfung der sog. weißen Flecken. Dass der Staat wiederholt gesetzgeberisch tätig geworden ist, verdeutlicht, dass auch er sich in der Pflicht sieht. Doch stellt sich die Frage, ob gesetzliche Regelungen allein genügen, oder es nicht auch weitergehender praktischer Aktivitäten des Staates bedarf. Das soll im Folgenden erörtert werden.

### **II. Die Handelsvertreter-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts**

Den Ausgangspunkt markiert die Handelsvertreterrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1990. In der Entscheidung betonte das

---

<sup>294</sup> Gewiss hat ein starker Schutz auch eine Anreizwirkung überhaupt einen Betriebsrat zu gründen. Statisch trennen sollte man die Ansätze daher nicht.

Gericht einerseits die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte und andererseits die staatliche Schutzpflicht für Fälle, in denen Private im Rahmen der Privatautonomie nicht frei über die grundrechtlich geschützten Interessen disponieren können:<sup>295</sup>

*„...Das GG will keine wertneutrale Ordnung sein, sondern hat in seinem Grundrechtsabschnitt objektive Grundentscheidungen getroffen, die für alle Bereiche des Rechts, also auch für das Zivilrecht, gelten. Keine bürgerlichrechtl. Vorschrift darf in Widerspruch zu den Prinzipien stehen, die in den Grundrechten zum Ausdruck kommen. Das gilt vor allem für diejenigen Vorschriften des Privatrechts, die zwingendes Recht enthalten und damit der Privatautonomie Schranken setzen.*

*Solche Schranken sind unentbehrlich, weil Privatautonomie auf dem Prinzip der Selbstbestimmung beruht, also voraussetzt, daß auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, daß er vertragl. Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Wenn bei einer solchen Sachlage über grundrechtl. verbürgte Positionen verfügt wird, müssen staatl. Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern. Gesetzl. Vorschriften, die sozialem und wirtschaftl. Ungleichgewicht entgegenwirken, verwirklichen hier die objektiven Grundentscheidungen des Grundrechtsabschnitts und damit zugleich das grundgesetzl. Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG).*

*Der Verfassung läßt sich nicht unmittelbar entnehmen, wann Ungleichgewichtslagen so schwer wiegen, daß die Vertragsfreiheit durchzwingendes Gesetzesrecht begrenzt oder ergänzt werden muß. Auch lassen sich die Merkmale, an denen etwa erforderl. Schutzvorschriften ansetzen können, nur typisierend erfassen. Dem Gesetzgeber steht dabei ein besonders weiter Beurteilungs- und Gestaltungsraum zur Verfügung. Allerdings darf er offensichtl. Fehlentwicklungen nicht tatenlos zusehen. Er muß dann aber beachten, daß jede Begrenzung der Vertragsfreiheit zum Schutze des einen Teils gleichzeitig in die Freiheit des anderen Teils eingreift. Wird die Zulässigkeit von Vertragsklauseln mit Rücksicht auf die Berufsfreiheit der für einen Unternehmer tätigen Vertragspartner eingeschränkt, bewirkt das einen Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung des Unternehmers. Der Gesetzgeber muß diesen konkurrierenden Grundrechtspositionen ausgewogen Rechnung tragen. Auch insoweit besitzt er eine weite Gestaltungsfreiheit.*

---

<sup>295</sup> Beschluss vom 07.02.1990 - 1 BvR 26/84, AP GG Art. 12 Nr. 65 mit zustimmender Anmerkung von Canaris.



Diese Vorgaben sind vorliegend in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert. Für das Arbeitsrecht hat das Bundesverfassungsgericht die Geltung dieser Grundsätze ausdrücklich bestätigt.<sup>296</sup> Das BetrVG ist zudem das zentrale zivilrechtliche Instrument, um das Weisungsrecht des Arbeitgebers im Betrieb sozial einzuordnen und die Teilhabe der Arbeitnehmer sicherzustellen. Der Gesetzgeber ist daher schon in Entsprechung dieser Grundlagen der verfassungsrechtlichen Forderung nach einem Gleichgewicht der Kräfte systematisch nachgekommen. In Anbetracht der Probleme des bestehenden Systems, ist dies aber nicht genug und erfordert eine Stärkung des Systems.

Auch das BetrVG 2001 war ein Ansatz, um dem negativen Zustand der betrieblichen Vertretungsstruktur entgegenzuwirken.<sup>297</sup> Die Reform hat den Trend aber nicht aufgehalten. Daher darf der Staat nicht stehen bleiben, sondern muss handeln.

### **III. Die Folge-Rechtsprechung**

Das Bundesverfassungsgericht und das Bundesarbeitsgericht haben diese Vorgaben in der Folge noch stärker auf das bestehende Arbeitsverhältnis<sup>298</sup> und seine kollektiven Bezüge bezogen.<sup>299</sup>

*Die von Verfassung wegen zu berücksichtigende strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers besteht nicht nur bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, sondern auch im bestehenden Arbeitsverhältnis. Sie endet entgegen der Auffassung der Bf. auch nicht durch das Erreichen des allgemeinen Kündigungsschutzes nach §§ 1, 23 KSchG. Dieser ändere nichts an dem ungleichen wirtschaftlichen Kräfteverhältnis der Arbeitsvertragsparteien.<sup>300</sup>*

### **IV. Konsequenzen für den Ausbau des BetrVG**

Diese allgemeinen Aussagen enthalten zentrale Implikationen für die Effektivität des kollektiven Arbeitsrechts:

Die Rechtsprechung dokumentiert das Problem, dass ein Kündigungsgrund nach § 1 KSchG bereits ausreicht, um einen nicht durch den Sonderkündigungsschutz nach § 15 KSchG erfassten Arbeitnehmer nicht mehr durch § 20 BetrVG zu schützen. Im Anwendungsbereich des § 20 BetrVG ist daher auf dieser Grundlage ein Ausbau

---

<sup>296</sup> Vgl. die Nachweise bei BVerfG, NZA 2007, 85 (87).

<sup>297</sup> BT-Drs. 14/5731, S. 37.

<sup>298</sup> BAG, NZA 2007, 853

<sup>299</sup> BAG, NZA 2015, 115 (118)

<sup>300</sup> BVerfG, NZA 2007, 85 (87).

ebenfalls geboten. M.a.W.: Wenn schon der Kündigungsschutz nicht ausreicht, um den Schutz zu erfüllen, dann kann er nicht als Rechtfertigung gegen eine Störung der Wahl herangezogen werden.

Zugleich wird deutlich, dass der Sonderkündigungsschutz selbst kritisch auf Effektivität untersucht werden muss und in das kollektive System der §§ 102, 103 BetrVG eingebettet werden muss.

An dieser Stelle ist aber von größerem Interesse, dass der Schutz des Arbeitnehmers nur ein Teil dieser Schutzpflicht ist. Erkennt man, dass das BetrVG Inbegriff der betrieblichen Teilhabe und damit Ausdruck des betrieblichen Kräftegleichgewichts ist, rückt die Betriebsratswahl in das Zentrum dieser Forderung von BVerfG und BAG. Sie ist zentral, um diesen Mechanismus sicherzustellen. Der Gesetzgeber hat mit der Regelung des Wahlverfahrens die Gewähr für das Verfahren übernommen und muss dieses entsprechend ausgestalten. Der Staat hat mit der Verantwortung aus Art. 2, 20 GG die Pflicht, um dieses Verfahren ein konsistentes Gerüst herum zu bauen.

Insgesamt muss aber klargestellt werden, dass sich aus einer grundrechtlichen Schutzpflicht grundsätzlich keine bzw. nur ausnahmsweise konkreten Vorgaben für ein bestimmtes Handeln ableiten lassen.<sup>301</sup> Insofern soll sich der folgende Abschnitt auf die Darstellung bestimmter Modelle beschränken.

## **V. Kein Verweis auf Art. 9 Abs. 3 GG**

Bislang überlässt der Staat den Koalitionen und Arbeitnehmern den Aufbau der betrieblichen Interessenvertretung. Dieser Ansatz ist im Ausgangspunkt vor dem Hintergrund der Bedeutung von Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 12 GG zutreffend. Er darf es jedoch im Hinblick darauf, dass weite Teile der arbeitenden Bevölkerung außerhalb des mitgliedschaftlichen Systems des Art. 9 Abs. 3 GG stehen, nicht damit bewenden lassen.

Die Koalitionen können nur tätig werden soweit Art. 9 Abs. 3 GG reicht. Das bedeutet, dass sie auf Wahlbehinderungen etc. reagieren können. Der Gesetzgeber darf aber nicht von Ihnen verlangen, umfassend auf das Phänomen der rationalen Apathie zu reagieren. Durch den Verweis auf Art. 9 Abs. 3 GG darf er sich nicht aus

---

<sup>301</sup> Vgl. die Zusammenfassung bei BVerfG, Urteil vom 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13, NJW 2016, 2473 (2481 ff.).

seiner Pflicht befreien und er darf vor dem Hintergrund des Art. 9 Abs. 1 GG nicht von Koalitionen verlangen, dass diese die Beiträge ihrer Mitglieder für alle Außenseiter einsetzen. Art. 9 Abs. 3 GG gewährt den Koalitionen ein Recht auf Mitgliederwerbung.<sup>302</sup> Es verpflichtet die Koalitionen nicht dazu, alle Arbeitnehmer zur Gründung eines Betriebsrats zu motivieren.

Es ist ein Gebot der Folgerichtigkeit, dass der Staat, der in seiner Facette als Gesetzgeber die Existenz von Betriebsverfassungen in den Betrieben als uneingeschränkt erwünscht ansieht (§ 1 BetrVG),<sup>303</sup> eigene Wege gehen muss, um hier ein Plus an Betriebsräten zu erzielen.

Auf diesem Weg muss er die Grundrechte von Arbeitnehmern und Arbeitgebern berücksichtigen. Vor dem Hintergrund, dass er anderenorts, namentlich im Verbraucherrecht, auf das Phänomen der rationalen Apathie bereits reagiert hat, darf der Gesetzgeber diese Pflicht nicht mit dem Hinweis abtun, die Arbeitnehmer wollten keinen Betriebsrat.

Zur Erfüllung der Verpflichtung muss der Staat Maßnahmen ergreifen, die einerseits Vorbehalte der Arbeitnehmer gegen eine Betriebsratsgründung minimieren und andererseits Gründe für eine Betriebsratsgründung anbieten. Ein solches Vorgehen kann nur aus einem Paket von Maßnahmen bestehen:

## **VI. Erster Schritt: Vermittlung von Wissen und Selbstverständnis**

Auffällig ist zunächst der geringe Kenntnisstand um die eigenen Rechte als Arbeitnehmer. Ein Missstand, der durch Aus- und Weiterbildung behoben werden sollte.

Anreize für Betriebsratsgründungen kann es ferner setzen, die Perspektiven der Betriebsverfassung stärker noch in den Unterricht für die Ausbildungsberufe einzubetten. Die meisten Lehrpläne in den Ausbildungsberufen sehen die Vermittlung von arbeitsrechtlichen Kenntnissen vor, doch werden sie oftmals stiefmütterlich behandelt. Insbesondere fehlen oft nachhaltige Kenntnisse über die Befugnisse des Betriebsrats.

---

<sup>302</sup> Jüngst wieder: BVerfG, Urteil vom 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, AP GG Art. 9 Nr. 151 Rn. 132.

<sup>303</sup> Insb. BVerfG, Urteil 5.4.1952 - 2 BvH 1/52, BVerfGE 1, 208 (247 ff.) fordert Folgerichtigkeit.

Ferner sollte frühzeitig Kontakt zu Betriebsräten hergestellt werden, die in die Ausbildung integriert werden. Diese Ansätze sind zum Teil schon vorhanden und sollten flächendeckend umgesetzt werden. Ein solches „betriebliches Mentorenprinzip in der Ausbildung“ kann wesentlich dazu beitragen, Vorbilder zu schaffen und eigene Ressentiments aufzugeben.

Zu erwägen wäre ferner analog zur Bundeszentrale für politische Bildung<sup>304</sup> eine nachgeordnete Behörde des BMAS mit dem Auftrag ins Leben zu rufen, bundeseinheitlich Bildungsmaßnahmen für das Arbeitsrecht und arbeitsrechtliche Sachverhalte zu fördern und die Bereitschaft zur kollektiven Mitarbeit im Betrieb zu stärken.

## **VII. Staatliche und „halb“-staatliche Durchsetzungsstellen**

Im Folgenden sollen Modelle vorgeschlagen werden, die aus Sicht des Verfassers erfolgversprechend sind, den Aufbau von Betriebsverfassungsstrukturen nachhaltig zu fördern.

### **1. Ausbau der staatlichen Aufsicht über Betriebsratsgründungen**

Jenseits von § 119 BetrVG besteht keine Kontrolle des Staates über die Betriebsratswahl und die Betriebsratsarbeit. Das ist im Hinblick auf die Ausrichtung des Arbeitsrechts auf die Koalitionen nach Art. 9 Abs. 3 GG im Grundsatz nicht verwunderlich. Die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen werden von diesen nicht nur gefördert, sondern auch gewahrt.

Nicht sinnvoll wäre es, eine neue Arbeitsbehörde zu schaffen, die allgemein über die Wahrung des Arbeitsrechts wacht. Überzeugender erscheint es die Bedeutung des Betriebsrats insbesondere für den Arbeitsschutz zu akzentuieren. Auch das mag angesichts der knappen personellen Mittel bzw. der Personalentwicklung aktuell schwierig sein, sollte aber mit Blick auf die Zukunft diskutiert werden. Problematisch erscheint es jedenfalls, mit der Begründung „Personalmangel“ die Erfüllung einer Schutzpflicht zu verneinen.

### **2. Ombudsmänner<sup>305</sup> für die Betriebsverfassung**

Zu erwägen ist auch die Einführung eines Ombudsmanns für die Betriebsverfassung.

---

<sup>304</sup> Der Erlass über die Bundeszentrale für politische Bildung (BpB) vom 24. Januar 2001 ist abrufbar unter: <http://www.bpb.de/die-bpb/51244/der-bpb-erlass> (Stand: März 2018).

<sup>305</sup> Gemeint sind stets auch Ombudsfrauen.

Der Begriff stammt aus dem Skandinavischen und bezeichnet im Kern einen Bevollmächtigten, der Beschwerden von Bürgern gegen Missbrauch und Unrecht in der Verwaltung entgegennimmt und zu helfen versucht.<sup>306</sup> Der Begriff wird im deutschen Recht in aller Regel mit einer Stelle gleichgesetzt, die eine außergerichtliche Streitbeilegung ermöglicht.<sup>307</sup>

Im Hinblick auf Betriebsratswahlen würde ein Ombudsmann die Rolle eines Mediators für Probleme im Zusammenhang mit möglichen Wahlstörungen einnehmen. Dieses System wäre gegenüber einer Abbruchverfügung oder der Androhung von Strafanträgen ein milderer Mittel, ohne das betriebliche Band der vertrauensvollen Zusammenarbeit zu durchtrennen. Der Ombudsmann könnte in einem „soften“ Bereich Empfehlungen an den Wahlvorstand, oder den Arbeitgeber abgeben und im Falle eines Streits kurzfristig eine Empfehlung für beide Parteien abgeben.

Ein Ombudsmann sollte dabei nicht zu einem weiteren Akteur für das Wahlverfahren werden. Es sollte den Parteien schnell möglich sein, einen Ombudsmann zu kontaktieren, wenn es Probleme während der Wahl gibt. Als Ombudsmänner kommen insbesondere pensionierte Richterinnen und Richter aus der Arbeitsgerichtsbarkeit in Betracht.

### **3. Softe Einwirkung durch Förderungen**

Zu erwägen wäre ferner die Veröffentlichung einer Förderrichtlinie<sup>308</sup> durch die öffentliche Hand. Weitgehend unbeachtet von der Wissenschaft bestehen in der Praxis eine ganze Reihe von Förderrichtlinien, die die Erreichung bestimmter arbeitspolitischer Ziele unterstützen. Alternativ könnten auch Fördervereinbarungen getroffen werden, wie sie etwa im Verbraucherschutz gängig sind.<sup>309</sup>

Auf diese Weise könnten private Angebote gefördert werden, die die Etablierung der Betriebsverfassung zum Gegenstand haben. Die Förderung in diesem Bereich würde zunächst einen positiven Anreiz auf die Zurverfügungstellung dieser Dienstleistung setzen.

---

<sup>306</sup> Römer, NJW 2005, 1251 (1252).

<sup>307</sup> Römer, NJW 2005, 1251 (1252).

<sup>308</sup> Ax, KommJur 2006 Heft 6, 201.

<sup>309</sup> [https://www.verbraucherzentrale.nrw/sites/default/files/migration\\_files/media237378A.pdf](https://www.verbraucherzentrale.nrw/sites/default/files/migration_files/media237378A.pdf) (Abruf März 2018).

Da grundsätzlich der Arbeitgeber nach § 20 Abs. 3 BetrVG die Kosten der Wahl zu tragen hat, muss es für die Förderrichtlinien darum gehen, Mittel für die Institutionalisierung solcher Stellen bereit zu stellen. Vorbild könnte hier die Verbraucherzentralen der Bundesländer sein, wobei streng auf die Besonderheiten des Arbeitsrechts Rücksicht zu nehmen ist. Denn die Dienstleistungen der Verbraucherzentralen in der Einzelberatung sind kostenpflichtig. Dies wäre in Anbetracht der aufgeworfenen Problematik eindeutig kontraproduktiv.

#### **4. Kooperation von Gewerkschaften und Staat (Kooperationsmodell)**

Letztendlich bleibt es dabei, dass Arbeitnehmer in erster Linie die Gewerkschaften mit der Durchsetzung von Arbeitsrecht verbinden werden. Daher erscheint ein sog. Kooperationsmodell am aussichtsreichsten.

Wie oben dargestellt, bestehen die Strukturmodelle des Art. 9 Abs. 3 GG, die Koalitionen fördern die Arbeitsbedingungen, und des Art. 2, 20 GG, der Staat schützt die strukturell unterlegene Person, nebeneinander. Diese Modelle zu trennen erscheint wenig erfolgversprechend, weil Synergieeffekte verloren gehen könnten.

Wie genau die Kooperation aussehen kann, ist aus der heutigen Perspektive nur schwer zu prognostizieren. Es sollte Strategiezentren des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales geben, die für Regionen besondere Förderprogramme entwickeln. Die Zusammensetzung dieser Strategiezentren sollte der Bedeutung des Art. 9 Abs. 3 GG im Hinblick auf die Etablierung eines Betriebsrats ein besonderes Augenmerk widmen.

Insbesondere sollten diese Stellen Informationen über betriebsratsfähige Betriebe erhalten, um regionale oder strukturelle Defizite gezielt bekämpfen zu können. Hier sollte eine Informationspflicht eingeführt werden, die es Arbeitgebern vorgibt, ihre betriebliche Struktur und die Zahl der Arbeitnehmer anzugeben.<sup>310</sup>

Zur Vermeidung unnötigen Aufwands empfiehlt es sich mit einem Mustervordruck zu arbeiten und diesen online zur Verfügung zu stellen. Diese Informationen sollten dann allen Stellen offenstehen, die ihre Tariffähigkeit und Tarifizzuständigkeit für die betroffenen Betriebe nachweisen können.

---

<sup>310</sup> Vgl. auch die Regelungen in den §§ 289b ff. HGB vom 11.4.2017, BGBl. 2017 Nr. 20.

Um bürokratische Probleme zu verhindern empfiehlt es sich zudem, für diese Pflicht eine Stichtagsregelung einzuführen. In Betrieben ohne Betriebsrat sollte die Pflicht einmal im Jahr zu erfüllen sein.

Auf dieser Grundlage könnte es dann Gewerkschaften ermöglicht werden, Betriebe bei denen es an einer Gewerkschaft fehlt, durch Werbung zu aktivieren. Umgekehrt könnte durch gezielte staatliche Förderung ein größeres Personal für betriebsratslose Betriebe aufgebaut werden. Ob es sich hierbei um Beschäftigte des Bundes oder Gewerkschaften handeln soll, ist eine Frage des konkreten Kooperationsmodells. Grundlage könnte wiederum eine Förderungsvereinbarung sein.

## **Teil 6: Zusammenfassung der Ergebnisse**

Der Koalitionsvertrag zwischen SPD und CDU/CSU greift mit dem Ausbau des vereinfachten Verfahrens eine wichtige Forderung des vorliegenden Gutachtens auf. Gleichwohl sollte die Große Koalition hierbei nicht stehen bleiben.

I. Eine moderne und soziale Marktwirtschaft kann auf das Problem der „weißen Flecken“ der Betriebsverfassung nicht nur mit einer Lösung antworten. Erforderlich ist eine ganze Reihe von Maßnahmen zur Lösung des Problems, um den Besonderheiten der Betriebe und Arbeitnehmer in jedem Einzelfall gerecht zu werden. Eine moderne, soziale Marktwirtschaft kann diese Lösung aber auch ohne weiteres bereitstellen.

II. Die Betriebsratswahl geht von folgender Rollenverteilung aus: Die Arbeitnehmer müssen für die Wahl aktiv werden. Die Gewerkschaften können sie hierbei einerseits unterstützen, können aber auch andererseits eigene betriebspolitische Interessen während der Wahl verfolgen. Der Arbeitgeber muss vor, während und nach der Betriebsratswahl neutral bleiben. Der Staat muss wegen der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers Maßnahmen ergreifen, um die fehlende Parität im Arbeitsverhältnis durch die Betriebsverfassung zu kompensieren. Diese Rollenverteilung sollte auch für die Zukunft des BetrVG prägend sein.

III. Der Ausbau der Betriebsverfassung steht vor zwei zentralen Hürden: Einerseits werden Betriebsratswahlen behindert oder gestört. Andererseits fassen viele Arbeitnehmer gar nicht erst den Entschluss, sich für die Betriebsratswahl zu engagieren. Insbesondere fehlt es an einer Selbstverständlichkeit eines Engagements auf der kollektiven Ebene. Auf beide Probleme muss reagiert werden.

IV. Zu aller erst müssen die betriebliche und die rechtliche Praxis der Bedeutung von Art. 9 Abs. 3 GG Rechnung tragen. Über dieses Grundrecht wird die Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften im Betrieb verfassungsrechtlich verstärkt. Seit der Aufgabe der Kernbereichsformel muss sich jede Maßnahme, die die gewerkschaftliche Betätigung während der Betriebsratswahlen einschränkt, an Art. 9 Abs. 3 GG messen lassen und verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden.

1. Gewerkschaftliches Handeln, das auf die Errichtung eines Betriebsrats zielt, fällt in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG und wird über § 823 Abs. 1 BGB und § 1004 BGB analog geschützt.



2. Insbesondere der Anspruch aus § 1004 BGB analog ist für die Zukunft der Betriebsverfassung von zentraler Bedeutung. Zum einen ist im Rahmen von § 20 BetrVG nicht klar, ob die Norm überhaupt einen Anspruch gewährt. Zum anderen kann § 1004 BGB analog i.V.m. Art. 9 Abs. 3 GG institutionelle Angriffe gegen das Institut der Betriebsratswahl abwehren. Schließlich kann mit Hilfe dieser Norm die gebotene Neutralität vom Arbeitgeber eingefordert werden.

3. Über das Rechtsinstitut der Abmahnung kann dieser Anspruch in der Praxis schnell und für alle Beteiligten kostengünstig durchgesetzt werden.

V. Über die Anerkennung des Überbaus nach Art. 9 Abs. 3 GG muss der Schutz der Wahl einfach-gesetzlich verstärkt werden.

1. Das Entstehen eines betriebsratsfeindlichen Klimas muss rechtliche Relevanz erlangen, obgleich eine Behinderung im Einzelfall noch nicht vorliegen mag. Das Neutralitätsgebot ist hierfür die tragfähige Rechtsgrundlage.

2. Bereits heute ist es möglich, § 20 BetrVG aus seinem Sinn und Zweck effektiv gegen Störungen in Anschlag zu bringen. Gleichwohl offenbart die Norm auch Schutzdefizite. Insbesondere bei Kündigungen kann eine soziale Rechtfertigung nach § 1 Abs. 2 KSchG schon dazu führen, dass keine Wahlbehinderung vorliegt.

3. Im Vergleich zum Schutz der Wahlakteure nach § 15 Abs. 3 und Abs. 3a KSchG bietet es sich an, auf eine weitergehende Formalisierung des Schutzes nach § 15 KSchG zu verzichten und stattdessen den Behinderungsschutz nach § 20 BetrVG auszubauen. Es empfiehlt sich, die Norm um eine Regelung zu Kündigungen zu ergänzen und zur Klarstellung einen Weiterbeschäftigungsanspruch aufzunehmen. Regelungstechnisch muss darauf Acht gegeben werden, dass die Rechtfertigung nach § 1 Abs. 2 KSchG nicht greifen darf. Daher sollte keine Vermutung, sondern eine Fiktion in das Gesetz eingefügt werden. Als Regelung wird folgender Text vorgeschlagen:

*„Erörtert ein Arbeitnehmer die Bildung eines Betriebsrats, so gilt jede Benachteiligung in den folgenden 14 Tagen als widerrechtliche Wahlbeeinträchtigung, es sei denn dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber aus wichtigem Grund ohne Einhaltung der Kündigungsfrist zu einer Kündigung berechtigen; HS 1 gilt nicht, wenn in den vorangegangenen sechs Monaten die Bildung eines Wahlvorstands gescheitert ist oder der Wahlvorstand das Scheitern der Betriebsratswahl bekannt gemacht hat.“*

*Hat der Arbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz Klage auf Feststellung erhoben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, so muss der Arbeitgeber auf Verlangen des Arbeitnehmers diesen nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigen.“*

4. Dieser individualrechtliche Schutz muss auf der kollektiven Ebene durch den Ausbau nach § 103 BetrVG ergänzt werden. Die Rechtsprechung des BAG hat die Norm auch für betriebsratslose Wahlen zur Anwendung gebracht. Gleichwohl sollte der Schutz bei fristlosen Kündigungen im Hinblick auf die vorgeschlagene Änderung des § 20 BetrVG geändert werden. Ferner empfiehlt sich zur Lückenschließung ebenfalls ein Weiterbeschäftigungsanspruch und die subsidiäre Zuständigkeit der überbetrieblichen Gremien:

*„§ 103 Abs. 1 BetrVG:*

*(1) Eine außerordentliche Kündigung in den Fällen des § 15 Abs. 1, § 15 Abs. 3, § 15 Abs. 3a und § 20 Abs. 1 S. 3 BetrVG bedarf der Zustimmung des Betriebsrats.“*

*...*

*„(4) Liegt bei einer Kündigungserklärung der nach § 15 und § 20 Abs. 1 S. 3 BetrVG geschützten Personen keine Zustimmung des Betriebsrats vor, so sind diese bis zum Vorliegen der Zustimmung einstweilen weiter zu beschäftigen.*

*(5) Besteht in einem Betrieb, der die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 erfüllt, kein Betriebsrat, so ist die Zustimmung des Gesamtbetriebsrats oder, falls ein solcher nicht besteht, die Zustimmung des Konzernbetriebsrats einzuholen. § 102 Abs. 2 BetrVG bleibt unberührt.“*

5. Schließlich sollte § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG verstärkt werden. Aktuell läuft die Norm in der Praxis weitgehend leer. Sie trägt mitunter sogar dazu bei, dass die Erwartung entsteht, die Beeinträchtigung der Wahl bliebe ohne Konsequenzen; es empfiehlt sich eine Orientierung am Strafmaß des StGB:

*(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer*

*1. eine Wahl des Betriebsrats, der Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Bordvertretung, des Seebetriebsrats oder der in § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 oder 5 bezeichneten Vertretungen der Arbeitnehmer behindert oder durch Zufügung oder Androhung von Nachteilen oder durch Gewährung oder Versprechen von Vorteilen beeinflusst, ...*

*(2) Der Versuch ist strafbar.*

*(3) In besonders schweren Fällen werden die Wahlbehinderung oder die Wahlbeeinflussung mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.*

VI. Das Wahlverfahren als solches muss stärker vor Störungen geschützt werden und Anreize für Arbeitnehmer bieten, einen Betriebsrat zu wählen.

1. Diese Vorgabe beginnt damit, das Wahlverfahren in BetrVG und WahlO laienfreundliche zu regeln. Es muss auch für Betriebe ohne gewerkschaftlichen oder sonstigen rechtlichen Beistand möglich sein, nur bei Lektüre des Gesetzes einen Betriebsrat zu wählen.

2. Das bislang größte Problem für Kleinbetriebe liegt im Betriebsratsamt selbst. Je weniger Arbeitnehmer im Betrieb sind, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit in der Summe der Arbeitnehmer einen Kandidaten für das Betriebsratsamt zu finden. Gerade bei nur einem Mitglied im Betriebsrat versetzt das BetrVG den Arbeitnehmer in seine Situation, die faktisch dem Arbeitsvertrag gleichkommt. Die erfolgreichen Wahlen in Kleinbetrieben belegen, dass es weniger um eine Reform des Betriebsratsamts gehen muss, sondern vielmehr die Vermittlung von Wissen und Selbstverständlichkeit für die Rechte als Arbeitnehmer und Betriebsrat. Daher sollte einstweilen kein anderes Vertretungsmodell für Kleinbetriebe erwogen werden. Empirisch belegt, haben andere Vertretungsmodelle größere Probleme.<sup>311</sup>

3. Es empfiehlt sich, Information und Beratung zu einem generellen Prinzip der Betriebsverfassung, insbesondere im Vorfeld der Betriebsratswahl, zu machen. Die Grundlagen sind ohnehin bereits vorhanden. Die Rechtsprechung zur Information durch einen Gesamtbetriebsrat weist jedoch in die falsche Richtung. Daher sollte hier eine umfassende Klarstellung erfolgen.

4. Ebenfalls kritisch zu sehen ist die Rechtsprechung des BAG zum Anfechtungsrecht einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft nach § 19 BetrVG. Sie blendet Art. 9 Abs. 3 GG aus und unterlässt daher die Abwägung mit dem durch die Norm geschützten Interesse.

5. Abzulehnen ist schließlich die Rechtsprechung zur Abbruchverfügung. Dieses Mittel ist auf den ersten Blick geeignet, nichtige Wahlen zu verhindern. Bei näherer Betrachtung kann eine gerichtliche Verfügung auf Dauer jeden Anreiz nehmen, eine

---

<sup>311</sup> Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 2017, 278 (284): nicht annähernd die gleiche Stabilität.

weitere Wahl zu initiieren. Insbesondere in Kleinbetrieben kann diese Lösung der Rechtsprechung erhebliche Ungleichheiten kreieren.

6. Das vereinfachte Wahlverfahren sollte in Zukunft zum Ausgangspunkt für die Wahlen in allen Betrieben werden. In der neueren Entwicklung zeigt sich, dass insbesondere mittlere und größere Betriebe mit Wahlbehinderungen zu kämpfen haben. Die durch das vereinfachte Wahlverfahren verkürzte Zeit ist geeignet, den Zugriff auf das Wahlverfahren deutlich zu reduzieren.

7. Insgesamt ist davor zu warnen, das vereinfachte Wahlverfahren zu unterschätzen. Zwar ist die Zahl der verfassten Betriebe seit der Reform 2001 nicht gestiegen. Gleichwohl zeigen die veröffentlichten Fälle in der Rechtsprechung, dass das Wahlverfahren weniger störungsanfällig ist – ob es eine Dunkelziffer gibt, kann mangels Daten nicht geprüft werden. Darüber hinaus kann das vereinfachte Wahlverfahren als Vehikel für die vorgeschlagenen Reformen möglicherweise erst in der Zukunft seine volle Wirksamkeit entfalten.

8. Den Besonderheiten der Großbetriebe sollte dergestalt Rechnung getragen werden, dass der Wahlvorstand auf tatsächliche, insbesondere quantitative, Probleme durch entsprechende Beschlüsse reagieren kann und dies grundsätzlich beim normalen Wahlverfahren alter Prägung bleibt. Insgesamt ist es möglich, die Gedanken des vereinfachten Wahlverfahrens zu verallgemeinern. Die Darstellung der Neuregelung unterbleibt hier aus Platzgründen, sie findet sich unter Teil 4, III. 5. b).

9. Insbesondere wurde untersucht, dass die mit der Aufwertung des vereinfachten Verfahrens verbundene Akzentuierung der Mehrheitswahl verfassungsgemäß ist. Der Gesetzgeber hatte 2001 Bedenken wegen der demokratischen Grundsätze. In der Tat ist der Minderheitenschutz im Betrieb ein wichtiger Belang, den aber auch das Mehrheitsprinzip nicht im Ansatz beiseiteschiebt. Vielmehr ist die Verhältniswahl nach § 15 WahlO lediglich geeignet, Minderheiten *besser* zu schützen. Zwischen den beiden Wahlverfahren kann der Gesetzgeber daher frei wählen. Ihm kommt ein Einschätzungsspielraum zu. Art. 9 Abs. 3 GG sichert Minderheitengewerkschaften jedenfalls keinen Sitz im Betriebsrat. Sie müssen sich über ihre Arbeit und insbesondere über Wahlwerbung empfehlen. Die Wahl steht in der Hoheit der Belegschaft.

10. Die Online-Wahl sollte nicht zugelassen werden. Dass junge Arbeitnehmer hierüber für die Wahl zu begeistern sind, ist spekulativ. Der Vorgang der Wahl ist ein wichtiger betrieblicher Prozess und das Missbrauchspotenzial ist deutlich höher als bei der persönlichen Wahl.

11. Vielmehr sollte erwogen werden, dadurch Anreize zu setzen, dass die durch die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften entworfenen Mustertexte mit einem Sonderschutz versehen werden. So könnten Verfahrenshandlungen auf der Grundlage dieser Muster nur noch auf ihre grobe Fehlerhaftigkeit untersucht werden. Dieses Vorgehen würde die Wahl deutlich stabilisieren.

VII. Schließlich muss sich der Staat seiner Verantwortung für die Betriebsverfassung noch stärker gewahr werden. Es würde gegen das mitgliedschaftliche System der Art. 9 Abs. 1 GG und Art. 9 Abs. 3 GG verstoßen, die Bekämpfung der weißen Flecken allein den Koalitionen zu überlassen, wobei die Arbeitgeberseite ohnehin zur Neutralität verpflichtet ist.

1. Das Gutachten hat sich an dieser Stelle auf die Darstellung von Möglichkeiten beschränkt, weil sich die Erfüllung dieser Schutzpflicht bereits bei der Ermittlung der bestehenden Probleme der weißen Flecken als äußerst kompliziert erweist.

2. Ein erster Schritt sollte daher mindestens der Aufbau eines Kooperationsmodells mit den Gewerkschaften sein, um dann gemeinsam auf der Grundlage von Informationsrechten, gezielt Defizite zu bekämpfen.

## Literaturverzeichnis

- Absenger*, Nadine; *Priebe*, Andreas; Das Betriebsverfassungsgesetz im Jahr 2016 – Mitbestimmungslücken und Reformbedarfe; WSI-Mitteilungen 2016, S. 192 – 200.
- Artus*, Ingrid; *Kraetsch*, Clemens; *Röbenack*, Silke; Betriebsratsgründungen, Typische Prozesse, Strategien und Probleme - eine Bestandsaufnahme, Baden-Baden, 1. Auflage 2015.
- Ascheid*, Reiner; *Preis*, Ulrich; *Schmidt*, Ingrid; Kündigungsrecht, 5. Aufl. München 2017 (zitiert: Bearbeiter in: APS).
- Ax*, *Thomas*, Fördermittel in der behördlichen Praxis, KommJur 2006, 201 – 205.
- Bamberger*, Heinz Georg; *Roth*, Herbert; *Hau*, Wolfgang; *Poseck*, Roman; BGB – Onlinekommentar, 43. Edition, Stand: 15.06.2017 (Zitiert: *Bearbeiter*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck).
- Berg*, Peter; Rechtliche und praktische Fragen des zweistufigen vereinfachten Wahlverfahrens, AiB 2002, S. 17 – 25.
- Behrens* Martin, *Dribbusch* Heiner; Wahlbehinderungen sind kein Einzelfall, AiB 2017, Heft 1
- Berlin*, Christof; Schlichtung und sonstige alternative Streitbeilegung, in: Tonner, Tamm, Verbraucherrecht, 2. Aufl. 2016, § 23
- Buchner*, Herbert, Betriebsverfassungs-Novelle auf dem Prüfstand, NZA 2001, S. 633 – 640.
- Burger*, Ernst; Betriebsratswahl und gerichtlicher Rechtsschutz NZA-Beilage 2017, S. 114 – 120.
- Burgmer*, Christoph, Reichweite der Neutralitätspflicht des Arbeitgebers im Zusammenhang mit Betriebsratswahlen jurisPR-ArbR 13/2016 Anm. 2.
- Däubler*, Wolfgang; *Hjort*, Jens Peter; *Schubert*, Jens; *Wolmerath*, Martin; Arbeitsrecht Kommentar; 4. Auflage 2017, Baden-Baden (Zitiert: *Bearbeiter*, in: HKArbR).
- Däubler*, Wolfgang; *Kittner*, Michael; *Klebe*, Thomas; *Wedde*, Peter; Betriebsverfassungsgesetz - Kommentar, 15. Aufl. 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in DKKW).
- Däubler*, Wolfgang; Gewerkschaftsrecht im Betrieb; 12. Auflage 2017, Baden-Baden (zitiert: Däubler)

- Däubler, Wolfgang*; mögliche Arbeitsteilung zwischen Gesamtbetriebsrat und Einzelbetriebsräten? DB 2017, S. 667 – 670.
- Düwell, Franz Josef* (Hrsg.); Betriebsverfassungsgesetz – Handkommentar, 5. Auflage, Baden-Baden, 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Düwell).
- Ellguth, Peter; Kohaut, Susanne*; Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung: Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2016; WSI-Mitteilungen 2017, S. 278 – 286.
- Ellguth, Peter; Kohaut, Susanne*; Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung: Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2012; WSI-Mitteilungen 2013, S. 281 - 287.
- Ellguth, Peter; Kohaut, Susanne*; Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung: aktuelle Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel; WSI-Mitteilungen 2005, S. 398 - 406.
- Eylert, Mario*; Der besondere Kündigungsschutz für Wahlvorstandsmitglieder, Wahlbewerber und Wahlinitiatoren bei der Betriebsratswahl; AuR 2014, S. 300 – 311.
- Eylert, Mario; Sänger, Niki*; Der Sonderkündigungsschutz im 21. Jahrhundert - Zur Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Sonderkündigungsschutz; RdA 2010, S. 24 – 44.
- Franke, Dietmar*; Das vereinfachte Wahlverfahren nach § 14a BetrVG – Nachbesserung ist geboten, DB 2002, S. 211 – 213.
- Fitting, Karl, Engels, Gerd; Schmidt, Ingrid; Trebinger, Yvonne; Linsenmaier, Wolfgang*, Betriebsverfassungsgesetz: BetrVG Handkommentar, 29. Auflage 2018 (zitiert: FESTL).
- Fündling, Caroline; Sorber, Dominik*; Arbeitswelt 4.0 – Benötigt das BetrVG ein Update in Sachen digitalisierte Arbeitsweise des Betriebsrats? NZA 2017, S. 552 - 558.
- Gamillscheg, Franz*; Kollektives Arbeitsrecht Band I, München 1997.
- Graf, Jürgen-Peter*; BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, 28. Edition, Stand: 1.7.2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in BeckOKStPO)
- Greifenstein, Ralph; Kißler, Leo; Lange, Hendrik*; Trendreport Betriebsratswahlen 2014, Düsseldorf 2017.
- Hayen, Ralf-Peter; Nielebock, Helga*; Tipps zur Betriebsratswahl, 2. Auflage, Frankfurt a.M. 2006.

- Hayen*, Ralf-Peter; Häufige Fragen zur Betriebsratswahl, AiB 2017, Heft 9, S. 30 – 32.
- Hanau*, Peter; Denkschrift zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes Denkschrift, RdA 2001, S. 65 – 76.
- Heimann*, Klaus, keine Chance für Betriebsrats-Mobbing, AiB 2017, Heft 12, S. 26 – 28.
- Henssler*, Martin; *Willemsen*, Heinz Josef; *Kalb*, Heinz-Jürgen; Arbeitsrecht – Kommentar; 7. Auflage 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in HWK).
- Hexel*, Dietmar (Hrsg.); Never change a winning system - Erfolg durch Mitbestimmung, Marburg 2009 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hexel).
- Jirjahn*, Uwe; *Smith*, Steven; nonunion employee representation: Theory and the German Experience with Mandated Works Councils, Bonn 2017; abrufbar unter: <http://ftp.iza.org/dp11066.pdf> (Stand: März 2018).
- Keßler*, Jürgen; Verbraucherschutz reloaded – Auf dem Weg zu einer deutschen Kollektivklage? ZRP 2016, S. 2 – 4.
- Klebe*, Thomas, Betriebsrat 4.0 – Digital oder global, NZA-Beilage 2017, S. 77 – 84.
- Klocke*, Daniel; Rechtsschutz in kollektiven Strukturen, Tübingen 2016.
- Konzen*, Horst; Der Regierungsentwurf des Betriebsverfassungsreformgesetzes, RdA 2001, S. 76 – 92.
- Krause*, Rüdiger; Gewerkschaften und Betriebsräte zwischen Kooperation und Konfrontation; RdA 2009, S. 129 – 143.
- Linnenkohl*, Karl; Datenschutz und Tätigkeit des Betriebsrats - Verarbeitung personenbezogener Arbeitnehmerdaten durch den Betriebsrat NJW 1981, S. 202 – 207.
- Löwisch*, Manfred; Monopolisierung durch Mehrheitswahl? Zu den Wahlgrundsätzen bei Ausschussbesetzungen und Freistellungen in der Betriebsverfassung, BB 2001, S. 726 – 728.
- Löwisch*, Manfred (Hrsg.); *Kaiser*, Dagmar (Hrsg.); BetrVG-Kommentar (zitiert: *Bearbeiter*, in: Löwisch/Kaiser).
- Maschmann*, Frank; Welchen Einfluss darf der Arbeitgeber auf die Betriebsratswahl nehmen? BB 2010, S. 245 – 252.
- Maunz*, Theodor; *Dürig*, Günter; Grundgesetz Kommentar, 81. Auflage 2017 (Stand September 2017), (zitiert: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig).



- Meller-Hannich*, Caroline; Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht, Tübingen 2005.
- Müller-Glöge*, Rudi; *Preis*, Ulrich; *Schmidt*, Ingrid; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. München 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: ErfK).
- Ohly*, Ansgar; *Sosnitza*, Olaf; UWG-Kommentar, 7. Auflage, München 2016 (zitiert: Ohly/Sosnitza).
- Paeschke*, Susan; Dem Mobbing kein Chance, AiB 2017, Haft 1, S. 10 - 13.
- Poscher*, Ralf; Die Koalitionsfreiheit als ausgestaltungsbedürftiges und ausgestaltungsfähiges Grundrecht; RdA 2017, 235 – 245.
- Pritzel*, Stefanie; *Sprengler*, Bernd; Besonders geschützt, AiB 2017, S. 10 – 15.
- Richardi*, Reinhard (Hrsg.); Betriebsverfassungsgesetz – Kommentar; 16. Aufl. 2018 (Zitiert: *Bearbeiter*, in: Richardi)
- Rudolph*, Wolf-Dieter, *Lautenbach*, Jan; Die Vereinbarung des vereinfachten Wahlverfahrens, AiB 2006, S. 152 – 154.
- Ratayczak*, Jürgen; *Schneider*, Wolfgang; Neue Grundlagen für die Betriebsratswahlen, AiB 2002, S. 10 – 16.
- Reichold*, Hermann; Die reformierte Betriebsverfassung 2001 – ein Überblick über die neuen Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes, NZA 2001, S. 857 – 865.
- Reichold*, Hermann; Durchbruch zu einer europäischen Betriebsverfassung - Die Rahmen-Richtlinie 2002/14/EG zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer; NZA 2003, S. 289 – 299.
- Rolfs*, Christian; *Giesen*, Richard; *Kreikebohm*, Ralf; *Udsching*, Peter; BeckOK Arbeitsrecht, 46. Edition, Stand: 1.12.2017 (Zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOKArbR)
- Römer*, Wolfgang; Der Ombudsmann für private Versicherungen, NJW 2005, S. 1251 - 1255.
- Säcker*, Franz Jürgen; *Rixecker*, Roland; *Oetker*, Hartmut; *Limperg*, Bettina, Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, 7. Aufl. 2015; 3. Band, 7. Auflage 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKommBGB).
- Schaub*, Günther; Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Auflage, München 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schaub).
- Schiefer*, Bernd; *Korte*, Walter; Gesetzentwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes, NZA 2001, S. 351 – 357.

- Schiefer, Bernd; Korte, Walter; Die Durchführung von Betriebsratswahlen nach neuem Recht - Teil 1, NZA 2002, S. 57 – 69.*
- Schubert, Claudia; Ist der Außenseiter vor der Normsetzung durch die Tarifvertragsparteien geschützt? - Ein Beitrag zum sachlichen Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit, RdA 2001, 199 – 207.*
- Singbartl, Jan; Zintl, Josef; Ein autonomer Folgenbeseitigungsanspruch im AGB-Recht für Inhaber von Pfändungsschutzkonten mit unwirksamer Gebührenklausel? VuR 2016, 14 – 18.*
- Spelge, Karin; Das Konsultationsverfahren als Teil des Massenentlassungsschutzes – Labyrinth ohne Ausweg? NZA-Beilage 2017, S. 108 – 113.*
- Steinau-Steinrück, Robert; Kuntzsch, Anton, Vergütung von Betriebsratsmitgliedern, NJW-Spezial 2017, S. 754 - 755.*
- Harms, Michael; von Steinau-Steinrück, Robert Thüsing, Gregor; Betriebsverfassung 4.0 – Onlinewahl ermöglichen! BB 2016, S. 2677*
- Hess, Harald; Worzalla, Michael; Glock, Dirk; Nicolai, Andrea; Rose, Franz-Josef; Huke, Kerstin; BetrVG – Kommentar, 10. Auflage 2018.*
- Voss, Lina; Die Rechtsstellung von Minderheitslisten im Betriebsrat; Baden-Baden 2015.*
- von Steinau-Steinrück, Robert; Harms, Michael; Thüsing, Gregor; BB-Forum: Betriebsverfassung 4.0 - Onlinewahl ermöglichen! BB 2016, S. 2677.*
- Vogt, Aloys; Behinderung und Beeinflussung von Betriebsratswahlen, BB 1987, S. 189 – 192.*
- Weber, Franziska; Entgangener Gewinn, entgangene Klageanreize – der problematische Artikel 12 (3) der Kartellschadensersatzrichtlinie; NZKart 2018, S. 13 – 19.*
- Wiese, Günther; Das neue Vorschlagsrecht der Arbeitnehmer nach § 86 a BetrVG; BB 2001, S. 2267 – 2270*
- Wiese, Günther, Kreuz, Peter; Oetker, Hartmut; Raab, Thomas; Weber, Christoph; Franzen, Martin; Gutzeit, Martin; Jacobs, Matthias; Betriebsverfassungsgesetz - Gemeinschaftskommentar, 11. Auflage, Köln 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in GK).*
- Willsch, Juan Felipe; BR-Wahlen 2018 – Rechtssprechungsupdate; ArbRAktuell 2017, S. 480 – 483.*
- Ziegler, Katharina; Mosch, Ulrich; Sonderkündigungsschutz im Rahmen von Betriebsratswahlen, NJW 2010, S. 242 – 243.*