

12 TaBV 29/22
1 BV 15/22
Arbeitsgericht Mönchengladbach



Verkündet am 22.03.2023

Lochthowe
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Ge-
schäftsstelle

**LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES**

BESCHLUSS

In dem Beschlussverfahren
unter Beteiligung von

1. F. Beratung und Vertrieb AG, vertreten durch den Vorstand P. C. (Vorsitzender) u. a, F.-Platz 1, E.

Antragstellerin und Beteiligte zu 1

Verfahrensbevollmächtigte

Rechtsanwälte I., L., M., X. PartGmbH, N. straße 13, L.

2. Betriebsrat der F. Beratung und Vertrieb AG des Betriebs Regionaldirektion N. (315), vertreten durch den Betriebsratsvorsitzenden C. L., M.Straße 6, N.

Beteiligter zu 2 und Beschwerdeführer

Verfahrensbevollmächtigte

Rechtsanwälte U.: Arbeitsrecht, F. straße 19 a, L.

hat die 12. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
nach Anhörung der Beteiligten am 22.03.2023
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Gotthardt als Vorsitzen-
den und den ehrenamtlichen Richter Brücher und den ehrenamtlichen Richter Schö-
nebeck

beschlossen:

1. **Die Beschwerde des Beteiligten zu 2) gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Mönchengladbach vom 21.06.2022 - 1 BV 15/22 - wird zurückgewiesen.**
2. **Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.**

GRÜNDE:

A. Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl.

Die Antragstellerin (*im Folgenden Arbeitgeberin*) gehörte zur F.-Unternehmensgruppe und hatte bundesweit 65 Regionaldirektionen (*im Folgenden RD*). Die Arbeitgeberin war eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der F. Group AG. Der Beteiligte zu 2) war der in der RD N. am 08.03.2022 neu gewählte dreiköpfige Betriebsrat (*im Folgenden Betriebsrat*). Auch in den vorangegangenen Wahlperioden hatte der Betriebsrat aus drei Personen bestanden.

In der RD N. wurden im Jahr 2019 die Auszubildenden D. und x. eingestellt. Im Jahr 2020 wurde kein Auszubildender eingestellt. Im September 2020 schlossen die Arbeitgeberin und die F. Group AG einen „Ausgliederungs-/Dienstleistungsvertrag“ (*im Folgenden AD-Vertrag*), wonach die F. Group AG ab dem 01.10.2020 anstelle der J. Informations u. GmbH bestimmte Dienstleistungen für die Arbeitgeberin übernahm. In dem AD-Vertrag hieß es u.a.:

„§ 1 Beschreibung der Dienstleistung

1. Die Auftragsnehmerin stellt der Auftraggeberin folgende Dienstleistungen zur Verfügung:

...

• Personal

- Arbeitsschutz
- Betriebsarzt
- Gesundheitsschutz
- Bildung
- Bildungscontrolling
- Change Management
- Learning & Development
- Managementdevelopment
- Personalbetreuung
- Personalservicecenter
- Personalmanagement Steuerung
- Personalcontrolling
- Personalgrundsatzfragen
- Personalorganisation
- Personalplanung
- Personalprozesse
- Corporate Human Resources
- Arbeits- und Mitbestimmungsrecht

- **Recht**

- Rechtsberatung/-gestaltung
- Allgemeines Zivilrecht
- Aufsichtsrecht
- BaFin-Office
- Corporate Office / Gremienbetreuung
- Datenschutz/Datenschutzrecht
- Gesellschaftsrecht
- IP / Gewerblicher Rechtsschutz
- IT-Recht / Digitalisierung
- Kartellrecht
- Strafrecht
- Öffentliches Recht
- Regulatory Governance
- Vertriebsrecht
- Versicherungs- und Produktrecht
- Wettbewerbsrecht

5. Die Auftraggeberin ermächtigt die Auftragnehmerin, die mit der Wahrnehmung der übertragenen Aufgaben einhergehenden und erforderlichen Geschäfte zu tätigen. Die Ermächtigung umfasst insbesondere die Abgabe und Entgegennahme von Willenserklärungen im Namen der Auftraggeberin gegenüber Dritten.

....“

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die zur Akte gereichte Ablichtung des AD-Vertrags Bezug genommen. Bei der F. Group AG leitete deren Angestellte Frau X. die Personalabteilung für den gesamten angestellten Außendienst aller F.-Gesellschaften und berichtete an den Vorstand. Frau X. hatte Prokura. Mitarbeiterin in der Personalabteilung war die ebenfalls bei der F. Group AG angestellte Syndikusrechtsanwältin Frau C..

Im Jahr 2021 wurden in der RD N. die Auszubildenden G. und I. eingestellt. Der weitere Auszubildende M. hatte seine Ausbildung ursprünglich in einer Agentur bei einem selbständigen Handelsvertreter begonnen, der für die Arbeitgeberin als Handelsvertreter tätig war. Nachdem der Inhaber seine Tätigkeit als Handelsvertreter beendet hatte, übernahm die Arbeitgeberin die Ausbildung des Herrn M. in der RD N. Im Januar 2022 plante die Arbeitgeberin die Einstellung von zwei Vertriebsassistenten in der RD N..

Der Wahlvorstand - bestehend aus Herrn L., Herrn C. und Frau T. - ging in seinem Wahlausschreiben vom 25.01.2022 für die Betriebsratswahl am 08.03.2022 davon aus, dass der zu wählende Betriebsrat gemäß § 9 BetrVG aus drei Mitgliedern bestand. Da - so das Wahlausschreiben - im Betrieb sechs Frauen und 17 Männer beschäftigt seien, sei die Gruppe der Frauen in der Minderheit.

Die vom Wahlvorstand selbst erstellte Wählerliste - eine solche hatte er von der Arbeitgeberin nicht angefordert - enthielt im Bereich der Männer zunächst 15 namentlich

aufgeführte Personen, von denen fünf (D., G., I., x. und M.) Auszubildende waren. Hinzu kamen folgende Angaben „Planstelle 2022 Azubi“ und „Planstelle 2022 Vertriebsassistent“, denen jeweils kein Name zugeordnet war. Im Bereich der Frauen waren vier Personen namentlich genannt, u.a. Frau O. mit der Angabe „VA“ für Vertriebsassistentin und Frau T. (Innendienst). Hinzu kamen auch im Bereich der Frauen folgende Angaben „Planstelle 2022 Azubi“ und „Planstelle 2022 Vertriebsassistent“, denen jeweils kein Name zugeordnet war.

Am 08.02.2022 erhielten die RD eine E-Mail von Frau K. C., Referentin Labour Relations 2 bei der F. Group AG mit dem Hinweis, dass im Rahmen der Betriebsratswahlen in der Vergangenheit eine falsche Bemessung der wahlberechtigten Arbeitnehmer und damit der Betriebsratsgröße vorgenommen worden sei. Es wurde dazu aufgerufen, die Wählerliste und die Angabe der zu wählenden Betriebsratsmitglieder zu überprüfen. Wegen der Einzelheiten wird auf Anlage AG 4 zum Schriftsatz des Betriebsrats vom 30.05.2021 (Bl. 84 d.A.) Bezug genommen.

Am 15.02.2022 nahm der Leiter der RD N., Herr L., gemeinsam mit Herrn C., Einblick in die vom Wahlvorstand erstellte Wählerliste. Diese wurde mit einer von Herrn L. mitgebrachten Wählerliste abgeglichen. Herr L. wies darauf hin, dass Frau O., die ursprünglich einen bis zum 30.06.2022 befristeten Vertrag hatte, lediglich bis zum 01.02.2022 Vertriebsassistentin in der RD N. war. Seit dem 01.02.2022 war diese auf einer anderen Stelle im Bankenvertrieb am F.-Standort E. tätig und seitdem nicht mehr der RD N. zugehörig. Herr C. wies darauf hin, dass in der Liste der Arbeitgeberin Frau T. fehlte, was Herr L. bestätigte. Bei Frau T. handelte es sich um ein langjähriges und freigestelltes Mitglied des Gesamtbetriebsrats. Ob am 15.02.2022 seitens Herrn L. Äußerungen zu den Angaben der Planzahlen Neueinstellung 2022 auf der Wählerliste erfolgt, ist zwischen den Beteiligten streitig.

In dem Protokoll des Wahlvorstands vom 17.02.2022 hieß es u.a.:

„...“

Bezüglich Planzahlen Neueinstellung 2022 zu 2 VA und 2 Auszubildenden hat der AG Herr L. keine Äußerung abgegeben, heißt keine Beanstandung.

Antrag von Herr C.:

Um eine spätere Wahlanfechtung auszuschließen, soll Frau M. O. auf der Wählerliste als ausgeschiedene Mitarbeiterin gekennzeichnet werden.

Beschluss:

Der Wahlvorstand hat Frau O. mit heutigen, Datum 17.02.2022 von der Wählerliste gestrichen mit dem Hinweis ausgeschieden.

...“

Wegen der Einzelheiten wird auf Anlage AG 5 zum Schriftsatz des Betriebsrats vom 30.05.2021 (Bl. 99 f. d.A.) Bezug genommen. Die Wählerliste wurde dahingehend geändert, dass Frau O. mit dem Zusatz „ausgeschieden“ markiert wurde. Nach Aushang der aktualisierten Wählerliste wurde diese seitens der Arbeitgeberin nicht mehr beanstandet. In anderen RD legte die Arbeitgeberin gegenüber dem Wahlvorstand Einspruch gegen die Wählerlisten ein.

Am 08.03.2022 wurde die Betriebsratswahl in der RD N. durchgeführt. Das Wahlergebnis wurde am 08.03.2022 durch Aushang im Betrieb bekannt gegeben. In den dreiköpfigen Betriebsrat, den hier zu 2) Beteiligten, wurden Frau T., Herr C. und Herr L. gewählt. Die konstituierende Sitzung des neu gewählten Betriebsrats fand am 08.03.2022 statt. Eine Abschrift der Wahlniederschrift übermittelte der Wahlvorstand Herrn L. am 08.03.2022. Dieser wandte sich am 14.03.2022 per E-Mail an die drei Betriebsratsmitglieder, beglückwünschte sie zum Wahlergebnis der Betriebsratswahl in der RD N. und äußerte, sich auf die weitere, konstruktive und vertrauensvolle Zusammenarbeit zu freuen.

Am 21.03.2022 ging bei dem Arbeitsgericht Mönchengladbach ein Anfechtungsantrag betreffend die Betriebsratswahl vom 08.03.2022 in der RD N. mit dem Rubrum der Arbeitgeberin (F. Beratung und Vertrieb AG) und Betriebsrat der RD N. ein. Dieser Antrag befand sich auf dem Briefpapier der F. Group AG und enthielt folgende maschinenschriftliche Unterschriftsangabe:

„F. Group AG
In Vertretung der F. Beratung und Vertrieb AG

K. C.
Rechtsanwältin (Syndikusanwältin)“

Die Übermittlung erfolgte ausweislich des Prüfvermerks auf dem sicheren Übermittlungsweg aus einem besonderen Anwaltspostfach (beA), abgesandt von Frau K. C. ohne qualifizierte elektronische Signatur. Eine Vollmacht für Frau C. war der Antragschrift nicht beigelegt. Die Antragschrift wurde dem Betriebsrat am 29.03.2022 zugestellt. Die in der RD X. durchgeführte Betriebsratswahl focht die Arbeitgeberin nicht an.

Im Sommer 2022 schlossen die Auszubildenden D., M. und x. ihre dreijährige Ausbildung planmäßig ab. Mit Zustimmungsanträgen vom 30.05.2022 ersuchte die Arbeitgeberin den Betriebsrat um Zustimmung zur Einstellung der Vertriebsassistentin x. ab dem 31.05.2022 befristet bis zum 31.05.2023 und M. ab dem 01.06.2022 befristet bis zum 01.06.2023. Im Jahr 2022 schrieb die Arbeitgeberin für die RD N. zwei Auszubildendenstellen aus. Besetzt wurde nur eine Stelle, weil es im Übrigen an geeigneten Bewerbern fehlte. Frau T. wird ab dem 01.08.2023 in die passive Freistellungsphase der Altersteilzeit wechseln.

Die Arbeitgeberin hat gemeint, in der RD N. sei ein zu großer Betriebsrat gewählt worden. Aufgrund der in der RD N. regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer habe nur ein Betriebsrat aus einer Person gewählt werden dürfen. Die von dem Betriebsrat angenommene Zahl von 23 wahlberechtigten Arbeitnehmern sei unzutreffend. Es stimmten lediglich 18 Namen aus der Wählerliste des Wahlvorstands mit der von ihr erstellten Liste überein. Frau O. sei aufgrund ihres Ausscheidens zu Unrecht berücksichtigt worden. Unzutreffend habe der Wahlvorstand außerdem jeweils zwei unbesetzte Stellen für Vertriebsassistenten bzw. Auszubildende berücksichtigt. In der Regel befände sich maximal ein Vertriebsassistent in der RD. Zwei Vertriebsassistenten wären die Ausnahme und drei Vertriebsassistenten seien gar nicht vorgesehen. Seit der Entstehung der RD N. im Jahr 2017 habe es, wenn überhaupt, nur einen Vertriebsassistenten gegeben. Alleine aus der Tatsache, dass in 2022 erstmalig und einmalig zwei Vertriebsassistenten beschäftigt wurden, könne nicht auf die regelmäßige Beschäftigung von zwei Vertriebsassistenten geschlossen werden.

Im Sommer des Jahres 2022 sei geplant, zwei neue Auszubildendenplätze in der RD N. zu besetzen. Es sei zudem der Abschluss der Ausbildungen durch die Auszubildenden D., M. und x. im Sommer 2022 zu beachten. Diese müssten bei der Größenberechnung abgezogen werden. Es sei im Übrigen Anfang 2022 nicht klar gewesen, ob im Sommer 2022 überhaupt zwei neue Auszubildende gefunden werden könnten. In der Regel seien in der RD N. in keinem Fall mehr als fünf Auszubildende tätig. Ohnehin sei nicht absehbar, ob und wenn ja wie viele Auszubildende in den nächsten Jahren ihre Ausbildung in der RD N. absolvieren würden.

Zu den 18 Personen auf ihrer Wählerliste könnte lediglich noch eine Vertriebsassistenten-Stelle hinzugerechnet werden.

Die Arbeitgeberin hat gemeint, dass Frau T. ab dem 01.03.2023 nicht mehr zu berücksichtigen sei. Als seit vielen Jahren freigestelltes Mitglied des Gesamtbetriebsrates der Arbeitgeberin habe sie seit vielen Jahren keine fachliche Tätigkeit einer Stelle im Betrieb in N. ausgeübt, die nach dem Eintritt in die passive Phase der Altersteilzeit neu besetzt werden würde.

Soweit der Betriebsrat auf eine Liste im Zusammenhang mit dem Belegschaftsfonds abstelle, sei zu berücksichtigen, dass dort auch nicht wahlberechtigte Arbeitnehmer erfasst seien, wie solche in der passiven Phase einer Blockaltersteilzeit. Aus der Liste betreffend die Weihnachtsgutscheine ergäben sich ohne den Leiter der RD N. ohnehin nur 18 Personen. Die von dem Betriebsrat vorgelegte Liste zu den personellen Soll-Stärken (Anlage AG 9) sei als Liste zu einem Interessenausgleich vom 14.08.2016 nicht mehr gültig. Dieser sei spätestens nach Umsetzung am 01.01.2021 außer Kraft getreten. Ohnehin enthalte dieser keine Angaben zu einer dauerhaften Mindestbesetzung. Der Betriebsrat widerspreche sich zudem selbst, weil aus anderen vorgelegten Dokumenten eine andere Anzahl von Ausbildungsstellen ersichtlich sei. Ohnehin hätte sie in den letzten Jahren von einer angeblichen jährlichen Soll-Stärke von drei Auszubildenden Abstand genommen.

Die Arbeitgeberin hat behauptet, dass Herr L. am 15.02.2022 darauf hingewiesen habe, dass er die Liste und Berechnung des Wahlvorstands nicht nachvollziehen könne und dass diese aus seiner Sicht nicht stimme. Er habe noch hinzugefügt, dass

er dies juristisch nicht beurteilen könne. Es habe kein Einverständnis mit der von dem Wahlvorstand erstellten Liste gegeben.

Da die vom Wahlvorstand verwandte Wählerliste nicht auf ihren Angaben beruhe, komme § 19 Abs. 3 Satz 3 BetrVG nicht zur Anwendung.

Die Arbeitgeberin hat beantragt,

die am 08.03.2022 in der Regionaldirektion N. durchgeführte Betriebsratswahl für unwirksam zu erklären.

Der Betriebsrat hat beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Er hat gemeint, dass der Wahlvorstand zum Zeitpunkt der Durchführung der Betriebsratswahl zutreffend davon ausgegangen sei, dass in der Regel 22 wahlberechtigte Arbeitnehmer in der RD N. tätig und damit für die Berechnung der Betriebsratsgröße zu berücksichtigen gewesen seien.

Er habe die von ihm angenommene Größe der RD N. auf die seitens der Arbeitgeberin bereitgestellten Informationen aus dem Belegschaftsfonds der EBV für den Betrieb in N. entnommen.

Die personelle Organisation für alle RD sei zudem gesondert in einer Stellenübersicht der Arbeitgeberin geregelt. Wie die Bezeichnung der Anlage AG 9 zum Schriftsatz vom 30.05.2021 (Bl. 96 d.A.) deutlich mache, handele es sich hierbei um eine personelle „SOLL-Ausstattung“. Bei der Stellenkalkulation handele es sich mithin um die seitens der Arbeitgeberin als notwendig erachtete Mindestbesetzung der RD, um das bestehende Arbeitspensum bewerkstelligen zu können. Wie aus der Soll-Planung der Arbeitgeberin hervorgehe, sei für die RD N., wie in fast allen anderen RD auch, eine Soll-Besetzung von zwei Vertriebsassistenten vorgesehen.

Hinsichtlich der Auszubildenden sehe die personelle Soll-Ausstattung für die RD N. drei Auszubildende pro Jahr vor. Allgemein gäbe es für alle RD eine Stellenkapazität von 150 Auszubildenden pro Jahr. Nach Auskunft der Arbeitgeberin gegenüber Frau T. seien im Jahr 2020 in allen RD 134 von möglichen 150 Auszubildenden eingestellt worden. Im Jahr 2021 seien ebenfalls 134 von 150 Auszubildendenstellen besetzt worden. Abweichend zu der geplanten Soll-Anzahl von drei Auszubildenden seien in der RD N. in der Vergangenheit regelmäßig pro Jahr jedenfalls zwei Auszubildende eingestellt worden. Die Anzahl von fünf Auszubildenden sei nicht die regelmäßige Anzahl von Auszubildenden in der RD N.. Dies bestätige die Auszubildenden-Planung für das Jahr 2020, welche wie in den Jahren zuvor, von zwei Auszubildenden ausgegangen sei. Es habe keine geänderte unternehmerische Entscheidung zur Anzahl der Auszubildenden gegeben. Grund für die 2020 nicht erfolgte Einstellung von Auszubildenden sei die Covid-19-Pandemie gewesen. Der damalige Leiter der RD N. habe überwiegend aus dem Homeoffice gearbeitet und die Ausbildung nicht wie gewohnt betreuen

können. Auch für die Zukunft sei keine Veränderung der Sollstärke der Auszubildenden angedacht. Unter Berücksichtigung des Ausbildungsturnus liege die regelmäßige Anzahl an Auszubildenden in der RD N. in 2022 und 2023 bei sechs bis acht, was der Regelbesetzung der letzten Jahre entspreche.

Am 15.02.2022 seien im Zusammenhang mit dem Abgleich der Wählerliste nur Frau O. und Frau T. angesprochen worden. Eine weitergehende Beanstandung der Wählerliste sei seitens der Arbeitgeberin durch Herrn L. nicht erfolgt. Von dem frühzeitigen Ausscheiden von Frau O. aus der RD N. zum 01.02.2022 habe der Wahlvorstand erstmals am 15.02.2022 Kenntnis erlangt.

Zu berücksichtigen sei weiter, dass die Rechtsprechung dem Wahlvorstand einen Beurteilungsspielraum zur Feststellung der regelmäßig Beschäftigten im Betrieb im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens einräume. Dies habe der Wahlvorstand zutreffend ausgeübt und sei zu Recht von einem zu wählenden Betriebsrat aus drei Personen ausgegangen. Auf eine Befristung der Vertriebsassistenten komme es nicht an. Maßgeblich sei im Übrigen die regelmäßige Beschäftigtenzahl im Zeitpunkt des Erlasses des Wahlausschreibens. Die Stelle von Frau O. sei zu diesem Zeitpunkt besetzt gewesen mit der Planung, diese auch künftig wieder zu besetzen. Auch die Festsetzung von sieben Auszubildendenstellen sei vertretbar gewesen.

Schließlich scheide eine Anfechtung gemäß § 19 Abs. 3 Satz 3 BetrVG aus. Die Arbeitgeberin hätte die vermeintlich unzutreffende Anzahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer bereits am 15.02.2022 zum Ausdruck bringen können. Der von der Arbeitgeberin initiierte Abgleich der Wählerlisten sei eine Angabe der Arbeitgeberin i.S.v. § 19 Abs. 3 Satz 3 BetrVG.

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag der Arbeitgeberin mit Beschluss vom 21.06.2022 entsprochen. Gegen den ihm am 24.06.2022 zugestellten Beschluss hat der Betriebsrat am 20.07.2022 Beschwerde eingelegt und diese am 19.08.2022 begründet.

Der Betriebsrat ist der Ansicht, dass die Wahl eines Betriebsrats aus drei Personen zutreffend sei. Der Wahlvorstand habe sich zu Recht an der Soll-Ausstattung der RD N. orientiert.

Betreffend die Vertriebsassistenten habe das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt, dass regelmäßig eine zusätzliche Stelle besetzt sei, mithin von zwei regelmäßigen Stellen für Vertriebsassistenten auszugehen sei. Maßgeblich sei ohnehin der Zeitpunkt des Erlasses des Wahlausschreibens. Die erfolgte Korrektur betreffend Frau O. bliebe deshalb unberücksichtigt.

Hinsichtlich der Auszubildenden sei das Arbeitsgericht zu Unrecht und abweichend von der Soll-Planung davon ausgegangen, dass mit in der Regel nicht mehr als fünf Auszubildenden zu rechnen sei. Etwaige Abweichungen von der Soll-Planung der Auszubildenden in der Vergangenheit seien pandemiebedingte Ausnahmen zu der ansonsten gelebten Personalstruktur gewesen. Diese Abweichungen charakterisierten nicht die normalen betrieblichen Verhältnisse. Im Übrigen sei eine Ausnahme von den in der Regel jährlich drei Auszubildendenstellen nur erfolgt, wenn die Stelle aufgrund

fehlender geeigneter Bewerber nicht habe besetzt werden können. Anhaltspunkte, davon abzusehen, künftig jährlich drei Auszubildende einzustellen, seien nicht ersichtlich. Angesichts der Soll-Planung spiegele die rein vergangenheitsbezogene Betrachtung von lediglich fünf Auszubildenden nicht die Zukunftsplanung der Arbeitgeberin wider. Die Soll-Planung sei mehr als ein nur vager Anhaltspunkt. An diese habe die Arbeitgeberin sich auch im Übrigen gehalten. Und woran sonst, wenn nicht an der Soll-Stärke, habe der Wahlvorstand sich orientieren können? Jedenfalls sei die vom Wahlvorstand vorgenommene Einschätzung vertretbar gewesen. Dies zeige sich auch daran, dass der nahezu vergleichbare Fall in X. anders gehandhabt werde. Außerdem habe ja auch Herr L. im Nachgang keine Bedenken geäußert, sondern gratuliert. Das Arbeitsgericht habe von durchschnittlich mindestens sieben Auszubildenden auszugehen gehabt. Betreffend die Auszubildenden hätten Vertreter der Arbeitgeberin geäußert, diese künftig verstärkt einstellen zu wollen.

Auffällig sei, dass der Wahlvorstand in der RD X. die Betriebsgröße auch anhand der Soll-Ausstattung der dortigen RD berechnet habe. Wenn die Arbeitgeberin dort anders als in der RD N. keine Anfechtung erklärte, lege dies nahe, dass hier gezielt gegen ein engagiertes Mitglied des Gesamtbetriebsrats, Frau T., vorgegangen werden solle, deren Chancen auf Wiederwahl bei einem Betriebsrat aus einer Person deutlich verringert würden. Dass eine Anfechtung in X. wegen fehlender Information der Arbeitgeberin unterblieben sei, bestreite der Betriebsrat mit Nichtwissen, zumal ein Telefonanruf zur Nachforschung ausreichend gewesen wäre.

Im Hinblick auf § 19 Abs. 3 Satz 3 BetrVG wiederholt der Betriebsrat die Behauptung, dass Herr L. am 15.02.2022 nicht kommuniziert habe, dass die zu Grunde gelegten Planstellen unzutreffend seien. Der Betriebsrat meint, die Vorschrift komme auch zur Anwendung, wenn die Unrichtigkeit der Wählerliste nicht auf ausdrücklich falschen Angaben der Arbeitgeberin beruhe, sondern auf unterlassenen bzw. unvollständigen Auskünften i.S.v. § 2 Abs. 2 WO. Die Vorschrift sei unmittelbar und jedenfalls entsprechend anwendbar, wenn es - wie hier - um die Unrichtigkeit der Berechnung der Betriebsgröße gehe.

Im Termin am 25.01.2023 hat der Betriebsrat gerügt, dass die Arbeitgeberin die Anfechtung erklärt habe, weil die Anfechtungsschrift auf dem Briefbogen der F. Group AG verfasst war. Der Betriebsrat hat am 25.01.2023 die ordnungsgemäße Bevollmächtigung von Frau C. gerügt.

Der Betriebsrat ist der Ansicht, dass innerhalb der zweiwöchigen Anfechtungsfrist des § 19 Abs. 2 BetrVG keine wirksame Anfechtungserklärung abgegeben worden sei. Ohne entsprechende Bevollmächtigung sei die Vertretung gemäß § 180 BGB bei einseitigen Rechtsgeschäften unwirksam.

Die Bevollmächtigung von Frau C. ergebe sich nicht aus dem AD-Vertrag. Dem Katalog des § 1 Nr. 1 AD-Vertrags sei die Vertretung in grundlegenden betriebsverfassungsrechtlichen Fragen nicht zu entnehmen. Wesentliche Entscheidung wie z.B. die Anfechtung einer Betriebsratswahl dürften auch nach dem AD-Vertrag nicht ohne Rücksprache mit der Arbeitgeberin getroffen werden. Nach ihrem Verständnis seien solche Entscheidungen, wie z.B. auch Entscheidungen über Kündigungen, stets von der Arbeitgeberin selbst getroffen worden.

Dass Frau X. von dem Vorstandsmitglied C. beauftragt worden sei, bestreitet der Betriebsrat mit Nichtwissen. Dies sei auch nicht glaubhaft, weil in einem vergleichbaren Fall vor dem Arbeitsgericht München kein entsprechender Sachvortrag gehalten worden sei.

Auf die Bestätigung vom 27.01.2023 könne nicht abgestellt werden, weil die Bevollmächtigung im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung habe vorliegen müssen. Es müsste eine Vollmacht vorgelegt werden, welche bereits im Zeitpunkt der Anfechtungserklärung bestanden habe. Einer nachträglichen Genehmigung gemäß § 89 Abs. 2 ZPO stehe der Zweck des § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG entgegen. Andernfalls könnten in Matrixstrukturen Tochter- oder Schwestergesellschaften die Anfechtung erklären, die dann nachträglich legitimiert werde.

Der Betriebsrat beantragt,

auf seine Beschwerde den Beschluss des Arbeitsgerichts Mönchengladbach vom 24.06.2022 - 1 BV 15/22 - wie folgt abzuändern:

Der Antrag wird zurückgewiesen.

Die Arbeitgeberin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt den Beschluss des Arbeitsgerichts. Insbesondere betreffend die Anzahl der Auszubildenden habe das Arbeitsgericht zutreffend darauf abgestellt, dass die abstrakte Soll-Planung nur einen vagen Anhaltspunkt für die tatsächliche Belegschaftsstärke liefere. Zutreffend habe es auch auf den Wegfall der Stelle von Frau T. und den Auslauf der Befristungen der Vertriebsassistentenstellen hingewiesen. Die Annahme von in der Regel 21 wahlberechtigten Arbeitnehmern durch den Wahlvorstand sei unvertretbar.

Die Arbeitgeberin behauptet, dass die monatliche Mitarbeiterzahl in der RD N. seit Dezember 2019 immer unter 20 gelegen habe. Auf die Tabelle auf Seite 5 f. des Schriftsatzes der Arbeitgeberin vom 09.01.2023 wird Bezug genommen.

Zutreffend habe das Arbeitsgericht die Anwendung von § 19 Abs. 3 Satz 3 BetrVG verneint. Sie habe nicht aktiv unrichtige Angaben gemacht. Die Vorschrift erfordere im Übrigen ein aktives Tun, an dem es hier fehle. Unabhängig davon bleibe es dabei, dass Herr L. am 15.02.2022 Herrn C. ausdrücklich mitgeteilt habe, dass er die Wählerliste in mehreren Punkten nicht für richtig halte, dies jedoch die Juristen des Unternehmens final abstimmen müssten. Betreffend die Planstellen der Vertriebsassistenten und Auszubildenden habe Herr L. darauf hingewiesen, dass dies nach den Angaben der Arbeitgeberin nicht stimmen könne. Herr L. habe zu keinem Zeitpunkt bestätigt, dass die Differenz zwischen den beiden Listen jetzt geklärt sei.

Auf die nicht erfolgte Anfechtung der Betriebsratswahl in der RD X. komme es nicht an. Im Vorfeld habe sie mitgeteilt, dass dort ein Betriebsrat aus einer Person zu wählen

sei. Der dortige RD-Leiter habe der Zentrale aber keine Rückmeldung gegeben, dass ein Betriebsrat aus drei Personen gewählt worden sei. Hätte sie dies gewusst, hätte sie auch die Wahl angefochten. Mit der Person von Frau T. habe die Anfechtung der Wahl in der RD N. nichts zu tun.

Die Arbeitgeberin behauptet, dass die Syndikusrechtsanwältin C. der F. Group AG zur Anfechtung der Betriebsratswahl in der RD N. von ihr bevollmächtigt gewesen sei. Dies ergebe sich zum einen aus der schriftlichen Vollmachtsbestätigung ihrer Vorstände C. und C. vom 27.01.2023, welche die Arbeitgeberin im Termin am 22.03.2023 im Original vorgelegt hat (Bl. 327 d.A.). Dieses Schreiben bestätige die im Zeitpunkt der Anfechtung vorhandene Prozessvollmacht von Frau C.. Die Erteilung sei gemäß § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 ArbGG zulässig gewesen. Zugleich werde aus dem Schreiben die materiell-rechtliche Anfechtungsberechtigung von Frau C. ersichtlich.

Sowohl die Prozessvollmacht als auch die materiell-rechtliche Anfechtungsberechtigung folgten außerdem aus § 1 Nr. 1 des AD-Vertrags aus den Aufzählungspunkten zum Bereich Recht sowie zu Personal und dort „Arbeits- und Mitbestimmungsrecht“ und aus § 1 Nr. 5 AD-Vertrag. Die Formulierung „Arbeits- und Mitbestimmungsrecht“ sei weit zu verstehen.

Aus der Bestätigung vom 27.01.2023 sowie dem AD-Vertrag ergebe sich, dass die Entscheidung zur Anfechtung der Betriebsratswahl von Anfang an von ihr als Arbeitgeberin selbst getroffen worden sei und auch noch heute ihrem ausdrücklichen Willen entspreche. Außerdem könne Frau X. bestätigen, dass sie am 14.03.2022 von ihrem Vorstandsmitglied C. mit der Durchführung des Beschlussverfahrens beauftragt worden sei. Diese habe im unmittelbaren Anschluss Frau C. beauftragt, den Antrag zu erstellen und bei Gericht einzureichen. Dies dokumentiere ihren eigenen Willen, die Betriebsratswahl anzufechten. Die Entscheidung des Arbeitsgerichts München sei für sie überraschend gewesen. Sie habe Beschwerde eingelegt. Jedenfalls liege eine Genehmigung gemäß § 89 Abs. 2 ZPO vor. Einer nachträglichen Genehmigung stehe der Zweck der Anfechtungsfrist aus § 19 Abs. 2 Satz 3 BetrVG nicht entgegen. Vielmehr wirke die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück. Die Arbeitgeberin ist der Ansicht, dass Frau C. als Syndikusrechtsanwältin die Anfechtungsschrift rechtswirksam über ihr beA an das Arbeitsgericht Mönchengladbach übermitteln konnte. Sie sei selbst verantwortende Person i.S.v. § 46c Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 ArbGG. Im Übrigen gelte für die gemäß § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 ArbGG handelnde Syndikusrechtsanwältin die aktive Nutzungspflicht des § 46g ArbGG. Zudem seien Syndikusrechtsanwältinnen gemäß § 46 Abs. 5 Satz 2 BRAO zur Erledigung von Rechtsangelegenheiten ihrer Arbeitgeberin befugt.

Die Kammer hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugin X. und zudem das Vorstandsmitglied C. der Arbeitgeberin angehört. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsprotokolle in beiden Instanzen Bezug genommen.

B. Die zulässige Beschwerde des Betriebsrats ist unbegründet.

I. Die rechtzeitig eingelegte und ordnungsgemäß begründete Beschwerde ist zulässig. Soweit der Beschwerdeantrag des Betriebsrats aus der Beschwerdebegründung vom 19.08.2022 als abzuändernden Beschluss denjenigen vom 24.06.2022 nennt, handelt es sich um einen offenbaren und für Gericht und die Arbeitgeberin erkennbaren Schreibfehler. Die Angabe betrifft das Zustelldatum des erstinstanzlichen Beschlusses. Dies wird auch aus der Beschwerdeschrift vom 20.07.2022 deutlich, mit dem der Betriebsrat gegen den Beschluss vom 21.06.2022, zugestellt am 24.06.2022, Beschwerde eingelegt hat. Über die Identität des Beschlusses, dessen Abänderung der Betriebsrat begehrt, besteht kein Zweifel.

II. Die Beschwerde ist unbegründet, weil die Arbeitgeberin die in der RD N. am 08.03.2022 durchgeführte Betriebsratswahl begründet angefochten hat. Die Anfechtung ist rechtzeitig und rechtswirksam erfolgt. Die Betriebsratswahl in der RD N. ist unwirksam, weil bei der Wahl gegen § 9 BetrVG verstoßen wurde. Es wurde zu Unrecht ein aus drei Mitgliedern bestehender Betriebsrat anstatt zutreffend ein aus einer Person bestehender Betriebsrat gewählt. Die Anfechtung der Betriebsratswahl durch die Arbeitgeberin ist nicht gemäß § 19 Abs. 3 Satz 3 BetrVG ausgeschlossen.

1. Frau C. konnte den Anfechtungsantrag vom 21.03.2022 am gleichen Tag als Syndikusrechtsanwältin rechtswirksam gemäß § 46c Abs. 1 ArbGG (i.d.F. vom 01.01.2022 bis 31.07.2022) i.V.m. § 80 Abs. 2 Satz 1 ArbGG über das beA einreichen.

a) Gemäß § 46c Abs. 3 Satz 1 ArbGG kann die wirksame Einreichung als elektronisches Dokument dadurch erfolgen, dass das elektronische Dokument von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht wird. Ein sicherer Übermittlungsweg ist auch derjenige zwischen beA und der elektronischen Poststelle des Gerichts (§ 46c Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ArbGG). Diese Anforderungen sind hier gewahrt und durch einen vertrauenswürdigen Herkunftsnachweis (vgl. dazu bereits BAG 05.06.2020 - 10 AZN 53/20, juris Rn. 11 ff.) belegt. Die Identität der einfachen Signatur auf dem Schriftsatz „K. C., Rechtsanwältin (Syndikusrechtsanwältin)“ stimmt mit der namentlichen Angabe in dem Prüfvermerk zur Absenderin überein. Außerdem weist der Prüfvermerk als Angaben zur Nachricht den sicheren Übermittlungsweg aus einem besonderen Anwaltspostfach nach.

b) Der Umstand, dass Frau C. als Syndikusrechtsanwältin der F. Group AG für die Arbeitgeberin mit der Antragsschrift die Anfechtungserklärung abgegeben hat, ändert an der wirksamen Einreichung per beA nichts. Wie sich aus dem Zusatz in der Antragsschrift unter ihrem Namen ergibt, hat Frau C. als Rechtsanwältin (Syndikusrechtsanwältin) gehandelt. Als solche hat sie gemäß § 31a BRAO i.V.m. § 46c Abs. 1 BRAO ein eigenständiges beA (vgl. dazu z.B. Natter/Haßel, NZA 2017, 1017, 1024; ArbG Stuttgart 15.12.2021 - 4 BV 139/21, juris Rn. 22), welches sie hier zutreffend genutzt hat. Es stellt sich nicht die Frage, wie bei einem Verband angestellten Syndikusrechtsanwalt, ob ggfs. die verantwortende Person i.S.v. § 46 c Abs. 3 Satz 1 ArbGG nur der Verband sein kann und nicht der Syndikusrechtsanwalt, der den Verband i.S.v. § 11

Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 ArbGG im Prozess gemäß § 11 Abs. 2 Satz 3 ArbGG vertritt (dazu z.B. LAG Hamm 27.09.2022 - 10 Sa 229/22, juris; ArbG Stuttgart 15.12.2021 a.a.O.). Ein solches Auseinanderfallen gibt es hier nicht. Da Syndikusrechtsanwälte gem. § 46c Abs. 1 BRAO grundsätzlich den Rechtsanwälten gleichgestellt sind, können sie gem. § 11 Abs. 2 Satz 1 ArbGG als Bevollmächtigte vor den Arbeitsgerichten auftreten (Natter/Haßel a.a.O. S. 1024). Bevollmächtigte und verantwortende Person zugleich ist Frau C.. Ob eine entsprechende Vollmacht tatsächlich gegeben ist, ist an dieser Stelle noch ohne Belang. Es ist ebenfalls unerheblich, dass Frau C. nicht bei der Arbeitgeberin, sondern bei der F. Group AG angestellt ist und als deren Mitarbeiterin für die Arbeitgeberin handelte. Bei der Arbeitgeberin handelt es sich um eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der F. Group AG. Gemäß § 46 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 BRAO umfasst die Befugnis des Syndikusrechtsanwalts zur Beratung und Vertretung auch die Rechtsangelegenheiten innerhalb verbundener Unternehmen. Und auch sonstige Beschäftigte eines mit dem Arbeitgeber i.S.v. § 15 Abs. AktG verbundenen Unternehmens sind als Bevollmächtigte vor den Arbeitsgerichten vertretungsberechtigt (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG). Bevollmächtigt im Sinne des ArbGG ist in beiden Fällen der Rechtsanwalt selbst bzw. der sonstige Beschäftigte. Wenn vor diesem Hintergrund eine Syndikusrechtsanwältin das für sie eingerichtete beA im Rahmen der ihr nach dem Gesetz zustehenden Befugnisse nutzt, ist für die Kammer kein Grund ersichtlich, sie nicht selbst als verantwortende Person i.S.v. § 46c Abs. 3 Satz 1 ArbGG anzusehen. Sie durfte die Anfechtungsschrift per beA elektronisch an das Arbeitsgericht übermitteln. Ob sie dies sogar musste (§ 46g Abs. 1 ArbGG i.d.F. ab dem 01.01.2022), bleibt offen.

2. Der am 21.03.2022 bei dem Arbeitsgericht eingegangene Anfechtungsantrag hat die Frist von zwei Wochen zur Anfechtung der Wahl gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG gewahrt. Das Wahlergebnis ist am 08.03.2022 bekannt gegeben worden. Der Wahlanfechtungsantrag ging am 21.03.2022 und damit weniger als zwei Wochen nach dem Zeitpunkt der Bekanntgabe des Wahlergebnisses beim Arbeitsgericht Mönchengladbach ein. Der Wahrung der Anfechtungsfrist steht nicht entgegen, dass der Anfechtungsschrift innerhalb der Zwei-Wochen-Frist keine Vollmacht von Frau C. beigelegt war. Frau C. ist zudem innerhalb der Zwei-Wochen-Frist von der Arbeitgeberin tatsächlich zur Anfechtung der Betriebsratswahl in der RD N. bevollmächtigt worden.

a) Das Bundesverwaltungsgericht hat zu § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG a.F. (jetzt § 56 Abs. 4 Satz 1 BPersVG) entschieden, dass die dort normierte Ausschlussfrist von zwei Wochen nach Beendigung des Ausbildungsverhältnisses entgegen § 89 Abs. 2 ZPO nur dann gewahrt ist, wenn bis zu ihrem Ablauf eine Vollmacht bei Gericht eingereicht wird, die von der zur Vertretung des Arbeitgebers befugten Person ausgestellt ist (BVerwG 01.12.2003 - 6 P 11/03, juris Rn. 29 f.; a.A. LAG Baden-Württemberg 21.11.2008 - 7 TaBV 3/08, juris Rn. 35 ff. zu § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG). Dem folgt die erkennende Kammer für § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG nicht.

b) Zunächst bezieht sich die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auf die Einreichung des Antrags durch eine Bedienstete der dortigen Arbeitgeberin ohne Vorlage einer Vollmachtsurkunde und nicht auf eine Rechtsanwältin (vgl. insoweit BVerwG 01.12.2003 - 6 P 11/03, juris Rn. 23). Um einen solchen Fall geht es hier schon nicht, denn Frau C. ist ausdrücklich als Rechtsanwältin (Syndikusrechtsanwältin) aufgetreten, was sich aus dem Zusatz zu ihrem Namen in der Antragschrift ergibt. Aber auch dann, wenn man - wie der Betriebsrat - darauf abstellt, dass Frau C. für die Konzernrechtsmutter der Arbeitgeberin gehandelt hat, ändert sich an dem Ergebnis nichts.

c) Zunächst geht die erkennende Kammer davon aus, dass bezogen auf das Prozessrechtsverhältnis und die Frage der Prozessvollmacht von Frau C. eine Genehmigung seitens der Arbeitgeberin gemäß § 89 Abs. 2 ZPO möglich ist und vorliegt.

aa) Dafür spricht schon, dass die Vorschrift des § 89 Abs. 2 ZPO im Beschlussverfahren grundsätzlich anzuwenden ist und eine Genehmigung z.B. bei unterbliebener oder fehlerhafter Beschlussfassung seitens des Betriebsrats zur Einleitung des Verfahrens und Beauftragung des Verfahrensbevollmächtigten durch nachträgliche Beschlussfassung seitens des Betriebsrats bis zum Ergehen einer Prozessentscheidung, durch die der Antrag als unzulässig abgewiesen wird, möglich ist (BAG 04.11.2015 - 7 ABR 61/13, juris Rn. 25). Dem entspricht, dass der Mangel der Vollmacht bei Einlegung eines Rechtsmittels ebenfalls durch rückwirkende Genehmigung des Vertretenen geheilt werden kann. Dies muss nicht innerhalb der Rechtsmittelfrist erfolgen, sondern kann mit rückwirkender Wirkung bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz geschehen (BGH 14.12.2017 - V ZB 35/17, juris Rn. 8). Anders ist dies lediglich dann, wenn das Rechtsmittel von einem vor dem Rechtsmittelgericht nicht postulationsfähigen Bevollmächtigten eingelegt wird. Dann ist die Genehmigung durch einen postulationsfähigen Prozessvertreter nur bis zum Fristablauf möglich (BAG 17.09.2013 - 9 AZR 75/12, juris Rn. 15). Darum geht es hier jedoch nicht, sondern um die Frage der Prozessvollmacht von Frau C., die über die F. Group AG für die Arbeitgeberin handelte. Auch die materiell-rechtliche Wirkung der Ausschlussfrist aus § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG (vgl. zu dieser Einordnung z.B. GK-BetrVG/Kreutz, 12. Aufl. 2022, § 19 Rn. 87; zu § 18 BetrVG 1952: BAG 28.04.1964 - 1 ABR 1/64, juris Rn. 27; zu § 18 BetrVG a.F.; BAG 06.12.2000 - 7 ABR 34/99, juris Rn. 15: „Wahrung der nach § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG einzuhaltenden Anfechtungsfrist ist notwendige Voraussetzung der Anfechtung einer Betriebsratswahl“) ändert nichts daran, dass eine fehlende Prozessvollmacht nachträglich genehmigt werden kann. Eine andere Frage ist, ob die materiell-rechtlichen Wirkungen der Einhaltung der Anfechtungsfrist so gewahrt werden können.

bb) Eine Genehmigung der Arbeitgeberin liegt vor. Dies ergibt sich zur Überzeugung der Kammer ohne weiteres aus dem Schreiben der Arbeitgeberin vom 27.03.2023, welches dem Gericht im Termin im Original vorgelegt worden ist (Bl. 327 d.A.). Die beiden unterzeichnenden Vorstände der Arbeitgeberin haben in diesem

Schreiben sowohl die Bevollmächtigung der F. Group AG bestätigt als auch die Bevollmächtigung von Frau C.. Auch wenn sie die Vollmachten bestätigten, d.h. davon ausgehen, dass diese im Anfechtungszeitpunkt vorlagen, liegt darin zugleich konkludent auch die Genehmigung der von Frau C. mit Schriftsatz vom 21.03.2022 erklärten Anfechtung der Betriebsratswahl in der RD N..

d) Die erkennende Kammer ist der Überzeugung, dass der materiell-rechtliche Charakter der Anfechtungsfrist des § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG dazu führt, dass die Vollmacht der anfechtenden Arbeitgeberin innerhalb der zweiwöchigen Anfechtungsfrist gegeben sein muss. Insoweit folgt die erkennende Kammer dem Bundesverwaltungsgericht (BVerwG 18.09.1996 - 6 P 16/94, juris Rn. 20; BVerwG 01.12.2003 - 6 P 11/03, juris Rn. 24 jeweils zu § 9 Abs. 4 Satz 1 BPersVG a.F., jetzt § 56 Abs. 4 Satz 1 BPersVG; ebenso zu § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG bereits LAG Düsseldorf 13.12.2006 - 12 TaBV 95/06, juris Rn. 48; a.A. LAG Baden-Württemberg 21.11.2008 - 7 TaBV 3/08, juris Rn. 35 ff.; offen gelassen von LAG Baden-Württemberg 08.05.2015 - 17 TaBV 1/15, juris Rn. 62). Richtig ist zwar, dass § 180 Satz 1 BGB auf Prozesshandlungen wegen § 89 Abs. 2 ZPO keine Anwendung finden soll (Staudinger/Schilken, BGB Bearb. 2019, § 180 Rn. 13 m.w.N.; s.a. BGH 18.12.2002 - VIII ZR 72/02, juris Rn. 18). Hier geht es bei der Anfechtungserklärung aber nicht alleine um eine Prozesshandlung. Es handelt sich bei dem Wahlanfechtungsantrag gemäß § 19 BetrVG um einen Gestaltungsantrag (BAG 20.10.2021 - 7 ABR 36/20, juris Rn. 13) mit materiell-rechtlicher Wirkung. Die Anfechtungsfrist dient der Rechtssicherheit. Mit der betriebsverfassungsrechtlichen Stellung und Bedeutung des Betriebsrates wäre es unvereinbar, wenn die Gültigkeit seiner Wahl immer wieder in Zweifel gezogen werden könnte und es längere Zeit ungewiss bliebe, ob der Betriebsrat überhaupt rechtmäßig amtiert (BAG 13.11.1991 - 7 ABR 8/91, juris Rn. 15). Diese Frist bedeutet mithin für den Betriebsrat, die Belegschaft und den Arbeitgeber eine zusätzliche Sicherheit. Das Anfechtungsrecht liegt nach der gesetzlichen Regelung bei der Arbeitgeberin. Die fristgerechte Entscheidung über die Anfechtung einer Betriebsratswahl ist der Arbeitgeberin vorbehalten und die Willensbildung muss bei ihr selbst erfolgen. Es genügt nicht, wenn die Entscheidung von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht getroffen wird, dieser die Anfechtung bei Gericht ohne Bevollmächtigung erklärt und diese dann nachträglich von der Arbeitgeberin genehmigt wird. Wegen des materiell-rechtlichen Charakters des Gestaltungsrechts ist § 89 Abs. 2 ZPO nicht anzuwenden (so BVerwG 18.09.1996 a.a.O. Rn. 20, 21; BVerwG 01.12.2003 a.a.O. Rn. 24; ebenso MüKo-ZPO/Touissant, 6. Aufl. 2020, § 89 Rn. 17). Dies folgt auch aus dem Gedanken des § 180 Satz 1 BGB. Eine nachträgliche Genehmigung nach Fristablauf ist nämlich mit der von einer Ausschlussfrist bezweckten Rechtssicherheit nicht zu vereinbaren (vgl. allgemein BAG 14.08.2002 - 5 AZR 341/01, juris Rn. 19; zu § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG bereits LAG Düsseldorf 13.12.2006 - 12 TaBV 95/06, juris Rn. 48). Dies bedeutet zur Überzeugung der Kammer indes nicht, dass die Vollmachten bereits innerhalb der Anfechtungsfrist auch dem Arbeitsgericht vorgelegt werden müssen. Entscheidend ist, dass sie objektiv innerhalb dieser Frist vorlagen. Dies ist, wie auch sonst bei einer Ausschlussfrist durch Beweisaufnahme zu klären (BAG 14.08.2002 a.a.O. Rn. 189;

a.A. BVerwG 01.12.2003 a.a.O. Rn. 30). Dies ist auch sonst im Anfechtungsverfahren nicht anders, weil z.B. für Fragen des Anfechtungsgrundes ebenfalls eine Beweisaufnahme erforderlich sein kann. Und auch der Aspekt der Rechtssicherheit steht einer Beweisaufnahme nicht entgegen. Nach Ablauf der Anfechtungsfrist soll nicht nur feststehen, ob die Wahl überhaupt angefochten worden ist, sondern auch, wer gegebenenfalls die Wahl angefochten hat (BAG 12.02.1985 - 1 ABR 11/84, juris Rn. 49). Das ist hier der Fall, denn aus der Antragsschrift wird die Stellvertretung deutlich. Es ist aus der Unterschriftenzeile klar ersichtlich, dass die Anfechtung für die Arbeitgeberin durch die F. Group AG, vertreten durch Frau C., erfolgt. Dies genügt dem Aspekt der Rechtssicherheit, wie auch bei anderen Ausschlussfristen, weil damit erkennbar ist, dass eine Anfechtung der Arbeitgeberin vorliegt. Es ist lediglich die Frage der Bevollmächtigung zu klären. Eine solche Klärungsbedürftigkeit wäre im Übrigen selbst bei Vorlage einer Vollmachtsurkunde nicht ausgeschlossen, weil z.B. deren Echtheit in Zweifel gezogen werden könnte.

e) Nach der durchgeführten Beweisaufnahme ist die erkennende Kammer unter Berücksichtigung des weiteren Sachverhalts und des übrigen Vorbringens der Beteiligten gemäß § 286 ZPO der richterlichen Überzeugung, dass Frau C. den Anfechtungsantrag am 21.03.2022 mit Vollmacht der Arbeitgeberin eingereicht hat, die zudem zuvor eine eigene Anfechtungsentscheidung getroffen hat.

aa) Nach dem in § 286 ZPO verankerten Grundsatz der freien Beweiswürdigung hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. Angesichts der Unzulänglichkeit der menschlichen Erkenntnismöglichkeiten ist eine jeden Zweifel ausschließende Gewissheit kaum je erreichbar; sie kann daher auch nicht gefordert werden. Es kommt auf die persönliche Überzeugung des entscheidenden Richters an, der sich jedoch in zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen muss. Die Bestimmung des § 286 Abs. 1 ZPO verlangt keinen naturwissenschaftlichen Kausalitätsnachweis und auch keine an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit, vielmehr genügt ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, der verbleibenden Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (BAG 11.06.2020 - 2 AZR 442/19, juris Rn. 62; BGH 01.10.2019 - VI ZR 164/18 juris Rn. 8). § 286 Abs. 1 ZPO gebietet dabei die Berücksichtigung des gesamten Streitstoffes (BGH 15.11.1976 - VIII ZR 125/75, juris Rn. 12; BAG 20.08.2014 - 7 AZR 924/12, juris Rn. 37). Zu würdigen sind auch die prozessualen und vorprozessualen Handlungen, Erklärungen und Unterlassungen der Parteien und ihrer Vertreter (BAG 25.02.1998 - 2 AZR 327/97, juris Rn. 19). Dabei kann ein bestrittener Sachvortrag auch alleine mittels Indizien bewiesen werden, wenn die Hilfstatsachen das Gericht mit dem Maßstab des § 286 ZPO von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen (BAG 25.02.1998 a.a.O. Rn. 19; BAG 11.06.2020 a.a.O. Rn. 63). Der Richter kann im Einzelfall auch allein aufgrund von

Indizien, sogar trotz anderslautender Zeugenaussagen, zu einer bestimmten Überzeugung gelangen (BAG 25.02.1998 a.a.O. Rn. 19).

bb) Die Kammer geht zunächst davon aus, dass die F. Group AG durch die Arbeitgeberin betreffend den Bereich Arbeits- und Mitbestimmungsrecht bevollmächtigt ist. Dies ergibt sich bereits aus § 1 Nr. 1, 5 DA-Vertrag. Dieser Vertrag regelt die von der F. Group AG als Konzernmutter der Arbeitgeberin zu erbringenden Dienstleistungen. Diese sind mit den Aufzählungspunkten in § 1 Nr. 1 DA-Vertrag beschrieben. Diese Aufgaben erledigt die Auftragnehmerin - die F. Group AG -, wie es sich auch aus § 1 Nr. 2 DA-Vertrag ergibt, für die Arbeitgeberin. Die Aufgabengebiete sind weit gefasst und auch im Bereich Personal umfassend ausgestaltet. Der dort genannten Aufzählungspunkt des Arbeits- und Mitbestimmungsrechts ist in keiner Weise eingegrenzt. Zum Mitbestimmungsrecht gehören auch die Fragen und Angelegenheiten der Betriebsverfassung. Insbesondere ist keinerlei Beschränkung der Angelegenheiten auf Standardprozesse im Arbeits- und Mitbestimmungsrecht enthalten, was zudem schwierig abzugrenzen wäre. Für ein weites Verständnis spricht im Übrigen, dass die Aufgabenübertragung auch Personalgrundsatzfragen mit umfasst. Gemäß § 1 Nr. 5 DA-Vertrag ist die F. Group AG auch im Außenverhältnis, d.h. gegenüber Dritten zur Aufgabenwahrnehmung bevollmächtigt. Sie darf diesen gegenüber die erforderlichen Geschäfte tätigen und insbesondere auch Willenserklärungen für die Arbeitgeberin gegenüber Dritten abgeben. Bereits auf dieser Grundlage ist die Kammer der Überzeugung, dass die F. Group AG für die Arbeitgeberin im Außenverhältnis berechtigt und bevollmächtigt war, die Anfechtung der Betriebsratswahl in der RD N. gegenüber dem Arbeitsgericht zu erklären. Dem entspricht die unter dem 27.01.2023 abgegebene Erklärung der beiden Vorstandsmitglieder C. und C. der F. Group AG, wonach „sämtliche Aufgaben“ im Bereich Arbeits- und Mitbestimmungsrecht von dem DA-Vertrag abgedeckt sind und dies auch die Vertretung in Rechtsstreitigkeiten betrifft. Richtig ist, dass das Vorstandsmitglied C. in seiner Anhörung mitgeteilt hat, dass er juristisch nicht bewerten könne, ob er Frau X. für die Anfechtung noch einmal gesondert hätte bevollmächtigen müssen. Dies betrifft nicht das tatsächliche Verständnis des DA-Vertrags, so wie im Schreiben vom 27.01.2023 mitgeteilt, sondern die abschließende juristische Bewertung des DA-Vertrags. Nur dazu - „ich kann juristisch nicht bewerten ...“ - hat das Vorstandsmitglied C. eine Aussage getroffen. Die juristische Bewertung hat er in diesem konkreten Verfahren letztlich dem Gericht überlassen, zumal ja gerade diese im Streit stand.

Die Anfechtung der Betriebsratswahl in der RD N. beruht auch auf einer eigenen Entscheidung der Arbeitgeberin vor der Erklärung der Anfechtung. Diese hat letztlich Frau C. der F. Group AG für die Arbeitgeberin umgesetzt. Dies ergibt sich gemäß § 286 ZPO aus der Anhörung des Vorstandsmitglieds der Arbeitgeberin C., der Zeugenaussage von Frau X. unter Würdigung des weiteren Sachverhalts und des Sachvortrags der Beteiligten. Im Einzelnen gilt insbesondere Folgendes:

Die Kammer glaubt der Schilderung des Vorstandsmitglieds C. in seiner persönlichen Anhörung. Diese Schilderung ist in sich nachvollziehbar, wird von der Aussage der Zeugin X. bestätigt und findet auch im Übrigen Sachverhalt eine Stütze. Der Zeuge ist als Vorstandsmitglied intern für den hier maßgeblichen Bereich zuständig, nämlich den Bereich Personal und Recht auch des Angestelltenbereichs. Er konnte nachvollziehbar schildern, dass er mit der Frage der Rechtmäßigkeit der Betriebsratswahlen in N. befasst worden ist und nach Beteiligung auch der F. Group AG, weil es für ihn eine Grundsatzangelegenheit war, die Entscheidung durch ihn getroffen wurde, die Anfechtung zu erklären. Es ist für die Kammer auch glaubhaft, dass die Kommunikation am 08.03.2022 durch Herrn N. zuerst erfolgte und dann die Group AG eingeschaltet worden ist. Es ist weiter nachvollziehbar, dass ihm die Zweifel am 11.03.2022 zurückgemeldet worden sind. Am 14.03.2022 habe er kommuniziert, dass angefochten werden soll. Richtig ist, dass der Zeitablauf bereits längere Zeit her ist. Dies konnte Herr C. indes erklären, weil er in Vorbereitung des Termins am 22.03.2023 in seinen Kalender Einsicht genommen hatte.

Diese Ausführungen werden durch die Aussage der Zeugin X. bestätigt. Diese ist in die Schnittstelle für die Betriebsratswahlen eingebunden und leitet die dafür zuständige Abteilung bei der F. Group AG. Sie war auch konkret in die Frage der hier in Rede stehenden Betriebsratswahlen eingebunden. Sie hat ebenfalls den Referenten N. benannt, von dem sie Anfang März erfahren habe, dass etwas mit den Wahlen nicht passend sei und zwar betreffend die Betriebsgröße. Sie konnte dann auch nachvollziehbar die weitere Abstimmung unter Einbeziehung von Herrn C. schildern, der am 14.03.2022 entschieden hat, anzufechten. Auch den nachfolgenden Arbeitsablauf, nämlich die Telefonkonferenz, die Beauftragung von Frau C., welche den Schriftsatz fertigte, den sie im Sinne der Qualitätssicherung freigab, konnte sie nachvollziehbar und glaubhaft schildern. Und auch auf Nachfrage war Frau X. sicher, dass Herr C. sie beauftragt hat, die Betriebsratswahlanfechtung durchzuführen und zwar vor Anfechtung.

Auch unter Berücksichtigung des übrigen Streitstoffs ist die Kammer der Überzeugung, dass der Sachverhaltsverlauf sich so zugetragen hat, wie von der Arbeitgeberin behauptet und von Herrn C. und Frau X. bestätigt. Dem steht nicht entgegen - was der Betriebsrat in der Erörterung zu dem Ergebnis der Beweisaufnahme eingewandt hat - , dass Herr L. nach der Betriebsratswahl am 08.03.2022 noch in Urlaub war und dem Betriebsrat am 14.03.2022 gratuliert hat. Richtig ist, dass es nicht Herr L. war, von dem Herr N. die Information haben konnte, die er Herrn C. betreffend die Anfechtung weitergeleitet hat. Letztlich kommt es nicht darauf an, woher Herr N. die Information zu dem Ergebnis der Betriebsratswahl hatte. Unstreitig ist das Ergebnis der Betriebsratswahl nicht nur Herrn L. mitgeteilt worden, sondern auch in der RD N. am 08.03.2022 ausgehängt worden. Es war deshalb öffentlich zugänglich. Es trifft auch zu, wie die Arbeitgeberin in der Erörterung zum Ergebnis der Beweisaufnahme eingewandt hat, dass die Frage der Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder bereits zuvor latent streitig war. Dies ergibt sich daraus, dass Frau C. bereits mit E-Mail vom 08.02.2023

ganz generell dieses Thema angesprochen hat. Im Übrigen ist die Entscheidung zur Anfechtung nach den Aussagen von Herrn C. und Frau X. erst am 14.03.2022 gefallen. Dann ist es durchaus plausibel, dass Herr L. davon nach seiner Urlaubsrückkehr am 14.03.2022 noch keine Kenntnis hatte, zumal die Qualitätssicherung des Anfechtungsschriftsatzes auch erst am 18.03.2022 erfolgte. Da das Wahlergebnis öffentlich ausging, ist es im Übrigen ohne weiteres plausibel, dass dieses oder aber - wie von der Arbeitgeberin eingewandt - eben nur der Umstand, dass so gewählt wurde, wie ausgeschrieben, Herrn N. bereits am 08.03.2022, dem Tag der Betriebsratswahl mitgeteilt worden ist. Dass notwendige Überlegungen betreffend die Anfechtung unmittelbar eingeleitet werden, ist im Hinblick auf die zweiwöchige Anfechtungsfrist nachvollziehbar. Die Kammer hat die Stellung von Herrn C. als Vorstandsmitglied und die Funktion von Frau X. als Leiterin der Abteilung Personal Vertrieb und Service berücksichtigt. Dies ändert nichts daran, dass die Kammer in Anwendung von § 286 ZPO beide Personen als glaubwürdig betrachtet und ihre Aussagen als glaubhaft. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Arbeitgeberin in dem Verfahren vor dem Arbeitsgericht München die von Herrn C. bekundete Entscheidung in erster Instanz nicht vorgetragen hat. Dies hat die Arbeitgeberin bereits im Laufe dieses Verfahrens damit erklärt, dass sie dort von der Entscheidung überrascht worden sei und die Sache sich nunmehr in der Beschwerdeinstanz befindet. Im Übrigen glaubt die Kammer dem Vorstand C., dass er sich noch gar keine Gedanken darüber gemacht hat, ob er auch gegen den Willen der F. Group AG hätte entscheiden können, anzufechten, weil er diesen Sachverhalt noch gar nicht hatte. Vielmehr werde im Konzernverbund die Angelegenheit geklärt, bis man eine Einigung erzielt habe. Dies spricht dafür - was auch ganz generell eher ungewöhnlich wäre -, dass weder Frau C. oder aber die Konzernmutter ganz ohne Befassung der Arbeitgeberin die Anfechtung einer Betriebsratswahl in der RD N. mit allen Folgen für die daraus resultierenden Störungen des betrieblichen Miteinanders erklärt. Insofern kann - wie von dem Betriebsrat eingewandt - durchaus unterstellt werden, dass nach seinem Verständnis „unternehmerische Entscheidungen“ wie die Anfechtung einer Betriebsratswahl stets durch die Arbeitgeberin selbst erfolgten. Genau dies ist zur Überzeugung der Kammer geschehen.

3. Die Betriebsratswahl in der RD N. ist unwirksam, weil bei der Wahl gegen § 9 BetrVG verstoßen wurde. Es wurde zu Unrecht ein aus drei Mitgliedern bestehender Betriebsrat anstatt zutreffend ein aus einer Person bestehender Betriebsrat gewählt.

a) Bei der Wahl wurde gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlverfahren verstoßen, wodurch das Wahlergebnis beeinflusst wurde. Es wurde zu Unrecht ein aus drei Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt, weil die Arbeitgeberin in ihrem Betrieb in der Regel nicht mindestens 21 wahlberechtigte Arbeitnehmer, sondern lediglich maximal 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt. Nach § 9 Abs. 1 BetrVG hätte daher nur ein aus einem Mitglied bestehender Betriebsrat gewählt werden dürfen.

b) Nach § 9 Abs. 1 BetrVG besteht der Betriebsrat in Betrieben mit in der Regel 5 - 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern aus einem Mitglied, in Betrieben mit in der Regel 21 - 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern aus drei Mitgliedern. Die Betriebsratsgröße knüpft daher an die Anzahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer an, wobei es nicht auf die Belegschaftsstärke an einem bestimmten Stichtag, z.B. am Tag der Betriebsratswahl oder am Tag des Erlasses des Wahlausschreibens, ankommt, sondern auf die Anzahl der "in der Regel" beschäftigten Arbeitnehmer (BAG 07.05.2008 - 7 ABR 17/07, juris Rn. 15).

aa) Arbeitnehmer i.S.v. § 9 BetrVG sind betriebsangehörige Arbeitnehmer. Das sind Personen, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen und in die Betriebsorganisation eingegliedert sind (BAG 07.05.2008 - 7 ABR 17/07, juris Rn. 16). Auszubildende sind in vergleichbarer Weise wie andere Arbeitnehmer in den Betrieb eingegliedert, wenn sich ihre berufspraktische Ausbildung im Rahmen des arbeitstechnischen Betriebszwecks vollzieht, zu dessen Erreichung die Arbeitnehmer des Betriebs zusammenwirken. Anders ist dies in einem reinen Ausbildungsbetrieb (BAG 16.11.2011 - 7 ABR 48/10, juris Rn. 12 f.), der hier nicht vorliegt.

bb) "In der Regel" beschäftigt i.S.v. § 9 BetrVG sind die Arbeitnehmer, die normalerweise während des größten Teils des Jahres in dem Betrieb beschäftigt werden. Maßgebend für die Beschäftigtenzahl ist nicht die durchschnittliche Anzahl der Beschäftigten eines bestimmten Zeitraums, sondern die normale Beschäftigtenzahl, also diejenige Personalstärke, die für den Betrieb im Allgemeinen kennzeichnend ist. Der Wahlvorstand hat für die Feststellung der Arbeitnehmerzahl nicht nur den Personalbestand in der Vergangenheit zugrunde zu legen, sondern auch die künftige, auf Grund konkreter Entscheidungen des Arbeitgebers zu erwartende Entwicklung des Beschäftigungsstandes einzubeziehen (BAG 16.04.2003 - 7 ABR 53/02, juris Rn. 25; BAG 07.05.2008 - 7 ABR 17/07, juris Rn. 17). Die Feststellung der maßgeblichen Betriebsgröße erfordert daher sowohl eine rückblickende Betrachtung, für die ein Zeitraum zwischen sechs Monaten bis zwei Jahren als angemessen erachtet wird, als auch eine Prognose, bei der konkrete Veränderungsentscheidungen zu berücksichtigen sind. Werden Arbeitnehmer nicht ständig, sondern lediglich zeitweilig beschäftigt, kommt es für die Frage der regelmäßigen Beschäftigung darauf an, ob sie normalerweise während des größten Teils eines Jahres, d.h. länger als sechs Monate, beschäftigt werden (BAG 18.01.2017 - 7 ABR 60/15, juris Rn. 34; BAG 02.08.2017 - 7 ABR 51/15, juris Rn. 25. Hierzu steht den Wahlvorständen in Grenzfällen auch ein gewisser Beurteilungsspielraum im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens zu (BAG 12.10.1976 - 1 ABR 1/76, juris Rn. 30; BAG 25.11.1992 - 7 ABR 7/92, juris Rn. 32). Die Motive für die Entscheidungen des Arbeitgebers spielen dabei grundsätzlich keine Rolle. Durch die an die Belegschaftsstärke des Betriebs anknüpfende Staffelung in § 9 BetrVG soll sichergestellt werden, dass die Zahl der Betriebsratsmitglieder in einem angemessenen Verhältnis zur Zahl der betriebsangehörigen Arbeitnehmer steht. Deshalb kommt es nur auf die tatsächliche Belegschaftsstärke an und nicht auf

die Motive, die zu einer Änderung der Personalplanung des Arbeitgebers geführt haben (BAG 16.04.2003 - 7 ABR 53/02, juris Rn. 26).

cc) Maßgebend für die Beurteilung der Anzahl der „in der Regel“ beschäftigten wahlberechtigten Arbeitnehmer sind die Verhältnisse bei Erlass des Wahlausschreibens (BAG 16.04.2003 - 7 ABR 53/02, juris Rn. 25; BAG 07.05.2008 - 7 ABR 17/07, juris Rn. 17).

c) Ausgehend von dem Zeitpunkt des Erlasses des Wahlausschreibens am 25.01.2022 kann in der RD N. nicht davon ausgegangen werden, dass dort regelmäßig 21 wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt sind.

aa) Zunächst ist auf der Grundlage der Liste der Arbeitgeberin von 18 beschäftigten Personen in der RD N auszugehen (B., B., C., D., D., F., G., I., I., L., M., N., x., T., U., K., T. und T.). Richtig ist, dass dabei auch Frau T. berücksichtigt wurde, welche ab dem 01.08.2023 in die passive Phase der Altersteilzeit geht und ab diesem Zeitpunkt für die Belegschaftsstärke des § 9 BetrVG nicht mehr zu berücksichtigen ist, weil sie dem Betrieb nicht mehr angehört (BAG 16.04.2003 - 7 ABR 53/02, juris Rn. 22). Dies ist erst im Rahmen der zukünftigen Prognose bei der Bemessung der Belegschaftsstärke zu würdigen. Die Anzahl von in der Vergangenheit zumindest regelmäßig 18 wahlberechtigten Arbeitnehmern kann hier unterstellt werden.

bb) Unzutreffend ist es aber, dass die Arbeitgeberin in ihrer Liste keine Stelle eines Vertriebsassistenten berücksichtigt hat. Die Arbeitgeberin hatte allerdings tatsächlich nur Frau O. beschäftigt. Der Umstand, dass diese ab dem 01.02.2022 aus der RD N. ausscheiden würde, war dem Wahlvorstand bei Erlass des Wahlausschreibens am 25.01.2022 nicht bekannt. Bekannt war ihm allerdings, dass deren Befristung am 30.06.2022 auslief. Dem Wahlvorstand war ebenfalls bekannt, dass die Arbeitgeberin in 2022 die tatsächliche Besetzung von zwei Vertriebsassistentenstellen plante, wenn auch nur befristet. Richtig ist, dass auch befristet Beschäftigte den regelmäßigen Beschäftigungsbedarf kennzeichnen können. Eine tragfähige Grundlage für die Annahme, die Arbeitgeberin werde regelmäßig drei Vertriebsassistenten in der RD N. beschäftigen, ergibt sich in diesem konkreten Fall nicht. Dem Wahlvorstand war das Auslaufen der Befristung von Frau O. bekannt. Berücksichtigt man weiter, dass die vom Betriebsrat und auch vom Wahlvorstand herangezogene Liste zur personellen Ausstattung zwei Stellen für Vertriebsassistenten in der RD N. vorsah, bestand kein Anhaltspunkt dafür, dass die Arbeitgeberin plante, regelmäßig drei Vertriebsassistenten zu beschäftigen. Allerdings durfte der Wahlvorstand entgegen der Angabe der Arbeitgeberin durchaus von zwei Vertriebsassistenten ausgehen, auch wenn aktuell nur eine Stelle besetzt war. Dies führt indes lediglich zu einer Zahl von regelmäßig zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern.

cc) Und auch unter Berücksichtigung der Auszubildenden ergibt sich entgegen der Ansicht des Betriebsrats keine Belegschaftsstärke von regelmäßig 21 wahlberechtigten Arbeitnehmern.

(1) Zunächst ist nicht davon auszugehen, dass jedes Ausbildungsjahr drei Auszubildende eingestellt werden. Eine tatsächliche Anzahl von regelmäßig neun Auszubildenden ist zunächst in der vergangenen tatsächlichen Besetzung in der RD N. nicht gegeben. Sie ergibt sich auch nicht aus der Soll-Stärke der Liste Anlage AG 9. Richtig ist, dass dort bei den Auszubildenden 3,00 angegeben ist. Bereits in der Sitzung am 25.01.2023 ist indes festgestellt worden, dass diese Anzahl nicht alleine den Betrieb der RD N. betrifft. Dies ergibt sich aus den von dem Betriebsrat überreichten Planungsunterlagen für die Auszubildendenstellen. Die Summe Plan N. ist darin z. B. für das Jahr 2021 mit 3 genannt. Es heißt dann aber weiter Planung RD Azubi mit 2 sowie Planung AGT Azubi mit 1. Dies bedeutet nach übereinstimmendem Verständnis der Beteiligten, wovon abzuweichen kein Anlass besteht, dass die Planung 2 Azubis in diesem Dokument jeweils meint, dass diese in der RD N. eingestellt werden bzw. diese Planungsunterlage dies so ausweist. Darüber hinaus ist es so, dass Planung AGT meint Planung Agentur, d. h. diese Auszubildenden werden nicht bei der Arbeitgeberin angestellt, sondern erhalten einen selbständigen Vertrag mit einer von der Arbeitgeberin bezuschussten Agentur. Sie sind damit nicht in den Betrieb der RD N. eingegliedert und nicht Teil dieses Betriebs.

(2) Stellt man zunächst auf die vergangenheitsbezogene tatsächliche Anzahl der Auszubildenden ab, so ist festzustellen, dass zuletzt, d.h. bezogen auf den Zeitpunkt des Wahlausschreibens, tatsächlich fünf Auszubildende beschäftigt wurden. Zutreffend ist zunächst auch Herr M. zu berücksichtigen. Die Anzahl von sechs Auszubildenden, wenn man von einer beabsichtigten „Regeleinstellung“ von zwei Auszubildenden je Ausbildungsjahr ausgehen wollte, wurde aber in den letzten zwei Jahren tatsächlich nicht erreicht. Dies lag daran, dass im Jahr 2019 zwei, in 2020 keine und in 2021 wieder zwei Auszubildende eingestellt wurden. Hinzu kam der aus einer Agentur übernommene Auszubildende M.. Dies ergibt die Anzahl von fünf Auszubildenden. Es kann an dieser Stelle unterstellt werden, dass die Nichteinstellung von zwei Auszubildenden im Jahr 2020 coronabedingt war und nicht das reguläre Einstellungsverhalten der Arbeitgeberin prägte. Dafür spricht, dass sie auch in dem Jahr 2022 wieder zwei Ausbildungsstellen ausgeschrieben hat. Besetzt wurde aber tatsächlich nur eine Stelle, weil es für eine Stelle keinen geeigneten Bewerber gab. Es kann allerdings für die zukunftsbezogene Betrachtung und die Bewertung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl nicht außer Acht gelassen werden, dass drei Auszubildende (D., M. und x.) im Sommer 2022 regulär ihr Ausbildungsende haben würden und auch tatsächlich hatten. Dies führt dazu, dass - ausgehend von zwanzig regelmäßig Beschäftigten (18 plus zwei Vertriebsassistenten) - zunächst wieder nur 17 Beschäftigte vorhanden wären. Selbst wenn im Sommer 2022 erneut zwei Auszubildende eingestellt worden wären, wären dies insgesamt nur 19 regelmäßig beschäftigte wahlberechtigte Arbeitnehmer.

Das konkrete und im Zeitpunkt des Wahlausschreibens bekannte planmäßige Ausbildungsende kann nicht unberücksichtigt bleiben. Anhaltspunkte für eine beabsichtigte Einstellung von mehr als zwei Auszubildenden sind nicht ersichtlich. Es mag sein, dass gegenüber dem Betriebsrat kommuniziert worden ist, dass man verstärkt Auszubildende einstellen wolle. Anhaltspunkte dafür, dass dies über die Anzahl von jährlich zwei in der RD N. hinausgeht, sind konkret im Zeitpunkt des Wahlausschreibens nicht ersichtlich gewesen. Sie ergeben sich - wie ausgeführt - auch nicht aus der Soll-Stärke unter Berücksichtigung der oben dargelegten Planzahlen für die Auszubildenden in der RD und im AGT. Und auch tatsächlich sind lediglich zwei Stellen für Auszubildende ausgeschrieben worden. Die regelmäßige vergangenheits- und zukunftsbezogene Belegschaftsstärke war deshalb ausgehend vom Zeitpunkt des Wahlausschreibens weder in dessen Zeitpunkt noch im Jahr 2022 bei 21.

Dies könnte sich allenfalls im Sommer 2023 ändern, wenn erneut zwei Auszubildende eingestellt werden würden. Mangels Auszubildenden, die im Jahr 2020 eingestellt wurden, würden dann keine zwei Auszubildenden ausscheiden. Hier könnte kurzzeitig die Anzahl von 21 Beschäftigten erreicht sein. Es ist aber - wie vom Arbeitsgericht ausgeführt - zu berücksichtigen, dass bereits im Zeitpunkt des Wahlausschreibens feststand und dem Wahlvorstand bekannt war, dass Frau T. im August 2023 in die passive Phase der Altersteilzeit geht und so aus dem Betrieb ausscheidet. Dagegen hat der Betriebsrat eingewandt, dass dem Wahlvorstand im Zeitpunkt des Wahlausschreibens zwar die Altersteilzeit von Frau T. bekannt gewesen sei, nicht aber, dass deren Stelle nicht wiederbesetzt werden soll. Maßgeblich ist zur Überzeugung der Kammer insoweit, dass konkret feststand, dass Frau T. am 01.08.2003 ausscheiden würde. Sie war langjährig freigestelltes Mitglied im Gesamtbetriebsrat. Sie hat mithin in der RD N. langjährig keine Arbeitsleistung erbracht. Es kann deshalb nicht ohne konkrete Anhaltspunkte davon ausgegangen werden, dass ihre Stelle wiederbesetzt werden sollte, denn sie hatte ja in der RD N. langjährig keine Arbeitsleistung erbracht. Eine konkrete Entscheidung der Arbeitgeberin, auf welche der Wahlvorstand bei Erlass des Wahlausschreibens hätte abstellen können, dass deren Stelle wiederbesetzt wird, lag nicht vor und konnte deshalb vom Wahlvorstand auch nicht berücksichtigt werden. Daran ändert der Umstand nichts, dass Herr L. sich damit einverstanden erklärte, Frau T. auf der Wählerliste zu belassen. Wahlberechtigt und wählbar war sie für die Betriebsratswahl. Dies betrifft indes nicht die Frage der regelmäßigen Beschäftigtenzahl. In diesem konkreten Fall kann ihr bereits feststehendes Ausscheiden bei der künftigen Prognose nicht unberücksichtigt bleiben. Insgesamt ergibt sich auch unter Berücksichtigung eines Beurteilungsspielraums des Wahlvorstandes, dass dieser nicht davon ausgehen konnte, dass die regelmäßige Beschäftigtenzahl die Zahl 20 in der RD N. überschreiten würde.

Aus den übrigen Dokumenten, welche der Betriebsrat eingereicht hat, ergibt sich nichts Anderes. So ist bereits im Termin am 25.01.2023 geklärt worden, dass sich aus der Anlage zu den Weihnachtsgutscheinen maximal 19 Personen ergeben. Zu dem Belegschaftsfonds hat die Arbeitgeberin unwidersprochen vorgetragen, dass dort

eben auch nicht wahlberechtigte Personen erfasst seien, nämlich solche in der passiven Phase der Altersteilzeit. Es kam deshalb nicht mehr darauf an, dass die Arbeitgeberin die Mitarbeiterzahl in der RD N. ab Dezember 2019 bis November 2022 dargelegt hat und diese danach zu keinem Zeitpunkt die Zahl 21 erreichte. Der danach ohnehin nur in sechs Monaten erreichte Maximalwert lag bei 19 und im Übrigen darunter. Die Kammer hat weiter nicht berücksichtigt, dass nach dem Vortrag des Betriebsrats in den Jahren 2020 und 2021 nur 134 von 150 Auszubildendenstellen besetzt wurden. Dies entspricht einer Quote von 89 %, kann allerdings ggfs. auch pandemiebedingt sein. Würde man aber alleine auf die tatsächliche Quote abstellen, ergäbe sich bei „regulär“ sechs Ausbildungsstellen nur eine Besetzungsquote von 5,34. Dem entspricht, dass in 2022 tatsächlich nur eine Auszubildendenstelle besetzt werden konnte. Berücksichtigte man diesen Vortrag des Betriebsrats, käme man erst Recht nicht auf eine regelmäßige Arbeitnehmerzahl von 21. Letztlich kam es darauf, aufgrund der obigen Ausführungen, aber nicht mehr an.

d) Durch den Verstoß gegen § 9 BetrVG wurde das Wahlergebnis beeinflusst, da ein aus drei Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt wurde, obwohl nur ein aus einem Mitglied bestehender Betriebsrat hätte gewählt werden dürfen. Eine Korrektur des Wahlergebnisses ist nicht möglich. Der Verstoß gegen § 9 BetrVG führt zur Unwirksamkeit der Betriebsratswahl in der RD N. (BAG 07.05.2008 - 7 ABR 17/07, juris Rn. 23; BAG 12.09.2012 - 7 ABR 37/11, juris Rn. 12).

e) Die Anfechtung der Betriebsratswahl durch die Arbeitgeberin ist nicht gemäß § 19 Abs. 3 Satz 3 BetrVG ausgeschlossen.

aa) Gemäß § 19 Abs. 3 Satz 3 BetrVG ist die Anfechtung durch die Arbeitgeberin ausgeschlossen, soweit sie darauf gestützt wird, dass die Wählerliste unrichtig ist und wenn diese Unrichtigkeit auf ihren Angaben beruht. Richtig ist, dass der Betriebsrat hier eine eigene und von ihm erstellte Wählerliste verwandt hat, wozu er befugt ist (BAG 30.06.2021 - 7 ABR 24/20, juris Rn. 35). Allerdings gab es am 15.02.2022 einen Abgleich der Wählerliste des Wahlvorstands mit derjenigen der Arbeitgeberseite auf Veranlassung von Herrn L.. Unstreitig ist dabei eine Berichtigung von Frau O. erfolgt. Ob Herr L. daneben nichts mitgeteilt hat oder aber weiter mitgeteilt hat, dass er weder Liste noch Berechnung des Wahlvorstands nachvollziehen könne, ist in tatsächlicher Hinsicht streitig. Die Kammer hat den Sachverhalt an dieser Stelle nicht aufgeklärt, weil es darauf zu ihrer Überzeugung nicht ankam. Es konnte offen bleiben, ob - den Sachvortrag des Betriebsrats unterstellt - in dem Verhalten von Herrn L. überhaupt eine (konkludente) „Angabe“ der Arbeitgeberin i.S.v. § 19 Abs. 3 Satz 3 BetrVG liegt. Es bleibt ebenfalls offen, ob § 19 Abs. 3 Satz 2 BetrVG voraussetzt, dass die Arbeitgeberin aktiv unrichtige Angaben macht (offen gelassen von BAG 30.06.2021 – 7 ABR 24/20, juris Rn. 47).

bb) Auf all dies kommt es nicht an, weil die Vorschrift des § 19 Abs. 3 Satz 3 BetrVG auf den hier in Rede stehenden Sachverhalt weder unmittelbar noch entsprechend anzuwenden ist.

(1) Ausweislich Anlage 3 zur Antragserwiderung vom 30.05.2021 enthielt die nach Geschlechtern getrennte Wählerliste neben den Namen der Wahlberechtigten weitere Angaben, nämlich jeweils zweimal den Hinweis „Planstelle Azubi“ bzw. „Planstelle Vertriebsassistent“. Maßgeblich für den Anwendungsbereich des § 19 Abs. 3 Satz 3 BetrVG ist eine Unrichtigkeit der Wählerliste. Es handelt sich dabei um eine Liste der Wahlberechtigten mit Familienname, Vorname und Geburtsdatum (§ 2 Abs. 1 Sätze 1 und 2 WO). Hinzu kommt die Angabe der nicht passiv Wahlberechtigten gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 WO. Die Angaben „Planstelle Azubi“ bzw. „Planstelle Vertriebsassistent“ betreffen diese Gegenstände nicht. Es geht vielmehr um die Frage der daraus abzuleitenden regelmäßigen Beschäftigtenzahl i.S.v. § 9 BetrVG. Die Größe des zu wählenden Betriebsrats ist eine Frage des Wahlausschreibens (§ 3 Abs. 2 Nr. 5 WO). Sie schlägt sich eben dort nieder und nicht in der Wählerliste. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass es sich bei § 2 Abs. 1 Satz 1 WO um „Soll-Angaben“ handelt. Richtig ist, dass ggfs. weitere Angaben, wie das Eintrittsdatum, aufgenommen werden können. Die Wählerliste bezieht sich aber letztlich auf die Identifizierung der einzelnen Arbeitnehmer (Fitting et al., BetrVG 31. Aufl. 2022, § 2 WO Rn. 4). Genau darum geht es bei den „Leerangaben“ des Wahlvorstandes zu den beiden angeblichen Planstellen nicht. Diese Angaben gehören nicht auf die Wählerliste, weil sie keine zu identifizierenden Arbeitnehmer kennzeichnen. Da die regelmäßige Beschäftigtenzahl i.S.v. § 9 BetrVG, welche die Größe des Betriebsrats bestimmt, gerade - wie ausgeführt - vergangenheits- und zukunftsbezogene Aspekte enthält, um die regelmäßige Beschäftigtenzahl festzustellen, kann der Wahlvorstand diese Informationen nicht ausschließlich - so aber der Betriebsrat - aus der Wählerliste gewinnen. Hierzu sind weitere Angaben zu dem Beschäftigtenbestand in der Vergangenheit und etwaige konkrete Personalplanungen der Arbeitgeberin für die Zukunft erforderlich. Die Wählerliste stellt dazu nur einen punktuellen Ausschnitt dar.

(2) Eine entsprechende Anwendung der Vorschrift scheidet aus. Der Gesetzgeber hat mit § 19 Abs. 3 BetrVG nur punktuell aus Gründen der Rechtssicherheit das Anfechtungsrecht eingeschränkt und nimmt in diesem Fall eine ggfs. objektiv unrichtige Wahl hin. Dies ergibt sich aus der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 19/28899 S. 13). Diese führt Folgendes aus:

„Zudem soll die Rechtssicherheit der Betriebsratswahl durch eine Einschränkung des Anfechtungsrechts gesteigert werden. Das Recht zur Anfechtung einer Betriebsratswahl ist von großer Bedeutung. Die Möglichkeit, die Wahl gerichtlich überprüfen zu lassen, stärkt das Vertrauen in die Institution des Betriebsrats. Wo jedoch der Grund für die Anfechtung die Unrichtigkeit der Wählerliste ist und zuvor nicht die rechtlich vorgesehene Möglichkeit zur Klärung eines solchen Wahlfehlers genutzt wurde, soll insoweit

das Anfechtungsrecht zugunsten der Rechtssicherheit eingeschränkt werden. Gleiches soll für den Arbeitgeber gelten, wenn die Unrichtigkeit der Wählerliste auf seinen Angaben beruht.“

Das Vertrauen in die Betriebsratswahl, welches durch die Möglichkeit der Anfechtung gestärkt werden soll, wird nur ganz punktuell eingeschränkt. Es werden nicht verschiedene Aspekte, sondern ein ganz konkreter Aspekt herausgegriffen, wonach das Anfechtungsrecht ausgeschlossen werden soll. Dies ist einzig und alleine die Unrichtigkeit der Wählerliste (vgl. auch BT-Drs. 19/28899 S. 19). Hinzu kommt, dass „Aufhänger“ zunächst die Möglichkeit für die Arbeitnehmer ist, ordnungsgemäß Einspruch gegen die Wählerliste einzulegen. Ist dies unterblieben, dann dürfen die Wahlberechtigten keine Anfechtung mehr aus diesem Grunde erklären. Damit trägt der Gesetzgeber dem Ziel des § 4 WO Rechnung, Anfechtungen wegen Fehler in der Wählerliste möglichst im Vorfeld durch die Möglichkeit, hiergegen rechtzeitig Einspruch einlegen zu können, zu vermeiden (Fitting et al., BetrVG 31. Aufl. 2022, § 19 BetrVG Rn. 14). Die Wählerliste ist aber nur unrichtig, wenn ein Wahlberechtigter nicht eingetragen oder ein Nichtwahlberechtigter eingetragen ist. Gegen andere Maßnahmen des Wahlvorstandes als gegen die Richtigkeit der Wählerliste ist ein Einspruch nicht gegeben (Fitting et al., BetrVG 31. Aufl. 2022, § 4 WO Rn. 1; vg. auch im Zusammenhang mit § 19 Abs. 3 BetrVG GK-BetrVG/Kreutz, 12. Aufl. 2022, § 19 Rn. 65). Daran knüpft § 19 Abs. 3 Satz 3 BetrVG für den Arbeitgeber an. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll „Gleiches“ für den Arbeitgeber gelten (vgl. a. GK-BetrVG/Kreutz, 12. Aufl. 2022 § 19 Rn. 67: „Parallele zu Satz 1“.). Dementsprechend bezieht sich § 19 Abs. 3 Satz 3 BetrVG eben nur auf die Unrichtigkeit der Wählerliste. Diese bewusste Entscheidung des Gesetzgebers im formellen Betriebsverfassungsrecht, die zudem das vertrauensstärkende Element der Anfechtung einschränkt, kann nicht die Rechtsprechung durch eine Analogie auf andere angebliche Unrichtigkeiten im Wahlverfahren ausdehnen. Dies gilt auch für weitere mögliche unrichtige Auskünfte des Arbeitgebers zur Wahl. Es bleibt bei der bewussten punktuellen Entscheidung des Gesetzgebers.

C. Die Kammer hat die Rechtsbeschwerde gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG i.V.m. § 92 Abs. 1 Satz 2 ArbGG zugelassen.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen diesen Beschluss kann von dem Beschwerdeführer

R E C H T S B E S C H W E R D E

eingelegt werden.

Für die weiteren Beteiligten ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.

Die Rechtsbeschwerde muss

innerhalb einer Notfrist* von einem Monat

nach der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses schriftlich oder in elektronischer Form beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361 2636-2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Rechtsbeschwerdeschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder eines anderen Verbandes oder Zusammenschlusses mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Rechtsbeschwerdeschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Beteiligte, die als Bevollmächtigte zugelassen sind, können sich selbst vertreten.

Die elektronische Form wird durch ein elektronisches Dokument gewahrt. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 46c ArbGG nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (ERVV) v. 24. November 2017 in der jeweils geltenden Fassung eingereicht werden. Nähere Hinweise zum elektronischen Rechtsverkehr

finden Sie auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts www.bundesarbeitsgericht.de.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Dr. Gotthardt

Brücher

Schönebeck