

Hessisches Landesarbeitsgericht

Beschluss

§§ 9, 19 BetrVG

- 1. Die Wahl einer unrichtigen Anzahl von Betriebsratsmitgliedern stellt einen Mangel des Wahlverfahrens dar, der die Anfechtung der Betriebsratswahl begründet.**
- 2. Für die Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer ist die normale Beschäftigtenzahl maßgeblich, also diejenige Personalstärke, die für den Betrieb im Allgemeinen kennzeichnend ist.**
- 3. Gerade in den Grenzfällen des § 9 BetrVG muss dem Wahlvorstand ein gewisser Beurteilungsspielraum im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens eingeräumt werden.**
- 4. Soweit der Wahlvorstand die künftige, zu erwartende Entwicklung des Beschäftigtenstands zu berücksichtigen hat, ist diese aufgrund konkreter Unternehmerentscheidungen einzubeziehen.**
- 5. Da § 9 Absatz 1 BetrVG auf die beschäftigten wahlberechtigten Arbeitnehmer abstellt, kann insoweit nur auf Stellenausschreibungen für den Betrieb des Arbeitgebers, für den die betreffende Betriebsratswahl durchgeführt wird, abgestellt werden. Ausschreibungen, die für andere Konzernunternehmen oder andere Betriebe desselben Arbeitgebers erfolgen, sind für die betreffende Betriebsratswahl ohne Bedeutung.**

LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 24.02.2020 Az. : 16 TaBV 20/19

Tenor:

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 5. Dezember 2018 – 9 BV 246/18 - abgeändert:

Die Betriebsratswahl im Betrieb des Antragstellers in A/B vom 3. April 2018 wird für unwirksam erklärt.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

1

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Betriebsratswahl.

2

Der Arbeitgeber (Antragsteller) unterhält einen Betrieb an 2 Standorten in A und B. Beteiligter zu 2 ist der dort am 3. April 2018 gewählte Betriebsrat. In seinem

Wahlausschreiben vom 27. März 2018 (Bl. 24 ff. der Akte) gab der Wahlvorstand die Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder mit 11 an. Aus der von ihm ausgehängten Wählerliste (Bl. 8-15 der Akte) ergaben sich 380 Personen. Mit Aushang vom 5. April 2018 (Bl. 27f der Akte) machte der Wahlvorstand bekannt, dass 11 Betriebsratsmitglieder gewählt wurden.

3

Mit seinem am 19. April 2018 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antrag hat der Arbeitgeber die Betriebsratswahl angefochten. Er hat die Auffassung vertreten, dass zu Unrecht ein Gremium von 11 statt 9 Betriebsratsmitgliedern gewählt wurde, da der Schwellenwert von 401 Beschäftigten nicht überschritten sei.

4

Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens der Beteiligten und der gestellten Anträge wird auf die Ausführungen des Arbeitsgerichts im Beschluss unter I. (Bl. 146-147 der Akte) Bezug genommen.

5

Das Arbeitsgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Der Wahlvorstand habe den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum nicht überschritten, indem er von mehr als 400 wahlberechtigten Arbeitnehmern ausgegangen sei. Wegen der Einzelheiten der Begründung des Arbeitsgerichts wird auf die Ausführungen im Beschluss unter II. (Bl. 147R bis 150 der Akte) Bezug genommen.

6

Dieser Beschluss wurde dem Verfahrensbevollmächtigten des Arbeitgebers am 9. Januar 2019 zugestellt, der dagegen am 5. Februar 2019 Beschwerde eingelegt und diese nach Verlängerung der Beschwerdebegründungsfrist bis 18. April 2019 am 18. April 2019 begründet hat.

7

Der Arbeitgeber behauptet, zum Zeitpunkt des Wahlausschreibens seien insgesamt 380 Arbeitnehmer wahlberechtigt gewesen. „In der Regel“ seien es sogar nur 346. Dies ergebe sich unter Berücksichtigung vergangener und zu prognostizierender künftiger Entwicklungen. Am 7. März 2018 seien dem Wahlvorstand nicht nur die Wählerliste in PDF-Form übersandt worden, sondern per E-Mail Excel-Sheets mit den Austrittsdaten ausscheidender Mitarbeiter wegen des mit Interessenausgleich vom 31. März 2017 beschlossenen Stellenabbaus, wobei die Stellen nicht neu besetzt werden sollten. Der Wahlvorstand sei über 29 Austritte informiert worden, wovon 11 in 2018 erfolgten, jedoch keiner vor dem 31. Juli 2018. Es treffe daher nicht zu, wenn der Wahlvorstand vortrage, „das vermeintliche Ausscheiden von 5 Arbeitnehmern sei der Wählerliste unstreitig nicht zu entnehmen“. Es treffe ferner nicht zu, dass es alleine auf die Kenntnis des Wahlvorstands im Zeitpunkt des Erlasses des Wahlausschreibens ankomme. Dem Wahlvorstand seien sämtliche Austrittsdaten mitgeteilt worden. Er habe es unterlassen, sich die Excel-Sheets vollständig anzusehen. Der vormalige Betriebsrat sei über jeden Abschluss einer Altersteilzeitvereinbarung informiert worden. Danach seien 5 Mitarbeiter in 2018 in Form der Freistellungsphase ausgeschieden. Diese Information sei dem Wahlvorstand mit den erwähnten Excel-Listen mitgeteilt worden. Es sei ihm auch bekannt gewesen, dass eine Nachbesetzung der Stellen nicht erfolge. Mit 6 auf der Wählerliste stehenden Personen bestehe ein im August 2019 (richtig wohl 2018) endendes Ausbildungsverhältnis. Die vom Wahlvorstand angestellte Prognose auf Basis der im Taleo-Tool angezeigten vakanten Positionen entbehre jeder Grundlage. Hätte der Wahlvorstand im Suchfilter des Systems den Betrieb A/B eingegeben, wäre ihm keine einzige vakante Stelle in diesem Betrieb angezeigt worden. Sämtliche

Stellen, die nicht C zugeordnet waren, seien nicht ausschließlich für den Arbeitgeber ausgeschrieben gewesen, sondern konnten in sämtlichen Konzerngesellschaften der D-Gruppe ausgeschrieben werden. Der Wahlvorstand hätte bei seiner Suche nach vakanten Stellen in der Gesellschaft des Arbeitgebers in deren Betrieb A/B in der Suchmaske gezielt nach diesem Betrieb filtern können, dann hätte er gesehen, dass dort keine einzige Stelle ausgeschrieben war. Die vollständige Darstellung der vom Wahlvorstand ermittelten 44 vakanten Positionen und deren Zuordnung zu den Konzerngesellschaften und Standorten ergebe sich aus der Anlage Ast. 3. Die Beschäftigtenzahl im Betrieb habe sich von 402 wahlberechtigten Arbeitnehmern im März 2016 auf 384 im März 2018 entwickelt. Ferner sei der Wahlvorstand auch über den geplanten Personalabbau informiert worden. Dies ergebe sich aus dem Interessenausgleich vom 31. Juli 2017. Davon seien 40 Arbeitsplätze im Betrieb A/B betroffen. Der Wahlvorstand habe auch Kenntnis von der Altersteilzeitregelung gehabt. Der örtliche Betriebsrat habe jeweils Kopien der Teilzeitanträge erhalten. Daraus ergebe sich der Beginn der Freistellungsphase. Die betreffenden Stellen sollten nicht wiederbesetzt werden. Der Wahlvorstand habe aus 3 Personen bestanden, die sämtlich dem bisherigen Betriebsrat angehörten. Der Wahlvorstand sei bei der Vorbereitung der Wahl von weniger als 400 Wahlberechtigten ausgegangen. Dies ergebe sich daraus, dass er am 27. März 2018 eine Wählerliste mit 380 Personen (hinzu kämen 2 Leiharbeiter) erstellt habe. Das Arbeitsgericht habe verkannt, dass dem Wahlvorstand bei der Ermittlung der Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder kein Beurteilungsspielraum zustehe. Es liege kein Grenzfall vor. Der Wahlvorstand habe sich durch seine Prognose von 403 Wahlberechtigten die Nähe zum Grenzfall selbst geschaffen. Zum maßgeblichen Zeitpunkt seien 378 Arbeitnehmer im Betrieb beschäftigt gewesen. Der Grenzwert werde nur tangiert, wenn sich die tatsächliche Zahl der Wahlberechtigten zum Zeitpunkt des Erlasses des Wahlausschreibens um den Grenzwert des § 9 BetrVG bewege (hier: 401). Hier habe die Zahl der Wahlberechtigten selbst unter Berücksichtigung der im August 2018 hinzukommenden 2 Auszubildenden nur 380 betragen. Jedenfalls habe der Wahlvorstand den Beurteilungsspielraum falsch ausgelegt. Auszugehen sei von der aktuellen Zahl der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Erlasses des Wahlausschreibens. Die zukünftige Entwicklung sei zu berücksichtigen, wenn der Arbeitgeber konkrete Veränderungsentscheidungen getroffen habe. Bloße Befürchtungen oder Hoffnungen berechtigten den Wahlvorstand nicht zu einer abweichenden Festsetzung der Zahl der regelmäßigen Beschäftigten. Im Zeitpunkt des Erlasses des Wahlausschreibens seien 378 Arbeitnehmer beschäftigt gewesen. Der Wahlvorstand habe die Grenzen seines Beurteilungsspielraums überschritten, indem er 22 in E ausgeschriebene Stellen hinzurechnete. Der Wahlvorstand habe konzernweit ausgeschriebene Stellen berücksichtigt, was falsch sei. Dies wäre nach der Rechtsprechung nur möglich gewesen, wenn der Arbeitgeber konkrete Veränderungsentscheidungen getroffen hätte. Für den Wahlvorstand hätte es sich aufgedrängt, beim Arbeitgeber nachzufragen, ob z.B. seit 4 Monaten ausgeschriebene Stellen noch offen sind. Eine solche Nachfrage habe der Wahlvorstand nicht vorgenommen. Im Übrigen sei er in dem System „D-Taleo“ geschult und hätte unschwer selbst feststellen können, dass im Betrieb A/B überhaupt keine Stellen ausgeschrieben waren. Darüber hinaus habe der Wahlvorstand den sich aus dem Interessenausgleich vom 31. März 2017 resultierenden Stellenabbau von 40 Arbeitnehmern nicht berücksichtigt. Die Argumentation des Arbeitsgerichts, die Kenntnis des Betriebsrats sei dem Wahlvorstand nicht zuzurechnen, treffe nicht zu, da sämtliche Mitglieder des Wahlvorstands auch Betriebsratsmitglieder des Vorgängergremiums gewesen sein. Auch die Nichtberücksichtigung der Renteneintritte und der Passivphase der Altersteilzeit sei fehlerhaft. Der Arbeitgeber habe dem Wahlvorstand bereits vor Erstellung der Wählerliste die beschäftigten Arbeitnehmer mit Angabe des Austrittsdatums mitgeteilt (Anlage Ast.1). Diese Unterlagen hätte der Wahlvorstand

berücksichtigen müssen. Er habe auch davon ausgehen müssen, dass eine Nachbesetzung dieser Stellen nicht erfolge. Den in der Vergangenheit bestehenden Personalbestand habe der Wahlvorstand fehlerhaft unberücksichtigt gelassen. Dieser habe in den letzten 2 Jahren vor der Wahl nie über 400 Mitarbeitern oder auch nur im Grenzbereich dessen gelegen. Das Maximum von 402 Beschäftigten sei zuletzt im März 2016 erreicht gewesen. Signifikant sei weiterhin der rapide Personalabbau seit März 2017, der aus dem am 31. März 2017 vereinbarten Interessenausgleich resultiere. Durch diesen Verstoß (Verkennung der Betriebsgröße) sei das Wahlergebnis beeinflusst worden, denn es hätte ein Betriebsrat aus 9 statt 11 Mitgliedern gewählt werden müssen.

8

Mit Schriftsatz vom 18. Oktober 2019 führt der Arbeitgeber aus, am Tag des Erlasses des Wahlausschreibens seien 382 Wahlberechtigte zu verzeichnen gewesen (380 eigene Arbeitnehmer und 2 Leiharbeiter). Diese Angaben seien nicht widersprüchlich. Es liege kein Grenzfall zur Zahl 401 vor. Deshalb habe dem Wahlvorstand kein Beurteilungsspielraum zugestanden. Der Stellenabbau von 40 Stellen sei ausdrücklich für den Betrieb A/B vereinbart worden. Die vom Betriebsrat behauptete Neubesetzung im Bereich „Sales CE“ sei unbeachtlich, da es im maßgeblichen Zeitpunkt eine solche unternehmerische Entscheidung bezogen auf den Betrieb A/B nicht gegeben habe. „Sales CE“ sollte bundesweit umgebaut und 30 Stellen ab- bzw. 20 Stellen neu geschaffen werden. Gegenwärtig würden im Betrieb A/B 356 Arbeitnehmer beschäftigt. Dies entspreche exakt der Zahl der Beschäftigten, die bereits in der Antragsschrift auf Seite 6 Abs. 5 genannt worden sei.

9

Der Arbeitgeber beantragt,

10

den Beschluss des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 5. Dezember 2018 -9 BV 246/18- abzuändern und

11

die Betriebsratswahl im Betrieb der Beteiligten zu 1 in A/B vom 3. April 2018 für unwirksam zu erklären.

12

Der Betriebsrat beantragt,

13

die Beschwerde zurückzuweisen.

14

Der Betriebsrat bestreitet mit Nichtwissen, dass im Zeitpunkt des Erlasses des Wahlausschreibens 380 wahlberechtigte Arbeitnehmer (einschließlich Leiharbeiter) beschäftigt gewesen seien. Erstinstanzlich habe der Arbeitgeber noch 382 Arbeitnehmer vorgetragen. Am 27. März 2018, dem Zeitpunkt des Erlasses des Wahlausschreibens, seien mindestens 384 Mitarbeiter beschäftigt gewesen. Soweit der Arbeitgeber Wählerlisten mit einer Spalte „Austritt“ überreicht hat, treffe es nicht zu, dass im Zeitpunkt des Erlasses des Wahlausschreibens bereits klar gewesen sei, dass diese Arbeitnehmer ausscheiden und die Stellen nicht neu besetzt würden. Dem Wahlvorstand habe der Interessenausgleich nicht vorgelegen. Der Arbeitgeber habe ihn dem Wahlvorstand nicht übermittelt. Der Arbeitgeber schließe allein aus dem Interessenausgleich darauf, dass keine Stellen nachbesetzt würden. Unter A IIa 3. Spiegelstrich sehe der Interessenausgleich ausdrücklich die Vornahme

von Neueinstellungen vor. Sodann regele A III, dass in A/B genau 40 Arbeitsplätze entfallen können. Davon seien im Zeitpunkt des Wahlausschreibens bereits 35 Stellen abgebaut gewesen, so dass nur noch 5 Stellen verblieben. Nichts Anderes gelte für das Ausscheiden einzelner Mitarbeiter aufgrund Altersteilzeit. Dem Wahlvorstand sei nicht bekannt gewesen, dass sämtliche Stellen nicht nachbesetzt würden und dass 5 Mitarbeiter noch 2018 aufgrund Beginns der Freistellungsphase ausscheiden würden. Der Arbeitgeber setze die Kenntnis des Betriebsrats mit der des Wahlvorstands gleich. Es sei üblich, mit sämtlichen Auszubildenden nach dem Ende ihrer Ausbildung einen unbefristeten Arbeitsvertrag zu schließen. Die jährlichen 6 Auszubildenden führten daher zu einer Vergrößerung der Belegschaft um 6 Personen jährlich. Die Ausführungen des Arbeitgebers zur Schulung der Betriebsratsmitglieder in dem Tool „Taleo“ seien nicht einlassungsfähig. Der Arbeitgeber benenne nicht, welche Mitarbeiter an der Schulung teilgenommen haben und was dort vermittelt wurde. Zum Zeitpunkt der Abfrage durch den Wahlvorstand habe das Tool 87 Stellen für E gezeigt, weshalb der Wahlvorstand angenommen habe, dass hiervon etwa die Hälfte (44) auf die D entfielen und die Hälfte davon auf den Standort B/A. Die Entscheidung des Arbeitsgerichts sei zutreffend. Das Arbeitsgericht habe die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 12. Oktober 1976 korrekt zitiert. Ein Beurteilungsspielraum des Wahlvorstands bestehe nicht nur, sondern gerade in den Grenzfällen des § 9 BetrVG. Dies sei vorliegend der Fall. Der Wahlvorstand sei gezwungen, auf der Grundlage des offensichtlich nicht ordnungsgemäß arbeitenden Tools „Taleo“ zu ermitteln, in welchem Umfang mit der Besetzung weiterer Stellen zu rechnen sei. Erstinstanzlich habe der Arbeitgeber noch auf Seite 3 der Antragschrift vorgetragen, dass 10 neue Stellen für A/B vorgesehen seien. Auf Seite 23 der Beschwerdebeurteilung behauptete Arbeitgeber, im Zeitpunkt des Erlasses des Wahlausschreibens seien 378 Arbeitnehmer beschäftigt gewesen. Hierbei handle es sich um die 4. Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer. Dieser Vortrag sei perplex. Die Berücksichtigung der 22 freien Stellen am Standort B sei nicht ermessensfehlerhaft. In E seien nicht 44, sondern 87 Stellen konzernweit verfügbar gewesen, die sich auf die 2 aktiven Legal Entities und sodann auf die beiden Betriebe in E aufteilten. Das Taleo-Tool zeige konkret ausgeschriebene Stellen an. Es obliege allein dem Arbeitgeber, sein Tool zu pflegen. Der Wahlvorstand brauche die Angaben des Arbeitgebers nicht zu hinterfragen. Der Interessenausgleich sehe nur den Abbau von 40 Stellen vor. Davon seien aber 35 bereits abgebaut. Hinsichtlich der 5 weiteren Stellen fehle es an einer Entscheidung des Arbeitgebers. Dieser trage nicht vor, welche Mitglieder des Wahlvorstands wann, welche Kenntnisse über den Interessenausgleich erworben hätten. Dem Wahlvorstand könne nicht das vollständige Wissen des Betriebsrats zugerechnet werden. Der Wahlvorstand habe den Austrittsdaten eine Entscheidung des Arbeitgebers über eine Neubesetzung der Stellen nicht entnehmen können und sei deshalb hiervon ausgegangen. Die konkreten Zahlen des Eintritts in die Passivphase seien dem Wahlvorstand nicht mitgeteilt worden. Aus dem Interessenausgleich ergebe sich nichts Anderes. Die Durchschnittszahlen der vergangenen 2 Jahre ließen keine klare Tendenz erkennen. Ein „rapider Personalabbau“ seit März 2017, wie der Arbeitgeber vorträgt, liege jedenfalls nicht vor.

15

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Anhörungsprotokolle Bezug genommen.

II.

16

1. Die Beschwerde ist statthaft, § 87 Abs. 1 ArbGG, und zulässig, da sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet wurde, § 87 Abs. 2 S. 1, § 66 Abs. 1 S. 1, § 89 Abs. 1 und 2 ArbGG, § 594 ZPO.

17

2. Die Beschwerde ist begründet. Die Betriebsratswahl vom 3. April 2018 ist unwirksam.

18

Der Arbeitgeber ist nach § 19 Abs. 2 S. 1 BetrVG zur Anfechtung der Betriebsratswahl berechtigt. Er hat auch die Anfechtungsfrist von 2 Wochen (§ 19 Abs. 2 S. 2 BetrVG), vom Tage der Bekanntgabe des Wahlergebnisses an gerechnet, eingehalten.

19

Die Betriebsratswahl ist unwirksam, weil gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen wurde, § 19 Abs. 1 BetrVG. Ein Mangel des Wahlverfahrens ist die Wahl einer unrichtigen Anzahl von Betriebsratsmitgliedern.

20

Nach § 9 Abs. 1 S. 1 BetrVG besteht der Betriebsrat in Betrieben mit in der Regel 201-400 Arbeitnehmern aus 9 Mitgliedern und in Betrieben mit in der Regel 401-700 Arbeitnehmern aus 11 Mitgliedern.

21

Für die Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer ist die normale Beschäftigtenzahl maßgeblich, also diejenige Personalstärke, die für den Betrieb im Allgemeinen kennzeichnend ist. Zur Ermittlung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl ist nicht nur der Personalbestand in der Vergangenheit zugrunde zu legen, sondern auch die künftige, aufgrund konkreter Unternehmerentscheidungen zu erwartende Entwicklung des Beschäftigtenstands einzubeziehen. Die Feststellung der maßgeblichen Betriebsgröße erfordert daher sowohl eine rückblickende Betrachtung, für die ein Zeitraum zwischen 6 Monaten bis 2 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 des Jahres, d.h. länger als 6 Monate beschäftigt werden. Das gilt auch für Leiharbeiter, wenn Leiharbeit längerfristig als Instrument zur Deckung des Personalbedarfs im Betrieb genutzt wird (Bundesarbeitsgericht 18. Januar 2017 -7 ABR 60/15- Rn. 34; 7. Mai 2008 -7 ABR 17/07- Rn. 17).

22

Insbesondere in größeren Betrieben und in Betrieben, die regelmäßig mit Aushilfskräften arbeiten, ist eine genaue Bestimmung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl kaum möglich, weil sie nicht durch einfaches Abzählen der zufälligen Beschäftigtenzahl am Tag des Erlasses des Wahlausschreibens ermittelt werden kann, sondern es vielmehr eines Rückblicks auf die bisherige personelle Stärke des Betriebs und einer Einschätzung der zukünftigen Entwicklung bedarf. Deshalb muss dem Wahlvorstand gerade in den Grenzfällen des § 9 BetrVG auch ein gewisser Beurteilungsspielraum im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens eingeräumt werden. Es lässt sich z.B. kaum mit völliger Sicherheit sagen, ob der regelmäßige Beschäftigtenstand eines Betriebs 1000 oder 1001 Arbeitnehmer beträgt (Bundesarbeitsgericht 17. Oktober 1976 -1 ABR 1/76- Rn. 30).

23

Danach lag hier - bezogen auf den Zeitpunkt des Erlasses des Wahlausschreibens - die Zahl der regelmäßigen Wahlberechtigten unter 401 Arbeitnehmern. Dies ergibt sich zunächst aus der vom Wahlvorstand selbst erstellten Wählerliste, die 380 wahlberechtigte Arbeitnehmer aufweist. Dazu kommen 2 Leiharbeiter. Dies wird gestützt durch die vom Arbeitgeber in der Beschwerdebegründung auf Seiten 11, 12 (Bl. 182, 183 der Akte) monatlich aufgelisteten Zahlen der wahlberechtigten Arbeitnehmer im Zeitraum März 2016 bis März 2018, die allein im Monat März 2016 über 401 (nämlich 402) und in sämtlichen folgenden Monaten unter 401 lag. Es liegt sogar eine insgesamt sinkende Tendenz vor. Zum gegenwärtigen Stand sind im Betrieb A/B nur 356 Arbeitnehmer beschäftigt (Schriftsatz des Arbeitgebers vom 18. Oktober 2019, Seite 8, Bl. 383 der Akten).

24

Hierbei kann dahinstehen, ob es durch Altersteilzeit sowie den Interessenausgleich vom 31. März 2017 zu einem weiteren Rückgang der Beschäftigtenzahl kommt.

25

Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts durfte der Wahlvorstand aufgrund der ausgeschriebenen 87 Stellen nicht davon ausgehen, dass es auch am Standort B/A zu einem Personalzuwachs kommt.

26

Zwar hat der Wahlvorstand (wie ausgeführt) einen Beurteilungsspielraum. Soweit die künftige, zu erwartende Entwicklung des Beschäftigtenstands zu berücksichtigen ist, ist diese aufgrund konkreter Unternehmerentscheidungen einzubeziehen (Bundesarbeitsgericht 18. Januar 2017 -7 ABR 60/15- Rn. 34; Richardi-Thüsing, BetrVG, 16. Aufl., § 9 Rn. 11: „Konkrete Veränderungsentscheidungen“; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 29. Auflage, § 9 Rn. 12: „Künftige, aufgrund konkreter Entscheidungen des Arbeitgebers zu erwartende Entwicklung des Beschäftigtenstandes des Betriebs“). Dabei sind neu ausgeschriebene Arbeitsplätze, die noch nicht besetzt sind, zu berücksichtigen (Richardi-Thüsing, BetrVG, 16. Aufl., § 9 Rn. 12a). Da § 9 Abs. 1 BetrVG auf die beschäftigten wahlberechtigten Arbeitnehmer abstellt, kann insoweit auch nur auf Stellenausschreibungen für den Betrieb des Arbeitgebers, für den die betreffende Betriebsratswahl durchgeführt wird, abgestellt werden. Ausschreibungen, die für andere Konzernunternehmen oder andere Betriebe desselben Arbeitgebers erfolgen, sind für die betreffende Betriebsratswahl ohne Bedeutung.

27

Für den Betrieb A/B waren seitens des Arbeitgebers keine Stellen ausgeschrieben. Dies behauptet der Betriebsrat selbst nicht. Es war vielmehr so, dass für 2 Unternehmen der Unternehmensgruppe des Arbeitgebers insgesamt 87 Stellen ausgeschrieben wurden, wovon 43 auch nach Auffassung des Wahlvorstands auf ein anderes Unternehmen entfielen (C). Es verblieben 44 offene Stellen für das Unternehmen des Arbeitgebers, der jedoch in E 2 Betriebe (F und B) unterhält. Dem Betrieb B/A konkret zuordenbare Stellen sind jedoch auch nach dem Vortrag des Betriebsrats in dem Tool nicht enthalten. Der Wahlvorstand hat vielmehr ohne Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte eine hälftige Verteilung der 44 Stellen auf die beiden Standorte vorgenommen. Soweit das Arbeitsgericht meint, es verstoße nicht offensichtlich gegen die Denkgesetze von Logik und Erfahrung, dass ein gewisser Anteil der ausgeschriebenen Stellen auf den Standort B entfalle, trifft dies nicht zu. Mangels tatsächlicher Anhaltspunkte bewegt sich diese Annahme im Bereich der Spekulation. Vielmehr kommt es nach Rechtsprechung und Literatur auf die künftige, aufgrund konkreter Unternehmerentscheidungen zu erwartende

Entwicklung des Beschäftigtenstands an. Eine Konkretisierung der Unternehmerentscheidung auf den Betrieb B/A hinsichtlich künftiger Neueinstellungen lässt sich dem Tool „Taleo“ gerade nicht entnehmen. Damit liegt auch keine konkrete Unternehmerentscheidung hinsichtlich eines „gewissen Anteils“ (so aber die Begründung des Arbeitsgerichts) neuer Stellen im Betrieb B/A vor.

28

Soweit ursprünglich die Schaffung 10 neuer Stellen im Betrieb A/B seitens des Arbeitgebers ins Auge gefasst worden sein mag, wurden diese bislang nicht besetzt noch ist dies aufgrund der Arbeitsmarktsituation absehbar (Antragsschrift Seite 3, 6, Bl. 3, 6 der Akte). Im Übrigen wäre auch dann der Schwellenwert von 401 regelmäßig beschäftigten wahlberechtigten Arbeitnehmern nicht überschritten.

29

Durch den Verstoß gegen § 9 BetrVG wurde das Wahlergebnis beeinflusst, da ein aus 11 Mitgliedern bestehender Betriebsrat gewählt wurde, obwohl nur ein aus 9 Mitgliedern bestehender Betriebsrat hätte gewählt werden dürfen. Eine Korrektur des Wahlergebnisses ist nicht möglich. Der Verstoß gegen § 9 BetrVG führt zur Unwirksamkeit der Wahl (vgl. Bundesarbeitsgericht 7. Mai 2008 -7 ABR 17/07- Rn. 23).

III.

30

Gründe, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, liegen nicht vor, § 92 Abs. 1, § 72 ArbGG.