

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 23/12  
3 TaBV 7/11  
Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
23. Juli 2014

## **BESCHLUSS**

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragsteller,

2.

Antragsteller,

3.

Antragsteller,

4.

Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

5.

Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

6.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 23. Juli 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Zwanziger und Prof. Dr. Kiel sowie die ehrenamtlichen Richter Busch und Kley für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 4. und 5. wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 12. Januar 2012 - 3 TaBV 7/11 - aufgehoben.

Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 4. und 5. wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 11. Mai 2011 - 22 BV 411/10 - abgeändert:

Der Antrag der Beteiligten zu 1. bis 3. wird abgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Gründe**

- A. Die Beteiligten streiten in der Rechtsbeschwerde über die Wirksamkeit der Wahl der stellvertretenden Mitglieder der Schwerbehindertenvertretung. 1
- Antragsteller zu 1. bis 3. sind in der Zentrale der Arbeitgeberin in S beschäftigte, als schwerbehinderte Menschen anerkannte Arbeitnehmer. Der Be- 2

teiligte zu 3. befindet sich seit dem 1. Oktober 2011 in der Freistellungsphase seiner Altersteilzeit.

Am 11. Oktober 2010 erließ der Wahlvorstand ein Wahlausschreiben für die Wahl der Vertrauensperson und der stellvertretenden Mitglieder, das auszugsweise folgenden Wortlaut hat:

3

„...“

4. Zu wählen ist die Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen sowie drei stellvertretende Mitglieder. Die Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen und die drei stellvertretenden Mitglieder werden in getrennten Wahlgängen gewählt.

5. Die wahlberechtigten Schwerbehinderten und die gleichgestellten behinderten Menschen werden aufgefordert, innerhalb von zwei Wochen nach Erlass dieses Wahlausschreibens, **spätestens bis zum 25. Oktober 2010, 18:30 Uhr**, getrennte Wahlvorschläge für die Schwerbehindertenvertretung und die stellvertretenden Mitglieder schriftlich beim Wahlvorstand einzureichen. Nach diesem Termin eingehende Wahlvorschläge können nicht berücksichtigt werden.

Zur Wahl stehen nur die Bewerberinnen und Bewerber, die in einem gültigen Wahlvorschlag vorgeschlagen worden sind.

Aus den Wahlvorschlägen muss sich eindeutig ergeben, wer als Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen und wer als stellvertretendes Mitglied vorgeschlagen wird; für beide Ämter kann dieselbe Person vorgeschlagen werden. Jede Bewerberin/jeder Bewerber kann nur in einem Wahlvorschlag benannt werden, es sei denn, dass sie/er in einem als Vertrauensperson für schwerbehinderte Menschen und im anderen als stellvertretendes Mitglied vorgeschlagen wird. Jede/jeder Wahlberechtigte kann nur einen Wahlvorschlag für die Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen und einen Wahlvorschlag für die stellvertretenden Mitglieder unterzeichnen. ... Dem Wahlvorschlag ist die schriftliche Zustimmung der Bewerberin/des Bewerbers beizufügen.

6. ...“

Am 13. Oktober 2010 reichte der Beteiligte zu 3. einen Wahlvorschlag für die Wahl der stellvertretenden Mitglieder der Schwerbehindertenvertretung

4

ein, in dem neben ihm selbst die Arbeitnehmer J und K zur Wahl vorgeschlagen wurden. Dem Wahlvorschlag waren unter anderem schriftliche Zustimmungserklärungen der Wahlbewerber beigelegt. Herr K hatte seine Zustimmung zur Kandidatur jedoch bereits vor Einreichung des Wahlvorschlags am 12. Oktober 2010 gegenüber dem Wahlvorstand per E-Mail zurückgezogen und dem Beteiligten zu 3. eine Kopie zugeleitet. Mit Schreiben vom 2. November 2010 teilte der Wahlvorstand dem Beteiligten zu 3. mit, dass er den Rücktritt von Herrn K akzeptiere; dessen Kandidatur werde nicht bekannt gemacht und erscheine nicht auf den Stimmzetteln. Die weiteren Kandidaturen blieben gültig.

Die Wahl fand am 22. November 2010 statt. Der Wahlvorstand gab das Wahlergebnis am 30. November 2010 bekannt. Danach wurde Frau K als Vertrauensperson, Frau B als erste Stellvertreterin, Frau L als zweite Stellvertreterin und der Beteiligte zu 3. als dritter Stellvertreter der Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen gewählt. 5

Am 13. Dezember 2010 haben die Beteiligten zu 1. bis 3. beim Arbeitsgericht beantragt, die Wahl „der Schwerbehindertenvertretung“ vom 25. November 2010 für unwirksam zu erklären. Sie haben in der Antragschrift die Schwerbehindertenvertretung als Beteiligte zu 4. und die Arbeitgeberin als Beteiligte zu 5. bezeichnet. In der Begründung heißt es, der Antrag richte sich gegen die Schwerbehindertenvertretung 2010 sowie gegen das Unternehmen. 6

Die Beteiligten zu 1. bis 3. haben die Wahl der Schwerbehindertenvertretung ursprünglich aus mehreren Gründen angefochten. Sie haben einen angeblichen Verstoß des Wahlvorstandes gegen § 3 Abs. 2 SchwbVVO gerügt, der die Reichweite des Einsichtsrechts der Arbeitnehmer in die Wählerliste verkannt habe. Daneben wurde der Anfechtungsantrag auf eine Verletzung des § 6 Abs. 2 SchwbVVO gestützt, weil ein Wahlvorschlag wegen Nichterreichens der Mindestanzahl an Stützunterschriften zurückgewiesen wurde, ohne dass den Einreichern mitgeteilt worden sei, um welche Stützunterschriften es sich dabei gehandelt habe. Im Beschwerdeverfahren haben die Beteiligten zu 1. bis 3. den Antrag, soweit sich dieser auf die Wirksamkeit der Wahl der Vertrauensperson bezogen hat, mit Zustimmung der Beteiligten zu 4. und 5. „zurückgenommen“. 7

Sie haben stattdessen „nur noch“ die Wahl der stellvertretenden Mitglieder der Schwerbehindertenvertretung mit der Begründung angefochten, die Streichung des Kandidaten K vom Wahlvorschlag der Stellvertreter verstoße gegen wesentliche Wahlvorschriften. Da Herr K seine Zustimmung zur Kandidatur wirksam erteilt habe und der Wahlvorschlag mit der erforderlichen Anzahl von Stützunterschriften eingereicht worden sei, habe er vom Wahlvorstand auf die Liste der Wahlvorschläge gesetzt werden müssen. Ein Rücktritt von der Kandidatur nach schriftlich erteilter Zustimmung sei rechtlich nicht möglich. Außerdem sei der Wahlvorstand nach der Wahlordnung nicht berechtigt gewesen, nur einen Kandidaten von der Liste zu streichen und die übrigen Kandidaten zuzulassen. Entweder habe der Wahlvorschlag insgesamt zugelassen oder insgesamt gestrichen werden müssen. Eine Beeinflussung des Wahlergebnisses habe in beiden Fällen nicht ausgeschlossen werden können.

Die Beteiligten zu 1. bis 3. haben beantragt,

8

die Wahl der Schwerbehindertenvertretung bei der D AG, Zentrale S, vom 22. November 2010 für unwirksam zu erklären.

Schwerbehindertenvertretung und Arbeitgeberin haben die Auffassung vertreten, das Rechtsschutzbedürfnis für den Anfechtungsantrag sei nachträglich entfallen, nachdem der Beteiligte zu 3. am 1. Oktober 2011 in die Freistellungsphase der Altersteilzeit eingetreten und damit nicht mehr im Betrieb beschäftigt sei. Damit werde der Anfechtungsantrag nicht mehr von den erforderlichen drei Wahlberechtigten getragen. Die Anfechtung sei jedenfalls unbegründet. Herr K sei analog § 6 Abs. 3 Satz 3 SchwbVVO von der Liste der Wahlvorschläge zu streichen gewesen, da dieser seine Kandidatur bereits zurückgezogen habe, bevor der Wahlvorschlag beim Wahlvorstand eingereicht worden sei. Aber selbst wenn der Widerruf der Zustimmung durch den Arbeitnehmer K unwirksam und der Wahlvorstand nicht befugt gewesen wäre, den Vorschlag K zu streichen, habe das Wahlergebnis für die gewählten Stellvertreter jedenfalls nicht schlechter ausfallen können. Eine Wahl aller Personen einschließlich des

9

Arbeitnehmers K hätte sich andererseits nicht ausgewirkt, weil Herr K auf das Amt verzichtet hätte.

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerden der Schwerbehindertenvertretung und der Arbeitgeberin zurückgewiesen. Mit den vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerden verfolgen die Schwerbehindertenvertretung und die Arbeitgeberin ihre Abweisungsanträge weiter. Neben Sachrügen zur Anwendung des Wahlrechts machen sie als absoluten Revisionsgrund eine nicht vorschriftsmäßige Besetzung des Landesarbeitsgerichts (§ 547 Nr. 1 ZPO) geltend. Der Vorsitz der 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg war nach dem im Internet veröffentlichten Geschäftsverteilungsplan 2012 der Richterin am Arbeitsgericht W übertragen. Auf die im Rechtsbeschwerdeverfahren erfolgte Anfrage des Verfahrensbevollmächtigten der Schwerbehindertenvertretung teilte der Präsident des Landesarbeitsgerichts mit E-Mail vom 5. Juni 2012 mit, die Richterin am Arbeitsgericht W sei zum Zwecke der Erprobung für die Dauer von neun Monaten abgeordnet worden. Ebenfalls im Rechtsbeschwerdeverfahren wurden durch Beschluss vom 23. Januar 2014 die weiteren gewählten Stellvertreter B und L als Beteiligte zu 6. und 7. gehört. Die Beteiligte zu 6. hat in der Anhörung vor dem Senat erklärt, sie sei ebenfalls Rechtsbeschwerdeführerin und hat sich dem Rechtsbeschwerdeantrag der Beteiligten zu 4. und 5. angeschlossen. Die Antragsteller beantragen die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde. Die Beteiligte zu 7. hat während des Rechtsbeschwerdeverfahrens mit Schreiben vom 17. März 2014 mitgeteilt, sie lege ihr Amt mit Wirkung vom 1. April 2014 nieder, und ist zum Anhörungstermin trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht erschienen. Die übrigen Beteiligten haben das Verfahren daraufhin übereinstimmend hinsichtlich der Wahl der Beteiligten zu 7. für erledigt erklärt. Der Vorsitzende hat das Verfahren insoweit gemäß § 95 Satz 4, § 83a Abs. 2 ArbGG eingestellt.

10

B. Die im Rechtsbeschwerdeverfahren erstmals in ihrer Funktion als stellvertretendes Mitglied der Schwerbehindertenvertretung Beteiligte zu 6. hat entgegen ihrer eigenen, in der Anhörung vor dem Senat geäußerten Auffassung

11

keine Rechtsbeschwerde eingelegt. Die zulässige Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 4. und 5. ist begründet. Zwar liegt der absolute Rechtsbeschwerdegrund der nicht vorschriftsmäßigen Besetzung des Landesarbeitsgerichts nicht vor. Die Rechtsbeschwerden haben jedoch Erfolg, weil die Antragsteller entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts fristgemäß nur die Wahl der Vertrauensperson und nicht auch die Wahl der stellvertretenden Mitglieder der Schwerbehindertenvertretung angefochten haben. Bei der Wahl der Stellvertreter handelt es sich um eine gegenüber der Wahl der Vertrauensperson eigenständige Wahl. Nach Ablauf der Anfechtungsfrist des § 19 Abs. 2 BetrVG konnten die Beteiligten zu 1. bis 3. ihren Antrag deshalb nicht mehr zulässig auf die Anfechtung der Stellvertreterwahl umstellen.

I. Am Verfahren sind neben den Antragstellern, der Vertrauensperson und der Arbeitgeberin alle gewählten Stellvertreter beteiligt, die ihr Amt im Zeitpunkt der Entscheidung des Senats noch innehaben. 12

1. § 83 Abs. 3 ArbGG regelt nicht selbst, wer Beteiligter des jeweiligen Verfahrens ist. Die Vorschrift ordnet lediglich an, dass die genannten Personen und Stellen zu hören sind. Maßgeblich ist, welche Personen oder Stellen durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen, personalvertretungsrechtlichen oder mitbestimmungsrechtlichen Rechtsstellung unmittelbar betroffen werden (*vgl. BAG 13. Juni 2007 - 7 ABR 62/06 - Rn. 9; 9. Juli 2013 - 1 ABR 17/12 - Rn. 11*). Die Beteiligtenbefugnis ist vom Gericht in jeder Lage des Verfahrens - auch noch in der Rechtsbeschwerdeinstanz - von Amts wegen zu prüfen und zu berücksichtigen. Die zu Unrecht unterbliebene Beteiligung eines Verfahrensbeteiligten kann auch noch in der Rechtsbeschwerdeinstanz dadurch behoben werden, dass die betreffende Person künftig am Verfahren beteiligt wird. Die rechtsfehlerhafte Nichtbeteiligung von Beteiligten ist als Verfahrensfehler ohne eine darauf gerichtete Rüge für die Überprüfung des angefochtenen Beschlusses nicht von Bedeutung (*BAG 20. April 2005 - 7 ABR 44/04 - zu B I 1 der Gründe mwN, BAGE 114, 228*). 13

2. Danach sind neben den Antragstellern, der Vertrauensperson und der Arbeitgeberin die am 22. November 2010 gewählten stellvertretenden Mitglieder der Schwerbehindertenvertretung an dem Verfahren beteiligt. 14
- a) Die Beteiligung aller Stellvertreter ergibt sich daraus, dass nach § 94 Abs. 1 Satz 1 SGB IX in Betrieben, in denen wenigstens fünf schwerbehinderte Menschen nicht nur vorübergehend beschäftigt sind, eine Vertrauensperson und wenigstens ein stellvertretendes Mitglied gewählt werden und die Wahl des stellvertretenden Mitglieds der Schwerbehindertenvertretung unabhängig von der Wahl der Vertrauensperson angefochten werden kann. Nach § 94 Abs. 6 Satz 2 SGB IX finden die Vorschriften über die Wahlanfechtung des Betriebsrats nach § 19 BetrVG sinngemäß Anwendung. 15
- aa) Das Wahlanfechtungsrecht sieht zwar eine teilweise Anfechtung der Wahl in der Regel nicht vor. Insbesondere lässt sich die Wahl einzelner Mitglieder oder von Ersatzmitgliedern nicht anfechten. § 19 BetrVG dient der Korrektur eines unter Verletzung von Wahlvorschriften zustande gekommenen Wahlergebnisses. Es zielt darauf ab, die Unwirksamkeit einer Wahl festzustellen, um auf diese Weise eine erneute, den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Wahl zu ermöglichen. Wirkt sich der Wahlverstoß auf die Wahl sämtlicher Betriebsratsmitglieder aus, kann ein gesetzmäßiger Zustand nur durch eine Neuwahl aller Betriebsratsmitglieder erreicht werden. Ansonsten blieben die von der Wahlanfechtung ausgenommenen, aber gleichwohl verfahrensfehlerhaft gewählten Betriebsratsmitglieder im Amt oder würden an die Stelle der mit Feststellung der Unwirksamkeit ihrer Wahl aus dem Betriebsrat ausscheidenden Betriebsratsmitglieder treten (*ausführlich dazu BAG 29. Juli 2009 - 7 ABR 91/07 - Rn. 14*). 16
- bb) Die Wahl des stellvertretenden Mitglieds der Schwerbehindertenvertretung kann jedoch unabhängig von der Wahl der Vertrauensperson angefochten werden. Die in Bezug genommenen betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen sind nicht in strikter und ausschließlicher Befolgung ihres Wortlauts anzuwenden, sondern nach § 94 Abs. 6 Satz 1 und Satz 2 SGB IX unter Be- 17

rücksichtigung des mit ihnen verfolgten Zwecks. Unsachgemäße Gleichsetzungen sind zu vermeiden. Von der Sache her gebotene Differenzierungen dürfen nicht ausgeschlossen werden (*ausführlich dazu BAG 29. Juli 2009 - 7 ABR 91/07 - Rn. 16*). Aus der gesetzlichen Aufgabenverteilung zwischen der Vertrauensperson und ihrem stellvertretenden Mitglied sowie der von der Betriebsratswahl abweichenden Ausgestaltung des Wahlverfahrens der Schwerbehindertenvertretung nach § 94 Abs. 1 Satz 1 SGB IX folgt, dass es sich nicht um eine einheitliche, sondern um zwei getrennt durchgeführte Wahlen handelt (*vgl. BAG 29. Juli 2009 - 7 ABR 91/07 - Rn. 17 ff.*). Das Wahlrecht wird getrennt für die Wahl der Schwerbehindertenvertretung und des stellvertretenden Mitglieds ausgeübt. Sie werden nicht in einem, sondern in zwei getrennten Wahlgängen gewählt (§ 9 Abs. 2 Satz 2, § 5 Abs. 1 Nr. 7 SchwbVWO). Es sind unterschiedliche Vorschlagslisten für die beiden Wahlen einzureichen (§ 6 Abs. 1, § 5 Abs. 1 Nr. 8 SchwbVWO), wobei die Wahlbewerber sowohl für die Wahl der Schwerbehindertenvertretung als auch für die Wahl des Stellvertreters vorgeschlagen werden können (§ 6 Abs. 1 Satz 4, Abs. 3 Satz 1 SchwbVWO). Schließlich kann eine gesonderte Nachwahl des stellvertretenden Mitglieds unter den in §§ 17, 21 SchwbVWO bestimmten Voraussetzungen erfolgen. Dies hat zur Folge, dass grundsätzlich alle gewählten Stellvertreter an dem Anfechtungsverfahren zu beteiligen sind (*ausführlich dazu BAG 29. Juli 2009 - 7 ABR 91/07 - Rn. 20*).

b) Neben dem Beteiligten zu 3., einem der Antragsteller des Verfahrens, 18  
waren danach im Verfahren auch die erste Stellvertreterin Frau B als Beteiligte  
zu 6. sowie - bis zur teilweisen Einstellung des Verfahrens - die weitere Stellver-  
treterin Frau L als Beteiligte zu 7. zu hören.

3. Werden die stellvertretenden Mitglieder der Schwerbehindertenvertre- 19  
tung erstmals im Rechtsbeschwerdeverfahren am Verfahren beteiligt, liegt darin  
ein Rechtsfehler, der auf entsprechende Rüge grundsätzlich zur Aufhebung des  
angefochtenen Beschlusses und Zurückverweisung der Sache an das Landes-  
arbeitsgerichts führt, weil alle Stellvertreter vor einer Sachentscheidung über  
den Wahlanfechtungsantrag anzuhören sind und sie Gelegenheit zu tatsächli-

chem Vorbringen erhalten müssen (vgl. BAG 29. Juli 2009 - 7 ABR 91/07 - Rn. 22). Dieser Verfahrensfehler wurde vorliegend im Rechtsbeschwerdeverfahren von der Beteiligten zu 6. auch gerügt. Dennoch war vorliegend eine Zurückverweisung entsprechend § 563 Abs. 3 ZPO ausnahmsweise entbehrlich. Die Rechte der Beteiligten zu 6. werden dadurch nicht verkürzt. Die Beteiligte zu 6. hat, wie bereits zuvor schriftsätzlich angekündigt, die Abweisung des Antrags der Antragsteller begehrt und dies in der mündlichen Anhörung näher begründet. Die Antragsteller hatten Gelegenheit, hierauf zu erwidern. Der Senat hat dem Begehrt der Beteiligten zu 6. in der Sache entsprochen. Durch eine Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht konnte sich die Rechtsposition der Beteiligten zu 6. nicht verbessern. Weiterer Tatsachenvortrag, der zur Zurückverweisung hätte Anlass geben können, wurde von den Beteiligten nicht gehalten. Die Sache war daher zur Endentscheidung reif.

II. Die statthafte Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 4. und 5. ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Abweisung des Anfechtungsantrags. 20

1. Die Rechtsbeschwerde ist nicht bereits aufgrund der Rüge begründet, das Landesarbeitsgericht sei durch die Richterin am Arbeitsgericht W nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen. Ein absoluter Rechtsbeschwerdegrund nach § 93 Abs. 1 Satz 1 ArbGG iVm. § 547 Nr. 1 ZPO liegt nicht vor. 21

a) Das Bundesarbeitsgericht hat ausschließlich auf eine zulässige, insbesondere hinreichend begründete Rüge nach § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO hin zu prüfen, ob ein absoluter Revisionsgrund iSv. § 547 Nr. 1 bis Nr. 6 ZPO vorliegt (GMP/Müller-Glöge 8. Aufl. § 73 Rn. 40 mwN). Wird ein absoluter Revisionsgrund nach § 547 Nr. 1 bis Nr. 5 ZPO geltend gemacht, hat die Revision die Tatsachen, aus denen sich der Verfahrensfehler des Berufungsgerichts ergeben soll, substantiiert vorzutragen. Die bloße Benennung des Zulassungsgrundes genügt nicht (BAG 5. Dezember 2011 - 5 AZN 1036/11 - Rn. 7; 25. Januar 2012 - 4 AZR 185/10 - Rn. 10). 22

Der absolute Revisionsgrund der nicht vorschriftsmäßigen Besetzung des Berufungsgerichts gemäß § 547 Nr. 1 ZPO liegt vor, wenn über die Rechtsstreitigkeit andere Richter entscheiden als die gesetzlich dazu berufenen. Die darauf gestützte Rechtsbeschwerde muss daher aufzeigen, aus welchen konkreten Gründen der herangezogene Richter nicht zur Entscheidung berufen war. Nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Auch Maßnahmen und Entscheidungen eines Gerichts können gegen dieses Gebot verstoßen. Ziel der Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist es, der Gefahr einer möglichen Einflussnahme auf den Inhalt einer gerichtlichen Entscheidung vorzubeugen, die durch eine auf den Einzelfall bezogene Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter eröffnet sein könnte. Damit sollen die Unabhängigkeit der Rechtsprechung gewahrt und das Vertrauen der Rechtssuchenden und der Öffentlichkeit in die Unparteilichkeit und Sachlichkeit der Gerichte gesichert werden (*vgl. nur BVerfG 24. Februar 2009 - 1 BvR 182/09 - Rn. 7, BVerfGK 15, 111*).

b) Hier hat die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg gerügt, die Richterin am Arbeitsgericht W, unter deren Vorsitz die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts am 12. Januar 2012 den angefochtenen Beschluss gefasst hat, habe an der Entscheidung nicht mitwirken dürfen, weil sie nicht iSd. § 35 Abs. 1 Satz 1, § 36 ArbGG auf Lebenszeit zur Vorsitzenden Richterin am Landesarbeitsgericht ernannt gewesen sei.

aa) Für die Landesarbeitsgerichte schreibt § 35 Abs. 1 ArbGG vor, dass es aus dem Präsidenten und ua. „der erforderlichen Zahl von weiteren Vorsitzenden“ besteht. Darunter ist die Schaffung von Planstellen durch die jeweiligen Landesjustizbehörden zu verstehen. § 35 Abs. 1 ArbGG geht davon aus, dass Richter, die die Funktion eines Kammervorsitzenden am Landesarbeitsgericht ausüben, an diesem Gericht planmäßig angestellt und als „Vorsitzende Richter am Landesarbeitsgericht“ ernannt sind. Nur solchen garantiert Art. 97 Abs. 2 GG die persönliche Unabhängigkeit durch Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit (*BGH 13. Juli 1995 - V ZB 6/94 - BGHZ 130, 304, 308*).

Die Heranziehung von nicht planmäßig angestellten Richtern (Richtern auf Probe, abgeordneten Richtern) darf nur in den Grenzen erfolgen, die sich nach verständigem Ermessen aus der Notwendigkeit, Nachwuchs heranzubilden, oder aus anderen zwingenden Gründen ergeben (*so schon BVerfG 9. November 1955 - 1 BvL 13/52 ua. - BVerfGE 4, 331, 345*). Eine Abordnung muss dabei die Ausnahme sein und darf nicht zur Regel werden. Eine vorübergehende Abordnung eines Richters am Arbeitsgericht an ein Landesarbeitsgericht kann zulässigerweise mit einer nicht vorhersehbaren Überlastung des Landesarbeitsgerichts oder mit dem Zweck seiner Erprobung begründet werden, um bei der Bewerbung um ein Richteramt mit höherem Endgrundgehalt berücksichtigt werden zu können. Auch für den zur Erprobung abgeordneten Richter besteht die zu den sachlichen Voraussetzungen der Unabhängigkeit gehörende Weisungsfreiheit uneingeschränkt (*ausführlich BGH Dienstgericht des Bundes 16. März 2005 - RiZ (R) 2/04 - BGHZ 162, 333*).

26

Eine Abordnung darf von der Justizverwaltung nicht dazu genutzt werden, Einsparungen vorzunehmen. Deshalb führen auch Erprobung, Krankheitsvertretung und Entlastungsabordnung zu einer verfassungswidrigen Gerichtsbesetzung, wenn die Arbeitslast des Gerichts deshalb nicht bewältigt werden kann, weil es unzureichend mit Planstellen ausgestattet ist oder weil die Justizverwaltung es verabsäumt hat, offene Planstellen binnen angemessener Frist zu besetzen. Dementsprechend muss sich die Abordnung in zeitlichen und sachlichen Grenzen halten. Die sich aus § 27 BBG und § 17 BRRG aF ergebende Wertung einer Abordnung von zwei Jahren und mehr als noch „vorübergehend“ ist auf eine Richterabordnung nicht ohne weiteres übertragbar. Hier sind verfassungsrechtlich strengere Maßstäbe anzulegen. Eine feste Grenze gibt es jedoch nicht. Sie ist vielmehr im Einzelfall anhand der jeweils konkreten Gegebenheiten unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertungen zu bestimmen (*vgl. BAG 6. Juni 2007 - 4 AZR 411/06 - Rn. 34 mwN, BAGE 123, 46 ua. unter Hinweis auf BVerfG 3. Juli 1962 - 2 BvR 628/60 ua. - BVerfGE 14, 156, 164 f.*).

27

- bb) Danach war die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts im Zeitpunkt der Entscheidung am 12. Januar 2012 ordnungsgemäß besetzt. Aus der E-Mail des Präsidenten des Landesarbeitsgerichts vom 5. Juni 2012, deren Inhalt und Autor von der Rechtsbeschwerde nicht bestritten sind, ergibt sich, dass die Richterin am Arbeitsgericht W für einen Zeitraum von neun Monaten zum Zwecke der Erprobung abgeordnet wurde. Angesichts des Abordnungszeitraums von nicht einmal einem Jahr, der sich für eine Erprobung als angemessen erweist, sind sachfremde Erwägungen bei der Abordnungsentscheidung der Landesjustizverwaltung nicht erkennbar. Der Vortrag der Rechtsbeschwerde, dass die Nichtbesetzung der Stellen auf anderen - möglicherweise fiskalischen - Erwägungen beruhte, erschöpft sich in der Vermutung, die Richterin am Arbeitsgerichts W sei möglicherweise bereits vormals beim Landesarbeitsgericht erprobt worden. Hierzu hat die Rechtsbeschwerde aber nicht einmal dargetan, den Präsidenten des Landesarbeitsgerichts um entsprechende Auskunft ersucht zu haben. 28
2. Die Rechtsbeschwerde ist begründet, weil die Wahl der stellvertretenden Mitglieder der Schwerbehindertenvertretung nicht fristgerecht angefochten wurde. 29
- a) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist die angefochtene Entscheidung nicht schon deshalb aufzuheben, weil das Rechtsschutzbedürfnis für den Wahlanfechtungsantrag im Laufe des Verfahrens entfallen wäre. 30
- aa) Die Wahlberechtigung des die Wahl anfechtenden Arbeitnehmers muss grundsätzlich nur zum Zeitpunkt der Wahl gegeben sein (*ständige Rechtsprechung seit BAG 4. Dezember 1986 - 6 ABR 48/85 - zu II 4 b der Gründe, BAGE 53, 385*). Ein Wegfall der Wahlberechtigung durch Ausscheiden aus dem Betrieb nimmt dem Arbeitnehmer die Anfechtungsbefugnis nicht. Nur wenn sämtliche die Wahl anfechtenden Arbeitnehmer aus dem Betrieb ausscheiden, führt dies zur Unzulässigkeit des Antrags, da für die Fortführung des Wahlanfechtungsverfahrens in diesem Fall kein Rechtsschutzbedürfnis mehr besteht (*BAG 16. November 2005 - 7 ABR 9/05 - Rn. 16 mwN, BAGE 116, 205; DKKW-*

*Homburg 14. Aufl. § 19 Rn. 25; Fitting 27. Aufl. § 19 Rn. 29; HWGNRH-Nicolai 9. Aufl. § 19 Rn. 22; Thüsing in Richardi BetrVG 14. Aufl. § 19 Rn. 38).*

(1) Die Rechtsbeschwerde vertritt den Standpunkt, für den Anfechtungsantrag bestehe schon dann kein Rechtsschutzbedürfnis mehr, wenn die vom Gesetz in § 94 Abs. 6 Satz 2 SGB IX iVm. § 19 Abs. 2 Satz 1 BetrVG vorausgesetzte Mindestzahl der Anfechtenden unterschritten werde. Sinn und Zweck dieses Quorums bestehe darin zu verhindern, dass nicht ein einzelner Arbeitnehmer - ein unterlegener Bewerber oder „Querulant“ - ein aufwendiges und schwieriges Verfahren in Gang setzen und betreiben könne. Die Anfechtung müsse bis zum Ende der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz von mindestens drei Anfechtenden getragen sein. Es widerspreche Sinn und Zweck des aus individueller Rechtsposition betriebenen Anfechtungsverfahrens, wenn derjenige, dessen Betriebszugehörigkeit entfalle, jenes weiterführen könne, obwohl er durch die Entscheidung nicht mehr betroffen sei (*vgl. Kreuz GK-BetrVG 10. Aufl. § 19 Rn. 66, 69 und Rn. 58 mwN, der die Anfechtungsberechtigung nicht als Voraussetzung der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit ansieht*).

32

(2) Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest. Dem Gesetzeszweck wird durch das bei Stellung eines Anfechtungsantrags erforderliche Quorum von drei Wahlberechtigten ausreichend Rechnung getragen. Dementsprechend hat auch das Bundesverwaltungsgericht (*BVerwG 27. April 1983 - 6 P 17.81 - BVerwGE 67, 145*) den objektiven Charakter von Wahlanfechtungsverfahren hervorgehoben. Entgegen der Rechtsbeschwerde ist es gerade nicht die individuelle Rechtsposition, die das Anfechtungsrecht entscheidend kennzeichnet. Das gilt insbesondere für das Wahlanfechtungsverfahren, das nicht dem Einzelinteresse, sondern dem Allgemeininteresse dient. Das Anfechtungsrecht der Gewerkschaften zeigt, dass das Rechtsschutzinteresse nicht eine persönliche Beschwer voraussetzt. Im Vordergrund steht vielmehr das Allgemeininteresse an der Ordnungsmäßigkeit der Wahl (*vgl. für den Personalrat BVerwG 27. April*

33

1983 - 6 P 17.81 - aaO). Diese Erwägungen gelten auch für die Wahlen der Schwerbehindertenvertretung und deren Stellvertreter.

bb) Der Ausnahmefall, dass alle Anfechtenden im Verlaufe des Verfahrens aus dem Betrieb ausgeschieden sind und der Anfechtungsantrag deshalb mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig geworden ist, liegt hier nicht vor. Nach der Anfechtung der Wahl ist lediglich die Wahlberechtigung des Antragstellers zu 3. mit dessen Eintritt in die Freistellungsphase am 1. Oktober 2011 entfallen, während die Antragsteller zu 1. und 2. nach wie vor dem Betrieb angehören. Das Rechtsschutzinteresse an der Feststellung der Unwirksamkeit der Wahl besteht damit für alle Antragsteller fort. 34

b) Die Rechtsbeschwerde hat jedoch Erfolg, weil die am 22. November 2010 durchgeführte Wahl der Stellvertreter der Schwerbehindertenvertretung nicht innerhalb der entsprechend anzuwendenden zweiwöchigen Anfechtungsfrist des § 94 Abs. 6 Satz 2 SGB IX iVm. § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG angefochten wurde und die Wahl auch nicht nichtig ist. 35

aa) Die Stellvertreterwahl ist nicht wirksam angefochten worden. 36

(1) § 94 Abs. 6 Satz 2 SGB IX erklärt die Vorschriften über die Wahlanfechtung bei der Wahl des Betriebsrats für die Wahl der Vertrauensperson und des stellvertretenden Mitglieds für sinngemäß anwendbar. Für die Betriebsratswahl bestimmt § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG, dass die Anfechtung nur binnen einer Frist von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses zulässig ist. Mit dem Ablauf der Anfechtungsfrist erlischt das Anfechtungsrecht des einzelnen Anfechtungsberechtigten. Die in § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG bestimmte Frist für die Anfechtung der Wahl dient der Rechtssicherheit. Dadurch soll gewährleistet werden, dass möglichst rasch nach Abschluss der Wahl Klarheit darüber geschaffen wird, ob die Wahl angefochten wird oder nicht (*BAG 20. April 2005 - 7 ABR 44/04 - zu B III 2 a der Gründe, BAGE 114, 228*). Bei den getrennt anzufechtenden Wahlen der Vertrauensperson und der stellvertretenden Mitglieder der Schwerbehindertenvertretung muss den Beteiligten durch den 37

fristgemäßen Anfechtungsantrag unzweifelhaft die Feststellung möglich sein, ob ihre Wahl angefochten werden soll.

(2) Die Wahl der stellvertretenden Mitglieder der Schwerbehindertenvertretung wurde hier nicht rechtzeitig innerhalb der nach § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG einzuhaltenden Frist von zwei Wochen nach der Bekanntgabe des am 30. November 2010 durch Aushang bekannt gemachten Wahlergebnisses angefochten. Die Antragsschrift zur Einleitung des vorliegenden Beschlussverfahrens ging zwar am 13. Dezember 2010 beim Arbeitsgericht ein. Der Antrag, die Wahl der Schwerbehindertenvertretung vom 25. November 2010 für unwirksam zu erklären, richtete sich aber ausschließlich gegen die Wahl der Vertrauensperson und nicht auch gegen die Wahl der Stellvertreter der Schwerbehindertenvertretung. Dies wird daran deutlich, dass im Rubrum der Antragsschrift ausdrücklich nur die „Schwerbehindertenvertretung“ bezeichnet ist. Dass hiermit die gewählte Vertrauensperson gemeint war und nicht - zumindest auch - die selbständig gewählten Stellvertreter, ergibt sich daraus, dass die als Beteiligte bezeichnete Schwerbehindertenvertretung durch die „Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen Frau K“ vertreten wird. Auf die Wahl der Stellvertreter bezieht sich demgegenüber weder der Anfechtungsantrag noch sind die Stellvertreter als Beteiligte im Rubrum der Antragsschrift bezeichnet. Deshalb lässt sich der auf „die Schwerbehindertenvertretung“ bezogene Antrag nicht dahin auslegen, dass neben der Wahl der Vertrauensperson auch die Stellvertreterwahl angefochten werden sollte.

38

Auch konnte es für die Antragsteller keinem Zweifel unterliegen, dass zwei getrennte Wahlen durchgeführt wurden, die ggf. getrennt anzufechten sind. Nach Punkt 4 Satz 2 des mit der Antragsschrift vorgelegten Wahlausschreibens werden „die Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen und die drei stellvertretenden Mitglieder in getrennten Wahlgängen gewählt“. Mit Punkt 5 des Wahlausschreibens wurden die wahlberechtigten Schwerbehinderten und die gleichgestellten behinderten Menschen nicht nur aufgefordert, innerhalb von zwei Wochen nach Erlass dieses Wahlausschreibens getrennte Wahlvorschläge für die Schwerbehindertenvertretung und die stellvertretenden

39

Mitglieder schriftlich beim Wahlvorstand einzureichen. Das Wahlausschreiben enthielt dort zusätzlich den Hinweis, dass sich aus den Wahlvorschlägen eindeutig ergeben müsse, wer als Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen und wer als stellvertretendes Mitglied vorgeschlagen werde. Aus Gründen der Rechtssicherheit, die besonders im Wahlanfechtungsrecht hervorgehobene Bedeutung beansprucht, ist die Anfechtung der Wahl der Stellvertreter unter diesen Umständen nicht allein dadurch hinreichend deutlich erfolgt, dass die Antragsteller ihre Anfechtung inhaltlich auch auf einen Grund gestützt haben, der nur die Wirksamkeit der Stellvertreterwahl betrifft.

bb) Die Wahl vom 22. November 2010 ist nichtichtig. 40

(1) Im Unterschied zur Wahlanfechtung kann die Nichtigkeit der Wahl auch außerhalb der in § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG bestimmten Anfechtungsfrist jederzeit von jedermann geltend gemacht werden, der daran ein berechtigtes Interesse hat. Ebenso wie die Betriebsratswahl ist die Wahl der stellvertretenden Mitglieder der Schwerbehindertenvertretung nur in ganz besonderen Ausnahmefällen nichtig, in denen gegen allgemeine Grundsätze jeder ordnungsgemäßen Wahl in so hohem Maße verstoßen worden ist, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl nicht mehr vorliegt. Voraussetzung ist, dass der Mangel offenkundig und deshalb ein Vertrauensschutz in die Gültigkeit der Wahl zu versagen ist. Die Betriebsratswahl muss „den Stempel der Nichtigkeit auf der Stirn tragen“ (*st. Rspr., vgl. BAG 20. April 2005 - 7 ABR 44/04 - zu B III 3 der Gründe, BAGE 114, 228; 21. September 2011 - 7 ABR 54/10 - Rn. 26 mwN, BAGE 139, 197*). 41

(2) Unter derart gravierenden Mängeln leidet die Stellvertreterwahl vom 22. November 2010 nicht deshalb, weil der Wahlvorstand den Kandidaten K vom Wahlvorschlag der Stellvertreter gestrichen hat, nachdem dieser seine Zustimmung zur Kandidatur vor der Veröffentlichung des Wahlvorschlags widerrufen hat. Selbst wenn ein Rücktritt von der Kandidatur nach schriftlich erteilter Zustimmung rechtlich nicht möglich oder es dem Wahlvorstand nicht gestattet sein sollte, in einer solchen Situation analog § 6 Abs. 3 Satz 3 SchwbVVO nur 42

einen Kandidaten von der Liste zu streichen und die übrigen Kandidaten zuzulassen, wäre die Wahl aufgrund eines solchen Fehlers nur anfechtbar. Sie wäre aber nicht nichtig.

Linsenmaier

Linsenmaier

Kiel

(für den durch Urlaubsabwesenheit an der Unterschrift gehinderten Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Zwanziger)

Busch

Kley