

Bundesarbeitsgericht
Siebter Senat

Beschluss vom 20. Februar 2019
- 7 ABR 40/17 -
ECLI:DE:BAG:2019:200219.B.7ABR40.17.0

I. Arbeitsgericht
Bremen-Bremerhaven
- Kammern Bremen -

Beschluss vom 17. Februar 2016
- 2 BV 210/15 -

II. Landesarbeitsgericht
Bremen

Beschluss vom 22. November 2016
- 1 TaBV 13/16 -

Entscheidungsstichworte:

Betriebsratswahl - Wahlvorstand - Bestellung durch Arbeitsgericht

BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 40/17

1 TaBV 13/16
Landesarbeitsgericht
Bremen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. Februar 2019

BESCHLUSS

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin,

2.

Antragsteller,

3.

Antragsteller,

4.

Antragstellerin,

5. ...

6.

Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

7.

Antragstellerin,

8.

Antragstellerin,

9.

Antragstellerin,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 20. Februar 2019 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, die Richter am Bundesarbeitsgericht Klose und Waskow sowie die ehrenamtlichen Richter Willms und Steininger für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 22. November 2016 - 1 TaBV 13/16 - aufgehoben.

Auf die Beschwerde der Arbeitgeberin wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Bremen-Bremerhaven vom 17. Februar 2016 - 2 BV 210/15 - teilweise abgeändert, soweit den Anträgen der Beteiligten zu 1., 2. und 4. stattgegeben wurde. Die Anträge der Beteiligten zu 1., 2. und 4. werden abgewiesen.

Soweit das Landesarbeitsgericht den Anträgen der Beteiligten zu 3., 7. und 8. stattgegeben hat, wird die Sache zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Die im Rechtsbeschwerdeverfahren von der Beteiligten zu 9. gestellten Anträge werden als unzulässig abgewiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

- A. Die Beteiligten streiten über die gerichtliche Bestellung eines Wahlvorstands zur Durchführung einer Betriebsratswahl. 1
- Die zu 6. beteiligte Arbeitgeberin betreibt ein Einzelhandelsunternehmen mit Filialen im gesamten Bundesgebiet. Bei ihr ist weder ein Gesamtbetriebsrat noch ein Konzernbetriebsrat gebildet. 2
- In ihrem Betrieb in der Fstraße in B besteht kein Betriebsrat. Mit Schreiben vom 28. August 2015 ließen die zu diesem Zeitpunkt in dem Betrieb beschäftigten Beteiligten zu 1., 3. und 4. der Arbeitgeberin durch die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft - ver.di mitteilen, es sei beabsichtigt, eine Betriebsratswahl in die Wege zu leiten; zu diesem Zwecke solle am 22. Oktober 2015 um 18:00 Uhr eine Wahlversammlung zur Wahl eines Wahlvorstands stattfinden. Die Einladung zu dieser Versammlung wurde am 14. Oktober 2015 im Aufenthaltsraum des Betriebs ausgehängt. Dieses Einladungsschreiben war für ver.di von der Gewerkschaftssekretärin S unterzeichnet worden. Unter dieser Einladung waren zudem die Namen der Beteiligten zu 1., 3. und 4. aufgeführt. Eine weitere Einladung wurde am 15. Oktober 2015 ausgehängt. 3
- Am 22. Oktober 2015 fand die angekündigte Wahlversammlung statt, an der 21 der zu diesem Zeitpunkt im Betrieb beschäftigten 23 Arbeitnehmer teilnahmen. Auf dieser Wahlversammlung standen acht Personen für einen aus drei Personen bestehenden Wahlvorstand zur Wahl. 17 Personen gaben ihre Stimme ab. Für den Kandidaten, der am meisten Stimmen auf sich vereinigen konnte, wurden zehn Stimmen abgegeben. Ein zweiter Wahlgang wurde nicht durchgeführt. 4
- Mit ihrer am 10. November 2015 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antragsschrift haben die zu 1. bis 4. beteiligten, zu diesem Zeitpunkt im Betrieb beschäftigten wahlberechtigten Arbeitnehmer die Bestellung eines aus drei Mit- 5

gliedern bestehenden Wahlvorstands und die Bestellung von zwei Ersatzmitgliedern beantragt.

Die Antragsteller haben geltend gemacht, es sei nach § 17a Nr. 4 iVm. § 17 Abs. 4 BetrVG ein Wahlvorstand für die Durchführung einer Betriebsratswahl gerichtlich zu bestellen, da ein solcher auf der Betriebsversammlung am 22. Oktober 2015 nicht gewählt worden sei.

Nachdem im Verlauf des Beschwerdeverfahrens die Beteiligten zu 1. und 4. aus dem Arbeitsverhältnis mit der Arbeitgeberin ausgeschieden und die zu 7. und 8. beteiligten Arbeitnehmerinnen als zusätzliche Antragstellerinnen in das Verfahren eingetreten waren, haben die Beteiligten zu 1. bis 4. und die Beteiligten zu 7. und 8. beim Landesarbeitsgericht zuletzt beantragt:

1. Es wird ein aus drei Personen bestehender Wahlvorstand zur Durchführung der Betriebsratswahl im Betrieb der Arbeitgeberin in der Fstraße in B bestellt. Der Wahlvorstand setzt sich zusammen aus den Beteiligten zu 2., 3. und 7.
2. Zu Ersatzmitgliedern des Wahlvorstands zur Durchführung der Betriebsratswahl im Betrieb der Arbeitgeberin in der Fstraße in B werden Frau S und die Beteiligte zu 8. mit der Maßgabe bestellt, dass die Reihenfolge des Nachrückens für den Fall der Verhinderung eines Wahlvorstandsmitglieds sich nach der alphabetischen Namensfolge der Ersatzmitglieder bestimmt.

Die Arbeitgeberin hat beantragt, den Antrag abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die gerichtliche Bestellung eines Wahlvorstands komme nicht in Betracht, weil auf der Betriebsversammlung nach der gescheiterten Wahl eines Wahlvorstands kein weiterer Wahlgang stattgefunden habe. Ein solcher hätte vor einer gerichtlichen Bestellung zwingend durchgeführt werden müssen, da die Einsetzung des Wahlvorstands durch das Arbeitsgericht nur im Ausnahmefall erfolgen dürfe. Einer gerichtlichen Bestellung des Wahlvorstands stehe außerdem entgegen, dass keine ordnungsgemäße Einladung zu der Betriebsversammlung am 22. Oktober 2015 erfolgt sei. Auf der Betriebsversammlung sei durch die anwesende Gewerkschaftssekretärin Druck gegenüber den

Beschäftigten aufgebaut worden. Diese habe ua. geäußert, es könne nur wählen, wer sich in die Teilnehmerliste eingetragen habe, gewählt werden könnten nur Arbeitnehmer, die ein halbes Jahr im Betrieb beschäftigt seien. Zudem habe sie anwesende Arbeitnehmer, die meinten, keinen Betriebsrat zu benötigen, zum Verlassen der Versammlung aufgefordert.

Das Arbeitsgericht hat den erstinstanzlich von den Beteiligten zu 1. bis 4. gestellten Anträgen entsprochen und die Beteiligten zu 1. bis 3. zu Wahlvorstandsmitgliedern sowie die Beteiligte zu 4. und die Arbeitnehmerin S zu Ersatzmitgliedern bestellt. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde der Arbeitgeberin gegen den erstinstanzlichen Beschluss mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Beteiligten zu 2., 3. und 7. zu Wahlvorstandsmitgliedern und Frau S sowie die Beteiligte zu 8. zu Ersatzmitgliedern bestellt wurden. 9

Nach Verkündung des Beschlusses des Landesarbeitsgerichts hat Frau S der Arbeitgeberin mit Schreiben vom 5. Dezember 2016 mitgeteilt, sie weigere sich, „die Aufgabe als Nachrückkandidat und als Wahlvorstand anzunehmen“. Mit Schreiben vom 23. Dezember 2016 hat die Beteiligte zu 8. der Arbeitgeberin mitgeteilt, sie stehe für den Wahlvorstand nicht mehr zur Verfügung. 10

Mit ihrer Rechtsbeschwerde begehrt die Arbeitgeberin weiterhin die Abweisung der Anträge. Im Verlauf des Rechtsbeschwerdeverfahrens ist auch der Beteiligte zu 2. aus dem Arbeitsverhältnis mit der Arbeitgeberin ausgeschieden. Ferner hat die Beteiligte zu 7. während des Rechtsbeschwerdeverfahrens erklärt, sie nehme ihren Antrag zurück. Im Rechtsbeschwerdeverfahren ist zudem die Gewerkschaft ver.di dem Verfahren auf Antragstellerseite als Beteiligte zu 9. beigetreten. Die Beteiligten zu 1. bis 4. und die Beteiligte zu 9. beantragen die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin mit der Maßgabe, dass die neben dem Beteiligten zu 3. zu bestellenden Wahlvorstandsmitglieder und die Ersatzmitglieder durch den Senat bestimmt werden sollen. 11

B. Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin ist begründet. Sie führt zur 12
Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur teilweisen Abänderung des
erstinstanzlichen Beschlusses, soweit das Landesarbeitsgericht den Anträgen
der Beteiligten zu 1., 2. und 4. stattgegeben hat. Deren Anträge sind abzuwei-
sen, weil die Beteiligten zu 1., 2. und 4. mittlerweile aus dem Arbeitsverhältnis
ausgeschieden sind und damit ihre Antragsberechtigung verloren haben. So-
weit das Landesarbeitsgericht den Anträgen der Beteiligten zu 3., 7. und 8.
stattgegeben hat, führt die Rechtsbeschwerde zur Aufhebung der angefochte-
nen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeits-
gericht. Die von der Beteiligten zu 9. erstmals im Rechtsbeschwerdeverfahren
gestellten Anträge sind unzulässig.

I. In der Rechtsbeschwerdeinstanz sind am vorliegenden Beschlussver- 13
fahren nach § 83 Abs. 3 ArbGG die Antragsteller zu 1. bis 4. und zu 7. bis 9.
sowie die Arbeitgeberin beteiligt.

1. Nach § 83 Abs. 3 ArbGG sind in einem Beschlussverfahren neben dem 14
Antragsteller diejenigen Stellen anzuhören, die nach dem Betriebsverfassungs-
gesetz im einzelnen Fall beteiligt sind. Beteiligt in Angelegenheiten des Be-
triebsverfassungsgesetzes ist jede Stelle, die durch die begehrte Entscheidung
in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsstellung unmittelbar betroffen ist
(vgl. etwa BAG 26. September 2018 - 7 ABR 77/16 - Rn. 11).

2. Dies ist bei den Beteiligten zu 1. bis 4. und zu 7. bis 9. und bei der Ar- 15
beitgeberin der Fall.

a) Die Beteiligten zu 1. bis 4. sowie zu 7. und 8. sind ebenso wie die im 16
Rechtsbeschwerdeverfahren dem Verfahren beigetretene Beteiligte zu 9. als
Antragsteller notwendige Beteiligte (vgl. BAG 14. Dezember 2010 - 1 ABR
93/09 - Rn. 10, BAGE 136, 334; 30. Oktober 1986 - 6 ABR 52/83 - zu B II 1 der
Gründe, BAGE 53, 279).

Zwar sind die Beteiligten zu 1., 2. und 4. mittlerweile aus dem Arbeits- 17
verhältnis mit der Arbeitgeberin ausgeschieden. Dieser Umstand hat jedoch

nichts daran geändert, dass diese weiterhin als Antragsteller des Verfahrens auftreten. Die Beteiligte zu 7. hat nicht deshalb ihre Beteiligtenstellung verloren, weil sie während des Rechtsbeschwerdeverfahrens erklärt hat, sie nehme ihren Antrag zurück. Eine Rücknahme des Antrags ist im Rechtsbeschwerdeverfahren nach § 92 Abs. 2 Satz 3 ArbGG nur mit Zustimmung der übrigen Beteiligten des Verfahrens zulässig, die nicht vorliegt. Die Erklärung der Beteiligten zu 7. hat daher nichts an ihrer Beteiligtenstellung geändert. Auch die Beteiligte zu 8. ist nach wie vor Antragstellerin und als solche notwendig am Verfahren beteiligt. Diese hat keine Antragsrücknahme, sondern mit Schreiben vom 23. Dezember 2016 gegenüber der Arbeitgeberin lediglich erklärt, sie stehe für den Wahlvorstand nicht mehr zur Verfügung.

b) Die von den Vorinstanzen als Beteiligte zu 5. am Verfahren beteiligte Arbeitnehmerin S war, wie die übereinstimmenden Angaben der Verfahrensbevollmächtigten in der Anhörung vor dem Senat bestätigt haben, versehentlich als Antragstellerin bezeichnet worden und deshalb zu keinem Zeitpunkt als Antragstellerin am vorliegenden Verfahren beteiligt. Sie ist auch nicht deshalb nach § 83 Abs. 3 ArbGG am Verfahren beteiligt, weil sie von den Antragstellern als Ersatzmitglied des Wahlvorstands vorgeschlagen und vom Landesarbeitsgericht als solches bestellt wurde. Die vorgeschlagenen und ggf. bestellten Wahlvorstandsmitglieder und Ersatzmitglieder sind durch die begehrte Entscheidung nicht in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsstellung unmittelbar betroffen. Der Vorschlag der Antragsteller zur Zusammensetzung des Wahlvorstands ist für das Gericht unverbindlich und begründet für die Vorgeschlagenen keine Rechtsstellung. Die Vorgeschlagenen erwerben eine betriebsverfassungsrechtliche Rechtsstellung auch nicht mit der nicht rechtskräftigen Entscheidung des Arbeits- bzw. Landesarbeitsgerichts über ihre Bestellung (*ausführlich dazu BAG 23. November 2016 - 7 ABR 13/15 - Rn. 13 ff.*). 18

c) Die Beteiligte zu 6. ist als Arbeitgeberin beteiligt. Der Arbeitgeber ist an einem arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren immer zu beteiligen, weil er durch die betriebsverfassungsrechtliche Ordnung stets betroffen ist (*BAG 23. November 2016 - 7 ABR 13/15 - Rn. 12 mwN*). 19

II. Soweit das Landesarbeitsgericht die den Anträgen der Beteiligten zu 1., 2. und 4. stattgebende Entscheidung des Arbeitsgerichts teilweise bestätigt hat, führt die Rechtsbeschwerde zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, zur teilweisen Abänderung des erstinstanzlichen Beschlusses und zur Abweisung dieser Anträge. Die Anträge der Beteiligten zu 1., 2. und 4. haben keinen Erfolg, weil diese im Verlauf des Verfahrens aus ihren Arbeitsverhältnissen mit der Arbeitgeberin ausgeschieden sind und sie damit ihre für die gerichtliche Bestellung eines Wahlvorstands erforderliche Antragsberechtigung verloren haben. 20

1. Der Antrag auf gerichtliche Bestellung eines Wahlvorstands in Betrieben ohne Betriebsrat ist nach der auch im Fall des vereinfachten Wahlverfahrens nach § 17a Nr. 4 BetrVG anwendbaren Regelung in § 17 Abs. 4 BetrVG wahlberechtigten Arbeitnehmern des Betriebs oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft vorbehalten. Wahlberechtigt sind nach § 7 Satz 1 BetrVG alle Arbeitnehmer des Betriebs, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Die Antragsberechtigung muss als Verfahrensvoraussetzung noch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Anhörung in der Rechtsbeschwerdeinstanz bestehen (*BAG 21. November 1975 - 1 ABR 12/75 - zu II 1 b der Gründe*). 21

Zwar muss in einem Wahlanfechtungsverfahren nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Wahlberechtigung des die Betriebsratswahl anfechtenden Arbeitnehmers nur zum Zeitpunkt der Wahl gegeben sein, so dass der spätere Wegfall der Wahlberechtigung durch Ausscheiden aus dem Betrieb nicht zum Wegfall der Anfechtungsbefugnis führt (*st. Rspr. seit BAG 4. Dezember 1986 - 6 ABR 48/85 - zu II 4 b der Gründe, BAGE 53, 385; vgl. zuletzt BAG 23. Juli 2014 - 7 ABR 23/12 - Rn. 31; zur Anfechtung der Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat BAG 17. Mai 2017 - 7 ABR 22/15 - Rn. 27, BAGE 159, 111*). 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 23. Juli 2014 - 7 ABR 23/12 - aaO; 16. November 2005 - 7 ABR 9/05 - Rn. 16 mwN, BAGE 116, 205*). 22

- Diese den Besonderheiten der Anfechtung der Betriebsratswahl Rechnung tragende Rechtsprechung kann - entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts - nicht auf das Antragsrecht nach § 17 Abs. 4 BetrVG übertragen werden. Die Wahl des Betriebsrats ist ein punktuelles Ereignis. Die sich zum Verlauf und zum Ergebnis der Wahlhandlung stellenden materiellen Rechtsfragen werden nach den Ereignissen bis zur Wahl und bei der Wahl beurteilt. Das muss auch für die Wahlberechtigung als Voraussetzung der Anfechtungsbefugnis nach § 19 Abs. 2 Satz 1 BetrVG gelten. Auf die Wahlberechtigung zu einer künftigen Betriebsratswahl kommt es daher nicht an (*BAG 15. Februar 1989 - 7 ABR 9/88 - zu B der Gründe, BAGE 61, 125; 4. Dezember 1986 - 6 ABR 48/85 - zu II 4 b der Gründe, BAGE 53, 385*). Im Gegensatz zur Anfechtung einer Betriebsratswahl geht es bei der gerichtlichen Bestellung eines Wahlvorstands nicht um ein vergangenes punktuelles Ereignis. Der zu bestellende Wahlvorstand soll vielmehr für die Einleitung, Organisation und Durchführung einer zukünftigen Betriebsratswahl nach § 18 Abs. 1 Satz 1 BetrVG bestellt werden. Deshalb müssen die Antragsvoraussetzungen für die gerichtliche Bestellung des Wahlvorstands zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung vorliegen, somit auch die Wahlberechtigung der antragstellenden Arbeitnehmer.
2. Danach sind die Beteiligten zu 1., 2. und 4. nicht mehr berechtigt, die gerichtliche Bestellung eines Wahlvorstands zur Durchführung einer Betriebsratswahl im Betrieb der Arbeitgeberin zu beantragen. Die Beteiligten zu 1., 2. und 4. sind infolge des Ausscheidens aus den mit der Arbeitgeberin bestehenden Arbeitsverhältnissen keine Arbeitnehmer des Betriebs mehr. Damit haben sie ihre Antragsberechtigung verloren (*vgl. BAG 21. November 1975 - 1 ABR 12/75 - zu II 1 b der Gründe*).
- III. Soweit das Landesarbeitsgericht auf Antrag der Beteiligten zu 3., 7. und 8. einen Wahlvorstand und Ersatzmitglieder bestellt hat, ist der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache zur neuen Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

1. Die Anträge der im Zeitpunkt der Entscheidung des Senats nach wie vor im Betrieb beschäftigten und daher nach § 17a Nr. 4 iVm. § 17 Abs. 4 BetrVG antragsberechtigten Beteiligten zu 3., 7. und 8. sind zulässig. 26
- a) Der Zulässigkeit der Anträge der Beteiligten zu 7. und 8. steht nicht entgegen, dass diese erst in der Beschwerdeinstanz als Antragsteller dem Verfahren beigetreten sind und eigene Anträge angebracht haben. Darin liegt keine unzulässige Antragserweiterung in der Beschwerdeinstanz. 27
- aa) Tritt eine in erster Instanz im Beschlussverfahren nicht beteiligte Person oder Stelle erst in der Beschwerdeinstanz dem Verfahren als Antragsteller bei, liegt darin eine (subjektive) Antragsänderung (*vgl. BAG 31. Januar 1989 - 1 ABR 60/87 - zu B II 2 b der Gründe; 16. Dezember 1986 - 1 ABR 35/85 - zu B I 3 der Gründe, BAGE 54, 36*), deren Zulässigkeit sich nach § 81 Abs. 3 ArbGG iVm. § 533 ZPO bestimmt (*vgl. BAG 9. September 2015 - 7 ABR 69/13 - Rn. 36 f. mwN*). Sie setzt damit voraus, dass die anderen Beteiligten der Antragsänderung zustimmen oder das Gericht die Änderung für sachdienlich hält. 28
- bb) Das Landesarbeitsgericht hat vorliegend über die Anträge der Beteiligten zu 7. und 8. entschieden und damit die Sachdienlichkeit der Antragserweiterung bejaht. Daran ist der Senat gemäß § 87 Abs. 2 Satz 3 Halbs. 2, § 81 Abs. 3 Satz 3 ArbGG gebunden (*BAG 9. September 2015 - 7 ABR 69/13 - Rn. 37; 17. Mai 2011 - 1 ABR 121/09 - Rn. 11*). 29
- b) Soweit die Anträge nunmehr in der Rechtsbeschwerde mit der Maßgabe gestellt sind, dass - neben dem Beteiligten zu 3. - die weiteren Wahlvorstandsmitglieder sowie die Ersatzmitglieder vom Senat bestimmt werden sollen, handelt es sich nicht um eine Antragsänderung in der Rechtsbeschwerdeinstanz; vielmehr verfolgen die Antragsteller ihr bisheriges Begehren unverändert weiter. Streitgegenständlich ist nach wie vor die begehrte Bestellung eines aus drei Personen bestehenden Wahlvorstands sowie zweier Ersatzmitglieder. Soweit der Antrag auf die Einsetzung namentlich benannter Personen zu Wahlvorstands- und Ersatzmitgliedern gerichtet ist, handelt es sich hierbei lediglich um eine Anregung an das Gericht (*BAG 10. November 2004 - 7 ABR* 30

19/04 - zu B II der Gründe, BAGE 112, 310). Die Bestellung der Wahlvorstandsmitglieder obliegt dem Gericht, so dass der nunmehr formulierte Antrag keine inhaltliche Änderung erfahren hat. Deshalb stellte auch die Benennung anderer als der erstinstanzlich genannten Personen in den zweitinstanzlichen Anträgen entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts keine Antragsänderung in der Beschwerdeinstanz dar.

2. Der Senat kann nicht abschließend über die Bestellung eines Wahlvorstands befinden. 31

a) Die gerichtliche Bestellung eines Wahlvorstands in Kleinbetrieben nach § 14a BetrVG mit in der Regel fünf bis 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern - wie hier - bestimmt sich nach § 17a BetrVG. Besteht in einem betriebsratslosen Kleinbetrieb mit in der Regel mindestens fünf wahlberechtigten Arbeitnehmern, von denen drei wählbar sind (vgl. § 17a iVm. § 17 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG), weder ein Gesamt- noch ein Konzernbetriebsrat, wird der Wahlvorstand nach § 17a Nr. 3 Satz 1 iVm. § 17 Abs. 2 BetrVG in einer Betriebsversammlung von der Mehrheit der anwesenden Arbeitnehmer gewählt. Findet trotz Einladung keine Betriebsversammlung statt oder wählt die Betriebsversammlung keinen Wahlvorstand, so bestellt ihn das Arbeitsgericht nach § 17a Nr. 4 iVm. § 17 Abs. 4 BetrVG auf Antrag von mindestens drei Wahlberechtigten oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft. 32

b) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass das für den Antrag erforderliche Quorum von drei wahlberechtigten Arbeitnehmern erfüllt ist und dass dem Antrag nicht entgegensteht, dass bei der Betriebsversammlung am 22. Oktober 2015 kein zweiter Wahlgang stattgefunden hat. 33

aa) Im Betrieb der Arbeitgeberin in der Fstraße in B, in dem noch kein Betriebsrat besteht, sind nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts in der Regel mindestens fünf ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer, von denen drei wählbar sind, beschäftigt. Ein Gesamt- oder Konzernbetriebsrat ist nicht gebildet. Das für den Antrag auf gerichtliche Bestellung eines Wahlvorstands erforderliche Quorum von drei wahlberechtigten Arbeitnehmern ist aufgrund der 34

Antragstellung der Beteiligten zu 3., 7. und 8. und der Unbeachtlichkeit der von der Beteiligten zu 7. in der Rechtsbeschwerdeinstanz erklärten Antragsrücknahme aufgrund des Fehlens der nach § 92 Abs. 2 Satz 3 ArbGG erforderlichen Zustimmung der weiteren Beteiligten nach wie vor gegeben.

bb) Am 22. Oktober 2015 hat eine Betriebsversammlung zur Wahl eines Wahlvorstands stattgefunden. Auf dieser Wahlversammlung wurde kein Wahlvorstand gewählt. Die Wahl eines Wahlvorstands auf der Betriebsversammlung erfordert, wie sich bereits aus dem Wortlaut des § 17 Abs. 2 Satz 1 BetrVG ergibt, dass jedes Wahlvorstandsmitglied mit der Mehrheit der Stimmen der bei der Betriebsversammlung anwesenden Arbeitnehmer gewählt wird; die Mehrheit der abgegebenen Stimmen genügt nicht (*vgl. BAG 31. Juli 2014 - 2 AZR 505/13 - Rn. 22, BAGE 149, 1*). Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt. Keiner der acht Kandidaten konnte die erforderliche Mehrheit von elf Stimmen der anwesenden 21 Arbeitnehmer auf sich vereinigen. 35

cc) Darauf, ob die Versammlungsleiterin Frau S während der Wahlversammlung die von der Arbeitgeberin behaupteten Äußerungen zum aktiven und passiven Wahlrecht abgegeben und Arbeitnehmer, die meinten, keinen Betriebsrat zu benötigen, zum Verlassen der Versammlung aufgefordert hat, kommt es nicht an. Es ist nicht ersichtlich, dass es den auf der Betriebsversammlung anwesenden Arbeitnehmern aufgrund der behaupteten Äußerungen der Gewerkschaftssekretärin S nicht möglich gewesen sein soll, einen Wahlvorstand zu wählen oder die Durchführung eines weiteren Wahlgangs zu beantragen. Aus welchen Gründen die Wahl eines Wahlvorstands auf der Wahlversammlung unterblieb, ist unerheblich (*Kreutz GK-BetrVG 11. Aufl. § 17 Rn. 56; DKKW/Homburg 16. Aufl. § 17 Rn. 17*). 36

dd) Der gerichtlichen Bestellung eines Wahlvorstands nach § 17a Nr. 4 iVm. § 17 Abs. 4 BetrVG steht entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin nicht entgegen, dass auf der Wahlversammlung am 22. Oktober 2015 nur ein Wahlgang durchgeführt wurde. Das hat das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt. Kommt in einem ersten Wahlgang keine erforderliche Mehrheit zustande, ist es 37

zwar zulässig, einen oder ggf. mehrere weitere Wahlgänge durchzuführen, um den Wahlvorstand im Wege einer Wahl durch die Belegschaft zu bestellen (vgl. *Kreutz GK-BetrVG 11. Aufl. § 17 Rn. 49; Thüsing in Richardi BetrVG 16. Aufl. § 17 Rn. 24*). Aus § 17 Abs. 4 BetrVG folgt aber nicht, dass die gerichtliche Bestellung eines Wahlvorstands in einem solchen Fall die Durchführung eines oder ggf. mehrerer weiterer Wahlgänge zwingend voraussetzt.

(1) Gegen eine solche Anforderung spricht bereits der Gesetzeswortlaut. Nach § 17 Abs. 4 Satz 1 BetrVG erfordert die gerichtliche Bestellung eines Wahlvorstands lediglich, dass trotz Einladung keine Betriebsversammlung stattgefunden hat oder auf der Wahlversammlung kein Wahlvorstand gewählt worden ist. Letzteres ist auch dann der Fall, wenn im Rahmen nur eines Wahlgangs kein Wahlvorstand gewählt wurde. 38

(2) Das Erfordernis eines weiteren Wahlgangs ergibt sich auch weder aus Sinn und Zweck der gesetzlichen Vorschriften zur Bildung eines Wahlvorstands noch aus dem Grundsatz der demokratischen Wahl. 39

(a) Die gerichtliche Bestellung eines Wahlvorstands kann nach § 17 Abs. 4 BetrVG nur erfolgen, wenn es den Arbeitnehmern des Betriebs nicht gelungen ist, auf einer Wahlversammlung, zu der ordnungsgemäß eingeladen wurde, einen Wahlvorstand zu wählen. Dadurch wird der Vorrang der Belegschaft des Betriebs gesichert, selbst einen Wahlvorstand nach ihren Vorstellungen einzusetzen. Nach § 17 Abs. 3 BetrVG soll allen betroffenen Arbeitnehmern die Möglichkeit eröffnet werden, ihre eigenen kollektiven Interessen durch eine Beteiligung an der Initiative zur Bildung eines Betriebsrats selbst wahrzunehmen, bevor es zur gerichtlichen Bestellung eines Wahlvorstands kommt (*BAG 26. Februar 1992 - 7 ABR 37/91 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 70, 12*). Die gerichtliche Bestellung des Wahlvorstands nach § 17 Abs. 4 BetrVG ist mithin ein Notbehelf, auf den nur dann zurückgegriffen werden kann, wenn die Initiatoren einer Betriebsratswahl allen Arbeitnehmern wenigstens die Chance eingeräumt haben, einen Wahlvorstand zu wählen, und wenn dies nicht zum Erfolg geführt hat (*BAG 26. Februar 1992 - 7 ABR 37/91 - zu II 2 b der Gründe, aaO; 19. März* 40

1974 - 1 ABR 87/73 - zu II 4 der Gründe). Die Möglichkeit, auf der Betriebsversammlung einen Wahlvorstand zu wählen, besteht auch dann, wenn in der Betriebsversammlung, zu der ordnungsgemäß eingeladen wurde, nur ein Wahlgang durchgeführt wird. Sieht sich die Versammlungsleitung nicht veranlasst, von sich aus nach einem gescheiterten Wahlgang einen weiteren Wahlgang einzuleiten, ist es den übrigen Teilnehmern an der Betriebsversammlung unbenommen, einen solchen weiteren Wahlgang zu beantragen und durchzuführen, sofern sie dies für geboten halten.

(b) Auch die von der Arbeitgeberin vorgebrachten verfassungsrechtlichen Erwägungen gebieten es nicht, § 17 Abs. 4 BetrVG dahin auszulegen, dass die gerichtliche Bestellung des Wahlvorstands nur zulässig ist, wenn auf der Betriebsversammlung mehr als ein Wahlgang erfolglos durchgeführt wurde. Zwar folgt aus dem die Wahlvorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes beherrschenden Grundsatz der demokratischen Wahl, dass die der Belegschaft im Betriebsverfassungsgesetz zugewiesenen Rechte gegenüber jedem staatlichen Eingriff vorrangig sind (*vgl. BAG 19. März 1974 - 1 ABR 87/73 - zu II 4 der Gründe*). Der deshalb grundsätzlich vorgesehene Vorrang der Bildung eines nach den Vorstellungen der Belegschaft demokratisch legitimierten Wahlvorstands (*dazu auch BAG 26. Februar 1992 - 7 ABR 37/91 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 70, 12*) ist aber dadurch gewahrt, dass es den Arbeitnehmern des Betriebs unbenommen bleibt, bis zur Rechtskraft der durch das Arbeitsgericht erfolgten Bestellung eines Wahlvorstands in einer weiteren Betriebsversammlung einen Wahlvorstand zu wählen (*vgl. BAG 19. März 1974 - 1 ABR 87/73 - aaO; 23. November 2016 - 7 ABR 13/15 - Rn. 19*). Die Anrufung des Arbeitsgerichts zur Bestellung eines Wahlvorstands hat deshalb nicht zur Folge, dass die Betriebsversammlung das ihr nach § 17a Nr. 3, § 17 Abs. 2 BetrVG zustehende Recht, einen Wahlvorstand zu wählen, verliert. Die Einleitung eines Verfahrens zur gerichtlichen Bestellung eines Wahlvorstands bereits nach einem gescheiterten Wahlgang beschränkt die Möglichkeit der Selbstorganisation mithin nicht. Vielmehr haben es die Arbeitnehmer des Betriebs in der Hand, noch bis zum

41

rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens selbst einen Wahlvorstand zu wählen.

(c) Das Erfordernis der Durchführung eines oder mehrerer weiterer Wahlgänge ergibt sich entgegen der Auffassung der Arbeitgeberin auch nicht aus dem das Betriebsverfassungsrecht prägenden Vorrang innerbetrieblicher Streitbeilegung vor einer gerichtlichen Auseinandersetzung (*vgl. etwa § 2 Abs. 1, § 74 Abs. 1 Satz 2, § 76 BetrVG*). Dieser betrifft das betriebsverfassungsrechtliche Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Darum geht es hier nicht, sondern um die Bestellung eines Wahlvorstands, die erst zur Bildung eines Betriebsrats führen soll. Wird auf der Betriebsversammlung in einem ersten Wahlgang kein Wahlvorstand gewählt und kein weiterer Wahlgang initiiert, gebietet es vielmehr die ua. in § 1 BetrVG zum Ausdruck kommende Konzeption des Gesetzes, möglichst in jedem betriebsratsfähigen Betrieb einen Betriebsrat zu errichten (*vgl. BAG 27. Juli 2011 - 7 ABR 61/10 - Rn. 33 mwN, BAGE 138, 377*), die Bestellung des Wahlvorstands auf andere Weise sicherzustellen. 42

ee) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ist § 17 Abs. 4 BetrVG mit höherrangigem Recht vereinbar. Die Vorschrift ist nicht deshalb verfassungswidrig, weil sie die gerichtliche Bestellung eines Wahlvorstands bei nicht erfolgter Wahl auf einer Wahlversammlung allein auf Antrag von drei wahlberechtigten Arbeitnehmern oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft und damit auch dann ermöglicht, wenn die Mehrheit der Belegschaft die Bildung eines Betriebsrats in einem bisher betriebsratslosen Betrieb ablehnt (*aA Bonanni/Hiebert ArbRB 2015, 282 ff.; zweifelnd auch Löwisch BB 2006, 664 und Thüsing in Richardi BetrVG 16. Aufl. § 17 Rn. 30*). 43

(1) Die durch § 17 Abs. 4 BetrVG ermöglichte gerichtliche Bestellung eines Wahlvorstands zur Durchführung einer Betriebsratswahl greift unmittelbar allenfalls in geringer Intensität wegen der damit verbundenen aus § 20 Abs. 3 BetrVG folgenden Kosten- und Entgeltfortzahlungsbelastungen in grundrechtlich geschützte Positionen des Arbeitgebers aus Art. 14 Abs. 1 GG ein. Grundrechte der Arbeitnehmer sind durch die Bestellung eines Wahlvorstands typi- 44

scherweise unmittelbar noch nicht betroffen. Der Wahlvorstand verfügt nicht über grundrechtsrelevante materielle Beteiligungsrechte. Ihm kommt nach § 18 Abs. 1 Satz 1 BetrVG lediglich die Aufgabe zu, die Wahl eines Betriebsrats einzuleiten und durchzuführen. Ob ein Betriebsrat gewählt wird, hängt lediglich im Ausgangspunkt von der Bildung eines Wahlvorstands ab. Auch bei Bestehen eines Wahlvorstands kann eine Betriebsratswahl nur dann erfolgen, wenn wählbare Arbeitnehmer bereit sind, das Betriebsratsamt zu übernehmen und von Seiten der Arbeitnehmer oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft entsprechende Wahlvorschläge eingereicht werden (§ 14 Abs. 3 BetrVG).

(2) Erst die Wahl eines Betriebsrats selbst betrifft aufgrund der diesem durch das Betriebsverfassungsgesetz verliehenen Rechte grundrechtlich geschützte Positionen sowohl des Arbeitgebers als auch der Arbeitnehmer. Deren Grundrechte werden dadurch aber nicht verletzt (*vgl. nur Richardi in Richardi BetrVG 16. Aufl. Einleitung Rn. 53 ff.; H/W/G/N/R/H/Rose BetrVG 10. Aufl. Einleitung Rn. 50 ff.; ausführlich Wiese GK-BetrVG 11. Aufl. Einleitung Rn. 50 ff.*). 45

(a) Der Gesetzgeber schränkt mit der Betriebsverfassung und den damit verbundenen Beteiligungsrechten des Betriebsrats die Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) des Arbeitgebers und dessen durch die Berufsausübungsfreiheit grundrechtlich geschützten Kernbereich unternehmerischen Handelns (Art. 12 Abs. 1 GG) nicht in unzulässiger Weise ein. 46

(aa) Die konkrete Reichweite des Schutzes durch die Eigentumsgarantie ergibt sich erst aus der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums, die nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG Sache des Gesetzgebers ist. Zudem unterliegt das Eigentum der Sozialbindung (Art. 14 Abs. 2 GG). Daher geht die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung umso weiter, je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion steht (*vgl. BVerfG 1. März 1979 - 1 BvR 532/77 ua. - zu C III 1 a der Gründe mwN, BVerfGE 50, 290*). Der Arbeitgeber als Grundrechtsträger kann seine unternehmerische Tätigkeit nur mit Hilfe der Arbeitnehmer wahrnehmen, die ihrerseits Träger des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG sind. Schon insoweit 47

steht das Eigentum des Arbeitgebers in einem evidenten sozialen Bezug. Betriebliche Mitbestimmung beeinflusst zu einem nicht unwesentlichen Teil die Bedingungen, unter denen die Arbeitnehmer namentlich ihr Grundrecht auf Berufsfreiheit wahrnehmen, das für alle sozialen Schichten von Bedeutung ist (vgl. *BVerfG 1. März 1979 - 1 BvR 532/77 ua. - zu C III 1 b bb der Gründe, aaO zur Unternehmensmitbestimmung; Wiese GK-BetrVG 11. Aufl. Einleitung Rn. 55*).

Danach erweist sich die gesetzgeberische Grundentscheidung zur betrieblichen Mitbestimmung durch das Betriebsverfassungsrecht als geeignetes und erforderliches Mittel, Gemeinwohlinteressen an einer sozialen Ausgestaltung betrieblicher Verhältnisse unter Berücksichtigung von Grundrechtspositionen der Arbeitnehmer zu verwirklichen (vgl. *Wiese GK-BetrVG 11. Aufl. Einleitung Rn. 55*). Dem Gesetzgeber steht auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung eine weite Gestaltungsfreiheit zu. Es ist vornehmlich Sache des Gesetzgebers, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzhkeiten des betreffenden Gebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will (*BVerfG 6. Oktober 1987 - 1 BvR 1086/82 ua. - zu C III 2 der Gründe, BVerfGE 77, 84*). Mit den Regelungen zur betrieblichen Mitbestimmung gestaltet der Gesetzgeber das Sozialstaatsprinzip der Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG aus (*BVerfG 30. April 2015 - 1 BvR 2274/12 - Rn. 14*). Das Betriebsverfassungsgesetz berücksichtigt dabei - wie zB die Ausgestaltung der Mitbestimmungsrechte nach § 87 und §§ 99 ff. BetrVG verdeutlichen - den besonderen Schutz unternehmerischer Entscheidungsfreiheit. Die gesetzliche Beteiligung hat keine Gefährdung der Funktionsfähigkeit zur Folge (vgl. *BVerfG 1. März 1979 - 1 BvR 532/77 ua. - zu C III 1 c der Gründe, BVerfGE 50, 290 zur Unternehmensmitbestimmung*). Die gesetzliche Grundentscheidung zur betrieblichen Mitbestimmung im Betriebsverfassungsrecht entspricht im Rahmen der erhöhten Sozialbindung des Eigentums des betriebsratsfähigen Arbeitgebers daher grundsätzlich dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit und erweist sich daher als verfassungsrechtlich zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG (*Wiese GK-BetrVG 11. Aufl. Einleitung Rn. 55*).

48

(bb) Durch die gesetzliche Betriebsverfassung wird auch nicht unzulässig in die Berufsausübungsfreiheit des Arbeitgebers aus Art. 12 Abs. 1 GG eingegriffen. Die betriebliche Mitbestimmung beschränkt zwar dessen Direktionsrecht, die Vertragsfreiheit und die sonstigen unternehmerischen Dispositionen (*vgl. BVerfG 30. April 2015 - 1 BvR 2274/12 - Rn. 17*). Dieser Eingriff ist aber durch sachgerechte und vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt. Der soziale Bezug der verbürgten Freiheit, die über das Unternehmen hinausreichenden Auswirkungen der Wahrnehmung dieser Freiheit und der Umstand, dass die Grundrechte der Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG funktionell aufeinander bezogen sind, haben zur Folge, dass die verfassungsrechtliche Beurteilung keine andere sein kann als die zu Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG dargelegte (*vgl. BVerfG 1. März 1979 - 1 BvR 532/77 ua. - zu C III 3 a bb der Gründe, BVerfGE 50, 290 zur Unternehmensmitbestimmung*).

49

(b) Soweit durch die betriebliche Mitbestimmung die Vertragsfreiheit und damit auch die Berufsausübungsfreiheit der Arbeitnehmer nach Art. 12 Abs. 1 GG betroffen ist, ist dies ebenfalls durch die angeführten sachgerechten und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt. Das Betriebsverfassungsgesetz dient dem Schutz und der Teilhabe der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis (*Wiese GK-BetrVG 11. Aufl. Einleitung Rn. 63*). Soweit dem einzelnen Arbeitnehmer durch die Wahrnehmung von Mitbestimmungsrechten oder sonstigen Befugnissen des Betriebsrats Beschränkungen, zB in seiner Vertragsfreiheit, auferlegt werden und dadurch in seine Berufsfreiheit eingegriffen wird (*vgl. Wiese GK-BetrVG 11. Aufl. Einleitung Rn. 66*) ist dies grundsätzlich hinzunehmen. Zwingende Regelungen des Arbeitsrechts schaffen erst den Rahmen, in dem die Arbeitnehmer ihre Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG unter angemessenen Bedingungen verwirklichen können. Sie rechtfertigen sich daraus, dass der Individualarbeitsvertrag vielfach ein unzureichendes Instrument zur Begründung eines sozial angemessenen Arbeitsverhältnisses darstellt. Ein unzumutbarer Grundrechtsschutz „gegen sich selbst“ liegt hierin nicht (*BVerfG 6. Oktober 1987 - 1 BvR 1086/82 ua. - zu C V 1 b der Gründe, BVerfGE 77, 84*). Vor unzumutbaren Beeinträchtigungen der Berufsausübungs-

50

freiheit werden die Arbeitnehmer durch die nähere gesetzliche Ausgestaltung der Mitbestimmungsrechte und Befugnisse des Betriebsrats hinreichend geschützt. Insofern ist zu berücksichtigen, dass die Betriebsparteien bei der Ausübung ihrer Regelungskompetenz Binnenschranken unterliegen. Nach § 75 Abs. 1 Satz 1 BetrVG haben Arbeitgeber und Betriebsrat darüber zu wachen, dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden. Die Betriebsparteien sind beim Abschluss von Betriebsvereinbarungen gemäß § 75 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BetrVG zur Wahrung der grundrechtlich geschützten Freiheitsrechte verpflichtet (*BAG 21. Februar 2017 - 1 AZR 292/15 - Rn. 17, BAGE 158, 142*). Dazu gehört sowohl die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit der Arbeitnehmer (*BAG 5. März 2013 - 1 AZR 417/12 - Rn. 26 mwN*) als auch die durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentumsgarantie und die in Art. 2 Abs. 1 GG normierte allgemeine Handlungsfreiheit der betriebsangehörigen Arbeitnehmer (*BAG 17. Juli 2012 - 1 AZR 476/11 - Rn. 36, BAGE 142, 294; 12. Dezember 2006 - 1 AZR 96/06 - Rn. 23, BAGE 120, 308; 18. Juli 2006 - 1 AZR 578/05 - Rn. 34, BAGE 119, 122*). Zu beachten ist auch der betriebsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, dem wiederum der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zugrunde liegt. Dieser ist Ausdruck des Gerechtigkeitsgedankens im Grundgesetz und fundamentales Rechtsprinzip (*vgl. BVerfG 31. Mai 1988 - 1 BvL 22/85 - zu C II 2 der Gründe, BVerfGE 78, 232; BAG 22. März 2005 - 1 AZR 49/04 - zu 3 a der Gründe, BAGE 114, 179*). Er zielt darauf ab, eine Gleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Sachverhalten sicherzustellen und eine gleichheitswidrige Regelbildung auszuschließen (*vgl. BAG 22. März 2005 - 1 AZR 49/04 - aaO; 27. Mai 2004 - 6 AZR 129/03 - zu B II 3 b der Gründe, BAGE 111, 8*). Die Vereinbarkeit der von den Betriebsparteien getroffenen Regelungen mit höherrangigem Recht ist gerichtlich in vollem Umfang überprüfbar. Insbesondere diese Prüfung, die ein betroffener Arbeitnehmer im Individualprozess herbeiführen kann, verhindert eine ungerechtfertigte oder unverhältnismäßige Beschränkung individualrechtlicher Rechtspositionen durch die Ausübung der den Betriebsparteien verliehenen kollektiven Regelungsmacht (*BAG 12. Dezember 2006 - 1 AZR 96/06 - Rn. 22, aaO*).

(3) Danach ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass ein Wahlvorstand nach § 17 Abs. 4 BetrVG auf Antrag von lediglich drei wahlberechtigten Arbeitnehmern oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft gerichtlich zu bestellen ist, sofern zuvor auf einer Wahlversammlung ein Wahlvorstand nicht gewählt wurde. Diese Regelung erleichtert zwar die Initiierung einer Betriebsratswahl, indem sie hierfür keine aktive Beteiligung wesentlicher Belegschaftsteile voraussetzt. Dies dient jedoch der Verwirklichung der vom gesetzgeberischen Gestaltungspielraum gedeckten betrieblichen Mitbestimmung. Aus verfassungsrechtlichen Gründen ist eine Legitimation durch eine ausdrücklich erklärte Unterstützung der Bestellung eines Wahlvorstands durch einen wesentlichen Teil der Belegschaft nicht geboten. Der Eingriff in grundrechtsrelevante Rechtspositionen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer erhält keine zusätzliche Intensität, wenn eine derartige Unterstützung nicht erklärt wird. Zwar ergibt sich aus dem Grundgesetz kein zwingendes Gebot betrieblicher Mitbestimmung (*BVerfG 30. April 2015 - 1 BvR 2274/12 - Rn. 14 mwN*). Jedoch beruht gerade auch die Entscheidung des Gesetzgebers, die Initiierung der Betriebsratswahl nicht nur einer aktiven Belegschaftsmehrheit vorzubehalten, auf der ihm zustehenden weiten Gestaltungsfreiheit auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung und der Möglichkeit der Ausgestaltung des Sozialstaatsprinzips der Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG. Dem die Wahlvorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes beherrschenden Grundsatz der demokratischen Wahl und dem Vorrang der Bildung eines nach den Vorstellungen der Belegschaft legitimierten Wahlvorstands wird dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass der Belegschaft die Chance eingeräumt wird, einen Wahlvorstand auf einer Betriebsversammlung zu wählen, bevor die gerichtliche Bestellung des Wahlvorstands beantragt werden kann.

51

c) Der angefochtene Beschluss kann allerdings deshalb keinen Bestand haben, weil der durch das Landesarbeitsgericht zum Wahlvorstandsmitglied bestellte Beteiligte zu 2. während des Rechtsbeschwerdeverfahrens aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden ist und er wegen des damit verbundenen Verlusts der Wahlberechtigung nach §§ 17a, 16 Abs. 1 Satz 1 BetrVG nicht mehr

52

Mitglied des Wahlvorstands sein kann. Der angefochtene Beschluss kann auch deshalb nicht aufrechterhalten werden, weil sowohl die Arbeitnehmerin S als auch die Beteiligte zu 8., die vom Landesarbeitsgericht zu Ersatzmitgliedern des Wahlvorstands bestellt wurden, mittlerweile erklärt haben, sie stünden für das Amt des Wahlvorstandsmitglieds nicht zur Verfügung und seien zur Mitgliedschaft im Wahlvorstand nicht bereit. Da die Bestellung des Wahlvorstands und damit auch seine funktionsfähige Errichtung notwendigerweise voraussetzt, dass die bestellten Wahlvorstandsmitglieder der (als Ehrenamt nicht ohne ihr Einverständnis möglichen) Amtsübernahme zustimmen (vgl. *DKKW/Homburg* 16. Aufl. § 16 Rn. 11; *ErfK/Koch* 19. Aufl. BetrVG § 16 Rn. 4; *Kreutz GK-BetrVG* 11. Aufl. § 16 Rn. 30; *Thüsing in Richardi BetrVG* 16. Aufl. § 16 Rn. 50), steht es einer Bestellung zum Wahlvorstandsmitglied bzw. Ersatzmitglied entgegen, wenn das Gericht im Zeitpunkt seiner Entscheidung davon ausgehen muss, dass die bestellte Person die Amtsübernahme ablehnen wird.

d) Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. 53

aa) Der Beschluss kann nicht insoweit teilweise aufrechterhalten werden, als das Landesarbeitsgericht die Beteiligten zu 3. und 7. zu Wahlvorstandsmitgliedern bestellt hat. Die gerichtliche Bestellung des Wahlvorstands und seiner Mitglieder hat - soweit es nicht um die Nachbestellung nach dem Ausscheiden von Wahlvorstandsmitgliedern geht - einheitlich zu erfolgen. Der Wahlvorstand muss im Fall des § 17a BetrVG aus drei Mitgliedern bestehen (§ 17a Nr. 2 BetrVG), das Gericht hat zudem nach § 17 Abs. 4 BetrVG „den Wahlvorstand“ zu bestellen. Das verbietet es, die Bestellung einzelner Mitglieder und damit eines „rudimentären“ Wahlvorstands in Rechtskraft erwachsen zu lassen. 54

bb) Der Senat kann die Bestellung nicht selbst vornehmen. Die Entscheidung darüber, welche Personen zu Wahlvorstandsmitgliedern bestellt werden, obliegt grundsätzlich dem Tatsachengericht. Die Bestellung einzelner Arbeitnehmer zu Wahlvorstandsmitgliedern setzt deren Wahlberechtigung voraus. Zudem stünde es der Bestellung entgegen, wenn für die Bestellung in Frage 55

kommende wahlberechtigte Arbeitnehmer nicht bereit wären, das Amt zu übernehmen. Die Bestellung erfordert daher regelmäßig tatsächliche Feststellungen, die der Senat im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht treffen kann. Die hierzu gebotenen Feststellungen wird das Landesarbeitsgericht zu treffen haben.

e) Bei der erneuten Anhörung wird das Landesarbeitsgericht zudem erneut zu prüfen haben, ob eine ordnungsgemäße Einladung zu der Betriebsversammlung am 22. Oktober 2015 erfolgt ist. 56

aa) Die gerichtliche Bestellung eines Wahlvorstands für die erstmalige Wahl eines Betriebsrats nach §§ 17a, 17 Abs. 2 BetrVG setzt grundsätzlich voraus, dass eine ordnungsgemäße Einladung zu einer Wahlversammlung nach § 17a Nr. 3, § 17 Abs. 3 BetrVG erfolgt ist (*vgl. BAG 26. Februar 1992 - 7 ABR 37/91 - zu II 2 der Gründe, BAGE 70, 12*). Zur Wahlversammlung können nach § 17a Nr. 3 Satz 2 iVm. § 17 Abs. 3 BetrVG drei wahlberechtigte Arbeitnehmer des Betriebs oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft einladen. Im Fall der Wahl eines Betriebsrats im vereinfachten Wahlverfahren nach § 14a BetrVG - wie hier - sind bei der Einladung zur Wahlversammlung zudem die in § 28 Abs. 1 der Ersten Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes (Wahlordnung - WO) geregelten Besonderheiten zu beachten. Danach muss die Einladung sieben Tage vor dem Tag der Wahlversammlung erfolgen (§ 28 Abs. 1 Satz 2 WO) und ist durch Aushang an geeigneten Stellen im Betrieb bekannt zu machen (§ 28 Abs. 1 Satz 3 WO). Zudem muss die Einladung - da sich im zweistufigen Verfahren an die Wahl des Wahlvorstands unmittelbar die Einleitung zur Wahl des Betriebsrats anschließt - neben einem Hinweis über Ort, Tag und Zeit der Wahlversammlung weitere wesentliche Hinweise für die Arbeitnehmer zur Wahl des Betriebsrats enthalten (§ 28 Abs. 1 Satz 5 WO). 57

bb) Zwar hatten nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts „eine Woche“ vor der Wahlversammlung am 22. Oktober 2015 drei wahlberechtigte Arbeitnehmer des Betriebs, nämlich die Beteiligten zu 1., 3. und 4., und die aufgrund der Mitgliedschaft der im Zeitpunkt der Einladung noch beschäftigten Beteiligten zu 1. im Betrieb vertretene Gewerkschaft ver.di 58

durch zwei Aushänge im Betrieb zu dieser Betriebsversammlung eingeladen. Das Landesarbeitsgericht wird jedoch die Prüfung nachzuholen haben, ob die Einladungsschreiben die besonderen Voraussetzungen nach § 28 Abs. 1 WO im Hinblick auf die Einhaltung der Frist von sieben Tagen und die inhaltlichen Anforderungen erfüllen.

IV. Der Antrag der erst in der Rechtsbeschwerdeinstanz dem Verfahren als Antragstellerin beigetretenen zu 9. beteiligten Gewerkschaft ver.di ist unzulässig. 59

Die erstmalige Antragstellung der bislang nicht am Verfahren beteiligten Gewerkschaft ver.di stellt eine Beteiligtenänderung auf Seiten der Antragsteller dar, die im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht mehr erfolgen kann (vgl. zur *Parteierweiterung im Revisionsverfahren BAG 13. April 1967 - 5 AZR 426/66 - zu 4 c der Gründe; zur grundsätzlichen Unzulässigkeit eines gewillkürten Parteiwechsels in der Revisionsinstanz BGH 31. Oktober 2012 - III ZR 204/12 - Rn. 12, BGHZ 195, 233; 7. Juli 2008 - II ZR 26/07 - Rn. 6*). Nach der auch im Beschlussverfahren anwendbaren Vorschrift des § 559 Abs. 1 ZPO ist eine Antragsänderung in der Rechtsbeschwerdeinstanz grundsätzlich ausgeschlossen. Der Schluss der Anhörung in zweiter Instanz bildet nicht nur hinsichtlich des tatsächlichen Vorbringens, sondern auch im Hinblick auf die Anträge der Beteiligten die Entscheidungsgrundlage für das Rechtsbeschwerdegericht (*BAG 1. Juni 2011 - 7 ABR 138/09 - Rn. 26*). Auch dann, wenn eine Beteiligtenenerweiterung auf Seiten der Antragsteller entsprechend den Grundsätzen zur Zulässigkeit von Antragsänderungen im Rechtsbeschwerdeverfahren ausnahmsweise möglich sein sollte (*zu den Voraussetzungen im Einzelnen etwa BAG 1. Juni 2011 - 7 ABR 138/09 - Rn. 26 f.; 17. November 2010 - 7 ABR 123/09 - Rn. 17 mwN, BAGE 136, 200*), wäre diese vorliegend unzulässig. Der durch die Beteiligte zu 9. gestellte eigene Antrag auf Bestellung eines Wahlvorstands wäre mit einer Änderung des rechtlichen Prüfprogramms verbunden. Er setzte nach § 17 Abs. 4 BetrVG voraus, dass die Beteiligte zu 9. im Zeitpunkt der Entscheidung des Senats eine im Betrieb der Arbeitgeberin vertretene Gewerkschaft ist. Davon kann nach dem zwischenzeitlichen Ausscheiden der Beteiligten zu 1. als 60

Mitglied der Beteiligten zu 9. aus dem Arbeitsverhältnis nicht ohne weiteres ausgegangen werden.

Gräfl

Klose

Waskow

Willms

Steininger