

Bundesarbeitsgericht
Siebter Senat

Beschluss vom 24. Februar 2021
- 7 ABR 38/19 -
ECLI:DE:BAG:2021:240221.B.7ABR38.19.0

I. Arbeitsgericht Köln

Beschluss vom 22. November 2018
- 5 BV 372/18 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Beschluss vom 9. Oktober 2019
- 5 TaBV 5/19 -

Entscheidungsstichworte:

Wahlanfechtung - Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer - Stimmauszählung

BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 38/19
5 TaBV 5/19
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Februar 2021

BESCHLUSS

Wirth, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragsteller,

2.

Antragsteller,

3.

Antragsteller,

4.

Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

5.

6.

7.

- 8.
- 9.
- 10.
- 11.
- 12.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 24. Februar 2021 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Rennpferdt, den Richter am Bundesarbeitsgericht Waskow sowie die ehrenamtlichen Richter Schiller und Meißner für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 4. gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Köln vom 9. Oktober 2019 - 5 TaBV 5/19 - wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

- A. Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der am 10. April 2018 durchgeführten Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Beteiligten zu 4. 1
- Die zu 4. beteiligte Aktiengesellschaft beschäftigte im Dezember 2018 4.840 Arbeitnehmer. Dem bei der Beteiligten zu 4. gebildeten, zu 5. beteiligten Aufsichtsrat gehören sechs Arbeitnehmervertreter an, davon sind vier Arbeitnehmer des Unternehmens und zwei Vertreter von Gewerkschaften. 2

Am 10. April 2018 fand am Hauptsitz der Beteiligten zu 4. in K und an deren weiteren innerdeutschen Standorten in He und U sowie bei der To GmbH in G die Wahl der Arbeitnehmersvertreter im Aufsichtsrat statt. Der mit dem Hauptwahlvorstand personenidentische Betriebswahlvorstand in K bestand aus fünf Mitgliedern; Ersatzmitglieder waren nicht bestellt worden. 3

An der öffentlichen Stimmauszählung in K am 11. April 2018 nahm das Mitglied des Betriebswahlvorstands Ho unter Hinweis auf eine nicht anders zu terminierende ärztliche Untersuchung nicht teil, ohne eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen. Das Mitglied des Betriebswahlvorstands F war zu Beginn der Auszählung für einen unbestimmten Zeitraum abwesend. 4

Nach den Feststellungen des Betriebswahlvorstands K wurden bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der in § 3 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG bezeichneten Arbeitnehmer 1.692 Stimmen abgegeben. Von den 1.655 gültigen Stimmen entfielen 1.204 Stimmen auf die „Liste der I“ (Liste 1), 102 Stimmen auf die Liste „Gemeinsam stark für D“ (Liste 2) und 349 Stimmen auf die Liste „Unabhängige Kandidaten der Arbeitnehmer“ (Liste 3). Bei der Wahl des Aufsichtsratsmitglieds der Leitenden Angestellten wurden in K 1.686 Stimmen abgegeben. Von den 1.564 gültigen Stimmen erhielten der Bewerber Dr. D 965 Stimmen und der Bewerber M 599 Stimmen. Bei der Wahl der Gewerkschaftsvertreter wurden in K 1.619 gültige Stimmen abgegeben, davon 1.205 Stimmen für die Liste der I und 414 Stimmen für die Liste der Gewerkschaft V. Nach der Bekanntmachung des Hauptwahlvorstands wurden bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer insgesamt 2.361 Stimmen abgegeben. Von den 2.196 gültigen Stimmen entfielen 1.585 Stimmen auf die Liste 1, 321 Stimmen auf die Liste 2 und 412 Stimmen auf die Liste 3. Nach der Feststellung des Hauptwahlvorstands wurden als Aufsichtsratsmitglieder der in § 3 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG bezeichneten Arbeitnehmer Frau T, Herr Fi sowie Herr B (Beteiligte zu 7. bis 9.), als Aufsichtsratsmitglied der Leitenden Angestellten Herr Dr. D (Beteiligter zu 10.) und als Gewerkschaftsvertreter die Kandidaten von der Liste der I Frau Be und Herr Y (Beteiligte zu 11. und 12.) gewählt. Ein Antrag des Beteiligten zu 1. auf Neuauszählung der Stimmen wurde abgelehnt. Die Bekanntgabe des Wahlergebnisses im Bundesanzeiger erfolgte am 17. April 2018. 5

Mit ihrer am 27. April 2018 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antragschrift haben die zu 1. bis 3. beteiligten wahlberechtigten Arbeitnehmer der Beteiligten zu 4. die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer angefochten. Sie haben ua. die Auffassung vertreten, der Betriebswahlvorstand habe dadurch gegen § 41 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 3. WO MitbestG verstoßen, dass er nicht während der gesamten Stimmauszählung vollständig anwesend gewesen sei. 6

Die Beteiligten zu 1. bis 3. haben beantragt, 7
die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer vom 10. April 2018 bei der Beteiligten zu 4. für unwirksam zu erklären.

Die Beteiligte zu 4. hat beantragt, den Antrag abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die zweiwöchige Anfechtungsfrist des § 22 Abs. 2 MitbestG sei nicht gewahrt, da die Zustellung der Antragschrift an die weiteren Beteiligten nicht „demnächst“ iSv. § 167 ZPO erfolgt sei. Ein Verstoß gegen § 41 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 der 3. WO MitbestG liege nicht vor. Frau F habe in der Zeit ihrer Abwesenheit die Ergebnisse aus U, He und G entgegennehmen müssen. Da sie über kein mobiles Endgerät verfüge, habe sie an ihrem Computer am Arbeitsplatz auf die per E-Mail übermittelten Nachrichten gewartet. Jedenfalls habe ein etwaiger Wahlrechtsverstoß das Wahlergebnis nicht beeinflusst. 8

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde der Beteiligten zu 4. zurückgewiesen. Mit ihrer Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte zu 4. ihren Abweisungsantrag weiter. 9

B. Die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 4. ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben dem Wahlanfechtungsantrag der Beteiligten zu 1. bis 3. zu Recht stattgegeben. 10

I. Das Begehren der Antragsteller ist als Anfechtung der Wahl aller Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer einschließlich der Gewerkschaftsvertreter zu verstehen. Der Antrag ist nach seinem Wortlaut auf die Anfechtung der „Wahl 11

von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer“ gerichtet. Zu den gewählten Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer gehören die unternehmensangehörigen Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer (§ 7 Abs. 2, § 18 iVm. § 15 MitbestG) sowie die Vertreter von Gewerkschaften (§ 7 Abs. 2, § 18 iVm. § 16 MitbestG). Der Antragsbegründung lässt sich kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass die Wahl der Gewerkschaftsvertreter nicht angefochten werden sollte. Vielmehr sind die geltend gemachten Wahlfehler für die Wirksamkeit der Wahl aller gewählten Aufsichtsratsmitglieder von Bedeutung, so dass der Wahlanfechtungsantrag nicht auf einzelne Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer beschränkt werden konnte (vgl. BAG 11. Juni 1997 - 7 ABR 24/96 - zu B II 2 der Gründe, BAGE 86, 117).

II. Die Vorinstanzen haben zu Recht neben den Antragstellern das betroffene Unternehmen (Beteiligte zu 4.), den betroffenen Aufsichtsrat (Beteiligter zu 5.), die Gewerkschaft (Beteiligte zu 6.), auf deren Vorschlag Vertreter der Arbeitnehmer gewählt wurden, und die gewählten unternehmensangehörigen Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer (Beteiligte zu 7. bis 10.) am vorliegenden Verfahren beteiligt (vgl. BAG 15. Mai 2019 - 7 ABR 35/17 - Rn. 18, 20; 17. Mai 2017 - 7 ABR 22/15 - Rn. 21 f., BAGE 159, 111). Zu Unrecht ist jedoch eine Beteiligung der als Gewerkschaftsvertreter gewählten Aufsichtsratsmitglieder Be und Y unterblieben. Dies hat der Senat in der Rechtsbeschwerdeinstanz nachgeholt. 12

1. § 83 Abs. 3 ArbGG regelt nicht selbst, wer Beteiligter eines Beschlussverfahrens 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. 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 13

deinstanz dadurch behoben werden, dass die betreffende Person künftig am Verfahren beteiligt wird (*BAG 17. Mai 2017 - 7 ABR 22/15 - Rn. 18, BAGE 159, 111; 23. Juli 2014 - 7 ABR 23/12 - Rn. 13*).

2. Danach sind auch die Gewerkschaftsvertreter, deren Wahl angefochten ist, am Verfahren beteiligt. Sie verlieren ihr durch die Wahl erworbenes Aufsichtsratsmandat, wenn sich ihre Wahl als unwirksam erweist (*BAG 15. Mai 2019 - 7 ABR 35/17 - Rn. 17; 17. Mai 2017 - 7 ABR 22/15 - Rn. 19, BAGE 159, 111; 12. Februar 1985 - 1 ABR 11/84 - zu B I 1 der Gründe, BAGE 48, 96*). Der Senat hat mit Beschluss vom 14. Januar 2021 die Beteiligung der Gewerkschaftsvertreter Be und Y festgestellt. 14

III. Das Landesarbeitsgericht hat die Wahl zu Recht für unwirksam erklärt. Der Wahlanfechtungsantrag der Beteiligten zu 1. bis 3. ist begründet. 15

1. Die formellen Wahlanfechtungsvoraussetzungen liegen vor. Die zu 1. bis 3. beteiligten Antragsteller sind nach § 22 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 MitbestG als wahlberechtigte Arbeitnehmer des Unternehmens zur Anfechtung der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer berechtigt. Entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 4. haben die Antragsteller die Wahl rechtzeitig innerhalb der zweiwöchigen Antragsfrist des § 22 Abs. 2 Satz 2 MitbestG angefochten. 16

a) Nach § 22 Abs. 2 Satz 2 MitbestG ist die Anfechtung nur binnen einer Frist von zwei Wochen, vom Tage der Veröffentlichung des Wahlergebnisses im Bundesanzeiger an gerechnet, zulässig. Zur Wahrung der zweiwöchigen Anfechtungsfrist kommt es nicht darauf an, ob der Wahlanfechtungsantrag den übrigen Verfahrensbeteiligten innerhalb der Anfechtungsfrist oder „demnächst“ iSv. § 167 ZPO zugestellt wurde. Maßgeblich ist vielmehr der Eingang des Wahlanfechtungsantrags beim Arbeitsgericht (*vgl. ausführlich BAG 17. Mai 2017 - 7 ABR 22/15 - Rn. 31 ff., BAGE 159, 111*). Innerhalb der Frist, die nach § 187 Abs. 1 BGB mit dem auf die Veröffentlichung des Wahlergebnisses im Bundesanzeiger folgenden Tag beginnt, muss mindestens ein nach § 22 Abs. 1 MitbestG erheblicher Anfechtungsgrund geltend gemacht werden. Der Grund muss geeignet sein, 17

Zweifel an der nach den mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften zu beurteilenden Ordnungsmäßigkeit der durchgeführten Wahl zu begründen (*BAG 17. Mai 2017 - 7 ABR 22/15 - Rn. 30, aaO*).

b) Danach ist die Zweiwochenfrist gewahrt. Die Veröffentlichung des Wahlergebnisses im Bundesanzeiger erfolgte am 17. April 2018, der Antrag ist am 27. April 2018 beim Arbeitsgericht eingegangen. In der Antragsschrift haben die Beteiligten zu 1. bis 3. ua. geltend gemacht, dass der Betriebswahlvorstand entgegen § 41 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 3. WO MitbestG bei der Stimmauszählung nicht vollständig anwesend gewesen sei. Damit haben sie einen Sachverhalt dargelegt, der die Anfechtbarkeit der Wahl als möglich erscheinen lässt. 18

2. Die materiellen Wahlanfechtungsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt. 19

a) Nach § 22 Abs. 1 MitbestG kann die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer beim Arbeitsgericht angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. 20

b) Diese Voraussetzungen liegen vor. 21

aa) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass der Betriebswahlvorstand K dadurch gegen wesentliche Wahlvorschriften verstoßen hat, dass er die Auszählung der Stimmen und die Prüfung der Gültigkeit der Stimmzettel entgegen § 41 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 der 3. WO MitbestG zeitweise in Abwesenheit seines Mitglieds F durchgeführt hat, ohne dass dieses an der Teilnahme verhindert gewesen ist. 22

(1) Nach § 41 Abs. 1 der 3. WO MitbestG zählt der Betriebswahlvorstand unverzüglich nach Abschluss der Stimmabgabe öffentlich die Stimmen aus. Bei der Auszählung ist nach § 41 Abs. 3 Satz 1 der 3. WO MitbestG die Gültigkeit der Stimmzettel zu prüfen. Hierbei handelt es sich um wesentliche Wahlvorschriften, die zwingend festlegen, dass der Betriebswahlvorstand in seiner Gesamtheit die Stimmen auszählt und dabei die Gültigkeit der Stimmzettel prüft (*vgl. WKS/* 23

Wißmann Mitbestimmungsrecht 5. Aufl. § 9 Rn. 55 f. zur Vorabstimmung über die Art der Wahl; für die Betriebsratswahl: Fitting BetrVG 30. Aufl. § 13 WO 2001 Rn. 3; Forst in Richardi BetrVG 16. Aufl. § 14 WO 2001 Rn. 1; Jacobs GK-BetrVG 11. Aufl. § 14 WO Rn. 1). Das ergibt die Auslegung der Vorschriften.

(a) Schon nach dem Wortlaut der Bestimmungen erfolgt die Stimmauszählung und Gültigkeitsprüfung durch den Betriebswahlvorstand als Gremium und nicht nur durch dessen Vorsitzenden oder einzelne seiner Mitglieder. 24

(b) Der Gesamtzusammenhang der Regelung bestätigt dieses Verständnis. 25
§ 41 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 der 3. WO MitbestG weisen die Stimmauszählung und die Prüfung der Gültigkeit der Stimmzettel dem Betriebswahlvorstand zu, während § 17 Abs. 2 der 3. WO MitbestG, der gemäß § 40 Abs. 4 Satz 2 der 3. WO MitbestG bei der vorliegenden Wahl entsprechend anzuwenden ist, für die Stimmabgabe vorsieht, dass mindestens zwei Mitglieder des Betriebswahlvorstands im Wahlraum anwesend sein müssen; sind Wahlhelferinnen und Wahlhelfer bestellt, so genügt die Anwesenheit eines Mitglieds des Betriebswahlvorstands und einer Wahlhelferin oder eines Wahlhelfers. Daraus ergibt sich, dass der Betriebswahlvorstand nach dem Willen des Verordnungsgebers an der Auszählung der Stimmen und der Prüfung der Gültigkeit des Stimmzettel - anders als bei der Stimmabgabe - in seiner Gesamtheit teilzunehmen hat.

(c) Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck der Regelung. Die Auszählung der Stimmen und die Prüfung der Stimmzettel auf ihre Gültigkeit sind für die Ordnungsgemäßheit der Wahl von zentraler Bedeutung und sollen daher einer möglichst breiten Kontrolle unterliegen. Diese wird nicht nur durch die Öffentlichkeit der Stimmauszählung, sondern auch durch die Anwesenheit des gesamten Betriebswahlvorstands gewährleistet. 26

Die Beteiligte zu 4. macht ohne Erfolg geltend, dem Zweck, Manipulationen zu verhindern, werde schon bei der Anwesenheit von mehreren Wahlvorstandsmitgliedern hinreichend Rechnung getragen; die Anwesenheit aller Wahlvorstandsmitglieder sei dazu nicht erforderlich. Eine solche Einschränkung sieht das Gesetz nicht vor. Aus der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin 27

vom 16. November 1987 (- 12 TaBV 6/87 -) zur Überwachung des Auszählvorgangs mittels EDV-Anlage ergibt sich nichts Gegenteiliges.

(2) Die Stimmauszählung und Gültigkeitsprüfung durch einen nicht vollzähligen Betriebswahlvorstand ist nur dann ausnahmsweise zulässig, wenn das abwesende Mitglied des Betriebswahlvorstands verhindert und kein Ersatzmitglied bestellt ist. Dies ergibt sich aus § 5 Abs. 3 der 3. WO MitbestG. Nach dieser Vorschrift kann für jedes Mitglied des Betriebswahlvorstands für den Fall der Verhinderung ein Ersatzmitglied bestellt werden. Die Bestellung von Ersatzmitgliedern ist danach möglich, aber nicht zwingend vorgeschrieben. Daher ist davon auszugehen, dass der Betriebswahlvorstand auch ohne sein verhindertes Mitglied handlungsfähig ist, wenn kein Ersatzmitglied bestellt ist. Andernfalls hätte der Verordnungsgeber die Bestellung von Ersatzmitgliedern zwingend ausgestaltet, um eine mögliche Handlungsunfähigkeit des Betriebswahlvorstands auszuschließen. 28

(3) Danach durfte der Betriebswahlvorstand die Stimmauszählung und Gültigkeitsprüfung nicht zeitweise in Abwesenheit seines Mitglieds F durchführen. Eine Verhinderung der Frau F war nicht gegeben. 29

(a) Eine Verhinderung liegt vor, wenn sich das Betriebswahlvorstandsmitglied aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht in der Lage sieht, sein Amt auszuüben, etwa wegen Urlaubs, Dienstreise oder Krankheit (*WKS/Wißmann Mitbestimmungsrecht 5. Aufl. Vor § 9 Rn. 48 mit Verweis auf § 14 Rn. 30 ff. zur Verhinderung von Delegierten mwN; vgl. zur Verhinderung von Betriebsratsmitgliedern: BAG 28. Juli 2020 - 1 ABR 5/19 - Rn. 29; 8. September 2011 - 2 AZR 388/10 - Rn. 24; Fitting BetrVG 30. Aufl. § 25 Rn. 17; Thüsing in Richardi BetrVG 16. Aufl. § 25 Rn. 6 ff.*) 30

(b) Frau F war nicht verhindert, an der gesamten Stimmauszählung teilzunehmen. Sie sollte zwar in ihrer Funktion als Mitglied des Hauptwahlvorstands die Wahlergebnisse aus U, He und G entgegennehmen. Dies hätte aber nach Abschluss der Stimmauszählung und Gültigkeitsprüfung erfolgen können. 31

bb) Eine Berichtigung des Verstoßes gegen § 41 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 der 3. WO MitbestG durch Neuauszählung aller Stimmen durch den Betriebswahlvorstand ist nicht erfolgt. Der Betriebswahlvorstand hat den Antrag auf Neuauszählung der Stimmen abgelehnt. 32

cc) Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass der Verstoß gegen § 41 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 der 3. WO MitbestG das Wahlergebnis beeinflussen konnte. 33

(1) Nach § 22 Abs. 1 MitbestG berechtigen Verstöße gegen wesentliche Wahlvorschriften nur dann nicht zur Anfechtung der Wahl, wenn die Verstöße das Wahlergebnis objektiv weder ändern noch beeinflussen konnten. Dabei ist entscheidend, ob bei einer hypothetischen Betrachtungsweise eine Wahl ohne den Verstoß gegen wesentliche Wahlvorschriften unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zwingend zu demselben Wahlergebnis geführt hätte. Eine verfahrensfehlerhafte Wahl muss nur dann nicht wiederholt werden, wenn sich konkret feststellen lässt, dass auch bei der Einhaltung der Wahlvorschriften kein anderes Wahlergebnis erzielt worden wäre (*vgl. etwa Henssler in Habersack/Henssler Mitbestimmungsrecht 4. Aufl. § 21 MitbestG Rn. 27; Jacobs in Raiser/Veil/Jacobs MitbestG 7. Aufl. § 22 Rn. 13; WKS/Wißmann Mitbestimmungsrecht 5. Aufl. § 22 Rn. 33; zur Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nach dem DrittelbG vgl. BAG 15. Dezember 2011 - 7 ABR 56/10 - Rn. 41; zur Betriebsratswahl vgl. BAG 16. September 2020 - 7 ABR 30/19 - Rn. 28; 18. Juli 2012 - 7 ABR 21/11 - Rn. 30 mwN; 25. Mai 2005 - 7 ABR 39/04 - zu B II 2 d aa der Gründe, BAGE 115, 34*). 34

(2) Danach war der Verstoß gegen § 41 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 der 3. WO MitbestG geeignet, das Wahlergebnis zu beeinflussen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Wahlergebnis bei einer durchgehenden Teilnahme von Frau F an der Stimmauszählung anders ausgefallen wäre. Vielmehr ist denkbar, dass in diesem Fall etwaige Fehler bei der Zuordnung von Stimmen vermieden und Entscheidungen über die Gültigkeit von Stimmzetteln anders getroffen worden wären. Die Rechtsbeschwerde macht ohne Erfolg geltend, dass Fehler bei der Zuordnung der Stimmen oder Entscheidungen über die Gültigkeit von 35

Stimmzetteln aufgrund der Anwesenheit von drei Mitgliedern des Betriebswahlvorstands und 50 Wahlhelfern sowie aufgrund der Öffentlichkeit der Stimmauszählung faktisch ausgeschlossen gewesen seien.

(a) Die Anwesenheit von drei Mitgliedern des Betriebswahlvorstands schließt Fehler bei der Stimmenzuordnung nicht aus. Es ist auch denkbar, dass Entscheidungen über die Gültigkeit von Stimmzetteln, die der Betriebswahlvorstand nach § 7 Abs. 3 Satz 1 3. WO MitbestG durch Beschluss mit der Mehrheit seiner Stimmen trifft, anders ausgefallen wären, wenn Frau F an der Entscheidungsfindung teilgenommen hätte. 36

(b) Entsprechendes gilt für die Heranziehung von Wahlhelfern. Der Betriebswahlvorstand kann nach § 7 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 der 3. WO MitbestG Wahlberechtigte des Betriebs als Wahlhelferinnen und Wahlhelfer zu seiner Unterstützung heranziehen. Wahlhelfer üben Hilfsfunktionen aus, etwa bei der Stimmgabe und Stimmauszählung. Die Verantwortung für die ordnungsgemäße Durchführung der Wahl bleibt jedoch beim Betriebswahlvorstand; er hat die Tätigkeit der Wahlhelfer zu überwachen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass Frau F fehlerhafte Stimmenzuordnungen festgestellt hätte, wenn sie an der Stimmauszählung durchgehend teilgenommen und die Tätigkeit der Wahlhelfer überwacht hätte. Auf die Entscheidungen über die Gültigkeit von Stimmzetteln kann sich der Einsatz von Wahlhelfern schon deshalb nicht ausgewirkt haben, weil Wahlhelfer daran nicht mitwirken (*Henssler in Habersack/Henssler Mitbestimmungsrecht 4. Aufl. vor § 9 MitbestG Rn. 31; WKS/Wißmann Mitbestimmungsrecht 5. Aufl. Vor § 9 Rn. 88*). Allein die Mitglieder des Wahlvorstands sind legitimiert, von hierbei bestehenden Beurteilungsspielräumen Gebrauch zu machen (*WKS/Wißmann Mitbestimmungsrecht 5. Aufl. Vor § 9 Rn. 88*). 37

(c) Auch der Umstand, dass die Auszählung öffentlich zu erfolgen hatte, schließt etwaige Fehler bei der Stimmenzuordnung und der Beurteilung der Gültigkeit der Stimmen nicht aus. Die „Öffentlichkeit“ der Stimmauszählung nach § 79 Abs. 1 der 3. WO MitbestG umfasst zwar den gesamten Vorgang der Ermittlung des Wahlergebnisses. Das bedeutet allerdings nicht, dass die Anwesenden 38

dem Wahlvorstand „über die Schulter blicken“ können. Das Gebot, die Auszählung in öffentlicher Sitzung vorzunehmen, soll gewährleisten, dass selbst der Anschein von Manipulationen vermieden wird. Die Beobachtungsmöglichkeit dient der Kontrolle des Auszählvorgangs durch die Öffentlichkeit, ohne damit eine vollständige Rechtmäßigkeitskontrolle zu bezwecken. Die Beratung und Beschlussfassung des Wahlvorstands bei der öffentlichen Stimmauszählung muss daher nicht in dem Sinne öffentlich sein, dass die Anwesenden die Entscheidung in jedem Fall zur Kenntnis nehmen können. Ein „Mitlesenkönnen“ ist nicht erforderlich (*BAG 17. Mai 2017 - 7 ABR 22/15 - Rn. 43, BAGE 159, 111*).

Gräfl

Waskow

M. Rennpferdt

R. Schiller

Meißner