

ARBEIT  
WIRTSCHAFT  
RECHT

FESTSCHRIFT FÜR  
MARTIN HENSSLER  
ZUM 70. GEBURTSTAG

Herausgegeben von

Christian Deckenbrock, Clemens Höpfner, Matthias Kilian,  
David Markworth, Ulrich Sittard

2023



Zitiervorschlag: Autor FS Henssler, 2023, ...

**www.beck.de**

ISBN 978 3 406 80416 8

© 2023 Verlag C. H. Beck oHG  
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck und Bindung: Beltz Grafische Betriebe GmbH  
Am Fliegerhorst 8, 99947 Bad Langensalza

Umschlaggestaltung: Druckerei C. H. Beck Nördlingen  
Satz: Jung Crossmedia Publishing GmbH, Lahnau

Foto Jubilar, S. II: Simon Wegener



Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier  
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

## Der doppelte Betriebsrat

### *I. Ein Betriebsrat ist besser als keiner*

Ausgangspunkt dieser Überlegungen zu Ehren von *Martin Henssler* ist die Rechtsprechung des BAG, die Angriffe gegen die Wahl eines Betriebsrats in die Schranken weist. Das BetrVG gibt mit der Wahlanfechtung des § 19 vor: Ein (womöglich) fehlerhaft gewählter Betriebsrat bleibt im Amt, bis ein Gericht durch Gestaltungsentscheidung dieses Amt rechtskräftig beendet. Hauptfall ist die „Verkennung des Betriebsbegriffes“ – also genauer: der rechtliche oder tatsächliche Irrtum des Wahlvorstandes über die Betriebsgrenzen. Mit dem Wahlausschreiben definiert er den „Wahlbezirk“, der über aktives Stimmrecht und passives Wahlrecht entscheidet. Solange diese Fehleinschätzung nicht „grob und offensichtlich“ ist, kommt eine Nichtigkeit der Wahl nicht in Betracht.

Das betrifft mithin Irrtümer über

- die eigentlichen Betriebsgrenzen des § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG (Arbeitsorganisation und Leitungsapparat),
- das Bestehen oder die Reichweite eines Gemeinschaftsbetriebes mehrerer Unternehmen nach § 1 Abs. 1 S. 2 BetrVG und § 1 Abs. 2 BetrVG;
- die Zuordnung von Betriebsteilen und Kleinbetrieben nach § 4 BetrVG und
- nach dem BAG sogar die Anwendung einer unwirksamen gewillkürten Betriebsstruktur nach § 3 BetrVG.<sup>1</sup>

Daraus folgert das BAG weiter: gegen eine voraussichtlich nur anfechtbare Wahl sei kein vorläufiger Rechtsschutz möglich. Eine einstweilige Verfügung gegen die Wahldurchführung, also auf Wahlabbruch, soll es nur geben, wenn die Wahl absehbar nichtig ist; die bloße Anfechtbarkeit reiche nicht aus. Der Siebte Senat führt aus: „Würde schon im Fall der voraussichtlich sicheren Anfechtbarkeit der bevorstehenden Wahl ein Abbruch zugelassen, würde verhindert, dass zumindest vorläufig ein Betriebsrat zustande kommt, wie es das Betriebsverfassungsgesetz vorsieht. Damit würde ein betriebsratsloser Zustand aufrechterhalten, der nach der Konzeption des Betriebsverfassungsgesetzes lediglich bei einer nichtigen Wahl eintreten darf. Das Betriebsverfassungsgesetz will betriebsratslose Zustände möglichst vermeiden“.<sup>2</sup> Dogmatisch ist das angreifbar; weil die Beschränkung der nachlaufenden Folgen von Wahlfehlern nach einmal durchgeführter Wahl kein rechtliches Argument dafür abgibt, solche Fehler nicht präventiv abzuwehren – um so die richtige Wahl zu ermöglichen.

Das bedeutet praktisch: Der Wahlvorstand ist irrtumsprivilegiert – bis die Betriebsgrenzen in einem Statusverfahren nach § 18 Abs. 2 BetrVG festgestellt sind. Die Ignoranz gegenüber dem rechtskräftigen Betriebsfeststellungsbeschluss mündet grundsätzlich in die Nichtigkeit

---

<sup>1</sup> BAGE 144, 290 = NZA 2013, 738 Rn. 16f.; GK-BetrVG/Franzen, 12. Aufl. 2022, § 3 Rn. 76; Salamon NZA 2013, 1124 (1127f.); für die Gegenmeinung etwa Spinner/Wiesenecker FS Löwisch, 2007, 387.

<sup>2</sup> BAGE 138, 377 = NZA 2012, 345 Rn. 24ff., 33.

der Wahl.<sup>3</sup> Dieses Irrtumsprivileg kann aktiv genutzt werden. Mit der Hingabe an den Irrtum kann ein Wahlvorstand größere Einheiten schaffen, etwa „um“ betriebsbezogene Schwellenwerte mit dem solchermaßen vergrößerten Betrieb zu überschreiten (Freistellungen nach § 38 BetrVG) oder unternehmensbezogene Schwellenwerte durch wechselseitige Arbeitnehmerzurechnung im Gemeinschaftsbetrieb „zu bewältigen“. Auch kann solchermassen ein Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung über die Betriebsstruktur „ersetzt“ werden, etwa wenn Verhandlungen gescheitert sind. Der „vorsätzliche Irrtum“ ist als Wahlmanipulation in aller Regel grob – aber bei einigem Geschick jedenfalls nicht offensichtlich. So bewendet es bei der Wahlanfechtung.

## II. Folgeproblem: Konkurrenz zweier örtlicher Betriebsräte?

Wenn ein fehlerhaft gewählter Betriebsrat vorläufig im Amt ist, so kann dies zur Doppelung von Betriebsratsämtern führen: Werden von zwei Wahlvorständen Betriebsratswahlen in sich überschneidenden „Anscheins-Betrieben“ durchgeführt, so stehen nach diesen Wahlen zwei örtliche Betriebsräte in Konkurrenz zueinander. Im Überschneidungsbereich der von den Wahlausschreiben konstituierten Anscheinsbetriebe agieren zwei Betriebsräte für dieselben Arbeitnehmer.

Möglich ist diese störende Zuständigkeitskonkurrenz in vier Fallgestaltungen:

- Betriebsgrenzen des § 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG können sich scheinbar überlappen, wenn eine Abteilung räumlich mit dem einen Betrieb verbunden ist, aber vom Leitungsapparat einer anderen Einheit gesteuert wird. Mitunter haben sich aber durch Fehlsteuerung Betriebsstrukturen etabliert – etwa ein Regionalbetriebsrat ohne normative Grundlage, allein auf der Basis von (gezielt) fehlgesteuerten Wahlen. Eine lokale Belegschaft mag aufbegehren und einen ortsnahen Betriebsrat wollen.
- Fehlt zum Gemeinschaftsbetrieb die (auch konkludente) Führungsvereinbarung der beteiligten Unternehmen, so bleibt es bei der gesetzlichen Betriebsverfassung. Erfasst eine Führungsvereinbarung weniger Unternehmen als gedacht, so ist nur in jenen ein gemeinschaftlicher Betriebsrat zu wählen. Wenn die großen Betriebsräte ein Interesse an der Verbreiterung ihrer Machtbasis haben, könnten Betriebsräte kleiner Einheiten sich durch eine Wahl zu behaupten versuchen.
- Eine für einen Betriebsteil gehaltene Einheit kann wählen, obzwar es für § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BetrVG an der erforderlichen relativen Selbständigkeit fehlt. Sie tritt dann womöglich in Konkurrenz zu dem für den ganzen Betrieb gewählten Betriebsrat. Umgekehrt mag ein Betriebsteil, in dem diese Qualität erst entdeckt wird, von dem Recht Gebrauch machen, erstmals eine eigene Vertretung zu wählen. Wenn das dem bisherigen und großen Betriebsrat nicht gefällt (Machtverlust durch Sezession), wird er eine Wahl im bisherigen Umfang veranstalten lassen. Da er den Wahlvorstand benennt, hat er entsprechende Einflussmöglichkeiten.
- Ist der Tarifvertrag oder die Betriebsvereinbarung über eine gewillkürte Betriebsstruktur unwirksam (aus formalen Gründen oder wegen unzureichender Sachdienlichkeit), so bewendet es bei der gesetzlichen Betriebsverfassung. Betriebsräte, die durch einen gewillkürten Regional- oder Unternehmensbetriebsrat (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG) oder einen Spartenbetriebsrat (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) abgelöst werden sollen, könnten versuchen, die eigene Existenz durch Veranstaltung von Wahlen im bisherigen Betrieb zu retten und zugleich die Wirksamkeit der Kollektivvereinbarung zu bestreiten.

<sup>3</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 19 Nr. 55, unter C. I. 2. = BeckRS 2004, 40398 Rn. 16. Das BAG meinte dort obiter und irrig, dass ein nicht rechtskräftiger Beschluss die Verfahrensbeteiligten in ihrer Einschätzung des Betriebes binden könne. Indes sind Feststellungsentscheidungen auch der Arbeitsgerichte nicht vorläufig vollstreckbar, weil sie keinen vollstreckbaren Inhalt haben.

Das Ausgangsprinzip der Folgenbeschränkung von Wahlfehlern auf die Anfechtbarkeit führt zum Störfall. Das BetrVG folgt einem strikten Organisationsprinzip: Für einen Arbeitnehmer kann und darf es keine zwei konkurrierenden Betriebsräte geben (Highlander-Prinzip: „Es kann nur einen geben“). Deswegen sind Zuständigkeiten im BetrVG lückenlos und überschneidungsfrei. Gesamtbetriebsräte oder Konzernbetriebsräte können nur zuständig sein, wenn kein anderer Betriebsrat zuständig ist, §§ 50 Abs. 1, 58 Abs. 1 BetrVG. Rahmenzuständigkeiten des einen Betriebsrats, dessen Rahmenregeln dann ein anderer Betriebsrat auszufüllen hätte, gibt es nicht. Überschneidende Betriebsratszuständigkeiten mündeten in elementare Regelungskonflikte: Was soll gelten, wenn der örtliche und der Gesamtbetriebsrat in gleicher Weise für eine „Angelegenheit“ regelungszuständig sind?

Deswegen ist diese betriebsverfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung insgesamt tarified<sup>4</sup> und zwar gerade auch gegenüber der gewillkürten Betriebsstruktur des § 3 BetrVG.<sup>5</sup> Für den Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen kommt zwar die Zuständigkeit von Gesamtbetriebsräten der beteiligten Unternehmen in Betracht (arg § 47 Abs. 9 BetrVG). Doch kann der Gesamtbetriebsrat immer nur für das eigene Unternehmen und dessen Arbeitnehmer zuständig sein – zu einer überschneidenden Zuständigkeit kommt es nicht.<sup>6</sup>

Erst recht ausgeschlossen ist es, dass für einen Betrieb oder Betriebsteil zwei örtliche Betriebsräte zuständig sind. Deswegen darf ein Betriebsteil nach § 4 Abs. 1 S. 2 BetrVG nur dann an der Wahl im Hauptbetrieb teilnehmen, wenn dort kein eigener Betriebsrat besteht. Und deswegen lässt § 13 Abs. 2 BetrVG eine außerturnusgemäße Betriebsratswahl grundsätzlich nur zu, wenn kein Betriebsrat (mehr) besteht (Nr. 3 bis 6) oder dessen Amtszeit wegen Repräsentationsmängeln vorzeitig endet (Nr. 1 und 2).

Andernfalls drohen erhebliche Folgeprobleme gerade bei den „örtlichen Angelegenheiten“. Wer ist für die Zustimmung zur Einstellung und Versetzung zuständig? Was gilt, wenn der eine Betriebsrat der Versetzung zustimmt und der andere die Zustimmung verweigert? Wer nimmt die Überwachungsaufgabe des § 80 BetrVG wahr? Wie soll der Arbeitgeber mit divergenten Äußerungen der konkurrierenden Betriebsräte umgehen? Schließlich: Soll der Arbeitgeber nach § 40 BetrVG die Kosten für zwei konkurrierende Betriebsräte tragen, weil beide anfechtbar im Amt sind?

### III. Korrektur durch besonderen Wahlnichtigkeitsgrund

Die Rechtsprechung hat bislang nur in wenigen Fällen zu dieser Frage Stellung genommen. Ausgangspunkt ist eine Entscheidung des BAG aus 1978: Pikanterweise ging es um einen Streit um die Betriebsverfassungsstruktur einer DGB-Gewerkschaft. Am Sitz der Hauptverwaltung der Gewerkschaft der Eisenbahner Deutschlands (GdED, später transnet und nach Fusion heute EVG) in Frankfurt wurde 1974 ein Betriebsrat für einen vermeintlichen bundesweiten Betrieb gewählt. 1976 wählten die Arbeitnehmer der Münchner Bezirksleitung einen eigenen Betriebsrat, obzwar sie 1974 in Frankfurt mitgewählt hatten. Der Betriebsverfassungssenat hat diese zweite Wahl für nichtig gehalten: „Eine nichtige Betriebsratswahl ist nur in Ausnahmefällen anzunehmen, und zwar dann, wenn ein so grober und offensichtlicher Verstoß gegen wesentliche Grundsätze des gesetzlichen Wahlrechts vorliegt, daß nicht einmal der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl vorliegt [...]. Ein solcher Fall ist unter anderem dann gegeben, wenn während der Amtszeit eines ordnungsmäßig gewählten Betriebsrats für denselben Betrieb oder eine Teilorganisation ohne begründeten Anlaß ein weiterer Betriebsrat mit dem Ziel gewählt wird, den amtierenden

<sup>4</sup> BAG NZA 1999, 1056; NZA 2005, 234; NZA 2003, 992.

<sup>5</sup> BAG NZA 2015, 694 (Leitsatz).

<sup>6</sup> Salamon RdA 2008, 24 (31).

Betriebsrat abzulösen; denn in einem Betrieb kann nur ein Betriebsrat bestehen“.<sup>7</sup> Der Senat betont, dass die Bezirksleitung in München womöglich ein verselbständigungsfähiger Betriebsrat sei – was aber nicht durch eine außerplanmäßige Wahl „gegen“ den Zentralbetriebsrat in Frankfurt geltend gemacht werden könne. Kritisieren mag man, dass der Senat nicht erwogen hat, ob die offenkundig manipulative Wahl eines Einheitsbetriebsrats für die gesamte Republik ihrerseits offenkundig den Betriebsbegriff verfehlt hat. Amtswegige Feststellungen zu Arbeitsorganisation und Leitungsapparat fehlen. Das ist misslich, weil der Betriebsrat bei einer Gewerkschaft die einzig effektive Form kollektiver Interessenvertretung ist.

2004 hat dies der Siebte Senat in der Orchesterentscheidung bestätigt: Die ehemaligen RIAS-Orchester werden seit der Wiedervereinigung von einer GmbH getragen. Dort wurde 1998 ein einheitlicher Betriebsrat für alle Klangkörper gewählt. Das Deutsche Symphonieorchester (DSO) wollte als selbständiger Betriebsteil nach § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BetrVG bei den Regelbetriebsratswahlen 2002 einen eigenen Betriebsrat wählen. Auf einer Orchesterversammlung wurde am 21.11.2001 ein eigener Wahlvorstand bestellt, der am 8.3.2002 die Wahl durchführte. Der vom bisherigen Betriebsrat für alle Arbeitnehmer, auch diejenigen des DSO, bestellte Wahlvorstand (Bestellungsdatum nicht mitgeteilt) führte seine Wahl am 15.3.2002 durch. Die Arbeitgeberin machte die Nichtigkeit der Wahl zum DSO-Betriebsrat geltend. Das BAG betonte das Recht derjenigen Belegschaft, die zuerst gewählt hat: „Eine Betriebsratswahl ist nur in ganz besonderen Ausnahmefällen nichtig. Voraussetzung dafür ist, dass gegen allgemeine Grundsätze jeder ordnungsgemäßen Wahl in so hohem Maße verstoßen worden ist, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl nicht mehr besteht. Es muss sowohl ein offensichtlicher als auch ein besonders grober Verstoß gegen Wahlvorschriften vorliegen [...]. Das kann anzunehmen sein, wenn während der Amtszeit eines ordnungsgemäß gewählten Betriebsrats für denselben Betrieb oder Betriebsteil ohne begründeten Anlass ein weiterer Betriebsrat gewählt wird mit dem Ziel, den amtierenden Betriebsrat abzuwählen. Denn in einem Betrieb kann nur ein Betriebsrat bestehen [...] Diese Voraussetzungen sind im Streitfall nicht erfüllt. Die Wahl des Betriebsrats DSO am 8. März 2002 fand nicht statt, um den im Jahr 1998 für den gesamten Betrieb gewählten Betriebsrat während dessen Amtszeit abzuwählen. Der Betriebsrat DSO wurde vielmehr für die im Jahr 2002 beginnende regelmäßige Amtszeit gewählt. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden. Anders verhielt es sich, wenn im Zeitpunkt der Wahl des Betriebsrats DSO bereits für die neue regelmäßige Amtszeit ein gemeinsamer Betriebsrat für den gesamten Betrieb der Arbeitgeberin gewählt gewesen wäre. Das war aber nicht der Fall.“<sup>8</sup> Das BAG bestätigt also das Recht des für den Betriebsteil gewählten Betriebsrats; welche Folgen dies für den einheitlichen Betriebsrat hat, spricht das Gericht nicht an.

Ähnlich entscheiden Instanzgerichte: Das LAG Köln hält eine zweite Betriebsratswahl für nichtig, wenn ein Teil der Belegschaft bereits zuvor einen eigenen Betriebsrat (womöglich in Verkennung der Anforderungen des § 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG) gewählt hat; mithin sei ausnahmsweise eine Wahlabbruchverfügung gegen die zweite Betriebsratswahl zulässig. „Diese betriebsverfassungswidrige Situation kann auch nicht für eine Übergangszeit toleriert werden.“<sup>9</sup> Auch das LAG Hessen hat eine Wahlabbruchverfügung erlassen, weil zwei von mehreren Unternehmen eines möglichen Gemeinschaftsbetriebes ihrerseits für den „kleinen“ Gemeinschaftsbetrieb zuvor eine allenfalls anfechtbare Betriebsratswahl im vereinfachten Wahlverfahren des § 14a BetrVG durchgeführt hatten.<sup>10</sup> Das LAG Düsseldorf hält in einem Verfügungsverfahren die Bestellung des „zweiten Wahlvorstandes“ für einen dann konkurrierenden Betriebsrat für nichtig, weshalb dieser keinen Zugang zum Betrieb erzwingen könne.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 19 Nr. 8, unter II. 2.

<sup>8</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 4 Nr. 15, unter II. 1. b) bb) (1), (2).

<sup>9</sup> LAG Köln BeckRS 2006, 43761.

<sup>10</sup> LAG Hessen BeckRS 2002, 30879890.

<sup>11</sup> LAG Düsseldorf BeckRS 2007, 47709.

Versucht man eine dogmatische Einordnung, so überzeugt die Idee des BAG aus 1978 nicht, die Doppelwahl sei „offensichtlicher Verstoß gegen wesentliche Grundsätze des gesetzlichen Wahlrechts“ und also gemäß der allgemeinen Doktrin Nichtigkeitsgrund. Ob und wie weit sich Betriebsgrenzen überschneiden, kann schwierig festzustellen sein. Offenkundig ist da wenig. Vielmehr soll im Kern stets, also auch in den nicht so offenkundigen Fällen verhindert werden, dass zwei konkurrierende Betriebsräte einander in der Arbeit behindern, womöglich lähmen. Das ist ein schlechthin unerwünschtes Ergebnis, schon mit Blick auf die Strafnorm des § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Hält das BAG an der Offenkundigkeitsthese fest, führt das zu Folgeproblemen: Einmal lässt das keinen Raum für eine Teilnichtigkeit der zweiten Wahl (dazu sogleich) und zum anderen bedeutet die Offenkundigkeit, dass den Schein-Amtsträgern im Schein-Betriebsrat weder Freistellung noch Kostenersatzung nach § 40 BetrVG gewährt werden kann (dazu → IV. 1.).

Richtig ist aus der Binnensystematik des BAG der Ansatz, auf die Abfolge der Wahlen abzustellen. Allein die Priorität kann entscheiden, welcher Betriebsrat vorläufig im Amt bleibt, bis über eine etwaige Wahlanfechtung entschieden ist. Irgendein anderweitiger Maßstab, welche Arbeitnehmervertretung „besser passt“, ist nicht in Sicht. Das eröffnet notwendig ein Wettrennen um die erste Wahl, was kleinen sezessionsbereiten Einheiten einen klaren Vorteil eröffnet – durch die „Hau-Ruck-Wahl“ der §§ 14a, 17a BetrVG. Auch mag der Arbeitgeber den Wahlvorstand für den ihm genehmen Betriebsrat schneller mit den erforderlichen Informationen versorgen.

Denkbar wäre es zwar, dieses Prioritätsprinzip an der Bestellung des Wahlvorstandes auszurichten (wie dies das LAG Düsseldorf meint). Dann wäre die Bestellung des zweiten Wahlvorstandes nichtig und es müsste entschieden werden, ob dies die Nichtigkeit der Betriebsratswahl auslöst.<sup>12</sup> Vor allem aber: Entscheidender Legitimationsakt ist die Wahl und nicht die Wahlvorbereitung. Außerdem konkretisiert der Wahlvorstand mit dem Wahlausschreiben die Betriebsgrenzen, wovon wiederum die konkrete Überschneidung und Zuständigkeitsdoppelung abhängt.

Bislang wenig bedacht ist die Frage nach der Reichweite der Nichtigkeit: Im GdED-Fall bestand dazu kein Anlass, weil der bundesweite Zuständigkeitsbereich des Zentralbetriebsrates keinen Raum für eine Restzuständigkeit ließ. Im Orchesterfall dagegen muss entschieden werden: Vernichtet die schnellere Wahl des Orchesterbetriebsrates im Betriebsteil die spätere Wahl des größeren Betriebsrats insgesamt oder nur teilweise, so dass der Betriebsrat zwar gewählt ist, aber keine Zuständigkeit für den verselbständigten Betriebsteil hat. Dafür spricht aus Sicht des BAG erstens das Grundprinzip, dass ein falsch gewählter Betriebsrat besser ist als keiner. Die überschießende Vernichtung des Betriebsrats mit der räumlich größeren Zuständigkeit auch dort, wo es keinen Konflikt mit dem anderen Betriebsrat gibt, wäre aus dieser Sicht widersinnig. Zudem ist dies ein Fall der Verkennung der Betriebsgrenzen. In der Sekunde der ersten Wahl steht fest, dass die zweite Wahl den vom ersten Betriebsrat beanspruchten Zuständigkeitsbereich aussparen muss und dass die dort betriebszugehörigen Wähler von der Wählerliste zu streichen sind. Das muss der Wahlvorstand für die Durchführung der zweiten Wahl korrigieren. Tut er das nicht, ist richtigerweise nur der Weg zur Anfechtbarkeit eröffnet.

Allerdings müsste das BAG hierfür von seiner fragwürdigen These abrücken, die Fehlerhaftigkeit einer solchen Wahl mit Betriebsratsdoppelung sei stets offenkundig; das mündete notwendig in die Totalnichtigkeit der zweiten Wahl. In der Orchester-Entscheidung hat sich der Siebte Senat zurückgehalten und die nicht verfahrensgegenständliche Frage, welches rechtliche Schicksal den für den Gesamtbetrieb später gewählten Betriebsrat ereilt, ausgeblendet.

<sup>12</sup> Offen gelassen BAGE 138, 377 = NZA 2012, 345 Rn. 45; vgl. auch BAG AP BetrVG 1972 § 19 Nr. 55.

Schließlich: Wenn der zuerst gewählte Betriebsrat ungeachtet der Wahlfehler (die nur zur Wahlanfechtung führen) vorläufig für den „Betrieb“, genauer: für die vermeintliche betriebsratsfähige Einheit gewählt ist, dann konstituiert das notwendig einen „vorläufigen Betrieb“. Die objektive Rechtslage mag hiervon abweichen – was insbesondere im Statusverfahren des § 18 Abs. 2 BetrVG festgestellt werden kann. Für die betriebsverfassungsrechtliche Arbeit hingegen muss der aus Wahlvorstandsbestellung, Wahlausschreiben und Vollzug des Wahlaktes geschaffene Betrieb die Zuständigkeit des anfechtbar gewählten Betriebsrats definieren. Praktisch wichtig ist das insbesondere für die nach § 3 BetrVG gewillkürte Betriebsstruktur: Der Tarifvertrag oder die Betriebsvereinbarung mag unwirksam sein und deswegen normativ keinen Betrieb iSv § 3 Abs. 5 BetrVG erzeugen können. Solange das BAG hieraus nur die Anfechtbarkeit der Wahl folgert, kann die unwirksame Kollektivvereinbarung im Wahlvollzug einen Betrieb erzeugen, für den der anfechtbar gewählte Rat im Amt ist.

## IV. Folgen der Nichtigkeit

### 1. Folgen für die Amtsträger

Ist die Betriebsratswahl insgesamt nichtig, so haben die Betriebsratsmitglieder kein Amt und keinen Ämterschutz. Der Betriebsrat existiert nicht und kann keine betriebsverfassungsrechtlichen Handlungen vornehmen;<sup>13</sup> etwaige Beschlüsse sind rechtliches nullum. Der Scheinbetriebsrat ist nicht funktional teilrechtsfähig, kann insbesondere als Gremium keine Ansprüche gegen den Arbeitgeber erheben.

Nach dem BetrVG genießen die Scheinamtsträger keinen individuellen Schutz. Sie haben keinen Sonderkündigungsschutz als Betriebsratsmitglieder<sup>14</sup> und auch keinen Benachteiligungsschutz. Die strafrechtliche Bewehrung des Amtsschutzes in § 119 BetrVG setzt ein wirksam begründetes Amt voraus. Verrichten solche Personen scheinbare Amtstätigkeit, können sie hierfür keine Freistellung von der Arbeitsleistung nach § 37 BetrVG beanspruchen. Die Scheinamtstätigkeit ist keine Arbeitsleistung und keine Amtstätigkeit; sie führt mithin zur Entgeltkürzung nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB. Auch für Kostenersatzansprüche nach § 40 BetrVG ist bei strikter Normanwendung kein Raum. Das BAG will zwar im Fall der unerkannt nichtigen Betriebsratswahl im Tendenzbetrieb den Scheinmitgliedern im nichtigen Betriebsrat individuelle Kostenersatzansprüche „analog“ § 40 BetrVG zusprechen;<sup>15</sup> in der Konsequenz läge es dann, auch eine Arbeitsbefreiung für „erforderliche“ Betriebsratstätigkeit im Scheinamt analog § 37 BetrVG zu gewähren. Für den wegen fehlender Konzernierung womöglich von Anfang an inexistenten Konzernbetriebsrat sollen gar kollektive Kostenersatzansprüche entstehen können, wenn dem Konzernbetriebsrat seine Nichtexistenz nicht offensichtlich war<sup>16</sup>; das ist unlogisch, weil der Konzernbetriebsrat in diesem Fall nie bestanden hat; einen Vertrauensschutz in nicht-existente betriebsverfassungsrechtliche Gremien kennt das Gesetz nicht. Vertragspartner des Konzernbetriebsrats müssten sich in diesem Fall womöglich an die handelnden Personen halten.<sup>17</sup> Dem Arbeitgeber wird so ohne gesetzliche Grundlage das Kostenrisiko nicht-existenter Betriebsräte aufgelegt. Im Fall der Doppelwahl helfe immerhin, dass das BAG bislang die Nichtigkeit der zweiten Wahl auf den „offensichtlichen Verstoß gegen wesentliche Grundsätze des gesetzlichen Wahlrechts“ stützt. Das schliesse dann auch Entgeltzahlung für Scheinamtstätigkeit

<sup>13</sup> BAG NJW 1976, 2229.

<sup>14</sup> BAG NJW 1976, 2229.

<sup>15</sup> BAG NZA 1998, 1133: Beschäftigte in einer kirchlichen Einrichtung der Diakonie können offenbar nicht wissen, dass dort kirchliches Mitarbeitervertretungsrecht gilt.

<sup>16</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 54 Nr. 12 = BeckRS 2007, 41758.

<sup>17</sup> Dazu BGHZ 195, 174 = NZA 2012, 1382.

und Kostenerstattung aus. Abgesehen hiervon ist die Frage aufgeworfen, ob nicht die Opfergrenze des Arbeitgebers überschritten ist, wenn er auch nur zeitweise zwei konkurrierende Betriebsräte finanzieren muss.

Ist die Betriebsratswahl teilnichtig, weil für eine kleinere Einheit zuvor ein Betriebsrat gewählt worden ist, so bleibt der gewählte Betriebsrat für den Betrieb im Übrigen im Amt. Die Wahl kann wegen Verkenntung des Betriebsbegriffes und falschem Wahlausschreiben nebst fehlerhaftem Wählerverzeichnis angefochten werden. Die vorrangige erste Betriebsratswahl konstituiert einen eigenen Betrieb, für den der danach gewählte Betriebsrat nicht zuständig sein kann. Das heißt insbesondere: Arbeitnehmer aus diesem „primären“ Betrieb gehören dem „sekundären“ nicht an und sind dort nicht wählbar.

## 2. Verfahrensrechtliche Folgen

In aller Regel wird der Streit zwischen zwei Betriebsräten um Betriebsgrenzen, Zuständigkeit und Macht vor den Arbeitsgerichten ausgetragen. Im Statusverfahren des § 18 Abs. 2 BetrVG kann der Antragsteller die objektiven Betriebsgrenzen feststellen lassen und damit auch, ob eine Arbeitsorganisation eigenständiger Betrieb oder nur Betriebsteil ist, ob ein Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen besteht, ob ein Zuordnungstarifvertrag nach § 3 Abs. 1 BetrVG wirksam ist. Nur: der nichtig gewählte Betriebsrat ist nicht existent, ihm kommt keine Beteiligungsbefugnis nach § 10 ArbGG zu. Damit kann er kein Statusverfahren einleiten. Auch scheidet er aus angelaufenen Verfahren aus. Zwar tritt ein nachfolgend gewählter Betriebsrat in die betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten des Vorgängerbetriebsrates ein.<sup>18</sup> Aber dies setzt voraus, dass die Wahl des Nachfolgers nicht nichtig ist. Die Beteiligtenbefugnis ist vom Gericht ständig von Amts wegen zu prüfen – auch in der (Rechts-)Beschwerdeinstanz.<sup>19</sup> „Ist das Amt eines an einem Beschlussverfahren beteiligten Betriebsrats erloschen, ohne dass ein neuer Betriebsrat gewählt wurde, endet damit dessen Beteiligtenfähigkeit.“<sup>20</sup> Wird während eines betriebsverfassungsrechtlichen Beschlussverfahrens durch Zuordnungstarifvertrag oder eine solche Betriebsvereinbarung die Betriebsverfassungszuständigkeit auf ein anderes Betriebsverfassungsorgan übertragen, so tritt dieses an die Stelle des bisherigen Betriebsrats. Der abgeschaffte Betriebsrat verliert seine Beteiligungsbefugnis.<sup>21</sup>

Das heißt: Der in einer zweiten Wahl nichtig gewählte Betriebsrat verliert das Recht, ein Statusverfahren nach § 18 Abs. 2 BetrVG durchzuführen. Die sonst im Verfahrensrecht vielfach gewährte Ausnahme, wonach ein in der Existenz angezweifelter Rechtsträger im Verfahren um seine Existenz parteifähig (im Beschlussverfahren also: beteiligtenfähig) sein soll, hilft nicht weiter. Denn im Statusverfahren geht es nicht um die jetzige Existenz, sondern um den bei künftigen Betriebsratswahlen zu beachtenden Betriebszuschnitt. Für den anfechtbar gewählten Betriebsrat hat die Entscheidung vor Abschluss des Anfechtungsverfahrens keine Bedeutung.

Richtigerweise ist deshalb die Frage nach dem Betriebszuschnitt für die erfolgte Wahl im Wahlanfechtungsverfahren zu beantworten: Der zuerst und anfechtbar gewählte Betriebsrat muss sich dem Antrag nach § 19 Abs. 2 BetrVG stellen. Hier ist auch kein Betriebsrat anfechtungsberechtigt.

Eine stabile betriebsverfassungsrechtliche Ordnung können nur der Arbeitgeber und die im Betrieb vertretene Gewerkschaft schaffen: Nur sie sind in gleicher Weise für Statusverfahren und Wahlanfechtung antragsbefugt.

<sup>18</sup> BAG NZA 2018, 675 Rn. 13; NZA 2011, 362 Rn. 11.

<sup>19</sup> BAG NZA 2018, 675 Rn. 13.

<sup>20</sup> BAG NZA 2019, 940.

<sup>21</sup> BAG NZA 2011, 362.

## V. Fazit

Die Doppelwahl von Betriebsräten kommt bislang selten vor. Bewegliche Organisationsformen werden aber auch in der Betriebsverfassung verstärkt Änderungen von betrieblichen Einheiten mit sich bringen und betriebsverfassungsrechtliche Machtkämpfe auslösen.

Die Doppelwahl von Betriebsräten ist betriebsverfassungsrechtlich nur im Ansatz durchdrungen. Weil richtigerweise die zeitlich erste Wahl mit dem Privileg der bloßen Anfechtbarkeit Priorität genießt, muss die zweite Wahl nichtig sein, soweit der zweite Betriebsrat in Kompetenzen des ersten „hineinregieren“ könnte. Das lässt sich entgegen dem BAG nicht mit einer „Offenkundigkeit“ des groben Wahlfehlers begründen, sondern folgt zum Schutz der Betriebsverfassung aus dem notwendigen Beteiligungsmonopol des zuerst gewählten Betriebsrats. Nur so lässt sich eine nachfolgende Wahl als teilnichtig aufrechterhalten, wenn dort ein Betriebsrat mit größerem Zuständigkeitsbereich gewählt worden ist.

Die vielfältigen Fallvarianten bergen rechtliche Fallstricke, aber auch strategische Momente für den Wettlauf um die erste Wahl. Das Statusverfahren des § 18 Abs. 2 BetrVG ist für beteiligte Betriebsräte ein stumpfes Schwert, weil der nichtig gewählte Betriebsrat aus dem Verfahren ausscheidet.