

Bundesarbeitsgericht  
Siebter Senat

Beschluss vom 24. April 2024  
- 7 ABR 26/23 -  
ECLI:DE:BAG:2024:240424.B.7ABR26.23.0

I. Arbeitsgericht Hamburg

Beschluss vom 4. Oktober 2022  
- 12 BV 7/22 -

II. Landesarbeitsgericht Hamburg

Beschluss vom 1. Februar 2023  
- 5 TaBV 7/22 -

---

Entscheidungsstichworte:

Betriebsratswahl - weniger Wahlbewerber als Sitze

Leitsatz:

Es steht der Wahl eines Betriebsrats nicht entgegen, wenn weniger Arbeitnehmer für das Betriebsratsamt kandidieren als die nach der Staffel des § 9 BetrVG festgelegte Zahl der Betriebsratsmitglieder. In einem solchen Fall ist bei der Betriebsratsgröße auf die jeweils nächstniedrigere Stufe des § 9 BetrVG so lange zurückzugehen, bis die Zahl von Bewerbern für die Errichtung eines Gremiums mit einer ungeraden Anzahl an Mitgliedern ausreicht.

# BUNDEARBEITSGERICHT



7 ABR 26/23  
5 TaBV 7/22  
Landesarbeitsgericht  
Hamburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
24. April 2024

## BESCHLUSS

Wirth, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragstellerin, Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

2.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 24. April 2024 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Schmidt, den Richter am Bundesarbeitsgericht Klose und die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Wullenkord sowie den ehrenamtlichen Richter Prof. Dr. Kleinebrink und die ehrenamtliche Richterin Kneißl für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 1. Februar 2023 - 5 TaBV 7/22 - wird zurückgewiesen.

## Von Rechts wegen!

### Gründe

A. Die Beteiligten streiten - soweit für die Rechtsbeschwerde zuletzt noch von Bedeutung - über die Nichtigkeit einer Betriebsratswahl. 1

Die Arbeitgeberin ist Trägerin einer Klinik in H, in welcher in der Regel 170 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt sind. Bei der im Frühjahr 2022 eingeleiteten Betriebsratswahl erließ der Wahlvorstand ein Wahlausschreiben ua. mit der Angabe, dass der „Betriebsrat ... aus sieben Mitgliedern zu bestehen“ habe. Es kandidierten lediglich drei Arbeitnehmerinnen. Daraufhin forderte die Arbeitgeberin den Wahlvorstand zum Abbruch der Betriebsratswahl auf. Hierzu teilte der Wahlvorstand der Arbeitgeberin in einem Schreiben vom 30. April 2022 ua. mit: 2

„Nach fristgerechtem Eingang der Vorschlagsliste der Kandidierenden erfolgte ... ihre ordnungsgemäße Prüfung. Die ... erforderlichen Angaben der zur Wahl stehenden Personen lagen vollständig vor, einschließlich ihrer schriftlichen Einverständniserklärungen, auf der eingereichten Liste als Kandidat:innen geführt zu werden, sowie den vorgeschriebenen acht Stützunterschriften von anderen Kolleginnen und Kollegen im Betrieb. ...

Im konkreten Fall der Betriebsratswahl in der ... Klinik ... könnten entsprechend der Mitarbeiteranzahl sieben gewählte Vertreter:innen zusammen den neuen Betriebsrat bilden. Dies ergibt sich aus der Staffelung des § 9 BetrVG. Unter Zugrundelegung dieser Zahl haben wir bei Prüfung der eingereichten Wahlvorschlagslisten ... feststellen müssen, dass in Ermangelung an weiteren Bewerbungen der neue Betriebsrat in dieser Stärke nicht gebildet werden kann. Demzufolge ist sinngemäß § 11 BetrVG anzuwenden und auf eine Betriebsratsgröße entsprechend der Staffel in

§ 9 BetrVG zurückzugehen, die die Besetzung des Betriebsrates mit zur Übernahme des Amts bereiten wählbaren Arbeitnehmer:innen gestattet.“

Am 10. Mai 2022 fand die Wahl statt, bei der auf jede der Bewerberinnen Stimmen entfielen. Am 15. Mai 2022 gab der Wahlvorstand die drei Gewählten bekannt und es konstituierte sich in der Folge ein dreiköpfiger Betriebsrat. 3

Mit ihrer am 18. Mai 2022 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antragschrift hat die Arbeitgeberin geltend gemacht, die Betriebsratswahl sei nichtig, jedenfalls anfechtbar. Der Betriebsrat sei nicht gesetzeskonform gebildet worden. Die Zahl seiner Mitglieder nach § 9 BetrVG sei zwingend, um die gremienbezogene Arbeitsfähigkeit zu sichern. Ein Fall der ermäßigten Zahl der Betriebsratsmitglieder nach § 11 BetrVG liege nicht vor; diese Ausnahmegvorschrift sei auch nicht analog anzuwenden. 4

Die Arbeitgeberin hat - soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren noch von Bedeutung - beantragt 5

1. festzustellen, dass die Betriebsratswahl vom 10. Mai 2022 nichtig ist;
2. hilfsweise die Betriebsratswahl vom 10. Mai 2022 für unwirksam zu erklären.

Der Betriebsrat hat beantragt, die Anträge abzuweisen. Er hat die Auffassung vertreten, in vorliegender Fallgestaltung habe ein Betriebsrat mit weniger Mitgliedern als der in § 9 BetrVG vorgesehenen Anzahl gewählt werden können. 6

Das Arbeitsgericht hat die Anträge abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde der Arbeitgeberin zurückgewiesen. Der Beschluss des Landesarbeitsgerichts ist am 29. Juni 2023 mittels elektronischen Rechtsverkehrs an die Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten versendet worden. Der Verfahrensbevollmächtigte der Arbeitgeberin hat unter dem 4. Juli 2023 ein elektronisches Empfangsbekenntnis abgegeben, welches eine Zustellung des Beschlusses an diesem Tag ausweist. In seiner am 23. Juli 2023 beim Bundesarbeitsgericht eingegangenen Rechtsbeschwerdeschrift hat er zum Beschluss des Landesarbeitsgerichts angegeben: „mir per beA zugestellt am 29. Juni 2023“. Die 7

Begründung der Rechtsbeschwerde, mit der die Arbeitgeberin zunächst ihren Haupt- und Hilfsantrag weiterverfolgt hat, ist am 30. August 2023 beim Bundesarbeitsgericht eingegangen. Vorsorglich hat die Arbeitgeberin Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Rechtsbeschwerdebegründungsfrist beantragt.

Im Juni 2023 - nach Verkündung der landesarbeitsgerichtlichen Entscheidung - hat aufgrund des Ausscheidens zweier Mitglieder aus dem Betriebsrat dessen Neuwahl stattgefunden. Ein von der Arbeitgeberin eingeleitetes Verfahren, mit dem sie die Nichtigkeit, hilfsweise Anfechtbarkeit auch dieser Wahl geltend gemacht hat, hat das Arbeitsgericht Hamburg mit Beschluss vom 12. September 2023 (- 12 BV 5/23 -) im Hinblick auf das vorliegende Rechtsbeschwerdeverfahren ausgesetzt. Im Termin zur Anhörung vor dem Senat haben die Beteiligten den hier anhängigen Wahlanfechtungsantrag übereinstimmend für erledigt erklärt; das Verfahren ist insoweit eingestellt worden. 8

B. Die zuletzt nur noch den Nichtigkeitsfeststellungsantrag betreffende Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. 9

I. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig; insbesondere ist sie innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Frist begründet worden. 10

1. Nach § 92 Abs. 2 Satz 1 iVm. § 74 Abs. 1 Satz 1 und 2 ArbGG beträgt die Frist für die Begründung der Rechtsbeschwerde zwei Monate. Die Frist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses des Landesarbeitsgerichts. 11

2. Diese Frist hat die Arbeitgeberin mit ihrem am 30. August 2023 beim Bundesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz zur Begründung der Rechtsbeschwerde gewahrt. Der Beschluss des Landesarbeitsgerichts ist ihr am 4. Juli 2023 - und nicht bereits am 29. Juni 2023 - zugestellt worden. 12

a) Das vom Verfahrensbevollmächtigten der Arbeitgeberin abgegebene elektronische Empfangsbekanntnis weist den 4. Juli 2023 als Zustellungsdatum aus. Hierbei handelt es sich um die gegenüber dem Gericht abgegebene Erklä- 13

rung mittels des gesetzlich vorgesehenen Nachweises (*vgl. BGH 18. April 2023 - VI ZB 36/22 - Rn. 10 ff.*).

aa) Voraussetzung einer wirksamen Zustellung gegen Empfangsbekanntnis an eine der in § 173 Abs. 2 ZPO aufgeführten Personen ist neben der Übermittlung des Schriftstücks in Zustellungsabsicht die Empfangsbereitschaft des Empfängers. Die Entgegennahme des zuzustellenden Schriftstücks muss mit dem Willen erfolgen, es als zugestellt gegen sich gelten zu lassen. Zustellungsdatum ist deshalb der Tag, an dem der Zustellungsadressat vom Zugang des übermittelten Schriftstücks persönlich Kenntnis erlangt, es empfangsbereit entgegennimmt und dies entsprechend beurkundet (*vgl. zum Empfangsbekanntnis in Papierform BAG 20. November 2019 - 5 AZR 21/19 - Rn. 19 mwN*). Die Zustellung eines elektronischen Dokuments an einen Rechtsanwalt nach § 173 Abs. 2 Nr. 1 ZPO wird gemäß § 173 Abs. 3 Satz 1 ZPO durch ein elektronisches Empfangsbekanntnis nachgewiesen, das an das Gericht zu übermitteln ist. Für die Übermittlung ist gemäß § 173 Abs. 3 Satz 2 ZPO der vom Gericht mit der Zustellung zur Verfügung gestellte strukturierte Datensatz zu verwenden (*BGH 17. Januar 2024 - VII ZB 22/23 - Rn. 10; vgl. zu den technischen Grundlagen Müller RDi 2024, 139, 141; ders. RDi 2022, 488, 490 f.*).

bb) Nach diesen Grundsätzen wurde die Zustellung des angefochtenen Beschlusses am 4. Juli 2023 durch das dieses Datum bezeichnende elektronische Empfangsbekanntnis nachgewiesen. Das Dokument selbst enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass es nicht ordnungsgemäß erstellt und übermittelt worden wäre.

b) Das angegebene Zustellungsdatum ist nicht durch die Angabe eines früheren Datums im Schriftsatz der Rechtsbeschwerdeeinlegung widerlegt (*vgl. demgegenüber - zu einer Konstellation, in der das elektronische Empfangsbekanntnis ein früheres Zustellungsdatum ausweist als in einem zuvor zur Akte gereichten Schriftsatz angegeben - BGH 18. April 2023 - VI ZB 36/22 - Rn. 10 ff.*).

aa) Das von einem Rechtsanwalt elektronisch abgegebene Empfangsbekanntnis erbringt - wie das herkömmliche papiergebundene (analoge) Empfangs-

bekennnis - gegenüber dem Gericht den vollen Beweis nicht nur für die Entgegennahme des Dokuments als zugestellt, sondern auch für den angegebenen Zeitpunkt der Entgegennahme (vgl. *BGH 17. Januar 2024 - VII ZB 22/23 - Rn. 10 mwN; BVerwG 19. September 2022 - 9 B 2.22 - Rn. 12; Anders/Gehle/Vogt-Beheim ZPO 82. Aufl. § 173 Rn. 7*). Der Beweis, dass das zuzustellende Schriftstück den Adressaten tatsächlich zu einem anderen Zeitpunkt erreicht hat, ist zwar nicht ausgeschlossen; nicht ausreichend ist aber eine bloße Erschütterung der Richtigkeit der Angaben im Empfangsbekennnis. Vielmehr muss die Beweiswirkung vollständig entkräftet, also jede Möglichkeit der Richtigkeit der Empfangsbestätigung ausgeschlossen werden. Diese für Empfangsbekennnisse in Papierform bestehenden Grundsätze gelten ebenso für auf einem sicheren Übermittlungsweg übermittelte elektronische Empfangsbekennnisse (vgl. *BGH 18. April 2023 - VI ZB 36/22 - Rn. 11; ausf. auch BSG 14. Juli 2022 - B 3 KR 2/21 R - Rn. 16 mwN, BSGE 134, 265*).

bb) Hiernach ist der durch das elektronische Empfangsbekennnis geführte Beweis einer Zustellung des landesarbeitsgerichtlichen Beschlusses am 4. Juli 2023 nicht dadurch widerlegt, dass der Schriftsatz der Rechtsbeschwerdeeinlegung die Formulierung „per beA zugestellt am 29. Juni 2023“ enthält. Dies mag Zweifel hinsichtlich der Angaben im Empfangsbekennnis auslösen, hat aber keine durchgreifende Entkräftung der Beweiswirkung des elektronischen Empfangsbekennnisses in dem aufgezeigten Regelungsgefüge zur Folge. Es ist zu berücksichtigen, dass ein Eingang der elektronisch versandten angefochtenen Entscheidung noch am 29. Juni 2023 im beA des Verfahrensbevollmächtigten der Arbeitgeberin zwar wahrscheinlich sein dürfte, sodass die Angabe dieses Datums im Rechtsbeschwerdeeinlegungsschriftsatz im technischen Sinn sogar zutreffen mag. Allerdings bewirkte dies keine Zustellung im Sinn einer empfangsbereiten Entgegennahme. Jedenfalls rechtfertigt die Angabe nicht die Annahme, die Beweiskraft des Empfangsbekennnisses sei beseitigt. 18

3. Der vorsorglich gestellte Wiedereinsetzungsantrag ist dem Senat damit nicht zur Entscheidung angefallen. 19

- II. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Der Nichtigkeitsfeststellungsantrag ist zulässig, aber unbegründet. 20
1. Der Zulässigkeit des Antrags begegnen keine Bedenken. Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass die Nichtigkeit der Betriebsratswahl zum Gegenstand eines Feststellungsantrags gemacht werden kann (*BAG 30. Juni 2021 - 7 ABR 24/20 - Rn. 26 mwN*). Hierfür besteht auch weiterhin ein Rechtsschutzbedürfnis im Sinn eines besonderen rechtlichen Interesses an der von der Arbeitgeberin erstrebten Feststellung. Dieses ist nicht wegen der Neuwahl des Betriebsrats im Juni 2023 entfallen. 21
- a) Für ein - hier zuletzt nicht mehr streitbefangenes - Verfahren der Anfechtung einer Betriebsratswahl nach § 19 BetrVG entfällt das Rechtsschutzinteresse mit Ablauf der Amtszeit des Gremiums, dessen Wahl angefochten ist (*vgl. grdl. BAG 13. März 1991 - 7 ABR 5/90 - zu B der Gründe, BAGE 67, 316*). Demgegenüber erwirbt die aus einer nichtigen Wahl hervorgegangene Arbeitnehmervertretung grundsätzlich keine betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse. Ein nichtig gewählter Betriebsrat hat nie bestanden und kann daher durch seine Handlungen keine Rechtsfolgen auslösen (*vgl. grdl. BAG 27. April 1976 - 1 AZR 482/75 - zu 5 der Gründe*). Entsprechend vermag im Fall einer Neuwahl des Betriebsrats das rechtliche Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit einer vorangegangenen Betriebsratswahl nur dann zu entfallen, wenn diese Feststellung keinerlei Rechtsfolgen mehr auslösen kann (*vgl. - zum vergangenheitsbezogenen Feststellungsinteresse - BAG 23. Oktober 2018 - 1 ABR 18/17 - Rn. 14 mwN*). 22
- b) Hierfür bestehen vorliegend keine Anhaltspunkte. Es steht - im Gegenteil - fest, dass der im Mai 2022 gewählte Betriebsrat betriebsverfassungsrechtliche Aktivitäten entfaltet hat, deren Wirksamkeit ggf. von der Entscheidung über die Nichtigkeit seiner Wahl abhängt. 23
- aa) Nach seinem eigenen Vorbringen im Rechtsbeschwerdeverfahren - und entsprechender Bestätigung der Verfahrensbevollmächtigten im Termin zur Anhörung vor dem Senat (*vgl. zur Berücksichtigungsfähigkeit von neuen, die* 24

*Sachurteilsvoraussetzungen betreffenden Tatsachen von Amts wegen BAG 3. Mai 2006 - 4 AZR 795/05 - Rn. 12, BAGE 118, 159; 24. Januar 2006 - 3 AZR 484/04 - Rn. 24)* - hatten die Beteiligten eine Einigungsstelle gebildet, welche jedenfalls am 10. Januar 2023 und damit noch vor der Neuwahl des Betriebsrats im Juni 2023 zusammengetreten war. Ebenso belegen die Verfahrensgegenstände des beim Senat zum Aktenzeichen - 7 ABR 27/23 - anhängigen und damit als gerichtsbekannt zu wertenden (*vgl. zu einer solchen Annahme zB BAG 10. November 2021 - 10 AZR 257/20 - Rn. 16*) Rechtsbeschwerdeverfahrens der hiesigen Beteiligten, dass der Betriebsrat in der Vergangenheit Aktivitäten entfaltet hat. In dem genannten Verfahren hat der Betriebsrat die Verpflichtung der Arbeitgeberin zur Teilnahme an monatlichen Besprechungen mit ihm sowie an Sitzungen des Wirtschaftsausschusses geltend gemacht.

bb) Vor diesem Hintergrund kommt es weder darauf an, ob die Bestellung eines Wahlvorstands durch einen nichtig gewählten Betriebsrat zur Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit einer weiteren Betriebsratswahl führt (*vgl. zuletzt gleichfalls offenlassend BAG 13. März 2013 - 7 ABR 70/11 - Rn. 18 mwN, BAGE 144, 290*), noch darauf, ob sich die Arbeitgeberin hierauf jedenfalls - wie der Betriebsrat meint - in dem weiteren, beim Arbeitsgericht anhängigen Wahlnichtigkeitsfeststellungs- und -anfechtungsverfahren nicht berufen dürfte. 25

2. Die streitbefangene Wahl ist nicht nichtig. Das haben die Vorinstanzen im Ergebnis zutreffend erkannt. 26

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist eine Betriebsratswahl nur in ganz besonderen Ausnahmefällen nichtig. Voraussetzung dafür ist ein so eklatanter Verstoß gegen allgemeine Grundsätze jeder ordnungsgemäßen Wahl, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl nicht mehr besteht (*ausf. BAG 30. Juni 2021 - 7 ABR 24/20 - Rn. 33*). Ein solcher Fall liegt (ausnahmsweise) etwa dann vor, wenn ein Betriebsrat gar nicht gebildet werden kann (*so zur Wahl eines Betriebsrats in einer nach § 118 Abs. 2 BetrVG dem Betriebsverfassungsgesetz nicht unterfallenden Einrichtung BAG 30. April 1997 - 7 ABR 60/95 - zu B der Gründe*). 27

- b) Ausgehend von diesen Grundsätzen trägt der Umstand, dass im Betrieb der Arbeitgeberin mangels ausreichender Zahl an Wahlbewerberinnen und -bewerbern kein, wie in § 9 Satz 1 BetrVG vorgesehen, aus sieben Mitgliedern bestehender, sondern ein dreiköpfiger, „kleinerer“ Betriebsrat gewählt worden ist, nicht die Annahme der Nichtigkeit seiner Wahl. Dieser Umstand stellt keinen (schwerwiegenden) Verstoß gegen Wahlgrundsätze oder wesentliche Vorschriften des Wahlverfahrens dar und würde für sich gesehen - was hier allerdings nach der übereinstimmenden Erledigungserklärung der Beteiligten nicht mehr verfahrensgegenständlich ist - selbst eine Anfechtbarkeit der Wahl nicht begründen. 28
- aa) Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG werden in Betrieben mit in der Regel mindestens fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern, von denen drei wählbar sind, Betriebsräte gewählt. Die Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder bestimmt sich gemäß § 9 BetrVG anhand der durch die Anzahl der in der Regel (wahlberechtigten) Arbeitnehmer festgelegten Betriebsgröße. Nach dieser Staffel besteht der Betriebsrat in Betrieben mit in der Regel 21 bis 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern aus drei Mitgliedern, 51 bis 100 wahlberechtigten Arbeitnehmern aus fünf Mitgliedern und 101 bis 200 wahlberechtigten Arbeitnehmern aus sieben Mitgliedern. Hat ein Betrieb nicht die ausreichende Zahl von wählbaren Arbeitnehmern, so ist nach § 11 BetrVG die ermäßigte Zahl der Betriebsratsmitglieder der nächstniedrigeren Betriebsgröße zugrunde zu legen. 29
- bb) Nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist der Fall, dass es im Betrieb zwar eine ausreichende Zahl an passiv wahlberechtigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gibt, sich aber bei einer Betriebsratswahl weniger Kandidatinnen und Kandidaten um einen Betriebsratssitz bewerben als Betriebsratsmitglieder zu wählen sind. Die insoweit bestehende Regelungslücke ist im Wege der Rechtsfortbildung dahingehend zu schließen, dass auch dann ein Betriebsrat gewählt werden kann. Bei dessen Größe ist auf die (jeweils) nächstniedrigere Stufe des § 9 BetrVG so lange zurückzugehen, bis die Zahl von Bewerbern für die Errichtung eines Gremiums mit einer ungeraden Anzahl an Mitgliedern ausreicht. 30

Ob diese Maßgabe selbst dann eingreift, wenn sie die Bildung eines lediglich einköpfigen Betriebsrats ermöglichte, ist nicht streitentscheidend.

(1) Dies folgt allerdings nicht ohne Weiteres aus einer analogen Anwendung von § 11 BetrVG. 31

(a) Eine wortsinnübersteigende Gesetzesanwendung durch Analogie setzt voraus, dass eine vom Gesetzgeber unbeabsichtigt gelassene Lücke besteht und diese Planwidrigkeit aufgrund konkreter Umstände positiv festgestellt werden kann. Analoge Gesetzesanwendung erfordert darüber hinaus, dass der gesetzlich unregelte Fall nach Maßgabe des Gleichheitssatzes und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nach der gleichen Rechtsfolge verlangt wie die gesetzessprachlich erfassten Fälle. Richterliche Rechtsfortbildung darf nicht dazu führen, dass ein Gericht seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt. Eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den Wortlaut des Gesetzes hintanstellt und sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein (*zu diesen Voraussetzungen einer Analogie vgl. zuletzt BAG 21. März 2024 - 2 AZR 79/23 - Rn. 29 mwN*). 32

(b) Methodisch hiervon ausgehend gilt nach der überwiegenden Ansicht im Schrifttum die in § 11 BetrVG angeordnete Rechtsfolge einer ermäßigten Zahl der Betriebsratsmitglieder entsprechend, wenn der Betriebsrat nicht mit der in § 9 BetrVG vorgesehenen Zahl von Betriebsratsmitgliedern besetzt werden kann, weil (trotz ordnungsgemäßen Wahlausschreibens) die Wahlvorschläge von vornherein nicht genügend Bewerber aufweisen oder - insoweit hier nicht einschlägig - bei einer Mehrheitswahl nicht genügend Arbeitnehmer überhaupt eine Stimme erhalten haben oder nicht genügend Gewählte die Wahl annehmen (*BeckOK ArbR/Besgen Stand 1. März 2024 BetrVG § 11 Rn. 4; DKW/Homburg BetrVG 19. Aufl. § 9 Rn. 4; ErfK/Koch 24. Aufl. BetrVG § 11 Rn. 1; Fitting BetrVG 32. Aufl. § 11 BetrVG Rn. 8 f.; Glatzel NZA-RR 2024, 168; HWK/Reichold 11. Aufl. § 11 BetrVG Rn. 2; Klebe/Ratayczak/Heilmann/Spoo BetrVG 22. Aufl. § 9 Rn. 4, § 11; Masloff in Grobys/Panzer-Heemeier StichwortKommentar Ar-* 33

*beitsrecht 4. Aufl. Stichwort „Betriebsratswahl“ Rn. 21; NK-GA/Müller/Kühn 2. Aufl. BetrVG § 11 Rn. 4; Richardi BetrVG/Thüsing 17. Aufl. BetrVG § 9 Rn. 20, § 11 Rn. 6 f.; Stege/Weinspach/Schiefer BetrVG 9. Aufl. § 9 Rn. 1; Wiebauer in Löwisch/Kaiser/Klumpp BetrVG 8. Aufl. § 11 Rn. 6; vgl. auch Pröpper ArbUR 2011, 393 und Boemke jurisPR-ArbR 24/2014 Anm. 5). Eine solche analoge Heranziehung von § 11 BetrVG liegt ebenso der veröffentlichten, rechtskräftig gewordenen Instanzrechtsprechung zugrunde (vgl. - zT mit ausf. Begründung - Sächsisches LAG 17. März 2017 - 2 TaBV 33/16 -; LAG Düsseldorf 4. Juli 2014 - 6 TaBV 24/14 -; LAG Schleswig-Holstein 7. September 1988 - 3 TaBV 2/88 -).*

Ein dieser Auffassung gleichstehendes - und zT sogar auf eine unmittelbare und nicht „entsprechende“ Anwendung zielendes - Regelungsverständnis von § 11 BetrVG schlägt sich darüber hinaus in den Novellierungen des kirchlichen Mitarbeitervertretungsrechts nieder. Nach § 8 Abs. 1a des mWv. 1. Januar 2024 in Kraft getretenen Kirchengesetzes über Mitarbeitervertretungen in der Evangelischen Kirche in Deutschland (MVG-EKD) vom 1. Januar 2019 in der Neufassung vom 5. Dezember 2023 (*ABl. EKD Nr. 40*) besteht die Mitarbeitervertretung für die Dauer der nächsten Amtszeit mit der Zahl von Mitgliedern des nächstniedrigeren in § 8 Abs. 1 MVG-EKD festgelegten Staffelnwertes, wenn nicht ausreichend Wahlbewerber und Wahlbewerberinnen zur Verfügung stehen. Hierzu ist in der Entwurfsbegründung des Kirchengesetzes verlautbart, „das Betriebsverfassungsgesetz“ enthalte „in § 11 eine vergleichbare Regelung“ (vgl. zu diesem - auch vorherigem - Regelungsverständnis von § 11 BetrVG zB *Andelewski in Berliner Kommentar zum Mitarbeitervertretungsgesetz der Evangelischen Kirche in Deutschland 2007 § 8 Rn. 8 mwN*). Ähnliches gilt für die ausdrückliche Bestimmung von § 6 Abs. 2 Satz 3 und 4 der Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung (Rahmen-MAVO), wonach sich die Mitarbeitervertretung aus der höchstmöglichen Zahl von Mitgliedern einer näher festgelegten Staffel zusammensetzt, wenn sich weniger Kandidatinnen und Kandidaten als die vorgesehene Zahl an Mitgliedern zur Wahl stellen oder diese Zahl nicht erreicht wird, weil zu wenig Kandidatinnen und Kandidaten gewählt werden oder weil eine gewählte Kandidatin oder ein gewählter Kandidat die Wahl nicht annimmt und kein Ersatzmitglied vorhanden ist. Auch zu dieser Bestimmung kann

34

den Materialien entnommen werden, dass eine „allgemein vertretene Auffassung“ ausdrücklich „übernommen“ worden ist (vgl. *das zur Änderung der Rahmen-MAVO 2008/2009/2010 im Auftrag des Verbandes der Diözesen Deutschlands von deren Personalwesenkommission erstellte Papier vom 12. April/ 21. September 2010 unter B II 2; ferner - vor der ausdrücklichen Bestimmung in der Rahmen-MAVO und explizit auf § 11 BetrVG Bezug nehmend - Thiel in Bleistein/Thiel MAVO-Komm. 3. Aufl. 1997 § 6 Rn. 10*).

(c) Demgegenüber lehnt ein Teil des Schrifttums die entsprechende Anwendung von § 11 BetrVG für die Wahl eines Betriebsrats, für die es von vornherein weniger Wahlbewerber als Betriebsratssitze gibt, ab (*GK-BetrVG/Jacobs 12. Aufl. BetrVG § 9 Rn. 32; Schipp ArbRB 2020, 283 ff.; diff. H/W/G/N/R/H/ Nicolai BetrVG 10. Aufl. § 11 Rn. 7 f.*). Der gesetzlich geregelte Fall, dass eine Belegschaft einen Betriebsrat in der vom Gesetz vorgeschriebenen Größe aus rechtlichen Gründen nicht wählen könne, sei nicht vergleichbar mit dem Fall, dass eine Belegschaft einen Betriebsrat - sich ausdrückend in einer zu geringen Zahl an Wahlbewerbern - nicht wählen wolle. Das Erfordernis einer arbeitsfähigen Betriebsratsgröße stehe nur ganz ausnahmsweise zurück, wenn andernfalls ein Betriebsrat aus rechtlichen Gründen nicht gewählt werden könnte. Scheitere die Wahl einer ausreichenden Anzahl von Betriebsratsmitgliedern dagegen am Willen der Belegschaft, sei das eine gänzlich andere Situation (*MHdB ArbR/Krois 5. Aufl. § 291 Rn. 156*).

(2) Im Wege einer auf den Vorrang des gesetzgeberischen Willens zur Bildung von Betriebsräten abhebenden Rechtsfortbildung hat das Bundesarbeitsgericht zum Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952 - BetrVG 1952 (*BGBI. I S. 681*) - bereits entschieden, dass es der Wirksamkeit einer Wahl des Betriebsrats nicht entgegensteht, wenn die der Belegschaftsgröße nach § 9 BetrVG entsprechende Zahl der Betriebsratsmitglieder nicht erreicht wird, weil nicht genügend Kandidaten aufgestellt worden sind (*BAG 11. April 1958 - 1 ABR 4/57 - zu II der Gründe, BAGE 5, 274; vgl. dazu auch Kohte jurisPR-ArbR 51/2023 Anm. 6*). Entsprechend hat der Senat in einer jüngeren Entscheidung zum geltenden Betriebsverfassungsgesetz (*neugefasst durch Bekanntmachung*

vom 25. September 2001, BGBl. I S. 2518) formuliert, dass § 9 BetrVG die Anzahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder zwingend regelt und hiervon weder durch Tarifvertrag noch durch Betriebsvereinbarung oder sonstige Vereinbarungen abgewichen werden kann, „es sei denn, dass nicht genügend wählbare Arbeitnehmer vorhanden oder zur Übernahme des Amts bereit sind“ (BAG 7. Mai 2008 - 7 ABR 17/07 - Rn. 18).

Hieran hält der Senat fest. Im Hinblick auf das der Betriebsverfassung zugrundeliegende Prinzip der Errichtung von Betriebsräten in betriebsratsfähigen Betrieben besteht eine planwidrige Regelungslücke, wenn weniger Arbeitnehmer für das Betriebsratsmandat kandidieren als es der gesetzlichen Zahl der Betriebsratsmitglieder entspricht. §§ 1 und 9 BetrVG liegen unterschiedliche Regelungsprinzipien und Schutzzwecke zugrunde. In einer Sachlage wie der vorliegenden streitet ausschlaggebend das in § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ausgedrückte Prinzip unter Heranziehung des Rechtsgedankens von § 11 BetrVG für die Wahl eines Betriebsrats mit einer geringeren Mandatszahl als der in § 9 BetrVG vorgesehenen. Das wird belegt durch die Regelungsgehalte von § 1 BetrVG einerseits und §§ 9, 11 BetrVG andererseits unter Heranziehung von Normwortlaut, normhistorischen und systematischen Erwägungen sowie Sinn und Zweck der Bestimmungen.

37

(a) Nach der in § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG wörtlich ausgedrückten Konzeption „werden“ in betriebsratsfähigen Betrieben Betriebsräte gewählt (nicht: „können“ oder „sollen“ Betriebsräte gewählt werden). Die Betriebsratsfähigkeit ist allein an eine bestimmte Anzahl von in der Regel ständig wahlberechtigten (mindestens fünf) Arbeitnehmern gebunden, von denen mindestens drei wählbar sind. Weitere Voraussetzungen sind nicht aufgestellt. Das lässt die Intention des Gesetzgebers erkennen, dass möglichst in jedem betriebsratsfähigen Betrieb ein Betriebsrat besteht, wenngleich keine gesetzliche Verpflichtung zur Wahl normiert ist und an deren Unterbleiben keine Rechtsfolgen geknüpft sind (*ausf. dazu Hauzenberger Rechtliche Rahmenbedingungen der Betriebsratsgründung S. 59 [„Freiwilligkeit der Betriebsratsgründung, die der Intention des Gesetzgebers widerspricht“]). Jegliche die Wahl regelnde Vorschriften sind daher so auszulegen, dass der*

38

Gesetzeszweck, Betriebsräte zu bilden, möglichst erreicht wird (*ausf. BAG 27. Juli 2011 - 7 ABR 61/10 - Rn. 33 mwN, BAGE 138, 377*).

(b) Die Normhistorie belegt das gesetzgeberische Leitbild, dass in einem Betrieb, der betriebsratsfähig ist, ein Betriebsrat auch errichtet wird. Bereits das BetrVG 1952 bestimmte in seinem § 1, dass „[i]n den Betrieben ... Betriebsräte nach Maßgabe dieses Gesetzes gebildet“ werden. § 8 Abs. 1 BetrVG 1952 legte fest, dass in „allen“ Betrieben, die in der Regel mindestens fünf ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigen, von denen drei wählbar sind, Betriebsräte gebildet werden (*vgl. zum Verständnis dieses Regelungsgefüges iSe. „betriebsratspflichtigen“ Betriebs zB BAG 12. Oktober 1961 - 5 AZR 423/60 - zu I 2 der Gründe, BAGE 11, 318; zur „Errichtungspflicht“ vgl. ferner etwa Dietz BetrVG 1952 § 8 Rn. 1 ff., insb. Rn. 2; Fitting/Kraegeloh BetrVG 1952 § 8 Rn. 1; andeutend Erdmann BetrVG 1952 2. Aufl. § 8 Rn. 1; vereinzelt sogar für einen Errichtungs„zwang“ Meissinger BetrVG 1952 § 8 Rn. 2*). Der - dem heutigen § 1 BetrVG entsprechende - Wortlaut von § 1 des am 19. Januar 1972 in Kraft getretenen Betriebsverfassungsgesetzes 1972 - BetrVG 1972 (*BGBI. I S. 13*) - hebt zwar nicht mehr auf „alle“ Betriebe ab und formuliert „gewählt“ statt „gebildet“. Ein Abrücken des Gesetzgebers von seiner prinzipiellen Vorstellung, dass dann, wenn ein Betrieb betriebsratsfähig ist, ein Betriebsrat auch errichtet wird, drückt sich darin jedoch nicht aus. In der Gesetzesbegründung ist ausdrücklich verlautbart, § 1 BetrVG 1972 entspreche § 8 Abs. 1 BetrVG 1952 (*vgl. BT-Drs. VI/1786 S. 35*). Im Übrigen hat der Gesetzgeber im Zuge der grundlegenden Reformen des Betriebsverfassungsgesetzes 1972 und 2001 (*BetrVG-Reformgesetz vom 23. Juli 2001, BGBI. I S. 1852*) allgemein betont, dass er die Bildung von Betriebsräten möglichst erleichtern und fördern wolle (*BT-Drs. 14/5741 S. 26: „Die Bildung von Betriebsräten soll erleichtert werden.“; BT-Drs. VI/2729 S. 12: „Um möglichst in allen Betrieben die Bildung von Betriebsräten zu fördern und um die Arbeit der verschiedenen betriebsverfassungsrechtlichen Stellen zu erleichtern ...“*). Insoweit ist die Argumentation der frühen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, „[i]m Vordergrund“ müsse „der Wille des Gesetzgebers stehen, dass überhaupt ein Betriebsrat zu bilden ist“ und „[d]emgegenüber“ müsse „die

39

Frage der Größe des Betriebsrats zurücktreten“ (vgl. BAG 11. April 1958 - 1 ABR 4/57 - zu II der Gründe, BAGE 5, 274) nicht relativiert.

(c) Mit der in § 9 BetrVG festgelegten Staffelung der Größe des Betriebsrats soll sichergestellt werden, dass die Zahl der Betriebsratsmitglieder in einem angemessenen Verhältnis zur Zahl der betriebsangehörigen Arbeitnehmer steht, deren Interessen und Rechte der Betriebsrat zu wahren hat. Die in der Organisationsvorgabe geregelte Abhängigkeit der Betriebsratsgröße von der Anzahl der in der Regel im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer trägt dem Umstand Rechnung, dass hiervon der Tätigkeitsaufwand des Betriebsrats maßgeblich bestimmt wird. Im Hinblick auf eine angemessene Interessenvertretung soll der Betriebsrat, je mehr Arbeit für ihn anfällt, desto mehr Mitglieder haben (vgl. BAG 13. März 2013 - 7 ABR 69/11 - Rn. 29 mwN, BAGE 144, 340). Dieses Prinzip der Angemessenheit der Interessenvertretung drückt sich ebenso in § 13 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 BetrVG aus, wonach die wesentliche Änderung der Belegschaftsstärke und ein Absinken der Gesamtzahl der Betriebsratsmitglieder unter die vorgeschriebene Zahl der Betriebsratsmitglieder eine Betriebsratswahl außerhalb des regelmäßigen Wahlzeitraums begründen. Es genießt aber keinen absoluten Vorrang gegenüber der Maxime, in betriebsratsfähigen Betrieben einen Betriebsrat auch tatsächlich zu errichten. 40

(aa) Darauf deuten zunächst Gliederung und Systematik des Betriebsverfassungsgesetzes. § 1 BetrVG legt die Wahl von Betriebsräten in dem mit „Allgemeine Vorschriften“ überschriebenen ersten Teil des Gesetzes fest und bindet das „Ob“ ihrer Errichtung an eine näher beschriebene Betriebsgröße. § 9 BetrVG verortet sich im ersten Abschnitt des zweiten Teils des Gesetzes mit dem Titel „Betriebsrat, Betriebsversammlung, Gesamt- und Konzernbetriebsrat“. Der Abschnitt selbst ist überschrieben mit „Zusammensetzung und Wahl des Betriebsrats“ und gestaltet demnach eine bestimmte Kategorie des „Wie“ des Betriebsrats (konkret: dessen Größe) näher aus. Stellte man die Wahl eines Betriebsrats kategorisch unter die Bedingung einer ausreichenden Zahl an Wahlbewerbern, wäre faktisch - was das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat - eine das Prinzip des § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG konterkarierende zusätzliche generelle 41

Voraussetzung für die Errichtung der Interessenvertretung betriebsangehöriger Arbeitnehmer aufgestellt. Die gesetzliche Regelungssystematik ist aber nicht - jedenfalls nicht zwingend - im Sinn einer solchen allgemeinen Einschränkung von § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG durch § 9 BetrVG zu verstehen.

(bb) Zudem lässt das Unterschreiten der in § 9 BetrVG festgelegten Zahl der Betriebsratsmitglieder keinen zwingenden Rückschluss darauf zu, dass der Betriebsrat von vornherein arbeits- und beschlussunfähig wäre. § 9 BetrVG bringt typisierte Annahmen des Gesetzgebers zum Ausdruck, in denen die Sicherstellung einer interessenvertretungsangemessenen Arbeitsweise des Gremiums und der - auch durch § 37 Abs. 2 BetrVG gewährleisteten - personellen Ressourcen der Gremienmitglieder mit in der Festlegung von Schwellenwerten verknüpft werden. Für die Vermutung, ein demgegenüber „kleinerer“ Betriebsrat sei überhaupt nicht (mehr) arbeitsfähig und stehe daher in der Konstellation von zu wenig Interessenten für eine Betriebsratsmitgliedschaft der Errichtung des Betriebsrats entgegen, bietet die Vorschrift hingegen keinen Anhalt (*ähnlich Glatzel NZA-RR 2024, 168*). Ob die - für Freistellungen von Betriebsratsmitgliedern von ihrer beruflichen Tätigkeit maßgeblichen - Schwellenwerte des § 38 Abs. 1 BetrVG insofern eine äußerste Grenze darstellen, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. 42

(d) Der Umstand, dass der Gesetzgeber mit § 11 BetrVG eine gegenüber § 9 BetrVG ermäßigte Zahl der Betriebsratsmitglieder für eine bestimmte Fallgestaltung ausdrücklich geregelt hat (ein Betrieb hat keine ausreichende Zahl von wählbaren Arbeitnehmern), zwingt nicht zu der Annahme, er habe sich hinsichtlich weiterer Fallgruppen - und vornehmlich der vorliegenden eines Kandidatenmangels - bewusst einer Ausgestaltung enthalten mit der § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG widerstreitenden Folge, dass kein Betriebsrat gewählt wird. Das zeigt die betriebsverfassungsrechtliche Gesetzesentwicklung. 43

(aa) Bereits § 11 BetrVG 1952 hatte ein historisches Vorbild in der Bestimmung von § 15 letzter Absatz (Satz 7) des Betriebsrätegesetzes vom 4. Februar 1920 (*BRG [RGBl. S. 147]*), dessen §§ 1 bis 6 sowie § 15 Satz 1 in näher beschriebenen Betrieben die Errichtung eines Betriebsrats in einer gestaffelten 44

Größe bzw. die Wahl eines Betriebsobmanns zwingend vorsahen. Im historischen Kommentarschrifttum wurde einerseits betont, dass § 15 letzter Absatz (Satz 7) BRG nicht die Fallgestaltung betreffe, dass eine ausreichende Zahl objektiv wählbarer Arbeitnehmer im Betrieb beschäftigt sei und es lediglich an zur Amtsübernahme Bereiten fehle. Andererseits wurde für diese Fallgestaltung unmittelbar aus den Errichtungs- und Wahlpflichten der §§ 1 bis 6 BRG abgeleitet, dass ein Gremium zu bilden sei, welches dann ggf. weniger Mitglieder habe als in § 15 Satz 1 BRG vorgesehen (*vgl. zu all dem Flatow BRG 1922 § 15 unter b und Anm. I ff.*).

(bb) Die demgegenüber noch im ersten Entwurf zum BetrVG 1952 mit (sei- 45  
nerzeit noch) § 12 Abs. 3 allein verfolgte Intention, für den Fall, dass „ein Betrieb, für den ein Betriebsrat zu errichten ist, ... nicht mehr oder weniger wählbare Arbeitnehmer“ hat „als ... zu wählen wären“, mit der Möglichkeit der Bildung eines „kleineren“ als dem gesetzlich vorgegebenen Betriebsrat sicherzustellen, dass „die Arbeitnehmer unter allen Umständen durch die Wahl eine echte Auswahl der ihnen geeignet erscheinenden Personen treffen können“ (*BT-Drs. 1546 S. 6 und 41 f.*), ist nicht kodifiziert worden. § 11 BetrVG 1952 ordnete - ebenso wie in der bis heute unverändert gebliebenen Fassung - eine Verringerung der Zahl der Betriebsratsmitglieder an, wenn ein Betrieb nicht genügend wählbare Arbeitnehmer hat; entsprechend ist der unmittelbare Anwendungsbereich der Norm von Anfang an als eher unbedeutend eingeschätzt worden (*vgl. Monjau DB 1952, 885, 887*).

(cc) In den Begründungen zu den betriebsverfassungsrechtlichen Reformge- 46  
setzen 1972 und 2001 finden sich keine Erläuterungen zu § 11 BetrVG (*vgl. lediglich die Begründung zum BetrVG 1972 in BT-Drs. VI/1786 S. 37: „Diese Vorschrift entspricht dem geltenden Recht.“*). Auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des Ersten Senats vom 11. April 1958 (- 1 ABR 4/57 - BAGE 5, 274) und der im betriebsverfassungsrechtlichen Schrifttum zu § 11 BetrVG 1952 ebenso wie zu § 11 BetrVG 1972 vertretenen Ansicht, dem Fehlen einer ausreichenden Anzahl von wählbaren Arbeitnehmern stehe der Mangel an Wahlbewerbern gleich (*vgl. zB Neumann-Duesberg Betriebsverfassungsrecht 1960 S. 241; Galperin/Marienhagen BetrVG 5. Aufl. § 11 Rn. 10; Erdmann/Jürging/Kammann*

*BetrVG 1972 § 9 Rn. 7*), haben weder die Norm noch andere betriebsverfassungsorganisatorische Vorgaben insoweit Änderungen erfahren. Es soll nicht übersehen werden, dass eine im Zuge der Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes im Jahr 1972 im Gesetzentwurf der Fraktion der CDU/CSU zur Zahl der Betriebsratsmitglieder vorgesehene - und mit einer „Fortentwicklung des § 11 des geltenden Rechts“ begründete - Vorschrift, wonach ausdrücklich auch in dem Fall einer nicht ausreichenden Bewerberzahl die Zahl der Betriebsratsmitglieder der nächstniedrigeren Betriebsgröße zugrunde zu legen ist, die der Anzahl der Gewählten entspricht (*BT-Drs. VI/1806 S. 11 und 41*), nicht aufgegriffen worden ist. Dieser Befund bleibt aber unergiebig. Nach dem Bericht des seinerzeit federführenden Ausschusses ist dieser Aspekt der Fraktionsvorlage - im Gegensatz zu anderen, ausdrücklich teils abgelehnten und teils aufgegriffenen Vorschlägen - nicht einmal Gegenstand der dokumentierten Erörterungen im Zusammenhang mit „Verbesserungen und Neuregelungen im organisatorischen Bereich“ gewesen (*vgl. den Schriftlichen Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zu BT-Drs. VI/2729 S. 12 ff.*). Im Ergebnis spricht das weder für noch gegen einen Willen des Gesetzgebers, mit der in § 11 BetrVG festgelegten Ermäßigung der Zahl der Betriebsratsmitglieder einen (Ausnahme-)Tatbestand abschließend geregelt zu haben.

Hinzu kommt, dass sich der unmittelbare Anwendungsbereich von § 11 BetrVG aufgrund der geänderten Anforderungen an die Wählbarkeit von Arbeitnehmern nach § 8 Abs. 1 BetrVG stetig marginalisiert hat (*vgl. ausf. GK-BetrVG/Raab 12. Aufl. BetrVG § 8 Rn. 2 ff.; nach Richardi/Thüsing BetrVG 17. Aufl. § 11 Rn. 1 „lässt sich nicht vorstellen“, dass die Vorschrift „jemals unmittelbar gilt“*), während - jedenfalls im Kontext zum BetrVG-Reformgesetz 2001 - die Veröffentlichung sozialwissenschaftlicher Daten zu Betriebsrätewahlen auf eine Praxis deuteten, im Hinblick auf „Probleme der Kandidatenfindung ... in kleineren Betrieben Betriebsräte mit einer geringeren Mandatszahl zu wählen, als nach dem Gesetz vorgesehen“ (*Rudolph/Wassermann Trendreport Betriebsrätewahlen '98 S. 18 f.*). Auch dies hat jedenfalls keinen Änderungs- oder Klarstellungsbedarf der betriebsverfassungsrechtlichen Organisationsvorgaben veranlasst und § 11

47

BetrVG ist - trotz der Zweifel an einer Relevanz seines direkten Anwendungsbereichs - unverändert beibehalten worden.

(3) Nach all dem verbietet sich die Heranziehung des Regelungsgehalts von § 11 BetrVG zur Umsetzung des in § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG angelegten Prinzips der Errichtung eines Betriebsrats (auch) im Fall einer im Hinblick auf § 9 BetrVG nicht ausreichenden Zahl von Wahlbewerbern nicht. Die hiergegen von Seiten der Arbeitgeberin mit ihrer Rechtsbeschwerde vertieften Argumente verfangen nicht. 48

(a) Jedenfalls für die verfahrensgegenständliche Konstellation (weniger Wahlbewerber als Betriebsratssitze) besteht kein Widerspruch zu § 13 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG. Diese Vorschrift betrifft den Fall des nachträglichen Absinkens der Zahl der Betriebsratsmitglieder unter die gesetzlich vorgegebene Größe. In der hiesigen Fallkonstellation steht demgegenüber bereits vor der Wahl fest, dass die in § 9 BetrVG vorgesehene Zahl der Betriebsratsmitglieder nicht erreicht werden kann. Bei dieser Sachlage bildet die unter Heranziehung von § 11 BetrVG maßgebende Zahl der Betriebsratsmitglieder gleichwohl die gesetzlich „vorgeschriebene“ iSv. § 13 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG. Sofern darauf verwiesen wird, mit § 13 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG komme zum Ausdruck, dass ein „zu kleiner“ Betriebsrat nicht einmal bis zum nächsten regulären Zeitpunkt einer Betriebsratswahl hingenommen werde (*Schipp ArbRB 2020, 283, 284; ähnlich GK-BetrVG/Jacobs 12. Aufl. BetrVG § 9 Rn. 32*), wird vernachlässigt, dass diesem eine Funktionsfähigkeit jedenfalls nicht „per se“ abgesprochen ist (*seine Amtszeit endet erst mit der Bekanntgabe des Wahlergebnisses des neu gewählten Betriebsrats, vgl. § 21 Satz 5 BetrVG*) und außerdem der in § 9 BetrVG festgelegten Zahl der Betriebsratsmitglieder vor dem Hintergrund von § 11 BetrVG kein ausnahmsloser Geltungsanspruch beigemessen ist. 49

(b) Auch der Einwand einer zu befürchtenden Arbeits- und Beschlussunfähigkeit eines Betriebsrats mit einer geringeren Zahl der Mitglieder als in § 9 BetrVG vorgegeben (*vgl. GK-BetrVG/Jacobs 12. Aufl. BetrVG § 9 Rn. 32; Schipp ArbRB 2020, 283, 285*) verfängt in dieser Pauschalität nicht. Zwar orientiert sich die typisierende Größenregelung des § 9 BetrVG an der Gewährleistung der 50

Funktionsfähigkeit des Betriebsrats (*vgl. dazu auch - im Zusammenhang mit der Modifikation der § 9 BetrVG betreffenden Arbeitnehmergrenzzahlen im Zuge des BetrVG-Reformgesetzes 2001 - BT-Drs. 14/5741 S. 36*). Damit ist aber - wie § 11 BetrVG zeigt - einem „kleineren“ Betriebsrat im Interesse einer überhaupt existierenden Arbeitnehmervertretung die Arbeits- und Funktionsfähigkeit nicht strikt abgesprochen. Infolge des „kleineren“ Betriebsrats sind die einzelnen Betriebsratsmitglieder ggf. in einem größeren Umfang nach § 37 Abs. 2 BetrVG von ihrer beruflichen Tätigkeit freizustellen, als dies bei einer Mitgliederzahl nach § 9 BetrVG der Fall gewesen wäre. Im Übrigen können auch bei einem der Größenvorgabe des § 9 BetrVG entsprechenden Betriebsrat funktionale Beeinträchtigungen vorkommen, etwa, wenn aufgrund Kandidatenmangels nur wenige oder gar keine Ersatzmitglieder gewählt worden sind.

(c) Die Errichtung eines Betriebsrats (auch) in einer Fallgestaltung, dass die Wahlvorschläge nicht genügend Bewerber aufweisen, um den Betriebsrat mit der vorgeschriebenen Zahl an Mitgliedern besetzen zu können, widerspricht schließlich weder dem in § 14 Abs. 1 BetrVG ausdrücklich genannten Grundsatz der geheimen und unmittelbaren Wahl noch den darüber hinaus allgemein anerkannten Wahlprinzipien (*vgl. hierzu etwa GK-BetrVG/Jacobs 12. Aufl. BetrVG § 14 Rn. 11 ff.*). Finden sich nicht genügend Wahlbewerber, kann hieraus ferner nicht geschlossen werden, es fehle am Willen der Belegschaft, einen Betriebsrat zu errichten (*so aber MHdB ArbR/Krois 5. Aufl. § 291 Rn. 156*) und damit letztlich an dessen demokratischer Legitimation. Hierauf deutete allenfalls eine Nichtwahrnehmung der aktiven Wahlberechtigung; insoweit liegen dem Betriebsverfassungsgesetz aber keine Maßgaben zu einer absoluten oder quotalen Mindestwahlbeteiligung zugrunde. 51

(4) Das Prinzip von § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrVG gebietet es, im Fall eines Mangels an Wahlkandidaten auf eine Betriebsratsgröße entsprechend der Staffel des § 9 BetrVG so lange zurückzugehen, bis eine Besetzung des Betriebsrats mit zur Übernahme des Amts bereiten wählbaren Arbeitnehmern möglich ist. Auch in diesem Zusammenhang bietet der Regelungsgehalt von § 11 BetrVG einen Anhalt für eine entsprechende Rechtsfortbildung zur Vermeidung einer anderenfalls 52

bestehenden Schutzlücke. Nach § 11 BetrVG ist, wenn nicht einmal so viele wählbare Arbeitnehmer vorhanden sind, um den Betriebsrat auf der Grundlage der nächstniedrigeren Betriebsgröße zu bilden, eine weitere Stufe zurückzugehen und ein Betriebsrat mit entsprechend weniger Mitgliedern zu bestellen (*ganz hM im Schrifttum, vgl. Beispiele und Nachweise etwa bei GK-BetrVG/Jacobs 12. Aufl. BetrVG § 11 Rn. 8*). Zu beachten ist allerdings das in § 9 BetrVG geregelte Prinzip einer ungeraden Zahl von Betriebsratsmitgliedern, um Mehrheitsentscheidungen zu ermöglichen. Entsprechend hebt auch § 11 BetrVG auf die Maßgabe der nächstniedrigeren „Betriebsgröße“ ab und nicht auf die Anzahl der Wahlbewerber. Demnach ist bei der Betriebsratsgröße auf die (jeweils) nächstniedrigere Stufe des § 9 BetrVG so lange zurückzugehen, bis die Zahl von Bewerbern für die Errichtung eines Gremiums mit einer ungeraden Anzahl an Mitgliedern ausreicht.

c) Nach diesen Maßgaben unterliegt die streitbefangene Wahl keinem Nichtigkeitsgrund. 53

aa) Ausgehend von einem entsprechend § 9 BetrVG (Betrieb der Arbeitgeberin mit in der Regel 101 bis 200 Arbeitnehmern) die Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder (sieben) richtig ausweisenden Wahlausschreiben ist im Hinblick auf lediglich drei Wahlbewerberinnen, auf die jeweils Stimmen entfielen, ein dreiköpfiger Betriebsrat (maßgebliche Staffel des § 9 BetrVG) gewählt worden. 54

bb) Auch der Umstand, dass der Wahlvorstand keine Nachfrist für die Einreichung von Wahlvorschlägen in entsprechender Anwendung von § 9 Abs. 1 der Ersten Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes vom 11. Dezember 2001 (*WO 2001, BGBl. I S. 3494*) gesetzt hat, bedingt keine Wahllosigkeit. Hierzu war er nicht verpflichtet (*anders in einer Konstellation wie der vorliegenden aber MHdB ArbR/Krois 5. Aufl. § 291 Rn. 156; Boemke jurisPR-ArbR 24/2014 Anm. 5 zu ArbG Essen 4. Februar 2014 - 2 BV 69/13 -; vgl. auch Fitting BetrVG 32. Aufl. § 9 WO 2001 Rn. 2*). Es mag zutreffen, dass bei Einreichung einer Vorschlagsliste mit insgesamt weniger Wahlbewerbern als Betriebsratssitze zu besetzen sind, eine Nachfristsetzung der Gewinnung weite-

rer Wahlkandidaten dienlich sein kann. Hingegen verfolgt die Pflicht zur Nachfristsetzung gemäß § 9 Abs. 1 WO 2001 ein anderes Ziel. Mit ihr soll vermieden werden, dass angesichts keiner einzigen fristgerecht eingereichten gültigen Vorschlagsliste eine Betriebsratswahl „nicht stattfindet“ (*vgl. den Wortlaut von § 9 Abs. 2 WO 2001*), worauf der Wahlvorstand hinzuweisen hat (§ 9 Abs. 1 Satz 2 WO 2001). Die Annahme dieser Rechtsfolge bei erfolgloser Nachfristsetzung zur bloßen Gewinnung einer „ausreichenden“ Zahl an Wahlbewerbern wäre inkonsistent. Bei einer unter der gesetzlichen Anzahl von Betriebsratsmitgliedern liegenden Anzahl von Wahlkandidaten findet die Betriebsratswahl statt.

Schmidt

Klose

Wullenkord

Ariane Kneiße

Kleinebrink