

aufgenommen wurden, als sich die IG Metall den tarifpolitischen Forderungen von JENOPTIK verschlossen hatte und auch die DAG nicht bereit war, auf die Vorstellungen der Arbeitgeberseite zum Inhalt eines Haustarifvertrags einzugehen (vgl. aber auch die Bewertung von *Deinert*, AuR, 2004, 212, 215). ...

Mit diesen Erwägungen greift die IG Metall jedoch in Wirklichkeit die Inhalte der von der CGM abgeschlossenen TV an und vergleicht sie inhaltlich mit den selbst abgeschlossenen TV. Augenfällig wird dies etwa bei den von der CGM abgeschlossenen TV zur Schaffung betrieblicher Bündnisse für Arbeit. Tarifpolitisch mag man darüber streiten, ob es angemessen erscheint, die Regelungsbefugnisse in einem solchen Umfang, wie dort geschehen, auf die Betriebe zu delegieren. Diese Frage betrifft jedoch die ureigene Aufgabe der Tarifparteien, die Inhalte ihrer Tarifpolitik eigenverantwortlich festzulegen. Es ist nicht Aufgabe der Gerichte für Arbeitssachen, hier eine Inhaltskontrolle vorzunehmen.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die CGM jedenfalls im Bereich des Handwerks aktiv und kontinuierlich in das Tarifgeschehen eingegriffen hat. Die von ihr abgeschlossenen TV können von der Art und Weise ihres Zustandekommens her betrachtet nicht als Gefälligkeits-, Schein- oder Lückenbüßertarifverträge angesehen werden. Eine Inhaltskontrolle der geschlossenen TV ist den Gerichten für Arbeitssachen versagt

bb) (3) Zwar weist die IG Metall zutreffend darauf hin, dass sich der Organisationsgrad der CGM angesichts der Größe des Zuständigkeitsbereichs, je nach dem ob man von 50.000 oder knapp 100.000 Mitgliedern ausgeht, auf knapp 1 oder knapp 2 % im räumlichen und sachlichen Geltungsbereich ihrer TV beläuft. Der Organisationsgrad der IG Metall geht darüber weit hinaus. Darüber hinaus dürfte die Zahl von CGB-Mitgliedern, die in den Betrieben Schlüsselpositionen einnehmen, relativ überschaubar sein. Was den Hinweis von *Richardi* (NZA 2004, 1025, 1027) angeht, es habe früher auch relativ mitgliederschwache DGB-Gewerkschaften gegeben, so ist dies sicherlich zutreffend. Der Vergleich „hinkt“ aber etwas, weil diese DGB-Gewerkschaften einen deutlich kleineren Zuständigkeitsbereich hatten als die CGB.

Demgegenüber sind jedoch folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen: Es entzieht sich einer gerichtlichen Feststellung, ob die Möglichkeit zur Druckausübung von einem Organisationsgrad von 1 %, 5 %, 10 %, 20 % oder 50 % abhängig ist. Entscheidend für die Fähigkeit, sich gegenüber dem sozialen Gegenspieler zu behaupten, sind auch nicht allein die Mitgliederzahlen, sondern darüber hinaus die Fähigkeit, tarifpolitische Vorstellungen zu entwickeln und diese in Tarifverhandlungen der Arbeitgeberseite zu vermitteln. Wie die IG Metall zutreffend hervorgehoben hat, liegt der Abschluss von TV auch im Interesse der Arbeitgeberseite. Versteht es eine Arbeitnehmervereinigung, die sich daraus ergebenden Handlungsspielräume geschickt zu nutzen, so folgen daraus Möglichkeiten zur Durchsetzung gegenüber dem sozialen Gegenspieler, die nicht allein von der Mitgliederzahl abhängig sind.

Anmerkung:

Nachdem das ArbG *Stuttgart* erstinstanzlich festgestellt hatte, dass die Arbeitnehmervereinigung CGM („Christliche Gewerkschaft Metall“) keine tariffähige Gewerkschaft sei, vertritt das LAG *Baden-Württemberg* das Gegenteil¹ – in einer Entscheidung, die gravierende argumentative Mängel und Brüche aufweist.

Die Aufgabe der Kernbereichsformel durch das *BVerfG*² hat eine umstr. jahrzehntelange *Rspr.* zu den verschiedensten Aspekten der Koalitionsfreiheit in Frage gestellt. Der Satz, dies müsse künftig bei der Auslegung des Gewerkschaftsbegriffs beachtet werden³, stellt also eine schlechte Selbstverständlichkeit fest. Es ist erstaunlich, dass dieser Satz heute noch solche Wirbel in der instanzgerichtlichen *Rspr.* auslösen kann, wie wir sie in der vorliegenden Entscheidung finden. Denn fast 10 Jahre nach Aufgabe der Kernbereichsformel können wir auf zahlreiche grundlegende höchstrichterliche Ent-

scheidungen zum Gewerkschaftsbegriff zurückblicken, die nicht durch das *BVerfG* korrigiert worden sind⁴.

Nach der *Rspr.* des BAG verlangt Tariffähigkeit über die Koalitionseigenschaft i. S. d. Art. 9 Abs. 3 GG hinaus, dass die Organisation über „soziale Mächtigkeit verfüge“. Soziale Mächtigkeit wiederum hat die beiden Aspekte der „Durchsetzungsfähigkeit“ gegenüber dem sozialen Gegenspieler einerseits und der „Leistungsfähigkeit“ der Organisation andererseits. Bei der Auslegung ist A III 2 des Staatsvertrages zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zu berücksichtigen⁵. Auch das LAG *Baden-Württemberg*, das es in der vorliegenden Entscheidung⁶ für nötig hält, auf die Aufgabe der Kernbereichsformel hinzuweisen, möchte das BAG keineswegs korrigieren. Es ist der Auffassung, seine Entscheidung stehe in Einklang mit den Anforderungen, die das BAG für die Tariffähigkeit i. S. d. § 2 Abs. 1 TVG aufgestellt hat. Dies ist jedoch ein Irrtum.

1. Die Mitgliederzahl als Indiz der Durchsetzungsfähigkeit

Auch dem LAG *Baden-Württemberg* gelingt es nicht, Anhaltspunkte für eine mögliche „Durchsetzungsfähigkeit“ des CGM festzustellen. Es kritisiert zwar die Ausführungen des ArbG zur Mitgliederzahl und deren Relevanz sowie zu den Darlegungsobliegenheiten; für seine eigene Annahme, der Mitgliederbestand der CGM genüge für die Tariffähigkeit, gibt das LAG jedoch unter dem einschlägigen Gliederungspunkt B.II.2.b)bb)(3) keinerlei tatsächliche Grundlagen an. Letztlich lässt das LAG das Kriterium der Mitgliederzahl zunächst im Organisationsgrad aufgehen und verzichtet sodann darauf, sich dazu eine Meinung zu bilden („es [entziehe] sich einer gerichtlichen Feststellung“, von welchem Organisationsgrad die Möglichkeit zur Druckausübung abhängig sei).

Darauf folgt eine erstaunliche Volte, in der das LAG begründet, weshalb es der Mitgliederzahl für die Feststellung der Durchsetzungsfähigkeit gerade keine „grundlegende Bedeutung“ (so aber das BAG⁷) zumisst: Die Fähigkeit, sich gegenüber dem sozialen Gegenspieler zu behaupten, hänge davon ab, ob eine Organisation tarifpolitische Vorstellungen entwickeln und diese in Tarifverhandlungen der Arbeitgeberseite „vermitteln“ könne. Daraus, dass der Abschluss von TV auch im Interesse der Arbeitgeberseite liege, ergäben sich Handlungsspielräume und Durchsetzungsmöglichkeiten einer Arbeitnehmerorganisation. Diese Ausführungen laufen gerade auf das Gegenteil dessen hinaus, was mit „Durchsetzungsfähigkeit

1 Rechtsbeschwerde ist eingelegt: BAG – 1 ABR 58/04. Die erstinstanzliche Entscheidung erging durch das ArbG *Stuttgart*, 12.9.2003 – 15 Bv 250/96, AuR 2004, 159 ff. (= BB 2004, 827 ff.; siehe auch die Anm. von *Richardi*, NZA 2004, 1025 ff.; *Rieble*, BB 2004, 885 ff. mit Erwidern von *Deinert*, AuR 2004, 212 ff.); dieser wiederum war eine Auseinandersetzung vorangegangen um die Zulässigkeit einer erneuten Klärung der Gewerkschaftseigenschaft der CGM; die Zulässigkeit war angesichts der Rechtskraft des Beschl. des ArbG *Stuttgart* v. 4. 2. 1972 (EzA Art. 9 GG Nr. 9) fraglich, wurde aber vom BAG bejaht (LAG *Baden-Württemberg* v. 10. 12. 1998, NZA-RR 1999, 206 ff.; BAG 29. 4. 1999, AuR 1999, 357 (Zulassung der Rechtsbeschwerde); BAG 6. 6. 2000, AP Nr. 9 zu § 97 ArbGG 1979 = BAGE 95, 47 ff.

2 *BVerfG* 14. 11. 1995 – 1 BvR 601/92, AuR 1996, 151, mit Anm. *Heilmann*.

3 *Richardi*, NZA 2004, 1027.

4 Siehe nicht zuletzt die Entscheidungen v. 6. 6. 2000, Fn. 1 (CGM) und AP Nr. 55 zu § 2 TVG (BTÜ) = BAGE 95, 36 ff. Nach der hier besprochenen Entscheidung des LAG *Baden-Württemberg* erging noch die Entscheidung des BAG 14. 12. 2004 – 1 ABR 51/03, AuR 2005, 28 f. (Ufo). Die Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung v. 6. 6. 2000 über die Reichweite der Rechtskraft wurde nicht angenommen (*BVerfG* 23. 2. 2001, AP Nr. 32 zu Art. 20 GG). Auch *Richardi*, NZA 2004, 1027 hatte schon darauf hingewiesen, dass die zutreffende Reichweite des Grundrechts in Hinblick auf die Tariffähigkeit sich schon seit der *Rspr.* der 60er Jahre abgezeichnet habe.

5 Staatsvertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik v. 18. 5. 1990 (BGBl. II 518); ausf. dazu BAG 6. 6. 2000, AP Nr. 9 zu § 97 ArbGG 1997 (CGM) mit insoweit zust. Anm. *Oetker*.

6 Vgl. Fn. 1.

7 BAG 6.6.2000, AP Nr. 55 zu § 2 TVG (BTÜ) = BAGE 95, S. 36 ff.

gegenüber dem sozialen Gegenspieler“ gemeint ist: Selbstverständlich sind Forderungen, die im Interesse der Gegenseite liegen, leichter durchsetzbar als Forderungen, die nicht im Interesse der Gegenseite liegen – soweit in Bezug auf solche Forderungen überhaupt von „Gegenseite“ die Rede sein kann. Für solche Konfliktkonstellationen sind die institutionellen Absicherungen der Tarifautonomie durch Anforderungen an die Tariffähigkeit jedoch gerade nicht gedacht. „Durchsetzungsfähigkeit“ erweist sich nicht in Konstellationen der Interessenidentität und des argumentativen Verhandels, sondern in Konstellationen des Interessengegensatzes und des durch Machtausübung bestimmten Verhandels. Das Merkmal der Durchsetzungsfähigkeit soll sichern, dass die Tarifparteien gerade in einem Interessengegensatz auf Augenhöhe verhandeln können.

Auch der folgende Hinweis, die AG und Arbeitgeberverbände des Handwerks, denen sich der CGM gegenüber sähe, verfügten über geringere finanzielle und organisatorische Kraft als Industrieunternehmen und deren Zusammenschlüsse, zeugt nicht nur von einer Verkennung der Machtverhältnisse auf den Arbeitsmärkten, sondern auch von einer Verkennung des rechtlichen Ausgangspunkts. Das TVG geht von der Tariffähigkeit auch des einzelnen AG aus und anerkennt damit, dass sich die „soziale Mächtigkeit“ von AG aus anderen Quellen speist als die einer Gewerkschaft; insbes. hat ein AG die faktische Möglichkeit, individualvertraglich kollektive Regeln zu setzen, und ist nur begrenzt auf die Ausübung der Tarifautonomie angewiesen⁸. Selbst wenn man aber die Anforderungen, die an die Durchsetzungsfähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung gestellt werden, von der finanziellen und organisatorischen Ausstattung der Gegenseite abhängig machen wollte⁹, so würde dies nicht davon abhängen, überhaupt Feststellungen zur „sozialen Mächtigkeit“ (bzw. in den Worten des LAG „relativen Schwachheit“) der Arbeitnehmervereinigung zu treffen. Dies hat das LAG *Baden-Württemberg* versäumt.

2. Abgeschlossene Kollektivverträge als Indiz der Durchsetzungsfähigkeit

Das ArbG *Stuttgart* hatte über den Mitgliederbestand hinaus die vom CGM abgeschlossenen Kollektivverträge sowie die Art und Weise ihres Zustandekommens als mögliche Indizien für die Durchsetzungsfähigkeit der Organisation gewürdigt. Dies steht im Einklang mit der Rspr. des BAG, derzufolge sich die Durchsetzungskraft darin zeigen kann, „dass die Arbeitnehmervereinigung schon aktiv in den Prozess der tariflichen Regelung von Arbeitsbedingungen eingegriffen hat. Es kommt aber nicht darauf an, ob mit solchen TV die Arbeitsbedingungen für die Mitglieder schon ähnlich günstig geregelt worden sind, wie sie von großen und anerkannten Gewerkschaften geregelt werden konnten.“ Denn der Inhalt hänge von der unterschiedlichen Stärke der Vereinigungen auf der Arbeitnehmer- und der Arbeitgeberseite ab, die nicht justiziabel sei. Anders sei es mit den prozeduralen Bedingungen des Abschlusses; die Rspr. könne und müsse insofern die „Umstände, unter denen es überhaupt zum Abschluss eines TV, gleich mit welchem Inhalt, gekommen ist“, berücksichtigen¹⁰.

Diesen Kriterien ist auch zuzustimmen¹¹. Der Abschluss von TV ist zwar Folge und nicht Voraussetzung der Tariffähigkeit¹². Das vergangene Konfliktverhalten einer Organisation bietet jedoch wichtige Indizien für die Feststellung von Durchsetzungs- und Leistungsfähigkeit¹³. Wenn eine Organisation noch keine TV abgeschlossen hat, so muss auf eine Prognose vertraut werden¹⁴. Hat sie jedoch bereits TV abgeschlossen, so lässt ihr damaliges Konfliktverhalten Rückschlüsse auf ihre Durchsetzungs- und Leistungsfähigkeit zu. Das ArbG hatte hierfür mehrere mögliche Kriterien aufgestellt, die alle nichts mit einer Inhaltskontrolle zu tun hatten, sondern geeignet waren, rationale Kriterien für eine kritische Bewertung des Verfahrens, in dem ein TV zustanden kam, bereit zu stellen: Wer hat die Arbeitnehmerkoalition über die Verhandlungen unterrichtet? Sind eigene Vorstellungen entwickelt und in die Verhandlungen eingebracht worden? Welchen Zweck haben die AG mit dem Tarifabschluss verfolgt?

Das LAG *Baden-Württemberg* lehnt ebenfalls und zu Recht eine inhaltliche Bewertung der abgeschlossenen TV ab; es verweigert sich aber darüber hinaus einer Beschäftigung mit den Tarifverhandlungen. Im Kernabschnitt der Entscheidung verweist es unter II.2.b)aa)(3) für die „äußeren Umstände“ der Verhandlungen insofern schlicht auf die vom CGM eingereichten Schriftsätze, ohne deren Kernsätze auch nur zusammenzufassen oder gar mehr als nur eine pauschale Bewertung vorzunehmen. Dem Argument des ArbG¹⁵, der CGM sei auf Initiative der AG in die Tarifverhandlungen einbezogen worden, setzt das LAG lediglich die Aussage entgegen, der CGM sei teilweise der alleinige Tarifpartner der Arbeitgeberseite – eine Aussage, die das Ausgangsargument keineswegs entwertet.

„Durchsetzungsfähigkeit“ bedeutet nach st. Rspr. des BAG, dass eine Arbeitnehmervereinigung die andere Seite nicht nur dazu bringen kann, sich überhaupt auf Verhandlungen einzulassen. Durchsetzungsfähigkeit liegt vielmehr nur vor, wenn die Arbeitnehmervereinigung von ihrem sozialen Gegenspieler ernst genommen wird, „so dass die Arbeitsbedingungen nicht einseitig von der Arbeitgeberseite festgelegt, sondern tatsächlich ausgehandelt“ werden. Ob eine solche Situation vorliegt oder nicht, lässt sich tatsächlich nur in Konstellationen überprüfen, in denen die Arbeitnehmervereinigung Forderungen aufgestellt hat, die denen der Arbeitgeberseite entgegenstehen.

3. Leistungsfähigkeit als Voraussetzung der Tariffähigkeit

Neben der Durchsetzungsfähigkeit verlangt die Tariffähigkeit nach organisatorischer Leistungsfähigkeit der Organisation. Insofern hatte das ArbG (unter III.3.) genauere Angaben dazu vermisst, ob der CGM über die tatsächliche Durchsetzung der insgesamt von ihm abgeschlossenen 3.500 TV informiert war und sich um die tatsächliche Anwendung bemühen konnte. Hier scheint das LAG das ArbG gründlich missverstanden zu haben, denn das LAG *Baden-Württemberg* meint, dem erstinstanzlichen Urteil eine Stellungnahme zu Gunsten der Theorie von der „relativen Tariffähigkeit“ entnehmen zu können. Dem ArbG ging es hingegen um eine Feststellung, welche der TV sich tatsächlich durch Anwendung unter den Tarifgebundenen durchgesetzt haben, also um Indizien zur Leistungsfähigkeit der Organisation. Denn nach der Rspr. des BAG „... muss die Arbeitnehmervereinigung auch von ihrem organisatorischen Aufbau her in der Lage sein, die ihr gestellten Aufgaben zu erfüllen. Der Abschluss eines TV erfordert Vorbereitungen. Er muss der Mitgliedschaft vermittelt und auch tatsächlich durchgeführt werden. Dies alles muss eine Arbeitnehmervereinigung sicherstellen, um TV abschließen zu können.“ „Zum anderen muss auch die tatsächliche Durchführung eines TV überwacht und abgesichert werden. Das Verhandlungsergebnis, das regelmäßig Kompromisscharakter hat, muss verbandsintern vermittelt und durchgesetzt werden. Dies alles

8 Zur unbeschränkten Tariffähigkeit einzelner AG und Arbeitgeberverbände siehe insbes. BAG 20.11.1990, AP Nr. 40 zu § 2 TVG; für einzelne AG auch BAG 10. 12. 2002, BB 2003, 1125 ff.; bestritten für Arbeitgeberverbände unter Hinweis auf den Staatsvertrag *Gitter*, FS Kissel, 1994, 265 ff.; genauso *Schrader*, NZA 2001, 1341.

9 Gegen eine Interpretation und Relativierung der Tariffähigkeit in Hinblick auf den Gegner oder die Verbandskonkurrenz auch *Rieble*, FS Wiedemann, 2002, 532 f.

10 BAG 6. 6. 2000, AP Nr. 55 zu § 2 TVG (BTÜ) = BAGE 95, S. 36 ff.

11 Dementgegen erkennt die Besprechung des Urteils von *Richardi*, NZA 2004, 1025 ff. ein dem BAG widersprechendes Verständnis der Tariffähigkeit (S. 1029).

12 *Rieble*, BB 2004, 888 f.; *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. 2004, Rn. 46.

13 So auch *Schrader*, NZA 2001, 1343; vgl. auch *Löwisch/Rieble*, (Rn. 12), § 2, Rn. 58: „Tarifwilligkeit“ muss gelebt werden.

14 BAG 25. 11. 1986, AP Nr. 36 zu § 2 TVG (CGBCE); LAG *Berlin* 21.6.1996 6 TabV 2/96, AuR 1997, 38 (GKD).

15 Das LAG behandelt diese Aussagen als „Auffassung der IG Metall“. Für eine Kritik der Argumentation des ArbG insoweit s. auch *Deinert*, AuR 2004, 215.

muss eine Arbeitnehmervereinigung sicherstellen, um als Tarifvertragspartei TV abschließen zu können.¹⁶

Hier wird herkömmlich die infrastrukturelle Ausstattung als maßgebliches Kriterium verwandt. Demgegenüber verweist das LAG einzig darauf, dass die Durchsetzung eines TV Sache der einzelnen AN sowie des AG sei (sie könne insbes. durch arbeitsvertragliche Bezugnahme erreicht werden¹⁷). Damit verkennt es die Anforderungen an die Leistungsfähigkeit einer Organisation. Auch die Leistungsfähigkeit erweist sich gerade in Fällen des Interessengegensatzes. So gibt es zahlreiche Fälle aus der Praxis, in denen die tatsächliche Anwendung von TV trotz normativer Wirkung und arbeitsvertraglicher Bezugnahme nur im Konflikt durchgesetzt werden konnten¹⁸.

Der Hinweis darauf, dass eine im Verhältnis zur Größe des Organisationsbereichs geringe Zahl hauptamtlicher MitarbeiterInnen durch Mittel der modernen Informationstechnologie kompensiert werden könne, verkennt die Anforderungen, die an demokratische Mitgliederorganisationen gestellt sind: Schließlich müssen nicht nur Informationen von den Hauptamtlichen zu den Mitgliedern, sondern auch Informationen von den Mitgliedern zu den Hauptamtlichen fließen, soll die Leistungsfähigkeit in der Praxis tatsächlich gewährleistet sein. Es geht nicht nur um Information, sondern auch um Kommunikation mit den Mitgliedern.

4. Fazit

Der Beschluss des LAG *Baden-Württemberg* läuft darauf hinaus, **allein die Aufstellung tarifpolitischer Grundsätze und den Abschluss von TV, die tarifpolitischen Interessen der Gegenseite entgegenkommen, als Zeichen der Durchsetzungsfähigkeit einer Organisation gegenüber dem sozialen Gegenspieler zu werten.** Dies ist abzulehnen. Solche Aktivitäten einer Gewerkschaft sind zwar keine Argumente gegen die Tariffähigkeit; sie sind aber umgekehrt auch ungeeignete Messlatten für deren Bejahung. Tarifwilligkeit ist Voraussetzung der Tariffähigkeit; sie fehlt, wenn die Bereitschaft zum Abschluss von TV auf eine bestimmte Tarifpolitik beschränkt wird¹⁹. Eine Gewerkschaft muss damit rechnen, dass ihre Mitglieder eines Tages eine andere Tarifpolitik einfordern. Ihre Durchsetzungs- und Leistungsfähigkeit muss sich gerade in Konstellationen des Interessengegensatzes erweisen.

PD Dr. Eva Kocher, Hamburg

Aufsichtsratswahl – Konzernvermutung

1. Auch für Aufsichtsratswahlen für Arbeitnehmervertreter gilt, dass in die Wahlverfahren nur dann per einstweiliger Verfügung eingegriffen werden darf, wenn die Wahl anderenfalls nichtig wäre. Bloße Anfechtbarkeit reicht nicht.
2. Die Konzernabhängigkeitsvermutung des § 17 Abs.2 AktG ist nicht schon dadurch widerlegt, dass die Konzernmutter vertraglich ihre Stimmrechtsausübung bei der Bestellung des Aufsichtsrates begrenzt. Vielmehr darf auch bei sonstigen Beschlüssen (betr. Geschäftsführermaßnahmen, Satzungsänderungen, Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern und Vorstandsmitgliedern etc.) die Stimmenmehrheit vereinbarungsgemäß nicht zum Tragen kommen (Nichtamtl. LS).

ArbG *Düsseldorf* v. 8. 9. 2004 - 10 BVGa 23/04

Aus den Gründen:

II. 4. Im Verfahren der einstweiligen Verfügung sind Feststellungsanträge grundsätzlich unzulässig. Die mit ihnen erstrebte Rechtsfolge ist mit dem Charakter eines Eilverfahrens, insbes. hinsichtlich der Rechtskraftwirkung oder der Vollstreckbarkeit, unvereinbar. Eine nur vorläufig feststellende einstweilige Verfügung kann auch keine verbindliche Klärung des Rechtsverhältnisses herbeiführen, weil dies aus rechtsstaatlichen Gründen allein dem Hauptverfahren

vorbehalten bleiben muss und die Entscheidung im Eilverfahren gerade keine Bindungswirkung für das Hauptverfahren entfaltet.

5. b) Dem Antragsteller steht kein Verfügungsanspruch zur Seite. Die Voraussetzungen für einen Eingriff in die bereits angelaufenen Wahlvorbereitungen zur Wahl der Arbeitnehmervertreter in den AR liegen nicht vor. Dies ergibt sich bereits daraus, dass in **angelaufene Wahlen im Wege der einstweiligen Verfügung nur dann eingegriffen werden kann, wenn die Wahl ansonsten nichtig wäre** (vgl. LAG *Frankfurt* 28. 1. 2002 - 9 TaBVGa 6/02, Juris; LAG *Köln* 29. 3. 2001 - 5 TaBV 22/01, Juris beide zu der Parallelproblematik im Betriebsverfassungsrecht). Hierfür spricht vor allem, dass mit dem Abbruch der Wahl bzw. mit solchen Maßnahmen, die zu einer Verzögerung der Wahl führen, die Möglichkeit einer Heilung von Mängeln ausgeschlossen wäre. Und auch die Frage, ob eine Wahl anfechtbar ist oder nicht, kann sich häufig erst nach deren Durchführung klären lassen, weil nicht jeder Verstoß gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren zu einer Anfechtung führt. Schließlich ist eine Anfechtung nach § 22 MitbestG dann ausgeschlossen, wenn durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte.

Eine Nichtigkeit der Wahl droht nicht. Eine nichtige Wahl ist nur in ganz besonderen Ausnahmefällen anzunehmen, in denen gegen allgemeine Grundsätze jeder ordnungsgemäßen Wahl in so hohem Maße verstoßen ist, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl nicht mehr vorliegt. Ebenso wie die Verkenning des Betriebsbegriffs bei der BR-Wahl nicht zu einer Nichtigkeit der Wahl führt, führt auch die Beteiligung von nicht wahlberechtigten AN bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter zum AR nicht zu einer Nichtigkeit der Wahl. Die Beteiligung von nicht wahlberechtigten AN macht die Wahl vielmehr allenfalls anfechtbar nach § 22 Abs. 1 MitbestG. Und auch eine Mitgliedschaft des Bet. zu 4 im Hauptwahlvorstand würde im Falle einer nicht vorliegenden Wahlberechtigung von Mitarbeitern allenfalls zu einer Anfechtbarkeit führen. Zwar können nach § 4 Abs. 1 Satz 4 Wahl0 Mitglieder des Hauptwahlvorstandes nur Wahlberechtigte von solchen UN sein, deren AN an der AR-Wahl teilnehmen (vgl. *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, 4. Auf. 2002, Vor § 9 Rn. 8). Verstöße gegen die Vorschriften über die ordnungsgemäße Zusammensetzung des Wahlvorstandes haben jedoch nicht die Nichtigkeit der Wahl zur Folge, sondern allenfalls deren Anfechtbarkeit (*BAG* 14. 9. 1988, *BAGE* 59, 328 ff.).

Soweit der Antragsteller anführt, bei einer Wahl von nicht wählbaren AR-Mitgliedern sei schließlich deren Wahl nichtig, vermag auch dies keine drohende Nichtigkeit der AR-Wahl zu begründen. Für die Frage von eingreifenden Maßnahmen in das laufende Wahlverfahren kommt es nur auf die Nichtigkeit der Wahl im Ganzen an. Die Wahl insges. ist jedoch selbst dann nicht nichtig, wenn lediglich bei einzelnen gewählten Mitgliedern die Wählbarkeitsvoraussetzungen nicht vorgelegen haben (vgl. *BAG* 28. 11. 1977, *BAGE* 29, 392). Dies entspricht der Wertung sowohl des § 24 Nr. 6 BetrVG als des § 24 Abs. 1 MitbestG, wonach bei Verlust der Wählbarkeit lediglich die Mitgliedschaft des einzelnen Mitglieds erlischt.

c) Aber auch wenn man zugunsten des Antragstellers annehmen wollte, auch die Anfechtbarkeit der Wahl reiche für eine einstweilige Verfügung im laufenden Wahlverfahren aus, ergäbe sich nichts anderes. Voraussetzung ist auch in diesem Fall jedenfalls, dass die Weiterführung der Wahl mit Sicherheit eine erfolgreiche Anfechtung zur Folge hätte. **Der festgestellte Rechtsmangel muss also ein-**

¹⁶ *BAG* 6. 6. 2000, AP Nr. 55 zu § 2 TVG (BTÜ) = *BAGE* 95, S. 36 ff.

¹⁷ Zur Kritik insoweit auch *Deinert*, AuR 2004, 216.

¹⁸ Siehe insbes. die zahlreichen Fälle tarifwidriger betrieblicher Vereinbarungen und Maßnahmen, die durch koalitionsrechtliche Unterlassungsklagen angegriffen wurden (*BAG* 20. 4. 1999 [Burda]), AP Nr. 89 zu Art. 9 GG m. Anm. *Kocher*, AuR 1999, 382 ff. oder den Fall des LAG *Baden-Württemberg* v. 13.1.1999 m. Anm. *Kocher*, AuR 1999, 158 ff.).

¹⁹ *Löwisch/Rieble*, Fn. 12, § 2, Rn. 61.