

# Betriebsratswahl 2014

Aktuelle Rechtsprechung und praktische Brennpunkte

Vortrag für das Institut für Arbeitsrecht an der Universität Rostock e.V.

31. Arbeitsrechtsabend im November 2013

## Inhalt

<b>1. Einleitung .....</b>	<b>2</b>
<b>2. Analyse der betrieblichen Ausgangslage.....</b>	<b>3</b>
a.) Abgrenzung Arbeitnehmer – Freier Mitarbeiter .....	3
b.) Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag (Scheinwerkverträge) .....	4
c.) Von der öffentlichen Hand gestellte Beamte und Arbeitnehmer .....	6
d.) Neues zu den Leiharbeitnehmern .....	7
e.) Mal wieder die leitenden Angestellten .....	8
f.) Gemeinsamer Betrieb zweier Unternehmen .....	12
g.) Neue Betriebsratsstrukturen per Betriebsvereinbarung nach § 3 BetrVG .	15
<b>3. Durchführung der Wahlen.....</b>	<b>17</b>
a.) Finger weg von der ausschließlich elektronischen Veröffentlichung des Wahlausschreibens.....	17

b.)	Amtspflichten bei der Prüfung eingehender Wahlvorschläge .....	18
c.)	Briefwahl vs. persönliche Stimmabgabe .....	21
d.)	Probleme bei der Stimmauszählung.....	22
e.)	Betriebsöffentliche Auszählung der Stimmen .....	24
f.)	Augen auf bei der Bekanntmachung des Wahlergebnisses .....	24
g.)	Abbruch der Wahl durch Einstweilige Verfügung gegen den Wahlvorstand .....	25

## 1. Einleitung

Vom 1. März bis 31. Mai 2014 werden in den Betrieben in Deutschland die Betriebsräte neu gewählt (§ 13 Absatz 1 BetrVG). Die Wahlen werfen schon jetzt ihre Schatten voraus, denn so eine Betriebsratswahl hat mitunter eine erhebliche Vorlaufzeit und es gibt viele Betriebe, in denen bereits heute die Wahlvorstände für die Betriebsratswahlen 2014 bestellt sind. Anlass genug, einen Überblick über wichtige Entwicklungen auf dem Gebiet der Betriebsratswahl zu geben.

Der Gesetzgeber ist in dem Zeitraum von der letzten Wahlkampagne zur Betriebsratswahl 2010 bis heute untätig geblieben. In meinem Vortrag werde ich daher nur auf eine Gesetzesänderung aus dem Jahre 2009 kurz eingehen, die so knapp vor den letzten Wahlen Gesetz wurde, dass man sie auch heute noch zu denerwähnenswerten gesetzlichen Neuerungen zählen darf.

Anders sieht es auf dem Gebiet der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aus. Das Gericht hat sich in zahlreichen Entscheidungen zu Fragen aus nahezu allen Phasen der Wahl in den letzten Jahren geäußert.

In einem ganz allgemeinen Sinne kann man den Wahlprozess der Betriebsratswahl in zwei Hälften unterteilen. Der Wahlprozess beginnt mit der Vorbereitung der Wahlen, wobei hier die Analyse der betrieblichen Ausgangslage im Mittelpunkt steht. Diese erste Phase endet mit der Ausschreibung der Wahl. Es folgt die Phase der Durchführung der Wahl. Auch mein Vortrag wird sich an diesen beiden Phasen des Wahlprozesses orientieren.

Die erste Phase der Betriebsratswahl kann je nach der betrieblichen Ausgangslage zu schwierigen Abgrenzungsfragen in unscharfen Randbereichen zentraler

arbeitsrechtlicher Begriffe führen, wenn ich etwa an den Arbeitnehmerbegriff denke, oder an den Begriff des leitenden Angestellten oder an den Betriebsbegriff mit allen seinen Unsicherheiten und Schattierungen. Es wird der Rechtsprechung wohl nie gelingen, diese Unsicherheiten zu überwinden. Dennoch kann ich über einige Entscheidungen berichten, die im Detail weitere Klärung gebracht haben.

Die zweite Phase des Wahlprozesses, die Durchführung der Wahlen, ist eigentlich in der Wahlordnung zum Betriebsverfassungsgesetz recht ausführlich geregelt, so dass man meinen könnte, in der Praxis würden sich nur selten Situationen ergeben, die sich für eine gerichtliche Anfechtung der Wahl eignen. Weit gefehlt, auch aus dieser Phase der Wahl resultieren viele Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts und bei einigen dieser Entscheidungen frage ich mich, ob vielleicht der Abstand zwischen einem Bundesgericht und der Realität draußen in den Betrieben inzwischen vielleicht doch etwas groß geworden ist.

## 2. Analyse der betrieblichen Ausgangslage

### a.) Abgrenzung Arbeitnehmer – Freier Mitarbeiter

Nach § 7 BetrVG sind nur die *Arbeitnehmer* berechtigt, an den Wahlen zum Betriebsrat teilzunehmen. Damit spielt die ganze leidige Diskussion um den Arbeitnehmerbegriff und seine Abgrenzung zum freien Mitarbeiter auch im Recht der Betriebsratswahl eine bedeutende Rolle. Neues gibt es hier nicht zu berichten. Ich möchte nur auf eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts hinweisen, in der das Gericht nochmals sein gesamtes Argumentationsprogramm abgspult hat.

Sachverhalt: Die Klägerin verlangt, als Arbeitnehmerin anerkannt zu werden. Sie arbeitet seit 2001 als Cutterin bei der beklagten Rundfunkanstalt. Cutterinnen werden dort sowohl im Arbeitnehmerstatus beschäftigt (Stammkräfte) als auch als sogenannte „freie Mitarbeiterinnen“. Die Klägerin war immer als freie Mitarbeiterin behandelt worden. – Auch die freien Mitarbeiterinnen werden nach Dienstplan zu bestimmten Schichten eingeteilt, allerdings haben sie das Recht, den Antritt ihr zugeteilter Schichten auszuschlagen, wovon die Klägerin gelegentlich Gebrauch gemacht hatte. Die Klägerin war nur für die Rundfunkanstalt tätig und sie musste ihre Tätigkeit in den dortigen Räumen versehen. In fachlicher Hinsicht konnte sie nach ihren Vorstellungen arbeiten, es sei denn, andere künstlerische Mitarbeiter an den Projekten (Autoren oder Redakteure) hatten eigene Vorstellungen, denen die Klägerin dann nachzukommen hatte. Im Durchschnitt der Jahre der Zusammenarbeit hat sie etwa so viele Schichten geleistet wie eine festangestellte Teilzeit-Cutterin mit einer Teilzeitquote von rund 70 Prozent einer Vollzeitkraft.

Das Bundesarbeitsgericht hat der Klägerin Recht gegeben.<sup>1</sup> Das BAG bleibt bei seiner Linie. Danach ist Arbeitnehmer, wer seine Dienstleistung in persönlicher Abhängigkeit erbringe. Dienstleistung in persönlicher Abhängigkeit liege vor, wenn der Dienstherr (Arbeitgeber) Zeit, Art und Ort der Tätigkeit bestimmen könne, wobei der Bestimmung der Zeit der Arbeitsleistung in einem ganz besonderen Maß für die

---

<sup>1</sup> BAG 17.04.2013 – 10 AZR 272/12 – NJW 2013, 2984 = NZA 2013, 903 – Cutterin beim Bayerischen Rundfunk.

Arbeitnehmereigenschaft spreche.<sup>2</sup> – Wendet man diese Kriterien hier an, ist das Ergebnis klar. Die Zeit der Tätigkeit wurde der Klägerin durch die Einteilung im Dienstplan vorgegeben, die theoretische Möglichkeit, einzelne Dienste abzulehnen falle nicht ins Gewicht, da das selten vorgekommen sei. Der Ort der Tätigkeit wird durch den Sender vorgegeben und die Klägerin musste schließlich wenn es drauf ankam, auch nach Weisung anderer Filmschaffender arbeiten.

### **b.) Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag (Scheinwerkverträge)<sup>3</sup>**

Der folgende Fall hatte auch Beachtung in Presse Funk und Fernsehen gefunden:

Daimler hat weite Teile seiner IT outgesourct. Für die Treasury-Abteilung in der Konzernzentrale (dort werden wohl die Finanztransaktionen durchgeführt oder zumindest gesteuert) war das Unternehmen C. damit beauftragt, dafür Sorge zu tragen, dass an den Arbeitsplätzen die IT-Technik funktioniert und die dortigen Benutzer entsprechend ihren Rechten Zugriff auf die verschiedenen Ressourcen hatten. C verwirklichte diese Dienstleistung unter anderem durch 2 Personen (die späteren Kläger), die sie durch Werkverträge an sich gebunden hatte.<sup>4</sup> Abgewickelt wurde das Geschäft über ein Ticket-System. Wenn es an einem der Arbeitsplätze Probleme gab, wurde ein Ticket erstellt; dann sorgte die C. dafür, dass das Ticket von einem Mitarbeiter bearbeitet wird und dieser hat das Problem dann gelöst und das Ticket geschlossen. Um die Reaktionszeiten auf Tickets zu optimieren, hat Daimler den Mitarbeitern von C. Räume in der Konzernzentrale zur Verfügung gestellt. Die beiden späteren Kläger waren ausschließlich dort eingesetzt und waren dort zeitlich wie vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer beansprucht.

Da die beiden so gut funktionierten und vor Ort waren, hat sich mit der Zeit so etwas wie ein kleiner Dienstweg eingeschlichen, das heißt, die beiden späteren Kläger haben außerhalb des Ticket-Systems auch persönlich oder per Mail direkt Aufträge von Mitarbeitern von Daimler erhalten. Im Streitzeitraum haben beide etwa 9.000 Tickets bearbeitet und sie konnten daneben durch Vorlage von Mailverkehr nachweisen, dass sie in mindestens 70 Fällen auch direkt unter Umgehung von C beauftragt wurden.

Vor dem Arbeitsgericht haben beide die Feststellung begehrt, dass sie in einem Arbeitsverhältnis zu Daimler stehen.

Das Landesarbeitsgericht hat den beiden Klägern Recht gegeben und damit ein sehr breit praktiziertes System der Einbindung von Werkverträgern in den Betriebsablauf bei Daimler ins Wanken gebracht. Die Entscheidung ist aber noch nicht rechtskräftig. Das BAG wird vermutlich in etwa einem Jahr über den Fall entscheiden.

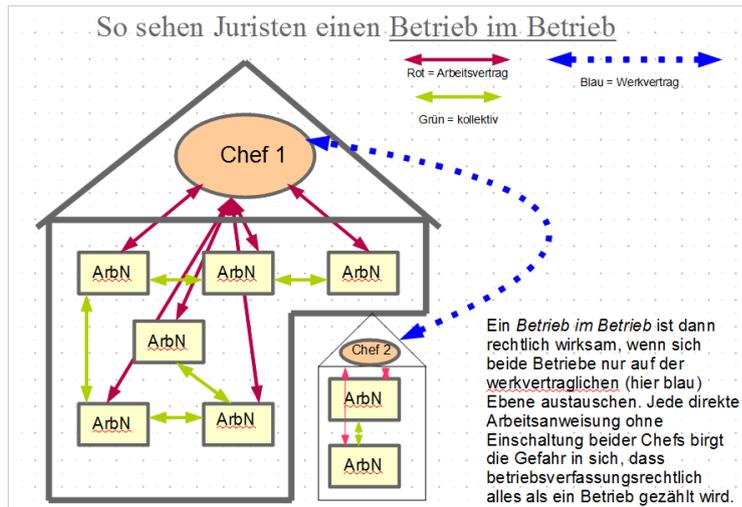
---

<sup>2</sup> Vgl. dazu auch *Anuschek*, Betriebsratswahl – Handbuch zur fehlerfreien Wahldurchführung, 4. Auflage Münster (Rieder Verlag) 2013, Seite 65 ff.

<sup>3</sup> **LAG Baden-Württemberg 01.08.2013** – 2 Sa 6/13 – derzeit BAG 9 AZR 748/13 – IT-Spezialisten mit Scheinwerkverträgen bei Daimler in Stuttgart

<sup>4</sup> Sachverhalt insoweit vereinfacht dargestellt. Nach dem Tatbestand des Urteils waren die beiden Kläger von einem weiteren Unternehmen angeheuert und der C. zur Verfügung gestellt worden.

Der Gedankengang des Gerichts vollzieht sich in mehreren Schritten. Den Hebel setzt das Gericht bei §§ 9, 10 AÜG (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz) an. Nach dieser gesetzlichen Regelung entsteht automatisch per Gesetz ein direktes Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeiter und seinem Einsatzarbeitgeber, wenn der Verleiher ihn mit Gewinnerzielungsabsicht verliehen hat obwohl er nicht über die Lizenz zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung verfügt. Das passt schon mal von der Rechtsfolge (Arbeitsverhältnis zu Daimler), aber wie sieht es mit den Tatbestandsvoraussetzungen aus?



§§ 9, 10 AÜG setzen ja voraus, dass jemand als Leiharbeiter unterwegs ist. Das war hier eigentlich nicht der Fall, da die beiden Kläger mit Werkverträgen ausgestattet waren. Da sagt das Gericht, es komme nicht darauf an, was auf dem Papier steht, sondern auf die tatsächlichen

Einsatzbedingungen. Und diese seien so ausgestaltet gewesen, dass die beiden Kläger wie Arbeitnehmer dem Direktionsrecht von Daimler unterstanden hätten. Sie wären nicht mehr als Helfer der C. bei der Erfüllung des Dienstleistungsauftrages eingesetzt gewesen, sondern hätten unmittelbar dem Weisungsrecht von Daimler unterstanden. – Soweit sich alle Beteiligten an das Ticket-System gehalten hätten, wären die Verhältnisse noch eindeutig gewesen, da die beiden Kläger die Tickets von C. zugeteilt bekommen hätten. Man müsse im Ergebnis aber darauf abstellen, dass im Laufe der Zeit das Ticket-System seine prägende Bedeutung verloren habe und die beiden unmittelbar von Daimler aus gesteuert worden seien.

Und wenn die beiden Kläger wie (Leih-)Arbeitnehmer bei Daimler eingesetzt gewesen seien, sei eben C. als Verleiher anzusehen. Da er keine Lizenz zur Arbeitnehmerüberlassung gehabt habe, sei es zu der Entstehung des Arbeitsverhältnisses zum Einsatzarbeitgeber (Daimler) gekommen.

**Anmerkung:** Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung schlüssig begründet, es bestehen aber Zweifel, ob es noch vertretbar war, aus den gegebenen Tatsachen darauf zu schließen, dass das Ticket-System für das Handeln der Beteiligten zum Schluss nicht mehr prägend gewesen sei.

Selbst wenn die Entscheidung Bestand haben sollte, wird dies nicht dazu zwingen, das so beliebte System mit den Werkverträgern gänzlich aufzugeben. Zum einen muss man nur stur darauf achten, dass die Weisungsstränge (hier durch das Ticket-

System) eingehalten werden. Zum anderen gibt es inzwischen in der Branche schon viele Dienstleister, die sich vorsorglich mit einer Lizenz zur Arbeitnehmerüberlassung eindecken, damit die Auswirkungen nicht mehr so gravierend sind, wenn mal wieder ein Gericht feststellen sollte, dass die Werkverträger im Grund wie Arbeitnehmer eingesetzt sind. Denn wenn C. im hiesigen Fall eine solche Lizenz gehabt hätte, hätte das Gericht keine Möglichkeit gehabt, §§ 9, 10 AÜG zur Anwendung zu bringen.

### c.) Von der öffentlichen Hand gestellte Beamte und Arbeitnehmer

In der betrieblichen Praxis und in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gibt es – so kann man wohl sagen – seit Jahrzehnten Probleme mit der Behandlung von Arbeitnehmern, die einen Vertrag zu einer Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts haben, die aber aufgrund einer Leihe oder aufgrund einer Personalgestellung in Unternehmen der Privatwirtschaft tätig sind. Beispiele sind:

- Der kommunale IT-Spezialist, der seine Tätigkeit in einer IT-Service-GmbH verrichtet, die verschiedene örtlich benachbarte Kommunen durch Outsourcing geschaffen haben;<sup>5</sup>
- die Mitarbeiter im Theater der Stadt Frankfurt, die dem Betriebsübergang auf die Theater GmbH widersprochen haben und in der Folge im Wege der Personalgestellung dennoch bei der GmbH tätig wurden;<sup>6</sup>
- Das Servicepersonal einer Klinik, das eigentlich im Wege des Betriebsübergangs auf eine GmbH überführt werden sollte, was aber wegen der Widersprüche gegen den Betriebsübergang misslungen war. Das Personal wird jetzt im Wege der Leihe oder Personalgestellung trotzdem in der Service GmbH beschäftigt.

Die Rechtsprechung hat sich bis zuletzt konsequent geweigert, diese Personen als Angehörige des Einsatzbetriebes anzuerkennen. Hier hat der Gesetzgeber kurz vor der letzten Betriebsratswahl im Jahre 2010 helfend eingegriffen. Nach dem neu eingefügten § 5 Absatz 1 Satz 3 BetrVG gelten als Arbeitnehmer nunmehr auch Beamte (Beamtinnen und Beamte), Soldaten (Soldatinnen und Soldaten) sowie Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, die in Betrieben privatrechtlich organisierter Unternehmen tätig sind.

Das BAG hat die Pille geschluckt und wendet das neue Gesetz konsequent an. Das hat mehrere Folgen:

- Den gestellten Arbeitnehmern, Soldaten und Beamten steht das aktive und das passive<sup>7</sup> Wahlrecht (§§ 7, 8 BetrVG) zu, sie müssen also mit in die Wählerliste aufgenommen werden;

---

<sup>5</sup> **BAG 28.03.2001** - 7 ABR 21/00 - BAGE 97, 226 = AP Nr. 5 zu § 7 BetrVG 1972 = DB 2002, 221.

<sup>6</sup> **BAG 16.04.2008** – 7 ABR 4/07 – AP Nr. 32 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb = DB 2008, 1864.

<sup>7</sup> **BAG 12.09.2012** - 7 ABR 37/11 - ZTR 2013, 161; **BAG 15.08.2012** - 7 ABR 34/11 - NZA 2013, 107 = PersV 2013, 103; **BAG 15.08.2012** - 7 ABR 24/11 - ZTR 2012, 494.

- Die gestellten Beschäftigten zählen auch bei der Bestimmung der Größe des Betriebsrats mit (§ 9 BetrVG);<sup>8</sup>
- Damit muss man die gestellten Beschäftigten auch bei allen anderen Schwellenwerten, wo es auf die Anzahl der Beschäftigten ankommt, mit hinzurechnen (Möglichkeit, Ausschüsse zu bilden; Freistellungen; Wirtschaftsausschuss; Mitbestimmung nach § 99 BetrVG).<sup>9</sup>

Auch wenn unklar ist, ob der Beschäftigte aus dem öffentlichen Dienst im Wege der Arbeitnehmerüberlassung in der Privatwirtschaft tätig ist, braucht der Sachverhalt nicht näher aufgeklärt zu werden, denn die neue Regelung in § 5 Absatz 1 Satz 3 BetrVG sei eine Spezialnorm, die § 14 AÜG vorgehe.<sup>10</sup>

#### d.) Neues zu den Leiharbeitnehmern

Die soeben vorgestellte gesetzliche Neuregelung hat indirekt auch Auswirkungen auf die Stellung von Leiharbeitnehmern im Einsatzbetrieb.

Bisher war die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts von dem Dogma beherrscht, dass in der Betriebsverfassung nur der Beschäftigte etwas zu sagen habe, der auch einen Vertrag mit dem Arbeitgeber hat.<sup>11</sup> Das steht zwar an keiner Stelle im Gesetz ausdrücklich drin, es gibt aber in der Tat Anhaltspunkte dafür, dass dies auch dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Das 2001 ins Gesetz aufgenommene aktive Wahlrecht der Leiharbeitnehmer im Einsatzbetrieb (§ 7 BetrVG) sah man daher als eine Ausnahme von diesem Grundsatz und hat die Vorschrift dementsprechend eng ausgelegt. – Das hatte dann zur Folge, dass die im Betrieb eingesetzten Leiharbeitnehmer bei der Größe des Betriebsrats nach § 9 BetrVG keine Berücksichtigung fanden. – Für diese alte inzwischen überholte Rechtsprechung hatte sich das Merksätzchen eingebürgert: *Wählen ja – zählen nein*.

Nach den jüngsten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts deutet sich hier eine grundlegende Wende an:

- Bei dem Schwellenwert in § 111 BetrVG, der darüber entscheidet, ob die Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten greift, rechnen die Leiharbeitnehmer mit.<sup>12</sup>
- Auch bei der Größe des Betriebsrats (§ 9 BetrVG) werden nunmehr die Leiharbeitnehmer – *unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung!* –

<sup>8</sup> BAG 12.09.2012 - 7 ABR 37/11 - ZTR 2013, 161.

<sup>9</sup> BAG 05.12.2012 - 7 ABR 17/11 - BB 2013, 691.

<sup>10</sup> BAG 15.08.2012 - 7 ABR 24/11 - ZTR 2012, 494.

<sup>11</sup> Vgl. BAG 18.01.1989 - 7 ABR 21/88 - BAGE 61, 7 = AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 1; 19.06.2001 - 1 ABR 43/00 - BAGE 98, 60 = AP BetrVG 1972 § 87 Leiharbeitnehmer Nr. 1; 16.04.2003 - 7 ABR 53/02 - BAGE 106, 64 = AP BetrVG 1972 § 9 Nr. 7; 10.03.2004 - 7 ABR 49/03 - BAGE 110, 27 = AP BetrVG 1972 § 7 Nr. 8 näher dazu auch in der Voraufgabe meines Buches Anuschek, Betriebsratswahl, 3. Auflage Münster (Rieder-Verlag) 2009, S. 74 f.

<sup>12</sup> BAG 18.10.2011 - 1 AZR 335/10 - DB 2012, 408 = AP Nr. 70 zu § 111 BetrVG 1972.

- mitgezählt.<sup>13</sup>
- Bei der Berechnung der Wartezeit bis zur Erlangung des passiven Wahlrechts in § 8 BetrVG zählen Zeiten, die man im Betrieb als Leiharbeitnehmer zurückgelegt hat, nach der jüngsten Rechtsprechung des BAG ebenfalls mit.<sup>14</sup>

Man wird daher die Leiharbeitnehmer wohl bei allen Schwellenwerten im Betriebsverfassungsrecht mitzählen können. Das neue Merksätzen müsste also lauten: *Wählen ja – zählen auch ja.*

### e.) Mal wieder die leitenden Angestellten

Nach § 5 Absatz 3 BetrVG zählen die leitenden Angestellten nicht zu der Belegschaft des Betriebes, die den Betriebsrat wählt. Leitende Angestellte sind die Arbeitnehmer, die an Stelle des Unternehmers unternehmerische Teilaufgaben wahrnehmen. Was damit gemeint ist, ist in § 5 Absatz 3 BetrVG in drei Fallgruppen näher umschrieben.

Das Bundesarbeitsgericht ist sich in einigen jüngeren Entscheidungen treu geblieben und hat die Hürden für den Begriff des leitenden Angestellten weiterhin sehr hoch gelegt. Es lohnt sich ein kurzer Blick auf die Sachverhalte und die Argumente des Gerichts.

#### (1) § 5 Absatz 3 Nr. 1 BetrVG – Einstellungs- und Entlassungsbefugnis

**Praxisbeispiel:** Die Arbeitgeberin betreibt ein Krankenhaus, in dem etwa 600 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, davon etwa 80 Ärztinnen und Ärzte beschäftigt sind. Die Klinik ist in acht medizinische Abteilungen aufgeteilt, denen jeweils ein Chefarzt vorsteht. Der hier interessierende Chefarzt (Jahreseinkommen 180.000 Euro) leitet die geriatrische Abteilung. Dort sind neben ihm ein Oberarzt, drei Assistenzärzte sowie im Pflegebereich 26,5 Vollzeitkräfte beschäftigt. Die Geriatrie verfügt über 41 der insgesamt 405 stationären Betten der Klinik sowie über weitere 15 tagesklinische Betten. Im Jahr 2005 betrug die Erlöse der Arbeitgeberin aus der Krankenbehandlung über 33 Mio. Euro, wovon 3,3 Mio. Euro auf die geriatrische Abteilung entfielen. Der Chefarzt durfte das in seinem Bereich tätige ärztliche Personal einstellen und entlassen. – Ist er deshalb ein leitender Angestellter?

Das Bundesarbeitsgericht sagt „nein“. Die *Befugnis zur selbständigen Einstellung und Entlassung von Personal* macht einen Mitarbeiter nur dann zum leitenden Angestellten, wenn diese Personalkompetenzen nicht nur von untergeordneter Bedeutung für den Betrieb und damit auch für das Unternehmen sind. Der Status als leitender Angestellter kann nur begründet werden, wenn die dem Angestellten nachgeordneten Mitarbeiter, die er einstellen und entlassen darf, auch ein für das Unternehmen bedeutsames Aufgabengebiet betreuen. Die Voraussetzungen des § 5 Absatz 3 Nr. 1 BetrVG liegen nicht vor bei Arbeitnehmern, deren Personalkompetenzen nur von untergeordneter Bedeutung für den Betrieb und

---

<sup>13</sup> BAG 13.03.2013 - 7 ABR 69/11 – DB 2013, 1613 = NZA 2013, 789. Dass das BAG bereit ist, von seiner bisherigen Rechtsprechung abzurücken, hat sich schon in der Entscheidung vom 10.10.2012 (7 ABR 53/11 - ArbuR 2013, 100) angedeutet.

<sup>14</sup> BAG 10.10.2012 – 7 ABR 53/11 – ArbuR 2013, 100.

damit auch für das Unternehmen sind.<sup>15</sup>

Das sei hier der Fall, denn der Chefarzt sei nur für die Einstellung und Entlassung von 4 Ärzten und Ärztinnen von insgesamt 600 Mitarbeitern zuständig und selbst gemessen an den insgesamt 80 beschäftigten Ärzten sei seine Personalzuständigkeit noch nicht für das Unternehmen bedeutsam.

*Weitergehender Hinweis:* Ähnlich fällt die Begründung aus, wenn es um die Personalkompetenz der Markt- oder Filialleiter der deutschlandweit operierenden Einzelhändler geht. Auch wenn diese gelegentlich die Befugnis haben, ihr Personal vor Ort selber einzustellen und gegebenenfalls entlassen, werden sie dadurch noch nicht zu leitenden Angestellten, weil ihre Personalbefugnisse gemessen am gesamten Unternehmen unbedeutend sind. – Das ändert sich erst dann, wenn man so große Häuser hat, dass man diese als eigene Betriebe ansehen muss, in denen dann auch eigene Betriebsräte gebildet werden können.

#### (2) § 5 Absatz 3 Nr. 2 BetrVG – Prokura oder Generalvollmacht

Zu den leitenden Angestellten zählen auch die Prokuristen eines Unternehmens, sofern *die Prokura auch im Verhältnis zum Arbeitgeber nicht unbedeutend ist.*

**Beispiel:** Es geht um den Leiter der Revisionsabteilung einer Bank mit annähernd 450 Beschäftigten. Er ist selbständig zuständig für die risikoorientierte Überwachung der gesamten Geschäftsvorfälle der Bank. Er ist außerhalb der Hierarchien direkt dem Vorstand unterstellt und verfügt über 7 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die er selbst einstellen und entlassen darf. Und ihm ist Prokura verliehen.

Das BAG hat gesagt, allein seine Personalbefugnisse und seine Prokura mache ihn noch *nicht* zum leitenden Angestellten. Wegen seiner Personalbefugnisse entspricht das der Linie, die oben vorgestellt wurde, 7 von rund 450 Mitarbeitern, das hat noch keine Bedeutung für das Unternehmen. Aber auch die Prokura mache ihn nicht zum leitenden Angestellten. Da er als Leiter der Revisionsabteilung eine rein interne Funktion wahrnehme, also nicht in Kontakt zum Kunden trete, sei die erteilte Prokura zur Erfüllung seiner Aufgaben sachlich nicht erforderlich. Es gebe – so könnte man das vielleicht mit anderen Worten ausdrücken – keine Übereinstimmung zwischen der Arbeitsaufgabe und der verliehenen Prokura. Der Leiter der Revisionsabteilung benötige eigentlich keine Prokura, also könne er durch deren Verleihung nicht zum leitenden Angestellten werden.<sup>16</sup>

Diese Ausführungen des Gerichts sind durchaus verallgemeinerungsfähig. Das BAG meint, dass alle Prokuristen, die nur „Stabsfunktionen“ ausüben, nicht bereits wegen ihrer Prokura leitenden Angestellten sein könnten.

---

<sup>15</sup> BAG 10.10.2007 - 7 ABR 61/06 - DB 2008, 590 = AP Nr. 72 zu § 5 BetrVG 1972

<sup>16</sup> BAG 25.03.2009 - 7 ABR 2/08 - DB 2009, 1825 = NZA 2009, 1296 = AP Nr. 73 zu § 5 BetrVG 1972.

### (3) Sind alle Wirtschaftsprüfer leitende Angestellte?

Dazu ergänzend noch ein Hinweis darauf, wie stur das BAG an seiner Linie festhält und sich dabei auch nicht durch den Gesetzgeber beeindrucken lässt.

Nach § 45 der Berufsordnung der Wirtschaftsprüfer sollen angestellte Wirtschaftsprüfer in Wirtschaftsprüfungsgesellschaften die Rechtsstellung von Prokuristen haben. Damit will der Gesetzgeber die Unabhängigkeit der Wirtschaftsprüfer auch gegenüber dem eigenen Arbeitgeber stärken und er verbindet damit die Hoffnung, dass die Prüfberichte dadurch besser, realistischer und aussagekräftiger werden. Im Jahre 2007 hat der Gesetzgeber noch eins draufgesetzt und einen Satz 2 angefügt, in dem es schlicht heißt, angestellte Wirtschaftsprüfer gelten als leitende Angestellte im Sinne des § 5 Absatz 3 des Betriebsverfassungsgesetzes.

Damit war an sich das schöne Gebäude des BAG in Frage gestellt, denn bei den großen Prüfgesellschaften arbeiten Hunderte von Wirtschaftsprüfern und wenn die jetzt alle plötzlich leitende Angestellte sein sollen, würde dies den bisherigen Grundsätzen des Gerichts vollkommen widersprechen. Denn worin bitte soll denn der Einfluss auf die Unternehmensführung zum Ausdruck kommen, wenn der Junior-Wirtschaftsprüfer kurz nach seiner Einstellung als 3. Hilfsprüfer Teile einer größeren Prüfung zu verantworten hat?

Das BAG hat sich zu helfen gewusst und sagt, man müsse das Gesetz in *verfassungskonformer Auslegung* so lesen, dass damit nur die Wirtschaftsprüfer gemeint sein können, die entsprechend dem Leitbild des Gesetzes gleichzeitig auch zu Prokuristen der Beratungsgesellschaft ernannt sind.<sup>17</sup> – Damit hat man die Geschichte wieder eingefangen und man braucht kein Prophet zu sein, um vorauszusehen, dass das Gericht dann bei einer der nächsten Entscheidungen sagen wird, auch die Prokura zähle nur, wenn sie für die Erfüllung der Aufgaben des Angestellten erforderlich sei, womit sich der Kreis dann wieder schließt.

### (4) § 5 Absatz 3 Nr. 3 BetrVG – Einfluss auf die Unternehmensführung

Der *Leiter der Revisionsabteilung* und der *Chefarzt* begegnen uns gleich nochmal. Denn beide könnten nach der Nr. 3 des Gesetzes noch als leitende Angestellte anzusehen sein. Danach ist leitender Angestellter, wer Aufgaben und Kompetenzen wahrnimmt, „die für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens“ von Bedeutung sind, wenn er dabei die unternehmerischen Entscheidungsprozesse maßgeblich beeinflusst.

Wenn man dafür Beispiele sucht, könnte man an den Einkaufsleiter eines Handelsunternehmens denken, der auf die Messen nach Südost-Asien fährt und dort selbständig entscheidet in welchen Mengen und zu welchen Preisen das Unternehmen Waren einkauft. Oder wir stellen uns als fiktives Beispiel die Fischer-Dübel vor und einen Leiter der Entwicklungsabteilung, der sich dort Gedanken dazu macht, wie der Dübel an sich im Jahre 2020 aussehen wird und an dessen Prophezeiungen das gesamte Entwicklungs- und

---

<sup>17</sup> BAG 29.06.2011 – 7 ABR 15/10 - BAGE 138, 223 = DB 2012, 465 = AP Nr. 76 zu § 5 BetrVG 1972.

Produktionsprogramm des Unternehmens ausgerichtet wird. Beide fällen Entscheidungen, die für das Wohl und Wehe des Unternehmens von zentraler Bedeutung sind, sie haben – so die Wortwahl des BAG – Einfluss auf die Unternehmensführung. Daher sind sie leitende Angestellte.

Aber wie belastbar ist der Begriff? Wie sieht es im Grenzbereich aus? Haben der *Chefarzt* der geriatrischen Abteilung oder der *Leiter der Innenrevision* in der Bank genügend Einfluss auf die Unternehmensführung?

Der Fall mit dem *Chefarzt* war ein paar Jahre später nochmals beim BAG und das Gericht hat nunmehr endgültig entschieden, der *Chefarzt* sei kein leitender Angestellter und zwar auch nicht nach § 5 Absatz 3 Nr. 3 BetrVG. Das Gericht hat dabei darauf abgestellt, dass der *Chefarzt* in dem konkreten Krankenhaus nicht in die Investitionsentscheidungen eingebunden sei und er auch nicht selbständig über ein bedeutendes Budget verfügen könne.<sup>18</sup>

Bei dem *Leiter der Innenrevision* der Bank hat das Gericht genauso argumentiert, der Sachverhalt lag aber noch im Dunklen, daher hat das Gericht die Sache wieder an das Landesarbeitsgericht zurückgeschickt. Dieses müsse entscheiden, ob der *Leiter der Innenrevision* auch tatsächlich kraft seiner Aufgabe einen maßgeblichen Einfluss auf die Unternehmenspolitik ausüben könne. Dies könne insbesondere dann der Fall sein, wenn der an sich zur Entscheidung befugte Vorstand der Bank an den Entscheidungsvorlagen, die die Innenrevision vorbereitet, kraft der Autorität dieser Abteilung nicht vorbei könne. Wenn es also einen faktischen Zwang gebe, die Finger von gewissen Geschäften zu lassen, wenn der Leiter der Revisionsabteilung sagt, das ist zu riskant, das können wir nicht machen, dann sei er leitender Angestellter mit dem nötigen Einfluss auf die Unternehmensführung.<sup>19</sup>

Dieser Gedanke ist neu und verallgemeinerbar. Leitende Angestellte können also auch Personen sein, die nichts selbst zu entscheiden haben, an deren vorbereitenden Analysen und Bewertungen die Entscheidungsträger in der Unternehmensführung aber nicht vorbei kommen.

#### (5) Einfluss auf die Unternehmensführung und betriebsverfassungsrechtliches Planungsmodell

Zum Abschluss des Themenblocks Betriebsratswahl und leitende Angestellte möchte ich mit Ihnen einen kleinen Blick über den Tellerrand werfen. Denn der „*Einfluss auf die Unternehmensführung*“ der hier so eine große Rolle spielt, begegnet uns im Betriebsverfassungsgesetz nochmals an einer ganz anderen Stelle, nur dass er dort anders genannt wird. Vielleicht hilft es für das Verständnis, wenn man sich diesen Zusammenhang abschließend nochmals vor Augen führt.

Wer schon einmal näher mit den einzelnen Beteiligungsrechten im

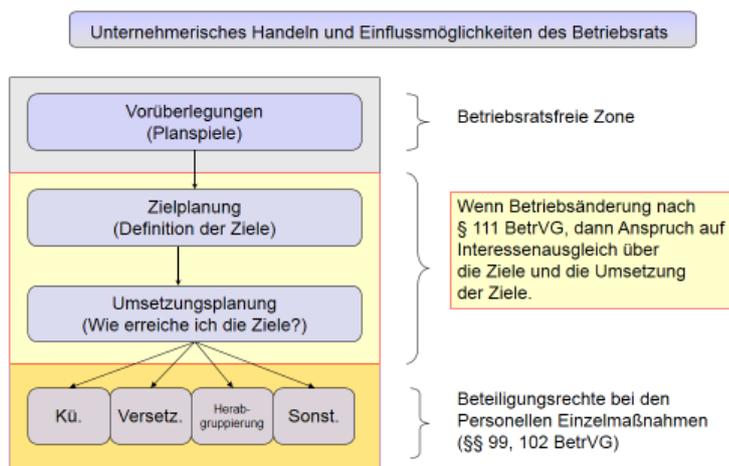
---

<sup>18</sup> BAG 05.05.2010 – 7 ABR 97/08 – NZA 2010, 955 = AP Nr. 74 zu § 5 BetrVG 1972.

<sup>19</sup> BAG 25.03.2009 – 7 ABR 2/08 – DB 2009, 1825 = NZA 2009, 1296 = AP Nr. 73 zu § 5 BetrVG 1972.

Betriebsverfassungsgesetz und hier insbesondere auch mit der Beteiligung in wirtschaftlichen Angelegenheiten befasst hat, der müsste eigentlich schon mal über den Begriff des Planungsmodells gestolpert sein, das der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Mitbestimmung in diesem Bereich vor Augen hatte.

Das Planungsmodell beschreibt in idealtypischer Weise, wie man sich den Ablauf betrieblicher Umgestaltungsprozesse vorstellen kann. Es wird in der betrieblichen Praxis zwar keinen einzigen Betrieb geben, der genau nach diesem Modell handelt, aber in allen Betrieben wird man Ähnlichkeiten zwischen den tatsächlichen Entscheidungsprozessen und dem Planungsmodell erkennen können.



Der Betriebsrat ist umso stärker eingebunden, je weiter unten wir uns in diesem Prozess des Wandels befinden und es ist auch eine Binsenwahrheit, dass ein Betriebsrat, der für sich eine mehrjährige Strategie plant, versuchen muss, in die davorliegenden

Entscheidungsprozesse eingebunden zu werden, um seinen Einfluss im Sinne der Belegschaftsinteressen maximal zur Geltung bringen zu können. Das Gesetz unterstützt ihn dabei durch die Einrichtung des Wirtschaftsausschusses, in dem der Arbeitgeber zumindest über seine Zielplanungen berichten muss und durch das Instrument des Interessenausgleichs, den man als eine Art von Vertrag zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat begreifen kann über gemeinsam definierte Ziele und die nähere Planung ihrer Umsetzung.

Wenn man nun dieses Modell vor Augen hat und sich nochmals der Frage widmet, wo denn nun eigentlich die *leitenden Angestellten* im Betrieb sitzen, erhält man eine klare Antwort. Leitender Angestellter kann nur jemand sein, der in die ersten beiden Entscheidungsprozesse institutionell eingebunden ist. Es muss also eine Person sein, die entweder in die Zielplanung ernsthaft mit einbezogen wird, oder die sogar schon in dem zeitlich davor liegenden Bereich der Planspiele eingebunden ist. Genau dies meint das BAG, wenn es davon spricht, der leitende Angestellte müsse einen Einfluss auf die Unternehmensführung haben.

#### f.) Gemeinsamer Betrieb zweier Unternehmen

Bei der Vorbereitung der Betriebsratswahlen spielt immer auch die Frage eine Rolle, ob mehrere betriebliche Einheiten als *Gemeinschaftsbetrieb* zusammengefasst

werden können. Die damit aufgeworfene Frage nach dem *Gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen* wird in erster Linie vom Wahlvorstand aufgeworfen in der Hoffnung, dadurch Einheiten, die bisher nicht durch Betriebsrat vertreten sind, in den Wahlprozess einbinden zu können, oder um die Anzahl der zu berücksichtigenden Arbeitnehmer so erhöhen zu können, dass man einen der vielen Schwellenwerte im Gesetz überspringen kann.

Mein Eindruck ist, dass das Bundesarbeitsgericht in den letzten Jahren den Begriff wieder sehr eng interpretiert. Ein Gemeinschaftsbetrieb liegt nur vor, wenn sich beide Arbeitgeber so absprechen, dass sie gemeinschaftlich die in dem Betrieb gebundenen Arbeitnehmer und Produktionsmittel zur Erzielung eines gemeinsamen Betriebszweckes (zur Bewältigung einer gemeinsamen Aufgabe) koordiniert einsetzen. Insbesondere der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft muss von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert werden. Etwas verkürzt könnte man von einem *faktischen Arbeitgeber* oder von einem *virtuellen Arbeitgeber* sprechen, der durch die Führungsabsprache entstehen muss.

An einer solchen gemeinsamen Betriebsführung fehlt es beispielsweise, wenn der eine Arbeitgeber dem anderen nur das Personal im Wege der Personalgestellung überlässt, sich aber sonst nicht an der Führung des Betriebes beteiligt, denn dieser Betrieb wird nur von dem einen Arbeitgeber geführt.<sup>20</sup>

In seinen jüngeren Entscheidungen betont das Bundesarbeitsgericht auch immer wieder, dass der Gemeinschaftsbetrieb eigentlich immer eine Betriebsstätte voraussetze, die gemeinsam als Betrieb geführt werde.<sup>21</sup>

Zwei der jüngsten Fälle möchte ich etwas genauer vorstellen.

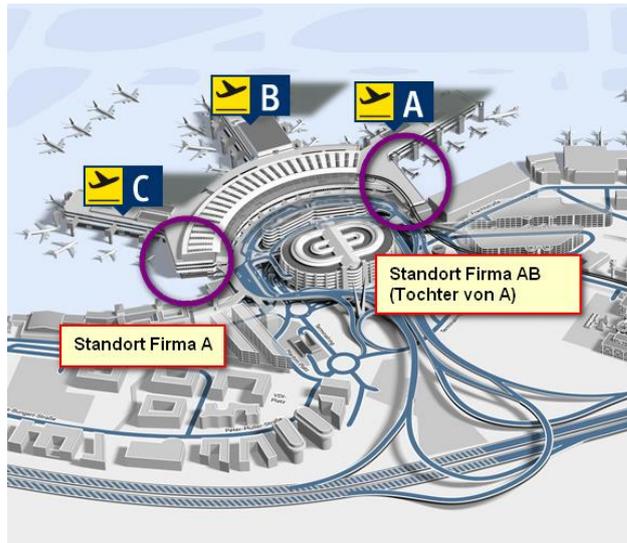
**Sachverhalt:**<sup>22</sup> Das konzerngebundene Unternehmen A erbringt seit vielen Jahren am Flughafen in Düsseldorf Bodenabfertigungsdienste insbesondere für die Luftfahrtunternehmen KLM, Air France, Iberia, Alitalia und verbundene Gesellschaften. Dementsprechend hat sie im Bereich des Terminals C des Flughafens ihre betriebliche Basis. – Das Unternehmen AD ist eine 100ige Tochter des Unternehmens A und sie erbringt seit 2008 für die Lufthansa (und verbundene Unternehmen), die am Terminal A startet und landet, ebenfalls Bodenabfertigungsdienste. AD hat dazu am Terminal A eigene Betriebsräume. Die Betriebsräume von A und AD liegen ungefähr 3.000 Meter voneinander entfernt.

---

<sup>20</sup> **BAG 16.04.2008** – 7 ABR 4/07 – AP Nr. 32 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb = DB 2008, 1864 (Restamt städtische Bühnen Frankfurt)

<sup>21</sup> **BAG 10.11.2011** - 8 AZR 538/10 - AP Nr. 421 zu § 613a BGB; **BAG 23.09.2010** - 8 AZR 567/09 - DB 2011, 246 = AP Nr. 389 zu § 613a BGB.

<sup>22</sup> **BAG 13.02.2013** – 7 ABR 36/11 – DB 2013, 2036 = NZA-RR 2013, 521 – Bodenabfertigungsdienst am Flughafen Düsseldorf



Beide Unternehmen beschäftigen eigene Arbeitnehmer, allerdings bedienen sich beide Unternehmen zusätzlich auch aus einem Pool von Leiharbeitnehmern, die eine dritte konzerneigene Gesellschaft anbietet. Gelegentlich kam es auch zum Personalaustausch oder auch zu einer Aushilfe auf der Ebene der Führungskräfte im anderen Unternehmen. In

beiden Betriebsräumen gibt es eine betriebliche Hierarchie, so dass beide Unternehmen unabhängig voneinander agieren können. Nach einer Beweisaufnahme ist das Landesarbeitsgericht auch davon ausgegangen, dass beide Unternehmen über jeweils eigene Betriebsmittel (Fahrzeuge und Geräte) verfügen, die mit unterschiedlichen Logos versehen sind. An den vom Flughafen gestellten Infrastruktureinrichtungen (insb. Gepäckabfertigung) arbeiten Arbeitnehmer beider Gesellschaften allerdings immer wieder sozusagen nebeneinander ihre Aufträge ab. – Für das Betreiben eines Bodenabfertigungsdienstes an Flughäfen bedarf es einer Zulassung (Lizenz). Eine solche Lizenz besitzt nur A, nicht AD.

Der Betriebsrat will im Sinne von § 18 BetrVG festgestellt wissen, dass beide Unternehmen einen gemeinsamen Betrieb führen und daher die Belegschaft beider Unternehmen bei zukünftigen Wahlen einen (gemeinsamen) Betriebsrat zu wählen habe.

Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass kein gemeinsamer Betrieb vorliegt. Das BAG legt seine eigene bisherige Rechtsprechung zu Grunde. Danach liegt ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen dann vor, wenn die in einer Betriebsstätte zusammengefassten Arbeitnehmer und Betriebsmittel nach einem gemeinsamen Plan eingesetzt werden und die Arbeitnehmer von einem „einheitlichen Leitungsapparat“ gesteuert werden. Mit anderen Worten: Das ganze muss aussehen wie ein vollständiger Betrieb mit der einzigen Besonderheit, dass es 2 Chefs gibt, die koordiniert agieren.

In dieses Bild lässt sich die Situation auf dem Düsseldorfer Flughafen in der Tat nicht so richtig pressen. Denn A und AD verfügen über jeweils eigene Betriebsräume mit Hilfe derer sie unabhängig voneinander agieren können. Die gelegentliche Kooperation in Eil- oder Krankheitsfällen sei jedenfalls nicht prägend und spreche daher nicht gegen die Feststellung zweier eigener betrieblicher Einheiten.

Anmerkung: Die Entscheidung zeigt, dass es in der Praxis oft schwer ist, einen gemeinsamen Betrieb darzustellen. Es muss eben eine *betriebliche* Kooperation nachgewiesen werden. Hier liegt offensichtlich eine hochgradige *unternehmerische* Kooperation vor, was sich schon aus der Gebundenheit beider Unternehmen in

demselben Konzern ergibt und zusätzlich durch die Gesellschaftsverhältnisse (AD als 100prozentige Tochter von A). Ein abgestimmtes und koordiniertes Handeln mehrerer Unternehmen führt aber noch nicht zu einem gemeinsamen Betrieb. Dazu muss man die Arbeitnehmer und Betriebsmittel gemeinschaftlich verwenden und einsetzen. Wenn man den Fall hier mal abwandeln will, bräuchte man also beispielsweise einen gemeinsamen Vorgesetzten, der die Dienste einteilt, der Urlaub gewährt oder ablehnt und der einstellt und kündigt. Im Weiteren müsste ein systematischer gemeinsamer Einsatz der Betriebsmittel nachweisbar sein und eine Vermischung der beiden Personalkörper.

Die Rechtsfigur des gemeinsamen Betriebes taugt auch nicht dazu, das gesetzliche System der Betriebsräte in weit entfernten Betriebsteilen zu überspielen.

*Beispiel:* Die meisten Flughafen- und Bahnhofsbuchhandlungen im norddeutschen Raum werden von vier Unternehmen betrieben, die gesellschaftlich eng miteinander verbunden sind und die auch zur Bewältigung der Betriebsaufgaben teilweise eng miteinander zusammen arbeiten, etwa über ein gemeinsames Warenwirtschaftssystem oder eine gemeinsame Lohnbuchhaltung. Für eines der vier Unternehmen gibt es einen Zuordnungstarifvertrag nach § 3 BetrVG. Der auf dieser Basis gewählte Betriebsrat für die Region Hamburg möchte gerichtlich geklärt wissen, dass die vier Unternehmen alle gemeinsam einen Betrieb führen, der alle Buchhandlungen im gesamten norddeutschen Raum umfasst, damit er seinen Zuständigkeitsbereich – spätestens bei den nächsten Wahlen – auf alle in der Region betriebenen Flughafen- und Bahnhofsbuchhandlungen ausdehnen könne.

Das BAG hat gesagt, wir brauchen gar nicht genauer prüfen, ob denn die Merkmale eines gemeinsamen Betriebes erfüllt seien, denn jedenfalls könne in dem Gebilde kein gemeinsamer Betriebsrat gewählt werden, da die einzelnen Betriebsstätten in den Bahnhöfen und Flughäfen so weit voneinander entfernt lägen, dass dort nach § 4 BetrVG ohnehin eigene Betriebsräte zu bilden seien.<sup>23</sup>

### **g.) Neue Betriebsratsstrukturen per Betriebsvereinbarung nach § 3 BetrVG**

Nach dem 2001 neu gefassten § 3 BetrVG können die Tarifvertragsparteien abweichend von den gesetzlichen Betriebsratsstrukturen eigene maßgeschneiderte Lösungen für einzelne Unternehmen verabreden. Gilt für den Arbeitgeber kein Tarifvertrag, kann die Absprache sogar mit dem im Betrieb bestehenden Betriebsrat erfolgen, bei mehreren Betrieben innerhalb des Unternehmens mit dem Gesamtbetriebsrat. Voraussetzung für die Bildung eines einzigen unternehmensweit zuständigen Betriebsrats ist, dass damit *die Bildung von Betriebsräten erleichtert* oder die Regelung der *sachgerechten Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer dient* (§ 3 Absatz 1 Nr. 1, Absatz 3 BetrVG).

---

<sup>23</sup> BAG 18.01.2012 – 7 ABR 72/10 – AP Nr. 33 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb = NZA-RR 2013, 133 = DB 2012, 1754.

Sachverhalt:<sup>24</sup> Die Arbeitgeberin ist deutschlandweit tätig als Anbieterin von Bankensoftware. Die Zentrale und gleichzeitig die größte Niederlassung haben ihren Sitz in München. Dort sind etwa 200 Arbeitnehmer beschäftigt. Es gibt weitere Standorte in Bayern sowie drei Standorte in Frankfurt/Main und nördlich davon. Insgesamt sind etwa 320 Arbeitnehmer beschäftigt. Bisher galt eine Betriebsvereinbarung nach § 3 BetrVG, nach der im Unternehmen 2 Betriebsräte gewählt werden, nämlich für die Region Süd (Stammsitz und naheliegende Standorte) und für die Region Nord (Frankfurt/Main und weiter nördlich gelegene Standorte). Beide Betriebsräte haben dann noch einen Gesamtbetriebsrat in München gebildet. – Da die wesentlichen Personalentscheidungen inzwischen alle zentral in München gefällt werden, war die Betriebsratsstruktur nicht mehr ganz passend. Die Mehrheit im Gesamtbetriebsrat (Region Süd) hat daher mit der Arbeitgeberin und gegen die Stimmen des Betriebsrats der Region Nord eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen, nach der es für das gesamte Unternehmen nur noch einen einzigen Betriebsrat geben sollte (unternehmenseinheitlicher Betriebsrat, § 3 Absatz 1 Nr. 1 a BetrVG). – Der Arbeitgeber will nun festgestellt wissen, dass diese Betriebsvereinbarung wirksam sei und sie jedenfalls bei den nächsten Wahlen 2014 zur Anwendung kommen müsse. Damit hat der Arbeitgeber vor dem Landesarbeitsgericht Recht bekommen.

Das Bundesarbeitsgericht hat die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts aufgehoben und die Sache zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts wieder nach dort zurückgeschickt. Das Gericht hat zwar anerkannt, dass ein unternehmenseinheitlicher Betriebsrat wegen der zentralisierten Entscheidungsstrukturen „*einer sachgerechten Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer*“ im Sinne von § 3 Absatz 1 Nr. 1 BetrVG diene. Es hat aber eine Abwägung mit dem Interesse der Belegschaft vermisst, einen möglichst raschen und unkomplizierten Zugang zu der eigenen Interessenvertretung zu haben.

**Anmerkung:** Die Argumentation mit dem Interesse der Belegschaft an dem leichten Zugang zum Betriebsrat erinnert an die Gedanken, die sich das Gericht bei der Frage macht, ab wann ein auswärtiger Betriebsteil räumlich weit entfernt im Sinne von § 4 BetrVG sei. Dort wird das Interesse an dem raschen Zugang zum Betriebsrat stark betont; man darf das Gericht wohl so verstehen, dass Zeiten von über einer Stunde zum Erreichen des Betriebsrats so einen Grenzwert darstellen. Dieser Gedanke kommt erst mal sehr freundlich basisdemokratisch rüber; er birgt aber die Gefahr der „Atomisierung“ der Belegschaft in lauter kleine Minibelegschaften mit Minibetriebsräten. – Wenn dieser Gedankengang schon bei § 4 BetrVG (eigene Betriebsräte in räumlich weit entfernten Betriebsteilen) zu Problemen führt, dann erst Recht, wenn man diesen Ansatz unbesehen auf die Frage überträgt, ob es der Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen förderlich ist, wenn man auf Kosten der Erreichbarkeit vor Ort versucht, in der Unternehmenszentrale eine starke Arbeitnehmervertretung zu installieren.

---

<sup>24</sup> BAG 24.04.2013 – 7 ABR 71/11 – DB 2013, 1913 – Unternehmenseinheitlicher deutschlandweit zuständiger Betriebsrat?

### 3. Durchführung der Wahlen

#### a.) Finger weg von der ausschließlich elektronischen Veröffentlichung des Wahlausschreibens

Die Ausschreibung der Wahl erfolgt klassisch durch Aushang des Wahlausschreibens am Schwarzen Brett. Dieser Akt hat eine hervorgehobene Bedeutung, da er die Frist für das Einreichen von Wahlvorschlägen in Gang setzt.

In den modernen zerfaserten und unübersichtlichen Betrieben ist der Aushang am schwarzen Brett aber nicht mehr immer ausreichend, da man auf diese Weise nicht alle Beschäftigten über die Einleitung der Wahl unterrichten kann. Ein Ausweg aus diesem Dilemma ist es, das Wahlausschreiben überall dort auszuhängen, wo die Arbeitnehmer des Betriebes beschäftigt sind. Aber auch das hilft nicht überall, wenn man an den Außendienst oder die auswärts stationierten Servicetechniker denkt.

Es ist daher ein Anliegen der Praxis, die elektronischen Medien, die im Betrieb zum Einsatz kommen (Intranet), auch für die Veröffentlichung des Wahlausschreibens zu nutzen.

Dem ist der Gesetzgeber 2001 mit dem Betriebsverfassungsreformgesetz und der dazu neu erlassenen Wahlordnung zum BetrVG entgegen gekommen. Nach §§ 3 Absatz 4, 2 Absatz 4 Wahlordnung zum BetrVG ist die Möglichkeit eröffnet, das Wahlausschreiben ausschließlich über die innerbetrieblichen elektronischen Medien zu veröffentlichen. Allerdings hat schon der Gesetzgeber die Hürden sehr hoch angesetzt. Denn es heißt dort, die Bekanntmachung ausschließlich in elektronischer Form ist nur zulässig,

- wenn alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von der Bekanntmachung Kenntnis erlangen können
- und Vorkehrungen getroffen werden, dass Änderungen der Bekanntmachung nur vom Wahlvorstand vorgenommen werden können.

Das Bundesarbeitsgericht hat die zweite Voraussetzung so eng ausgelegt, dass sie im betrieblichen Alltag nicht mehr erfüllbar ist. Denn das BAG verlangt, etwas verkürzt ausgedrückt, dass die Veröffentlichung nur über einen Server erfolgen darf, auf den *ausschließlich der Wahlvorstand Zugriff* hat.<sup>25</sup> Schon der theoretisch mögliche Zugriff des Systemadministrators sei schädlich. Damit ist diese Form der Veröffentlichung für die betriebliche Praxis gestorben.

Damit soll nichts gegen die *zusätzliche* Veröffentlichung des Wahlausschreibens im Intranet gesagt werden, aber der klassische Aushang in gedruckter Form ist nach wie vor unverzichtbar.

---

<sup>25</sup> BAG 21.01.2009 – 7 ABR 65/07 – NZA-RR 2009, 481 = AP Nr. 61 zu § 19 BetrVG 1972 = DB 2009, 1302; vgl. dazu auch meine Anmerkungen auf <http://www.anuschek-nord.de/2009/08/bag-2009-wahlausschreiben-und-wahlvorschlaege>

## b.) Amtspflichten bei der Prüfung eingehender Wahlvorschläge

Von dem Aushang des Wahlausschreibens gerechnet können die Wahlberechtigten innerhalb von 2 Wochen (starre gesetzliche Frist) Wahlvorschläge einreichen (§ 6 der Wahlordnung zum BetrVG – WahIO)<sup>26</sup>. Die letzten Tage und Stunden vor Ablauf dieser Frist gelten als die schwierigste Phase im gesamten Wahlprozess. In § 8 WahIO sind die Reaktionsmöglichkeiten des Wahlvorstands auf mangelbehaftete Wahlvorschläge geregelt. Danach gibt es zwei Fehlerklassen, einmal die heillos ungültigen Wahlvorschläge (§ 8 Absatz 1 WahIO) und zum anderen die heilbaren Mängel (§ 8 Absatz 2 WahIO). Bei heilbaren Mängeln muss der Wahlvorstand eine Frist zur Behebung des Mangels setzen und muss den Wahlvorschlag dann zur Wahl zulassen, wenn der Mangel behoben wird. – In der betrieblichen Praxis sind es aber vor allem die unheilbaren Mängel, die Probleme bereiten.

### (1) Unverzögliche Zurückweisung fehlerhafter Wahlvorschläge

Wahlvorschläge mit unheilbaren Mängeln muss der Wahlvorstand umgehend zurückweisen und diese Amtspflicht wird in der Rechtsprechung sehr streng ausgelegt, denn nur dann, wenn der Wahlvorstand diese Wahlvorschläge möglichst rasch zurückweist, haben die Interessenvertreter hinter diesem Wahlvorschlag noch die Möglichkeit, den Fehler zu beheben und die Liste erneut einzureichen. Hier kann es wirklich auf Minuten ankommen. Dazu ein Beispiel:

*Praxisfall:* Die Frist für das Einreichen von Wahlvorschlägen sollte nach dem Wahlausschreiben am 24. März 2010 um 16:00 Uhr ablaufen. Am letzten Tag dieser Frist wird beim Wahlvorstand um 14:10 Uhr noch ein Wahlvorschlag eingereicht. Alle Mitglieder des Wahlvorstandes sind anwesend, eine flüchtige Prüfung des Vorschlages ergibt den Verdacht, dass dem Wahlvorschlag ein weiterer Bewerber hinzugefügt wurde, nachdem alle Stützunterschriften gesammelt waren. Der Wahlvorstandsvorsitzende beraumt sodann eine Wahlvorstandssitzung für 1 Tag nach Ablauf der Einreichungsfrist an, um dort endgültig über den Wahlvorschlag zu befinden. Dort ist dann der Wahlvorschlag zurückgewiesen worden, da sich der Verdacht bestätigt hat. Da die Einreichungsfrist dann schon abgelaufen war, wurde der Wahlvorschlag nicht berücksichtigt. Die nicht zugelassenen Bewerber und Bewerberinnen haben die Wahl angefochten.

Die Wahlanfechtung war vom dem Bundesarbeitsgericht erfolgreich. Das Gericht sagt, der Wahlvorstand hätte sofort zusammentreten und eine Entscheidung herbeiführen müssen. Denn wenn man mal annimmt, der Wahlvorschlag wäre gegen 15:00 Uhr zurückgewiesen worden, hätten die Bewerber und Bewerberinnen noch eine ganze Stunde Zeit gehabt, den Fehler zu beheben, in dem man entweder den nachträglich hinzugesetzten Bewerber auf der Liste wieder gestrichen hätte, oder indem man nochmals eine ausreichende Anzahl von Stützunterschriften gesammelt

---

<sup>26</sup> Im vereinfachten Wahlverfahren (§ 14a BetrVG) gelten andere Fristen, auf die ich hier nicht eingehen kann.

hätte.<sup>27</sup>

*Kleiner Hinweis am Rande:* In den Schulungen für die Betriebsratswahl taucht regelmäßig die Frage auf, ob denn ein Bewerber auf einem Wahlvorschlag auch gleichzeitig seinen eigenen Wahlvorschlag durch eine Stützunterschrift unterstützen könne. Das BAG hatte das mal in einer ganz alten Entscheidung für möglich gehalten,<sup>28</sup> jüngere Bestätigungen dieser Rechtsprechung suchte man allerdings bisher vergeblich. In der hier vorgestellten Entscheidung sagt das BAG aber wie selbstverständlich, wenn der Wahlvorstand den fehlerhaften Wahlvorschlag rechtzeitig zurückgewiesen hätte, hätten die anwesenden drei Bewerber der Liste ja im Zweifel auch schnell eine neue Liste bestehend aus den drei anwesenden Personen aufstellen können und sie hätten ja dann auch gleichzeitig noch als Unterstützer der Liste mit unterzeichnen können.<sup>29</sup>

Im Übrigen hat das BAG in der vorgestellten Entscheidung nochmals einige Grundsätze zum Verhältnis der Bewerber und der Unterstützer auf dem Wahlvorschlag zusammenfassend dargestellt. Wird der Wahlvorschlag, nachdem bereits Stützunterschriften angebracht wurden, geändert, führt dies nach dem BAG zur Unwirksamkeit des Wahlvorschlags,

- wenn nachträglich Kandidaten gestrichen werden (so schon BAG 15.12.1972 - 1 ABR 8/72 - DB 1973, 2052 = BAGE 24, 480 = AP Nr. 1 zu § 14 BetrVG 1972);
- wenn nachträglich zumindest ein Kandidat hinzugefügt wird (so schon BAG 21.01.2009 - 7 ABR 65/07 - NZA-RR 2009, 481 = AP Nr. 61 zu § 19 BetrVG 1972);
- wenn nach der Anbringung von Stützunterschriften weitere Kandidaten auf die Liste gesetzt werden, anschließend weitere Stützunterschriften gesammelt werden, die für sich genommen das gesetzlich notwendige Quorum (§ 14 Abs. 4 BetrVG) erfüllen, aber die nachträgliche Ergänzung der Kandidatenliste nicht kenntlich gemacht wurde.

## (2) Im Gesetz nicht aufgeführte Mängel von Wahlvorschlägen

Das weitere Problem bei den unheilbaren Mängeln ist darin begründet, dass die Aufzählung der möglichen Fehler in § 8 Absatz 1 WahlO keineswegs abschließend ist. Vielmehr ist es umgekehrt so, dass alle Mängel, die das Gesetz nicht als heilbar bezeichnet, zur Gruppe der unheilbaren Mängel zu zählen sind, die schnellstmöglich zurückzuweisen sind.

So hat das BAG entschieden, dass Wahlvorschläge, deren Stützunterschriften nur in Faxe kopie vorliegen, unheilbar ungültig seien, da das Gesetz eine Unterzeichnung des

---

<sup>27</sup> BAG 18.07.2012 – 7 ABR 21/11 – DB 2012, 2816 = NZA 2013, 168; ähnlich zuvor schon BAG 25.05.2005 – 7 ABR 39/04 – AP Nr. 2 zu § 14 BetrVG 1972 = NZA 2006, 116.

<sup>28</sup> BAG 12.02.1960 – 1 ABR 13/59 – DB 1960, 471 = AP Nr. 11 zu § 18 BetrVG.

<sup>29</sup> BAG 18.07.2012 – 7 ABR 21/11 – DB 2012, 2816 = NZA 2013, 168 Randnummer 33.

Wahlvorschlags verlange (§ 14 Absatz 3 BetrVG).<sup>30</sup> Und noch ein weiteres Beispiel aus der jüngsten Rechtsprechung.

### **Die doppelte IG Metall**

Im Stahlbetrieb der Arbeitgeberin war ein 15köpfiger Betriebsrat zu wählen. Die Frist zur Einreichung der Wahlvorschläge endete am 25. Januar 2010 um 15:30 Uhr. Am letzten Tag um 13:15 Uhr geht noch eine Vorschlagsliste ein mit dem Kennwort „*IG Metall Kündigungsschutz und Arbeitsplatzsicherheit*“. Schon Tage vorher war eine Liste eingereicht worden mit dem Kennwort „*IG Metall Kompetenz für Gute Arbeit und Sicherheit*.“

Nach Ablauf der Frist für das Einreichen von Wahlvorschlägen fand dann am 25. Januar 2010 um 15:45 Uhr eine Sitzung des Wahlvorstandes statt, auf der man sich einig war, dass es keine 2 Listen mit dem Begriff IG Metall geben könne. Man hat daher den Vertretern beider Listen aufgegeben innerhalb von 3 Tagen eine Bestätigung der IG Metall Frankfurt vorzulegen, dass die Liste von der Gewerkschaft unterstützt werde. Die Liste „*IG Metall Kündigungsschutz und Arbeitsplatzsicherheit*“ konnte eine solche Bestätigung nicht vorlegen, weshalb der Wahlvorstand in einer weiteren Sitzung dann beschlossen hatte, diese Liste zurückzuweisen. Bewerber und Unterstützer dieser Liste haben dann die Wahl zum Betriebsrat angefochten.

Das Bundesarbeitsgericht hat dem Wahlanfechtungsantrag stattgegeben.<sup>31</sup> Im Kern hat das Gericht gesagt, es hätte gereicht, das Kennwort der Liste zu streichen und sie statt dessen mit den Namen der ersten beiden Bewerberinnen auf der Liste zu bezeichnen, was § 7 Absatz 2 WahIO ausdrücklich so für den Fall vorsieht, dass sich die Liste selbst gar kein Kennwort gegeben hat. Es war also zu weitreichend, diese Liste vollständig von der Wahl auszuschließen.

**Anmerkung:** Gegen diese Kernüberlegung des Gerichts kann man wenig einwenden. Für die Zukunft hat man jetzt jedenfalls eine klare Marschroute. Irritierend sind vorliegend auch mehr die Dinge, die das Gericht um den Kerngedanken herum noch gleich mitentschieden hat. Zwei Dinge möchte ich herausgreifen:

1. In § 14 BetrVG steht, dass jeder *Wahlvorschlag der Arbeitnehmer* – stark vereinfacht – der Unterstützung von 5 Prozent der Belegschaft bedarf (§ 14 Absatz 4 BetrVG), und dass jeder *Wahlvorschlag der Gewerkschaft* von zwei Beauftragten der Gewerkschaft unterzeichnet sein muss (§ 14 Absatz 5 BetrVG). Bisher hatte man landauf landab angenommen, aus der Sicht der Gewerkschaft stünden beide Möglichkeiten offen. Sie kann entweder eine Liste einreichen, die von ihren Beauftragten unterzeichnet ist, oder sie kann über ihren Vertrauensleutkörper eine Liste der Arbeitnehmer des Betriebes mit der erforderlichen Anzahl an Stützunterschriften einbringen. – Das BAG sagt jetzt, eine Liste dürfe nur dann den Namen einer Gewerkschaft im Kennwort aufnehmen, wenn es sich um einen Wahlvorschlag der Gewerkschaft im Sinne von § 14 Absatz 5 BetrVG handele, wenn

---

<sup>30</sup> BAG 20.01.2010 – 7 ABR 39/08 – BAGE 133, 114 = NZA 2010, 1435 = AP Nr. 2 zu § 97 SGB IX zu der insoweit vergleichbaren Rechtslage bei der Wahl der Schwerbehindertenvertretung.

<sup>31</sup> BAG 15.05.2013 – 7 ABR 40/11 – BB 2013, 142 – Konkurrenz zweier Listen mit dem Begriff „IG Metall“ im Listenkennwort.

er also (auch) von zwei Gewerkschaftsbeauftragten unterzeichnet sei.

2. Für noch viel bedeutender halte ich den Umstand, dass es überhaupt in die Zuständigkeit des Wahlvorstandes fallen soll, sich um solche Fragen zu kümmern. In meinem Wahlbuch habe ich den Standpunkt vertreten, wenn die Listen sich um ihre Namensrechte streiten, müssten sie gegebenenfalls diesen Streit selber vor Gericht austragen.<sup>32</sup> Diesen Standpunkt halte ich nach wie vor für richtig. Der Wahlvorstand ist nach dem Gesetz als reines Arbeitsorgan konzipiert, das die Wahlen vorbereitet und durchführt. Für eine umfassende Kontrolle und Gewährleistung „sauberer“ Wahlen fehlt es dem Wahlvorstand schon an der erforderlichen Macht. – Und wenn man einmal die Entscheidung des Gerichts „gegen den Strich liest“, wird einem auffallen, dass gerade diese Kompetenz des Wahlvorstandes, diesen Konflikt zwischen den zwei Listen zu klären, etwas gekünstelt aus gesetzlichen Regelungen, die ganz anderen Zielen dienen, abgeleitet wird.

**Textauszug:** „Nach § 14 Abs. 3 BetrVG können zur Wahl des Betriebsrats sowohl die wahlberechtigten Arbeitnehmer als auch die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften Wahlvorschläge machen. Das BetrVG unterscheidet damit ausdrücklich zwischen Wahlvorschlägen der Arbeitnehmer und gewerkschaftlichen Wahlvorschlägen. ... Das Gesetz legt damit fest, wann ein gewerkschaftlicher Wahlvorschlag vorliegt. Hieraus folgt zugleich, dass nur ein solcher Vorschlag durch sein Kennwort als gewerkschaftlicher Vorschlag ausgewiesen werden darf. ... Nur so können rechtssicher Streitigkeiten darüber vermieden werden, unter welchen Voraussetzungen sich ein Wahlvorschlag durch sein Kennwort als „gewerkschaftlicher“ bezeichnen darf. ... – Vorliegend war der vom Antragsteller zu 1. eingereichte Vorschlag kein Vorschlag einer Gewerkschaft iSv. § 14 Abs. 5 BetrVG. Schon deshalb war das Kennwort „IG Metall Kündigungsschutz und Arbeitsplatzsicherheit“ unzulässig.“

### c.) Briefwahl vs. persönliche Stimmabgabe

Thematisch mache ich jetzt einen größeren Sprung und behandle noch ein Standardproblem aus dem Bereich der Stimmabgabe an dem oder den Wähltag.

Im Regelfall erfolgt die Stimmabgabe persönlich durch Besuch des Wahllokals oder der Wahlbetriebsversammlung. Diese Art der Stimmabgabe ist besonders gut geeignet, die Freiheit der Wahlentscheidung und den Schutz des Wahlgeheimnisses zu garantieren, weil die Wahl unter Beobachtung des Wahlvorstandes stattfindet und bei ordnungsgemäßer Ausstattung des Wahllokals eine unbeobachtete Stimmabgabe garantiert ist.

Andererseits kann das Aufsuchen des Wahllokals für einzelne Arbeitnehmer wegen Ortsabwesenheit unmöglich oder jedenfalls unzumutbar sein. Um eine möglichst hohe Wahlbeteiligung zu erreichen, sieht die Wahlordnung daher auch eine andere Möglichkeit der Stimmabgabe vor, nämlich die Briefwahl, die in der Wahlordnung als „*schriftliche Stimmabgabe*“ bezeichnet wird.

---

<sup>32</sup> Anuschek, aaO Seite 122 f.

Die *schriftliche Stimmabgabe per Briefwahl* ist allerdings stets nur die zweitbeste Lösung, die nur im Ausnahmefall genutzt werden darf. Sie ist gut, weil sie eine hohe Wahlbeteiligung fördert; sie ist schlecht, weil die Freiheit der Wahl und das Wahlgeheimnis bei der Stimmabgabe nüchtern betrachtet nicht garantiert werden können<sup>33</sup>. Außerdem ist sie für die Wähler kompliziert und führt daher unverhältnismäßig oft zu ungültigen Versuchen sich an der Wahl zu beteiligen.

Und ein weiteres kommt hinzu. Wenn ich mir anschau, welche enorme Bedeutung die Kontrolle der bereits abgegebenen Stimmen durch die Öffentlichkeit für die Gültigkeit der Wahl hat, muss festgestellt werden, dass die Briefwahl auch deshalb immer nur die zweitbeste Wahlform sein kann, weil sich dort die Kontrolle der Öffentlichkeit über die richtige Behandlung der bereits abgegebenen Stimmen gar nicht realisieren lässt. Denn wie läuft das denn praktisch ab? Da trudeln im Vorlauf zum eigentlichen Wahltag vielleicht täglich, vielleicht auch nur alle paar Tage unter der Unternehmensadresse einige Briefwahlumschläge ein, die dann durch mehr oder weniger viele Hände gehen, bevor sie beim Wahlvorstand landen. Und wo hebt er diese Umschläge auf? Und wer kontrolliert, ob die Umschläge kunstgerecht gelagert und behandelt werden? – Da gibt es niemanden, der das kontrollieren kann. Da gibt es nicht einmal Vorschriften zu einer Wahlurne, in der die Umschläge bis zur öffentlichen Auszählung eingelagert werden sollen.

Der Wahlvorstand sollte sich daher bei der Anordnung von Briefwahl zurückhalten und die gesetzlichen Grenzen aus § 24 WahlO genau beachten. Eine Wahl, die nur als Briefwahl durchgeführt wird, ist jedenfalls anfechtbar<sup>34</sup>.

Nach § 24 WahlO kann die Briefwahl in drei Fallgruppen vorgesehen werden:

- Auf Antrag des Beschäftigten, wenn er zum Zeitpunkt der Wahl wegen Abwesenheit an der persönlichen Stimmabgabe gehindert ist (Urlaub, Krankheit, Dienstreise usw. - § 24 Absatz 1 WahlO);
- Wenn sich aus der betrieblichen Situation die Abwesenheit am Wahltag schon ergibt, kann der Wahlvorstand den davon betroffenen Beschäftigten auch unaufgefordert die Unterlagen zur Briefwahl zusenden (§ 24 Absatz 2 WahlO);
- Für „*Betriebsteile und Kleinstbetriebe*“, die räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt liegen, kann der Wahlvorstand schließlich die Briefwahl durch Anordnung verpflichtend machen (§ 24 Absatz 3 WahlO).

#### d.) Probleme bei der Stimmauszählung

Aus diesem Bereich möchte ich noch kurz auf eine Entscheidung eingehen, die wegen des Bekanntheitsgrades des Arbeitgebers (VW-Nutzfahrzeuge Hannover) auch durch Presse, Funk und Fernsehen bekannt wurde.

---

<sup>33</sup> Anuschek aaO S. 136 ff.

<sup>34</sup> BAG 27.01.1993 – 7 ABR 37/92 – DB 1993, 2030 = BAGE 72, 161 = AP Nr. 29 zu § 76 BetrVG (1952); LAG Schleswig-Holstein 18.03.1999 – 4 TaBV 51/98 – BB 1999, 1166 = NZA-RR 1999, 523

**Sachverhalt:** Bei der Betriebsratswahl im VW-Werk in Hannover kam eine elektronisch geführte Wählerliste zum Einsatz, in die die Wahlhelfer im Wahllokal am Bildschirm eintragen sollten, welche Arbeitnehmer zur persönlichen Stimmabgabe erschienen sind und dann auch ihre Stimme abgegeben haben (Stimmabgabevermerk im Sinne von § 12 Absatz 3 WahlO). Nach Schließung der Wahllokale wurde festgestellt, dass sich in den Urnen etwa 120 Stimmzettel mehr befanden als Stimmabgabevermerke in den Wahlunterlagen.

Der Wahlvorstand hat diese besonders auffällige Differenz in Abstimmung mit Betriebsrat und Arbeitgeber zum Anlass genommen, weiter nach den Ursachen zu forschen. Nach Einsichtnahme in die Log-Dateien des Wählerlistenprogramms ergab sich, dass eine auffällige Anzahl von Arbeitnehmern (etwa 70) zwar vorschriftsmäßig ihren Werksausweis zum Einscannen vorgelegt hatten, jedoch bei Ihnen kein Stimmabgabevermerk im Programm registriert wurde. Darauf wurden stichprobenartig einige der Betroffenen befragt und diese antworteten überwiegend, ja, sie hätten ihre Stimme abgegeben. Nach weiteren Recherchen stellte sich heraus, dass dem wohl ein Bedienfehler bei der Anwendung des Wählerlistenprogramms durch den Wahlvorstand im Wahllokal zu Grunde lag. Daraufhin wurde das Wahlergebnis auf Basis der vorgefundenen Stimmzettel festgestellt und veröffentlicht. – Hiergegen richtet sich die Wahlanfechtung aus dem Kreise der Belegschaft.

Das Bundesarbeitsgericht hat der Wahlanfechtung stattgegeben.<sup>35</sup> Die Begründung ist sehr streng, ich halte sie für geradezu rigoros. Das Gericht sagt, der Stimmabgabevermerk in der Wählerliste (§ 12 Absatz 3 BetrVG) sei ein zentrales Instrument zur Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Wahl. Von einer Rechtmäßigkeit der Wahl könne man nur ausgehen, wenn die Anzahl der Stimmabgabevermerke und die Anzahl der Stimmzettel in der Urne übereinstimme.

Und das Gericht setzt noch einen drauf und sagt, der Stimmabgabevermerk sei auch die einzige Möglichkeit, die rechtmäßige Abgabe der Stimme nachzuweisen. Zum Schutz des Wahlgeheimnisses sei es vollständig ausgeschlossen, wie hier geschehen, die Wähler nachträglich zu befragen, ob sie gewählt hätten. Ebenso sei es sehr zweifelhaft, ob der Wahlvorstand überhaupt die Kompetenz habe, die Log-Dateien des Wählerlistenprogramms auszuwerten, um anhand der eingescannten Werksausweise zu kontrollieren, wer alles im Wahllokal erschienen ist.

Ich halte die Entscheidung nicht für überzeugend. Wenn es Erkenntnisquellen gibt, aus denen man schließen kann, wie es zu den abweichenden Zahlen gekommen ist, wieso soll man diese nicht nutzen. Selbst wenn es vielleicht zu weitgehend war, die Wähler nochmals zu befragen, kann man dennoch nicht ignorieren, dass sich einige Wähler geäußert haben und dies den Schluss zulässt, dass die Diskrepanz zwischen den Zahlen an dem elektronischen Programm bzw. an seiner Fehlbedienung liegt. Das Gericht ignoriert damit Vortrag der Parteien, ohne sich darüber Rechenschaft abzulegen, woraus eigentlich dieses strikte Beweisverwertungsverbot hergeleitet

---

<sup>35</sup> BAG 12.06.2013 – 7 ABR 77/11 – DB 2013, 2392 – Differenz zwischen abgegebenen Stimmzetteln und Stimmabgabevermerken (VW Nutzfahrzeuge Hannover).

werden soll. Das überrascht insbesondere angesichts des Umstandes, dass das Gericht sich ansonsten mit Beweisverwertungsverböten eher schwer tut.

#### e.) Betriebsöffentliche Auszählung der Stimmen

Dass die Stimmauszählung unter den Augen der Betriebsöffentlichkeit zu erfolgen hat, ergibt sich aus § 13 WahlO. Das BAG sieht in diesem Kontrollrecht der Öffentlichkeit ein zentrales Instrument für die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Wahl in Hinblick auf das Wahlgeheimnis und die Freiheit der Wahl. In einer Entscheidung zum Wahlrecht der Schwerbehindertenvertretung hat das BAG jetzt nochmals hervorgehoben, unter welchen Voraussetzungen die Öffentlichkeit der Stimmauszählung gewährleistet ist.<sup>36</sup> Die Entscheidung ist ohne Abstriche auf das Recht der Betriebsratswahl übertragbar.

Es reicht danach nicht aus, dass die Tür zu dem Raum offen stehe, in dem die Stimmen ausgezählt werden, und sich jeder eingeladen fühlen durfte, dem zuzusehen. Die Betriebsöffentlichkeit sei vielmehr erst und nur dann hergestellt, wenn der Wahlvorstand den Ort und den Zeitpunkt der Stimmauszählung bekannt mache. Sei es versäumt worden, dies im Wahlausschreiben vorzunehmen, sei das nicht so schlimm, denn man könne das auch noch nachträglich überall dort bekannt geben, wo man das Wahlausschreiben ausgehängt habe.<sup>37</sup>

#### f.) Augen auf bei der Bekanntmachung des Wahlergebnisses

Wenn der Wahlvorstand die Stimmen ausgezählt hat, wenn er die Gewählten ermittelt hat, und wenn die Gewählten ihre Wahl angenommen haben, steht das Ergebnis der Wahl fest. Dieses Ergebnis muss der Wahlvorstand bekannt geben (§ 18 WahlO).

Die Bekanntgabe des Wahlergebnisses markiert das öffentlich sichtbare Ende der Tätigkeit des Wahlvorstandes und es ist ein Datum, das zusätzlich in vielen anderen Zusammenhängen eine besondere Bedeutung hat. So dauert der besondere Kündigungsschutz für Mitglieder des Wahlvorstandes mit dem Zustimmungserfordernis des Betriebsrats nach § 103 BetrVG (nur) bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses. Wird durch die Neuwahl ein Betriebsrat abgelöst, der nicht im regulären Wahlzeitraum (zuletzt März bis Mai 2010, vgl. § 13 BetrVG) gewählt wurde, endet dessen Amtszeit mit der Bekanntgabe des Wahlergebnisses der Neuwahl (§ 21 Satz 2 BetrVG). In diesem Fall – und bei der erstmaligen Wahl eines Betriebsrats in einem bisher betriebsratslosen Betrieb – beginnt auch die Amtszeit des neu gewählten Betriebsrats mit der Bekanntgabe des Wahlergebnisses.

---

<sup>36</sup> BAG 10.07.2013 – 7 ABR 83/11 – Keine Stimmauszählung ohne Bekanntmachung von Zeit und Ort der Stimmauszählung.

<sup>37</sup> so auch schon BAG 15.11.2000 – 7 ABR 53/99 – BAGE 96, 233 = AP Nr. 10 zu 3 18 BetrVG 1972 = DB 2001, 1152.

Von besonderer Bedeutung ist schließlich eine weitere Frist, die von der Bekanntgabe des Wahlergebnisses abhängt, nämlich die Frist zur Anfechtung der Betriebsratswahl. Nach § 19 Absatz 2 BetrVG kann die Betriebsratswahl nur innerhalb von 2 Wochen nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses durch einen Antrag beim Arbeitsgericht angefochten werden. Das ist eine weise Regelung des Gesetzgebers, der damit in Rechnung stellt, dass kleinere Fehler bei jeder Wahl vorkommen; sie sollen die Autorität des Betriebsrats nicht beeinträchtigen können.

Die Tücke steckt aber mal wieder im Detail. Denn die Pflicht des Wahlvorstandes geht dahin, das Wahlergebnis *überall* dort 2 Wochen lang bekannt zu machen, wo auch das Wahlausschreiben und die gültigen Wahlvorschläge bekannt gemacht wurden. Und die Anfechtungsfrist beginnt erst mit dem Tag des Vollzuges des letzten noch fehlenden Aushangs zu laufen<sup>38</sup>. Vergisst man also bei der Bekanntmachung eine Stelle, kann die Frist zur Anfechtung der Wahl gar nie ablaufen.

*Der Aushang des Wahlausschreibens an vielen Stellen mag dazu beitragen, das Interesse an der Wahl besonders gut zu fördern. Die Gefahr, dass man dann bei der Bekanntmachung des Wahlergebnisses den einen oder den anderen Aushang vergisst, ist jedoch unübersehbar. Daher ist es besser, mit der Anzahl der ausgehängten Wahlausschreiben zu geizen. – Und: Man muss den Aushang unbedingt penibel bürokratisch dokumentieren, damit man auch bei der Bekanntgabe des Wahlergebnisses noch weiß, wo diese überall ausgehängt werden muss.*

#### **g.) Abbruch der Wahl durch Einstweilige Verfügung gegen den Wahlvorstand**

Fehler passieren jedem Menschen. Daher passieren auch dem Wahlvorstand bei der Vorbereitung und Durchführung der Betriebsratswahlen immer wieder Fehler.

Manchmal sind diese Fehler so gravierend, dass der Arbeitgeber oder auch eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft gerichtlich gegen den Wahlvorstand vorgehen wollen, um die weitere Durchführung der mit Fehlern behafteten Wahl zu unterbinden.

Auch wenn der Wahlvorstand vielleicht einsieht, dass ihm da Fehler unterlaufen sind, kann er eigentlich nur zwischen *Pest* und *Cholera* wählen. Denn wenn er den Fehler berichtigt, geht in aller Regel viel Zeit verloren und es droht der betriebsratslose Zustand, wenn die Amtszeit des bisherigen Betriebsrats abläuft, ohne dass der neue Betriebsrat gewählt ist. – Da kann man in der Wahlvorbereitung ein bisschen gegensteuern, indem man die Frist zwischen dem Wahltag und dem Wahlausschreiben so großzügig verlängert, dass man gegebenenfalls noch Zeit hat, die Wahl unter Korrektur von Fehlern nochmals neu auszuschreiben.

Das hilft aber nur begrenzt und auch nur dann, wenn der Wahlvorstand einsieht, dass da was schiefgelaufen ist. Prallen da einfach nur unterschiedliche Vorstellungen über

---

<sup>38</sup> BAG 14.09.1988 – 7 ABR 79/87 – nicht amtlich veröffentlicht

die richtige Art der Durchführung der Wahl zwischen Wahlvorstand und Arbeitgeber aufeinander, ist der Konflikt häufig nicht auflösbar und landet daher bei Gericht.

Das BAG hat jüngst dazu eine sehr wahlvorstandsfreundliche Entscheidung getroffen. Denn es hat gesagt, der Arbeitgeber könne nur dann gerichtlich den Abbruch der Wahl durchsetzen, wenn es sich um eine *nichtige Wahl* handele, also wenn es sich um eine Wahl handele, die nicht einmal den Anschein einer ernsthaft durchgeführten Wahl erkennen lasse. Denn – so das Gericht – es sei im Interesse der möglichst umfassenden Bildung von Betriebsräten in den Betrieben im Regelfall hinzunehmen, dass Fehler bei der Durchführung der Wahl erst nach deren Abschluss im Wahlanfechtungsverfahren geklärt werden, damit jedenfalls die Kontinuität des Betriebsrats gewahrt bleibe.<sup>39</sup>

Die Unterscheidung zwischen einer *nichtigen* und einer *nur anfechtbaren* Wahl ist fundamental, und die Unterschiede muss man kennen, um die Entscheidung zu verstehen. Auf eine nichtige Wahl kann sich jeder Betroffene jederzeit berufen. Mit dem Argument die Wahl sei anfechtbar, kann man aber nur in einem kleinen Zeitfenster 2 Wochen nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses was werden (§ 19 Absatz 2 BetrVG). Verpasst man dieses Zeitfenster sind die möglichen Fehler Vergangenheit, niemand kann sich mehr auf sie berufen. Und eine Wahlanfechtung ist zwar für den Betriebsrat immer unangenehm, er bleibt aber vorläufig im Amt und kann – wenn er selbst einschätzt, dass bei der Wahl Fehler unterlaufen sind, durch seinen Rücktritt den Weg zu Neuwahlen frei machen. Und bis zur Durchführung der Neuwahlen bleibt der zurückgetretene Betriebsrat geschäftsführend weiter im Amt.<sup>40</sup>

Bei dem Fall des Bundesarbeitsgerichts ging es um einen Fehler des Betriebsrats bei der Bestellung des Wahlvorstandes. Die Fehler waren schon heftig, aber das Gericht hat gesagt, dass seien allenfalls Fehler, die zu einer erfolgreichen Wahlanfechtung führen können, aber nicht zu einer nichtigen Wahl.

*Praxisfall:* Es geht um ein Gebäudereinigungsunternehmen, in dem ein Betriebsrat mit 13 Mitgliedern gebildet ist. Der Betriebsrat ist in sich zerstritten, ihm gehören unter anderem der Leiter der Lohnbuchhaltung und der Schwiegervater des Geschäftsführers der Arbeitgeberin an. Auf einer der vorausgegangenen Sitzungen hatten zwei BR-Mitglieder heimlich über ihr Mobiltelefon die Diskussionen im Betriebsrat mitgeschnitten. Zur Strafe sollten sie nach der Vorstellung der BR-Vorsitzenden für mindestens eine Sitzung aus dem Betriebsrat ausgeschlossen werden. Die Tagesordnung der nächsten BR-Sitzung lautete also,

1. Ausschluss der Mitglieder x und y von der Sitzung des Betriebsrats wegen der heimlichen Tonmitschnitte per Handy,
2. Wahl des Wahlvorstandes für die nächsten BR-Wahlen.

Die Mehrheit hat den Ausschluss der Beiden beschlossen und sie dann aufgefordert, den Sitzungsraum zu verlassen. Da sie sich weigerten, hat die Vorsitzende festgesetzt, dass

---

<sup>39</sup> BAG 27.07.2011 – 7 ABR 61/10 – BAGE 138, 377 = NZA 2012, 345 = AP Nr. 2 zu § 16 BetrVG 1972.

<sup>40</sup> Vgl. jüngst dazu noch BAG 15.02.2012 – 7 ABN 59/11 – NZA-RR 2012, 602 = DB 2012, 984.

die Sitzung in einem anderen Raum fortgeführt wird. Ihr sind 5 weitere Mitglieder gefolgt, die dann den Wahlvorstand bestellt hatten. Im Protokoll ist angegeben, der Beschluss sei mit 6 Ja-Stimmen und 5 Enthaltungen gefasst worden.

Es ist klar, der Wahlvorstand ist durch einen mehrfach fehlerhaften Beschluss bestellt worden. Zum einen gibt es keinen strafweisen Ausschluss von Mitgliedern aus dem Betriebsrat, wenn da was anliegt, kann der Ausschluss nur durch Beschluss des Arbeitsgerichts erfolgen (§ 23 Absatz 1 BetrVG). Unabhängig davon, war der Betriebsrat, als er seine Sitzung in dem anderen Raum fortgesetzt hatte, nicht mehr beschlussfähig, denn es waren nur noch weniger als die Hälfte seiner Mitglieder anwesend (§ 33 Absatz 2 BetrVG). – Das BAG hat aber sinngemäß gesagt, es sei immer noch erkennbar, dass versucht worden sei, den Wahlvorstand durch Beschluss zu bestellen, also sei die Bestellung nicht nichtig und daher könne auch die ganze spätere Betriebsratswahl allenfalls anfechtbar aber nicht nichtig sein.