

– Fachbeitrag B3-2018 –

08.05.2018

## **Wählbarkeit und Wahlwerbung<sup>1</sup>**

### **Anmerkung zu BAG, Beschluss vom 25.10.2017 (AZ.: 7 ABR 2/16)**

*Von Prof. Dr. Wolfhard Kohte und Ass. iur. Matthias Liebsch,  
Zentrum für Sozialforschung Halle*

In einem aktuellen Beschluss vom 25.10.2017 entschied das Bundesarbeitsgericht (BAG) unter dem Aktenzeichen 7 ABR 2/16 zwei Rechtsfragen, die auch bei den im Herbst 2018 bevorstehenden Wahlen zur Schwerbehindertenvertretung (SBV) von Bedeutung sein können.

#### **I. Wesentliche Aussagen des Urteils**

1. Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes, die in Betrieben privatrechtlich organisierter Unternehmen nicht nur vorübergehend tätig sind, sind bei der Wahl der Schwerbehindertenvertretung in diesem Betrieb wahlberechtigt und wählbar.
2. Die Verwendung eines Kennworts für einen Wahlvorschlag auf dem Stimmzettel ist bei der Wahl der Schwerbehindertenvertretung nicht zulässig.

#### **II. Der Fall**

Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer bei der Arbeitgeberin im Oktober 2014 durchgeführten Wahl der Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen. Die Arbeitgeberin, ein Berliner Krankenhaus, ist in Form einer GmbH organisiert und erbringt mit etwa 2.500 Arbeitnehmern eine Vielzahl an Leistungen für die Charité-Universitätsmedizin (im Beschluss des BAG als „Klinik“ bezeichnet). Hierunter fällt eine beachtliche Anzahl von schwerbehinderten Menschen, so dass bei der Arbeitgeberin sowohl ein

---

<sup>1</sup> Dieser Beitrag wurde unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de) als Fachbeitrag B3-2018 in der Kategorie B: Arbeitsrecht veröffentlicht; Zitiervorschlag: Kohte/Liebsch: Wählbarkeit und Wahlwerbung – Anmerkung zu BAG, Beschluss vom 25.10.2017 (AZ.: 7 ABR 2/16); Beitrag B3-2018 unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de); 08.05.2018.

Betriebsrat als auch eine Schwerbehindertenvertretung (SBV) zu wählen war. Die Klinik ihrerseits ist als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisiert.

Eine Reihe von Charité-Beschäftigten arbeitet aufgrund von langfristigen Personalgestellungsverträgen bei der Arbeitgeberin. Zu diesen gehörte auch C, dessen Gestellung bis zum 31. Dezember 2018 befristet und der im dritten Quartal 2014 mit 37 Stimmen zur Vertrauensperson gewählt worden war. Sein Gegenkandidat W hatte 36 Stimmen erhalten. Auf dem Stimmzettel hatte der Wahlvorstand zwei Listen platziert, die jeweils einen Kandidaten hatten. W firmierte unter der „Liste 1 gewerkschaftliche Vertreter“ und C unter der Bezeichnung „Liste 2 C“.

Die Gestaltung des Stimmzettels war im Anfechtungsverfahren moniert worden, ebenso die fehlende Wählbarkeit von C, da dieser in keinem Arbeitsverhältnis zur GmbH stand.

### **III. Die Entscheidung**

Das BAG entschied, dass die Wahl der Vertrauensperson unwirksam war. Zwar sei die Wahl nicht wegen fehlender Wählbarkeit des C im Betrieb der Arbeitgeberin unwirksam, jedoch habe der Wahlvorstand gegen eine neutrale Gestaltung der Stimmzettel verstoßen und somit § 9 Abs. 2 Wahlordnung Schwerbehindertenvertretungen (SchwbVWO) verletzt. Dieser Rechtsverstoß konnte zudem das Wahlergebnis beeinflussen, was zur Unwirksamkeit der Wahl führte.

### **IV. Würdigung/Kritik**

Dem Beschluss des BAG ist zuzustimmen. Er konkretisiert wortlautgetreu und systematisch zutreffend den Umfang aktiver sowie passiver Wahlberechtigung im Zusammenhang mit der SBV-Wahl. Zudem verdeutlicht er die zwingende Beachtung des Neutralitätsgebots durch den Wahlvorstand.

#### **1. Aktives Wahlrecht nach § 177 Abs. 2 SGB IX**

Nach § 177 Abs. 2 Sozialgesetzbuch 9 (SGB IX) sind alle in dem Betrieb oder der Dienststelle beschäftigten schwerbehinderten Menschen wahlberechtigt. Das BAG hatte hierzu bereits 2003<sup>2</sup> entschieden, dass es nach dem Wortlaut des § 94 Abs. 2 SGB IX (seit 01.01.2018 § 177 Abs. 2 SGB IX) daher für das aktive Wahlrecht zur Vertrauensperson auf den Begriff des „Beschäftigten“ und nicht auf den des „Arbeitnehmers“ im Sinne von § 5 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) ankomme. Folglich sei ein Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber, in dessen Betrieb die SBV gewählt werden soll, nicht notwendig.

---

<sup>2</sup> BAG, Beschluss vom 16. April 2003 – 7 ABR 27/02 –, BAGE 106, 57-63, Rn. 19ff., juris = NZA 2003, 1106 (1107).

In der Praxis bedeutet dies, dass beispielsweise Rehabilitanden und Personen in der ersten Phase einer unterstützten Beschäftigung, die nach Meinung der Gerichte nicht in einem Arbeitsverhältnis stehen, das aktive Wahlrecht zur SBV-Wahl haben.<sup>3</sup> Für das aktive Wahlrecht schwerbehinderter Leiharbeitnehmer wird dagegen überwiegend auf eine entsprechende Anwendung von § 7 Satz 2 BetrVG zurückgegriffen.<sup>4</sup> Hierbei ist die betriebliche Eingliederung entscheidend, auf eine statusrechtliche Stellung im Betrieb beziehungsweise der Dienststelle kommt es hingegen nicht an.<sup>5</sup>

## 2. Wählbarkeit – passives Wahlrecht gemäß § 177 Abs. 3 SGB IX

Nach § 177 Abs. 3 SGB IX sind alle in dem Betrieb oder der Dienststelle nicht nur vorübergehend Beschäftigten, die am Wahltage das 18. Lebensjahr vollendet haben und dem Betrieb oder der Dienststelle seit sechs Monaten angehören, wählbar. Einer sechsmonatigen Zugehörigkeit bedarf es dann nicht, wenn der Betrieb oder die Dienststelle erst weniger als ein Jahr besteht.

Nicht wählbar ist nach § 177 Abs. 3 Satz 2 SGB IX, wer kraft Gesetzes einer betrieblichen oder dienstlichen Interessenvertretung nicht angehören kann.

### a. Rechtsverhältnis zum Betriebsinhaber

Damit ist eine auf den ersten Blick schwer erkennbare „zusätzliche Grenze“<sup>6</sup> gezogen, denn § 8 BetrVG verlangt für die Wählbarkeit zum Betriebsrat grundsätzlich ein Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber, so dass nach § 177 Abs. 3 Satz 2 SGB IX anders als für das aktive Wahlrecht beim passiven Wahlrecht nicht alle im Betrieb Beschäftigten wählbar sind.<sup>7</sup> Dies gilt insbesondere für leitende Angestellte und solche Beschäftigte, die keine Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG sind.<sup>8</sup>

In dem vorliegend vom BAG entschiedenen Fall kam jedoch eine Rückausnahme zur Geltung, die auf den ersten Blick nicht sofort auffällt. Nach § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG gilt, dass sich an der Betriebsratswahl auch Beschäftigte beteiligen können, die ein Beschäftigungsverhältnis im öffentlichen Dienst haben und von diesem an einen privatwirtschaftlichen Betrieb überlassen worden sind. Damit wurden zunächst die Post- und Bahnbeschäftigten erfasst, für die zuerst Sonderregelungen normiert worden waren. Infolge der verschiedenen Formen der Privatisierung und Aufsplitterung des öffentlichen Dienstes

---

<sup>3</sup> BAG, Beschluss vom 16. April 2003 – 7 ABR 27/02 –, BAGE 106, 57-63, Rn. 18, juris; Pohl/Fraunhoffer in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol SGB IX, 3. Aufl. 2015, § 94 Rn. 22; weiterführend Kohte: Neuer Beschluss zum Wahlrecht bei der SBV-Wahl – Wahlrecht von Werkstattbeschäftigten an ausgelagerten Arbeitsplätzen anerkannt; Forum B, Beitrag B17-2014 unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de); 26.11.2014.

<sup>4</sup> LPK-SGB IX/Düwell, 4. Aufl. 2014, § 94 Rn. 13; Müller-Wenner SGB IX, 2. Aufl. 2011 § 94 Rn. 22; Feldes/Rehwald, Basiskommentar SGB IX, 12. Aufl. 2015 § 94 Rn. 12; GK-SGB IX/Christians, 2013 § 94 Rn. 36

<sup>5</sup> Bolwig, Wahl der Schwerbehindertenvertretung 2018, 7. Aufl. 2018, Seite 41; andere Auffassung (a.A.) Hohmann in: Wiegand/Hohmann, SchwbVWO, 2. Aufl. 2014, § 1 Rn. 24 mwN.

<sup>6</sup> Sachadae, Die Wahl der Schwerbehindertenvertretung, 2013, Seite 254ff.

<sup>7</sup> Müller-Wenner SGB IX § 94 Rn. 24.

<sup>8</sup> Bolwig, Wahl der Schwerbehindertenvertretung 2018, 7. Aufl. 2018, Seite 44.

gibt es inzwischen jedoch eine Reihe von Beschäftigten des öffentlichen Dienstes, die in privaten Gesellschaften tätig sind und somit gemäß § 5 Abs. 1 Satz 3 BetrVG<sup>9</sup> bei den Betriebsratswahlen aktiv und passiv wahlberechtigt sind.<sup>10</sup>

Eben diese Art der Personalgestaltung wurde vorliegend praktiziert. Damit war Kandidat C aufgrund der Rückausnahme aus dem Betriebsverfassungsrecht für das Amt der Vertrauensperson nach § 177 Abs. 3 SGB IX wählbar, obgleich er nicht in einem Arbeitsverhältnis zur Krankenhaus-GmbH stand, in der gewählt werden sollte.

Diese differenzierte Regelung führt allerdings dazu, dass Leiharbeitnehmer, die dem AÜG unterfallen, grundsätzlich auch weiterhin nach § 14 Abs. 2 AÜG weder zur Betriebsratswahl noch zur SBV-Wahl ein passives Wahlrecht haben.<sup>11</sup> Etwas anderes gilt nach dem vorliegenden Beschluss des BAG nur dann, wenn Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes in Betrieben privatrechtlich organisierter Unternehmen tätig und zugleich Leiharbeitnehmer sind, da insoweit die Regelungen der §§ 5 Abs. 1 Satz 3, 7 und 8 Abs. 1 Satz 1 BetrVG der Vorschrift des § 14 Abs. 2 AÜG vorgehen.<sup>12</sup> Diese Privilegierung gegenüber der Privatwirtschaft ist sachlich schwer zu rechtfertigen.

#### **b. „Nicht nur vorübergehende“ Beschäftigung**

Weiter verlangt § 177 Abs. 3 SGB IX eine „nicht nur vorübergehend(e)“ Beschäftigung des Wahlberechtigten. Nach dem BAG kommt es hierfür nicht auf die zurückliegende, sondern auf die am Wahltag zu erwartende Beschäftigungsdauer an. Demnach sei von einer „nicht nur vorübergehenden“ Beschäftigung jedenfalls dann auszugehen, wenn die Beschäftigung voraussichtlich während der gesamten anstehenden Amtszeit der Vertrauensperson andauern wird, da insoweit die Funktionsfähigkeit der SBV nicht beeinträchtigt werde.<sup>13</sup> In der Kommentarliteratur wird diese Prognosefrist kürzer bestimmt; auch wenn der befristete Vertrag noch wenigstens 6 Monaten dauert, ist das passive Wahlrecht anzuerkennen.<sup>14</sup> Ein anderes Ergebnis wäre auch mit § 4 Abs. 2 TzBfG kaum vereinbar. Scheidet sodann eine gewählte Vertrauensperson aus und rückt somit gemäß § 177 Abs. 7 Satz 4 SGB IX das mit der höchsten Stimmenzahl gewählte stellvertretende Mitglied für den Rest der Amtszeit nach, ist ggf. eine Nachwahl der SBV-Stellvertreter durchzuführen.<sup>15</sup>

---

<sup>9</sup> Auf die Rechtslage im Personalvertretungsrecht wird hier übersichtlichkeitshalber nicht eingegangen, weil in den verschiedenen Bundesländern differenzierte Regelungen bestehen.

<sup>10</sup> Dazu die ähnliche Konstellation beim Uniklinikum Schleswig-Holstein, BAG 15.8.2012 – 7 ABR 34/11, NZA 2013, 107; vgl. Fitting, BetrVG, 28. Aufl. 2016, § 8 Rn. 28.

<sup>11</sup> Kritik bei LPK-SGB IX/Düwell § 94 Rn. 20.

<sup>12</sup> BAG, Beschluss vom 25. Oktober 2017 – 7 ABR 2/16 –, Rn. 26, juris; Fitting, BetrVG, 28. Aufl. 2016, § 8 Rn. 28.

<sup>13</sup> BAG, Beschluss vom 25. Oktober 2017 – 7 ABR 2/16 –, Rn. 22, juris.

<sup>14</sup> Mushoff in: Hauck/Noftz, SGB IX, 31. Erg.-Lfg. III/17, § 94 Rn. 21; Müller-Wenner § 94 SGB IX Rn. 23; Pahlen in: Neumann/Pahlen/Majerski-Pahlen, SGB IX, 12. Aufl. 2010, § 94 Rn. 25.

<sup>15</sup> Hierzu Kohte/Liebsch: Nachwahlen bei fehlenden SBV-Stellvertretern?!; Beitrag B4-2017 unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de); 21.07.2017.

### 3. Mehrheitswahl – unzulässige Verwendung von Kennwörtern auf Stimmzetteln

Die SBV-Wahl findet nach § 177 Abs. 6 Satz 1 SGB IX als Mehrheitswahl statt. Nach § 9 Abs. 2 Satz 2 Wahlordnung Schwerbehindertenvertretungen (SchwbVWO) sind auf dem Stimmzettel die Personen, die sich für das Amt der Vertrauensperson und als stellvertretendes Mitglied bewerben, getrennt in alphabetischer Reihenfolge unter Angabe von Familienname, Vorname, Geburtsdatum und Art der Beschäftigung aufzuführen.<sup>16</sup> Noch einfacher ist der Stimmzettel nach § 20 Abs. 3 Satz 2 SchwbVWO bei der vereinfachten Wahl, da sich hier die notwendigen Angaben auf den Familiennamen und Vornamen beschränken.<sup>17</sup>

Diese wesentliche Verfahrensvorschrift der SBV-Wahl ist nach Ansicht des BAG abschließend und verbietet daher die Verwendung des Kennworts „gewerkschaftlicher Vertreter“ – und ebenso auch die Bezeichnung „unabhängiger Vertreter“. Derartige Kennzeichnungen für einen Wahlvorschlag auf dem Stimmzettel seien lediglich bei einer Verhältniswahl typisch und zulässig.

Die SBV-Wahlen werden demgegenüber gemäß § 177 Abs. 6 Satz 1 SGB IX ausschließlich nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl durchgeführt. Dies gilt sowohl für die Vertrauensperson als auch für die stellvertretenden Mitglieder. Das BAG führt hierzu anschaulich aus: „Mehrheitswahl ist Persönlichkeitswahl. Der Wähler wählt Personen, nicht Listen. Gewählt ist der Kandidat, der die meisten Stimmen auf sich vereint.“

Mit dieser Entscheidung betont der 7. Senat zugleich als wichtiges Strukturelement jeder innerbetrieblichen Wahl, dass der Wahlvorstand neutral sein muss und sich nicht in die Wahlwerbung einschalten darf.<sup>18</sup> Wahlwerbung gehört zu den möglichen und nötigen Aktivitäten sowohl der Kandidatinnen und Kandidaten als auch der Gewerkschaften, die natürlich für bestimmte Kandidatinnen und Kandidaten werben und umgekehrt auch von der Wahl anderer Personen abraten können. Dies steht dem Wahlvorstand bzw. der Wahlleitung nicht zu. Vielmehr müssen sie sogar die Stimmzettel sowohl nach § 9 Abs. 2 Satz 2 SchwbVWO als auch nach § 20 Abs. 3 Satz 2 SchwbVWO sämtlich in gleicher Größe, Farbe, Beschaffenheit und Beschriftung erstellen und gestalten.

Dies wird in Zukunft von größerer Bedeutung bei der Stellvertreterwahl sein, da in den größeren Betrieben deutlich mehr als lediglich drei oder fünf Stellvertreterinnen und Stellvertreter gewählt werden können. Da auch für die Stellvertreterwahl ausschließlich die Mehrheitswahl zulässig ist, ist es hier nicht so einfach, auf einem längeren Stimmzettel

---

<sup>16</sup> Ein handhabbares Muster findet sich bei Bolwig, Wahl der Schwerbehindertenvertretung 2018, 7. Aufl. 2018, Seite 63.

<sup>17</sup> Hierzu Hohmann in: Wiegand/Hohmann, SchwbVWO, 2. Aufl. 2014, § 20 Rn. 54, wonach Geburtsdatum oder Art der Beschäftigung nur bei einer Verwechslungsgefahr anzugeben sind.

<sup>18</sup> Dies gilt sowohl für die BR- und PR-Wahl als auch SBV-Wahl sowie natürlich auch für den Arbeitgeber. Zu letzterem bereits BAG, Beschluss vom 04. Dezember 1986 – 6 ABR 48/85, BAGE 53, 385-396 = BAG AP Nr. 13 zu § 19 BetrVG 1972; Fitting, BetrVG, 28. Aufl. 2016, § 20 Rn. 24 sowie Kohte, Die zivilgesellschaftliche Dimension selbst organisierter Betriebsratswahlen, Festschrift für Höland, 2015, Seite 544 (552).

mit mehreren Kandidaten, die ausschließlich alphabetisch unter Angabe von Familienname und Vorname sowie ggf. mit Hinweis auf Geburtsdatum und Art der Beschäftigung aufgeführt sind, den Überblick zu behalten.

## **V. Zusammenfassung/Handlungsempfehlung**

Der Beschluss des BAG verdeutlicht, dass für das aktive Wahlrecht zur Vertrauensperson der Beschäftigtenbegriff und nicht der Arbeitnehmerbegriff maßgeblich ist. Dieser Grundsatz wird für das passive Wahlrecht durch § 177 Abs. 3 Satz 2 SGB IX eingeschränkt, so dass jeweils § 8 BetrVG bzw. die maßgebliche Norm des Personalvertretungsrechts zusätzlich geprüft werden muss. Nichts anderes gilt für die Wählbarkeit zum stellvertretenden Mitglied. Hieran haben sich der Wahlvorstand beziehungsweise im vereinfachten Wahlverfahren die Wahlleitung sowie alle, die zur Beratung herangezogen werden, zu orientieren.

Für Wahlvorstand und Wahlleitung gilt zudem das strikte Neutralitätsgebot. Wahlwerbung ist den Kandidatinnen und Kandidaten, ihren Unterstützern sowie den Gewerkschaften vorbehalten.

Ferner ist von Wahlakteuren zu beachten, dass die Wahl zur SBV streng nach dem Wortlaut des § 177 Abs. 6 Satz 1 SGB IX gemäß den Grundsätzen der Mehrheitswahl zu erfolgen hat. Dies gilt sowohl für die Wahl der Vertrauensperson als auch für die hiervon separat durchzuführende Wahl des stellvertretenden Mitglieds. Aus den §§ 9 Abs. 3 und 4, 20 Abs. 3, 2. Halbsatz SchwbVVO ergibt sich zudem, dass die Stellvertreterwahl auch dann als Mehrheitswahl erfolgt, wenn mehrere Stellvertreter zu wählen sind. Eine Listenwahl ist insoweit nicht zugelassen.

---

Ihre Meinung zu diesem Fachbeitrag ist von großem Interesse für uns.  
Wir freuen uns auf Ihren Kommentar auf [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de).

---