

Bundesarbeitsgericht
Siebter Senat

Beschluss vom 28. April 2021
- 7 ABR 20/20 -
ECLI:DE:BAG:2021:280421.B.7ABR20.20.0

I. Arbeitsgericht
Berlin

Beschluss vom 28. November 2019
- 27 BV 7306/19 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Beschluss vom 7. Mai 2020
- 26 TaBV 2161/19 -

Entscheidungsstichworte:

Wahlanfechtung - Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer - Smiley auf dem Stimmzettel

BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 20/20
26 TaBV 2161/19
Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
28. April 2021

BESCHLUSS

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragsteller und Beschwerdeführer,

2.

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

3.

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

4.

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

5.

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

6.

Rechtsbeschwerdeführer,

7.

Rechtsbeschwerdeführerin,

8.

9.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 28. April 2021 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am Bundesarbeitsgericht Klose und die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Rennpferdt sowie die ehrenamtlichen Richter Mertz und Steininger für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 6. und 7. wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 7. Mai 2020 - 26 TaBV 2161/19 - aufgehoben.

Die Beschwerde der Beteiligten zu 1. bis 5. gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Berlin vom 28. November 2019 - 27 BV 7306/19 - wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Beteiligten streiten über die Berichtigung des Ergebnisses der Wahl von Arbeitnehmersvertretern im Aufsichtsrat. 1

Dem bei der zu 8. beteiligten Aktiengesellschaft gebildeten, zu 9. beteiligten neunköpfigen Aufsichtsrat gehören drei Arbeitnehmersvertreter an. Am 6. März 2019 fand die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer bei der Beteiligten zu 8. und deren abhängigen Gesellschaften, der EB Gesellschaft mbH, der ED Gesellschaft mbH, der MB Gesellschaft mbH, der PB GmbH, der VB Gesellschaft mbH sowie der WB GmbH statt. Es kandidierten ua. die Beteiligten zu 1. und 6. Bei der Auszählung der Stimmen wurde ein Stimmzettel für ungültig erklärt, weil er in der linken oberen Ecke außerhalb des für die Stimmabgabe vorgesehenen Feldes ein Smiley mit einem Durchmesser von ca. 1 cm aufwies. Auf dem Stimmzettel war ua. der Name des Beteiligten zu 1. angekreuzt. Ein Stimmzettel, auf dem drei Kreuze für den Beteiligten zu 1. eingetragen waren, wurde als gültig gewertet. Nach den Feststellungen des Hauptwahlvorstands entfielen auf die Bewerberin D 240 Stimmen, auf den Bewerber L 229 Stimmen, auf die Beteiligten zu 1. und zu 6. jeweils 221 Stimmen und auf die Bewerberin M 195 Stimmen. Der aufgrund der Stimmgleichheit zwischen den Beteiligten zu 1. und 6. durchgeführte Losentscheid ging zu Gunsten des Beteiligten zu 6. aus. Damit waren der Beteiligte zu 6. als Aufsichtsratsmitglied und die Beteiligte zu 7. als dessen Stellvertreterin gewählt. Wäre der mit dem Smiley versehene Stimmzettel nicht für ungültig erklärt worden, wäre der Beteiligte zu 1. als Aufsichtsratsmitglied und die Beteiligte zu 2. als dessen Stellvertreterin gewählt gewesen. Das Wahlergebnis wurde am 30. August 2019 im Bundesanzeiger bekannt gemacht. 2

Mit ihrer am 17. Juni 2019 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antragschrift haben die zu 1. bis 5. beteiligten wahlberechtigten Arbeitnehmer im Wege der Teilanfechtung die Berichtigung des Wahlergebnisses begehrt. Sie haben den Standpunkt eingenommen, der mit dem Smiley versehene Stimmzettel sei zu Unrecht als ungültig gewertet worden. 3

Die Beteiligten zu 1. bis 5. haben zuletzt beantragt, 4
die Wahl des Aufsichtsrats vom 6. März 2019 dahingehend
zu berichtigen, dass anstelle der Beteiligten zu 6. und 7. die
Beteiligten zu 1. und 2. Arbeitnehmervertreter im Aufsichts-
rat sind.

Die Beteiligten zu 6. und 7. haben beantragt, den Antrag abzuweisen. 5

Das Arbeitsgericht hat die erstinstanzlich gestellten Anträge der Beteilig- 6
ten zu 1. bis 5., die Wahl der Beteiligten zu 6. und zu 7. in den Aufsichtsrat der
Beteiligten zu 8. für unwirksam zu erklären und festzustellen, dass der Beteiligte
zu 1. als Arbeitnehmervertreter und die Beteiligte zu 2. als dessen Ersatzmitglied
in den Aufsichtsrat der Beteiligten zu 8. gewählt wurden, abgewiesen. Das Lan-
desarbeitsgericht hat nach der mündlichen Anhörung der Beteiligten zu 1. bis 8.
vom 12. März 2020 die bis dahin unterbliebene Beteiligung des Aufsichtsrats
nachgeholt und mit Zustimmung aller Beteiligten im schriftlichen Verfahren ent-
schieden. Für den Aufsichtsrat hatte dessen Vorsitzende die Zustimmung zur
Entscheidung ohne mündliche Anhörung erteilt. Das Landesarbeitsgericht hat
den Beschluss des Arbeitsgerichts abgeändert und dem zuletzt gestellten Antrag
der Beteiligten zu 1. bis 5. entsprochen. Mit ihrer Rechtsbeschwerde begehren
die Beteiligten zu 6. und 7. die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entschei-
dung. Die Antragsteller beantragen, die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 6.
und 7. zurückzuweisen.

B. Die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 6. und 7. ist begründet. Sie 7
führt zur Aufhebung der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts und zur Wie-
derherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. Der zulässige Antrag auf Be-
richtigung des Wahlergebnisses ist entgegen der Auffassung des Landesarbeits-
gerichts unbegründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat die erforderlichen Personen und Stellen 8
am Verfahren beteiligt.

1. § 83 Abs. 3 ArbGG regelt nicht selbst, wer Beteiligter eines Beschluss- 9
verfahrens ist. Die Vorschrift ordnet lediglich an, dass die genannten Personen

und Stellen zu hören sind. Maßgeblich ist, welche Personen oder Stellen durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung in ihrer kollektivrechtlichen Rechtsstellung unmittelbar betroffen werden. Die Beteiligtenbefugnis ist vom Gericht in jeder Lage des Verfahrens - auch noch in der Rechtsbeschwerdeinstanz - von Amts wegen zu prüfen und zu berücksichtigen. Die zu Unrecht unterbliebene Beteiligung eines Verfahrensbeteiligten kann auch noch in der Rechtsmittelinstanz dadurch behoben werden, dass die betreffende Person künftig am Verfahren beteiligt wird (*BAG 17. Mai 2017 - 7 ABR 22/15 - Rn. 18, BAGE 159, 111; 23. Juli 2014 - 7 ABR 23/12 - Rn. 13*).

2. Danach hat das Landesarbeitsgericht zu Recht neben den zu 1. bis 5. beteiligten Antragstellern die Beteiligten zu 6. und zu 7., deren Wahl Gegenstand des Verfahrens ist, sowie das betroffene Unternehmen (Beteiligte zu 8.) und den betroffenen Aufsichtsrat (Beteiligter zu 9.) am vorliegenden Verfahren beteiligt. 10

a) Der Beteiligte zu 6. ist beteiligt, weil er durch die Anfechtung seiner Wahl zum Aufsichtsratsmitglied der Arbeitnehmer unmittelbar in seiner mitbestimmungsrechtlichen Rechtsstellung betroffen ist. Ist die Wahl des Aufsichtsrats vom 6. März 2019 aufgrund der Anfechtung dahingehend zu berichtigen, dass anstelle des Beteiligten zu 6. der Beteiligte zu 1. Arbeitnehmersvertreter im Aufsichtsrat ist, verliert der Beteiligte zu 6. sein durch die Wahl erworbenes Aufsichtsratsmandat (*vgl. BAG 17. Mai 2017 - 7 ABR 22/15 - Rn. 19, BAGE 159, 111; 12. Februar 1985 - 1 ABR 11/84 - zu B I 1 der Gründe, BAGE 48, 96*). In ihrer mitbestimmungsrechtlich geschützten Rechtsposition betroffen ist auch die Beteiligte zu 7. als Ersatzmitglied, das nach § 7 Abs. 2 DrittelbG zusammen mit dem Beteiligten zu 6. gewählt wurde, für den sie bei dessen Ausscheiden aus dem Aufsichtsrat in das Amt nachrückt. Ihre Wahl haben die Antragsteller ebenfalls angefochten. Im Übrigen ist die Betroffenheit eines Ersatzmitglieds nicht nur dann gegeben, wenn sich der mit der Anfechtung geltend gemachte Rechtsverstoß auch auf seine Wahl bezieht, sondern schon dann, wenn der Rechtsverstoß mit der Wahl „seines“ Aufsichtsratsmitglieds begründet wird (*BAG 17. Mai 2017 - 7 ABR 22/15 - Rn. 19 mwN, aaO*). 11

- b) Das zu 8. beteiligte Unternehmen ist durch die mitbestimmungsrechtliche Ordnung stets betroffen (*BAG 15. Mai 2019 - 7 ABR 35/17 - Rn. 24*). 12
- c) Der zu 9. beteiligte Aufsichtsrat ist ebenfalls an dem Verfahren beteiligt. Er ist in seiner Rechtsstellung unmittelbar betroffen, wenn einzelne Mitglieder ihr Mandat verlieren, Ersatzmitglieder nachrücken und ggf. gerichtliche Bestellungen veranlasst werden müssen. Die damit einhergehenden Veränderungen und Übergangsphasen beeinflussen die Tätigkeit des Aufsichtsrats unmittelbar (*BAG 15. Mai 2019 - 7 ABR 35/17 - Rn. 18; 17. Mai 2017 - 7 ABR 22/15 - Rn. 21 mwN, BAGE 159, 111*). 13
- II. Die Rechtsbeschwerde ist nicht wegen der von den Beteiligten zu 6. und 7. erhobenen Verfahrensrüge der Unzulässigkeit des schriftlichen Verfahrens begründet. 14
1. Die Anordnung des schriftlichen Verfahrens ohne wirksame Zustimmung des Aufsichtsrats stellt keinen absoluten Revisionsgrund iSv. § 547 ZPO dar. Soweit die Beteiligten zu 6. und 7. eine unzureichende Beteiligung und Vertretung des Aufsichtsrats rügen, kommt allenfalls der absolute Revisionsgrund nach § 547 Nr. 4 ZPO in Betracht, der jedoch nur von dem unzureichend angehört oder vertretenen Beteiligten selbst geltend gemacht werden kann (*vgl. BAG 21. April 2020 - 7 ABN 79/19 - Rn. 31; 26. April 2018 - 8 AZN 974/17 - Rn. 13, BAGE 162, 375; BGH 22. Dezember 2016 - IX ZR 259/15 - Rn. 5*). Der Aufsichtsrat hat eine nicht ordnungsgemäße Vertretung nicht gerügt. 15
2. Ein etwaiger Verfahrensfehler des Landesarbeitsgerichts bei der Anordnung des schriftlichen Verfahrens könnte die Rechtsbeschwerde nur begründen, wenn die angefochtene Entscheidung darauf beruhte (*vgl. zu § 128 Abs. 2 ZPO BGH 28. April 1992 - XI ZR 165/91 -*). Das ist vorliegend weder von den Beteiligten zu 6. und 7. dargelegt worden noch sonst ersichtlich. Im Übrigen hatte der Aufsichtsrat die Zustimmung zur Entscheidung im schriftlichen Verfahren durch seine Vorsitzende wirksam erklärt. Nach § 89 Abs. 1 ArbGG besteht im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren Vertretungszwang nach § 11 Abs. 4 ArbGG nur 16

für die Einlegung und Begründung der Beschwerde; im Übrigen können sich die Beteiligten vor dem Landesarbeitsgericht selbst vertreten.

III. Mit der Sachrüge hat die Rechtsbeschwerde dagegen Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat dem auf Berichtigung des Wahlergebnisses gerichteten Antrag zu Unrecht stattgegeben. 17

1. Allerdings ist das Landesarbeitsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass der auf Berichtigung des Wahlergebnisses gerichtete Antrag zulässig ist. 18

a) Nach § 11 Abs. 1 DrittelbG kann die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds oder eines Ersatzmitglieds der Arbeitnehmer beim Arbeitsgericht angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte. Die Vorschrift lässt sowohl die Anfechtung der Wahl einzelner als auch aller Arbeitnehmervertreter und der Ersatzmitglieder zu. Der Anfechtungsantrag kann auf einzelne Aufsichtsratsmitglieder beschränkt werden, soweit sich der Wahlverstoß ausschließlich bei ihnen auswirkt und die Rechtmäßigkeit der Wahl der übrigen Arbeitnehmervertreter einschließlich der Ersatzmitglieder unberührt lässt (*vgl. zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder nach dem MitbestG BAG 11. Juni 1997 - 7 ABR 24/96 - zu B II 2 der Gründe, BAGE 86, 117*). Eine auf Berichtigung des Wahlergebnisses gerichtete Teilanfechtung kommt in Betracht, wenn Fehler bei der Feststellung des Wahlergebnisses aufgetreten sind, die Wahl aber ansonsten ordnungsgemäß durchgeführt worden ist und somit durch die Korrektur lediglich der wahren Wählerentscheidung Geltung verschafft werden soll (*vgl. zur Betriebsratswahl: BAG 22. November 2017 - 7 ABR 35/16 - Rn. 11, BAGE 161, 91; 16. November 2005 - 7 ABR 11/05 - Rn. 12; 16. März 2005 - 7 ABR 40/04 - zu B II 1 a der Gründe mwN, BAGE 114, 119*). Ebenso wie bei der Anfechtung der Wahl insgesamt, bei der die Wahl für ungültig erklärt wird, erfolgt bei einer Teilanfechtung die Berichtigung des Wahlergebnisses durch eine rechtsgestaltende Entscheidung des Gerichts (*vgl. zur Betriebsratswahl BAG 22. November 2017 - 7 ABR 35/16 - Rn. 11, aaO; 16. März 2005 - 7 ABR 40/04 - zu B II 1 c der Gründe mwN, aaO*). 19

- b) Danach ist der auf Berichtigung des Wahlergebnisses gerichtete Teilanfechtungsantrag zulässig. Fehler bei der Durchführung der Wahl sind weder geltend gemacht worden noch erkennbar. Der einzige im Verfahren gerügte Anfechtungsgrund - die aus Sicht der Antragsteller fehlerhafte Entscheidung des Wahlvorstands über die Gültigkeit des mit einem Smiley versehenen Stimmzettels - kann durch eine gerichtliche Berichtigung des Wahlergebnisses behoben werden. Der geltend gemachte Wahlfehler wirkt sich auf die Wahl der weiteren Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nicht aus. Auf dem für ungültig erklärten Stimmzettel war zwar nicht nur der Name des Beteiligten zu 1. angekreuzt. Das Wahlergebnis wäre unter Berücksichtigung der Stimmenverhältnisse aber auch nicht anders ausgefallen, wenn andere Bewerber noch eine weitere Stimme erhalten hätten. 20
2. Das Landesarbeitsgericht hat auch zutreffend erkannt, dass die formalen Wahlanfechtungsvoraussetzungen vorliegen. 21
- a) Die Beteiligten zu 1. bis 5. sind als wahlberechtigte Arbeitnehmer nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 DrittelbG zur Anfechtung der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer berechtigt. 22
- b) Die zweiwöchige Antragsfrist des § 11 Abs. 2 Satz 2 DrittelbG ist eingehalten. 23
- aa) Nach § 11 Abs. 2 Satz 2 DrittelbG ist die Anfechtung nur binnen einer Frist von zwei Wochen, vom Tage der Veröffentlichung des Wahlergebnisses im Bundesanzeiger an gerechnet, zulässig. Die Anfechtung der Wahl kann schon vor der Veröffentlichung des Wahlergebnisses im Bundesanzeiger erfolgen (*MüKoAktG/Annuß 5. Aufl. § 11 DrittelbG Rn. 4; Henssler in Habersack/Henssler Mitbestimmungsrecht 4. Aufl. § 11 DrittelbG Rn. 6; WKS/Kleinsorge Mitbestimmungsrecht 5. Aufl. § 11 DrittelbG Rn. 14; zur Wahlanfechtung nach § 22 MitbestG: Henssler in Habersack/Henssler Mitbestimmungsrecht 4. Aufl. § 22 MitbestG Rn. 9; WKS/Wißmann Mitbestimmungsrecht 5. Aufl. § 22 MitbestG Rn. 54*). Innerhalb der Frist muss mindestens ein nach § 11 Abs. 1 DrittelbG erheblicher Anfechtungsgrund geltend gemacht werden. Der Grund muss geeignet 24

sein, Zweifel an der nach den mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften zu beurteilenden Ordnungsmäßigkeit der durchgeführten Wahl zu begründen (*vgl. zur Wahlanfechtung nach dem MitbestG BAG 17. Mai 2017 - 7 ABR 22/15 - Rn. 30, BAGE 159, 111*).

bb) Danach ist die Zweiwochenfrist gewahrt. Die Veröffentlichung des Wahlergebnisses im Bundesanzeiger erfolgte am 30. August 2019. Die Antragschrift ist am 17. Juni 2019 beim Arbeitsgericht eingegangen. Die Antragsteller haben zwar erst in der Anhörung vor dem Landesarbeitsgericht am 12. März 2020 ausdrücklich die Berichtigung des Wahlergebnisses beantragt. Ihre in der Antragschrift angekündigten und erstinstanzlich gestellten Anträge, die Wahl der Beteiligten zu 6. und zu 7. in den Aufsichtsrat der Beteiligten zu 8. für unwirksam zu erklären und festzustellen, dass der Beteiligte zu 1. als Arbeitnehmervertreter und die Beteiligte zu 2. als dessen Ersatzmitglied in den Aufsichtsrat der Beteiligten zu 8. gewählt wurden, waren aber - wie die Vorinstanzen zutreffend angenommen haben - als ein auf die Berichtigung des Wahlergebnisses gerichteter Teilanfechtungsantrag zu verstehen. Die Antragsteller hatten bereits in der Antragschrift geltend gemacht, dass der Wahlvorstand den mit dem Smiley versehenen Stimmzettel zu Unrecht als ungültig angesehen und unberücksichtigt gelassen habe. Damit haben sie einen Sachverhalt dargelegt, der die Anfechtbarkeit der Wahl der Beteiligten zu 6. und 7. als möglich erscheinen lässt. 25

3. Das Landesarbeitsgericht hat jedoch zu Unrecht angenommen, dass die materiellen Wahlanfechtungsvoraussetzungen erfüllt sind. Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts hat der Betriebswahlvorstand nicht gegen eine wesentliche Wahlvorschrift iSv. § 11 Abs. 1 DrittelbG verstoßen, indem er den mit dem Smiley versehenen Stimmzettel nach § 13 Abs. 3 der Verordnung zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach dem Drittelbeteiligungsgesetz (Wahlordnung zum Drittelbeteiligungsgesetz - WODrittelbG) als ungültig angesehen hat. 26

a) Nach § 13 Abs. 3 WODrittelbG sind Stimmzettel, in denen mehr Bewerber angekreuzt sind, als Aufsichtsratsmitglieder zu wählen sind (*Nr. 1*), aus de- 27

nen sich ein eindeutiger Wille nicht ergibt (Nr. 2), die mit einem besonderen Merkmal versehen sind (Nr. 3) oder die andere als die in Absatz 2 bezeichneten Angaben, einen Zusatz oder sonstige Änderungen enthalten (Nr. 4), ungültig.

aa) § 13 Abs. 3 WODrittelbG ist eine wesentliche Wahlvorschrift. Dies folgt bereits daraus, dass die Vorschrift nach ihrem Wortlaut zwingenden Charakter hat (vgl. dazu BAG 14. September 1988 - 7 ABR 93/87 - zu B III 1 der Gründe, BAGE 59, 328). Die Bestimmung ordnet bei Vorliegen der in Nrn. 1 bis 4 genannten Voraussetzungen die Ungültigkeit des Stimmzettels an. Außerdem trägt die Vorschrift dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl als elementarem Grundprinzip der Aufsichtsratswahl (vgl. dazu BAG 13. Oktober 2004 - 7 ABR 5/04 - zu II 1 a der Gründe, BAGE 112, 160) Rechnung. Nach dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl soll jedermann sein aktives und passives Wahlrecht in formal möglichst gleicher Weise ausüben können. Dementsprechend hat jeder Wahlbewerber Anspruch darauf, dass die für ihn abgegebenen gültigen Stimmen bei der Ermittlung des Wahlergebnisses berücksichtigt und mit gleichem Gewicht gewertet werden wie die für andere Bewerber abgegebenen Stimmen. Werden die für einen Wahlbewerber gültig abgegebenen Stimmen nicht sämtlich als gültig bewertet oder nicht sämtlich für ihn gezählt, kann - insbesondere bei knappem Wahlausgang - der Grundsatz der Wahlgleichheit verletzt sein (BVerfG 12. Dezember 1991 - 2 BvR 562/91 - zu B II 1 a der Gründe, BVerfGE 85, 148). 28

bb) Die Entscheidung des Wahlvorstands über die Gültigkeit der Stimmabgabe, die nach § 3 Abs. 2 Satz 1 WODrittelbG durch Beschluss des Wahlvorstands mit der Mehrheit seiner stimmberechtigten Mitglieder ergeht (vgl. zur Wahl von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat nach dem MitbestG BAG 24. Februar 2021 - 7 ABR 38/19 - Rn. 23; zur Betriebsratswahl: Forst in Richardi BetrVG 16. Aufl. § 11 WO Rn. 5; Fitting BetrVG 30. Aufl. § 11 WO Rn. 7; Jacobs GK-BetrVG 11. Aufl. § 11 WO Rn. 9), ist im Rahmen eines Wahlanfechtungsverfahrens gerichtlich überprüfbar (vgl. zur Betriebsratswahl: Fitting BetrVG 30. Aufl. § 11 WO Rn. 7; Jacobs GK-BetrVG 11. Aufl. § 11 WO Rn. 9). 29

b) Der Wahlvorstand hat den mit dem Smiley versehenen Stimmzettel zu Recht für ungültig gehalten. 30

- aa) Der Stimmzettel ist allerdings nicht nach § 13 Abs. 3 Nr. 2 WODrittelbG ungültig. 31
- (1) Ein Stimmzettel ist nach § 13 Abs. 3 Nr. 2 WODrittelbG ungültig, wenn die Wahlentscheidung nicht zweifelsfrei deutlich wird (vgl. zur Betriebsratswahl: *Fitting BetrVG 30. Aufl. § 11 WO Rn. 6; Forst in Richardi BetrVG 16. Aufl. § 11 WO Rn. 4; Jacobs GK-BetrVG 11. Aufl. § 11 WO Rn. 4; zur Wahl nach dem BPersVG: Fischer/Goeres in Fürst GKÖD Stand Januar 2021 § 15 WO Rn. 15; Illbertz/Widmaier/Sommer BPersVG 14. Aufl. § 15 WO Rn. 9 f.; Noll in Altvater/Baden/Baunack/Berg/Dierßen/Herget/Kröll/Lenders/Noll BPersVG 10. Aufl. § 15 WO Rn. 12*). Das ist etwa dann der Fall, wenn die angebrachte Kennzeichnung nicht einem Bewerber zugeordnet werden kann oder wenn an der vorgesehenen Stelle anstelle eines Kreuzes ein Fragezeichen oder eine Strichzeichnung eingetragen ist (vgl. zur Betriebsratswahl: *Fitting BetrVG 30. Aufl. § 11 WO Rn. 7; Jacobs GK-BetrVG 11. Aufl. § 11 WO Rn. 4; zur Wahl nach dem BPersVG: Fischer/Goeres in Fürst GKÖD Stand Januar 2021 § 15 WO Rn. 16; Noll in Altvater/Baden/Baunack/Berg/Dierßen/Herget/Kröll/Lenders/Noll BPersVG 10. Aufl. § 15 WO Rn. 12*). 32
- (2) Im vorliegenden Fall geht aus dem Stimmzettel eindeutig hervor, welchen Bewerbern der Wähler seine Stimme geben wollte. Die Kreuze sind an den dafür vorgesehenen Stellen angebracht. Die Eindeutigkeit der Wählerentscheidung wird durch das außerhalb des für die Stimmabgabe vorgesehenen Feldes in der linken oberen Ecke des Stimmzettels angebrachte Smiley nicht in Frage gestellt. Dies lässt nicht darauf schließen, dass die Stimmabgabe möglicherweise nicht ernst gemeint war. Der vorliegende Sachverhalt ist - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausführt - nicht mit Fallgestaltungen vergleichbar, in denen ein Smiley an der für das Ankreuzen vorgesehenen Stelle des Stimmzettels angebracht ist. 33
- bb) Der mit dem Smiley versehene Stimmzettel ist aber ungültig, weil er ein besonderes Merkmal iSv. § 13 Abs. 3 Nr. 3 WODrittelbG enthält. 34

- (1) Ein Stimmzettel enthält ein besonderes Merkmal iSv. § 13 Abs. 3 Nr. 3 WODrittelbG, wenn er über die der Stimmabgabe dienende Kennzeichnung hinaus Eigenheiten aufweist, die geeignet sind, auf die Person des Wählers hinzuweisen (vgl. zur *Personalratswahl Hamburgisches OVG 31. August 1999 - 8 Bs 98/99.PVL - zu 2 c bb der Gründe; VGH Mannheim 18. Juli 1983 - 15 S 747/83 -*). Das kann zB der Fall sein bei einer Kennzeichnung mittels Lippenstift oder abgebranntem Streichholz (vgl. zur *Wahl nach dem BPersVG: Fischer/Goeres in Fürst GKÖD Stand Januar 2021 § 15 WO Rn. 17; Ilbertz/Widmaier/Sommer BPersVG 14. Aufl. § 15 WO Rn. 11; Noll in Altvater/Baden/Baunack/Berg/Dierßen/Herget/Kröll/Lenders/Noll BPersVG 10. Aufl. § 15 WO Rn. 14*), bei der Verwendung eines Schreibwerkzeugs mit außergewöhnlicher Farbe (vgl. zur *Wahl nach dem BPersVG Fischer/Goeres in Fürst GKÖD Stand Januar 2021 § 15 WO Rn. 17*) oder bei der Anbringung eines Kennzeichens wie einer Unterschrift, eines sonstigen handschriftlichen Zusatzes oder einer Zeichnung am Rande des Stimmzettels (vgl. zur *Betriebsratswahl: Fitting BetrVG 30. Aufl. § 11 WO Rn. 7; Forst in Richardi BetrVG 16. Aufl. § 11 WO Rn. 3; Jacobs GK-BetrVG 11. Aufl. § 11 WO Rn. 4; zur Wahl nach dem BPersVG: Ilbertz/Widmaier/Sommer BPersVG 14. Aufl. § 15 WO Rn. 11; Noll in Altvater/Baden/Baunack/Berg/Dierßen/Herget/Kröll/Lenders/Noll BPersVG 10. Aufl. § 15 WO Rn. 13*). 35
- (2) Die Ungültigkeit des Stimmzettels nach § 13 Abs. 3 Nr. 3 WODrittelbG setzt voraus, dass das besondere Merkmal geeignet sein könnte, Rückschlüsse auf einen bestimmten Wähler zu ermöglichen. Dies beruht auf dem Regelungszweck, der darin besteht, die Wahrung des Wahlgeheimnisses zu gewährleisten. 36
- (a) Nach dem Grundsatz der geheimen Wahl darf die Stimmabgabe des Wählers keinem anderen bekannt werden. Dies dient dazu, den Wähler vor jeglichem sozialen Druck zu schützen (vgl. zur *Betriebsratswahl: BAG 20. Januar 2021 - 7 ABR 3/20 - Rn. 20; 2. August 2017 - 7 ABR 42/15 - Rn. 32, BAGE 160, 27; 12. Juni 2013 - 7 ABR 77/11 - Rn. 20, BAGE 145, 225*). Dadurch wird sichergestellt, dass jeder Arbeitnehmer seine Wahl in Ansehung der ihm bekannten Tatsachen und Meinungen nach seiner freien Überzeugung treffen kann (*BAG 25. Oktober 2017 - 7 ABR 10/16 - Rn. 17, BAGE 161, 1*). Diese Grundsätze sind 37

insbesondere durch das Verfahren über die Stimmabgabe, den Wahlvorgang und die Stimmauszählung in §§ 13 ff. WODrittelbG formalisiert und unabdingbar ausgestaltet (vgl. zur Betriebsratswahl BAG 12. Juni 2013 - 7 ABR 77/11 - Rn. 20, aaO).

(b) Der Wähler kann auf die Wahrung seines Wahlgeheimnisses nicht wirksam verzichten. Der Grundsatz der geheimen Wahl ist nicht nur ein subjektives Recht. Er dient dem Schutz der Wahlfreiheit und gewährleistet damit die Legitimation der Gewählten (vgl. zu Art. 38 Abs. 1 GG BVerfG 21. April 2009 - 2 BvC 2/06 - Rn. 98, BVerfGE 124, 1). Daher ist der Wähler verpflichtet, bei der Abstimmung die zu deren Schutz bestimmten wahlrechtlichen Vorschriften zu beachten. Dies wird auch nicht durch das Recht des Wählers in Frage gestellt, vor oder nach der Wahl von sich aus Dritten mitzuteilen, wie er abstimmen wird oder abgestimmt hat. Eine solche freiwillige Mitteilung gefährdet - anders als die beobachtete Stimmabgabe oder die Anbringung eines besonderen Merkmals auf dem Stimmzettel, der einen Rückschluss auf den Wähler zulassen könnte - die Wahlfreiheit nicht, da sie nicht geeignet ist, eine Drucksituation bei der Stimmabgabe herbeizuführen (vgl. zur Wahl der Hauptschwerbehindertenvertretung BAG 21. März 2018 - 7 ABR 29/16 - Rn. 35).

38

(c) Die Bestimmung in § 13 Abs. 3 Nr. 3 WODrittelbG soll eine Rückverfolgung ausschließen. Daher ist es entgegen der vom Landesarbeitsgericht offenbar vertretenen Auffassung nicht erforderlich, dass die Person des Wählers tatsächlich feststellbar ist (vgl. zur Wahl nach dem BPersVG Fischer/Goeres in Fürst GKÖD Stand Januar 2021 § 15 WO Rn. 17). Es kommt nur darauf an, ob das Merkmal aus sich heraus oder im Zusammenwirken mit anderen Umständen geeignet sein könnte, Rückschlüsse auf einen bestimmten Wähler zu ermöglichen. Im Zweifel führt eine zusätzliche Kennzeichnung des Stimmzettels zu dessen Ungültigkeit. Dafür sprechen auch der systematische Zusammenhang und der Zweck der Regelung. Nach § 13 Abs. 2 Satz 4 WODrittelbG müssen die Stimmzettel sämtlich die gleiche Größe, Farbe, Beschaffenheit und Beschriftung aufweisen. Nach § 13 Abs. 2 Satz 5 WODrittelbG kennzeichnet der Wähler die

39

von ihm gewählten Bewerber durch Ankreuzen an der hierfür im Stimmzettel vorgesehenen Stelle. Eine weitergehende Kennzeichnung ist nicht zulässig. Die einheitliche Gestaltung der Stimmzettel und die Festlegung der Art der Stimmabgabe sollen verhindern, dass die Stimmabgabe des Wählers einer anderen Person bekannt werden kann. Dieses Ziel würde gefährdet, wenn besondere Merkmale, die aus sich heraus oder im Zusammenwirken mit anderen Umständen geeignet sein könnten, Rückschlüsse auf einen bestimmten Wähler zu ermöglichen, nicht zur Ungültigkeit des Stimmzettels führten.

Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts kommt es auch nicht darauf an, ob es konkrete Anhaltspunkte dafür gibt, dass ein Wähler unter Druck gesetzt oder anderweitig veranlasst worden wäre, seine Stimme einer bestimmten Person zu geben und die abgesprochene Stimmabgabe durch das besondere Merkmal nachzuweisen. Maßgebend ist vielmehr, dass das Merkmal als Nachweis einer abgesprochenen Stimmabgabe geeignet sein könnte. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, die Verwendung eines besonderen Merkmals als Nachweis für eine abgesprochene Stimmabgabe sei wegen des damit verbundenen Risikos, dass der Stimmzettel für ungültig gehalten wird, unwahrscheinlich. Führte eine zusätzliche Kennzeichnung nicht zur Ungültigkeit des Stimmzettels, könnte eine solche Kennzeichnung ohne Risiko als Nachweis für eine abgesprochene Stimmabgabe verwendet werden.

40

(3) Danach hält die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, das Smiley stelle kein zur Ungültigkeit des Stimmzettels führendes besonderes Merkmal iSv. § 13 Abs. 3 Nr. 3 WODrittelbG dar, einer rechtsbeschwerderechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Smiley ist ein besonderes Merkmal iSv. § 13 Abs. 3 Nr. 3 WODrittelbG. Es handelt sich um eine Kennzeichnung auf dem Stimmzettel, die geeignet sein könnte, einen Schluss auf einen bestimmten Wähler zu ermöglichen. Auf die Frage, ob der Wahlvorstand den Stimmzettel mit den drei Kreuzen für den Beteiligten zu 1. zu Unrecht als gültig angesehen hat, kommt es bei der Beurteilung der Gültigkeit des mit dem Smiley versehenen Stimmzettels nicht an.

41

c) Es kann unentschieden bleiben, ob der Wahlvorstand gegen wesentliche Wahlvorschriften iSv. § 11 Abs. 1 DrittelbG verstoßen hat, indem er den Stimmzettel, auf dem drei Kreuze für den Beteiligten zu 1. angebracht waren, als gültig angesehen hat. Hierdurch konnte das Wahlergebnis nicht beeinflusst werden. Wäre diese Stimme für den Beteiligten zu 1. unberücksichtigt geblieben, wären auf den Beteiligten zu 1. nur 220 Stimmen entfallen, so dass der Beteiligte zu 6., der 221 Stimmen erhalten hatte, - auch ohne Losentscheid - gewählt gewesen wäre und damit auch die Beteiligte zu 7. als dessen Ersatzmitglied. 42

Gräfl

Klose

M. Rennpferdt

Mertz

Steininger