

Betriebsratswahlen 2018: Neues zur Wahlauswertung und zum dritten Geschlecht

RAin, FAinArbR Dr. Corinna Verhoek; Wissenschaftlicher Mitarbeiter Christopher Weuthen, vangard Arbeitsrecht, Düsseldorf

Ab dem 1.3.2018 finden bundesweit die regelmäßigen Betriebsratswahlen statt. Die Vorbereitungen sind in den meisten Betrieben bereits in vollem Gange. Pünktlich vor dem Beginn der Wahlen hat das BAG die Verfassungsmäßigkeit des d'Hondtschen Höchstzahlverfahrens zur Sitzverteilung im Betriebsrat festgestellt (ArbRAktuell 2017, 627 m. Anm. *Bauer*). Der rechtliche Rahmen für die Wahlauswertung steht damit fest. Aber wie genau erfolgt die Auswertung? Wie berücksichtigt man das Geschlecht in der Minderheit? Und welche Bedeutung hat die Anerkennung des dritten Geschlechts durch das Bundesverfassungsgericht (NJW 2017, 3643) für die Wahl? Dieser Beitrag erläutert die Wahlauswertung anhand praktischer Beispiele und gibt Hinweise zur geschlechterspezifischen Auswertung.

I. Die Wahlauswertung

Die Wahl von Betriebsräten ist in Kleinbetrieben durch das vereinfachte Wahlverfahren nach § 14 a BetrVG noch recht überschaubar. Dort wird gemäß § 14 II 2 BetrVG nach den Grundsätzen der Mehrheitswahl ge-

Verhoek/Weuthen: Betriebsratswahlen 2018: Neues zur Wahlauswertung und zum dritten Geschlecht (ArbRAktuell 2018, 65)

66 ▲ ▼

wählt; jeder wahlberechtigte Arbeitnehmer kann so viele Kandidaten auf der Liste ankreuzen, wie Betriebsratsmitglieder insgesamt zu wählen sind.

In Betrieben mit mehr als 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern wird es etwas komplizierter: Hier können sich – wie bei der Bundestagswahl – Interessengruppen zusammenschließen und eine gemeinsame Liste erstellen. Die Wahl erfolgt dann nach den Grundsätzen der Verhältniswahl (§ 15 WO). Und für diese schreibt die WO die Anwendung des d'Hondt-Verfahrens vor. Es handelt sich dabei um ein Verfahren, das bei der Wahl zum Bundestag bereits seit Jahrzehnten keine Anwendung mehr findet, weil es kleinere Parteien benachteiligte.

II. Das d'Hondt-Verfahren

Das d'Hondt Verfahren ist ein mathematisches Verteilungsverfahren zur Lösung des folgenden Dilemmas der Verhältniswahl:

Bei der Umrechnung von Wählerstimmen in Betriebsratssitze lässt sich bei der Verhältniswahl eine vollständige Gleichheit des Erfolgswertes einer Wählerstimme nicht erreichen, da nur ganze Sitze verteilt werden können. Wurden bspw. bei einem zu wählenden 9-köpfigen Betriebsrat insgesamt 200 gültige Stimmen abgegeben, von denen 100 Stimmen (50 %) auf Liste eins entfallen, 70 Stimmen (35 %) auf Liste zwei und 30 Stimmen (15 %) auf Liste drei, so müssten die Sitze rein rechnerisch wie folgt verteilt werden: Liste eins erhält 4,5 Sitze, auf Liste zwei entfallen 3,15 Sitze und Liste drei erhält 1,35 Sitze.

Es kann allerdings keine halben Mandatsträger geben. Das d'Hondt-Verfahren bietet eine Lösung des Dilemmas. Allerdings benachteiligt das Berechnungsverfahren häufig Gruppen mit einem geringen Stimmenanteil bei der Sitzverteilung.

Ist die Anwendung des d'Hondt-Verfahrens bei der Betriebsratswahl gleichwohl verfassungskonform oder verletzt es die Grundrechte der Arbeitnehmer? Hierüber hatte das Bundesarbeitsgericht zu befinden.

III. Entscheidung des BAG vom 22.11.2017 (7 ABR 35/16)

Das BAG entschied (wie auch die Vorinstanzen), dass die in der WO vorgeschriebene Sitzverteilung nach dem d'Hondtschen Höchstzahlverfahren verfassungsgemäß sei, insbesondere verletze sie weder den aus Art. 3 III GG folgenden Grundsatz der Gleichheit der Wahl noch die durch Art. 9 III GG geschützte Koalitionsfreiheit (ArbRAktuell 2017, 627). Eine vollständige Gleichheit des Erfolgswertes der Wählerstimmen lasse sich bei Umrechnung der Wählerstimmen in Betriebsratssitze bei der Verhältniswahl mit keinem der gängigen Sitzzuteilungsverfahren erreichen, da nur ganze Sitze verteilt werden könnten. Deshalb sei die Entscheidung über das anzuwendende Sitzverteilungsverfahren vom Gestaltungsspielraum des Verordnungsgebers gedeckt.

IV. Die Wahlauswertung nach d'Hondt anhand von Beispielen

Damit besteht die Notwendigkeit, die Anwendung des d'Hondt-Verfahrens im Einzelnen besser zu verstehen, denn Fehler bei der Verteilung der Betriebsratssitze führen regelmäßig zur Anfechtbarkeit der Betriebsratswahl (vgl. nur Richardi/Thüsing, BetrVG, 16. Auflage 2018, § 15 Rn. 24).

1. Zuteilung der Betriebsratssitze auf die Vorschlagslisten

Die Verhältniswahl erfolgt als Listenwahl. Jeder Wähler gibt seine Stimme für eine der Vorschlagslisten ab. Die Zuteilung der Betriebsratssitze erfolgt dann nach dem d'Hondtschen Verfahren wie folgt:

Zunächst werden die auf die einzelnen Listen entfallenen Stimmzahlen der Reihe nach durch 1, 2, 3, 4, usw. dividiert. Auf jede sich danach ergebende Höchstzahl entfällt listenübergreifend ein Sitz. Ist nach Anwendung dieses Verfahrens nur noch ein Sitz zu vergeben und kommt die nächste Höchstzahl bei mehreren Listen in Betracht, wird die Zuteilung des letzten Sitzes zu den in Frage kommenden Listen per Los entschieden. Die Auswertung kann unter Berücksichtigung unseres Ausgangsfalles somit beispielhaft wie folgt aussehen: In dem Betrieb wird ein 9-köpfiger Betriebsrat gewählt. Es existieren drei Vorschlagslisten mit jeweils sechs Bewerbern. Insgesamt wurden 200 gültige Stimmen abgegeben, die wie folgt auf die jeweiligen Listen entfallen sind:

Liste 1 (100 Stimmen)	Liste 2 (70 Stimmen)	Liste 3 (30 Stimmen)
/1 = 100 (1)	/1 = 70 (2)	/1 = 30 (6)
/2 = 50 (3)	/2 = 35 (4)	/2 = 15
/3 = 33,3 (5)	/3 = 23,3 (8)	/3 = 10
/4 = 25 (7)	/4 = 17,5	/4 = 7,5
/5 = 20 (9)	/5 = 14	/5 = 6
/6 = 16,6	/6 = 11,6	/6 = 5

Die Zahlen in Klammern kennzeichnen die Höchstzahlen in der Reihenfolge eins bis neun.

Auf Liste eins entfallen danach fünf Sitze, auf Liste zwei entfallen drei Sitze und Liste drei erhält einen Sitz.

2. Zuteilung der Betriebsratssitze auf die Listenbewerber

Ist die Anzahl der zu vergebenden Betriebsratssitze den einzelnen Vorschlagslisten zugeordnet, erfolgt im nächsten, zweiten Schritt die Verteilung der zur Verfügung stehenden Sitze auf die Bewerber der jeweiligen Vorschlagsliste. Dazu werden die auf die einzelnen Listen entfallenden Sitze auf die Kandidaten in der

Reihenfolge ihrer Benennung verteilt. Lehnt eine gewählte Person die Wahl ab, tritt der in derselben Vorschlagsliste nächstgenannte Kandidat an deren Stelle. Bleibt die Anzahl der Kandidaten auf einer Liste hinter den auf die Liste entfallenden Höchstzahlen zurück, werden

Verhoek/Weuthen: Betriebsratswahlen 2018: Neues zur Wahlauswertung und zum dritten Geschlecht (ArbRAktuell 2018, 65)

die nicht besetzten Höchstzahlen dieser Liste nicht berücksichtigt. Stattdessen entfallen die Betriebsratsitze auf die Kandidaten anderer Listen, auf welche die nächstgrößten Höchstzahlen entfallen. Enthielte etwa in dem oben gewählten Beispiel die erste Liste nur drei Kandidaten, sähe die Zuteilung der Betriebsratsitze auf die Listenbewerber wie folgt aus:

Liste 1 (100 Stimmen)	Liste 2 (70 Stimmen)	Liste 3 (30 Stimmen)
/1 = 100 (1)	/1 = 70 (2)	/1 = 30 (6)
/2 = 50 (3)	/2 = 35 (4)	/2 = 15 (9)
/3 = 33,3 (5)	/3 = 23,3 (7)	/3 = 10
/4 = 25 (kein Kandidat)	/4 = 17,5 (8)	/4 = 7,5
/5 = 20 (kein Kandidat)	/5 = 14	/5 = 6
/6 = 16,6 (kein Kandidat)	/6 = 11,6	/6 = 5

Die Zahlen in Klammern kennzeichnen die Höchstzahlen in der Reihenfolge eins bis neun.

Nach dem Höchstzahlverfahren entfielen ursprünglich fünf Sitze auf Liste eins. Mangels ausreichender Kandidaten werden die Sitze entsprechend der Höchstzahlen auf die übrigen Listen verteilt. Danach erhält Liste zwei vier Sitze und Liste drei erhält zwei Sitze.

3. Geschlechterspezifische Auswertung

Die Wahlauswertung kann bereits im dargestellten Grundfall je nach Anzahl der eingereichten Wahllisten komplex sein. Noch „spannender“ wird es durch die nach § 15 II BetrVG erforderliche geschlechterspezifische Auswertung. Die Regelung schreibt vor, dass das Geschlecht, welches im Betrieb in der Minderheit ist, mindestens entsprechend seinem Verhältnis im Betriebsrat vertreten sein muss, wenn dieser aus mindestens drei Mitgliedern besteht.

a. Berücksichtigung des in der Belegschaft unterrepräsentierten Geschlechts: Zunächst hat daher der Wahlvorstand festzustellen, welches Geschlecht im Betrieb in der Minderheit ist. Abzustellen ist auf die tatsächliche Anzahl aller – nicht nur der wahlberechtigten – Arbeitnehmer im Betrieb bei Erlass des Wahlausschreibens. Im Anschluss ist die Mindestsitzzahl für das in der Minderheit befindliche Geschlecht nach den Grundsätzen der Verhältniswahl zu ermitteln. Die Berechnung erfolgt ebenfalls nach dem d’Hondtschen Verfahren: Dazu sind die Zahlen der im Betrieb beschäftigten Frauen und Männer gegenüberzustellen und der Reihe nach solange durch 1, 2, 3, 4, usw. zu teilen, wie Höchstzahlen entstehen, denen die zu vergebenden Betriebsratsmandate zugeteilt werden können. Sind wie in den vorangegangenen Beispielen erneut neun Betriebsratsitze zu vergeben und beschäftigt der Betrieb 160 Männer und 90 Frauen, sieht die Berechnung wie folgt aus:

160 Männer	90 Frauen
/1 = 160 (1)	/1 = 90 (2)

/2 = 80 (3)	/2 = 45 (5)
/3 = 53,3 (4)	/3 = 30 (8)
/4 = 40 (6)	/4 = 22,5
/5 = 32 (7)	/5 = 18
/6 = 26,6 (9)	/6 = 15

Die Zahlen in Klammern kennzeichnen die Höchstzahlen in der Reihenfolge eins bis neun.

Auf die Gruppe der Frauen entfallen drei Höchstzahlen. Damit steht nach der Höchstzahlberechnung fest, dass die in der Minderheit vertretenen Frauen mindestens drei Sitze im Betriebsrat erhalten. Ist die niedrigste noch zu berücksichtigende Höchstzahl für beide Geschlechter gleich hoch, ist durch Los zu entscheiden. Die so errechnete Anzahl der auf das Geschlecht in der Minderheit entfallenden Mindestsitze im Betriebsrat ist zwingend im Wahlausschreiben anzugeben. Eine fehlende oder falsche Angabe führt zur Anfechtbarkeit der Wahl (BAG, NZA-RR 2013, 575). Eine Überprüfung der vom Wahlvorstand ermittelten Mindestzahl der Betriebsratssitze für das Geschlecht in der Minderheit sollte daher stets erfolgen.

b. Der Listensprung: Eine genauere Betrachtung ist sodann bei der Verteilung der Betriebsratssitze auf die Listenbewerber geboten, wenn die auf die jeweiligen Listen entfallenden Höchstzahlen die erforderliche Mindestanzahl von Angehörigen des in der Minderheit befindlichen Geschlechts nicht abdecken. In diesem Fall ist unter Umständen eine listenübergreifende Auswahl zu treffen (sog. Listensprung). Beispiel: Es sind wiederum neun Betriebsratssitze zu vergeben; im Betrieb sind 160 Männer und 90 Frauen beschäftigt. Die Listen sind wie folgt besetzt:

Liste 1 (80 Stimmen)	Liste 2 (70 Stimmen)	Liste 3 (50 Stimmen)
/1 = 80 (Mann) [1]	/1 = 70 (Frau) [2]	/1 = 50 (Mann) [3]
/2 = 40 (Frau) [4]	/2 = 35 (Mann) [5]	/2 = 25 (Mann) [7]
/3 = 26,6 (Mann)[6]	/3 = 23,3 (Mann) [8]	/3 = 16,6 (Frau)
/4 = 20 (Mann) [9]	/4 = 17,5 (Mann)	/4 = 12,5 (Frau)
/5 = 16 (Mann)	/5 = 14 (Frau)	/5 = 10 (Mann)
/6 = 13,3 (Mann)	/6 = 11,6 (Mann)	/6 = 8,3 (Mann)

Die Zahlen in Klammern kennzeichnen die Höchstzahlen in der Reihenfolge eins bis neun.

Wie zuvor festgestellt, verlangt die Geschlechterquote in der vorliegenden Konstellation mindestens drei weibliche Mitglieder im Betriebsrat. Aufgrund der Verteilung

Verhoek/Weuthen: Betriebsratswahlen 2018: Neues zur Wahlauswertung und zum dritten Geschlecht (ArbRAktuell 2018, 65)

lung der Stimmen auf die Listen sind jedoch nur zwei Frauen in den Betriebsrat gewählt. In diesem Fall ist die Verteilung der Sitze nach den Sonderregelungen des § 15 V WO vorzunehmen. Für den oben beschriebenen Fall bedeutet das: Befände sich auf Liste eins an Position fünf, sechs oder den nachfolgenden Positionen eine weibliche Bewerberin, erhielte diese den nach dem Wählerwillen der ersten Liste zustehenden Platz unabhängig von der erreichten Höchstzahl und würde den männlichen Bewerber Nr. 4 der Liste eins

mit der niedrigsten Höchstzahl ersetzen. Enthält die erste Liste dagegen keine weibliche Bewerberin auf den nachfolgenden Positionen mehr, wird der männliche Bewerber Nr. 4 der Liste eins ersetzt durch die Bewerberin mit der höchsten nicht berücksichtigten Höchstzahl, in diesem Fall Bewerberin Nr. 3 der Liste drei. Das Beispiel zeigt, dass der Listensprung ein schwerwiegender Eingriff in den Grundsatz der Wahlgleichheit ist (kritisch daher Richardi/Forst, BetrVG, 16. Auflage 2018, § 15 WO Rn. 4 ff.); er ist jedoch zur Verwirklichung des aus Art. 3 II GG folgenden Gleichberechtigungsgebots gerechtfertigt.

c. Berücksichtigung des dritten Geschlechts? Schließlich bringt die erst kürzlich ergangene Entscheidung des BVerfG zum sog. dritten Geschlecht Bewegung in die geschlechterspezifische Wahlauswertung. Mit Beschluss vom 10.10.2017 (NJW 2017, 3643) hat das BVerfG klargestellt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch die geschlechtliche Identität derjenigen schützt, die dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind (drittes Geschlecht). Der Gesetzgeber hat nun Zeit bis Ende 2018, dafür Sorge zu tragen, dass sich Angehörige dieses dritten Geschlechts im Personenstandsrecht auch zu ihrem Recht bekennen können.

Was folgt hieraus für die Betriebsratswahl 2018? Muss der Wahlvorstand bei der Feststellung des Minderheitengeschlechts auch dem dritten Geschlecht angehörende Mitarbeiter berücksichtigen? Das führte zu interessanten Ergebnissen, denn die dem dritten Geschlecht zugehörigen Mitarbeiter werden dann wohl die Minderheit im Betrieb bilden. So können Angehörige der anderen Geschlechter kein Minderheitengeschlecht mehr bilden und die geschlechtsneutral ausgestaltete Regelung des § 15 II BetrVG nicht mehr für sich in Anspruch nehmen.

Soviel zur Theorie. In der Praxis wird die Entscheidung des BVerfG für die Betriebsratswahlen 2018 keine Bedeutung haben. Denn personenstandsrechtlich ist eine Eintragung des dritten Geschlechts im Personalausweis bis zur Änderung des Personenstandsgesetzes nicht möglich. Der Wahlvorstand kann daher keine entsprechende Feststellung treffen. Zudem würde die Berücksichtigung des dritten Geschlechts ohne einen entsprechenden Kandidaten auf der Liste leerlaufen. Sind keine Kandidaten des Geschlechts in der Minderheit aufgestellt oder zur Übernahme des Betriebsratsamtes bereit, werden die Betriebsratssitze nach den oben dargestellten Berechnungsregeln von den Vertretern der anderen Gruppen eingenommen. Überdies ist es unwahrscheinlich, dass in einem Betrieb so viele dem dritten Geschlecht zugehörige Mitarbeiter beschäftigt sind, dass nach den oben dargestellten Berechnungsregeln eine Höchstzahl auf sie entfällt. Gleichwohl ist es wünschenswert, dass der Gesetzgeber die angesichts der Entscheidung des BVerfG nunmehr zu Unsicherheiten führenden geschlechtsbezogenen Wahlvorschriften im BetrVG und der Wahlordnung anpasst und klarstellt, wie die die personenstandsrechtliche Anerkennung des dritten Geschlechts im Rahmen der geschlechterspezifischen Wahlauswertung zu berücksichtigen ist.

V. Fazit

Die Wahlauswertung ist komplex, aber beherrschbar. Will der Arbeitgeber ein langwieriges und kostspieliges Wahlanfechtungsverfahren vermeiden, kann er dem Wahlvorstand seine Überprüfung der Auswertung vor der Bekanntmachung anbieten. Die betriebliche Realität sieht allerdings oftmals anders aus: Arbeitgeber und Wahlvorstand stimmen sich meist vor der Bekanntgabe des Wahlergebnisses nicht ab. Dann bleibt die Möglichkeit der Wahlanfechtung, von der der Arbeitgeber selbstverständlich nur Gebrauch machen sollte, wenn die Auswertung nicht nur fehlerhaft, sondern auch das Ergebnis der fehlerhaften Auswertung für ihn nicht akzeptabel ist.