

# Änderungen bei der Briefwahl

**NEU** Bei Betriebsratswahlen können die Wählerinnen und Wähler ihre Stimme nur unter bestimmten Voraussetzungen per Briefwahl abgeben. Nun gibt es Neuerungen dazu.

VON SANDRA BIRTE CARLSON UND NILS KUMMERT

Die mit Wirkung zum 15.10.2021 geänderte Wahlordnung<sup>1</sup> enthält Neuregelungen dazu, wer Briefwahl machen darf und wie die Wahl durchzuführen ist. Sie beantwortet bisher ungeklärte Fragen und wirft gleichzeitig neue Fragen auf.

## Fallgruppen der Briefwahl

Es gibt drei Fallgruppen der Briefwahl: Erstens die Briefwahl auf Antrag der Beschäftigten (§ 24 Abs. 1 Wahlordnung – WO). Der Antrag muss erkennen lassen, dass die Beschäftigten zum Zeitpunkt der Wahl nicht im Betrieb sein werden. Er ist nicht formgebunden. Über den Antrag entscheidet der Wahlvorstand durch Beschluss.

Zweitens die Briefwahl in Betriebsteilen/Kleinstbetrieben, für die der Wahlvorstand wegen räumlich weiter Entfernung vom Hauptbetrieb Briefwahl beschließt (§ 24 Abs. 3 WO). Fasst der Wahlvorstand einen solchen Beschluss, ist darauf im Wahlausschreiben hinzuweisen. Beschließt der Wahlvorstand keine Briefwahl, muss er in den weit entfernten Standorten die Möglichkeit zur persönlichen Stimmabgabe schaffen.

Die dritte Fallgruppe umfasst Beschäftigte, denen der Wahlvorstand von Amts wegen ohne Gestaltungsspielraum die Briefwahlunterlagen zuschicken muss. Diese Fallgruppe ist in zwei Untergruppen unterteilt: Zur ersten Gruppe zählen alle, die wegen der Eigenart ihrer Beschäftigung voraussichtlich bei der Wahl nicht anwesend sein werden, z.B. Beschäftigte im

Außendienst und in Telearbeit (§ 24 Abs. 2 Nr. 1 WO). Beschäftigte, die zwar aus betrieblichen Gründen zum konkreten Zeitpunkt der Wahl voraussichtlich nicht anwesend sein werden, ihre Tätigkeit aber stets im Betrieb verrichten (z.B. Schichtarbeiter:innen, die am Tag der Wahl eine Freischicht haben), gehören nach richtiger Auffassung nicht zu dieser Gruppe.<sup>2</sup> Sie können einen Antrag auf Briefwahl stellen. Die zweite Untergruppe ist neu. Sie umfasst alle, die vom Erlass des Wahlausschreibens bis zum Zeitpunkt der Wahl aus anderen Gründen insbesondere bei Ruhen des Arbeitsverhältnisses oder Arbeitsunfähigkeit voraussichtlich nicht anwesend sein werden (§ 24 Abs. 2 Nr. 2 WO). Dazu gehört beispielsweise, wer längerfristig arbeitsunfähig ist oder wer wegen Mutterschutz, Eltern- oder Pflegezeit oder aufgrund eines Sabbaticals oder Sonderurlaubs längerfristig abwesend ist. Zu beachten ist, dass nur solche Beschäftigten die Voraussetzungen für die Briefwahl nach § 24 Abs. 2 Nr. 2 WO erfüllen, die nach der Prognose des Wahlvorstands voraussichtlich für die gesamte Dauer des Wahlverfahrens, d. h. vom Erlass des Wahlausschreibens bis zum Zeitpunkt der Wahl, nicht im Betrieb anwesend sein werden. Wer erst im Laufe des Wahlverfahrens krank wird, in Mutterschutz geht etc., kann einen Antrag auf Briefwahl stellen. Abzustellen ist stets auf die Kenntnis des Wahlvorstands. Er hat die Informationen beim Arbeitgeber abzufragen. Dieser ist nach § 24 Abs. 2 Satz 2 WO zur Informationserteilung verpflichtet. Eine weitere Nachforschungspflicht, z.B. bei den Beschäftigten selbst, hat der Wahlvorstand nicht.

## DARUM GEHT ES

1. Weiß der Wahlvorstand, dass Beschäftigte zumindest überwiegend mobil arbeiten, muss er ihnen die Briefwahlunterlagen zusenden.
2. Wahlumschläge finden bei der Briefwahl weiterhin zwingend Verwendung, auch wenn sie bei der persönlichen Stimmabgabe nicht mehr vorgesehen sind.
3. Die Briefwahl-Freiumschläge müssen zu Beginn der öffentlichen Sitzung zur Stimmauszählung und damit nach Abschluss der Wahl geöffnet werden.

<sup>1</sup> BGBl. 2021 Teil I Nr. 72, S. 4640.

<sup>2</sup> Diese Zuordnung ist umstritten, es existiert bislang noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung.

### Mobile Arbeit als Fall von § 24 Abs. 2 Nr. 1 WO

Mobile Arbeit zeichnet sich dadurch aus, dass die Beschäftigten ganz oder teilweise an selbst gewählten Orten arbeiten, in der Praxis oft zu Hause. Ob der Wahlvorstand den Beschäftigten, die mobil arbeiten, die Briefwahlunterlagen nach § 24 Abs. 2 Nr. 1 WO von sich aus zusenden muss, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Grundsätzlich gilt, dass § 24 Abs. 2 Nr. 1 WO nicht auf Telearbeit im engen Sinne des § 2 Abs. 7 Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) beschränkt ist. Auch mobile Arbeit kann erfasst sein. Wenn der Wahlvorstand weiß, dass Beschäftigte ausschließlich oder zumindest überwiegend mobil arbeiten (z. B. vier Tage »Homeoffice«, ein Tag Anwesenheit im Betrieb), muss er ihnen die Briefwahlunterlagen zusenden. Wer hingegen nur ein bis zwei Tage mobil arbeitet und ansonsten im Betrieb tätig ist, zählt nicht zu den Briefwähler:innen nach § 24 Abs. 2 Nr. 1 WO. Problematisch sind Fälle, in denen die Beschäftigten das Recht haben, mobil zu arbeiten, dem Wahlvorstand (und oft auch dem Arbeitgeber) aber unbekannt ist, ob und in welchem Umfang sie von diesem Recht Gebrauch machen. Es spricht viel dafür, dass der Wahlvorstand auch ihnen die Briefwahlunterlagen zusenden muss. Abzustellen ist nicht auf die Kenntnis des Wahlvorstands von individuellen Umständen, sondern auf die Kenntnis, dass sie nach der Eigenart ihres Beschäftigungsverhältnisses zu einer Gruppe von Beschäftigten gehören, bei denen die ernsthaft in Betracht zu ziehende Möglichkeit besteht, dass sie zum Zeitpunkt der Wahl nicht im Betrieb sein werden.<sup>3</sup>

### Briefwahl und Änderungen im laufenden Wahlverfahren

Ändert sich im Laufe des Wahlverfahrens die Eigenart der Tätigkeit (z. B. Wechsel in den Außendienst), übersendet der Wahlvorstand auch dann die Briefwahlunterlagen von sich aus. Gleiches gilt, wenn Beschäftigte am Tag des Erlasses des Wahlausschreibens abwesend sind, sich aber erst zu einem späteren Zeitpunkt herausstellt, dass die Abwesenheit bis einschließlich der Wahl andauern wird. Der Wahlvorstand ist gehalten, Beschäftigten, die die Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 Nr. 1

und/oder Nr. 2 WO erfüllen, bis zum Zeitpunkt der Beendigung der Wahl im Rahmen des ihm Zumutbaren die Wahlbeteiligung zu ermöglichen. Der Arbeitgeber hat nach § 24 Abs. 2 Satz 2 WO dem Wahlvorstand die erforderlichen Informationen zu erteilen. Soweit sich im Laufe des Wahlverfahrens die Grundlagen für eine Prognoseentscheidung bezüglich der Abwesenheit am Wahltag verändern (z. B. weil jemand früher als erwartet aus der Elternzeit in den Betrieb zurückkehrt), dürfen die Beschäftigten dennoch per Briefwahl wählen. Sie haben gleichzeitig – wie alle Briefwähler:innen – das Recht, ihre Stimme an der Urne abzugeben, wenn sie das lieber möchten.

### Frühe Übersendung des Wahlausschreibens

Die neue Wahlordnung verlangt im normalen Wahlverfahren ausdrücklich, dass der Wahlvorstand den in § 24 Abs. 2 WO genannten Briefwähler:innen das Wahlausschreiben schon mit dessen Veröffentlichung per Post oder elektronisch übersendet (§ 3 Abs. 4 Satz 4 WO).<sup>4</sup> So soll gewährleistet sein, dass die Abwesenden kandidieren oder einen Wahlvorschlag unterstützen können. Auf den Lauf von Fristen hat die Übersendung keinen Einfluss. Für das vereinfachte Wahlverfahren ist eine frühe Übersendung nicht explizit vorgesehen. Der Wahlvorstand sollte diese dennoch entsprechend § 3 Abs. 4 Satz 4 WO vornehmen.

### Briefwahl für alle?

Da die Briefwahl an Voraussetzungen gebunden ist, kann der Wahlvorstand nicht einfach die Briefwahl für alle beschließen. Es kann jedoch Fälle geben, in denen (nahezu) alle Beschäftigten Briefwähler:innen sind. Solange der Wahlvorstand die Briefwahl nicht über § 24 WO hinaus ausdehnt, ist dies rechtlich unproblematisch.

### Briefwahl-Unterlagen

§ 24 Abs. 1 WO enthält eine Auflistung aller Unterlagen, die der Wahlvorstand den Briefwähler:innen übersenden muss. Dazu zählt u. a. ein Wahlumschlag, in den der Stimmzettel zu legen ist. Wahlumschläge finden bei der Briefwahl weiterhin zwingend Verwendung,

<sup>3</sup> So auch LAG Hessen 29.6.2020 – 16 TaBV 150/19.

<sup>4</sup> Mit der Änderung wird bestehende Rechtsprechung umgesetzt, vgl. LAG Hamm 12.3.2019 – 7 TaBV 49/18 m. w. N.

auch wenn sie bei der persönlichen Stimmabgabe im Wahllokal nicht mehr vorgesehen sind. Die Versendung der Briefwahlunterlagen ist in der Wählerliste zu vermerken (§ 24 Abs. 1 Satz 3 WO).

### Aufbewahrung der Briefwahl-Stimmen

Der Eingang von Briefwahl-Freiumsschlägen sollte mit Datum und Uhrzeit in einer »Arbeitsversion« der Wählerliste vermerkt werden, dies ist aber nicht verpflichtend vorgeschrieben. Die Freiumsschläge dürfen unter keinen Umständen geöffnet werden. Sie sind bis zur öffentlichen Stimmauszählung sicher zu verwahren, idealerweise in einer verschlossenen »Briefwahlurne«, die wiederum in einem verschlossenen Raum aufbewahrt wird.

### Die Öffnung der Freiumsschläge

Die neue WO legt fest, dass die Briefwahl-Freiumsschläge zu Beginn der öffentlichen Sitzung zur Stimmauszählung und damit nach Abschluss der Wahl geöffnet werden (§ 26 Abs. 1 WO) und nicht mehr am Ende der noch laufenden Wahl unmittelbar vor Schließung des Wahllokals. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zur Ermittlung des richtigen Zeitpunkts für die Öffnung der Freiumsschläge, die erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich brachte, ist damit obsolet.<sup>5</sup>

Da bei der Urnenwahl keine Wahlumschläge mehr verwendet werden, muss der Wahlvorstand nach neuem Recht die Stimmzettel aus den Wahlumschlägen nehmen und in die Wahlurne werfen, nachdem er die Stimmabgabe in der Wählerliste vermerkt hat. Nur wenn sich in einem Wahlumschlag mehrere Stimmzettel befinden, wird der Wahlumschlag in die Wahlurne gelegt. Bei der späteren Stimmauszählung prüft der Wahlvorstand die Gültigkeit dieser Stimme. Sie ist gültig, wenn die Stimmzettel identisch ausgefüllt wurden oder ein Stimmzettel leer ist. Der Stimmzettel muss nach der geänderten Wahlordnung von den Wähler:innen so gefaltet werden, dass die Stimme nicht erkennbar ist. Ungeklärt ist die Frage, ob ein falsch gefalteter Stimmzettel wegen Verletzung des Wahlheimnisses ungültig ist. Um das Wahlheimnis unabhängig von der Faltung zu wahren, sollte der Wahlvorstand zweischrittig vorgehen (Näheres dazu in der Randspalte unter »Gut zu Wissen«).

### Besonderheiten im vereinfachten Wahlverfahren

Kompliziert und missglückt sind die Regelungen zur Briefwahl im vereinfachten Wahlverfahren. Dort können die Briefwähler:innen ihre Stimme noch nach der Wahlversammlung abgeben, daher wird die Briefwahl als »nachträgliche schriftliche Stimmabgabe« bezeichnet. Im Wahlausschreiben muss nach § 31 Abs. 1 Nr. 13 WO (i.V.m. § 36 Abs. 3 WO) stets Ort, Tag und Zeit und damit die Frist für den Rücklauf der Briefwahlstimmen angegeben werden. Die Frist ist vom Wahlvorstand festzulegen. Vier bis sieben Tage nach der Wahlversammlung werden als angemessen erachtet. Gibt es Briefwähler:innen, denen der Wahlvorstand von sich aus nach § 24 Abs. 2 und 3 WO die Briefwahlunterlagen zuschicken muss, erfolgt die Stimmauszählung unverzüglich im Anschluss an den Ablauf dieser Frist. Dies ist im Wahlausschreiben entsprechend anzugeben. Auch wenn es keine solchen Briefwähler:innen gibt, muss der Wahlvorstand die Frist für die nachträgliche Stimmabgabe im Wahlausschreiben festlegen. Die öffentliche Stimmauszählung wird dann jedoch im Wahlausschreiben zunächst auf einen Zeitpunkt unverzüglich nach Beendigung der Wahlversammlung festgelegt. Wenn dann ein Antrag auf Briefwahl eingeht oder Beschäftigte später die Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 Nr. 1 und/oder Nr. 2 WO erfüllen, muss der Wahlvorstand nach § 35 Abs. 2 WO einen Aushang in gleicher Weise wie das Wahlausschreiben veröffentlichen, in dem die Durchführung der nachträglichen schriftlichen Stimmabgabe wie auch Ort, Tag und Zeit der verschobenen öffentlichen Stimmauszählung mitgeteilt werden. Der Ordnungsgeber sollte diese fehlerträchtigen Regelungen überdenken und die Briefwahl im vereinfachten Verfahren wirklich vereinfachen. ◀



**Dr. Sandra Birte Carlson,**  
Fachanwältin für Arbeitsrecht,  
Manske & Partner, Nürnberg.  
[www.arbeitnehmeranwaelte.de](http://www.arbeitnehmeranwaelte.de)



**Nils Kummert,** Fachanwalt für  
Arbeitsrecht, dka Rechtsanwälte/  
Fachanwälte, Berlin.  
[www.arbeitnehmeranwaelte.de](http://www.arbeitnehmeranwaelte.de)

### GUT ZU WISSEN

#### Zweischrittiges Vorgehen

In Schritt 1 wird geprüft, ob der Absender wahlberechtigt ist und nicht bereits an der Wahlurne gewählt hat. Dann wird der Freiumsschlag geöffnet, die Erklärung über die persönliche Stimmabgabe geprüft und die Stimmabgabe in der Wählerliste vermerkt. Der Wahlumschlag wird beiseitegelegt.

In Schritt 2 werden die beiseitegelegten Wahlumschläge geöffnet. So können die Stimmzettel keiner Person zugeordnet und auch bei falscher Faltung als gültig erachtet werden.

<sup>5</sup> BAG 20.5.2020 – 7 ABR 42/18.