
Datum: 25.01.2022
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 7. Kammer
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 7 TaBV 47/21
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2022:0125.7TABV47.21.00

Schlagworte: Aufsichtsratswahl, Nichtigkeit, Statusverfahren, Beteiligung des Gesamtbetriebsrates

Normen: § 83 Abs. 3 ArbGG; § 22 MitbestG, § 6 Abs. 2 S. 1 MitbestG; §§ 97, 98 AktG

Leitsätze:

1. In einem Beschlussverfahren gerichtet auf Feststellung der Nichtigkeit der Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat, das hilfsweise auch die Wahlanfechtung umfasst, ist der Gesamtbetriebsrat, der nicht selbst Antragsteller ist, gem. § 83 Abs. 3 ArbGG nicht zu beteiligen.
2. Die unterbliebene Durchführung des Statusverfahrens gem. § 27 EGAktG i.V.m. §§ 97, 98 AktG führt zur Nichtigkeit der Wahl (Anschluss an BAG v. 16.04.2008, 7 ABR 6/07), wobei es nicht darauf ankommt, dass ein Streit oder eine Ungewissheit i.S.d. § 98 Abs. 1 AktG erst nach Einleitung der Wahl entstanden ist.

Tenor:

1. Die Beschwerde des Gesamtbetriebsrates gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Dortmund vom 02.03.2021 – 2 BV 60/19 – wird als unzulässig verworfen.
2. Die Beschwerde der Beteiligten zu 9., 10. und 11. gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Dortmund vom 02.03.2021 – 2 BV 60/19 – wird zurückgewiesen.
3. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe	1
A.	2
Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der am 30./31.07.2019 durchgeführten Wahl der Arbeitnehmer zum Aufsichtsrat der Beteiligten zu 4.	3
Die zu 4. beteiligte Gesellschaft mit beschränkter Haftung erbringt Call-Center-Dienstleistungen. Sie ist ein Tochterunternehmen der A Germany GmbH, mit der seit 2015 ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag abgeschlossen ist. Neben der Beteiligten zu 4. war weiteres Tochterunternehmen der A Germany GmbH die A1 GmbH. Sowohl die Beteiligte zu 4. als auch die A1 GmbH unterhielten mehrere Betriebe in Deutschland; neben der Errichtung von Gesamtbetriebsräten war ein Konzernbetriebsrat aufgestellt. Aufgrund eines Verschmelzungsvertrages vom 09.07.2018 ist die Beteiligte zu 4. als übernehmender Rechtsträger mit der A1 GmbH verschmolzen; die handelsregisterliche Eintragung erfolgte am 20.08.2018. Seit dieser Zeit ist ein Konzernbetriebsrat nicht mehr eingerichtet; ein Gesamtbetriebsrat bei der Beteiligten zu 4. besteht weiter.	4
Unter dem 15.05.2018 fasste der Gesamtbetriebsrat der damaligen A1 GmbH den Beschluss, den seinerzeitigen Geschäftsführer der A1 GmbH aufzufordern, die Wahl eines Aufsichtsrates für die A1 nach den Bestimmungen des Drittelbeteiligungsgesetzes einzuleiten. Auf die E-Mail Blatt 281 der Akte wird Bezug genommen.	5
Mit Bekanntmachung vom 21.11.2018 informierte die Beteiligte zu 4. die Beschäftigten darüber, dass ein Aufsichtsrat nach dem Mitbestimmungsgesetz zu wählen sei (Kopie Bl. 222 d.A.). Die Satzung der Beteiligten zu 4. sieht die Errichtung eines Aufsichtsrates nicht vor.	6
Zum Zeitpunkt der Einleitung des vorliegenden Beschlussverfahrens unterhielt die Beteiligte zu 4. sieben Standorte in Deutschland; nach Abschluss von Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen wurde der Betrieb in C ab 01.09.2019 stillgelegt.	7
Zuvor wurde im Januar 2019 ein Unternehmenswahlvorstand und in den Betrieben der Beteiligten zu 4. die jeweiligen Betriebswahlvorstände gebildet. Mit Datum vom 25.01.2019 wurden durch die Betriebswahlvorstände in den Betrieben der Beteiligten zu 4. die Bekanntmachungen über die Einreichung von Wahlvorschlägen ausgehängt. Hierin war vermerkt, dass nach den Regeln des Mitbestimmungsgesetzes sechs Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer zu wählen seien. Als Frist für die Einreichung von Wahlvorschlägen wurde der 08.03.2019, 18:00 Uhr, bestimmt. Mit weiterem Aushang vom gleichen Tage machten die Betriebswahlvorstände die Art der Wahl bekannt. In diesem Aushang führte der Unternehmenswahlvorstand aus, dass Voraussetzung für die Beschlussfassung über einen Antrag auf eine Wahl durch Delegierte eine Beteiligung von mindestens der Hälfte der Wahlberechtigten an der Abstimmung sei und nannte als Zahl hierfür 1190 Wahlberechtigte. Ebenfalls am 25.01.2019 hängten die Betriebswahlvorstände auf Anweisung des Unternehmenswahlvorstandes eine Bekanntmachung über die Abstimmung für den Wahlvorschlag der leitenden Angestellten aus. Dort wurde als Frist für die Einreichung von Wahlvorschlägen eine Frist bis zum 08.02.2019, 18:00 Uhr, gesetzt. Wegen der Einzelheiten der Aushänge vom 25.01.2019 wird auf die Kopien Blatt 17 ff. der Akte Bezug genommen.	8
Ein ehemaliger Mitarbeiter des Betriebes B, der zum Zeitpunkt der Einreichung des vorliegenden Antrags auf Einleitung des Beschlussverfahrens beteiligt war und demgegenüber das Verfahren nach seinem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis	9

erstinstanzlich eingestellt worden ist, reichte beim Unternehmenswahlvorstand zunächst eine Vorschlagsliste „Liste D“ ein, hinsichtlich derer Zweifel aufkamen, ob sie den gesetzlichen Anforderungen genüge. Auf eine entsprechende Beschwerde beschloss der Unternehmenswahlvorstand am 05.04.2019, das eingeleitete Wahlverfahren „auf die 6. Wahlwoche zurückzusetzen“. Es erfolgte eine Mitteilung an die Beteiligte zu 4. wie auch an die Betriebswahlvorstände vom 07./08.04.2019, wonach der ursprünglich avisierte Wahltermin vom 29. und 30.04. auf den 30. und 31.07.2019 verschoben worden sei. Vorschlagslisten seien nunmehr erneut einzureichen.

Nach der Verschmelzung mit der A1 GmbH beschäftigte die Beteiligte zu 4. zunächst Mitte Juni 2019 insgesamt 2026 Arbeitnehmer. Aufgrund der Stilllegung des Standortes C reduzierte sich diese Anzahl zum 01.09.2019 auf 1831 Arbeitnehmer. 10

Dies nahm die Beteiligte zu 4. unter dem 23.07.2019 zum Anlass, den Unternehmenswahlvorstand darauf hinzuweisen, dass im eingeleiteten Wahlverfahren von einer unzutreffenden Arbeitnehmerzahl ausgegangen werde. Da die Zahl der in der Regel Beschäftigten unter 2000 gesunken sei und dies auch dauerhaft so bleibe, werde der Wahlvorstand aufgefordert, die Wahl abubrechen. Mit Schreiben vom gleichen Tage lehnte der Wahlvorstand dieses Ansinnen ab (Kopie Bl. 25 R d.A.). 11

Noch mit E-Mail vom gleichen Tage (Bl. 25 d.A.) wies die Beteiligte zu 4. den Unternehmenswahlvorstand auf eine zu erwartende Nichtigkeit der Wahl hin, da ein sogenanntes Statusverfahren nicht eingeleitet worden sei und die Frage im Streit stehe, ob ein mitbestimmter Aufsichtsrat nach dem Mitbestimmungsgesetz oder nach dem Drittelbeteiligungsgesetz zu bilden sei. Auch dieses Ansinnen wies der Unternehmenswahlvorstand mit Schreiben vom 28.07.2019 zurück (Bl. 26 ff. d.A.). 12

Die Wahlen, die Gegenstand des vorliegenden Beschlussverfahrens sind, fanden sodann am 30. und 31.07.2019 statt. Als Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer wurden die in der Antragsschrift erstinstanzlich bezeichneten Beteiligten zu 5. bis 7. gewählt, die während des Verfahrens aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden sind und denen gegenüber das Verfahren erstinstanzlich durch Beschluss vom 02.03.2021 (Bl. 393 d.A.) eingestellt wurde. Im Wahlgang der leitenden Angestellten wurde der Beteiligte zu 8. durch Losentscheid gewählt. Als Aufsichtsratsmitglieder, die von den Gewerkschaften vorgeschlagen wurden, sind die Beteiligten zu 9. und 10. gewählt worden. Die Beteiligte zu 11. ist die Gewerkschaft ver.di; der Beteiligte zu 12. der Aufsichtsrat. Der Aufsichtsrat hat sich mittlerweile zu einer konstituiert, ohne dass die Beteiligte zu 4. ihrerseits Vertreter entsandt hätte. 13

Die Beteiligten zu 1. bis 3., allesamt Geschäftsführer der Beteiligten zu 4., wie auch die Beteiligte zu 4. halten die Aufsichtsratswahl in der am 28.08.2019 beim Arbeitsgericht Dortmund eingegangenen Antragsschrift für nichtig und haben sie hilfsweise angefochten. Zur Begründung wird im Wesentlichen darauf hingewiesen, dass nach den anwendbaren aktienrechtlichen Bestimmungen bei einem Streit über die gesetzliche Grundlage der Bildung eines mitbestimmten Aufsichtsrates ein sogenanntes Statusverfahren durchzuführen sei, anderenfalls sich die Wahl als nichtig erweise. Jedenfalls sei die Wahl auch wegen der einzelnen vorgetragenen gravierenden Fehler im Wahlverfahren anfechtbar. 14

Die Beteiligten zu 1. bis 4. haben beantragt, 15

1) festzustellen, dass die Wahl zum Aufsichtsrat der A Deutschland GmbH vom 30./31.07.2019 nichtig ist, 16

17

2) die Wahl zum Aufsichtsrat der A Deutschland GmbH vom 30./31.07.2019 für unwirksam zu erklären.

Die Beteiligten zu 8. bis 11. haben beantragt,

die Anträge abzuweisen.

Sie haben gemeint, die Wahl könne keinesfalls nichtig sein. Die Beteiligte zu 4. habe das Verfahren für eine Wahl des Aufsichtsrates nach dem Mitbestimmungsgesetz selbst unter dem 21.11.2019 eingeleitet. Wenn die Anzahl der Arbeitnehmer nach Einleitung der Wahl unter den Schwellenwert, der entscheide, ob nach Mitbestimmungsgesetz oder Drittelbeteiligungsgesetz zu wählen sei, sinke, habe die Beteiligte zu 4. die Möglichkeit, das aktienrechtlich hierfür vorgesehene Verfahren gemäß § 97 AktG durchzuführen, was sie unterlassen habe. Lediglich sei die Zusammensetzung des Aufsichtsrates streitig, nicht aber die Frage, ob überhaupt ein Aufsichtsrat zu bilden sei.

Der Auffassung zur Anfechtbarkeit der Wahl sind die Beteiligten zu 8. bis 11. entgegengetreten.

Durch Beschluss vom 02.03.2021, dem Vertreter des Beteiligten zu 8. am 17.08. und der Vertreterin der Beteiligten zu 9. bis 11. am 16.08.2021 zugestellt, hat das Arbeitsgericht dem Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit der Wahl stattgegeben und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, dass wegen des aufgekommenen Streites über die Frage der Rechtsanwendung im Hinblick auf das Mitbestimmungsgesetz oder das Drittelbeteiligungsgesetz ein sogenanntes Statusverfahren hätte durchgeführt werden müssen. Das Arbeitsgericht folge der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wonach in einem solchen Falle eine gleichwohl durchgeführte Aufsichtsratswahl nichtig sei, so das BAG im Beschluss vom 16.04.2008, 7 ABR 6/07. Der Anfechtungsantrag sei als Hilfsantrag zur Entscheidung nicht angefallen. Wegen der Einzelheiten der angegriffenen Entscheidung vom 02.03.2021 wird auf Blatt 419 ff. der Akte Bezug genommen.

Gegen diesen Beschluss wendet sich der erstinstanzlich am Verfahren nicht beteiligte Gesamtbetriebsrat der Beteiligten zu 4. mit der vorliegenden, am 31.08.2021 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Beschwerde. Gleichfalls wenden sich die Beteiligten zu 9. bis 11. mit ihrer ebenfalls am 31.08.2021 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Beschwerde. Die Beschwerdebegründung des Gesamtbetriebsrates ist am 27.09.2021 beim Landesarbeitsgericht, die der Beteiligten zu 9. bis 11. am 04.10.2021 beim Landesarbeitsgericht eingegangen.

Noch am 20.03.2020 hat die Beteiligte zu 4. im Bundesanzeiger eine „Bekanntmachung der Geschäftsführung der A Deutschland GmbH gemäß § 27 EGAktG i.V.m. § 97 Abs. 1 AktG über die Zusammensetzung des Aufsichtsrates“ veröffentlichen lassen. In dieser Veröffentlichung heißt es unter Bezug auf die Angabe, dass die Beteiligte zu 4. nicht mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftige, das nach Auffassung der Geschäftsführer ein Aufsichtsrat zu bilden sei, der sich nach den Regelungen des Drittelbeteiligungsgesetzes zusammensetze (Kopie Bl. 477 d.A.). Mit Veröffentlichung des Landgerichts Nürnberg-Fürth – Abteilung für Zivilsachen – vom 15.04.2020 im Bundesanzeiger teilt das Landgericht mit, dass zum Aktenzeichen 1 HK O 1769/20 eine Feststellungsklage des Gesamtbetriebsrates gegen die Beteiligte zu 4. anhängig sei, mit dem Inhalt, dass bei ihr ein Aufsichtsrat nach den Vorschriften des Mitbestimmungsgesetzes zu bilden sei (Bl. 478 d.A.).

18

19

20

21

22

23

24

25

Nach den Erörterungen im Termin zur mündlichen Anhörung vor der Beschwerdekammer am 25.01.2022 liegt eine Entscheidung des Landgerichts Nürnberg-Fürth in dem bezeichneten Verfahren bislang nicht vor.

Der Gesamtbetriebsrat trägt vor: 26

Er sei beschwerdebefugt, obgleich er erstinstanzlich am Verfahren nicht beteiligt gewesen sei. Denn die Beteiligung im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren richte sich nicht nach einem formellen Akt, sondern allein nach materiellem Recht. Die Eigenschaft als Beteiligter ergebe sich daraus, dass der Gesamtbetriebsrat des Unternehmens, bei dem der Aufsichtsrat errichtet wurde bzw. zu errichten sei, zur Wahlanfechtung berechtigt sei. Außerdem obliege es dem Gesamtbetriebsrat im Wahlverfahren, die Mitglieder des Unternehmenswahlvorstandes zu bestellen und er habe das Recht, in einem Statusverfahren nach § 98 AktG die dort eröffnete Möglichkeit einer gerichtlichen Klärung herbeiführen. 27

Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts sei die durchgeführte Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat nicht nichtig. Denn die Wahl sei zutreffend nach den Bestimmungen des Mitbestimmungsgesetzes durchgeführt worden. Maßgeblich für die Bestimmung der Anzahl der regelmäßig Beschäftigten sei der Zeitpunkt der Einleitung des Wahlverfahrens. Dies zeige eine Parallele zur Betriebsratswahl, bei der es nach ständiger Rechtsprechung für die Größe des zu wählenden Betriebsrates auf die Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer bei Erlass des Wahlausschreibens ankomme. Zu jenem Zeitpunkt sei die Anzahl der maßgeblich in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer deutlich über 2000 gewesen, was zwischen den Beteiligten auch nicht im Streit sei. 28

Die Beteiligten zu 9. bis 11. schließen sich zur Frage der Beschwerdebefugnis den Ausführungen des Gesamtbetriebsrates an und tragen weiter vor: 29

Das Arbeitsgericht habe zu Unrecht auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 16.04.2008 zum Aktenzeichen 7 ABR 6/07 abgestellt. Es sei nämlich nach der Bekanntmachung der Geschäftsführung zur Wahl nach dem Mitbestimmungsgesetz vom 21.11.2018 bis eine Woche vor dem Wahltermin nicht im Streit gewesen, dass ein Aufsichtsrat nach dem Mitbestimmungsgesetz zu bilden sei. Dementsprechend habe die Beteiligte zu 4. selbst die Wahl bereits im November 2018 eingeleitet. In gleicher Weise habe die Beteiligte zu 4. den gebildeten Wahlvorständen sämtliche notwendigen Auskünfte für die Erstellung der Wählerlisten usw. gegeben. Allein die Einschätzung der Beteiligten zu 4., dass sie nach Schließung des Standortes in C nicht mehr regelmäßig über 2000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigten würde, könne nicht zur Notwendigkeit eines Wahlabbruches führen. Es habe der Beteiligten zu 4. obliegen, ein Statusverfahren nach den Regelungen der §§ 97 bzw. 98 AktG anzustrengen, was sie erst durch Bekanntmachung im Bundesanzeiger im März 2020 getan habe. Die Beteiligte zu 4. handele zudem rechtsmissbräuchlich, wenn sie im November 2018 die Wahl, wie geschehen, einleite und das Wahlverfahren laufen lasse, um sodann in die Wahlanfechtung zu gehen, ohne ein Statusverfahren nach den aktienrechtlichen Bestimmungen eingeleitet zu haben. Zum Zeitpunkt der Aufsichtsratswahl am 30. bzw. 31.07.2019 habe die Beteiligte zu 4. streitlos mehr als 2000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt, da die Schließung des Standortes C erst zum 31.08.2019 erfolgt sei. Es sei im Rahmen eines Statusverfahrens zu klären gewesen, ob die Schließung des Standortes dazu führe, dass das Mitbestimmungsgesetz auf die Beteiligte zu 4. nicht mehr anzuwenden sei. Jedenfalls sei es bei einer perspektivischen Betrachtung nicht auszuschließen gewesen, dass trotz der Schließung des Standortes C weiterhin der Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes eröffnet sei. 30

Damit sei die Wahl am 30./31.07.2019 hinsichtlich der Arbeitnehmerverechter im Aufsichtsrat nicht nichtig; im Übrigen sei sie auch nicht anfechtbar, wie bereits erstinstanzliche umfassend vorgetragen sei.	31
Der Gesamtbetriebsrat wie auch die Beteiligten zu 9., 10. und 11. beantragen,	32
den Beschluss des Arbeitsgerichts Dortmund vom 02.03.2021 – 2 BV 60/19 – abzuändern und den Antrag abzuweisen.	33
Die Beteiligte zu 4. beantragt	34
die Beschwerde zurückzuweisen.	35
Sie trägt vor:	36
Die Beschwerde des Gesamtbetriebsrates sei unzulässig, da er am Verfahren nicht zu beteiligen gewesen sei. Damit fehle es an der Beschwerdebefugnis.	37
Im Übrigen verteidigt die Beteiligte zu 4. die angegriffene Entscheidung als zutreffend und macht darüber hinaus geltend, dass sich ein Vergleich mit den Regelungen zur Betriebsratswahl verbiete, da es bei der Bildung des Aufsichtsrates um die Anwendung des zutreffenden Gesetzes gehe und das Betriebsverfassungsrecht ein Statusverfahren gerade nicht kenne. Die GmbH kenne den Aufsichtsrat als obligatorisches Organ nicht, weshalb der Gesetzgeber die Klärung durch ein Statusverfahren vorgesehen habe.	38
Im Übrigen habe sowohl die Personalplanung als auch die tatsächliche Personalstärke in den Monaten August 2020 bis Dezember 2020 gezeigt, dass die Grenze von mehr als 2000 Arbeitnehmern dauerhaft unterschritten werde (zu den Zahlen: Bl. 378 d.A.).	39
Im Übrigen wird wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten ergänzend auf die zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Terminprotokolle Bezug genommen.	40
B.	41
Die Beschwerden des Gesamtbetriebsrates und der Beteiligten zu 9. bis 11. bleiben ohne Erfolg, da die Beschwerde des Gesamtbetriebsrates unzulässig und die Beschwerde der Beteiligten zu 9. bis 11. unbegründet ist.	42
I. Die Beschwerde des Gesamtbetriebsrates war als unzulässig zu verwerfen, da ihm die für die Einlegung der Beschwerde notwendige Beschwerdebefugnis mangels Eigenschaft als Beteiligter des vorliegenden Beschlussverfahrens fehlt (vgl. hierzu: Tiedemann in: Schwab/Weth, ArbGG 6. Aufl., § 87 Rn. 16 m.w.N.).	43
1. Allerdings fehlt die Beschwerdebefugnis nicht, weil der Gesamtbetriebsrat im Sinne des § 83 a Abs. 3 ArbGG erstinstanzlich formell nicht beteiligt worden ist. Denn die Frage der Eigenschaft als Beteiligter im Beschlussverfahren richtet sich allein nach der kollektivrechtlichen Rechtsstellung, weshalb die Beteiligtenbefugnis in jeder Lage des Verfahrens, auch in der Rechtsmittelinstanz, behoben werden kann, wenn eine Beteiligung zu Unrecht in der Vorinstanz unterblieben ist (zuletzt: BAG, Beschluss v. 28.04.2021, 7 ABR 20/20).	44
2. Der Gesamtbetriebsrat war und ist gemäß § 83 Abs. 3 ArbGG am Verfahren nicht zu beteiligen, da das Verfahren, gerichtet auf Feststellung der Nichtigkeit der Wahl bzw. auf	45

Erklärung der Unwirksamkeit der Wahl der Vertreter der Arbeitnehmer zum Aufsichtsrat, ihn im Sinne des § 83 Abs. 3 ArbGG nicht in seiner kollektivrechtlichen Rechtsstellung unmittelbar betrifft (so ausdrücklich: BAG, Urteil v. 27.01.1993, 7 ABR 37/92 und v. 16.04.2008, 7 ABR 6/07 Rn. 10).

a) Soweit in der Literatur (Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht 4. Aufl., § 22 MitbestG Rn. 8) beschrieben ist, dass grundsätzlich alle Anfechtungsberechtigten am Verfahren zu beteiligen sind, folgt die Beschwerdekammer dem nicht. Denn allein aus dem Umstand, dass dem Gesamtbetriebsrat gemäß § 22 Abs. 2 MitbestG die Anfechtungsberechtigung zusteht, folgt nicht, dass er in einem Verfahren, in dem er selbst nicht Antragsteller im Sinne des § 83 Abs. 3 ArbGG ist, in seiner kollektivrechtlichen Rechtsstellung berührt ist. Würde man allein die Anfechtungsberechtigung ausreichen lassen, so würden stets sämtliche wahlberechtigten Arbeitnehmer des Unternehmens zu Beteiligten, da insoweit auch mindestens drei solcher Arbeitnehmer gemäß § 22 Abs. 2 Satz 1 Ziffer. MitbestG anfechtungsberechtigt sind. 46

b) Die Rechtsstellung des Gesamtbetriebsrates wird auch nicht dadurch berührt, dass er im Verfahren nach § 98 Abs. 2 AktG in Verbindung mit § 27 EGAktG im Statusverfahren antragsberechtigt ist. Diese Antragsberechtigung ist sowohl prozessrechtlich als auch materiellrechtlich von der Beteiligung im vorliegenden Beschlussverfahren im Sinne des § 83 Abs. 3 ArbGG unabhängig, wie auch das beim Landgericht Nürnberg-Fürth vom Gesamtbetriebsrat angestrebte Statusverfahren zeigt. 47

Mangels Beteiligteigenschaft des Gesamtbetriebsrates war daher gemäß § 89 Abs. 3 Satz 1 ArbGG die Beschwerde des Gesamtbetriebsrates als unzulässig zu verwerfen. 48

II. Die Beschwerde der Beteiligten zu 9. bis 11. ist zulässig, aber nicht begründet. 49

1. Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere statthaft gemäß § 87 Abs. 1 ArbGG und form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden gemäß § 87 Abs. 2 i.V.m. §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 520 ZPO. 50

Die Beteiligten zu 9. und 10. waren als von der Gewerkschaft entsandte Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat zu beteiligen, die Beteiligte zu 11. als die Gewerkschaft, die entsandt hat (BAG, Beschluss v. 17.05.2017, 7 ABR 22/15 Rn. 17 ff.). 51

2. Die Beschwerde der Beteiligten zu 9. bis 11. ist nicht begründet, da das Arbeitsgericht die Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat bei der Beteiligten zu 4. vom 30./31.07.2019 zutreffend als nichtig erachtet hat. 52

a) Der Antrag der Beteiligten zu 1. bis 4., in der Hauptsache gerichtet auf Feststellung der Nichtigkeit der Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat, ist zulässig. 53

aa) Die Antragsteller verfolgen ihr Begehren zu Recht im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren, da die Arbeitsgerichte Streitigkeiten über die Ordnungsmäßigkeit der Wahl der Arbeitnehmervertreter im Beschlussverfahren gemäß § 2 a Abs. 1 Nr. 3 ArbGG entscheiden (Annuß, MünchKomm zum AktG 5. Aufl., § 6 MitbestG Rn. 8 m.w.N.). 54

bb) Die Beteiligten zu 1. bis 4. sind gemäß § 22 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 MitbestG Anfechtungsberechtigte, die Beteiligte zu 4. als das betroffene Unternehmen. 55

cc) Die Anfechtungsfrist ist gewahrt, da der Anfechtungsschriftsatz beim Arbeitsgericht Dortmund am 28.08.2019, damit vier Wochen nach der Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat, eingegangen ist und eine Veröffentlichung im Bundesanzeiger bis zu diesem 56

Zeitpunkt streitlos nicht erfolgt war.

dd) Der Hauptantrag der Beteiligten zu 1. bis 4. ist als Feststellungsantrag zulässig. Ihnen steht das auch im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren zu prüfende Feststellungsinteresse des § 256 ZPO zur Seite. Denn die begehrte Nichtigkeitsfeststellung betrifft die alsbaldige Feststellung eines Rechtsverhältnisses, nämlich zwischen dem Unternehmen, der Beteiligten zu 4., ihren gesetzlichen Vertretern und den ansonsten im Verfahren zu Recht Beteiligten. 57

b) Der Nichtigkeitsfeststellungsantrag der Beteiligten zu 1. bis 4. ist auch begründet, da sich die Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat bei der Beteiligten zu 4. vom 30./31.07.2019 als nichtig erweist. 58

aa) Allerdings sind die Voraussetzungen für die Nichtigkeit der Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat weder im MitbestG noch im DrittelbG geregelt noch Gegenstand der – hier anwendbaren – Zweiten Wahlordnung zum Mitbestimmungsgesetz. Jedoch ist sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur zu Recht anerkannt, dass sich eine Wahl, die erst gar nicht hätte stattfinden dürfen und somit keinerlei Rechtswirkungen entfalten kann, über die bloße Anfechtbarkeit hinaus als nichtig erweisen kann (BAG, 7 ABR 6/07 aaO; Noack/Servatius/ Haas, GmbHG, 23. Aufl., § 52 Rn. 14, 15; Schnorbus in Rowedder/Schmidt/Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 52 Rn. 50; Henssler/Michel, SAE 2009, S. 134; Lembke/Fesenmeyer, jurisPR-ArbR 47/2008, jeweils alle m.w.z.N.). 59

bb) Nach diesem Maßstab hätte die Aufsichtsratswahl für die Arbeitnehmervertreter bei der Beteiligten zu 4. am 30./31.07.2019 nicht stattfinden dürfen. 60

(1) Die Beschwerdekammer lässt offen, ob in jedem Falle einer erstmaligen Aufsichtsratswahl das Statusverfahren gemäß § 27 EGActG in Verbindung mit § 97, 98 AktG durchzuführen ist, und zwar selbst dann, wenn die grundlegenden Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Drittelbeteiligungsgesetzes oder des Mitbestimmungsgesetzes nicht im Streit liegen (im Ergebnis wohl: BAG, 7 ABR 6/07 aaO; Henssler/Michel aaO; Lembke/Fesenmeyer aaO; Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., § 52 GmbHG Rn. 25, jeweils m.w.N.). 61

(2) Denn bei der Wahl am 30./31.07.2019, bei der die Bestimmungen des §§ 97, 98 AktG entweder gemäß § 6 Abs. 2 MitbestG oder gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG direkt anwendbar waren (vgl. MünchKomm zum GmbHG/Spindler, § 52 Rn. 67), war im Sinne des § 98 Abs. 1 AktG streitig oder ungewiss, nach welchen gesetzlichen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammenzusetzen ist. 62

(3) Dabei kam es nicht darauf an, dass dieser Streit letztlich während des Wahlverfahrens nach unternehmerischer Entscheidung zur Schließung des Standortes C und des damit einhergehenden Personalabbaus entstanden ist. 63

(a) Es mag sein, dass ein Streit über die Anzahl der für die Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat maßgeblichen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Mitteilung der damaligen Geschäftsführung der Beteiligten zu 4. am 21.11.2018 und bei Beginn der Wahl im Januar 2019 (noch) nicht bestanden hat. Allerdings kann es weder darauf ankommen, dass seitens der Beteiligten zu 4. zu jenem Zeitpunkt eine Wahl nach dem MitbestG bekannt gemacht wurde noch darauf, dass zum Zeitpunkt des Wahlausschreibens im Januar 2019 die Arbeitnehmerzahl von über 2000 (noch) erreicht wurde. 64

(aa) Denn es geht bei der Bildung des Aufsichtsrates der mitbestimmten GmbH nicht allein um die Größe und damit die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder. Vielmehr geht es um die Anwendung des für die Bildung des Aufsichtsrates maßgeblichen Gesetzes, namentlich entweder des DrittelbG oder aber des MitbestG mit der Folge, dass bei der Beteiligten zu 4. entweder gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MitbestG ein jedenfalls formell paritätischer Aufsichtsrat oder nach § 4 Abs. 1 DrittelbG ein Aufsichtsrat mit einem Drittel Arbeitnehmervertreter gebildet wird. Die objektive Rechtsanwendung liegt allerdings weder in den Händen der Geschäftsführung über ihre Bekanntmachung noch in den Händen des Unternehmenswahlvorstandes, der die Wahl nach dem Mitbestimmungsgesetz eingeleitet hat. Für diese Fälle hat der Gesetzgeber in § 6 Abs. 2 in Verbindung mit §§ 98 ff. AktG das Statusverfahren vorbehalten; eine Inzidenzentscheidung im Arbeitsgerichtsverfahren kommt insoweit in Betracht (ausdrücklich: Annuß, MünchKomm zum AktG aaO, § 6 MitbestG Nr. 7).

(bb) Soweit die Beschwerde unter Bezugnahme der erstinstanzlichen Beschlussgründe darauf verweist, dass es bei Betriebsratswahlen nach den Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes für die Größe des zu wählenden Betriebsrates grundsätzlich auf die Belegschaftsstärke zum Zeitpunkt des Wahlausschreibens ankomme und dass auf die Wahlen der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat übertragen werden will mit dem Verweis, der Unternehmer könne nach Wahl und Konstituierung des Aufsichtsrates das Verfahren nach §§ 97, 98 AktG einleiten, folgt die Beschwerdekammer dem nicht. Denn bei der Wahl zum Betriebsrat geht es nicht um die Frage der Zusammensetzung des Betriebsrates nach Interessenvertretern, sondern allein um die Größe des Gremiums, das – unabhängig von der Größe – die gesetzlich zugewiesenen Beteiligungsrechte wahrzunehmen hat. 66

(cc) Zudem hat der Gesetzgeber im Betriebsverfassungsgesetz ein Statusverfahren, wie es in § 27 EGAktG in Verbindung mit §§ 97, 98 AktG für die GmbH vorgesehen ist, nicht eingerichtet. Bei der Feststellung des Status im Sinne des § 98 AktG, ob nämlich der Aufsichtsrat nach den Regeln des MitbestG oder des DrittelbG zu bilden ist, geht es nicht allein um die Größe des Aufsichtsrates, sondern (s.o. II.2.b) bb) (3) (a) (bb)) um dessen Zusammensetzung, die angesichts der gesetzlich zugewiesenen Aufgaben des Aufsichtsrates für das Unternehmen eine entscheidende Bedeutung hat. (b) Nach alledem verbleibt es dabei, dass jedenfalls bei Entstehung des Streites oder einer Ungewissheit über die Rechtsgrundlage der Bildung des Aufsichtsrates noch während des Wahlverfahrens zunächst das Statusverfahren nach §§ 97, 98 AktG hätte durchgeführt werden müssen. 67

(c) Ob in einer solchen Konstellation die Wahl lediglich zu unterbrechen oder abubrechen ist, bedurfte keiner Entscheidung. Jedenfalls entbehrte die zu Ende gebrachte Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bei der Beteiligten zu 4. nach den Bestimmungen des Mitbestimmungsgesetzes der notwendigen Grundlage mit der Folge der Nichtigkeit der Wahl, wie das Bundesarbeitsgericht im Beschluss vom 16.04.2018 aaO zutreffend entschieden hat. 68

bb) Der Einwand des Rechtsmissbrauchs spielt im Verfahren gerichtet auf Feststellung der Nichtigkeit der Wahl der Arbeitnehmer zum Aufsichtsrat keine Rolle. Die Zusammensetzung des Aufsichtsrates wirkt nämlich nicht lediglich inter partes. Sie kann damit allein objektiven Gesichtspunkten folgen. 69

c) Auch im Beschwerdeverfahren ist der hilfsweise gestellte Antrag auf Erklärung der Wahl als unwirksam (Anfechtungsantrag) nicht zur Entscheidung angefallen. 70

III. Unter anderem wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache war die Rechtsbeschwerde zum Bundesarbeitsgericht zuzulassen. 71

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen diesen Beschluss kann von dem Gesamtbetriebsrat und den Beteiligten zu 9. bis 11.	73			
RECHTSBESCHWERDE	74			
eingelegt werden.	75			
Für die weiteren Beteiligten ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.	76			
Die Rechtsbeschwerde muss	77			
<u>innerhalb einer Notfrist* von einem Monat</u>	78			
nach der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses schriftlich oder in elektronischer Form beim	79			
Bundesarbeitsgericht	80			
Hugo-Preuß-Platz 1	81			
99084 Erfurt	82			
Fax: 0361 2636-2000	83			
eingelegt werden.	84			
Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.	85			
Die Rechtsbeschwerdeschrift muss von einem Bevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Bevollmächtigte sind nur zugelassen:	86			
<ul style="list-style-type: none">• 1. Rechtsanwälte,	88	89	90	
In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Rechtsbeschwerdeschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.	91			
Beteiligte, die als Bevollmächtigte zugelassen sind, können sich selbst vertreten.	92			
Die elektronische Form wird durch ein elektronisches Dokument gewahrt. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten	93			

elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 46c ArbGG nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (ERVV) v. 24. November 2017 in der jeweils geltenden Fassung eingereicht werden. Nähere Hinweise zum elektronischen Rechtsverkehr finden Sie auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts www.bundesarbeitsgericht.de.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

94