

Bundesarbeitsgericht
Siebter Senat

Beschluss vom 17. Mai 2017
- 7 ABR 22/15 -
ECLI:DE:BAG:2017:170517.B.7ABR22.15.0

I. Arbeitsgericht Köln

Beschluss vom 30. Oktober 2013
- 13 BV 103/13 -

II. Landesarbeitsgericht Köln

Beschluss vom 20. April 2015
- 5 TaBV 6/14 -

Entscheidungsstichworte:

Wahlanfechtung - Aufsichtsrat - Arbeitnehmervertreter

Leitsatz:

Erfolgt die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat durch Delegierte, hat der Hauptwahlvorstand jedem Delegierten spätestens zwei Wochen vor dem Tag der Delegiertenversammlung Ort, Tag und Zeit ihrer Durchführung sowie der öffentlichen Stimmauszählung mitzuteilen. Eine zusätzliche Bekanntgabe von Ort, Tag und Zeit der Stimmauszählung an alle Arbeitnehmer des Unternehmens oder Konzerns ist bei der Wahl durch Delegierte nicht erforderlich. Die hohe Bedeutung der öffentlichen Stimmauszählung für eine demokratische Wahl gebietet es nicht, bei der Wahl durch Delegierte sämtlichen Arbeitnehmern des Unternehmens oder Konzerns ein Anwesenheitsrecht bei der Stimmauszählung zu ermöglichen.

BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 22/15
5 TaBV 6/14
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
17. Mai 2017

BESCHLUSS

Wirth, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.
Antragstellerin,
2.
Antragstellerin,
3.
Antragsteller,
4.
Antragsteller,
5.
Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,
6.
Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

7.

Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

8.

Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

9.

Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

10.

Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

11.

Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

12.

Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

13.

14.

15.

16.

Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

17.

Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

18.

Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

19.

Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

20.

Rechtsbeschwerdeführerin,

21.

22.

Rechtsbeschwerdeführer,

23.

Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

24.

25.

26.

27.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 17. Mai 2017 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Rennpferdt sowie die ehrenamtliche Richterin Schuh und den ehrenamtlichen Richter Meißner für Recht erkannt:

Auf die Rechtsbeschwerden der Beteiligten zu 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12., 18., 19., 20., 22. und 23. wird der Beschluss des Landesarbeitsgerichts Köln vom 20. April 2015 - 5 TaBV 6/14 - aufgehoben.

Das Verfahren wird hinsichtlich der Beteiligten zu 13., 16. und 17. eingestellt.

Auf die Beschwerden der Beteiligten zu 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12., 18., 19., 22. und 23. wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Köln vom 30. Oktober 2013 - 13 BV 103/13 - abgeändert.

Der Antrag wird abgewiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit der Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Beteiligten zu 5. 1

Die Beteiligte zu 5. ist eine Aktiengesellschaft. In dem Konzern, der aus zahlreichen Gesellschaften besteht, werden in Deutschland insgesamt ca. 65.000 Arbeitnehmer beschäftigt. Dem bei der Beteiligten zu 5. gebildeten, zu 25. beteiligten Aufsichtsrat gehören zehn Vertreter der Arbeitnehmer an. Am 9. März 2013 fand die regelmäßige Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sowie deren Ersatzmitglieder statt. Die Wahl erfolgte durch Delegierte. Vor der Wahl hatte der Hauptwahlvorstand gemäß § 77 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 der Dritten Wahlordnung zum Mitbestimmungsgesetz in der Fassung vom 10. Oktober 2005 (3. WO MitbestG) die Delegierten über Ort, Tag und Zeit der Delegiertenversammlung sowie der öffentlichen Stimmauszählung informiert, nicht aber sämtliche im Konzern beschäftigten Arbeitnehmer. Die Stimmen wurden am Tag der Wahl ausgezählt. Das Wahlergebnis wurde am 15. März 2013 im Bundesanzeiger veröffentlicht. 2

Mit Schriftsatz vom 2. April 2013, der an diesem Tag beim Arbeitsgericht eingegangen ist, haben die zu 1. bis 4. beteiligten Arbeitnehmer die Unwirksamkeit der Wahl geltend gemacht. Der Beteiligten zu 5. wurde die Antragschrift am 11. April 2013 zugestellt. Der Antragschrift, in der weitere Beteiligte nicht bezeichnet sind, war eine Kopie der Veröffentlichung im Bundesanzeiger beigelegt, in der die gewählten Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer und deren Ersatzmitglieder aufgeführt sind. Das Arbeitsgericht stellte deren Beteiligung fest. Es handelt sich um die Beteiligten zu 6. bis 24. Die Antragschrift und die sonstigen Schriftsätze sowie der erstinstanzliche Beschluss wurden ihnen teilweise erst im Beschwerdeverfahren zugestellt. 3

Die Antragsteller haben die Auffassung vertreten, die Anfechtung sei fristgerecht erfolgt. Für die Einhaltung der Anfechtungsfrist des § 22 Abs. 2 MitbestG sei der Eingang der Anfechtungsschrift bei Gericht maßgeblich. Auf die Zustellung der Antragschrift bei den Beteiligten, die von Amts wegen vorzunehmen sei, komme es zur Fristwahrung nicht an; sie müsse daher nicht nach § 167 ZPO „demnächst“ erfolgen. 4

Die Wahl sei unwirksam, da gegen das Gebot der öffentlichen Stimmauszählung verstoßen worden sei. Es sei nicht ausreichend gewesen, die Delegierten über Ort, Tag und Zeit der öffentlichen Stimmauszählung zu unterrichten. Vielmehr hätte eine entsprechende Mitteilung an alle „Wahlunterworfenen“ ergehen müssen. Die herzustellende Öffentlichkeit bestehe aus den im Konzern beschäftigten Arbeitnehmern und den zur Wahlanfechtung Berechtigten. Die öffentliche Stimmauszählung sei eine unverzichtbare Voraussetzung für eine demokratische Wahl. Eine Einschränkung der „Öffentlichkeit“ könne nur durch Gesetz und nicht durch eine Wahlordnung erfolgen. Es seien aber nur Personen mit einer entsprechenden ID-Card zur Stimmauszählung zugelassen worden. Auch einem hauptamtlichen Vertreter der Vgewerkschaft (v) sei der Zutritt verwehrt worden. 5

Ein weiterer Verstoß gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlverfahren bestehe darin, dass die Stimmauszählung nicht „unverzüglich“ erfolgt sei. Die Auszählung habe erst 20 Minuten nach dem Ende der Stimmabgabe begonnen. Außerdem sei es nicht möglich gewesen, dem Hauptwahlvorstand bei der Stimmauszählung „über die Schulter zu blicken“. Die Wahlzettel seien nicht einsehbar gewesen, weil der Tisch, an dem der Hauptwahlvorstand die Stimmen ausgezählt habe, durch ein Band abgesperrt worden sei. Es habe daher nicht nachvollzogen werden können, aus welchen Gründen elf Stimmen für ungültig erklärt worden seien. Erklärungen hierzu habe der Hauptwahlvorstand nicht gegeben. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Ungültigkeit dieser Stimmen das Wahlergebnis beeinflusst habe.

6

Die Beteiligten zu 1. bis 4. haben beantragt,

7

1. die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer der D AG vom 9. März 2013 für unwirksam zu erklären;
2. hilfsweise festzustellen, dass die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer der D AG vom 9. März 2013 rechtsunwirksam ist.

Die Beteiligten zu 5. bis 12., 16. bis 20., 22. und 23. haben beantragt, die Anträge abzuweisen. Sie haben die Auffassung vertreten, die zweiwöchige Anfechtungsfrist des § 22 Abs. 2 MitbestG sei nicht gewahrt. Die Zustellung der Antragschrift an die erst im Laufe des Verfahrens Beteiligten sei nicht „demnächst“ iSv. § 167 ZPO erfolgt. Die verzögerte Zustellung hätten die Antragsteller zu verantworten, da sie ihren Mitwirkungspflichten trotz mehrfacher Aufforderung durch das Arbeitsgericht nicht in der gebotenen Weise nachgekommen seien.

8

Die Wahl sei im Übrigen ordnungsgemäß durchgeführt worden. Die Stimmen seien öffentlich ausgezählt worden. Anders als bei der unmittelbaren Wahl seien nur die Delegierten über Ort, Tag und Zeit der öffentlichen Stimmauszählung zu unterrichten. Die Wahl leide auch nicht an sonstigen Mängeln.

9

Das Arbeitsgericht hat dem Hauptantrag stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerden der Beteiligten zu 5. bis 12., zu 16. bis 20. sowie der Beteiligten zu 22. und 23. zurückgewiesen. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgen die Beteiligten zu 5. bis 12., 18. bis 20., 22. und 23. weiterhin das Ziel, die Anträge abzuweisen. Die Antragsteller beantragen die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde. 10

Der Senat hat den Aufsichtsrat, die Vgewerkschaft (v) und die C an dem Verfahren beteiligt. Sie sind die Beteiligten zu 25. bis 27. Die Beteiligte zu 26. hat sich den Anträgen der Beteiligten zu 5. bis 12., 18. bis 20., 22. und 23. angeschlossen. 11

Die zu 1. und zu 3. beteiligten Antragsteller sind nach Abschluss der Beschwerdeinstanz aus ihren Arbeitsverhältnissen ausgeschieden. Die Beteiligten zu 13., 16. und 17. sind aus dem Aufsichtsrat ausgeschieden. Die Antragsteller sowie die Beteiligten zu 5. bis 12., 18. bis 20., 22., 23., 26. und 27. haben das Verfahren hinsichtlich der Beteiligten zu 13., 16. und 17. für erledigt erklärt. 12

B. Die Rechtsbeschwerden der Beteiligten zu 5. bis 12., 18. bis 20., 22. und 23. haben Erfolg. 13

I. Das Verfahren ist einzustellen, soweit die Wahl der inzwischen aus dem Aufsichtsrat ausgeschiedenen Beteiligten zu 13., 16. und 17. angefochten wurde. Die Antragsteller sowie die Beteiligten zu 5. bis 12., 18. bis 20., 22., 23., 26. und 27. haben insoweit Erledigungserklärungen abgegeben, nicht jedoch die Beteiligten zu 14., 15., 21., 24. und 25. Stimmen nicht sämtliche Beteiligte der Erledigterklärung der Antragsteller zu, ist - anders als bei der Erledigungserklärung durch alle Beteiligten nach § 83a Abs. 2 ArbGG iVm. § 90 Abs. 2 ArbGG - inhaltlich darüber zu entscheiden, ob ein erledigendes Ereignis eingetreten ist. Diese Entscheidung ist unter Beteiligung der ehrenamtlichen Richter nach § 96 ArbGG zu treffen (*BAG 23. Januar 2008 - 1 ABR 64/06 - Rn. 9, BAGE 125, 300*). Der Streit um die Wirksamkeit der Wahl der Beteiligten zu 13., 16. und 17. zu Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat vom 9. März 2013 hat sich aufgrund ihres Ausscheidens aus dem Aufsichtsrat erledigt. 14

- II. Die Vorinstanzen haben dem Wahlanfechtungsantrag im Übrigen zu Unrecht stattgegeben. 15
1. Das Begehren der Antragsteller ist ausschließlich als Anfechtung der am 9. März 2013 erfolgten Wahl der Arbeitnehmervertreter und deren Ersatzmitglieder in dem bei dem zu 5. beteiligten Unternehmen bestehenden Aufsichtsrat zu verstehen. Der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag hat keine weitergehende Bedeutung, wie die Antragsteller im Rahmen der Anhörung vor dem Senat klargestellt haben. 16
2. Die Vorinstanzen haben zu Recht neben den Antragstellern und dem zu 5. beteiligten Unternehmen die gewählten Arbeitnehmervertreter und deren Ersatzmitglieder am vorliegenden Verfahren beteiligt. Zu Unrecht ist jedoch eine Beteiligung des Aufsichtsrats und derjenigen Gewerkschaften unterblieben, auf deren Vorschlag Aufsichtsratsmitglieder oder Ersatzmitglieder gewählt wurden, die sich noch im Amt befinden. Dies hat der Senat in der Rechtsbeschwerde nachgeholt. 17
- a) § 83 Abs. 3 ArbGG regelt nicht selbst, wer Beteiligter eines Beschlussverfahrens 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 betriebsverfassungsrechtlichen, personalvertretungsrechtlichen oder mitbestimmungsrechtlichen 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 Rechtsbeschwerdeinstanz dadurch behoben werden, dass die betreffende Person künftig am Verfahren beteiligt wird (*BAG 23. Juli 2014 - 7 ABR 23/12 - Rn. 13*). 18

- b) Danach sind die gewählten Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat am vorliegenden Verfahren beteiligt, weil ihre Wahl angefochten ist und sie durch die Anfechtung unmittelbar in ihrer mitbestimmungsrechtlichen Rechtsstellung betroffen werden. Erweist sich ihre Wahl als unwirksam, verlieren sie ihr durch die Wahl erworbenes Aufsichtsratsmandat (*BAG 12. Februar 1985 - 1 ABR 11/84 - zu B I 1 der Gründe, BAGE 48, 96*). In ihrer mitbestimmungsrechtlich geschützten Rechtsposition betroffen sind auch die Ersatzmitglieder, die nach § 17 Abs. 2 MitbestG zusammen mit dem jeweiligen Aufsichtsratsmitglied gewählt wurden, für das sie bei dessen Ausscheiden aus dem Aufsichtsrat in das Amt nachrücken. 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 (*vgl. WKS/Wißmann 5. Aufl. § 22 Rn. 60; aA GMP/Matthes/Spinner 8. Aufl. § 83 Rn. 70*). Nicht am Verfahren beteiligt ist dagegen der durch Beschluss des Amtsgerichts Köln vom 30. April 2015 nach § 104 AktG zum Mitglied des Aufsichtsrats bestellte Arbeitnehmervertreter, da er nicht gewählt wurde und er deshalb von der Entscheidung des vorliegenden Wahlanfechtungsverfahrens nicht betroffen wird. 19
- c) Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht die Beteiligung des Aufsichtsrats und derjenigen Gewerkschaften unterlassen, auf deren Vorschlag Aufsichtsratsmitglieder oder Ersatzmitglieder gewählt wurden, deren Wahl angefochten wurde und die ihre Funktionen noch innehaben. 20
- aa) Der Aufsichtsrat ist stets an dem Verfahren beteiligt (*BAG 27. Januar 1993 - 7 ABR 37/92 - zu B II 2 der Gründe, BAGE 72, 161 zur Anfechtung einer Wahl nach dem BetrVG 1952; Henssler in Ulmer/Habersack/Henssler Mitbestimmungsrecht 3. Aufl. § 22 MitbestG Rn. 8; GMP/Matthes/Spinner 8. Aufl. § 83 Rn. 71; WKS/Wißmann 5. Aufl. § 22 Rn. 59; aA BAG 12. Februar 1985 - 1 ABR 11/84 - zu B II 1 a der Gründe, BAGE 48, 96*). Zwar hängt der Bestand des Aufsichtsrats nicht von dem Ausgang des Verfahrens ab. Der Aufsichtsrat bleibt unabhängig vom Erfolg der Anfechtung der Wahl der Arbeitneh-

mervertreter und der für sie gewählten Ersatzmitglieder mit allen Befugnissen im Amt. Wird die Wahl der Arbeitnehmersvertreter und der Ersatzmitglieder erfolgreich angefochten, kommt es zur Nachwahl nach dem gesetzlich vorgesehenen Verfahren. Anders als bei einer Betriebsratswahl kann somit kein mitbestimmungsfreier Zustand entstehen, sondern allenfalls eine zeitlich begrenzte Ersatzbestellung der Arbeitnehmersvertreter nach § 104 Abs. 2 und Abs. 3 AktG erforderlich werden (*BAG 4. November 2015 - 7 ABR 42/13 - Rn. 21, BAGE 153, 171*). Dennoch ist der Aufsichtsrat in seiner Rechtsstellung stets 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. Dies wird besonders im vorliegenden Verfahren deutlich. Eine erfolgreiche Anfechtung hätte das Ausscheiden von nahezu der Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats einschließlich der Ersatzmitglieder zur Folge.

bb) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts sind auch die Gewerkschaften am Verfahren beteiligt, auf deren Vorschlag nach § 16 Abs. 2 MitbestG ein Vertreter der Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat gewählt und dessen Wahl angefochten wurde (*vgl. Henssler aaO § 22 MitbestG Rn. 8; WKS/Wißmann 5. Aufl. § 22 Rn. 61*). Auch sie werden von dem Wahlanfechtungsverfahren in ihrer Rechtsstellung unmittelbar betroffen, da der von ihnen vorgeschlagene Arbeitnehmersvertreter ggf. sein Mandat verliert. Etwas Anderes folgt nicht aus der Entscheidung des Senats zur Drittelbeteiligung nach dem BetrVG 1952 (*BAG 27. Januar 1993 - 7 ABR 37/92 - zu B II 1 c der Gründe, BAGE 72, 161*), nach der eine Beteiligung von Gewerkschaften verneint wurde. Bei der Drittelbeteiligung nach dem BetrVG 1952 war das nunmehr in § 16 Abs. 2 MitbestG geregelte Vorschlagsrecht der Gewerkschaften nicht vorgesehen. Der Senat hat daher seinerzeit die Frage der Beteiligung der Gewerkschaften nach dem MitbestG 1976 ausdrücklich offengelassen. Scheiden die auf Vorschlag der Gewerkschaft gewählten Arbeitnehmersvertreter während des Wahlanfechtungsverfahrens aus dem Aufsichtsrat aus, entfällt allerdings die unmittelbare

22

mitbestimmungsrechtliche Betroffenheit der Gewerkschaft mit der Folge, dass sie nicht länger am Verfahren beteiligt ist.

cc) Danach hat der Senat mit Beschluss vom 25. April 2017 die Beteiligung des Aufsichtsrats und der Gewerkschaften v und C festgestellt. Die auf Vorschlag von v und der C gewählten, zu 10. und 18. beteiligten Arbeitnehmervertreter sind nach wie vor Mitglieder des Aufsichtsrats. Nicht am Verfahren beteiligt ist die Gewerkschaft U. Auf deren Vorschlag wurde nur der Beteiligte zu 13. ohne Ersatzmitglied als Arbeitnehmervertreter gewählt. Nachdem der Beteiligte zu 13. aus dem Aufsichtsrat ausgeschieden ist, ist die Gewerkschaft U nicht mehr von dem vorliegenden Verfahren betroffen. Das für den Beteiligten zu 13. gerichtlich bestellte Aufsichtsratsmitglied wurde nicht gewählt. 23

3. Das Landesarbeitsgericht hat die Wahl zu Unrecht für unwirksam erklärt. Die Wahlanfechtung ist zwar zulässig, jedoch unbegründet. 24

a) Die Anfechtung der Wahl durch die Antragsteller ist zulässig. Dem steht nicht entgegen, dass zwei der vier Antragsteller nach Abschluss der Beschwerdeinstanz aus ihren Arbeitsverhältnissen ausgeschieden und somit nicht mehr wahlberechtigt sind. Die Antragsteller haben die Wahl auch rechtzeitig gemäß § 22 Abs. 2 Satz 2 MitbestG angefochten. 25

aa) Die Wahlanfechtung scheitert nicht daran, dass zwei Antragsteller nach der Wahl aus ihren Arbeitsverhältnissen ausgeschieden sind und damit ihre Wahlberechtigung verloren haben. 26

(1) Nach § 22 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 MitbestG sind mindestens drei wahlberechtigte Arbeitnehmer des Unternehmens zur Anfechtung der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer berechtigt. Die Wahlberechtigung muss grundsätzlich nur zum Zeitpunkt der Wahl gegeben sein. Ein Wegfall der Wahlberechtigung durch späteres Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis nimmt dem Arbeitnehmer die Anfechtungsberechtigung nicht. Nur wenn sämtliche die Wahl anfechtenden Arbeitnehmer aus ihren Arbeitsverhältnissen ausscheiden, führt dies zur Unzulässigkeit des Antrags, da in diesem Fall für die Fortführung des Wahlanfechtungsverfahrens kein Rechtsschutzbedürfnis mehr besteht (st. 27

Rspr. zur Anfechtung von Betriebsratswahlen, vgl. etwa BAG 23. Juli 2014 - 7 ABR 23/12 - Rn. 31 mwN).

(2) Danach hindert das Ausscheiden von zwei der vier Antragsteller aus ihren Arbeitsverhältnissen nach der Wahl die Wahlanfechtung nicht. Zum Zeitpunkt der Wahl waren alle vier Antragsteller wahlberechtigt. Nach der Anfechtung der Wahl ist lediglich die Wahlberechtigung der Beteiligten zu 1. und zu 3. mit dem Ausscheiden aus ihren Arbeitsverhältnissen entfallen. Die Antragsteller zu 2. und zu 4. sind weiterhin wahlberechtigte Arbeitnehmer. Daher ist das Rechtsschutzbedürfnis für die Wahlanfechtung nach wie vor gegeben. 28

bb) Die Antragsteller haben die Wahl rechtzeitig innerhalb der zweiwöchigen Antragsfrist des § 22 Abs. 2 Satz 2 MitbestG angefochten. 29

(1) Nach § 22 Abs. 2 Satz 2 MitbestG ist die Anfechtung nur binnen einer Frist von zwei Wochen, vom Tage der Veröffentlichung des Wahlergebnisses im Bundesanzeiger an gerechnet, zulässig. Innerhalb der Frist muss mindestens ein nach § 22 Abs. 1 MitbestG erheblicher Anfechtungsgrund geltend gemacht werden. Der Grund muss geeignet sein, Zweifel an der nach den mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften zu beurteilenden Ordnungsmäßigkeit der durchgeführten Wahl zu begründen (*Henssler aaO § 21 MitbestG Rn. 5; WKS/Wißmann 5. Aufl. § 22 Rn. 53; vgl. zur Anfechtung einer Betriebsratswahl: BAG 21. März 2017 - 7 ABR 19/15 - Rn. 20; 24. Mai 1965 - 1 ABR 1/65 - zu B II 2 der Gründe, BAGE 17, 165*). Die zweiwöchige Anfechtungsfrist des § 22 Abs. 2 Satz 2 MitbestG beginnt nach § 187 Abs. 1 BGB mit dem auf die Veröffentlichung des Wahlergebnisses im Bundesanzeiger folgenden Tag. Ist der letzte Tag der Frist ein Sonnabend, Sonntag oder gesetzlicher Feiertag, so tritt an dessen Stelle nach § 193 BGB der folgende Werktag. Der Anfechtungsantrag muss spätestens am letzten Tag der Frist beim Arbeitsgericht eingehen. 30

(2) Zur Wahrung der zweiwöchigen Anfechtungsfrist kommt es nicht darauf an, ob der Wahlanfechtungsantrag den übrigen Verfahrensbeteiligten innerhalb der Anfechtungsfrist oder „demnächst“ iSv. § 167 ZPO zugestellt wurde. Maß- 31

geblich ist vielmehr der Eingang des Wahlanfechtungsantrags beim Arbeitsgericht.

(a) Das Bundesarbeitsgericht hat zwar verschiedentlich § 167 ZPO bzw. die inhaltsgleiche Vorgängervorschrift des § 270 Abs. 3 ZPO aF im Wahlanfechtungsverfahren angewendet (*vgl. BAG 23. November 2016 - 7 ABR 3/15 - Rn. 28; 13. März 2013 - 7 ABR 67/11 - Rn. 9; 24. September 1981 - 6 ABR 7/81 - BAGE 36, 363; 25. Juni 1974 - 1 ABR 68/73 -; 29. März 1974 - 1 ABR 27/73 - BAGE 26, 107; 24. Mai 1965 - 1 ABR 1/65 - BAGE 17, 165*). Dabei hatte es allerdings über keinen Fall zu befinden, in dem die Voraussetzungen einer iSv. § 167 ZPO „demnächst“ erfolgten Antragszustellung nicht erfüllt gewesen wären. In der Ausgangsentscheidung vom 24. Mai 1965 (- 1 ABR 1/65 - aaO) neigte das Bundesarbeitsgericht der Auffassung zu, dass es auf die Zustellung des Antrags nicht entscheidungserheblich ankomme, konnte diese Rechtsfrage aber ausdrücklich offenlassen. 32

(b) Der Senat hält jedoch nach erneuter Überprüfung an dieser Rechtsprechung nicht fest. Die Fristwahrung hängt nicht von der Zustellung der Antragschrift, sondern von deren Eingang beim Arbeitsgericht ab (*Henssler aaO § 21 MitbestG Rn. 15; WKS/Wißmann 5. Aufl. § 22 Rn. 52*). 33

(aa) Dies ist bereits dem Wortlaut von § 22 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG zu entnehmen. Nach § 22 Abs. 1 MitbestG kann die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds der Arbeitnehmer oder eines Ersatzmitglieds von den in Abs. 2 Nr. 1 bis 7 genannten Personen und Stellen beim Arbeitsgericht angefochten werden. § 22 Abs. 2 MitbestG sieht vor, dass die Anfechtung binnen einer Frist von zwei Wochen zulässig ist. Ihrem Wortlaut nach verlangt die Vorschrift damit nur, dass die Wahl fristgerecht beim Arbeitsgericht angefochten wird, nicht jedoch bei oder gegenüber anderen Stellen oder Beteiligten. Die Bestimmung unterscheidet sich damit von anderen gesetzlichen Fristen wie zB denjenigen in § 4 Satz 1 KSchG oder § 17 Satz 1 TzBfG, innerhalb derer eine Klage erhoben werden muss. Die Erhebung einer Klage erfolgt nach § 253 Abs. 1 ZPO durch Zustellung eines Schriftsatzes. Die Fristwahrung hängt daher von der Zustellung der Klageschrift ab. Für diese Fälle gilt § 167 ZPO, der bestimmt, dass die 34

Wirkung der Zustellung bereits mit dem Eingang des Antrags bei Gericht eintritt, wenn durch die Zustellung eine Frist gewahrt werden soll und die Zustellung zwar nach Ablauf der Frist, aber „demnächst“ erfolgt. § 22 Abs. 2 MitbestG lässt sich hingegen nicht entnehmen, dass die Wahrung der Anfechtungsfrist von der Zustellung des Wahlanfechtungsantrags abhängt. Die Vorschrift verlangt nicht, dass der Wahlanfechtungsantrag wie eine Klage nach § 253 Abs. 1 ZPO „erhoben“ wird, sondern dass die Anfechtung beim Arbeitsgericht erfolgt.

(bb) Dies entspricht den Besonderheiten des arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens. Zwischen den an einem Beschlussverfahren nach § 83 Abs. 3 ArbGG Beteiligten entsteht - anders als zwischen den Parteien des Zivilprozesses - kein kontradiktorisches Prozessrechtsverhältnis. Das Beschlussverfahren kennt keinen förmlichen Antragsgegner. Es gibt neben dem Antragsteller nur beteiligte Personen und „Stellen“, die in ihren Rechtspositionen durch das Antragsbegehren betroffen sind. Ihre Beteiligung folgt unabhängig von Intentionen und Vorstellungen des Antragstellers aus dem Gesetz. Sie wird vom Gericht von Amts wegen und lediglich deklaratorisch festgestellt (*BAG 23. Januar 2008 - 1 ABR 64/06 - Rn. 19 mwN, BAGE 125, 300*). Demgemäß entsteht ein Prozessrechtsverhältnis zwischen den Verfahrensbeteiligten im Beschlussverfahren - anders als im Urteilsverfahren - nicht erst mit der Zustellung der Antragsschrift an weitere Beteiligte. Das Beschlussverfahren beginnt vielmehr bereits mit dem Eingang einer Antragsschrift bei Gericht (*vgl. BAG 23. Januar 2008 - 1 ABR 64/06 - Rn. 18, aaO*). Entsprechend dieser Konzeption ist für die Wahrung der Wahlanfechtungsfrist auf den Eingang der Antragsschrift beim Arbeitsgericht abzustellen.

35

(3) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist die zweiwöchige Antragsfrist im vorliegenden Fall gewahrt. Das Wahlergebnis wurde am Freitag, dem 15. März 2013 im Bundesanzeiger veröffentlicht. Da der letzte Tag der Frist (29. März 2013) ein gesetzlicher Feiertag (Karfreitag) war, lief die Frist nach § 193 BGB am 2. April 2013 (Dienstag nach Ostern) ab. An diesem Tag ging die Anfechtungsschrift beim Arbeitsgericht ein. Auch die sonstigen formalen Anforderungen einer rechtzeitigen Wahlanfechtung nach § 22 Abs. 2

36

MitbestG sind gewahrt. Die anzufechtende Wahl ist in der Antragschrift bezeichnet, das betroffene Unternehmen aufgeführt. Aus der Antragschrift ergibt sich, dass die Wahl aller gewählten Aufsichtsratsmitglieder und Ersatzmitglieder der Arbeitnehmer angefochten werden sollte, deren Namen in dem beigefügten Ausdruck des Bundesanzeigers vom 15. März 2013 mitgeteilt sind. Es wurde ein Sachverhalt dargelegt, der die Anfechtbarkeit der Wahl als möglich erscheinen lässt.

b) Der Wahlanfechtungsantrag ist unbegründet. Das Landesarbeitsgerichts hat zu Unrecht angenommen, der Hauptwahlvorstand habe das Gebot der öffentlichen Stimmauszählung nicht gewahrt, da er Ort, Tag und Zeit der Stimmauszählung nur den Delegierten, nicht aber allen im Konzern beschäftigten Arbeitnehmern bekannt gegeben hat. 37

aa) § 77 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 3. WO MitbestG in der hier maßgeblichen Fassung vom 10. Oktober 2005 (*BGBI. I S. 2927*) sieht vor, dass der Hauptwahlvorstand jedem Delegierten spätestens zwei Wochen vor dem Tag der Delegiertenversammlung Ort, Tag und Zeit ihrer Durchführung sowie der öffentlichen Stimmauszählung mitteilt. Die Regelung ist von ihrem Wortlaut her eindeutig und enthält keine Regelungslücke (*Henssler aaO § 15 MitbestG Rn. 120; aA WKS/Wißmann 5. Aufl. § 15 Rn. 127*). Der Verordnungsgeber hat ausdrücklich davon abgesehen, bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat durch Delegierte eine entsprechende öffentliche Bekanntmachung an alle im Unternehmen bzw. im Konzern beschäftigten Wahl- oder Anfechtungsberechtigten vorzuschreiben. 38

bb) Eine Unvollständigkeit oder Unklarheit des § 77 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 3. WO MitbestG besteht entgegen der Auffassung der Antragsteller nicht deshalb, weil § 79 Abs. 1 3. WO MitbestG bestimmt, dass der Wahlvorstand die Stimmen „öffentlich“ auszuzählen hat. Nach der Systematik der 3. WO MitbestG bezieht sich der Begriff „öffentlich“ auf die jeweilige Art des vom MitbestG vorgesehenen Verfahrens. Die in § 77 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 3. WO MitbestG vorgesehene Bekanntmachung gegenüber den Delegierten entspricht der gesetzlichen Ausgestaltung durch das MitbestG, das für die unmittelbare Wahl der Ar- 39

beitnehmervertreter im Aufsichtsrat und für die Wahl durch Delegierte unterschiedliche Regelungen vorsieht. Bei der unmittelbaren Wahl hat nach § 39 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 3. WO MitbestG der jeweilige Betriebswahlvorstand Ort, Tag und Zeit der Stimmauszählung im Betrieb bekannt zu machen, während § 77 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 3. WO MitbestG eine entsprechende Bekanntmachung nur für die Delegierten verlangt. Bei der Wahl durch Delegierte werden mit der Wahlberechtigung die Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dem Wahlvorgang auf die von den Arbeitnehmern gewählten Delegierten übertragen. Dazu gehört auch das Anwesenheitsrecht bei der Stimmauszählung. Der Sinn und Zweck der Öffentlichkeit bei der Stimmauszählung besteht darin, denjenigen die Teilnahme zu ermöglichen, die ein berechtigtes Interesse an der Wahl und ihrem Ausgang haben. Für die Wahl zum Betriebsrat und zur Schwerbehindertenvertretung nimmt der Senat deshalb an, dass mit dem Begriff der Öffentlichkeit nicht die allgemeine Öffentlichkeit, sondern die Betriebsöffentlichkeit gemeint ist (*vgl. zur Wahl der Schwerbehindertenvertretung BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 83/11 - Rn. 18; zur Betriebsratswahl BAG 15. November 2000 - 7 ABR 53/99 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 96, 233*). Dies gilt auch für die unmittelbare Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nach § 18 MitbestG. Bei der Wahl durch Delegierte nach § 15 MitbestG ist die Öffentlichkeit für die Delegierten herzustellen, denen nach § 9 Abs. 1 MitbestG die Verantwortung für den Wahlvorgang bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat übertragen ist.

Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts gebietet es die hohe Bedeutung des Erfordernisses der öffentlichen Stimmauszählung für eine demokratische Wahl nicht, bei der Wahl durch Delegierte sämtlichen Arbeitnehmern des Unternehmens oder Konzerns ein Anwesenheitsrecht bei der Stimmauszählung zu ermöglichen. Die Öffentlichkeit der Wahl ist Grundvoraussetzung für eine demokratische Willensbildung. Sie sichert die Ordnungsmäßigkeit und Nachvollziehbarkeit der Wahlvorgänge und schafft damit eine wesentliche Voraussetzung für begründetes Vertrauen der Wähler in den korrekten Ablauf der Wahl. Die grundsätzlich gebotene Öffentlichkeit im Wahlverfahren umfasst das Wahlvorschlagsverfahren, die Wahlhandlung - in Bezug auf die

40

Stimmabgabe durchbrochen durch das Wahlgeheimnis - und die Ermittlung des Wahlergebnisses. Durch das Gebot der Öffentlichkeit sollen interessierte Personen die Möglichkeit erhalten, die Ordnungsmäßigkeit der Feststellung des Wahlergebnisses beobachten zu können, damit der Verdacht von Wahlmanipulationen „hinter verschlossenen Türen“ nicht aufkommen kann. Zur Herstellung dieser Beobachtungsmöglichkeit ist es erforderlich, dass Ort, Tag und Zeit sämtlicher öffentlicher Kontrolle unterliegender Vorgänge im Wahlverfahren rechtzeitig vorher bekannt gegeben werden (*BAG 10. Juli 2013 - 7 ABR 83/11 - Rn. 18; 15. November 2000 - 7 ABR 53/99 - zu B II 2 der Gründe, BAGE 96, 233*). Dem Zweck des Grundsatzes der öffentlichen Stimmauszählung, jedem Verdacht einer Manipulation des Wahlergebnisses „hinter verschlossenen Türen“ zu begegnen, wird dadurch entsprochen, dass die Delegierten den Vorgang der Stimmauszählung verfolgen können (*Henssler aaO § 15 MitbestG Rn. 120; aA WKS/Wißmann 5. Aufl. § 15 Rn. 127*). Dabei ist die demokratische Legitimation der Delegierten doppelt abgesichert. Zum einen ist die Wahl durch Delegierte nach § 9 Abs. 1 MitbestG nur durchzuführen, wenn nicht aufgrund eines von einem Zwanzigstel der wahlberechtigten Arbeitnehmer unterzeichneten Antrags in geheimer Abstimmung nach § 9 Abs. 3 MitbestG mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen die unmittelbare Wahl beschlossen wird. Zum anderen werden die Delegierten auf Vorschlag der wahlberechtigten Arbeitnehmer (§ 12 Abs. 1 MitbestG) von diesen gewählt (§ 10 MitbestG). Es wäre nicht konsistent, die Delegierten für die hohe Verantwortung der Wahl der Arbeitnehmersvertreter im Aufsichtsrat zu legitimieren, ohne ihnen die Verantwortung für die Kontrolle der öffentlichen Stimmauszählung zu übertragen. Vielmehr wird dem demokratischen Prinzip dadurch Rechnung getragen, dass die wahlberechtigten Delegierten die Stimmauszählung beobachten können, also diejenigen, deren demokratischer Wille für das Wahlergebnis nach dem MitbestG entscheidend ist. Das Recht der nach § 22 Abs. 2 MitbestG zur Anfechtung der Wahl Berechtigten wird nicht dadurch eingeschränkt, dass sie nicht an der Stimmauszählung teilnehmen können. Soweit sie eine Anfechtung damit nicht auf eine unmittelbare eigene Wahrnehmung etwaiger Fehler der Stimmauszählung stützen können, ist dies im Prinzip der Wahl durch Delegierte im MitbestG angelegt.

III. Der Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts führt nach § 562 Abs. 1 ZPO zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses. Es bedarf jedoch keiner Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht, da das Verfahren nach dem festgestellten Sachverhältnis zur Endentscheidung reif ist, § 563 Abs. 3 ZPO. Die angefochtene Wahl ist nicht aus anderen Gründen unwirksam. Eine weitere Sachverhaltsaufklärung durch das Landesarbeitsgericht ist nicht veranlasst. 41

1. Gegen das Gebot der Öffentlichkeit der Stimmauszählung nach § 79 Abs. 1 3. WO MitbestG wurde nicht dadurch verstoßen, dass die anwesenden Delegierten dem Hauptwahlvorstand bei der Stimmauszählung nicht „über die Schulter blicken“ konnten und die Wahlzettel nicht einsehbar waren, weil der Tisch, an dem der Hauptwahlvorstand die Stimmen ausgezählt hat, durch ein Band abgesperrt war. 42

a) Die „Öffentlichkeit“ der Stimmauszählung nach § 79 Abs. 1 3. WO MitbestG soll den gesamten Vorgang der Ermittlung des Wahlergebnisses umfassen. Dazu ist es entgegen der Auffassung der Antragsteller nicht erforderlich, dem Wahlvorstand „über die Schulter blicken“ zu können. Das Gebot, die Auszählung in öffentlicher Sitzung vorzunehmen, soll gewährleisten, dass selbst der Anschein von Manipulationen vermieden wird. Die Beobachtungsmöglichkeit dient der Kontrolle des Auszählvorgangs durch die Öffentlichkeit, ohne damit eine vollständige Rechtmäßigkeitskontrolle zu bezwecken. Die Beratung und Beschlussfassung des Wahlvorstands bei der öffentlichen Stimmauszählung muss daher nicht in dem Sinne öffentlich sein, dass die Anwesenden die Entscheidung in jedem Fall zur Kenntnis nehmen können (*vgl. zur Betriebsratswahl Kreuz/Jacobs GK-BetrVG 10. Aufl. § 14 WO Rn. 4*). Ein „Mitlesenkönnen“ ist daher nicht erforderlich. 43

b) Gemessen daran ist vorliegend die Öffentlichkeit der Stimmauszählung gewahrt. Die Antragsteller haben nicht vorgetragen, dass die anwesenden Delegierten aufgrund der Entfernung oder Sichtverhältnisse nicht in der Lage waren, den Auszählvorgang zu beobachten. Auf die fehlende Einsehbarkeit der Stimmzettel durch die Beobachter kommt es ebenso wenig an wie darauf, dass die Anwesenden dem Vortrag der Antragsteller zufolge nicht erkennen konnten, aus welchen Gründen der Hauptwahlvorstand elf Stimmzettel für ungültig erklärt hat. 44

2. Einer Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht zur neuen Anhörung bedarf es auch nicht deshalb, weil die Antragsteller geltend gemacht haben, es sei nicht nachvollziehbar gewesen, ob die elf Wahlzettel zu Recht vom Hauptwahlvorstand für unwirksam erklärt wurden. 45

Die Antragsteller haben vorgetragen, es sei nicht auszuschließen, dass das Wahlergebnis dadurch beeinflusst wurde, dass der Hauptwahlvorstand elf Stimmen zu Unrecht für ungültig gehalten habe. Von den 826 gültigen Stimmen seien 379 Stimmen auf die Vorschlagsliste von v, 256 auf die Vorschlagsliste der Gewerkschaft U und 191 Stimmen auf die Vorschlagsliste der C entfallen. Bei der Auszählung nach dem D'Hondtschen Höchstzahlverfahren hätten bereits drei Stimmen zu einem anderen Ergebnis führen können. 46

Dieser Vortrag lässt einen Verstoß gegen wesentliche Wahlvorschriften nicht erkennen. Die Antragsteller haben nicht behauptet, dass zumindest drei Stimmzettel zu Unrecht für ungültig gehalten wurden. Die Antragsteller haben vielmehr geltend gemacht, näherer Vortrag sei ihnen nicht möglich, weil die Wahlzettel bei der Stimmauszählung nicht einsehbar waren und der Wahlvorstand keine Erklärung zur Ungültigkeit der Stimmen abgegeben habe. Dabei haben die Antragsteller nicht berücksichtigt, dass sie die Möglichkeit gehabt hätten, Einsicht in die Wahlunterlagen zu nehmen, zu denen auch die gültigen und ungültigen Stimmzettel gehören. Nach § 87 Satz 1 3. WO MitbestG übergibt der Hauptwahlvorstand die Wahlakten dem Unternehmen, in dessen Aufsichtsrat die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer gewählt worden sind. § 87 Satz 2 3. WO MitbestG verpflichtet das Unternehmen zur Aufbewahrung 47

der Wahlakten für die Dauer von fünf Jahren. Die Aufbewahrungspflicht dient dazu, die Ordnungsmäßigkeit der Wahl überprüfen zu können (vgl. zur Betriebsratswahl BAG 27. Juli 2005 - 7 ABR 54/04 - zu B II 2 a der Gründe, BAGE 115, 257). Somit hätten die Antragsteller nach einer eigenen Prüfung vortragen können, welche Stimmzettel aus ihrer Sicht vom Hauptwahlvorstand zu Unrecht für ungültig erachtet worden sein sollen. Sie waren also weder darauf angewiesen, jeden Wahlzettel bei der Stimmauszählung einsehen zu können noch bedurfte es Erklärungen des Hauptwahlvorstands zu den Gründen der Ungültigkeit. Da die Antragsteller keinerlei Anhaltspunkte dafür vorgetragen hatten, weshalb der Wahlvorstand zu Unrecht Stimmzettel für ungültig gehalten haben soll, obwohl ihnen dies möglich gewesen wäre, bestand für das Landesarbeitsgericht keine Veranlassung, hierzu von Amts wegen weitere Nachforschungen anzustellen, zumal bereits das Arbeitsgericht in seiner Entscheidung ausgeführt hatte, der Vortrag zur angeblich fehlerhaften Auszählung von Stimmen bzw. zur Feststellung von ungültigen Stimmen sei so unbestimmt, dass er einer gerichtlichen Kontrolle nicht zugänglich sei.

3. Die Wahl ist auch nicht deswegen unwirksam, weil dem Vortrag der Antragsteller zufolge interessierten Arbeitnehmern oder Vertretern von Gewerkschaften der Zugang zur Stimmauszählung verwehrt worden sei. Da nur die Delegierten Zutritt zu der Stimmauszählung beanspruchen können, kommt es auf dieses Vorbringen nicht an. 48

4. Der Wahlvorstand hat auch nicht dadurch gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlverfahren verstoßen, dass zwischen Beendigung der Stimmabgabe und Beginn der Auszählung ein Zeitraum von etwa 20 Minuten lag. Nach § 79 Abs. 1 3. WO MitbestG zählt der Hauptwahlvorstand unverzüglich nach Abschluss der Stimmabgabe die Stimmen aus. Unverzüglich im Sinne dieser Vorschrift bedeutet nach der Definition des § 121 Abs. 1 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“ (vgl. zu § 18 Abs. 3 Satz 1 BetrVG, § 13 WO BetrVG: Fitting 28. Aufl. § 13 WO 2001 Rn. 1; Kreutz GK-BetrVG 10. Aufl. § 18 Rn. 30; Kreutz/Jacobs GK-BetrVG 10. Aufl. § 13 WO Rn. 2). Eine Pause von 20 Minuten zwischen dem Abschluss der Stimmabgabe und dem Beginn der Stimm- 49

auszahlung ist für verschiedenste Verrichtungen und Vorbereitungen der Stimmauszahlung angemessen und damit unverzüglich iSv. § 79 Abs. 1 3. WO MitbestG.

Gräfl

M. Rennpferdt

Kiel

Schuh

Meißner