Bundesarbeitsgericht Siebter Senat	Beschluss vom 9. Februar 2023 - 7 ABR 6/22 - ECLI:DE:BAG:2023:090223.B.7ABR6.22.0
I. Arbeitsgericht Dortmund	Beschluss vom 2. März 2021 - 2 BV 60/19 -
II. Landesarbeitsgericht Hamm	Beschluss vom 25. Januar 2022 - 7 TaBV 47/21 -

---

Entscheidungsstichwort:

Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat

Leitsatz:

Die erstmalige Wahl von Arbeitnehmervertretern zum Aufsichtsrat in einer bislang aufsichtsratslosen Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist ohne vorherige Durchführung des aktienrechtlichen Statusverfahrens nichtig.

BUNDESARBEITSGERICHT

7 ABR 6/22
7 TaBV 47/21
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
9. Februar 2023

BESCHLUSS

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragsteller,

2. …

3. …

4.

Antragstellerin,

5. - 8. …

9.

Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

10.

Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

11.

Beschwerdeführerin und Rechtsbeschwerdeführerin,

12. …

13.

Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 9. Februar 2023 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Schmidt, die Richter am Bundesarbeitsgericht Klose und Waskow sowie den ehrenamtlichen Richter Glatt-Eipert und die ehrenamtliche Richterin Donath für Recht erkannt:

> Die Rechtsbeschwerden des Gesamtbetriebsrats sowie der Beteiligten zu 9. bis 11. gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 25. Januar 2022 - 7 TaBV 47/21 - werden zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer bei der Beteiligten zu 4. durchgeführten Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer. 1

Der zu 1. beteiligte Antragsteller ist einer der Geschäftsführer der zu 4. beteiligten Arbeitgeberin. Diese erbringt in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) Call-Center-Dienstleistungen; ihre Satzung sieht die Errichtung eines Aufsichtsrats nicht vor. Sie ist ein Tochterunternehmen der W GmbH und wurde am 9. Juli 2018 mit deren weiterer Tochtergesellschaft, der C GmbH, verschmolzen. Mitte Juni 2019 waren bei ihr in sieben Betrieben an verschiedenen Standorten insgesamt 2.026 Arbeitnehmer beschäftigt. Im Unternehmen ist der zu 13. beteiligte Gesamtbetriebsrat errichtet. 2

Mit Bekanntmachung vom 21. November 2018 informierte die Beteiligte zu 4. die Beschäftigten darüber, dass bei ihr ein Aufsichtsrat nach dem Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (MitbestG) zu bilden sei, nachdem im Mai 2018 ursprünglich die C GmbH von dem bei ihr gebildeten Gesamtbetriebsrat zur Bildung eines Aufsichtsrats nach dem MitbestG aufgefordert worden war. 3

Im Januar 2019 wurden bei der Beteiligten zu 4. ein Unternehmenswahlvorstand sowie sieben Betriebswahlvorstände gebildet. Mit Datum vom 25. Januar 2019 wurden die Bekanntmachungen über die Einreichung von Wahlvorschlägen ausgehängt. Hierin war vermerkt, dass nach den Regeln des MitbestG sechs Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer zu wählen seien. 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, was der Zahl von 1.190 Wahlberechtigten entspreche. Ebenfalls am 25. Januar 2019 erfolgte eine Bekanntmachung über die Abstimmung für den Wahlvorschlag der leitenden Angestellten. Der ursprünglich auf den 29. und 30. April 2019 bestimmte Wahltermin wurde mit Beschluss des Unternehmenswahlvorstands vom 5. April 2019 auf den 30. und 31. Juli 2019 verschoben. 4

Am 23. Juli 2019 forderte die Beteiligte zu 4. den Unternehmenswahlvorstand zum Abbruch der Wahl auf, weil die Zahl der in der Regel Beschäftigten im 5

Hinblick auf die beabsichtigte Schließung ihres Standorts in D dauerhaft unter 2.000 gesunken sei.

Nach Ablehnung dieser Aufforderung seitens des Unternehmenswahlvorstands wurden bei der am 30. und 31. Juli 2019 durchgeführten Wahl drei mittlerweile aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedene - vormals noch zu 5. bis 7. am Verfahren beteiligte - Beschäftigte als Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer sowie im Wahlgang der leitenden Angestellten der Beteiligte zu 8. durch Losentscheid gewählt. Die Beteiligten zu 9. und 10. sind die aufgrund von Wahlvorschlägen der zu 11. beteiligten Gewerkschaft Gewählten. 6

Zum 1. September 2019 legte die Beteiligte zu 4. ihren Betrieb in D still. Aufgrund dessen reduzierte sich die Zahl der im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer auf 1.831. 7

Am 20. März 2020 veröffentlichte die Geschäftsführung der Beteiligten zu 4. im Bundesanzeiger (BAnz.) eine Bekanntmachung „gemäß § 27 EGAktG i.V.m. § 97 Abs. 1 AktG über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats“, ausweislich derer sie „spätestens seit dem 01.09.2019 regelmäßig mehr als 500, jedoch nicht mehr als 2.000 Arbeitnehmer“ beschäftigt und nach ihrer Auffassung „ein Aufsichtsrat zu bilden“ ist, „der sich nach den Regelungen der §§ 1 Abs. 1 Nr. 3; 4 Abs. 1 DrittelbG (Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat) zusammensetzt“. Ein vom Gesamtbetriebsrat beim Landgericht Nürnberg-Fürth erhobener Antrag „festzustellen, dass bei“ der Beteiligten zu 4. „ein Aufsichtsrat nach den Vorschriften des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 04.05.1976 (BGBl. I S. 1130) zu bilden ist“, wurde mit Beschluss vom 14. April 2022 rechtskräftig zurückgewiesen *(LG Nürnberg-Fürth - 1 HK O 1796/20 - BAnz. Gesellschaftsbekanntmachungen 2. Mai 2022).* 8

Der Beteiligte zu 1. und die zu 4. beteiligte Gesellschaft haben mit ihrer am 28. August 2019 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antragsschrift geltend gemacht, die am 30. und 31. Juli 2019 durchgeführte Wahl sei nichtig, hilfsweise anfechtbar. Bei einem Streit, ob bei einer bislang aufsichtsratslosen GmbH ein Aufsichtsrat nach den Bestimmungen des MitbestG oder des DrittelbG zu bilden 9

sei, müsse vor der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer das aktienrechtlich vorgesehene Statusverfahren vor dem dafür allein zuständigen Landgericht durchgeführt werden. Daran ändere sich nichts, wenn der Streit erst nach Einleitung der Wahl entstehe. Eine - wie hier - dennoch durchgeführte Wahl sei nichtig. Jedenfalls erweise sich die streitbefangene Wahl wegen gravierender Fehler im Wahlverfahren als anfechtbar.

Die Antragsteller haben beantragt 10

1. festzustellen, dass die Wahl zum Aufsichtsrat der W D GmbH vom 30./31. Juli 2019 nichtig ist,
2. hilfsweise die Wahl zum Aufsichtsrat der W D GmbH vom 30./31. Juli 2019 für unwirksam zu erklären.

Die zu 9. bis 11. Beteiligten haben Antragsabweisung beantragt und gemeint, die Wahl sei weder nichtig noch anfechtbar. Der Nichtigkeit stehe entgegen, dass die zu 4. beteiligte Gesellschaft das Verfahren für eine Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat nach dem MitbestG am 21. November 2018 selbst bekannt gemacht habe. Wenn die Zahl der Arbeitnehmer nach Einleitung der Wahl unter den für das MitbestG maßgeblichen Schwellenwert von 2.000 sinke, habe das mitbestimmte Unternehmen die Möglichkeit, das aktienrechtlich hierfür vorgesehene Verfahren durchzuführen, was die Beteiligte zu 4. unterlassen habe. Im Übrigen habe diese im Zeitpunkt der Wahl am 30./31. Juli 2019 mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt, denn die Schließung des Standorts D sei erst zum 31. August 2019 erfolgt. Allein die vorherige unternehmerische Einschätzung, dass nach der Betriebsschließung nicht mehr regelmäßig mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt würden, rechtfertige keinen Wahlabbruch. 11

Das Arbeitsgericht hat dem Hauptantrag stattgegeben und „festgestellt, dass die am 30./31. Juli 2019 stattgefundene Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat der W D GmbH nichtig ist“. Hiergegen haben die Beteiligten zu 9. bis 11. sowie der erstinstanzlich nicht und vom Landesarbeitsgericht als Beteiligter zu 13. gehörte Gesamtbetriebsrat Beschwerden eingelegt. Die Beschwerde des Gesamtbetriebsrats hat das Landesarbeitsgericht als unzulässig 12

verworfen und im Übrigen die Beschwerden zurückgewiesen. Mit ihren Rechtsbeschwerden verfolgen die Beteiligten zu 9. bis 11. und der zu 13. beteiligte Gesamtbetriebsrat die Abweisung des Antrags weiter. Hinsichtlich der vormals zu 2. und 3. beteiligten ehemaligen Geschäftsführer der W D GmbH sowie des aus dem Angestelltenverhältnis ausgeschiedenen Beteiligten zu 8. ist das Verfahren in der Anhörung vor dem Senat eingestellt worden, nachdem die Beteiligten insoweit übereinstimmende Erledigungserklärungen abgegeben haben.

B. Die zulässigen Rechtsbeschwerden der Beteiligten zu 9. bis 11. und zu 13. sind unbegründet. 13

I. Die Rechtsbeschwerden sind zulässig. Insbesondere ist der zu 13. beteiligte Gesamtbetriebsrat rechtsbeschwerdebefugt. Das Landesarbeitsgericht hat dessen Beschwerde als unzulässig verworfen, weil ihm mangels einer Stellung als Verfahrensbeteiligter die notwendige Beschwerdebefugnis fehle. Damit ist er durch die angefochtene Entscheidung beschwert. Diejenige Person oder Stelle, deren Beschwerde vom Landesarbeitsgericht mangels Beschwerdebefugnis als unzulässig verworfen worden ist, ist stets rechtsbeschwerdebefugt. Erweist sich die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts insoweit als zutreffend, ist die Rechtsbeschwerde unbegründet und nicht unzulässig *(vgl. zum Ganzen GK-ArbGG/Ahrendt Stand Dezember 2022 § 94 Rn. 8c; GMP/Schlewing/Spinner 10. Aufl. § 94 Rn. 2)*. 14

II. Die Rechtsbeschwerden sind unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde des Gesamtbetriebsrats gegen die dem Nichtigkeitsfeststellungsantrag stattgebende arbeitsgerichtliche Entscheidung zu Recht als unzulässig verworfen. Die Beschwerden der Beteiligten zu 9. bis 11. hat es im Ergebnis zutreffend zurückgewiesen. Die streitbefangene Wahl ist nichtig. 15

1. Die Beschwerde des Gesamtbetriebsrats war mangels Beschwerdebefugnis unzulässig. Der Gesamtbetriebsrat ist vom Arbeitsgericht zu Recht nicht nach § 83 Abs. 3 ArbGG gehört worden. 16

a) Die Zulässigkeit eines Rechtsmittels setzt voraus, dass der Rechtsmittelführer durch die angefochtene Entscheidung beschwert ist und mit seinem Rechtsmittel gerade die Beseitigung dieser Beschwer begehrt. Die Rechtsmittelbefugnis im Beschlussverfahren folgt der Beteiligungsbefugnis *(BAG 1. Juni 2022 - 7 ABR 41/20 - Rn. 11; 8. März 2022 - 1 ABR 20/21 - Rn. 12)*. Beschwerdebefugt ist nur, wer nach § 83 Abs. 3 ArbGG am Verfahren beteiligt ist. Die Beschwerde steht mithin nur der Person oder Stelle zu, die zu Recht am Verfahren beteiligt oder zu Unrecht nicht am Verfahren beteiligt wurde. Selbst eine fehlerhafte Beteiligung kann eine Beschwerdebefugnis nicht begründen *(BAG 22. Mai 2012 - 1 ABR 7/11 - Rn. 14, BAGE 141, 367)*. Fehlt die Rechtsmittelbefugnis, ist das Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen *(BAG 30. Juni 2021 - 7 ABR 24/20 - Rn. 17 mwN)*. 17

b) § 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. Für das Verfahrensrechtsverhältnis ist entscheidend, wer materiell-rechtlich berechtigt oder verpflichtet ist *(BAG 16. Januar 2018 - 7 ABR 21/16 - Rn. 13, BAGE 161, 276)*. Die Beteiligtenbefugnis ist vom Gericht in jeder Lage des Verfahrens - auch noch in der Rechtsbeschwerdeinstanz - von Amts wegen zu prüfen und zu berücksichtigen *(st. Rspr., vgl. BAG 1. Juni 2022 - 7 ABR 41/20 - Rn. 12 mwN)*. 18

c) Danach ist der zu 13. beteiligte Gesamtbetriebsrat im vorliegenden Verfahren nicht nach § 83 Abs. 3 ArbGG zu hören. Ihm kommt mangels eigener unmittelbarer mitbestimmungsrechtlicher Betroffenheit von der Entscheidung im Verfahren keine Beteiligtenstellung zu *(vgl. dazu auch BAG 16. April 2008 - 7 ABR 6/07 - Rn. 10, BAGE 126, 286; 27. Januar 1993 - 7 ABR 37/92 - zu B I der Gründe, BAGE 72, 161, unter Aufgabe der früheren Rspr. zu § 76 BetrVG 1952; zust. GMP/Spinner 10. Aufl. § 83 Rn. 53)*. 19

aa) Eine Beteiligtenstellung folgt nicht aus § 4 Abs. 4 Satz 1 der Zweiten Wahlordnung zum Mitbestimmungsgesetz (2. WOMitbestG), wonach der Gesamtbetriebsrat die Mitglieder des Unternehmenswahlvorstands bestellt. Aus dieser Vorschrift ergibt sich keine Rechtsstellung, die durch die Entscheidung in einem Nichtigkeitsfeststellungs- oder Wahlanfechtungsverfahren betroffen sein könnte *(vgl. zur Beteiligung des Betriebsrats im Wahlanfechtungsverfahren nach § 76 BetrVG 1952: BAG 27. Januar 1993 - 7 ABR 37/92 - zu B I der Gründe, BAGE 72, 161)*. Das Recht, den Wahlvorstand zu bestellen, wird durch die gerichtliche Entscheidung nicht in Frage gestellt. Insbesondere berührt es die Rechtsstellung des Gesamtbetriebsrats nicht, wenn darüber entschieden wird, ob der von ihm eingesetzte Wahlvorstand die Wahl ordnungsgemäß durchgeführt hat. Dies betrifft kein eigenes Handeln des Gesamtbetriebsrats. 20

bb) Auch durch das dem Gesamtbetriebsrat nach § 22 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 MitbestG eingeräumte Wahlanfechtungsrecht entsteht keine weitergehende Rechtsposition. Solange er von diesem Recht keinen Gebrauch macht, ist er in einem die Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer betreffenden Verfahren nicht zu hören *(vgl. BAG 27. Januar 1993 - 7 ABR 37/92 - zu B I der Gründe, BAGE 72, 161; zust. GMP/Spinner 10. Aufl. § 83 Rn. 13, 53; WKS/Wißmann 5. Aufl. MitbestG § 22 Rn. 58; Oetker in Hirte/Mülbert/Roth Großkomm. AktG 5. Aufl. § 22 MitbestG Rn. 16; aA Henssler in Habersack/Henssler 4. Aufl. § 22 MitbestG Rn. 8; Velten NZA-RR 2016, 623, 626; wohl auch Jacobs in Raiser/Veil/Jacobs MitbestG 7. Aufl. § 22 MitbestG Rn. 15)*. Das Gleiche gilt in Bezug auf seine Antragsberechtigung im Statusverfahren nach § 98 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AktG. Beide mitbestimmungsrechtliche Rechtspositionen sind vom Ausgang des vorliegenden Nichtigkeitsfeststellungs- und/oder Wahlanfechtungsverfahrens nicht unmittelbar betroffen. 21

cc) Schließlich vermag die Beteiligtenstellung des Gesamtbetriebsrats nicht damit begründet zu werden, in den Aufsichtsrat gewählte Arbeitnehmervertreter könnten ggf. infolge des Verfahrens ihr Mandat verlieren. Dies kann nur für die Stelle, die diese Arbeitnehmer für die Wahl vorgeschlagen hat, eine Verfahrens- 22

beteiligung vermitteln *(vgl. zur Beteiligung von wahlvorschlagsberechtigten Gewerkschaften für deren Vertreter im Aufsichtsrat BAG 15. Mai 2019 - 7 ABR 35/17 - Rn. 20)*. Das Recht, Vorschläge für die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer zu machen, steht dem Gesamtbetriebsrat nach § 15 MitbestG aber nicht zu *(vgl. Henssler in Habersack/Henssler 4. Aufl. § 15 MitbestG Rn. 36)*.

2. Die Rechtsbeschwerden der Beteiligten zu 9. bis 11. sind unbegründet. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht deren Beschwerden gegen die dem Hauptbegehren der Antragsteller stattgebende arbeitsgerichtliche Entscheidung zurückgewiesen. Der Nichtigkeitsfeststellungsantrag ist zulässig und begründet. 23

a) In der gebotenen Auslegung ist der Antrag zulässig. 24

aa) Bereits das Arbeitsgericht hat den nach seinem Wortlaut auf die „Wahl zum Aufsichtsrat“ bezogenen Antrag dahingehend verstanden, dass er die am 30./31. Juli 2019 durchgeführte Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer nach dem MitbestG meint. Nach Einstellung des Verfahrens hinsichtlich der aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedenen Gewählten ist Gegenstand des Hauptantrags noch die Nichtigkeit der Wahl der von der Beteiligten zu 11. vorgeschlagenen Beteiligten zu 9. und 10. als Vertreter von Gewerkschaften iSd. § 16 MitbestG. 25

bb) An dieser Feststellung haben die Antragsteller ein rechtliches Interesse iSd. § 256 Abs. 1 ZPO. 26

(1) Die Feststellung der Nichtigkeit einer Wahl nach dem MitbestG kann - unabhängig von den formellen Voraussetzungen einer Wahlanfechtung nach § 22 MitbestG - von jedermann jederzeit geltend gemacht werden, sofern hieran ein rechtliches Interesse besteht *(vgl. zum DrittelbG BAG 13. März 2013 - 7 ABR 47/11 - Rn. 10 mwN, BAGE 144, 330; WKS/Wißmann 5. Aufl. MitbestG § 22 Rn. 16)*. Neben dem als Organ auch nach § 22 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 MitbestG anfechtungsberechtigten Geschäftsführer - hier dem Beteiligten zu 1. - hat ebenso die Gesellschaft selbst - hier die Beteiligte zu 4. - ein rechtliches Interesse an der 27

Feststellung, ob ein Aufsichtsratsmitglied wirksam gewählt worden ist. Durch die wirksame Wahl entsteht zwischen ihr und dem Aufsichtsratsmitglied ein Rechtsverhältnis; dem Aufsichtsratsmitglied steht grundsätzlich gegen die Gesellschaft ein Anspruch auf Aufwendungsersatz zu *(Habersack in Habersack/Henssler 4. Aufl. § 25 MitbestG Rn. 82 mwN und Rn. 86 mwN)*.

(2) Das Feststellungsinteresse ist nicht durch die Entscheidung des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 14. April 2022 *(- 1 HK O 1796/20 -)* nach § 98 AktG entfallen, mit dem dieses den bei ihm erhobenen Antrag des Gesamtbetriebsrats festzustellen, dass bei der Beteiligten zu 4. ein Aufsichtsrat nach den Vorschriften des MitbestG zu bilden ist, zurückgewiesen hat. Die Rechtsfolge einer rechtskräftigen Entscheidung, dass andere als die bisher angewandten gesetzlichen Vorschriften für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats gelten, ergibt sich aus § 98 Abs. 4 Satz 1 AktG, wonach der neue Aufsichtsrat gemäß den in der gerichtlichen Entscheidung für maßgeblich erklärten Vorschriften zusammenzusetzen ist. § 97 Abs. 2 AktG gilt dabei sinngemäß mit der Maßgabe, dass die Anpassungsfrist von sechs Monaten nach § 98 Abs. 4 Satz 2 AktG mit der Rechtskraft der Entscheidung beginnt *(Hopt/Roth in Hirte/Mülbert/Roth Großkomm. AktG 5. Aufl. § 98 Rn. 55)*. Eine Auswirkung für die Vergangenheit - hier auf den Zeitpunkt der streitgegenständlichen Wahl vom 30./31. Juli 2019 - hat die Entscheidung des Landgerichts Nürnberg-Fürth nach § 98 AktG damit nicht. 28

b) Ohne Rechtsfehler hat das Landesarbeitsgericht neben den Antragstellern sowohl die Beteiligten zu 9. und 10. als die Personen, deren Wahl als Aufsichtsratsmitglieder nichtig (hilfsweise unwirksam) sein soll *(vgl. dazu BAG 15. Mai 2019 - 7 ABR 35/17 - Rn. 17 mwN)*, als auch die Beteiligte zu 11. als vorschlagende Gewerkschaft *(vgl. dazu BAG 15. Mai 2019 - 7 ABR 35/17 - Rn. 20 mwN)* nach § 83 Abs. 3 ArbGG gehört. 29

c) Der Hauptantrag ist begründet. Die am 30./31. Juli 2019 durchgeführte Wahl der Beteiligten zu 9. und 10. ist nichtig. 30

aa) Die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer ist wegen der damit verbundenen weitreichenden Folgen nur in besonderen Ausnahmefällen nichtig. Von einem solchen Ausnahmefall ist auszugehen, wenn bei der Wahl gegen fundamentale Wahlgrundsätze in so hohem Maße verstoßen wurde, dass nicht einmal mehr der Anschein einer ordnungsgemäßen Wahl vorliegt *(BAG 15. Mai 2019 - 7 ABR 35/17 - Rn. 27)*, oder die Voraussetzungen für die Wahl nicht vorliegen *(vgl. BAG 13. März 2013 - 7 ABR 47/11 - Rn. 13, BAGE 144, 330)*, beispielsweise, weil die erstmalige Wahl der Arbeitnehmervertreter ohne vorheriges Statusverfahren durchgeführt wurde *(vgl. zum DrittelbG BAG 16. April 2008 - 7 ABR 6/07 - Rn. 21, BAGE 126, 286; vgl. auch Raiser in Raiser/Veil/Jacobs MitbestG 7. Aufl. § 6 MitbestG Rn. 7)*. 31

bb) Für die am 30./31. Juli 2019 durchgeführte, erstmalige Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat fehlt es an der Voraussetzung des Statusverfahrens nach §§ 97 ff. AktG. Dieses hätte vor der Einleitung der Wahl - ungeachtet eines in diesem Zeitpunkt nicht bestehenden Streits über das einschlägige Mitbestimmungsstatut - durchgeführt werden müssen. Ohne seine vorherige Durchführung ist eine nach Maßgabe des MitbestG durchgeführte Wahl von Arbeitnehmervertretern für den Aufsichtsrat bei einer - wie hier - bisher aufsichtsratslosen GmbH nichtig *(ebenso Giedinghagen in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt GmbHG 3. Aufl. § 52 Rn. 42; Koch AktG 16. Aufl. § 96 Rn. 13; Henssler/Michel SAE 2009, 134, 139; Jannot/Gressinger BB 2013, 2120; MüKoAktG/Habersack 5. Aufl. § 96 Rn. 32; Nießen in Gehrlein/Born/Simon GmbHG 5. Aufl. § 52 Rn. 9; Noack/Servatius/Haas/Noack GmbHG 23. Aufl. § 52 Rn. 15; Oetker in Hirte/Mülbert/Roth Großkomm. AktG 5. Aufl. § 6 MitbestG Rn. 3)*. 32

(1) Die Durchführung des Statusverfahrens der §§ 97 ff. AktG vor einer Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach Maßgabe des MitbestG ist bei einer bisher aufsichtsratslosen GmbH mitbestimmungs- und aktienrechtlich vorgegeben. 33

(a) Nach § 1 Abs. 1 MitbestG haben in Unternehmen, die ua. in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung betrieben werden und in der 34

Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen, die Arbeitnehmer ein Mitbestimmungsrecht nach Maßgabe des MitbestG. Nach § 6 Abs. 1 MitbestG ist bei den in § 1 Abs. 1 MitbestG bezeichneten Unternehmen - soweit sich dies nicht schon aus anderen gesetzlichen Vorschriften ergibt - ein Aufsichtsrat zu bilden. Eigenständige Bedeutung hat diese Vorschrift im Wesentlichen für die GmbH, da Aktiengesellschaften *(§§ 95 ff. AktG)*, Kommanditgesellschaften auf Aktien *(§ 278 Abs. 3 iVm. §§ 95 ff. AktG)* sowie Genossenschaften *(§ 9 Abs. 1 GenG)* bereits nach den einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen zur Aufsichtsratsbildung verpflichtet sind. Gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 MitbestG bestimmen sich die Bildung und die Zusammensetzung des Aufsichtsrats nach den §§ 7 bis 24 des MitbestG und, soweit sich dies nicht schon aus anderen gesetzlichen Vorschriften ergibt, nach § 96 Abs. 4, den §§ 97 bis 101 Abs. 1 und 3 und den §§ 102 bis 106 des Aktiengesetzes (AktG) mit der - hier nicht einschlägigen - Maßgabe hinsichtlich der Wählbarkeit eines Prokuristen als Aufsichtsratsmitglied der Arbeitnehmer. § 6 Abs. 2 Satz 1 MitbestG verweist - anders als der wörtliche Ausdruck von § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG *(vgl. hierzu BAG 16. April 2008 - 7 ABR 6/07 - BAGE 126, 286)* - nicht nur für die Zusammensetzung, sondern auch für die „Bildung“ des Aufsichtsrats auf das Statusverfahren nach § 96 Abs. 4 bis § 99 AktG *(vgl. Oetker Anm. zu BAG 16. April 2008 - 7 ABR 6/07 - AP AktG § 98 Nr. 1)*. § 27 EGAktG bestimmt, dass die unmittelbar nur für Aktiengesellschaften geltenden § 96 Abs. 4, §§ 97 bis 99 AktG ua. auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung sinngemäß anzuwenden sind. Aus all dem folgt, dass stets und ungeachtet eines Streits über die Voraussetzungen der Anwendung des MitbestG das Statusverfahren nach §§ 97 ff. AktG durchzuführen ist, bevor in einer GmbH erstmals der nach dem MitbestG obligatorische Aufsichtsrat gebildet und eine Wahl von Arbeitnehmern als Aufsichtsratsmitglieder eingeleitet wird *(ebenso Fuchs/Köstler/Pütz Handbuch zur Aufsichtsratswahl 7. Aufl. Rn. 953; Habersack in Habersack/Henssler 4. Aufl. § 6 MitbestG Rn. 11; ErfK/Oetker 23. Aufl. MitbestG § 6 Rn. 2; ders. in Hirte/Mülbert/Roth Großkomm. AktG 5. Aufl. § 6 MitbestG Rn. 3; Scholz/Illner in Beck´sches Handbuch der GmbH 6. Aufl. § 6 Rn. 26; HWK/Seibt 10. Aufl. § 6 MitbestG Rn. 3; ders. in Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*

Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen 6. Aufl. Rn. F 191; Jannott/Gressinger BB 2013, 2120; MHdB ArbR/Uffmann 5. Aufl. Bd. 4 § 372 Rn. 7 f.; WKS/Wißmann 5. Aufl. MitbestG § 6 Rn. 7; vgl. zum DrittelbG BAG 16. April 2008 - 7 ABR 6/07 - Rn. 17, aaO und hierzu Lembke/Fesenmeyer BB 2008, 2182).

(b) Entsprechendes folgt aus Normzweck und Regelungsgegenstand der Bestimmungen zum Status-(oder Überleitungs-)verfahren von §§ 97 bis 99 AktG. 35

(aa) Das strikt formalisierte Verfahren dient der Feststellung der richtigen Zusammensetzung des Aufsichtsrats und gewährleistet die sichere Überleitung von einem Mitbestimmungsmodell in ein anderes *(vgl. zB Hopt/Roth in Hirte/Mülbert/Roth Großkomm. AktG 5. Aufl. § 97 Rn. 3)*. Hierfür wird in einem ersten Schritt geklärt, nach welchen gesetzlichen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammenzusetzen ist, wozu entweder eine Bekanntmachung gemäß § 97 Abs. 1 AktG oder die Beantragung einer gerichtlichen Entscheidung gemäß § 98 AktG erfolgt. In dem darauffolgenden zweiten Schritt wird die Zusammensetzung des Aufsichtsrats verändert *(zu all dem vgl. zB Drygala in K. Schmidt/Lutter AktG 4. Aufl. § 97 Rn. 1 ff.)*. Der Aufsichtsrat ist auch dann nicht nach den für ihn maßgebenden gesetzlichen Vorschriften „zusammengesetzt“, wenn in einer GmbH ein solcher trotz obligatorischer Bildung nach den mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften nicht besteht. Damit umfasst das Statusverfahren der §§ 97 bis 99 AktG aber auch die Klärung der Frage, ob bei einer GmbH überhaupt ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu bilden ist *(ebenso Bayerisches Oberstes Landesgericht 29. März 2021 - 101 ZBR 1/21 -)*. 36

(bb) Diese Klärung hängt nach der gesetzlichen Konzeption nicht vom Bestehen eines irgendwie gearteten Streits über das anzuwendende Mitbestimmungsstatut ab. 37

(aaa) § 97 AktG sieht ein einzuleitendes außergerichtliches Verfahren vor, das ergänzt wird durch die nach §§ 98, 99 AktG auf Antrag bestimmter Antragsberechtigter ergehende gerichtliche Entscheidung. Allein das gerichtliche Verfahren ist gemäß § 98 Abs. 1 AktG daran gebunden, dass „streitig oder ungewiss“ ist, 38

nach welchen gesetzlichen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammenzusetzen ist. Es kommt nur dann zum Zuge, wenn die vorangegangene Bekanntmachung innerhalb Monatsfrist angegriffen wird oder insgesamt ausbleibt *(ausf. dazu zB Kolb in Drinhausen/Eckstein Beck'sches Handbuch der AG 3. Aufl. § 7 Rn. 43 ff.)*. Die Voraussetzung des Bestehens eines Streits oder einer Ungewissheit betrifft also von vornherein nur das gerichtliche Verfahren. Sie ist im Übrigen - ungeachtet differenzierter Ansichten im aktienrechtlichen Schrifttum *(ausf. dazu Hopt/Roth in Hirte/Mülbert/Roth Großkomm. AktG 5. Aufl. § 98 Rn. 9 mwN; zT wird ihr eine eigenständige Bedeutung für die Zulässigkeit eines Antrags nach § 98 Abs. 1 AktG sogar abgesprochen, vgl. etwa Kölner Komm AktG/Mertens/ Cahn 3. Aufl. §§ 97-99 Rn. 4)* - jedenfalls dann erfüllt, wenn eine Bekanntmachung iSd. § 97 AktG trotz mitbestimmungsrechtlich obligatorischer Aufsichtsratsbildung unterbleibt *(vgl. BVerfG 9. Januar 2014 - 1 BvR 299/13 - Rn. 28)*.

(bbb) Sieht die Geschäftsführung einer bislang aufsichtsratslosen GmbH für die Bildung eines Aufsichtsrats nach dem MitbestG (oder DrittelbG) keine Veranlassung und leitet sie kein Verfahren nach § 97 AktG ein, können ua. der Gesamtbetriebsrat oder der Betriebsrat nach § 98 Abs. 2 Nr. 4 und Nr. 6 AktG eine gerichtliche Entscheidung in einem Statusverfahren nach § 98 Abs. 1 AktG beantragen. Die Errichtung des Aufsichtsrats und ihre etwaige Erzwingung folgen somit eigenen Regeln, wonach sie auch beim mitbestimmungsrechtlich obligatorischen Aufsichtsrat einer GmbH den statusverfahrensrechtlichen Besonderheiten unterliegen und in diesem speziellen Verfahren gesetzlich durchsetzbar konstruiert sind. Das Verfahren ist selbst dann durchzuführen, wenn sich alle Beteiligten über die Auslegung der (mitbestimmungs-)gesetzlichen Grundlagen einig sind *(so ausdrücklich auch BVerfG 9. Januar 2014 - 1 BvR 299/13 - Rn. 28)*. 39

(ccc) Gegenteiliges folgt entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerden nicht aus der von ihnen herangezogenen Senatsentscheidung vom 16. April 2008 *(- 7 ABR 6/07 - BAGE 126, 286)*. Der zu dieser Entscheidung verfasste Leitsatz - wonach bei einem Streit zwischen einem Unternehmen und dem Gesamtbetriebsrat oder Betriebsrat, ob bei einer bislang aufsichtsratslosen GmbH nach den Bestimmungen des Drittelbeteiligungsgesetzes ein Aufsichtsrat zu bilden ist, vor 40

der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer ein Statusverfahren nach § 27 EGAktG, § 98 Abs. 1 AktG vor dem dafür allein zuständigen Landgericht durchgeführt werden muss - nimmt die konkrete Konstellation des entschiedenen Verfahrens in den Blick. Seine Formulierung bezieht sich allein auf den gerichtlichen Teil des Statusverfahrens *(§ 98 AktG)* und beinhaltet keinen - quasi im „Umkehrschluss“ aufgestellten - Rechtssatz, es bedürfe keines Statusverfahrens vor der erstmaligen Bildung eines Aufsichtsrats bei einer bislang aufsichtsratslosen GmbH, wenn sich die Beteiligten über das einschlägige Mitbestimmungsstatut nicht streiten. Entsprechend ist der Senat in der Folgezeit unter Bezugnahme auf die Entscheidung vom 16. April 2008 ohne Weiteres davon ausgegangen, dass die erstmalige Wahl von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat ohne vorheriges Statusverfahren nichtig ist *(ausdr. BAG 13. März 2013 - 7 ABR 47/11 - Rn. 13, BAGE 144, 330).*

(c) Der in § 96 Abs. 4 AktG verankerte Kontinuitätsgrundsatz streitet ebenso 41
für die zwingende Durchführung eines Statusverfahrens vor der erstmaligen Bildung eines Aufsichtsrats nach dem MitbestG in einer GmbH. Gemäß dieser Vorschrift kann der Aufsichtsrat nach anderen als den zuletzt angewandten gesetzlichen Vorschriften nur zusammengesetzt werden, wenn nach § 97 AktG oder nach § 98 AktG die in der Bekanntmachung oder in der gerichtlichen Entscheidung angegebenen gesetzlichen Vorschriften anzuwenden sind. Die Bestimmung gewährt dem Aufsichtsrat einen Bestandsschutz und dient der Rechtssicherheit, indem dessen Funktionsfähigkeit und Kontinuität sichergestellt ist *(vgl. MüKoAktG/Habersack 5. Aufl. § 96 Rn. 61; Henssler/Michel SAE 2009, 134, 137; BeckOGK/Spindler Stand 1. Oktober 2022 § 96 AktG Rn. 64)*. Demnach führt selbst ein unstreitiger Wechsel des anwendbaren Mitbestimmungsregimes nicht dazu, dass ohne Statusverfahren eine Änderung der Zusammensetzung des Aufsichtsrats durchgeführt werden darf *(MünchHdB GesR/Hoffmann-Becking 5. Aufl. Bd. 4 § 28 Rn. 54; Henssler/Michel SAE 2009, 134, 135)*. Im Rahmen der nach § 27 EGAktG gebotenen sinngemäßen Anwendung des § 96 Abs. 4 AktG auf die GmbH bedeutet dies, dass in einer aufsichtsratslosen Gesellschaft nach dem Kontinuitätsprinzip grundsätzlich kein Aufsichtsrat zu bilden ist, solange nicht aufgrund eines Statusverfahrens feststeht, dass dieser sich nach dem

MitbestG - oder dem DrittelbG - zusammensetzt *(vgl. zum DrittelbG BAG 16. April 2008 - 7 ABR 6/07 - Rn. 17, BAGE 126, 286; zur Sonderproblematik des ersten Aufsichtsrats bei der nach dem MitbestG aufsichtsratspflichtigen GmbH vgl. auch Oetker ZGR 2000, 19, 42 f.)*. Ohne Durchführung des formalisierten Statusverfahrens kommt es zu keiner verbindlichen Bildung (oder Anpassung) des (bestehenden) Aufsichtsrats, falls der obligatorische Aufsichtsrat nicht besteht (oder falsch zusammengesetzt ist).

(d) Für die Notwendigkeit der Durchführung eines Statusverfahrens vor der erstmaligen Bildung eines Aufsichtsrats nach dem MitbestG spricht schließlich § 37 Abs. 1 MitbestG *(vgl. Raiser in Raiser/Veil/Jacobs MitbestG 7. Aufl. § 37 MitbestG Rn. 1)*. Nach Satz 1 dieser Vorschrift treten andere als die in § 97 Abs. 2 Satz 2 AktG bezeichneten Bestimmungen der Satzung (des Gesellschaftsvertrags), die mit den Vorschriften des MitbestG nicht vereinbar sind, mit dem in § 97 Abs. 2 Satz 2 AktG bezeichneten Zeitpunkt oder, im Fall einer gerichtlichen Entscheidung, mit dem in § 98 Abs. 4 Satz 2 AktG bezeichneten Zeitpunkt außer Kraft. Diese gesetzlichen Zeitpunkte knüpfen ihrerseits an die Beendigung des Statusverfahrens an. Ohne ein solches träte der in § 37 Abs. 1 MitbestG bezeichnete Zeitpunkt nicht ein. 42

(2) Vorliegend war bis zum maßgeblichen Zeitpunkt der Einleitung der streitgegenständlichen Wahl das erforderliche Statusverfahren nicht durchgeführt. 43

(a) Die Geschäftsführung der Beteiligten zu 4. hatte keine Bekanntmachung nach § 97 Abs. 1 AktG veranlasst. 44

(aa) Nach § 97 Abs. 1 AktG *(in dessen sinngemäßer Anwendung gemäß § 27 EGAktG)* - als Teil des in §§ 97 bis 99 AktG formalisierten Verfahrens - hat die Geschäftsführung einer GmbH, wenn sie der Ansicht ist, dass der Aufsichtsrat nicht nach den für ihn maßgebenden gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzt ist, dies unverzüglich in den Gesellschaftsblättern *(zumindest im Bundesanzeiger, vgl. Giedinghagen in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt GmbHG 3. Aufl. § 52 Rn. 42a)* und gleichzeitig durch Aushang gemäß näher geregelten 45

Maßgaben bekannt zu machen. In der Bekanntmachung sind die nach Ansicht der Geschäftsführung maßgebenden gesetzlichen Vorschriften anzugeben.

(bb) Bei der „Bekanntmachung“ der Beteiligten zu 4. vom 21. November 2018 handelte es sich um eine solche iSd. § 2 der 2. WOMitbestG. Den Anforderungen des § 97 Abs. 1 AktG genügte dies nicht. Es fehlten jedenfalls der Hinweis auf die Folgen bei unterbliebener fristgerechter Anrufung des zuständigen Gerichts *(§ 97 Abs. 1 Satz 3 AktG)* sowie die Veröffentlichung im Bundesanzeiger *(§ 97 Abs. 1 Satz 1 AktG)*. 46

(b) Eine gerichtliche Entscheidung iSd. §§ 98, 99 AktG lag gleichfalls (noch) nicht vor. 47

III. Der hilfsweise angebrachte Wahlanfechtungsantrag fällt nicht zur Entscheidung an. 48

Schmidt Waskow Klose

Glatt-Eipert Donath

ECLI:DE:BAG:2023:090223.B.7ABR6.22.0