

BUNDESARBEITSGERICHT



7 ABR 56/10
7 TaBV 88/09
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
15. Dezember 2011

BESCHLUSS

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren mit den Beteiligten

1.

Antragsteller, Beschwerdeführer und Rechtsbeschwerdeführer,

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

Streithelferin,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 15. Dezember 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Gallner und Schmidt sowie den ehrenamtlichen Richter Prof. Dr. Deinert und die ehrenamtliche Richterin Donath für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 12. Mai 2010 - 7 TaBV 88/09 - wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer Wahl von fünf Arbeitnehmervetretern in den Aufsichtsrat der R Aktiengesellschaft (R AG). 1

Die R AG beschäftigt idR weniger als 500 Arbeitnehmer. Sie ist keine Familiengesellschaft und vor dem 10. August 1994 eingetragen worden. 2

Der zu 1. beteiligte Antragsteller ist der Vorstandsvorsitzende der R AG. Er war bei Einleitung dieses Verfahrens alleiniges Vorstandsmitglied der R AG. Die Beteiligten zu 2. bis 6. sind die in den Aufsichtsrat gewählten Arbeitnehmervertreter. Beteiligte zu 9. ist die R Bahn GmbH & Co. KG (*R Bahn*). 3

Die R AG gliederte mit Wirkung vom 1. Januar 2007 ihren Bahnbetrieb aus und brachte das gesamte dem Bahnbetrieb zuzuordnende Vermögen in Form der Einzelrechtsübertragung in die R Bahn ein. Die R AG verpachtete alle für den Bahnbetrieb erforderlichen Grundstücke einschließlich der Aufbauten an die R Bahn. Die Arbeitsverhältnisse der zum Bahnbetrieb gehörenden Arbeitnehmer gingen auf die R Bahn über. Alleinige persönlich haftende Gesellschafterin der R Bahn ist die R Bahn Verwaltungsgesellschaft mbH, deren einzige Gesellschafterin die R AG ist. Die R AG ist an der R Bahn als einzige Kommanditistin mit einer Einlage von 500.000,00 Euro beteiligt. Zum alleinigen Geschäftsführer der R Bahn Verwaltungsgesellschaft mbH ist Herr K bestellt, der zuvor für die R AG als verantwortlicher Leiter des Bahnbetriebs tätig war. Er ist zugleich zum Bahnbetriebsleiter der R Bahn bestellt. 4

Gegenstand des Unternehmens der R Bahn ist nach dem Gesellschaftsvertrag, den bisher von der R AG unterhaltenen Bahnbetrieb in D mit allen zugehörigen Rechten, Pflichten und Tätigkeiten als rechtlich selbständiges Unternehmen in eigenem Namen und für eigene Rechnung zu führen. Die R Bahn führt im Auftrag der an das Gleisnetz angeschlossenen Anschließergemeinschaft die Zustellung und Abholung von Güterwagen zu und von den verschiedenen Übergabestellen durch. Sie befördert für andere Bahntransportunternehmen Güterwagen und Güterzüge an der Übergabestelle Bahnhof D im Netzbetrieb der N AG zu oder von den Anschlussinhabern. Außerdem führt sie den Betrieb der Werftbahn R. 5

Für den Bahnbetrieb gilt die ursprünglich von der R AG und den Anschlussinhabern des Privatbahnunternehmens schon 1899 getroffene Vereinbarung „Allgemeine Bedingungen für die Anschlussanlagen auf den R AG“. 6

Dieser sog. Jahrhundertvertrag wurde am 17. September 1975 geändert. Nach § 1 des Vertrags idF vom 17. September 1975 bilden die R (AG) und die Anschlussinhaber einen Arbeitsausschuss mit erörternder und beratender Funktion. Eine weitere Änderung des sog. Jahrhundertvertrags vom 31. März 2010 sieht vor, dass eine Schiedsstelle zu schaffen ist. Die von den Anschlussinhabern an die R Bahn zu zahlenden Beförderungsgebühren für die im Bahnbetrieb zu befördernden Wagen bestimmen sich letztendlich anhand der effektiven Kosten des Bahnbetriebs nach Abzug sonstiger Einnahmen aus dem Bahnbetrieb außerhalb der Beförderungsgebühren. Zu diesem Zweck wird von der R Bahn jährlich im Voraus ein Budget angesetzt, das auf den zu erwartenden effektiven Kosten (*Planzahlen*) basiert. Sobald die effektiven Kosten vorliegen, wird anhand dieser Daten die Abrechnung für die zu befördernden Wagen erstellt. Die Budgetierung und die Jahresabrechnung werden jährlich von einem von den Anschlussinhabern ausgewählten Wirtschaftsprüfer geprüft. Die im Rahmen des Bahnbetriebs getätigten Investitionen müssen zunächst mit den Anschlussinhabern abgestimmt werden. Der gesamte aus dem Bahnbetrieb erzielte Gewinn steht allein den Anschlussinhabern zu. Im Jahresabschluss festgestellte Verluste haben die Anschlussinhaber zu tragen.

In § 5 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags der R Bahn vom 29. Dezember 2006 ist geregelt:

7

- „(2) Die persönlich haftende Gesellschafterin bedarf im Innenverhältnis der vorherigen Zustimmung durch Beschluss der Gesellschafterversammlung für folgende Rechtsgeschäfte und rechtsgeschäftliche Maßnahmen, und zwar
- a) Erwerb, Veräußerung und Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sowie Verfügungen über dieselben;
 - b) Abschluss und Änderung von Unternehmensverträgen iSd. §§ 291 und 292 AktG;
 - c) Übernahme, Änderung und Beendigung von Beteiligungen;
 - d) Wirtschaftsplan und Feststellung des Jahresabschlusses;
 - e) Abschluss, Änderung und Beendigung von

Gleisanschlussverträgen, Infrastrukturan-schlussverträgen, Geschäftsführungsverträgen mit Anschlussinhabern und vergleichbaren Verträgen;

- f) Investitionsmaßnahmen, soweit sie im Einzelfall € 25.000,00 übersteigen. Hiervon ausgenommen sind Reparaturen und Instandsetzungen.
- g) Bewilligung von Tantiemen, Gratifikationen und Pensionen an Mitarbeiter der Gesellschaft;
- h) Einstellung und Höhergruppierung von Mitarbeitern;
- i) Pacht-, Miet- und Leasingverträge, die über den üblichen Rahmen hinausgehen, insbesondere mit längerer Dauer ab 5 Jahren oder Jahresleistungen von mehr als € 25.000,00;
- j) Aufnahme von Bank- und anderen Krediten sowie An- und Verkauf von Wertpapieren;
- k) Gewährung von Darlehen;
- l) Übernahme von Bürgschaften, Garantien, Schuldversprechen oder ähnlichen Haftungen;
- m) Verteilung und Widerruf von Prokuren oder Handlungsvollmachten;
- n) alle sonstigen Maßnahmen von wesentlicher oder grundsätzlicher Bedeutung, die über den normalen Geschäftsbetrieb hinausgehen;
- o) soweit dies in einer von der Gesellschafterversammlung für die Geschäftsführung erlassenen Geschäftsordnung bestimmt ist.

Durch Gesellschafterbeschluss kann die Aufstellung zustimmungsbedürftiger Geschäfte erweitert oder beschränkt werden.“

Die Geschäftstätigkeit der R AG umfasst vor allem den Erwerb, die Verwaltung und die Verwertung von Immobilien, die Vermittlung von Grundstücksgeschäften sowie die Planung und Realisierung von Immobilienkonzepten. Die R AG erbringt aufgrund eines Geschäftsbesorgungsvertrags Dienstleistungen für die R Bahn in den Bereichen Buchhaltung, Personalabrechnung, Rechnungswesen und Bauverwaltung. Dafür erhält die R AG von der R Bahn eine Pauschale für Dienstleistungen und Sachüberlassungen von 15 % des

8

Gesamtaufwands des R Bahnbetriebs, den die R Bahn als Verwaltungspauschale von den Anschlussinhabern erhält. Mit dieser Pauschale ist zugleich der Pachtzins gegenüber der R AG abgegolten. Im Prüfbericht der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ist für das Jahr 2007 ausgeführt, das Rechnungs- und Berichtswesen ermögliche es der R AG, die Tochtergesellschaft R Bahn zu steuern und zu überwachen, weil das Rechnungswesen von Arbeitnehmern der R AG erledigt werde.

Der bei der R AG gebildete Wahlvorstand für die Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat erließ am 30. Juli 2008 ein Wahlausschreiben. Darin heißt es in Auszügen:

9

„5. Einsprüche gegen die Richtigkeit der Wählerliste können nur innerhalb von 1 Woche seit Erlass des Wahlausschreibens, also bis spätestens 06.08.2008, 16:00 Uhr beim Wahlvorstand schriftlich eingelegt werden.

...

6. Die Wahlberechtigten und der Betriebsrat können vor Ablauf von 2 Wochen seit Erlass dieses Wahlausschreibens Wahlvorschläge beim Wahlvorstand einreichen, also spätestens bis 13.08.2008, 16:00 Uhr.

...

...

10. Einsprüche, Wahlvorschläge und sonstige Erklärungen können den Mitgliedern des Wahlvorstandes schriftlich mitgeteilt werden.“

Mit E-Mail vom 8. August 2008 teilte der Wahlvorstand allen Arbeitnehmern auszugsweise mit:

10

„Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,
im Nachgang zu dem Wahlausschreiben vom 30.07.2008 und zur Beantwortung einer Frage aus der Belegschaft stellen wir Folgendes klar:

1. Zu Punkt 6 des Wahlausschreibens:

Wahlvorschläge können am 13.08.2008 selbstverständlich auch noch nach 16:00 Uhr beim Wahlvorstand eingereicht werden; hierzu steht in der Zentrale der R Verwaltung ein Postfach ‚Wahlvorstand‘

bereit.“

Der Wahlvorstand machte die Wahlvorschläge am 14. August 2008 bekannt. Die Wahl wurde am 17. September 2008 durchgeführt. Die Arbeitnehmerin V, die sich in der Freistellungsphase eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses befand, nahm an der Wahl teil. An der Wahl nahmen auch die 19 Arbeitnehmer der R Bahn teil. Auf die Beteiligten zu 2. bis 6. entfielen 50 bis 31 Stimmen, auf die nächste, nicht gewählte Wahlbewerberin 23 Stimmen. Das Wahlergebnis wurde am 24. September 2008 im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht.

11

Mit seinem am 7. Oktober 2008 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antrag hat der Antragsteller die Unwirksamkeit der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, das Wahlausschreiben sei fehlerhaft, weil die Einspruchsfrist zu kurz bemessen gewesen sei. Sie sei erst am 6. August 2008, 24:00 Uhr, oder mit dem allgemeinen Dienstschluss abgelaufen. Nr. 10 des Wahlausschreibens sei fehlerhaft formuliert, weil der unzutreffende Eindruck entstanden sei, dass die Arbeitnehmer für Einsprüche gegen die Wählerliste die Wahl gehabt hätten, die Schriftform einzuhalten oder nicht. Die Frist, um Wahlvorschläge einzureichen, sei falsch berechnet. Die Korrektur am 8. August 2008 sei zu spät erfolgt. Auch die Wahl selbst sei fehlerhaft, weil die in der Freistellungsphase des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses befindliche Frau V an ihr teilgenommen habe. Jedenfalls hätten die 19 Arbeitnehmer der R Bahn nicht mitwählen dürfen. Die R Bahn sei zwar ein von der R AG abhängiges Unternehmen iSv. § 17 AktG. Sie stehe aber nicht unter der einheitlichen Leitung der R AG. Die Vermutung des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG sei widerlegt. Es genüge nicht, dass die R AG die Leitung ausüben könne. Der beherrschende Einfluss müsse auch tatsächlich ausgeübt werden. Das sei nicht der Fall. Es gebe insbesondere keine einheitliche Finanzplanung.

12

Der Antragsteller hat beantragt,

die Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat der R Aktiengesellschaft (R AG) vom 17. September 2008 für

13

unwirksam zu erklären.

Die Beteiligten zu 2. bis 6. haben beantragt, den Antrag abzuweisen. Sie haben gemeint, dem Antragsteller sei es nicht gelungen, die Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG zu widerlegen. Die Verwaltungsstrukturen seien auch nach der Ausgliederung des Bahnbetriebs weitgehend bei der R AG verblieben. Nach dem „Jahrhundertvertrag“ sei die Erörterung von Investitionen mit den Anschlussinhabern vorgesehen. Gleiches gelte für das Jahresbudget. Die R AG treffe alle bei der R Bahn anfallenden Personalentscheidungen. 14

Das Arbeitsgericht hat den Antrag abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Beschwerde des Antragstellers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Antragsteller seinen Antrag weiter. Die zu 9. beteiligte R Bahn ist dem Rechtsbeschwerdeverfahren aufseiten des Antragstellers beigetreten und schließt sich seinem Antrag an. 15

B. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben den Wahlanfechtungsantrag zu Recht abgewiesen. Die formellen Erfordernisse einer Anfechtung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat sind gewahrt. Die Wahl der zu 2. bis 6. beteiligten Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat der R AG ist aber wirksam. 16

I. Die formellen Voraussetzungen des Wahlanfechtungsverfahrens sind erfüllt. Die Wahlanfechtung ist statthaft. Der Antragsteller ist anfechtungsbe-rechtigt. Der Antrag ist fristgerecht beim Arbeitsgericht eingegangen. 17

1. Die Wahlanfechtung ist statthaft. Nach § 11 Abs. 1 DrittelbG kann die Wahl eines oder mehrerer Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer angefochten werden, wenn die Wahl fehlerhaft war. § 11 DrittelbG ist anzuwenden, obwohl die R AG idR weniger als 500 Arbeitnehmer beschäftigt, weil sie vor dem 10. August 1994 eingetragen wurde und keine Familiengesellschaft ist. Die R AG ist nach § 96 Abs. 1 Var. 4 AktG iVm. § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 DrittelbG 18

verpflichtet, einen mitbestimmten Aufsichtsrat zu bilden, der aus 15 Mitgliedern besteht. Dem Aufsichtsrat müssen fünf Arbeitnehmervertreter angehören.

2. Der Antragsteller ist nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 DrittelbG zur Anfechtung der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer berechtigt. Dem steht nicht entgegen, dass dem Vorstand der R AG inzwischen zwei Mitglieder angehören. Der Vorstandsvorsitzende, der das Verfahren eingeleitet hat, als er noch einziges Vorstandsmitglied der R AG war, handelt für das Vertretungsorgan des Unternehmens. 19

3. Die Anfechtungsfrist des § 11 Abs. 2 Satz 2 DrittelbG von zwei Wochen nach der Veröffentlichung des Wahlergebnisses im elektronischen Bundesanzeiger ist eingehalten. Das Wahlergebnis wurde am 24. September 2008 im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht. Die Wahlanfechtung ist am 7. Oktober 2008 beim Arbeitsgericht eingegangen. 20

II. Die Wahlanfechtung ist unbegründet. Die Wahl ist wirksam, wie die Vorinstanzen zutreffend erkannt haben. Das Wahlausschreiben ist ordnungsgemäß. Die Verkürzung der Fristen für Einsprüche gegen die Wählerliste und für Wahlvorschläge um wenige Stunden ist unschädlich. Nr. 10 des Wahlausschreibens wird den Vorgaben des § 6 Abs. 1 Satz 1 WODrittelbG gerecht. Die Teilnahme der in der Freistellungsphase eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses befindlichen Arbeitnehmerin V an der Wahl hatte jedenfalls keinen Einfluss auf das Wahlergebnis. Der Wirksamkeit der Wahl steht auch nicht entgegen, dass die 19 Arbeitnehmer der R Bahn an ihr teilnahmen. Nach der Vermutung des § 17 Abs. 2 AktG ist die R Bahn von der Konzernobergesellschaft der R AG abhängig. Durch den Eintritt der Abhängigkeitsvermutung wird die Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG ausgelöst. Die Konzernvermutung ist nicht widerlegt. Die Arbeitnehmer der R Bahn durften deshalb nach § 2 Abs. 1 DrittelbG an der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat teilnehmen. 21

1. Nach § 11 Abs. 1 DrittelbG kann die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds der Arbeitnehmer angefochten werden, wenn gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden 22

und eine Berichtigung nicht erfolgt ist, es sei denn, dass durch den Verstoß das Wahlergebnis nicht geändert oder beeinflusst werden konnte.

2. Die am 17. September 2008 durchgeführte Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat leidet nicht an erheblichen formellen Fehlern des Wahlverfahrens. Die Teilnahme der Arbeitnehmerin V an der Wahl ist zumindest unschädlich. Die 19 bei der R Bahn beschäftigten Arbeitnehmer wurden zu Recht an der Wahl beteiligt. 23
- a) Die fehlerhafte Berechnung der Frist für Einsprüche gegen die Wählerliste ist unerheblich. 24
- aa) Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 WODrittelbG ist mit Erlass des Wahlausschreibens die Wahl eingeleitet. Nach § 5 Abs. 2 Nr. 4 WODrittelbG muss darin angegeben sein, dass Einsprüche gegen die Wählerliste (§ 6) nur innerhalb von einer Woche seit dem Erlass des Wahlausschreibens schriftlich beim Betriebswahlvorstand eingelegt werden können; der letzte Tag der Frist ist anzugeben. Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 WODrittelbG beträgt die Frist für Einsprüche gegen die Wählerliste eine Woche seit Erlass des Wahlausschreibens. 25
- bb) Die Frist für Einsprüche gegen die Wählerliste ist eine wesentliche Vorschrift des Wahlverfahrens. Sie ist nicht eingehalten. Der Verstoß führt jedoch nicht zur Unwirksamkeit der Wahl. 26
- (1) § 5 Abs. 2 Nr. 4 und § 6 Abs. 1 Satz 1 WODrittelbG sind wesentliche Vorschriften des Wahlverfahrens (*vgl. für die Betriebsratswahl BAG 4. Oktober 1977 - 1 ABR 37/77 - zu III 2 c der Gründe, AP BetrVG 1972 § 18 Nr. 2 = EzA BetrVG 1972 § 8 Nr. 3*). Es handelt sich nicht um bloße Ordnungsvorschriften. Die fehlerhafte Angabe der Einspruchsfrist gegen die Wählerliste kann Arbeitnehmer davon abhalten, Einspruch gegen die Wählerliste einzulegen, wenn die gesetzte Frist bereits verstrichen ist. 27
- (2) Der Wahlvorstand verkürzte die Frist für Einsprüche gegen die Wählerliste hier fehlerhaft. Das Wahlausschreiben wurde am 30. Juli 2008 erlassen. 28

Die einwöchige Frist endete damit nach § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB am 6. August 2008, grundsätzlich um 24:00 Uhr. Der Wahlvorstand verlegte den Ablauf der Einspruchsfrist davon abweichend bereits auf 16:00 Uhr vor. Das wäre nur dann unschädlich, wenn dieser Zeitpunkt dem Ende der Arbeitszeit der Mehrheit der Arbeitnehmer entspräche (*vgl. BAG 4. Oktober 1977 - 1 ABR 37/77 - zu III 2 c der Gründe, AP BetrVG 1972 § 18 Nr. 2 = EzA BetrVG 1972 § 8 Nr. 3*). Das ist hier nach den bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht der Fall.

(3) Die Verkürzung der Einspruchsfrist gegen die Wählerliste führt nicht zur Unwirksamkeit der Wahl. 29

(a) Nach § 11 Abs. 1 letzter Halbs. DrittelbG berechtigten Verstöße gegen wesentliche Wahlvorschriften dann nicht zur Anfechtung der Wahl, wenn die Verstöße das Wahlergebnis (*objektiv*) weder ändern noch beeinflussen konnten. 30

(b) Der Antragsteller hat hier nicht vorgetragen, dass weitere Einsprüche eingegangen wären, wenn der Ablauf der Frist auf den 6. August 2008, 24:00 Uhr, festgelegt worden wäre (*vgl. zu der Mitwirkungslast des Antragstellers BAG 4. Oktober 1977 - 1 ABR 37/77 - zu III 2 c der Gründe, AP BetrVG 1972 § 18 Nr. 2 = EzA BetrVG 1972 § 8 Nr. 3*). Es kann auf sich beruhen, ob zu verlangen ist, dass der Antragsteller wenigstens Anhaltspunkte dafür nennt, dass weitere Einsprüche eingegangen wären, oder ob vielmehr konkret festgestellt werden muss, dass auch dann kein anderes Wahlergebnis erzielt worden wäre, wenn die Wahlvorschriften eingehalten worden wären. Der Senat braucht auch nicht darüber zu entscheiden, ob Verläufe, die zwar theoretisch möglich sind, aber aller Lebenserfahrung widersprechen, nicht berücksichtigt zu werden brauchen (*vgl. WWKK/Wißmann 4. Aufl. § 22 MitbestG Rn. 27 mwN; siehe für die Betriebsratswahl auch Fitting 25. Aufl. § 19 Rn. 24; Kreuz GK-BetrVG 9. Aufl. § 19 Rn. 46*). Nach den Feststellungen des Arbeitsgerichts, auf die das Landesarbeitsgericht unangefochten verwiesen hat, hatte die Verkürzung der Einspruchsfrist keinen Einfluss auf das Wahlergebnis. Nach den getroffenen 31

Feststellungen spricht im konkreten Fall nichts dafür, dass am 6. August 2008, nach 16:00 Uhr, noch ein Einspruch eingegangen wäre.

- b) Der Umstand, dass der Wahlvorstand in Nr. 10 des Wahlausschreibens vom 30. Juli 2008 ausführte, Einsprüche gegen die Wählerliste könnten schriftlich bei seinen Mitgliedern eingereicht werden, verletzt keine Verfahrensvorschrift. Wie schon das Arbeitsgericht zutreffend angenommen hat, wiederholte er damit lediglich die Wortwahl des Verordnungsgebers (*vgl. § 6 Abs. 1 Satz 1 WODrittelbG*). Nr. 10 des Wahlausschreibens lässt auch keinen Zweifel daran, dass einzureichende Wahlvorschläge der Schriftform genügen mussten. 32
- c) Die zunächst fehlerhaft berechnete Frist, um Wahlvorschläge einzureichen, ist unschädlich. 33
- aa) Nach § 5 Abs. 2 Nr. 8 WODrittelbG muss im Wahlausschreiben angegeben werden, dass der Betriebsrat und die Arbeitnehmer innerhalb von zwei Wochen seit dem Erlass des Wahlausschreibens Wahlvorschläge einreichen können; der letzte Tag der Frist ist anzugeben. § 7 Abs. 1 Satz 2 WODrittelbG bestimmt, dass Wahlvorschläge innerhalb von zwei Wochen seit Erlass des Wahlausschreibens schriftlich beim Betriebswahlvorstand einzureichen sind. 34
- bb) Der Wahlvorstand berechnete die Frist hier zunächst unrichtig. Der Verfahrensverstoß wurde aber berichtigt. 35
- (1) Die Frist, um Wahlvorschläge einzureichen, endete nach § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB am 13. August 2008, 24:00 Uhr. Der Wahlvorstand verkürzte die Frist demgegenüber zunächst auf 16:00 Uhr. 36
- (2) Dieser Mangel wurde jedoch mit E-Mail vom 8. August 2008 rechtzeitig berichtigt. 37
- (a) In welchen Fällen berichtigt werden kann iSv. § 11 Abs. 1 DrittelbG, ist gesetzlich nicht geregelt. Sinn und Zweck einer Berichtigung im Wahlverfahren verlangen es, die Wirksamkeit der Wahl trotz eines wesentlichen Verstoßes gegen das Wahlverfahren zu erhalten, wenn so rechtzeitig berichtigt wird, dass 38

das Wahlrecht der Wahlberechtigten nicht eingeschränkt wird. Das ist der Fall, wenn das Wahlverfahren nach der Berichtigung noch ordnungsgemäß ablaufen kann (vgl. BAG 19. September 1985 - 6 ABR 4/85 - zu III 2 der Gründe, BAGE 50, 1).

(b) Mit der E-Mail vom 8. August 2008, die an alle Arbeitnehmer gerichtet war, wurde nach den Feststellungen des Arbeitsgerichts, auf die das Landesarbeitsgericht unangegriffen Bezug genommen hat, klargestellt, dass Wahlvorschläge am 13. August 2008 auch noch nach 16:00 Uhr eingereicht werden konnten. Damit wurde der ursprüngliche Fehler rechtzeitig vor dem Ende der Frist behoben. Das Wahlverfahren konnte danach ordnungsgemäß verlaufen. Im Übrigen behauptet auch der Antragsteller nicht, dass weitere Wahlvorschläge eingereicht worden wären, wenn die Frist hierfür bereits im Wahlausschreiben vom 30. Juli 2008 anstelle von 16:00 Uhr mit 24:00 Uhr angegeben worden wäre. Dafür bestehen auch keinerlei Anhaltspunkte. 39

d) Es ist unschädlich, dass die Arbeitnehmerin V, die sich im Zeitpunkt der Wahl in der Freistellungsphase des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses befand, mitwählte. Der Senat kann offenlassen, ob sie wahlberechtigt war. Ihre Teilnahme an der Wahl konnte das Wahlergebnis jedenfalls nicht beeinflussen. 40

aa) Nach § 11 Abs. 1 letzter Halbs. DrittelbG berechtigen Verstöße gegen wesentliche Wahlvorschriften dann nicht zur Anfechtung der Wahl, wenn die Verstöße das Wahlergebnis (*objektiv*) weder ändern noch beeinflussen konnten. Dafür ist entscheidend, ob eine Wahl bei hypothetischer Betrachtung ohne den Verstoß unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zwingend zu demselben Wahlergebnis geführt hätte. Eine verfahrensfehlerhafte Wahl muss nicht wiederholt werden, wenn sich konkret feststellen lässt, dass auch bei Einhaltung der Wahlvorschriften kein anderes Wahlergebnis erzielt worden wäre. Kann diese Feststellung nicht getroffen werden, bleibt es bei der Unwirksamkeit der Wahl (st. Rspr. für die Betriebsratswahl, vgl. BAG 21. Januar 2009 - 7 ABR 65/07 - Rn. 29, AP BetrVG 1972 § 19 Nr. 61 = EzA BetrVG 2001 § 19 Nr. 7; 25. Mai 2005 - 7 ABR 39/04 - zu B II 2 d aa der Gründe, BAGE 115, 34). 41

- bb) Die Vorinstanzen haben zutreffend angenommen, dass die Teilnahme der Arbeitnehmerin V an der Wahl das Wahlergebnis nicht beeinflussen konnte. 42
- (1) Eine Beeinflussung des Wahlergebnisses ist ausgeschlossen, wenn ein nicht wahlberechtigter Arbeitnehmer mitgewählt hat, der Stimmunterschied aber so groß ist, dass das Wahlergebnis nicht geändert wird, wenn seine Stimme eliminiert wird, sondern dieselben Personen in derselben Reihenfolge aus denselben Listen gewählt wären (*vgl. BAG 14. September 1988 - 7 ABR 93/87 - zu B IV 2 der Gründe, BAGE 59, 328*). 43
- (2) Die Teilnahme der Arbeitnehmerin V an der Wahl wirkte sich aufgrund des Abstands der Stimmen für die gewählten Arbeitnehmervertreter untereinander von 50 bis 31 Stimmen und der Stimmzahl der nächsten Wahlbewerberin von 23 Stimmen nicht auf das Wahlergebnis aus. 44
- e) Schließlich liegt auch kein Verstoß gegen eine wesentliche Vorschrift des Wahlrechts darin, dass die 19 Arbeitnehmer, die bei der R Bahn beschäftigt waren, die Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat mitwählten. Im Verhältnis der R AG und der R Bahn ist ein Konzerntatbestand iSv. § 2 Abs. 1 DrittelbG iVm. §§ 16 bis 18 AktG verwirklicht. Die R Bahn ist ein abhängiges Unternehmen iSv. § 17 AktG. Die Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG ist nicht widerlegt. 45
- aa) Nach § 2 Abs. 1 DrittelbG nehmen an der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens eines Konzerns (§ 18 Abs. 1 AktG) auch die Arbeitnehmer der übrigen Konzernunternehmen teil. Die Verweisung auf § 18 Abs. 1 AktG zeigt, dass kein eigenständiger mitbestimmungsrechtlicher Konzernbegriff gilt. Maßgeblich sind die Regelungen des Aktiengesetzes. Aufgrund der Verweisung auf § 18 Abs. 1 AktG setzt die Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens durch Arbeitnehmer anderer Konzernunternehmen einen sog. Unterordnungskonzern voraus. Nach § 18 Abs. 1 Satz 1 AktG bilden ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen einen Unterordnungskonzern, wenn sie unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens

zusammengefasst sind. Von einem abhängigen Unternehmen wird nach § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG vermutet, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet (*vgl. zu § 54 Abs. 1 BetrVG BAG 9. Februar 2011 - 7 ABR 11/10 - Rn. 24 und 26, EzA BetrVG 2001 § 54 Nr. 5; 27. Oktober 2010 - 7 ABR 85/09 - Rn. 26, EzA BetrVG 2001 § 54 Nr. 4*). § 2 Abs. 1 DrittelbG verweist insgesamt auf § 18 Abs. 1 AktG, sodass auch die Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG anzuwenden ist (*vgl. nur WWKK/Kleinsorge § 2 DrittelbG Rn. 3*).

bb) Die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 DrittelbG sind erfüllt. Die R Bahn ist ein abhängiges Unternehmen iSv. § 17 AktG. Ferner ist davon auszugehen, dass die R AG eine einheitliche Leitung über die R Bahn iSv. § 18 Abs. 1 Satz 1 AktG ausübt. Die Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG ist nicht widerlegt. 47

(1) Die R Bahn ist ein abhängiges Unternehmen iSv. § 17 AktG. 48

(a) Nach § 17 Abs. 1 AktG sind abhängige Unternehmen rechtlich selbstständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (*herrschendes Unternehmen*) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss hat. Nach § 17 Abs. 2 AktG wird von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen vermutet, dass es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist. Gehört die Mehrheit der Anteile eines rechtlich selbständigen Unternehmens einem anderen Unternehmen, ist das Unternehmen nach § 16 Abs. 1 AktG ein in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen. Für die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen der § 17 Abs. 1, § 18 Abs. 1 AktG ist unerheblich, in welcher Rechtsform das herrschende und die abhängigen Unternehmen geführt werden. Der Unternehmensbegriff wird in §§ 15 ff. AktG rechtsformneutral verwendet (*vgl. zu § 54 Abs. 1 BetrVG BAG 9. Februar 2011 - 7 ABR 11/10 - Rn. 26, EzA BetrVG 2001 § 54 Nr. 5; 27. Oktober 2010 - 7 ABR 85/09 - Rn. 26, EzA BetrVG 2001 § 54 Nr. 4*). Nach bisher ganz überwiegender Auffassung führt eine Mehrheitsbeteiligung an Personengesellschaften allerdings erst dann zur Abhängigkeit, wenn im Gesellschaftsvertrag in wichtigen 49

Fragen der Geschäftspolitik das Einstimmigkeitsprinzip des § 119 Abs. 1 HGB abbedungen ist (vgl. BAG 22. November 1995 - 7 ABR 9/95 - zu B II 1 b der Gründe mwN, AP BetrVG 1972 § 54 Nr. 7 = EzA BetrVG 1972 § 54 Nr. 5; abweichend dagegen für § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EBRG, der anders als § 2 Abs. 1 DrittelbG allerdings keine ausdrückliche Verweisung auf das AktG enthält, BAG 30. März 2004 - 1 ABR 61/01 - zu B IV 2 a bb (2) (c) (bb) der Gründe, BAGE 110, 100). Bei einer KG ist die Geschäftsführung aber allein Angelegenheit der persönlich haftenden Gesellschafter. Die Kommanditisten sind hiervon nach § 164 Satz 1 HGB ausgeschlossen. Wird die KG in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG geführt, die nur einen einzigen Komplementär hat, genügt für die Abhängigkeit die mehrheitliche Beteiligung an der Komplementär-GmbH (vgl. BAG 22. November 1995 - 7 ABR 9/95 - aaO mwN).

(b) Die R Bahn ist danach ein von der R AG abhängiges Unternehmen iSv. § 17 AktG. Die R Bahn ist eine GmbH & Co. KG. Ihre alleinige persönlich haftende Gesellschafterin ist die R Bahn Verwaltungsgesellschaft mbH, deren einzige Gesellschafterin die R AG ist. Darüber hinaus ist die R AG auch einzige Kommanditistin der R Bahn. 50

(2) Von einem abhängigen Unternehmen wird nach § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG vermutet, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet. Diese Konzernvermutung ist im Streitfall, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat, nicht widerlegt. 51

(a) Die Konzernvermutung ist widerlegt, wenn das herrschende Unternehmen keine einheitliche Leitung ausübt. Um die Konzernvermutung zu widerlegen, müssen ohne Rücksicht auf die Abhängigkeit des untergeordneten Unternehmens Tatsachen festgestellt werden, aus denen sich ergibt, dass herrschendes und abhängiges Unternehmen nicht einheitlich geleitet werden. Dazu muss für alle wesentlichen Bereiche der Unternehmenspolitik nachgewiesen werden, dass die Unternehmensentscheidungen ohne beherrschende Einflussnahme der Mehrheitsgesellschaft getroffen werden (vgl. BAG 16. August 1995 - 7 ABR 57/94 - zu B II 2 a der Gründe, BAGE 80, 322). Um die Konzernvermu- 52

tung zu widerlegen, muss feststehen, dass das herrschende Unternehmen die Mittel, die die Ausübung einheitlicher Leitung ermöglichen, nicht zu diesem Zweck einsetzt und dass die Bereiche, in denen die einheitliche Leitung üblicherweise sichtbar wird, ausschließlich und nachhaltig entsprechend dem uneingeschränkten Eigeninteresse des abhängigen Unternehmens gesteuert werden. Vereinzelt Einflussnahmen des herrschenden Unternehmens schließen es aber nicht aus, dass die Konzernvermutung widerlegt ist (*vgl. zu § 5 Abs. 1 MitbestG BayObLG 6. März 2002 - 3Z BR 343/00 - zu III 3 b der Gründe, AP MitbestG § 5 Nr. 1*).

(b) Nach diesen Grundsätzen hat das Landesarbeitsgericht ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG hier nicht widerlegt ist. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts kann nicht davon ausgegangen werden, die R AG mache von ihren Einflussmöglichkeiten tatsächlich keinen Gebrauch. § 5 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags der R Bahn vom 29. Dezember 2006 belegt vielmehr, dass die R AG nahezu alle wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen der R Bahn von ihrer Zustimmung abhängig gemacht hat. Dass der Gesellschaftsvertrag entgegen den darin enthaltenen weitreichenden Zustimmungsvorbehalten tatsächlich so nicht „gelebt“ werde, behauptet auch die R AG nicht.

53

(aa) Die vielfältigen Zustimmungsvorbehalte zugunsten der R AG in § 5 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags der R Bahn vom 29. Dezember 2006 betreffen die zentralen Unternehmensbereiche des Personal- und Finanzwesens, des Unternehmensgegenstands und der Unternehmensorganisation. Hinzu kommt ein „Auffangvorbehalt“ in § 5 Abs. 2 Satz 1 Buchst. n des Gesellschaftsvertrags für alle sonstigen Maßnahmen von wesentlicher oder grundsätzlicher Bedeutung, die über den normalen Geschäftsbetrieb hinausgehen. Der Zustimmungskatalog des § 5 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags geht weit über das gesetzliche Modell sowohl bei der KG als auch bei der GmbH hinaus. § 46 GmbHG sieht für die GmbH einen Katalog von Rechten vor, die er nicht dem Geschäftsführer, sondern der Gesellschafterversammlung vorbehält, um die Interessen der Gesellschafter zu wahren. Für die GmbH & Co. KG gilt diese Vorschrift zwar

54

nicht. Die Geschäftsführung steht bei einer KG dem Komplementär zu. Nur bei ungewöhnlichen Geschäften ist die Zustimmung des Kommanditisten entsprechend § 164 Satz 2, § 116 Abs. 3 HGB erforderlich. Dennoch ist gerade die GmbH & Co. KG den Kapitalgesellschaften angenähert (vgl. BAG 30. März 2004 - 1 ABR 61/01 - zu B IV 2 a bb (2) (a) der Gründe mwN, BAGE 110, 100). Daher kann in diesem Zusammenhang die gesetzgeberische Wertentscheidung der Aufteilung der Zuständigkeiten in § 46 GmbHG herangezogen werden. Die Zustimmungsvorbehalte in § 5 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags sichern nicht nur die rechtliche Möglichkeit der Einflussnahme der R AG bis in die Einzelheiten der täglichen Geschäfte der R Bahn, sondern verlangen für diese Geschäfte die vorherige Zustimmung der R AG (vgl. zu der Ebene der täglichen Geschäfte OLG Stuttgart 3. Mai 1989 - 8 W 38/89 - zu II 2 b der Gründe, DB 1989, 1128). Das zeigt sich etwa an § 5 Abs. 2 Satz 1 Buchst. e des Gesellschaftsvertrags für den Abschluss, die Änderung und die Beendigung von Gleisanschlussverträgen sowie an § 5 Abs. 2 Satz 1 Buchst. g des Gesellschaftsvertrags für die Gewährung von Gratifikationen. Aus dem vom Landesarbeitsgericht zutreffend gewürdigten Tatsachenvorbringen der Beteiligten ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die R AG die Geschäftsführung der R Bahn davon entbunden hätte, die Zustimmungsvorbehalte zu beachten, oder die Geschäftsführung der R Bahn sich nicht nach ihnen richtete.

(bb) Der Ausübung einheitlicher Leitungsmacht stehen die weitreichenden Befugnisse der Anschlussinhaber gegenüber der R AG nicht entgegen. Die formal-rechtliche Stellung der R AG gegenüber den Anschlussinhabern ist nach dem sog. Jahrhundertvertrag idF vom 17. September 1975 stark. Die vertraglichen Bindungen gegenüber den Anschlussinhabern beeinträchtigen ihre Kontrollrechte gegenüber der R Bahn nicht. Dem nach § 1 des Vertrags zu bildenden Arbeitsausschuss kommt lediglich erörternde und beratende Funktion zu. Eine Schiedsstelle wurde erst durch die weitere Änderung des „Jahrhundertvertrags“ am 31. März 2010 - nach der umstrittenen Wahl der Arbeitnehmervertreter für den Aufsichtsrat am 17. September 2008 - geschaffen. Nicht entscheidend ist, dass die R AG in ihren Entscheidungen aufgrund der Verträge mit den

55

Anschlussinhabern von den Dritten maßgeblich beeinflusst wird. Vertragliche Bindungen des herrschenden oder des abhängigen Unternehmens gegenüber Dritten stehen einem Unterordnungskonzern nicht entgegen.

Linsenmaier

Schmidt

Gallner

Deinert

Donath