

3. Teil

Wahlverfahren und Wahlordnung DrittelbG

	Rn.
A. Wahlordnung im Überblick	192
I. Aufbau der Wahlordnung	192
II. Hinweise zur Darstellung des Wahlverfahrens	195
III. Betriebsbegriff	200
B. Einleitung der Wahl durch Mitteilung gem. § 1 WODrittelbG	
(1. Wahlschritt)	201
I. Zeitpunkt und Zuständigkeit	201
II. Adressat der Mitteilung	204
III. Benachrichtigung betriebsabwesender Arbeitnehmer	206
IV. Mitteilung in Unternehmen mit mehreren Betrieben und im Konzern	207
V. Rechtsfolgen bei verspäteter oder unterbliebener Mitteilung gem. § 1 WODrittelbG	209
C. Bildung der Betriebswahlvorstände (2. Wahlschritt)	213
I. Zusammensetzung des Betriebswahlvorstands	214
1. Voraussetzungen der Mitgliedschaft	214
2. Ersatzmitglied	217
II. Bildung des Betriebswahlvorstands	218
1. Bestellung durch Betriebsrat	218
2. Wahl durch die Arbeitnehmer	219
a. Grundsätze	219
b. Teilnahme- und Stimmberechtigung auf der Betriebsversammlung	221
c. Einladung zur Betriebsversammlung	223
aa. Einladungsberechtigung	223
bb. Bekanntmachung der Einladung	225
cc. Inhalt der Einladung	227
3. „Konkurrenz“ bei Bildung des Wahlvorstands	228
4. Nachbestellungen/Nachwahl/Abberufung	233
III. Geschäftsführung des Betriebswahlvorstands	237
IV. Besonderheiten bei Unternehmen mit mehreren Betrieben und im Konzern	240
1. Die Wahlvorstände im Überblick	243
2. Gremien bei der Bildung des zuständigen Wahlvorstands	245
a. Unternehmenswahlvorstand	246
b. Hauptwahlvorstand	249
3. Mitglieder des zuständigen Wahlvorstands	253
4. Aufgabenabgrenzung	255
5. Personenidentität zwischen Betriebswahlvorstand und zuständigem Wahlvorstand (Unternehmens-/Hauptwahlvorstand)	258
V. Trennung von Wahlvorstandsmitgliedschaft und Aufsichtsratskandidatur?	259
VI. Betriebsübergang oder Unternehmenskauf während des Wahlverfahrens	260
VII. Rechtsfolgen bei unterbliebener Bildung der Wahlvorstände	262

D. Aufstellung der Wählerliste (3. Wahlschritt)	263
I. Gestaltung der Wählerliste	264
II. Einsichtnahme in die Wählerliste	266
III. Einspruch gegen die Wählerliste	268
IV. Besonderheiten in Unternehmen mit mehreren Betrieben und Unternehmen	271
E. Wahlausschreiben (4. Wahlschritt)	272
I. Zeitpunkt und Zuständigkeit	272
II. Besonderheiten in Unternehmen mit mehreren Betrieben und im Konzern	274
1. Erlass des Wahlausschreibens	274
2. Bekanntmachung des Wahlausschreibens	275
F. Einreichung von Wahlvorschlägen (5. Wahlschritt)	277
I. Wahlvorschlagsberechtigung und Einreichungsfrist	277
1. Allgemeine Grundsätze	277
2. Vorschlagsrecht von Betriebsräten	278
3. Vorschlagsrecht von Arbeitnehmern	279
4. Fristen zur Einreichung	280
II. Passives Wahlrecht	281
1. Drei- oder sechsköpfiger Aufsichtsrat	281
2. Aufsichtsrat mit neun und mehr Aufsichtsratsmitgliedern	282
III. Inhalt und Gestaltung des Wahlvorschlags	283
1. Bewerber	283
2. Ersatzmitglieder	285
3. Vorschlagsvertreter	286
4. Kennwort	287
IV. Bestätigung und Prüfung der Wahlvorschläge	288
1. Unverzüglichkeitsgebot	289
2. Doppel- und Mehrfachbewerbungen	290
3. Doppel- und Mehrfachunterzeichnung	291
4. Ungültige und mangelhafte Wahlvorschläge	292
G. Bekanntmachung der Wahlvorschläge (6. Wahlschritt)	293
I. Bekanntmachung gültiger Wahlvorschläge	293
II. Nachfristsetzung und Ausfall der Wahl	294
III. Besonderheiten in Unternehmen mit mehreren Betrieben und im Konzern	295
H. Wahl (7. Wahlschritt)	298
I. Gestaltung der Stimmzettel	299
II. Ablauf der Wahl bei persönlicher Stimmabgabe	303
1. Einrichtung der Wahlräume	304
2. Stimmabgabe	307
3. Kein Einsatz von Wahlgeräten	311
III. Ablauf der Wahl bei schriftlicher Stimmabgabe	312
1. Briefwahl betriebsabwesender Arbeitnehmer	312
2. Schriftliche Stimmabgabe in Betriebsteilen und Kleinbetrieben gem. § 16 Abs. 3 WODrittelbG	317
3. Wahlunterlagen	320
4. Wahlvorgang bei schriftlicher Stimmabgabe	321
IV. Stimmauszählung	325
V. Ermittlung und Niederschrift des Wahlergebnisses	328
VI. Besonderheiten in Unternehmen mit mehreren Betrieben und im Konzern	335

I.	Bekanntmachung des Wahlergebnisses (8. Wahlschritt)	336
I.	Bekanntmachung der gewählten Mitglieder	336
II.	Aufbewahrung der Wahlunterlagen.	339

A. Wahlordnung im Überblick

I. Aufbau der Wahlordnung

Im Zuge der Ablösung der §§ 76 bis 87a BetrVG 1952 durch das DrittelbG im Jahr 2004 wurde das Wahlverfahren **vereinfacht** und **neu gegliedert**. Die Wahlordnung aus dem Jahr 1953 war noch stark an der Betriebsratswahl orientiert. Im Jahr 2004 wurde dann eine neue Wahlordnung (WODrittelbG) von der Bundesregierung als Rechtsverordnung auf Grundlage des § 13 DrittelbG erlassen. Diese orientiert sich im Gegensatz zur bisherigen Wahlordnung an den Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, ohne diese jedoch vollständig abzubilden²³⁹. Im Zuge der Einführung des „Gesetzes für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst“²⁴⁰ wurde die Wahlordnung von 2004 mit Wirkung zum 26.08.2015 geringfügig geändert.

Die WODrittelbG²⁴¹ besteht aus **vier Teilen**²⁴²: Das **Wahlverfahren** ist im Wesentlichen im **ersten Kapitel** (§§ 1–22 WODrittelbG) **des ersten Teils** geregelt. Diese Vorschriften sind auf **ein Unternehmen mit einem Betrieb** zugeschnitten. Sie gelten grundsätzlich auch für Unternehmen mit mehreren Betrieben oder für einen **Konzern**, soweit im **zweiten Kapitel** (§§ 23–31 WODrittelbG) keine abweichende Regelungen enthalten sind. Im Gegensatz zum MitbestG hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, für die Aufsichtsratswahl in Unternehmen mit mehreren Betrieben oder in einem Konzern jeweils eine eigene Wahlordnung zu schaffen. Der **zweite Teil** der Wahlordnung regelt die **Abberufung** der Arbeitnehmervertreter. Der **dritte Teil** enthält hier nicht näher zu erörternde Regelungen zu Seebetrieben, der **vierte Teil** nur Schlussbestimmungen.

Die Regelungen im DrittelbG und der dazu erlassenen Wahlordnung sind **zwingend**. Ein Abweichen von diesem Wahlverfahren ist nicht zulässig und

239 Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. 15/2542 unter Teil 3 B.

240 BT-Drs. 18/3784 vom 20.01.2015.

241 Verordnung zur Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach dem Drittelbeteiligungsgesetz, BGBl. I 2004, 1393.

242 Teil 1: Wahl (§§ 1–31); Teil 2: Abberufung (§§ 32–41); Teil 3: Besondere Vorschriften bei Teilnahme von Arbeitnehmern eines Seebetriebs (§§ 42–49); Teil 4: Schlussbestimmungen (§§ 50–51).

führt zumindest zur Anfechtbarkeit, ggf. aber auch zur Nichtigkeit der Wahl²⁴³.

II. Hinweise zur Darstellung des Wahlverfahrens

- 195 Die nachfolgende **Darstellung** der Wahl erfolgt in **chronologischer Abfolge** des Wahlverfahrens und entsprechend der Systematik der WODrittelbG. Dabei wird jeder Wahlschritt **unter zwei Gesichtspunkten** erörtert:
- 196 (1) Allgemeine Erläuterung des jeweiligen Verfahrensschritts.
- 197 (2) Besonderheiten in Unternehmen mit mehreren Betrieben und im Konzern.
- 198 Die **Abberufung** der Arbeitnehmervertreter wird im 7. Teil gesondert dargestellt.
- 199 Der 9. Teil enthält Ablaufpläne für die verschiedenen Wahlverfahren sowie eine Handlungsanleitung hierzu. Dort sind auch zu den wesentlichen Wahlschritten jeweils Muster abgedruckt.

III. Betriebsbegriff

- 200 Anknüpfungspunkt für das Wahlverfahren nach dem DrittelbG ist in wesentlichen Teilen der **Betrieb**. Die WODrittelbG nimmt hierzu teils unmittelbar (z.B. in § 23 und § 38), teils mittelbar (z.B. in § 2 und § 32) auf den **Betriebsbegriff** Bezug. Nach § 3 Abs. 2 DrittelbG gilt der gleiche Betriebsbegriff wie im BetrVG²⁴⁴. Ein Betrieb i.S.d. des BetrVG ist danach kurzgefasst die „organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder zusammen mit den von ihm beschäftigten Arbeitnehmern bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt“²⁴⁵. Nach § 3 Abs. 2 Satz 2 DrittelbG ist auch die Regelung des § 4 Abs. 2 BetrVG anwendbar. Danach sind auch Kleinstbetriebe mit weniger als fünf wahlberechtigten Arbeitnehmern dem Hauptbetrieb zuzuordnen²⁴⁶. Als Betriebe gelten auch die aufgrund von Vereinbarungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 – 3 BetrVG gebildeten Organisationseinheiten (§ 3 Abs. 5 S. 1 BetrVG)²⁴⁷. Das DrittelbG findet nach umstrittener, mittlerweile aber vorherrschender Meinung auch auf sog. **Gemeinschaftsbetriebe**²⁴⁸ mehrerer Unternehmen Anwendung²⁴⁹. Das BAG

243 Vgl. dazu *Prinz/Huke*, Die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, S. 40.

244 Auf die Rechtsprechung und Literatur zum Betriebsbegriff des BetrVG kann deshalb Bezug genommen werden, vgl. dazu etwa *Fitting*, § 1 BetrVG; *Löwisch/Kaiser*, § 1.

245 *Löwisch/Kaiser*, § 1 Rn. 3 ff m.w.N.

246 Vgl. insoweit für die Einzelheiten *Löwisch/Kaiser*, § 4 BetrVG Rn. 13 f.

247 Ebenso *Prinz/Huke*, Die Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat, S. 31 f.

248 Die Voraussetzungen eines Gemeinschaftsbetriebs sind nach der Rechtsprechung erfüllt bei einer Zusammenfassung der in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck, deren geordneten

hat dies unter Berufung auf den Sinn und Zweck der Unternehmensmitbestimmung ausdrücklich für das aktive Wahlrecht entschieden. Das Ziel, Arbeitnehmer durch kollektive Interessensvertretung im Aufsichtsrat – auch nach dem DrittelbG der Unternehmen zu beteiligen, deren Leitungs- und Organisationsgewalt sie unterworfen sind, werde im Gemeinschaftsbetrieb am ehesten dadurch Rechnung getragen, dass sie allen Trägerunternehmen zugerechnet werden. Die Arbeitnehmer der jeweiligen Trägerunternehmen des Gemeinschaftsbetriebs haben damit unabhängig von ihrer arbeitsvertraglichen Beziehung zu ihrem Vertragsarbeitgeber ein Wahlrecht zum Aufsichtsrat der jeweiligen Trägerunternehmen (sog. mehrfaches Wahlrecht zu allen Trägerunternehmen)²⁵⁰. Diese Auffassung überzeugt aber für die Unternehmensmitbestimmung nicht. Eine Parallele zu § 1 Abs. 2 BetrVG ist ebenfalls nicht geboten. Bei der Regelung von § 1 Abs. 2 BetrVG handelt es sich um eine spezielle betriebsverfassungsrechtliche Sonderregelung für den Fall einer Spaltung eines Betriebs. Sie ist nach ihrer Zweckrichtung auf die Unternehmensverfassung (hier das DrittelbG) nicht übertragbar²⁵¹. Offengelassen hat das BAG allerdings, ob in einem Gemeinschaftsbetrieb auch das passive Wahlrecht (Wählbarkeit) besteht und alle Arbeitnehmer des Gemeinschaftsbetriebes bei den Schwellenwerten zu berücksichtigen sind. Die wohl herrschende Meinung bejaht aber auch dies²⁵². Für die Praxis ist zu empfehlen, die weitere Rechtsentwicklung sorgfältig zu prüfen.

B. Einleitung der Wahl durch Mitteilung gem. § 1 WODrittelbG (1. Wahlschritt)

I. Zeitpunkt und Zuständigkeit

Die **Wahl** von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat nach dem DrittelbG wird mit der **Mitteilung** des zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organs **201**

und gezielten Einsatz und die Steuerung des Einsatzes der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat sowie eine Führungsvereinbarung, vgl. BAG, vom 09.02.2000 – 7 ABR 21/98, BeckRS 2000, 30783023.

249 WWKK/Kleinsorge, § 4 DrittelbG, Rn. 20; UHH/Henssler, § 3 DrittelbG, Rn. 7 i. V.m. § 3 MitbestG, Rn. 112 wo dies nur für sachgerecht angesehen wird, wenn das Weisungsrecht aufgrund der gemeinsamen Führungsstruktur auch tatsächlich von allen Trägerunternehmen ausgeübt wird, jeweils m. w. N.

250 BAG, vom 13.03.2013 – 7 ABR 47/11, NZA 2013, 853.

251 So auch LG Bremen, vom 04.02.2005 – 7 AR 61/04, BeckRS 2010, 17611; Prinz/Huke, Die Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat, S. 29f.; Raiser/Veil/Jacobs, § 3 MitbestG, Rn. 44; Hohenstatt/Schramm, NZA 2010, 850.

252 WWKK/Kleinsorge, § 4 DrittelbG, Rn. 20; UHH/Henssler, § 3 DrittelbG, Rn. 7 i. V.m. § 3 MitbestG, Rn. 112 wo dies nur für sachgerecht angesehen wird, wenn das Weisungsrecht aufgrund der gemeinsamen Führungsstruktur auch tatsächlich von allen Trägerunternehmen ausgeübt wird.

(Vorstand, Geschäftsführer) über die Notwendigkeit der Wahl **eingeleitet** (**Muster 1**). Diese Mitteilung muss den **voraussichtlichen Beginn der Amtszeit** und die **Zahl der zu wählenden Arbeitnehmer** (vgl. § 4 Abs. 1 und 2 DrittelbG, § 95 AktG) enthalten und spätestens **14 Wochen vor Beginn der Amtszeit** der zu wählenden Aufsichtsratsmitglieder erfolgen. Da es sich um eine Mindestfrist handelt, kann die Mitteilung auch früher erfolgen. Eine frühere Mitteilung bietet sich gerade in Unternehmen mit mehreren Betrieben oder im Konzern an, um einen Zeitpuffer für mögliche Verzögerungen des Wahlverfahrens zu schaffen. Das **Wahlergebnis** soll **zwei Wochen vor Beginn der Amtszeit** der zu wählenden Arbeitnehmervertreter feststehen. Zweckmäßig ist es, wenn zwischen der Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger und dem Zeitpunkt des Beginns der Amtszeit, d. h. dem Ende der nächsten Hauptversammlung (s. o.), mindestens zwei Wochen liegen. Auf der Hauptversammlung bzw. auch einer Gesellschafterversammlung besteht dann Klarheit, ob die Aufsichtsratswahl angefochten worden ist oder nicht.

202 Eine **gesonderte Bekanntmachung** über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats ist gem. § 97 Abs. 1 Satz 1 AktG (sog. Statusverfahren) erforderlich, wenn die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat einer Gesellschaft **erstmalig** nach dem DrittelbG erfolgt. Dies ist vor allem der Fall, wenn die Beschäftigtenzahl erstmals die Schwelle von 500 Arbeitnehmern nach § 1 DrittelbG übersteigt (**Muster 2.1**)²⁵³ oder die regelmäßige Beschäftigtenzahl dauerhaft unter 2.001 Arbeitnehmer sinkt (**Muster 2.2**), so dass die Voraussetzungen des MitbestG nicht mehr gegeben sind. Diese Bekanntmachung nach § 97 AktG ist der Mitteilung i. S. v. § 1 WODrittelbG zeitlich vorgeschaltet. Die Mitteilung nach § 1 WODrittelbG kann damit sinnvollerweise erst dann erfolgen, wenn die Monatsfrist nach § 97 AktG abgelaufen ist²⁵⁴.

203 Die Bekanntmachung hat im **elektronischen Bundesanzeiger** zu erfolgen und daneben je nach Satzung auch in anderen Medien (§ 25 AktG). **Zusätzlich** ist sie in den Betrieben der Gesellschaft und ggf. der Konzernunternehmen bekannt zu geben, z. B. durch Aushang am schwarzen Brett. Zweckmäßigerweise erfolgt die Bekanntmachung in ausreichendem zeitlichem Abstand vor Durchführung der Wahl.

II. Adressat der Mitteilung

204 Die Mitteilung der Unternehmensleitung erfolgt an den **Betriebsrat**. Die Mitteilung ist – im Gegensatz zu § 2 Abs. 1 1./2./3. WOMitbestG – den Arbeitnehmern gegenüber nur bekannt zu machen, wenn **kein Betriebsrat** be-

²⁵³ Vgl. OLG Düsseldorf, vom 09.12.1994 – 19 W 2/94, DB 1995, 277: Prognose über nachhaltige Unterschreitung der Beschäftigtenzahl.

²⁵⁴ Vgl. dazu Teil 1 B IX.

steht (§ 1 Satz 1 WODrittelbG). Innerhalb von **zwei Wochen** nach der Mitteilung hat der Betriebsrat den **Betriebswahlvorstand** zu bestellen (§ 2 Abs. 4 Satz 1 WODrittelbG). Kommt der Betriebsrat dieser Pflicht nicht nach, wird der Betriebswahlvorstand in einer **Betriebsversammlung** gewählt (§ 2 Abs. 4 Satz 2 Hs. 2 WODrittelbG). Nach fruchtlosem Ablauf der Zweiwochenfrist nach der WODrittelbG ist jedoch keine Pflicht zur Bekanntmachung der Mitteilung gegenüber den Arbeitnehmern geregelt. Die Bekanntmachung nach fruchtlosem Ablauf der Zweiwochenfrist ist allerdings zweckmäßig, da nicht auszuschließen ist, dass den Arbeitnehmern die Notwendigkeit der Wahl unbekannt bleibt.

Wie die Mitteilung gegenüber den Arbeitnehmern zu erfolgen hat, ist in der Wahlordnung nicht geregelt. Es liegt nahe, die Bekanntmachungsform gem. § 3 Abs. 3 WODrittelbG, die für die Mitteilungen der Wahlvorstände gilt, analog anzuwenden. Die Mitteilung erfolgt dann durch **Aushang** in den Betrieben (schwarzes Brett, Werkszeitung etc.), ggf. ergänzend unter Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel, z. B. Intranet (vgl. § 3 Abs. 3 Satz 4 WODrittelbG)²⁵⁵. Hierfür spricht, dass auch nach den Wahlordnungen zum MitbestG²⁵⁶ diese Form der Bekanntmachung genügt und bei den sonst notwendigen Mitteilungen der Unternehmensleitung gegenüber der Belegschaft üblich ist (§ 8 DrittelbG). 205

III. Benachrichtigung betriebsabwesender Arbeitnehmer

Wahlberechtigten Arbeitnehmern, die im Zeitpunkt der Wahl wegen Abwesenheit nicht an der Wahl teilnehmen können, muss der Betriebswahlvorstand nach der WODrittelbG die Notwendigkeit der Wahl nicht von sich aus mitteilen. Diese Wahlberechtigten müssen selbst aktiv werden und beim Betriebswahlvorstand eine schriftliche Stimmabgabe nach § 16 Abs. 1 WODrittelbG verlangen. Dies gilt auch in betriebsratslosen Unternehmen. Die Übersendung der Wahlunterlagen zur schriftlichen Stimmabgabe ohne persönliches Verlangen des Wahlberechtigten ist lediglich in besonderen Fällen vorgesehen (§ 16 Abs. 2 WODrittelbG), nämlich wenn dem Betriebswahlvorstand bekannt ist, dass die Wahlberechtigten nach der Eigenart ihres Beschäftigungsverhältnisses nach dem Zeitpunkt der Wahl nicht im Betrieb anwesend sein werden. Dies gilt insbes. für im Außendienst, in Telearbeit und in Heimarbeit Beschäftigte. Eine darüber hinausgehende individuelle Benachrichtigung über die Mitteilungen und Bekanntmachungen ist nach der WODrittelbG nicht vorgesehen. Damit bleiben den betreffenden Arbeitnehmern – abgesehen von der Stimmabgabe – wesentliche 206

²⁵⁵ Fuchs/Köstler/Pütz, Rn. 788.

²⁵⁶ § 2 Abs. 1 der 1., 2. und 3. Wahlordnung zum MitbestG 1976.

Einflussmöglichkeiten versagt²⁵⁷. Die dadurch bedingte Beschneidung der Teilnahme und Einflussmöglichkeiten sind aber aus Gründen der Vereinfachung und Straffung der Wahl hinzunehmen.

IV. Mitteilung in Unternehmen mit mehreren Betrieben und im Konzern

- 207** Die Mitteilung, dass Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat zu wählen sind, erfolgt im **Unternehmen** durch das zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens berufene Organ (vgl. § 1 Satz 1 WODrittelbG); das heißt bei der AG durch den Vorstand und bei der GmbH durch die Geschäftsführer. Dies gilt auch bei der Wahl von Arbeitnehmern mehrerer Betriebe. Im **Konzern** trifft diese Mitteilungspflicht das zur gesetzlichen Vertretung berufene Organ des (herrschenden) Unternehmens, dessen Aufsichtsrat mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen ist. Sie erfolgt gem. § 24 WODrittelbG nach allgemeiner Meinung gegenüber allen Betriebsräten (Betriebsräte im Unternehmen, Gesamt- und Konzernbetriebsrat, Spartenbetriebsrat etc.)²⁵⁸.
- 208** In einem Unternehmen oder Konzern, in dem es **einen oder mehrere betriebsratslose Betriebe** gibt, sind die **Arbeitnehmer** dieser Betriebe gesondert zu unterrichten.

V. Rechtsfolgen bei verspäteter oder unterbliebener Mitteilung gem. § 1 WODrittelbG

- 209** Erfolgt die Mitteilung gem. § 1 WODrittelbG **verspätet**, verschiebt sich damit auch der Wahltag. Liegt zwischen dem Ausscheiden der bisherigen Arbeitnehmervertreter und der Wahl der neuen Arbeitnehmervertreter eine größere Zeitspanne, besteht ggf. die Möglichkeit der gerichtlichen Ergänzungsbestellung gem. § 104 AktG²⁵⁹.
- 210** Im Falle der Unterschreitung der 14-Wochen-Frist des § 1 S. 1 WODrittelbG und der zweiwöchigen Frist gem. § 1 S. 3 WODrittelbG wird die Aufsichtsratswahl allerdings nicht anfechtbar. Es kann jedoch faktisch zu einer Verzögerung der Wahl kommen. Wird die Wahl erst nach Ende der Amtszeit der bisherigen Aufsichtsratsmitglieder durchgeführt, ist der Aufsichtsrat (vorbehaltlich einer Bestellung nach § 104 AktG) zeitweilig nicht ordnungsgemäß besetzt.

²⁵⁷ Gem. § 16 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 WODrittelbG sind den Unterlagen zur schriftlichen Stimmabgabe u. a. das Wahlausschreiben und die Stimmzettel beizufügen. Die Stimmzettel können aber erst dann ausgearbeitet werden, wenn feststeht, wer kandidiert.

²⁵⁸ So auch *Fuchs/Köstler/Pütz*, Rn. 857.

²⁵⁹ Zur gerichtlichen Ergänzungsbestellung nach § 104 Abs. 2 AktG vgl. Teil 8 A II.

Unterlässt das Unternehmen die Mitteilung gem. § 1 WODrittelbG, kann die Wahl der Arbeitnehmervertreter jedenfalls dann beginnen, wenn zuvor schon ein mitbestimmter Aufsichtsrat bestand und/oder das Unternehmen die Anwendbarkeit des DrittelbG i. R. e. Bekanntmachung nach § 97 AktG anerkannt hat. Der Mitteilung des Unternehmens gem. § 1 WODrittelbG kommt dann nur noch deklaratorische Bedeutung zu.²⁶⁰ **211**

Besteht noch kein Aufsichtsrat, obwohl die Voraussetzungen nach dem DrittelbG vorliegen und leitet das Unternehmen kein Statusverfahren ein (§ 97 AktG), sind Arbeitnehmer bzw. Betriebsräte einer Verweigerungshaltung einer Unternehmensleitung dennoch nicht schutzlos ausgeliefert. Gem. § 98 Abs. 1 AktG kann die Zusammensetzung des Aufsichtsrats **gerichtlich** geklärt werden, wenn sie streitig oder ungewiss ist. **Antragsberechtigt** sind die verschiedenen Betriebsräte (Betriebsräte im Unternehmen, Gesamt- und Konzernbetriebsrat etc., s. o.) sowie mindestens 10 % oder 100 der wahlberechtigten Arbeitnehmer (§ 98 Abs. 2 Nr. 4, 6 und 8 AktG)²⁶¹. Das berechnete Interesse ist aufseiten des Betriebsrats unabhängig davon zu unterstellen, „wie der Aufsichtsrat der Gesellschaft gegenwärtig zusammengesetzt ist oder wie er nach Ansicht des Betriebsrates zusammengesetzt sein müsste“²⁶². Zudem besteht die Möglichkeit, die Arbeitnehmervertreter gem. § 104 AktG gerichtlich bestellen zu lassen. Unterlässt der Arbeitgeber die gem. § 1 WODrittelbG notwendige Mitteilung, sind die Arbeitnehmerrechte daher durch die Verfahrensmöglichkeiten nach §§ 98, 104 AktG hinreichend geschützt. **212**

C. Bildung der Betriebswahlvorstände (2. Wahlschritt)

Zweiter Verfahrensschritt ist die Bildung des Betriebswahlvorstands. Dem Betriebswahlvorstand obliegt gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 WODrittelbG die Durchführung der Wahl sowie die Feststellung des Wahlergebnisses. Die Bestellung erfolgt dabei durch den Betriebsrat (§ 2 Abs. 4 Satz 1 WODrittelbG) oder, falls kein Betriebsrat besteht oder der Betriebsrat seiner Verpflichtung zur Bestellung des Betriebswahlvorstands nicht fristgemäß nachkommt, durch die Arbeitnehmer (§ 2 Abs. 4 Satz 2 WODrittelbG). **213**

260 Ebenso WWKK/Kleinsorge, § 5 DrittelbG, Rn. 15; Fuchs/Köstler/Pütz, Rn. 771. Zum MitbestG ebenso Fuchs/Köstler/Pütz, Rn. 265.

261 Nicht antragsberechtigt sind jedoch die Gewerkschaften, da ihnen nach dem DrittelbG kein Vorschlagsrecht zusteht, vgl. § 98 Abs. 2 Nr. 9, 10 AktG und § 6 DrittelbG.

262 Begründung des Regierungsentwurfes, abgedruckt in Kropff, S. 130; vgl. MünchKommAktG/Habersack, § 98 Rn. 12; anders hingegen bzgl. des Antragsrechts von Betriebsratsorganen anderer Unternehmen und der Arbeitnehmer. Hier muss die Anwendung des jeweiligen Mitbestimmungsrechts mit dem Antrag geltend gemacht werden, vgl. MünchKommAktG/Habersack, § 98 Rn. 18 ff.

I. Zusammensetzung des Betriebswahlvorstands

1. Voraussetzungen der Mitgliedschaft

- 214** Zum **Betriebswahlvorstand** kann gem. § 2 Abs. 2 Satz 4 WODrittelbG nur gewählt werden, wer selbst **wahlberechtigt** ist²⁶³. Wahlberechtigt sind alle volljährigen Arbeitnehmer des Unternehmens (§ 5 Abs. 2 Satz 1 DrittelbG i. V. m. § 5 Abs. 1 BetrVG) und Leiharbeitnehmer, die länger als drei Monate in dem Betrieb eingesetzt werden (§ 5 Abs. 2 Satz 2 DrittelbG i. V. m. § 7 Satz 2 BetrVG). Leitende Angestellte können damit auch nicht Mitglied im Wahlvorstand sein.
- 215** Der Betriebswahlvorstand besteht aus **drei Mitgliedern** (§ 2 Abs. 2 Satz 1 WODrittelbG) und soll das zahlenmäßige Geschlechterverhältnis im Betrieb widerspiegeln (§ 2 Abs. 2 Satz 5 WODrittelbG). Die Zahl der Mitglieder kann durch den Betriebsrat **erhöht** werden, wenn es zur ordnungsgemäßen Durchführung der Wahl erforderlich ist (§ 2 Abs. 2 Satz 2 WODrittelbG).
- 216** Die Zahl der Mitglieder sollte sich sinnvollerweise an der Zahl der notwendigen Wahlräume orientieren: Denn während der Wahl müssen mindestens zwei Betriebswahlvorstände oder, sofern gem. § 3 Abs. 1 Satz 3 WODrittelbG Wahlhelfer bestellt sind, ein Betriebswahlvorstand und ein Wahlhelfer im Wahlraum anwesend sein (§ 14 Abs. 2 WODrittelbG). Gerade in größeren Betrieben oder in Betrieben mit unselbständigen Betriebsteilen müssen ggf. mehrere Wahlräume eingerichtet werden. Das sollte bereits bei Bildung des Betriebswahlvorstands berücksichtigt werden.

2. Ersatzmitglied

- 217** Für jeden Wahlvorstand kann für den Fall seiner Verhinderung ein **Ersatzmitglied** bestellt werden (§ 2 Abs. 3 WODrittelbG). Wie sich aus der Formulierung ergibt, handelt es sich um eine personenbezogene Ersatzmitgliedschaft. Das Ersatzmitglied wird nur für einen bestimmten Wahlvorstand bestellt. Dieses Verfahren gilt auch für die Wahl der Ersatzmitglieder der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gem. § 7 Abs. 1 DrittelbG. Für das jeweilige Wahlvorstandsmitglied können auch mehrere Ersatzmitglieder bestellt werden, solange die Reihenfolge des Nachrückens festgelegt wird²⁶⁴. Für den im Wortlaut identischen § 16 Abs. 1 Satz 4 BetrVG ist zudem die Möglichkeit anerkannt, ein Ersatzmitglied für mehrere Wahlvorstände zu bestellen. Voraussetzung ist aber, dass das Nachrückverfahren bei gleichzeitiger Verhinderung von mehreren Wahlvorständen geregelt ist²⁶⁵. Erfolgt die Bildung des Wahlvorstands auf einer Betriebsversammlung, ist die Wahl eines Ersatzmitglieds für mehrere Wahlvorstände nicht

²⁶³ Vgl. dazu bereits ausführlich oben Teil 2 A I.

²⁶⁴ Vgl. Richardi/Thüsing, § 16 Rn. 19.

²⁶⁵ *Fitting*, BetrVG, § 16 Rn. 35; GK-BetrVG/Kreutz, § 16 Rn. 40; Richardi/Thüsing, BetrVG, § 16 Rn. 19.