



## Landesarbeitsgericht Nürnberg

Im Namen des Volkes

### **BESCHLUSS**

In dem Beschlussverfahren

1. **A...**
2. **B...**

- Antragsteller und Beschwerdeführer -

Verfahrensbevollmächtigte/r:  
zu 1-2:  
Rechtsanwälte Dr. **C...**

**g e g e n**

**Firma D...**  
vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Prof. Dipl.Kfm. **E...**

- Beteiligt und Beschwerdegegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte/r:  
...

- 2 -

hat die 7. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 16. Dezember 2008 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht **Weißenfels** und die ehrenamtlichen Richter Wohler und Kreser

**für Recht erkannt:**

1. Auf die Beschwerde der Antragsteller wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 17.08.2007 aufgehoben.
2. Die Antragsgegnerin wird verurteilt, die Antragsteller von den anwaltlichen Gebühren gemäß Kostennote des Rechtsanwalts Dr. C... vom 20.04.2006 in Höhe von EUR 4.741,39 freizustellen.
3. Der Zinsanspruch wird abgewiesen.

**Gründe:**

**I.**

Die Beteiligten streiten um die Erstattung von Anwaltskosten.

Bei der Antragsgegnerin fanden am 31.03.2006 Wahlen zum Aufsichtsrat statt.

Bei der Antragsgegnerin besteht eine Satzung. Deren § 21 lautet auszugsweise:

1 – Die Amtsdauer derjenigen Aufsichtsratsmitglieder, die aus dem Kreis der Mitglieder gewählt werden, beginnt mit Ablauf der Vertreterversammlung, die die Wahl vorgenommen hat. . . .

2 – Die regelmäßige Amtsdauer der Arbeitnehmervertreter entspricht der Amtsdauer der nach Absatz 1 gewählten Aufsichtsratsmitglieder.

Die Antragstellerin zu 1 trat am 01.07.2006, der Antragsteller zu 2 am 01.06.2006 in die Freistellungsphase der Altersteilzeit.

Die konstituierende Sitzung des Aufsichtsrats fand am 30.06.2006 statt.

Die Antragsteller legten dem Wahlvorstand einen Wahlvorschlag vor, in dem sie als Wahlbewerber aufgeführt waren. Der Wahlvorstand erachtete den Wahlvorschlag als ungültig. Dagegen gingen die Antragsteller im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gerichtlich vor. Das Verfahren wurde unter dem Aktenzeichen 9 BVGa 1/06 bzw. 2 TaBV 9/06 geführt. Mit Beschluss vom 19.01.2006 lehnte das Arbeitsgericht Nürnberg den An-

trag ab. Die gegen diese Entscheidung gerichtete Beschwerde wies das Landesarbeitsgericht Nürnberg am 16.02.2006 zurück.

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren machten die Antragsteller u.a. geltend, für die Wählbarkeit sei der Wahltag und nicht der Zeitpunkt des Amtseintritts des Aufsichtsratsmitglieds maßgebend.

Der Prozessbevollmächtigte der Antragsteller in den vorgenannten Verfahren, Herr Rechtsanwalt Dr. C..., rechnete mit Kostennote vom 20.04.2006 insgesamt 4.741,39 € ab. Die Antragsteller legten der Antragsgegnerin die Kostennote mit der Bitte um Ausgleich vor. Dies lehnte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 17.05.2007 ab.

Die Antragsteller leiteten nach der Aufsichtsratswahl ein Wahlanfechtungsverfahren ein. Der Antrag wurde sowohl in erster als auch in zweiter Instanz abgewiesen. Die eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde wurde vom Bundesarbeitsgericht am 20.02.2008 mit der Begründung zurückgewiesen, eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liege nicht vor. Auch die Anhörungsrüge der Antragsteller blieb erfolglos.

Die Antragsteller begehren von der Antragsgegnerin die Freistellung von der Kostenpflicht gegenüber ihrem Prozessbevollmächtigten.

Das Arbeitsgericht Nürnberg hat den Antrag mit Beschluss vom 17.08.2007 abgewiesen. Die Entscheidung wurde den Antragstellern am 24.09.2007 zugestellt. Mit Schriftsatz vom 22.09.2007, der am 23.10.2007 beim Landesarbeitsgericht Nürnberg einging, legten die Antragsteller Beschwerde ein und begründeten sie innerhalb der bis 10.12.2007 verlängerten Begründungsfrist.

Die Antragsteller machen geltend, der Antrag auf einstweilige Verfügung sei nicht aussichtslos gewesen. Eine Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Streitgegenständlichen Frage habe weder zum Zeitpunkt der Einleitung des einstweiligen Verfügungsverfahrens vorgelegen noch liege sie jetzt vor. Auch eine diesbezügliche Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichts Nürnberg habe es vorher nicht gegeben. In der Literatur sei die Frage, ob Arbeitnehmer, die sich in der Freistellungsphase befänden, wählbar seien, zum Zeitpunkt der Einleitung des einstweiligen Verfügungsverfahrens strittig gewesen.

Die Antragsteller beantragen:

1. Auf die Beschwerde der Antragsteller wird der Beschluss des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 17.08.2007, Az. 10 BV 180/07, aufgehoben.
2. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, die Antragsteller von den anwaltlichen Gebühren gemäß Honorarnote des Rechtsanwalts Dr. C... vom 20.04.2006 über € 4.741,39 freizustellen und an die Antragsteller Zinsen in Höhe von 5 PP über dem Basiszinssatz aus € 4.741,39 seit dem 18.05.2006 zu zahlen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde der Antragsteller zurückzuweisen.

- 4 -

Die Antragsgegnerin macht geltend, die Frage, ob ein Arbeitnehmer, der sich in der Freistellungsphase der Altersteilzeit befinde, dem Betrieb noch angehöre und damit wählbar oder ausgeschieden und damit nicht wählbar sei, sei mehrfach höchstrichterlich entschieden worden, z.B. vom Bundesarbeitsgericht in den Entscheidungen vom 25.10.2000 und vom 16.04.2003, vom VGH am 14.11.2001 und vom Bundesverwaltungsgericht am 15.05.2002. Damit sei die Rechtslage bereits eindeutig gewesen.

Selbst wenn man den Antragstellern einen Kostenerstattungsanspruch für die erste Instanz zubilligen wolle, könne dies in keinem Fall für die zweite Instanz gelten. In mutwilliger Weise hätten die Antragsteller Verfahrenskosten von netto 1.940,80 € verursacht. Darüber hinaus hätten die Antragsteller in dem unbegründeten Wahlanfechtungsverfahren weitere Kosten in Höhe von insgesamt 4.910,60 € verursacht. Ihr, der Antragsgegnerin, stehe diesbezüglich ein entsprechender Schadensersatzanspruch gemäß § 826 BGB zu. Außerdem liege ein Fall vor, in dem die Antragsteller individuelle Rechtspositionen geltend gemacht hätten, so dass die außergerichtlichen Verfahrenskosten nicht vom Arbeitgeber zu tragen seien.

Mit diesen Kosten werde vorsorglich die Aufrechnung erklärt.

Eine Beweisaufnahme hat nicht stattgefunden.

## II.

Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist statthaft, § 87 Absatz 1 ArbGG. Sowohl die Frist zur Einlegung der Beschwerde als auch zu ihrer Begründung sind eingehalten worden, §§ 87 Absatz 2, 66 Absatz 1 Satz 1 und 2, 64 Absatz 6 Satz 1 ArbGG iVm den §§ 519, 520 ZPO.

Die Beschwerde ist begründet.

Die Antragsteller haben Anspruch auf Freistellung von den Rechtsanwaltskosten, die ihnen in den Verfahren 9 BVGa 1/06 bzw. 9 TaBV 9/06 entstanden sind, § 20 Absatz 3 MitbestG.

Nach dieser gesetzlichen Regelung trägt das Unternehmen die Kosten der Aufsichtsratswahl. Hinsichtlich des Umfangs und der Grenzen der Kostentragungspflicht des Arbeitgebers bei einer Aufsichtsratswahl gelten die im Zusammenhang mit einer Betriebsratswahl zu § 20 Abs. 3 Satz 1 BetrVG entwickelten Grundsätze entsprechend (Bundesarbeitsgericht – Beschluss vom 25.05.2005 – Az: 7 ABR 42/04 = BAGE 115/43 ff und NZA 05/1250).

Danach gehören zu den Kosten einer Betriebsratswahl alle Kosten, die mit der Einleitung und Durchführung der Wahl sowie der gerichtlichen Überprüfung des Wahlergebnisses verbunden sind. Hierzu zählen auch die Kosten eines arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens, das zur Klärung von nicht behebbaren Meinungsverschiedenheiten im Laufe des Wahlverfahrens durchgeführt wird. Dabei normiert das Gesetz allerdings keine unbegrenzte Kostentragungspflicht des Arbeitgebers. Eine Zahlungspflicht besteht nur hinsichtlich der erforderlichen Kosten der Wahl. Die Kosten für die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten zur Durchführung eines im Zusammenhang mit der Wahl stehenden

Beschlussverfahrens hat der Arbeitgeber jedenfalls dann nicht zu tragen, wenn die Rechtsverfolgung offensichtlich aussichtslos erscheint oder die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten rechtsmissbräuchlich erfolgt und deshalb das Interesse des Arbeitgebers an der Begrenzung seiner Kostentragungspflicht missachtet wird (Bundesarbeitsgericht aaO, mwN).

Gemessen an diesen Grundsätzen war die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts im einstweiligen Verfügungsverfahren erforderlich.

Gegenstand des Verfahrens war die Frage, ob die Antragsteller (sowie Herr F...) in der anstehenden Aufsichtsratswahl wählbar waren. Hierüber war eine Meinungsverschiedenheit zwischen den Antragstellern und dem Wahlvorstand entstanden. Der Wahlvorstand hatte den Wahlvorschlag, mit dem sich die Antragsteller für die Aufsichtsratswahl bewerben wollten, zurückgewiesen. Dies ist unstrittig. Die Frage, wer als Wahlbewerber an der Wahl teilnehmen darf, steht unmittelbar im Zusammenhang mit der Durchführung der Wahlen.

Um die Möglichkeit zu erhalten, entsprechend ihrer Ansicht über ihre Wählbarkeit an der Aufsichtsratswahl teilzunehmen, war es unumgänglich, einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.

Das Beschlussverfahren war nicht aussichtslos.

Aussichtslos ist ein Beschlussverfahren dann, wenn die Rechtslage von vornherein eindeutig ist. Dies ist dann der Fall, wenn eine klare gesetzliche Regelung oder eine gefestigte, insbesondere höchstrichterliche Rechtsprechung zu der strittigen Frage besteht.

Dies trifft hinsichtlich der hier strittigen Fragen nur zum Teil zu. Die Meinung der Antragsteller und des Wahlvorstands gingen in zweierlei Hinsicht auseinander. Zum einen standen (und stehen) die Antragsteller auf dem Standpunkt, der Eintritt in die Freistellungsphase der Altersteilzeit stehe dem Amt eines Aufsichtsratsmitglieds nicht entgegen. Darüber hinaus geht es um die Frage, auf welchen Zeitpunkt für die Wählbarkeit abzustellen ist, auf den der Wahl oder auf den des Amtsantritts.

Bezüglich der Frage, ob ein Arbeitnehmer, der sich in der Freistellungsphase der Altersteilzeit befindet, ein Amt als Arbeitnehmersvertreter in einem gewählten Gremium sein kann, gibt es bereits eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung. Zu nennen sind hier das Bundesarbeitsgericht (Beschluss vom 25.10.2000 – Az: 18/00 = BAGE 96/163 und NZA 01/461; Beschluss vom 16.04.2003 - Az: 7 ABR 53/02 = BAGE 106/64 und NZA 03/1345), das Bundesverwaltungsgericht (Beschluss vom 15.05.2002 – Az: 6 P 18/01 = AP Nr. 1 zu § 10 LPVG NW) und der Verwaltunggerichtshof München (Beschluss vom 14.11.2001– Az: 17 P 01.638 = VGHE BY 55/31 = DVBI 02/787).

In all diesen Entscheidungen ist unmissverständlich klargestellt, dass ein Arbeitnehmer, der sich in der Freistellungsphase der Altersteilzeit befindet, nicht mehr wahlberechtigt und damit nicht mehr wählbar ist.

In keinem der zitierten Fälle hatte sich das Gericht allerdings mit der Frage auseinandergesetzt, auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist. In dem Verfahren 7 ABR 18/00 ging es um einen im Aufsichtsrat befindlichen Arbeitnehmer, der während der Amtszeit in die

Freistellungsphase eintrat. Im Verfahren 7 ABR 53/02 ging es im Zusammenhang mit der Frage, wie groß der Betriebsrat sein müsse, um die Anzahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer, u.a. auch um den Status von drei sich in der Freistellungsphase befindlichen Arbeitnehmern. Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht war über die Wirksamkeit einer Personalratswahl Anfang Mai 2002 zu entscheiden. Dabei ging es u.a. um einen Arbeiter, der zum 01.04.2000 in die Freistellungsphase gegangen war.

Es hat, jedenfalls soweit ersichtlich, bis zur Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Nürnberg im streitgegenständlichen einstweiligen Verfügungsverfahren kein höheres Gericht sich mit der Frage auseinandergesetzt, auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist. Im einstweiligen Verfügungsverfahren zwischen den Antragstellern und dem damaligen Wahlvorstand hat das Erstgericht seine Meinung, es sei auf den Amtseintritt abzustellen, auf Kommentartexten gestützt. Das Landesarbeitsgericht Nürnberg hat dieses Ergebnis ohne nähere Ausführungen übernommen. Ein kritisches Hinterfragen der Kommentarmeinungen hat nicht stattgefunden. Auch die Ausführungen, die das Bundesarbeitsgericht im Wahlanfechtungsverfahren im Nichtzulassungsbeschluss und zur Anhörungsrüge gemacht hat, lassen nicht erkennen, dass es sich mit der Frage, welcher Zeitpunkt bei Aufsichtsratswahlen hinsichtlich der Wählbarkeit der Arbeitnehmer maßgeblich ist, befasst hat.

Die in den Kommentaren zum Mitbestimmungsgesetz geäußerte Meinung bezüglich des Zeitpunkts der Wählbarkeit ist nicht zwingend.

Die Begründung stellt auf die §§ 250 Absatz 1 Nr. 4, 100 Absatz 1 und 2 AktG ab. Danach ist die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds u.a. nichtig, wenn die gewählte Person nach § 100 Absatz 1 und 2 bei Beginn der Amtszeit nicht Aufsichtsratsmitglied sein kann. Daraus wird abgeleitet, dass dies auch für die Arbeitnehmervertreter gelten müsse (vgl. beispielsweise Hoffmann/Lehmann/Weinmann, Mitbestimmungsgesetz, RdNr. 34 zu § 7).

Dies vermag nicht zu überzeugen.

§ 250 AktG betrifft die Anfechtung der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder, die durch die Hauptversammlung gewählt werden. In aller Regel beginnt die Amtszeit der in der Hauptversammlung gewählten Aufsichtsratsmitglieder mit Ablauf der Hauptversammlung, in der sie gewählt werden. Dies ergibt sich aus dem in § 102 AktG geregelten Ende der Amtszeit in Zusammenschau mit den §§ 95, 96 AktG.

Auch die Satzung der Antragsgegnerin regelt den Beginn der Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder in dieser Weise.

Vor diesem Hintergrund ist die Regelung des § 250 AktG zu sehen. § 250 AktG stellt eine spezielle Regelung für die Wahlanfechtung bezüglich der in der Hauptversammlung gewählten Aufsichtsratsmitglieder dar. Ein verallgemeinernder Rechtssatz lässt sich daraus nicht ableiten.

§ 100 AktG, der die persönlichen Voraussetzungen für Aufsichtsratsmitglieder regelt, gilt zwar auch für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. Die Vorschrift stellt indes keine Regelung für die Durchführung der Wahlen dar. Vielmehr stellt § 100 AktG nur auf das Aufsichtsratsmitglied – Sein, nicht aber auf das Aufsichtsratsmitglied – Werden ab. So wäre es durch § 100 Absatz 2 Nr. 1 AktG nicht ausgeschlossen, dass von den Aufsichts-

ratsmitgliedern der Arbeitnehmer ein Gewerkschaftsmitglied (§ 7 Absatz 2 MitbestG) zum Zeitpunkt der Wahl nach § 100 Absatz 2 Nr. 1 AktG nicht im Aufsichtsrat sein könnte, aber zum Amtsantritt die Voraussetzungen dafür gegeben sind.

Dazu kommt, dass zwar § 100 AktG für alle Mitglieder des Aufsichtsrats, also auch für die Arbeitnehmervetreter gilt. Die Voraussetzungen für die Wahlberechtigung und Wählbarkeit ergeben sich indes aus § 7 Absatz 3 MitbestG iVm § 8 Absatz 1 BetrVG. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich die in den Kommentaren vertretene Einschränkung der Wählbarkeit nicht.

Darüber hinaus enthält das Mitbestimmungsgesetz in § 24 Absatz 1 eine eigene Regelung zu der Frage, welche Folgen der Verlust der Wählbarkeit der Arbeitnehmervetreter im Aufsichtsrat hat: das Amt erlischt von Gesetzes wegen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist für Fragen im Zusammenhang mit der Wirksamkeit von Betriebsrats- oder Aufsichtsratswahlen der Zeitpunkt der Wahl maßgeblich. Dies ergibt sich auch aus den zitierten Entscheidungen.

Etwas anderes lässt sich auch den Ausführungen des Bundesarbeitsgerichts in seinen Beschlüssen über die Nichtzulassungsbeschwerde sowie die Anhörungsrüge nicht entnehmen. Zur Nichtzulassungsbeschwerde hat es auf die auch im vorliegenden Beschluss zitierte Entscheidung vom 16.04.2003 verwiesen. Im Beschluss zur Anhörungsrüge bezieht sich das Bundesarbeitsgericht auf seine Entscheidung vom 25.10.2000 und führt dazu aus, es sei bei der Rechtsfrage, ob Arbeitnehmer, die sich im Zeitpunkt der Aufsichtsratswahl bereits in der Freistellungsphase befinden, wählbar seien, keine divergierenden Entscheidungen von Landesarbeitsgerichten zu erwarten. Die Antragsteller befanden sich indes im Zeitpunkt der Wahl unstreitig noch nicht in der Freistellungsphase.

Dass es regelmäßig auf den Zeitpunkt der Wahlen ankommt, ergibt sich vor allem auch aus der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 15.02.1989 – Az: 7 ABR 9/88 = BAGE 61/125 und NZA 90/115). Darin wird ausgeführt, dass die Wahlberechtigung des die Wahl anfechtenden Arbeitnehmers nur zum Zeitpunkt der Wahl gegeben sein muss und deshalb ein späterer Wegfall der Wahlberechtigung durch Ausscheiden aus dem Betrieb dem Arbeitnehmer die Anfechtungsbefugnis nicht nimmt.

Nach allem wäre es nicht ausgeschlossen, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung, wäre sie mit der konkreten Fragestellung befasst, auch bezüglich der Wählbarkeit für Aufsichtsratswahlen auf den Zeitpunkt, in dem die Wahlen stattfinden, abstellen würde.

Nach Auffassung des erkennenden Gerichts war die Rechtsverfolgung daher nicht aussichtslos.

Die für die Durchführung des einstweiligen Rechtsschutzes angefallenen außergerichtlichen Kosten der Antragsteller waren somit erforderlich. Die Antragsteller sind daher insoweit vom Kostenanspruch ihres Prozessbevollmächtigten freizustellen.

Dem steht nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin die Aufrechnung mit Kosten, die im zweiten Rechtszug im einstweiligen Verfügungsverfahren sowie im Wahlanfechtungsverfahren begründet liegen, erklärt hat.

Der Aufrechnung steht bereits entgegen, dass die sich gegenüberstehenden Ansprüche nicht gleichartig sind. Der Anspruch der Antragsteller ist auf Freistellung von den Anwaltskosten gerichtet. Dagegen rechnet die Antragsgegnerin mit einer Geldforderung auf. Ein Freistellungsanspruch und eine Geldforderung sind keine gleichartigen Ansprüche (vgl. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Auflage, RdNr 8 bis 10 zu § 387).

Eines Eingehens auf die Frage, ob der Antragsgegnerin die geltend gemachten Ansprüche der Sache nach zustehen, bedarf es danach nicht mehr.

Die Entscheidung des Erstgerichts war deshalb aufzuheben und dem Antrag der Antragsteller auf Freistellung von der Zahlungsverpflichtung gegenüber ihrem Prozessbevollmächtigten stattzugeben.

Der geltend gemachte Zinsanspruch besteht nicht.

Insoweit liegt eine Klageerweiterung in der Beschwerdeinstanz vor, die als sachdienlich angesehen wird, §§ 87 Absatz 2, 64 Absatz 6 Satz 1 ArbGG, § 263 ZPO. Darüber hinaus wird die Einwilligung der Antragsgegnerin vermutet, § 267 ZPO. Sie hat sich, ohne der Änderung zu widersprechen, in der mündlichen Verhandlung auf den geänderten Antrag eingelassen.

Die Antragsteller stützen den Zinsanspruch auf Verzug, §§ 286, 288 BGB. Sie haben zwar nach ihrem nicht bestrittenen Sachvortrag die Antragsgegnerin im Mai 2007 gebeten, die Kostennote ihres Prozessbevollmächtigten auszugleichen. Die Antragsgegnerin schuldet den Antragstellern indes kein Geld, sondern nur die Freistellung. Dies gilt jedenfalls so lange, wie die Antragsteller die Forderung ihres Prozessbevollmächtigten nicht erfüllt haben.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, §§ 92 Absatz 1 Satz 1 und 2, 72 ArbGG. Es wird auf § 92 a ArbGG hingewiesen.

Weißenfels  
Vorsitzende Richterin  
am Landesarbeitsgericht

Wohlert  
ehrenamtliche Richterin

Kreser  
ehrenamtlicher Richter