

Mitbestimmungsrecht

Schubert / Wißmann / Kleinsorge

6. Auflage 2024
ISBN 978-3-8006-6857-1
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

GK-MitbestG/Schneider § 5 Rn. 43). Ein bloßer Gewinnabführungsvertrag nach § 291 Abs. 1 AktG (ohne gleichzeitigen Beherrschungsvertrag) begründet dagegen keine unwiderlegbare Konzernvermutung (Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 28), kann aber zusammen mit anderen Faktoren die Annahme eines faktischen Konzernverhältnisses begründen (→ Rn. 34).

Grundlage der Ausübung von Leitungsmacht im Konzern kann nicht nur ein Unternehmensvertrag sein (→ Rn. 33), sondern auch Gegebenheiten tatsächlicher Art. Ein solcher **faktischer Konzern** kann insbesondere auf der Kapitalverflechtung zwischen herrschendem und abhängigem Unternehmen und daneben zB auf langfristigen Liefer- und Abnahmebindungen, arbeitsteiliger Organisation von Dienstleistungen oder Produktion, der Personenidentität in den Unternehmensleitungen oder der Zusammenfassung finanzieller Ressourcen beruhen. Betriebsüberlassungsverträge in Gestalt von Betriebsführungs- und Betriebspachtverträgen (vgl. § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG) können Anhaltspunkte für das Bestehen eines Konzernverhältnisses sein (KMS AR-Praxis-HdB, 10. Aufl. 2013, Rn. 237). In solchen Fällen werden allerdings häufig die Arbeitsverhältnisse der betroffenen ArbN nach § 613a BGB auf das herrschende Unternehmen übergehen, so dass sich die Frage einer Zurechnung nach § 5 nicht mehr stellt (GroßkommAktG/Oetker, 5. Aufl. 2015, MitbestG § 5 Rn. 53; vgl. auch Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 29 ff.). Ein Just-in-Time-Lieferverhältnis ist als Grundlage eines faktischen Konzerns (so Nagel/Riess/Theiss DB 1989, 1505 ff.) allerdings nur dann anzuerkennen, wenn es zu einer gesellschaftsrechtlich fundierten Abhängigkeit hinzutritt (→ Rn. 28).

Von einem abhängigen Unternehmen wird nach § 18 Abs. 1 S. 3 AktG **vermutet**, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen (faktischen) Konzern bildet, tatsächlich also unter einheitlicher Leitung steht. Diese Vermutung wird durch die Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG für in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen ergänzt und kann wie diese (→ Rn. 27) widerlegt werden (zB BayObLG 6.3.2002 – 3 Z BR 343/00, NZA 2002, 691 (693); Koch, 17. Aufl. 2023, AktG § 18 Rn. 19). Da die Widerlegung Sache desjenigen ist, der das Nichtbestehen eines Konzernverhältnisses geltend macht, ist hierfür auch hinsichtlich dieser Vermutung idR das herrschende Unternehmen darlegungs- und beweispflichtig (vgl. → Rn. 27; GroßkommAktG/Oetker, 5. Aufl. 2015, MitbestG § 5 Rn. 24; Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 27). Die Widerlegung der Konzernvermutung kann nur durch den Nachweis gelingen, dass das herrschende Unternehmen von seiner Leitungsmacht keinen oder allenfalls punktuellen Gebrauch macht, und dass die Beteiligung sich daher auf eine Finanzanlage (Finanzholding) beschränkt (BayObLG 24.3.1998 – 3 Z BR 236/96, NZA 1998, 956 (957); 6.3.2002 – 3 Z BR 343/00, NZA 2002, 691 (692); OLG Düsseldorf 4.7.2013 – I-26 W 13/08, ZIP 2014, 517 (519); OLG Düsseldorf 4.6.2018 – I-26 W 12/17 (AktE), NJW-RR 2018, 1055 (1058); LG Frankenthal 7.5.2018 – 3 O 266/17 AktG; LG Köln 28.4.2017 – 82 O 128/17; KMS AR-Praxis-HdB, 10. Aufl. 2013, Rn. 248; Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 27; Seibt ZIP 2011, 249 (252)). Es darf in keinem wesentlichen Funktionsbereich beherrschender Einfluss ausgeübt werden (BAG 15.12.2011 – 7 ABR 56/10, NZG 2012, 754, Rn. 52; 11.2.2015 – 7 ABR 98/12, AP BetrVG 1972 § 54 Nr. 18 Rn. 25; OLG Düsseldorf 4.7.2013 – 26 W 13/08, AG 2013, 720; LG Frankenthal 7.5.2018 – 3 O 266/17 AktG; vgl. ErfK/Oetker, 23. Aufl. 2023, MitbestG § 5 Rn. 4; Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 23; Koch, 17. Aufl. 2023, AktG § 18 Rn. 19). Zu den wesentlichen Funktionsbereichen gehören insbesondere Produktion, Verkauf, Organisation, Finanzen (Koch, 17. Aufl. 2023, AktG § 18 Rn. 9). Eine Zusammenfassung unter einer einheitlichen Leitung kommt auch dann nicht in Betracht, wenn ein anderes Unternehmen die Mehrheit an dem beherrschten Unternehmen hält und die Vermutung nach § 17 Abs. 2 AktG bisher nicht widerlegt wurde (OLG Frankfurt 23.2.2021 – 21 W 134/20, ZIP 2021, 953 f.).

Für einzelne Wirtschaftsbereiche bestehen Sondernormen, welche im öffentlichen Interesse die **Ausübung von Konzernleitungsmacht einschränken**. Diese Normen stehen der Anwendung von § 5 nicht entgegen, solange bei dem herrschenden Unternehmen noch Entscheidungsbefugnisse verbleiben, welche nach dem Zweck des § 5 (→ Rn. 2, 8) den Mitbestimmungseinfluss der ArbN beherrschter Unternehmen rechtfertigen. Das gilt

etwa für kommunal- oder aufsichtsrechtliche Beschränkungen bei der Beherrschung eines öffentlich-rechtlich organisierten Tochterunternehmens (GroßkommAktG/Oetker, 5. Aufl. 2015, MitbestG § 5 Rn. 17). Auch ist hier das Verbot des § 7a Abs. 4 Energiewirtschaftsgesetz zu nennen, Tochterunternehmen Weisungen zum laufenden Netzbetrieb zu geben (LG Düsseldorf 19.8.2011 – 33 O 46/11, ZIP 2011, 1712f.). Ein weiteres Beispiel ist § 7d des Wirtschaftsstabilisierungsbeschleunigungsgesetz, nach dessen S. 1 die Vorschriften des AktG über herrschende Unternehmen ua auf den Fonds und von diesem abhängige Unternehmen nicht anzuwenden sind. Dies gilt indessen nach S. 3 der Vorschrift ausdrücklich nicht für die Vertretung der ArbN im AR eines vom Fonds beherrschten Unternehmens (zum vorhergehenden § 7d Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz Brück/Schalast/Schanz BB 2009, 1306 (1312)). Dort ist also ggf. unter Beteiligung der ArbN von Einzelgesellschaften nach § 5 ein mitbestimmter AR zu bilden. Die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen die **Insolvenz** eines Konzernunternehmens das Konzernverhältnis löst, ist ungeklärt. Einerseits bleibt die Organstruktur des betroffenen Unternehmens während des Insolvenzverfahrens bestehen (Koch, 17. Aufl. 2023, AktG § 264 Rn. 8), andererseits wird die Rechtsstellung dieser Organe – in einer je nach Art des Insolvenzverfahrens unterschiedlichen Intensität – durch die Befugnisse des Insolvenzverwalters überlagert. Verbleiben aber Entscheidungsbefugnisse der Organe des insolventen Unternehmens, so dürfte die Insolvenz alleine noch nicht die Anwendung des § 5 beenden (aA Rieble/Kolbe KTS 2009, 281 (305 ff.)).

- 37 **d) Konzern im Konzern.** Die hM im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum verneint die Frage, ob **innerhalb eines Konzerns weitere Konzernverhältnisse** bestehen können, ob also ein abhängiges Konzernunternehmen seinerseits gegenüber einem oder mehreren anderen abhängigen Konzernunternehmen herrschendes Konzernunternehmen sein kann (GroßkommAktG/Windbichler, 5. Aufl. 2015, AktG § 18 Rn. 83; KK-AktG/Koppens-teiner, 3. Aufl. 2004, AktG § 18 Rn. 31 f.; Koch, 17. Aufl. 2023, AktG § 18 Rn. 14; MüKoAktG/Bayer, 5. Aufl. 2020, AktG § 18 Rn. 40 ff.). Eine Klärung durch die Rspr. steht insoweit aus. Die Frage hat für die Anwendung des MitbestG praktische Bedeutung, weil bei ihrer Bejahung die ArbN abhängiger Konzernunternehmen – je nach den Gegebenheiten des Einzelfalles – uU nicht nur an der Mitbestimmung in der Konzernspitze, sondern auch an der Mitbestimmung in der den Unterkonzern beherrschenden Zwischengesellschaft teilnehmen können (**Abb. 7** und → Rn. 57).

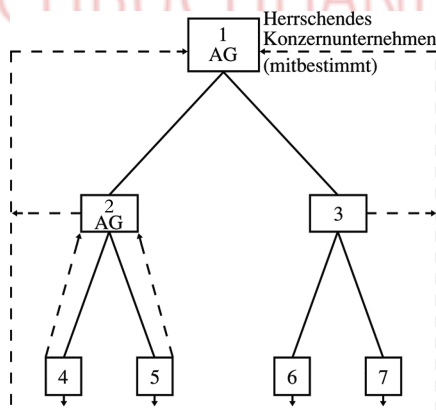


Abb. 7: Konzern im Konzern: Die ArbN der abhängigen Unternehmen 2–7 werden dem herrschenden Unternehmen 1 zugerechnet. Das Unternehmen 2 ist sowohl von Unternehmen 1 konzernmäßig beherrscht als auch Konzernspitze gegenüber 4 und 5. Die ArbN von 4 und 5 werden daher auch 2 zugerechnet und nehmen an der Wahl der AR bei 1 und 2 teil. Die einfachen Linien bedeuten Abhängigkeitsverhältnisse, die gestrichelten Linien Zurechnung.

Unter Berufung auf den Normzweck (→ Rn. 2, 8) und auf der Grundlage des weiten Konzernbegriffs (→ Rn. 31) bejahen hingegen inzwischen die Rspr. und die hM im Schrifttum für das Mitbestimmungsrecht die Möglichkeit eines **Konzerns im Konzern iSv § 5 MitbestG** (BAG 21.10.1980 – 6 ABR 41/78, AP BetrVG 1972 § 54 Nr. 1 (VI); 23.5.2018 – 7 ABR 60/16, NZA 2018, 1562 Rn. 21; OLG Düsseldorf 30.1.1979 – 19 W 17/78, DB 1979, 699 f.; OLG Zweibrücken 9.11.1983 – 3 W 25/83, DB 1984, 107 f.; OLG Frankfurt a. M. 10.11.1986 – 20 W 27/86, DB 1986, 2658; OLG München 19.11.2008 – 31 Wx 99/07, NZG 2009, 112 (113); LG Nürnberg-Fürth 10.10.1983 – 4 O 3900/83 AktE, AG 1984, 54 f.; LG Berlin 30.12.2008 – 102 O 245/08 AktG; LG Dortmund 15.7.1987 – 8 Akt E 1/86, BeckRS 2008, 25390; ErfK/Oetker, 23. Aufl. 2023, MitbestG § 5 Rn. 8; Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 35 ff.; HWK/Seibt, 10. Aufl. 2022, MitbestG § 5 Rn. 8; KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl. 2004, MitbestG § 5 Rn. 32; KMS AR-Praxis-HdB, 10. Aufl. 2013, Rn. 250 f.; Koch, 17. Aufl. 2023, AktG § 18 Rn. 14; Konzen ZIP 1984, 269 ff.; Lembke/Ludwig, Das Recht der Unternehmensmitbestimmung, 2015, § 1 Rn. 21; Pflüger NZA 2009, 130 (131); RVJ/Raiser, 7. Aufl. 2020, MitbestG § 5 Rn. 22 f.; ausf. Schweisfurth, Konzern im Konzern als Mitbestimmungsproblem, 2001, S. 111 ff.; aA GK-MitbestG/Schneider § 5 Rn. 69 ff.; HLW § 5 Rn. 41 ff.; MüKoAktG/Annuß, 6. Aufl. 2023, MitbestG § 5 Rn. 9 f.; Richardi FS Zeuner, 1994, 147 (152 ff.); Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern, 1989, S. 524 ff.; iE ebenso Redeker DB 2008, 2408 ff.: Zurechnung auf Zwischenspitze nur, wenn Obergesellschaft Führungsverantwortung verletzt; offengelassen OLG Celle 22.3.1993 – 9 W 130/92, AP Mitbestimmungs-ErgänzungsG § 16 Nr. 2; OLG Düsseldorf 27.12.1996 – 19 W 4/96 AktE, ZIP 1997, 546 (547); LG Hamburg 26.6.1995 – 321 T 61/94, AG 1996, 89 f.; wie hier zum BetrVG BAG 22.7.2008 – 1 ABR 40/07, NZA 2008, 1248 Rn. 39; Fitting, 31. Aufl. 2022, BetrVG § 54 Rn. 32). Ausf. zum früheren Streitstand 2. Aufl. → § 5 Rn. 30–38.

Teilweise wurde die These, für die Anwendung von Abs. 1 sei die Möglichkeit eines Konzerns im Konzern auszuschließen, auf die Existenz von **Abs. 3** (dazu → Rn. 63 ff.) gestützt. Diese Vorschrift wäre überflüssig, wenn schon nach Abs. 1 auf Zwischenstufen des Konzerns die ArbN der jeweils abhängigen Unternehmen der „Teilkonzernspitze“ zuzurechnen wären (zB Säcker, Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, 1978, Rn. 165 ff.). Dies überzeugt nicht (Duden ZHR 141 (1977), 146 (160); Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 40; KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl. 2004, MitbestG § 5 Rn. 32; KMS AR-Praxis-HdB, 10. Aufl. 2013, Rn. 252; Kort NZG 2009, 81 (83); RVJ/Raiser, 7. Aufl. 2020, MitbestG § 5 Rn. 23). Abs. 3 regelt einen anderen Fall, nämlich den, dass das herrschende Unternehmen dem MitbestG nicht unterliegt. Speziell für diese Konstellation wird eine Zwischenkonzernspitze unabhängig davon fingiert, ob das betreffende Unternehmen gegenüber den nachgeordneten Konzernunternehmen eine eigenständige Leitungsmacht ausübt. Für Abs. 3 reicht es, dass die – nicht mitbestimmungsfähige – Konzernmutter ihre Enkelunternehmen auf dem Weg „über“ das Zwischenunternehmen beherrscht. Anders als bei der Annahme eines Konzerns im Konzern kommt es also für die Anwendung des Abs. 3 auf die Voraussetzungen des Abs. 1 nicht an.

Für die Annahme eines von Abs. 1 erfassten Konzerns im Konzern kommen Fälle in Betracht, in denen ein Konzern dezentral organisiert ist. Dabei müssen unterhalb der Konzernspitze, welche die großen Linien der Konzernpolitik bestimmt und nur für Teilbereiche verbindliche Vorgaben macht, auf einer niedrigeren Konzernebene weitere Entscheidungszentren vorhanden sein, die jeweils für Teile des Konzerns im Rahmen der von der Konzernspitze erlassenen Richtlinien mit einem **erheblichen Maß an Selbständigkeit**, also wesentlichen eigenen Entscheidungsspielräumen, einheitliche Leitungsmacht ausüben. Fungiert eine solche Tochtergesellschaft dagegen lediglich als Übermittlungsstelle für Entscheidungen der Konzernspitze, so liegt kein Konzern im Konzern vor. Danach werden Konzerne im Konzern nicht häufig sein. Es fällt auf, dass jedenfalls die obergerichtliche Rspr., die eine Möglichkeit des Konzerns im Konzern anerkennt (→ Rn. 38), dessen Vorliegen in den konkreten Fällen jeweils verneint hat.

Eine **dezentralisierte Organisation** des Konzerns ist Voraussetzung eines Konzerns im Konzern, reicht aber für sich allein noch nicht als Indiz dafür, dass ein Konzerntochterunternehmen bezüglich nachgeordneter Unternehmen tatsächlich so wesentliche Entschei-

dungsspielräume hat, dass ein Konzern im Konzern anzunehmen wäre. Auch die Aufstellung eines eigenen Jahresabschlusses für diesen Konzernteil hat keine nennenswerte Aussagekraft (→ Rn. 12). Ebenso kann die **Vermutungskette** von § 17 Abs. 2 AktG (Abhängigkeit → Rn. 27) und § 18 Abs. 1 S. 2, 3 AktG (Konzernverhältnis → Rn. 33, 35) die Annahme eines **Konzerns im Konzern nicht begründen** (OLG München 19.11.2008 – 31 Wx 99/07, NZG 2009, 112 (114); LG Berlin 30.12.2008 – 102 O 245/08 AktG; ErfK/Oetker, 23. Aufl. 2023, MitbestG § 5 Rn. 9; Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 43; aA KMS AR-Praxis-HdB, 10. Aufl. 2013, Rn. 251). Diese Vermutungen beziehen sich auf das Vorhandensein von Leitungsmöglichkeiten bzw. die Ausübung von Leitungsmacht „nach unten“, also gegenüber Unternehmen, die in der Konzernhierarchie nachgeordnet sind. Für die Annahme eines Konzerns im Konzern kommt es dagegen unter der Voraussetzung einer solchen Hierarchie auf die Spielräume des Zwischenunternehmens „nach oben“, also gegenüber der Konzernspitze an. Entscheidend ist, ob die Rechtsbeziehungen zwischen der Konzernspitze und dem nachgeordneten Unternehmen so gestaltet sind, dass die zentrale Leitungsmacht zu Teilen auf die Teilkonzernspitze übergegangen ist und die Konzernspitze daher insoweit ihre Leitungsbefugnis über die weiteren Konzernunternehmen nicht mehr wahrnehmen kann (OLG Zweibrücken 9.11.1983 – 3 W 25/83, DB 1983, 107 (108); ErfK/Oetker, 23. Aufl. 2023, MitbestG § 5 Rn. 9). Unschädlich ist dabei, dass die Konzernspitze diese Teile der Leitungsmacht wieder an sich ziehen kann (Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 39), denn Abs. 1 soll die Mitbestimmung da ermöglichen, wo die Leitungsmacht tatsächlich ausgeübt wird.

- 42 Ausgeschlossen ist das Vorhandensein eines Konzerns im Konzern dagegen im **zentralistisch organisierten Konzern**. Das sind Konzerne, in denen sich die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens auf alle wesentlichen Felder unternehmerischer Entscheidungen erstreckt und Tochterunternehmen – jedenfalls in Bezug auf ihnen nachgeordnete Unternehmen – nur unbedeutende Spielräume für eigene Entscheidungen lässt. Eine derart intensive Zusammenfassung zu einer straff geführten wirtschaftlichen Einheit ist zB bei Bestehen eines **Beherrschungsvertrags** zwischen der Obergesellschaft und dem Zwischenunternehmen – oder einem diesem nachgeordneten Unternehmen – anzunehmen (OLG Zweibrücken 9.11.1983 – 3 W 25/83, DB 1984, 107 (108); Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 41; Pflüger NZA 2009, 130 (132); RVJ/Raiser, 7. Aufl. 2020, MitbestG § 5 Rn. 24; Seibt ZIP 2008, 1301 (1304)). Gleiches gilt dann, wenn der Konzern nach **Sparten** gegliedert ist, denn deren Leitungen werden idR in der Konzernspitze angesiedelt sein; etwas anderes kann freilich dann anzunehmen sein, wenn einem solchen Konzern eine Unternehmensgruppe angegliedert wird, die in das bestehende Spartenmuster nicht passt und daher für sich eine Sparte mit eigener Spitzengesellschaft bildet (Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 41; KMS AR-Praxis-HdB, 10. Aufl. 2013, Rn. 253). Das Gleiche gilt regelmäßig für Konzerne mit einer **Matrixorganisation**, die ebenfalls zur Zentralisierung tendiert, wobei die wesentlichen Entscheidungen durch den Vorstand (oder dessen Beirat) bei der Konzernobergesellschaft getroffen werden.

- 43 In Rspr. und Schrifttum wird betont, dass die Annahme eines Konzerns im Konzern eine genaue **Prüfung** der Gegebenheiten des **Einzelfalls** erfordere (zB OLG München 19.11.2008 – 31 Wx 99/07, NZG 2009, 112 (114); KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl. 2004, MitbestG § 5 Rn. 33). Deren Schwierigkeit ergibt sich daraus, dass sie sich besonders auf das Nichtvorhandensein von Umständen erstrecken muss: Es geht weniger darum, was das Zwischenunternehmen gegenüber den ihm nachgeordneten Unternehmen anordnet, als vielmehr darum, was die Konzernspitze gegenüber dem Zwischenunternehmen nicht anordnet. Erst hieraus ergeben sich dessen Entscheidungsspielräume, welche die Annahme eines Konzerns im Konzern begründen können. Lässt sich nicht mit Sicherheit aufklären, ob ein hinreichendes Maß an Leitungsmacht auf die Teilkonzernspitze übertragen wurde, oder bleiben **Zweifel**, wo die einheitliche Leitungsmacht tatsächlich ausgeübt wird, so ist anzunehmen, dass keine Ausnahme von der regelmäßigen Konzernorganisation vorliegt und daher die einheitliche Leitungsmacht bei der Konzernspitze verblieben ist (OLG München 19.11.2008 – 31 Wx 99/07, NZG 2009, 112 (114); ErfK/Oetker, 23. Aufl. 2023, MitbestG § 5 Rn. 9; KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl. 2004, MitbestG § 5 Rn. 34; MHdB ArbR/Uffmann, 5. Aufl. 2021, § 373 Rn. 25; Seibt ZIP 2008, 1301 (1303 f.)).

e) Gemeinschaftsunternehmen

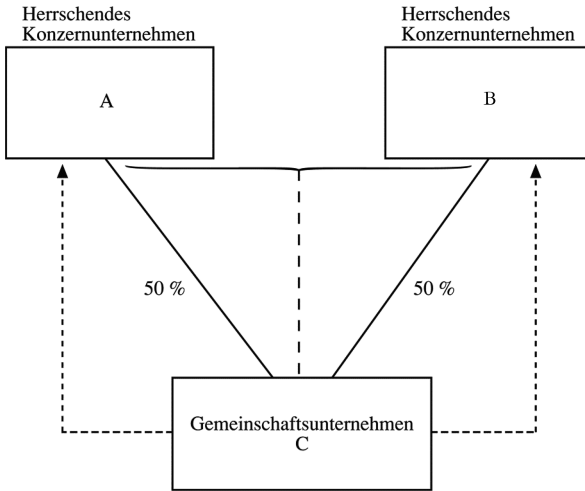


Abb. 8: Gemeinschaftsunternehmen. Die Unternehmen A und B sind je zur Hälfte am Grundkapital von C beteiligt (einfache Linien). Die Konzernleitung wird gemeinsam ausgeübt (gestrichelte Linie). Die ArbN von C werden A und B zugerechnet (gepunktete Linien).

Eine verbreitete Form der Unternehmenskonzentration oder -kooperation sind die **Gemeinschaftsunternehmen**. Dies sind Unternehmen, die von zwei (oder mehr) anderen Unternehmen gemeinsam beherrscht werden (vgl. **Abb. 8** – Übersicht zB bei Gansweid, Gemeinsame Tochterunternehmen im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht, 1976). Meist findet diese doppelte Abhängigkeit ihren äußeren Ausdruck in einer hälftigen Kapitalbeteiligung der herrschenden Unternehmen an dem Gemeinschaftsunternehmen. Die herrschenden Unternehmen müssen allerdings nicht das gesamte Kapital des Gemeinschaftsunternehmens halten. Die doppelte Konzernzugehörigkeit ist auch dann vorstellbar, wenn die beiden Mütter sich die zur Beherrschung erforderliche Mehrheit teilen und daneben noch andere AE vorhanden, aber nicht in die Beherrschung des Unternehmens eingebunden sind (zu den Voraussetzungen → Rn. 47).

Nach aktienrechtlicher Rspr. und Lehre (zB BGH 30.9.1986 – KVR 8/85, NJW 1987, 1639 (1640); Koch, 17. Aufl. 2023, AktG § 17 Rn. 13) kann zwischen einem Gemeinschaftsunternehmen und jeder seiner Obergesellschaften ein **Abhängigkeitsverhältnis** iSv § 17 AktG bestehen. Auf dieser Grundlage hat sich im aktienrechtlichen Schrifttum gegenüber früheren krit. Stimmen inzwischen die Auffassung durchgesetzt, dass auch zu **jedem der Mutterunternehmen ein Konzernverhältnis** iSv § 18 Abs. 1 AktG bestehen kann. Voraussetzung hierfür ist, dass die Obergesellschaften tatsächlich Leitungsmacht über das Gemeinschaftsunternehmen ausüben, und dass dies auf Grund gemeinsamer Willensbildung geschieht (zB KK-AktG/Koppensteiner, 3. Aufl. 2004, AktG § 18 Rn. 34; MüKo-AktG/Bayer, 5. Aufl. 2020, AktG § 18 Rn. 43, jeweils mwN, auch zur früheren Diskussion). Nach heute wohl allgM gilt dies auch für die Verwendung des Konzernbegriffs im Mitbestimmungsrecht (BAG 16.8.1995 – 7 ABR 57/94, NZA 1996, 274 f.; OLG Düsseldorf 30.10.2006 – I-26 W 14/06 AktE, NZG 2007, 77 (80); ErFK/Oetker, 23. Aufl. 2023, MitbestG § 5 Rn. 10; GK-MitbestG/Schneider § 5 Rn. 89 ff.; Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 47 ff.; HWK/Seibt, 10. Aufl. 2022, MitbestG § 5 Rn. 10; KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl. 2004, MitbestG § 5 Rn. 35; Klinkhammer, Mitbestimmung in Gemeinschaftsunternehmen, 1977, S. 100 ff.; KMS AR-Praxis-HdB, 10. Aufl. 2013, Rn. 255; RVJ/Raiser, 7. Aufl. 2020, MitbestG § 5 Rn. 25 ff.; Säcker, Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, 1978, Rn. 173 ff.; aA HLW § 5 Rn. 29 ff.; MüKoAktG/Annuß, 5. Aufl. 2020, MitbestG § 5 Rn. 11; Richardi, Konzern-

zugehörigkeit eines Gemeinschaftsunternehmens nach dem Mitbestimmungsgesetz, 1977; Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern, 1989, S. 522 ff.; wie hier zum MitbestErgG Ausschussbericht zur Sicherungsnovelle 1988 BT-Drs. 11/3618, 14; zu § 54 BetrVG stRspr zB BAG 11.2.2015 – 7 ABR 98/12, AP BetrVG 1972 § 54 Nr. 18 Rn. 27).

- 46 Maßgeblich ist auch insoweit der **Zweck** des § 5, die Mitbestimmung der ArbN möglichst auch dort zu gewährleisten, wo außerhalb der rechtlichen Organisation des Unternehmens wesentliche Entscheidungen für sein Handeln getroffen werden (→ Rn. 3, 8). Aus dieser Sicht spielt es keine Rolle, ob der für die ArbN-Belange erhebliche Einfluss unternehmensfremder Kräfte von einem oder von mehreren Unternehmen ausgeht. Der hiergegen gerichtete Einwand, die Leitungsmacht werde nicht von den Mutterunternehmen, sondern von einer von diesen gebildeten – nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 nicht mitbestimmungsfähigen – Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ausgeübt (zB HLW § 5 Rn. 31 ff.), verfährt nicht: Diese Gesellschaft ist als bloße Innengesellschaft lediglich das Instrument, mit dessen Hilfe die Mütter die einheitliche Leitung bewerkstelligen (Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 48 mwN; ebenso zu § 54 BetrVG BAG 13.10.2004 – 7 ABR 56/03, NZA 2005, 647 (650)). Ein mehrfaches Konzernverhältnis ist auch nicht etwa deshalb abzulehnen, weil das daraus folgende mehrfache Wahlrecht der ArbN des Gemeinschaftsunternehmens zu einer vom Normzweck nicht gedeckten Überrepräsentation dieser ArbN führen würde (dazu → Rn. 58 f.; wie hier Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 49 mwN).
- 47 Unter welchen Voraussetzungen die für die Annahme einer doppelten Konzernbindung erforderliche **gemeinsame Willensbildung der Mutterunternehmen** vorliegt, ist im Einzelnen str. Einvernehmen besteht zunächst darüber, dass jedenfalls eine – ausdrücklich oder konkludent geschlossene – Vereinbarung zwischen den Mutterunternehmen über die gemeinsame Leitung, etwa ein **Konsortialvertrag**, eine hinreichende Grundlage darstellt (zB BAG 16.8.1995 – 7 ABR 57/94, NZA 1996, 274 f.; Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 51; RVJ/Raiser, 7. Aufl. 2020, MitbestG § 5 Rn. 27). Wenn keine hälftigen Kapitalbeteiligungen bestehen (also bei verschiedenen großen Anteilen oder bei mehr als zwei Mutterunternehmen), muss die gemeinsame Willensbildung durch Stimmbindungsvereinbarungen abgesichert sein, die Mehrheitsentscheidungen gegen ein Mutterunternehmen bei der Ausübung der Rechte aus Kapitalbesitz und bei Ausübung der Leitungsmacht ausschließen (ErfK/Oetker, 23. Aufl. 2023, MitbestG § 5 Rn. 12; Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 52; KMS AR-Praxis-HdB, 10. Aufl. 2013, Rn. 258; Säcker, Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, 1978, Rn. 180). Dasselbe gilt, falls die Muttergesellschaften zwar paritätisch an dem Gemeinschaftsunternehmen beteiligt, neben ihnen aber noch andere AE vorhanden sind (→ Rn. 44): Eine gemeinsame Ausübung der Leitungsmacht liegt nur vor, wenn keine der Mütter mit Hilfe außenstehender AE die andere Muttergesellschaft überstimmen kann.
- 48 Darüber hinaus besteht ein doppeltes Konzernverhältnis idR auch dann, wenn eine **hälftige Kapitalbeteiligung** der beiden Mütter nicht von einer Vereinbarung über die gemeinsame Ausübung der Leitungsmacht begleitet wird. Die Mutterunternehmen sind dann, wollen sie – oder eines von ihnen – nicht auf die Ausübung von Leitungsmacht verzichten, wegen der Stimmgleichheit in der AE-Versammlung auch ohne ein vertragliches oder organisatorisches Band zu gemeinsamem Handeln gezwungen (OLG Düsseldorf 30.10.2006 – I-26 W 14/06 AktE, NZG 2007, 77 (80); ErfK/Oetker, 23. Aufl. 2023, MitbestG § 5 Rn. 11; KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl. 2004, MitbestG § 5 Rn. 35; Klinkhammer, Mitbestimmung in Gemeinschaftsunternehmen, 1977, S. 69; KMS AR-Praxis-HdB, 10. Aufl. 2013, Rn. 257; aA Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 51; RVJ/Raiser, 7. Aufl. 2020, MitbestG § 5 Rn. 26; Seibt ZIP 2011, 249 (253); wie hier zu § 54 BetrVG wohl auch BAG 11.2.2015 – 7 ABR 98/12, AP BetrVG 1972 § 54 Nr. 18 Rn. 27). Für den Regelfall kann nämlich angenommen werden, dass die Existenz des Gemeinschaftsunternehmens darauf beruht, dass die Mutterunternehmen mit ihm zumindest teilweise übereinstimmende Interessen verfolgen wollen. Das setzt eine gegenseitige Abstimmung voraus. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Mutterunternehmen tatsächlich die gemeinsame Tochter ausnahmsweise als reine Finanzanlage behandeln und sich einer Leitungstätigkeit enthalten, oder wenn nur eine der Mütter

Leitungsmacht ausübt. Fehlt es daher an der Bildung und Umsetzung eines gemeinsamen Beherrschungswillens, so lässt sich die Konzernvermutung widerlegen (ErK/Oetker, 23. Aufl. 2023, MitbestG § 5 Rn. 11; MHdB ArbR/Uffmann, 5. Aufl. 2021, § 373 Rn. 26; Sacker NJW 1980, 801 (806)).

Auch bei einem Gemeinschaftsunternehmen mit **mehr als zwei Muttergesellschaften** 49 ist eine mehrfache Konzernverbindung zu sämtlichen Müttern denkbar. Voraussetzung dafür ist aber, dass alle Mutterunternehmen auf das Gemeinschaftsunternehmen gemeinsam einwirken, zB auf der Grundlage von Konsortialverträgen oder der Festlegung des Einstimmigkeitsprinzips für Leitungsentscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, oder in anderweit dauerhaft abgestimmter Weise (ErK/Oetker, 23. Aufl. 2023, MitbestG § 5 Rn. 12; Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 52; Löwisch FS Schlechtriem, 2003, 833 (845 ff.); Sacker NJW 1980, 801 (805 ff.)). Diese Voraussetzungen dürften allerdings, je mehr Gesellschaften an dem Gemeinschaftsunternehmen beteiligt sind, tatsächlich immer seltener anzutreffen sein (ebenso Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 53). Die Frage nach einer Obergrenze für die Zahl der beteiligten Mutterunternehmen scheint daher eher akademischer Natur. Zur Zurechnung der ArbN des Gemeinschaftsunternehmens → Rn. 58.

f) Kapitalgesellschaft & Co KG als Konzern. § 5 enthält im Zusammenhang mit 50 **Kapitalgesellschaften & Co KG** ausdrückliche Regelungen für Konzernsachverhalte. Diese beziehen sich zum einen auf KG, die von einem außenstehenden Unternehmen beherrscht werden (Abs. 1 S. 2), und zum anderen auf KG, die selbst andere Unternehmen beherrschen (Abs. 2). Nicht ausdrücklich geregelt ist dagegen die Frage, ob die Komplementärin einer Kapitalgesellschaft & Co KG im Verhältnis zur KG herrschendes Konzernunternehmen sein kann mit der Folge, dass deren ArbN ihr nach § 5 Abs. 1 S. 1 zuzurechnen sind. Dies kommt dann in Betracht, wenn eine AG, KGaA, GmbH oder Genossenschaft Komplementärin und deren Verhältnis zur KG so ausgestaltet ist, dass beide iSv § 18 Abs. 1 AktG unter der einheitlichen Leitung der Kapitalgesellschaft zusammengefasst sind und daher die Voraussetzungen eines **Konzerns** iSv § 5 Abs. 1 S. 1 MitbestG erfüllen. Es ist allerdings str., ob eine Zurechnung der ArbN der KG zur Komplementär-Kapitalgesellschaft auf der Grundlage des § 5 möglich ist. Insoweit wird geltend gemacht, innerhalb der Kapitalgesellschaft & Co KG sei die Zurechnung in § 4 Abs. 1 abschließend geregelt, eine Anwendung von § 5 auf solche Unternehmensverbindungen scheide daher aus (Beinert/Hennerkes/Binz DB 1979, 68 ff.; Hölters RdA 1979, 335 (338); Joost ZGR 1998, 334 (346 f.); wohl auch HLW § 5 Rn. 62). Hieraus wird auch für Kapitalgesellschaften & Co KG, welche – weil die von § 4 Abs. 1 S. 1 geforderte „doppelte Mehrheit“ (→ § 4 Rn. 14 ff.) nicht besteht, oder weil die Komplementärin einen eigenen Geschäftsbetrieb mit mehr als 500 ArbN hat (→ § 4 Rn. 23 f.) – die Voraussetzungen für die Anwendung des § 4 nicht erfüllen, die Unanwendbarkeit des § 5 Abs. 1 S. 1 gefolgert.

Die These von einer Spezialität des § 4 überzeugt nicht. Daher kommt nach jetzt hM 51 die **Zurechnung der ArbN einer KG zu deren Komplementär-Kapitalgesellschaft** durchaus auch nach § 5 Abs. 1 S. 1 auf der Grundlage eines **Konzernverhältnisses** in Betracht (Brügel/Tillkorn GmbH 2013, 459 (462 f.); ErK/Oetker, 23. Aufl. 2023, MitbestG § 5 Rn. 4; GK-MitbestG/Schneider § 5 Rn. 62 ff.; Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 9; HWK/Seibt, 10. Aufl. 2022, MitbestG § 4 Rn. 8; KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl. 2004, MitbestG § 5 Rn. 36; KMS AR-Praxis-HdB, 10. Aufl. 2013, Rn. 150; RVJ/Raiser, 7. Aufl. 2020, MitbestG § 5 Rn. 20 f.; Sigle FS Peltzer, 2001, 539 (550); vgl. allg. zur Möglichkeit eines Konzernverhältnisses zwischen Komplementärin und KG BAG 1.8.1995 – 9 AZR 378/94, NZA 1996, 311 (313)). Beide Vorschriften verfolgen **denselben Zweck**. Sie sollen den ArbN von Unternehmen, die mit anderen Unternehmen zu einer wirtschaftlichen Einheit verbunden sind, eine Beteiligung an der Mitbestimmung in dem Unternehmen ermöglichen, dessen Organe die für diese wirtschaftliche Einheit maßgeblichen Entscheidungen treffen. Dabei unterscheiden sich § 4 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 nicht hinsichtlich der Rechtsfolge, sondern nur hinsichtlich der Zurechnungsvoraussetzungen, indem sie zwei unterschiedliche Formen wirtschaftlicher Verflechtung erfassen und einander damit ergänzen. Da beide Normen in gleicher Weise die Zurechnung der ArbN zur Kapitalgesellschaft vorschreiben, können sich keine Kon-

kurrenzprobleme ergeben, welche zB durch Spezialitätsregeln aufzulösen wären. Auch wird durch das hier vertretene Verständnis § 4 keineswegs funktionslos: Zum einen wird nicht jede von § 4 erfasste Kapitalgesellschaft & Co KG einen Unterordnungskonzern bilden, und zum anderen gilt die Sicherung der Geschäftsführung nach § 4 Abs. 2 nur in den von dieser Vorschrift erfassten KG. Es gibt also keinen hinreichenden Anhaltspunkt dafür, dass § 5 entgegen seinem Wortlaut auf eine Kapitalgesellschaft & Co KG, in der zwischen der Kapitalgesellschaft und der KG ein Konzernverhältnis besteht, nicht anzuwenden wäre.

- 52 Demnach sind in einer Kapitalgesellschaft & Co KG, die nicht die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 erfüllt, die ArbN der KG nach § 5 der Komplementär-Kapitalgesellschaft zuzurechnen, wenn die **KG ein abhängiges Konzernunternehmen der Kapitalgesellschaft** ist. Ob ein Konzernverhältnis vorliegt, richtet sich nach den allg. für § 5 Abs. 1 gültigen Maßstäben. Daher ist es auch nicht erforderlich, dass sich die Komplementärin über ihre Rolle in der KG hinaus durch **Führung eines eigenen Geschäftsbetriebs** unternehmerisch betätigt (→ Rn. 17; ErfK/Oetker, 23. Aufl. 2023, MitbestG § 5 Rn. 4; Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 9; KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl. 2004, MitbestG § 5 Rn. 37; MüKoAktG/Annauß, 6. Aufl. 2023, MitbestG § 5 Rn. 13; RVJ/Raiser, 7. Aufl. 2020, MitbestG § 5 Rn. 20f.; aA OLG Bremen 30.4.1980 – 1 W 3/80 (c), DB 1980, 1332 (1334 f.); OLG Celle 7.5.2014 – 23 O 30/13, AG 2015, 205 Rn. 4; 30.8.1979 – 9 Wx 8/78, BB 1979, 1577 f.; Hasselbach/Ebbinghaus DB 2015, 1269 (1274); Sigle FS Peltzer, 2001, 539 (550)). Eine die Voraussetzungen des § 5 erfüllende einheitliche Leitung kann aber dadurch ausgeschlossen sein, dass den Kommanditisten in der Satzung Widerspruchsrechte nach § 164 HGB zugebilligt werden (Habersack/Henssler/Habersack, 4. Aufl. 2018, MitbestG § 5 Rn. 9). Besteht ein solches Konzernverhältnis, was vielfach der Fall sein dürfte, und erfüllt die Kapitalgesellschaft & Co KG außerdem die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1, so ergibt sich die Zurechnung der ArbN der KG zur Komplementär-Kapitalgesellschaft in gleicher Weise sowohl aus § 4 als auch aus § 5.

3. Zurechnung der ArbN zu einem herrschenden Konzernunternehmen, das dem MitbestG unterliegt (Abs. 1)

- 53 Ist eine AG, GmbH, KGaA oder Genossenschaft herrschendes Unternehmen eines Konzerns, so **fingiert** Abs. 1 S. 1, dass die ArbN der Konzernunternehmen **ArbN des herrschenden Unternehmens** sind. Diese Fiktion gilt, wie die Norm ausdrücklich bestimmt, für die Anwendung des MitbestG auf das herrschende Unternehmen. Sie hat daher nicht etwa zur Folge, dass die abhängigen Konzernunternehmen für die Anwendung des MitbestG nun als arbeitnehmerlos zu gelten hätten und bei ihnen deshalb die Bildung eines AR nach diesem Gesetz nicht in Betracht kommen könnte (→ Rn. 82). Vielmehr erhalten die ArbN durch die Zurechnung zum herrschenden Konzernunternehmen für die Anwendung des MitbestG eine **zusätzliche Unternehmenszugehörigkeit** und behalten diejenige zu ihrem Stammunternehmen, in dem sie daher je nach Rechtsform und Größe ebenfalls ein Mitbestimmungsrecht nach dem MitbestG haben können. Es kommt nicht darauf an, wie viele ArbN das herrschende Unternehmen selbst hat (→ Rn. 16). Auf Grund der Zurechnung der ArbN von Tochterunternehmen kann also ein herrschendes Unternehmen auch dann vom MitbestG erfasst werden, wenn es selbst nicht mehr als 2.000 – oder sogar keine – ArbN hat. Entscheidende Voraussetzung ist insoweit nur, dass das herrschende Unternehmen nach § 1 mitbestimmungsfähig ist (→ Rn. 17). Die Fiktion des Abs. 1 S. 1 erfasst die ArbN **aller Konzernunternehmen**. Es ist unerheblich, in welcher **Rechtsform** die einzelnen abhängigen Unternehmen geführt werden (→ Rn. 20 ff.); zur Zurechnung von ArbN eines **ausländischen** abhängigen Konzernunternehmens → Rn. 23 f. Die Fiktion unterscheidet auch nicht danach, auf welcher Ebene ein abhängiges Unternehmen in einem **mehrstufigen Konzern** steht. Erfasst werden also auch die auf den unteren Stufen der Konzernhierarchie angesiedelten (Enkel-, Urenkel- usw.) Unternehmen (→ Rn. 19).