



**Z A A R**

---

Zentrum für Arbeitsbeziehungen  
und Arbeitsrecht

Bucerius Law School  
Hamburg

2. ZAAR-Tagung

**„Arbeitsrecht im Konzern“**

Freitag, 10. September 2010



## Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>Vorwort</b>	2
<b>1. Konzerndimensionaler Kündigungsschutz?</b> <u>Professor Dr. Georg Caspers</u> Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg	3
<b>2. Konzerneigene Arbeitnehmerüberlassung</b> <u>Rechtsanwältin Dr. Anja Mengel, LL.M.</u> Wilmer Hale, Berlin	13
<b>3. Betriebsrentenrechtliche Haftung im Konzern vs. Konzernrecht</b> <u>Professor Dr. Carsten Schäfer</u> Universität Mannheim	27
<b>4. Normativer und schuldrechtlicher Konzerntarifvertrag – Gestaltungsformen einer Tarifbindung im Konzern</b> <u>Dr. Clemens Höpfner</u> Universität zu Köln	45
<b>5. Mitbestimmungsvermeidung im Konzern</b> <u>Rechtsanwältin Dr. Gerlind Wisskirchen</u> CMS Hasche Sigle, Köln	47

## **Arbeitsrecht im Konzern**

Das Konzernarbeitsrecht muß sich der Trennung einer wirtschaftlichen Einheit in verschiedene selbständige Rechtsträger stellen. Kann solche Gestaltungs-„Willkür“ oder Organisationsoptimierung arbeitsrechtliche Schutzpositionen beeinträchtigen, weil es arbeitsrechtlich auf den Vertragsarbeitgeber ankommt? Eine echte Konzerndimension kennt das Arbeitsrecht nur in der Mitbestimmung.

Während das Gesellschaftsrecht seit Trihotel die Konzernhaftung auf ein Minimum reduziert hat, werden im Arbeitsrecht durchaus andere Schutzaspekte diskutiert. So will der Betriebsrentensenat bei Umstrukturierungen die künftige Rentendynamik über Kapitalausstattungspflichten gesichert wissen und so wird immer wieder gefragt, ob getrennte Konzerngesellschaften zu einem „weniger“ an Kündigungsschutz oder Mitbestimmung führen können. Dabei ist in jüngerer Zeit zentral der Beeinflussungsaspekt in den Vordergrund getreten: Soweit sich Rechtspositionen auf den eigenen Vertragsarbeitgeber beschränken, kommt Konzerndimensionalität nur in Frage, wenn der eigene Vertragsarbeitgeber andere Konzerngesellschaften zum gewünschten Verhalten bewegen kann. Daran scheidet bislang insbesondere der konzernbezogene Kündigungsschutz.

Ein schlagkräftiges Konzernarbeitsrecht ließe sich dementsprechend nur im Wege eines rechtlichen Durchgriffes bewerkstelligen: Der Arbeitnehmer müßte Ansprüche gegen die Obergesellschaft haben – obzwar diese nicht sein Vertragsarbeitgeber ist.

Die gemeinsame Tagung von ZAAR und Bucerius Law School geht diesen Fragen nach – mit wissenschaftlichem, aber praxisbezogenem Blick.

**Richard Giesen  
Matthias Jacobs  
Abbo Junker  
Volker Rieble**

## **Konzerndimensionaler Kündigungsschutz?**

Professor Dr. Georg Caspers  
Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

### **Gliederung**

- I. Fragestellung
  
- II. Bestandsaufnahme
  1. Keine Konzerndimensionalität des KSchG
  2. Erweiterung des Kündigungsschutzes durch arbeitsvertragliche Regelung
    - a) Anspruch auf konzernweite Weiterbeschäftigung
    - b) Bestimmender Versetzungseinfluss des Arbeitgebers
    - c) Freier Arbeitsplatz in einem anderen Konzernunternehmen
    - d) Wechselbereitschaft des Arbeitnehmers
  3. Kündigungsschutz durch Bindung eines anderen Konzernunternehmens?
  
- III. Konzerninterne Verlagerungen
  1. Das sog. „Konzernrisiko“
  2. Verlagerung von Arbeitsaufgaben als freie Unternehmerentscheidung
  3. Gestaltungsmissbrauch
  4. Begrenzter Schutz durch § 613a BGB
  5. Kein kündigungsschutzrechtlicher „Durchgriff“
  6. Lösungsansätze de lege ferenda
  
- IV. Ergebnis

### Thesen

1. Das Kündigungsschutzgesetz ist nicht konzernbezogen. Die aus dem ultima-ratio-Prinzip abgeleitete Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer anstelle einer Kündigung auf einem freien Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen, erfasst nur geeignete Arbeitsplätze im Betrieb oder Unternehmen. Mit Blick darauf, dass das Arbeitsverhältnis ein Zwei-Parteien-Schuldverhältnis ist, ist die arbeitsvertragsbezogene Betrachtung konsequent.
2. Konzerndimensional ist der Kündigungsschutz nur dann, wenn eine vertragliche Grundlage für eine konzernweite Beschäftigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht und der Arbeitgeber die Beschäftigung des Arbeitnehmers im anderen Konzernunternehmen auch durchsetzen kann. Ob der Arbeitgeber einen solchen bestimmenden Einfluss zur „Versetzung“ des Arbeitnehmers hat, richtet sich nach den gesellschaftsrechtlichen Umständen.
3. Fehlt ein solcher bestimmender Einfluss, kommt ein konzerndimensionaler Kündigungsschutz nur dann in Betracht, wenn sich das andere Konzernunternehmen gegenüber dem Arbeitgeber zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers verpflichtet hat. Die fehlende Einflussnahmemöglichkeit kann dadurch ausgeglichen werden, nicht aber eine fehlende vertragliche Grundlage, aus der der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber seine konzernweite Weiterbeschäftigung verlangen kann. Hat sich das andere Konzernunternehmen nur gegenüber dem Arbeitnehmer gebunden, muss dieser seinen daraus resultierenden Anspruch gegenüber dem anderen Konzernunternehmen geltend machen; Kündigungsschutz beim bisherigen Arbeitgeber folgt daraus nicht.
4. Für die Arbeitnehmer besteht das Risiko, dass es aufgrund konzerninterner Organisationsverschiebungen zur Verlagerung von Arbeitsaufgaben im Konzern kommt, die zum Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten beim Arbeitgeber mit der Folge betriebsbedingter Kündigungen führen. Dabei kann es so liegen, dass die Gründe für die Verlagerung anders als bei der Vergabe an Externe nicht mehr auf marktbezogene Interessen des Arbeitgeberunternehmens zurückzuführen sind, sondern andere Interessen im Verbund den Ausschlag für die Verlagerung geben (Konzernrisiko).

5. Der Grundsatz der freien Unternehmerentscheidung ist auch bei betriebsbedingten Kündigungen als Folge konzerninterner Verlagerungen zu wahren. Die Gründe für die Verlagerung sind nicht zu kontrollieren. Nur offensichtlichen Fällen von Gestaltungsmissbrauch kann mit der kündigungsschutzrechtlichen Willkürkontrolle begegnet werden. § 613a BGB schützt nach geltender Rechtslage nicht bei reinen Funktionsverlagerungen. Ein kündigungsschutzrechtlicher Durchgriff auf den Konzern über die oben genannten Grundsätze hinaus findet im geltenden Recht keine Stütze.
  
6. Dem Konzernrisiko ist de lege ferenda nicht durch eine Ausweitung des konzerndimensionalen Kündigungsschutzes zu begegnen. Auch eine Kontrolle der Gründe für die Verlagerungsentscheidung über die schon bislang anerkannte Missbrauchskontrolle hinaus ist abzulehnen. Vielmehr ist die Lösung in einer Ausweitung des § 613a BGB auf Fälle der Funktionsnachfolge im Konzern zu suchen.

### § 1 KSchG Sozial ungerechtfertigte Kündigungen.

(1) Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.

(2) <sup>1</sup>Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. <sup>2</sup>Die Kündigung ist auch sozial ungerechtfertigt, wenn

1. in Betrieben des privaten Rechts

- a) die Kündigung gegen eine Richtlinie nach § 95 des Betriebsverfassungsgesetzes verstößt,
- b) der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann

und der Betriebsrat oder eine andere nach dem Betriebsverfassungsgesetz insoweit zuständige Vertretung der Arbeitnehmer aus einem dieser Gründe der Kündigung innerhalb der Frist des § 102 Abs. 2 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes schriftlich widersprochen hat,

2. in Betrieben und Verwaltungen des öffentlichen Rechts ...

<sup>3</sup>Satz 2 gilt entsprechend, wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen oder eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten Arbeitsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis hiermit erklärt hat. <sup>4</sup>Der Arbeitgeber hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen.

(3) bis (5) ...

## Rechtsprechung in Leit- und Orientierungssätzen

### Weiterbeschäftigung im Konzern

**BAG 14.10.1982 - 2 AZR 568/80, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Konzern = NJW 1984, 381**

#### Leitsatz 3

Das Kündigungsschutzgesetz ist betriebsbezogen, allenfalls unternehmensbezogen, aber nicht konzernbezogen. Der Arbeitgeber ist daher vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung grundsätzlich nicht verpflichtet, eine anderweitige Unterbringung des Arbeitnehmers in einem Konzernbetrieb zu versuchen. Etwas anderes kann sich allerdings aus dem Arbeitsvertrag, einer vertraglichen Absprache oder einer Selbstbindung des Arbeitgebers, etwa aufgrund einer formlosen Zusage oder eines vorangegangenen Verhaltens ergeben.

**BAG 22.5.1986 - 2 AZR 612/85, AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Konzern = NZA 1987, 125**

#### Leitsätze

1. Das Kündigungsschutzgesetz ist nicht konzernbezogen (Bestätigung des Urteils des Senats vom 14. Oktober 1982 - 2 AZR 568/80 - BAG 41, 72 = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Konzern).
2. Die Pflicht zur sozialen Auswahl ist betriebsbezogen. Bei Vermittlung von Arbeitnehmern eines stillgelegten Betriebs auf freie Arbeitsplätze anderer Konzernunternehmen finden die Grundsätze der sozialen Auswahl keine Anwendung.

**BAG 27.11.1991 - 2 AZR 255/91, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Konzern = NZA 1992, 644**

#### Leitsätze

1. Der Bestandsschutz nach dem KSchG ist grundsätzlich nicht konzernbezogen (Bestätigung der bisherigen Senatsrechtsprechung BAG 41, 72 = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Konzern; Urteil vom 22. Mai 1986 - 2 AZR 612/85 - AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Konzern).
2. Ein kündigungswirtschaftlich relevanter Konzernbezug ist nicht bereits dann anzunehmen, wenn Arbeitnehmer in einem Konzernunternehmen, ohne versetzt oder abgeordnet zu werden, bestimmten fachlichen Weisungen durch ein anderes Konzernunternehmen unterstellt werden und dadurch noch kein Vertrauenstatbestand begründet wird, der einem vereinbarten oder in der Vertragsabwicklung konkludent durchgeführten Versetzungsvorbehalt gleichgestellt werden kann.

### **BAG 21.1.1999 - 2 AZR 648/97, AP Nr. 9 zu § 1 KSchG 1969 Konzern = NZA 1999, 539**

#### Leitsätze

Verpflichtet sich ein Arbeitnehmer in einem dem deutschen Recht unterliegenden Vertrag, seine Arbeitsleistung im Rahmen eines ergänzenden Dienstvertrages mit einem ausländischen, konzernzugehörigen Unternehmen zu erbringen, und behält sich der Vertragspartner vor, dem Arbeitnehmer selbst Weisungen und dienstliche Anordnungen zu erteilen und jederzeit ein neues zum Konzern gehörendes Unternehmen für den weiteren Auslandseinsatz des Arbeitnehmers zu bestimmen, so ist der Vertragspartner selbst Arbeitgeber und bei der Kündigung dieses Vertrages hat er deutsches Kündigungsrecht zu beachten.

Beruft sich in diesem Fall der Arbeitgeber darauf, für den Arbeitnehmer sei die bisherige Beschäftigungsmöglichkeit bei dem konzernzugehörigen Unternehmen weggefallen, so hat er dies nach allgemeinen Grundsätzen im Bestreitensfall substantiiert darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. Auch für fehlende Einsatzmöglichkeiten bei anderen zum Konzern gehörenden Unternehmen, bei denen der Arbeitnehmer vereinbarungsgemäß beschäftigt werden könnte, obliegt dem Arbeitgeber eine gesteigerte Darlegungslast.

### **BAG 18.9.2003 - 2 AZR 139/03, AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Konzern**

#### Orientierungssätze

1. Das Kündigungsschutzgesetz ist betriebsbezogen, allenfalls unternehmensbezogen, aber nicht konzernbezogen. Der Arbeitgeber ist daher vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung grundsätzlich nicht verpflichtet, eine anderweitige Unterbringung des Arbeitnehmers in einem Konzernbetrieb zu versuchen. Etwas anderes kann sich allerdings aus dem Arbeitsvertrag, einer vertraglichen Absprache oder einer Selbstbindung des Arbeitgebers, etwa auf Grund einer formlosen Zusage oder eines vorangegangenen Verhaltens ergeben.

2. Ein solcher Ausnahmefall liegt nicht schon dann vor, wenn zwei Unternehmen eines Konzerns Betriebe mit identischem oder gleichartigem Tätigkeitsfeld betreiben und bei sich verschlechternder Auftrags- und Wirtschaftslage einer der beiden Konzernbetriebe stillgelegt wird und in Zukunft nur noch der andere Konzernbetrieb in dem fraglichen Tätigkeitsfeld ohne erhebliche Aufstockung seiner Belegschaft weiterhin am Markt auftritt.

**BAG 23.11.2004 - 2 AZR 24/04, AP Nr. 132 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung  
= NZA 2005, 929**

Orientierungssätze 2 bis 4

2. Das Kündigungsschutzgesetz ist betriebs- und hinsichtlich der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem freien Arbeitsplatz unternehmensbezogen ausgestaltet.

3. Die Weiterbeschäftigungspflicht auf einem freien Arbeitsplatz ist nicht konzernbezogen. Der Arbeitgeber ist vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung grundsätzlich nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer in einem anderen Betrieb eines anderen Unternehmens unterzubringen. Lediglich in Ausnahmefällen kann eine konzernweite Weiterbeschäftigungspflicht in Frage kommen.

4. Voraussetzung einer konzernweiten Weiterbeschäftigungspflicht ist, dass sich ein anderes Konzernunternehmen ausdrücklich zur Übernahme des Arbeitnehmers bereit erklärt hat oder sich die Übernahmeverpflichtung unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag oder aus anderen vertraglichen Absprachen oder aus einer Zusage des Arbeitgebers ergibt. Ferner ist Voraussetzung, dass der Beschäftigungsbetrieb bzw. das vertragsschließende Unternehmen auf die „Versetzung“ einen bestimmenden Einfluss hat. Die Versetzungsentscheidung darf grundsätzlich nicht dem zur Übernahme bereiten Unternehmen vorbehalten sein.

**BAG 23.3.2006 - 2 AZR 162/05, AP Nr. 13 zu § 1 KSchG 1969 Konzern = NZA 2007, 30**

Orientierungssätze 1 bis 4

1. Das Kündigungsschutzgesetz ist nicht konzernbezogen. Der Arbeitgeber ist vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung grundsätzlich nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer in einem anderen Betrieb eines anderen Unternehmens unterzubringen. Auf Grund besonderer Sachverhaltsgestaltungen sind allerdings Ausnahmefälle denkbar, in denen eine konzernbezogene Betrachtung geboten ist. Davon ist nicht nur auszugehen, wenn sich ein anderes Konzernunternehmen ausdrücklich zur Übernahme des Arbeitnehmers bereit erklärt hat, sondern auch und vor allem dann, wenn sich eine solche Verpflichtung unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag oder einer sonstigen vertraglichen Absprache ergibt.

2. Weitere Voraussetzung einer derartigen unternehmensübergreifenden Weiterbeschäftigungspflicht ist allerdings ein bestimmender Einfluss des Beschäftigungsbetriebs bzw. des vertragsschließenden Unternehmens auf die „Versetzung“. Die Entscheidung darüber darf grundsätzlich nicht dem zur Übernahme bereiten Unternehmen vorbehalten worden sein.

3. Ein „konzernbezogener Kündigungsschutz“ wird zwar ebenfalls für Fallgestaltungen erörtert, in denen konzerninterne Entscheidungen (etwa Verlagerung von Tätigkeiten auf andere Konzernunternehmen, Stilllegung eines Konzernunternehmens oder einer Abteilung bei gleichzeitiger Neugründung eines Konzernunternehmens mit identischen arbeitstechnischen und wirtschaftlichen Zielsetzungen) den Beschäftigungsbedarf für den betreffenden Arbeitnehmer bei konzernbezogener Betrachtungsweise nicht wegfallen lassen.

4. Eine solche Erweiterung des Kündigungsschutzes im Wege der Rechtsfortbildung auf Fälle der bloßen konzerninternen Verlagerung von nach wie vor bestehenden Beschäftigungsmöglichkeiten fordert allerdings - wenn sie überhaupt möglich sein sollte - jedenfalls gesteigerte Anforderungen an die Darlegungslast des Arbeitnehmers. Er muss zumindest hinreichend konkret darlegen, dass der in seinem Konzernunternehmen weggefallene Beschäftigungsbedarf lediglich auf ein anderes Konzernunternehmen verlagert ist, dort nach wie vor besteht und dieses Konzernunternehmen diesen Beschäftigungsbedarf nunmehr zB durch auf dem freien Arbeitsmarkt angeworbene oder willkürlich aus dem Mitarbeiterstamm seines Arbeitgebers ausgewählte Arbeitnehmer abdeckt.

### **BAG 23.4.2008 - 2 AZR 1110/06, AP Nr. 177 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 2008, 939**

#### Orientierungssätze 2 bis 5

2. Es ist missbräuchlich, einen Arbeitnehmer durch die Bildung separater betrieblicher Organisationsstrukturen bei unverändertem Beschäftigungsbedarf aus dem Betrieb zu drängen, indem die tatsächlichen Arbeitsabläufe und die hierarchischen Weisungswege als solche unangetastet gelassen und nur, gewissermaßen pro forma, in allein zu diesem Zweck erdachte rechtliche Gefüge eingepasst werden.

3. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist das Kündigungsschutzgesetz nicht konzernbezogen. Der Arbeitgeber ist vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung grundsätzlich nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer in einem anderen Betrieb eines anderen Unternehmens unterzubringen.

4. Ausnahmsweise kann jedoch auch eine konzernbezogene Weiterbeschäftigungspflicht bestehen zB dann, wenn sich ein anderes Konzernunternehmen ausdrücklich zur Übernahme des Arbeitnehmers bereit erklärt hat sowie vor allem dann, wenn sich eine solche Verpflichtung unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag oder einer sonstigen vertraglichen Absprache oder der in der Vergangenheit geübten Praxis ergibt.

5. Der bloße Umstand, dass ein Gesellschafter erheblichen Einfluss auf mehrere oder alle Gesellschaften der Gruppe ausüben kann, reicht nicht aus, um eine ausnahmsweise Erstreckung des Kündigungsschutzes auf den Konzern anzunehmen.

## **Missbräuchliche Unternehmerentscheidung**

### **BAG 30.4.1987 - 2 AZR 184/86, AP Nr. 42 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1987, 776**

#### Leitsätze

1. Der Zweite Senat bestätigt folgende Grundsätze seiner Rechtsprechung zur gerichtlichen Überprüfung der Unternehmerentscheidung und der Interessenabwägung im Falle einer betriebsbedingten Kündigung, die nunmehr auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Siebten Senats (Urteil vom 16. Januar 1987 - 7 AZR 495/85 - [nicht veröffentlicht]) stehen:

a) Organisatorische, technische und wirtschaftliche Unternehmerentscheidungen, die sich konkret nachteilig auf die Einsatzmöglichkeit des gekündigten Arbeitnehmers auswirken, unterliegen nur einer gerichtlichen Mißbrauchskontrolle dahin, ob sie offensichtlich unsachlich oder willkürlich sind.

b) Ist eine ordentliche Kündigung „an sich“ betriebsbedingt im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG, dann kann sich die Interessenabwägung nur in seltenen Ausnahmefällen zugunsten des Arbeitnehmers auswirken.

2. Aus der beschränkten Kontrolle der Unternehmerentscheidung folgt insbesondere auch, daß nicht zu prüfen ist, ob die vom Arbeitgeber aufgrund seiner Unternehmerentscheidung erwarteten Vorteile in einem "vernünftigen Verhältnis" zu den Nachteilen stehen, die der Arbeitnehmer durch die Kündigung erleidet.

### **BAG 26.9.2002 - 2 AZR 636/01, AP Nr. 124 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 2003, 549**

#### Leitsatz

Die Entscheidung des Unternehmers, einen Betriebsteil durch eine noch zu gründende, finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in sein Unternehmen voll eingegliederte Organgesellschaft mit von dieser neu einzustellenden Arbeitnehmern weiter betreiben zu lassen, stellt kein dringendes betriebliches Erfordernis im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG dar, den in diesem Betriebsteil bisher beschäftigten Arbeitnehmern zu kündigen.

#### Orientierungssätze

1. Zwar ist die Unternehmerentscheidung des Betreibers eines Krankenhauses, bestimmte Teilbereiche (Küche, Reinigungsdienst) nicht mehr durch eigene Arbeitskräfte wahrnehmen zu lassen, sondern damit ein Drittunternehmen zu beauftragen, grundsätzlich nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen.

2. Es ist jedoch rechtsmissbräuchlich, wenn der Arbeitgeber ein unternehmerisches Konzept zur Kostenreduzierung wählt, das faktisch nicht zu Änderungen in den betrieblichen Abläufen, jedoch bei allen Arbeitnehmern der betroffenen Abteilungen zum Verlust ihres Arbeitsplatzes führt, obwohl nach wie vor ein - allenfalls möglicherweise reduzierter - Beschäftigungsbedarf besteht.

3. Die Gründung einer i.S. von § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen des Arbeitgebers eingegliederten Organgesellschaft und die Übertragung der Arbeiten einzelner Abteilungen auf diese Gesellschaft ist rechtsmissbräuchlich und damit kündigungsgesetzlich unbeachtlich, wenn die Wahl dieser Organisationsform in erster Linie dem Zweck dient, den Arbeitnehmern der betroffenen Bereiche ihren Kündigungsschutz zu nehmen und sich von ihnen „frei“ zu trennen, damit die Arbeit in Zukunft von anderen, schlechter bezahlten Arbeitnehmern verrichtet wird.

## Konzerneigene Arbeitnehmerüberlassung

Rechtsanwältin Dr. Anja Mengel, LL.M.  
Wilmer Hale, Berlin



### Übersicht

- **Modelle der Konzernleihe**
- Konzernleihe als rechtsmissbräuchliche Gestaltung?
- Umsetzungsprobleme – Betriebsübergang?
- „Schlecker-Klauseln“: geglückte Vermeidung von missbräuchlicher Tarifflicht?

WilmerHale



## Modelle I - Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung

### Grundlagen:

- Gesetzliche Erlaubnisfreiheit nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG
- Konzern und „vorübergehend“ - nach Rspr. u. Lit.: „*nicht unbefristet*“, „*keine Schwerpunktverlagerung*“ u. „*Rückkehrperspektive*“ (BAG 5.5.1988, 2 AZR 795/87; BAG 21.3.1990, 7 AZR 198/89; BAG 20.4.2005, 7 ABR 20/04; LAG Hessen 26.5.2000, 2 Sa 423/99; LAG Rheinland-Pfalz 3.5.2006, 10 Sa 913/05)

### Praxis:

- typischerweise vereinzelt, „Springer-Situationen“
- Im Anschluss an konzerninterne Betriebsübergänge

WilmerHale



## Modelle II - Konzerneigene Verleihunternehmen

### Ziele 2004:

- Senkung von Personalkosten durch Tariffucht und Vermeidung von Equal Pay durch Tarifverträge Zeitarbeit
- Flexibilisierung des Personaleinsatzes („konzerninternes Arbeitsamt“), ggf. auch für hochqualifizierte Arbeitnehmer?
- Instrument beim Personalabbau („BQG“)?

### Praxis:

- Instrument zum Einsatz von best. Arbeitnehmergruppen
- insbes. Gebäudereinigerhandwerk, Gesundheitswesen und Verlagswesen

WilmerHale



## Konzernleihe und AÜG

### Deregulierung durch „Hartz I“ (2003/2004):

- Aufhebung der zeitlichen Begrenzung der Verleihdauer und des Synchronisationsverbotes
- im Gegenzug: „Equal Pay/Equal Treatment“ – aber mit Ausnahme bei Anwendung von Tarifverträgen (auch bei Bezugnahme für Außenseiter -§9 Nr. 2 AÜG)

### Folge:

- Personaldienstleister kann zeitlich unbegrenzt Arbeitnehmer an ein anderes Unternehmen verleihen, auch innerhalb von Konzernen
- Aber: Erlaubnispflicht bei Gewerbsmäßigkeit u. Dauerhaftigkeit (vgl. §1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG)  
– „**vorübergehend**“ nur bei Rückkehrperspektive für EntleiherU; diese bietet Personalführungsgesellschaft nicht (BAG 20.4.2005 – 7 ABR 20/04)

WilmerHale



## Konzerninterne Personaldienstleister und Umsetzungsprobleme

### Selbst bei Erlaubniserteilung:

- Anerkennung der Konzernpersonaldienstleistung als zulässige Arbeitnehmerüberlassung oder Rechtsmissbrauch?
- Transfer bestehender Arbeitsverhältnisse in das Verleiher-Konzernunternehmen durch Betriebsübergang?
- Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats?

WilmerHale



## Übersicht

- Modelle der Konzernleihe
- **Konzernleihe als rechtsmissbräuchliche Gestaltung?**
- Umsetzungsprobleme – Betriebsübergang?
- „Schlecker-Klauseln“: geglückte Vermeidung von missbräuchlicher Tarifflicht?

WilmerHale



## Konzernleihe als Rechtsmissbrauch?

- Mindermeinung (*Brors, Schüren*):
  - „Strohmann-Konstruktion“ wegen Umgehung der Schutzvorschriften des AÜG, Missbrauch der Ausnahmen zu Equal Pay
  - Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nach §1 Abs. 2 AÜG
- h. Lit.: Konzernleihe mit Personaldienstleistungsgesellschaft zulässig, insbesondere infolge der Deregulierung
- Rspr. uneinheitlich:
  - Einerseits LAG Berlin-Brandenburg, LAG Schleswig-Holstein (3. Kammer): „Strohmann“ bzw. Rechtsmissbrauch
  - Andererseits LAG Niedersachsen, LAG Schleswig-Holstein (5. Kammer): gebilligt

WilmerHale



## Rechtsmissbrauch?

### Ausgangspunkt:

- Grundsätzlich ist die konzerninterne AN-Überlassung dauerhaft zulässig und darf auch Ausnahmen zu Equal Pay (Tarifverträge) nutzen

### Einwände der Gegner:

- Nur Privilegierung der konzernfremden Verleiher wegen „echter“ AG-Stellung und dem Risiko, die AN auch ohne Aufträge vergüten zu müssen (=Rechtfertigung für TV mit geringerer Bezahlung)
- Bei Konzernleihe trägt der Verleiher kein vergleichbares wirtschaftliches Risiko, denn er kann „bedarfsgerecht“ einstellen und entlassen, zudem kein „Klebeeffekt“

WilmerHale



## Kein Rechtsmissbrauch! (I)

### Argumente der Befürworter:

- Ausdehnung der Leiharbeit war politisch gewollt (vgl. Gesetzgebungsgeschichte, BT-Drs. 15/25, S. 23 f.)
- Auch der konzerninterne Verleiher trägt das AG-Risiko:
  - Trotz besserer Bedarfsplanung ist betriebsbedingte Kündigung von Leih-AN nach Rspr. schwierig: Hinweis auf fehlenden Folgeauftrag allein genügt nicht (BAG 18.5.2006 – 2 AZR 412/05)
  - Auch Verleiher ohne Konzernbindung können von einem Großkunden abhängig sein und sich an dessen Bedarf ausrichten
- Übernahme der AN („Klebeeffekt“) im Konzern nicht ausgeschlossen

WilmerHale



## Kein Rechtsmissbrauch! (II)

- Angemessenheit der Vergütung – Equal Pay vs. TV:
  - Wortlaut: Keine Gegen Ausnahme für Konzernleihe zu Befreiung vom Equal-Pay-Gebot in § 3 und § 9 AÜG, gesetzgeberische Entscheidung zur Tarifautonomie
  - Zweck: Frage der angemessenen Höhe der Vergütung ist keine Frage des „Wesens“ eines Verleihunternehmens, Untergrenze ist mit Rspr. zu Sittenwidrigkeit allg. festgelegt
  - Zweck: Übernahme des Entgeltrisikos außerhalb der Einsatzzeiten gerade *nicht mehr* charakteristisch für Verleihunternehmen nach Aufhebung von Synchronisationsverbot und zeitlicher Begrenzung

WilmerHale



## Kein Rechtsmissbrauch! (III)

- Anwendung von §1 Abs. 2 AÜG untaugliche Rechtsfolge für Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher:
  - Zwar Übernahme der AG-Pflichten nach §3 AÜG im Tatbestand, aber als Rechtsfolge nur die Vermittlungsvermutung
  - Vorschrift hat nur gewerberechtliche Bedeutung für Erlaubnispflicht nach §1 AÜG
  - Nach Streichung von §13 AÜG a.F. keine Grundlage für Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nach §1 Abs. 2 AÜG, auch nicht analog §10 Abs. 1 AÜG  
(LAG Niedersachsen 26.11.2007 – 6 TaBV 32/07)

WilmerHale



## Kein Rechtsmissbrauch! (IV)

- Rechtsprechung der Instanzgerichte uneinheitlich
  - ablehnend: LAG Berlin 7.1.2005 (6 Sa 2008/04) und LAG Schleswig-Holstein 18.6.2008 (3 TaBV 8/08)
  - zustimmend: LAG Niedersachsen 28.2.2006 (13 TaBV 56/05), 20.2.2007 (9 TaBV 107/05), 26.11.2007 (6 TaBV 32/07), LAG Schleswig-Holstein 20.1.2009 (5 TaBV 33/08)
  - Entscheidungen v. a. in Mitbestimmungsfragen
- BAG hat dauerhafte Konzernleihe nicht beanstandet:
  - 18.10.2006 (7 AZR 145/06): Überlassung an den vorigen Vertrags-AG auf denselben Arbeitsplatz
  - 25.1.2005 (1 ABR 61/03): §99 BetrVG bei nicht gewerbsmäßiger AN-Überlassung
  - 20.4.2005 (7 ABR 20/04): Betriebszugehörigkeit bei nicht gewerbsmäßiger AN-Überlassung

WilmerHale



## Gestaltungsempfehlungen

### Vorsorglich und bis auf Weiteres:

- Werbendes Auftreten des Personalverleihers am Markt
- Verleih auch außerhalb des Konzerns, an verschiedene Unternehmen
- Keine Personalunion der Geschäftsführungen
- Eigene Büroräume, eigenes Personal
- Keine 100%-ige Konzernbeteiligung

WilmerHale



## Übersicht

- Modelle der Konzernleihe
- Konzernleihe als rechtsmissbräuchliche Gestaltung?
- **Umsetzungsprobleme – Betriebsübergang?**
- „Schlecker-Klauseln“: geglückte Vermeidung von missbräuchlicher Tarifflicht?

WilmerHale



## Überleitung des Personals

- Ziel der Kostensenkung erfordert „Überleitung“ der AN auf den Verleiher („große Lösung“)
  - Freiwilliger Übertritt: Aufhebungsvertrag ggf. unwirksam bei Betriebsübergang wg. Umgehung (§613a Abs. 4 BGB) (vgl. BAG 21.5.2008 – 8 AZR 481/07)
  - Kündigung wäre unzulässige Austauschkündigung (BAG 26.9.1996, 2 AZR 200/96; BAG 26.9.2002, 2 AZR 636/01; BAG 16.12.2004, 2 AZR 66/04)
  - Betriebsübergang möglich, aber dann grds. keine Inhaltsänderung der Arbeitsverträge, v. a. Vergütung und keine Pflicht zur Leiharbeit sowie ggf. „Rück-Übergang“
  - Daher: Kostensenkung (fast) nur für neue Mitarbeiter möglich

WilmerHale



## Betriebsübergang - Fragen (I)

- Ausgliederung auf Entleiher als Betriebsübergang und dann „Rück-Verleih“
  - Lit.: BÜ nein, da Zweckänderung (Reinigungsdienst schuldet Reinigung, Verleiher schuldet die Verschaffung der Dienste, nicht die Reinigungsdienstleistung selbst)
  - BAG: BÜ ja, bei betriebsmittelarmem Teilbetrieb (Reinigungseinheit), zumindest bei nur einem Entleiher (21.5.2008 – 8 AZR 481/07)
  - LAG Frankfurt: BÜ nein, bei betriebsmittelgeprägtem Betrieb (Produktion), wenn Entleiher nicht auch die sächlichen Betriebsmittel übernimmt oder nutzt (6.1.2010 – 8 Sa 870/08, anhängig beim BAG 8 AZR 567/09)

WilmerHale



## Betriebsübergang - Fragen (II)

- Ablösung der alten TV durch TV-Zeitarbeit nach §613a Abs. 1 Satz 3 BGB schwierig:
  - Alter und neuer TV müssen von derselben Gewerkschaft abgeschlossen worden sein (Kongruenzprinzip)
  - Bezugnahme Klauseln müssen Tarifwechsel vorsehen (Inhaltskontrolle zu Gleichstellungsabreden)
  - Anerkennung fraglich (vgl. *Melms/Lipinski*, BB 2004, 2409, 2416)

WilmerHale



## Übersicht

- Modelle der Konzernleihe
- Konzernleihe als rechtsmissbräuchliche Gestaltung?
- Umsetzungsprobleme – Betriebsübergang?
- **„Schlecker-Klauseln“: geglückte Vermeidung von missbräuchlicher Tarifflicht?**

WilmerHale



## Schlecker: Worum geht es?

- Schlecker schloss kleine Filialen, kündigte den AN und bot ihnen „Weiterbeschäftigung“ in „XL-Filialen“ zu schlechteren Konditionen über ein Verleih-Unternehmen an
- Wirtschaftliche Verflechtung des Verleihers mit Schlecker unklar
- Öffentliche Empörung über „offensichtliche Tarifflicht“ und „Missbrauch der Leiharbeit“ führte zur Aufnahme spezieller Klauseln in die Tarifverträge Zeitarbeit

WilmerHale



## „Schlecker-Klauseln“ (I)

- Beispiel:

„Der Tarifvertrag gilt nicht für **verbundene Unternehmen** gem. §§15 ff. Aktiengesetz. Entsprechendes gilt bei sonstigen **rechtlichen, wirtschaftlichen oder personellen Verflechtungen** zwischen den am Überlassungsvertrag beteiligten Parteien.“ (Tarifvertrag AMP-CGB)

- Problem:

- (Wohl) pauschale Anwendung auf alle Formen der Konzernleihe
- Damit auch Wegfall der Gegen Ausnahme zu Equal-Pay für Betriebsübergangsfälle und Neueinstellungen (auch von Arbeitslosen)

WilmerHale



## „Schlecker-Klauseln“ (II)

- Beispiel:

„Dieser Tarifvertrag findet keine Anwendung auf Zeitarbeitnehmer, die vor Ablauf von 6 Monaten nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses auf den bisherigen oder einen vergleichbaren Arbeitsplatz bei ihrem früheren Arbeitgeber oder einem Arbeitgeber, der mit dem früheren Arbeitgeber konzernrechtlich verbunden ist, zu ungünstigeren Bedingungen überlassen werden. Durch Tarifvertrag kann von dieser Regelung abgewichen werden.“  
(BVD-christl. Gewerkschaften, vgl. BT-Ausschussdrucksache 17(11)207)

- Sinnvoll: Abstellen auf den persönlichen Geltungsbereich des TV (vgl. § 9 Nr. 2, 4 HS. AÜG)
- Problem: Gegen Ausnahme durch „tarifimmanente Öffnungsklausel“

WilmerHale



### „Schlecker-Klauseln“ (III)

- Beispiel:

„Der Tarifvertrag findet keine Anwendung auf Zeitarbeitsunternehmen und -unternehmensteile, die mit dem Kundenunternehmen einen **Konzern** im Sinne des §18 Aktiengesetz bilden, wenn

- a) das Zeitarbeitsunternehmen in einem ins Gewicht fallenden Maße **zuvor beim Kundenunternehmen beschäftigte** Arbeitnehmer übernimmt und
  - b) die betroffenen Arbeitnehmer **auf ihrem ursprünglichen** oder einem vergleichbaren **Arbeitsplatz** im Kundenunternehmen eingesetzt werden und
  - c) dadurch bestehende im Kundenunternehmen wirksame **Entgelttarifverträge** zuungunsten der betroffenen Arbeitnehmer **umgangen** werden.“ (Tarifvertrag BZA-DGB).
- Sinnvoll: Multiple Tatbestandsmerkmale
  - Problem: Definition der „Umgehung“

WilmerHale



### „Schlecker-Klauseln“ (IV)

- Eingreifen der Politik? BMAS arbeitet an Gesetzentwurf - „Lex Schlecker“ 2011 ?

- „**Drehtürklausel**“: Abweichung von Equal Pay mittels TV nicht für Leih-AN, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem mit dem Entleiher einen Konzern bildenden AG (§18 AktG) ausgeschieden sind
- Bei Verstoß Bußgeld bis zu 25.000 EUR
- Informationspflicht des Entleihers über freie Arbeitsplätze in seinem Unternehmen (geplant: §13a AÜG)
- Zugang der Leih-AN zu Gemeinschaftseinrichtungen (geplant: §13b AÜG)

WilmerHale



## Fazit

- Konzerneigene Personaldienstleistungsgesellschaft ist zulässige Form der Arbeitnehmerüberlassung, aber noch nicht unstreitig anerkannt.
- Überleitung bestehender Arbeitsverhältnisse auf konzerneigenen Verleiher und Absenkung der Arbeitsbedingungen ist kaum möglich. „Lex Schlecker“ wird dies ggf. gesetzlich bestätigen u. weitergehend regeln.
- Konzerneigene Personaldienstleistungsgesellschaft eignet sich daher kurzfristig allenfalls zur Flexibilisierung des Personaleinsatzes und als Vehikel bei Umstrukturierungen.
- Senkungen der Personalkosten und „Tarifflicht“ sind mittel- und langfristig möglich.

WilmerHale



## Betriebsrentenrechtliche Haftung im Konzern vs. Konzernrecht

Professor Dr. Carsten Schäfer  
Universität Mannheim

IURUM (INSTITUT FÜR UNTERNEHMENSRECHT)  
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Handels- und Gesellschaftsrecht

UNIVERSITÄT  
MANNHEIM

### I. Einführung

#### Neue Urteile des BAG zur Betriebsrentenanpassung im Konzern:

- BAG v. 10.2.2009 – 3 AZR 727/07, NZA 2010, 95 (Zweifel am sog. Berechnungsdurchgriffsim [qualifizierten] faktischen Konzern)
- BAG v. 26.5.2009 – 3 AZR 369/07, ZIP 2009, 2166 (Ende eines Beherrschungsvertrages mit Rentnergesellschaft)
- BAG v. 11.3.2008 – 3 AZR 358/06, NZA 2009, 791 (Ausgliederung auf „Rentnergesellschaft“)

Seite 2

IURUM (INSTITUT FÜR UNTERNEHMENSRECHT)  
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Handels- und Gesellschaftsrecht

UNIVERSITÄT  
MANNHEIM

### I. Einführung

#### Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht relevante Themen:

- Verabschiedung des qualifizierten faktischen Konzerns durch den BGH und ihre Auswirkungen auf die Rentenanpassung nach § 16 BetrAVG
- Anerkennung einer speziellen oder allgemeinen Kapitalausstattungspflicht, insbes. bei Ausgliederung und Ende eines Beherrschungsvertrages

Seite 3

### II. Die Anpassungsprüfungspflicht nach § 16 BetrAVG als Ausgangspunkt

#### 1. Allgemeines

- Arbeitgeber hat alle drei Jahre zu überprüfen, ob laufende Betriebsrente an gestiegene Lebenshaltungskosten anzupassen ist; Ermittlung des Bedarfs ist BAG-gesteuerte Rechenoperation
- sofern auch Nettolöhne vergleichbarer Arbeitnehmer des Unternehmens gestiegen sind (Abs. 2)
- Eigentlich Gestaltungsrecht iSv. § 315 BGB, aber:

Seite 4

### II. Die Anpassungsprüfungspflicht nach § 16 BetrAVG als Ausgangspunkt

- Arbeitgeber kann ungünstige wirtschaftliche Lage lediglich einwenden (Darlegungs- und Beweislast bei ihm)

denn:

- Anpassung ist Regel, Nichtanpassung Ausnahme  
(BAG v. 11.3.2008 – 3 AZR 358/06, NZA 2009, 791, 795 (Rdn. 53)  
BAG v. 26.5.2009 – 3 AZR 369/07, ZIP 2009, 2166, 2168 (Rdn. 26)

Seite 5

## II. Die Anpassungsprüfungspflicht nach § 16 BetrAVG als Ausgangspunkt

- Arbeitgeber braucht nur dann nicht anzupassen, wenn er den Teuerungsausgleich voraussichtlich nicht aus dem Wertzuwachs des Unternehmens bzw. dessen Erträgen erbringen kann
- angemessene Eigenkapitalrendite wird zugebilligt (Rendite öffentlicher Anleihen + 2%iger Risikozuschlag).  
Vgl. nur BAG v. 10.2.2009 – 3 AZR 727/07, NZA 2010, 95, 97 (Rdn. 13); BAG v. 23.1.2001, NZA 2002, 560; BAG v. 23.5.2000, NZA 2001, 1251.
- de facto: aufschiebend durch die Gestaltungserklärung bedingter Anpassungsanspruch

Seite 6

## II. Die Anpassungsprüfungspflicht nach § 16 BetrAVG als Ausgangspunkt

### 2. Besonderheiten im Konzern

- Tochter ist nicht leistungsfähig, wirtschaftliche Lage der Mutter erlaubt Anpassung
- Ausnahmsweise auch umgekehrt: Tochter ist leistungsfähig, Mutter in der Krise (BAG v. 10.2.2009 – 3 AZR 727/07, NZA 2010, 95)

Seite 7

### II. Die Anpassungsprüfungspflicht nach § 16 BetrAVG als Ausgangspunkt

- Klassische Lösung des BAG: „Berechnungsdurchgriff“
  - qualifizierte Konzernierung (Beherrschungsvertrag oder qualifizierter faktischer Konzern)
  - herrschendes Unternehmen übt Leitungsmacht *tatsächlich* so aus, dass das abhängige Unternehmen *hierdurch* seine Leistungsfähigkeit verliert (BAG v. 4.10.1994, 3 AZR 910/93, NZA 1995, 368).

Seite 8

### II. Die Anpassungsprüfungspflicht nach § 16 BetrAVG als Ausgangspunkt

- Angenommen, wenn Vermögen der Tochter gezielt im Interesse der Mutter bzw. anderer Konzernunternehmen eingesetzt wird
- Ansatzpunkt: Betriebsrentner ist nur an solchen Risiken zu beteiligen, die sein Arbeitgeber auch als unabhängiges Unternehmen zu tragen hätte.
- Erforderlich daher: konkrete Nachteilszufügung (nicht schon abstrakte Gefahr)

Seite 9

### III. Neuorientierung der Rechtsprechung des BAG zur Betriebsrentenanpassung im Konzern in drei Schritten

#### 1. Veränderungen beim Berechnungsdurchgriff

##### a. Abschaffung im faktischen Konzern

- BGH hat qualifizierten faktischen Konzern durch Existenzvernichtungshaftung ersetzt
- dadurch ist Verlustausgleichspflicht analog § 302 AktG im (qualifizierten) faktischen Konzern entfallen
- außerdem setzt Existenzvernichtungshaftung Insolvenz voraus

Seite 10

### III. Neuorientierung der Rechtsprechung des BAG zur Betriebsrentenanpassung im Konzern in drei Schritten

- BAG bezweifelt daher Möglichkeit des Berechnungsdurchgriffs (BAG v. 10.2.2009 – 3 AZR 727/07, NZA 2010, 95, 97 [Rdn. 16])
- Zu Recht: Deliktischer Anspruch auf Schadensersatz wegen Existenzvernichtung entsteht erst in der Insolvenz und gewährleistet deshalb nicht laufenden Ersatz der Anpassungsmehrkosten durch Mutter.
- Vor Insolvenz keine Haftung; mit Insolvenz Übergang der Rentenverpflichtungen auf PSV (*Cisch/Kruip* NZA 2010, 540, 542).

Seite 11

### III. Neuorientierung der Rechtsprechung des BAG zur Betriebsrentenanpassung im Konzern in drei Schritten

#### b. Verschärfung im Vertragskonzern?

- Obiter dictum BAG v. 26.5.2009 – 3 AZR 369/07, ZIP 2009, 2166, 2169 (Rdn. 31): „Das Bestehen eines Beherrschungsvertrages rechtfertigt aber – ohne weitere Voraussetzungen – einen sog. Berechnungsdurchgriff.“

Aber:

- Gericht nimmt eigene ältere Entscheidungen ausdrücklich in Bezug, die *beide* Voraussetzungen verlangten (s.o.)

Seite 12

### III. Neuorientierung der Rechtsprechung des BAG zur Betriebsrentenanpassung im Konzern in drei Schritten

- Verzicht auf zweites Merkmal passt offensichtlich nicht zu BAG v. 10.2.2009 – 3 AZR 727/07, NZA 2010, 95, 97 (Rdn. 16), wo *konkrete* Belastung der Tochter durch Schiefelage der Mutter verlangt wird.
- Nur wenn Weisungsrecht tatsächlich zum Nachteil der Tochter ausgeübt, realisiert sich spezifische Konzerngefahr für Betriebsrentner.

Seite 13

### III. Neuorientierung der Rechtsprechung des BAG zur Betriebsrentenanpassung im Konzern in drei Schritten

#### 2. Die Kreation einer Kapitalausstattungspflicht

##### a. Ausgliederung auf Rentnergesellschaft

- BAG v. 11.3.2008 – 3 AZR 358/06, NZA 2009, 790 betr. Ausgliederung eines Geschäftsbereichs auf selbständige Gesellschaft, mit der ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag besteht;
- von dort werden operative Teile des Unternehmens nochmals ausgegliedert, so dass „Rentnergesellschaft“ übrig bleibt (= Gesellschaft, „die nur noch wenige oder gar keine aktiven Arbeitnehmer beschäftigt“, BAG v. 26.5.2009 – 3 AZR 369/07, ZIP 2009, 2166, 2170 [Rdn. 36]).

Seite 14

### III. Neuorientierung der Rechtsprechung des BAG zur Betriebsrentenanpassung im Konzern in drei Schritten

- (1) Arbeitsvertragliche Nebenpflicht zur hinreichenden Ausstattung der die Versorgungslast übernehmenden Gesellschaft.  
Verbindlichkeiten sind nach gesteigertem Vorsichtsprinzip zu bewerten, insbes. in der Versicherungswirtschaft angewandte Sterbetafeln und Rechnungszinsfüße zu berücksichtigen
- (2) Finanzierung muss langfristig gesichert sein; der Abschluss eines Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrages ist hierfür unzureichend, weil er gekündigt werden könnte.

Seite 15

### III. Neuorientierung der Rechtsprechung des BAG zur Betriebsrentenanpassung im Konzern in drei Schritten

- (3) Kapital der versorgungspflichtigen Gesellschaft muss auch für Rentenanpassungen nach § 16 BetrAVG ausreichen; Gesellschaft muss die Renten alle drei Jahre um den Prozentsatz erhöhen können, der dem durchschnittlichen Kaufkraftschwund der letzten 20 Jahre entspricht.
- (4) Verletzung der arbeitsvertraglichen Nebenpflicht kann zu einem Schadensersatzanspruch der Rentner unmittelbar gegen die ausstattungspflichtige Gesellschaft führen.

Seite 16

### III. Neuorientierung der Rechtsprechung des BAG zur Betriebsrentenanpassung im Konzern in drei Schritten

#### **b. Ende eines Beherrschungsvertrages**

- BAG v. 26.5.2009 – 3 AZR 369/07, ZIP 2009, 2166, 2170 (Rdn. 36) betr. Ende eines Beherrschungsvertrages mit Rentnergesellschaft.
- Ausgliederung vergleichbar; daher auch hier gleiche Ausstattungspflicht der Mutter, die regelmäßige Rentenerhöhungen erfasst.
- Rechtsgrundlage bleibt offen.

Seite 17

### III. Neuorientierung der Rechtsprechung des BAG zur Betriebsrentenanpassung im Konzern in drei Schritten

#### 3. Zusammenfassung:

- a. Berechnungsdurchgriff ist für den faktischen Konzern obsolet
- b. Im Vertragskonzern bleibt es bei bisheriger Rechtslage; d.h. über den Vertragsschluss hinaus bedarf es noch der Herbeiführung konkreter Vermögensnachteile durch das herrschende Unternehmen.
- c. Bei Ausgliederung von Betriebsrentenverpflichtungen auf „Rentnergesellschaft“ besteht arbeitsvertragliche (Neben-)Pflicht zur Kapitalausstattung, die auch für Anpassungen ausreichen muss.
- d. Gleiche Pflicht gilt bei Beendigung eines Beherrschungsvertrages mit einer Rentnergesellschaft.

Seite 18

### IV. Gesellschaftsrechtliche Bewertung des Konzepts

#### 1. Kein Berechnungsdurchgriff im faktischen Konzern

Nach Aufgabe des „qualifizierten faktischen Konzerns“ durch den BGH ist die Grundlage für Berechnungsdurchgriff insofern entfallen.

- Verabschiedung des qualifizierten faktischen Konzerns durch „Bremer-Vulkan“ (BGHZ 149, 10 - Durchgriffshaftung).
- Neuerdings auf § 826 BGB gestützte Schadensersatz-Innenhaftung durch „Trihotel“ (BGHZ 173, 246).
- Betrifft Fälle der kalten Liquidation einer GmbH, die durch ihre Gesellschafter „ausgeplündert“ wird.

Seite 19

### IV. Gesellschaftsrechtliche Bewertung des Konzepts

- **Tatbestand:**
  - Gesellschafter entziehen der Gesellschaft planmäßig Vermögen
  - Gesellschaft wird hierdurch dauerhaft an der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten gehindert und in die Insolvenz getrieben,
  - Vorsatz
- **Rechtsfolge:** Schadensersatzanspruch der Gesellschaft, den Insolvenzverwalter geltend macht.
- Offen, ob Innenhaftung auch für masselose Insolvenz gilt.
- Offen, ob der qualifizierte faktische Konzern auch in der AG obsolet ist (wohl h.L.: ja).

Seite 20

### IV. Gesellschaftsrechtliche Bewertung des Konzepts

#### 2. Berechnungsdurchgriff im Vertragskonzern nur bei konkreter Schädigung der Tochter

Im Vertragskonzern kann Berechnungsdurchgriff aufrecht erhalten bleiben an der Voraussetzung einer konkreten Schädigung der Tochtergesellschaft ist aber unbedingt festzuhalten.

Seite 21

#### IV. Gesellschaftsrechtliche Bewertung des Konzepts

- Bloße Verlustausgleichspflicht rechtfertigt keine Durchbrechung des Trennungsprinzips:
  - Erst konkrete Nachteilszufügung bürdet Tochter wirtschaftliche Risiken auf, die auf Konzernierung beruhen und Rentner nichts angehen.
  - Pflicht zur Verlusttragung ist Rechtsfolge und kann nicht ihrerseits Grundlage für die Entstehung weiterer Verluste sein; sie ist lediglich notwendige Voraussetzung für den Berechnungsdurchgriff.
- Konsequentermaßen scheidet der Berechnungsdurchgriff beim isolierten Gewinnabführungsvertrag schon im Ansatz aus.

Seite 22

#### IV. Gesellschaftsrechtliche Bewertung des Konzepts

### 3. Pflicht zur Kapitalausstattung der Tochter zugunsten der Betriebsrentner?

#### a. *Ausgliederung*

- Das spaltungsrechtliche Gläubigerschutzkonzept beruht auf:
  - Sicherung der Kapitalaufbringung beim übernehmenden Rechtsträger (Gründung oder Kapitalerhöhung)
  - Auf 5 bzw. 10 Jahre befristete Spaltungshaftung nach § 133 UmwG
  - Anspruch auf Sicherheitsleistung gegen übernehmende Gesellschaft gem. §§ 133, 125, 22 UmwG

Seite 23

### IV. Gesellschaftsrechtliche Bewertung des Konzepts

- Für eine materielle Kapitalausstattungspflicht bei Ausgliederung ist nichts ersichtlich
- Die Spaltungshaftung gem. § 133 UmwG erfasst im Ansatz auch den Anpassungsanspruch
- Problematisch, inwiefern Verhältnisse der übertragenden Gesellschaft zu berücksichtigen
- Wegen des Schutzzwecks des § 133 UmwG (Einheitsprinzip) ist das im Ansatz möglich.

Seite 24

### IV. Gesellschaftsrechtliche Bewertung des Konzepts

#### ***b. Beendigung eines Beherrschungsvertrages***

- Gläubigerschutz richtet sich nach § 303 AktG (Anspruch auf Sicherheitsleistung)
- Behandelt man Anspruch aus § 16 BetrAVG wie einen aufschiebend bedingten Anpassungsanspruch, ist er sicherungsfähig.
- Für eine Pflicht zur Kapitalausstattung der abhängigen Gesellschaft bei Ende eines Beherrschungsvertrags ist nichts ersichtlich (nach hM keine „Wiederaufbauhilfe“).

Seite 25

#### IV. Gesellschaftsrechtliche Bewertung des Konzepts

##### c. Zusammenfassende Beurteilung

- Ziel nachvollziehbar, Betriebsrentner vor planmäßiger Aushöhlung „erdienter“ Rentenansprüche zu schützen
- Rechtfertigt aber nur die Sicherstellung laufen der Rentenzahlungen
- Bei *Renten Anpassung* trägt Rentner Risiko der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung seines früheren Arbeitgebers; nur von speziellen (auf Konzernierung beruhenden) Risiken ist er zu entlasten

Seite 26

#### IV. Gesellschaftsrechtliche Bewertung des Konzepts

- Konzept des BAG zur Kapitalausstattungspflicht ist
  - unklar hinsichtlich seines Anwendungsbereichs (nur Ausgliederung und Ende BHV? Nur Rentnergesellschaft?)
  - überschießend, indem es den Betriebsrentner von der weiteren wirtschaftlichen Entwicklung seines Arbeitgebers abkoppelt und für Anpassungsgarantie sorgt;
  - partiell ineffektiv, weil es die Ausgliederung des operativen Geschäfts nicht erfasst (*Verkauf* zu angemessenem Preis muss aber jedenfalls möglich bleiben);
  - unvollständig, weil es die durch Wegfall des Berechnungsdurchgriffs im qualifizierten Konzern entstehende Lücke nicht zu schließen vermag;

Seite 27

### IV. Gesellschaftsrechtliche Bewertung des Konzepts

- dogmatisch unhaltbar, weil im Vertragskonzern arbeitsvertragliche Beziehungen nur zur Tochter bestehen und
- eine allgemeine (materielle) Kapitalisierungspflicht durch das geltende Gesellschaftsrecht nicht anerkannt wird („Gamma“-Entscheidung des BGH v. 28.04.2008 – II ZR 264/06, ZIP 2008, 1232 = NJW 2008, 2437 – betr. Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft – BQG),
- methodisch zweifelhaft, weil der spezielle umwandlungsrechtliche Gläubigerschutz nicht ausgeschöpft wird.

Seite 28

### IV. Gesellschaftsrechtliche Bewertung des Konzepts

#### 4. Alternative Lösungsansatz mittels § 826 BGB

- Arbeitgeber darf Unvermögen zur Rentenanpassung nicht planmäßig herbeiführen.
- Schutzlücken im faktischen Konzern, bei Beendigung eines Beherrschungsvertrages, mit Einschränkung auch bei Ausgliederung.
- Als Rechtsgrundlage kommt nur § 826 BGB in Betracht (s.a. *Cisch/Kruip* NZA 2010, 540, 545).
- hU zur Anpassung der Betriebsrenten verpflichtet, wenn es durch nachteilige Weisungen oder Umstrukturierungsmaßnahmen die mangelnde Leistungsfähigkeit der Arbeitgebergesellschaft vorsätzlich *herbeigeführt* hat.
- Eigene Leistungsfähigkeit ist selbstverständlich zu berücksichtigen (Kausalität!)

Seite 29

## Gesetze

### § 16 BetrAVG Anpassungsprüfungspflicht

(1) Der Arbeitgeber hat alle drei Jahre eine Anpassung der laufenden Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zu prüfen und hierüber nach billigem Ermessen zu entscheiden; dabei sind insbesondere die Belange des Versorgungsempfängers und die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers zu berücksichtigen.

(2) Die Verpflichtung nach Absatz 1 gilt als erfüllt, wenn die Anpassung nicht geringer ist als der Anstieg

1. des Verbraucherpreisindex für Deutschland oder
2. der Nettolöhne vergleichbarer Arbeitnehmergruppen des Unternehmens im Prüfungszeitraum.

(3) Die Verpflichtung nach Absatz 1 entfällt wenn

1. der Arbeitgeber sich verpflichtet, die laufenden Leistungen jährlich um wenigstens eins vom Hundert anzupassen,
2. die betriebliche Altersversorgung über eine Direktversicherung im Sinne des § 1b Abs. 2 oder über eine Pensionskasse im Sinne des § 1b Abs. 3 durchgeführt wird, ab Rentenbeginn sämtliche auf den Rentenbestand entfallende Überschussanteile zur Erhöhung der laufenden Leistungen verwendet werden und zur Berechnung der garantierten Leistung der nach § 65 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a des Versicherungsaufsichtsgesetzes festgesetzte Höchstzinssatz zur Berechnung der Deckungsrückstellung nicht überschritten wird oder
3. eine Beitragszusage mit Mindestleistung erteilt wurde; Absatz 5 findet insoweit keine Anwendung.

(4) Sind laufende Leistungen nach Absatz 1 nicht oder nicht in vollem Umfang anzupassen (zu Recht unterbliebene Anpassung), ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, die Anpassung zu einem späteren Zeitpunkt nachzuholen. Eine Anpassung gilt als zu Recht unterblieben, wenn der Arbeitgeber dem Versorgungsempfänger die wirtschaftliche Lage des Unternehmens schriftlich dargelegt, der Versorgungsempfänger nicht binnen drei Kalendermonaten nach Zugang der Mitteilung schriftlich widersprochen hat und er auf die Rechtsfolgen eines nicht fristgemäßen Widerspruchs hingewiesen wurde.

(5) Soweit betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung finanziert wird, ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Leistungen mindestens entsprechend Absatz 3 Nr. 1 anzupassen oder im Falle der Durchführung über eine Direktversicherung oder eine Pensionskasse sämtliche Überschussanteile entsprechend Absatz 3 Nr. 2 zu verwenden.

(6) Eine Verpflichtung zur Anpassung besteht nicht für monatliche Raten im Rahmen eines Auszahlungsplans sowie für Renten ab Vollendung des 85. Lebensjahres im Anschluss an einen Auszahlungsplan.

### § 302 AktG Verlustübernahme

(1) Besteht ein Beherrschungs- oder ein Gewinnabführungsvertrag, so hat der andere Vertragsteil jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen, soweit dieser nicht dadurch ausgeglichen wird, daß den anderen Gewinnrücklagen Beträge entnommen werden, die während der Vertragsdauer in sie eingestellt worden sind.

(2) Hat eine abhängige Gesellschaft den Betrieb ihres Unternehmens dem herrschenden Unternehmen verpachtet oder sonst überlassen, so hat das herrschende Unternehmen jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen, soweit die vereinbarte Gegenleistung das angemessene Entgelt nicht erreicht.

(3) Die Gesellschaft kann auf den Anspruch auf Ausgleich erst drei Jahre nach dem Tag, an dem die Eintragung der Beendigung des Vertrags in das Handelsregister nach § 10 des Handelsgesetzbuchs bekannt gemacht worden ist, verzichten oder sich über ihn vergleichen. Dies gilt nicht, wenn der Ausgleichspflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung des Insolvenzverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht oder wenn die Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt wird. Der Verzicht oder Vergleich wird nur wirksam, wenn die außenstehenden Aktionäre durch Sonderbeschluß zustimmen und nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals erreichen, zur Niederschrift Widerspruch erhebt.

(4) Die Ansprüche aus diesen Vorschriften verjähren in zehn Jahren seit dem Tag, an dem die Eintragung der Beendigung des Vertrags in das Handelsregister nach § 10 des Handelsgesetzbuchs bekannt gemacht worden ist.

### § 303 AktG Gläubigerschutz

(1) Endet ein Beherrschungs- oder ein Gewinnabführungsvertrag, so hat der andere Vertragsteil den Gläubigern der Gesellschaft, deren Forderungen begründet worden sind, bevor die Eintragung der Beendigung des Vertrags in das Handelsregister nach § 10 des Handelsgesetzbuchs bekannt gemacht worden ist, Sicherheit zu leisten, wenn sie sich binnen sechs Monaten nach der Bekanntmachung der Eintragung zu diesem Zweck bei ihm melden. Die Gläubiger sind in der Bekanntmachung der Eintragung auf dieses Recht hinzuweisen.

(2) Das Recht, Sicherheitsleistung zu verlangen, steht Gläubigern nicht zu, die im Fall des Insolvenzverfahrens ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer Deckungsmasse haben, die nach gesetzlicher Vorschrift zu ihrem Schutz errichtet und staatlich überwacht ist.

(3) Statt Sicherheit zu leisten, kann der andere Vertragsteil sich für die Forderung verbürgen. § 349 des Handelsgesetzbuchs über den Ausschluß der Einrede der Vorausklage ist nicht anzuwenden.

### § 133 UmwG Schutz der Gläubiger und der Inhaber von Sonderrechten

(1) Für die Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers, die vor dem Wirksamwerden der Spaltung begründet worden sind, haften die an der Spaltung beteiligten Rechtsträger als Gesamtschuldner. Die §§ 25, 26 und 28 des Handelsgesetzbuchs sowie § 125 in Verbindung mit § 22 bleiben unberührt; zur Sicherheitsleistung ist nur der an der Spaltung beteiligte Rechtsträger verpflichtet, gegen den sich der Anspruch richtet.

(2) Für die Erfüllung der Verpflichtung nach § 125 in Verbindung mit § 23 haften die an der Spaltung beteiligten Rechtsträger als Gesamtschuldner. Bei Abspaltung und Ausgliederung können die gleichwertigen Rechte im Sinne des § 125 in Verbindung mit § 23 auch in dem übertragenden Rechtsträger gewährt werden.

(3) Diejenigen Rechtsträger, denen die Verbindlichkeiten nach Absatz 1 Satz 1 im Spaltungs- und Übernahmevertrag nicht zugewiesen worden sind, haften für diese Verbindlichkeiten, wenn sie vor Ablauf von fünf Jahren nach der Spaltung fällig und daraus Ansprüche gegen sie in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Art festgestellt sind oder eine gerichtliche oder behördliche Vollstreckungshandlung vorgenommen oder beantragt wird; bei öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten genügt der Erlass eines Verwaltungsakts. Für vor dem Wirksamwerden der Spaltung begründete Versorgungsverpflichtungen auf Grund des Betriebsrentengesetzes beträgt die in Satz 1 genannte Frist zehn Jahre.

- (4) Die Frist beginnt mit dem Tage, an dem die Eintragung der Spaltung in das Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers nach § 125 in Verbindung mit § 19 Abs. 3 bekannt gemacht worden ist. Die für die Verjährung geltenden §§ 204, 206, 210, 211 und 212 Abs. 2 und 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind entsprechend anzuwenden.
- (5) Einer Feststellung in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Art bedarf es nicht, soweit die in Absatz 3 bezeichneten Rechtsträger den Anspruch schriftlich anerkannt haben.
- (6) Die Ansprüche nach Absatz 2 verjähren in fünf Jahren. Für den Beginn der Verjährung gilt Absatz 4 Satz 1 entsprechend.



## **Normativer und schuldrechtlicher Konzerntarifvertrag – Gestaltungsformen einer Tarifbindung im Konzern**

Dr. Clemens Höpfner  
Universität zu Köln

- A. Einführung
- B. Der Zweck des Konzerntarifvertrags
- C. Gestaltungsformen einer konzerneinheitlichen Tarifbindung auf Arbeitgeberseite
  - I. Tarifrechtlicher Durchgriff im Konzern?
  - II. Der „Konzerntarifvertrag“ als mehrgliedriger Tarifvertrag
    - 1. „Konzerntarifvertrag“ durch Stellvertretung beim Vertragsschluss
      - a) Problem: Offenkundigkeit der Stellvertretung
      - b) Problem: Vertretungsbefugnis der Konzernobergesellschaft
    - 2. „Konzerntarifvertrag“ durch inhaltsgleiche Tarifabschlüsse
      - a) Selbständige Tarifverträge
      - b) Einheitstarifvertrag
      - c) Exkurs: Die Tarifgemeinschaft
    - 3. Begründung und Beendigung der Tarifbindung
      - a) Begründung der Tarifbindung neuer Konzerngesellschaften
      - b) Beendigung der Tarifbindung
  - III. Der „Konzern-Arbeitgeberverband“
    - 1. Schwierigkeiten bei der Gründung des Verbands
    - 2. Unterschiede zum Firmentarifvertrag
  - IV. Konzernweite Tarifgeltung kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme Klauseln?
- D. Schwierigkeiten auf Arbeitnehmerseite: Die Tarifzuständigkeit der Gewerkschaften
- E. Fazit

## **Thesen**

1. Der Konzern als solcher ist weder rechts- noch tariffähig. Gleichwohl besteht ein praktisches Bedürfnis nach einer konzerneinheitlichen Tarifbindung. Diese kann auf zwei verschiedenen Wegen erreicht werden:
2. Erstens können die Konzernunternehmen einen „mehrgliedrigen Konzerntarifvertrag“ schließen. Dies geschieht entweder durch Vertretung der Tochtergesellschaften durch die Konzernobergesellschaft oder durch inhaltsgleiche Tarifabschlüsse der einzelnen Konzernunternehmen. Die Parteien können die Verträge zu einem Einheitstarifvertrag verknüpfen, so dass eine Kündigung nur gemeinschaftlich möglich ist.
3. Zweitens kann der Konzern einen „Konzern-Arbeitgeberverband“ gründen. Die Bedenken an dessen Zulässigkeit überzeugen nicht. Die Konzernunternehmen sind dann nicht als Tarifvertragspartei, sondern als Mitglied in einer Arbeitgebervereinigung tarifgebunden.
4. Eine konzerneinheitliche schuldrechtliche Tarifbindung durch arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den von der Konzernobergesellschaft abgeschlossenen Firmentarifvertrag empfiehlt sich nicht. Als ein für die Tochtergesellschaften fachfremder Tarifvertrag unterläge er der Inhaltskontrolle durch die Arbeitsgerichte.
5. Nicht unerhebliche Schwierigkeiten bestehen auf Arbeitnehmerseite. Wegen der branchenorientierten Tarifzuständigkeit der (DGB-)Gewerkschaften ist es kaum möglich, einen branchenübergreifenden Konzerntarifvertrag mit nur einer Gewerkschaft zu schließen. Gerade bei Sanierungstarifverträgen sollte der Konzern darauf achten, alle zuständigen Gewerkschaften am Tarifabschluss zu beteiligen.

## Mitbestimmungsvermeidung im Konzern

Rechtsanwältin Dr. Gerlind Wisskirchen

CMS Hasche Sigle, Köln

### Vermeidung der unternehmerischen Mitbestimmung aus arbeitsrechtlicher Sicht

- **Strategien und Gestaltungshinweise** -

Rechtsanwältin Dr. Gerlind Wisskirchen<sup>1</sup>

*Unabhängig davon, wie die Mitbestimmung in der Unternehmenspraxis bewertet wird, zeichnet sich der Trend ab, die Wahl eines mitbestimmten Aufsichtsrates zu vermeiden. Dies gilt insbesondere für aus dem Ausland geführte Konzerne, denen die paritätische Vertretung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat nach dem MitbestG fremd erscheint. Dieser Beitrag fasst dabei die zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, die unternehmerische Mitbestimmung zu verhindern, zusammen.*

#### I. Einleitung

Aufgrund der Globalisierung der Märkte und des internationalen Standortwettbewerbs setzte noch die Rot-Grünen-Bundesregierung im Juli 2005 eine Kommission ein, die die deutsche Unternehmensmitbestimmung auf ihre Reformbedürftigkeit untersuchen sollte. Diese kam Ende 2006 zu dem Ergebnis, dass sich das Mitbestimmungsgesetz 1976 (MitbestG) in allen wesentlichen Punkten bewährt habe und nur wenige „Randkorrekturen“ angebracht seien<sup>2</sup>. Viele Unternehmen sehen im Gegensatz dazu die unternehmerische Mitbestimmung wegen ihrer Schwerfälligkeit – verursacht durch die Größe des Aufsichtsrates mit vielfach über 20 Mitgliedern – sowie der oftmals fehlenden Fachkompetenz der Arbeitnehmervertreter – bedingt durch die Notwendigkeit, bei der Auswahl auf Mitarbeiter des Unternehmens zurückzugreifen – sehr kritisch<sup>3</sup>. Insbesondere ausländischen Investoren können die weit reichenden Befugnisse von Arbeitnehmer-

---

<sup>1</sup> Dr. Gerlind Wisskirchen ist Fachanwältin für Arbeitsrecht und Partnerin der Sozietät CMS Hasche Sigle, Köln.

<sup>2</sup> S. 12 des Kommissionsberichtes, abrufbar unter:  
<http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2006/12/Anlagen/2006-12-20-mitbestimmungskommission,property=publicationFile.pdf>.

<sup>3</sup> Auf die praktischen Probleme der Unternehmensmitbestimmung weist Scheevoigt, ZfA 2005, 236 ff., hin; dabei problematisiert er insbesondere die etwaig entstehende Entfremdung zwischen Gewerkschaftsvertretern im Aufsichtsrat und (Gesamt-)Betriebsratsmitgliedern bei „politisch“ besetzten Themen, z.B. bei der Einführung einer kontinuierlichen Schichtarbeit, die Kosten der Mitbestimmung sowie die Nutzung von Informationen aus Aufsichtsratssitzungen im Rahmen von Tarifverhandlungen durch Gewerkschaftsfunktionäre. Die unternehmerische Mitbestimmung kritisiert auch der SPD-Politiker und ehemalige Arbeits- und Sozialminister in NRW Friedhelm Fahrtmann in seinem Betrag „Gewerkschaftspolitik vor dem Ende?“, F.A.Z. v. 06.09.2007.

vertretern bei wirtschaftlichen Leitentscheidungen nur schwer vermittelt werden<sup>4</sup>; dies gilt erst recht unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die paritätisch Besetzung des Aufsichtsrates mit Repräsentanten der Belegschaft und der Gewerkschaft im weltweiten Vergleich einmalig ist und insoweit einen deutschen Sonderweg darstellt.

Auch wenn gewerkschaftsnahe Kreise nicht müde werden, die deutsche Mitbestimmung als Blaupause für ein modernes und soziales Europa zu qualifizieren, die verhindere, dass Arbeitnehmer zu „Bittstellern“ der Unternehmen würden<sup>5</sup>, zeigt sich in der Praxis gerade bei der Beratung ausländischer Mandate, dass diese enormen Vorbehalte gegen die Einführung der als „Hemmschuh“ zu bezeichnenden unternehmerischen Mitbestimmung haben. Vor diesem Hintergrund sollen die in Betracht kommenden Optionen zur Vermeidung der unternehmerischen Mitbestimmung erläutert werden.

## II. Gesetzlichen Grundlagen der unternehmerischen Mitbestimmung<sup>6</sup>

### 1. Die paritätische Mitbestimmung nach dem MitbestG

In den Anwendungsbereich des MitbestG fallen alle Unternehmen, die in der Rechtsform einer AG, KGaA, GmbH oder Genossenschaft organisiert sind und mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen<sup>7</sup>. Gesellschaften, die diese Voraussetzungen erfüllen, sind verpflichtet, einen paritätisch mit gewählten Arbeitnehmervertretern besetzten Aufsichtsrat zu errichten. Diese Besetzung ist nur deshalb keine „echte“ Parität in der Entscheidung, weil der Aufsichtsratsvorsitzende, der nicht gegen den Willen der Anteilseignervertreter gewählt werden kann, bei Stimmgleichheit eine zweite Stimme abgeben kann<sup>8</sup>.

Eine Zurechnung im Konzern sieht das MitbestG vor, wenn die herrschende Gesellschaft selbst den Schwellenwert von 2.000 Arbeitnehmern nicht überschreitet, aber z.B. die Mehrheit der Anteile eines Tochterunternehmens (= beherrschtes Unternehmen) besitzt<sup>9</sup>. Die Mitarbeiter der Tochtergesellschaft gelten mitbestimmungsrechtlich als Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens, so dass bei der Muttergesellschaft bei Überschreiten der Schwellenwerte unter Beachtung der zuzurechnenden Mitarbeiter ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu wählen ist. Zur Konkretisierung des Konzernbegriffs verweist § 5 MitbestG auf aktienrechtliche Vorschriften (§§ 17 ff. AktG).

---

<sup>4</sup> Siehe die Übersicht zur unternehmerischen Mitbestimmung in Europa: S. 89 f. des Kommissionsberichtes.

<sup>5</sup> S. 67 des Kommissionsberichtes.

<sup>6</sup> Von der Darstellung des MontanMitbestG und MontMitBestErgG wird aufgrund der Begrenzung dieses Beitrages sowie der geringen Bedeutung der Gesetze in der Praxis abgesehen und auf die dazu einschlägige Fachliteratur verwiesen, vgl. Überblick bei: Tschöpe/Westhoff, Teil 4 B Rn. 4 ff. Insgesamt unterfielen zum 31.12.2005 746 Gesellschaften dem MitbestG, aber nur 35 dem MontMitbestG. Das MontMitBestErgG findet heute keine Anwendung mehr, vgl. Nienerza, S. 9 m.w.N.

<sup>7</sup> § 1 Abs. 1 MitbestG.

<sup>8</sup> § 29 Abs. 2 MitbestG.

<sup>9</sup> § 5 Abs. 1 MitbestG i.V.m. §§ 17 ff. AktG.

Eine Zurechnung ist weiterhin für die sog. fiktive Konzernspitze vorgesehen<sup>10</sup>. Die Mitbestimmung verlagert sich im Konzern nach unten, wenn das herrschende Unternehmen z.B. mangels entsprechender Rechtsform (z.B. Einzelkaufmann oder KG) nicht der Mitbestimmung unterliegt. In diesem Fall gilt dann das Unternehmen als herrschend, das der Konzernleitung am nächsten steht, eine mitbestimmungspflichtige Gesellschaftsform aufweist und über das die Konzernspitze die weiteren Konzernunternehmen beherrscht. Dieser Gesellschaft werden die Mitarbeiter der nachgeordneten Unternehmen zugerechnet. Dabei ist es im Übrigen unbeachtlich, welche Rechtsform die nachgeordneten Unternehmen aufweisen oder ob diese selbst mitbestimmt sind.

Zusätzlich erfolgt eine Zurechnung, wenn eine grundsätzlich vom MitbestG erfasste Gesellschaft persönlich haftender Gesellschaft einer Kommanditgesellschaft ist (Komplementärin) und die Kommanditisten die Mehrheit an dieser Komplementär-gesellschaft besitzen<sup>11</sup>.

## 2. Die Drittelmitbestimmung nach dem DrittelbG

Das Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) ist am 01.07.2004 in Kraft getreten und hat die bislang einschlägigen Vorschriften des BetrVG 1952 abgelöst. Es erfasst alle Unternehmen in der Rechtsform einer AG, KGaA, GmbH, Genossenschaft oder eines VVaG; Voraussetzung ist grundsätzlich, dass die Unternehmen mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen<sup>12</sup>. Lediglich für eine AG, die vor dem 10.08.1994 eingetragen wurde und keine Familiengesellschaft ist, gilt dieser Schwellenwert nicht; bei dieser ist unabhängig von der Mitarbeiteranzahl ein Aufsichtsrat mit gewählten Arbeitnehmervertretern zu bilden. Der nach DrittelbG zu gründende Aufsichtsrat muss zu  $\frac{1}{3}$  aus Vertretern der Belegschaft bestehen<sup>13</sup>.

Das DrittelbG sieht im Vergleich zum MitbestG nur eine eingeschränkte Zurechnung von Arbeitnehmern zu einem herrschenden Unternehmen im Konzern vor. Diese erfolgt lediglich bei dem Abschluss eines Beherrschungsvertrages zwischen den Konzernunternehmen oder bei einer Eingliederung zwischen zwei Aktiengesellschaften gem. § 319 AktG<sup>14</sup>. Nach herrschender Meinung<sup>15</sup> scheidet eine Zurechnung aus, wenn nur ein faktischer Konzern besteht, d.h. wenn der tatsächlich beherrschende Einfluss nicht aufgrund eines Beherrschungsvertrages, sondern durch andere Instrumentarien (z.B. Stimmbindungsverträge oder das Recht, Personen in die Führungsorgane zu entsenden) ausgeübt wird. Auch ein Ergebnisabführungsvertrag zwischen zwei konzernangehörigen Gesellschaften führt nicht zu einer Zurechnung<sup>16</sup>. Gleiches gilt für den bloßen Mehrheitsbesitz an einer Gesellschaft.

---

<sup>10</sup> § 5 Abs. 3 MitbestG.

<sup>11</sup> § 4 Abs. 1 S. 1 MitbestG.

<sup>12</sup> § 1 Abs. 1 DrittelbG.

<sup>13</sup> § 4 Abs. 1 DrittelbG.

<sup>14</sup> § 2 Abs. 2 DrittelbG.

<sup>15</sup> U/H/H, § 2 DrittelbG Rn. 12; ErfK/Oetker, § 2 DrittelbG Rn. 18.

<sup>16</sup> OLG Zweibrücken v. 18.10.2005 – 3 W 136/05, ZIP 2005, 1966; Tschöpe/Westhoff, Teil 4 B Rn. 29.

### III. Strategien zur Vermeidung der unternehmerischen Mitbestimmung

#### 1. Reine (inländische) Vermögensholding

Eine unternehmerische Mitbestimmung bei einer deutschen Holdinggesellschaft über die Zurechnung nach § 5 Abs. 1 MitbestG kann ausgeschlossen werden. Dann muss der Nachweis gelingen, dass auf Ebene der Obergesellschaft keine einheitliche Leitung i.S.v. § 18 AktG, die sich beherrschend auf die Tochterunternehmen auswirkt, und mithin kein Konzernverbund besteht. Dies ist der Fall, wenn eine reine Vermögensholding (ohne eigenes operatives Geschäft) an der Spitze steht, die die bloße Verwaltung ihre eigenen unternehmerischen Beteiligungen bezweckt, ohne Leitungsaufgaben in den nachgeordneten Gesellschaften wahrzunehmen<sup>17</sup>. Da die Obergesellschaft regelmäßig mehrheitlich (ggf. über Zwischenunternehmen) an weiteren Gesellschaften beteiligt ist, können die sich aus der Mehrheitsbeteiligung resultierenden aktienrechtlichen Vermutungen, nach denen ein Konzern als zurechnungsfähiges Gebilde vorliegt, durch den Abschluss eines Entherrschungsvertrages widerlegt werden<sup>18</sup>. Die Anwendung der mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften in den Tochtergesellschaften bleibt dagegen hiervon unberührt.

#### 2. Unselbständige Niederlassungen

Unselbständige Niederlassungen ausländischer Unternehmen sind ebenfalls nicht den deutschen Mitbestimmungsgesetzen unterworfen, selbst wenn sie in Deutschland mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen. Eine Anknüpfung an eine deutsche Gesellschaft ist in diesem Fall ausgeschlossen<sup>19</sup>. Die Mitbestimmung lässt sich vermeiden, indem im Inland keine von den Mitbestimmungsgesetzen erfassten Unternehmen gegründet werden. Insbesondere Amerikanische Unternehmen haben sich diese Möglichkeit zu Nutze gemacht, z.B. FedEx<sup>20</sup>, McKinsey<sup>21</sup>, American Express<sup>22</sup> oder John Deere<sup>23</sup>.

#### 3. Stiftung

Bei einer (rechtsfähigen) Stiftung gem. §§ 80 ff. BGB ist mangels Nennung in den von den Mitbestimmungsgesetzen erfassten Rechtsformkatalogen kein mitbestimmter Aufsichtsrat zu bilden. Dies gilt auch für eine Stiftung & Co. KG, da das MitbestG bei einer Zurechnung der Arbeitnehmer der KG zur Komplementärin ebenfalls auf § 1 Abs. 1 Ziff. 1 MitbestG verweist und die Stiftung dort nicht aufgeführt ist. Insoweit können Konzerne durch die Gründung einer Stiftung als Holdinggesellschaft zumindest eine Zurechnung der Mitarbeiter der konzernangehörigen Unternehmen „nach oben“ verhindern (z.B. bei Lidl).

---

<sup>17</sup> H/W/K/Seibt, § 5 MitbestG Rn. 7.

<sup>18</sup> U/H/H, § 5 MitbestG Rn. 13.

<sup>19</sup> Henssler, RdA 2005, 331

<sup>20</sup> 1.300 Mitarbeiter (2005).

<sup>21</sup> 1.750 Mitarbeiter (2004).

<sup>22</sup> 1.200 Mitarbeiter (2004).

<sup>23</sup> Hersteller landwirtschaftlicher Maschinen und Geräte mit ca. 3.800 Mitarbeitern.

Allerdings schließt dies eine Mitbestimmung in den Tochtergesellschaften nicht aus, falls diese selbst die Voraussetzungen der jeweiligen Mitbestimmungsgesetze erfüllen.

Vor dem Hintergrund, dass unterschiedliche Stiftungsgesetze in den einzelnen Ländern zur Anwendung kommen und Stiftungen einer staatlichen Aufsicht unterstellt sind, die Maßnahmen der Stiftungsleitung rückgängig machen und sogar die Abberufung von Mitgliedern von Stiftungsorganen verlangen kann<sup>24</sup>, wird dieses Modell allerdings selten in Anspruch genommen.

#### 4. Ausweichen auf Leiharbeitnehmer

Da die Mitbestimmungsgesetze bei der Bestimmung der Schwellenwerte auf die Anzahl der *Arbeitnehmer*<sup>25</sup> abstellen, ist es zulässig, dass ein Unternehmen seinen Beschäftigungsbedarf durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern abdeckt, ohne dass diese im Rahmen des Schwellenwertes Berücksichtigung finden. Dies ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer nach allgemeiner Auffassung *kein* Arbeitsverhältnis begründet wird<sup>26</sup>. Der Verleiher – nur zu diesem besteht bei der erlaubten Arbeitnehmerüberlassung nach AÜG ein Arbeitsverhältnis mit dem Leiharbeiter – räumt dem Entleiher lediglich die Befugnis ein, den entliehenen Mitarbeitern nach eigenen Weisungen einzusetzen<sup>27</sup>.

Diese Auffassung hat das OLG Düsseldorf<sup>28</sup> noch zum BetrVG 1952 als gesetzlichem Vorgänger des DrittelbG bestätigt. Der Grund sei darin zu sehen, dass die unternehmerische Mitbestimmung langfristige Entscheidungen beeinflusse, die die Leiharbeiter nicht betreffen. An diesen könnten die Leiharbeiter im Verleiherbetrieb mitwirken. Dieses Argument ist u.E. im Rahmen der unternehmerischen Mitbestimmung nicht nur auf das DrittelbG, sondern gleichermaßen auf das MitbestG übertragbar. Auch hier werden die Interessen der Leiharbeiter durch Entscheidungen des Entleihers kaum betroffen. Diese sind bei der Bestimmung der Schwellenwerte daher grundsätzlich unbeachtlich<sup>29</sup>.

Bedauerlicherweise fehlt eine höchstrichterliche Entscheidung zur Qualifizierung von Leiharbeitnehmern als „Arbeitnehmer“ im mitbestimmungsrechtlichen Sinne. Es besteht aus diesem Grund eine gewisse Rechtsunsicherheit, wie der Schwellenwert bestimmt wird. Eine Literaturmeinung berücksichtigt nämlich Leiharbeiter im Rahmen der Mitbestimmungsgesetze, wenn diese auf regulären, d.h. nach dem Stellenplan längerfristig eingepplanten Arbeitsplätzen des Unternehmens beschäftigt werden<sup>30</sup>.

---

<sup>24</sup> §§ 6 ff. Stiftungsg NW.

<sup>25</sup> § 1 MitbestG, § 1 DrittelbG.

<sup>26</sup> BAG v. 16.04.2003 – 7 ABR 53/02, NZA 2003, 1346; ErfK/Wank, Einl. AÜG Rn. 48.

<sup>27</sup> Dazu: Küttner/Röller, Kap. 271 Rn. 2.

<sup>28</sup> OLG Düsseldorf v. 12.05.2004 - 19 B 2/04 AktE, GmbHR 2004, 1081 ff.

<sup>29</sup> Rieble, BB 2006, 2019; U/H/H, § 3 MitbestG Rn. 35; MüKo/Gach, § 1 MitbestG, Rn. 20.

<sup>30</sup> Schaub, § 260 Rn. 3.

### 5. Verlagerung des Unternehmenswachstums ins Ausland

Da bei der Bestimmung der mitbestimmungsrechtlich relevanten Schwellenwerte grundsätzlich nur die Arbeitnehmer im Inland erfasst werden<sup>31</sup>, kann ein Unternehmen die Mitbestimmung vermeiden, wenn es dessen Wachstum verlagert und ausschließlich bei ausländischen Tochtergesellschaften<sup>32</sup> oder Betrieben bzw. unselbständigen Niederlassungen im Ausland<sup>33</sup> Personal aufbaut. Dies dürfte insbesondere bei Produktionsbetrieben in Betracht kommen, bei denen es nicht darauf ankommt, wo die Fertigung erfolgt. Bei Vertriebsunternehmen ist jedoch die Präsenz der Mitarbeiter vor Ort unabkömmlich, so dass zumindest in diesem Segment eine Verlagerung in das Ausland nicht in Betracht kommen dürfte.

### 6. Kapitalgesellschaft & Co. KG

#### a) Mitbestimmungsfreiheit bei weniger als 2.000 Mitarbeiter

Die unternehmerische Mitbestimmung kann in einer Kapitalgesellschaft<sup>34</sup> & Co. KG vermieden werden, wenn die Komplementärin selbst weniger als 500 Arbeitnehmer und die Kommanditgesellschaft nicht mehr 2.000 Mitarbeiter beschäftigt. Die KG ist als Personengesellschaft weder vom sachlichen Anwendungsbereich des DrittelbG noch des MitbestG erfasst. Lediglich über eine Zurechnung der Arbeitnehmer der KG auf die Komplementär-Gesellschaft kann es zu einer Mitbestimmung kommen. Eine solche sieht allerdings das DrittelbG nicht vor, so dass ein drittelmitbestimmter Aufsichtsrat selbst bei Überschreiten des Schwellenwertes von 500 Mitarbeitern nicht erforderlich ist.

Erst wenn die KG regelmäßig über 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt, erfolgt eine Zurechnung der Mitarbeiter zur Komplementär-Gesellschaft. Bei dieser ist über die gesetzlich Fiktionswirkung („die Mitarbeiter der KG *gelten* als Arbeitnehmer der Komplementärin“) sodann ein paritätisch besetzter Aufsichtsrat zu wählen. Mitbestimmungsfrei ist die Kapitalgesellschaft & Co. KG damit, wenn die KG zwischen 0 und 2.000 Mitarbeiter hat, da eine Zurechnungsbestimmung im DrittelbG nicht existiert. Eine abweichende Beurteilung ist geboten, wenn die Komplementär-Gesellschaft selbst über 500 bzw. 2.000 Mitarbeiter beschäftigt, da diese unmittelbar von DrittelbG bzw. MitbestG erfasst ist.

#### b) Inkongruente Gesellschaftsstruktur

Sollte die KG den Schwellenwert von 2.000 Mitarbeitern überschreiten, kann die Zurechnung der Mitarbeiter zur Komplementärgesellschaft und damit die Anwendbarkeit des MitbestG dennoch ausgeschlossen werden. Das MitbestG knüpft daran an, dass die

---

<sup>31</sup> ErfK/Oetker, § 1 MitbestG Rn. 3.

<sup>32</sup> LG Düsseldorf v. 05.06.1979 - 25 AktE 1/78, DB 1979, 1451 f.; U/H/H, § 5 MitbestG Rn. 55; ErfK/Oetker, § 1 MitbestG Rn. 7 m.w.N. aA: Nienerza, S. 70.

<sup>33</sup> Fitting/Wlotzke/Wißmann, § 3 MitbestG Rn. 14 ff.; Wisskirchen/Goebel, DB 2004, 1941m.w.N..

<sup>34</sup> Regelmäßig: GmbH.

Kommanditisten der KG die Mehrheit nach Anteilen oder Stimmen an der Komplementär-Gesellschaft inne haben (sog. Mehrheitsidentität). Die Mitbestimmung lässt sich vermeiden, indem ein (konzernangehöriges) Unternehmen die Anteilsmehrheit an der Komplementär-Gesellschaft besitzt, ohne gleichzeitig Kommanditist der KG zu sein (Zerschlagung der Mehrheitsidentität). Ein die Zurechnung rechtfertigender Gleichlauf bei der Willensbildung in KG und Komplementärin ist dann nicht mehr gerechtfertigt, da die KG keinen beherrschende Einfluss mehr auf die die Geschicke des Unternehmens durch die mehrheitliche Beteiligung an dem Komplementär-Gesellschaft besitzt. Um eine Zurechnung der Mitarbeiter im Konzern gem. § 5 MitbestG zu verhindern, bietet es sich an, dass das an der Komplementär-Gesellschaft mehrheitlich beteiligte Unternehmen eine Schwestergesellschaft der KG ist.

## **7. Ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG**

Durch die Gründung einer ausländischen Kapitalgesellschaft & Co. KG kann die Wahl eines mitbestimmten Aufsichtsrates verhindert werden<sup>35</sup>. Ein Unternehmen im Inland wird in der Rechtsform der KG mit einer Komplementär-Gesellschaft ausländischen Rechts gegründet, z.B. einer britischen Ltd. Letztgenannte hat ihren Registersitz ebenfalls im Ausland. In diesem Fall erfolgt keine Zurechnung der Arbeitnehmer der KG zu der ausländischen Komplementärgesellschaft, da die Zurechnungsnorm wiederum an die in den Mitbestimmungsgesetzen enumerativ aufgeführten deutschen Kapitalgesellschaften anknüpft. Die Komplementärgesellschaft scheidet bereits als taugliches Zurechnungsobjekt aus. Diese Struktur haben bereits UPS<sup>36</sup>, Kühne & Nagel<sup>37</sup> und Air Berlin<sup>38</sup> gewählt und dabei – ggf. als Nebeneffekt – die Wahl eines mitbestimmten Aufsichtsrates verhindern können<sup>39</sup>. Vorteilhaft wirkt sich in diesem Zusammenhang auch aus, dass Dritte die Änderung in eine ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG nur selten als störend empfinden, wenn die Komplementärin eine identische Bezeichnung wie die inländische Gesellschaftsform trägt, z.B. bei einer Liechtensteiner, Schweizer oder Österreichischen GmbH.

## **8. Verlegung einer ausländischen Kapitalgesellschaft in das Inland**

Auf Grundlage der Rspr. des EuGH<sup>40</sup> können Gesellschaften, die im EU-Ausland nach der dort geltenden Rechtsordnung gegründet wurden, ihren tatsächlichen Verwaltungssitz

---

<sup>35</sup> OLG Stuttgart v. 30.03.1995 - 8 W 355/93, ZIP 1995, 1004 ff.; vgl. auch: OLG Saarbrücken v. 21.04.1989 – 5 W 60/88, NJW 1990, 647; BayObLG v. 21.03.1986 – 3 Z 148/85, BayObLGZ 1986, 61; Raiser, § 4 MitbestG Rn. 5; Henssler, RdA 2005, 332.

<sup>36</sup> Inc. & Co. OHG mit ca. 14.000 Mitarbeitern (2004).

<sup>37</sup> AG (Luxemburg) & Co. KG mit ca. 2.900 Mitarbeitern (2005).

<sup>38</sup> Plc & Co. KG mit ca. 6.000 Mitarbeitern (2006).

<sup>39</sup> Im Jahr 2006 existierten in Deutschland 8 Kommanditgesellschaften, die über 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen, mit einem ausländischen Komplementär, Anhang 5 zum Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission zur Modernisierung der deutschen Mitbestimmung, 2006.

<sup>40</sup> EuGH v. 30.09.2003 – C-167/01, NJW 2003, 3331 ff. - „Inspire Art“; EuGH v. 05.11.2002 – C-208/00, NJW 2002, 3614 ff. - „Überseering“; EuGH v. 09.03.1999 – C-212/97, NJW 1999, 2027 ff. – „Centros“.

nach Deutschland verlegen, ohne ihre bisherige Rechtsform zu verlieren. Der BGH<sup>41</sup> sich dieser Judikatur in der Folgezeit angeschlossen und wegen des Verstoßes gegen die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EGV den Abschied von der im deutschen Recht bis dahin geltenden Sitztheorie<sup>42</sup> endgültig besiegelt, die an das am tatsächlichen Sitz der Gesellschaft geltende Recht anknüpfte. Der EuGH hat damit die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften unter Beibehaltung ihrer ursprünglichen Gesellschaftsform innerhalb der EU eröffnet und so zu einer Vervielfältigung der in Deutschland nunmehr anzutreffenden Gesellschaftsformen beigetragen. Die Einschränkung der Sitztheorie bezieht sich nach Auffassung des BGH auch auf Gesellschaften, die im EWR<sup>43</sup> oder in den Vereinigten Staaten<sup>44</sup> gegründet worden sind. Ob dies ebenso für Drittstaaten gilt, hat der BGH<sup>45</sup> ausdrücklich offengelassen; die Instanzgerichte haben allerdings mehrheitlich in diesen Fällen weiterhin die Sitztheorie angewendet<sup>46</sup>.

Ausländische Gesellschaften, die unter Wahrung ihrer Ausgangsrechtsform in Deutschland agieren können, sind vom sachlichen Anwendungsbereich des MitbestG und des DrittelbG nicht erfasst. Damit ist die Ausdehnung der deutschen Mitbestimmungsgesetze auf ausländische Gesellschaftsformen ausgeschlossen; diese sind von dem abschließenden Katalog in § 1 Abs. 1 MitbestG, § 1 Abs. 1 DrittelbG nicht betroffen<sup>47</sup>.

Allerdings haben weder der EuGH noch der BGH ausdrücklich bestätigt, dass eine ausländische Gesellschaft nicht unter das Mitbestimmungsrecht (in analoger Anwendung)

---

<sup>41</sup> BGH v. 13.03.2003 – VII ZR 370/98, NJW 2003, 1461; BGH v. 01.07.2002 – II ZR 380/00, BB 2002, 2031.

<sup>42</sup> BGH v. 21.03.1986 – V ZR 10/85, NJW 1986, 2194.

<sup>43</sup> Zur liechtensteinischen AG: BGH v. 19. 09. 2005 - II ZR 372/03, NZG 2005, 974.

<sup>44</sup> Auf Grundlage von Art. XXV Abs. 5 Deutschamerikanischer Handels-, Schifffahrts- und Freundschaftsvertrag vom 29.10.1954, BGBl. II 1956, 487; vgl. BGH v. 29.01.2003 – VII ZR 155/02, NZG 2003, 531; BGH v. 05.07.2004 – II ZR 389/02, NZG 2004, 1001.

<sup>45</sup> BGH v. 02.12.2004 – III ZR 358/03, NVwZ-RR 2006, 29.

<sup>46</sup> Zur Ltd. nach dem Recht der Isle of Man: OLG Hamburg v. 30.03.2007 – 11 U 231/04, NZG 2007, 597; zur Ltd. nach südafrikanischem Recht: OLG Köln v. 31.01.2006 – 22 U 109/05, ZIP 2007, 935; weiter allerdings: OLG Hamm v. 26.05.2006 – 30 U 166/05, BB 2006, 2487, das die Rechts- und Parteifähigkeit einer Schweizer Aktiengesellschaft mit Hinweis auf das zwischen der EU und der Schweiz bestehende Freizügigkeitsabkommen sowie die weitere rechtliche und tatsächliche Annäherung der Schweiz an die EU anerkennt, siehe auch: Horn, NJW 2004, 897; Ebke, JZ 2003, 930 a.A.: Zimmer, ZHR 168 (2004), 365

<sup>47</sup> U/H/H, § 1 MitbestG Rn. 8a m.w.N. Zu Recht wird ganz herrschend die Analogiefähigkeit der Mitbestimmungsgesetze mit der Begründung abgelehnt, dass insbesondere das MitbestG nach einem zähen Ringen als politischer Kompromiss zustande gekommen ist; dieser darf nicht durch eine durch eine Analogie bedingte Erweiterung des Anwendungsbereiches verwischt werden, vgl. Bartenbach/Eisenbeis, FS-25 Jahre DAV S. 746 f. m.w.N.; Thüsing, ZIP 2004, 382; Bayer, BB 2004, 4; U/H/H, § 1 MitbestG Rn. 8a.; H/W/K/Seibt, § 1 MitbestG Rn. 9 aA: Müffelmann, BB 1977, 628; Forsthoff, DB 2003, 2477. Die Erstreckung der „zwingenden“ deutschen Mitbestimmungsrechte über Art. 34 EGBGB analog, vgl. Franzen, RdA 2004, 258 f., oder anknüpfend an Art. 6 EGBGB („ordre public“), vgl. Großfeld/Erlinghagen, JZ 1993, 222, trotz des geltenden ausländischen Gesellschaftsstatuts ist insbesondere aufgrund der rechtlichen Vollzugsschwierigkeiten, die bei der Durchmischung von in- und ausländischem Recht entstehen, mit der herrschenden Meinung abzulehnen, vgl. Drouven/Mödl, NZG 2007, 9 f.; ErfK/Oetker, § 1 MitbestG Rn. 5 m.w.N. Auch für das DrittelbG kommt eine analoge Anwendung nicht in Betracht. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Gesetz nach den einschlägigen Entscheidungen des EuGH in Kraft getreten ist, vgl. Bartenbach/Eisenbeis, FS-25 Jahre DAV S. 747; i.E. ebenso: ErfK/Oetker, Einf. DrittelbG Rn. 4 m.w.N.; U/H/H, § 1 DrittelbG Rn. 5.

fällt. Insoweit besteht eine gewisse Rechtsunsicherheit, die sich u.E. aber als beherrschbar darstellen dürfte.

Zu beachten ist jedoch, dass das ausländische Unternehmen nach wie vor dem ausländischen Gesellschaftsstatut unterliegt. Insoweit entsteht bei der Verwaltung und Handhabung der Gesellschaft, z.B. durch Meldeverpflichtungen gegenüber den zuständigen Behörden, zusätzlicher administrativer und finanzieller Aufwand, z.B. durch Übersetzungen oder Einschaltung von Beratern usw. Ebenso muss - ausgehend vom ausländischen Gesellschaftsstatut - das jeweils in dem Gründungsstaat geltende Mitbestimmungsrecht auf Unternehmensebene beachtet werden<sup>48</sup>. Von einer ausländischen Gesellschaftsbezeichnung kann zusätzlich eine negative Außenwirkung ausgehen. Schließlich sind Fragen auf dem Gebiet der Haftung und der Insolvenz noch nicht abschließend geklärt<sup>49</sup>.

## **9. Wegzug deutscher Gesellschaften in das Ausland**

Die Literatur<sup>50</sup> vertritt unter Hinweis auf die aktuelle Rspr. des EuGH zur Niederlassungsfreiheit in Wegzugsfällen<sup>51</sup>, dass auch die identitätswahrende Verlagerung des Verwaltungssitzes einer deutschen mitbestimmten Gesellschaft in das Ausland möglich sei; diese werde aufgrund des Territorialitätsprinzips anschließend nicht mehr unter das deutsche Mitbestimmungsrecht fallen<sup>52</sup>. Selbst wenn die Möglichkeit des Wegzugs durch die Verlagerung des Verwaltungssitzes zu bejahen ist<sup>53</sup>, muss u.E. auf Grundlage der Gründungstheorie - wie bei einem Zuzug ausländischer Gesellschaften in das Inland - das Gesellschaftsstatut des Gründungsstaates unter Einschluss der deutschen Mitbestimmungsgesetze weiterhin anwendbar sein<sup>54</sup>. Ein Wegzug ermöglicht unter Beachtung der Gründungstheorie somit nicht das Abstreifen der deutschen mitbestimmungsrechtlichen Regelungen.

## **10. Gründung einer ausländischen Holding-Gesellschaft**

### **a) Keine Zurechnung zur Auslandsgesellschaft**

Die Bildung eines mitbestimmten Aufsichtsrates nach dem DrittelbG oder MitbestG kann durch die Gründung einer Holding im Ausland verhindert werden. Sowohl DrittelbG als

---

<sup>48</sup> Drouven/Mödl, NZG 2007, 9; Bartenbach/Eisenbeis, FS-25 Jahre DAV, S. 745 und 752.

<sup>49</sup> Happ/Holler, DStR 2004, 730 ff.; Grütters, BB 2005, 1523.

<sup>50</sup> Rieble, BB 2006, 2019; Schmidtbleicher, BB 2007, 614 ff. mit Hinweisen auf die Gegenmeinung.

<sup>51</sup> uGH v. 13.12.2005 - C-411/03 - "Sevic", BB 2006, 11 ff.; EuGH v. 11.03.2004 - C-9/02 - "de Lasteyrie du Saillant", NJW 2004, 2439.

<sup>52</sup> Rieble, BB 2006, 2019.

<sup>53</sup> Dies wird von der herrschenden Meinung bestritten, Bartenbach/Eisenbeis, FS-25 Jahre DAV S. 754 f.; so auch: LAG Brandenburg v. 30.11.2004 - 6 Wx 4/04, GmbHR 2005, 484 ff.; vielmehr soll die Verlagerung des Verwaltungssitzes der Gesellschaft in das Ausland deren Auflösung bewirken, MüKo/Kindler, IntGesR, Rn. 502 ff. m.w.N.

<sup>54</sup> Bartenbach/Eisenbeis, FS-25 Jahre DAV, S. 754 f.; weitergehend: Nienerza, S. 162: Gesellschaft wird aufgelöst und muss zukünftig als Personengesellschaft behandelt werden.

auch MitbestG sind in ihrem Anwendungsbereich räumlich auf Grund des die Mitbestimmungsgesetze bestimmenden Territorialitätsprinzips auf Inlandssachverhalte beschränkt<sup>55</sup>; die Zurechnungsnomen gem. § 5 MitbestG, § 2 Abs. 2 DrittelbG erfordern eine inländische Konzernspitze und erfassen demgemäß keine internationalen Konzerne.

Die deutschen Tochterunternehmen könnten als Kapitalgesellschaften unter der Auslandsholding angesiedelt sein und dürfen jeweils nicht mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen. Überschreiten diesen Grenzwert, ist wiederum die Mitbestimmung nach dem DrittelbG zu beachten. Sofern die Tochtergesellschaften die Rechtsform einer GmbH & Co. KG haben, ist bis zu einem Schwellenwert von 2.000 Mitarbeitern kein Aufsichtsrat zu errichten. Ab 2.000 Mitarbeitern ist dagegen auch bei den Tochtergesellschaften das MitbestG anwendbar.

### b) Abschluss von Beherrschungsverträgen

Eine Mitbestimmung kann selbst dann vermieden werden, wenn ein ausländisches Unternehmen im Inland eine Konzernstruktur mit über 2.000 Arbeitnehmern – bestehend aus einer Zwischenholding (z.B. als GmbH oder AG) und verschiedenen Tochtergesellschaften - erwirbt. Grundsätzlich erfolgt eine Zurechnung der Arbeitnehmer der Tochterunternehmen zu der inländischen Zwischenholding gem. § 5 Abs. 3 MitbestG. Da die Zwischenholding Allein- oder Mehrheitseignerin der Tochtergesellschaften ist, wird nach §§ 17 ff. AktG das Bestehen eines Konzerns, der Voraussetzung für eine Zurechnung ist, vermutet. Diese konzernrechtliche Vermutungswirkung kann widerlegt werden, wenn die ausländische Konzernmutter mit den jeweiligen Enkelgesellschaften im Inland Beherrschungsverträge schließt<sup>56</sup>; der die Zurechnung begründende Tatbestand zur inländischen Zwischenholding wird eliminiert, da dieses Unternehmen nicht mehr die nachgeschalteten inländischen Gesellschaften beherrscht<sup>57</sup>.

Das OLG Düsseldorf hat allerdings eine Zurechnung zur inländischen Zwischenholding trotz bestehender Beherrschungsverträge zwischen der ausländischen Gesellschaft und den deutschen Enkelunternehmen bejaht und damit die Bildung eines mitbestimmten Aufsichtsrates bei der Zwischenholding bestätigt<sup>58</sup>. Das OLG Düsseldorf lässt für die Annahme einer fiktiven Konzernspitze allein die kapitalmäßige Verflechtung von Zwischenholding und den ihr nachgeordneten Konzerngesellschaften ausreichen.

Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Erforderlich ist vielmehr, dass die deutsche Teilkonzernspitze noch gewisse Mindestfunktionen einer Konzernleitung ausübt<sup>59</sup>. Ansonsten würde das MitbestG zur Bildung von Aufsichtsräten bei Zwischenunternehmen führen, die keinen entscheidenden Einfluss auf die nachgeschalteten Gesellschaften ausüben können. Die bloße formelle Wahl eines mitbestimmten, aber faktisch funktions-

---

<sup>55</sup> U/H/H, § 1 MitbestG Rn. 6.

<sup>56</sup> Zur Wirksamkeit dieser Verträge: OLG Düsseldorf v. 30.10.2006 – I-26 W 14/06 AktE, ZIP 2006, 2375 ff.; Henssler, ZfA 2005, 297 m.w.N.

<sup>57</sup> So insbesondere Henssler, RdA 2005, 332; Nienerza, S. 106 f.

<sup>58</sup> OLG Düsseldorf v. 30.10.2006 – I-26 W 14/06 AktE, ZIP 2006, 2375 ff.; OLG Stuttgart v. 30.03.1995 – 8 W 355/93, NJW-RR 1995, 1067 ff.

<sup>59</sup> OLG Celle v. 22.03.1993 – 9 W 130/92, BB 1993, 959; LG Hamburg v. 26.06.1995 – 321 T 61/94, AG 1996, 89 f.; H/W/K/Seibt, § 5 MitbestG Rn. 12; ErfK/Oetker, § 5 MitbestG Rn. 21.

losen Aufsichtsrates ist vom Zweck des MitbestG allerdings nicht geschützt. Ist zwischen der ausländischen Holding und den deutschen Enkelunternehmen ein Beherrschungsvertrag geschlossen worden, übt die Zwischengesellschaft im Inland regelmäßig keine entsprechenden Leitungsbefugnisse aus. Dies schließt in Abweichung zur Auffassung des OLG Düsseldorf auch eine Zurechnung gem. § 5 Abs. 3 MitbestG aus, da Voraussetzung nicht die bloße Beteiligung an Gesellschaften, sondern die Ausübung von Leitungsmacht ist. Diese ist zumindest im Verhältnis von Zwischen- zu Enkelgesellschaften durch den mit der ausländischen Holding abgeschlossenen Beherrschungsvertrag u.E. ausgeschlossen<sup>60</sup>. Vor dem Hintergrund der aktuellen Entscheidung des OLG Düsseldorf und der bislang fehlenden höchstrichterlichen Klärung ist dieses Modell aber mit einem gewissen Risiko verbunden.

### 11. Societas Europaea als Holdinggesellschaft

Aufgrund fehlender ausdrücklicher Einbeziehung in das MitbestG und DrittelbG ist die SE<sup>61</sup> nicht vom sachlichen Anwendungsbereich erfasst<sup>62</sup>; mangels Regelungslücke scheidet auch eine Analogie aus. Vielmehr sind ausschließlich die spezialgesetzlichen Bestimmungen des SEBG<sup>63</sup> zur unternehmerischen Mitbestimmung einschlägig<sup>64</sup>. Diese sehen vor, dass bei der Gründung einer SE<sup>65</sup> ein Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren durchgeführt wird. Dieses soll zu einer Vereinbarung zwischen dem Besonderen Verhandlungsgremium (BVG)<sup>66</sup> auf Arbeitnehmer- und den Unternehmensleitungen auf Arbeitgeberseite über Art und Umfang der unternehmerischen Mitbestimmung führen<sup>67</sup>. Kommt eine Einigung nicht zu Stande oder werden die Verhandlungen vorzeitig abgebrochen, sieht das SEBG eine gesetzliche Auffangregelung vor, nach der bestehende Rechte der Arbeitnehmer erhalten bleiben sollen. Durch die Gründung einer SE sollen bereits erworbene Arbeitnehmerbeteiligungsrechte nicht abgebaut oder verringert werden; dies sichert die Auffangregelung, die das höchste Mitbestimmungsniveau der an dem Gründungsvorgang beteiligten Gesellschaften in den Aufsichts- bzw. Verwaltungsrat der SE transformiert (sog. Vorher-Nachher-Prinzip). Die Wiederaufnahme von Verhandlungen ist erforderlich, wenn eine strukturelle Änderung der SE geplant ist, die geeignet ist, die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern<sup>68</sup>. Kommt dabei keine Einigung zu Stande, gilt wiederum die gesetzliche Auffangregelung.

---

<sup>60</sup> So auch: Henssler, ZfA 2005, 307 f.

<sup>61</sup> Überblick über die bisher errichteten SE: [www.seeurope-network.org](http://www.seeurope-network.org)

<sup>62</sup> U/H/H, § 1 MitbestG Rn. 33.

<sup>63</sup> Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft v. 22.12.2004, BGBl. I, 3675; das SEBG setzt die Richtlinie 2001/86/EG v. 08.10.2001 zur Ergänzung des Status der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer um, ABl. EG Nr. L 294/22 S. 22 ff. (im Folgenden: SE-RL).

<sup>64</sup> Dazu ausführlich: Krause, BB 2005, 1221 ff.

<sup>65</sup> Die Allianz AG hat sich bereits im Oktober 2006 in eine SE umgewandelt; bei der BASF AG (1. Quartal 2008) und der Porsche AG ist die Gründung einer SE geplant.

<sup>66</sup> Dieses wird von den Mitarbeitern gewählt.

<sup>67</sup> Jannott/Frodermann, § 13 Rn. 408.

<sup>68</sup> § 18 Abs. 3 SEBG.

Nach der herrschenden Meinung<sup>69</sup> ist eine SE als Vorratsgesellschaft ohne die vorherige Durchführung des Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens eintragungsfähig<sup>70</sup>. Damit kann die mitbestimmungsfreie SE grundsätzlich als Holding in einen Konzern eingebracht werden, ohne dass eine Zurechnung der Mitarbeiter bei den konzernangehörigen Gesellschaften „nach oben“ erfolgt.

Noch nicht abschließend geklärt ist jedoch, ob die wirtschaftliche Aktivierung der SE, deren Unternehmensgegenstand als Vorratsgesellschaft auf die Verwaltung des eigenen Vermögens beschränkt ist, durch die Aufnahme einer eigenen unternehmerischen Tätigkeit als strukturelle Änderung i.S.v. § 18 Abs. 3 SEBG anzusehen ist, die die Durchführung des Beteiligungsverfahrens erfordert<sup>71</sup>. Nach überwiegender Auffassung in der Literatur<sup>72</sup> erfasst § 18 Abs. 3 SEBG aber nur korporative Akte von erheblichem Gewicht; der Begriff der „strukturellen Änderung“ muss damit eng ausgelegt werden und sich an den Gründungstatbeständen orientieren, die die Geltung der Mitbestimmung hätten beeinflussen können. Dafür spricht insbesondere die Gesetzesbegründung zum SEBG<sup>73</sup>, die als Beispielsfall für eine strukturelle Änderung die *Aufnahme* eines mitbestimmten Unternehmens mit einer größeren Zahl von Arbeitnehmern durch eine nicht mitbestimmte SE nennt. Mit dem Wort „aufnehmen“ lehnt sich die Gesetzesbegründung an die Formulierung im Umwandlungsgesetz an, in dem eine „Verschmelzung zur Aufnahme“ existiert und von einem „aufnehmenden“ Rechtsträger die Rede ist. Alle anderen Veränderungen, wie etwa organisch gewachsener Personalaufbau<sup>74</sup>, selbst bei Überschreiten der Schwellenwerte von 500 oder 2.000 Arbeitnehmern, sind u.E. grundsätzlich keine strukturellen Änderungen.

Die wirtschaftliche Aktivierung der SE an sich ist inhaltlich nicht mit dem Gründungsvorgang zu vergleichen. Auch ist diese Maßnahme kein kooperativer Akt von erheblichem Gewicht. Eine strukturelle Änderung ist folglich nicht in der wirtschaftlichen Aktivierung zu sehen, sondern kann dieser nur im Rahmen weiterer geplanter Reorganisationsschritte nachfolgen, z.B. durch die Verschmelzung einer mitbestimmten Gesellschaft auf die SE. Erst in diesem Fall ist das Beteiligungsverfahren durchzuführen.

Klarzustellen ist, dass der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen der SE an Unternehmen ebenfalls keine strukturelle Änderung darstellen<sup>75</sup>, weil sich *in der SE* nichts

---

<sup>69</sup> MüKo/Jacobs, § 3 SEBG Rn. 2; Jannot/Frodermann, § 13 Rn. 210; Seibt, ZIP 2005, 2249 f.; Henssler, RdA 2005, 334 f.

<sup>70</sup> Dies gilt zumindest für den Fall, dass die Gründungsgesellschaften der SE selbst keine Arbeitnehmer beschäftigten, dies durch eine entsprechende Negativerklärung im Rahmen der Registeranmeldung bestätigt wird und auch die zu gründende SE arbeitnehmerfrei bleiben soll, AG Düsseldorf v. 16.01.2006 – HRB 52618, ZIP 2006, 287; im Ergebnis ebenso: AG München v. 29.03.2006 – HRB 159649, ZIP 2006, 1300 f.

<sup>71</sup> Dagegen: Seibt, ZIP 2005, 2250; für eine analoge Anwendung von § 18 Abs. 3 SEBG und damit für die Nachholung des Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens: MüKo/Schäfer, § Art. 16 SE-VO Rn. 13; Casper/Schäfer, ZIP 2007, 658 ff.; Casper, AG 2007, 100.

<sup>72</sup> Wollburg/Banerjea, ZIP 2005, 278 ff.; Seibt, ZIP 2005, 2250 Jannot/Frodermann, § 13 Rn. 190.

<sup>73</sup> BT-Dr. 15/3405 S. 50.

<sup>74</sup> Wollburg/Banerjea, ZIP 2005, 282; Rieble, BB 2006, 2022.

<sup>75</sup> Müller-Bonnani/de Beauregard, GmbHR 2005, 199 f.; Wollburg/Banerjea, ZIP 2005, 280; MüKo/Jacobs, § 18 SEBG Rn. 17; U/H/H, Einl. SEBG Rn. 213; Rieble, BB 2006, 2021 aA; Theisen/Wenz-Köstler, Die Europäische

ändert. Die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer werden weder bei der SE noch bei der Gesellschaft, an der sich die SE beteiligt, betroffen. Es fehlt insoweit an der tatbestandlich verlangten drohenden Minderung der Beteiligungsrechte. Akquisitionen anderer Gesellschaften (durch eine Anteilsübernahme durch die SE) können deshalb für sich genommen keine strukturelle Änderung sein.

Im Ergebnis lohnt sich die Einziehung einer SE als Holding in den Konzern, wenn dieser selbst noch nicht mitbestimmt ist oder nur dem DrittelbG unterfällt; durch die SE ist grundsätzlich ein „Einfrieren“ des mitbestimmungsrechtlichen Status möglich, der sich durch ein bloßes Unternehmenswachstum durch weitere Mitarbeiter nicht ändert, da das SEBG weder an Schwellenwerte noch an eine Konzernzurechnung anknüpft. Bei späteren strukturellen Reorganisationsmaßnahmen, die die SE selbst betreffen, kann allerdings die Durchführung des Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens erforderlich sein, das im Zweifel mit der gesetzlichen Auffanglösung endet und damit das höchste Mitbestimmungsniveau der beteiligten Gesellschaften in die SE überträgt. Die unternehmerische Mitbestimmung in den Tochtergesellschaften der SE richtet sich natürlich wiederum nach allgemeinen mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften.

## **12. Grenzüberschreitende Verschmelzung**

Seit Ende 2006 ist auf Grundlage einer europäischen Richtlinie und deren Umsetzung in Deutschland durch das MgVG<sup>76</sup> eine grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EU möglich. Dabei orientiert sich das MgVG im Grundsatz an den Regelungen im SEBG<sup>77</sup>.

In diesem Zusammenhang wird gegenwärtig diskutiert, ob durch die Zusammenführung eines mitbestimmten deutschen Unternehmens und einer Gesellschaft aus dem EU-Ausland, in dem eine geringere oder keine unternehmerische Mitbestimmung vorgesehen ist, der deutsche Mitbestimmungsstandard reduziert oder sogar aufgehoben werden kann.

Dieses Ergebnis kann u.E. folgendermaßen erzielt werden: Die deutsche Gesellschaft verschmilzt sich über die Grenze auf ein ausländisches Unternehmen. Dadurch entsteht eine Gesellschaft mit Sitz im Ausland. Grundsätzlich wären nunmehr Verhandlungen zwischen dem BVG und den Unternehmensleitungen über eine Mitbestimmungsvereinbarung aufzunehmen. Die Leitungen der beteiligten Gesellschaften können allerdings entscheiden, dass keine Verhandlungen stattfinden, sondern unmittelbar mit Eintragung die gesetzliche Auffanglösung anzuwenden ist<sup>78</sup>. Diese orientiert sich – wie auch im SEBG – an der stärksten - regelmäßig deutschen - Mitbestimmung der beteiligten Gesellschaften.

---

Aktiengesellschaft, S. 369 ff.

<sup>76</sup> Gesetz zur Umsetzung der Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen v. 21.12.2006, BGBl. I, 3332 ff.; das MgVG setzt Art. 16 der Richtlinie 2005/56/EG v. 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten um, ABl. EG Nr. L 310/1 (im Folgenden: Verschmelzungs-RL).

<sup>77</sup> Dazu im Einzelnen: Lunk/Hinrichs, NZA 2007, 773 ff.; Nagel, NZG 2007, 57 ff.

<sup>78</sup> § 23 Abs. 1 Nr. 3 MgVG; Art. 16 Abs. 4 lit. a der Verschmelzungs-RL.

Es ist in einem zweiten Schritt möglich, sich durch eine nachfolgende Verschmelzung der ausländischen Gesellschaft auf ein Unternehmen auf ein Unternehmen im Ausland, das nach dessen Rechtsordnung keiner Mitbestimmung unterliegt, der deutschen Mitbestimmung zu entledigen. Denn bei späteren innerstaatlichen Verschmelzungen, die zu einer Mitbestimmungsreduktion führen würden, ist lediglich ein zeitlicher Bestandsschutz der ursprünglich umfassenderen Mitbestimmung für drei Jahre vorgesehen<sup>79</sup>. Danach orientiert sich die unternehmerische Mitbestimmung nach den jeweils einschlägigen (ggf. weniger eingriffsintensiveren) Vorschriften des nationalen Rechts<sup>80</sup>.

Im Übrigen lösen auch strukturelle Änderungen (z.B. innerstaatliche Verschmelzung) keine Nachverhandlungsverpflichtung aus, da - im Gegensatz zum SEBG - lediglich fakultativ vorgesehen ist, dass in einer Vereinbarung vorgesehen werden soll, entsprechende Verhandlungen aufzunehmen<sup>81</sup>. Diese Möglichkeit ist allerdings versperrt, wenn die Unternehmensleitungen unmittelbar die gesetzliche Auffanglösung zur Anwendung bringen. Insoweit existiert schlichtweg keine Vereinbarung, die eine Nachverhandlungsverpflichtung vorsieht.

### III. Fazit

Die Vermeidung der unternehmerischen Mitbestimmung ist bereits in der Vergangenheit durch verschiedene Gestaltungsformen möglich gewesen. Insbesondere die Rspr. des EuGH zur Niederlassungsfreiheit (einschließlich der mittelbaren Auswirkungen auf die deutschen Mitbestimmungsgesetze) und europarechtlicher Rechtsakte haben das Spektrum zur Verhinderung der obligatorischen Errichtung eines mitbestimmten Aufsichtsrates zusätzlich erweitert und damit den Unternehmen, die sich mit dem Gedanken umtreiben, dem deutsche Mitbestimmungsregime zu entgehen, nachträglich weitere Handlungsoptionen zur Verfügung gestellt. Die unternehmerische Mitbestimmung kann heute auf vielfältige Art und Weise erleichtert vermieden werden, wenn das Unternehmen nur die Umsetzung der oben genannten Ansätze bereits im Gründungsstadium einer Gesellschaft beachtet und mit einer entsprechenden Nachhaltigkeit verfolgt.

---

<sup>79</sup> § 30 MgVG; Art. 16 Abs. 7 der Verschmelzungs-RL.

<sup>80</sup> Teichmann, AG 2007, 96 ff.; i.E.: Forsthoff, DStR 2006, 615.

<sup>81</sup> Art. 16 der Verschmelzungs-RL nimmt auf eine Vielzahl von Bestimmungen der SE-RL Bezug, jedoch nicht auf das in Art. 11 der SE-RL enthaltene Verbot, die SE zur Entziehung von Beteiligungsrechten zu missbrauchen (vgl. §§ 43, 18 Abs. 3 SEBG). Auch eine mit Erwährungsgrund 18 der SE-RL vergleichbare Bestimmung, nach der die Sicherung erworbener Arbeitnehmerrechte im Falle einer strukturellen Änderung ein fundamentaler Grundsatz der SE-RL ist, ist in der Verschmelzungs-RL nicht mehr enthalten. Vielmehr wird der Begriff der strukturellen Änderung in der Verschmelzungs-RL nicht mehr erwähnt; statt eines materiellen Schutzes vor missbräuchlichen Gestaltungen sieht die Verschmelzungs-RL einen formellen Schutz für Mitbestimmungsrechte vor, der an den Ablauf einer Frist von drei Jahren gebunden ist.

---

