

KTS



ZEITSCHRIFT FÜR INSOLVENZRECHT

Sonderdruck



Carl Heymanns Verlag

KTS ZEITSCHRIFT FÜR INSOLVENZRECHT

Heft 3 · September 2009 · 70. Jahrgang der Zeitschrift »Konkurs- und Treuhänderwesen« /
»Konkurs-, Treuhänder- und Schiedsgerichtswesen«

Konzernmitbestimmung in der Insolvenz

Professor Dr. Volker Rieble, und Dr. Sebastian Kolbe, München

- I. Entkonzernierung in der Insolvenz
 1. Insolvenzeröffnung über das Vermögen einer juristischen Person
 - a) Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis
 - b) Keine Bindung des Verwalters an gesellschaftsrechtliche Vorgaben
 2. Konzernleitungsmacht und Insolvenzeröffnung
 - a) Ausgangspunkt: Fehlendes Konzerninsolvenzrecht
 - b) Rechtsprechung zur Entkonzernierung im Konkurs
 - c) Ende der Vertragskonzernierung bei Insolvenzeröffnung
 - d) Faktischer Konzern
 3. Vorläufige Insolvenzverwaltung
 - a) Schwacher Verwalter
 - b) EigenverwaltungStarke und »halbstarke« Verwalter
 4. Eigenverwaltung
 5. Konsolidierte Planverfahren
- II. Entkonzernierungsfolgen in der Mitbestimmung
 1. Konzern als arbeitsrechtliche Besonderheit
2. Aufgaben des Gläubigerausschusses
 - a) Bestand des Konzernbetriebsrats
 - b) Fortgeltung von Konzernbetriebsvereinbarungen
 - c) Laufende Mitbestimmungsverfahren
3. Folgen für die deutsche Unternehmensmitbestimmung
 - a) Exkurs: »Insolvenzrechtliche« Unternehmensmitbestimmung
 - b) Entfall oder Minderung der Mitbestimmung
 - c) Aufsichtsratsbesetzung: Amtsverlust
 - d) Fernwirkung auf Aufsichtsrats-Beschlüsse
4. Europäische Mitbestimmung
 - a) Europäischer Betriebsrat und SE-Betriebsrat
 - b) Vereinbarte europäische Unternehmensmitbestimmung in der SE
 - c) Sonderproblem: Auswirkungen auf das besondere Verhandlungsgremium im SE-Errichtungsverfahren

III. Zusammenfassung

Insolvenzrecht hat Hochkonjunktur. Die Zahl der Unternehmensinsolvenzen hält sich auf hohem Niveau.¹ Fast jeden kann es treffen: Einzelkaufleute, Gesellschaften mit und ohne Rechtspersönlichkeit und juristische Personen – sogar nach der Auflösung. Einen »sicheren Hafen« gibt es für Private nicht, auch nicht unter dem schützenden Dach des Konzerns.

Fällt der Arbeitgeber in Insolvenz, sieht die Belegschaft schwierigen Zeiten entgegen: Die InsO begegnet Friktionen zwischen Insolvenzrecht und Arbeitsrecht durch maßvolles Absenken des arbeitsrechtlichen Schutzniveaus im Sanierungsinteresse. Freilich ist das »Insolvenzarbeitsrecht« fragmentarisch; ungeregt bleibt insbesondere der »endogene« Störfall insolvenzbedingter Entkonzernierung mit ihren Folgen für die Mitbestimmung im Konzern.

1 http://www.statistik-portal.de/Statistik-Portal/de_zs20_bund.asp; abgerufen am 28. 7. 2009.

I. Entkonzernierung in der Insolvenz

1. Insolvenzeröffnung über das Vermögen einer juristischen Person

a) Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis

Für das Unternehmen des Gesamtschuldners ist die Insolvenzeröffnung einschneidende Zäsur: Nach § 80 Abs. 1 InsO geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich des massezugehörigen Vermögens mit Insolvenzeröffnung – genauer: sobald nach § 27 InsO die insolvenzrechtlichen Wirkungen des Eröffnungsbeschlusses eintreten² – auf einen gerichtlich bestellten und beaufsichtigten Insolvenzverwalter über.

Die Verfügungsmacht des Schuldners respektive seiner organschaftlichen Vertreter beschränkt sich dann auf insolvenzfreies Vermögen, in der Gesellschaftsinsolvenz nur noch auf Massegegenstände, die der Verwalter aus dem Insolvenzbeschluss freigibt.³ Zwar rückt der Verwalter nicht in die Rechtsstellung des Schuldners ein, wird weder Eigentümer der massezugehörigen Sachen noch Vertragsarbeitgeber. Er übt aber die Befugnisse des Schuldners kraft seines (privaten) Amtes⁴ aus und muss sich dabei keine Einmischungen durch den Schuldner oder dessen Gesellschafter/Anteilseigner gefallen lassen – richtiger Ansicht nach bleiben den Schuldnern selbst solche Rechtshandlungen verwehrt, die der Masse nur vorteilhaft wären.⁵

b) Keine Bindung des Verwalters an gesellschaftsrechtliche Vorgaben

Der Verwalter über das Vermögen einer Gesellschaft unterliegt keinen gesellschaftsrechtlichen Bindungen. Er wird weder »Ersatzgeschäftsführer« noch Vertreter der Vertretungsorgane, sondern steht außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Organisationsverfassung⁶.

2 Eröffnet ist das Gesamtvollstreckungsverfahren, sobald der Eröffnungsbeschluss existent wird; näher zu dieser Differenzierung MünchKomm-InsO-Schmahl, Bd. 1, 2. Aufl. (2007), §§ 27–30 Rn. 119 f.

3 Dazu, dass die Freigabe auch in der Gesellschaftsinsolvenz zulässig ist Gottwald-Klopp/Kluth, Insolvenzrechts-Handbuch, 3. Aufl. (2006), § 27 Rn. 8 und HK-InsO-Eickmann, 5. Aufl. (2008), § 35 Rn. 47; anders Karsten Schmidt, Insolvenzzordnung und Unternehmensrecht – Was bringt die Reform? KS-InsO, 2. Aufl. (2000), S. 1199 ff Rn. 16 ff.

4 Zur Diskussion über die Rechtsstellung des Verwalters und zur herrschenden Amtstheorie Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl. (2007), Rn. 15.03 ff. Anders Karsten Schmidt, Insolvenzzordnung und Gesellschaftsrecht, ZGR 1998, 633, 644 f, der den Verwalter als Vertretungsorgan der insolventen Gesellschaft sieht.

5 Etwa Häsemeyer (Fn. 4), Rn. 10.11; MünchKomm-InsO-Ott/Vuia (Fn. 2), § 81 Rn. 5 und Nerlich/Römermann-Wittkowski, InsO, Stand: Januar 2009, § 81 Rn. 5.

6 Uhlenbruck-Hirte, InsO, 12. Aufl. (2003), § 11 Rn. 118 ff; vgl. auch BGH 27. 10. 1983 – I ARZ 334/83, BGHZ 88, 331 = NJW 1984, 739 = ZIP 1984, 82 (noch zur KO). Wiederum anders Karsten Schmidt (Fn. 4), ZGR 1998, 633, 634 f, der das Insolvenzverfahren als »staatliches Sonder-Liquidationsverfahren« begreift und im Insolvenzrecht zugleich das Organisationsrecht des insolventen Unternehmensträgers sieht. Ähnlich Uhlenbruck, Corporate Governance, Compliance and Insolvency Judgement Rule als Problem der Insolvenzverwalterhaftung, FS Karsten Schmidt (2009), 1603, 1605.

aa) Rechtsstellung der Vertretungsorgane. Die Organe der Gesellschaft bleiben zwar bestehen, sind aber in ihrer Zuständigkeit auf den insolvenzfremden Bereich beschränkt⁷ – mit der Unternehmenspolitik haben sie nichts mehr zu tun; der Aufsichtsrat muss seine Restaufgaben pro bono wahrnehmen.⁸ Stattdessen erlegt die InsO den organschaftlichen Vertretern in den §§ 97 ff iVm 101 erhebliche Mitwirkungspflichten auf⁹, die das Insolvenzgericht zwangsweise durchsetzen kann – bis zur Selbstbeziehungspflicht!

bb) Insolvenzzrechtliches Regime statt Weisungsrecht der Gesellschaftsorgane. Dass der Verwalter das schuldnerische Unternehmen nach Eröffnung des Verfahrens kraft seiner Amtsbefugnisse eigenverantwortlich zu leiten hat, verträgt sich nicht mit den Weisungs- und Aufsichtsbefugnissen der obersten Gesellschaftsorgane.

Zwar lässt das Insolvenzrecht die gesellschaftsrechtliche Organisationsverfassung unberührt, in masserelevanten Bereichen aber sperrt die InsO kategorisch ein Weisungsrecht von Gesellschafterversammlung, Aufsichtsrat oder Hauptversammlung gegenüber dem Insolvenzverwalter (sog. »Verdrängungsbereich«).¹⁰

An deren Stelle setzt die InsO ein eigenes Aufsichts- und Kontrollregime: Entscheidungsbefugnisse mit Blick auf die Verfahrensabwicklung stehen insbesondere der Gläubigerversammlung zu, §§ 157 ff InsO, die Aufsicht obliegt nach den §§ 58, 59 InsO vor allem dem Insolvenzgericht, gegebenenfalls aber auch dem fakultativen Gläubigerausschuss, § 69 InsO.

cc) Rechtsstellung von Schuldner und Anteilseignern im Verfahren

Das Insolvenzrecht drängt den Schuldner in eine defensive Position; er kann weitgehend nur reagieren – etwa durch Widerspruch gegen zur Tabelle angemeldete Forderungen oder die sofortige Beschwerde in den gesetzlich vorgesehenen Fällen¹¹, vgl. § 6 Abs. 1 InsO.

Das gilt aber nicht ausnahmslos. Auch im Gesamtvollstreckungsverfahren kann der Schuldner die Initiative ergreifen: Die InsO erlaubt ihm vor allem, nach § 218 Abs. 1 Satz 1 InsO einen Insolvenzplan vorzulegen und nach § 270 Abs. 2 Nr. 1 InsO die Eigenverwaltung zu beantragen. Hervorzuheben sind weiter die Antragsrechte der §§ 158 ff InsO, mit denen der Schuldner dem Verwalter nachteilige Verwaltungs- und Verwertungsakte (vorläufig) untersagen lassen kann. Zudem schlägt die Stunde des

7 Für die GmbH Gottwald-Haas (Fn. 3), § 92 Rn. 263 ff mwN.

8 MünchKomm-AktG-Habersack, Bd. 2, 3. Aufl. (2008), § 103 Rn. 57 mwN.

9 Anders als im Konkursrecht können sich die Organe ihren Pflicht auch durch Amtsniederlegung in der Krise nicht entziehen; vgl. Uhlenbruck (Fn. 6), § 101 Rn. 1.

10 Grundlegend Weber, Die Funktionsteilung zwischen Konkursverwalter und Gesellschaftsorganen im Konkurs der Kapitalgesellschaft, KTS 1970, 73 ff, der treffend mit der gesetzlich vertretenen natürlichen Person vergleicht; weiter BGH v. 6. 1. 2006 – IX ZR 282/03, ZInsO 2006, 260; BGH v. 11. 1. 2007 – IX ZB 271/04, ZIP 2007, 438 = ZInsO 2007, 267 = NZI 2007, 231; Gottwald-Haas (Fn. 3), § 92 Rn. 297 (für die Gesellschafterversammlung). Für vollständige Verdrängung der Gesellschaftsorgane Schulz, Zur Verdrängung und Ersetzung der Gesellschaftsorgane durch den Konkursverwalter, KTS 1986, 389 ff.

11 Überblick über die wichtigen Beschwerderechte bei Gottwald-Klopp/Kluth (Fn. 3), § 18 Rn. 19.

Schuldners, wenn der Verwalter Gegenstände aus dem Massebeschlagnahme frei gibt, vgl. etwa § 85 Abs. 2 InsO. Flankiert werden diese Handlungsmöglichkeiten durch Anhörungs-, Anwesenheits- und Einsichtsrechte des Schuldners.¹²

Die Ausübung der besonderen Verfahrensrechte wird in der Regel nicht als Maßnahme der laufenden Geschäftsführung einzustufen sein; gesellschaftsintern haben dann in der GmbH die Gesellschafterversammlung¹³ und in der AG die Hauptversammlung zuzustimmen – der schwerwiegende Eingriff in Aktionärsrechte, den der BGH für ein solches Zustimmungserfordernis voraussetzt¹⁴, lässt sich etwa bei der Planvorlage iSd § 218 Abs. 1 InsO nicht leugnen¹⁵.

2. Konzernleitungsmacht und Insolvenzeröffnung

Dass und wie die Insolvenz die Konzernierung beendet, ist weder in der InsO noch in den konzernrechtlichen Vorschriften des AktG geregelt. Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass die Wirkungen des Insolvenzverfahrens zunächst auf den jeweiligen Rechtsträger beschränkt sind, es also keine Konzerninsolvenz geben kann (sogleich a). Anschließend ist die Rechtsprechung des BGH zur Entkonzernierung unter der Konkursordnung zu sichten (sogleich b) und deren Übertragbarkeit auf die Insolvenzordnung zu untersuchen (c und d).

a) Ausgangspunkt: Fehlendes Konzerninsolvenzrecht

Die InsO fasst die Insolvenzfähigkeit in § 11 rechtsträgerbezogen, erlaubt also kein Insolvenzverfahren über unternehmensübergreifende Haftungsmassen wie den Konzern. Entgegen rechtspolitischer Forderungen¹⁶ hat der Gesetzgeber auf ein eigenständiges Konzerninsolvenzrecht verzichtet. Das deutsche¹⁷ Insolvenzrecht folgt dem konzernrechtlichen Trennungsprinzip¹⁸ und ignoriert die Konzernbindung des insolventen Unternehmens.

Ausgeschlossen ist nicht nur das einheitliche Insolvenzverfahren über das Vermögen mehrerer Konzernunternehmen¹⁹, auch die Konzentration mehrerer Insolvenzverfahren über das Vermögen verschiedener Konzernunternehmen erlaubt § 3 InsO nur in engen Grenzen.²⁰ Die Rechtspraxis antwortet mit Sitzverlegungen vor Verfahrenseröffnung,

um hiernach auf zeitgleiche Insolvenzeröffnung und die Bestellung desselben Insolvenzverwalters für verschiedene Konzerngesellschaften hinzuwirken. Dieser in verschiedenen Großverfahren (etwa Babcock Borsig²¹, Senator Entertainment²² oder PIN²³) erprobte *modus operandi* lotet die Grenzen des verfahrensrechtlich Erlaubten aus²⁴, ein Konzerninsolvenzrecht *praeter legem* schafft er nicht. Die verschiedenen Verfahren sind nicht rechtlich verknüpft, sondern wirtschaftlich und durch den personengleichen Verwalter. Eine Antwort auf die Frage, inwieweit das Wohl des Konzerns dem der jeweiligen Gesellschaft und ihrer Gläubiger entspricht²⁵, müssen dann die Verwalter finden – und sich gegen die persönliche Haftung nach den §§ 60 f InsO und strafrechtliche Konsequenzen (Untreue!²⁶) absichern. Die Praxis sucht den sachimmanenten Interessenkonflikt mit Sonderinsolvenzverwaltern²⁷ abzufedern – wiederum *praeter legem* und damit nicht ohne rechtliches Risiko.

Letztlich zwingt das Fehlen eines geschriebenen Konzerninsolvenzrechts denjenigen, der Werte und Arbeitsplätze erhalten will, zur Gratwanderung am Rande der Legalität. Hier ist der Gesetzgeber gefordert²⁸, wirtschaftlich vernünftiges Vorgehen der Insolvenzrechtspraxis auf eine rechtlich verlässliche Grundlage zu stellen!

21 Dazu *Piepenburg*, Faktisches Konzerninsolvenzrecht am Beispiel Babcock Borsig, NZI 2004, 231 ff.

22 Hierzu *Fritze*, Sanierung von Groß- und Konzernunternehmen durch Insolvenzpläne, DZWIR 2007, 89 ff.

23 Dazu AG Köln v. 1. 2. 2008 – 73 IN 682/07, ZInsO 2008, 215 = NZI 2008, 254 = ZIP 2008, 982; 19. 2. 2008 – 73 IE 1/08, ZInsO 2008, 388 = NZI 2008, 257 = ZIP 2008, 423.

24 Mit Blick auf steuernde Gestaltung örtlicher Zuständigkeit (bei grenzüberschreitenden Sachverhalten gern als »forum-shopping« erfasst) *Knof/Mock*, Innerstaatliches Forum Shopping in der Konzerninsolvenz – Cologne Calling? ZInsO 2008, 253 ff; *dieselben*, Noch einmal: Forum-shopping in der Konzerninsolvenz, ZInsO 2008, 499 ff **einerseits** und *Frind*, Forum PINing?, ZInsO 2008, 363 ff **andererseits**. Allgemeiner Überblick bei *Rotstegge*, Zuständigkeitsfragen bei der Insolvenz in- und ausländischer Konzerngesellschaften, ZIP 2008, 955, 956 ff.

25 Zu diesem Interessenkonflikt etwa *Frind*, Forum shopping – made in Germany? ZInsO 2008, 261, 264 und *Smid*, InsO, 2. Aufl. (2001), § 56 Rn. 23: »ständige Pflichtenkollision«. **Großzügiger Eidenmüller**, Verfahrenskoordination bei Konzerninsolvenzen, ZHR 169 (2005), 528, 540 ff; *Paulus*, Überlegungen zu einem modernen Konzerninsolvenzrecht, ZIP 2005, 1948, 1951 f; *Graeber*, Der Konzerninsolvenzverwalter – Pragmatische Überlegungen zu den Möglichkeiten eines Konzerninsolvenzverfahrens, NZI 2007, 265, 269 ff, die jeweils keine Bedenken gegen eine Lösung mit Einheitsverwalter und Sonderverwaltern haben.

26 Zur möglichen Untreue des Verwalters bei unternehmensübergreifender Zusammenarbeit im gemeinsamen Betrieb *Ries*, Der Insolvenzverwalter – »Arbeitgeber« oder nur »Organ der (Insolvenz-) Rechtspflege«? ZInsO 2007, 414 f. Allgemein *Smid* (Fn. 25), § 56 Rn. 24.

27 Überblick bei *Jaffee/Friedrich*, Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des Insolvenzstandsorts Deutschland, ZIP 2008, 1849, 1850 f; näher zum Sonderinsolvenzverwalter etwa *Ebricke*, Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns, DZWIR 1999, 353, 356 ff; *Graf/Wunsch*, Bestellung eines Sonderverwalters bei drohendem Interessenkonflikt des Insolvenzverwalters, DZWIR 2002, 177 ff; *Kögel/Loose*, Die Befreiung des Insolvenzverwalters von § 181 BGB, ZInsO 2006, 17 ff.

28 Aktuelle Äußerungen von Justizministerin *Zypries* lassen hoffen – mehr aber nicht: http://www.bmj.bund.de/enid/385288b987f659401e7943c4ad487bac,e8d6fb706d635f6964092d0935353135093a095f7472636964092d0935323933/Reden/Brigitte_Zypries_zc.html; abgerufen am 28. 7. 2009.

12 Gottwald-*Klopp/Kluth* (Fn. 3), § 18 Rn. 16 ff.

13 Gottwald-*Haas* (Fn. 3), § 92 Rn. 283, 292.

14 BGH v. 25. 2. 1982 – II ZR 174/80 [Holzmüller], BGHZ 83, 122 = NJW 1982, 1703 = ZIP 1982, 568; BGH v. 26. 4. 1004 – II ZR 155/02 [Gelatine I], BGHZ 159, 30 = NJW 2004, 1860 = ZIP 2004, 993.

15 MünchKomm-InsO-*Eidenmüller*, Bd. 2, 2. Aufl. (2008), § 218 Rn. 80 mwN.

16 *Uhlenbruck*, Wirtschaftliche, rechtliche und verfahrensmäßige Grenzen einer Bewältigung von Unternehmenskrisen durch ein Insolvenzrechts-Reformgesetz, BB 1983, 1485, 1487 f; **gegen** *Karsten Schmidt*, Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen (1990), S. 221.

17 Zur EuInsVO, die ebenfalls kein Konzerninsolvenzverfahren kennt; *Adam/Poertzgen*, Überlegungen zum Europäischen Konzerninsolvenzrecht, ZInsO 2008, 281 (Teil 1) sowie 347 (Teil 2).

18 Es gilt: »Rechtliche Vielfalt bei wirtschaftlicher Einheit!«; *Kuhlmann/Abnis*, Konzern- und Umwandlungsrecht, 2. Aufl. (2007), Rn. 3 mwN.

19 *Uhlenbruck*, Konzerninsolvenzrecht über einen Insolvenzplan? NZI 1999, 41, 43.

20 Gottwald-*Haas* (Fn. 3), § 95 Rn. 3.

Dabei kann es freilich nur um eine verfahrensmäßige, formelle Zusammenfassung gesonderter Verfahren gehen²⁹; nie aber um eine einheitliche Insolvenz über ein einheitliches Konzernvermögen. Diese stellt die Rechtssubjektivität juristischer Personen in Frage³⁰ und überspielt die privatautonome Entscheidung der Gläubiger, die sich ihren Schuldner – und damit dessen Insolvenzrisiko und Haftungssubstrat – eigenverantwortlich ausgesucht hatten.³¹

b) Rechtsprechung zur Entkonzernierung im Konkurs

Ein rechtsträgerübergreifendes Konkursverfahren kannte auch das Konkursrecht der KO nicht. Indes hat der Bundesgerichtshof 1987 eine allgemeine Beendigungswirkung des Konkurses für den Vertragskonzern angenommen³².

aa) *Konkurs des herrschenden Unternehmens.* Fällt die Mutter in Konkurs, ändert sich der Geschäftszweck hin zur Liquidation.³³ Mit diesem neuen Zweck verträgt sich die im Beherrschungsvertrag begründete Konzernleitungsmacht nicht: Diese erlaubt der Mutter, Zielkonzeptionen für das Konzernganze auch in den Tochtergesellschaften durchzusetzen – eine solche Konzernpolitik im Interesse aller Unternehmen ist dem Konkursverwalter verwehrt. Sein »Amt« mit sämtlichen Aufgaben und Befugnisse zielt nur auf die gemeinschaftliche Haftungsverwirklichung aller Gläubiger, vgl. §§ 3 Abs. 1, 6 KO.³⁴ Erst Recht kann die herrschende Gesellschaft den Interessen des Konzernganzen nicht mehr gerecht werden – masserelevante Rechtshandlungen untersagt ihr § 7 Abs. 1 KO a priori.

Anders gewendet: Übt der Konkursverwalter Konzernleitungsmacht aus, so würde er unternehmerisch in den Töchtern tätig. Das übersteigt die öffentlich-rechtlichen Grenzen seines privaten Amtes; er handelte mithin ultra vires, weil sein Amt nur auf das Unternehmen als rechtliche und nicht auf den Konzern als wirtschaftliche Einheit ausgerichtet ist. Dabei geht es nicht um bloße Innenbindungen – wie den Sicherungszweck des Insolvenzeröffnungsverfahrens oder die §§ 160 ff InsO³⁵ –, sondern gerade um die Außenschranken der Rechtsmacht des Verwalters. Wie er nicht den Schuldner

nicht mit Wirkung gegen insolvenzfrees Vermögen zu verpflichten vermag³⁶ oder nicht in die organisationsrechtlichen Restkompetenzen der Gesellschaftsorgane (zu diesen 1.b)cc)) eingreifen darf³⁷, so ist ihm auch die Ausübung der Leitungsmacht mit Außenwirkung verwehrt. Diese rechtliche Bindung des Verwalters an die Grenzen seines Amtes steht freilich in einem Spannungsverhältnis zu seiner Amtspflicht, das massezugehörige Vermögen der Mutter – und damit auch Anteile an Tochtergesellschaften – vollständig zu verwerten (dazu noch c)bb)).

In den Augen des II. Senats ist der Unternehmensvertrag vor diesem Hintergrund dahin ergänzend auszulegen (!), dass der Vertrag mit Konkursöffnung enden solle – ohne dass hierzu eine Kündigung ausgesprochen werden müsste.³⁸ Das passt auch dazu, dass nach altem (Schuld-)Recht der Wegfall der Geschäftsgrundlage zur automatischen Beendigung eines Vertragsverhältnisses führen konnte³⁹ – wohingegen die neuen §§ 313, 314 BGB hierfür Rücktritt oder Kündigung verlangen.

bb) *Konkurs des beherrschten Unternehmens.* Auch der Konkurs des beherrschten Unternehmens beendet die Vertragskonzernierung automatisch – so der BGH in derselben Entscheidung⁴⁰. Insofern lag es gerade anders im Vergleichsverfahren der VglO, das nach dem BGH »nur« ein Recht zur außerordentlichen Kündigung von Unternehmensverträgen auslöste⁴¹. Mit der Stellung des Konkursverwalters als unabhängigem Organ der Rechtspflege wären konzernrechtliche Weisungsbefugnisse ihm gegenüber schlechthin unvereinbar.

cc) *Diskussion.* In der Literatur ist die kategorische Haltung des BGH weitgehend auf Zustimmung⁴², aber auch auf Widerspruch⁴³ gestoßen: Nach der Gegenauffassung überdauern Unternehmensverträge die Konkursöffnung; wie das gesellschaftsrechtliche Organisationsrecht von der Verfahrenseröffnung nicht berührt werde, so müsse auch die Konzernorganisation erhalten bleiben. Einzuräumen sei allerdings ein beiderseitiges Recht zur außerordentlichen Kündigung des Unternehmensvertrags.

Freilich muss auch unter dieser Prämisse noch den weitreichenden Befugnissen des Verwalters Rechnung getragen werden. Wie in der Gesellschaftsinsolvenz die Weisungsbefugnisse der obersten Gesellschaftsorgane entfallen, so muss das Konkursrecht zumindest die konzernrechtlichen Weisungsbefugnisse sowie die Verlustausgleichs-

29 Anregungen liefert *Hirte*, Vorschläge für die Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts, ZIP 2008, 444 ff, dessen »minimalinvasiver« Ansatz freilich konzern-, gesellschafts- und auch betriebsverfassungsrechtliche Fragen ausspart. Dazu **teils kritisch** aus Sicht der Praxis *Renner-Bergenthal*, Konzerninsolvenz in der Praxis am Beispiel Babcock Borsig, ZInsO 2008, 1316 ff.

30 *Sester*, Plädoyer gegen ein materielles Konzerninsolvenzrecht, ZIP 2005, 2099 ff, der sich insoweit gegen den Vorschlag *Paulus* (Fn. 25), ZIP 2005, 1948, 1953 ff wendet.

31 *Eidenmüller* (Fn. 25), ZHR 169 (2005), 528, 532 mwN.

32 Grundlegend BGH v. 14. 12. 1987 – II ZR 170/87 [Familienheim], BGHZ 103, 1 = ZIP 1988, 229 = NJW 1988, 1326.

33 Streng genommen ändert sich der Gesellschaftszweck nicht, sondern wird vom Zweck des Insolvenzverfahrens überlagert – nur Letzterer zielt auf Abwicklung; *Karsten Schmidt* (Fn. 16), S. 100; *derselbe* (Fn. 4), ZGR 1998, 633, 643.

34 Hierzu auch *Karsten Schmidt* (Fn. 16), S. 225.

35 Zu diesen Innenschranken *Kolbe*, Stilllegungskündigung durch den starken vorläufigen Insolvenzverwalter, ZIP 2009, 450 ff.

36 MünchKomm-InsO-Ott/Vuia (Fn. 2), § 80 Rn. 9.

37 MünchKomm-InsO-Ott/Vuia (Fn. 2), § 80 Rn. 111.

38 BGH 14. 12. 1987 (Fn. 32); tendenziell auch BGH v. 17. 3. 2008 – II ZR 45/06 [Eku], BGHZ 176, 43 = ZIP 2008, 778 = DZWIR 2008, 342.

39 Freilich nur als ultima ratio: BGH v. 15. 12. 1983 – III ZR 226/82, BGH 89, 226 = NJW 1984, 2947 = MDR 1984, 648; MünchKomm-BGB-Roth, Bd. 2, 4. Aufl. (2001), § 242 Rn. 644.

40 BGH v. 14. 12. 1987 (Fn. 32).

41 BGH v. 14. 12. 1987 (Fn. 32); zustimmend *Kort*, Die konzerngebundene GmbH in der Insolvenz, ZIP 1988, 681, 683 f.

42 Etwa *Kort* (Fn. 41), ZIP 1988, 681, 682 f; *Ehrlicke*, Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz (1998), S. 460 und dort Fn. 12; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl. (1994), Vorbem. K vor § 207 Rn. 3 ff. Wichtige Vorarbeiten für den BGH bei *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl. (1973), §§ 207, 208 Rn. 11.

43 *Karsten Schmidt* (Fn. 16), S. 224 ff; ebenso schon *Acher*, Vertragskonzern und Insolvenz (1987), S. 122.

pflicht überlagern.⁴⁴ In der Praxis blieben für die KO nur geringe Unterschiede zur Auffassung des BGH.

Richtig ist jedenfalls, dass es im Konkurs keine Konzernherrschaft geben kann. Der Verwalter darf weder selbst über Unternehmen außerhalb des Konkursverfahrens herrschen, noch seinerseits beherrscht werden. Ob der Beherrschungsvertrag rechtstechnisch die Konkursöffnung überdauert, ist demgegenüber von untergeordneter Bedeutung.⁴⁵ Auch wenn man die These von der automatischen Beendigung ohne Kündigung für fragwürdig hält, kann ein fortbestehender Unternehmensvertrag während des Konkurses gegenüber dem Konkursverwalter keine Rechtsfolgen zeitigen. Ein Unterschied besteht nur dann, wenn die juristische Person das Konkursverfahren unerwartet »überlebt«. Dann nämlich könnte ein nicht beendeter, sondern lediglich vom Konkursrecht zeitweilig überlagerter Beherrschungsvertrag wieder aufleben. Das allein ist die verhältnismäßige Lösung.

c) Ende der Vertragskonzernierung bei Insolvenzeröffnung

Der Übergang von der KO zur InsO hat die Diskussion über den Fortbestand der Konzernbindung neu entfacht: Konnte der BGH 1987 noch selbstverständlich davon ausgehen, dass der Konkurs in aller Regel zur Liquidation des herrschenden Unternehmens führt, lässt sich eine solche These angesichts § 1 Satz 1 InsO nicht mehr halten.

aa) *Insolvenzplan zum Unternehmenserhalt.* Als neues und vermeintlich durchschlagendes Argument für den Fortbestand von Unternehmensverträgen trotz Insolvenzeröffnung soll herhalten, dass die InsO den Erhalt des schuldnerischen Unternehmens nunmehr in Zusammenhang mit den Insolvenzziele⁴⁶ nennt: Die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubigergesamtheit bedingt nicht mehr zwingend die Verwertung des schuldnerischen Vermögens, sondern kann auch erfolgen, indem in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung *insbesondere zum Erhalt eines Unternehmens* getroffen wird. Weil somit das Vergleichsverfahren des alten Rechts in das neue Insolvenzverfahren integriert werde, gebiete die potentielle Sanierung des insolventen Unternehmens die Fortgeltung der Unternehmensverträge.⁴⁷

44 Auch hierzu *Karsten Schmidt* (Fn. 16), S. 223 ff.

45 *Plastisch Kort* (Fn. 41), ZIP 1988, 681, 682: »leere Hülle«.

46 Die Sanierung ist kein Insolvenzziel, sondern Mittel zum Zweck der bestmöglichen Haftungsverwirklichung; BGH 13. 3. 2003 – IX ZR 64/02, BGHZ 154, 190 = ZIP 2003, 810 = ZInsO 2003, 417. Der InsO geht es um Vollstreckung, nicht um die hoheitlich geschützte Reorganisation kriselnder Unternehmen.

47 Eingehend *Zeidler*, *Ausgewählte Probleme des GmbH-Vertragskonzernrechts*, NZG 1999, 692, 696 f; *derselbe*, in: *Michalski, GmbHG* (2002), Syst. Darstellung 4 Rn. 155 ff; weiter *Trelendenburg*, *Der Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag in der Krise der Obergesellschaft*, NJW 2002, 647, 649 f; *Philippi/Neveling*, *Unterjährige Beendigung von Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Konzern*, BB 2003, 1685, 1689 f. Im Ergebnis auch *Bultmann*, *Der Gewinnabführungsvertrag in der Insolvenz*, ZInsO 2007, 785, 787 ff und *Fichtelmann*, *Beendigung der Organschaft durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens?* GmbHR 2005, 1346, 1347 f, der sich – aus steuerrechtlicher Perspektive – gegen den »automatischen« Wegfall des Organschaftsvertrags ausspricht.

Indes: Was als zentrale Säule des neuen Insolvenzrechts gedacht war, erzielt erst seit Kurzem nennenswerte Erfolge. Der Insolvenzplan spielt in der Praxis nach wie vor (noch?) nicht die bedeutende Rolle, die ihm der Gesetzgeber angesonnen hatte.⁴⁸ Vor diesem Hintergrund sind Zweifel angebracht, ob das fakultative Planverfahren entscheidend für den Erhalt der Konzernbindung im Insolvenzverfahren spricht. Wird kein Plan vorgelegt, der den Erhalt des Unternehmens vorsieht, oder sprechen sich die Gläubiger gegen einen solchen Plan aus, ist der Verwalter wie auch zu Zeiten der KO verpflichtet, das Vermögen des Schuldners zu verwerten.

Dass die Rechtspraxis den Vorstellungen des Insolvenzgesetzgebers mithin kaum entspricht, mag ein Grund sein, dass zahlreiche Autoren im Gesellschafts- und Insolvenzrecht an den Vorgaben des BGH zur KO festhalten wollen.⁴⁹ Entscheidend aber kommt es nicht darauf an, ob die InsO insoweit eher der KO oder der VgIO vergleichbar ist – vielmehr gilt es, einen eigenständigen Ansatz auf der Basis des aktuellen Gesamtvollstreckungsrechts zu finden.⁵⁰

bb) *Insolvenz des herrschenden Unternehmens.* Dem Wortlaut des § 1 Satz 1 InsO lässt sich nicht entnehmen, dass ein Unternehmensvertrag⁵¹ in der Insolvenz des Konzernunternehmens fortbestehen müsste. *Konzernherrschaft* aber ist im Insolvenzverfahren von vornherein ausgeschlossen⁵² – nicht anders als im Konkurs: Dem Verwalter der insolventen Mutter ist Konzernpolitik auch im Interesse anderer Rechtsträger verboten; er ist insolvenzrechtlich an die Interessen der Gläubiger gebunden.

48 *Spies*, *Insolvenzplan und Eigenverwaltung*, ZInsO 2005, 1254, 1254 f; *Gottwald* (Fn. 3), § 1 Rn. 68; *optimistischer Schmudde/Vorwerk*, *Die Facetten des Insolvenzplanverfahrens – eine Gesamtschau*, ZInsO 2006, 347, 350 und *Hagebusch*, *Gläubigerbefriedigung durch Unternehmenssanierung: die übertragende Sanierung – Eine Bestandsaufnahme vor dem Hintergrund jüngster InsO-Reformen*, NZI 2006, 618, 620 ff.

49 Nachweise zur *insolvenzrechtlichen* Literatur bei *Gottwald/Haas* (Fn. 3), § 95 Rn. 6; weiter *G. Krieger*, *Unternehmensvertrag und Insolvenz*, FS Metzeler (2003), S. 139 ff; *Sämisich/Adam*, *Gläubigerschutz in der Insolvenz von abhängigen Kapitalgesellschaften*, ZInsO 2007, 520, 522 und im Ergebnis auch *Renner-Bergenthal* (Fn. 29), ZInsO 2008, 1316. Aus der *aktienrechtlichen* Literatur etwa *Hüffer*, *AktG*, 8. Aufl. (2008), § 297 Rn. 22a; *Spindler/Veil*, *AktG* (2007), § 297 Rn. 36 ff; *Emmerich/Habersack*, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 5. Aufl. (2008), § 297 AktG Rn. 52 ff und *MünchKomm-AktG-Altmeppen*, Bd. 8, 2. Aufl. (2000), § 297 Rn. 106 ff sowie 116 ff. Ebenso *zur GmbH Lutter/Hommelhoff*, *GmbHG*, 17. Aufl. (2009), Anh. zu § 13 Rn. 84.

50 Richtig *Rotstegge*, *Konzerninsolvenz* (2007), S. 259.

51 Gemeint soll hier in erster Linie der Beherrschungsvertrag sein. Näher zum isolierten Gewinnabführungsvertrag *Bultmann* (Fn. 47), ZInsO 2007, 785 ff und *Kort* (Rn. 41), ZIP 1988, 681, 685 f – Letzterer noch zum Konkursrecht.

52 AG Duisburg v. 1. 9. 2002 – 61 IN 167/02 [Babcock Borsig], ZInsO 2002, 1046 = NZI 2002, 556 = DZWIR 2002, 522 unter III.A.2.c) der Gründe. *Anders Jaeger/Windel*, *InsO*, Bd. 2 (2007), § 80 Rn. 82 und *Eidenmüller* (Fn. 25), ZHR 169 (2005), 528, 549 und dort Fn. 68 – allerdings nur für den seltenen Fall, dass ausschließlich die Konzernmutter in Insolvenz fällt.

Im Einzelnen⁵³

- fehlt es an einer gesellschaftsrechtlich legitimierten Herrschaftsmacht – der Insolvenzverwalter ist kein Organ der Obergesellschaft, sondern ausschließlich insolvenzrechtlich legitimiert,
- sind die Töchter schon vor der abstrakten Gefahr der Ausübung von Leitungsmacht (im Interesse der Gläubiger der Obergesellschaft und damit) entgegen den Konzerninteressen zu schützen und
- fehlt es der insolventen Obergesellschaft typischerweise an den Mitteln, die Verluste der abhängigen Unternehmen weiterhin auszugleichen.

Karsten Schmidt hat also immer noch Recht: Obzwar er diese Gedanken zur KO entwickelt hat, gelten sie auch für das neue Insolvenzrecht – anders als die Rechtsprechung des BGH. Der entscheidende Unterschied liegt darin, dass der II. Zivilsenat aus gesamtvollstreckungsrechtlicher Perspektive nach den Wirkungen der Verfahrenseröffnung fragt, wohingegen *Karsten Schmidt* vom Gesellschaftsrecht her denkt und auf die Legitimation der Herrschaft über juristische Personen des Privatrechts abhebt. Und mit Blick auf diese Legitimation gilt, dass der hoheitliche Eingriff in private Hierarchien die zu rechtsstaatlicher Fremdbestimmung unabdingbare Legitimationskette zerreißt – ein vor allem aus dem Tarifvertragsrecht bekanntes Phänomen.⁵⁴ Anders gewendet: Flächentarifverhandlungen⁵⁵ und Konzerne gleichen sich insoweit, als sie geführt werden wollen (oder besser: müssen) – und nicht verwaltet.

Dass mit Insolvenzeröffnung massebezogene Weisungsverhältnisse enden müssen, klingt in den §§ 115 ff InsO an; freilich überstrapaziert *Berthold*⁵⁶ die Bedeutung dieser Vorschriften mit einem Analogieschluss auf den Wegfall der Konzernleitungsmacht⁵⁷: Das Recht der verbundenen Unternehmen mag eine gewisse Nähe zum Auftragsrecht aufweisen⁵⁸, es geht aber weit über den Gedanken des Aufwendersersatzes bei Handeln im Fremdinteresse hinaus – abhängige Konzernunternehmen wirken im modifizierten Eigeninteresse.⁵⁹

Die potentielle Sanierung im Insolvenzplan kann man als Integration des Vergleichsverfahrens nach altem Recht in das einheitliche Gesamtvollstreckungsverfahren der InsO begreifen – dass damit auch im Insolvenzverfahren Konzernherrschaft möglich

würde, lässt sich nicht behaupten⁶⁰: Mit Recht hat der BGH den entscheidenden Unterschied zwischen KO und VglO im *Handlungsspielraum der Gesellschaftsorgane* gesehen und dafür gehalten, dass »[...] der vom gerichtlichen Vergleichsverfahren betroffenen herrschenden Gesellschaft auch genügend Raum [bliebe], die Leitungsmacht gegenüber den Weisungsempfängern der beherrschten Gesellschaft auszuüben«⁶¹. Hieran fehlt es in der Insolvenz – Planverfahren oder nicht: Erst mit Aufhebung des Insolvenzverfahrens nach § 258 InsO ist die Gesellschaft wieder Herr im eigenen Haus.

Rechtspraktisch ist damit zugleich den Verwaltern gedient: Konzern ist nicht nur die fein abgestimmte Unternehmensgruppe von internationalem Rang. Weit häufiger wird es um ein – mehr oder weniger strukturiertes – Konglomerat kleinerer Gesellschaften gehen, in dem Praktiker aus leidvoller Erfahrung »Waschkorbablagen« und »wilde Beleghaufen« vermuten, was wiederum die Konzernleitung durch den Insolvenzverwalter zum »Himmelfahrtskommando« mache – und die durch den starken vorläufigen Verwalter (näher 3.b)) gar zum »Kamikaze-Einsatz«.⁶² Das Haftungsrisiko ist also beträchtlich, auch wenn dem Verwalter bei unternehmerischen Entscheidungen Haftungserleichterungen zuzubilligen sind⁶³.

Freilich ist die Grenze zwischen erlaubter Verwaltung und Verwertung der Obergesellschaft mit all ihren »Assets« und unerlaubter Ausübung von Konzernleitungsmacht in der Praxis schwer zu bestimmen.⁶⁴ Plastisch wird dies im faktischen Konzern: Die von der Mutter gehaltenen Anteile fallen in die Masse, müssen im Insolvenzfall also verwertet – etwa: veräußert – werden. Hier läge nahe, dem Verwalter der Obergesellschaft »erst Recht« zu erlauben, in die Töchter hineinzuregieren, um die Verwertungschancen zu verbessern oder einer Entwertung massezugehörigen Vermögens (also: der Anteile) vorzubeugen – dies aber verbietet sich angesichts der insolvenzrechtlichen Bindungen des Verwalters gerade.

Also: Obzwar der Verwalter die Interessen der insolventen Mutter in den Töchtern noch gelten machen darf und muss, ist es ihm verboten, qua Leitungsmacht auch die Unternehmenspolitik in den Töchtern zu bestimmen. So trennscharf gelingt die Abgrenzung freilich nur in der Theorie; die Übergänge sind fließend und bedingen schwierige Abgrenzungen im Einzelfall. Unproblematisch lässt sich immerhin sagen, dass der Verwalter Entscheidungen in der Tochter nicht steuern darf⁶⁵, die keine vermögensrechtlichen Auswirkungen auf die insolvente Mutter haben⁶⁶.

53 Hierzu *Karsten Schmidt* (Fn. 16), S. 224 ff; entsprechend zum faktischen Konzern S. 229.

54 Allgemein hierzu etwa *Rieble/Kolbe*, Vom sozialen Dialog zum europäischen Kollektivvertrag? EuZA 2008, 453, 463 f.

55 Richtiger Ansicht nach entfällt die Tariffähigkeit des insolventen Arbeitgeberverbandes, weil der Verwalter nicht hinreichend legitimiert ist, Arbeitsbedingungen normativ zu regeln; *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. (2004), § 2 Rn. 70; ebenso *Erk-Franzen*, 9. Aufl. (2009), § 2 TVG Rn. 18. Anders freilich BAG v. 27. 6. 2000 – 1 ABR 31/99, EZA § 3 TVG Nr. 18 = AP Nr. 56 zu § 2 TVG m. Anm. *Buchner* = NZA 2001, 334; zustimmend *Reuter*, Anm. zu BAG v. 27. 6. 2000 – 1 ABR 31/99, DZWIR 2001, 242, 244 f. In diese Richtung auch *Kempfen/Zachert-Stein*, TVG, 4. Aufl. (2005), § 2 Rn. 140.

56 Unternehmensverträge (2004), Rn. 213 ff.

57 Richtig *Rotstegge* (Fn. 50), S. 254 ff mwN.

58 Mit Blick auf die Verlustausgleichspflicht MünchKomm-AktG-*Altmeppen* (Fn. 49), § 302 Rn. 12.

59 *Rotstegge* (Fn. 50), S. 256 f.

60 Insoweit anders *Rotstegge* (Fn. 50), S. 262 ff, der freilich diese Herrschaftsmacht nicht dem Verwalter übertragen will.

61 BGH v. 14. 12. 1987 (Fn. 32).

62 *Kluth*, Der Insolvenzverwalter als »Konzernspitze« – Scherz oder Ernst? Gastkommentar NZI 5/2002; Volltext auf http://rsw.beck.de/rsw/upload/nzi/NZI_05_2002_Gastkommentar.pdf; zuletzt abgerufen am 28. 7. 2009.

63 Eingehend *Uhlenbruck* (Fn. 6), 1603, 1613 ff.

64 *Karsten Schmidt* (Fn. 16), S. 229: Die Grenze müsse für die Praxis noch präzisiert werden.

65 Technisch machbar, weil das AktG (ebenso § 47 Abs. 1 GmbHG) nach der (gegebenenfalls qualifizierten) Mehrheit nur der abgegebenen Stimmen fragt. Auch für die Kapitalmehrheit sind Enthaltungen nicht zu berücksichtigen; etwa MünchKomm-AktG-*Volhard*, Bd. 4, 2. Aufl. (2004), § 133 Rn. 37.

66 *Mertens*, Empfiehlt sich die Einführung eines konzernbezogenen Reorganisationsverfahrens? ZGR 1984, 542, 552 f; *Kort* (Fn. 41), ZIP 1988, 681, 688.

cc) *Insolvenz des beherrschten Unternehmens.* Von vornherein müssen gesellschafts- und konzernrechtliche Weisungen gegenüber dem Verwalter ausscheiden. Eine Beherrschung des insolventen Unternehmens verträgt sich nicht nur nicht mit der unabhängigen Stellung des Insolvenzverwalters. Die Mutter als Anteilseigner erhalte so zudem eine systemwidrige Einflussmöglichkeit. Aufsicht und Kontrolle des Insolvenzverwalters obliegen dem Insolvenzgericht und den Gläubigern (oben 1.b)bb)); inhaltliche Vorgaben dürfen ihm von vornherein nur Letztere machen.

Mit der haftungsrechtlichen Zuweisung des Gesellschaftsvermögens an die Gläubigersamtheit korrespondiert ein Unabhängigkeitsgebot an den Verwalter: Weisungen der Anteilseigner verfolgen deren Interesse und nicht die gemeinschaftliche Haftungsverwirklichung aller Gläubiger iSd InsO. In diesem systemimmanenten Zielkonflikt genießen die Vorgaben der InsO (und der Gläubiger) Vorrang – auf diese ist der Verwalter in jedem Falle verpflichtet; zwei Herren dienen kann er nicht, darf insbesondere nicht bei in sich widersprüchlichen Anforderungen in alle Richtungen haften. Plastisch wird das im Falle der Eigenverwaltung (näher 4.): Hier will das AG Duisburg⁶⁷ die Eigner mit Außenwirkung an die Ziele der InsO binden; gegenläufige Weisungen hält das Gericht für unwirksam. Vergleichbar muss die insolvente Tochter der Herrschaft der Mutter entzogen sein – schon weil der Beherrschungsvertrag Weisungen nur an die insolvenzrechtlich verdrängten Verwaltungsorgane der abhängigen Gesellschaft erlaubt, § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG⁶⁸.

Einzig Piepenburg spricht sich dafür aus, konzernrechtliche Weisungen auch an den Verwalter zuzulassen und über Verlustausgleichsansprüche aus dem Unternehmensvertrag zu kompensieren⁶⁹. Dieser Ansatz macht ein Organ der Rechtspflege⁷⁰ entgegen den Vorgaben der InsO doch wieder zum »Ersatzgeschäftsführer«. Hiergegen spricht vor allem, dass das massezugehörige Vermögen der Tochter haftungsrechtlich nur deren Gläubigern zugeordnet ist. Die Anteilseigner haben im Verfahren keine eigenen Rechte, die wenigen Schuldnerbefugnisse nimmt die Geschäftsleitung wahr – nur gesellschaftsrechtlich-intern ist regelmäßig die Zustimmung der Eigner einzuholen (schon 1.b)cc)).

Die Frage, ob diese Gläubiger der Obergesellschaft (und deren Gläubigern) die Aufsicht auf einen Mehrwert nehmen dürfen, ist nach geltendem Recht zu bejahen – Piepenburgs Standpunkt⁷¹ hat daher nur rechtspolitischen Gehalt. Im Widerspruch zu wirtschaftlicher Vernunft steht dies nicht unbedingt: Schuldner und Anteilseigner hatten ihre Chance vor Insolvenzeröffnung – und haben sie vertan!

dd) *Zwischenergebnis.* Konzernherrschaftsmacht verträgt sich nicht mit den gesetzlichen Aufgaben des Insolvenzverwalters. Er ist materiell an die Interessen der Gläubiger

des Schuldners gebunden und untersteht formell der Aufsicht und Kontrolle durch Insolvenzgericht und Gläubigerorgane. Dies hindert nicht nur Weisungen an den Verwalter, sondern auch Weisungen des Verwalters an Tochterunternehmen. Ob der Beherrschungsvertrag fortbesteht, ist irrelevant; nicht die ergänzende Auslegung des Unternehmensvertrags beendet das Über-/Unterordnungsverhältnis im Konzern – sondern das Insolvenzrecht.

Dass die Konzernmutter die Insolvenz der Tochter durch Kapitalzufuhr beenden kann, bedeutet keine auch nur potentielle Leitungsmacht. Ohnehin wird die Insolvenzureife einer Konzerngesellschaft nicht selten andere Gesellschaften der Unternehmensgruppe »infizieren«⁷².

d) *Faktischer Konzern*

aa) *Insolvenz der abhängigen Gesellschaft.* Wird das faktisch abhängige Unternehmen vom Insolvenzverwalter geführt, sperrt dessen insolvenzrechtlich zwingende Unabhängigkeit von den gesellschaftsrechtlichen Organisationsstrukturen und Weisungsverhältnissen (hierzu 1.b)) notwendig jede Ausübung der Konzernleitungsmacht.⁷³

bb) *Insolvenz der Obergesellschaft.* Entsprechendes gilt in der Insolvenz der Mutter im faktischen Konzern: Deren Verwalter kann zwar noch Stimmrechte der insolventen Gesellschaft wahrnehmen, er darf damit aber keine Leitungsmacht mehr ausüben – wie im Vertragskonzern (soeben c)bb)) ist ihm ein Handeln im Sinne des Konzernganzen verboten.

Um die Abhängigkeitsvermutung der §§ 17 Abs. 2, 16 AktG⁷⁴ geht es dabei nicht und auch nicht um die Frage, ob diese Vermutung durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der beherrschten Gesellschaft entkräftet wird⁷⁵. Sehr wohl aber beseitigt die Insolvenz die Konzern(herrschafts)vermutung des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG – nachzuweisende Rechtstatsache ist insoweit nur der Eröffnungsbeschluss.

Das ist für die Insolvenz der Tochter weithin anerkannt⁷⁶, muss aber für die Insolvenz der Mutter ebenso gelten: Auch hier bedeutet die Insolvenzeröffnung Entherrschung von Rechts wegen; nicht, weil der Unternehmensvertrag enden müsste, sondern weil der Insolvenzverwalter nicht als Konzernspitze fungieren darf (bereits c)bb)).

Verbleibende Einflussmöglichkeiten der Gesellschaftsorgane bei Insolvenzplan und Sanierung (vgl. 1.b)cc)) sind demgegenüber von untergeordneter Bedeutung.

67 1. 9. 2002 (Fn. 52).

68 Im Ergebnis wie hier etwa Oetker/Friese, Massebelastende Betriebsvereinbarungen in der Insolvenz (§ 120 InsO), DZWIR 2000, 397, 402; Eidenmüller (Fn. 25), ZHR 169 (2005), 528, 548; MünchKomm-InsO-Löwischl, Bd. 2, 2. Aufl. (2008), § 120 Rn. 7. Weiter Rotstege (Fn. 50), S. 260 ff, der für eine – praktisch bedeutungslose – Bindung der Gesellschaftsorgane im insolvenzfremden Bereich eintritt.

69 Piepenburg (Fn. 21), NZI 2004, 231, 235 ff.

70 Kübler/Prütting/Bork-Lüke, InsO, Stand: Mai 2009, § 80 Rn. 37.

71 Fn. 68.

72 Näher Hirte, Towards a Framework for the Regulation of Corporate Groups' Insolvencies, ECFR 2008, 213, 230 ff.

73 Für die KO Kort (Fn. 41), ZIP 1988, 681, 687 und Karsten Schmidt (Fn. 16), S. 228; für die InsO Ehrlicke, Zur gemeinschaftlichen Sanierung insolventer Unternehmen eines Konzerns, ZInsO 2002, 393, 394 und Uhlenbruck-Hirte (Fn. 6), § 11 Rn. 413.

74 Allgemein MünchKomm-AktG-Bayer, Bd. 1, 3. Auflage (2008) § 17 Rn. 64.

75 Verneinend KölnerKomm-AktG-Koppensteiner, 3. Aufl. (2004), § 17 Rn. 122; GK-AktG-Windbichler, 4. Aufl. (2004), § 17 Rn. 86.

76 GK-AktG-Windbichler (Fn. 74), § 18 Rn. 43; KölnerKomm-AktG-Koppensteiner (Fn. 74), § 18 Rn. 45; Karsten Schmidt/Lutter-J. Vetter, AktG, Bd. I (2008), § 18 Rn. 19.

3. Vorläufige Insolvenzverwaltung

a) Schwacher Verwalter

Entscheidet sich das Insolvenzgericht im Eröffnungsverfahren für die vorläufige Verwaltung, aber gegen ein begleitendes Verfügungsverbot, so verbleibt die Unternehmensleitung beim Schuldner und seinen Organen. Der Zustimmungsvorbehalt nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO berechtigt den »schwachen« vorläufigen Verwalter nicht, Befugnisse des Schuldners auszuüben. Nach Außen tritt – jedenfalls nach Vorstellung des Gesetzgebers – weiterhin nur der Schuldner auf; dessen Organe können bestehende Konzernleitungsmacht weiter ausüben oder solcher Rechtsmacht unterworfen sein.

Erst Recht ergeben sich für den Konzernverbund keine Änderungen, wenn im Antragsverfahren von vorläufiger Verwaltung Abstand genommen wird.

b) Starke und »halbstarke« Verwalter

Anders verhält es sich, wenn der – allein verfügungsberechtigte, §§ 22 Abs. 1 Satz 1, 24 InsO – »starke« vorläufige Verwalter berufen wird. Die InsO zieht bestimmte insolvenzrechtliche Wirkungen der späteren Verfahrenseröffnung in das Eröffnungsverfahren; das gilt insbesondere für den zentralen Übergang der Verfügungsbefugnis.

In diesem entscheidenden Punkt entspricht die Rechtsstellung des Verfügungsbefugten vorläufigen Verwalters der des endgültigen. Konsequenz für den Konzern kann nur sein, dass die Entherrschung von Rechts wegen nicht erst mit Wirkung (näher 1.a)) des Eröffnungsbeschlusses eintritt, sondern bereits in dem Zeitpunkt, in dem der Beschluss iSd § 21 InsO seine Wirkungen entfaltet – insoweit gilt § 27 InsO entsprechend⁷⁷.

Der BGH akzeptiert, dass Insolvenzgerichte einen schwachen vorläufigen Verwalter in einzelnen, klar definierten Fällen zu Verfügungen über das Schuldnervermögen (mit Wirkung gegen die spätere Masse) ermächtigen⁷⁸. Damit scheint die Frage aufgeworfen, welchen Umfang die Befugnisse solch ein »halbstarker« Verwalter erreichen müssen, um – wie bei der starken vorläufigen Verwaltung – die Konzernentherrschung auszulösen. Unseres Erachtens kann es hierzu nicht kommen; die Rechtsstellung des eigentlich schwachen Verwalters müsste der des starken so weit angenähert werden, dass von einer verbotenen Umgehung des Gläubigerschutzgedankens in § 55 Abs. 2 InsO auszugehen ist – wie bei der unzulässigen pauschalen Ermächtigung »mit rechtlicher Wirkung für den Schuldner zu handeln«⁷⁹. Dafür sprechen überdies Rechtssicherheitserwägungen: Löst das Insolvenzrecht Konzernbindungen, so darf diese einschneidende Änderung nicht ungewiss sein und von der Auslegung des Eröffnungsbeschlusses abhängen.

77 BGH v. 8. 12. 1994 – IX ZR 177/94, ZIP 1995, 40 = KTS 1995, 297 = EWIR 1995, 57 (*Uhlenbruck*); v. 19. 9. 1996 – IX ZR 277/95, ZIP 1996, 1909 = WM 1996, 2078 = MDR 1997, 156; ebenso HK-InsO-Kirchhof (Fn. 3), § 21 Rn. 56.

78 BGH v. 18. 7. 2002 – IX ZR 195/01, ZInsO 2002, 819 = DZWIR 2002, 470 m.Anm. *Smid* = ZIP 2002, 1625; v. 16. 6. 2005 – IX ZB 264/03, ZInsO 2005, 804 = DZWIR 2005, 514 m.Anm. *Graeber* = NZI 2005, 627.

79 Auch hierzu BGH v. 18. 7. 2002 (Fn. 77).

4. Eigenverwaltung

Mit dem Insolvenzplan ist inzwischen auch die Eigenverwaltung nach den §§ 270 ff InsO in der Rechtswirklichkeit angekommen. Die Insolvenzgerichte haben – publikumswirksam etwa im Verfahren Kirch Media⁸⁰ – anfangs angemeldete Bedenken beiseite geschoben und mitunter doch den »Bock zum Gärtner« gemacht⁸¹. Weil hierbei der Schuldner verwaltungs- und verfügungsbefugt über die Masse bleibt, muss die insolvente Gesellschaft weiter durch ihre Organe handeln, um ihre Unternehmenspolitik selbst zu gestalten. Freilich obliegt die Kontrolle der Geschäftsleitung nur dem Sachwalter und den Gläubigern, der Aufsichtsrat wird insolvenzrechtlich verdrängt⁸², nicht anders die Gesellschafterversammlung in der GmbH. Das Kontrollregime wird also nicht beseitigt, sondern ausgetauscht – die vom AG Duisburg befürchtete Diktatur der Geschäftsleitung ist nicht zu besorgen. Sie muss demzufolge auch nicht verhindert werden, indem die Befugnisse der GmbH-Gesellschafter an den Zweck des Insolvenzverfahrens gebunden und gegenläufige Weisungen für nichtig erklärt werden⁸³.

Ist das Verhältnis von Insolvenz- und Konzernrecht schon im Regelinsolvenzverfahren umstritten, gilt dies erst Recht für die selten praktizierte Eigenverwaltung. Ob hier die Konzernverbindung ausnahmsweise erhalten bleibt, ist ungeklärt⁸⁴. Uns liegt auch hier die Entherrschung näher: Zwar handelt die Gesellschaft als Gesamtschuldner im Falle der Eigenverwaltung noch in den gewohnten gesellschaftsrechtlichen Strukturen. Die Eigenverwaltung fordert aber den schizophrenen Schuldner⁸⁵. Dieser darf eben nicht mehr »weitermachen wie bisher«, sondern muss »als Amtswalter im Interesse der Gläubiger« fungieren – dazu erhält er weitreichende (Verwalter-)Befugnisse⁸⁶, § 279 InsO. Hiermit geht die Verpflichtung auf die Interessen der Gläubiger ebenso einher wie die Unabhängigkeit gegenüber Außenstehenden – etwa anderen Rechtsträgern im Konzernverbund. In der insolventen Tochter verdrängt das Aufsichts-

80 Pressebericht im Manager-Magazin www.manager-magazin.de/it/artikel/0,2828,201216,00.html; abgerufen am 28. 7. 2009.

81 Reserviert gegenüber der Eigenverwaltung noch *Pape*, Die Eigenverwaltung des Schuldners nach der Insolvenzordnung, KS-InsO, 2. Aufl. (2000), S. 895 ff Rn. 1.

82 *Prütting/Huhn*, Kollision von Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht bei der Eigenverwaltung? ZIP 2002, 777, 778 ff; *Görg/Stockhausen*, Eigenverwaltung für Großinsolvenzen? FS Metzeler (2003), S. 105, 107; *dagegen Ringstmeier/Homann*, Nebeneinander von Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht bei der Eigenverwaltung! NZI 2002, 406 ff.

83 Vgl. AG Duisburg v. 1. 9. 2002 (Fn. 52) unter III.A.2.c) der Gründe.

84 Für den Fortbestand *Uhlenbruck* (Fn. 19), NZI 1999, 41, 43; *Emmerich/Habersack* (Fn. 49), § 297 AktG Rn. 52b und *Rotstege* (Fn. 50), S. 315 ff; *dagegen* AG Duisburg v. 1. 9. 2002 (Fn. 52); ebenso *G. Krieger* (Fn. 49), S. 139, 149 und *Eidenmüller* (Fn. 25), 528, 548 f, der indes eine Ausnahme machen will, wenn nur die Konzernmutter in Insolvenz fällt; *skeptisch Bultmann* (Fn. 47), ZInsO 2007, 785, 786, die zu Recht anmerkt, dass das Schicksal der Unternehmensverträge nicht von verfahrensmäßigen Besonderheiten abhängen könne, die im Belieben der Gläubiger stehen – und auch erst nachträglich angeordnet werden können.

85 *Plastisch Häsemeyer* (Fn. 4), Rn. 8.16, der neben dem Widerspruchsrecht (§ 176 InsO) »als Verwalter« ein eigenes Widerspruchsrecht »als Schuldner« sieht; *dagegen* Hmb-Komm-InsO-Fiebig, 3. Aufl. (2009), § 283 Rn. 3 mwN, der von einem Widerspruch nur »als Verwalter« ausgeht.

86 Näher *Pape* (Fn. 80), Rn. 39 f.

Kontrollregime der InsO also auch im Falle der Eigenverwaltung notwendig die Mechanismen des Gesellschafts- wie des Konzernrechts.

Auch in der eigenverwalteten Mutter bleibt kein Raum mehr für die privatautonome Ausübung der Leitungsmacht im Rahmen der Konzernorganisation. Die Organe des Schuldners leiten die Gesellschaft (im masserelevanten Bereich) nicht mehr »als« Organ einer Gesellschaft, sondern »als Amtswalter«. Konzernleitungsmacht auszuüben liegt dann ebenso außerhalb ihrer Rechtsmacht, wie es die Befugnisse des Fremdverwalters übersteigt.

5. Konsolidierte Planverfahren

Bei der Entherrschung kraft Insolvenzrechts bleibt es selbst dann, wenn in Insolvenzverfahren über das Vermögen unterschiedlicher Konzerngesellschaften aufeinander abgestimmte Insolvenzpläne vorgelegt und bestätigt werden.

Allenfalls der materiell konsolidierte »Konzerninsolvenzplan« im Uhlenbruckschen Sinne durchbricht die rechtliche Trennung zwischen den einzelnen Insolvenzverfahren – und lässt Raum für Konzernherrschaft auch in der Insolvenz.⁸⁷ Nur ist der materiell konsolidierte Plan insolvenzrechtlich ebenso unzulässig wie materiell konsolidierte Regelverfahren.⁸⁸ Möglich ist allenfalls, dass rechtlich geschiedene Insolvenzpläne formal aufeinander abgestimmt werden. Die Rechtsverhältnisse zwischen den Konzernunternehmen regelt dann der Plan – und zwar im darstellenden Teil⁸⁹, weil die §§ 217 ff InsO rechtspolitisch fragwürdig nur den Eingriff in die Rechtsposition der Beteiligten iSd § 217 InsO erlauben.⁹⁰ Damit sind Gesellschafterrechte dem Planzugriff ebenso entzogen wie Rechte Außenstehender.

II. Entkonzernierungsfolgen in der Mitbestimmung

1. Konzern als arbeitsrechtliche Besonderheit

Arbeitsrechtlich ist der Konzern etwas Besonderes: Das Individualarbeitsrecht vollzieht die zivilrechtliche Wertung, dass es »den Konzern« als Rechtsträger nicht gibt, weswegen jedes Arbeitsverhältnis einem bestimmten Konzernunternehmen als Rechtsträger zugeordnet sein muss. Nur dieser Rechtsträger ist Arbeitgeber des Arbeitnehmers, weswegen es einen konzerndimensionalen Kündigungsschutz nicht geben kann.⁹¹ Das gilt auch im Tarifrecht – der »Konzerntarifvertrag« ist rechtlich ausgeschlossen.⁹²

87 Hierzu Uhlenbruck (Fn. 19), NZI 1999, 41, 43 f, der in einem solchen Falle vom Fortbestand der Konzernleitungsmacht ausgehen will.

88 Mit Nachweisen Eidenmüller (Fn. 25), ZHR 169 (2005), 528, 546 f.

89 Vgl. Karsten Schmidt (Fn. 4), ZGR 1998, 631, 648 f.

90 Spies, Insolvenzplan und Eigenverwaltung, ZInsO 2005, 1254, 1255 und dort Fn. 9; ausführlich MünchKomm-InsO-Eidenmüller (Fn. 15), § 217 Rn. 74 f und FK-InsO-Jaffé, 5. Aufl. (2009), § 217 Rn. 81 ff.

91 StRspr des BAG; etwa BAG v. 23. 3. 2006 – 2 AZR 162/05, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 147 = AP Nr. 13 zu § 1 KSchG 1969 Konzern = NZA 2007, 30.

92 Eingehend Rieble, Konzerntarifvertrag, Der Konzern 2005, 475–484 (Teil 1), 549–561 (Teil 2).

Anders dagegen die Mitbestimmungsordnung: Betriebliche wie Unternehmensmitbestimmung erkennen den Konzern nicht nur als eigenständige Rechtsfigur an, sondern ignorieren das Trennungsprinzip und ordnen dem Konzern als solchem Rechte und Pflichten zu:

- Der Konzernbetriebsrat, der beim herrschenden Unternehmen gebildet werden kann, hat im Rahmen seiner konzernbezogenen Zuständigkeit alle Rechte eines Betriebsrats (§ 59 BetrVG). Er kann deswegen Konzernbetriebsvereinbarungen abschließen, die nach herrschender Meinung in den Tochter- und Einzelgesellschaften für deren Arbeitnehmer normativ gelten – und deren Vertragsarbeitgeber verpflichten. Das Betriebsverfassungsrecht schafft nach diesem Verständnis einen **besonderen einheitlichen »Konzernarbeitgeber«**⁹³ – den es sonst nicht gibt. Hier ist die Muttergesellschaft⁹⁴ aufgrund ihrer beherrschenden Stellung kraft Gesetzes berechtigt, mit Wirkung für »den Konzern« zu handeln, also nicht nur für sich selbst, sondern auch für die beherrschten Gesellschaften. Aus der internen Leitungsmacht gerinnt die Verpflichtungsermächtigung mit Außenwirkung – und eben dies löst die Kritik an der Arbeitsrechtsfigur aus.⁹⁵
- In der Unternehmensmitbestimmung löst die Konzernierung nach § 5 MitbestG (oder § 2 DrittelbG) eine besondere **Konzernzurechnung** aus: Die Arbeitnehmer der Tochterunternehmen werden der Konzernmutter zugerechnet; die damit bei dieser **fingierte Konzernbelegschaft** kann unmittelbar gegenüber dem herrschenden Unternehmen die Arbeitnehmerinteressen im Aufsichtsrat geltend machen.

Das Arbeitsrecht verwendet hierfür keinen eigenen Konzernbegriff, sondern verweist in § 54 BetrVG (für den Konzernbetriebsrat), § 5 MitbestG und § 2 Abs. 1 DrittelbG (für die Unternehmensmitbestimmung) auf den Konzernatbestand des § 18 Abs. 1 AktG, so dass der Über-Unterordnungskonzern erfasst ist, nicht aber der Gleichordnungskonzern.

In der Unternehmensmitbestimmung löst die Konzernzurechnung zwei unterschiedliche Rechtsfolgen aus: Einmal geht es um die Berechnung oder Zählung der Belegschaft – für die Schwellenwerte und damit das Ob der Mitbestimmung. Zum anderen verschafft die Konzernzugehörigkeit (im Inland!) den betroffenen Arbeitnehmern das aktive und passive Wahlrecht.

Während § 5 MitbestG die vertragliche oder faktische Konzernierung im Über-Unterordnungskonzern in gleicher Weise berücksichtigt, differenziert § 2 DrittelbG: Für den Schwellenwert zählen nur kraft Beherrschungs- oder Eingliederungsvertrag konzernierte Unternehmen – weswegen der faktische GmbH-Konzern mitbestimmungsfrei bleibt, wenn in keinem Unternehmen mehr als 500 Arbeitnehmer und im Konzern nicht mehr als 2000 Arbeitnehmer vertreten sind.

93 GK-BetrVG-Kreutz, Bd. I, 8. Aufl. (2005), § 58 Rn. 10 ff.

94 Dazu, dass Konzernbetriebsvereinbarungen zwischen Konzernbetriebsrat und Leitung der Konzernmutter ausgehandelt werden müssen Richardi-Annuß, BetrVG, 11. Aufl. (2008), § 58 Rn. 44.

95 **Hiergegen** vor allem Wiedemann, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht (1988) S. 124 f; Schwald, Die Legitimation der Konzernbetriebsverfassung (2005), S. 41 ff; weitere Nachweise bei Richardi-Annuß (Fn. 93), § 58 Rn. 2.

Auch der Europäische Betriebsrat auf Konzernebene kann nur im Über-Unterordnungskonzern (Unternehmensgruppe iSv § 1 Abs. 2 EBRG) vorkommen.⁹⁶ Freilich gilt dort eine europarechtliche Besonderheit gemäß der Definition des »Herrschenden Unternehmens« in § 6 EBRG (maßgebend auch für die SE, § 2 Abs. 3 SEBG), der auf die nur potentielle Beherrschung abstellt.

Und in all diesen Fällen, in denen das Mitbestimmungsrecht auf den Konzern als rechtlichen Anknüpfungspunkt rekurriert, kann die Entkonzernierung durch Insolvenz auf Bestand, Besetzung und Befugnisse der Mitbestimmungsorgane durchschlagen.

2. Konzernbetriebsrat und Insolvenz

a) Bestand des Konzernbetriebsrats

aa) *Insolvenzrechtlich: Fortbestand betriebsverfassungsrechtlicher Gremien.* Die Insolvenzeröffnung berührt grundsätzlich⁹⁷ weder Betriebsstrukturen des schuldnerischen Unternehmens, noch betriebsverfassungsrechtliche Beziehungen; das machen die §§ 120 ff InsO mit ihrer Modifikation des BetrVG deutlich. Ein wirksam konstituierter Betriebsrat besteht fort und behält seine Mitwirkungsrechte. Die Arbeitgeberbefugnisse des Schuldners – auch die betriebsverfassungsrechtlichen – nimmt ab Verfahrenseröffnung der Verwalter wahr.⁹⁸ Für den Gesamtbetriebsrat kann in der Unternehmensinsolvenz nichts anderes gelten; er überdauert die Verfahrenseröffnung, hat sich aber mit dem Verwalter auseinanderzusetzen.

Dass die Verfahrenseröffnung betriebsverfassungsrechtliche Strukturen nicht tangiert, heißt nicht, dass sich im Zuge der Insolvenz keine wesentlichen Änderungen ergeben könnten: Häufig erfordert die insolvenzmäßige Abwicklung des Unternehmens weitreichende Restrukturierungsmaßnahmen, einschließlich der Stilllegung von Betrieben. Das BetrVG federt die Auswirkungen von Strukturmaßnahmen, die den Fortbestand des Betriebsrats in Frage stellen, auf betrieblicher Ebene mit Übergangs- und/oder Restmandaten nach den §§ 21a und 21b ab.

Für Gesamt- und Konzernbetriebsrat finden sich keine entsprechenden Vorschriften. Fallen die Errichtungsvoraussetzungen weg, endet ihre Amtszeit unmittelbar.⁹⁹ Eines

Auffangmandates analog der §§ 21a und 21b BetrVG bedarf es nicht; ihre Befugnisse fallen dem Betriebsrat auf betrieblicher Ebene oder dem Gesamtbetriebsrat auf Unternehmensebene zu.¹⁰⁰ Damit ist auch gesagt, dass die insolvenzbedingte Entkonzernierung den Konzernbetriebsrat in jedem Falle trifft.

bb) *Insolvenz des herrschenden Unternehmens.* Die Insolvenz der Obergesellschaft beendet die Konzernverbindung zu allen Töchtern (dazu I.2.), damit entfällt der Unterordnungskonzern als Errichtungsvoraussetzung des bei dieser Obergesellschaft errichteten Konzernbetriebsrates nach § 54 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.

Auf den bloßen formalen Fortbestand eines Unternehmensvertrags kommt es nicht an: Die Mitbestimmung nach dem BetrVG zielt auf die Teilhabe an rechtlichen oder faktischen Arbeitgeberbefugnissen.¹⁰¹ Existenzvoraussetzung des Konzernbetriebsrats ist mithin eine bestehende Konzernleitung, von der aus Leitungsmacht ausgeübt wird. Darf auf Konzernebene keine einheitliche Leitungsmacht ausgeübt werden, kann der Konzernbetriebsrat nicht an den nur noch formal fortbestehenden Beherrschungsvertrag gekoppelt werden¹⁰²: Das herrschende Unternehmen hat – von Rechts wegen – seinen beherrschenden Einfluss verloren, womit das Amt des Konzernbetriebsrats automatisch endet.¹⁰³

Maßgeblicher Zeitpunkt ist der Eintritt der insolvenzrechtlichen Wirkungen des Eröffnungsbeschlusses, respektive die eines Beschlusses nach § 21 InsO, mit dem das Insolvenzgericht im Antragsverfahren eine starke vorläufige Verwaltung anordnet.

Sind in der Unternehmensgruppe neben den Töchtern auch Enkel vorhanden, kann die bislang von der insolventen Obergesellschaft wahrgenommene Leitungsmacht nun dort anzusiedeln sein. Hierauf können die betroffenen Arbeitnehmervertreter mit einer Neuerrichtung eines Konzernbetriebsrats bei der nunmehrigen Obergesellschaft reagieren. Ein bislang bei der Tochter errichteter Konzernbetriebsrat – »Konzern im Konzern«¹⁰⁴ – bleibt bestehen. Sollte nach Abschluss des Insolvenzverfahrens die Konzernmutter fortbestehen und sodann ihre Leitungsmacht bei den »überlebenden« Töchtern wieder ausüben können¹⁰⁵, kann der entfallene Konzernbetriebsrat erneut errichtet werden.

cc) *Insolvenz eines Tochter- oder Enkelunternehmens.* Auch in der Insolvenz eines beherrschten Unternehmens endet die Konzernierung mit Verfahrenseröffnung, aber eben nur zwischen Mutter und insolventer Tochter. Letztere scheidet (allerdings mit

96 BAG v. 30. 3. 2004 – 1 ABR 61/01 [bofrost], EZA § 5 EBRG Nr. 1 = AP Nr. 3 zu § 5 EBRG = NZA 2004, 863.

97 Fraglich kann nur sein, ob mit Insolvenzeröffnung eine Führungsvereinbarung und damit der Gemeinschaftsbetrieb entfällt; so BAG v. 5. 3. 1987 – 2 AZR 623/85, EZA § 15 nF KSchG Nr. 38 = AP Nr. 30 zu § 15 KSchG 1969 = SAE 1989, 46 m.Anm. *Windbichler*; zustimmend *Bonanni*, Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen (2003), S. 312; *anders Annuß*, Grundfragen des gemeinsamen Betriebs, NZA Sonderheft 2001, 12, 22.

98 Näher *Berscheid*, Beteiligung des Betriebsrats im Eröffnungsverfahren, nach Verfahrenseröffnung und im Insolvenzplanverfahren, ZInsO 1999, 27.

99 Für den Gesamtbetriebsrat BAG v. 5. 6. 2002 – 7 ABR 17/01, EZA § 47 BetrVG 1972 Nr. 9 = AP Nr. 11 zu § 47 BetrVG 1972 m.Anm. v. *Hoyningen-Huene* = NZA 2003, 336. Für den Konzernbetriebsrat BAG v. 23. 8. 2006 – 7 ABR 51/05, EZA § 54 BetrVG 2001 Nr. 2 = AP Nr. 12 zu § 54 BetrVG 1972 = SAE 2008, 168 m.Anm. *Wank/Maties*; *Schwab*, Der Konzernbetriebsrat – Seine Rechtsstellung und Zuständigkeit, NZA-RR 2007, 337, 339.

100 Richtig *Richard-Thüsing* (Fn. 93), § 21a Rn. 26 f. *Anders* Däubler/Kittner/Klebe-Buschmann, BetrVG, 11. Aufl. (2008), § 21a Rn. 11 und Däubler/Kittner/Klebe-Trittin, § 54 Rn. 52.

101 *Kreutz*, Grenzen der Betriebsautonomie (1979), S. 25.

102 Das gilt ebenso, wenn man mit *Rotstege* (Fn. 50), S. 262 ff, in der Insolvenz der Konzernmutter Herrschaft der Gesellschaftsorgane im insolvenzfremden Bereich zulässt.

103 BAG v. 23. 8. 2006 – 7 ABR 51/05, EZA § 54 BetrVG 2001 Nr. 2 = AP Nr. 12 zu § 54 BetrVG 1972 = NZA 2007, 768 (LS).

104 Hierzu BAG v. 21. 10. 1980 – 6 ABR 41/78, EZA § 54 BetrVG 1972 Nr. 1 = AP Nr. 1 zu § 54 BetrVG 1972 = DB 1981, 895.

105 Jedenfalls bei faktischer Konzernierung. Im Vertragskonzern dann, wenn der Beherrschungsvertrag nur suspendiert aber nicht beendet wird.

ihren Tochtergesellschaften) aus dem Konzernverbund aus. Der Konzernbetriebsrat endet notwendig, wenn die Konzernmutter keine weitere Tochtergesellschaft hat – weil es dann keinen Konzern iSv § 54 BetrVG mehr gibt.

Hat die Konzernmutter hingegen weitere Töchter, so kann der Konzernbetriebsrat bestehen bleiben¹⁰⁶. Freilich ist dessen Legitimation womöglich brüchig geworden, weil die Errichtung des Konzernbetriebsrats nach § 54 Abs. 1 Satz 2 BetrVG einen Errichtungsbeschluss voraussetzt, der von 50 % der Konzernbelegschaft getragen sein muss. Scheidet ein großes Konzernunternehmen aus, mag das die seinerzeitige Abstimmung in Frage stellen. Indes: Der Errichtungsbeschluss wird im BetrVG nur punktuell verlangt – und bedarf keiner legitimierenden Wiederholung¹⁰⁷. Nicht einmal der *contrarius actus* ist im Gesetz vorgesehen; gleichwohl erlaubt die hM die Abschaffung des Konzernbetriebsrats durch Mehrheitsbeschluss der Gesamtbetriebsräte oder funktionell zuständigen Betriebsräte.¹⁰⁸ § 13 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG enthält den einzigen Fall, in dem das BetrVG den Legitimationsentfall mit außerordentlichen Wahlen kompensiert. Das erlaubt einen Umkehrschluss. Der Konzernbetriebsrat ist auch durch die Entsendung seiner Mitglieder aus den Gesamtbetriebsräten hinreichend legitimiert.¹⁰⁹

Allerdings scheiden die aus der insolventen Tochter in den Konzernbetriebsrat entsandten Mitglieder notwendig aus dem Gremium aus. Dieser Fall ist zwar in § 57 BetrVG nicht genannt – aber vom Gesetzgeber auch nicht gesehen. Insofern bewendet es bei dem betriebsverfassungsrechtlichen Grundsatz, dass der Verlust der Wählbarkeit zum nachträglichen Verlust auch des Amtes führt (arg. § 24 Nr. 4 BetrVG). Auf der Gesamt- und Konzernbetriebsratsebene wird zwar nicht »gewählt«, sondern entsandt (durch Mehrheitsbeschluss ohne Minderheitenschutz¹¹⁰). Dennoch setzt das Repräsentationsprinzip voraus, dass das vom (Gesamt-)Betriebsrat entsandte Mitglied des Kon-

zernbetriebsrats Mitglied der Konzernbelegschaft ist. Die Entsendefähigkeit endet mit dem Ausscheiden der insolventen Tochter – und also das Amt im Konzernbetriebsrat.¹¹¹

Eine irgendgeartete »Nachentsendung« ist (anders als bei der Unternehmensmitbestimmung, noch 3.c)) nicht erforderlich, weil die Besetzung des Konzernbetriebsrats nach § 55 Abs. 1 Satz 1 BetrVG auf Unternehmensrepräsentation setzt – und das Gremium keine feste Mitgliederzahl hat.

dd) Zuständigkeitsentfall für insolvente Töchter. Überdauert der Konzernbetriebsrat die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer abhängigen Gesellschaft, kann er gegenüber der insolventen Tochter keine Zuständigkeit haben. Das folgt formal daraus, dass die (originäre) Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats notwendig auf Konzernunternehmen beschränkt ist, § 58 Abs. 1 BetrVG.

Funktional folgt das daraus, dass die (konzernweite) Mitbestimmung des Konzernbetriebsrats an die Leitungsmacht der Konzernmutter gegenüber den Tochterunternehmen anknüpft. Fehlt diese Konzernleitungsmacht – wie dies gegenüber der insolventen Tochter notwendig der Fall ist (oben I.2.c)cc) –, können Konzernbetriebsrat und Konzernspitze sie auch nicht zur Regelung der Arbeitsbedingungen im nunmehr konzernfremden Unternehmen nutzen.¹¹²

Andernfalls könnten – im Widerspruch zu den Vorgaben der InsO – Konzernspitze und Konzernbetriebsrat die Masse mit neuen Konzernbetriebsvereinbarungen belasten, die der Verwalter jedenfalls im Stadium der Verhandlung zwischen Konzernbetriebsrat und herrschender Gesellschaft nicht beeinflussen könnte, die aber normativ die Arbeitsverhältnisse prägen und wegen § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO Masseverbindlichkeiten¹¹³ erzeugen können. Zudem würde die Kündigung der Konzernbetriebsvereinbarung nach § 120 InsO zum Problem: Wäre sie dem Verwalter erlaubt, würden notwendig Arbeitnehmer anderer Konzernunternehmen betroffen – wäre sie untersagt, könnte der Konzernbetriebsrat entgegen der Wertung des § 120 InsO großzügig die Masse belasten. Helfen könnte allenfalls eine »sektorale« Teilkündigung nur für das betroffene Unternehmen. Nun hat das BAG zwar jüngst die Teilkündigung einzelner Regelungskomplexe einer Betriebsvereinbarung erleichtert.¹¹⁴ Es ist aber nicht ausgemacht, dass man diese Gedanken auch für die Kündigung von Konzernbetriebsvereinbarungen mit Wirkung nur in einem bestimmten Unternehmen des Konzerns fruchtbar machen könnte. Letzt-

106 Allgemein zum Fortbestand des Konzernbetriebsrats bei Entkonzernierung von Töchtern GK-BetrVG-Kreutz (Fn. 92), § 54 Rn. 61; Richardi-Annuß (Fn. 93), § 54 Rn. 51; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier*, BetrVG, 24. Aufl. (2008), § 57 Rn. 7; Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, 7. Aufl. (2008), § 54 Rn. 31.

107 Richardi-Annuß (Fn. 93), § 54 Rn. 53; Henssler/Willemsen/Kalb-Hohenstatt/Dzida, Arbeitsrecht, 3. Aufl. (2008), § 54 BetrVG Rn. 17. Das soll erst dann nicht mehr gelten, wenn nicht mehr die Hälfte der Arbeitnehmer der Konzernunternehmen durch Gesamtbetriebsräte oder funktionell zuständige Betriebsräte repräsentiert werden.

108 Jeweils auch näher zum Mehrheitserfordernis, das richtig auf die Repräsentation der halben Belegschaft in allen Konzernunternehmen zu beziehen ist, Richardi-Annuß (Fn. 93), § 54 Rn. 47 f; ErfK-Eisemann/Koch (Fn. 55), § 54 BetrVG Rn. 9; Däubler/Kittner/Klebe-Trittin (Fn. 99), § 54 Rn. 54, § 57 Rn. 9 und GK-BetrVG-Kreutz (Fn. 92), § 54 Rn. 60.

109 Hierzu die Nachweise in Fn. 106 – dort freilich mit der Einschränkung, dass zumindest die Hälfte der Arbeitnehmer im Konzern noch durch (Gesamt-)Betriebsräte repräsentiert sein muss.

110 BAG v. 21. 7. 2004 – 7 ABR 58/03, EzA § 47 BetrVG 2001 Nr. 1 = AP Nr. 13 zu § 47 BetrVG 1972 = NZA 2005, 170.

111 Dazu, dass das Amt der aus der ausgeschiedenen Tochter entsandten Konzernbetriebsräte endet, GK-BetrVG-Kreutz, Bd. I, 8. Aufl. (2005), § 57 Rn. 4; Richardi-Annuß (Fn. 93), § 54 Rn. 51; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier*, BetrVG, 24. Aufl. (2008), § 57 Rn. 7, 13; Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai (Fn. 105), § 54 Rn. 31 und Däubler/Kittner/Klebe-Trittin (Fn. 99), § 54 Rn. 56.

112 Eingehend *Schwald*, Die Legitimation der Konzernbetriebsverfassung (2005), S. 41 ff, die S. 70 ff die zentrale Bedeutung der tatsächlich ausgeübten Leitungsmacht betont; weiter *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern (1989), S. 364 und *Oetker*, Konzernbetriebsrat und Unternehmensbegriff, ZfA 1986, 177, 189 ff.

113 Allgemein zur insolvenzrechtlichen Qualifikation von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis *Gottwald-Heinzel/Bertram* (Fn. 3), § 106 Rn. 1 ff.

114 BAG v. 6. 11. 2007 – 1 AZR 826/06, EzA § 77 BetrVG 2001 Nr. 19 = AP Nr. 35 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung m.Anm. *Richardi* = NZA 2008, 422.

lich ist dies nicht entscheidend: Das Kündigungsrecht auf Arbeitgeberseite muss richtigerweise bei der Vertragspartei bleiben.

Das zwingt zu dem Schluss: Sowohl der Konzernmutter wie dem Konzernbetriebsrat fehlt jede betriebsverfassungsrechtliche Zuständigkeit für insolvente Tochtergesellschaften. Ihre Zuständigkeit rechtfertigt sich allein aus der unternehmensübergreifenden Leitungsmacht im Konzern – weshalb jene nicht weiter reichen kann als diese.

b) Fortgeltung von Konzernbetriebsvereinbarungen

Betriebsvereinbarungen überdauern die Insolvenzeröffnung unbeschadet, nicht anders als die Arbeitsverhältnisse und der Betriebsrat als Gremium. Allerdings erlaubt § 120 InsO dem Verwalter eine Kündigung mit der Höchstfrist von drei Monaten, auch wenn im Einzelfalle eine längere Frist oder Unkündbarkeit vereinbart ist.¹¹⁵

Dieser »arbeitsrechtliche Grundkompromiss« der InsO – kein »automatischer« Eingriff in bestehende Rechte, aber weitreichende Eingriffsbefugnisse des Verwalters – kann für Konzernbetriebsvereinbarungen so nicht gelten. Wie jeder Kollektivvertrag muss auch die Betriebsvereinbarung zwingend enden, wenn nicht mehr beide Vertragsparteien die Regelungsverantwortung tragen (können).¹¹⁶ Geht der Konzernbetriebsrat unter, reißt er die Konzernbetriebsvereinbarungen mit.

Indes: BAG und herrschende Meinung im Arbeitsrecht sehen dies anders und fordern – jedenfalls für die Einzelbetriebsvereinbarung – Besitzstandsschutz durch Regelungserhalt.¹¹⁷ Für überbetriebliche Vereinbarungen modifiziert das BAG seinen Ansatz und folgert bei Betriebsübergang ein »Herabsinken« der Gesamtbetriebsvereinbarungen – diese sollen auf betrieblicher Ebene kollektiv-normativ weitergelten.¹¹⁸ Denkt man mit Blick auf Konzernbetriebsvereinbarungen weiter, können diese nur ausnahmsweise mit dem Ende des Konzernverhältnisses als Gesamtbetriebsvereinbarungen weitergelten¹¹⁹: Bei Umstrukturierungen wird der enge Unternehmens-, bzw. Konzernbezug der Ver-

einbarungen regelmäßig einer normativen Fortgeltung entgegenstehen¹²⁰ – eine Ausnahme, die auch das BAG anerkennt.¹²¹

Anders bei der Entkonzernierung – insbesondere kraft Insolvenz. Hier muss sich die auf Unternehmens- oder Betriebsebene »abgesunkene« Konzernbetriebsvereinbarung nicht in ein inkompatibles Konkurrenzsystem einfügen; kollektiv-normative Geltung iSd BAG wird häufiger sein – aber stets nur als Gesamt- oder Einzelbetriebsvereinbarung. Diese Herabstufung zielt vor allem darauf, dem Arbeitgeber einen Ansprechpartner für Änderungen der Kollektivvereinbarung zu erhalten. In der Insolvenz kommt ein zentraler Aspekt hinzu: Der Verwalter darf seines Sonderkündigungsrechts aus § 120 InsO nicht deshalb beraubt werden, weil die Konzernbetriebsvereinbarung als solche weitergilt und ihre Kündigung »überschießend« Arbeitnehmer anderer Konzernunternehmen trafe.

Also: Konzernbetriebsvereinbarungen gelten als solche normativ nur, solange auch der Konzernbetriebsrat noch besteht. Mit seinem Entfall endet die Konzernbetriebsvereinbarung – wirkt allerdings nach, wenn die geregelte Angelegenheit der erzwingbaren Mitbestimmung unterfällt, § 77 Abs. 6 BetrVG. Grundsätzlich müssten dann Verwalter und (Gesamt-)Betriebsrat über eine Neuregelung verhandeln. Dass die nachwirkende Betriebsvereinbarung die Masse belastet, ist hinzunehmen; auch die Kündigung nach § 120 InsO ist von der Nachwirkung nicht befreit.¹²² Eine Kündigung¹²³ der nachwirkenden Betriebsvereinbarung beseitigt die Massenbelastung also nicht; vergleichbar enthebt auch die Nachkündigung bereits gekündigter Betriebsvereinbarungen nicht von der Ablösung, sondern erlaubt dem Verwalter nur, laufende Kündigungsfristen abzukürzen.¹²⁴

Wer mit BAG und hM für Regelungserhalt auch ohne Regelungsverantwortung votiert, muss mit Insolvenzeröffnung zum »Herabsinken« auf die Unternehmensebene kommen – und dann § 120 InsO gegenüber der fortgeltenden (Gesamt-)Betriebsvereinbarung unmittelbar greifen lassen.

c) Laufende Mitbestimmungsverfahren

aa) Grundsatz. Außergerichtliche Mitbestimmungsverfahren werden durch die Insolvenzeröffnung nicht unterbrochen – das gilt auch für Einigungsstellenverfahren¹²⁵, weil § 240 ZPO von vornherein nur prozessuale, nicht aber materiell(etwa: betriebsverfassungs-)rechtliche Verfahren betrifft. Ebenso wenig wird die materiellrechtliche Frist des

115 Eingehend zu § 120 InsO Rieble, Kollektivverträge in der Insolvenz, RWS – Forum 18: Insolvenzrecht 2000, 127 ff.

116 Rieble in Dornbusch/Fischermeier/Löwisch (Hg.), Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht (2008), § 77 BetrVG Rn. 18.

117 BAG v. 18. 9. 2002 – 1 ABR 54/01, EzA § 613a BGB 2002 Nr. 5 = AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung m. Anm. Hergenröder = NZA 2003, 670; ebenso GK-BetrVG-Kreutz, Bd. II, 8. Aufl. (2005), § 77 Rn. 383.

118 BAG v. 18. 9. 2002 (Fn. 116); erläuternd Krefl, Normative Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen nach einem Betriebsübergang, FS Wißmann (2005), S. 347, 356 ff; zustimmend B. Gaul, Das Arbeitsrecht der Betriebs- und Unternehmensspaltung (2002), § 25 Rn. 215 ff; kritisch Rieble/Gutzeit, Betriebsvereinbarungen nach Unternehmensumstrukturierung, NZA 2003, 233, 236 ff.

119 Meyer, Das Schicksal von Konzernbetriebsvereinbarungen beim Betriebsübergang, BB Special 2005/Nr. 14, 5, 7 ff; großzügiger Gussen, Zur Weitergeltung von Vereinbarungen des Konzernbetriebsrats beim Betriebsübergang nach § 613 a BGB, FS Leinemann (2006), S. 207, 215 ff; Salomon, Die Konzernbetriebsvereinbarung, NZA 2009, 471, 474 ff. und GK-BetrVG-Kreutz (Fn. 92), § 58 Rn. 56, die generell von Fortgeltung ausgehen.

120 Meyer (Fn. 118), BB Special 2005/Nr. 14, 5, 9. Für die Gesamtbetriebsvereinbarung Rieble/Gutzeit (Fn. 117), NZA 2003, 233, 236.

121 BAG 18. 9. 2002 (Fn. 116).

122 Oetker/Friese, Massebelastende Betriebsvereinbarungen in der Insolvenz (§ 120 InsO), DZWIR 2000, 397, 406; FK-InsO-Eisenbeis (Fn. 89), § 120 Rn. 4; HK-InsO-Linck (Fn. 3), § 120 Rn. 10.

123 Begründbar mit der Kipp'schen Doppelwirkungslehre: Kipp, Über Doppelwirkungen im Recht, FS v. Martitz (1911), S. 211 ff.

124 MünchKomm-InsO-Löwisch/Caspers (Fn. 67), § 120 Rn. 26.

125 Gaul, Anm. zu BAG v. 27. 3. 1979 – 6 ABR 39/76, AP Nr. 7 zu § 76 BetrVG 1972; Däubler/Kittner/Klebe-Berg (Fn. 99), § 76 Rn. 85.

§ 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG unterbrochen.¹²⁶ Das ist rechtspolitisch fragwürdig, weil der Schutzzweck des § 240 ZPO¹²⁷ auf masserelevante Mitbestimmungsverfahren (etwa: Sozialplanverhandlungen vor der Einigungsstelle) ebenso passt – muss aber de lege lata hingenommen werden.

Solche »Altverfahren«, die der vorläufige Verwalter oder noch der Schuldner eingeleitet hatte, muss der Verwalter also nahtlos in dem Stadium aufnehmen, in dem sie sich bei Insolvenzeröffnung befinden. Anderes gilt freilich, wenn das Verfahren gegenstandslos wird – weil der Verwalter von mitbestimmungspflichtigen Vorhaben absieht, oder weil der Verhandlungspartner wegfällt.

bb) *Sonderfall: Delegationen.* Delegationen an den Konzernbetriebsrat¹²⁸ werden demnach in zwei Fällen von der Insolvenzeröffnung über das Vermögen eines Konzernunternehmens betroffen:

- Wenn der Konzernbetriebsrat entfällt, weil die Mutter oder die einzige Tochter in Insolvenz fallen oder
- wenn zwar der Konzern erhalten bleibt, aber gerade diejenige Tochter aus dem Unternehmensverbund herausgelöst wird, deren Arbeitnehmervertretung den Konzernbetriebsrat nach § 58 Abs. 2 BetrVG beauftragt hatte.

Weil das BetrVG für den Konzernbetriebsrat kein Auffangmandat regelt, sondern vom Rückfall der Zuständigkeiten an die nächstniedrigere Ebene ausgeht (schon a)), endet die Delegation mit dem Konzernbetriebsrat ipso iure.

Im zweiten Falle handelt der Konzernbetriebsrat indes *anstelle* des Auftraggebers¹²⁹; die Zuständigkeiten auf Arbeitgeberseite wechseln nicht.¹³⁰ Umgekehrt geht es nicht um die eigene Zuständigkeit der konzernweiten Belegschaftsvertreter. Dann aber ist auch die Frage nach der Legitimation des Konzernbetriebsrats in der insolventen Tochter (bereits a)dd)) anders zu stellen: Sie muss nun dahin gehen, ob die Delegation aufrechterhalten werden darf, wenn der Konzernverbund aufgelöst wird. Insoweit kommt es darauf an, ob der Konzernbetriebsrat auch in diesem Falle noch tauglicher Delegationsempfänger ist – weil die Delegation an andere Gremien oder Personen betriebsverfassungsrechtlich unwirksam ist¹³¹. Letztlich muss mit dem Konzernverhältnis auch die Delegation an den (fortbestehenden) Konzernbetriebsrat enden. Die §§ 50 Abs. 2 und 58 Abs. 2 BetrVG erlauben die Übertragung von Zuständigkeiten nur entlang rechtli-

cher Bande auf Arbeitgeberseite, legitimieren die Delegation aus dem gemeinsamen Widerpart – hier dem »Konzern«. Dann aber kann die laufende Delegation an den »Neu-Außenseiter« ebenso wenig Bestand haben wie der Gesamtbetriebsrat seine Zuständigkeit an den Konzernbetriebsrat im »Fremd-Konzern« übertragen könnte.

3. Folgen für die deutsche Unternehmensmitbestimmung

a) Exkurs: »Insolvenzrechtliche« Unternehmensmitbestimmung

Die Beteiligung der Arbeitnehmer im Insolvenzverfahren – genauer: die verschiedentlich vorgesehene Anhörungs- und Beratungsrechte für den Betriebsrat (und den Sprecherausschuss) – lassen sich als (marginale) »insolvenzrechtliche Unternehmensmitbestimmung« verstehen: Die §§ 120 ff InsO anerkennen die betriebliche Mitbestimmung für die Insolvenz und modifizieren deren Regeln systemkonform.

Die §§ 156 Abs. 2 Satz 1, 218 Abs. 3, 232 Abs. 1 Nr. 1 und 235 Abs. 3 Satz 1 InsO hingegen zielen auf die Unterrichtung der Arbeitnehmervertreter in Betriebsrat und Sprecherausschuss über wirtschaftliche Angelegenheiten **auf Unternehmensebene** und eröffnen die Möglichkeit zur Stellungnahme. In solchen Fragen der »großen« Unternehmenspolitik sehen die §§ 106 ff BetrVG sonst die Beteiligung des Wirtschaftsausschusses vor. Dass die InsO anders entscheidet, dürfte dem Bestreben geschuldet sein, die – ohnehin schwache – Arbeitnehmerbeteiligung im Verfahren nicht vom Schwellenwert des § 106 Abs. 1 Satz 1 BetrVG abhängig zu machen. Konsequenz ist eine gewisse Parallele zu § 109a BetrVG idF des Risikobegrenzungsgesetzes: Der Betriebsrat wird zum (Ersatz-)Wirtschaftsausschuss¹³². Die Beteiligung des Wirtschaftsausschusses wiederum ist dem Mitbestimmungskonzept des MitbestG und vor allem des DrittelbG verwandt¹³³: Die Grundlinien der Unternehmenspolitik sollen den Arbeitnehmern offen gelegt und mit ihnen beraten werden.

Dieser quasi-unternehmensmitbestimmungsrechtliche Ansatz des Insolvenzrechts ersetzt die – durch die gesamtvollstreckungsrechtliche Entmachtung des Aufsichtsrats gesperrte – Mitbestimmung nach DrittelbG und MitbestG: Dass der Aufsichtsrat insolvenzrechtlich weitestgehend verdrängt wird (bereits I.1.b)aa)), beschneidet denknottwendig auch den Einfluss der Arbeitnehmerbank; in engen Grenzen springt der Ersatz-Wirtschaftsausschuss ein.

b) Entfall oder Minderung der Mitbestimmung

Die InsO selbst lässt die gesellschaftsrechtliche Organisationsverfassung unberührt (I.1.b)aa)), weswegen der Aufsichtsrat im insolventen Unternehmen als Gremium auch

126 Dazu, dass materiellrechtliche Fristen nach §§ 240, 249 ZPO nicht unterbrochen werden Musielak-Stadler, ZPO, 6. Aufl. (2008), § 249 Rn. 2 und MünchKomm-ZPO-Feiber, Bd. 1, 3. Aufl. (2008), § 249 Rn. 5.

127 Hierzu Musielak-Stadler (Fn. 125), § 240 Rn. 1.

128 Dazu Rieble, Delegation an den Gesamt- oder Konzernbetriebsrat, RdA 2005, 26 ff.

129 Das darf freilich nicht im Sinne einer Stellvertretung des delegierenden Gremiums missverstanden werden. Stets repräsentiert der Delegatar nur die Interessen der Belegschaft; Rieble (Fn. 127), RdA 2005, 26, 27.

130 BAG v. 12. 11. 1997 – 7 ABR 78/96, EzA § 58 BetrVG 1972 Nr. 2 = AP Nr. 2 zu § 58 BetrVG 1972 = NZA 1998, 497; ebenso Rieble (Fn. 127), RdA 2005, 26; Schwab (Fn. 98), NZA-RR 2007, 337, 340. Anders GK-BetrVG-Kreutz (Fn. 109), § 58 Rn. 47; für ein Wahlrecht des Konzernbetriebsrats Däubler/Kittner/Klebe-Trittin (Fn. 99), § 58 Rn. 51.

131 Rieble (Fn. 127), RdA 2005, 26, 30.

132 So jedenfalls die überwiegend befürwortete Lesart, etwa Simon/Dobel, Das Risikobegrenzungs-gesetz – neue Unterrichtungspflichten bei Unternehmensübernahmen, BB 2008, 1955, 1958; **anders mit Recht:** Löwisch, Erfasst das Risikobegrenzungs-gesetz auch Kleinunternehmen?, DB 2008, 2834 f, der aus dem Verweis auf den gesamten Abs. 1 des § 106 BetrVG folgert, dass es in Kleinunternehmen keinen Ersatz-Wirtschaftsausschuss geben kann.

133 Dazu Rieble, Mitbestimmung zwischen Legitimationslast und Modernisierungsdruck, in Rieble (Hg.), Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, ZAAR-Schriftenreihe Band 1 (2004), § 1 Rn. 43: die Mitbestimmung im Aufsichtsrat ist gegenständlich ein Unterfall der Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten.

nach Verfahrenseröffnung fortbesteht. Seine Befugnisse sind durch das Aufsichts- und Kontrollregime der InsO freilich auf »nahe Null« reduziert.

aa) *Insolvenz des herrschenden Unternehmens.* Mit der Insolvenz des herrschenden Unternehmens endet der bisherige Konzernverbund – und damit auch die »Konzernbelegschaft« als Grundlage des Mitbestimmungsstatus der Obergesellschaft. Nur wenn diese selbst mehr als 2000 oder mehr als 500 Arbeitnehmer hat, greifen das MitbestG oder das DrittelbG. Andernfalls ist das Unternehmen mitbestimmungsfrei. Handelt es sich nicht um eine Aktiengesellschaft kann der Aufsichtsrat insgesamt entfallen, weil und wenn er nur zu Mitbestimmungszwecken konstituiert ist. Wegen § 101 Abs. 1 Satz 2 InsO bleiben die Mitwirkungspflichten der (ehemaligen) Aufsichtsräte unberührt.

Der Wechsel des Mitbestimmungsstatuts ist im Statusverfahren des § 98 AktG geltend zu machen, tritt also nicht automatisch ein. Das Verfahren betrifft nicht den Verdrängungsbereich (oben I.1.b)bb)), kann also während des laufenden Insolvenzverfahrens von den nach § 98 Abs. 2 AktG Antragsberechtigten eingeleitet oder ohne Parteiwechsel fortgesetzt werden.¹³⁴ Weil der Verwalter auf die personelle Zusammensetzung der Gesellschaftsorgane keinen (unmittelbaren) Einfluss nehmen darf, kann er ein solches Verfahren ebenso wenig einleiten, wie er die gerichtliche Ersatzbestellung nach § 104 AktG beantragen darf.¹³⁵ Damit ist auch gesagt, dass die Masse für die Kosten nicht eintreten muss, § 55 Abs. 1 InsO.¹³⁶ Für die Kosten des Gerichtsverfahrens haftet also die AG mit ihrem insolvenzfremden Vermögen – soweit liquide vorhanden. Diese Kostenlast (und das Haftungsrisiko falls die Gesellschaft die Kosten nicht bestreiten kann) überwiegt unseres Erachtens die möglichen Vorteile des Statusverfahrens noch während der laufenden Insolvenz.

Für die Töchter des insolventen Unternehmens bedeutet das Ende des Konzernverbundes für die eigene Mitbestimmung nichts: Dort bleibt ein etwaiger Aufsichtsrat mit seinem Mitbestimmungsstatus unberührt. Lediglich § 32 MitbestG, der die »Über-Mitbestimmung« in der Beherrschungskaskade verhindern will, kann zurücktreten.

bb) *Insolvenz der Tochter.* Scheidet eine Tochter durch Insolvenz aus dem Konzernverbund aus (mit ihren Töchtern, also den Enkelinnen), bleibt der Konzern bestehen, verkleinert sich aber entsprechend mit seiner Konzernbelegschaft. Das wiederum kann dazu führen, dass das Mitbestimmungsniveau sinkt – von der Parität zur Drittelbeteiligung oder zur Mitbestimmungsfreiheit. Das wiederum muss im Statusverfahren des § 98 AktG vor dem Landgericht geklärt werden.

134 Vgl. LG Dortmund v. 25. 10. 2007 – 18 O 55/07, EWiR 2008, 257 (Markus Roth).

135 Vgl. zu § 104 AktG KG v. 4. 8. 2005 – 1 W 397/03, ZIP 2005, 1553 = DZWIR 2005, 477 m.Anm. Flitsch = ZInsO 2005, 991: durch die gerichtliche Bestellung werden Rechte des Insolvenzverwalters nicht berührt, weshalb der Verwalter gegen die Bestellung nicht beschwerdebefugt ist.

136 Ebenfalls für die Verfahren nach § 104 AktG Oechsler, Der Aufsichtsrat in der Insolvenz, AG 2006, 606, 611.

c) Aufsichtsratsbesetzung: Amtsverlust

Die Entkonzernierung hat für die Belegschafts-, nicht aber für die Gewerkschaftsvertreter im paritätischen Aufsichtsrat des MitbestG personelle Konsequenzen: Ihr Amt im Aufsichtsrat hängt nach § 24 Abs. 1 MitbestG von der Wählbarkeit ab – und damit nach § 7 Abs. 2 MitbestG von der Unternehmenszugehörigkeit. Diese fingiert § 5 MitbestG für die Arbeitnehmer abhängiger Tochtergesellschaften im Konzern. Entfällt mit der Konzernierung auch diese Fiktion, verlieren die Arbeitnehmer aus bisherigen Konzernunternehmen ihre Wählbarkeit zum Aufsichtsrat der Konzernmutter – und damit zugleich ihr Aufsichtsrats-Mandat.¹³⁷ Das Ersatzmitglied des § 17 MitbestG rückt nach. Fehlt ein Ersatzmitglied, bleiben nur die gerichtliche Ersatzbestellung gem. § 6 Abs. 2 Satz 1 MitbestG, § 104 Abs. 2, Abs. 4 AktG oder eine Nachwahl.¹³⁸ Dabei hat – mit Blick auf die quasi-demokratische Legitimation der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat – prinzipiell die Nachwahl Vorrang gegenüber der Ersatzbestimmung als Behelfslösung.¹³⁹ Ausnahmsweise kann es bei der Ersatzbestimmung bleiben, wenn der mit der Nachwahl verbundene Aufwand den zumutbaren Rahmen übersteigt; das gilt vor allem, wenn die regulären Wahlen zum Aufsichtsrat in Kürze anstehen.¹⁴⁰

Im DrittelbG fehlt eine vergleichbare Bestimmung, die das Amt mit der Wählbarkeit entfallen lässt. Indes fehlt es auch hier an einer ausreichenden Legitimationsgrundlage, den Arbeitnehmer einer Tochter trotz Entkonzernierung im Aufsichtsrat der Mutter zu belassen; richtiger Ansicht nach endet daher das Amt mit dem Wegfall der Voraussetzungen der Wählbarkeit¹⁴¹. Die hM läßt eine Ausnahme zu, wenn im Aufsichtsrat auch ohne den Betroffenen noch hinreichend unternehmensangehörige Arbeitnehmervertreter verbleiben, um die zwingende Vorgabe des § 4 Abs. 2 DrittelbG zu erfüllen¹⁴²; nur für die nicht zwingend unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter in größeren Aufsichtsräten iSd § 4 Abs. 2 Satz 2 DrittelbG kann es noch darauf ankommen, ob die Satzung der Gesellschaft einen Amtsverlust vorsehen darf.¹⁴³

137 Lenze, Folgen von Unternehmens- und Konzernveränderungen für die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat (2005), S. 136; MünchKomm-AktG-Gach, Bd. 2, 3. Aufl. (2008), § 24 MitbestG Rn. 6.

138 MünchKomm-AktG-Gach (Fn. 136), § 24 MitbestG Rn. 7.

139 LAG Köln v. 30. 6. 2000 – 12 (4) TaBV 11/00, NZA-RR 2001, 317; weiter Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. (2008), § 24 MitbestG Rn. 9 und ausführlich Vor § 9 MitbestG Rn. 175 ff; Ulmer/Habersack/Henssler Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. (2006), § 22 MitbestG Rn. 21. Mit beachtlichen Argumenten dagegen Meilicke/Meilicke, Mitbestimmung im Konzern, BB 1978, 406, 412.

140 LAG Köln v. 30. 6. 2000 (Fn. 138) geht von Unzumutbarkeit aus, wenn in einem Jahr regulär gewählt werden muss; ebenso Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge (Fn. 138), Vor § 9 MitbestG Rn. 177.

141 BAG v. 25. 10. 2000 – 7 ABR 18/00, EzA § 76 BetrVG Nr. 16 = AP Nr. 32 zu § 76 BetrVG m.Anm. Rombach = NZA 2001, 461; Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 138), § 12 DrittelbG Rn. 16 und ErfK-Oetker (Fn. 55), § 12 DrittelbG Rn. 11.

142 Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 138), § 12 DrittelbG Rn. 17; Henssler/Willemsen/Kalb-Seibt (Fn. 106), § 12 DrittelbG Rn. 9 m.w.N.

143 Hierzu BGH v. 21. 2. 1963 – II ZR 76/62, BGHZ 39, 116 = AP Nr. 12 zu § 76 BetrVG m.Anm. Hueck = NJW 1963, 905.

d) Fernwirkung auf Aufsichtsrats-Beschlüsse

Ausgeschiedene Aufsichtsratsmitglieder verlieren mit der Organzugehörigkeit ihre innergesellschaftliche Rechtsstellung; ihre Amtshandlungen sind unwirksam. Das bedeutet vor allem, dass die Stimmabgabe im Gremium unbeachtlich ist.¹⁴⁴ Die Grundsätze des fehlerhaften Organverhältnisses¹⁴⁵ sind ebenso wenig anwendbar wie bei nichtig gewählten Aufsichtsräten¹⁴⁶; die Lehre vom fehlerhaften Organ knüpft an die Rückabwicklungsschwierigkeiten bei unwirksam bestellten Geschäftsführungsorganen an, das gilt für den Aufsichtsrat zumindest in deutlich geringerem Maße.¹⁴⁷

Beschlüsse, die der unzutreffend besetzte Aufsichtsrat gefasst hat, sind grundsätzlich nichtig.¹⁴⁸ Die Bestandsschutzregeln der §§ 241 ff. AktG gelten nur für fehlerhafte Beschlüsse der Hauptversammlung, auf solche des Aufsichtsrats sind sie nicht entsprechend anzuwenden.¹⁴⁹ Zwar besteht ein Bedürfnis nach Rechtssicherheit nur in geringerem Maße, weil der Aufsichtsrat weitestgehend mit (internen) Kontrollaufgaben befasst ist. Gleichwohl betrifft die Aufsichtsratsstätigkeit bedeutende gesellschaftsrechtliche Entscheidungen und bedingt die mögliche Nichtigkeit der Beschlüsse des Kontrollgremiums erhebliche Rechtsunsicherheit.¹⁵⁰

Uneingeschränkt trifft das Nichtigkeitsverdict Beschlüsse, die der (ohne den Nichtberechtigten) beschlussunfähige oder unter Verstoß gegen die absolute Untergrenze des § 108 Abs. 2 Satz 3 AktG besetzte Aufsichtsrat gefasst hat.¹⁵¹ Von solchen Extremfällen abgesehen entschärft die weithin anerkannte »Relevanztheorie« die Rechtsrisiken: Stimmen Nichtberechtigte im Aufsichtsrat ab oder werden stimmberechtigte Mitglieder zu Unrecht von der Beschlussfassung ausgeschlossen, soll die Nichtigkeitsfolge davon abhängen, ob gerade diese (Nicht-)Stimme kausal für das Beschlussergebnis war.¹⁵² Das gilt auch dann, wenn eigentlich ausgeschiedene Aufsichtsräte weiter an der Organstätigkeit mitwirken.¹⁵³ Umstritten ist hingegen der umgekehrte Fall, dass ein Aufsichts-

ratsmitglied an der Ausübung seiner Amtstätigkeit gehindert wird¹⁵⁴: Unseres Erachtens ist – mit Blick auf das Behinderungsverbot des § 26 Satz 1 MitbestG – die Relevanztheorie jedenfalls dann nicht anzuwenden, wenn der zu Unrecht ausgeschlossene Aufsichtsrat der Arbeitnehmerbank angehört.

Im hier untersuchten Zusammenhang drohen unwirksame Beschlüsse vor allem in der Insolvenz der Konzernmutter. Je nachdem, wie das in concreto zur Entscheidung berufene Gericht zur Frage der Entherrschung kraft Insolvenzrechts steht, sind die Arbeitnehmer der Töchter aus dem Aufsichtsgremium auszuschließen oder müssen dort verbleiben. Hier sollten die Beteiligten vorsorgen: Sind die betroffenen Arbeitnehmervertreter bereit, ihr Amt (zumindest vorsorglich) niederzulegen, ist diese Lösung die rechtssichere. Im Streitfall empfiehlt es sich, Arbeitnehmer der Töchter weiter im Aufsichtsrat mitwirken zu lassen – um der Gefahr unwirksamer Beschlüsse zu begegnen.

Zu vernachlässigen sind die Risiken im mitbestimmten Aufsichtsrat des Restkonzerns bei Insolvenz einer Tochter: Über die Entkonzernierungsfolge besteht hier weitgehend Einigkeit (dazu I.2.c)cc)). Die angesprochenen Arbeitnehmervertreter verlieren ihr Amt und sind an künftigen Entscheidungen nicht zu beteiligen. Wird dies nicht berücksichtigt, retten Stimmübergewicht der Anteilseigner und Relevanztheorie in aller Regel die Rechtswirksamkeit der Gremiumsbeschlüsse.

4. Europäische Mitbestimmung

a) Europäischer Betriebsrat und SE-Betriebsrat

§ 1 Abs. 1 EBRG zielt auf grenzübergreifende Unterrichtung und Anhörung der Belegschaft in gemeinschaftsweit tätigen Unternehmen und Unternehmensgruppen, konzipiert den Europäischen Betriebsrat also unternehmensbezogen.¹⁵⁵

aa) *Unternehmensgruppe iSd EBRG*. Erfasst ist freilich auch die Unternehmensgruppe; hier ist ein EBR – sofern nicht in der Mitbestimmungsvereinbarung anderes verabredet wird – nur bei dem herrschenden Unternehmen zu errichten, § 7 EBRG. Für diese Herrschaftsbeziehung hebt § 6 EBRG – anders als § 18 AktG – nicht auf (tatsächlich) einheitliche Leitung ab; auf ein deutschrechtliches Konzernverhältnis kommt es nicht an.¹⁵⁶ Vielmehr ist auch der nur potentielle Konzern im EBRG Unternehmensgruppe¹⁵⁷; die Vermutungstatbestände des § 6 Abs. 2 und 3 EBRG zielen vor allem auf faktische Einflussmöglichkeiten.

154 **Gegen** die Anwendung der Relevanztheorie (und für unbedingte Nichtigkeit) in diesen Fällen etwa MünchKomm-AktG-Habersack, Bd. 2, 3. Aufl. (2008), § 108 Rn. 77; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge (Fn. 138), § 25 MitbestG Rn. 36. **Anders** OLG Stuttgart v. 15. 4. 1985 – 2 U 57/85, ZIP 1985, 539 = BB 1985, 879 = DB 1985, 1458; OLG Karlsruhe v. 13. 10. 1995 – 10 U 51/95, AG 1996, 224 = WM 1996, 161 = EWiR 1996, 581 (*Setbe*); GK-AktG-Hopt/Markus Roth (Fn. 74), § 108 Rn. 152.

155 Freilich darf nicht unbeachtet der deutsche Unternehmensbegriff zugrunde gelegt werden, hierzu *Blanke*, EBRG, 2. Aufl. (2006), § 1 Rn. 13.

156 *Blanke* (Fn. 154), § 6 EBRG Rn. 11 f.

157 *Blanke* (Fn. 154), § 6 EBRG Rn. 4; *Rieble*, SE-Mitbestimmungsvereinbarung: Verfahren, Fehlerquellen und Rechtsschutz, in *Rieble/Junker* (Hg.), Vereinbarte Mitbestimmung in der SE, ZAAR Schriftenreihe Bd. 12 (2008), § 3 Rn. 46.

144 *Macht*, Voraussetzungen und Folgen fehlerhafter Aufsichtsratsbeschlüsse am Beispiel des nicht fristgemäßen Entlastungsbeschlusses, MittBayNot 2004, 81, 85.

145 Hierzu *Carsten Schäfer*, Die Lehre vom fehlerhaften Verband (2002), S. 473 ff.

146 MünchKomm-AktG-Hüffer, Bd. 7, 2. Aufl. (2001), § 250 Rn. 19; Hüffer (Fn. 49), § 250 Rn. 16.

147 Zurückhaltend *Carsten Schäfer* (Fn. 144), S. 482.

148 Mit Nachweisen *Panetta*, Der fehlerhafte Aufsichtsratsbeschluss und seine Folgen, NJOZ 2008, 4294 f.

149 Eingehend BGH v. 17. 5. 1993 – II ZR 89/92, BGHZ 122, 342 = AP Nr. 4 zu § 25 MitbestG = NJW 1993, 2307.

150 Hierzu *Panetta* (Fn. 147), NJOZ 2008, 4294, 4295 ff. Weiter *Macht* (Fn. 143), MittBayNot 2004, 81, 88 ff – auch zur möglichen Heilung unwirksamer Beschlüsse.

151 BGH v. 24. 6. 2002 – II ZR 296/01, NJW-RR 2002, 1461 = ZIP 2002, 1619 = BB 2002, 1822; Hüffer (Fn. 49), § 108 Rn. 11.

152 Etwa Hüffer (Fn. 49), § 108 Rn. 17; Wlotzke/Wißmann/Koberski/Kleinsorge (Fn. 138), § 25 MitbestG Rn. 36; Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 138), § 25 MitbestG Rn. 39 ff.

153 *Macht* (Fn. 143), MittBayNot 2004, 81, 86.

bb) *Konzern und SE-Betriebsrat.* Der SE-Betriebsrat wird bei der SE errichtet; das bedeutet aber nicht, dass die Konzernverflechtung mit anderen Unternehmen nach Gründung der SE aus einem solchen Unternehmensverbund nicht mehr interessieren würde: Jedenfalls im SE-Betriebsrat der gesetzlichen Auffanglösung sind auch die Arbeitnehmer der Töchter der SE repräsentiert, § 23 Abs. 1 Satz 2 SEBG. Die Konzernbeziehung ist laut § 2 Abs. 3 Satz 2 SEBG nach § 6 Abs. 2 bis 4 EBRG zu bestimmen.

cc) *Ausscheiden aus der Unternehmensgruppe kraft Insolvenz.* § 6 Abs. 2 Satz 1 EBRG regelt eine widerlegliche Abhängigkeitsvermutung¹⁵⁸; ob diese Vermutung durch den Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis an einen (starken vorläufigen) Insolvenzverwalter widerlegt wird, spielt indes keine Rolle: Beherrschender Einfluss iSd § 6 Abs. 1 EBRG ist in der Insolvenz von Rechts wegen verboten – das entkräftet die Vermutung nicht, weil es nicht um Tatsachen geht, schließt aber die Rechtsfolgewirkung der Vermutung aus. Ob und wie der »Beweis des Gegenteils« iSd Art. 3 Abs. 2 der EBR-Richtlinie¹⁵⁹ verfahrensrechtlich möglich ist¹⁶⁰, ist insoweit irrelevant.

Art. 3 Abs. 5 der EBR-Richtlinie bestimmt, dass (unter anderem) der deutschrechtliche Insolvenzverwalter nicht schon kraft seines Amtes eine beherrschende Stellung innehat. Dass die Insolvenz nicht zur Entherrschung im Konzern führte, ist damit nicht gesagt, noch erlaubt die Richtlinie einen solchen Schluss.

dd) *Entkonzernierungsfolgen bei Mitbestimmungsvereinbarung oder Auffanglösung.* Die Arbeitnehmermitbestimmung im europäischen Recht – und weiter in dessen deutschrechtlicher Umsetzung – ist dispositiv: § 17 EBRG und § 21 SEBG gestatten Unternehmensleitung und Besonderem Verhandlungsgremium, in einer Mitbestimmungsvereinbarung alle Eckdaten der »europäischen Betriebsverfassung« festzulegen – von der Errichtung der Arbeitnehmervertretungsgremien über deren Besetzung bis zu den Anhörungs- oder Mitbestimmungsrechten.

In einer solchen Mitbestimmungsvereinbarung kann verabredet werden, wie sich Strukturänderungen in Unternehmen oder Unternehmensgruppe (§ 18 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 EBRG), respektive in der SE (§ 21 Abs. 1 Nr. 2 SEBG) auf die Vertretung der Arbeitnehmer auswirken. Dabei ist unseres Erachtens eine Bestimmung unwirksam, nach der Arbeitnehmer ausgeschiedener (Tochter-)Unternehmen ihr Amt in EBR oder SE-Betriebsrat behalten. Zwar erlaubt die Vereinbarungsautonomie, die Repräsentation der Belegschaft auch Nicht-Arbeitnehmern (etwa: Gewerkschaftsfunktionären) zuzuweisen.¹⁶¹ Indes zielen die europäischen Richtlinien zu EBR¹⁶² und SE-Arbeitnehmer-

beteiligung¹⁶³ auf die Interessenvertretung und Repräsentation *der Arbeitnehmer* in bestimmten Gesellschaften. Repräsentation aber verlangt Legitimation – und setzt einen gewissen Interessengleichklang voraus. Daran fehlt es bei der Beteiligung von »Konzernfremden«, die für die Belegschaft eines Arbeitgebers stehen, welcher dem Widerpart des EBR/SE-BR inzwischen weder rechtlich noch faktisch verbunden ist. Ihr Einfluss auf Entscheidungen der ehemals verbundenen Unternehmen ist nicht zu legitimieren.

Das Interessenvertretungsgebot ist mithin systemimmanente Schranke der Verhandlungsmacht des BVG: Sowenig die Mitbestimmungsvereinbarung nationale Arbeitsrechte überspielen kann¹⁶⁴, sowenig darf sie das Ziel der Arbeitnehmer-Repräsentation außer Acht lassen. In der Konsequenz darf die vereinbarte Mitbestimmung die Repräsentation bestimmter Arbeitnehmer nur durch Personen aus eben dieser Gruppe oder durch Mitglieder einer Vereinigung erlauben, die unter dem Schutz der (europäisch geprägten¹⁶⁵) Koalitionsfreiheit stehen. Andere Außenseiter einzubinden, widerspricht dem Grundgedanken betrieblicher Mitbestimmung: der Partizipation der Arbeitnehmer an Entscheidungen, die sie selbst betreffen.¹⁶⁶

Gelingt keine Einigung über die Mitbestimmungsvereinbarung, greift die gesetzliche Auffanglösung – für den EBR in §§ 21 ff EBRG geregelt, für den SE-BR in §§ 23 ff SEBG. Das Amt der bestellten EBR-Mitglieder und der gewählten Mitglieder im SE-BR endet dann regelmäßig durch Zeitablauf – kann aber jeweils auch »aus anderen Gründen« sein Ende finden, § 36 Abs. 1 Satz 1 Alt. 3 EBRG und § 23 Abs. 1 Satz 6 Alt. 3 SEBG. Zu diesen Umständen rechnet das Ausscheiden des Arbeitgeber-Unternehmens des jeweiligen Betriebsrats aus dem Konzernverbund: Laut § 22 Abs. 1 Satz 1 EBRG setzt sich der EBR in der gemeinschaftsweit operierenden Unternehmensgruppe aus Arbeitnehmern eben jener Unternehmensgruppe zusammen. Deshalb endet die Mitgliedschaft im EBR nach der Auffanglösung notwendig mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses¹⁶⁷ – nichts anderes kann gelten, wenn zwar das Arbeitsverhältnis bestehen bleibt, aber der Arbeitgeber aus der Unternehmensgruppe ausscheidet. Entsprechend ordnet § 23 Abs. 1 Satz 2 SEBG an, dass sich der SE-Betriebsrat aus Arbeitnehmern der SE oder ihrer Töchter oder Betriebe zusammensetzt. Soweit möglich rücken die – fakultativ bestellten, respektive obligatorisch gewählten – Ersatzmitglieder (§ 22 Abs. 1 Satz 2 EBRG, §§ 23 Abs. 1 Satz 3, 6 Abs. 2 Satz 3 SEBG) nach. Andernfalls wird die Nachbestellung in den EBR oder die Nachwahl in den SE-Betriebsrat erforderlich – weil § 36 Abs. 2 EBRG (ebenso § 25 SEBG für den SE-Betriebsrat) Amtskontinuität bis zur turnusmäßigen Kontrolle der EBR-Besetzung alle zwei Jahre anordnet, kann es

158 MünchKomm-AktG-Jacobs, Bd. 9/2, 2. Aufl. (2006), § 2 SEBG Rn. 10.

159 Richtlinie 2009/38/EG über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen.

160 Hierzu Lörcher, Anforderungen, Defizite und Durchsetzungsmöglichkeiten bei der Umsetzung der Euro-Betriebsräterichtlinie 94/45/EG in innerstaatliches Recht, AuR 1996, 297, 300; Blanke (Fn. 154), § 6 Rn. 9.

161 Nur der SE-BR *kraft Gesetzes* kann mit Jacobs (Fn. 157), vor §§ 23–33 SEBG Rn. 4 keine Gewerkschaftsvertreter aufweisen.

162 Fn. 158.

163 Richtlinie 2001/86/EG zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer.

164 Näher zu den immanenten Grenzen der Vereinbarungsmacht Rieble (Fn. 156), § 3 Rn. 91 ff.

165 Mit Nachweisen zur Frage der »europarechtlichen« Koalitionsfreiheit Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht (2008), § 10 Rn. 8.

166 Zum Gedanken gleichberechtigter Teilhabe als grundlegendem Zweck der deutschen Betriebsverfassung etwa GK-BetrVG-Wiese (Fn. 92), Einleitung Rn. 78 ff.

167 Blanke (Fn. 154), § 36 Rn. 2.

grundsätzlich nicht darauf ankommen, ob der Sitz nunmehr aus einem anderen Mitgliedsstaat zu besetzen wäre.

Werden hingegen die Schwellenwerte des § 3 EBRG unterschritten, muss der EBR entfallen – und zwar richtigerweise unabhängig von der Prüfung (und der Frist) des § 36 Abs. 2 EBRG¹⁶⁸. Unseres Erachtens muss zudem eine Nachbesetzung im EBR unterbleiben, wenn nach der Entkonzernierung kein deutsches Unternehmen mehr in der Unternehmensgruppe vertreten ist.

b) Vereinbarte europäische Unternehmensmitbestimmung in der SE

Auch die »europäische« Unternehmensmitbestimmung in der SE setzt auf die Verhandlungslösung; Unternehmensleitung und Arbeitnehmervertreter sollen sich über das Mitbestimmungsstatut verständigen, § 21 Abs. 3 SEBG. Entsprechendes gilt nach § 22 MgVG bei grenzüberschreitender Verschmelzung (§§ 122a ff UmwG) und für die europäische Genossenschaft (SCE) nach § 21 SCEBG, soweit nicht nach § 41 Abs. 2, Abs. 3 SCEBG nur deutsches Genossenschaftsrecht greift¹⁶⁹.

Einmal vereinbart bleibt das Mitbestimmungsstatut grundsätzlich fest; neu verhandelt werden kann nach § 18 Abs. 3 SEBG nur bei strukturellen Änderungen, die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer mindern könnten – dazu rechnet allenfalls die Konzentrierung neuer Töchter¹⁷⁰, nicht aber das Ausscheiden aktueller Töchter.

Das heißt: Auch wenn SE-Töchter aus dem Konzernverbund ausscheiden ändert sich das Niveau der Unternehmensmitbestimmung nicht. Sehr wohl aber kann sich in derartigen Fällen die Zusammensetzung des Aufsichtsrates (in der dualistisch verfassten SE; im monistischen Modell die des Verwaltungsrates¹⁷¹) ändern: Ähnlich wie das DrittelbG (bereits 3.b)bb)) kennt das SEBG keine besondere Regelung für den nachträglichen Wegfall der persönlichen Voraussetzungen der Wählbarkeit.

Gleichwohl muss auch hier das Amt erlöschen – der allgemeine Rechtsgedanke hinter § 24 MitbestG¹⁷² gilt für die Unternehmensmitbestimmung insgesamt.

Auch die Mitbestimmungsvereinbarung kann das Amt nicht fort dauern lassen, wenn die Wählbarkeit zwischenzeitlich entfallen ist. Eine solche Regelung widerspricht dem Repräsentationsgedanken und überschreitet die Grenzen der Vereinbarungsmacht (so-

eben a)dd) – die Vereinbarung ist insoweit¹⁷³ unwirksam. Dass mit den Gewerkschaftsvertretern auch Konzernfremde die Arbeitnehmerbank besetzen können, steht dem nicht entgegen: Sie sind legitimiert, da sie einer besonders geschützten Arbeitnehmer-Koalition angehören – und verlieren diese Legitimation und ihr Amt mit der Mitgliedschaft. Es kann nicht angehen, dass der ehemalige Gewerkschaftsfunktionär seinen Sitz auf der Arbeitnehmerbank des SE-Aufsichtsrates behalten dürfte, selbst wenn er auf die »Gegenseite« wechselt.¹⁷⁴ Dass die Eigner – nach allgemeiner Ansicht zum deutschen Aktienrecht, die sich auf die SE übertragen lässt – auch Arbeitnehmer der Gesellschaft auf »ihre« Sitze wählen dürfen¹⁷⁵, ist kein Gegenargument: Hier legitimiert die freie Entscheidung der Eigner die Aufsichtsratsstätigkeit – ihre Repräsentation ist nicht an den Partizipationszweck der Mitbestimmung gebunden, sondern Gegenstand privatautonomer Festlegung.

Das heißt: Was für die Unternehmensmitbestimmung kraft Gesetzes in der SE gelten muss, gilt auch im Falle der Mitbestimmungsvereinbarung. Nicht maßgeblich ist insoweit, ob die Vereinbarung keine Regelung zu den Folgen des nachträglichen Wählbarkeitsverlustes trifft, oder aber eine – unwirksame – Bestimmung zum Amtserhalt aufweist.

c) Sonderproblem: Auswirkungen auf das besondere Verhandlungsgremium im SE-Errichtungsverfahren

Ist eines der Konzernunternehmen als SE organisiert, ergeben sich zunächst keine Besonderheiten. Konsequenzen zeitigt die Entkonzernierung freilich in der Gründungsphase der SE – mit Blick auf die Unterrichtung der Arbeitnehmer nach dem SEBG.

Über die geplante Gründung einer SE sind die Arbeitnehmer in allen beteiligten Gesellschaften und den betroffenen Töchtern zu unterrichten, § 4 Abs. 2 Satz 1 SEBG. Solche Tochtergesellschaften sind nach § 2 Abs. 3 Satz 1 SEBG rechtlich selbständige Unternehmen, die unter beherrschendem Einfluss stehen. Das Herrschaftsverhältnis ist laut § 2 Abs. 3 Satz 2 SEBG nach Maßgabe des § 6 Abs. 2 bis 4 EBRG zu ermitteln – zur Entthronung kraft Insolvenz gilt das dort Gesagte (a)cc)).

aa) Fehlerfolgen im Beteiligungsverfahren. Das Problem des SE-Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens liegt darin, dass die Unterrichtung entlang aller nationalen Konzern- und vor allem Arbeitsrechte¹⁷⁶ zu erfolgen hat, und zwar typischerweise unter Kosten-

168 Engels/Müller, Regierungsentwurf eines Gesetzes über Europäische Betriebsräte, DB 1996, 981, 986; Henssler/Willemsen/Kalb-Giesen (Fn. 106), EBRG Rn. 70. Anders offenbar Blanke (Fn. 154), § 36 Rn. 7; in dieselbe Richtung für den EBR kraft Vereinbarung Däubler/Kittner/Klebe (Fn. 99), § 18 EBRG Rn. 19.

169 Die Regelung der Arbeitnehmer-Mitbestimmung in SCE und bei grenzüberschreitender Verschmelzung geht auf das Modell der SE zurück; Lutter/Hommelhoff/Oetker, SE, 2008, Vor § 1 SEBG Rn. 24 ff.

170 Strittig ist, ob sich § 18 Abs. 3 SEBG nur auf Strukturmaßnahmen mit korporativem Charakter bezieht oder auch sonstige Änderungen anspricht – etwa organisches Wachstum; näher Lutter/Hommelhoff/Oetker (Fn. 168), § 18 SEBG Rn. 16 ff.

171 Zu den beiden organisationsrechtlichen Optionen nach Art. 38 lit. b VO EWG 2157/2001 MünchKomm-AktG-Reichert/Brandes, Bd. 9/2, 2. Aufl. (2006), Art. 38 SE-VO Rn. 3 ff.

172 MünchKomm-AktG-Gach (Fn. 136), § 24 MitbestG Rn. 1.

173 Die Mitbestimmungsvereinbarung ist mit Rieble (Fn. 156), § 3 Rn. 16 ff als normativer, betriebsverfassungsrechtlicher Kollektivvertrag zu qualifizieren. Dann aber kann aus der Teilnichtigkeit grundsätzlich nicht die Gesamtnichtigkeit folgen; vielmehr bleibt die Vereinbarung im Übrigen wirksam.

174 Aktuelles Beispiel für einen solchen Fall: Transnet-Vorsitzender Hansen wird Arbeitsdirektor bei der Deutschen Bahn AG; dazu <http://www.tagesschau.de/wirtschaft/hansen16.html>; zuletzt abgerufen am 28. 7. 2009.

175 BGH v. 3. 7. 1975 – II ZR 35/73, AP Nr. 1 zu § 96 AktG = NJW 1975, 1657 = DB 1975, 1548; zustimmend MünchKomm-AktG-Habersack (Fn. 153), § 96 Rn. 31 mwN.

176 Schwierigkeiten dürften hier vor allem die unterschiedlichen Arbeitnehmer-Begriffe der Einzelrechte bereiten – und auf die kommt es nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SEBG gerade an; Rieble (Fn. 156), § 3 Rn. 49 ff.

und damit unter Zeitdruck. Das Verfahren ist mithin äußerst fehleranfällig¹⁷⁷ – und leider auch äußerst fehlersensitiv! Wie ein derart komplexes Verfahren gegen nachgerade vorprogrammierte Unstimmigkeiten abzusichern ist, zeigt modellhaft § 214 BauGB; das SE-Beteiligungsverfahren kennt keine solche Bestimmung, erlaubt vielmehr den Schluss, dass auch nur unbedeutende Fehler der Unterrichtung den Beginn der Konstituierungsfrist nach §§ 11 Abs. 1 Satz 1, 4 Abs. 2 SEBG hindern.¹⁷⁸ Damit liefe auch die Verhandlungsfrist nicht an, mit deren Ende die gesetzliche Auffanglösung greift, §§ 20, 22 Abs. 1 Nr. 2 SEBG. Überdies ist das fehlerhafte Beteiligungsverfahren Eintragungshindernis iSd Art. 12 Abs. 2 SEVO.¹⁷⁹

In dem hier untersuchten Fall der Insolvenz einer Konzerngesellschaft hängen diese Risiken von der Antwort auf die Entherrschungsfrage ab: Je nachdem, welchem Ansatz das letztlich zur Entscheidung berufene Gericht folgt, gibt es noch abhängige Unternehmen, deren Arbeitnehmer zu unterrichten sind, oder nicht. Die Leitungen der beteiligten Unternehmen spielen so oder so »va banque«, weil die rechtswidrige Nicht-Beteiligung einer abhängigen Tochter die quasi-demokratische Legitimation des Besonderen Verhandlungsgremiums nicht anders gefährdet als die rechtswidrige Beteiligung einer nicht abhängigen Tochter – verschiebt sich doch beide Male das Kräfteverhältnis der Arbeitnehmer-Repräsentanten im BVG.

bb) Ausweg Wahlanfechtung? Ob das Unterrichtungsverfahren den Vorgaben der relevanten Einzelrechte entsprach, könnte etwa im »Wahlanfechtungsverfahren« geklärt werden – mit dem Beteiligte die unrichtige Zusammensetzung des BVG rügen. Ein solches Verfahren könnte zugleich einen Ausweg für die Fehleranfälligkeit des Unterrichtungsverfahrens bieten – wenn der Wahlakt mit Ablauf einer Anfechtungsfrist *formell bestandskräftig* würde.

Den Rechtsschutz mit Blick auf die Konstituierung des BVG regelt das SEBG nicht. Sicher ist immerhin: Zuständig ist das Arbeitsgericht im Beschlussverfahren, § 2a Abs. 1 Nr. 3 lit. d ArbGG.

Darüber hinaus ist wenig geklärt. Umstritten ist schon, ob die Urwahl der Wahlfrauen und -männer im Wahlgremium des § 8 SEBG gesondert anfechtbar ist¹⁸⁰, was freilich nur im Falle einer Urwahl relevant wird. Wichtiger ist die Frage nach dem anwendbaren Recht, wobei teils für ein Anfechtungsverfahren analog § 19 BetrVG¹⁸¹ und teils für ein

Verfahren analog § 37 Abs. 2 SEBG¹⁸² plädiert wird. Letzteres ist die »SE-interne« und damit systemkonforme Lösung, die unseres Erachtens den Vorzug verdient.¹⁸³

Die fehlerhafte Zusammensetzung des BVG muss innerhalb der Anfechtungsfrist von einem Monat nach Errichtung geltend gemacht werden; hiernach tritt Bestandskraft ein. Jene heilt Fehler unterhalb der (hohen) Nichtigkeitsschwelle, schließt mithin Folgewirkungen auf Fristlauf und Eintragung aus.

Für die Leitungen heißt das: Unterrichtet wird so richtig wie nur irgend möglich, danach gilt es die Monatsfrist zu überstehen – sinnvollerweise wird zuvor eine Einigung mit den Arbeitnehmervertretern in den »kritischen« Töchtern versucht, dass diese trotz Unterrichtung keine Vertreter in das BVG entsenden. Freilich: Auch wenn in der Literatur jedenfalls im Ergebnis Einigkeit darüber herrscht, dass Fehler des Unterrichtungsverfahrens nicht auf Dauer die Verhandlungen sperren dürfen, ist keineswegs ausgemacht, dass jedes Gericht diese Rechtsansicht teilt. Vorab wird Rechtssicherheit durch eine gerichtliche Entscheidung nicht zu erlangen sein: Die abstrakte Rechtsfrage der Entherrschung kraft Insolvenzrechts ist kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis – stehen Insolvenzantrag und Unterrichtung unmittelbar bevor, verdichtet sie sich zwar zur Frage nach der Unterrichtungspflicht, wird dann aber aus Zeitgründen kaum mehr geklärt werden können.

III. Zusammenfassung

1. Die Insolvenzeröffnung über das Vermögen einer Konzerngesellschaft beendet das Herrschaftsverhältnis im Konzern von Rechts wegen. Insoweit kommt es weder auf die konzernrechtliche Situation (Vertragskonzern oder faktischer Konzern, Insolvenz der Mutter und/oder der Tochter), noch auf insolvenzrechtliche Besonderheiten (Eigenverwaltung und/oder Planverfahren) an. Ausschlaggebend ist statt dessen die insolvenzrechtliche Aufgabenzuweisung an den Verwalter, die eine Bindung an die Interessen der Gläubiger des insolventen Rechtsträgers bedingt – und zugleich die Unabhängigkeit des Verwalters gegenüber Außenstehenden gebietet.
2. Das vorinsolvenzliche Kompetenzgefüge der gesellschaftsrechtlichen Organisation wird in der Insolvenz weitestgehend verdrängt. Damit ist auch gesagt, dass gesellschaftsrechtlich vermittelter Einfluss gegenüber dem Verwalter nicht in Betracht kommt: Die Kontrolle des Insolvenzverwalters obliegt Insolvenzgericht und Gläubigerorganen, die Organe der insolventen Gesellschaft sind außen vor. Inhaltliche Vorgaben dürfen dem Verwalter nur die Gläubiger machen, die insolvente Tochtergesellschaft wird aus den Leitungsstrukturen im Konzern gelöst.
3. In der Insolvenz der Konzernmutter fehlt es an einer hinreichenden gesellschaftsrechtlichen Legitimation, die dem Verwalter erlaubte, »als Konzernspitze« zu fungieren. Freilich ergeben sich – gerade im faktischen Konzern – schwierige Abgren-

177 Rieble (Fn. 156), § 3 Rn. 32.

178 MünchKomm-AktG-Jacobs (Fn. 157), § 11 SEBG Rn. 3.

179 Verordnung 2157/2001/EG über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE).

180 Dafür MünchKomm-AktG-Jacobs (Fn. 157), § 8 SEBG Rn. 16; **ausschließlich für Inzidentkontrolle** im Rahmen einer Anfechtung der BVG-Errichtung Wißmann, Die Arbeitnehmerbeteiligung der »deutschen« SE vor Gericht, FS Richardi (2006), S. 841, 846.

181 Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft – SE (2005) § 8 SEBG Rn. 58; *Blanke* (Fn. 154), § 11 Rn. 21 und *Müller*, EBRG (1997), § 11 Rn. 13.

182 MünchKomm-AktG-Jacobs (Fn. 157), § 8 SEBG Rn. 16 und § 10 Rn. 6; *Wißmann* (Fn. 179), S. 841, 847 und *Grobys*, SE-Betriebsrat und Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft, NZA 2005, 84, 87.

183 Bereits *Rieble* (Fn. 156), § 3 Rn. 59.

- zungsfragen zwischen verbotener Konzernführung und erlaubter Verwaltung und Verwertung der Muttergesellschaft.
4. Der Erhalt der Konzernherrschaft im Insolvenzverfahren ist ausgeschlossen. Ein rechtsträgerübergreifendes Konzerninsolvenzverfahren kennt das deutsche Gesamtvollstreckungsrecht nicht; dieses Defizit lässt sich über die faktische Koordination rechtlich unabhängiger Verfahren nicht egalisieren. Das befördert nicht zwingend die bestmögliche Gläubigerbefriedigung und wirkt in manchen Verfahren kontraproduktiv.
 5. Insolvenzplan und Eigenverwaltung können in der Insolvenz konzernangehöriger Gesellschaften eine wichtige Rolle spielen. Freilich ändern auch diese verfahrensrechtlichen Besonderheiten nichts an der rechtsträgerbezogenen Sichtweise des Insolvenzrechts, erlauben weder den Zugriff auf die Rechte Außenstehender, noch deren bestimmenden Einfluss auf insolvente Gesellschaften.
 6. Das geltende Recht hindert den Zugriff des Konzernbetriebsrats auf die Insolvenzmasse, häufig bedingt die Verfahrenseröffnung (und die hiermit verbundene Konzernherrschaft von Rechts wegen) sogar unmittelbar das Ende des Gremiums. Konzernbetriebsvereinbarungen gelten jedenfalls nicht mehr als solche und unterliegen gegebenenfalls dem Sonderkündigungsrecht des § 120 InsO.
 7. Dass der Aufsichtsrat durch das Insolvenzrecht beinahe vollständig beiseite geschoben wird, entwertet die Unternehmensmitbestimmung. Einen gewissen Ausgleich schafft die Arbeitnehmerbeteiligung im Insolvenzverfahren, die unternehmensmitbestimmungsrechtliche Züge aufweist. Die Konzernherrschaft kraft Insolvenzrechts kann weitere Folgen für die Unternehmensmitbestimmung haben: Mit Blick auf das Mitbestimmungsstatut, aber auch mit Blick auf das Amt der unternehmensangehörigen Aufsichtsrats-Mitglieder der Arbeitnehmerseite. Scheidet ihr Arbeitgeber insolvenzbedingt aus dem Konzern aus, büßen diese auch die Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat der Konzernmutter ein. Wird das verkannt, drohen Fernwirkungen für die Beschlüsse des Gremiums.
 8. Auch mit Blick auf EBR und SE-BR kann die Konzernherrschaft eine Rolle spielen. Weil die vereinbarte »europäische« Mitbestimmung systemimmanent durch den Repräsentationszweck begrenzt wird, verlieren nunmehr konzernfremde Gremiumsmitglieder ihr Amt, ohne dass die Mitbestimmungsvereinbarung wirksam Gegenteiliges bestimmen könnte. Für die unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter im Aufsichts-/Verwaltungsrat der SE gilt Entsprechendes.
 9. Bislang kaum erfasst sind die erheblichen Rechts- und Kostenrisiken, die sich aus der Konzernherrschaft kraft Insolvenzrechts in der Gründungsphase einer SE ergeben können. Dies gilt umso mehr, als in dem Arbeitnehmer-Beteiligungsverfahren keine Fehlerfolgen-Regelung enthalten ist – und der Ausweg über die Bestandskraft analog § 37 Abs. 2 SEBG (noch) nicht rechtlich abgesichert ist.