

Mitbestimmungsrecht

Kommentar

Bearbeitet von

Prof. Karl Fitting, Prof. Dr. Otfried Wlotzke, Prof. Dr. Hellmut Wißmann, Prof. Dr. Claudia Schubert, Georg Kleinsorge

5. Auflage 2017. Buch. Rund 1300 S. In Leinen

ISBN 978 3 8006 5261 7

Format (B x L): 14,1 x 22,4 cm

[Recht > Arbeitsrecht > Betriebsverfassung, Mitbestimmung, Personalvertretung](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

sellschaft & Co KG sei die Zurechnung in § 4 Abs. 1 abschließend geregelt, eine Anwendung von § 5 auf solche Unternehmensverbindungen scheidet daher aus (*Beinert/Henkerkes/Binz* DB 1979, 68 ff.; *Hölters RdA* 1979, 335, 338; *Joost ZGR* 1998, 334, 346 f.; wohl auch *HLW* § 5 Rn. 62). Hieraus wird auch für Kapitalgesellschaften & Co KG, welche – weil die von § 4 Abs. 1 S. 1 geforderte „doppelte Mehrheit“ (§ 4 Rn. 11 ff.) nicht besteht, oder weil die Komplementärin einen eigenen Geschäftsbetrieb mit mehr als 500 ArbN hat (→ § 4 Rn. 20 f.) – die Voraussetzungen für die Anwendung des § 4 nicht erfüllen, die Nichtanwendbarkeit des § 5 Abs. 1 S. 1 gefolgt.

Die These von einer Spezialität des § 4 überzeugt nicht. Daher kommt nach jetzt hM 50 die **Zurechnung der ArbN einer KG zu deren Komplementär-Kapitalgesellschaft** durchaus auch nach § 5 Abs. 1 S. 1 auf der Grundlage eines **Konzernverhältnisses** in Betracht (*Brügel/Tillkorn* GmbHHR 2013, 459, 462 f.; *KMS* Rn. 150; *MüKoGmbHG/Liebscher* § 13 Anh. Rn. 1393 Fn. 2062; *KKAktG/Mertens/Cahn* MitbestG § 5 Rn. 36; *ErfK/Oetker* MitbestG § 5 Rn. 4; *RVJ/Raiser* MitbestG § 5 Rn. 20 f.; *GK-MitbestG/Schneider* § 5 Rn. 62 ff.; *HWK/Seibt* § 4 MitbestG Rn. 8; *Sigle* FS Peltzer 2001 S. 539, 550; *UHH/Ulmer/Habersack* § 5 Rn. 9; vgl. allg. zur Möglichkeit eines Konzernverhältnisses zwischen Komplementärin und KG BAG 1.8.1995 – 9 AZR 378/94, NZA 1996, 311, 313). Beide Vorschriften verfolgen **denselben Zweck**, denn sie sollen den ArbN von Unternehmen, die mit anderen Unternehmen zu einer wirtschaftlichen Einheit verbunden sind, eine Beteiligung an der Mitbestimmung in dem Unternehmen ermöglichen, dessen Organe die für diese wirtschaftliche Einheit maßgeblichen Entscheidungen treffen. Dabei unterscheiden sich § 4 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 nicht hinsichtlich der Rechtsfolge, sondern nur hinsichtlich der Zurechnungsvoraussetzungen, indem sie zwei unterschiedliche Formen wirtschaftlicher Verflechtung erfassen und einander damit ergänzen. Da beide Normen in gleicher Weise die Zurechnung der ArbN zur Kapitalgesellschaft vorschreiben, können sich keine Konkurrenzprobleme ergeben, welche zB durch Spezialitätsregeln aufzulösen wären. Auch wird durch das hier vertretene Verständnis § 4 keineswegs, wie gelegentlich befürchtet, funktionslos: Zum einen wird nicht jede von § 4 erfasste Kapitalgesellschaft & Co KG einen Unterordnungskonzern bilden, und zum anderen gilt die Sicherung der Geschäftsführung nach § 4 Abs. 2 nur in den von dieser Vorschrift erfassten KG. Es gibt also keinen hinreichenden Anhaltspunkt dafür, dass § 5 entgegen seinem Wortlaut auf eine Kapitalgesellschaft & Co KG, in der zwischen der Kapitalgesellschaft und der KG ein Konzernverhältnis besteht, nicht anzuwenden wäre.

Demnach sind in einer Kapitalgesellschaft & Co KG, die nicht die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 erfüllt, die ArbN der KG nach § 5 der Komplementär-Kapitalgesellschaft zuzurechnen, wenn die **KG ein abhängiges Konzernunternehmen der Kapitalgesellschaft** ist. Ob ein Konzernverhältnis vorliegt, richtet sich nach den allg. für § 5 Abs. 1 gültigen Maßstäben. Daher ist es auch nicht erforderlich, dass sich die Komplementärin über ihre Rolle in der KG hinaus durch **Führung eines eigenen Geschäftsbetriebs** unternehmerisch betätigt (→ Rn. 16; *MüKoAktG/Gach* MitbestG § 5 Rn. 29; *KKAktG/Mertens/Cahn* MitbestG § 5 Rn. 37; *ErfK/Oetker* MitbestG § 5 Rn. 4; *RVJ/Raiser* MitbestG § 5 Rn. 20 f.; *UHH/Ulmer/Habersack* MitbestG § 5 Rn. 9; aA OLG Bremen 30.4.1980 – 1 W 3/80 (c), DB 1980; 1332, 1334 f.; OLG Celle 7.5.2014 – 23 O 30/13, AG 2015, 205 Rn. 4; 30.8.1979 – 9 Wx 8/78, BB 1979, 1577 f.; *Hasselbach/Ebbinghaus* DB 2015, 1269, 1274; *MüKoGmbHG/Liebscher* § 13 Anh. Rn. 1393 Fn. 2062; *Sigle* FS Peltzer 2001 S. 539, 550). Eine die Voraussetzungen des § 5 erfüllende einheitliche Leitung kann aber dadurch ausgeschlossen sein, dass den Kommanditisten in der Satzung Widerspruchsrechte nach § 164 HGB zugebilligt werden (*UHH/Ulmer/Habersack* MitbestG § 5 Rn. 9). Besteht ein solches Konzernverhältnis, was vielfach der Fall sein dürfte, und erfüllt die Kapitalgesellschaft & Co KG außerdem die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1, so ergibt sich die Zurechnung der ArbN der KG zur Komplementär-Kapitalgesellschaft in gleicher Weise sowohl aus § 4 als auch aus § 5.

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

- 52 Ist eine AG, GmbH, KGaA oder Genossenschaft herrschendes Unternehmen eines Konzerns, so **fingiert** Abs. 1 S. 1, dass die ArbN der Konzernunternehmen **ArbN des herrschenden Unternehmens** sind. Diese Fiktion gilt, wie die Norm ausdrücklich bestimmt, für die Anwendung des MitbestG auf das herrschende Unternehmen. Sie hat daher nicht etwa zur Folge, dass die abhängigen Konzernunternehmen für die Anwendung des MitbestG nun als arbeitnehmerlos zu gelten hätten und bei ihnen deshalb die Bildung eines AR nach diesem Gesetz nicht in Betracht kommen könnte (→ Rn. 75). Vielmehr erhalten die ArbN durch die Zurechnung zum herrschenden Konzernunternehmen für die Anwendung des MitbestG eine **zusätzliche Unternehmenszugehörigkeit** und behalten diejenige zu ihrem Stammunternehmen, in dem sie daher je nach Rechtsform und Größe ebenfalls ein Mitbestimmungsrecht nach dem MitbestG haben können. Es kommt nicht darauf an, wie viele ArbN das herrschende Unternehmen selbst hat (→ Rn. 16). Auf Grund der Zurechnung der ArbN von Tochterunternehmen kann also ein herrschendes Unternehmen auch dann vom MitbestG erfasst werden, wenn es selbst nicht mehr als 2.000 – oder sogar keine – ArbN hat. Entscheidende Voraussetzung ist insoweit nur, dass das herrschende Unternehmen nach § 1 mitbestimmungsfähig ist (→ Rn. 17). Die Fiktion des Abs. 1 S. 1 erfasst die ArbN **aller Konzernunternehmen**. Es ist unerheblich, in welcher **Rechtsform** die einzelnen abhängigen Unternehmen geführt werden (→ Rn. 19ff.); zur Zurechnung von ArbN eines **ausländischen** abhängigen Konzernunternehmens → Rn. 22f. Die Fiktion unterscheidet auch nicht danach, auf welcher Ebene ein abhängiges Unternehmen in einem **mehrstufigen Konzern** steht. Erfasst werden also auch die auf den unteren Stufen der Konzernhierarchie angesiedelten (Enkel-, Urenkel- usw.) Unternehmen (→ Rn. 18).
- 53 Die Wirkung der Fiktion des Abs. 1 S. 1 ist nicht auf die Fälle beschränkt, in denen sich die Anwendung des MitbestG unmittelbar aus den Vorschriften dieses Gesetzes ergibt. Sie erfasst vielmehr auch die Fälle, in denen das MitbestG nach dem Wegfall von Anwendungsvoraussetzungen nur auf der Grundlage von § 325 Abs. 1 UmwG oder von § 1 S. 1 MitbestBeiG anzuwenden ist. In beiden **Beibehaltungsvorschriften** wird nämlich auch die weitere Anwendung von MitbestG § 5 angeordnet (→ § 1 Rn. 89, 98f.). Sinkt zB auf Grund einer unter § 325 Abs. 1 UmwG fallenden Spaltung die Gesamtzahl der ArbN eines unter dem MitbestG unterliegenden Konzerns unter die Schwelle von 2.000 ArbN, so bleibt die Konzernspitze auch dann mitbestimmt, wenn die Konzernobergesellschaft nur auf Grund der Zurechnung von ArbN anderer Konzernunternehmen nach § 5 MitbestG noch die für die Beibehaltung maßgebliche Mindestzahl von idR mehr als 500 ArbN erreicht. Entsprechendes gilt für die vom MitbestBeiG erfassten Fälle (UHH/*Ulmer/Habersack* § 5 Rn. 33a).
- 54 Abs. 1 S. 2 erstreckt die Fiktion des Abs. 1 S. 1 auch auf die Komplementär-Kapitalgesellschaft einer **Kapitalgesellschaft & Co KG**, die **abhängiges Konzernunternehmen** eines außenstehenden Unternehmens (nicht der Komplementär-Kapitalgesellschaft) ist. Danach werden dem herrschenden Konzernunternehmen nach Abs. 1 S. 2 die ArbN nicht nur der KG, sondern auch der Komplementär-Kapitalgesellschaft zugerechnet (**Abb. 9**). Das gilt unabhängig davon, ob die Komplementärin selbst von diesem herrschenden Unternehmen konzernabhängig ist (UHH/*Ulmer/Habersack* § 5 Rn. 34). Die Norm hat hinsichtlich der ArbN der KG und, soweit (wie meist) auch die Komplementärin abhängiges Konzernunternehmen ist, nur klarstellende Funktion. Nicht erforderlich ist nach ihrem Wortlaut, dass die KG mit ihrer Komplementär-Kapitalgesellschaft in der in § 4 Abs. 1 bezeichneten Weise (→ § 4 Rn. 9ff.) verflochten ist (KKAktG/*Mertens/Cahn* MitbestG § 5 Rn. 31; ErfK/*Oetker* MitbestG § 5 Rn. 7; RVJ/*Raiser* MitbestG § 5 Rn. 34; UHH/*Ulmer/Habersack* § 5 Rn. 34). Zur Vermeidung von

Konzern

Herrschendes Unternehmen
(mitbestimmungsfähig)

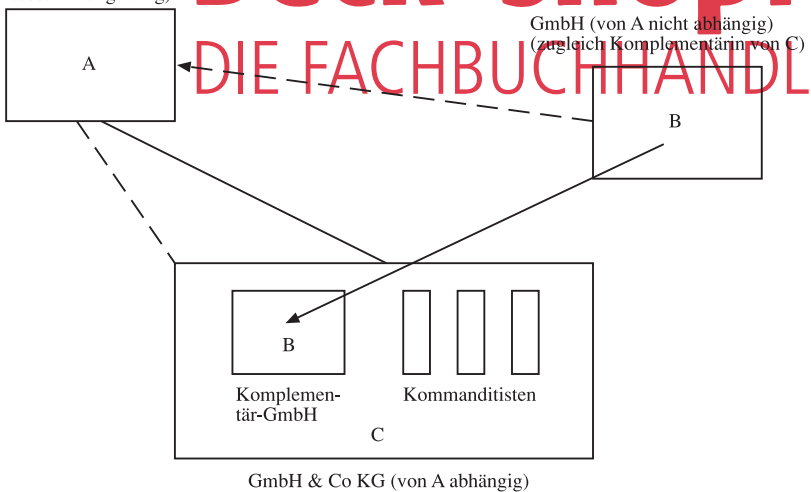


Abb. 9: Konzern nach § 5 Abs. 1 S. 2. Zwischen A und C besteht ein Konzernverhältnis (dünne Linie). B ist Komplementärin von C (fette Linie). Die ArbN von B C werden A zugerechnet (gestrichelte Linien).

Doppelzählungen dürfen bei der Zurechnung nach Abs. 1 S. 2 die ArbN der KG, die der Kapitalgesellschaft bereits nach § 4 Abs. 1 zugerechnet worden sind, nicht als ArbN der Komplementärin berücksichtigt werden. Diese ArbN werden, da die KG Konzern-tochter ist, dem herrschenden Unternehmen bereits nach Abs. 1 S. 1 zugerechnet.

Auf Grund der Fiktionen des Abs. 1 S. 1 und 2 **zählen** die ArbN der betroffenen Konzernunternehmen beim herrschenden Konzernunternehmen mit, soweit es auf dessen ArbN-Zahl nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 für die Anwendung des MitbestG und nach § 7 Abs. 1 S. 1 für die Größe des AR ankommt. Weitere Folge der Fiktionen ist, dass die betreffenden ArbN zum AR des herrschenden Unternehmens auch **mitwählen**. Sie haben insoweit die **gleichen Rechte und Pflichten wie die ArbN des herrschenden Unternehmens**. Sie sind also zum AR des herrschenden Unternehmens in gleicher Weise wie dessen eigene ArbN aktiv wahlberechtigt und wählbar. Soweit es im Wahlverfahren auf bestimmte Größenmerkmale ankommt (zB § 9 Abs. 1 und 2), werden die ArbN aller Konzernunternehmen zusammengezählt. Immer, wenn das Gesetz von den ArbN „des Unternehmens“ spricht (zB § 7 Abs. 2, § 9 Abs. 3, § 15, § 18 S. 1, §§ 22, 23), sind auch die ArbN gemeint, die auf Grund der Zurechnung nach § 5 (oder nach § 4 Abs. 1) als ArbN dieses Unternehmens gelten. Die Fiktion erstreckt sich auch auf Normen anderer Gesetze (zB § 98 Abs. 2 AktG), die auf das MitbestG Bezug nehmen. Im Einzelnen gilt für die Zurechnung dasselbe wie für die Zurechnung nach § 4 (vgl. → § 4 Rn. 23f.). Zur Sitzverteilung im AR des herrschenden Unternehmens vgl. → § 7 Rn. 41ff. Schließlich haben die ArbN, deren Zugehörigkeit zum herrschenden Unternehmen fingiert wird, in Bezug auf die Mitbestimmung in diesem Unternehmen auch alle sonstigen Rechte, die dessen ArbN zustehen, zB Antragsrechte nach § 98 Abs. 2 und § 104 Abs. 1 AktG.

Besteht ein **Konzern innerhalb eines Konzerns** (→ Rn. 36ff. und **Abb. 7**), so werden die ArbN der Tochterunternehmen des Teilkonzerns sowohl dem herrschenden Unternehmen des Teilkonzerns als auch dem herrschenden Unternehmen des Gesamtkonzerns zugerechnet.

Beispiel:

AG 1 ist herrschendes Unternehmen des Gesamtkonzerns. AG 2 ist von ihr abhängig und zugleich herrschendes Unternehmen eines Teilkonzerns, der aus den Unternehmen 4 und 5 besteht. Die ArbN der Unternehmen 4 und 5 werden der AG 2 zugerechnet. Außerdem werden die ArbN der AG 2 und der Unternehmen 4 und 5 der AG 1 zugerechnet. Auf diese Weise werden die ArbN der Unternehmen 4 und 5 an der Mitbestimmung auf den beiden Konzernebenen beteiligt, auf denen die für diese Unternehmen maßgeblichen Entscheidungen getroffen werden.

- 57 In entsprechender Weise werden die ArbN von **Gemeinschaftsunternehmen**, falls ein mehrfaches Konzernverhältnis vorliegt (→ Rn. 43ff.), jedem der Mutterunternehmen zugerechnet. Das geschieht jeweils **mit der vollen Zahl** (jetzt allgM, zB LAG Hamm 17.8.1977 – 3 TABV 46/77, DB 1977, 2052; MüKoAktG/*Gach* MitbestG § 5 Rn. 28; KKActG/*Mertens/Cahn* MitbestG § 5 Rn. 35; ErfK/*Oetker* MitbestG § 5 Rn. 13; iE ebenso, wenn auch mit rechtspolitischer Kritik RVJ/*Raiser* MitbestG § 5 Rn. 27; UHH/*Ulmer/Habersack* § 5 Rn. 54 mwN), nicht etwa nur entsprechend der Höhe des Kapitalanteils des jeweils herrschenden Unternehmens am Gemeinschaftsunternehmen (so aber noch *Säcker* Rn. 195ff. hinsichtlich der für die Anwendung des MitbestG nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 und für die Größe des AR nach § 7 Abs. 1 S. 1 maßgeblichen ArbN-Zahlen). Das bedeutet auch, dass die ArbN des Gemeinschaftsunternehmens in jedem Mutterunternehmen **mit vollem Stimmrecht** an der Wahl der AR-Mitglieder der ArbN teilnehmen (allgM, s. o.; insoweit auch *Säcker* Rn. 192f.; ebenso für die Entscheidungsrechte des GBR des Gemeinschaftsunternehmens bei der Errichtung der KBR der Mutterunternehmen BAG 30.10.1986 – 6 ABR 19/85, AP BetrVG 1972 § 55 Nr. 1). Durch das volle Wahlrecht sind die ArbN von Gemeinschaftsunternehmen gegenüber den ArbN „gewöhnlicher“ Konzerntochterunternehmen scheinbar privilegiert, denn sie können ihren Mitbestimmungseinfluss auf die gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen ausgeübte Konzernleitungsmacht an mehreren Stellen (dh in beiden Mutterunternehmen) voll geltend machen. Damit folgt die Legitimation des Mitbestimmungseinflusses aber nur der Organisation der in zwei (oder gar mehr) Spitzen angesiedelten Konzernherrschaft. In ähnlicher Weise wie beim Konzern im Konzern entspricht hier der Aufteilung der Konzernleitungsmacht auf zwei Unternehmen eine mehrfache Beteiligung der ArbN des Gemeinschaftsunternehmens an der Mitbestimmung. Das „Mehrfachwahlrecht“ der ArbN (zum AR jeder Obergesellschaft) bedeutet keine Addition des Einflusses der ArbN. Dieser Einfluss wird in der einen Gesellschaft nicht dadurch stärker, dass die ArbN auch in der anderen Gesellschaft beteiligt sind. Vielmehr wären die ArbN des Gemeinschaftsunternehmens bei nur anteilmäßiger Berücksichtigung in der Zurechnung zu beiden Obergesellschaften unterrepräsentiert (*Klinkhammer* S. 102; *Säcker* Rn. 192; GK-MitbestG/*Schneider* § 5 Rn. 95).

4. Die Zurechnung der Arbeitnehmer zur Komplementär-Kapitalgesellschaft einer herrschenden Kapitalgesellschaft & Co KG (Abs. 2)

- 58 Abs. 2 regelt die Zurechnung der ArbN abhängiger Konzernunternehmen für den Fall, dass eine **Kapitalgesellschaft & Co KG herrschendes Konzernunternehmen** ist (**Abb. 10**). Die Vorschrift erfordert ausdrücklich, dass bei dieser KG die in § 4 Abs. 1 genannten Voraussetzungen erfüllt sind und ihre ArbN daher für die Anwendung des MitbestG als ArbN der Komplementär-Kapitalgesellschaft gelten (Abs. 2 S. 1). Die Zurechnung der ArbN erfolgt im Unterschied zu der in Abs. 1 enthaltenen Regelung nicht zu dem herrschenden Unternehmen des Konzerns, denn dieses ist als KG ja nicht mitbestimmungsfähig. Abs. 2 schreibt vielmehr nach dem Vorbild des § 4 Abs. 1 die Zurechnung zur Komplementär-Kapitalgesellschaft dieser KG vor. Ist § 4 Abs. 1 auf eine **Kapitalgesellschaft & Co OHG** entsprechend anzuwenden (→ § 4 Rn. 33), so ist auch eine analoge Anwendung von § 5 Abs. 2 nur folgerichtig, wenn die OHG herr-

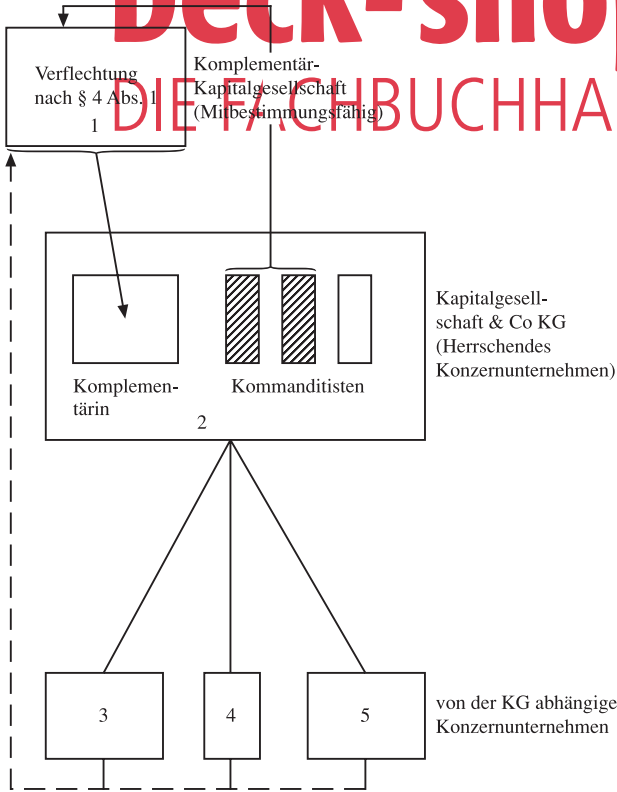


Abb. 10: Konzern nach § 5 Abs. 2. Unternehmen 1 ist Komplementärin der KG 2 (fette Linie). Die ArbN der von der KG abhängigen Unternehmen 3–5 werden der Komplementärin 1 zugerechnet – ebenso die ArbN der KG (gestrichelte Linien).

sches Unternehmen eines Konzerns ist. Gleiches gilt im Fall der entsprechenden Anwendung von § 4 Abs. 1 auf eine **Kapitalgesellschaft & Co KGaA** (→ § 4 Rn. 34; ebenso UHH/*Ulmer/Habersack* § 5 Rn. 62), obwohl die KGaA anders als die KG zu den nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 mitbestimmungsfähigen Rechtsformen zählt. Bei einer KGaA stützt sich die Analogie darauf, dass die auf dem ursprünglich ausschließlichen personalistischen Charakter der KGaA beruhende Ausnahme von der Personalkompetenz des AR (§ 31 Abs. 1 S. 2) in der hier betroffenen kapitalistischen KGaA keine Rechtfertigung hat. Im Einzelnen gilt für die **Zurechnung der ArbN** in den von Abs. 2 erfassten Fällen dasselbe wie in den unter Abs. 1 fallenden Konzernen (→ Rn. 52 ff.). Erfüllt die KG nicht die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1, so unterfällt die Komplementär-Kapitalgesellschaft nicht dem MitbestG, es sei denn, es liegt ein Konzernverhältnis zwischen ihr und der KG vor (→ Rn. 49 ff.).

Die Zurechnung zur Komplementär-Kapitalgesellschaft erfolgt auch, wenn neben ihr noch eine oder mehrere **natürliche Personen** persönlich haftende Gesellschafter sind (vgl. → § 4 Rn. 27). Sind **mehrere Kapitalgesellschaften** nebeneinander persönlich haftende Gesellschafter, so erfolgt die Zurechnung zu allen Komplementärgesellschaften, welche die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 erfüllen (→ § 4 Rn. 28; UHH/*Ulmer/Habersack* § 5 Rn. 62). Ist eine Kapitalgesellschaft in der in § 4 Abs. 1 beschriebenen Weise **Komplementärin mehrerer KG**, die ihrerseits herrschende Unternehmen

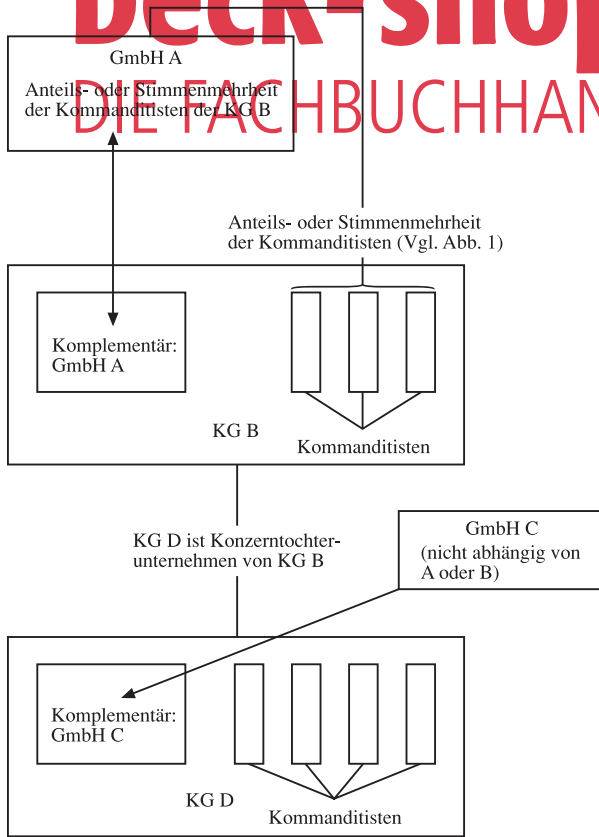


Abb. 11: Konzern nach § 5 Abs. 2 S. 2 iV mit Abs. 1 S. 2. Die GmbH A ist Komplementärin der KG B (fette Linie – Kapitalverflechtung nach § 4 Abs. 1 S. 1). KG B ist herrschendes Konzernunternehmen von KG D (dünne Linie), deren Komplementärin die konzernfreie GmbH C ist (fette Linie). An der Wahl der Ar-Mitglieder der ArbN des AR von A nehmen die ArbN von A, B, C und D teil.

von Konzernen sind, so werden ihr die ArbN sämtlicher von diesen KG beherrschten Konzernunternehmen zugerechnet (vgl. → § 4 Rn. 29).

- 60 Beherrscht eine Kapitalgesellschaft & Co. KG, die die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 S. 1 erfüllt, ein **abhängiges Konzernunternehmen** in der Rechtsform der **Kapitalgesellschaft & Co. KG**, dessen Komplementär-Kapitalgesellschaft ihrerseits nicht von dem herrschenden Unternehmen abhängig ist, so werden auf Grund der in Abs. 2 S. 2 enthaltenen Verweisung auf Abs. 1 S. 2 neben den ArbN der abhängigen KG auch die ArbN der konzernfreien Komplementär-Kapitalgesellschaft für die Anwendung des MitbestG der Komplementär-Kapitalgesellschaft der herrschenden KG zugerechnet (s. auch → Rn. 54). Dabei kommt es nicht darauf an, ob auch bei der abhängigen KG die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 S. 1 vorliegen (**Abb. 11**; wie hier UHH/Ulmer/Habersack § 5 Rn. 63). Wegen des seltenen Falles, dass zwar die Komplementärin einer KG konzernabhängig ist, nicht jedoch die KG selbst, s. → § 4 Rn. 26.
- 61 Abs. 2 S. 2 stellt durch die Verweisung auf § 4 Abs. 2 sicher, dass die Komplementär-Kapitalgesellschaft der herrschenden Kapitalgesellschaft & Co. KG nicht von der Ge-

schäftsführung der herrschenden KG ausgeschlossen werden darf (dazu im einzelnen → § 4 Rn. 35ff.). Auf diese Weise wird die Geschäftsführungsbefugnis auch solcher Komplementär-Kapitalgesellschaften gesichert, die von § 4 Abs. 2 nicht unmittelbar erfasst werden, weil sie – zusammen mit der herrschenden Kapitalgesellschaft & Co KG – nicht mehr als 2.000 ArbN haben.

5. Die Zurechnung der Arbeitnehmer zu einer fingierten Teilkonzernspitze (Abs. 3)

Abs. 3 enthält für den Fall, dass das herrschende Unternehmen eines Konzerns einer Anwendung des MitbestG nach § 1 nicht zugänglich ist, eine **Ersatzlösung**: Die ArbN der abhängigen Konzernunternehmen sollen einen Mitbestimmungseinfluss wenigstens auf der höchsten mitbestimmungsfähigen Ebene im Konzern erhalten. Dabei wird in Kauf genommen, dass dieser Einfluss geringer ist als bei der Zurechnung nach Abs. 1 oder 2, weil er die nicht mitbestimmungsfähige Konzernobergesellschaft und damit das Entscheidungszentrum nicht erreichen kann. Zu dem genannten Zweck fingiert Abs. 3, dass die der Konzernspitze „am nächsten stehenden“ abhängigen Unternehmen, über welche das herrschende Unternehmen seine Leitungsmacht gegenüber nachgeordneten Unternehmen ausübt, für die Anwendung des Gesetzes das herrschende Unternehmen gelten. Diese **Fiktion eines Konzernverhältnisses** verbindet jeweils ein mitbestimmungsfähiges Tochterunternehmen der mitbestimmungsfreien Konzernspitze mit seinen in der Konzernhierarchie nachgeordneten Unternehmen. Daher können in einem Konzern, der von einem nicht dem MitbestG unterliegenden Unternehmen geleitet wird, je nach der Organisation im Einzelfall mehrere von Abs. 3 fingierte Teilkonzernspitzen bestehen (→ Rn. 71, **Abb. 12**). Dieses Surrogat einer echten Konzernmitbestimmung hat die Schwäche, dass es die Mitbestimmung der ArbN erst unterhalb der Ebene einsetzen lässt, auf der die Leitungsmacht originär ausgeübt wird. Überdies führt die Regelung zu unterschiedlichen Mitbestimmungsstrukturen innerhalb der Konzerne. Auch wird befürchtet, dass sie verhältnismäßig leicht zB dadurch umgangen werden kann, dass die Konzernmutter die Leitungsmacht gegenüber sämtlichen abhängigen Unternehmen unmittelbar ausübt (RVJ/*Raiser* MitbestG § 5 Rn. 37). Allerdings werden Umgehungskonstruktionen zB bei multinationalen Unternehmen oder bei Mischkonzernen häufig auf Schwierigkeiten stoßen, die sich aus organisatorischen und unternehmenspolitischen Notwendigkeiten ergeben. Wegen der beschriebenen Schwächen des Abs. 3 werden für die dort geregelten Konstellationen **Vereinbarungslösungen** erörtert (bes. RVJ/*Raiser* MitbestG § 5 Rn. 47). Diese können rechtspolitisch wünschenswert sein (→ Vorb. Rn. 73ff., 82). Es besteht aber Einigkeit, dass nach geltendem Recht Abs. 3 als **zwingende Norm** nicht durch eine Vereinbarung ersetzt werden kann (RVJ/*Raiser* MitbestG § 5 Rn. 47; UHH/*Ulmer/Habersack* § 5 Rn. 76). Im Rahmen des für die Verfassung der jeweiligen mitbestimmungsfreien Konzernspitze maßgeblichen Rechts können allerdings für eine dort ansetzende ArbN-Beteiligung ergänzende Vereinbarungen in Betracht kommen (vgl. → § 1 Rn. 4ff.; KMS Rn. 262). Ein Anspruch auf Abschluss solcher Vereinbarungen besteht freilich nicht.

Die **Rechtsform** der Konzernspitze wird für die Anwendung von Abs. 3 negativ definiert: Die Zurechnung der ArbN zu einer fingierten Teilkonzernspitze schreibt Abs. 3 ausdrücklich für den Fall vor, dass das **herrschende Unternehmen nicht von Abs. 1 oder 2 erfasst** wird, eine Zurechnung nach Abs. 1 oder Abs. 2 zur Konzernspitze (oder zu einer „echten“ Teilkonzernspitze, → Rn. 37) also nicht möglich ist. Diese Voraussetzung liegt dann vor, wenn die Konzernspitze weder als AG, KGaA, GmbH, oder Genossenschaft noch als Kapitalgesellschaft & Co KG iSd § 4 Abs. 1 verfasst ist. Unter Abs. 3 fallen damit Konzerne, an deren Spitze zB ein Einzelkaufmann (BayObLG 6.3.2002 – 3 Z BR 343/00, NZA 2002, 691, 694; OLG Frankfurt a. M. 21.4.2008 – 20 W 8/07, ZIP 2008, 880, 881; aA *Seibt* ZIP 2008, 1301, 1307), eine nicht von § 4 Abs. 1 erfasste Personengesellschaft, eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, eine Stif-

tion, ein unter das DrittelbG fallender VVaG (UHH/*Ulmer/Habersack* § 5 Rn. 66), eine Gebietskörperschaft oder ein öffentlich-rechtlich verfasstes Unternehmen (zur Möglichkeit einer öffentlich-rechtlich organisierten Konzernspitze BGH 17. 3. 1997 – II ZB 3/96, NJW 1997, 1855, 1856; BAG 27. 10. 2010, 7 ABR 85/09, NZA 2011, 524 ff.; OLG Düsseldorf 4. 7. 2013 – I-26 W 13/08, ZIP 2014, 517, 522) oder ein Unternehmen mit ausländischem Satzungssitz (zB KG 21. 12. 2015 – 14 W 105/15, NZG 2016, 349; OLG Düsseldorf 30. 10. 2006 – I-26 W 14/06 AktE, NZA 2007, 707; OLG Stuttgart 30. 3. 1995 – 8 W 355/93, NJW-RR 1995, 1067) steht (für diese Fälle allgM, zB *ErfK/Oetker MitbestG* § 5 Rn. 18; *RvJ/Raiser MitbestG* § 5 Rn. 38f.; *UHH/Ulmer/Habersack* § 5 Rn. 66). Im aktienrechtlichen Schrifttum erörterte Anforderungen an den Begriff des herrschenden Unternehmens (zB *Hüffer/Koch* § 15 Rn. 11 ff.), zB ob insoweit bei **natürlichen Personen besondere Voraussetzungen** vorliegen müssen, sind für die Anwendung des § 5 **ohne praktische Bedeutung**. Bejaht man die Konzernleitung durch eine natürliche Person, so wird nach Abs. 3 fingiert, dass ein unmittelbar unter der natürlichen Person stehendes Konzernunternehmen herrschendes Unternehmen ist. Sieht man dagegen die natürliche Person nicht als Konzernspitze an, so ist das genannte Konzernunternehmen ein „echtes“ herrschendes Unternehmen; die Zurechnung der ArbN der nachgeordneten Konzernunternehmen zu ihm erfolgt dann nach Abs. 1 oder Abs. 2.

64 Steht an der Spitze eines Konzerns eine **SE (oder SCE)**, so ist diese selbst nicht mitbestimmungsfähig nach § 1. Sie fällt nicht unter die in § 1 Abs. 1 Nr. 1 aufgezählten Rechtsformen (→ § 1 Rn. 17), und für sie ist die Mitbestimmung der ArbN abschließend im SEBG (bzw. SCEBG) geregelt. Da Abs. 3 für diesen Fall keine ausdrückliche Ausnahme von seiner Zurechnungsregel enthält, spricht sein Wortlaut dafür, dass auch in einem von einer SE (SCE) geführten Konzern eine Zurechnung der ArbN nachgeordneter Konzernunternehmen zu der obersten nach § 1 mitbestimmungsfähigen Tochter erfolgt (*Schau/Koch* § 260 Rn. 2; *KMS* Rn. 271; *Lembke/Ludwig* § 4 Rn. 37). Dies wird allerdings zT mit der Begründung abgelehnt, dass die SE nach Art. 10 SE-VO einer AG (bzw. einer SCE nach Art. 9 SCE-VO einer Genossenschaft) nationalen Rechts gleichzustellen ist, soweit sich nicht aus dem EU-Recht etwas anderes ergibt (*Habersack AG* 2007, 641, 647; *UHH/Ulmer/Habersack* § 5 Rn. 66). Das überzeugt nicht, denn die ArbN-Beteiligung in den Organen der SE und der SCE ist unionsrechtlich abschließend geregelt, so dass eine Zurechnung der ArbN zur Spitze nach Abs. 1 mangels Anwendbarkeit des MitbestG in einem von einer SE (SCE) geführten Konzern ausscheidet (→ § 1 Rn. 17), obwohl die SE (SCE) mit einer AG (Genossenschaft) gleichgestellt ist. Und über die Zurechnung zu einer unter der SE (SCE) stehenden Teilkonzernspitze kann die verbleibende, nur außerhalb der Mitbestimmung eingreifende Gleichstellung der Obergesellschaft mit der Rechtsform des nationalen Rechts nichts aussagen. Schließlich steht auch der Umstand, dass für die SE (SCE) auf unionsrechtlicher Grundlage ein Mitbestimmungssystem maßgeblich ist, der Anwendung von Abs. 3 nicht entgegen. Die Kollisionsnorm des § 47 SEBG (§ 49 SCEBG) schließt die Anwendung nationalen Mitbestimmungsrechts nur für die Mitbestimmung in den Organen der SE (SCE) selbst aus. Im Übrigen wird, anders als im Fall einer dem Montan-MitbestG oder dem MitbestErgG unterliegenden Konzernspitze (→ Rn. 66), eine Erfüllung des Zwecks des Abs. 3 nicht bereits durch die ArbN-Beteiligung in der SE gewährleistet: Die SE (SCE) ist nur dann unter bestimmten Umständen mitbestimmungspflichtig, wenn mitbestimmte Unternehmen an ihrer Gründung beteiligt sind (→ EU-Recht Rn. 26 ff., 151 ff.). Dagegen ist die SE (SCE) an sich unabhängig von ihrer ArbN-Zahl keine mitbestimmte Gesellschaftsform. Und selbst wenn sie einer Mitbestimmung unterliegt, ist diese nicht in gleicher Intensität wie bei entsprechenden nationalen mitbestimmten Unternehmen gewährleistet (zB *UHH/Hensler Einl. SEBG* Rn. 163 ff.).

65 Eine Anwendung von Abs. 3 kommt auch dann in Betracht, wenn das herrschende Unternehmen zwar eine der in § 1 Abs. 1 Nr. 1 bezeichneten Rechtsformen hat, aber als **Tendenzunternehmen** nach § 1 Abs. 4 von der Anwendung des MitbestG ausgeschlossen ist, so dass eine Zurechnung nach Abs. 1 oder Abs. 2 immer ausscheidet.