

§ 2 Abs. 2 DrittelbG

Drittelbeteiligung im faktischen Konzern

Gemäß § 2 Abs. 2 DrittelbG gelten im Hinblick auf die Berechnung des für eine paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat nach § 1 DrittelbG erforderlichen Schwellenwertes von in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern die Arbeitnehmer eines Konzernunternehmens dann als solche des herrschenden Unternehmens, wenn zwischen den Unternehmen ein Beherrschungsvertrag besteht oder das abhängige Unternehmen in das herrschende Unternehmen eingegliedert ist. Auf einen faktischen Konzern ist § 2 Abs. 2 DrittelbG nach dem Beschluss des Kammergerichts jedoch nicht anwendbar. Hiernach sind die Arbeitnehmer von Konzernunternehmen bei der Ermittlung des erforderlichen Schwellenwertes nicht immer einzubeziehen.

(Leitsatz der Bearbeiter)

Kammergericht, Beschluss vom 7.6.2007 – 2 W 8/07

Sachverhalt

Streitgegenstand Der Antragsteller beehrte die Feststellung, dass der Aufsichtsrat einer GmbH nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG zusammenzusetzen ist. Die GmbH beschäftigte etwa zehn Wochen vor Antragstellung 445 Arbeitnehmer. Weiterer Stellenabbau war geplant. Zudem war die GmbH an mehreren weiteren Unternehmen der Rechtsformen der GmbH oder der GmbH & Co. KG beteiligt, die ihrerseits insgesamt weitere 100 Arbeitnehmer beschäftigten. Einige der Beteiligungen hielt sie zu 100 Prozent und bestimmte dort die Geschäftsziele, die Geschäftspolitik und Maßnahmen zur Zielerreichung. Die Beteiligungsgesellschaften waren zur Gewinnabführung und die GmbH zum Verlustausgleich verpflichtet. Beherrschungs- oder Eingliederungsverträge bestanden jedoch nicht. Der Antragsteller vertrat die Auffassung, für die mitbestimmungsrechtlich maßgebliche Beschäftigtenzahl seien neben den eigenen Arbeitnehmern der GmbH auch die Arbeitnehmer in deren abhängigen Beteiligungsgesellschaften zu berücksichtigen, da es sich bei dieser um die Muttergesellschaft eines faktischen Konzerns handele.

Entscheidungsgründe

Keine Anwendung des § 2 Abs. 2 DrittelbG auf den faktischen Konzern

Das Kammergericht entschied, dass der Aufsichtsrat der GmbH nicht gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG zusammenzusetzen sei, weil diese unstreitig nicht mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftige und eine Zurechnung der Arbeitnehmer der Beteiligungsunternehmen gemäß § 2 Abs. 2 DrittelbG am fehlenden Beherrschungs- bzw. Eingliederungsvertrag scheitere. Nach § 2 Abs. 2 DrittelbG würden die Arbeitnehmer eines Konzernunternehmens lediglich dann als solche des herrschenden Unternehmens gelten, wenn zwischen den Unternehmen ein Beherrschungsvertrag bestehe oder das abhängige Unternehmen in das herrschende Unternehmen eingegliedert sei. Eine weite Auslegung des § 2 Abs. 2 DrittelbG in dem Sinne, dass der umfassende Konzernbegriff des § 2 Abs. 1 DrittelbG zu übertragen sei, scheidet aus. Dies geböten schon die allgemeinen Auslegungsregeln, wonach der Wortsinn die äußerste Grenze der Auslegung bilde. Der Wortlaut schließe den faktischen Konzern aus und sei insoweit eindeutig. Selbst bei der Beurteilung des Gesetzeszwecks kommt das Kammergericht zu keinem anderen Ergebnis. Beide Absätze regelten unterschiedliche Sachfragen. Daher sei es nicht zwingend, beide Absätze systematisch in Einklang zu bringen. Es obliege dem Gesetzgeber, das Wahlrecht zum Aufsichtsrat und die Schwellenwerte für die paritätische Mitbestimmung in einer Norm zusammenzufassen. Auch ein Analogieschluss komme nicht in Betracht. Dazu fehle es an der erforderlichen Regelungslücke. Der Gesetzgeber habe seinerzeit die Regelung des § 77a BetrVG a.F. übernommen und damit faktische Konzerngestaltungen aus dem Anwendungsbereich des § 2 Abs. 2 DrittelbG ausgeschlossen. Ausweislich der Gesetzesbegründung habe der Gesetzgeber die alte Rechtslage fortschreiben wollen, weshalb ihm auch kein Redaktionsversehen unterstellt werden könne. Die Nichtanwendung des letzten Halbsatzes von § 2 Abs. 2 DrittelbG in Form einer gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung widerspräche nicht zuletzt dem Gesetz als Ganzem und sei zur Ausfüllung von behebersbedürftigen Unvollständigkeiten nicht angezeigt.

Anmerkung

Hohe praktische Bedeutung

Die Frage, ob § 2 Abs. 2 DrittelbG auch auf den faktischen Konzern zur Anwendung gelangt, ist von hoher praktischer Bedeutung. Immer wieder stellt sich hier die Frage, ob die Rechtslage nach dem Drittelbeteiligungsgesetz tatsächlich von den Voraussetzungen für das Eingreifen der paritätischen Mitbe-

**Entstehungsgeschichte
des § 2 Abs. 2 DrittelbG**

stimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz abweicht. Zu beachten ist insoweit, dass bei der Ermittlung, ob ein Unternehmen in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG), nach § 5 Abs. 1 MitbestG die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen dem herrschenden Unternehmen zugerechnet werden. Durch welche Beherrschungsmittel der Abhängigkeitstatbestand ausgefüllt wird, ist dabei unerheblich, weswegen eine Zurechnung auch bei rein faktischer Konzernierung erfolgt. Im Hinblick auf die Ermittlung, ob ein Unternehmen in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt (§ 1 DrittelbG), regelt § 2 Abs. 2 DrittelbG, unter welchen Voraussetzungen die bei den abhängigen Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer einzubeziehen sind. Dies hat unter Zugrundelegung der Entscheidung des Kammergerichts zur Folge, dass Arbeitnehmer von abhängigen Konzernunternehmen nur dann der herrschenden Konzernobergesellschaft zugerechnet werden, wenn zwischen den Unternehmen entweder ein Beherrschungsvertrag besteht oder das abhängige Unternehmen in das herrschende Unternehmen eingegliedert ist.

Mit dem Beschluss des Kammergerichts liegt nun die zweite veröffentlichte obergerichtliche Entscheidung zu dieser Frage vor. Ebenso wie das OLG Zweibrücken (Beschluss v. 18.10.2005 – 3 W 136/05, NZG 2006, 31) verneint das Kammergericht die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 2 DrittelbG bei lediglich faktischen Konzernunternehmen.

Richtigerweise ist § 2 Abs. 2 DrittelbG jedoch auch auf den faktischen Konzern anwendbar. Der vermeintliche Wortlaut des § 2 Abs. 2 DrittelbG, der die Zurechnung von Arbeitnehmern nur bei Abschluss eines Beherrschungsvertrags oder einer Eingliederung vorsieht, steht dem nicht entgegen.

Insbesondere unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 2 DrittelbG muss der faktische Konzern der drittelparitätischen Mitbestimmung unterliegen. Inwieweit die somit verbleibenden Unterschiede zwischen paritätischer und drittelparitätischer Mitbestimmung im Konzern durch den Gesetzgeber bewusst aufrecht erhalten bleiben sollen, ist angesichts der Gesetzesbegründung zu § 2 DrittelbG nämlich äußerst zweifelhaft (so bereits Boewer/Gaul/Otto, GmbHR 2004, 1065 [1067]). Denn die in § 2 Abs. 1 DrittelbG nachträglich aufgenommene Bezugnahme des gesamten § 18 Abs. 1 AktG wurde durch den Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit damit begründet, dass *die »Vermutungsregelung des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG auch für das DrittelbG gelten ... und eine Angleichung an § 5 MitbestG vollzogen werden [solle]«*. Da bei dieser Begründung nicht zwischen der Vergrößerung des Wahlkörpers (§ 2 Abs. 1 DrittelbG) und den Voraussetzungen für ein Eingreifen der Unternehmensmitbestimmung (§ 2 Abs. 2 DrittelbG) getrennt wurde, spricht zumindest einiges dafür, dass dem Gesetzgeber schlicht ein redaktionelles Versehen unterlaufen ist. Dies gilt umso mehr, als bei der Frage, ob eine ertragssteuerliche Organschaft gegeben ist, das Vorliegen eines Beherrschungsvertrags oder einer Eingliederung keine Rolle mehr spielt. Bis zur Neufassung des § 14 KStG durch das Steuersenkungsgesetz vom 23.10.2000 war neben der finanziellen auch eine wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung der Organgesellschaft in das Unternehmen des Organträgers für das Vorliegen einer körperschaftssteuerlichen Organschaft vorausgesetzt, wobei insbesondere ein Beherrschungsvertrag die unwiderlegliche Vermutung für die organisatorische Eingliederung schuf. Seither verlangt § 14 KStG (sowie § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG für das Gewerbesteuerrecht, das insoweit auf § 14 KStG Bezug nimmt) demgegenüber nur noch den Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags und die finanzielle Eingliederung. Es ist vor diesem Hintergrund schlechterdings nicht erklärbar, dass der Gesetzgeber des Drittelbeteiligungsgesetzes vom 18.5.2004 bei der Frage, ob eine Mitbestimmung auf Konzernebene zu gewährleisten ist, einzig das Vorliegen eines Beherr-

schungsvertrags oder einer Eingliederung weiterhin zu entscheidenden Voraussetzungen machen wollte und es auf diese Weise ermöglicht werden sollte, vor allem durch den Verzicht auf einen Beherrschungsvertrag bzw. die Beseitigung eines steuerrechtlich nun nicht mehr notwendigen Beherrschungsvertrags, quasi nebenbei die Mitbestimmung auf Konzernebene zu verhindern. Mit der überragenden Bedeutung der Mitbestimmung für den sozialen Rechtsstaat der Bundesrepublik Deutschland wäre dies jedenfalls nicht vereinbar. Insoweit kann eine künstliche Aufspaltung in ein »kleines Wahlvolk« zur Feststellung der Anwendbarkeitsvoraussetzungen des § 1 DrittelbG und ein »großes Wahlvolk« der Wahlberechtigten sicher nicht beabsichtigt gewesen sein.

Gesetzeszweck

Zu berücksichtigen ist insoweit insbesondere auch, dass Schutzzweck des § 2 DrittelbG zumindest auch die Gewährleistung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer eines faktischen Konzerns ist. Die Verwendung von zwei unterschiedlichen Zurechnungsmethoden wird dem nicht gerecht. Nur wenn auch im Rahmen des DrittelbG alle Arbeitnehmer eines faktischen Konzerns bei der Bestimmung der maßgeblichen Arbeitnehmeranzahl mitzählen, ist eine umfassende Unternehmensmitbestimmung gewährleistet und bleibt die Angleichung zum MitbestG – nur bezogen auf die Bestimmung des Wahlkörpers – nicht auf halber Strecke stehen.

Unterschiedliche Behandlung von Vertragskonzern und faktischem Konzern nicht gerechtfertigt

Auch ist nicht ersichtlich, warum es für die Frage der Zurechnung von Arbeitnehmern der Tochtergesellschaften nur auf die Arbeitnehmer von Konzernunternehmen, die mit dem herrschenden Unternehmen durch einen Beherrschungsvertrag verbunden sind oder in dieses eingegliedert sind, ankommen soll, nicht aber etwa auch auf die Arbeitnehmer der Tochtergesellschaften, die im Mehrheitsbesitz des herrschenden Unternehmens stehen. Eine sachliche Rechtfertigung, den Arbeitnehmern in einem faktischen Konzern mit 501 bis 2000 Beschäftigten eine geringere Mitbestimmung zuzugestehen als den Mitarbeitern im Vertragskonzern mit gleichen Mitarbeiterzahlen, gibt es auch nicht. Jedenfalls dann nicht, wenn das Vorliegen eines Unterordnungskonzerns nach §§ 17 Abs. 2, 18 Abs. 1 Satz 3 AktG zu vermuten und nicht im Einzelfall festzustellen ist. Auch ein evtl. Einwand mangelnder Rechtsklarheit greift in diesem Fall nämlich nicht.

Gesamtsystem der Unternehmensmitbestimmung

Nicht zuletzt spricht auch § 5 Abs. 1 MitbestG für dieses Ergebnis. Im Rahmen dieser Norm werden die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen dem herrschenden Unternehmen zugerechnet. Durch welche Beherrschungsmittel der Abhängigkeitstatbestand ausgefüllt wird, ist dabei unerheblich. Es ist kein Grund ersichtlich den in § 5 MitbestG enthaltenen mitbestimmungsrechtlichen Grundgedanken, wonach Mitbestimmung überall dorthin in einem Konzern auszudehnen ist, wo ein Zusammenwirken mit unabhängigen Partnern in irgendeiner Form möglich ist (vgl. OLG Düsseldorf v. 30.10.2006 I – 26 W 14/06 AktE, NZG 2007, 77 und die Besprechung hierzu von Trittin/Gilles in AiB 2007, S. 251 ff.), nicht auch im Rahmen des § 2 DrittelbG zu berücksichtigen.

Unsicherheit in der Praxis

Mit § 2 Abs. 2 DrittelbG ist jedenfalls in der Praxis eine große Unsicherheit verbunden, die weiteren Statusverfahren Vorschub leisten könnte. Schon deshalb ist eine andere Auslegung durch die Rechtsprechung und eine klarstellende Regelung des Gesetzgebers dringend notwendig. Diese kann nach diesseitiger Auffassung nur so aussehen, dass die Vermutungsregelung des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG auch im Hinblick auf die Frage des Vorliegens eines Eingreifens der Unternehmensmitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz zur Anwendung gelangt.

**WOLFGANG TRITTIN
ANDREAS GILLES, LL.M.**

Trittin Rechtsanwälte, Frankfurt am Main