

geschäftsführende und nicht-geschäftsführende Mitglieder mündet. Auf der anderen Seite ist beim dualistischen System eine verstärkte Kooperation zwischen den Organen der Führung und der Kontrolle zu beobachten. In diesem Zusammenspiel nimmt der Aufsichtsrat denn auch teilweise Beratungsfunktionen für die Geschäftsführung ein, obgleich natürlich die rechtlich klare Trennung von Vorstand und AR beibehalten wird.

Anhaltspunkte für eine Mitbestimmungsregelung im monistischen System bieten darüber hinaus die SE-VO und die SE AG, die es den UN ermöglicht, bei der SE das monistische Modell der Unternehmensleitung zu wählen. Dort ist es gelungen, die Mitbestimmung in die monistische Struktur einzupassen. „Es ist sogar in der SE-VO der Aspekt der Parität im Verwaltungsorgan insofern berücksichtigt worden, als Art. 45 SE-VO für den Fall, dass die Hälfte der Mitglieder von den AN bestellt wird, regelt, dass nur ein von der Hauptversammlung der Aktionäre bestelltes Mitglied zum Vorsitzenden gewählt werden darf“²⁸.

7. Fazit

1. Der vorliegende Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht schreibt fest, dass auf ausländische Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland das ausländische Recht anzuwenden ist. Der deutsche Gesetzgeber kann für diese Gesellschaften das materielle Recht nicht mehr regeln. Die Unternehmensmitbestimmung ist damit zumindest für diese Gesellschaften gefährdet.

2. Eine Abkehr von der Sitztheorie auch gegenüber Nicht-EU-Gesellschaften ist völlig abwegig und führt zur Geltung exotischer Rechtsordnungen in Deutschland.
3. Die *EuGH*-Rspr. erfordert die vorliegende Neuregelung zum Internationalen Gesellschaftsrecht nicht.
4. Die Europäische Gesellschaft, die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung und die beabsichtigte Reform des Gesellschaftsrechts ermöglichen bereits heute den UN eine grenzüberschreitende Mobilität, die vor kurzem noch utopisch erschien.
5. Der Shareholder-Value-Ansatz muss gerade in der globalisierten Ökonomie durch eine gleichberechtigte und gleichgewichtige Mitbestimmung der AN begrenzt werden.
6. Es spricht einiges dafür, dass die wirtschafts- und sozialpolitische Bedeutung der Mitbestimmung als internationalprivatrechtlich zwingend und unabdingbar zu qualifizieren ist.
7. Um der wirtschafts- und sozialpolitischen Bedeutung gerecht zu werden, muss ihre Geltung gegenüber Auslandsgesellschaften festgeschrieben werden. Dafür bietet ein Mitbestimmungserstreckungsgesetz die größte Rechtssicherheit.

²⁸ Roland Köstler in: Manuel René Theißen/Martin Wenz (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft (2002), S. 321.

[Zusammenfassung/Abstract auf S. 164]

Mitbestimmung im internationalen Konzern

Zur Bildung von mitbestimmtem Aufsichtsrat und Konzernbetriebsrat für die inländischen Teile eines internationalen Konzerns ohne inländische Leitungsorganisation

Rechtsanwälte Wolfgang Trittin/Andreas Gilles, LL. M., Frankfurt/M

I. Problemstellung

In der zivil- und arbeitsrechtlichen Praxis stellt sich zunehmend die Frage nach der Reichweite der deutschen Mitbestimmung in internationalen Konzernen, in denen deutsche Gesellschaften von einer ausländischen Obergesellschaft beherrscht werden¹. Hinsichtlich der Unternehmensmitbestimmung im internationalen Konzern besteht spätestens seit der Entscheidung des OLG Düsseldorf², mit der die Rspr. des OLG Stuttgart³ fortgesetzt und ergänzt wird, Klarheit im Hinblick auf die Bildung eines mitbestimmten Aufsichtsrats (AR) bei einer deutschen Zwischengesellschaft, auch wenn sie keine eigene Leitungsfunktionen ausübt. Bei ihr kann ein mitbestimmter AR nach §§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 5 Abs. 3 MitbestG zu bilden sein. Am 14.02.2007 hat das BAG allerdings in derselben Konstellation, wie sie auch dem OLG Düsseldorf⁴ vorlag, entschieden, dass ein Konzernbetriebsrat (KBR) nicht gebildet werden kann, wenn deutsche Einzelgesellschaften von einer ausländischen Konzernspitze beherrscht werden⁵. Das Gericht macht die Bildung des KBR von einer inländischen einheitlichen arbeitsrechtlichen Leitungsmacht abhängig, letztlich also von Voraussetzungen, die zur Annahme eines Konzerns im Konzern führen⁶.

II. Bildung eines mitbestimmten Aufsichtsrats im internationalen Konzern ohne inländische Leitungsorganisation

1. Ausgangslage

Bei einer deutschen Tochtergesellschaft im Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes findet unternehmerische Mitbestimmung statt. Die AN wählen und entsenden Vertreter in den AR der deutschen Gesellschaft. Die Beherrschung einer deutschen Gesellschaft

¹ Vgl. für den Aufsichtsrat OLG Stuttgart 30. 03. 1995, ZIP 1995, 1004 sowie OLG Düsseldorf 30. 10. 2006, NZA 2007, 707; für den KBR ArbG Stuttgart 01. 08. 2003, NZA-RR 2004, 138; ArbG Hamburg 07. 06. 2004 - 4 BV 10/03; ArbG Hamburg 19. 07. 2006 - 18 BV 11/06, AuR 2006, 413; LAG Hamburg 17. 02. 2006 - 6 TaBV 6/05; BAG 14. 02. 2007, AuR 2007, 93, 325.

² Vgl. OLG Düsseldorf 30. 10. 2006, Fn. 1.

³ Vgl. OLG Stuttgart 30. 03. 1995, Fn. 1.

⁴ Vgl. OLG Düsseldorf 30. 10. 2006, Fn. 1.

⁵ Vgl. BAG 14. 02. 2007, Fn. 1 sowie im Anschluss BAG 16. 05. 2007 - 7 AZR 63/07.

⁶ Vgl. zur Bildung eines KBR im Konzern im Konzern, BAG 21. 10. 1980, AP Nr. 1 zu § 54 BetrVG 1972.

kraft Anteilseigentums durch eine ausländische Gesellschaft ändert nicht die Mitbestimmung der AN in Deutschland. Die ausländische Gesellschaft ist mitbestimmungsrechtlich wie jeder andere Anteilseigner zu behandeln. Gemäß der Auffangregelung des § 5 Abs. 3 MitbestG kann es zur Konzernmitbestimmung in Deutschland kommen, wenn der deutschen Gesellschaft noch weitere Gesellschaften über- oder untergeordnet sind. Dort hat der Gesetzgeber den Fall der mitbestimmungslosen Konzernspitze geregelt. Damit ist nach einhelliger Meinung auch der Fall einer ausländischen Obergesellschaft erfasst⁷.

Fraglich ist, ob sich hieran etwas ändert, wenn der internationale Konzern nicht als faktischer, sondern als Vertragskonzern verfasst ist. Für die Mitbestimmung relevant ist die mit dem Beherrschungsvertrag begründete Leitungsmacht der Obergesellschaft über die beherrschte Gesellschaft. Gem. § 308 Abs. 1 und 2 AktG ist die Obergesellschaft berechtigt, der beherrschten Gesellschaft Weisungen zu erteilen. Im Allgemeinen berührt der Abschluss eines Beherrschungsvertrags zwischen einer deutschen Gesellschaft mit einer herrschenden ausländischen Gesellschaft nicht die Konzernmitbestimmung gem. § 5 Abs. 3 MitbestG innerhalb des deutschen Konzernzweigs. Die ausländische Gesellschaft beherrscht mittels Beherrschungsvertrag die deutsche Gesellschaft. Diese beherrscht ihre eigenen abhängigen Gesellschaften, also die Enkelgesellschaften der ausländischen Gesellschaft, faktisch oder vertraglich. Die AN aus allen deutschen Gesellschaften bestimmen bei der zwar beherrschten, aber doch in Deutschland leitenden, höchstrangigen Gesellschaft gem. § 5 Abs. 3 MitbestG mit.

2. Unternehmensmitbestimmung auch ohne inländische Leitungsorganisation?

Problematisch wird die Konzernmitbestimmung bei der höchstrangigen deutschen Gesellschaft, wenn diese keine Leitungsfunktion (mehr) hat. Dies ist der Fall bei einer im wesentlichen funktionslosen Gesellschaft, die sich auf bloße Vermittlung von Anteilseigentum beschränkt, bzw. wenn die ausländische Gesellschaft direkt Beherrschungsverträge mit Enkelgesellschaften abschließt. Insofern stellt sich die Frage, ob § 5 Abs. 3 MitbestG voraussetzt, dass die deutsche Tochtergesellschaft tatsächlich Leitungsmacht gegenüber den Enkelgesellschaften ausübt.

a) Auffassungen in der Literatur

Nach einer in der Lit. vertretenen Ansicht ist unternehmerische Mitbestimmung bei der deutschen Tochtergesellschaft funktionslos, wenn diese nur Anteilseigentum vermittelt und selbst keine Leitungsmacht inne hat⁸. Vertreter dieser Auffassung⁹ stützen sich auf eine Entscheidung des OLG Celle¹⁰, wonach Mitbestimmung nur dort einen Sinn mache, wo unternehmerische Leitungsmacht konkret entfaltet und ausgeübt werde. Dieses Argument der Funktionslosigkeit unternehmerischer Mitbestimmung gelte erst recht bei einem Beherrschungsvertrag, denn dieser entfalte seine Wirkungen unabhängig von der Kapitalbeteiligung¹¹.

Nach der wohl überwiegenden Gegenauffassung reicht eine auf gesellschaftsrechtlichen Strukturen, also den Kapitalanteilen einer Tochtergesellschaft an den Enkelgesellschaften, beruhende Vermittlung der Leitungsmacht aus¹². Insbes. Lutter¹³ stellt maßgeblich darauf ab, dass in der hier interessierenden Konstellation die Tochtergesellschaft gerade nicht leitet; würde sie leiten, wäre § 5 Abs. 1 MitbestG auf sie anwendbar und damit § 5 Abs. 3 MitbestG a priori ausgeschlossen. Ein solches negatives faktisches Verhältnis („keine Leitung“) sei aber in der Praxis kaum feststellbar. Ob die Tochtergesellschaft wenigstens Postbote sei und in welchem Maße sie diese

„Aufgabe“ erfülle, gewinne hier fast zufällige Aspekte. Danach entscheidet allein die rechtliche Verbindung, d.h. die Beteiligungsstruktur. Wenn die betreffende Gesellschaft der mitbestimmungsfreien Konzernspitze die Beteiligung an einer oder mehreren Enkelgesellschaften vermittele, so sei sie als Teilkonzernspitze anzusehen. Dies gilt nach Lutter auch bei einem Beherrschungsvertrag zwischen der mitbestimmungslosen ausländischen Konzernspitze und der inländischen Enkelgesellschaft. Denn dieser verändere die Beteiligungsstruktur nicht, während es auf die Details der Leitungsstruktur gerade nicht ankomme.

b) Die Entscheidung des OLG Stuttgart

Dieser Ansicht folgte das OLG Stuttgart¹⁴ im Falle einer deutschen Tochtergesellschaft, die sich auf Halten und Verwalten von Mehrheitsbeteiligungen beschränkte, ohne selbst Einfluss auf die Geschäftsführung der Enkelgesellschaften zu nehmen. Das OLG hielt es nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 3 MitbestG für maßgebend, ob die ausländische Konzernmutter die nachgeordneten Enkelunternehmen über das inländische Tochterunternehmen beherrsche. Das Gesetz spreche von Beherrschen, nicht von Leiten.

Zweck des Gesetzes sei die Regelung der Fälle, in welchen ein mitbestimmter AR bei der ausländischen Konzernspitze, wo er am effektivsten wäre, aufgrund des Territorialitätsgrundsatzes nicht bestellt werden könne. „Hier soll die Mitbestimmung nicht ganz entfallen, vielmehr soll wenigstens bei einem nachgeordneten UN ein solcher AR gebildet werden. Das bedeutet aber zwangsläufig, dass das UN, bei dem er gebildet wird, aufgrund seiner im Tatbestand vorausgesetzten Einbindung in den Konzern jedenfalls die wesentlichen Leitungsfunktionen nicht ausübt.“ Der ausschlaggebende Grund für die Leitungsbefugnisse der Konzernspitze liege in der kapitalmäßigen Abhängigkeit. Die rechtstechnische Ausgestaltung der Leitungswege werde erst durch diese Mehrheitsverhältnisse ermöglicht. Dann aber seien die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 MitbestG erfüllt, obwohl das inländische Tochterunternehmen in den Leitungsstrang nicht einbezogen sei. Wenn der Gesetzgeber einen mitbestimmten AR wenigstens bei einem nachgeordneten UN wollte und dabei in Kauf genommen habe, dass dieser nur beschränkte Mitwirkungsmöglichkeiten habe, so erscheine es aus Gründen der Rechtssicherheit und zur Einschränkung von Umgehungsmöglichkeiten geboten, hier nicht weiter nach Leitungsbefugnissen zu differenzieren. Es komme nicht darauf an, ob die inländische Teilkonzernspitze größere, geringere oder doch wenigstens ganz geringe Mitwirkungsmöglichkeiten im Leitungsstrang habe. Denn damit würde die Durchsetzung des vom Gesetz verfolgten Zwecks von im Belieben der Konzernspitze stehenden Gestaltungsmöglichkeiten abhängig gemacht.

7 Vgl. statt aller Raiser, MitbestG, § 5 Rn. 38.

8 Vgl. Groß/Koetker, § 5 MitbestG Rn. 46 f.; Seibt, in: Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, Rn. F 49.

9 Vgl. Henssler, ZfA 2005, 289.

10 Vgl. OLG Celle 22. 03. 1993, BB 1993, 957 und die Rspr. des BAG zur Bildung eines KBR im Konzern, 21. 10. 1980, AP Nr. 1 zu § 54 BetrVG 1972 = AuR 1981, 155.

11 Vgl. Henssler, ZfA 2005, 289.

12 Vgl. Großfeld/Johannemann, JZ 1995, 795; Kronke, IPrax 1995, 397; Lutter, ZGR 1977, 213; Mankowski, ZIP 1995, 1006; Marsch-Barnier, WuB 1995, 899.

13 Vgl. Lutter, ZGR 1977, 213.

14 Vgl. OLG Stuttgart 30. 03. 1995, Fn. 1.

c) Die Entscheidung des OLG Düsseldorf

Der Auffassung des OLG *Stuttgart*¹⁵ schloss sich das OLG *Düsseldorf*¹⁶ an. In dem zugrunde liegenden Fall hatte die ausländische Konzernmutter, die mehrheitlich an einer deutschen Tochtergesellschaft beteiligt war, über ausländische Zwischengesellschaften, an denen sie ebenfalls Mehrheitsbeteiligungen hielt, direkt mit den deutschen Enkelgesellschaften, deren Alleingesellschafterin wiederum die Tochtergesellschaft war, Beherrschungsverträge abgeschlossen. Da bei der Tochtergesellschaft selbst nicht mehr als 2000 AN beschäftigt waren, kam es für das Schicksal des bei dieser seit langem existierenden, mitbestimmten AR entscheidend darauf an, ob die Tochtergesellschaft nach Abschluss der Beherrschungsverträge jedenfalls nach § 5 Abs. 3 MitbestG weiterhin als herrschendes UN gilt und die AN der Enkelgesellschaften ihr für die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes zugerechnet werden können.

Das OLG *Düsseldorf* entschied, dass die Tochtergesellschaft gem. § 5 Abs. 3 MitbestG auch nach Abschluss der grenzüberschreitenden Beherrschungsverträge als herrschendes UN gelte, das der ausländischen Konzernspitze über die Mehrheitsbeteiligungen an den Enkelgesellschaften ihre beherrschende Stellung vermittele, und dass deshalb ein mitbestimmter AR zu bilden sei. Die Ausübung eigener Leitungsmacht sei hierfür nicht erforderlich. Einer solchen Betrachtung stehe nicht entgegen, dass Direktiven der Konzernspitze auch über einen zweiten Leitungsstrang, nämlich die Mehrheitsbeteiligungen an den Zwischengesellschaften und deren Beherrschungsverträge mit den Enkelgesellschaften, vermittelt werden könnten. Die Existenz mehrerer Leitungsstränge mache die Mitbestimmung in einem der Leitungsstränge nicht obsolet.

Insbes. habe auch bei fehlender eigener Leitungsmacht der deutschen Konzern-Obergesellschaft ein dort angesiedelter AR einen Ansprechpartner. Die Aufgaben des mitbestimmten AR könnten auch bei einer deutschen Konzern-Obergesellschaft ohne eigene Leitungsmacht vielfältig sein. Sinn und Zweck der Arbeitnehmermitbestimmung stünden dem nicht entgegen, auch wenn der mitbestimmte AR aufgrund seiner Position im Gesamtkonzern im Einzelfall hinter den üblichen Einflussmöglichkeiten zurückbleiben müsse. § 5 MitbestG habe die Funktion, die Mitbestimmung überall dorthin in einem Konzern auszudehnen, wo ein Zusammenwirken mit unabhängigen Partnern in irgendeiner Form möglich sei. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sowie zur Einschränkung von Umgehungsmöglichkeiten sei es geboten, nicht weiter danach zu differenzieren, ob der Konzern-Obergesellschaft größere, geringere oder ganz geringe Mitwirkungsmöglichkeiten im Leitungsstrang verbleiben oder ob unmittelbare Weisungen der Konzernspitze an die nachgeordneten Tochtergesellschaften an ihr vorbeilaufen.

d) Stellungnahme

aa) Wortlaut des § 5 Abs. 3 MitbestG

Zutreffend ist, dass es schon nach dem Gesetzeswortlaut des § 5 Abs. 3 MitbestG auf eine tatsächliche Leitung des die Beherrschung vermittelnden UN nicht ankommt. Es reicht aus, wenn eine nicht mitbestimmte Konzernspitze in irgendeiner Weise „über“ eine Konzern-Obergesellschaft auf die nachgeordneten UN einwirken kann. Entscheidend ist also jeweils die Vermittlung von Mehrheitsbeteiligungen an den Enkelgesellschaften.

bb) Sinn und Zweck des § 5 Abs. 3 MitbestG

Auch ist, wie das OLG *Stuttgart*¹⁷ zu Recht ausführt, Sinn und Zweck des § 5 Abs. 3 MitbestG die Regelung der Fälle, in welchen ein mitbestimmter AR bei der ausländischen Konzernspitze, wo er am ef-

ektivsten wäre, aufgrund des Territorialitätsprinzips nicht bestellt werden kann. Hier soll die Mitbestimmung nicht ganz entfallen, sondern wenigstens bei einem nachgeordneten UN ein AR gebildet werden. Dies bedeutet zwangsläufig, dass dieses UN aufgrund der im Tatbestand des § 5 Abs. 3 MitbestG vorausgesetzten Einbindung in den Konzern die wesentlichen Leitungsfunktionen gerade nicht ausübt. Der Gesetzgeber hat in Kauf genommen, dass ein mitbestimmter AR hier nur beschränkte Mitwirkungsmöglichkeiten hat. Wie das OLG *Düsseldorf*¹⁸ unter Berufung auf OLG *Stuttgart*¹⁹ zu Recht betont, ist es deshalb geboten, aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit und zur Einschränkung von Umgehungsmöglichkeiten nicht danach zu differenzieren, ob der deutschen Konzern-Obergesellschaft größere, geringere oder ganz geringe Mitwirkungsmöglichkeiten im Leitungsstrang verbleiben oder ob dieser ganz an ihr vorbeiläuft. Denn dann würde die Durchsetzung des vom Gesetz verfolgten Zwecks von im Belieben der ausländischen Konzernspitze stehenden Gestaltungsmöglichkeiten abhängig gemacht.

Dass Direktiven einer Konzernspitze auch über Mehrheitsbeteiligungen an Zwischengesellschaften und deren Beherrschungsverträge mit Enkelgesellschaften vermittelt werden können, ist irrelevant. Zu Recht betont das OLG *Düsseldorf*²⁰ dass die Existenz mehrerer Leitungsstränge die Mitbestimmung in einem der Leitungsstränge nicht obsolet macht. Eine Einflussnahme auf die Enkelgesellschaften durch die Konzernspitze über eine Konzern-Obergesellschaft wird hierdurch nicht ausgeschlossen. Vielmehr hat es die Konzernspitze auf Grund von Mehrheitsbeteiligungen an einer deutschen Konzern-Obergesellschaft und an ausländischen Zwischengesellschaften in der Hand, Anordnungen wahlweise über Beherrschungsverträge oder die Mehrheitsbeteiligung an der Konzern-Obergesellschaft bis in die unterste Ebene des Konzerns durchzusetzen.

cc) Keine Funktionslosigkeit der Unternehmensmitbestimmung ohne inländische Leitungsorganisation

Auch wenn ein mitbestimmter AR bei einer deutschen Konzern-Obergesellschaft ohne eigene Leitungsmacht im Einzelfall hinter den üblichen Einflussmöglichkeiten zurückbleiben muss, ist er nicht funktionslos, sondern kann Mitbestimmung bei der in Deutschland ansässigen Konzern-Obergesellschaft ausüben. Die in der Lit. herangezogene Entscheidung des OLG *Celle*²¹ betraf die rein inländische Fallgestaltung einer arbeitnehmer- und funktionslosen Zwischenholding ohne kapitalmäßige Mehrheitsbeteiligung. Diese Entscheidung ist nicht auf grenzüberschreitende Konzerne zu übertragen, bei denen eine inländische Zwischenholding die Mehrheit an inländischen UN hält²². Bei der grenzüberschreitenden Fallgestaltung geht es nicht um ein *zusätzliches* Mitbestimmungsorgan auf Konzernebene, sondern darum, ob überhaupt ein Gremium zu bilden ist. Deshalb kann die Bildung eines mitbestimmten AR bei einer rein inländischen Fallgestaltung auch eher von einer gewissen eigenen Leitungsmacht abhängen. Das Argument der Funktionslosigkeit eines mitbestimmten AR könnte letztlich bei jeder ausländischen Mehrheitsbeteiligung eingewandt werden, wenn die ausländische Konzernspitze die Leitlinien der Konzernpolitik festlegt.

15 Vgl. OLG *Stuttgart* 30. 03. 1995, Fn. 1.

16 Vgl. OLG *Düsseldorf* 30. 10. 2006, Fn. 1.

17 Vgl. OLG *Stuttgart* 30. 03. 1995, Fn. 1.

18 Vgl. OLG *Düsseldorf* 30. 10. 2006, Fn. 1.

19 Vgl. OLG *Stuttgart* 30. 03. 1995, Fn. 1.

20 Vgl. OLG *Düsseldorf* 30. 10. 2006, Fn. 1.

21 Vgl. OLG *Celle* 22. 03. 1993, Fn. 10.

22 Vgl. Mayer, AuR 2006, 303.

Der Einwand der Funktionslosigkeit verkennt die Bedeutung eines mitbestimmten AR. Das AktG kennt zwar Zustimmungsrechte des AR; seine wesentliche Aufgabe besteht aber in der Kontrolle des UN und beinhaltet Informations- und Konsultationsrechte. Diese können auf Konzernebene selbst dann eine Rolle spielen, wenn Entscheidungen letztendlich in der ausländischen Konzernspitze getroffen werden. So kann der mitbestimmte AR z. B. durchaus mit der im Ausland sitzenden Konzernspitze kommunizieren, auch wenn es ihr gegenüber an rechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten fehlt. Er kann insbes. präventiv agieren und im Vorfeld weitreichender Entscheidungen auf die Willensbildung im Konzern Einfluss nehmen, sich notfalls sogar den Weisungen der Konzernspitze widersetzen. Der Intention des § 5 MitbestG, wonach Mitbestimmung überall dort in einem Konzern gesichert werden soll, wo ein Zusammenwirken mit unabhängigen Partnern in irgendeiner Form möglich ist, liefe es zuwider, stünde es im Belieben einer Konzernspitze, die Bildung eines mitbestimmten AR durch Abschluss grenzüberschreitender Beherrschungsverträge zu verhindern oder einen bereits errichteten mitbestimmten AR auf diese Weise zu beseitigen.

III. Bildung eines Konzernbetriebsrats im internationalen Konzern ohne inländische Leitungsorganisation

1. Ausgangslage

Nach § 54 Abs. 1 Satz 1 BetrVG kann für einen Konzern (§ 18 Abs. 1 AktG) durch Beschlüsse der einzelnen GBR ein KBR errichtet werden. Nach dem Wortlaut des Gesetzes setzt die Errichtung eines solchen BR auf Konzernebene einen Unterordnungskonzern i. S. d. § 18 Abs. 1 AktG voraus. Nach allgemeiner Auffassung kann bei ausländischen herrschenden UN kein KBR nach § 54 BetrVG eingerichtet werden²³. Die Errichtung eines KBR bei der ausländischen Holding kommt nicht in Betracht. An ihre Stelle tritt die Möglichkeit, einen Europäischen BR zu installieren. Zudem kann für die im Inland gelegenen Teile des Konzerns, also für die abhängigen UN und ggf. die inländischen Betriebe des herrschenden UN, ein KBR gebildet werden, wenn ein inländisches UN die Leitungsmacht ausübt²⁴.

2. Mitbestimmung durch einen Konzernbetriebsrat auch ohne inländische Leitungsorganisation?

Stark umstritten ist, ob ein KBR gebildet werden kann, wenn es an einer inländischen Leitungsmacht fehlt.

a) Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung

In der Lit. wird die Bildung eines KBR in einer solchen Konstellation vielfach bejaht²⁵, häufig auch abgelehnt²⁶. In der Rspr. gab es – jedenfalls bislang – unterschiedliche Auffassungen²⁷. Gegen die Bildung eines KBR wird das Argument der Funktionslosigkeit angeführt. Es fehle an einem konkreten Gegenpart für den KBR, wenn im deutschen Konzernteil keine Leitungsmacht eines inländischen UN existiere und die für die Konzernmitbestimmung erforderliche Zusammenfassung einheitlicher arbeitsrechtlicher Leitungsmacht im Inland damit fehle²⁸.

Hiergegen wird eingewandt, dass ein KBR auch ohne Leitungsmacht eines inländischen UN ausreichend Ansprechpartner auf der Arbeitgeberseite im In- und Ausland habe. Insbes. könne er sich mit den inländischen UN zur Wahrnehmung seiner Aufgaben in Verbindung setzen. Dies gelte nicht nur bei Wahrnehmung seiner originären Mitbestimmungsrechte gem. § 58 Abs. 1 BetrVG, sondern vor allem auch, wenn der KBR im Auftrag von BR und GBR gem. § 58 Abs. 2 BetrVG handele. Hier seien die betreffenden inländischen UN naturgemäß Ansprechpartner, die sich mit der jeweiligen Problematik am besten auskennen²⁹.

b) Die Entscheidung des BAG v. 14.02.2007

Am 14.02.2007 hat das BAG in derselben Konstellation, die der Entscheidung des OLG Düsseldorf³⁰ zugrunde lag, entschieden, dass ein KBR nicht gebildet werden kann, da die Einzelgesellschaften von einer ausländischen Konzernspitze beherrscht werden³¹. Das BAG macht hier die Bildung eines KBR von einer inländischen einheitlichen arbeitsrechtlichen Leitungsmacht abhängig, letztlich also von Voraussetzungen, die zur Annahme eines Konzerns im Konzern führen³².

c) Stellungnahme

aa) Keine Leitungsmacht im Inland erforderlich

Das Erfordernis einer inländischen einheitlichen arbeitsrechtlichen Leitungsmacht kann schon deshalb nicht Voraussetzung für die Bildung eines KBR sein, da dieses Kriterium nicht auf die Frage übertragen werden kann, ob für die inländischen UN eines ausländischen Konzerns ein KBR errichtet werden kann. Denn während es für die Bildung eines KBR im Konzern um ein zusätzliches Mitbestimmungsorgan auf Konzernebene geht, kommt es im letzteren Fall darauf an, überhaupt ein Mitbestimmungsorgan auf Konzernebene zu bilden. Aus diesem Grund macht es auch Sinn, die Bildung eines KBR im Konzern von einer gewissen eigenen Leitungsmacht abhängig zu machen, während dies für die Frage, ob überhaupt ein Mitbestimmungsorgan auf Konzernebene zu bilden ist, nicht erforderlich ist.

bb) § 5 Abs. 3 MitbestG als allgemeiner Rechtsgedanke

Jedenfalls aus § 5 Abs. 3 MitbestG lässt sich ein allgemeiner Rechtsgedanke entnehmen³³, der die Mitbestimmung auch nach dem BetrVG und insbes. die des KBR im internationalen Konzern sichert. Die Vorschrift ist keine spezielle Ausnahmvorschrift, sondern beinhaltet das Prinzip, wonach an die inländische abhängige Gesellschaft anzuknüpfen ist, wenn eine ausländische Konzernspitze wegen des Territorialitätsgrundsatzes nicht dem deutschen Recht unterliegt. Dabei stellt § 5 Abs. 3 MitbestG den allgemeinen Rechtsgedanken nicht selbst auf, sondern stellt nur dessen Ausprägung dar³⁴.

23 Vgl. DKK-Trittin, § 54 Rn. 29.

24 Vgl. Birk, FS Schnorr v. Carolsfeld, S. 61 [85]: Zusätzlich ist die Berücksichtigung solcher ausländischer Arbeitnehmervertretungen, bei denen Errichtung und Beteiligungsrechte in etwa dem deutschen System entsprechen, im deutschen KBR möglich; Grassmann, ZGR 1973, 317, wonach generell Arbeitnehmervertretungen ausländischer Konzern-UN unter dem Dach des KBR zusammengefasst werden könnten; Richardi-Annau, § 54 Rn. 35; Däubler, RabelsZ. 39, 444; ders., Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft, S. 57 ff.; Fitting, § 54 Rn. 34; Halberstadt, § 54 Rn. 5; Hanau, ZGR 1984, 468; HSWG, § 54 Rn. 18; MünchArbR-Joost, § 307 Rn. 32; Simitis, FS Kegel, S. 153; Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern, S. 323 f.

25 Vgl. Birk, RdA 1984, 129; ders., Fn. 24, S. 61; Däubler, Fn. 24, S. 68; Fitting, § 54 Rn. 23; Gaumann/Liebermann, DB 2006, 1157; Grassmann, ZGR 1973, 317; MünchArbR-Joost § 315 Rn. 34 ff.; Löwisch/Kaiser, § 54 Rn. 7; Mayer, AuR 2006, 303; Simitis, FS Kegel, S. 153; Trittin/Gilles, AiB 2007, 251.

26 Vgl. ErfK-Eisemann, § 54 BetrVG Rn. 7; Henssler, ZfA 2005, 293; GK-Kreutz, § 54 Rn. 43; Röder/Powietzka, DB 2004, 542.

27 Vgl. für die Bildung eines KBR ArbG Hamburg 07. 06. 2004 – 4 BV 10/03; ArbG Hamburg 19. 07. 2006, Fn. 1; gegen die Bildung eines KBR ArbG Stuttgart 01. 08. 2003, NZA-RR 2004, 138; LAG Hamburg 17. 02. 2006 – 6 TabV 6/05.

28 Vgl. GK-Kreutz § 54 Rn. 43; ArbG Stuttgart 01. 08. 2003, Fn. 1.

29 Vgl. DKK-Trittin, § 54 Rn. 29; ArbG Hamburg 19. 07. 2006, Fn. 1.

30 Vgl. OLG Düsseldorf 30. 10. 2006, Fn. 1.

31 Vgl. BAG 14. 02. 2007, Fn. 1.

32 Vgl. BAG 21. 10. 1980, Fn. 10.

33 Vgl. DKK-Trittin, § 54 Rn. 29, Fitting, § 54 Rn. 34; MünchArbR-Joost, § 315 Rn. 35.

34 Vgl. Gaumann/Liebermann, DB 2006, 1157.

cc) Gesetzeswortlaut

Gegen eine Berücksichtigung dieses allgemeinen Rechtsgedankens bei der Bildung eines KBR lässt sich nicht einwenden, dass der Gesetzgeber bei § 54 BetrVG auf eine dem § 5 Abs. 3 MitbestG vergleichbare Regelung verzichtet habe. Für die Errichtung eines KBR verweist § 54 Abs. 1 Satz 1 BetrVG auf § 18 Abs. 1 AktG, wonach die Zusammenfassung eines herrschenden und eines oder mehrerer abhängiger UN einen Konzern bildet. Die gesetzlichen Voraussetzungen der Konzernbildung müssen hiernach nicht im Inland vorliegen. Deshalb kann das herrschende UN auch seinen Sitz im Ausland haben, ohne dass sich etwas am Vorliegen eines Konzerns i. S. des § 54 Abs. 1 Satz 1 BetrVG i. V. m. § 18 Abs. 1 AktG ändert. Mit dem Wortlaut dieser Vorschriften wäre eine andere Sichtweise unvereinbar. § 54 Abs. 1 Satz 1 BetrVG oder § 18 Abs. 1 AktG verlangen das Vorliegen der Voraussetzungen eines Konzerns weder ausdrücklich noch andeutungsweise im Inland. Auf die konkrete Ausgestaltung der Konzernstruktur kommt es nicht an. Die Konzernspitze kann ihre Leitungsmacht über weitere UN ausüben oder die inländischen UN direkt führen. Unerheblich ist, welcher Mittel sich das herrschende UN bedient und ob es durch Beherrschungsverträge oder Beteiligung führt. Entscheidend ist allein, dass überhaupt an der Spitze ein herrschendes UN existiert. Auf seine Rechtsform kommt es nicht an. Liegen die Voraussetzungen eines Konzerns vor, kann nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut ein KBR errichtet werden. Der Gesetzgeber musste daher parallel zur Einführung des Mitbestimmungsgesetzes 1976 oder anlässlich der grundlegenden Reform des BetrVG 2001 keine dem § 5 Abs. 3 MitbestG vergleichbare Novellierung für den KBR vornehmen.

Hätte das BAG in den Wortlaut des § 18 Abs. 1 AktG nicht die Worte „im Inland“ hinein interpretiert, bestünde auch die behauptete Gesetzeslücke nicht, deren Schließung das Gericht dann ablehnt. Insofern betätigte sich das BAG am 14.02.2007 als Ersatzgesetzgeber, der die Geltung eines Gesetzes durch Aufstellen einer weiteren Voraussetzung eingeschränkt hat. Während die Wirksamkeit grenzüberschreitender Unternehmensverträge gem. § 291 Abs. 1 AktG nach Ansicht des BAG nicht an ihrem grenzüberschreitenden Charakter scheitern soll und es damit eine ausländische Konzernspitze anerkennt, soll für die AN und deren Mitbestimmungsgremien etwas anderes gelten. Hier müsse die für das Vorliegen eines Konzerns gem. § 18 Abs. 1 AktG erforderliche Konzernspitze zwingend ihren Sitz im Inland haben, damit ein KBR errichtet werden kann. Eine solche Auslegung des AktG schafft einen unlösbaren Wertungswiderspruch. Erlaubt das AktG in § 291 Abs. 1 AktG die Grenzüberschreitung beim Unternehmensvertrag, dann kann für die Beherrschung durch Beteiligung an UN auf Grund desselben Gesetzes nichts anders gelten.

dd) Keine Funktionslosigkeit eines KBR ohne inländische Leitungsorganisation

Das Gegenargument, eine Mitbestimmung müsse dort nicht eingeführt bzw. aufrechterhalten werden, wo die Gegenseite keine Kompetenzen über mitzubestimmende Regelungsgegenstände habe, überzeugt nicht. Das „Gegenüber“ zur Wahrnehmung von Beteiligungsrechten fehlt in solchen Konstellationen auch einem KBR nicht. Dieser hat auch ohne Leitungsmacht in Deutschland – wie der AR – ausreichend Ansprechpartner auf Arbeitgeberseite im In- und Ausland und kann Mitbestimmung ausüben³⁵.

§ 58 Abs. 1 BetrVG verfolgt den Zweck, die Beteiligung der Beschäftigten an den die einzelnen UN bindenden Leitungsentscheidungen des Konzerns in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angele-

genheiten sicherzustellen. Es soll dort eine Interessenvertretung errichtet werden, wo die unternehmerische Leitungsmacht konkret entfaltet und ausgeübt wird. Dieser Zweck besteht für UN, die zu einem Konzern einer im Ausland ansässigen Konzernspitze gehören, in gleicher Weise wie dann, wenn die Muttergesellschaft ihren Sitz im Inland hat. Auch die im Ausland ansässige Konzernspitze oder ihre Untergliederungen können für Konzernunternehmen im Inland bindende Entscheidungen treffen. Damit ist der Zweck des § 58 Abs. 1 BetrVG auch dann gegeben, wenn im Inland keine einheitliche arbeitsrechtliche Leitungsmacht vorliegt.

Im Bereich der einem KBR nach § 58 Abs. 2 BetrVG übertragenen Angelegenheiten ist Verhandlungspartner des KBR das Konzernunternehmen, zu dem der delegierende (Gesamt-) BR gehört. Damit stellt sich gar nicht das Problem, dass die Konzernspitze ihren Sitz im Ausland hat. Es bleibt dann bei einer rein im Inland stattfindenden Mitbestimmungsangelegenheit ohne Auslandsberührung. Das ArbG Hamburg³⁶ weist zu Recht darauf hin, dass Zweck der möglichen Übertragung von Aufgaben vom BR auf den GBR in § 50 Abs. 2 BetrVG ist, dass sich der BR dadurch Sachkunde, Erfahrung und Verhandlungsgeschick des GBR zunutze machen können soll und dieser Zweck mangels anderer Anhaltspunkte auch mit der Möglichkeit zur Übertragung von Aufgaben auf den KBR nach § 58 Abs. 2 BetrVG verfolgt wird. Für diesen Zweck ist es ohne Bedeutung, ob die arbeitsrechtliche Leitungsmacht im In- oder Ausland angesiedelt ist. Ein Verhandlungspartner im Inland ist unter Zugrundelegung dieses Zwecks des § 58 BetrVG stets vorhanden. Für Angelegenheiten des § 58 Abs. 2 BetrVG ergibt sich der Verhandlungspartner ohne jede Auslandsberührung dadurch, dass Beteiligungsrechte gegenüber den inländischen Konzernunternehmen wahrzunehmen sind. Aber auch bei einer originären Zuständigkeit nach § 58 Abs. 1 BetrVG hat der KBR ein „Gegenüber“ im Inland. Denn er kann sich stets mit den inländischen UN in Verbindung setzen, die sich mit der zu entscheidenden Problematik am besten auskennen.

ee) Einheit der Rechtsordnung

Unternehmensmitbestimmung und Betriebsverfassung sind einander ergänzende Subsysteme der Arbeitnehmerbeteiligung zum Ausgleich unterschiedlicher Interessen zwischen AG und AN. Es widerspricht dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Prinzip der Einheit der Rechtsordnung, wenn ein KBR anders als ein AR eine innerdeutsche Teilkonzernspitze voraussetzen würde und damit ein AR errichtet, aber ein KBR nicht gebildet werden dürfte. Ein solches Ergebnis wäre zudem praktisch widersinnig.

ff) Bedrohung der Mitbestimmung insgesamt

Wird argumentiert, dass Mitbestimmungsgremien ihren Ansprechpartner verlieren, wenn inländische Leitungsmacht nicht vorhanden ist, ist die Mitbestimmung insgesamt in hohem Maße gefährdet. Nach einer solchen Logik wären AR, KBR, GBR und auch BR in ihrer Existenz bedroht. So setzen etwa Röder/Powietzka³⁷ auch für die Bildung eines GBR eine Koordinierungs- und Leitungsfunktion auf Arbeitgeberseite und einen funktionalen Unternehmensbegriff voraus. Mitbestimmungsorgane benötigen aber zwangsläufig Ansprechpartner, die gerade in einem international organisierten Konzern nicht immer vorhanden sind. Der Wegfall der Mitbestimmung und ihrer Organe wäre mit dem Schutzzweck der Mitbestimmung unvereinbar. Ein effektiver nationaler Arbeitnehmerschutz wäre nicht

³⁵ Vgl. ArbG Hamburg 19. 07. 2006, Fn.1, mit ausführlicher Begründung.

³⁶ Vgl. ArbG Hamburg 19. 07. 2006, Fn. 1.

³⁷ Vgl. Röder/Powietzka, DB 2004, 542.

mehr gewährleistet. Die überragende Bedeutung der Mitbestimmung für den sozialen Rechtsstaat der Bundesrepublik Deutschland – wie vom *BVerfG* in seinem Mitbestimmungsurteil³⁸ hervorgehoben – würde in Frage gestellt.

gg) Koalitionsfreiheit

Gewerkschaften sind integraler Bestandteil der Betriebsverfassung. §§ 51 und 59 BetrVG verweisen z. B. für GBR/KBR auf § 31 BetrVG, wonach Beauftragte von im Betrieb vertretenen Gewerkschaften bei Betriebsratssitzungen beratend hinzugezogen werden können. Könnte ein KBR wegen vermeintlicher Funktionslosigkeit nicht mehr gebildet werden oder würde er beseitigt, würde die Präsenz der Gewerkschaften auf Konzernebene beendet. Dies wäre mit der überragenden Bedeutung der Mitbestimmung für den sozialen Rechtsstaat ebenso unvereinbar wie mit der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG. Die Beschränkung des Grundrechtsschutzes auf einen Kernbereich der Koalitionsbetätigung hat das *BVerfG* aufgegeben³⁹. Zum Schutzbereich gehört die Betätigung der Koalition. Im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG steht die kollektive Komponente im Vordergrund. Dies gilt vor allem für die Arbeitnehmerseite. Denn erst die Vereinigung und das kollektive Verhandeln verleihen den AN Verhandlungsmacht und versetzen sie in die Lage, die strukturelle Unterlegenheit des Einzelnen ansatzweise auszugleichen⁴⁰.

Die Verhinderung der Konstituierung bzw. die Beseitigung errichteter KBR bezweckt unverhüllt die Schwächung der Gewerkschaft in Betrieb, UN und Konzern⁴¹, wonach die Existenz eines KBR unerwünscht sein kann, „wenn etwa aus Sicht des UN der Eindruck entsteht, dass ein KBR zu gewerkschaftspolitischen Zwecken instrumentalisiert wird“. Diese Zielsetzung ist verfassungswidrig. Anstatt sie zurück zu weisen, ebnet das *BAG* den Weg zur Verhinderung der Konstituierung bzw. Beseitigung von KBR.

hh) Gesetzliche Verpflichtung zur Leitungsmacht im Inland gemäß § 33 MitbestG

Im konkreten Fall hat das *BAG* die rechtskräftige Entscheidung des *OLG Düsseldorf* zu demselben Konzern und Sachverhalt ignoriert. Liegt eine rechtskräftige Entscheidung über die Errichtung eines mitbestimmten AR im Statusverfahren gem. § 98 f. AktG vor, ist gem. § 33 MitbestG ein Arbeitsdirektor zu bestellen, zu dessen Zuständigkeit mindestens der Kernbereich der Personal- und Sozialfragen des UN gehört⁴². In diesen Bereich fallen i. d. R. jedenfalls die Personalplanung, -entwicklung, -verwaltung, Löhne und Gehälter, Soziales, Gesundheitsvorsorge, Arbeitsschutz, Unfallverhütung, Altersfürsorge, Pensionswesen und berufliche Aus- und Weiterbildung⁴³. Der Arbeitsdirektor muss also diejenigen Kompetenzen behalten, die sein Amt prägen⁴⁴.

Nach § 33 Abs. 1 Satz 1 MitbestG ist der Arbeitsdirektor gleichberechtigtes Mitglied des Vorstands bzw. der Geschäftsführung nicht nur auf der Ebene eines Einzelunternehmens, sondern auch auf der Ebene einer Konzernobergesellschaft. So darf etwa den übrigen Vorstandsmitgliedern kein generelles Vetorecht eingeräumt werden, während dem Arbeitsdirektor nur für seine eigenen Angelegenheiten eines zugestanden wird⁴⁵. Unzulässig und rechtswidrig ist es, den Arbeitsdirektor in der Geschäftsführung oder bei der Vertretung nach außen schlechter zu stellen und bspw. nur bei ihm eine Mitzeichnung durch einen Vorstandskollegen zu verlangen⁴⁶. Diese gleichberechtigte Stellung ist auch dann nicht mehr gewährt, wenn nur für das Ressort des Arbeitsdirektors, nicht aber in den anderen Zuständigkeitsbereichen der übrigen Organmitglieder eine „Selbstbeschränkung“ der Konzernspitze beschlossen wird, da der Entzug von Kompetenzen eine der eben beschriebenen quasi-diskriminie-

renden Rechtsstellung vergleichbare benachteiligende Wirkung hat⁴⁷. Dementsprechend wäre es unzulässig, wenn sich der Aufgabenbereich des Arbeitsdirektors nur noch auf die wenigen bei der Konzernspitze beschäftigten AN beschränkte und er bei allen anderen Fragen nur „mitdiskutieren“ dürfte⁴⁸.

Damit besteht eine gesetzliche Verpflichtung zur inländischen Leitung zumindest in Teilfragen. Steht rechtskräftig fest, dass ein mitbestimmter AR zu bilden ist und folgt hieraus, dass ein mit Leitungsfunktionen zumindest in Teilfragen betrauter Arbeitsdirektor zu bestellen ist, steht dies einer anderen Bewertung durch die Arbeitsgerichte im Rahmen ihrer Prüfung, ob Leitungsmacht im Inland vorliegt, entgegen. Diese sind dann daran gehindert, ungeachtet dessen, dass nach der hier vertretenen Auffassung Leitungsmacht im Inland für die Bildung eines KBR im internationalen Konzern keine Voraussetzung ist, das Bestehen einer inländischen einheitlichen arbeitsrechtlichen Leitungsmacht zu verneinen. Die Entscheidung des LG und des Beschwerdegerichts im Statusverfahren gem. § 98 f. AktG wirkt für und gegen alle⁴⁹. Sie bindet nicht nur die Parteien des Verfahrens, sondern jedes Gericht⁵⁰ und jede Verwaltungsbehörde⁵¹. Die Entscheidung des LG bzw. des Beschwerdegerichts muss einer Entscheidung anderer Gerichte daher zugrunde gelegt werden, wenn diese von ihr abhängt⁵².

Andernfalls würde das rechtswidrige Verhalten eines UN von Arbeitsgerichten, die die Voraussetzungen für die Bildung eines KBR wegen fehlender inländischer Leitungsmacht verneinen, dergestalt legitimiert, dass sich das gegen die Verpflichtung des § 33 MitbestG verstoßende UN auf das Fehlen der Leitungsmacht und damit die Folgen des eigenen rechtswidrigen Verhaltens berufen könnte, um die Bildung eines KBR zu verhindern. Mit dem Grundsatz von Treu und Glauben ist dies unvereinbar⁵³.

Zwar kann der Arbeitsdirektor seine arbeitnehmerbezogenen Kompetenzen in den Tochtergesellschaften nur nach Maßgabe der jeweils gegebenen Konzernorganisation ausüben⁵⁴. Ist die Tochtergesellschaft eine Aktiengesellschaft, so hat die Obergesellschaft insoweit kein Weisungsrecht, denn nach § 76 AktG leitet der Vorstand die Gesellschaft eigenverantwortlich. Der Obergesellschaft steht also keine rechtlich abgesicherte Konzernleitungsmacht zu, so dass sie das Konzerninteresse nicht ohne Weiteres gegenüber widerstrebenden Interessen der abhängigen Gesellschaft durchsetzen kann. Das herrschende Konzernunternehmen kann also nur seine faktisch

38 Vgl. *BVerfG* E 50, 290.

39 Vgl. *BVerfG* E 93, 352.

40 Vgl. *BVerfG* E 84, 212.

41 Vgl. *Dzida/Hohenstatt*, NZA 2007, 945 [948].

42 Vgl. *BVerfG*, Fn. 38.

43 Vgl. die Kataloge in LG *Frankfurt*, AG 1984, 276; *Raiser*, MitbestG, § 33 Rn. 16.

44 Vgl. *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, MitbestG, § 33 Rn. 10.

45 Vgl. BGHZ 89, 48; *Däubler*, NZG 2005, 617.

46 Vgl. *Däubler*, NZG 2005, 617; *Raiser*, MitbestG, § 33 Rn. 30.

47 Vgl. *Däubler*, NZG 2005, 617.

48 Vgl. *Däubler*, NZG 2005, 617.

49 Vgl. § 99 Abs. 5 Satz 2 AktG.

50 Vgl. *OLG Hamm*, MDR 1970, 1020 zur Bindungswirkung im FGG-Verfahren.

51 Vgl. *Semler*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, § 99 Rn. 50.

52 Vgl. *Semler*, a. a. O.

53 Vgl. auch den Einwand der „unclean hands“ im angloamerikanischen Rechtskreis, Palandt-*Heinrichs*, § 242 Rn. 43 m.w. N.

54 Vgl. *Däubler*, NZG 2005, 617; *Fitting/Wlotzke/Wibmann*, MitbestG, § 33 Rn. 52.

bestehenden Einflussmöglichkeiten ausschöpfen (allerdings nur in den Grenzen des § 311 AktG, es darf demnach seinen Einfluss nicht dazu benutzen, eine abhängige Gesellschaft zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen, wenn die Nachteile nicht ausgeglichen werden). Solche faktischen Einflussmöglichkeiten bestehen insoweit auch für den Arbeitsdirektor.

Jedenfalls dann, wenn – wie in der Praxis häufig und auch im Sachverhalt des *OLG Düsseldorf* und des *BAG* der Fall – die Tochtergesellschaften GmbHs sind, bestehen für den Arbeitsdirektor wirkliche, direkte Lenkungsmöglichkeiten. Im Unterschied zum eigenverantwortlichen Vorstand der Aktiengesellschaft ist die Geschäftsführung der GmbH gem. § 37 GmbHG an Weisungen der Gesellschafter gebunden. Das herrschende UN kann deshalb anders als bei der Aktiengesellschaft der Geschäftsleitung der abhängigen GmbH auch ohne Beherrschungsvertrag Weisungen erteilen, und zwar durch Beschlüsse der Gesellschafterversammlung⁵⁵. Auf diesem Wege kann der Arbeitsdirektor als gleichberechtigtes Mitglied des Vorstands bzw. der Geschäftsführung durch Weisungen solche Tochtergesellschaften direkt lenken. Eine Einschränkung gilt lediglich, wenn neben dem herrschenden Konzernunternehmen noch Minderheitsgesellschafter existieren. In diesem Fall ist das herr-

schende UN nicht schrankenlos zur Konzernleitung berechtigt⁵⁶. Es gilt das Benachteiligungsverbot. Es besteht eine Treuepflicht des herrschenden Mehrheitsgesellschafters gegenüber der GmbH und den übrigen Gesellschaftern⁵⁷.

ii) Notwendige Konsequenz

Die Entscheidung des *BAG* v. 14.02.2007 bedarf dringend der Korrektur. Die Rspr. sollte insbes. die OLG-Entscheidungen zum mitbestimmten AR zur Kenntnis nehmen und als Teil eines Gesamtsystems der Mitbestimmung würdigen, die Intention des MitbestG einbeziehen, den Gesetzeswortlaut des § 54 Abs. 1 Satz 1 BetrVG i. V. m. § 18 Abs. 1 AktG nicht ignorieren und die tatsächliche Dimension der Problematik berücksichtigen.

⁵⁵ *Decher*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3 GmbH, § 68 Rn. 1.

⁵⁶ Vgl. *Decher*, a. a. O., § 68 Rn. 17.

⁵⁷ Vgl. ITT-Urteil, BGHZ 65, 15.

[Zusammenfassung/Abstract auf S. 164]

Arbeit und Rechtspolitik

Berliner Bericht

(Berichtszeitraum: ab Februar 2008)

1. Neuer Koalitionsstreit über Mindestlöhne

Nach der Entscheidung des *VG Berlin* v. 7. 3. 2008, AuR 2008, 153, in diesem Heft, gegen den Mindestlohn für die Postbranche ist in der großen Koalition der Streit über gesetzliche Lohnuntergrenzen wieder aufgeflammt. Bundeswirtschaftsminister *Michael Glos* (CSU) lobte das Urteil als „Sieg für den Wettbewerb“, während das Arbeitsministerium unter Führung von *Olaf Scholz* (SPD) sofort Berufung einlegte, ohne die schriftliche Urteilsbegründung abzuwarten. Der parl. Staatssekretär *Klaus Brandner* (SPD) stellte klar, dass der Mindestlohn vorläufig in Kraft bleibe. Das Verwaltungsgericht hatte in erster Instanz entschieden, dass die vom BMAS erlassene Rechtsverordnung zum Mindestlohn für Briefdienste rechtswidrig sei. Geklagt hatten Konkurrenten der Deutschen Post. Der Bundesverband der Kurier-Express-Postdienste sowie die Unternehmen Pin Mail und TNT Post wehrten sich dagegen, dass sie ihren Briefzustellern seit Januar brutto 9,80 € (Osten: 9,00 €) zahlen sollen. Auf diesen Mindestlohn hatten sich der von der Dt. Post dominierte Arbeitgeberverband Postdienste und die Dienstleistungsgewerkschaft ver.di im vergangenen Jahr geeinigt. Das Arbeitsministerium schrieb ihn anschließend per Verordnung auch für die Konkurrenten verbindlich vor.

Das VG war der Ansicht, das Arbeitsministerium habe die Mindestlohn-Verordnung nur auf solche Konkurrenten ausdehnen dürfen, die bislang nicht tarifgebunden sind. Da sich die Kläger jedoch kurz vor Erlass der Verordnung mit der neugegründeten „Gewerkschaft Neue Brief- und Zustelldienste“ auf einen eigenen Mindestlohn von 6,50 bis 7,50 € geeinigt hatten, hätte der Postmindestlohn ihnen nicht aufgedrängt werden dürfen, entschied die Kammer. Indem das

BMAS diese TV nicht beachtet habe, seien die Kläger in ihren Grundrechten auf Koalitionsfreiheit und auf Berufsausübungsfreiheit verletzt worden. Die Gewerkschaftseigenschaft dieser neu gegründeten Gewerkschaft, deren Finanzierung und Gegnerfreiheit und damit die Rechtswirksamkeit der von ihr abgeschlossenen TV sind freilich zweifelhaft, was im verwaltungsgerichtlichen Verfahren an sich von Amts wegen geprüft werden müsste (ausführlich zu den Gesetzentwürfen und den damit zusammenhängenden Verfassungsfragen *Sansone/D. Ulber*, „Neue Bewegung in der Mindestlohndebatte?“, AuR 2008, 125, in diesem Heft).

2. Glos blockiert Mindestlohn-Pläne

Bundeswirtschaftsminister *Michael Glos* (CSU) blockiert die Mindestlohn-Pläne von Bundesarbeitsminister *Olaf Scholz* (SPD). In seiner Stellungnahme im Rahmen der Ressortabstimmung stimmte *Glos* den beiden Gesetzentwürfen zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz sowie zum Mindestarbeitsbedingungsgesetz (Mia) nicht zu, „da sie erheblich von den Vereinbarungen des Koalitionsausschusses vom 18./19. Juni abweichen“. In einem Papier des Wirtschaftsministeriums heißt es, man gehe davon aus, dass *Scholz* überarbeitete Referentenentwürfe vorlegen werde. Aus *Glos'* Sicht müssen grundsätzliche Fragen – etwa zur Branchenabgrenzung, zur Ermittlung der Tarifbindung sowie zum Umgang mit unterschiedlichen Entgeltsystemen – geklärt werden, bevor im Einzelnen über die Umsetzung des Koalitionskompromisses vom vergangenen Juni diskutiert werden könne. „Da wir in wesentlichen Punkten weiterhin anderer Meinung sind, können wir unser Einvernehmen ... auch zum jetzigen Zeitpunkt nicht erteilen“, schrieb das Ministerium. *Scholz* will mit den beiden Gesetzen die Einführung von Lohnuntergrenzen in allen Branchen ermöglichen. Mindestlöhne gibt es schon für Bauarbeiter, Gebäudereiniger und für Briefdienstleister. Über die Aufnahme der Leiharbeitsbranche in das Entsendegesetz, die 2 Arbeitgeberverbände und der DGB beantragt haben, wird in der Koalition heftig gestritten. *Glos* forderte, es dürfe nur einen Mindestlohn in jeder Branche geben, d.h. es dürfe nur die unterste Lohngruppe festgelegt werden. Ferner müsse das Bundeskartellamt beteiligt werden, um die