



Thomas Prinz / Rainer Huke

DIE WAHL DER ARBEITNEHMERVERTRETER IN DEN AUFSICHTSRAT

Praxisbezogene Erläuterungen der
Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz

2. Auflage



Arbeitgeber
BIBLIOTHEK

Thomas Prinz / Rainer Huke

DIE WAHL DER ARBEITNEHMERVERTRETER IN DEN AUFSICHTSRAT

**Praxisbezogene Erläuterungen der Wahlordnungen zum
Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz**

2. Auflage



Arbeitgeber
BIBLIOTHEK

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Praxishandbuch Band 10

DIE WAHL DER ARBEITNEHMERVERTRETER IN DEN AUFSICHTSRAT

2. Auflage

von Thomas Prinz und Rainer Huke

Herausgegeben von:

BDA | DIE ARBEITGEBER

Bundesvereinigung der
Deutschen Arbeitgeberverbände, Berlin

Verlag:

© GDA • KOMMUNIKATION

Gesellschaft für Marketing und Service
der Deutschen Arbeitgeber mbH
Breite Straße 29, 10178 Berlin
www.gda-kommunikation.de

Gestaltung:

© GDA • KOMMUNIKATION

Gesellschaft für Marketing und Service
der Deutschen Arbeitgeber mbH

Titelfoto: Jakub Jirsák | Fotolia

Stand: Januar 2016

Alle Rechte vorbehalten

Printed in Germany

ISBN 978-3-944997-01-8

VORWORT

Seit nunmehr 40 Jahren sehen sich die vom Mitbestimmungsgesetz erfassten Unternehmen mit mehr als 2.000 Arbeitnehmern mit einem äußerst komplexen und kostenintensiven Wahlverfahren zur Aufsichtsratswahl konfrontiert. Nicht viel weniger kompliziert ist das Wahlverfahren für nach dem Drittelbeteiligungsgesetz mitbestimmte Unternehmen mit mehr als 500 Arbeitnehmern.

Die Wahlen stellen hohe Anforderungen an die Verantwortlichen, die die Wahlen durchzuführen, zu begleiten oder zu betreuen haben. Ihnen vor allem sollen Hilfestellungen und Anregungen gegeben werden, um anstehende wahlrechtliche Probleme bewältigen und lösen zu können.

Der Schwerpunkt der Erläuterungen liegt auf dem praxisnahen Bezug. Von wissenschaftlich theoretischen Ausführungen wird bewusst Abstand genommen. Auf Rechtsprechung und Literatur wird nur insoweit unmittelbar Bezug genommen, als es für die Durchführung der Wahl und zum besseren Verständnis erforderlich ist.

Im ersten Teil wird nach einer kurzen Einführung in grundsätzliche Fragen in knapper Form das gesamte Wahlverfahren nach dem Mitbestimmungsgesetz anhand der dritten Wahlordnung durchgespielt. Diese Erläuterungen gelten entsprechend für die erste und zweite Wahlordnung, da die darauf beruhenden Wahlen nach den gleichen Grundsätzen – nur zeitlich kürzer und ein wenig einfacher – ablaufen. Der zweite Teil widmet sich dem Wahlverfahren nach dem Drittelbeteiligungsgesetz. Dabei werden Wiederholungen bei einzelnen Fragen in Kauf genommen. Nur so können ein hin und herblättern und ggf. entstehende Unklarheiten vermieden werden. Mit der 2. aktualisierten Auflage werden insbesondere die Änderungen der Wahlordnungen in Folge des Inkrafttretens des Geschlechterquotengesetzes aufgenommen. Mit diesen Änderungen ist gleichzeitig die Möglichkeit entfallen, bei den Wahlen Wahlgeräte einzusetzen.

Ergänzt werden die wahlrechtlichen Erläuterungen durch Formulierungsvorschläge für alle wesentlichen Bekanntmachungen des Wahlverfahrens. Eine wichtige Hilfe sind auch die Ablaufschemata, mit deren Hilfe das gesamte Wahlverfahren geplant werden kann. Beides – Formulierungsvorschläge und Ablaufschemata – sind als Download auf dem Internetportal der GDA verfügbar: www.arbeitgeberbibliothek.de.

INHALTSVERZEICHNIS

TEIL 1: DIE WAHLORDNUNGEN NACH DEM MITBESTIMMUNGSGESETZ	19
A. ANWENDUNGSBEREICH DES MITBESTIMMUNGSGESETZES	19
I. RECHTSFORMEN	19
II. REGELBESCHÄFTIGUNG	20
1. Anzurechnende Arbeitnehmer	20
2. Regelbeschäftigung	21
3. Sonderfälle	23
a. Zeitarbeiter.....	23
b. Im Ausland tätige Arbeitnehmer	24
4. Gesellschaftsrechtliche Probleme	25
a. Konzernrechtliche Zuordnung von Arbeitnehmern	25
b. Konzern im Konzern	27
5. Gemeinschaftsunternehmen und gemeinsamer Betrieb	28
a. Gemeinschaftsunternehmen	29
b. Gemeinsamer Betrieb.....	29
6. Betriebsbegriff	31
a. Für Unternehmen mit mehreren Betrieben	31
b. Für Unternehmen und Konzerne, soweit sie nach produkt- oder projektbezogenen Geschäftsbereichen organisiert sind und die Leitung der Sparte auch Entscheidungen in beteiligungspflichtigen Angelegenheiten trifft.....	31
c. Andere Arbeitnehmervertretungsstrukturen	32
B. ALLGEMEINE WAHLGRUNDSÄTZE	32
I. AKTIVES WAHLRECHT	32

1.	Arbeitnehmereigenschaft	32
2.	Sonderfälle	33
	a. Zeitarbeiter	33
	b. Doppelte Betriebszugehörigkeit	34
3.	Leitende Angestellte	34
4.	Lebensalter	35
5.	Eintragung in die Wählerliste	35
6.	Keine Wahlberechtigung	35
II.	PASSIVES WAHLRECHT	36
1.	Wählbarkeitsvoraussetzungen nach dem MitbestG	36
2.	Gesellschaftsrechtliche Wählbarkeitsvoraussetzungen	36
C.	VORBEREITUNG UND DURCHFÜHRUNG DES WAHLVERFAHRENS	38
I.	DIE EINZELNEN WAHLORDNUNGEN ZUM MITBESTIMMUNGSGESETZ UND IHR ANWENDUNGSBEREICH	38
II.	AUFBAU DER WAHLORDNUNGEN	39
III.	ABWEICHEN VON DER WAHLORDNUNG	40
IV.	EINLEITUNG DER WAHL	40
1.	Unternehmensbekanntmachung	40
2.	Bildung der Wahlvorstände	47
	a. Struktur der Wahlvorstände	47
	b. Fehlen von Wahlvorständen	48
	c. Zusammensetzung der Wahlvorstände	49
	d. Zeitpunkt der Bildung der Wahlvorstände	51
	e. Aufgaben der Wahlvorstände	51
	f. Teilnahme an mehreren Wahlen der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat	52

g. Bestellung der Wahlvorstände	53
h. Stellung der Wahlvorstandsmitglieder	56
i. Ersatzmitglieder	58
3. Geschäftsordnung des Wahlvorstands und der Wahlhelfer	59
a. Geschäftsordnung	59
b. Wahlhelfer	60
c. Beschlussfassung der Wahlvorstände	61
d. Niederschrift	61
e. Nichtöffentlichkeit der Sitzung	61
f. Form der Bekanntmachungen	62
4. Unternehmenspflichten	62
a. Unterlagen für die Wählerlisten	62
b. Sachmittel	63
c. Freistellung von Wahlvorstandsmitgliedern	63
5. Information ausländischer Arbeitnehmer	63
6. Mitteilung über die Bestellung der Wahlvorstände	64
V. WÄHLERLISTEN	65
1. Aufstellung der Wählerlisten	65
2. Bekanntmachung der Wählerliste	66
3. Übersendung der Wählerliste	67
4. Änderungsverlangen und Einspruch	67
VI. VORABSTIMMUNG	71
1. Abstimmung über die Urwahl bzw. Delegiertenwahl (§ 13)	71
2. Anträge im Vorabstimmungsverfahren (§ 14)	72
3. Abstimmungsausschreiben	72
4. Abstimmungsvorgang	73
5. Stimmenauszählung	74
6. Abstimmungsniederschrift des Betriebswahlvorstandes	75
7. Abstimmungsniederschrift des Hauptwahlvorstandes	75
VII. SCHRIFTLICHE STIMMABGABE	75
1. Voraussetzung für die schriftliche Stimmabgabe	76
2. Stimmabgabe	77
3. Ermittlung des Wahlergebnisses	77

VIII. WAHLVORSCHLÄGE FÜR DIE WAHL DER AUF SICHTSRATSMITGLIEDER 78

1. Aufteilung der Sitze unternehmensangehöriger Aufsichtsratsmitglieder (§ 25)	78
2. Wahlvorschläge aus der Belegschaft	79
a. Wahlvorschläge der Arbeitnehmer (§ 27)	80
b. Wahlvorschläge für Ersatzmitglieder	81
c. Formelle Erfordernisse der Wahlvorschläge	81
d. Wahlvorschläge der leitenden Angestellten	83
3. Prüfung der Wahlvorschläge	86
4. Nachfrist für Wahlvorschläge	87
5. Wahlvorschläge der Gewerkschaften (§ 28)	88
6. Bekanntmachung von Wahlvorschlägen (§ 37)	88

IX. URWAHL 89

1. Vorbemerkung	89
2. Wahlausschreiben	89
3. Stimmabgabe und Wahlvorgang	91
a. Wahlgang	91
b. Verhältniswahl oder Mehrheitswahl	91
c. Gestaltung der Stimmzettel	92
d. Wahlunterlagen	94
e. Wahlvorgang	95
f. Kennzeichnung des Stimmzettels (§§ 40 Abs. 4, 44 Abs. 3)	95
g. Stimmauszählung (§§ 41, 45)	96
4. Wahlergebnis	98
a. Verhältniswahl	99
b. Mehrheitswahl (§ 44)	100
c. Ermittlung der Gewählten in nicht börsennotierten und in börsennotierten Unternehmen	100
aa. Ermittlung der Gewählten bei nicht börsennotierten Unternehmen, § 50a	100
bb. Ermittlung der Gewählten bei börsennotierten Unternehmen im Fall der Gesamterfüllung, § 50b	101
cc. Ermittlung der Gewählten bei börsennotierten Unternehmen im Fall der Getrennterfüllung, § 50c	101
5. Wahl Niederschrift, Bekanntmachung des Wahlergebnisses, Benachrichtigung der Gewählten und Aufbewahrung der Wahlakten	102

X. WAHL DER DELEGIERTEN	103
1. Delegierte mit Mehrfachmandat (§§ 54, 55)	103
2. Einleitung der Delegiertenwahl (§ 56 Abs. 1)	104
3. Berechnung und Verteilung der Delegierten	104
a. Errechnung der Zahl der Delegierten (§ 56 Abs. 2 und 3) . . .	104
b. Verteilung der Delegiertensitze auf die Arbeitnehmer und die leitenden Angestellten.	105
c. Verminderung von Delegiertensitzen und Erhöhung ihres Stimmengewichts	106
d. Erhöhung von Delegiertensitzen aufgrund des „Minderheitenschutzes“	107
e. Zuordnung von Arbeitnehmern zu anderen Betrieben	108
4. Formelles Verfahren und Vorabstimmung	110
a. Mitteilung	110
b. Wahlausschreiben für die Wahl der Delegierten	110
c. Definition der Wahlgänge	111
5. Wahlvorschläge für die Wahl der Delegierten	111
a. Vorschlagsquorum	111
b. Vorschlagsrecht	112
c. Berechnung des Vorschlagsquorums	112
d. Wählbarkeitsvoraussetzungen	112
e. Prüfung der Wahlvorschläge (§ 61)	113
f. Bekanntmachung	114
6. Stimmabgabe, Wahlvorgang und schriftliche Stimmabgabe . .	114
7. Wahlniederschrift und Benachrichtigungen	114
8. Amtszeit der Delegierten	115
9. Vorbereitungen zur Delegiertenversammlung	117
a. Delegiertenliste	117
b. Einsprüche gegen die Delegiertenliste	117
c. Mitteilung des Hauptwahlvorstandes (§ 77)	117
10. Wahl in der Delegiertenversammlung	118
a. Durchführung der Delegiertenversammlung	118
b. Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats	119
c. Benachrichtigung und Mitteilung	119
11. Aufbewahrung der Wahlakten	120
XI. BEKANNTMACHUNG DER MITGLIEDER DES AUSICHTSRATS	120

D. WAHLSCHUTZ UND KOSTEN DER WAHL	120
I. WAHLSCHUTZ	120
1. Behinderung	121
2. Wahlbeeinflussung	121
3. Rechtsfolgen	122
II. WAHLKOSTEN	122
III. WAHLANFECHTUNG	124
1. Anfechtungsgründe	125
2. Kausalität	125
3. Anfechtungsberechtigte	126
4. Anfechtungsfrist	127
5. Rechtswirkung der Anfechtung	127

TEIL 2: DIE WAHLORDNUNG NACH DEM DRITTELBETEILIGUNGSGESETZ

128

A. ANWENDUNGSBEREICH DES DRITTELBETEILIGUNGSGESETZES

129

I. ERFASSTE UNTERNEHMEN – RECHTSFORM DER GESELLSCHAFT

129

1. Drittelbeteiligung in Aktiengesellschaften mit weniger als 500 Beschäftigten
 2. Drittelbeteiligung im Aufsichtsrat einer GmbH
 3. Unternehmen im Geltungsbereich anderer Mitbestimmungsgesetze
 4. Personengesellschaften und Tendenzunternehmen
- 129
131
132
132

II. STATUSVERFAHREN	134
III. FESTSTELLUNG DER REGELBESCHÄFTIGUNG	135
1. Arbeitnehmereigenschaft	135
2. Regelbeschäftigung im Unternehmen	137
a. In der Regel beschäftigte Arbeitnehmer.....	137
b. Im Ausland tätige Arbeitnehmer.....	138
IV. DRITTELBETEILIGUNG IM KONZERN	139
1. Beteiligung von Arbeitnehmern aus Tochtergesellschaften an der Aufsichtsratswahl (§ 2 Abs. 1 DrittelbG)	139
a. Sog. Vertragskonzern	140
b. Sog. faktischer Unterordnungskonzern	140
2. Zurechnung von Arbeitnehmern aus Tochtergesellschaften (§ 2 Abs. 2 DrittelbG)	141
B. DER AUFSICHTSRAT	142
I. GRÖSSE DES AUFSICHTSRATS	142
II. BESETZUNG DES AUFSICHTSRATS	143
1. Arbeitnehmervvertreter im Aufsichtsrat	143
2. Berücksichtigung von Männern und Frauen	143
I. VERÄNDERUNGEN DER AUFSICHTSRATSGRÖSSE	144
C. ALLGEMEINES ZUR WAHL DER ARBEITNEHMERVVERTRETER	145

I. WAHLRECHT	145
1. Aktives Wahlrecht	145
2. Passives Wahlrecht	146
a. Unternehmensangehörige Arbeitnehmervertreter	146
b. Sonstige Arbeitnehmervertreter	147
c. Allgemeine Wählbarkeitsvoraussetzungen	147
II. WAHLGRUNDSÄTZE	148
III. NUTZUNG MODERNER INFORMATIONS- UND KOMMUNIKATIONSTECHNIK	149
IV. WAHLSCHUTZ UND WAHLKOSTEN	150
1. Benachteiligungsschutz und Wahlschutz	150
2. Wahlkosten	152
3. Wahlanfechtung	153
D. DIE WAHL DER ARBEITNEHMERVERTRETER	154
I. ALLGEMEINES	154
1. Systematik der Wahlordnung	154
2. Aufbau der Wahlordnung	154
II. EINLEITUNG DER WAHL – UNTERNEHMENS- MITTEILUNG GEM. § 1 WODRITTELBG	155
III. BETRIEBSWAHLVORSTAND (§§ 2, 3 WODRITTELBG)	158
1. Aufgabe	158
2. Bildung	158

a. Zusammensetzung	158
b. Bestellung	158
c. Frist	159
d. Mitteilung an das Unternehmen	159
3. Geschäftsführung (§ 3 WODrittelbG)	159
4. Unterrichtung ausländischer Arbeitnehmer	159
5. Stellung der Wahlvorstandsmitglieder	159
6. Besonderheit bei Wahlen in mehreren Betrieben oder mehreren Unternehmen	160
a. Zuständigkeit	160
b. Bestellung	161
IV. WÄHLERLISTE (§§ 4, 6 WODRITTELBG)	164
1. Aufstellung der Wählerliste	164
2. Veränderungen der Wählerliste	165
V. WAHLAUSSCHREIBEN (§ 5 WODRITTELBG)	168
VI. WAHLVORSCHLÄGE (§§ 7 ff. WODRITTELBG)	172
1. Wahlvorschläge für Bewerber	172
2. Wahlvorschläge für Ersatzmitglieder	173
3. Bestätigung und Prüfung der Wahlvorschläge (§§ 9, 10 WODrittelbG)	174
4. Nachfrist	175
5. Bekanntmachung	175
6. Besonderheiten bei Wahlen in Unternehmen mit mehreren Betrieben oder im Konzern	175
VII. WAHL DER AUFSICHTSRATSMITGLIEDER DER ARBEITNEHMER	179
1. Wahllokal, Wahlurne	179
2. Stimmzettel (§ 13 Abs. 2 WODrittelbG)	180
3. Abstimmungsvorgang	181
a. Persönliche Stimmabgabe	181
b. Schriftliche Stimmabgabe	182

aa.	Schriftliche Stimmabgabe auf Verlangen des Arbeitnehmers	182
bb.	Schriftliche Stimmabgabe wegen bekannter Abwesenheit	182
cc.	Schriftliche Stimmabgabe auf Beschluss des Betriebswahlvorstands	183
dd.	Verfahren bei der schriftlichen Stimmabgabe.....	183
4.	Stimmauszählung	184
5.	Feststellung des Wahlergebnisses	184
a.	Stimmverteilung	184
b.	Wahl von Ersatzmitgliedern	185
c.	Wahlniederschrift	185
6.	Bekanntgabe des Wahlergebnisses, Aufbewahrung der Wahlakten	186
7.	Bekanntmachung des Unternehmens.....	186
8.	Besonderheiten bei Wahl durch Arbeitnehmer mehrerer Betriebe oder mehrerer Unternehmen	186

E.	DIE ABERUFUNG VON AUFSICHTSRATS- MITGLIEDERN DER ARBEITNEHMER	190
-----------	--	------------

TEIL 3: ANHANG	192
-----------------------------	------------

A.	FÜR DIE WAHL NACH DEM MITBESTIMMUNGSGESETZ	192
-----------	---	------------

I.	MUSTER	193
-----------	---------------------	------------

1.a.	Bekanntmachung des Unternehmens (§ 2) – nicht börsennotiert	193
1.b.	Bekanntmachung des Unternehmens (§ 2) – börsennotiert und Gesamterfüllung der Geschlechterquote	195
1.c.	Bekanntmachung des Unternehmens (§ 2) – börsennotiert und Getrennterfüllung der Geschlechterquote	197
2.	Bekanntmachung über die Bildung der Wahlvorstände und die Wählerliste (§ 9).....	199

3.a.	Bekanntmachung über die Art der Wahl (§ 13 Abs. 1) für Unternehmen mit bis zu 8.000 Beschäftigten	201
3.b.	Bekanntmachung über die Art der Wahl (§ 13 Abs. 2) für Unternehmen mit mehr als 8.000 Beschäftigten	203
4.a.	Abstimmungsausschreiben (§ 15) für Unternehmen mit bis zu 8.000 Beschäftigten	205
4.b.	Abstimmungsausschreiben (§ 15) für Unternehmen mit mehr als 8.000 Beschäftigten	207
5.	Abstimmungsniederschrift des Hauptwahlvorstandes (§ 23)	209
6.a.	Bekanntmachung über die Einreichung von Wahlvorschlägen (§ 26) – nicht börsennotierte Unternehmen	211
6.b.	Bekanntmachung über die Einreichung von Wahlvorschlägen (§ 26) – börsennotierte Unternehmen mit Gesamterfüllung der Geschlechterquote	214
6.c.	Bekanntmachung über die Einreichung von Wahlvorschlägen (§ 26) – börsennotierte Unternehmen mit Getrennterfüllung der Geschlechterquote	217
7.a.	Bekanntmachung über die Abstimmung für den Wahlvorschlag der leitenden Angestellten (§ 30) – nicht börsennotierte Unternehmen	220
7.b.	Bekanntmachung über die Abstimmung für den Wahlvorschlag der leitenden Angestellten (§ 30) – börsennotierte Unternehmen mit Gesamterfüllung der Geschlechterquote	222
7.c.	Bekanntmachung über die Abstimmung für den Wahlvorschlag der leitenden Angestellten (§ 30) – börsennotierte Unternehmen mit Getrennterfüllung der Geschlechterquote	224
8.	Bekanntmachung über die erneute Einreichung von Abstimmungsvorschlägen der leitenden Angestellten (§ 31 Abs. 5)	226
9.	Abstimmungsniederschrift über Abstimmung der leitenden Angestellten (§ 33)	227
10.	Bekanntmachung über die Nachfrist für Wahlvorschläge (§ 36)	229
11.a.	Wahlausschreiben (§ 39) – nicht börsennotierte Unternehmen	230
11.b.	Wahlausschreiben (§ 39) – börsennotierte Unternehmen mit Gesamterfüllung der Geschlechterquote	232
11.c.	Wahlausschreiben (§ 39) – börsennotierte Unternehmen mit Getrennterfüllung der Geschlechterquote	235

12.	Wahlniederschrift (§§ 42 Abs. 1, 46 Abs. 1)	238
13.a.	Wahlniederschrift (§ 51) – nicht börsennotierte Unternehmen und börsennotierte Unternehmen mit Gesamterfüllung der Geschlechterquote	240
13.b.	Wahlniederschrift (§ 51) – börsennotierte Unternehmen mit Getrennterfüllung der Geschlechterquote	244
14.	Mitteilung an die Betriebsratswahlvorstände	248
15.	Wahlausschreiben für die Wahl der Delegierten (§ 59)	250
16.	Nachfrist für Wahlvorschläge (§ 63 Abs. 1)	253
17.	Bekanntmachung über das Entfallen eines Wahlgangs (§ 63 Abs. 2)	254
18.	Wahlniederschrift der Wahl der Delegierten (§ 71)	255
19.a.	Mitteilung an die Delegierten (§ 77) – nicht börsennotierte Unternehmen	258
19.b.	Mitteilung an die Delegierten (§ 77) – börsennotierte Unternehmen mit Gesamterfüllung der Geschlechterquote	260
19.c.	Mitteilung an die Delegierten (§ 77) – börsennotierte Unternehmen mit Getrennterfüllung der Geschlechterquote	262
20.a.	Wahlniederschrift (§ 85) – nicht börsennotierte Unternehmen und börsennotierte Unternehmen mit Gesamterfüllung der Geschlechterquote	264
20.b.	Wahlniederschrift (§ 85) – börsennotierte Unternehmen mit Getrennterfüllung der Geschlechterquote	268

II. ABLAUSCHEMATA

1.	Erste Wahlordnung / Unmittelbare Wahl – Ablaufschema ...	272
2.	Erste Wahlordnung / Delegiertenwahl – Ablaufschema	274
3.	Zweite Wahlordnung / Unmittelbare Wahl – Ablaufschema ...	277
4.	Zweite Wahlordnung / Delegiertenwahl – Ablaufschema	279
5.	Dritte Wahlordnung / Unmittelbare Wahl – Ablaufschema ...	282
6.	Dritte Wahlordnung / Delegiertenwahl – Ablaufschema	284

B. FÜR DIE WAHL NACH DEM DRITTELBETEILIGUNGSGESETZ

287

I. MUSTER	288
1. Mitteilung des Unternehmens (§ 1 WODrittelbG)	288
2. Bescheid über den Einspruch gegen die Wählerliste (§ 6 Abs. 2 Satz 2 WODrittelbG)	289
3. Wahlausschreiben (§ 5 WODrittelbG)	290
4. Bescheid über die Ungültigkeit eines Wahlvorschlags (§ 9 Abs. 2 WODrittelbG)	293
5. Beanstandung eines fehlerhaften Wahlvorschlags (§ 9 Abs. 2 WODrittelbG)	294
6. Mitteilung wegen Doppelunterschrift (§ 7 Abs. 4 WODrittelbG)	295
7. Bekanntmachung über die Nachfrist für die Einreichung von Wahlvorschlägen (§ 11 Abs. 1 WODrittelbG)	296
8. Bekanntmachung über das Ausfallen der Wahl (§ 11 Abs. 2 WODrittelbG)	297
9. Niederschrift des Wahlergebnisses (§ 20 WODrittelbG)	298
10. Niederschrift über das Ergebnis der Stimmauszählung im Betrieb (§ 31 Abs. 2, 20 WODrittelbG)	299
11. Niederschrift über Wahlergebnis (§ 31 Abs. 3 WODrittelbG)	300
12. Benachrichtigung (§ 21 Abs. 2 oder § 31 Abs. 4 WODrittelbG)	301
13. Bekanntmachung des Wahlergebnisses (§ 21 Abs. 1, § 31 Abs. 4 WODrittelbG)	302
II. ABLAUFSCHEMA	303
C. LITERATUR	305

SYMBOLERKLÄRUNG



BEISPIEL



PRAXISTIPP



MUSTER

DOWNLOADHINWEIS

UNSER SERVICE ONLINE

Die Muster und Schemata stehen Ihnen in der ArbeitgeberBibliothek kostenfrei zum Download zur Verfügung. Für den Download gehen Sie bitte zunächst auf die Website www.arbeitgeberbibliothek.de. Klicken Sie dann auf den Menüpunkt **Login & Registrieren > Downloads zum Buch**. Wählen Sie dort das Buch **Praxishandbuch Band 10, 2. Auflage | Die Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat** aus und geben Sie folgendes Passwort ein:

PH10Mitbest2

TEIL 1: DIE WAHLORDNUNGEN NACH DEM MITBESTIMMUNGSGESETZ

A. ANWENDUNGSBEREICH DES MITBESTIMMUNGSGESETZES

Der Kreis der vom Mitbestimmungsgesetz erfassten Unternehmen wird durch deren Rechtsform und die Zahl ihrer regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer bestimmt (§ 1 Abs. 1 MitbestG).

I. RECHTSFORMEN

Dem Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes unterfallen nur Kapitalgesellschaften, also Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, GmbHs sowie Genossenschaften (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG; zu den Ausnahmen siehe § 1 Abs. 2 und 4 MitbestG).

Hinzu kommt noch die Kapitalgesellschaft & Co. KG, sofern diese die im Gesetz aufgeführten besonderen Voraussetzungen erfüllt (§ 4 MitbestG). Das Mitbestimmungsgesetz beschränkt sich auf inländische Unternehmen. Verwehrt ist es, im Ausland gelegene Unternehmen in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes einzubeziehen (Territorialitätsprinzip). Neuerdings wird dieses Prinzip von der Rechtsprechung in Frage gestellt¹. Das Kammergericht Berlin hat dem Europäischen Gerichtshof die Frage vorgelegt, ob es mit Art. 18 AEUV (Diskriminierungsverbot) und Art. 45 AEUV (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) vereinbar ist, dass ein Mitgliedstaat das aktive und passive Wahlrecht für die Vertreter der Arbeitnehmer in das Aufsichtsorgan eines Unternehmens nur solchen Arbeitnehmern einräumt, die in Betrieben des Unternehmens oder in Konzernunternehmen im Inland beschäftigt sind².

¹ So hat das LG Frankfurt a.M. entschieden, dass die Arbeitnehmer ausländischer Konzerntöchter bei der Ermittlung des 2.000er-Schwellenwertes für die Anwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes mitzuzählen sind, 16.2.2015, 3-16 O 1/14, ZIP 2015, 634, während das LG Berlin zum gegenteiligen Ergebnis gelangte, 12.5.2015, 102 O 65/14 AktG, DB 2015, 1588; vgl. hierzu auch Prinz, SAE 2015, 66 ff.; Winter/Marx/De Decker, NZA 2015, 1111 ff.

² KG Berlin 16.10.2015, 14 W 89/15, DB 2015, 2689.

II. REGELBESCHÄFTIGUNG

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes ist weiter, dass das Unternehmen in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG).

Die Regelbeschäftigung ist aber nicht nur für die Anwendbarkeit des Gesetzes relevant: Sie entscheidet auch darüber, nach welcher Regelwahlart in einem Unternehmen die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zu wählen sind (§ 9 MitbestG, vgl. S. 71).

Grundlage für die Ermittlung der Anzahl der Regelbeschäftigten bildet stets das Unternehmen und nicht der Betrieb. Im Konzern ist die Gesamtheit der Belegschaften aller konzernabhängigen Unternehmen einzubeziehen.

1. Anzurechnende Arbeitnehmer

Bei der Ermittlung der maßgeblichen Beschäftigtenzahl sind alle Arbeitnehmer der Betriebe des Unternehmens einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten zu berücksichtigen. Auf die Wahlberechtigung im Einzelnen kommt es nicht an. Ein Ruhen des Arbeitsverhältnisses ist grundsätzlich unbeachtlich. Ohne Bedeutung ist gleichfalls, ob ein Arbeitnehmer innerhalb oder außerhalb eines Betriebes des Unternehmens beschäftigt wird. Auch die jeweilige Dauer der Beschäftigung spielt keine Rolle. Daher sind in Ansatz zu bringen:

- Teilzeitbeschäftigte sowie geringfügig Beschäftigte,
- Außendienstler,
- Telearbeitnehmer,
- in Heimarbeit Beschäftigte,
- Wehr oder Ersatzdienstleistende,
- Arbeitnehmer in Elternzeit,
- Auszubildende.

Nicht zu berücksichtigen sind dagegen:

- arbeitnehmerähnliche Personen,
- Arbeitnehmer eines im Ausland gelegenen Unternehmens oder Betriebs³,
- freie Mitarbeiter,

³ Anderer Ansicht ist das Landgericht Frankfurt a. M., s. Fn. 1.

- Diplomanden oder Doktoranden,
- Praktikanten und Volontäre, soweit sie nicht weisungsgebunden und nicht in die Betriebsorganisation eingegliedert sind,
- Teilnehmer an berufsvorbereitenden Maßnahmen, die von der Arbeitsverwaltung gefördert werden, wie z. B. Umschüler,
- Schüler als Berufspraktikanten, Werkvertragsbeschäftigte, Zeitarbeiter (beachte S. 23),
- Altersteilzeitler in der Freistellungsphase⁴; im Gegensatz zu anderen ruhenden Arbeitsverhältnissen ist bei ihnen eine Rückkehr in den Betrieb des Unternehmens nicht geplant. Damit ist das Arbeitsverhältnis derartig gelockert, dass von einer Arbeitnehmereigenschaft dieser Altersteilzeitler nicht mehr ausgegangen werden kann.⁵
- In Betrieben einer juristischen Person die Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist; hingegen können Mitglieder des zur gesetzlichen Vertretung befugten Organs einer abhängigen Gesellschaft als Arbeitnehmer der Muttergesellschaft gelten, falls neben der Organstellung ein Angestelltenverhältnis (Prokurist) zur Muttergesellschaft besteht.
- Die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder die Mitglieder einer anderen Personengesamtheit, soweit sie durch Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Vertretung der Personengesamtheit oder zur Geschäftsführung berufen sind.
- Personen, deren Beschäftigung nicht in erster Linie ihrem Erwerb dient, sondern vorwiegend durch Beweggründe karitativer oder religiöser Art bestimmt ist sowie
- Personen, deren Beschäftigung nicht in erster Linie ihrem Erwerb, sondern vorwiegend ihrer Heilung, Wiedereingewöhnung, sittlichen Besserung oder Erziehung dient.

2. Regelbeschäftigung

Die regelmäßige Beschäftigtenzahl wird nicht durch einfaches Abzählen an einem bestimmten Stichtag ermittelt. Relevant sind nicht nur der gegenwärtige Stand der Beschäftigtenzahl und der Rückblick auf die vergangene Lage. Von noch größerer Bedeutung ist die Einschätzung der zukünftigen Personalentwicklung des Unternehmens.⁶ Eine herausragende Rolle kommt daher der

⁴ LAG Nürnberg 16.2.2006 – 2 TaBV 9/06, NZA 2006, 936.

⁵ BAG 25.10.2000 – 7 ABR 18/00 – BB 2001, 832.

⁶ LG Stuttgart 11.9.1984 – 2 AktE 1/84 – DB 1984, 2551.

unternehmerischen Planung zu. Insoweit steht den Unternehmen ein Prognosespielraum zur Verfügung. Doch reichen bloße Absichten hinsichtlich der künftigen Entwicklung nicht aus. Erforderlich ist stets, dass die Änderungen der Personalstärke im zuständigen Gesellschaftsorgan verbindlich beschlossen sind und ihrer Verwirklichung nichts Wesentliches mehr im Wege steht.⁷ In diesem Zusammenhang können der Stellenplan und die Personalplanung von erheblicher Bedeutung sein.

Umstritten ist, ob bei der unternehmerischen Prognose über die Beschäftigtenzahl ein Referenzzeitraum zu Grunde zu legen ist. Die Literaturauffassungen reichen von der Ablehnung eines jeglichen Referenzzeitraums, über einen sechs bis zwölfmonatigen Zeitraum bis hin zu einem Prognosezeitraum, der einer normalen Wahlperiode der Aufsichtsratsmitglieder entspricht. Nach der obergerichtlichen Rechtsprechung sind wenigstens die nächsten 17 bis 20 Monate der Unternehmensplanung bei der Ermittlung der fraglichen Arbeitnehmerzahl einzubeziehen.⁸



PRAXISTIPP

Auf jeden Fall kommt es bei der Feststellung der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer auf die Ermittlung des normalen Zustandes an. Abzustellen ist auf die Beschäftigungslage, die in der Regel für das Unternehmen kennzeichnend ist. Kurzfristige saisonale Veränderungen bleiben unberücksichtigt. Außer Betracht bleiben Arbeitnehmer, die in Zeiten außergewöhnlicher kurzfristiger Arbeitsanhäufung zeitlich begrenzt beschäftigt werden. Insoweit sind Aushilfsarbeiter, die zusätzlich zum regelmäßigen Arbeitnehmerbestand beschäftigt werden, nicht mitzuzählen. Etwas anderes gilt für Kampagnebetriebe, die nur während einer bestimmten Zeit des Jahres arbeiten. Für diese Unternehmen ist die Zahl der in dieser Zeit beschäftigten Arbeitnehmer maßgebend.

Nach einer bedenklichen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts⁹ ist bei der Ermittlung der Regelbeschäftigung auf die regelmäßig besetzten Arbeitsplätze abzustellen, unabhängig von den dem Rechtsverhältnis zugrundelie-

⁷ OLG Düsseldorf 9.12.1994 – 19 W 2/94 AktE – DB 1995, 277.

⁸ OLG Düsseldorf a. a. O.

⁹ BAG 1.12.1961 – 1 ABR 15/60 – BB 1962, 220; Fuchs/Köstler, Rn. 31; a. A. OLG Hamburg – 11 W 27/07 – DB 2007, 2762 ff.

genden Rechtsbeziehungen. Nach dieser Auffassung des BAG braucht die Eigenschaft als Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechts nicht vorzuliegen, wodurch ein Arbeitsplatz, auf dem ständig wechselnde Arbeitnehmer für einen längeren Arbeitseinsatz eingesetzt werden, als für die Regelbeschäftigung relevant bewertet werden könnte.

3. Sonderfälle

a. Zeitarbeitnehmer

Bisher galt der Grundsatz, dass Arbeitnehmer, die an einen anderen Betrieb überlassen werden, allein dem Zeitarbeitsunternehmen zuzurechnen sind. Dies galt gleichermaßen für die Fälle, bei denen ein Arbeitnehmer ausnahmsweise an ein anderes Unternehmen unter Fortbestand des alten Arbeitsverhältnisses überlassen wird, wie auch für die Arbeitnehmer, die von einem Unternehmen gewerbsmäßig anderen Unternehmen überlassen werden. Hieran änderte auch nichts, wenn ein Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes für einen längeren Zeitraum als drei Monate im Entleiherunternehmen eingesetzt wird. Durch die Verweisung auf § 7 Satz 2 BetrVG (§ 10 Abs. 2 und § 18 Satz 2 MitbestG), der nur das aktive Wahlrecht von Zeitarbeitnehmern betrifft, werden diese keineswegs zu Arbeitnehmern des Unternehmens¹⁰. Es muss allerdings schon jetzt davon ausgegangen werden, dass zukünftig Zeitarbeitnehmer auch im Einsatzunternehmen bei den Schwellenwerten mitzuzählen sind. So hat das BAG bereits entschieden, dass wahlberechtigte Zeitarbeitnehmer auf Stammarbeitsplätzen für den Schwellenwert von in der Regel 8.000 Arbeitnehmern mitzuzählen sind, ab dessen Erreichen die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach dem Mitbestimmungsgesetz grundsätzlich als Delegiertenwahl durchzuführen ist.¹¹

Darüber hinaus sieht der bei Redaktionsschluss dieser Broschüre vorliegende Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze in einem ergänzten § 14 Abs. 2 AÜG vor, dass Zeitarbeitnehmer auch im Entleiherbetrieb und im Entleiherunternehmen zu berücksichtigen sind, soweit Bestimmungen der Mitbestimmungsgesetze und Wahlordnungen eine bestimmte Anzahl oder einen bestimmten Anteil von Arbeitnehmern voraussetzen. Das Gesetz soll am 1. Januar 2017 in Kraft treten.

¹⁰ Ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. BAG 10.3.2004 – 7 ABR 49/03, NZA 2004, 1340.

¹¹ BAG 4.11.2015 – 7 ABR 42/13, juris.

b. Im Ausland tätige Arbeitnehmer

Das Mitbestimmungsgesetz findet keine Anwendung auf im Ausland gelegene Unternehmen und Betriebe. Daher sind Arbeitnehmer ausländischer Betriebe nicht einzubeziehen. Unerheblich ist dabei, ob es sich um ausländische Betriebe oder um ausländische Tochterunternehmen eines deutschen Unternehmens handelt. Ist ein Arbeitnehmer in einen ausländischen Betrieb eingegliedert, so ist er bei der Ermittlung der Regelbeschäftigung nicht in Ansatz zu bringen, unabhängig davon, ob der Arbeitsvertrag im Inland oder Ausland abgeschlossen wurde bzw. eine künftige Übernahme in einen deutschen Betrieb bei Vertragsabschluss oder später vorgesehen ist oder nicht. Auch Arbeitnehmer inländischer Betriebe von im Ausland gelegenen Tochtergesellschaften eines mitbestimmten Unternehmens zählen – entgegen teilweise vertretener erstinstanzlicher Auffassungen – bei der Errechnung der maßgeblichen Arbeitnehmerzahl nicht mit.¹² Das Kammergericht Berlin hat zur Frage der aktiven und passiven Wahlberechtigung von Arbeitnehmern ausländischer Unternehmensteile eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof beschlossen¹³.



PRAXISTIPP

Durch die aktuelle kontroverse Rechtsprechung zur Frage der Berücksichtigung von Beschäftigten ausländischer Unternehmens- bzw. Konzernteile ist eine gewisse Rechtsunsicherheit entstanden. Solange keine gegenteilige rechtskräftige höchstrichterliche Entscheidung oder eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vorliegt, empfiehlt es sich, entsprechend der bisherigen Rechtslage und dem damaligen Ausschussbericht¹⁴ zu verfahren und diese Beschäftigten nicht zu berücksichtigen, da eine entsprechende Berücksichtigung nicht den gesetzlichen Vorgaben zu entnehmen ist.

Die Zugehörigkeit zu einem inländischen Betrieb kann jedoch bei einer Tätigkeit im Ausland gegeben sein, wenn ein Arbeitnehmer vorübergehend von seinem deutschen Stammbetrieb zu einer ausländischen Betriebsstätte ent-

¹² Vgl. schriftlicher Ausschussbericht, BT-Drucks. 7/4845, S. 4., zur aktuellen kontroversen Rechtsprechung vgl. Fn. 1.

¹³ Siehe Fn. 2.

¹⁴ Siehe Fn. 11.

sandt wird. Erfolgt die Tätigkeit dieses Arbeitnehmers im Rahmen der Organisation eines inländischen Betriebes, so ist er bei der Ermittlung der Arbeitnehmerzahlen mitzuzählen. Dabei muss er weiterhin dem Weisungsrecht seines Stammbetriebes in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeit – wenn auch in gelockerter Form – unterstehen. Eine Zusicherung der Wiedereinstellung in den Stammbetrieb genügt nicht, wenn die Zugehörigkeit zu diesem durch Eingliederung in einen ausländischen Betrieb beendet wurde.

Umstritten ist, ob eine längere Dauer der Beschäftigung in einem ausländischen Betrieb die Zugehörigkeit zum Stammbetrieb derartig lockert, dass dieser Arbeitnehmer nicht mehr bei der Ermittlung der Regelbeschäftigung zu berücksichtigen ist. Aber auch wenn dies abgelehnt wird, ist dies auf jeden Fall ein Indiz dafür, dass der Arbeitnehmer dort und nicht mehr in seinem Stammbetrieb eingegliedert ist. Wird die Zugehörigkeit zu einem inländischen Betrieb bejaht, so steht diesem Arbeitnehmer auch das Wahlrecht zu.

4. Gesellschaftsrechtliche Probleme

Das Mitbestimmungsgesetz ist eingebettet in das geltende Gesellschaftsrecht. Insoweit ergeben sich eine Reihe gesellschaftsrechtlicher Vorfragen.

a. Konzernrechtliche Zuordnung von Arbeitnehmern

Gem. § 5 Abs. 1 MitbestG gelten die Arbeitnehmer von Konzerntochterunternehmen als Arbeitnehmer der herrschenden Gesellschaft. Zu einer Zurechnung kommt es dann, wenn Unternehmen von einem anderen abhängig sind (§ 17 Abs. 2 AktG) und diese einen Konzern bilden (§ 18 AktG). Auf jeden Fall muss es sich um einen Unterordnungskonzern handeln; der Gleichordnungskonzern ist von § 5 Abs. 1 MitbestG nicht erfasst. Unerheblich ist dabei, ob die Konzernleitungsmacht auf einer vertraglichen Grundlage beruht oder faktisch ausgeübt wird.

Für die Annahme einer Abhängigkeit reicht es aus, dass ein Unternehmen die Möglichkeit zur Ausübung eines beherrschenden Einflusses hat.¹⁵ Dies gilt nach der Rechtsprechung auch in der Frage der Anwendbarkeit des § 5 Abs. 3 MitbestG auf die deutsche Holdinggesellschaft bei ausländischer Konzernspitze. Es kommt nicht darauf an, ob eine fiktive Spitze eines deutschen

¹⁵ OLG Frankfurt a. M., 21.4.2008 – 20 W 8/07 – ZIP 2008, 880.

Teilkonzerns Leitungsbefugnisse i. S. v. § 17 Abs. 2, 18 Abs. 1 Satz 3 AktG hat, sondern es reicht die bloße Möglichkeit zur Ausübung der Leitungsmacht aus. Die der ausländischen Konzernmutter am nächsten stehende deutsche GmbH, die ihr die Mehrheitsbeteiligung an nachgeordneten Gesellschaften (zumindest teilweise) vermittelt, gilt auch dann für die Anwendung des MitbestG als herrschendes Unternehmen, wenn die Leitung der nachgeordneten Gesellschaften über eine in den Konzern eingegliederte ausländische Gesellschaft erfolgt.¹⁶

Gem. § 17 Abs. 2 AktG wird bei einer Mehrheitsbeteiligung im Sinne von § 16 Abs. 1 AktG das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses vermutet. Hieran knüpft dann die weitere Vermutung des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG an, wonach von einem abhängigen Unternehmen mit dem herrschenden Unternehmen ein Konzern gebildet wird.

Beide Vermutungen sind widerlegbar. Dies kann bei der Abhängigkeitsvermutung dadurch geschehen, dass Tatsachen behauptet und bewiesen werden, aus denen sich ergibt, dass ein beherrschender Einfluss nicht ausgeübt werden kann. Nicht ausreichend ist es, nachzuweisen, dass bestehende Beherrschungsmittel nicht genutzt werden.

Für die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG ist der Nachweis erforderlich, dass es an einer einheitlichen Leitung fehlt. Es müssen also Fakten vorgetragen werden, die das Vorliegen einer solchen ausschließen können. Umstritten ist, wie weit die Nachweispflicht reicht. Wird von dem engeren Konzernbegriff ausgegangen, liegt nur dann ein Konzern vor, wenn das herrschende Unternehmen in den zentralen wirtschaftlichen Bereichen, insbesondere in Finanzfragen, eine einheitliche Planung vorgibt. Demgegenüber stehen die Verfechter eines weiteren Konzernbegriffs auf dem Standpunkt, dass auch dann ein Konzern vorliegt, wenn in anderen zentralen Unternehmensbereichen, wie Einkauf, Organisation, Personalwesen und Vertrieb, einheitlich geplant wird, sofern dadurch Einfluss und Rückwirkung auf das gesamte Unternehmen erzielt werden.¹⁷ Auf jeden Fall ist eine Konzernvermutung nur dann widerlegt, wenn sich aus den vorgelegten Tatsachen er-

¹⁶ OLG Frankfurt a. M., 21.4.2008 – 20 W 342/07, ZIP 2008, 878; vgl. auch OLG Düsseldorf, 30.10.2006 – I-26 W 14/06 – DB 2007, 100.

¹⁷ BayObLG 24.3.1998 – 3 Z BR 236/96 – NZA 1998, 956.

gibt, dass entweder von den bestehenden Einflussmöglichkeiten tatsächlich kein Gebrauch gemacht¹⁸ wird oder es an einer planmäßigen Leitung oder Abstimmung der Unternehmensziele fehlt.

Nach der Rechtsprechung kann auch eine natürliche Person unter den Unternehmensbegriff des § 5 Abs. 3 MitbestG fallen, wenn ein Unternehmen von dieser natürlichen Person beherrscht wird, auf welche die Regelungen des MitbestG gem. § 1 Abs. 1 MitbestG nicht anzuwenden sind. Da diese Person nicht der Regelung des § 5 Abs. 1 und 2 MitbestG unterfällt, ist der mitbestimmte Aufsichtsrat gem. § 5 Abs. 3 MitbestG dort zu bilden, wo er der natürlichen Person am nächsten liegt und wo dies aufgrund der Rechtsform möglich ist¹⁹.

b. Konzern im Konzern

Grundsätzlich sind innerhalb eines Konzernverbundes die Arbeitnehmer der abhängigen Gesellschaften unmittelbar der Obergesellschaft zuzurechnen. Eine Zurechnung von Arbeitnehmern auf Konzernzwischenstufen ist dem Mitbestimmungsgesetz fremd.

Dies gilt gleichermaßen für den zentral geführten wie den dezentralisierten Konzern.

Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes ist allenfalls dann möglich, wenn mit der Rechtsprechung und einem großen Teil der Literatur die Möglichkeit eines Konzerns im Konzern bejaht wird. Da selbst die Befürworter dieser gesellschaftsrechtlichen Fiktion diese als eine extreme Ausnahme ansehen, ist er aber von geringer praktischer Relevanz²⁰.

Bereits die einheitliche Festlegung des verbindlichen finanzpolitischen Rahmens für die gesamte Konzerntätigkeit durch die Obergesellschaft dürfte einen Konzern im Konzern ausschließen. Ähnliches gilt bei Zustimmungsvorbehalten zu Gunsten der Obergesellschaft für bestimmte Entscheidungen der abhängigen Tochtergesellschaften, insbesondere bei wichtigen personal- und sozialpolitischen Maßnahmen und Geschäftsvorgängen von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung. Die der Obergesellschaft eröffneten Möglichkeiten,

¹⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, 4.7.2013, 26 W 13/08 (AktE), ZIP 2014, 517.

¹⁹ OLG Frankfurt a. M., 21.4.2008 – 20 W 8/07 – ZIP 2008, 880.

²⁰ Vgl. Ulmer/Habersack/Henssler, MitbestG, § 5 Rn. 35 ff.

z. B. über den Aufsichtsrat personell starken Einfluss auf eine abhängige Gesellschaft zu nehmen, stehen in der Regel ebenfalls einem Konzern im Konzern entgegen.²¹

Demgegenüber führt selbst die Übertragung von Ausführungskompetenzen auf ein abhängiges Unternehmen nicht ohne weiteres zu einem Konzern im Konzern. Entscheidend ist immer, ob die Konzernobergesellschaft ihre zentrale Leitungsbefugnis im vollen Umfang abgegeben hat.²²

Eine weitere Ausnahme von dem Grundsatz, die Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen stets der Konzernobergesellschaft zuzurechnen, findet sich in § 5 Abs. 3 MitbestG, der bei bestimmten Voraussetzungen ein Konzernverhältnis innerhalb eines Konzerns fingiert. Als herrschendes Unternehmen im Sinne des Mitbestimmungsgesetzes wird eine Teilkonzernspitze angesehen, wenn die Konzernobergesellschaft nicht vom Mitbestimmungsgesetz erfasst wird, weil sie im Ausland gelegen ist, oder in einer mitbestimmungsfreien Rechtsform betrieben wird und die mitbestimmungsfreie Obergesellschaft über die Teilkonzernspitze andere Gesellschaften beherrscht. Es muss sich also stets um ein mehrstufiges Konzernverhältnis handeln. Umstritten sind dabei die Anforderungen, die an die erforderliche Vermittlung der Leitungsmacht durch die Teilkonzernspitze zu stellen sind. Die unterschiedlichen Auffassungen dazu reichen von der Forderung, dass an eine fingierte Teilkonzernspitze dieselben Maßstäbe anzulegen sind, wie an einen echten Konzern im Konzern, über die Notwendigkeit des Vorliegens einer kapitalmäßigen Verflechtung bis hin zu der Position, die es ausreichen lässt, wenn Weisungen der Obergesellschaft über ein Unternehmen an andere Unternehmen weitergegeben oder Mitteilungen vermittelt werden. In der Rechtsprechung wurde die letzte Auffassung ausdrücklich abgelehnt und auf die kapitalmäßige Verflechtung abgestellt.²³

5. Gemeinschaftsunternehmen und gemeinsamer Betrieb

Zu kaum vertretbaren Ergebnissen führt die Auffassung, die eine Einbeziehung von Arbeitnehmern eines Gemeinschaftsunternehmens oder eines gemeinsamen Betriebes grundsätzlich für möglich hält. Sie übersieht, dass es

²¹ OLG Düsseldorf 30.1.1979 – 19 W 17/78 – AG 1979, 318.

²² OLG Zweibrücken 9.11.1983 – 3 W 25/83 – DB 1984, 107.

²³ OLG Stuttgart 30.3.1995 – 8 W 355/93 – AG 1995, 380; OLG Frankfurt a. M. 21.4.2008 – 20 W 342/07 – DB 2008, 1032.

beim Gemeinschaftsunternehmen an der erforderlichen Abhängigkeit fehlt, da keines der beteiligten Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung an diesem hält. Auch wird in der Regel keine einheitliche Leitung vorhanden sein. Dies spricht dafür, dass ein Gemeinschaftsunternehmen auszuklammern ist. Für einen gemeinsamen Betrieb hat die Rechtsprechung richtigerweise entsprechend entschieden (siehe unten).

a. Gemeinschaftsunternehmen

Die Rechtsprechung, aber auch die überwiegende Literaturauffassung gehen davon aus, dass bei einem Gemeinschaftsunternehmen grundsätzlich ein mehrfaches Abhängigkeits- und Konzernverhältnis vorliegt und es damit zu Zuordnungen der Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens zu den beteiligten Obergesellschaften kommen kann. Eine solche doppelte oder mehrfache Anrechnung wird jedoch nur ausnahmsweise bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen angenommen. So muss stets eine dauerhafte und planmäßige Ausübung einheitlicher Leitung durch die Konzernspitzen vorliegen. In der Regel wird neben Beteiligungsmehrheiten eine Konsortialvereinbarung zwischen den beiden Obergesellschaften für notwendig erachtet. Erforderlich ist, dass die Obergesellschaften das überwiegende Aktienkapital am Gemeinschaftsunternehmen halten, ihre Stimmrechte gepoolt und sich zur gemeinsamen Geschäftspolitik verpflichtet haben. Nach der Rechtsprechung sind hierfür nicht nur vertragliche oder organisatorische Bindungen, sondern auch rechtliche und tatsächliche Umstände sonstiger Art maßgebend, für die dann die Vermutung des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG gilt.²⁴

b. Gemeinsamer Betrieb

In einem gemeinsamen Betrieb sind die Arbeitnehmer nicht insgesamt in die Aufsichtsratswahlen der beteiligten Unternehmen einzubeziehen²⁵. Das Landgericht Bremen führt hierzu aus, dass die Neufassung des § 1 Abs. 2 BetrVG zwar die Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte des Betriebsrates auf gemeinsame Betriebe erstreckt, wenn sich trotz Spaltung die Organisation des betroffenen Betriebes nicht wesentlich ändert. Diese Vorschrift sei im BetrVG angesiedelt und befasse sich deshalb nur mit der Betriebsverfassung und gerade nicht mit der eigentlichen Unternehmensverfassung und damit auch

²⁴ BAG 30.10.1986 – 6 ABR 19/85 – DB 1987, 1691.

²⁵ LG Bremen 4.2.2005 – 7 AR 61/04 – n. v.