

**Rechtsprobleme der Bildung eines Konzernbetriebsrats bei der  
Max-Planck-Gesellschaft**

**Vorläufige Stellungnahme**

von

**Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen**

## **A. Die Ausgangssituation**

Der Gesamtbetriebsrat der Max-Planck-Gesellschaft beabsichtigt, zusammen mit Betriebsräten verbundener Unternehmen einen Konzernbetriebsrat zu errichten. Dies ist auf Seiten der Leitung der Max-Planck-Gesellschaft auf erheblichen Widerspruch gestoßen, der in dem Schreiben des Generalsekretärs, Herrn Dr. Ludwig Kronthaler, vom 26. August 2011 zusammengefasst ist. Er stützt sich insbesondere auf zwei Einwendungen.

Zum einen würden die Voraussetzungen eines Konzerns nicht vorliegen. Es fehle bereits die Unternehmereigenschaft, da die MPG als gemeinnütziges Unternehmen keine wirtschaftlichen Außeninteressen verfolge. Außerdem sei gegenüber anderen Einrichtungen keine Beherrschungsmöglichkeit gegeben, die für das Vorliegen eines Unterordnungskonzern unerlässlich sei.

Zum zweiten seien mit der Behandlung als Konzern zahlreiche Nachteile verbunden. Es trete eine Konzernhaftung ein, da die betriebsverfassungsrechtliche Behandlung Rückwirkung auf die gesellschaftsrechtliche Beurteilung habe. Weiter erhöhe sich der Druck, einen Konzernabschluss vorlegen zu müssen. Angesichts der Publizitätspflicht stünden mittelfristig Nachteile bei der öffentlichen Finanzierung zu befürchten. Konzerneigene Mittel, die ursprünglich „on top“ gedacht waren, würden ggf. von den Zuwendungsgebern zur Anrechnung gebracht werden. Besserstellungen von einzelnen Belegschaften (wie z. B. die Nicht-Anwendung des TVöD) könnten mittelfristig verloren gehen, da sich innerhalb eines Konzerns schwer aufzuhaltende Tendenzen zur Vereinheitlichung ergeben würden.

Die Max-Planck-Gesellschaft hat unter diesen Umständen angekündigt, eine gerichtliche Klärung herbeizuführen, sollte sich auf der Grundlage eines Beschlusses des Gesamtbetriebsrats der MPG und/oder anderer Betriebsräte ein KBR konstituieren.

## **B. Rechtliche Beurteilung**

Im Folgenden soll zunächst geklärt werden, ob die in § 54 BetrVG niedergelegten Voraussetzungen für die Bildung eines KBR gegeben sind. Was die spezifischen Nachteile einer „Anerkennung“ als Konzern angeht, so sind – auch angesichts des vorgegebenen engen Zeitrahmens – vorwiegend Ausführungen zur Haftung möglich. Die Auswirkungen auf die Einwerbung von Drittmitteln und die Beurteilung von konzerninternen Vereinheitlichungstendenzen sind derzeit nicht fundiert einzuschätzen, da hierfür kein ausreichendes Tatsachenmaterial zur Verfügung steht. Dasselbe gilt für das mündlich erwähnte Argument, die formale Bildung eines Konzerns könne zu einer Erweiterung der Mehrwertsteuerpflicht führen.

### **I. Voraussetzungen für die Bildung eines Konzernbetriebsrats**

#### **1. Der allgemeine rechtliche Rahmen**

Nach § 54 Abs.1 Satz 1 BetrVG kann für einen Konzern im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes durch Beschlüsse der einzelnen Gesamtbetriebsräte ein Konzernbetriebsrat errichtet werden. Dabei müssen nach § 54 Abs.1 Satz 2 BetrVG die Gesamtbetriebsräte der Konzernunternehmen zustimmen, in denen insgesamt mehr als 50 Prozent aller im Konzern beschäftigten Arbeitnehmer tätig sind. Besteht in einem Unternehmen statt eines GBR nur ein Betriebsrat, nimmt dieser nach § 54 Abs.2 BetrVG die genannten Rechte eines Gesamtbetriebsrats wahr.

Der in Bezug genommene § 18 Abs. 1 AktG lautet:

„Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag (§ 291) besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist (§ 319), sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefasst anzusehen. Von einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet.“

Der im Schlusssatz erwähnte Begriff des „abhängigen Unternehmens“ ist in § 17 Abs.1 AktG näher umschrieben. Dort heißt es:

„Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.“

§ 17 Abs. 2 AktG ergänzt dies durch die Aussage, dass von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen vermutet werde, dass es „von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig“ sei.

Auf die Rechtsform der beteiligten Unternehmen kommt es nicht an. Auch eingetragene Vereine und Stiftungen können Teil eines Konzerns sein; natürliche Personen können die Stellung eines beherrschenden Unternehmens einnehmen.

BAG AP Nr. 8 zu § 1 AÜG; Fitting, Handkommentar zum BetrVG, 25. Aufl., München 2010, § 54 Rn 11; Kreutz/Franzen, in: Wiese/Kreutz/Oetker u. a., Gemeinschaftskommentar zum BetrVG (im Folgenden: GK-BetrVG), 9. Aufl., Köln 2010, § 54 Rn 22, jeweils m. w. N.

## **2. Vertragskonzern und faktischer Konzern**

Da im vorliegenden Fall – soweit ersichtlich – weder ein Beherrschungsvertrag nach § 291 AktG noch eine Eingliederung nach § 319 AktG vorliegt, kommt es von vorne herein nur darauf ab, ob Unternehmen gegenüber der MPG „abhängige Unternehmen“ im Sinne des § 18 Abs.1 Satz 3 AktG sind, was sich wiederum im Wesentlichen nach § 17 AktG bestimmt. Aus diesen Bestimmungen wird zugleich deutlich, dass der durch § 54 Abs.1 BetrVG in Bezug genommene § 18 Abs.1 AktG nicht nur Fälle einer vertraglich geschaffenen oder abgesicherten Abhängigkeit erfasst, sondern dass es genügt, wenn das herrschende Unternehmen (z. B. aufgrund einer Mehrheitsbeteiligung) einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. „Konzern“ im Sinne des § 18 Abs. 1 AktG ist daher nicht nur der Vertragskonzern, sondern auch der sog. faktische Konzern.

Dies ist auch in der betriebsverfassungsrechtlichen Literatur allgemein anerkannt. S. aus der Literatur etwa GK-BetrVG-Kreutz/Franzen, § 54 Rn 28; Fitting, § 54 Rn 25 ff.; Annuß, in: Richardi (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 12. Aufl. München 2010, § 54 Rn 8; Koch in: Schmidt/Preis/Müller-Glöge (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (im Folgenden: ErfK-Bearbeiter), 11. Aufl., München 2011, § 54 Rn 4.

### **3. Verfolgung erwerbswirtschaftlicher Ziele?**

Ein „Unternehmen“ im Sinne des § 18 Abs. 1 AktG und des Betriebsverfassungsrechts liegt auch dann vor, wenn keine erwerbswirtschaftlichen Ziele verfolgt werden. Dies wird schon an dem „Tendenzschutzparagrafen“ des § 118 Abs. 1 BetrVG deutlich. Er definiert zunächst den Begriff der Tendenz, wozu auch das Verfolgen wissenschaftlicher Zwecke gehört, und bestimmt dann, dass das BetrVG keine Anwendung finde, „soweit die Eigenart des Unternehmens oder des Betriebes dem entgegensteht.“ Nach allgemeiner Auffassung erstreckt sich dieser Vorbehalt nicht auf das Vorliegen eines Konzerns; die §§ 54 ff. BetrVG finden auch dann Anwendung, wenn das beherrschende Unternehmen oder wenn einzelne (oder alle) abhängige Unternehmen Tendenzcharakter besitzen. Der sog. Tendenzkonzern ist in Literatur und Praxis allgemein anerkannt.

S. etwa Thüsing, in Richardi (Hrsg.), BetrVG, § 118 Rn 104 – 110; GK-BetrVG-Weber § 118 Rn 51 ff.; Fitting § 118 Rn 8; Wedde, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), BetrVG (im Folgenden: DKKW-Bearbeiter), 12. Aufl., Frankfurt/Main 2010, § 118 Rn 17.

Gegenstand der Diskussion ist allein, ob der Tendenzcharakter des beherrschenden Unternehmens auf jedes abhängige Unternehmen durchschlägt

dazu (mit Recht verneinend) Thüsing, Weber, Fitting und Wedde, jeweils a. a. O.

und inwieweit neben der Tendenz auch wirtschaftliche Zwecke verfolgt werden dürfen.

S. etwa ErfK-Kania, § 118 Rn. 2; Thüsing, a. a. O. § 118 Rn. 41.

Dem entspricht es, dass nach der Rechtsprechung auch die öffentliche Hand beherrschendes Unternehmen sein kann

BGHZ 69, 334 ff.; dazu Fitting § 54 Rn 12.

was allerdings keine betriebsverfassungsrechtlichen Folgen hat, da für die öffentliche Verwaltung nach § 130 BetrVG die Vorschriften des Personalvertretungsrechts gelten.

#### **4. Die Mittel der Beherrschung**

Weder das Aktien- noch das Betriebsverfassungsrecht legen die Mittel fest, mit deren Hilfe die abhängigen Unternehmen gesteuert werden können. Neben den unproblematischen Fällen des Beherrschungs- und des Eingliederungsvertrags kommt etwa eine kapitalmäßige Mehrheit in der Gesellschafterversammlung der abhängigen Gesellschaft in Betracht. Damit sind jedoch die möglichen Instrumente keineswegs erschöpft; vielmehr besteht hier von Gesetzes wegen keinerlei Beschränkung, es gibt keinen „Typenzwang“.

BAG AP Nr. 9 zu § 54 BetrVG 1972; Fitting § 54 Rn 14;

GK-BetrVG-Kreutz/Franzen § 54 Rn 18; DKKW-Trittin Vor § 54 Rn 15

Ausreichend kann daher auch eine Minderheitenbeteiligung sein, sofern durch Vereinbarungen sichergestellt ist, dass in dem fraglichen Entscheidungsgremium das (herrschende) Unternehmen immer über die Mehrheit der Stimmen verfügt. Gleichgestellt wird der Fall, dass sich die „Mehrheitsanteile“ in Streubesitz befinden und deshalb immer nur mit einer eingeschränkten Präsenz auf der Hauptversammlung gerechnet werden kann.

GK-BetrVG-Kreutz/Franzen § 54 Rn 18; DKKW-Trittin Vor § 54 Rn 21

In der Literatur wird weiter z. B. das Recht genannt, einzelne Personen in die Führungsorgane des beherrschten Unternehmens zu entsenden.

ErfK-Koch § 54 BetrVG Rn 4; GK-BetrVG-Kreutz/Franzen § 54 Rn 18

Ein Beispiel hierfür wäre beispielsweise, dass die MPG die Mehrheit im Aufsichtsorgan stellt oder dass die für die inhaltliche Arbeit maßgebenden Professorenstellen ausschließlich nach den von der MPG aufgestellten Kriterien und nur mit ihrer im Einzelfall zu gebenden Zustimmung besetzt werden können.

Welche konkreten Möglichkeiten bei welchen Unternehmen in Betracht kommen, kann an dieser Stelle nicht beurteilt werden.

Nicht ausreichend ist nach herrschender Auffassung eine reine schuldrechtliche Beziehung, auch wenn sie zu einer wirtschaftlichen Abhängigkeit in dem Sinne führt, dass die Beendigung des Vertrages zu einer schweren Störung der unternehmerischen Tätigkeit führen würde. Verlangt wird, dass die Abhängigkeit gesellschaftsrechtlich vermittelt ist.

BGH DB 1984, 1188; GK-BetrVG-Kreutz/Franzen § 54 Rn 19; anders DKKW-Trittin Vor § 54 Rn 24, jeweils m. w. N.

Dabei ist der Begriff „Gesellschaftsrecht“ weit zu fassen; auch eine Verankerung in Satzungen eingetragener Vereine und von Stiftungen genügt den Anforderungen, sofern die fraglichen Rechte nicht gegen den Willen der herrschenden Gesellschaft wieder beseitigt werden können. Dies ist eine notwendige Folge des allgemein akzeptierten Grundsatzes, dass Unternehmen der unterschiedlichsten Rechtsform Teil eines Konzerns sein können.

## **5. Ergebnis**

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Errichtung des KBR bei der MPG bestehen. Der bei der MPG bestehende Gesamtbetriebsrat repräsentiert auch weit mehr als die Hälfte der Arbeitnehmer, die insgesamt im Konzern beschäftigt sind. Daran würde sich auch nichts ändern, wenn nachträglich noch weitere (Forschungs-) Unternehmen einbezogen würden.

## II. Potentielle Nachteile wegen der Existenz eines Konzerns

### 1. Konzernhaftung als Nachteil?

Die Stellungnahme der MPG zur Errichtung eines KBR verweist darauf, die Bejahung eines Konzerns führe zu zusätzlichen Haftungsrisiken. Dies wird allerdings nicht näher konkretisiert.

Eine allgemeine Konzernhaftung in dem Sinne, dass das herrschende Unternehmen für das Tun und Lassen des abhängigen Unternehmens haften würde, existiert im deutschen Recht nicht. Nur ausnahmsweise ist ein „Durchgriff“ auf das herrschende Unternehmen möglich. Dabei ist zu unterscheiden:

- Die beherrschenden Gesellschafter einer AG, GmbH oder GmbH & Co KG haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, wenn sie deren Vermögen und ihr eigenes nicht auseinanderhalten (sog. Sphärenvermischung) oder wenn sie der Gesellschaft nur ein so geringes Kapital zugeführt haben, dass diese offensichtlich die ihr zugeordneten Aufgaben nicht erfüllen kann (sog. Unterkapitalisierung). Bildhaft ist dabei von einer Aschenputtel-Gesellschaft die Rede.

S. den Fall OLG Düsseldorf ZIP 2007, 227, wo einer Beschäftigungsgesellschaft nicht genügend finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt wurden

Daneben wird der Formenmissbrauch als Voraussetzung für eine Durchgriffshaftung genannt.

BAG AP Nr. 70 zu § 613a BGB; BSG DB 1996, 1475

Pathologische Fälle dieser Art lassen sich im Umfeld der MPG ausschließen.

- Daneben gibt es Unternehmensverbindungen, in denen das Konzernrecht eine Haftung der herrschenden Gesellschaft vorsieht. Ausdrücklich ist diese allerdings nur bei der sog. Eingliederung in § 322 AktG gesetzlich geregelt. Besteht ein Beherrschungs- und

Gewinnabführungsvertrag („Vertragskonzern“), so ist das herrschende Unternehmen an sich nach § 302 AktG nur zur Verlustübernahme verpflichtet. Endet das Beherrschungsverhältnis – was insbesondere bei Zahlungsunfähigkeit der abhängigen Gesellschaft angenommen wird – muss die herrschende Gesellschaft allen Gläubigern der fraglichen Tochter Sicherheit leisten, d. h. sie letztlich befriedigen. Der BGH hat deshalb in solchen Fällen eine direkte Haftung des herrschenden Unternehmens bejaht.

Erstmals BGH NJW 1986, 188 – Autokran

Dieser Grundsatz wurde auch dann (entsprechend) angewandt, wenn es nicht um eine abhängige AG ging, sondern wenn ausschließlich Unternehmen anderer Rechtsform beteiligt waren.

BGH NJW 1986, 188 - Autokran

Auch dies sind Fälle, die im vorliegenden Fall keine Rolle spielen, da weder eine Eingliederung noch ein Beherrschungsvertrag ersichtlich sind.

- Dem Vertragskonzern wurde von der Rechtsprechung zunächst der sog. qualifizierte faktische Konzern gleichgestellt, von dem dann die Rede war, wenn die abhängige Gesellschaft wie eine Betriebsabteilung geführt wurde. Allerdings musste dazu noch hinzukommen, dass das herrschende Unternehmen keine angemessene Rücksicht auf die abhängige Gesellschaft genommen hatte.

BGH DB 1993, 825 - TBB

Diese richterrechtlichen Regeln wurden jedoch vor etwa zehn Jahren aufgegeben,

BGH NJW 2001, 3622 - Trihotel; bestätigt durch BGH NJW 2002, 1803;  
BGH NJW 2002, 3024; BGH DB 2005, 218; BGH DB 2005, 328

was die bei Vertragskonzernen geltenden Regeln unberührt ließ.

Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, 2006, Rn. 8.125; Eidenmüller, in: ders.

Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, § 4 Rn 34.

Nunmehr ist eine Haftung nur noch bei sog. existenzvernichtendem Eingriff gegeben. Dieser liegt dann vor, wenn der Gesellschaft ohne angemessene Gegenleistung Vermögenswerte entzogen werden, die sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt.

BGH DB 2005, 328

Damit ist sie in der Gefahr, ihre Zahlungen einstellen zu müssen. Dabei geht es nicht nur um die „Verlagerung“ von Barmitteln; möglich ist auch, dass Geschäftschancen oder Ressourcen auf eine andere Gesellschaft übertragen werden.

BGH DB 2005, 328, 330

Im Juli 2007 hat der BGH seine Rechtsprechung erneut geändert.

BGH NJW 2007, 2689. Dazu Altmeppen NJW 2007, 2657

Nunmehr besteht die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs nur noch intern gegenüber der geschädigten Gesellschaft; ein Durchgriff der Gläubiger ist nicht mehr möglich. Sie sind darauf beschränkt, den Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen ihren sie schädigenden Gesellschafter zu pfänden und sich überweisen zu lassen.

Eingehend Zessel, Durchgriffshaftung gegenüber einer in Deutschland ansässigen Limited? Baden-Baden 2008

Das BAG ist der Rechtsprechung des BGH immer gefolgt.

S. etwa BAG NZA 2005, 818, 820 zur Haftung wegen existenzvernichtendem Eingriff.

Dass die MPG einer von ihr abhängigen Gesellschaft die dieser zustehenden Mittel entzieht und sie dadurch in existenzielle Schwierigkeiten bringt, kann man guten

Gewissens ausschließen. Insoweit erweist sich die Konzernhaftung als „Nachteil“, den man unschwer vernachlässigen kann.

## **2. Sonstige konzernrechtliche Regeln als „Nachteil“**

Die weiteren im Schreiben der MPG geäußerten Bedenken gehen davon aus, dass die Errichtung eines Konzernbetriebsrats auch Auswirkungen in anderen Bereichen, z. B. bei der Vergabe von Mitteln oder bei der Gleichbehandlung der Belegschaften unterschiedlicher Gesellschaften hat. Dies kann so nicht akzeptiert werden.

§ 54 BetrVG verweist zwar auf den aktienrechtlichen Konzernbegriff, doch schließt dies eine relativ eigenständige arbeitsrechtliche Entwicklung nicht aus. So anerkennt beispielsweise die Rechtsprechung des BAG den sog. Konzern im Konzern und lässt deshalb die Bildung von Konzernbetriebsräten auch in relativ selbständigen „Unterkonzernen“ zu.

BAG AP Nr. 1 zu § 54 BetrVG 1972. Beispiel: Eine in personalpolitischen Fragen selbständige Tochtergesellschaft verfügt ihrerseits über drei „Töchter“, d. h. über „Enkelgesellschaften“. Ein KBR kann sowohl bei der Muttergesellschaft als auch bei der Tochter errichtet werden.

Dabei spielt es keine Rolle, dass der „Konzern im Konzern“ im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum keineswegs allgemein anerkannt ist. Dieselbe Situation ergibt sich bei der Frage, ob der Betriebsrat eines Gemeinschaftsunternehmens seine Delegierten in die KBRs beider Trägergesellschaften entsenden kann: Auch sie wird von der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung ohne Rücksicht auf die im Gesellschaftsrecht herrschenden Vorstellungen bejaht.

BAG DB 1987, 1691

Von daher ist es zu kurz gegriffen, die Entstehung einer konzernweiten Publizitätspflicht zur notwendigen Folge der Errichtung eines Konzernbetriebsrats zu erklären.

Ähnlich verhält es sich mit der Vorstellung, die Errichtung eines Konzernbetriebsrats führe zu einer Beseitigung von relativen Besserstellungen einzelner Belegschaften. Nach der Rechtsprechung des BAG gibt es keinen konzernweiten Gleichbehandlungsgrundsatz

BAG AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Seniorität

und auch die Literatur lehnt diese Vorstellung überwiegend ab.

Nachweise bei ErfK-Preis § 611 BGB Rn 588

Dies gilt erst recht für den Fall, dass sich die Unterschiede aus kollektivvertraglichen Abmachungen ergeben: Schon mit Rücksicht auf die Tarif- und die Betriebsautonomie muss es insoweit unterschiedliche Regelungen innerhalb eines Konzerns geben können.

### **3. Ergebnis**

Aufgrund des vorliegenden Materials sind keine Nachteile ersichtlich, die den Gesamtbetriebsrat der MPG veranlassen könnten, auf sein gesetzliches Recht zur Errichtung eines Konzernbetriebsrats zu verzichten.