

Mitbestimmungsrecht: MitbestR

Habersack / Henssler / Höpfner

5. Auflage 2025
ISBN 978-3-406-82830-0
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

(2) Das Unternehmen kann von der Führung der Geschäfte der Kommanditgesellschaft nicht ausgeschlossen werden.

Schrifttum: Bäumer, Die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes auf Kommanditgesellschaften, 1978; Binz/Mayer, Die ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG im Aufwind?, GmbHR 2003, 249; Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 12. Aufl. 2018; Großmann, Die GmbH & Co. KG im Spannungsfeld zwischen § 4 und § 5 MitbestG, BB 1976, 1391; Henssler, Umstrukturierung von mitbestimmten Unternehmen, ZfA 2000, 241; Hölters, Mehrheitsidentität iSv § 4 MitbestG bei der GmbH & Co. KG, DB 1977, 2232; Klamroth, Auswirkung des Mitbestimmungsgesetzes auf die GmbH & Co. KG, BB 1977, 305; Kunze, Der Geltungsbereich des § 4 Abs. 1 S. 1 MitbestG, ZGR 1978, 321; Lenze, Folgen von Unternehmens- und Konzernveränderungen für die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat, 2005; Martens, Mitbestimmung, Konzernbildung und Gesellschaftereinfluss, ZHR 138 (1974) 179, 223 f.; Müller-Bonnanni, Unternehmensmitbestimmung nach „Überseering“ und „Inspire Art“, GmbHR 2003, 1235; Raiser, Geklärte und ungeklärte Fragen der Konzernmitbestimmung, FS Kropff, 1997, 243; Reichert/Ullrich, in Reichert (Hrsg.), GmbH & Co. KG, 9. Aufl. 2024, § 19: Aufsichtsrat, Beirat; Reuter, Der Einfluss der Mitbestimmung auf Gesellschafts- und Arbeitsrecht, AcP 179 (1979) 509, 547; Mutter, in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2: KG, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft, 6. Aufl. 2024, § 53: Obligatorischer Aufsichtsrat in der mitbestimmungspflichtigen GmbH & Co. KG; Säcker, Bildung eines mitbestimmten Aufsichtsrats analog § 4 MitbestG bei einer OHG mit juristischen Personen als Gesellschaftern?, DB 2003, 2535; P. Schirrmacher, Unternehmerische Mitbestimmung in der GmbH & Co. KG, GmbHR 2023, 1074; Seibt/v. Rimon, Monistische SE & Co. KGaA: Einsatzfelder und Antworten auf Praxisfragen, AG 2019, 753; Sigle, Zur Mitbestimmung bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG – Altes und Neues, FS Peltzer, 2001, 539; Sigle, Zur Mitbestimmung bei der SE & Co. KG, FS Hommelhoff, 2012, 1123; Stenzel, Mehrheitsidentität in der Mitbestimmung nach § 4 Abs. 1 S. 1 MitbestG, DB 2009, 439; Werner, Die Ltd. & Co. KG – eine Alternative zur GmbH & Co. KG?, GmbHR 2005, 288; Werner, Die SE als Instrument zur Einschränkung der Mitbestimmung, NZG 2022, 541; Wiesner, Aktuelle Probleme der Mitbestimmung in der GmbH & Co. KG, GmbHR 1981, 36; Winter/Marx/De Decker, Mitbestimmungsrechtliche Aspekte der SE & Co. KG, NZA 2016, 334; Zöllner, GmbH und GmbH & Co. KG in der Mitbestimmung, ZGR 1977, 329; U. H. Schneider, GmbH und GmbH & Co. KG in der Mitbestimmung, ZGR 1977, 347.

Übersicht

	Rn.
I. Grundlagen	1
1. Normzweck	1
2. Entstehung und Kritik	3
3. Praktische Relevanz	4
4. Verhältnis zu § 5	5
II. KapGes & Co. KG (Abs. 1 S. 1)	6
1. Komplementär-KapGes	6
a) Arten	6
b) Unternehmensbegriff	8
c) Sonderfälle	9
d) Ausländische oder supranationale KapGes als Komplementär	11
2. Mehrheitliche Gesellschafteridentität	12
a) Grundsatz	12
b) Mehrheitsberechnung	13
c) Mehrheit von Komplementären	16

d) Einheits-KapGes & Co. KG	17
e) Treuhandfälle	18
3. Eigener Geschäftsbetrieb des Komplementärs	19
III. Doppel- und mehrstöckige KG (Abs. 1 S. 2, 3)	21
1. Allgemeines	21
2. Voraussetzungen	22
IV. Rechtsfolgen	23
1. Zurechnung der Arbeitnehmer der KG	23
2. Folgen für die Komplementär-KapGes	26
a) Allgemeines	26
b) Geschäftsführung in der KG (Abs. 2)	27
3. Rechte des mitbestimmten Aufsichtsrats der Komplementär-Kapitalgesellschaft	31
V. Streitigkeiten	33

I. Grundlagen

- 1 1. Normzweck.** Die **KapGes (GmbH oder AG) & Co. KG** entspricht trotz ihrer Rechtsform als PersGes in einer Reihe von Beziehungen funktionell einer KapGes. Das gilt namentlich für die Organisations- und Haftungsstruktur; insoweit ermöglicht es die Beteiligung einer GmbH oder AG als Komplementärin der KG, entgegen dem Grundsatz der Selbstorganschaft auch Nichtgesellschafter als (mittelbare) Geschäftsführer der KG zu bestellen und die für PersGes typische unbeschränkte Gesellschafterhaftung natürlicher Personen zu vermeiden. Diesen Besonderheiten und der darin zum Ausdruck kommenden funktionellen Austauschbarkeit derartiger Gestaltungen, insbes. mit der GmbH, trägt § 4 Rechnung (Schubert/Wißmann/Kleinsorge/Schubert Rn. 1 f.; Raiser/Veil/Jacobs/Raiser Rn. 1; weitergehend noch Reuter AcP 179 (1979), 539 f.; aufgegeben sodann in Reuter, Die Mitbestimmung als Bestandteil des Normativsystems für die juristischen Personen des Handelsrechts, 1987, 7 ff. Fn. 9, 26 ff. Fn. 84). Er bezieht die KapGes & Co. KG zwar nicht unmittelbar in den Anwendungsbereich des MitbestG ein, sondern hält im Grundsatz daran fest, das G nur gegenüber den in § 1 Abs. 1 Nr. 1 genannten Rechtsformen eingreifen zu lassen. Durch **Zurechnung der ArbN der KG** gegenüber der in § 4 Abs. 1 genannten, als Komplementär beteiligten KapGes und durch Sicherung von deren **Geschäftsführerstellung** nach Maßgabe von § 4 Abs. 2 wird mittelbar freilich auch die KG selbst in die Mitbest. einbezogen. Das gilt im Unterschied etwa zu § 19 Abs. 2, § 125 Abs. 2 S. 2 HGB unabhängig davon, ob neben der KapGes auch natürliche Personen als Komplementäre an der KG beteiligt sind (→ Rn. 9). Auch für § 4 bewendet es aber dabei, dass die Komplementär-KapGes nicht der Mitbest. unterliegt, wenn sie Tendenzschutz nach § 1 Abs. 4 genießt (Raiser/Veil/Jacobs/Raiser Rn. 7; GroßkommAktG/Oetker Rn. 7) oder unter das Montan-Mitbestimmungsrecht fällt (→ § 1 Rn. 10 ff.).
- 2** Den Fall einer **doppel- oder mehrstöckigen KapGes & Co. KG**, bei dem jeweils eine KG die Komplementärrolle in einer weiteren KG übernimmt, regeln § 4 Abs. 1 S. 2, 3. Danach findet, sofern nur die erste (oberste) KG die Voraussetzungen von § 4 Abs. 1 S. 1 erfüllt, eine entsprechende Zurechnung der ArbN sämtlicher KG zur Komplementär-Kap-

Ges der obersten KG statt. Ebenso greift auch in diesen Fällen das Verbot des § 4 Abs. 2 ein; die jeweilige Komplementär-Gesellschaft kann nicht von der Führung der Geschäfte ihrer KG ausgeschlossen werden (→ Rn. 27). Zur analogen Anwendung auf die **KapGes & Co. KGaA** → § 1 Rn. 40 f.

2. Entstehung und Kritik. Die Vorschrift geht auf eine entsprechende Empfehlung der Mitbest.-Kommission (BT-Drs. VI/334, 97, 116) zurück. Sie ist trotz der Kritik, die während der Gesetzesberatungen namentlich von Gewerkschaftsseite an ihr geübt wurde, unverändert aus § 4 RegE übernommen worden. Der Gesetzgeber ließ sich auch nicht von den warnenden Hinweisen beeindrucken, die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 S. 1 seien leicht zu umgehen und der Einfluss der Mitbest. könne darüber hinaus durch einschränkende Geschäftsführungsgestaltungen im Rahmen von § 4 Abs. 2 ausgehöhlt werden (Raiser/Veil/Jacobs/Raiser Rn. 3; Sigle FS Peltzer, 2001, 547 f.). Tatsächlich sind denn auch Fälle bekannt, in denen die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 S. 1 vermieden werden, indem etwa die Rolle der Komplementärin von einer Stiftung, einer Auslandsgesellschaft oder einer SE eingenommen wird (→ Rn. 7, 11) oder die einzelnen Unternehmensbereiche von rechtlich selbständigen, jeweils nicht mehr als 2.000 ArbN beschäftigenden KapGes & Co. KG geführt werden (Sigle FS Peltzer, 2001, 548). Eine allgemeine „Flucht“ der GmbH (AG) & Co. KG aus der Mitbest. ist dagegen nicht zu beobachten (→ Rn. 4).

3. Praktische Relevanz. Sie ist nach den bisher bekannt gewordenen Zahlen eine nur begrenzte. Nach einer Aufstellung zum 31.12.2022 sind **13 der Mitbest. unterfallende KapGes als Komplementäre** einer KapGes & Co. KG feststellbar (→ Einl. Rn. 34); zum 31.12.2009 waren es noch 24, zum 31.12.2006 28 (UHH/Ulmer/Habersack, 3. Aufl. 2013, Einl. Rn. 34), zum 30.6.1978 hingegen nur acht (Hanau/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, 1. Aufl. 1981, Rn. 4). Dabei dominiert nach wie vor die GmbH & Co. KG, während die AG & Co. KG (allg. zu ihr Beckmann, Die AG und Co. KG, 1992) nur vereinzelt begegnet (GroßkommAktG/Oetker Rn. 1; s. auch OLG Bremen DB 1980, 1332, Kühne & Nagel). Gen. und KGaA sind dagegen, soweit ersichtlich, nicht als mitbest. Komplementärin einer KG anzutreffen (Raiser/Veil/Jacobs/Raiser Rn. 4).

4. Verhältnis zu § 5. Das MitbestG erwähnt die KapGes & Co. KG im Rahmen der Konzernregelungen zwar an zwei Stellen ausdrücklich (§ 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 2). Es bringt damit zum Ausdruck, dass diese Ges. – also die KG – auch herrschende (Abs. 2) oder abhängige (Abs. 1 S. 2) Ges. eines mitbest. Konzerns sein kann. Dagegen fehlt eine Regelung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen zwischen der KG und ihrer Komplementär-KapGes Konzernbeziehungen iSv § 5 bestehen können. Insoweit ist davon auszugehen, dass sich das Eingreifen von § 5 auch im Verhältnis zwischen Komplementär-KapGes und KG nach den allg. für § 5 geltenden Grundsätzen richtet, **§ 4 also nicht etwa eine zur Verdrängung von § 5 führende Sondervorschrift** enthält (→ § 5 Rn. 9;). Da die Rechtsfolge beider Vorschriften übereinstimmend auf die Zurechnung der ArbN der (abhängigen) KG zu der nach Maßgabe von § 1 vom MitbestG erfassten Komple-

mentär-KapGes gerichtet ist, kommt der Frage vor allem in den Fällen Bedeutung zu, in denen es an der Identität der Gesellschaftermehrheit zwischen KG und KapGes fehlt oder die KapGes einen eigenen Geschäftsbetrieb mit mehr als 500 ArbN hat und die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 S. 1 daher nicht oder nicht vollständig vorliegen. Näheres in → § 5 Rn. 10 ff.; zu § 5 Abs. 3 → § 5 Rn. 66.

II. KapGes & Co. KG (Abs. 1 S. 1)

- 6 **1. Komplementär-KapGes. a) Arten.** § 4 Abs. 1 S. 1 setzt die Beteiligung einer Komplementäres an der KG voraus, die in einer der **in § 1 Abs. 1 Nr. 1 genannten Rechtsformen** organisiert ist. Von praktischer Bedeutung ist unter ihnen in erster Linie die **Komplementär-GmbH** (GmbH & Co. KG, → Rn. 4); daneben kommt auch die Komplementär-AG im Rahmen einer AG & Co. KG vor. Dagegen sind Fälle, in denen eine KGaA oder Gen. die Stellung des Komplementärs einer KG übernommen hätte, bisher nicht bekannt geworden. Gegebenenfalls würden sie ebenfalls von § 4 Abs. 1 S. 1 erfasst. Zur zwei- oder mehrstöckigen GmbH & Co. KG → Rn. 21 f.; zur Zulässigkeit der Umwandlung einer der Mitbest. unterliegenden GmbH & Co. KG in eine Normal-KG vgl. LG Düsseldorf BB 1980, 854; → § 1 Rn. 18; zur **KapGes & Co. KGaA** → § 1 Rn. 40 f.
- 7 **Nicht** unter § 4 Abs. 1 S. 1 fallen **sonstige inländische jur. Personen** als Komplementäre der KG (zur Auslandsgesellschaft und zur SE → Rn. 11). Die zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 getroffene Feststellung über die **abschließende Aufzählung** der dort genannten Rechtsformen (→ § 1 Rn. 31) gilt entspr. für § 4 (einhM, Raiser/Veil/Jacobs/Raiser Rn. 5; MüKoAktG/Annuß Rn. 3; GroßKommAktG/Oetker Rn. 6; Kunze ZGR 1978, 342; Sigle FS Peltzer, 2001, 542). Daher scheidet eine analoge Anwendung von § 4 etwa auf die **Stiftung & Co. KG** selbst dann aus, wenn die Organisationsstruktur dieses UVerbunds deutliche Ähnlichkeiten zu einer GmbH & Co. KG aufweisen sollte (LG Dortmund ZIP 2010, 2152; Seibt ZIP 2011, 251 f.). In Betracht kommt eine analoge Anwendung von § 4 dagegen, soweit es um die Rechtsform der unternehmenstragenden Ges. geht, und damit vor allem auf den Fall der **KapGes & Co. OHG** (GK-MitbestG/Naendrup Rn. 31; GroßKommAktG/Oetker Rn. 3; Raiser/Veil/Jacobs/Raiser Rn. 5; Schubert/Wißmann/Kleinsorge/Schubert Rn. 36; MüKoAktG/Annuß Rn. 3; MHdB ArbR/Uffmann § 373 Rn. 30; Wiesner GmbHR 1981, 37; aA Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG Rn. 8; Hensler/Willemsen/Kalb/Seibt Rn. 2; Schneider ZGR 1977, 344; Säcker DB 2003, 2535 ff.; Lenze, Folgen von Unternehmens- und Konzernveränderungen für die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat, 2005, 78). Entgegen der noch in der Voraufl. vertretenen Ansicht und in Übereinstimmung mit der Rechtslage bei der KapGes & Co. KG (→ Rn. 9) ist die Analogie nicht davon abhängig zu machen, dass sämtliche Gesellschafter in einer der in § 1 Abs. 1 Nr. 1 genannten Rechtsformen organisiert sind (GK-MitbestG/Naendrup Rn. 31; Schubert/Wißmann/Kleinsorge/Schubert Rn. 36; GroßKommAktG/Oetker Rn. 3; MüKoAktG/Annuß Rn. 3; MHdB ArbR/Uffmann § 373

Rn. 30). Zur analogen Anwendung auf die **KapGes & Co. KGaA** → § 1 Rn. 40 f., zur **ausländischen KapGes** und zur **SE** als Komplementär → Rn. 11.

b) Unternehmensbegriff. Ihm kommt ebenso wie in § 1 **keine eigenständige**, über die Sammelbezeichnung mitbest. Unternehmensformen hinausgehende **Bedeutung** zu (→ § 1 Rn. 35). Die Komplementär-KapGes ist daher auch im typischen Fall, in dem sie weder einen über die Geschäftsführungstätigkeit für die KG hinausgehenden eigenen Geschäftsbetrieb hat noch auch Beteiligungen an sonstigen Ges. hält, „Unternehmen“ iSv § 4 und unterliegt der Mitbest. nach Maßgabe von Abs. 1 S. 1; der weitergehende aktienrechtliche Unternehmensbegriff findet keine Anwendung (GK-MitbestG/Schneider § 5 Rn. 30; Bäumer, Die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes auf Kommanditgesellschaften, 1978, 27 ff.; wohl auch Großmann BB 1976, 1396; **aA** anscheinend GK-MitbestG/Naendrup Rn. 38 f.; Klamroth BB 1977, 308; allg. → § 1 Rn. 35; → § 5 Rn. 16, 67). Ebensovwenig ist für das Eingreifen von § 4 Abs. 1 S. 1 Voraussetzung, dass die KapGes eigene, nicht in den Diensten der KG stehende ArbN hat (Schubert/Wißmann/Kleinsorge/Schubert Rn. 25; → Rn. 20 f.).

c) Sonderfälle. Abgesehen von der mehrheitlichen Gesellschafteridentität (→ Rn. 12) und dem Geschäftsbetrieb des Komplementärs (→ Rn. 19) stellt § 4 Abs. 1 S. 1 auf sonstige Umstände der Komplementär-KapGes und ihres Verhältnisses zur KG nicht ab. Die Vorschrift findet daher grds. auch dann Anwendung, wenn neben der KapGes noch **weitere Komplementäre** an der KG beteiligt sind (s. für die ganz hM GroßkommAktG/Oetker Rn. 5; Raiser/Veil/Jacobs/Raiser Rn. 9; Schubert/Wißmann/Kleinsorge/Schubert Rn. 31; **aA** MHdB KG/Mutter § 53 Rn. 4; zur KapGes & Co. OHG → Rn. 7). Handelt es sich bei diesen ebenfalls um **KapGes** (bzw. um KapGes & Co. KG), so kann es zu einer mehrfachen Zurechnung der ArbN der KG kommen (→ Rn. 24). Auch die Beteiligung **natürlicher Personen** als Komplementäre neben der KapGes steht deren Erfassung durch § 4 Abs. 1 S. 1 nicht entgegen, sofern die übrigen Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind (so im Anschluss an RegBegr. BT-Drs. 7/2172, 21 die ganz hM, Raiser/Veil/Jacobs/Raiser Rn. 9; Schubert/Wißmann/Kleinsorge/Schubert Rn. 30; GroßkommAktG/Oetker Rn. 5; MüKoAktG/Annubß Rn. 6). Die natürliche Person mag sich auf die Stellung eines Kommanditisten oder eines Gesellschafters der KapGes zurückziehen; verzichtet sie darauf, ist für eine im Schrifttum vorgeschlagene Einschränkung der AR-Befugnisse (so noch UHH/Ulmer/Habersack, 3. Aufl. 2013, Rn. 9; Rehbinder ZGR 1979, 480) kein Raum. Allerdings ist das Vorhandensein mehrerer Komplementäre bei Prüfung der Identität der Gesellschaftermehrheit von KG und Komplementär-GmbH zu berücksichtigen (→ Rn. 16).

Unschädlich aus der Sicht der Komplementär-KapGes ist weiter auch ihre Beteiligung als **Komplementär von zwei oder mehr KG** (sog. sternförmige GmbH & Co. KG). Bei Vorliegen der in § 4 Abs. 1 S. 1 vorausgesetzten kongruenten Mehrheitsbeteiligung führt sie grds. zur Zurechnung der ArbN sämtlicher mit ihr verbundener KG (Raiser/Veil/Jacobs/Raiser Rn. 8; Schubert/Wißmann/Kleinsorge/Schubert Rn. 32; MHdB KG/

Mutter § 53 Rn. 5; MHdB ArbR/Uffmann § 373 Rn. 32) und kann dadurch für die einzelne, nicht selbst über die erforderliche Arbeitnehmerzahl verfügende KG eine mittelbare Ausweitung der Mitbest. bewirken. Grenzen der Erfassung nach § 4 Abs. 1 S. 1 ergeben sich allerdings unter dem Gesichtspunkt des eigenen Geschäftsbetriebs der Komplementär-KapGes (→ Rn. 20).

- 11 d) Ausländische oder supranationale KapGes als Komplementär.** § 4 Abs. 1 Nr. 1 stellt zwar nicht auf den Sitz oder die Staatszugehörigkeit der Komplementär-KapGes ab. Aus der Verweisung auf § 1 Abs. 1 Nr. 1 folgt jedoch, dass die Vorschrift grds. **nur Komplementär-KapGes inländischer Rechtsformen** erfassen will (→ § 1 Rn. 6). Eine analoge Anwendung auf entsprechende ausländische Rechtsformen (zur Frage der Komplementärfähigkeit MüKoBGB/Kindler IntGesR Rn. 524 f. mwN) ist im Geltungsbereich des Art. 49 AEUV auch dann nicht veranlasst, wenn die KapGes ihren tatsächlichen Sitz im Inland hat (→ § 1 Rn. 7 ff.; ferner Raiser/Veil/Jacobs/Raiser Rn. 7; MHdB KG/Mutter § 53 Rn. 6; Henssler/Willemsen/Kalb/Seibt Rn. 4; GroßKommAktG/Oetker Rn. 6; MüKoAktG/Annub Rn. 5; Binz/Mayer GmbH 2003, 257; Müller-Bonanni GmbH 2003, 1238 f.; Schirmacher GmbH 2023, 1076 ff.; Schmidt/Hermesdorf RIW 1988, 943; Sigle FS Peltzer, 2001, 551 f.; Werner GmbH 2005, 293 f.; für die ausländische KapGes mit Auslandssitz s. Bay-ObLG NJW 1986, 3030 f.; OLG Stuttgart JZ 1995, 796; **aA** noch Hanau/Ulmer/Ulmer, Mitbestimmungsgesetz, 1. Aufl. 1981, Rn. 12; Müffelmann BB 1977, 628). In Betracht kommt allenfalls eine spezialgesetzliche Regelung über die Mitbest. in im Inland ansässigen Auslandsgesellschaften (→ § 1 Rn. 8 f.). Bei in einem **Drittstaat** gegründeter KapGes mit Verwaltungssitz im Inland bewendet es bei der Sitztheorie; die KapGes ist folglich als mitbestimmungsfreie PersGes zu behandeln (→ § 1 Rn. 7). Ausgeschlossen ist schließlich die Anwendung des § 4 auf supranationale Rformen, insbes. auf die **SE** (→ § 1 Rn. 33; LAG Nürnberg NZG 2023, 288 (290); näher Schirmacher GmbH 2023, 1078 f.; Sigle FS Hommelhoff, 2012, 1123 ff.; Werner NZG 2022, 543 f.; Winter/Marx/De Decker NZA 2016, 334 ff.; für die SE & Co. KGaA Seibt/v. Rimon AG 2019, 755; allg. zur analogen Anwendung des § 4 Abs. 1 auf die KapGes & Co. KGaA → § 1 Rn. 40 f.; zum Verhältnis zwischen § 4 und § 5 → Rn. 5; → § 5 Rn. 9; zu § 5 Abs. 3 → § 5 Rn. 66).
- 12 2. Mehrheitliche Gesellschafteridentität. a) Grundsatz.** Als weitere Voraussetzung für die Zurechnung der ArbN der KG zur Komplementär-KapGes verlangt § 4 Abs. 1 S. 1, dass der Mehrheit der Kommanditisten, berechnet nach Anteilen oder Stimmen, auch die Mehrheit in der Komplementär-KapGes zusteht (→ Rn. 13 ff.). Durch dieses Merkmal wird der die Zurechnung der ArbN rechtfertigende Gedanke der Unternehmenseinheit zwischen KG und Komplementär-KapGes zum Ausdruck gebracht (Raiser/Veil/Jacobs/Raiser Rn. 11; Reichert GmbH & Co. KG/Reichert/Ullrich § 19 Rn. 9; Kunze ZGR 1978, 335 f.). Nur wenn die Mehrheitsverhältnisse eine **Parallelität der Willensbildung** in KG und Komplementär-KapGes erwarten lassen, handelt es sich um eine funktionell der

GmbH verwandte, in der Rechtsform der KG organisierte Personenges, deren mittelbare Erfassung durch das MitbestG nach dem Normzweck von § 4 (→ Rn. 1) geboten ist (so iErg OLG Celle BB 1979, 1578; LG Bremen DB 1980, 349; einschränkend OLG Bremen DB 1980, 1332 f.). Diesem Grundsatz ist namentlich auch bei Anwendung von § 4 Abs. 1 S. 1 auf gesetzlich nicht geregelte Sonderfälle (Einheits-KG, Treuhandgestaltungen, → Rn. 17 f.) Rechnung zu tragen.

b) Mehrheitsberechnung. Nach der ausdrücklichen Vorschrift von § 4 13 Abs. 1 S. 1 kommt es sowohl bei der KG als auch bei der Komplementär-KapGes **alternativ auf die Mehrheit der Anteile oder der Stimmen** an; eine Beschränkung auf den Fall der Stimmenmehrheit (so Kunze ZGR 1978, 327) ist trotz des in diese Richtung weisenden Normzwecks (→ Rn. 12) angesichts des klaren Wortlauts abzulehnen (hM, Raiser/Veil/Jacobs/Raiser Rn. 11; MüKoAktG/Annuß Rn. 8; GroßkommAktG/Oetker Rn. 8; Schubert/Wißmann/Kleinsorge/Schubert Rn. 14). Mehrheitsidentität ist auch dann gegeben, wenn die Mehrheitsgruppe in der einen Ges. über die Anteils-, in der anderen über die Stimmenmehrheit verfügt (Raiser/Veil/Jacobs/Raiser Rn. 11; Reichert GmbH & Co. KG/Reichert/Ullrich § 19 Rn. 9; MHdB KG/Mutter § 53 Rn. 9). Die Mehrheitsberechnung als solche erfolgt rechtsformspezifisch; sie richtet sich in der KG nach PersonengesR, in der Komplementär-KapGes nach GmbH- bzw. AktR (näher Schubert/Wißmann/Kleinsorge/Schubert Rn. 16 ff.). Unerheblich ist, ob die Mehrheit der Anteile an der Komplementär-KapGes durch **einen oder mehrere Kommanditisten** gehalten wird; entscheidend ist allein die mehrheitliche Gesellschafteridentität, an der es fehlt, wenn die Mehrheit der Anteile an der Komplementär-KapGes auch unter Berücksichtigung von Zurechnungstatbeständen (→ Rn. 14 f.) in den Händen eines Minderheitskommanditisten liegt (Stenzel DB 2009, 439 ff.). Zur Berücksichtigung einer Mehrzahl von Komplementären bei der KG → Rn. 16.

Die für verbundene U geltenden Grundsätze des **§ 16 Abs. 2–4 AktG 14** sind auch bei den Mehrheitsberechnungen nach § 4 Abs. 1 S. 1 anzuwenden (so auch Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG Rn. 20, 22, Raiser/Veil/Jacobs/Raiser Rn. 12, GroßkommAktG/Oetker Rn. 11, MHdB KG/Mutter § 53 Rn. 10; aA Meilicke MitbestG Rn. 12); sie beschränken sich nach Sinn und Zweck des Mehrheitserfordernisses (→ Rn. 12) nicht auf die Komplementär-AG. Dementsprechend bleiben bei der **Komplementär-KapGes** eigene Anteile und solche abhängiger U für die Berechnung der Anteilsmehrheit außer Ansatz; Entsprechendes gilt für die Stimmenmehrheit (§ 16 Abs. 2 S. 2, 3, Abs. 3 AktG). Bei den **Kommanditisten** werden Anteile an der Komplementär-KapGes, die einem entweder von ihnen oder von der KG abhängigen U gehören, nach Maßgabe von § 16 Abs. 4 AktG mitgezählt (hM, Schubert/Wißmann/Kleinsorge/Schubert Rn. 14; Raiser/Veil/Jacobs/Raiser Rn. 12; MüKoAktG/Annuß Rn. 9; Hoffmann/Lehmann/Weinmann MitbestG Rn. 22; Reichert GmbH & Co. KG/Reichert/Ullrich § 19 Rn. 11; Kunze ZGR 1978, 336; aA Meilicke MitbestG Rn. 12; Hölters DB 1977, 2232 f.); Entsprechendes gilt für treuhänderisch gehaltene Anteile (→ Rn. 18).

- 15 Stimmbindungsverträge** haben zwar keinen Einfluss auf die Anteilsberechnung, sind aber bei der Berechnung der Stimmenmehrheit zu berücksichtigen, wenn sie Dauercharakter haben und sich auf wesentliche Fragen der Geschäftsführung und Unternehmensleitung beziehen (OLG Celle BB 1979, 1577 f.; Schubert/Wißmann/Kleinsorge/Schubert Rn. 85; GroßkommAktG/Oetker Rn. 11; MHdB KG/Mutter § 53 Rn. 10; wohl auch Reichert GmbH & Co. KG/Reichert/Ullrich § 19 Rn. 11; s. ferner für § 17 Abs. 1 AktG BayObLG ZIP 2002, 1038; OLG Düsseldorf ZIP 1993, 1794; weitergehend LG Bremen DB 1980, 349, wonach bereits die auf tatsächlicher Wahrnehmung der Stimmrechte beruhende einheitliche Willensbildung ausreicht; **aA** – gegen Zurechnung gebundener Stimmen – OLG Bremen DB 1980, 1332 (1334); Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn Rn. 1; unentschieden Raiser/Veil/Jacobs/Raiser Rn. 14). Jedenfalls können sie als Indiz für das Bestehen von Treuhandverhältnissen Beachtung finden (GroßkommAktG/Oetker Rn. 11). Anteile von **Ehegatten und minderjährigen Kindern** werden dem Hauptgesellschafter nicht etwa automatisch zugerechnet (so auch BGH WM 1980, 712 zu § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG; Raiser/Veil/Jacobs/Raiser Rn. 14; vgl. zu § 30 GmbHG auch BGH NJW 1991, 744; 1999, 2123). Sie begründen aber je nach Lage des Falles den Beweis des ersten Anscheins für das Bestehen eines Treuhandverhältnisses mit entsprechender Zurechnungsfolge (für Indizwirkung auch Raiser/Veil/Jacobs/Raiser Rn. 14; GroßkommAktG/Oetker Rn. 11; weitergehend noch GewS Rn. 8).
- 16 c) Mehrheit von Komplementären.** § 4 Abs. 1 S. 1 geht von der typischen, über nur einen Komplementär (GmbH oder AG) verfügenden KapGes & Co. KG aus und stellt für die Mehrheitsberechnung auf Seiten der KG daher ausschließlich auf die Kommanditisten ab. Sind abw. hiervon an der KG **anteils- und stimmenmäßig** weitere Komplementäre beteiligt (→ Rn. 9), seien es juristische oder natürliche Personen oder PersGes, so bedarf es auch deren Berücksichtigung bei der Mehrheitsberechnung. Andernfalls würden die Kräfteverhältnisse in KG und Komplementär-KapGes nicht zutreffend wiedergegeben; dem mit dem Mehrheitserfordernis zum Ausdruck gebrachten Gedanken der Unternehmenseinheit (→ Rn. 12) könnte nicht hinreichend Rechnung getragen werden (so auch Raiser/Veil/Jacobs/Raiser Rn. 11; GroßkommAktG/Oetker Rn. 10; Zöllner ZGR 1977, 331; Henssler ZfA 2000, 251; Hölters DB 1977, 2234; Kunze ZGR 1978, 338 f.).
- 17 d) Einheits-KapGes & Co. KG.** Sie liegt dann vor, wenn die Anteile an der Komplementär-KapGes in die KG eingebracht sind. Ihre gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit lässt sich angesichts der bereits durch die GmbH-Novelle 1980 (BGBl. I 836) eingefügten Vorschrift des § 172 Abs. 6 HGB aF (= § 172 Abs. 6 nF), die sodann durch das MoPeG v. 10.8.2021 (BGBl. I 738) um die Vertretungsregelung in § 170 Abs. 2 HGB ergänzt worden ist, nicht bezweifeln (Staub/Casper HGB § 161 Rn. 94 f.; zur alten Rechtslage s. Mertens NJW 1966, 1049 ff.; Schilling FS Barz, 1974, 67 ff.). Mitbestimmungsrechtlich handelt es sich nach dem Sinn und Zweck des Merkmals der Mehrheitsidentität (→ Rn. 12) um einen besonders ausgeprägten Fall der Unternehmenseinheit zwischen KG und Komplementär-KapGes; § 4 Abs. 1