

**Titel:**

**Statusverfahren über die Bildung eines Aufsichtsrats bei einer GmbH nach § 1 DrittelbG**

**Normenkette:**

DrittelbG § 1 Abs. 1 Nr. 3, § 3 Abs. 1

AktG § 97, § 98, § 99

EGAktG § 27

FamFG § 26, § 65 Abs. 1, Abs. 3

**Leitsätze:**

1. Zur Ermittlung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl (hier iSv § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG) ist nicht nur der Personalbestand in der Vergangenheit zugrunde zu legen, sondern auch die künftige, aufgrund konkreter Unternehmerentscheidungen zu erwartende Entwicklung des Beschäftigtenstands einzubeziehen. Die Feststellung der maßgeblichen Unternehmensgröße erfordert daher sowohl eine rückblickende Betrachtung als auch eine Prognose, bei der konkrete Veränderungsentscheidungen einzubeziehen sind (Anschluss an BGH BeckRS 2019, 18562 Rn. 34 mwN). (Rn. 24) (redaktioneller Leitsatz)

2. Bei einer GmbH, die Teil eines internationalen Konzerns ist, ist hinsichtlich der insoweit zu treffenden Prognosentscheidung auf die Personalbedarfsplanung dieser inländischen Gesellschaft abzustellen. Aus der Rechtsprechung zur Möglichkeit eines Bemessungsdurchgriffs auf Konzernobergesellschaften bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Verhältnisse eines Unternehmens, ergibt sich nichts anderes. (Rn. 31 und 32) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Aufsichtsrat, Statusverfahren, Schwellenwert, Betriebsänderung, Aufklärungspflicht, Beweisführungslast, Territorialprinzip

**Vorinstanz:**

LG München I, Beschluss vom 25.11.2020 – 38 O 4505/20

**Fundstellen:**

AG 2021, 557

AG 2021, 557

LSK 2021, 5649

**Tenor**

I. Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Landgerichts München I vom 26. November 2020, Az. 38 O 4505/20, wird zurückgewiesen.

II. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Antragsgegnerin.

III. Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 50.000,00 € festgesetzt.

IV. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

**Gründe**

I.

1

Die Beteiligten streiten über die Pflicht der Antragsgegnerin, nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG einen Aufsichtsrat zu bilden.

2

Die Antragsgegnerin, eine Logistikdienstleisterin der A. Gruppe, ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in P.; von dort aus verteilt sie weltweit Komponenten der Elektroindustrie. Der Antragsteller und Beschwerdeführer ist Betriebsrat der Antragsgegnerin.

### 3

Die Antragsgegnerin, bei der im Jahr 2017 nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG ein Aufsichtsrat gebildet worden ist, hat am 12. März 2020 die Einleitung eines Statusverfahrens bezüglich der Zusammensetzung des Aufsichtsrats im Bundesanzeiger bekannt gemacht. Die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG lägen nach Ansicht ihrer Geschäftsführung nicht mehr vor. Während sie im Jahr 2017 in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt habe, habe sie nunmehr als Folge der im Jahre 2019 durchgeführten Personalreduktion weniger als 400 Arbeitnehmer. Die Geschäftsführung erwarte nicht, dass die Arbeitnehmerzahl im Kalenderjahr 2020 oder auch danach in der Regel mehr als 400 Arbeitnehmer übersteigen werde. Die Zahl der in der Regel bei der Antragsgegnerin beschäftigten Arbeitnehmer werde damit deutlich unter dem Schwellenwert von 500 liegen, der im Drittelbeteiligungsgesetz für einen obligatorischen Aufsichtsrat vorgesehen sei. Das Drittelbeteiligungsgesetz sei auf sie nicht mehr anwendbar. Die Geschäftsführung weise darauf hin, dass die Aufsichtsratspflichtigkeit der Antragsgegnerin und die Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG i. V. m. § 97 Abs. 2 Satz 1 AktG endeten, wenn nicht Antragsberechtigte nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG i. V. m. § 98 Abs. 2 AktG innerhalb eines Monats nach der Bekanntmachung im Bundesanzeiger das nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG i. V. m. § 98 Abs. 1 AktG zuständige Gericht anriefen.

### 4

Dagegen hat sich der Antragsteller mit Schriftsatz vom 12. April 2020 gewendet, der am selben Tag bei dem Landgericht München I eingegangen und am 4. Mai 2020 im Bundesanzeiger veröffentlicht worden ist.

### 5

Zur Begründung hat der Antragsteller, der sein Vorbringen in weiteren Schriftsätzen ergänzt hat, insbesondere ausgeführt, auch wenn aufgrund einer Betriebsänderung (Verlagerung der von A. S. vertriebenen Ware von P. [Deutschland] nach T. [Belgien]) die Anzahl der bei der Antragsgegnerin beschäftigten Arbeitnehmer mit Ablauf des Jahres 2019 bzw. zu Beginn des Jahres 2020 unter die nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG erforderlichen Arbeitnehmer von mehr als 500 gefallen sei, sei die zukünftige Entwicklung der Gesellschaft derzeit völlig ungewiss. Nach eigenen Angaben der Antragsgegnerin seien die genannten Forecastzahlen (prognostizierte Auftragslage) nicht aussagekräftig. Die Personalplanung der Antragsgegnerin sei nicht nachvollziehbar. Sie basiere nicht auf einer nachvollziehbaren und realistischen Einschätzung der tatsächlichen Sachlage. Tatsächlich herrsche Personalmangel, wie sich an den Überstundenanträgen vom 20./21. Juli 2020 zeige. Im Juli 2020 habe sowohl beim Wareneingang als auch beim Warenausgang ein Rückstand in der Auftragsbearbeitung bestanden; es bestehe ein Mehrbedarf an Mitarbeitern. Am 30. April 2020 habe die Geschäftsleitung bekanntgegeben, dass Auftragsvolumen von A. S. von T. zurück nach P. geholt werde, dies betreffe die Hersteller O. S., N. und STM. Es sei von einer weiteren Verlagerung von Ware und Aufträgen an den Standort der Antragsgegnerin auszugehen. Die mit Mail vom 13. August 2020 bekannt gegebene Schließung des Standorts in N. werde zwangsläufig zu weiteren konzerninternen Auftragsverlagerungen führen. Die Antragsgegnerin, deren Auftragslage durch konzerninterne Verlagerungen der jeweiligen Vertriebsgesellschaften erheblich beeinflusst werde, lege ihre Personalplanung nicht nachvollziehbar dar. Ferner sei nach Angaben der Präsidenten der Schwesterfirmen der Antragsgegnerin eine Entscheidung bezüglich einer Konzentration der bestehenden Aufträge hin zum Betrieb der Antragsgegnerin bzw. einer anderen Gesellschaft erst nach einem Vergleich der verschiedenen Logistikstandorte im Europäischen Wirtschaftsraum möglich. Diesbezüglich habe sich aus Sicht des Antragstellers in der Praxis erwiesen, dass der Betrieb der Antragsgegnerin in P. bezüglich der entscheidenden Bemessungsmerkmale Qualität und termingerechte Lieferung einen Wettbewerbsvorteil verzeichne, insbesondere gegenüber dem Standort T. Darüber hinaus sei aus Sicht des Antragstellers gerade in der gegenwärtigen Phase der Corona-Pandemie eine Stärkung des Betriebs der Antragsgegnerin zu erwarten. Damit sei nach Beurteilung des Antragstellers insbesondere vor dem Hintergrund der Angaben der Präsidenten der Schwesterfirmen der Antragsgegnerin eine deutliche Zunahme der Auftragslage absehbar. Darüber hinaus werde sich die Auftragslage nach Beendigung der Corona-Pandemie erwartungsgemäß erhöhen. Ferner werde sich die Auftragslage aufgrund der für die Antragsgegnerin relevanten 5G-Technologie, Elektromobilität und dem Ausbau der technologischen Infrastruktur verbessern. Nicht zuletzt habe auch der CEO von A. ein Wachstum in der Medizin-Technik und neue Projekte in der Medizin-Branche angekündigt, die nach diesseitigem Verständnis ein zusätzliches Geschäftswachstum bedingten. Belastbare Angaben der Antragsgegnerin, die dem entgegenstehen könnten, habe der Antragsteller von der Antragsgegnerin nicht erhalten.

## 6

Der Antragsteller hat beantragt,

festzustellen, dass aufgrund der am 12. März 2020 im Bundesanzeiger veröffentlichten Bekanntmachung der Antragsgegnerin die Aufsichtsratspflichtigkeit der Antragsgegnerin und die Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG i. V. m. § 97 Abs. 2 Satz AktG nicht enden, sondern der Aufsichtsrat der Antragsgegnerin nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG gebildet und zusammensetzen ist.

## 7

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

## 8

Sie hält den Antrag für unbegründet. Die Zahl ihrer Belegschaftsmitglieder (angestellte Arbeitnehmer und im Betrieb eingesetzte Leiharbeiter) sei tendenziell rückläufig und habe seit Juli 2019 unter 500 gelegen. Im Mai 2020 seien 392 Arbeitnehmer beschäftigt gewesen, und zwar 296 Mitarbeiter im Bereich „Warehouse“, 53 Mitarbeiter im Bereich „Administration“ und 43 Mitarbeiter im Bereich „PMC“. Die Antragsgegnerin erbringe ihre Dienstleistungen ausschließlich für Schwestergesellschaften innerhalb des A.-Konzerns und werde auch zukünftig nicht werbend am Markt auftreten. Hinsichtlich des Betriebsteils „Warehouse“ werde die Personalplanung auf Basis des von ihren Kunden („Speedboats“) budgetierten und prognostizierten Auftragsvolumens (sog. Business Forecast/Forecast) erstellt. Für die anderen Betriebsteile gebe es dagegen eine feste Zahl von Arbeitsplätzen, die bei planungsgemäß verlaufendem Geschäftsbetrieb vorgehalten würden. Aus der Personalplanung der Antragsgegnerin ergebe sich, dass der Schwellenwert von 500 in der Regel beschäftigten Arbeitnehmern bis Ende des Finanzjahres 2021 (Juni 2021) nicht mehr überschritten werde. Dies gelte auch für die Finanzjahre 2022 und 2023. Ab Oktober 2020 werde das Auftragsvolumen des Herstellers Texas Instruments entfallen. Ausgehend von den von Seiten ihrer Kunden prognostizierten Umsätze und unter Berücksichtigung der aktuellen Beschäftigungsanzahl in den Bereichen „PMC“ und „Administration“ ergebe sich im Finanzjahr 2022 ein Personalbedarf für 384 und im Finanzjahr 2023 für 404 Arbeitnehmer. Aufgrund des rückläufigen Auftragsvolumens, der E-Mobilitätsentwicklung im Automotive-Bereich und der Corona-Krise werde der in der Regel bestehende Personalbedarf der Antragsgegnerin künftig unter 400 Arbeitnehmern liegen. Hinzu komme, dass die seit 2012 bestehende betriebliche Sondersituation des Parallelbetriebs von zwei Lagergebäuden beendet sei. Die Behauptung des Antragstellers, auf der Grundlage der Angaben des CEO und der Präsidenten der Schwesterfirmen sei von einer deutlichen Zunahme der Auftragslage und einem Wachstum in der Medizinbranche auszugehen, sei weder verständlich noch einlassungsfähig; bloße Erwartungen blieben im Rahmen der Prognose ohnehin außer Betracht. Richtig sei, dass es gelungen sei, die Auswirkungen des Verlusts des Hauptlieferanten Texas Instruments insofern abzumildern, als über den Kunden A. S. vertriebene Ware der Hersteller O S., N. und STM. wieder nach P. verlagert werde; mit der Rückverlagerung sei es zu einem vorübergehenden Bedarf an Arbeitsplätzen gekommen. Der Personalbedarf werde jedoch in der Regel weiterhin deutlich unter 500 Beschäftigten liegen. Die Antragsgegnerin habe diese „teilweise Volumenrückverlagerung“ bei der Personalplanung für die kommenden Jahre berücksichtigt. Die Schließung des Standorts in N führe nicht zu einer Verlagerung von Auftragsvolumen nach P.; es gebe jedenfalls keine dahingehenden konkreten Unternehmensplanungen der Antragsgegnerin. Der vom Antragsteller angeführte Rückstand in der Auftragsbearbeitung im Juli 2020 sei auf den Umzug des Herstellers N. von T. nach P. zurückzuführen. Die Berechnungen des Antragstellers zum Personalmehrbedarf seien nicht nachzuvollziehen.

## 9

Das Landgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 26. November 2020 zurückgewiesen, der an die Beteiligten lediglich formlos herausgegeben und nicht im Bundesanzeiger bekanntgemacht worden ist. Bei der Antragsgegnerin gebe es seit dem Jahr 2017 einen drittelparitätisch gebildeten Aufsichtsrat, nachdem im Zeitpunkt der Aufsichtsratswahl am 8. März 2017 in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer bei ihr beschäftigt gewesen seien. Seit Anfang 2012 habe sie in P. zwei parallel betriebene Lagerstätten unterhalten; der Umzug in das neue Lagergebäude sei im Juli 2019 abgeschlossen gewesen. Am 17. April 2018 habe die A. Inc. entschieden die Verlagerung der Waren des Kunden A. S. frühestens mit Wirkung vom 1. Dezember 2018 dauerhaft nach Belgien zu verlagern. Ende des Jahres 2019 habe Texas

Instruments als Hauptlieferant das Distributionsverhältnis mit der Antragsgegnerin beendet. Zur teilweisen Kompensation sei es der Antragsgegnerin gelungen, dass die über den Kunden A. S. vertriebene Ware der Hersteller ONS, N und STM von T. wieder nach P. verlagert werden konnte. In den Monaten Juli 2019 bis Mai 2020 habe die Zahl der Beschäftigten jeweils unter 500 gelegen - mit im Zeitverlauf sinkender Tendenz; im Juni 2020 habe die Antragsgegnerin 392 Arbeitnehmer, davon 296 im Bereich Warehouse (scil.: Lager), 43 im Bereich PMC, also Programmierung, sowie 53 in der Administration beschäftigt. Für seine Sitzung am 25. Mai 2020 habe der Wirtschaftsausschuss zu der [Information über die] unternehmerische[n] Entscheidung zur Abmilderung des Verlusts des Hauptlieferanten Texas Instruments unter Verweis auf die Personalplanung mit einem Überfluss von 90 Mitarbeitern [um die Vorlage des Texas Instruments, ONS, STM und N Forecast vom Juni bis Dezember 2020] gebeten. Mit Schreiben an den Betriebsrat/Betriebsausschuss vom 20. und 21. Juli 2020 habe die Antragsgegnerin für die Zeit vom 21. bis 25. Juli und vom 27. Juli bis 1. August 2021 (Anmerkung des Senats: gemeint 2020) Überstunden angesichts eines zu erwartenden stark erhöhten Inbound-Volumens beantragt. Am 5. August 2020 habe die Antragsgegnerin vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie mit sehr deutlichen Rückgängen beim Umsatz und des Rückzugs von Texas Instruments die unternehmerische Entscheidung getroffen, die Anzahl der Mitarbeiter/innen im Betriebsteil Warehouse von 268 auf 250 zu reduzieren. Zur rechtlichen Begründung seiner Entscheidung führt das Landgericht aus, der Antrag sei nach § 27 EGAktG i. V. m. §§ 97 bis 99 AktG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Das Landgericht habe nach § 98 Abs. 1 AktG auf Antrag zu entscheiden, wenn streitig oder ungewiss sei, nach welchen gesetzlichen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammensetzen sei. Dies gelte auch dann, wenn es um die Frage gehe, ob die ursprüngliche Verpflichtung zur Bildung eines Aufsichtsrats wieder weggefallen sei; auch für die GmbH, die aufgrund der gesetzlichen Vorschriften einen Aufsichtsrat installiert habe, gelte der vom Gesetzgeber für die Einführung des § 96 Abs. 2 AktG gesehene Zweck, dem Aufsichtsrat eine sichere Rechtsgrundlage zu geben (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 2. November 2010, 20 W 362/10 Asklepios, ZIP 2011, 21, 22 f. [juris Rn. 32 f.]; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 52 Rn. 159; Spindler in Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 52 Rn. 68; Giedinghagen in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 52 Rn. 41; Wicke, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 52 Rn. 14; Wichert in Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2020, MitbestG § 6 Rn. 6; Oetker in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, MitbestG § 6 Rn. 4; Weiler, NZG 2004, 988 ff.; Brock, GmbHR 2019, 101, 105). Der Antragsteller sei antragsbefugt nach § 27 EGAktG, § 98 Abs. 2 Nr. 4 AktG. Der Antrag sei innerhalb der Monatsfrist des § 97 Abs. 2 AktG gestellt worden, so dass offenbleiben könne, ob dies eine Zulässigkeitsvoraussetzung sei. Der Antrag sei jedoch unbegründet; die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG seien bei der Antragsgegnerin nicht erfüllt. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Schwellenwert von 500 Arbeitnehmern in dem hierfür maßgeblichen Zeitraum überschritten werde. Die Beschäftigtenzahl sei nicht durch Abzählen an einem bestimmten Stichtag, sondern unter Berücksichtigung der Vergangenheit und der zukünftigen Entwicklung festzulegen. Der dafür angemessene Bemessungszeitraum (Referenzperiode) müsse dem Zweck dienen, dass bei Schwankungen der Arbeitnehmerzahl kein häufiger Wechsel der Mitbestimmungsform eintrete. Daher könne nach der Rechtsprechung die Schwelle des § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG - und somit auch die des § 1 DrittelbG - nur dann als überoder unterschritten angesehen werden, wenn die Beschäftigtenzahl nach der Personalplanung des Unternehmens als für längere Zeit gesichert angesehen werden könne. Schon von daher verbiete sich eine zu kurze Bemessung der Referenzperiode (vgl. OLG Saarbrücken, Beschluss vom 2. März 2016, 4 W 1/15, ZIP 2016, 1286, 1287 [juris Rn. 128 f.]; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.12.1994, 19 W 2/94 AktE, DB 1995, 277, 278, [juris Rn. 18]). Ausgehend von den für das Verfahren gemäß §§ 97 f. AktG und für das Wahlverfahren für die Arbeitnehmervertreter gemäß §§ 10 f. MitbestG maßgeblichen Zeiträumen sei daher eine Berücksichtigung der Unternehmensplanung über 17 bis 20 Monate erforderlich. Die Prognose der Zahl der Beschäftigten müsse nach Möglichkeit sicherstellen, dass nicht bereits vor Ablauf der Frist eine neuerliche Änderung der Mitbestimmungsform erforderlich werde. Werde hiernach die Dauer des Wahlverfahrens mit etwa zehn Monaten und des Verfahrens nach §§ 97 f. AktG mit etwa sieben bis zehn Monaten angesetzt, so seien wenigstens die nächsten 17 bis 20 Monate der Unternehmensplanung bei der Ermittlung der fraglichen Arbeitnehmerzahl zu berücksichtigen. Das notwendige Maß an Sicherheit bei der Beurteilung künftiger Entwicklungen sei bei einer so bemessenen Referenzperiode noch zu gewährleisten (vgl. insbes. OLG Saarbrücken a. a. O. [juris Rn. 130]; Oetker in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, MitbestG § 1 Rn. 14; Brock GmbHR, 2019, 101, 105). Unter Zugrundelegung dieses Prüfungsmaßstabs könne nicht davon ausgegangen werden, dass bei der Antragsgegnerin in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt seien. Im Juli 2019 sei der Schwellenwert erstmals unterschritten worden. Ab diesem Zeitpunkt

seien die Zahlen weiter rückläufig gewesen; im Mai 2020 seien 392 Arbeitnehmer bei der Antragsgegnerin beschäftigt gewesen. Die Personalplanung der Antragsgegnerin (Stand 15. Juni 2020) gehe davon aus, dass im Juli 2020 mit 263 Arbeitnehmern der Tiefstand erreicht und innerhalb des Folgejahres mit einem Anstieg bis zu maximal 316 Arbeitnehmern zu rechnen sei. Bei diesen Zahlen seien bereits die Folgen der Rückverlagerung des Auftragsvolumens der drei Hersteller ON S, N und STM von T. nach P. berücksichtigt. Soweit der Antragsteller geltend mache, aufgrund des Rückstands in der Auftragsbearbeitung im Juli 2020 müsse mit einem erheblichen Personalmehrbedarf in einer Größenordnung von ca. 20-30% gerechnet werden, könne dies die Planung nicht infrage stellen. Die Richtigkeit dieser Überlegungen unterstellt läge die Anzahl der Arbeitnehmer bei maximal 411 und damit immer noch deutlich unter dem Schwellenwert. Außerdem lasse der Vortrag des Antragstellers nicht erkennen, inwieweit der Rückstand in der Auftragsbearbeitung dauerhaft sein könne. Zwischen den Beteiligten sei unstrittig, dass im Juli 2020 die Waren der N von T. nach P. zurückzuführen gewesen seien, wodurch es über einen Zeitraum von drei Wochen mit mehr als 15.000 zusätzlich abzuarbeitenden Auftragspositionen gekommen sei. Aus dem Antrag auf Überstunden könne nicht auf einen dauerhaft erhöhten Personalbedarf geschlossen werden. Dem Vortrag der Beteiligten sei nicht zu entnehmen, dass noch weitere Anträge wegen Mehrarbeit an den Betriebsrat gestellt worden seien. Gegen die Unangemessenheit der Ansätze der Antragsgegnerin spreche aktuell die durch die COVID-19-Pandemie bedingte schlechte wirtschaftliche Lage. Die Personalplanung zeige allerdings, dass mit einem Anstieg gerechnet werde. Gerade in der aktuellen wirtschaftlichen Lage, die auch Distributoren für Komponenten der Elektroindustrie betreffe, sei für die hier relevante Referenzperiode wohl von einem Aufschwung auch in der Personalplanung auszugehen. Bei der Annahme der Plausibilität könne nicht außer Acht gelassen werden, dass unklar sei, wann und wie sich die Wirtschaft erholen werde. Die Umsatzplanung gehe von einer drei Quartale umfassenden Stagnation und einem anschließenden Anstieg ab dem 3. Quartal des Geschäftsjahres 2020/2021 in mehreren Stufen bis zum 1. Quartal des Geschäftsjahres 2022/2023 aus, in dem die Zahlen des Zeitraums Oktober bis November 2019 wieder überschritten werden sollen. Dieser Ansatz eines v- bis u-förmigen Verlaufs der Krise entspreche auch den Überlegungen, wie sie vielfach zur wirtschaftlichen Entwicklung während und nach der Überwindung der COVID-19-Pandemie in wirtschaftlicher Hinsicht angestellt würden (vgl. Castedello/Tschöpel WPg 2020, 914 [917]). Zudem müsse berücksichtigt werden, dass Entwicklungen am Arbeitsmarkt regelmäßig zu den Spätindikatoren der konjunkturellen Entwicklung zählten, weshalb es auch nachvollziehbar sei, wenn bei der Antragsgegnerin auch in den kommenden Jahren bis Juni 2023 mit einer Zahl von Arbeitnehmern geplant werde, die deutlich unter 500 liege. Dem könne seitens des Antragstellers nicht entgegengehalten werden, die als Folge des Brexit erfolgte Schließung des Werks in Norwich (Anmerkung des Senats: gemeint Newcastle) werde zu einer Steigerung der Mitarbeiterzahlen führen. Aus der vorgelegten Presseerklärung ergebe sich, dass das Geschäft nach T. verlagert werden solle. Neue Arbeitsplätze in nennenswerter Zahl bei der Antragsgegnerin in P. könnten daher nicht erwartet werden. Inwieweit die Schließung des Lagers 1 in P. mitursächlich für eine gewisse Reduktion der Mitarbeiterzahlen gewesen sei, müsse die Kammer daher nicht mehr abschließend entscheiden, auch wenn es nachvollziehbar sei, dass durch die Vermeidung von Doppelstrukturen und die damit verbundenen Synergieeffekte weniger Arbeitnehmer benötigt würden.

## 10

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde des anwaltlich vertretenen Antragstellers vom 29. Dezember 2020, der das Landgericht mit Beschluss vom 30. Dezember 2020 nicht abgeholfen hat. Der Antragsteller macht geltend, der angegriffene Beschluss beruhe auf einer beachtlichen Rechtsverletzung, die für die Entscheidung erheblich gewesen sei. Einen nach § 1 Abs. 1 DrittelbG zusammengesetzten Aufsichtsrat beeinflusse ein nur vorübergehendes Absinken der Arbeitnehmerzahl nicht. Bezüglich der zukünftigen Entwicklung der Gesellschaft habe das Ausgangsgericht rechtsfehlerhaft allein auf die vermeintlichen Personalplanungen der Antragsgegnerin vom 15. Juni 2020 abgestellt und diese mit der schlechten wirtschaftlichen Lage aufgrund der COVID-19-Pandemie gerechtfertigt. Dies sei unzutreffend, da die Antragsgegnerin - unstrittig - nicht werbend am Markt tätig sei und somit die Auftragslage nicht bestimme. Vielmehr werde die Auftragslage der Antragsgegnerin durch konzerninterne Verlagerung ihrer Vertriebsgesellschaften durch die Konzernmutter A. Inc. bestimmt. Auch die Verlagerung von A. S. Ware, die zu der vermeintlich entscheidenden Personalreduzierung unter die Schwelle von 500 Arbeitnehmern geführt habe, habe nicht etwa auf einer Entscheidung der Antragsgegnerin oder einer „externen Marktlage“ beruht, sondern unstrittig auf einer internen Entscheidung der Konzernmutter. Angesichts der Konzernstruktur und des Geschäftsmodells (Bearbeitung der allein von der Konzernmutter bestimmten

Aufträge der konzerninternen Vertriebsgesellschaften) könne Bezugsobjekt für die Personalentwicklung der Antragsgegnerin nicht allein deren Planung sein. Die höchstrichterliche Rechtsprechung stelle sogar hinsichtlich der wirtschaftlichen Vertretbarkeit eines Sozialplanvolumens bei einem Vertragskonzern nicht allein auf die isolierten wirtschaftlichen Vermögensverhältnisse eines Unternehmens ab und nehme in verschiedenen Konstellationen einen Bemessensdurchgriff vor (BAG, Beschluss vom 22. Januar 2013, 1 ABR 85/11; Urt. v. 14. Februar 1989, 3 AZR 191/87). Ein alleiniges Abstellen auf die Personalplanung der Antragsgegnerin sei nicht nachhaltig belastbar. Setze man voraus, dass der Aufsichtsrat im Jahr 2017 zu Recht drittelparitätlich errichtet worden sei, sei aufgrund der nunmehrigen Verringerung der Arbeitnehmeranzahl basierend auf der Entscheidung der A. Inc. und den weiteren vorliegenden Informationen jedenfalls gegenwärtig kein Umstand dargetan, der den rechtmäßigen Wegfall der Aufsichtsratspflicht vor dem Hintergrund eines dauerhaften Absinkens rechtfertige. Im Beschwerdeverfahren hat der Antragsteller den Beschluss vom 16. Dezember 2020 zur Beschwerdeeinlegung vorgelegt und vorgetragen, dass die prognostizierten Auftragsvolumina der „Speedboats“ keine verlässliche Grundlage für die Personalplanung der Antragsgegnerin sein könnten, zeige sich daran, dass seit Monaten ein erheblicher Rückstau in der Auftragsbearbeitung bestehe; es seien verschiedene Stellen ausgeschrieben worden. Die Antragsgegnerin habe nach wie vor keine nachvollziehbare und verlässliche Personalplanung in das Verfahren eingeführt, auf deren Grundlage von einem dauerhaften Absinken der Anzahl der Arbeitnehmer auf unter 500 ausgegangen werden könnte. Für eine derartige Personalplanung, für die die Antragsgegnerin nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast trage, müsste diese jedenfalls auch hinsichtlich der Planungen ihrer Muttergesellschaft vortragen, da diese über die Auslastung der Antragsgegnerin bestimme.

#### 11

Der Antragsteller beantragt,

den Beschluss des Landgerichts München I vom 26. November 2020, 38 O 4505/20, abzuändern und festzustellen, dass aufgrund der am 12. März 2020 im Bundesanzeiger veröffentlichten Bekanntmachung der Antragsgegnerin die Aufsichtsratspflichtigkeit der Antragsgegnerin und die Amtszeit der Aufsichtsratsmitglieder gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG i. V. m. § 97 Abs. 2 Satz 1 AktG nicht enden, sondern der Aufsichtsrat der Antragsgegnerin nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG gebildet und zusammensetzen ist.

#### 12

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Landgerichts München I vom 26. November 2020, 38 O 4505/20, zurückzuweisen.

#### 13

Sie hält die Beschwerde für unzulässig; der Antragsteller habe nicht dargelegt, einen ordnungsmäßigen Betriebsratsbeschluss über die Einleitung des Beschwerdeverfahrens gefasst zu haben. Außerdem stelle das Vorbringen des Antragstellers keine taugliche Beschwerdebegründung dar. In einem Statusverfahren könne die Beschwerde nach § 99 Abs. 3 Satz 3 AktG nur auf eine Rechtsverletzung gestützt werden. Vermeintlich fehlerhafte tatsächliche Feststellungen des Landgerichts könnten im Wege der Beschwerde nur geltend gemacht werden, wenn sie auf einer Gesetzesverletzung beruhten. Der Antragsteller habe nicht dargelegt, welche konkrete beachtliche Rechtsverletzung das Landgericht begangen haben solle und inwiefern diese Rechtsverletzung für die Entscheidung kausal gewesen sei. Weder trage er vor, welche Tatsachen das Landgericht hätte feststellen müssen, noch zu welchem konkreten anderen Ergebnis diese Feststellungen geführt hätten. Der Vortrag des Antragstellers beschränke sich auf pauschale, unsubstantiierte und im Übrigen unzutreffende Behauptungen. Jedenfalls sei die Beschwerde unbegründet. Zwar treffe es zu, dass die Antragsgegnerin als Logistikdienstleisterin ausschließlich für Schwestergesellschaften innerhalb des A.-Konzerns, konkret für die Vertriebsgesellschaften („Speedboats“) in der Region EMEA, an ihrem einzigen Standort in P. Logistik- und Programmierdienstleistungen im Zusammenhang mit der Distribution von elektronischen Bauteilen erbringe. Sie trete nicht werbend am Markt auf und sei von den Auftragseingängen der Vertriebsgesellschaften abhängig. Unter anderem zum Zwecke der Personalplanung der Antragsgegnerin würden von den Vertriebsgesellschaften die prognostizierten Auftragsvolumina (sog. Business Forecast) gemeldet. Auf der Grundlage dieser Business Forecasts könne die Antragsgegnerin dann Entscheidungen über den benötigten Personalbedarf für den

Betriebsteil Warehouse sowie abgeleitet hiervon den Betriebsteil PMC treffen. Der Antragsteller verkenne aber, dass auch die Vertriebsgesellschaften die prognostizierten Auftragsvolumina anhand von Schätzungen erstellten, die sie selbst von ihren Kunden erhielten. Die Bearbeitung der Aufträge und das Auftragsvolumen obliege somit keineswegs der alleinigen Entscheidung der Konzernmutter. Es könne von einer mittelbaren Tätigkeit der Antragsgegnerin am Markt ausgegangen werden. Der Antragsteller lege nicht dar, weshalb er meine, aus dem Umstand, dass die Antragsgegnerin nicht werbend am Markt tätig sei, ableiten zu können, dass von einem dauerhaften Übersteigen des maßgeblichen Schwellenwerts des Drittelbeteiligungsgesetzes auszugehen sei. Wie das Landgericht in seinem Beschluss vom 30. Dezember 2020 zutreffend ausführe, könne es auf Vorgaben der Konzernobergesellschaft nicht ankommen. Nach § 3 Abs. 2 DrittelbG sei der Betriebsbegriff des Betriebsverfassungsgesetzes maßgeblich. Ein Betrieb sei eine organisatorische Einheit, innerhalb derer der Arbeitgeber zusammen mit den von ihm beschäftigten Arbeitnehmern bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolge; dazu müssten die in der Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt und die menschliche Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert werden (vgl. BAG, Beschluss vom 9. Dezember 2009, 7 ABR 38/08, NZA 2010, 906, 908 [juris Rn. 22]). Daraus sei der Schluss zu ziehen, dass es auf Vorgaben der Konzernobergesellschaft nicht ankommen könne. Selbst wenn sich die Personalplanung der Antragsgegnerin als Folge der Entscheidung der A. Inc. darstelle, ändere dies nichts daran, dass infolge dieser Entscheidung die Arbeitnehmerzahl bei der Antragsgegnerin dauerhaft unter 500 liegen werde. Etwas anders lasse sich auch nicht aus der Rechtsprechung zum Bemessungsdurchgriff herleiten; dies stünde im Widerspruch zu den Wertungen des Drittelbeteiligungsgesetzes, dessen § 2 Abs. 2 eine Zurechnung von Arbeitnehmern im Konzern nur beim herrschenden Unternehmen - bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags - zulasse. Nach Ansicht der Antragsgegnerin lägen im Übrigen - die Anwendung der Grundsätze des Bemessungsdurchgriff unterstellt - die Voraussetzungen eines Bemessungsdurchgriffs nicht vor; sämtliche Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge zwischen der Antragsgegnerin und Gesellschaften der AVNET-Gruppe seien spätestens Ende Juni 2020 aufgehoben worden. Entscheidend sei, dass die Einwände des Antragstellers nicht geeignet seien, entgegen der tatsächlichen Entwicklung im vergangenen Jahr und der auf Tatsachen beruhenden zukünftigen Prognose des Personalbestands eine andere Prognose zu rechtfertigen und zu belegen, dass der Schwellenwert von 500 in der Regel beschäftigten Arbeitnehmern überschritten werde.

II.

**14**

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

**15**

1. Die Beschwerde ist nach § 99 Abs. 3 Satz 2 AktG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Zuständigkeit des Bayerischen Obersten Landesgerichts ergibt sich aus § 99 Abs. 3 Sätze 5 und 6 AktG i. V. m. § 3 Nr. 2 BayDelV, § 14 Abs. 2 BayGZVJu.

**16**

a) Die angegriffene Entscheidung ist in einem Statusverfahren nach § 96 Abs. 4 und §§ 97 bis 99 AktG ergangen, die gemäß § 27 EGAktG für Gesellschaften mit beschränkter Haftung sinngemäß gelten und die gerichtliche Klärung der Frage umfassen, ob bei einer Gesellschaft überhaupt ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu bilden ist (vgl. OLG München, Beschluss vom 19. November 2008, 31 Wx 099/07, juris Rn. 4).

**17**

b) Der Antragsteller ist beschwerdebefugt. Nach § 99 Abs. 4 Satz 3 AktG steht die Beschwerde jedem nach § 98 Abs. 2 AktG Antragsberechtigten zu. Zutreffend hat das Landgericht den Antragsteller als nach § 27 EGAktG, § 98 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AktG Antragsberechtigten angesehen.

**18**

c) Die Beschwerde ist fristgerecht (§ 63 Abs. 1 FamFG i. V. m. § 99 Abs. 4 Satz 4 AktG) bei dem Landgericht (§ 64 Abs. 1 Satz 1 FamFG) eingelegt und durch einen Anwalt unterzeichnet (§ 99 Abs. 3 Satz 4 AktG) worden. Zweifel an einer wirksamen Bevollmächtigung dieses Anwalts (§ 99 Abs. 1 AktG i. V. m. § 11 FamFG und § 81 ZPO) bestehen - unabhängig von dem vom Antragsteller mit Schriftsatz vom 23. Februar 2021 vorgelegten Beschluss vom 16. Dezember 2020 - nicht. Aus der von der Antragsgegnerin zitierten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (Beschluss vom 18. März 2015, 7 ABR 4/13, juris Rn. 12)

ergibt sich lediglich, dass der Betriebsrat im Kosteninteresse des Arbeitgebers prüfen muss, ob und gegebenenfalls mit welchen Argumenten ein Rechtsmittel gegen eine zu seinen Lasten ergangene Entscheidung erfolgsversprechend ist.

## 19

d) Die Beschwerde enthält die nach § 64 Abs. 2 Satz 3 FamFG erforderlichen Angaben. Ohne Erfolg rügt die Antragsgegnerin, die Beschwerde genüge nicht den Begründungsanforderungen. Zwar kann die Beschwerde in einem Statusverfahren - abweichend von § 65 Abs. 3 FamFG - nach § 99 Abs. 3 Satz 3 AktG nur auf die Verletzung des Rechts gestützt werden, daraus ergibt sich aber lediglich der Prüfungsmaßstab des Beschwerdegerichts (vgl. OLG München, Beschluss vom 26. März 2020, 31 Wx 278/18, juris Rn. 71 ff.; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 2. März 2016, 4 W 1/15, juris Rn. 111 f.). Eine von § 65 Abs. 1 FamFG i. V. m. § 99 Abs. 1 AktG abweichende Regelung ist in § 99 Abs. 2 bis 5 AktG nicht enthalten, insbesondere wird § 71 Abs. 3 FamFG nicht für entsprechend anwendbar erklärt. Auch wenn die Beschwerde nach § 99 Abs. 3 AktG als „Rechtsbeschwerde“ bezeichnet wird (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Juli 2016, I-26 W 1/16 (AktE), juris Rn. 39; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 2. März 2016, 4 W 1/15, juris Rn. 109; Habersack in Münchner Kommentar zum AktG, 5. Aufl. 2019 § 99 Rn. 21), gilt § 71 Abs. 3 FamFG nur für eine nach § 70 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 FamFG vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde (vgl. zur Zulassung: Koch in Hüffer/Koch, AktG 15. Aufl. 2021 § 99 Rn. 7; Habersack a. a. O., Rn. 23 und 18).

## 20

2. Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht den Antrag, das Fortbestehen der Aufsichtsratspflichtigkeit der Antragsgegnerin festzustellen, als unbegründet zurückgewiesen.

## 21

a) Die Zulässigkeit des Antrags hat das Landgericht zu Recht bejaht.

## 22

b) Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht auf der Grundlage der Prognose der Antragsgegnerin das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG verneint.

## 23

(1) Nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG haben die Arbeitnehmer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung „mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern“ ein Mitbestimmungsrecht im Aufsichtsrat. Arbeitnehmer sind gemäß § 3 Abs. 1 DrittelbG die in § 5 Abs. 1 BetrVG bezeichneten Personen (vgl. zu dem in § 5 Abs. 1 BetrVG vorausgesetzten Begriff des Arbeitnehmers: BGH, Beschluss vom 25. Juni 2019, II ZB 21/18, BGHZ 222, 266 Rn. 16 m. w. N.; BAG, Beschluss vom 4. November 2015, 7 ABR 42/13, BAGE 153, 171 Rn. 28), mit Ausnahme der in § 5 Abs. 3 BetrVG bezeichneten leitenden Angestellten.

## 24

Durch das bei Schwellenwerten in der Mitbestimmung grundsätzlich übliche Merkmal „in der Regel“ will der Gesetzgeber zufälligen Resultaten bei schwankenden Beschäftigtenzahlen vorbeugen (BAGE 153, 171 Rn. 36 m. w. N.). Maßgeblich ist daher die normale Beschäftigtenzahl, also diejenige Personalstärke, die für den Betrieb oder das Unternehmen im Allgemeinen kennzeichnend ist (zu § 9 BetrVG: BAG, Beschluss vom 12. November 2008, 7 ABR 73/07, juris Rn. 16). Zur Ermittlung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl ist nicht nur der Personalbestand in der Vergangenheit zugrunde zu legen, sondern auch die künftige, aufgrund konkreter Unternehmerentscheidungen zu erwartende Entwicklung des Beschäftigtenstands einzubeziehen (zu § 9 MitBestG: BAGE 153, 171 Rn. 36). Die Feststellung der maßgeblichen Unternehmensgröße erfordert daher sowohl eine rückblickende Betrachtung als auch eine Prognose, bei der konkrete Veränderungsentscheidungen einzubeziehen sind (BGHZ 222, 266 Rn. 34; BAGE 153, 171 Rn. 36).

## 25

Diese Grundsätze, die auch im Rahmen des § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG gelten (vgl. OLG Saarbrücken, Beschluss vom 2. März 2016, 4 W 1/15, juris Rn. 128 ff. m. w. N.), hat das Landgericht beachtet.

## 26

(2) Gegen die vom Landgericht in Übereinstimmung mit der obergerichtlichen Rechtsprechung, nach der bei der Ermittlung der Arbeitnehmerzahl die nächsten 17 bis 20 Monate der Unternehmensplanung zu berücksichtigen sind (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 2. März 2016, 4 W 1/15, juris Rn. 130; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Dezember 1994, 19 W 2/94 AktE, juris Rn. 18), herangezogene

Referenzperiode erhebt der Antragsteller keine Einwendungen. Ob dieser Beurteilungszeitraum regelmäßig zugrunde zu legen ist oder auch ein kürzerer Zeitraum ausreichen kann (für eine differenzierende Einzelfallbetrachtung: Annuß in Münchener Kommentar zum AktG, MitbestG § 1 Rn. 13), bedarf hier keiner Entscheidung.

## 27

(3) Die die Beurteilungsgrundlage betreffenden Rügen des Antragstellers, es könne „nicht allein“ auf die „vermeintliche Personalplanung“ der Antragsgegnerin abgestellt werden und die prognostizierten Auftragsvolumina der „Speedboats“ könnten keine verlässliche Grundlage für die Personalplanung der Antragsgegnerin sein, greifen nicht durch.

## 28

Generell gilt, dass Prognoseentscheidungen - ausgehend von den rechtlichen Rahmenbedingungen - auf einer hinreichend tragfähigen Tatsachengrundlage beruhen müssen. Soweit der Antragsteller die Personalplanung der Antragsgegnerin pauschal als „vermeintliche“ bezeichnet, zeigt er einen Rechtsfehler nicht auf. Kern des Beschwerdevorbringens ist der Einwand, Planungen der Muttergesellschaft, die die Auslastung der Antragsgegnerin bestimme, hätten von der Antragsgegnerin dargelegt und bei der Prognose berücksichtigt werden müssen.

## 29

(a) Die Argumentation des Antragstellers, die Antragsgegnerin treffe nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast für eine Personalplanung, auf deren Grundlage von einem dauerhaften Absinken der Anzahl der Arbeitnehmer auf unter 500 ausgegangen werde könne, verkennt, dass es sich bei dem Verfahren nach § 99 AktG zwar um ein sogenanntes echtes Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, in Folge der Anwendbarkeit des FamFG (§ 99 Abs. 1 AktG) das Gericht aber eine Amtsermittlungspflicht (§ 26 FamFG) trifft. Die Grundsätze der subjektiven Beweislast (Beweisführungslast) gelten deshalb nicht (Habersack Münchener Kommentar zum AktG, § 99 Rn. 12; Sternal in Keidel, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 26 Rn. 17; Borth/Grandel in Musielak/Borth, FamFG, 6. Aufl. 2018, § 30 Rn. 13), auch wenn den Parteien eine gewisse Mitwirkungspflicht bei der Sachverhaltsaufklärung (§ 27 FamFG) obliegt (Habersack a. a. O.; Henssler in Henssler/Strohn Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, AktG § 99 Rn. 2; Sternal in Keidel, FamFG, § 26 Rn. 20).

## 30

Den Umfang seiner Ermittlungen bestimmt das Gericht unter Berücksichtigung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale und der besonderen Umstände des einzelnen Falles nach pflichtgemäßem Ermessen (Bumiller in Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG 12. Aufl. 2019, § 26 Rn. 6). Jedenfalls in echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit findet die Amtsermittlungspflicht dort ihre Grenze, wo angenommen werden kann, dass ein Beteiligter eine für ihn günstige Tatsache ohne Zweifel vorgetragen hätte (zum WEG a. F.: BayObLG, Beschluss vom 30. März 1988, BReg 2 Z 80/87, NJW-RR 1988, 1170 [juris Rn. 21]; zu § 99 AktG: LG Köln Beschluss vom 12. Januar 2012, 91 O 69/11, BeckRS 2012, 5768, beckonline), was auch die Annahme erfordert, dass sich der Beteiligte der Bedeutung dieser Umstände bewusst war (Bumiller a. a. O.; Sternal a. a. O. Rn. 21). Im Statusverfahren nach §§ 98, 99 AktG ist das Gericht somit zur Ermittlung der entscheidungserheblichen Tatsachen von Amts wegen verpflichtet, sofern sich - unter Berücksichtigung dieser Grundsätze - aus den Darlegungen der Beteiligten entsprechende Anhaltspunkte ergeben (vgl. Fischer/Ammon in Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2020, AktG § 99 Rn. 3; Boemke, ZfA 2021, 100 [122]; weitergehend möglicherweise: Spindler in BeckOGK AktG, 1. Februar 2021, § 99 Rn. 6; Simons in Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 99 Rn. 6).

## 31

(b) § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG stellt auf die Gesellschaftsform und die Zahl der Arbeitnehmer bei dieser Gesellschaft ab, wobei nach überwiegender Auffassung nur in inländischen Betrieben beschäftigte Arbeitnehmer einzubeziehen sind (vgl. Annuß in Münchener Kommentar zum AktG, DrittelbG § 1 Rn. 3; Brock GmbHR 2019, 101 [107]; zu § 1 Abs. 1 MitbestG: OLG München, Beschluss vom 26. März 2020, 31 Wx 278/18, juris Rn. 82; OLG Frankfurt, Beschluss vom 25. Mai 2018, 21 W 32/18, juris Rn. 11).

## 32

Die Beschwerde zielt zwar nicht auf die Berücksichtigung von Arbeitnehmern ausländischer Tochtergesellschaften, sondern wirft vielmehr die Frage auf, inwieweit die Unternehmensplanung der ausländischen Muttergesellschaft in die Prüfung einfließt, ob bei der deutschen Tochtergesellschaft die

Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG gegeben sind. Neben der gesetzlichen Anknüpfung an die „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ spricht aber auch das von der Rechtsprechung zur Begründung der Nichtberücksichtigung von Arbeitnehmern ausländischer Tochtergesellschaften genannte Territorialprinzip (vgl. OLG Frankfurt a. a. O., Rn. 12 f.) dafür, dass bei einer GmbH, die Teil eines internationalen Konzerns ist, auf die Personalbedarfsplanung dieser Gesellschaft abzustellen ist. Aus der vom Antragsteller erwähnten Rechtsprechung zur Möglichkeit eines Bemessungsdurchgriffs auf Konzernobergesellschaften bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Verhältnisse eines Unternehmens, ergibt sich nichts anderes. Zwar ist es nach einer der vom Antragsteller zitierten Entscheidungen (BAG, Urt. v. 14. Februar 1989, 3 AZR 191/87, BAGE 61, 94 [juris Rn. 22]) unerheblich, ob die Konzernmutter ihren Sitz im Ausland hat. Der bestimmende Einfluss einer ausländischen Gesellschaft bewirke nur, dass die Ertragskraft der inländischen Tochter zutreffend nur unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage des Konzerns ermittelt werden könne. Es gehe nicht darum, die ausländische Gesellschaft unmittelbar zu Verpflichtungen heranzuziehen. Auf die im Rahmen des § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG vorzunehmende Prognose lassen sich diese Überlegungen aber nicht übertragen. Die Norm knüpft nicht an die wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft, sondern an die in der Regel bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer an. Nur hinsichtlich der Zurechnung von Arbeitnehmern enthält § 2 Abs. 2 DrittelbG eine - hier nicht einschlägige - Regelung für Konzernunternehmen, die eine der Rechtsformen des § 1 Abs. 1 DrittelbG haben müssen (vgl. Habersack in Habersack/Henssler, 4. Aufl. 2018, DrittelbG § 2 Rn. 13). Mit der Systematik des Drittelbeteiligungsgesetzes wäre es nicht vereinbar, nicht auf die Unternehmensplanung des zuständigen Organs der Gesellschaft abzustellen, deren Verpflichtung zur Bildung eines Aufsichtsrates im Streit steht.

### **33**

Eine andere Frage ist, ob die Inlandsgesellschaft (vgl. Habersack in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, DrittelbG § 1 Rn. 5), bei der die Verpflichtung, nach § 1 Abs. 1 DrittelbG einen Aufsichtsrat zu bilden, im Raum steht, konkrete Unternehmensentscheidungen der Konzernmutter bei der Prognose zu berücksichtigen hat. Dies betrifft allerdings die Prüfung, ob die Prognose auf einer tragfähigen Grundlage beruht (s. u. [c]).

### **34**

(c) Ohne Rechtsfehler ist das Landgericht auf der Grundlage der Personalplanungen der Antragsgegnerin zu dem Ergebnis gelangt, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass bei der Antragsgegnerin in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt würden. Es hat dabei insbesondere die ihm obliegende Aufklärungspflicht nicht verletzt.

### **35**

Die vom Antragsteller angesprochenen Verlagerungen innerhalb des Konzerns und Äußerungen Verantwortlicher der Muttergesellschaft oder der Schwestergesellschaften stellen die Personalplanungen der Antragsgegnerin nicht in Frage. Das Vorbringen des Antragstellers, die Schließung des Standorts in N. werde zwangsläufig zu weiteren konzerninternen Auftragsverlagerungen führen, besagt nichts über eine Auftragsverlagerung nach P.; in der vorgelegten E-Mail vom 13. August 2020 wird vielmehr eine Verlagerung nach T. angesprochen. Auf den Hinweis der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 19. Juni 2020, der Antragsteller möge konkretisieren, wann und in welchem Zusammenhang der CEO und die Präsidenten der Schwestergesellschaften eine deutliche Zunahme der Auftragslage erwähnt haben sollen, hat der Antragsteller sein Vorbringen nicht konkretisiert. Das Landgericht durfte insoweit davon ausgehen, dass der Antragsteller die seine Rechtsansicht stützenden Umstände von sich aus vorbringt. Auch das Beschwerdevorbringen enthält zu Planungen der Muttergesellschaft keinen konkreten Vortrag, so dass es auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen neuer Vortrag ausnahmsweise zuzulassen wäre (vgl. OLG München, Beschluss vom 26. März 2020, 31 Wx 278/18, juris Rn. 72 m. w. N.; Habersack Münchener Kommentar zum AktG, § 99 Rn. 21), nicht ankommt.

### **36**

Das Landgericht hat die ihm obliegende Aufklärungspflicht auch nicht dadurch verletzt, dass es den Standort P. betreffende Planungen der Muttergesellschaft nicht weiter aufgeklärt hat.

### **37**

Gegen die - im Zusammenhang mit der Schließung des Standorts in Newcastle stehende - Behauptung der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 10. August 2020, für eine weitere Verlagerung von Aufträgen und Ware an ihren Standort in P. gebe es „keine konkreten Unternehmensplanungen der Antragsgegnerin“, die auch

dahingehend verstanden werden kann, der Antragsgegnerin seien dahingehende Unternehmensplanungen im Konzern nicht bekannt, hat der Antragsteller nichts vorgebracht. Er hat insbesondere nicht eingewandt, dass es seiner Ansicht nach entscheidend auf die Unternehmensplanungen der Muttergesellschaft ankomme, zu denen sich die Antragsgegnerin äußern möge. Vor diesem Hintergrund war - nach den oben unter (a) dargestellten Grundsätzen - eine weitere Aufklärung durch das Landgericht nicht geboten.

### **38**

Der nicht näher begründete Einwand, die prognostizierten Auftragsvolumina der „Speedboats“ könnten keine verlässliche Grundlage für die Personalplanung der Antragsgegnerin sein, greift nicht durch. Die Antragsgegnerin hat vielmehr dem Umstand, dass sie nicht werbend am Markt auftritt, dadurch Rechnung getragen, dass sie ihrer Prognose die von ihren Kunden gemeldeten Business Forecasts zugrunde gelegt hat. Ob der neue Vortrag des Antragstellers zu Überstundenanträgen und Stellenausschreibungen im Beschwerdeverfahren berücksichtigt werden kann, bedarf keiner Entscheidung. Denn dass sich daraus ein Anstieg auf in der Regel mehr als 500 bei der Antragsgegnerin beschäftigten Arbeitnehmern ergeben könnte, legt der Antragsteller nicht dar.

### **39**

3. Es entspricht nicht der Billigkeit, die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens ausnahmsweise dem Antragsteller nach § 99 Abs. 6 Satz 1 AktG aufzuerlegen. Die Voraussetzungen der Norm, die auch im Beschwerdeverfahren anzuwenden ist (OLG Stuttgart, Beschluss vom 8. Oktober 2018, 20 W 21/18, juris Rn. 13 m w. N.; Spindler in BeckOGK, AktG § 99 Rn. 25; Koch in Hüffer/Koch, AktG, § 99 Rn. 12) liegen nicht vor, denn die Beschwerde ist zulässig und nicht offensichtlich unbegründet. Außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet (§ 99 Abs. 6 Satz 2 AktG).

### **40**

Die nach § 79 Abs. 1 Satz 1, § 3 Abs. 2 GNotKG i. V. m. Nr. 13610 KV GNotKG erforderliche Geschäftswertfestsetzung beruht auf § 75 GNotKG, der aufgrund der Verweisung in § 27 EGActG auf die §§ 98, 99 AktG anwendbar ist (vgl. Wilsch in Korintenberg, GNotKG, 21. Aufl. 2020, § 75 Rn. 2). Eine - von der Geschäftswertfestsetzung des Landgerichts abweichende - Bestimmung des Geschäftswerts nach § 36 Abs. 1 GNotKG ist mangels konkreter Anhaltspunkte für dessen Bemessung (vgl. zu den Parametern: Wilsch a. a. O. Rn. 5) nicht möglich.

### **41**

Die Voraussetzungen, unter denen gemäß § 70 Abs. 2 FamFG die Rechtsbeschwerde zuzulassen ist, liegen nicht vor.