

der Mitbestimmung erhoben hatte¹⁰. Die Bundesregierung rief daraufhin den Vermittlungsausschuß an¹¹, der eine Kompromißlösung fand¹². Dieser stimmte dann am 6. 9. 1994 der Bundestag¹³, am 23. 9. 1994 der Bundesrat zu¹⁴. In rund acht Monaten war so ein Gesetzeswerk von beeindruckendem Umfang zustande gekommen; allein das UmwG umfaßt 325 Paragraphen.

Die zweite, uns hier speziell interessierende Besonderheit liegt in der Stellung des Arbeitsrechts. Noch der Referentenentwurf hatte nur ganz wenige Punkte angesprochen, zu denen das Übergangsmandat des Betriebsrats bei Betriebsspaltung sowie die im wesentlichen redaktionelle Neufassung der Haftungsvorschrift des § 613a Abs. 3 BGB gehörten¹⁵. Der Regierungsentwurf¹⁶ hatte nicht zuletzt aufgrund von Vorschlägen aus dem Bundesarbeitsministerium¹⁷ zahlreiche Fragen angesprochen, zu denen beispielsweise der Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen (§ 322 des Entwurfs) und die Haftung der Besitzgesellschaft für Sozialpläne gehörten, die mit der Betriebsgesellschaft abgeschlossen wurden (§ 134 des Entwurfs)¹⁸. Der Rechtsausschuß baute seinerseits die arbeitsrechtlichen Bestandteile aus, indem insbesondere die Anwendung des § 613a klargestellt wurde¹⁹, aber auch eine Reihe anderer Veränderungen erfolgten. Im Vermittlungsausschuß kam denn die in § 325 UmwG enthaltene Mitbestimmungssicherung hinzu; auch wurde die Dauer des Übergangsmandats von drei auf sechs Monate verlängert. Im Ergebnis entstand so ein recht vielschichtiges arbeitsrechtliches Gebilde, dessen Elemente nicht immer vollständig aufeinander abgestimmt sind²⁰. Auch zeichnen sich die Begründungen des Rechtsausschusses durch lapidare Kürze aus; im Vermittlungsausschuß wird traditionellerweise kaum mehr begründet, sondern nur noch „vermittelt“. Die Auslegung des neuen Rechts wird auf diese Weise nicht einfacher – was um so bedeutsamer ist, als das UmwG außerordentlich wichtige Bestimmungen enthält, die möglicherweise auch über ihren unmittelbaren Regelungsbereich hinaus Bedeutung haben.

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Das Arbeitsrecht im neuen Umwandlungsgesetz

I. Einleitung

Am 1. 1. 1995 ist das „Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts“ in Kraft getreten¹. Es enthält in seinem Art. 1 das neue „Umwandlungsgesetz (UmwG)“; in seinen Art. 2–20 Änderungen zahlreicher Einzelgesetze.

Seine Entstehungsgeschichte weist zwei wesentliche Besonderheiten auf.

Die wissenschaftliche Vorbereitung war außerordentlich gründlich. Schon im Jahre 1988 legte das Bundesjustizministerium einen „Diskussionsentwurf“² vor, dem im Jahre 1992 ein Referentenentwurf folgte³. Beide lösten eine eingehende Diskussion vorwiegend unter Gesellschaftsrechtlern aus⁴. Das eigentliche Gesetzgebungsverfahren war dann von ganz außergewöhnlicher Schnelligkeit, obwohl alle denkbaren Hürden zu nehmen waren: Am 26. 1. 1994 beschloß das Bundeskabinett des Regierungsentwurf⁵, der dem Bundesrat zugeleitet wurde. Zur Beschleunigung des Verfahrens brachten die Koalitionsfraktionen am 1. 2. 1994 einen wortgleichen Gesetzentwurf im Bundestag ein⁶. Dieser wurde alsbald an den Rechtsausschuß überwiesen, der eine Sachverständigenanhörung durchführte⁷. Auf der Grundlage seines Berichtes vom 13. 6. 1994⁸ wurde der Gesetzentwurf zwar am 16. 6. 1994 vom Bundestag verabschiedet⁹, doch scheiterte er zunächst am Bundesrat, der bereits gegen den Regierungsentwurf Bedenken insbesondere im Hinblick auf die fehlende Sicherung

II. Die Umwandlung als Ausgangstatbestand

Das Gesetz will die Möglichkeiten zur Umstrukturierung von Unternehmen erweitern. Sie sollen über das bisher geltende Recht hinaus die Chance erhalten, die ihnen jeweils adäquat erscheinende Organisationsform zu wählen. Wesentlichste Neuerung ist dabei die Möglichkeit zur Spaltung, die als partielle Gesamtrechtsnachfolge ausgestaltet ist²¹. Auch werden Unternehmensformen einbezogen, denen bislang Fusionen u.ä. verschlossen waren. Schließlich bewirkt das neue Gesetz ein Stück Systematik, da es die von 44 auf 119 gewachsenen

1) BGBl. I 1994, S. 3210. Zum „parallelen“ Umwandlungssteuergesetz s. *Schaumburg-Rödder*, WiB 1995, S. 10 ff.

2) Veröffentlicht als Beilage Nr. 214a zum BAnz. vom 15. 11. 1988.

3) Veröffentlicht als Beilage Nr. 112a zum BAnz. vom 20. 6. 1992.

4) Nachw. *Boecken*, ZIP 1994, S. 1087 Fn. 1; *Neye*, DB 1994, S. 2069.

5) BR-Drucks. 75/94.

6) BT-Drucks. 12/6699.

7) Protokoll Nr. 123 des Rechtsausschusses.

8) BT-Drucks. 12/7850.

9) BR-Drucks. 599/94.

10) BT-Drucks. 12/7265.

11) BR-Drucks. 730/94.

12) BR-Drucks. 843/94.

13) BR-Drucks. 843/94.

14) BR-Drucks. 843/94 (Beschuß).

15) Dazu eingehend *Willemsen*, RdA 1993, S. 133 ff.

16) Im folgenden zitiert nach BT-Drucks. 12/6699.

17) Wiedergegeben bei *Bork u. a.*, ZGR 1993, S. 330.

18) Weitere Einzelheiten bei *Neye*, ZIP 1994, S. 168 ff.

19) § 324 des Entwurfs, BT-Drucksache 12/7850, S. 126.

20) Vgl. schon zum Regierungsentwurf *Willemsen*, RdA 1993, S. 134: „Puzzle, dessen Teile nicht recht zueinanderpassen.“

21) Zu dieser Rechtsfigur bereits *Karsten Schmidt*, AcP 191 (1991), S. 495 ff.

denkbaren Umwandlungsfälle in vergleichsweise übersichtlicher Weise geregelt hat²².

Die damit geschaffene Flexibilität der Unternehmen ist als solche ein beifallswertes Ziel, das auch in dem Bewußtsein verfolgt wurde, die Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Deutschland zu erhöhen²³. Die Erweiterung der Organisationsautonomie der Unternehmensträger muß allerdings im Rahmen des Möglichen Rechte und Interessen der Beschäftigten wahren²⁴. Dies ist nicht nur eine Verpflichtung, die letztlich im Sozialstaatsprinzip wurzelt, sondern auch ein Stück „Standortpflege“, da rationale, berechenbare und als gerecht empfundene Arbeitsbeziehungen zahlreiche Konflikte vermeiden, die anderwärts das Wirtschaften erschweren²⁵.

Die Risiken, die sich für Arbeitnehmer aus einer Umstrukturierung des Arbeitgeberunternehmens ergeben, sind je nach Umwandlungsform verschieden. Ein kurzer Überblick sei daher vorausgeschickt, ehe der zentralen Frage nachgegangen wird, inwieweit das neue Recht adäquate Antworten bereithält. Dabei soll die Reihenfolge der gesetzlichen Regelung beibehalten werden, die zwischen Verschmelzung, Spaltung, Vermögensübertragung und Formwechsel unterscheidet und damit deutlich macht, daß es entgegen dem Alltagssprachlichen Begriff der „Umwandlung“ um mehr geht als um eine neue Erscheinungsform für ein als solches fortbestehendes Rechtssubjekt.

1. Verschmelzung

Wie nach bisherigem Recht kann die Verschmelzung (= Fusion) in zwei Formen erfolgen. Von „Verschmelzung durch Aufnahme“ spricht man, wenn ein Unternehmen von einem anderen „geschluckt“ wird: Die Aktionäre, Gesellschafter usw. der untergehenden Einheit erhalten nach näherer Maßgabe des Verschmelzungsvertrags Anteilsrechte an dem sich vergrößern Unternehmen. Egalitärer erscheint die „Verschmelzung durch Neugründung“: Zwei (oder mehrere) Unternehmen gründen ein neues, auf das sie ihre gesamten Aktiva und Passiva übertragen. Im Unterschied zum bisherigen Recht können sich nicht nur Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung, sondern auch Personengesellschaften und Vereine an einer Verschmelzung beteiligen (§ 3 UmwG).

Wird die Verschmelzung ins Handelsregister eingetragen, geht das gesamte Vermögen der übertragenden Unternehmen auf den anderen bzw. den neuen Rechtsträger über. Der alte verschwindet ohne Liquidation – gewissermaßen ein Fall, in dem eine juristische Person „stirbt“. Das UmwG sagt dies in § 20 für die Verschmelzung durch Aufnahme und verweist in § 36 Abs. 1 für die Verschmelzung durch Neugründung auf diese Bestimmung.

Für die Arbeitnehmer stellt sich das Problem, ob und auf welcher Rechtsgrundlage ihr Arbeitsverhältnis auf den anderen bzw. den neuen Rechtsträger übergeht. Wichtigste Folgefrage ist das Schicksal tariflicher und auf Betriebsvereinbarungen beruhender Ansprüche. Die betriebliche Interessenvertretung wird sich möglicherweise in den Verschmelzungsprozeß einschalten wollen. Soweit Gremien wie der Gesamtbetriebsrat oder die Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat von der Existenz eines Unternehmens abhängig sind, gehen sie mit dem bisherigen Rechtsträger unter. In der neuen größeren Einheit werden sich nicht in allen denkbaren Konstellationen Ersatzinstitutionen finden (etwa kein Aufsichtsrat bei Personengesellschaften). Auch soweit diese existieren, wird im Regelfall eine größere „Basisferne“ gegeben sein²⁶. Über diese unmittelbaren Rechtsfolgen hinaus wird die Verschmelzung in der Regel auch zu Personaleinsparungen führen, da vieles an einer Stelle bewältigt werden kann, was bisher von zwei Abteilungen zweier Firmen erledigt wurde. Werden nicht nur die Unternehmen, sondern auch einzelne (oder alle) Betriebe verschmolzen, ergibt sich die Frage, inwieweit die bisherigen Betriebsräte zumindest für eine Übergangszeit weiter amtieren können.

2. Spaltung

Die bislang nur für Treuhandunternehmen bestehende Möglichkeit der Spaltung²⁷ wird in den §§ 123 ff. UmwG eingehend geregelt. Hier liegt der Schwerpunkt des neuen Umwandlungsrechts.

a) Erscheinungsformen

Das UmwG unterscheidet in § 123 drei Formen.

– Die sogenannte Aufspaltung, bei der das Unternehmen in mindestens zwei Teile zerlegt wird und anschließend als solches zu bestehen aufhört. Die Teile können entweder auf bereits existierende oder auf neugeschaffene Einheiten übertragen werden. Die Aktionäre, Gesellschafter usw. des sich auflösenden Unternehmens erhalten Anteilsrechte an den Gesellschaften, auf die die einzelnen Teile des Vermögens übertragen werden.

– Die sogenannte Abspaltung. Einzelne Teile des Vermögens (z.B. eine Betriebsabteilung) werden auf einen bereits existierenden oder einen neugegründeten Rechtsträger übertragen. Das alte Unternehmen bleibt bestehen, die übergehenden Vermögensgegenstände und Schulden sowie die übergehenden Betriebe und Betriebsteile können nach § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG frei bestimmt werden. Als Ausgleich erhalten die Aktionäre, Gesellschafter usw. Anteilsrechte an der das „Spaltprodukt“ bekommenen Gesellschaft.

– Die sogenannte Ausgliederung. Sie entspricht inhaltlich der Abspaltung und unterscheidet sich von dieser nur dadurch, daß die Anteile an der „Empfängergesellschaft“ dem „verlierenden“ Unternehmen selbst und nicht seinen Aktionären, Gesellschaftern usw. zustehen.

Soweit die Spaltung dadurch erfolgt, daß der abgespaltene Teil einem schon bestehenden Rechtsträger zugeordnet wird, ist Grundlage ein sogenannter Spaltungs- und Übernahmevertrag (§ 126 UmwG); wird der Träger neu gegründet, ist nach § 135 UmwG ein sogenannter Spaltungsplan (als einseitige Willenserklärung) zu errichten.

b) Probleme für die Arbeitnehmerseite

Stärker noch als bei der Verschmelzung wird die betriebliche Interessenvertretung die Entscheidung über die Spaltung und ihre Modalitäten mitbeeinflussen wollen. Für den einzelnen Beschäftigten ergibt sich das Problem, ob auch sein Arbeitsverhältnis von der „partiellen Gesamtrechtsnachfolge“ erfaßt wird und inwieweit sich dies auch auf tarifliche und durch Betriebsvereinbarung begründete Rechte erstreckt. Das Unternehmen, in dem der einzelne künftig arbeiten wird, ist kleiner als die ursprüngliche Einheit. Da die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, aber auch zahlreiche betriebsverfassungsrechtliche Befugnisse von der Zahl der Beschäftigten abhängen, ist ein Wegfall bisheriger Rechte zu besorgen. Auch der Kündigungsschutz gerät dann in Gefahr, wenn man sich plötzlich in einem „Miniunternehmen“ wiederfindet, das nicht die Sechspersonengrenze des § 23 KSchG erreicht. Auch in anderen Fällen kann bei einem drohenden Personalabbau das Problem auftreten, daß die soziale Auswahl zwischen einer sehr viel geringeren Zahl an vergleichbaren Arbeitnehmern zu erfolgen hat. Das neue Unternehmen ist außerdem möglicherweise sehr viel weniger solvent als das alte; das Arbeitsplatzrisiko steigt, ein etwaiger Sozialplan würde angesichts beschränkter

22) Vgl. Bartodziej, ZIP 1994, S. 580; kritisch in puncto Übersichtlichkeit Küller, Mitbestimmung im Umwandlungsfall, in: Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW), Reform des Umwandlungsrechts, Düsseldorf, 1993, S. 134; Zöllner, ZGR 1993, S. 337.

23) Neye, DB 1994, S. 2072.

24) Zutreffend Küller, a.a.O. (Fn. 22), S. 135; im Grundsatz auch der Koalitionsentwurf, BT-Drucks. 12/6699, S. 1.

25) Zum deutschen Arbeitsrecht als Standortvorteil s. Däubler, DB 1993, S. 781 ff.

26) Küller, a.a.O. (Fn. 22), S. 141.

27) Gesetz vom 5. 4. 1991, BGBl. I, S. 854.

Mittel sehr bescheiden ausfallen oder überhaupt nicht mehr erreichbar sein.

Bleibt trotz Spaltung ein Betrieb in seiner bisherigen Form erhalten, stellt sich das Problem des Gemeinschaftsbetriebs²⁸. Wird auch ein Betrieb aufgespalten, kommen Verhandlungen über Interessenausgleich und Sozialplan in Frage; außerdem ist eine Entscheidung darüber zu treffen, inwieweit der bisher bestehende Betriebsrat für die „Spaltprodukte“ weiter zuständig ist.

3. Vermögensübertragung

Die in den §§ 174ff. UmwG geregelte Vermögensübertragung stellt einen Spezialfall der Verschmelzung bzw. Spaltung dar²⁹.

Bei der sogenannten Vollübertragung wird das gesamte Vermögen einer Kapitalgesellschaft auf den Bund, ein Land oder eine Gebietskörperschaft übertragen; genau wie bei der Verschmelzung findet eine Gesamtrechtsnachfolge und ein Erlöschen des bisherigen Rechtsträgers ohne Liquidation statt. Die Besonderheit besteht lediglich darin, daß die Gegenleistung nicht in Anteilsrechten an der übernehmenden Einheit bestehen kann; insoweit muß etwas anderes vereinbart werden. Dasselbe Problem ergibt sich bei Beteiligung öffentlich-rechtlicher Versicherungsunternehmen oder eines Versicherungsverins auf Gegenseitigkeit. Arbeitsrechtliche Besonderheiten bestehen praktisch nicht³⁰, so daß auf die zur Verschmelzung gemachten Ausführungen verwiesen werden kann.

Bei einer Teilübertragung (§§ 177, 179 UmwG) findet genau wie bei der Spaltung eine partielle Gesamtrechtsnachfolge statt. Auch hier sind keine arbeitsrechtlichen Besonderheiten ersichtlich, so daß das zur Spaltung Gesagte entsprechend gilt.

4. Formwechsel

Die bei weitem geringsten Probleme wirft der Fall auf, daß das Arbeitgeberunternehmen lediglich seine Rechtsform ändert, sich z.B. aus einer OHG in eine GmbH verwandelt. Da der Rechtsträger derselbe bleibt, werden die Arbeitsverhältnisse als solche nicht berührt. Betroffen sind lediglich Rechte, die wie die Mitbestimmung im Aufsichtsrat von der Rechtsform abhängen. Insoweit sind „Verluste“, u.U. aber auch „Gewinne“ zu erwarten.

5. Umstrukturierungen nach traditionellem Muster?

Das UmwG hat nach seinem § 1 Abs. 2 insofern abschließenden Charakter, als neue Formen der Umwandlung durch die Praxis oder die Rechtsprechung nicht geschaffen werden dürfen. In bezug auf die Fälle von Universalsukzession und partieller Gesamtrechtsnachfolge besteht Typenzwang. Dies schließt es jedoch in keiner Weise aus, daß von den bisherigen Gestaltungsformen weiterhin Gebrauch gemacht wird: Niemand verbietet es einem Unternehmen, eine GmbH zu gründen und dieser einen Teil seines Vermögens oder einen Betrieb im Wege der Einzelrechtsnachfolge zu übertragen. Das neue Gesetz will die bestehenden Handlungsmöglichkeiten erweitern und den Vorrat rechtlicher Gestaltungen vergrößern, nicht aber irgendwelche Restriktionen verpassen³¹. Der neue § 179a AktG läßt sogar ausdrücklich die Übertragung des gesamten Vermögens einer Aktiengesellschaft im Wege der Übertragung aller einzelnen Gegenstände zu. Damit stellt sich Frage, inwieweit die arbeitsrechtlichen Regeln des UmwG Ausdruck allgemeiner Grundsätze sind, die auch auf solche Gestaltungen erstreckt werden müssen.

III. Arbeitnehmerschutz bei Verschmelzung

1. Informationsrechte

Nach dem erstmals im Regierungsentwurf enthaltenen § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG muß der Verschmelzungsvertrag oder sein Entwurf Angaben über „die Folgen der Verschmelzung

für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen“ enthalten. § 5 Abs. 3 UmwG sieht vor, daß die Betriebsräte der am Verschmelzungsvorgang beteiligten Unternehmen spätestens einen Monat vor der Beschlußfassung durch die Anteilseigner den Vertrag erhalten müssen. Bei der Anmeldung der Verschmelzung zum Handelsregister ist die rechtzeitige Zuleitung an den zuständigen Betriebsrat gem. § 17 Abs. 1 UmwG nachzuweisen. Der durch Art. 13 Nr. 1 des Umwandlungsbereinigungsgesetzes neugefaßte § 106 Abs. 3 Nr. 8 BetrVG bezieht nunmehr auch den Zusammenschluß von Unternehmen mit ein und verpflichtet insoweit den Unternehmer zu rechtzeitiger und umfassender Information des Wirtschaftsausschusses.

Das Gesetz enthält keine Angaben darüber, wie konkret die Folgen für die Arbeitnehmer und etwaige Ausgleichsmaßnahmen im Verschmelzungsvertrag beschrieben sein müssen. Reine Globalbehauptungen etwa der Art, man müsse mit Arbeitsplatzabbau rechnen, dürften nicht genügen und würden deshalb die gesetzlichen Voraussetzungen und damit auch die „Eintragungsfähigkeit“ des Vertrags beeinträchtigen. Auf der anderen Seite sind keinerlei inhaltliche Vorgaben gemacht; soweit nicht rechtswidriges Verhalten angekündigt wird, ist der Vertrag auch dann gültig, wenn die Beschreibung einem sozialpolitischen Horrorszenario gleicht. Da § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG dem Arbeitnehmerschutz dient, sind andererseits durchaus Fälle denkbar, in denen der Verschmelzungsvertrag den Arbeitnehmern Rechte einräumt, ihnen beispielsweise den Fortbestand ihrer Arbeitsplätze für eine bestimmte Zeit garantiert.

Die in § 5 Abs. 3 UmwG vorgesehene Information des „zuständigen Betriebsrats“ meint das auf Unternehmensebene kompetente Gremium, bei Unternehmen mit mehr als einem Betrieb daher den Gesamtbetriebsrat³². Von dort werden dann die Einzelbetriebsräte informiert. Ob bei konzerninterner Verschmelzung die Einschaltung des Konzernbetriebsrats ausreicht, erscheint trotz eines entsprechenden Hinweises in der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf³³ höchst zweifelhaft, da der Gesetzestext vom Betriebsrat des Rechtsträgers spricht, dessen Anteilsinhaber der Verschmelzung zustimmen müssen. Die Nähe zu den Betroffenen ist jedenfalls größer, wenn der Gesamtbetriebsrat eingeschaltet wird.

Die Übermittlung des Vertragstextes ist nicht die einzige Informationspflicht des Arbeitgebers. Dieser hat vielmehr nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG den Betriebsrat von sich aus auch über das Fusionsvorhaben zu unterrichten, da dieses die Stellung der einzelnen Arbeitnehmer berührt und der Betriebsrat insoweit zumindest die in § 80 Abs. 1 Nr. 1 garantierte Befugnis besitzt, über die Einhaltung des geltenden Rechts zu wachen. § 5 Abs. 3 UmwG hat in diesem Punkt nur klarstellende Funktion, zu der allerdings Anlaß bestand, da das Bundesarbeitsgericht Verträge über die Veräußerung von Geschäftsanteilen an der Arbeitgeber-GmbH selbst dem Wirtschaftsausschuß vorenthält und nur dann eine Ausnahme zulassen will, wenn in dem Vertrag Abreden über die künftige Geschäftspolitik getroffen werden³⁴.

28) Dazu zuletzt Däubler, FS Zeuner, S. 19.

29) Dazu auch Zöllner, ZGR 1993, S. 338.

30) Wird ein öffentlich-rechtliches Versicherungsunternehmen in eine private Rechtsform überführt (§ 175 Nr. 2 c UmwG), muß der Personalrat allerdings durch einen Betriebsrat ersetzt werden. Insoweit gelten die in § 321 UmwG niedergelegten Grundsätze zum Übergangsmandat entsprechend. Für die Erstreckung dieses Grundsatzes auf alle Fälle von Ablösung eines Personalrats durch einen Betriebsrat (Privatisierung) zutreffend Frohner, PersR 1995 Heft 3; Trümmer, BR-Info 9/1994, S. 5.

31) Vgl. Zöllner, ZGR 1993, S. 337.

32) So auch die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs, vgl. BT-Drucks. 12/6699, S. 83 linke Spalte.

33) Siehe a.a.O. (Fn. 32), wo auch auf § 58 BetrVG verwiesen wird.

34) BAG AP Nr. 9 zu § 106 BetrVG 1972 = NZA 1991, S. 649 = AiB 1991, S. 437 mit Anm. Grimberg.

Wie die Zuleitung des Verschmelzungsvertrags an den Betriebsrat im Rahmen des § 17 Abs. 1 UmwG bewiesen werden kann, soll nach dem Regierungsentwurf der Praxis überlassen bleiben; in Betracht komme die Vorlage des Übersendungs-schreibens oder der Empfangsbestätigung des Betriebsratsvorsitzenden³⁵. Eine mündliche Bestätigung würde jedenfalls nicht ausreichen.

Den vergleichbar geringsten Neuheitswert enthält § 106 Abs. 3 Nr. 8 BetrVG: Die Verschmelzung war zwar bislang nicht ausdrücklich im Text des § 106 BetrVG erwähnt, doch war man sich einig darüber, daß sie unter die wirtschaftlichen Angelegenheiten fiel, über die der Arbeitgeber nach der Generalklausel des § 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG zu unterrichten hatte³⁶. Daß auch der Wirtschaftsausschuß die Vorlage des Verschmelzungsvertrags bzw. seines Entwurfs verlangen kann, versteht sich unter den gegebenen Umständen von selbst.

2. Übergang der Arbeitsverhältnisse

Niemand bezweifelt, daß die mit dem untergehenden Unternehmen bestehenden Arbeitsverhältnisse von dem aufnehmenden bzw. neuen Rechtsträger fortgesetzt werde. Fraglich ist allein, auf welcher Rechtsgrundlage dies geschieht, was – wie zu zeigen sein wird – alles andere als ein rechtsdogmatisches Glas-perlenspiel darstellt.

Die eine Möglichkeit besteht darin, daß die Arbeitsverhältnisse im Wege der gesellschaftsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge übergehen³⁷. Folgeprobleme wie der Bestandsschutz tariflicher Rechte oder das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers hätten jedenfalls keine ausdrückliche Regelung erfahren. Die zweite Möglichkeit besteht in der Anwendung des § 613a BGB, der eine sehr ausdifferenzierte Regelung enthält, allerdings vom Vorliegen eines „rechtsgeschäftlichen“ Betriebsübergangs abhängig ist.

Das Bundesarbeitsgericht³⁸ und die herrschende Meinung³⁹ stehen auf dem Standpunkt, die Gesamtrechtsnachfolge trete nicht kraft Rechtsgeschäfts, sondern kraft Gesetzes ein. Auch die Tatsache, daß § 613a Abs. 3 BGB für die Verschmelzung und Umwandlung nach bisherigem Recht ausdrücklich die Weiterhaftung des untergehenden Rechtsträgers ausschloß, wurde als Votum gegen die Anwendung des § 613a BGB insgesamt verstanden. Schließlich verwies man auf die Entstehungsgeschichte, aus der sich ergibt, daß der Gesetzgeber des Jahres 1972 den Fall der Gesamtrechtsnachfolge nicht für regelungsbedürftig ansah⁴⁰.

Nach Inkrafttreten des UmwG läßt sich diese Position nicht mehr aufrechterhalten; § 613a Abs. 1 und 4 sind auch auf die Verschmelzung anzuwenden.

Nach der durch den Rechtsausschuß eingefügten Vorschrift des § 324 UmwG bleibt § 613a Abs. 1 und 4 BGB „durch die Wirkungen der Eintragung einer Verschmelzung ... unberührt.“ Damit ist deutlich gemacht, daß er durch die bei der Verschmelzung angeordnete Gesamtrechtsnachfolge nicht verdrängt wird; eine Vorschrift, die sowieso nicht anwendbar wäre, könnte nicht als „unberührt bleibend“ qualifiziert werden⁴¹. Die Entstehungsgeschichte bestätigt dies. Der Rechtsausschuß begründete die von ihm geschaffene und in das endgültige Gesetz eingegangene Formulierung damit, „die Anwendbarkeit des § 613a Abs. 1 und 4 BGB in Umwandlungsfällen“ müsse klargestellt werden⁴². Die im Regierungsentwurf enthaltene Formulierung des damaligen § 132 UmwG hatte dem nicht ausreichend Rechnung getragen, da lediglich § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB in bezug genommen und um Zusammenhang mit unübertragbaren Rechten als „unberührt“ bezeichnet wurde⁴³. Auch vor dieser Klarstellung, die den Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 613a a.F. hinfällig macht, sprachen die besseren Gründe für eine Erstreckung auf die Verschmelzung und andere Formen gesellschaftsrechtlicher Gesamtrechtsnachfolge. Zwar pflegt man das Gesetz so zu

lesen, daß nicht der Verschmelzungsvertrag, sondern die einschlägige gesetzliche Bestimmung den Rechtsübergang bewirkt⁴⁴, doch müßte man auch in einem solchen Fall davon ausgehen, daß jedenfalls eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung vorliegt, auf die die Grundsätze über Rechtsgeschäfte entsprechende Anwendung finden⁴⁵ – von seiner arbeitnehmerschützenden Zwecksetzung her kann es für die Anwendung des § 613a BGB keinen Unterschied machen, ob der Betriebsübergang durch Rechtsgeschäft oder „nur“ durch rechtsgeschäftsähnliche Handlung erfolgte. Weiter legt die Tatsache, daß § 613a Abs. 3 die Weiterhaftung des bei einer Verschmelzung untergehenden Rechtsträgers ausdrücklich ausschließt, den Schluß nahe, daß § 613a im übrigen durchaus Anwendung findet; eine sowieso nicht eingreifende Norm braucht nicht für unanwendbar erklärt zu werden⁴⁶. Im Zusammenhang mit der Neufassung des § 613a Abs. 3 durch Art. 2 des Umwandlungsbereinigungsgesetzes hat sich auch der Gesetzgeber diese Auffassung zu eigen gemacht⁴⁷. Schließlich bezieht die EG-Richtlinie über den Schutz erworbener Rechte vom 14. Februar 1977⁴⁸ ausdrücklich nicht nur den Übergang von Betrieben und Betriebsteilen, sondern auch den von Unternehmen ein; eine richtlinienkonforme Interpretation muß daher § 613a BGB auch auf diesen Fall erstrecken⁴⁹.

3. Weitergeltung von Tarifverträgen

Die durch § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB angeordnete Weitergeltung von Tarifnormen als zwingende arbeitsvertragliche Bedingungen (samt der Beschränkungen durch die Jahresfrist und durch die Sätze 3 und 4) stellt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts lediglich einen „individualrechtlichen Auffangtatbestand“ dar, der nur dann eingreift, wenn andere Formen der Fortgeltung nicht in Betracht kommen⁵⁰. In der

35) BT-Drucks. 12/6699, S. 90 rechte Spalte.

36) Däubler-Trümmer, in: Däubler-Kittner-Klebe-Schneider, § 106 Rdnr. 78; GK-Fabrizius, Bd. II, § 106 Rdnr. 107; Hess-Schlochauer-Glaubitz, BetrVG, § 106 Rdnr. 49.

37) Rechtsgrundlagen wären § 20 Abs. 1 UmwG für die Verschmelzung durch Aufnahme und § 36 Abs. 1 i. V. m. § 20 Abs. 1 UmwG für die Verschmelzung durch Neugründung.

38) BAG AP Nr. 24 zu § 613a BGB. Abweichend nunmehr ohne nähere Begründung BAG DB 1994, S. 1683 sowie bereits in einem Obiter dictum in BAG AP Nr. 2 zu § 3 TVG.

39) S. etwa Palandt-Putzo, § 613a Rdnr. 3; Seiter, Betriebsinhaberwechsel, 1980, S. 42; Staudinger-Richardi, § 613a Rdnr. 192; weitere Nachweise bei Quander, Betriebsinhaberwechsel bei Gesamtrechtsnachfolge, 1990, S. 13 Fn. 35.

40) BT-Drucks. VI/1786, S. 59 (Begründung zu § 123 BetrVG 1972, der den § 613a BGB in seiner ursprünglichen Fassung einführt).

41) Richtig Boecken, ZIP 1994, S. 1090.

42) BT-Drucks. 12/7850, S. 61.

43) Die Begründung des Regierungsentwurfs war allerdings recht eindeutig von der Anwendbarkeit des § 613a BGB ausgegangen; s. etwa BT-Drucks. 12/6699, S. 121 und insbesondere S. 175 linke Spalte.

44) Schon dies ist nicht unbedingt zwingend; niemand ist bisher auf den Gedanken verfallen, Auflassung und Eintragungsantrag beim Grundbuchamt seien gewissermaßen nur notwendige Vorstufen des durch Eintragung kraft Gesetzes erfolgenden Rechtsübergangs.

45) Dazu Larenz, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., München 1989, § 26 (S. 512); Medius, Allgemeiner Teil des BGB, 6. Aufl., Heidelberg 1994, § 18 III (Rdnr. 197f.).

46) So grundsätzlich schon zum früheren Recht Hanau, ZGR 1990, S. 551 und Karsten Schmidt AcP 191 (1991), S. 157, letzterer für den Fall der Aufspaltung nach dem SpTrUG.

47) So die Begründung des Regierungsentwurfs in BT-Drucks. 12/6699, S. 175; später wurde die Vorschrift nicht mehr geändert.

48) ABl. vom 5. 3. 1977, Nr. L 61/26, abgedruckt auch bei Däubler-Kittner-Lörcher, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl., Köln 1994, Nr. 432.

49) Ebenso Boecken, ZIP 1994, S. 1091; Hanau ZGR 1990, S. 553; Löw, Die Betriebsveräußerung im europäischen Arbeitsrecht, Frankfurt/Main 1992, S. 51; Quander, a. a. O. (Fn. 39), S. 183; Willemssen RdA 1993, S. 138; Wlotzke, DB 1995, S. 42; wohl auch Bauer-Lingemann, NZA 1994, S. 1061.

50) BAG AP Nr. 89 zu § 613a BGB = DB 1991, S. 1938. Ebenso die fast einhellige Auffassung in der Literatur; s. etwa Hagemeier-Kempen-Zachert-Zilius, § 3 Rdnr. 32; Hanau-Vossen, FS Hilger und Stumpf, 1983, S. 273ff.; Jung, RdA 1981, S. 361; Kempen, BB 1991, S. 2006; RGRK-Ascheid, 1993, § 613a Rdnr. 182; Wank, NZA 1987, S. 507.

Tat war es nicht Sinn der Novellierung des § 613a BGB im Jahre 1980 (die die Regelungen der Sätze 2–4 brachte), die Rechtsstellung der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang zu verschlechtern. Vielmehr wollte man angesichts der EG-Richtlinie eine bessere Absicherung. Da diese aber keineswegs zu einer Transformation der Tarifverträge in arbeitsvertragliche Bedingungen zwingt⁵¹, besteht kein Anlaß, § 613a Abs. 1 Satz 2–4 BGB als exklusive Regelung zu sehen.

Was den Verbandstarif betrifft, so greift er kollektivrechtlich nur dann ein, wenn das übernehmende bzw. das neue Unternehmen Mitglied im Arbeitgeberverband ist. Daß die Mitgliedschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergeht, wäre zwar nach §§ 38, 40 BGB eine zulässige satzungrechtliche Konstruktion, kann aber in der Praxis nicht vermutet werden⁵². Liegt kein solcher Fall vor, greift § 613a Abs. 1 Satz 2–4 BGB ein,⁵³ dessen Einzelheiten hier nicht dargestellt werden können⁵⁴.

Beim Firmentarif liegen die Dinge anders. Wer durch Rechtsgeschäft oder rechtsgeschäftlich veranlaßte Gesamtrechtsnachfolge ein Unternehmen erwirbt, muß auch die in dieser Organisation geltenden Regeln gegen sich gelten lassen. Für die Gesamtrechtsnachfolge war dies schon bisher fast einhellige Auffassung in der Literatur⁵⁵. Eine solche „Tarifnachfolge“ darf allerdings nicht dazu führen, daß der Geltungsbereich der Tarifnormen erweitert wird; sie beschränken sich auch nach der Verschmelzung auf die bisher erfaßten Arbeitsverhältnisse⁵⁶. Die Tatsache, daß dann in einem Unternehmen ggf. zwei Firmentarife gelten, ist unproblematisch; eine solche Situation könnte jederzeit durch Vereinbarung herbeigeführt werden⁵⁷. Der hier voll zur Geltung kommende Vorrang der kollektivrechtlichen Weitergeltung kraft Gesamtrechtsnachfolge läßt sich auch mit dem Wortlaut des neuen § 324 UmwG vereinbaren: Wenn dort § 613a Abs. 1 und 4 BGB „unberührt“ bleiben sollen, so heißt dies nur, daß ihr Geltungsbereich erhalten bleiben soll; dort wo sie selbst keinen Regelungsanspruch erheben, kann sehr wohl auf die im Gesetz vorgesehene Gesamtrechtsnachfolge zurückgegriffen werden. Andernfalls hätte der Gesetzgeber formulieren müssen, der Übergang von Arbeitsverhältnissen richte sich im Falle der Verschmelzung nach § 613a Abs. 1 und 4 BGB.

4. Kündigungsschutz nach § 613a Abs. 4 BGB

Die Verschmelzung darf nach § 613a Abs. 4 nicht zum Anlaß genommen werden, einem Arbeitnehmer zu kündigen. Entsprechendes wurde bereits bisher im Wege der richtlinienkonformen Interpretation vertreten⁵⁸. Inhaltliche Besonderheiten ergeben sich nicht.

5. Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers?

Beim rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang im traditionellen Sinne bejaht das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung⁵⁹ ein Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers, das auch vom Europäischen Gerichtshof als richtlinienkonform bestätigt wurde⁶⁰. Von seiner Existenz ist daher bis auf weiteres auszugehen.

Wendet man § 613a BGB in seinen entscheidenden Absätzen 1 und 4 auf die Verschmelzung an, liegt es zumindest nahe, dasselbe auch mit dem „ungeschriebenen“ Widerspruchsrecht zu tun. Die Interessenlage ist zudem dieselbe; der Gedanke, nicht für einen „aufoktroierten“ Arbeitgeber arbeiten zu müssen, gilt auch dann, wenn dieser nicht nur einen Betrieb kauft, sondern sich das gesamte Unternehmen im Wege der Verschmelzung einverleibt. Allerdings ergibt sich insofern eine konstruktive Schwierigkeit, als der bisherige Arbeitgeber nicht mehr existiert; ein Widerspruch läuft daher auf ein fristloses Lösungsrecht hinaus. Warum man dieses verweigern sollte, ist nicht einsichtig, zumal auch in den bisher diskutierten Fällen des § 613a BGB der Widerspruch meist dazu führt, daß der bisherige Arbeitsplatz im Wege der betriebsbedingten Kündigung verloren geht⁶¹.

6. Verschmelzung und Betriebsverfassung

a) Der einfachere Fall: Fortexistenz der Betriebe

Die Verschmelzung kann im Einzelfall die Existenz der Betriebe aller beteiligten Unternehmen unberührt lassen. Die dort gewählten Betriebsräte bleiben im Amt, die von ihnen abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen gelten weiter. Anders stellt sich die Situation für den Gesamtbetriebsrat im „untergegangenen“ Unternehmen dar: Er fällt weg⁶². Ob er ein Restmandat in bezug auf Sozialeinrichtungen beanspruchen kann, die notwendigerweise im Bereich des bisherigen Unternehmens einheitlich funktionieren müssen, scheint nicht erörtert zu sein, wäre aber zu erwägen. Gesamtbetriebsvereinbarungen gelten nicht anders als Firmentarife innerhalb ihres bisherigen Geltungsbereichs weiter.

Im neuen größeren Unternehmen ist ein Gesamtbetriebsrat zu bilden; besteht er schon, können die Betriebsräte aus dem übernommenen Unternehmen Vertreter entsenden. Der neue Gesamtbetriebsrat kann die weitergeltenden Gesamtbetriebsvereinbarungen aus dem hinzugekommenen Unternehmen ändern oder durch neue ersetzen.

b) Der kompliziertere Fall: Zusammenschluß von Betrieben oder Betriebsteilen

Soll die Verschmelzung zu einem Zusammenschluß von Betrieben oder wesentlichen Betriebsteilen führen, so liegt eine geplante Betriebsänderung nach § 111 Satz 2 Nr. 3 BetrVG vor, die Verhandlungen über Interessenausgleich und Sozialplan verlangt⁶³. Ist die Verschmelzung noch nicht vollzogen, sind Verhandlungen mit beiden Unternehmensleitungen notwendig, die sich sinnvollerweise koordinieren müssen⁶⁴. Zu den im Sozialplan auszugleichenden Nachteilen kann z. B. der Verlust bestimmter Sozialleistungen zählen, die deshalb entfallen, weil ein Betrieb oder Betriebsteil in einen anderen eingegliedert wird, wo entsprechende Leistungen nicht vorgesehen sind.

Kommt ein Interessenausgleich zustande, so kann dieser nach der vom Rechtsausschuß eingefügten Vorschrift des § 323 Abs. 2 UmwG diejenigen Arbeitnehmer namentlich bezeichnen, die nach der Umwandlung einem bestimmten Betrieb oder Betriebsteil zugeordnet werden; eine gerichtliche Überprüfung ist nur im Hinblick auf grobe Fehlerhaftigkeit möglich.

Die Vorschrift gibt einige Rätsel auf. Nach der vom Ausschuß gegebenen Begründung⁶⁵ lehnt sie sich an (nicht namhaft gemachte) ähnliche Vorschriften in der neuen Insolvenzordnung an⁶⁶. Dort findet sich die Bestimmung des § 125, wo-

51) Löw, a. a. O. (Fn. 49), S. 73.

52) Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., 1993, Rdnr. 1577; Hanau, ZGR 1990, S. 553.

53) Für entsprechende Anwendung auf der Basis der bisherigen Rechtslage Däubler, Tarifvertragsrecht, Rdnr. 1577b; Willemsen RdA 1993, S. 138.

54) Dazu etwa Däubler, Tarifvertragsrecht, Rdnr. 1535–1564.

55) Gaul, DB 1980, S. 102; Hagemeier-Kempen-Zachert-Zilius, § 3 Rdnr. 38; Heinze, BB 1980, S. 210; Kempen, BB 1991, S. 2011; Kittner, Arbeits- und Sozialordnung, S. 1313; Kunze, RdA 1976, S. 33; Löw, a. a. O. (Fn. 49), S. 198; Quander, a. a. O. (Fn. 39), S. 274, 279; Seiter, a. a. O. (Fn. 39), S. 143 ff.; Wiedemann-Stumpf, Kommentar zum TVG, 5. Aufl., München 1977, § 3 Rdnr. 73.

56) Anders Hanau, ZGR 1990, S. 554f.

57) Ebenso Kunze, RdA 1976, S. 33; Neumann, DB 1960, S. 60; Quander, a. a. O. (Fn. 39), S. 279.

58) Hanau, ZGR 1990, S. 556; Willemsen, RdA 1993, S. 138. Ebenso nunmehr Herbst, AiB 1995, S. 10.

59) Zuletzt BAG AP Nr. 102 zu § 613a BGB = DB 1994, S. 941.

60) EuGH DB 1993, S. 230.

61) Diese Gefahr wird noch dadurch verstärkt, daß sich der ohne sachlichen Grund Widersprechende nicht auf die Grundsätze über die soziale Auswahl berufen kann (BAG DB 1993, S. 1877). Wie hier im Ergebnis Kai Mertens, Umwandlung und Universalsukzession, 1993, S. 170; a. A. Hanau ZGR 1990, S. 556.

62) Hanau, ZGR 1990, S. 558.

63) Zur Einbeziehung des wesentlichen Betriebsteils s. Däubler, in: DKKS § 111 Rdnr. 71.

64) Einzelheiten bei Däubler, a. a. O. (Fn. 63), § 111 Rdnr. 73.

65) BT-Drucks. 12/7850, S. 161.

66) Insolvenzordnung vom 5. 10. 1994, BGBl. I, S. 2866.

nach der Kündigungsschutz derjenigen Arbeitnehmer, die im Interessenausgleich für eine Entlassung vorgesehen sind, erheblich vermindert wird und überdies das Gericht darauf beschränkt ist, grobe Fehler bei der sozialen Auswahl zu korrigieren. Eine sachlich näherliegende Parallele könnte man in § 18 a Abs. 5 BetrVG sehen, wonach eine Wahlanfechtung nur bei „offensichtlich fehlerhafter“ Zuordnung im Verhältnis leitende Angestellte – sonstige Arbeitnehmer zulässig ist.

Durch die Bestimmung des § 323 Abs. 2 UmwG wird dem Interessenausgleich ein gewisses Maß an Verbindlichkeit zugesprochen. Die These des Bundesarbeitsgerichts, er sei nicht mehr als eine „Naturalobligation“⁶⁷, wird sich deshalb in dieser Allgemeinheit nicht mehr halten lassen. Eine ganz andere Frage ist, wie sich die durch § 323 Abs. 2 eingeräumten Befugnisse zur individualrechtlichen Stellung des einzelnen verhalten. Insoweit dürften dieselben Grundsätze wie im Rahmen der Mitbestimmung bei Versetzungen gelten; es ist allein Sache der Arbeitsvertragsparteien, sich an die neue Situation anzupassen⁶⁸. Durch eine einvernehmliche Zuordnung bestimmter Arbeitnehmer zu bestimmten Betrieben oder Betriebsteilen dürfte allerdings das Mitbestimmungsrecht konsumiert sein. Unklar bleibt, wann eine Zuordnung „grob fehlerhaft“ ist. Man wird dies an ehesten dann annehmen müssen, wenn auf die Interessen des Betroffenen überhaupt keine Rücksicht genommen oder wenn ihm ein Arbeitsplatz zugewiesen wurde, wo er evidentmaßen ungeeignet ist.

Werden Betriebe oder Betriebsteile effektiv zusammengeführt, so stellt sich das Problem, wer für die neue Einheit bis zur Wahl eines Betriebsrats sprechen kann. § 321 Abs. 2 UmwG anerkennt insoweit ein Übergangsmandat. Beim Zusammenschluß von Betriebsteilen, die bisher verschiedenen Betrieben zugeordnet waren, steht es demjenigen Betriebsrat zu, „dem der nach der Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer größte Betriebsteil zugeordnet war“⁶⁹. Beim Zusammenschluß von Betrieben gilt nach § 321 Abs. 2 Satz 2 UmwG dieselbe Regel. Das „Prinzip der größeren Zahl“ wird man auch dann anerkennen müssen, wenn ein Betrieb und ein Betriebsteil vereinigt werden. Die Regelung steht unter der völlig mißverständlichen (amtlichen) Überschrift „Übergangsmandat des Betriebsrats bei Betriebsspaltung“, die nur auf Abs. 1 der Vorschrift paßt; offensichtlich handelt es sich um ein Redaktionsversehen, das am sachlichen Gehalt nichts ändert⁷⁰.

„Übergangsmandat“ bedeutet, daß alle aus dem BetrVG folgenden Befugnisse für die Belegschaft der neuen Einheit wahrgenommen werden können, daß jedoch unverzüglich ein Wahlvorstand zu bestellen ist. Das Übergangsmandat endet, sobald der neue Betriebsrat gewählt und das Wahlergebnis bekanntgegeben ist, spätestens jedoch nach sechs Monaten. Beides folgt zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 321 Abs. 2, doch ist für den Fall der Spaltung des Übergangsmandats in § 321 Abs. 1 in dieser Weise definiert. Zweifelhaft kann lediglich sein, von welchem Zeitpunkt an die Sechsenmonatsfrist läuft. Abs. 1 geht vom Wirksamwerden der Spaltung aus, doch würde der Zeitpunkt der Unternehmensverschmelzung viel zu früh ansetzen: Während bei der Spaltung das Durchschlagen oder Nichtdurchschlagen (Gemeinschaftsbetrieb!) auf die betriebliche Ebene alsbald sichtbar wird, ist dies bei einer Fusion keineswegs in gleicher Weise gewährleistet. Sinnvoll ist es daher, die Frist erst mit dem Zusammenschluß der Betriebe oder Betriebsteile beginnen zu lassen.

7. Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat

Verliert das Arbeitgeberunternehmen durch Verschmelzung seine Existenz, fällt auch ein etwa bestehender Aufsichtsrat weg. Die Mandate der Arbeitnehmervertreter erlöschen. In der größeren Einheit haben ggf. Neuwahlen stattzufinden.

Ein Bestandsschutz existiert nicht. § 325 UmwG sieht ihn lediglich für den Fall der Abspaltung und der Ausgliederung vor.

Die weitergehende Vorstellung der SPD-Fraktion, alle Formen vom Umwandlung einzubeziehen und einen tariflichen Bestandsschutz auch dann zu ermöglichen, wenn der neue Rechtsträger an sich keinen Aufsichtsrat besitzt⁷¹, hat sich nicht durchsetzen können. Erst recht ist keine Kompensation dafür vorgesehen, daß in der größeren Einheit der Kontakt zu den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern nur schwerer herstellbar sein wird.

IV. Arbeitnehmerschutz bei Spaltung

1. Informationsrechte

In ihren drei Erscheinungsformen „Aufspaltung“, „Abspaltung“ und „Ausgliederung“ beruht⁷² die Spaltung auf einem „Spaltungs- und Übernahmevertrag“ (§ 126 UmwG), wenn ein Unternehmensteil einem schon bestehenden Rechtsträger zugeordnet wird. Wird statt dessen der Rechtsträger erst mit der Spaltung geschaffen, ist ein „Spaltungsplan“ aufzustellen (§ 136 UmwG), der grundsätzlich denselben Bestimmungen unterliegt (§ 135 UmwG).

Nach § 126 Abs. 1 Nr. 9 muß der Spaltungs- und Übernahmevertrag u. a. enthalten „die genaue Bezeichnung und Aufteilung der Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens, die in jeden der übernehmenden Rechtsträger übertragen werden, sowie der übergehenden Betriebe und Betriebsteile unter Zuordnung zu den übernehmenden Rechtsträgern“. Nr. 11 derselben Bestimmung verlangt Angaben über „die Folgen der Spaltung für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen.“ § 126 Abs. 3 UmwG verlangt in Übereinstimmung mit § 5 Abs. 3 UmwG, daß der jeweilige Betriebsrat der betroffenen Rechtsträger spätestens einen Monat vor der Beschlußfassung durch die Anteilseigner ein Exemplar des Vertrages erhalten muß. Entsprechendes gilt, wenn der Vorgang auf einem Spaltungsplan beruht (§ 135 Abs. 1 UmwG). Nach dem neugefaßten § 106 Abs. 3 Nr. 8 BetrVG wird die Spaltung ausdrücklich als wirtschaftliche Angelegenheit definiert, über die der Wirtschaftsausschuß umfassend zu informieren ist.

Bei der Handhabung aller dieser Vorschriften tauchen keine anderen Probleme auf als bei dem parallel geregelten Fall der Verschmelzung. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen Bezug genommen werden⁷³.

2. Die Zuordnung der einzelnen Arbeitsverhältnisse

Die Spaltung wird in der Regel so erfolgen, daß Betriebe oder Betriebsteile auf einen anderen (bestehenden oder neugeschaffenen) Rechtsträger übergehen. In diesem Fall findet nach § 324 UmwG § 613 a Abs. 1 und 4 BGB Anwendung. § 324 UmwG stellt Verschmelzung und Spaltung in diesem Punkt ausdrücklich gleich, so daß auch insoweit auf das oben Gesagte verwiesen werden kann⁷⁴. Die Nähe zum traditionellen rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang ist hier noch größer, wird doch die Zuordnung einzelner Vermögensgegenstände zu den jeweiligen Rechtsträgern ausdrücklich durch den Spaltungs- und Übernahmevertrag (§ 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG) bzw. durch den Spaltungsplan als einseitigem Rechtsgeschäft (§§ 136, 135 Abs. 1 UmwG) vorgenommen. Schon

67) BAG AP Nr. 2 zu § 85 ArbGG 1979 = NZA 1992, S. 41.

68) *Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither*, BetrVG, 17. Aufl., München 1993, § 99 Rdnr. 21; *Kittner*, in: DKKS § 99 Rdnr. 88.

69) Die Einbeziehung von „Betriebsteilen“ in § 321 Abs. 2 UmwG bestätigt im übrigen die hier vertretene Auffassung, daß § 111 Satz 2 Nr. 3 BetrVG über seinen Wortlaut hinaus auch wesentliche Betriebsteile erfaßt.

70) Ebenso *Herbst*, AiB 1995, S. 9; *Kittner*, Arbeits- und Sozialordnung, 20. Aufl. 1995, S. 1314.

71) Wiedergegeben in BT-Drucks. 12/7850, S. 161. Entsprechende Versuche wurden auch im Vermittlungsausschuß unternommen.

72) Dazu oben II 2.

73) S. oben III 1.

74) S. oben III 2.

die Begründung zum Regierungsentwurf betonte, daß die Gestaltungsfreiheit im Rahmen der Spaltung durch § 613a eingeschränkt sei⁷⁵. Auch in der Literatur sind keine Bedenken ersichtlich⁷⁶. Dies bedeutet gleichzeitig, daß der Spaltungs- und Übernahmevertrag bzw. der Spaltungsplan die Zuordnung einzelner Arbeitsverhältnisse zu einem bestimmten Betrieb bzw. Betriebsteil nicht ändern dürfen; § 613a BGB schließt insoweit eine Trennung von Arbeitsverhältnis und organisatorischem Umfeld aus⁷⁷.

Anders als bei der Verschmelzung ist damit das Zuordnungsproblem allerdings nicht vollständig gelöst. So kann es insbesondere Abspaltungen und Ausgliederungen geben, die weder einen Betrieb noch einen Betriebsteil erfassen, bei denen beispielsweise nur zwei Arbeitnehmer übernommen werden, die mit der vorher nicht bestehenden Funktion der Verwaltung des übergehenden Vermögens betraut werden⁷⁸. Weiter kann ein Bedürfnis bestehen, den Übergang eines Betriebes oder Betriebsteiles dadurch zu komplettieren, daß einzelne Arbeitnehmer aus dem „Restbereich“ mitgehen. Schließlich kann es Fälle geben, in denen sich die Zugehörigkeit zu einem Betrieb oder Betriebsteil nicht abschließend klären läßt. Zwar bemüht sich die Rechtsprechung, solche Fälle nach Kräften zu vermeiden, da sie auf die einverständliche Zuordnung, hilfsweise auf die überwiegend ausgeübte Tätigkeit abstellt⁷⁹, doch ist nicht auszuschließen, daß bei bestimmten Verwaltungsfunktionen ein „Überwiegen“ nicht feststellbar ist⁸⁰. In diesen Fällen kann § 613a BGB seinem eigenen Anspruch nach nicht eingreifen; der Übergang der Arbeitsverhältnisse bestimmt sich daher allein nach den Grundsätzen des UmwG⁸¹.

Denkbar wäre zum einen, Arbeitsverhältnisse wie gewöhnliche Vermögensgegenstände zu behandeln, so daß sie nach § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG frei zugeordnet werden könnten. Damit würde allerdings ihrer Spezifik nicht ausreichend Rechnung getragen, geht es doch um die persönliche Arbeit eines Menschen, die nicht wie ein Stück Grundeigentum oder eine Lizenz beliebig „hin- und hergeschoben“ werden kann. Das UmwG hat dem in § 132 insofern Rechnung getragen, als Vorschriften unberührt bleiben, die die Übertragbarkeit von Gegenständen ausschließen oder einschränken. Nach § 613 Satz 2 BGB ist der Anspruch auf die Arbeitsleistung „im Zweifel“ nicht übertragbar. Dies muß insbesondere dann gelten, wenn wie in den hier zu erörternden Fällen eine Heraustrennung des Arbeitsverhältnisses aus seinem bisherigen betrieblichen Kontext erfolgt⁸². Dies bedeutet nun allerdings nicht, daß das Arbeitsverhältnis aus allen Spaltungsvorgängen ausgeklammert werden müßte; vielmehr kann es dadurch zu einem übertragbaren Gegenstand werden, daß der Arbeitnehmer der geplanten neuen Zuordnung zustimmt. Mit seinem – im voraus oder nachträglich gegebenen – Einverständnis ist daher ein spaltungsrechtlicher Übergang auf den neuen Rechtsträger möglich⁸³. Wertungsmäßig läßt sich dieses Resultat gut mit der Handhabung des § 613a BGB vereinbaren: Beim Fortbestand des bisherigen Umfelds kann das Einverständnis des Arbeitnehmers vermutet werden mit der Folge, daß er ausdrücklich widersprechen muß. Bei einer Herauslösung des Arbeitsverhältnisses liegen die Dinge anders, so daß der Arbeitnehmer im Zweifel nicht einverstanden sein wird und deshalb erst sein Ja-Wort erforderlich ist.

Verweigert der Beschäftigte die Zustimmung, bleibt im Falle der Abspaltung und der Ausgliederung das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Rechtsträger bestehen. Inwieweit dieser betriebsbedingt kündigen kann, bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Dabei sind die Grundsätze über die soziale Auswahl in vollem Umfang anzuwenden; anders als beim Widerspruch in Falle des § 613a BGB darf nicht zwischen einer Zustimmungsverweigerung mit und einer solchen ohne sachlichen Grund differenziert werden: Es geht insoweit um eine privatautonome Entscheidung, deren Wesen gerade darin besteht, daß sie keinem Rechtfertigungszwang unterliegt⁸⁴.

Verweigert der Arbeitnehmer seine Zustimmung bei der Aufspaltung, soll das Arbeitsverhältnis automatisch hinfällig werden⁸⁵. Das dahinter stehende Argument, es sei rechtskonstruktiv nicht möglich, ein Arbeitsverhältnis mit einem untergegangenen Rechtsträger aufrechtzuerhalten, überzeugt nur auf den ersten Blick. Viel näher liegt die Parallele zu anderen Formen der „Vervielfältigung“ auf Arbeitgeberseite. Nimmt etwa ein Einzelkaufmann einen Gesellschafter auf, so entsteht bezüglich des Anspruchs auf die Arbeitsleistung Gesamtgläubigerschaft, in bezug auf die Verpflichtung zur Lohnzahlung eine Gesamtschuld. Genauso müßte hier verfahren werden, zumal die Rechtsprechung eine (auf Vereinbarung beruhende) Pluralität von Arbeitgebern durchaus anerkennt⁸⁶.

Im folgenden ist zwischen dem Fall des § 613a BGB und dem spaltungsrechtlichen Übergang von Arbeitsverhältnissen zu unterscheiden.

3. Anwendungsprobleme bei § 613a BGB

Geht – wie in der Regel – ein Betrieb oder Betriebsteil über, findet § 613a Abs. 1 und 4 in vollem Umfang Anwendung. Dem Arbeitnehmer steht konsequenterweise auch ein Widerspruchsrecht zu, dessen Ausübung genau wie die verweigerte Zustimmung zum spaltungsrechtlichen Übergang zum Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit dem bisherigen Rechtsträger bzw. zu einer Arbeitgeberpluralität führt.

Bei Verbandstarifen wird in der Regel § 613a Abs. 1 Satz 2–4 eingreifen, es sei denn, der neue Rechtsträger schließe sich dem Arbeitgeberverband an. Insoweit gilt nichts anderes als bei der Verschmelzung⁸⁷. Beim Firmentarif entspricht es dem Grundgedanken einer partiellen Gesamtrechtsnachfolge, daß die aus der Spaltung hervorgehenden bzw. die abgespaltenen Teile aufnehmenden Rechtsträger auch die Stellung als Tarifpartner erhalten. Anders als ein Arbeitsverhältnis ist der Tarifvertrag jedenfalls in seinem normativen Teil ein objektives Regelwerk, das ohne Rücksicht auf die handelnden Personen für einen bestimmten Bereich Geltung beansprucht, der auch durch Spaltungsvorgänge nicht verkleinert werden darf⁸⁸. Insofern gelten dieselben Grundsätze wie bei der Verschmelzung⁸⁹.

Bei der Abspaltung und der Ausgliederung haftet das bisherige Unternehmen im Rahmen des § 613a Abs. 2 weiter. Der neugefaßte § 613a Abs. 3 schließt Abs. 2 nur für den Fall aus, daß der bisherige Rechtsträger erlischt, d.h. für die Aufspaltung. In dieser Konstellation greift dann die Gläubigerschutzvorschrift des § 133 UmwG ein, die zu einer gesamtschuldnerischen Haftung der neuen Rechtsträger führt⁹⁰.

75) BT-Drucks. 12/6699, S. 121.

76) Wie hier Boecken, ZIP 1994, S. 1090; für Anwendung des § 613a BGB auf der Grundlage der Vorentwürfe Hanau, ZGR 1990, S. 556; Willemssen, RdA 1993, S. 135.

77) Vgl. dazu auch Willemssen, RdA 1993, S. 134 (Gleichlauf zwischen Arbeitsplatz und Arbeitsverhältnis).

78) In einem solchen Fall dürfte auch nach der Christel-Schmidt-Entscheidung des EuGH (DB 1994, S. 1370) kein Übergang eines Betriebsteils vorliegen.

79) BAG AP Nr. 31 zu § 613a BGB = DB 1983, S. 50.

80) Die drei Fälle nennt auch Boecken, ZIP 1994, S. 1091.

81) Zur Klärung des Zuordnungsproblems mit Hilfe eines Interessenausgleichs nach § 323 Abs. 2 UmwG s. unten zu 7a).

82) Näher Boecken, ZIP 1994, S. 1093.

83) Ebenso Boecken, ZIP 1994, S. 1092; Kittner, Arbeits- und Sozialordnung, S. 1312; wohl auch Kai Mertens, a.a.O. (Fn. 61), S. 168.

84) Vgl. Zöllner, AcP 188, 1988, S. 95.

85) Boecken, ZIP 1994, S. 1093; Wlotzke, DB 1995, S. 43.

86) BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB Arbeitsgruppe mit Anm. Wiedemann = DB 1982, S. 1569. Gegen ein Erlöschen auch Herbst, AiB 1995, S. 12.

87) Dazu oben III 3.

88) Eine kollektivrechtliche Weitergeltung entsprechend § 3 Abs. 3 TVG wird deshalb mit Recht von Kittner, Arbeits- und Sozialordnung, S. 1313 bejaht.

89) Dazu oben III 3.

90) Vgl. auch Boecken, ZIP 1994, S. 1094. § 133 UmwG bestätigt im übrigen die oben vertretene Auffassung, im Falle der Aufspaltung könne es zu einer Arbeitgeberpluralität kommen.

Nach § 613a Abs. 4 BGB darf die Spaltung nicht zum Anlaß für eine Kündigung genommen werden. Weitergehend gewährt § 323 Abs. 1 UmwG einen kündigungsrechtlichen Bestandsschutz: Bei Übergang des Arbeitsverhältnisses auf einen neuen Rechtsträger verschlechtert sich die kündigungsrechtliche Stellung der betroffenen Arbeitnehmer für einen Zeitraum von zwei Jahren ab Wirksamkeit der Spaltung nicht. Die Begründung zum Regierungsentwurf nennt ausdrücklich den Fall, daß der abgespaltene Teil nur noch ein Kleinbetrieb ist, in dem das KSchG nach seinem § 23 nicht eingreift⁹¹. Darüber hinaus ist aber auch der Fall einzubeziehen, daß es zu einer betriebsbedingten Kündigung kommt, diese aber ohne die Spaltung den Arbeitnehmer nicht treffen würde, weil es bei dem ursprünglichen Rechtsträger (oder einem anderen abgespaltenen Teil) einen freien Arbeitsplatz gibt oder weil die (betriebsbezogene!) soziale Auswahl dazu geführt hätte, daß es nicht ihn, sondern einen anderen getroffen hätte. Das Bundesarbeitsministerium hat in seinen Ergänzungsvorschlägen zum Referentenentwurf ausdrücklich auf diesen letzteren Fall hingewiesen⁹²; da dem im folgenden Gesetzgebungsverfahren nicht widersprochen wurde und § 323 Abs. 1 UmwG vom Wortlaut her auch diesen Fall deckt, ist gegen eine entsprechende Auslegung der Bestandsschutzvorschrift nichts einzuwenden. Bei der inhaltlichen Ausgestaltung des Spaltungs- und Übernahmevertrags bzw. des Spaltungsplans sollte sinnvollerweise auf diese Rahmenbedingung Rücksicht genommen werden, was angesichts der Begrenzung auf zwei Jahre zu keiner unzumutbaren Belastung führt.

4. Anwendungsprobleme bei spaltungsrechtlichem Übergang des Arbeitsverhältnisses

Greift § 613a BGB nicht ein und geht das Arbeitsverhältnis mit Zustimmung des Arbeitnehmers im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge auf den neuen Rechtsträger über⁹³, so sieht das Gesetz nur eine fragmentarische Regelung der Rechtsfolgen vor. Die Haftung für rückständige und neu entstehende Verbindlichkeiten bestimmt sich nach § 133 UmwG, der kündigungsrechtliche Bestandsschutz folgt der eben erläuterten Vorschrift des § 323 Abs. 1 UmwG. Eine Lücke besteht bezüglich der Fortgeltung tariflicher Ansprüche und des anlaßbezogenen Kündigungsverbots entsprechend § 613a BGB. Für eine entsprechende Anwendung der auf den rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang bezogenen Vorschriften spricht der Grundsatz der richtlinienkonformen Interpretation. Art. 11 der sogenannten Spaltungsrichtlinie der EG vom 17. 12. 1982⁹⁴ verweist ausdrücklich auf die Richtlinie über den Schutz erworbener Rechte beim Übergang von Betrieben, Betriebsteilen und Unternehmen⁹⁵ – ihren Vorgaben (Weitergeltung tariflicher Bestimmungen mit bestimmten Einschränkungen, Kündigungsverbot) ist daher auch bei rein spaltungsbedingtem Übergang von Arbeitsverhältnissen Rechnung zu tragen⁹⁶.

5. Entstehung eines Gemeinschaftsbetriebs

Aufgrund von Spaltungen kann des öfteren der Fall eintreten, daß zwar aus steuer- oder haftungsrechtlichen Gründen eine Mehrzahl von Unternehmen entstehen, daß jedoch die eingespielte arbeitstechnische Einheit „Betrieb“ nicht angetastet werden soll⁹⁷. Damit ist die Rechtsfigur „mehrere Unternehmen – ein Betrieb“ angesprochen, die in der Praxis entwickelt wurde und seit Jahrzehnten Rechtsprechung und Literatur beschäftigt⁹⁸. Das Bundesarbeitsgericht verlangt im Interesse der Funktionsfähigkeit betriebsverfassungsrechtlicher Institutionen eine „Führungsvereinbarung“ der beteiligten Unternehmen, die jedoch auch aus dem Umständen rückgeschlossen werden kann⁹⁹. Wie diese Umstände im einzelnen beschaffen sein müssen, ist verständlicherweise nicht voll geklärt, ebenso wenig die Frage, ob ein entsprechender „Rückschluß“ durch eine ausdrückliche „Trennungsvereinbarung“ hinfällig gemacht werden kann. Hier greift nun die Vorschrift des § 322

UmwG ein, mit der der Gesetzgeber erstmals von dem Phänomen des gemeinsamen Betriebs Notiz genommen hat.

Abs. 1 der Bestimmung enthält eine Vermutung: Wird die Organisation des „gespaltenen Betriebes“ nicht geändert, so wird für die Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes vermutet, daß dieser Betrieb von den an der Spaltung beteiligten Rechtsträgern gemeinsam geführt wird.

Die Formulierung ist offensichtlich mißglückt. Gemeint ist nicht ein gespalterter Betrieb (der kein „gemeinsamer“ mehr sein könnte), sondern ein als Einheit erhalten gebliebener, dessen bisheriger Inhaber von den Möglichkeiten der Spaltung Gebrauch gemacht hat. Daß es sich um ein Redaktionsversehen handelt, wird aus der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs deutlich, wo explizit an die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Gemeinschaftsbetrieb angeknüpft wird¹⁰⁰.

Das eigentliche Problem liegt allerdings nicht hier, sondern bei der Frage, was „Nichtänderung der Organisation“ konkret bedeutet. Die Entstehungsgeschichte legt es nahe, hier großzügige Maßstäbe anzulegen und von einer Änderung nur dann zu sprechen, wenn die Arbeitsabläufe oder der arbeitstechnische Zweck in deutlich sichtbarer Weise andere geworden sind. Die SPD-Fraktion hatte nämlich im Rechtsausschuß den Antrag gestellt, den Begriff der Nichtänderung insofern zu spezifizieren, als er „insbesondere die mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten“ hätte betreffen müssen¹⁰¹. Dies hatte die Ausschußmehrheit mit dem Argument zurückgewiesen, dies könne als Einarbeitung der Vorschrift mißverstanden werden¹⁰². Nach der Formulierung der SPD-Fraktion hätte man – so wird man annehmen müssen – eine „Änderung“ schon dann bejaht, wenn beispielsweise bestimmte personelle Maßnahmen wie Einstellungen oder Kündigungen auf die Trägerunternehmen selbst verlagert worden wären. Derartige soll offensichtlich der Anwendung des § 322 UmwG nicht entgegenstehen. Freilich wäre es sinnvoller gewesen, statt dessen eine Formulierung zu wählen, der Betrieb müsse „im wesentlichen“ derselbe bleiben. Rechtsprechung und Literatur werden hier wohl einige Arbeit bekommen, die sie sich voraussichtlich durch Rückgriff auf die schon bisher praktizierten Grundsätze erleichtern werden.

§ 322 Abs. 2 UmwG fixiert eine der Folgen, die die Anerkennung des Gemeinschaftsbetriebs hat: Er wird auch im kündigungsschutzrechtlichen Sinne als Einheit behandelt, was für die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit an anderen Arbeitsplätzen sowie für die soziale Auswahl von wesentlicher Bedeutung ist¹⁰³.

6. Aufspaltung in Anlage- und Betriebsgesellschaft

Ein weiteres „Heißes Eisen“ der betriebsverfassungsrechtlichen Diskussion greift § 134 UmwG auf. Wird durch Spaltung das zur Führung eines Betriebes notwendige Vermögen „im wesentlichen“ auf einen anderen Rechtsträger übertragen, der sich „im wesentlichen“ auf die Verwertung dieses Vermögens beschränkt, und werden dem übertragenden Rechtsträger diese Gegenstände zur Nutzung überlassen, so haftet die „Anlagege-

91) BT-Drucks. 12/6699, S. 175.

92) Wiedergegeben bei Bork u. a., ZGR 1993, S. 330.

93) Dazu oben 2.

94) ABl. vom 31. 12. 1982, Nr. L 378/47. Sie beschränkt sich allerdings auf Aktiengesellschaften.

95) Nachweis a. a. O. (Fn. 48).

96) Ebenso Boecken, ZIP 1994, S. 1095.

97) Zu den Entstehungsursachen für Gemeinschaftsbetriebe s. Zöllner, FS Semler, S. 995 ff.

98) Überblick bei Däubler, FS Zeuner, S. 19; Trümmer, in: DKKS § 1 RdNr. 73 ff.; Wiese, FS Gaul, S. 553 ff.

99) BAG AP Nr. 9 zu § 23 KSchG 1969 = ZIP 1990, S. 1363 ff., ständige Rechtsprechung.

100) BT-Drucks. 12/6699, S. 174.

101) BT-Drucks. 12/7850, S. 161.

102) Siehe a. a. O. (Fn. 101).

103) Zu der weitergehenden Frage nach der Einbeziehung anderer Betriebe des Vertragsarbeitgebers s. Däubler, FS Zeuner, S. 36.

sellschaft“ (üblicherweise auch „Besitzgesellschaft“ genannt) gesamtschuldnerisch für alle nach den §§ 111 bis 113 BetrVG begründeten Verpflichtungen, soweit diese nicht später als fünf Jahre nach Wirksamwerden der Spaltung entstanden sind. Weitere Voraussetzung ist, daß an beiden Rechtsträgern „im wesentlichen“ dieselben Personen beteiligt sind. Die Regelung gilt entsprechend, wenn das Vermögen beim bisherigen Träger bleibt und die den Betrieb führende Gesellschaft abgespalten oder ausgegliedert wird. Die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf verweist mit Recht darauf, daß die in § 133 vorgesehene gesamtschuldnerische Haftung für alle bis zum Zeitpunkt der Spaltung entstandenen Verbindlichkeiten für den Fall nicht ausreicht, daß über Interessenausgleich und Sozialplan verhandelt werden muß¹⁰⁴. Die konzernrechtliche Haftung der Besitzgesellschaft bleibe zwar unberührt, doch greife sie nicht immer ein: Einmal seien die Voraussetzungen des Konzerntatbestands nicht immer erfüllt, zum anderen sei ein Durchgriff nach der Rechtsprechung nur beim qualifizierten Konzern gegeben.

Die Vorschrift des § 134 UmwG ist im Hinblick darauf nachhaltig zu begrüßen, daß Umstrukturierungen auf Arbeitgeberseite nicht zu einer wirtschaftlichen Benachteiligung der Arbeitnehmer führen dürfen. Auch ist die Formulierung so gewählt, daß die Herausnahme einzelner Vermögensgegenstände oder der Hinzutritt von Minderheitsgesellschaftern nicht etwa die ganze Konstruktion zum Einsturz bringt; es reicht, daß „im wesentlichen“ eine Aufspaltung in Besitz- und Produktionsgesellschaft vorliegt. Die Voraussetzungen der gesetzlichen Regelung sind auch dann erfüllt, wenn eine quasivermögenslose Vertriebsgesellschaft durch Spaltung zur Entstehung kommt.

Die Vorschrift des § 134 Abs. 1 UmwG ist betriebsbezogen. Ihrem insoweit eindeutigen Wortlaut nach geht es allein um die „zur Führung eines Betriebes notwendigen Vermögensteile“, so daß sie auch dann eingreift, wenn das übertragende Unternehmen noch weitere Betriebe oder erhebliches sonstiges Vermögen besitzt.

Geschützt sind Forderungen aus einem Sozialplan sowie wegen Nachteilsausgleichs nach § 113 BetrVG. Trotz der Einbeziehung des § 111 BetrVG ist die Unterrichtungspflicht nach § 111 Satz 1 nicht erfaßt, da es ausschließlich um „Forderungen der Arbeitnehmer“ geht, § 111 Satz 1 BetrVG jedoch das Verhältnis zum Betriebsrat betrifft.

Die gesamtschuldnerische Haftung wirkt sich auch bei der Bemessung der Sozialplanleistungen aus; sie würde ihren Sinn verfehlen, würde man letztere ausschließlich nach den wirtschaftlichen Verhältnissen der „armen“ Betriebsgesellschaft bestimmen¹⁰⁵. Dem entspricht es, daß das Bundesarbeitsgericht im Rahmen der Kürzung einer betrieblichen Altersversorgung das Vermögen der Gesellschafter der Arbeitgeber-OHG berücksichtigt hat, die nach § 128 HGB für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften¹⁰⁶, und daß es bei der Anpassung nach § 16 BetrAVG gleichfalls die haftende Konzernobergesellschaft einbezogen hat¹⁰⁷.

Nach § 134 Abs. 3 UmwG sind Ansprüche aus betrieblicher Altersversorgung nach dem BetrAVG anders als nach dem Regierungsentwurf¹⁰⁸ nicht in gleicher Weise privilegiert: Die übertragende Gesellschaft haftet hier nur insofern fünf Jahre lang weiter, als die Versorgungsverpflichtungen bereits vor dem Wirksamwerden der Spaltung begründet wurden.

§ 134 Abs. 3 enthält eine sogenannte Nachhaftungsbeschränkung, die insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen von Bedeutung ist. Wird innerhalb des Fünfjahreszeitraums z.B. ein Anspruch aus Sozialplan begründet, so kann die Anlagegesellschaft nur für solche Verpflichtungen in Anspruch genommen werden, die innerhalb von 10 Jahren nach Bekanntmachung der Spaltung fällig und gerichtlich geltend gemacht wurden. Nach dem in bezug genommenen § 133 Abs. 5 kann die gerichtliche Geltendmachung entfallen, wenn die Anlagegesellschaft den Anspruch schriftlich anerkannt hat.

7. Spaltung von Unternehmen und Betrieb

Nicht anders als bei der Verschmelzung ist auch bei der Spaltung von Unternehmen ein Durchschlagen auf die betriebliche Ebene keine notwendige, aber eine mögliche und hier häufig zu erwartende Folge. Sie kann etwa dann eintreten, wenn bestimmte Abteilungen eines Betriebs unterschiedlichen Rechtsträgern zugeordnet werden oder wenn sich wesentliche organisatorische Änderungen ergeben, so daß die Vermutung des § 322 Abs. 1 UmwG nicht mehr eingreift. In diesen Fällen ergeben sich eine Reihe von Sonderfragen.

a) Vorliegen einer Betriebsänderung

Nach dem durch Art. 13 des Umwandlungsbereinigungsgesetzes neu gefaßten § 111 Satz 2 Nr. 3 BetrVG gilt nunmehr die „Spaltung von Betrieben“ gleichfalls als Betriebsänderung. Auch der neugefaßte § 106 Abs. 3 Nr. 8 BetrVG bezieht sie in die Angelegenheiten ein, über die der Arbeitgeber den Wirtschaftsausschuß zu unterrichten hat.

Mit dem neuen § 111 Satz 2 Nr. 3 hat der Gesetzgeber nunmehr klargestellt, daß Verhandlungen über Interessenausgleich und Sozialplan in allen Fällen der Betriebsteilung geboten sind. Die Rechtsprechung war bisher auf dem etwas unsicheren Weg des § 111 Satz 2 Nr. 4 BetrVG („grundlegende Änderungen der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen“) zum selben Ergebnis gekommen¹⁰⁹. Außer den traditionellen wirtschaftlichen Nachteilen wie Versetzung an einen schlechter bezahlten Arbeitsplatz, längere Fahrtzeiten, Verlust von Sozialleistungen usw. ist bei der Gestaltung des Sozialplans auch daran zu denken, daß außerhalb des in § 134 Abs. 1 UmwG geregelten Falles die Situation eintreten kann, daß die Haftungssumme bei dem neuen Unternehmensträger sehr viel geringer ist, so daß bei künftigem Personalabbau sehr viele geringere Abfindungen zu erwarten sind.

Der Interessenausgleich erhält dadurch zusätzliche Relevanz, daß er nach § 323 Abs. 2 UmwG einzelne Arbeitnehmer verbindlich bestimmten Betrieben oder Betriebsteilen zuordnen kann und insoweit nur auf grobe Fehlerhaftigkeit hin gerichtlich überprüft werden kann. Die damit verbundenen Rechtsfragen sind bereits im Zusammenhang mit der Verschmelzung erörtert worden¹¹⁰.

b) Das Übergangsmandat

Nach § 321 Abs. 1 UmwG steht dem Betriebsrat des gespaltenen Betriebes ein sogenanntes Übergangsmandat zu. Der Gesetzgeber hat insoweit die in der Literatur entwickelten Vorstellungen aufgegriffen, denen das Bundesarbeitsgericht noch recht reserviert gegenübergestanden war¹¹¹. Die Betriebsratsmitglieder bleiben bis zur Neuwahl von Betriebsräten in den abgespaltenen Teilen, längstens für sechs Monate im Amt und können dabei alle Befugnisse wahrnehmen, die sie hätten, wären sie in den abgespaltenen Teilen gewählt worden¹¹². Solange noch Probleme aus dem Ursprungsbetrieb offen stehen – es findet beispielsweise ein länger dauerndes Einigungsstellenverfahren

104) BT-Drucks. 12/6699, S. 122 rechte Spalte, auch zum folgenden.

105) Näher zur Unterscheidung von Haftungs- und „Bemessungsdurchgriff“ Hanau, Sozialverträgliche Gestaltung bei der Umstrukturierung und Auflösung von Unternehmen, in: Hommelhoff (Hrsg.), Treuhandunternehmen im Umbruch, 1991, S. 112. Zum Schluß vom Haftungs- auf dem Berechnungsdurchgriff s. Däubler, in: DKKS §§ 112, 112a Rdnr. 117. Zustimmung im vorliegenden Zusammenhang Herbst AiB 1995, S. 13.

106) BAG AP Nr. 157 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

107) BAG AP Nr. 25 zu § 16 BetrAVG mit Anm. Wiedemann = DB 1992, S. 2403.

108) BT-Drucks. 12/6699, S. 31 mit Begründung S. 122.

109) BAG AP Nr. 19 zu § 111 BetrVG 1972; zustimmend Bork, BB 1989, S. 2185; Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither, § 111 Rdnr. 28; Schaub, NZA 1989, S. 5.

110) S. oben III 6b.

111) Überblick über den Diskussionsstand bei Trümmer, in: DKKS § 1 Rdnr. 140–154.

112) Zur entsprechenden Erscheinung bei der Verschmelzung von Betrieben s. oben III 6b.

über den Sozialplan statt –, greift allerdings ähnlich wie bei der Stilllegung der Gedanke des Restmandats ein: Die noch während der Existenz des Betriebes erwachsenen Aufgaben müssen ohne zeitliche Begrenzung zu Ende geführt werden können¹¹³.

Das Übergangsmandat besteht nicht für abgespaltene Kleinbetriebe, die nicht die Grenze des § 1 BetrVG erreichen¹¹⁴, und auch nicht für solche Betriebsteile, die in einen Betrieb mit Betriebsrat eingegliedert werden (§ 321 Abs. 1 Satz 1 UmwG). Wird in einem der abgespaltenen Teile ein Betriebsrat gewählt, beschränkt sich das Übergangsmandat auf die übrigen.

Wird nur ein Teil eines Betriebes abgespalten, ohne daß die Identität des Ursprungsbetriebes dadurch verändert würde, besteht nur in bezug auf den abgespaltenen Teil ein Übergangsmandat; im übrigen bleibt der Betriebsrat im Amt. Dies ist zwar in § 321 Abs. 1 UmwG nicht ausdrücklich ausgesprochen, doch ergibt es sich aus allgemeinen Überlegungen: Die neue Vorschrift will Kontinuität wahren und einen vertretungslosen Zustand vermeiden, nicht aber dort Neuwahlen erzwingen, wo diese nach bisherigem Recht nicht angesetzt waren.

c) Betriebsverfassungsrechtlicher Bestandsschutz nach § 325 Abs. 2 UmwG

Erst durch den Vermittlungsausschuß wurde die neuartige Vorschrift des § 325 Abs. 2 UmwG in das Gesetz eingefügt. Sie ermöglicht es, durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung die Fortgeltung von „Rechten und Beteiligungsrechten“ zu vereinbaren, die dem ursprünglichen Betriebsrat zustanden, die die Betriebsräte der neuen Einheiten jedoch nicht mehr besitzen. Gedacht ist dabei insbesondere an jene Rechte, die von der Überschreitung einer Mindestbeschäftigtenzahl abhängen. So kann etwa bestimmt werden, daß die Beteiligungsrechte nach den §§ 99, 112 BetrVG auch dann bestehen bleiben, wenn ein neuer Betrieb weniger als 20 Beschäftigte besitzt. Dasselbe gilt für die 100-Personen-Grenze, deren Überschreitung nach § 106 Abs. 1 BetrVG Voraussetzung für die Errichtung eines Wirtschaftsausschusses ist. Auch Freistellungsansprüche nach § 38 Abs. 1 BetrVG können aufrechterhalten bleiben. Ausgenommen ist lediglich die in § 9 BetrVG festgelegte Zahl der Betriebsratsmitglieder (sie richtet sich nach der tatsächlichen Arbeitnehmerzahl) sowie die in § 27 BetrVG eröffnete Möglichkeit zur Einrichtung eines Betriebsausschusses. Hat ein abgespaltener Teil weniger als fünf Beschäftigte, dürfte sich die Beibehaltung einer Interessenvertretung auch nicht auf § 325 Abs. 2 UmwG stützen lassen.

Die in § 325 Abs. 2 angesprochenen „Rechte und Beteiligungsrechte“ werden sich in der Regel aus dem Gesetz ergeben, müssen dies aber nicht; mit Rücksicht auf die allgemein gehaltene Formulierung kommen auch tarifliche oder durch Betriebsvereinbarung begründete Befugnisse in Betracht. Dem Gedanken des Bestandsschutzes entspricht es auch, Betriebsabsprachen in die neuen Einheiten „mitzunehmen“, die für die persönliche Rechtsstellung von Betriebsratsmitgliedern wie auch für den Umgang mit der Arbeitgeberseite von wesentlicher Bedeutung sein können. Dies gilt beispielsweise für Pauschalierungen der Schulungsteilnahme nach § 37 Abs. 6 BetrVG oder für die Verpflichtung des Arbeitgebers, über umweltschutzrelevante Fragen mit dem Betriebsrat zu verhandeln.

Nicht ausdrücklich angesprochen ist die Frage, ob zu den erfaßten Rechten auch die Befugnis gehört, zwei Delegierte in den Gesamtbetriebsrat zu entsenden. Mit Rücksicht darauf, daß lediglich die §§ 9 und 27 BetrVG für nicht abdingbar erklärt wurden, ist auch hier Großzügigkeit angemessen; selbst wenn die Grenzen eines Unternehmens überschritten werden, kann es sinnvoll sein, angesichts gemeinsamer betriebsverfassungsrechtlicher Probleme einen Gesamtbetriebsrat in bisheriger Zusammensetzung bestehen zu lassen. Die Verweisung auf den Konzernbetriebsrat ist kein Gegenargument, da seine Errichtung von der Existenz eines Unterordnungskonzerns im Sinne des § 18 Abs. 1 AktG abhängt und außerdem schon von

einer Sperrminorität vom 25,01 % der Stimmen blockiert werden kann. Auch läßt sich nicht alles auf Konzernebene sinnvoll besprechen und regeln, was bislang in ein und demselben Unternehmen bewältigt wurde, das jetzt z. B. nur aus steuerrechtlichen Gründen in verschiedene rechtlich selbständige Einheiten aufgespalten wurde.

8. Wegfall der Unternehmensmitbestimmung

Die Spaltung kann dazu führen, daß die neugeschaffenen Unternehmen schon von ihrer Rechtsform her nicht mehr unter die Mitbestimmungsgesetze fallen. Außerdem besteht die Gefahr, daß die Zahlenwerte für das Eingreifen einzelner Normen unterschritten werden: Wird eine mitbestimmte GmbH mit 2.500 Beschäftigten in zwei GmbHs mit je 1.250 aufgespalten, die ihrerseits nicht in einem Konzernverbund im Sinne des § 5 MitbG stehen, so greift nur noch die Drittelbeteiligung des § 77 Abs. 1 BetrVG 1952 ein. Die SPD-Fraktion hatte bereits im Rechtsausschuß versucht, dem durch eine „Öffnungsklausel“ zugunsten tariflicher Bestandsschutzregelungen Rechnung zu tragen, war damit jedoch an der Ausschlußmehrheit gescheitert, die keinerlei Notwendigkeit für eine spezielle Regelung sah¹¹⁵. Der im Vermittlungsausschuß gefundene Kompromiß bleibt erheblich hinter den SPD-Vorstellungen zurück: Er erfaßt lediglich die Fälle der Abspaltung und Ausgliederung (also nicht den der Aufspaltung), er betrifft nur das verbleibende Unternehmen, soweit dieses mindestens ein Viertel der vom Gesetz vorausgesetzten Arbeitnehmerzahl behält, und er begrenzt den Bestandsschutz auf fünf Jahre. Eine tarifliche Regelung ist nicht vorgesehen. Unklar bleibt, weshalb man die in § 1 Abs. 3 MontanMitbG vorgesehene sechsjährige Auslauffrist auf fünf Jahre verkürzte.

V. Formwechsel

1. Grundsätzliches

Der Wechsel in eine andere Rechtsform wirft die geringsten arbeitsrechtlichen Probleme auf, da die Identität des Rechtsträgers gewahrt bleibt. Genau wie bei anderen Umwandlungsformen wird jedoch den Informationsinteressen der Beschäftigten und ihrer Interessenvertretung Rechnung getragen: Der sogenannte Umwandlungsbeschluß muß nach § 194 Abs. 1 Nr. 7 UmwG Aussagen zu den Folgen des Formwechsels für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen enthalten. Nach § 194 Abs. 2 UmwG muß der Entwurf des Beschlusses spätestens einen Monat vor dem Tage der Versammlung der Anteilsinhaber dem zuständigen Betriebsrat des formwechselnden Rechtsträgers zugeleitet werden. Daß dies erfolgt ist, muß bei der Anmeldung zum Handelsregister nach § 199 UmwG nachgewiesen werden. Inhaltlich dürfte es sich außerdem um eine wirtschaftliche Angelegenheit handeln, über die der Wirtschaftsausschuß nach § 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG zu informieren ist; das UmwG hat insoweit allerdings keine ausdrückliche Regelung getroffen.

2. Bestandsschutzprobleme

Durch die Änderung der Rechtsform kann die Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat entfallen; dies gilt insbesondere dann, wenn eine Kapital- in eine Personengesellschaft verwandelt wird¹¹⁶. Das geltende Recht enthält insoweit keine Bestandsschutzregeln. Die Mitbestimmung steht zur Disposition¹¹⁷, sofern der Unternehmensträger die möglichen Nach-

113) Zum Restmandat s. Biehl, Das Restmandat des Betriebsrats nach Betriebsstilllegung, 1989.

114) Der Kündigungsrechtliche Bestandsschutz nach § 323 Abs. 1 UmwG bleibt allerdings erhalten, so daß der Betriebsrat weiter nach §§ 102, 103 BetrVG einzuschalten ist. Ebenso Herbst, AiB 1995, S. 9.

115) BT-Drucks. 12/7850, S. 161f. Ähnlich auch Vorstellungen des Bundesarbeitsministeriums, mitgeteilt bei Küller, a. a. O. (Fn. 22), S. 149. Gegen einen Bestandsschutz dezidiert Bartodziej, ZIP 1994, S. 581 ff.

116) Nach Bartodziej, ZIP 1994, S. 581 hat diese Möglichkeit geringe praktische Bedeutung.

117) Küller, a. a. O. (Fn. 22), S. 136.

teile der anderen Rechtsform in Kauf nehmen will. Lediglich eine kleine „Miniharmonisierung“ enthält § 203 UmwG: Wird der Aufsichtsrat beim neuen Rechtsträger in gleicher Weise gebildet und zusammengesetzt, so können die bisherigen Aufsichtsratsmitglieder für den Rest ihrer Wahlperiode weiter amtiert, es sei denn, im Umwandlungsbeschluß sei die Beendigung ihres Amtes bestimmt worden. Dies ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn eine mitbestimmte AG in eine GmbH (oder umgekehrt) verwandelt wird.

VI. Umstrukturierung mit Hilfe der Einzelrechtsnachfolge

Wie oben bereits im einzelnen skizziert¹¹⁸, schließt das UmwG den Gebrauch der bisherigen Gestaltungsmittel nicht aus. Statt eine Verschmelzung zu beschließen, kann man auch das gesamte Vermögen übertragen, statt eine Abspaltung oder Ausgliederung zu praktizieren, läßt sich auch eine GmbH gründen, der man einen Betrieb oder Betriebsteil überträgt.

Für die praktische Rechtsanwendung stellt sich die Frage, ob einzelne arbeitsrechtliche Bestimmungen des „moderner“ UmwG auch auf solche Konstellationen übertragen werden können. Bislang stand in der Diskussion allein die Frage im Mittelpunkt, ob und in welchem Umfang der für die traditionellen Fälle entwickelte § 613a BGB auch in den neuen Umwandlungsfällen Anwendung findet – mit einem, wie wir gesehen haben, positiven Ergebnis. Nunmehr stellt sich das umgekehrte Problem, ob nicht dort, wo das UmwG über den Status quo hinausgeht, ein „Nachziehen“ der traditionellen Umstrukturierungsformen erfolgen muß.

Die Problematik ähnelt ein wenig der nach dem Verhältnis zwischen BDSG und traditionellen Beschränkungen der Erhebung und Verarbeitung von Daten¹¹⁹.

Schon diese Parallele legt es nahe, keine Pauschallösungen anzustreben, sondern im Einzelfall zu fragen, inwieweit vergleichbare Interessenlagen bestehen, etwa das Risiko eines Arbeitsplatzverlustes oder wirtschaftlicher Einbußen in ähnlicher Weise gegeben sind. Auch wird es schwerfallen, Bestimmungen wie § 325 UmwG, die Gegenstand eines nicht ganz einfachen Kompromisses waren, als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens zu begreifen, der sich auch in anderen Zusammenhängen fruchtbar machen läßt. Im einzelnen könnte man sich eine Weiterentwicklung in folgenden Punkten vorstellen:

– Die Informationsrechte des Betriebsrats nach dem UmwG sind insoweit spezifischer, als sie sich auf das konkrete Vertragsdokument beziehen. Entsprechendes wird man auch in bezug auf die Vereinbarung über die Veräußerung eines Betriebs oder Betriebsteiles nach § 613a BGB annehmen können.

– Die Anerkennung der Rechtsfigur des Gemeinschaftsbetriebs durch § 322 UmwG schreibt die im Zusammenhang mit traditionellen Umstrukturierungsformen entwickelte Rechtsprechung fort. Sie wieder völlig aufzugeben, wäre nicht ohne Gesetzesverstoß möglich; Unschärfen an den Rändern bleiben bestehen und werden Gegenstand künftiger Auseinandersetzungen sein.

– Die Haftung der Besitz- und Anlagegesellschaft nach § 134 Abs. 1 UmwG kann nicht dadurch entfallen, daß der gleiche Effekt einer Trennung von Vermögen und Haftung im Wege der Einzelrechtsnachfolge erreicht wird.

– Auch das Übergangsmandat des Betriebsrats nach § 321 UmwG ist Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, wonach bei Umstrukturierungen keine vertretungslose Zeit eintreten darf; der Arbeitgeber könnte sonst im Extremfall dem Betriebsrat den Boden unter den Füßen wegziehen. Aufgrund des § 321 UmwG ist kein Platz mehr für das Argument des Bundesarbeitsgerichts, das Betriebsratsmandat sei notwendigerweise an einen bestimmten Betrieb geknüpft und könne nicht auf einen anderen Betriebsteil ausgedehnt werden¹²⁰.

Dies hat Bedeutung nicht nur für die Einzelrechtsnachfolge nach § 613a BGB sondern auch für die Fälle der Privatisierung, in denen der Personalrat durch einen neu zu wählenden Betriebsrat zu ersetzen ist¹²¹.

– Der kündigungrechtliche Bestandsschutz nach § 323 Abs. 1 UmwG führt den Grundgedanken des § 613a BGB weiter, wonach der Arbeitgeberwechsel keine inhaltliche Veränderung des Arbeitsverhältnisses herbeiführen darf. Der Kündigungsschutz kann daher in Zukunft auch dann nicht mehr entfallen, wenn ein Arbeitnehmer aufgrund einer Betriebsteilveräußerung in einer Kleinsteinheit tätig ist, die nicht dem Kündigungsschutzgesetz unterliegt.

VII. Grenzüberschreitende Umstrukturierungen

1. Benutzung der Rechtsinstitute des UmwG?

Sind die Regeln des UmwG über die Verschmelzung auch dann anwendbar, wenn sich eine deutsche GmbH eine AG französischen Rechts einverleiben will¹²²? Kann eine Abspaltung auch in der Weise erfolgen, daß der einen Betrieb übernehmende neue Rechtsträger in Großbritannien angesiedelt ist? Greift das UmwG ein, wenn eine spanische AG eine deutsche Zweigstelle in eine GmbH verwandeln oder – weitergehend – eine deutsche Tochtergesellschaft im Wege der Fusion aufnehmen will?

Das UmwG hat insoweit eine eindeutige Regelung getroffen. Nach seinem § 1 Abs. 1 können an einer Umwandlung nur „Rechtsträger mit Sitz im Inland“ beteiligt sein. Angesichts der Bemühungen der EG um eine Normierung grenzüberschreitender Vorgänge solle – so die amtliche Begründung zum Regierungsentwurf – insoweit keine Regelung getroffen werden¹²³. Eine entsprechende Vorschrift würde überdies „politisch wie rechtstechnisch“ erhebliche Probleme aufwerfen¹²⁴.

Der Gesetzgeber hat damit einer verbreiteten Literaturmeinung eine Absage erteilt, die zum Teil durch Auslegung des geltenden Gesellschaftsrechts, zum Teil unter Berufung auf die Niederlassungsfreiheit der Unternehmen nach Art. 52, 58 EGV die grenzüberschreitende Fusion (wie auch die hier nicht näher interessierende Sitzverlegung ins Ausland) zulassen wollte¹²⁵. Die Rechtsprechung hatte allerdings immer so entschieden, wie es nunmehr der Gesetzgeber getan hat¹²⁶. Auch der Europäische Gerichtshof hatte in der Niederlassungsfreiheit keine ausreichende Rechtsgrundlage für eine grenzüberschreitende Umstrukturierung gesehen¹²⁷. Das „Ausscheren“ eines einzelnen Registerrichters, über das in der Literatur berichtet wurde¹²⁸, wird daher Episode bleiben.

Unter arbeitsrechtlichen Aspekten ist die Entscheidung des Gesetzgebers nachhaltig zu begrüßen. Würde man etwa die grenzüberschreitende Fusion zulassen, wären drastische Einbrüche in das System des nationalen Arbeitsrechts zu befürchten¹²⁹.

118) S. oben II 5.

119) Dazu etwa für die Dateierhebung Däubler, CR 1994, S. 101.

120) BAG AP Nr. 77 zu § 613a BGB. Kritisch dazu Blanke, in: DKKS § 21 Rdnr. 46 m. w. N.

121) Zutreffend Frohner, PersR Heft 3/1995; Trümmer, BR-Info 9/1994, S. 5.

122) So der Fall, über den Rixen-Böttcher, GmbHR 1993, S. 572 berichten.

123) BT-Drucks. 12/6699, S. 80.

124) Daß das neue Gesetz insbesondere die grenzüberschreitende Fusion ausklammert, betonen auch Neye, DB 1994, S. 2070 und Kronke, ZGR 1994, S. 46 (letzterer für den Referentenentwurf).

125) So insbesondere Behrens, ZGR 1994, S. 1; Lutter, ZGR 1994, S. 87; sehr viel ausgewogener Kreuzer, EuZW 1994, S. 73 ff. Zum Ganzen s. auch Kronke, ZGR 1994, S. 26 ff.

126) OLG Zweibrücken WM 1990, S. 1298; BayObLG ZIP 1992, S. 842 = EuZW 1992, S. 548.

127) EuGH NJW 1989, S. 2186 – Daily Mail.

128) Rixen-Böttcher, GmbHR 1993, S. 572; Behrens, ZGR 1994, S. 25 Fn. 42.

129) Hierzu und zum folgenden Däubler, DB 1988, S. 1850; Heinze, ZGR 1994, S. 47 ff.

Würde etwa eine deutsche AG von einer französischen Schwestergesellschaft „geschluckt“, so würde nicht nur die Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat „untergehen“. Viel gravierender wäre, daß der ausländische Arbeitgeber aus dem System der deutschen Branchentarifverträge herausfallen würde; es ergäbe sich eine Art faktischer Zwang zum oft nur schwer erreichbaren Firmentarif. Gesamtbetriebsrat und Wirtschaftsausschuß würden zwar als solche nicht verschwinden, hätten jedoch nur noch einen schwer erreichbaren Ansprechpartner: Bei der grenzüberschreitenden Fusion fehlen alle jenen Sicherungen, die die rein innerstaatliche Fusion für die Arbeitnehmer erträglich machen. Dasselbe gilt für eine grenzüberschreitende Spaltung.

2. Einzelrechtsnachfolge über die Grenze?

Die Nichterstreckung des UmwG auf grenzüberschreitende Vorgänge schließt es selbstredend nicht aus, daß einzelne Vermögensgegenstände wie z. B. ein Schiff ins Ausland veräußert und Betriebe oder Betriebsteile einer im Ausland ansässigen Gesellschaft verkauft werden¹³⁰. Ein grenzüberschreitender Betriebsübergang war bis in die jüngste Zeit aus steuerlichen Gründen uninteressant, so daß sich insoweit wenig Aktivitäten gezeigt haben¹³¹. Nachdem sich dies nunmehr geändert hat¹³², besteht einiger Anlaß, über die Anwendbarkeit des § 613 a BGB auf grenzüberschreitende Vorgänge verstärkt nachzudenken¹³³. Dies auch hier zu tun, reicht über das gestellte Thema hinaus. Nicht unerwähnt soll lediglich das Mitbestimmungs-Beibehaltungsgesetz vom 23. 8. 1994¹³⁴ bleiben. In seinem § 1 bestimmt es, daß die steuerbegünstigte Einbringung von Betrieben oder Teilbetrieben in ausländische Unternehmen den Fortbestand der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat des deutschen Unternehmens oder Konzerns nicht berührt; eine Ausnahme gilt nach § 2 Abs. 2 des Gesetzes lediglich dann, wenn die Arbeitnehmerzahl des verbleibenden Unternehmens unter ein Viertel der gesetzlichen Mindestzahl sinkt. Dies mag manchen enttäuschen, weil die im abgegebenen Betrieb Tätigen selbstredend jedes Wahlrecht zum Aufsichtsrat verlieren – immerhin hat der Gesetzgeber auch hier einen Schritt in die richtige Richtung gemacht. Die Zeiten, in denen Gesellschaftsrecht und Arbeitsrecht scheinbar unverbunden nebeneinander standen, sind vorbei.

130) Letztere wird in der Regel konzernzugehörig sein, doch sind auch andere Fälle denkbar.

131) Überblick bei *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, 1992, S. 236 ff.

132) Dazu *Herzig-Förster*, DB 1992, S. 911.

133) Dazu *Junker*, a. a. O. (Fn. 131) sowie *Däubler*, FS Kissel, S. 119 ff.

134) BGBl. I, S. 2228.