

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Grenzüberschreitende Fusion und Arbeitsrecht

— Zum Entwurf der Zehnten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie —

I. Die Problematik

Am 14. 1. 1985 hat die EG-Kommission dem Rat den Vorschlag einer Richtlinie über die „grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften“ vorgelegt¹⁾. In der Begründung wird darauf hingewiesen, der rechtliche Status der Unternehmen müsse den Dimensionen des Binnenmarktes angepaßt werden. Insbesondere in Bereichen mit großem Investitionsbedarf könnten die notwendigen Mittel in vielen Fällen nur durch den gemeinsamen Einsatz der Ressourcen mehrerer Unternehmen aufgebracht werden.

Inhaltlich und rechtstechnisch baut der Richtlinienentwurf auf der 1978 angenommenen Dritten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie auf, die die innerstaatliche, d. h. sich innerhalb ein und desselben Mitgliedsstaats vollziehende Verschmelzung zum Gegenstand hat²⁾. Der Entwurf der Zehnten Richtlinie fügt den dortigen Regeln eine Reihe von Bestimmungen hinzu, die sich auf den grenzüberschreitenden Charakter beziehen.

Im vorliegenden Zusammenhang soll es nicht darum gehen, die gesellschaftsrechtliche Seite im einzelnen zu erörtern, etwa danach zu fragen, ob überhaupt ein Fusionsbedarf besteht und ob die gewählte Rechtstechnik der exzessiven Verweisung auf die Dritte Richtlinie sehr glücklich ist³⁾. Vielmehr sollen die Auswirkungen untersucht werden, die eine grenzüberschreitende Fusion für die Belegschaften der beteiligten Firmen hätte.

Findet eine Verschmelzung zwischen Unternehmen aus verschiedenen Mitgliedsstaaten statt, so ändert sich für die Arbeitnehmer der übertragenden Gesellschaft der Arbeitgeber. An die Stelle der „geschluckten“ deutschen AG tritt etwa eine französische Société Anonyme, Arbeitnehmer einer italienischen SpA besitzen plötzlich einen englischen Arbeitgeber. Die Belegschaften arbeiten nunmehr in der Zweigstelle eines ausländischen Unternehmens. Aus ihrer Sicht liegt ein „Export des Arbeitgebers“ vor, der innerstaatliche „Gegenspieler“ ist gewissermaßen abhanden gekommen.

Während sich für die Arbeitnehmer der aufnehmenden Gesellschaft nichts ändert, ergeben sich für die Belegschaft der übertragenden AG zahlreiche Probleme. Werden die Arbeitsverhältnisse mit dem ausländischen Arbeitgeber fortgesetzt? Was geschieht mit den bislang geltenden Tarifverträgen, wie gestaltet sich die Mitbestimmung auf Unternehmensebene? Der Richtlinienentwurf der Kommission versucht diesem Problem mit zwei Mitteln Rechnung zu tragen. Zum einen soll die Richtlinie Nr. 77/187/EWG, die im wesentlichen unserem innerstaatlichen § 613a BGB entspricht, auf die grenzüberschreitende Verschmelzung Anwendung finden⁴⁾. Zum zweiten sollen die Mitgliedsstaaten nach Art. 1 Abs. 3 des Entwurfs berechtigt sein, die Richtlinie für den Fall nicht anzuwenden, daß durch die Verschmelzung eine Arbeitnehmervertretung in den Unternehmensorganen verlorengehe⁵⁾.

Soweit die bisherige Diskussion die arbeitsrechtliche Seite des Entwurfs behandelte, stand fast nur die Mitbestimmung im Aufsichtsrat im Vordergrund. Damit ist ein wichtiger, jedoch keineswegs der allein entscheidende Punkt angesprochen. Das Spektrum der Fragen ist sehr viel weiter. Aus Gründen der Vereinfachung soll im folgenden in der Regel der Fall zugrunde gelegt werden, daß ein deutsches Unternehmen von einem ausländischen übernommen wird. Auch die umgekehrte Konstellation — d. h. Sitz des fusionierten Unternehmens in der Bundesrepublik — hat freilich insbesondere im Mitbestimmungsbereich ihre Probleme. Im einzelnen ist zu fragen:

— Bleibt das bisherige Arbeitsrecht überhaupt anwendbar, wenn der innerstaatliche durch einen ausländischen Arbeitgeber ersetzt wird?

- Welches Arbeitsgericht ist zuständig, wenn sich der Arbeitgeber im Ausland befindet?
- Was geschieht mit den Tarifverträgen, an die der innerstaatliche Arbeitgeber gebunden war? Kann man das ausländische Unternehmen zwingen, Mitglied im deutschen Arbeitgeberverband zu werden, was geschieht, wenn letzterer einer Aufnahme ablehnend gegenübersteht?
- Was passiert mit betriebsverfassungsrechtlichen Organen der Interessenvertretung? Betriebsräte können auch in Zweigstellen ausländischer Unternehmen weiterexistieren, doch wie steht es mit Gesamtbetriebsräten und Wirtschaftsausschüssen?
- Welches Schicksal erfährt schließlich die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat der „geschluckten“ deutschen Gesellschaft? Was passiert dann, wenn im umgekehrten Fall die deutsche Gesellschaft eine ausländische aufnimmt? Müssen dann die im Ausland tätigen Belegschaften an den Wahlen zum Aufsichtsrat beteiligt werden?

II. Die Entstehung eines kollisionsrechtlich relevanten Tatbestands

Wird eine grenzüberschreitende Fusion i. S. des Richtlinienentwurfs durchgeführt, setzen sich die Arbeitsverhältnisse der in der übertragenden Gesellschaft beschäftigten Arbeitnehmer mit der übernehmenden Gesellschaft fort. Dies folgt unmittelbar aus Art. 3 Abs. 1 Unterabsatz 1 der entsprechend anwendbaren Richtlinie 77/187/EWG. An die Stelle des bisherigen innerstaatlichen tritt ein ausländischer Arbeitgeber; von diesem Moment an liegt ein Sachverhalt mit Auslandsberührung vor. Damit sind die Regeln des Kollisionsrechts anwendbar; jedes Gericht muß sich also automatisch die Frage stellen, welche nationale Rechtsordnung im Streitfall zugrunde zu legen ist.

Das Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten unterliegt (noch) keinen einheitlichen Grundsätzen. Das „Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht“ ist am 19. 6. 1980 in Rom zur Unterzeichnung aufgelegt worden⁶⁾; Ende 1987 war es jedoch erst von Frankreich, Italien, Dänemark, Belgien, Luxemburg und der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert⁷⁾. Bei diesen Staaten stellt sich die Rechtslage wie folgt dar:

Nach Art. 6 Abs. 2 des Übereinkommens (= Art. 30 Abs. 2 EG BGB n. F.) bestimmt sich das auf Arbeitsverhältnisse anwendbare

1) KOM (84) 727 endg., ABl. vom 25. 1. 1985, C 23, S. 11ff. Veröffentlicht auch als Beilage 3/85 zum Bulletin der Europäischen Gemeinschaften.

2) Dritte Richtlinie des Rates vom 9. 10. 1978 gem: Art. 54 Abs. 3 Buchst. g des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (78/855/EWG), ABl. vom 20. 10. 1978, L 295, S. 36 ff.

3) Zu diesen Punkten s. etwa die kritischen Stellungnahmen des Wirtschaftsausschusses (ABl. vom 25. 11. 1985, C 303, S. 27 ff.) und verschiedener Ausschüsse des Europäischen Parlaments. S. die Mitteilung in DB 1988 S. 1259. Zum Entwurf der Zehnten Richtlinie s. weiter Ganske DB 1985 S. 582 f., zum Problem der grenzüberschreitenden Fusion insgesamt Großfeld, Internationales Unternehmensrecht, Heidelberg 1986, S. 75 ff.

4) Art. 1 Abs. 4 des Entwurfs lautet: „Die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer der an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligten Gesellschaften wird gem. der Richtlinie 77/187/EWG geregelt.“

5) Art. 1 Abs. 3 des Entwurfs lautet: „Bis zu einer späteren Koordination braucht ein Mitgliedsstaat die Bestimmungen dieser Richtlinie nicht auf grenzüberschreitende Verschmelzungen anzuwenden, sofern dies dazu führt, daß ein Unternehmen, gleichgültig ob es an dem Vorgang beteiligt ist oder nicht, nicht mehr die Voraussetzungen für die Vertretung der Arbeitnehmer in Unternehmensorganen erfüllt.“

6) ABl. vom 9. 10. 1980, L 266, S. 1 ff. Dazu Lando, CMLR 1987 S. 159 ff.

7) Angabe nach Jayme-Kohler, IPRax 1988 S. 137 ff.

Recht grundsätzlich nach dem gewöhnlichen Arbeitsort. Die „Staatsangehörigkeit“ des Arbeitgebers spielt daher keine Rolle. Wird deshalb beispielsweise eine deutsche Gesellschaft im Wege der Verschmelzung von einer englischen übernommen, so bleibt es bei der Anwendbarkeit des deutschen Arbeitsrechts für die in der Bundesrepublik tätigen Belegschaften.

Von diesem Prinzip wird jedoch dann eine Ausnahme gemacht, wenn sich „aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, daß der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist“⁸⁾. Dies kann dann der Fall sein, wenn beispielsweise Arbeitgeber und Arbeitnehmer dieselbe Staatsangehörigkeit aufweisen⁹⁾. Naheliegender ist deshalb, daß einzelne, bei der übertragenden Gesellschaft beschäftigte Arbeitnehmer, die die Staatsangehörigkeit des Landes besitzen, dem die übernehmende Gesellschaft angehört, einen Statutenwechsel erleiden: Ein leitender Angestellter englischer Staatsangehörigkeit, der bei einer deutschen Firma tätig ist, würde automatisch englischem Recht unterliegen, wenn eine Verschmelzung mit der englischen Muttergesellschaft erfolgt. Dasselbe ist dann anzunehmen, wenn Arbeitnehmer vor der Verschmelzung auf Dauer in das Land der aufnehmenden Gesellschaft entsandt wurden, da der neue Arbeitgeber die in solchen Fällen normalerweise noch bestehende Bindung an die Rechtsordnung der übertragenden Gesellschaft aufhebt. Wer im Beispielfall also von der deutschen Gesellschaft nach England entsandt wurde, wird nach der Fusion ausschließlich nach englischem Recht zu behandeln sein¹⁰⁾.

Ein solcher aufgedrängter Wechsel der anwendbaren Rechtsordnung kann für die betroffenen Arbeitnehmer mit erheblichen Nachteilen, zumindest mit Unsicherheiten verbunden sein. Auch für die Arbeitgeberseite können sich unerwünschte Folgen ergeben.

Ein wirksames Gegenmittel ist nicht ersichtlich. Die Richtlinie 77/187/EWG regelt diesen Fall nicht, da sie sich ausschließlich auf innerstaatliche Verschmelzungen bezieht, für ein solches Problem also verständlicherweise keine Vorkehrungen trifft. Der Entwurf der Zehnten Richtlinie hat dies — wie die pauschale Verweisung auf die Dritte Richtlinie beweist — nicht bedacht¹¹⁾.

Auch in Mitgliedsstaaten, die das genannte Übereinkommen noch nicht ratifiziert haben, können sich Unzuträglichkeiten ergeben. Möglich ist, daß ein nationales Kollisionsrecht von der Parteiautonomie ausgeht, bei Auslandsberührung daher das anwendbare Recht primär nach den ausdrücklichen oder stillschweigenden Abmachungen der Arbeitsvertragsparteien bestimmt¹²⁾.

Auch von einem solchen Ansatz her ist keineswegs sicher, daß das bisherige Recht für alle Arbeitnehmer erhalten bleibt. Der neue Arbeitgeber besitzt nämlich die Möglichkeit, seine stärkere Verhandlungsposition in der Weise zu nutzen, daß die Beschäftigten in einen ihm genehmen Wechsel der anwendbaren Arbeitsrechtsordnung einwilligen. Dies kommt insbesondere bei Neueinstellungen sowie bei Arbeitnehmern in Betracht, von denen ein besonderes Maß an Loyalität erwartet wird, deren Weigerung also als wenig kooperatives Verhalten gewertet würde. Zwar nicht rechtlich, wohl aber faktisch kann so auch hier ein Statutenwechsel gegen den Willen einzelner Betroffener erfolgen¹³⁾.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die Zulassung grenzüberschreitender Fusion in einer Reihe von Fällen dazu führen könnte, daß die bisher anwendbare Arbeitsrechtsordnung durch eine neue ersetzt wird. Dies wird häufig den Arbeitnehmerinteressen zuwiderlaufen. Bei kraft Gesetzes eintretendem Wechsel können auch die Arbeitgeberinteressen negativ berührt sein.

III. Probleme bei der Rechtsdurchsetzung

Eine zusätzliche Veränderung in der Rechtsstellung der betroffenen Arbeitnehmer ergibt sich dadurch, daß die Existenz eines ausländischen Arbeitgebers auch verfahrensrechtliche Folgen haben kann. Bei rein innerstaatlichen Sachverhalten bestimmt sich das zuständige Arbeitsgericht bzw. die sonst zuständige gerichtliche Instanz nach den Regeln des nationalen Rechts. Befindet sich jedoch der Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedsstaat, greift das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung

gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. 9. 1968¹⁴⁾ ein. Dieses ist — wie der EuGH entschieden hat — auch auf arbeitsrechtliche Streitigkeiten anwendbar¹⁵⁾. Da die Arbeitnehmer der übertragenden Gesellschaft vom Zeitpunkt der Wirksamkeit der Verschmelzung an nur noch für eine „Zweigstelle“ tätig sind, greift Art. 5 Ziff. 5 des Übereinkommens ein, wonach eine Zuständigkeit des Gerichts am Ort der Zweigniederlassung gegeben ist. Insoweit bleibt zunächst im Regelfall alles beim alten.

Wesentliche Unterschiede ergeben sich jedoch hinsichtlich der Möglichkeit, durch Parteivereinbarung ein anderes Gericht für zuständig zu erklären. Art. 17 Abs. 1 des Übereinkommens sieht insoweit auch für arbeitsrechtliche Streitigkeiten volle Vertragsfreiheit vor; lediglich für Versicherungs- und Abzahlungsverträge sowie für bestimmte Fälle ausschließlicher Zuständigkeit wie z. B. für Klagen aus Rechten an Grundstücken sind Ausnahmen vorgesehen. Der für das innerstaatliche Arbeitsrecht maßgebende Gesichtspunkt, den Arbeitnehmer vor einer Verkürzung seines Rechtsschutzes durch eine mehr oder weniger aufgezwungene Prorogation zu schützen, hat keine Anerkennung gefunden¹⁶⁾. Dies ist deshalb besonders zu bedauern, weil die Rechtsverfolgung vor ausländischen Gerichten noch um vieles schwieriger ist als die eines Passauer Bürgers, der vor ein Flensburger Gericht ziehen muß. Im Arbeitsrecht würde sich das zusätzliche Problem ergeben, daß die ausländischen Rechtsordnungen für den Durchschnittsjuristen (noch) viel weniger verfügbar sind als das ausländische Familien- und Erbrecht und daß gewerkschaftlicher Rechtsschutz überhaupt nicht auf Klagen im Ausland eingestellt ist, also nicht einmal über Ansprechpartner wie Korrespondenzanwälte usw. verfügt¹⁷⁾.

8) So der Schlusssatz in Art. 6 Abs. 2 des Übereinkommens und in Art. 30 Abs. 2 EGBGB n. F.

9) So BAG DB 1975 S. 1896 = AP Nr. 12 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht, wo bei einem in Berlin wohnenden und von dort eingesetzten Piloten einer amerikanischen Fluggesellschaft amerikanisches Recht angewandt wurde, da dieser die US-Staatsangehörigkeit besaß und noch einige weitere Indizien für eine engere Bindung an das Recht der USA sprachen. Da keine Rechtswahl getroffen war, mußte nach der Rechtsordnung mit den engsten Anknüpfungspunkten gesucht werden.

10) Näher zur Bestimmung des Rechts der „engeren Verbindung“ *Däubler*, RIW 1987 S. 252.

11) Art. 6 Abs. 1 des Übereinkommens (= Art. 30 Abs. 1 EGBGB n. F.) läßt allerdings die Vereinbarung der bisher geltenden Rechtsordnung zu, doch führt dies zu einer Kumulation der aus beiden Rechtsordnungen folgenden Rechte.

12) S. als Beispiel das englische Recht; dazu *Edinger*, Internationaler Arbeitsvertrag und freie Rechtswahl im englischen Recht, Berlin 1974, S. 89 ff. und *Lando*, CMLR 1987 S. 171.

13) Beispiel: Eine niederländische Firma wird von einer englischen im Wege der Verschmelzung übernommen. Einzelnen leitenden Mitarbeitern wird das Angebot gemacht, ihr Arbeitsverhältnis englischem Recht zu unterstellen.

14) ABl. vom 31. 12. 1972, L 299, S. 32 ff. (= BGBl. 1972, II S. 774). Zu seiner Ausdehnung auf die später beigetretenen Mitglieder s. *Jayme-Kohler*, IPRax 1988 S. 134 ff.

15) Entscheidung vom 13. 11. 1979, Rechtssache 25/79 — Slg. 1979 S. 3423 = NJW 1980 S. 1218 = Daloz Sirey 1980 S. 543; EuGH vom 25. 6. 1981, Rechtssache 150/80 — Slg. 1981 S. 1671 = NJW 1982 S. 507 = Clunet 1981 S. 903. Wie der Kreis der vom Abkommen erfaßten Streitigkeiten konkret abzugrenzen ist, braucht hier nicht untersucht zu werden. Dazu *Birk*, RdA 1983 S. 143, 146.

16) Näher dazu *Birk*, RdA 1983 S. 149 ff.

17) Beispiel: Mit der Belegschaft des in der Bundesrepublik Deutschland gelegenen Betriebs wird durch einheitsvertragliche Abmachung die Zuständigkeit eines schottischen Gerichts vereinbart. Angesichts drohender Betriebsschließung stimmen die Arbeitnehmer zu. Dem deutschen Rechtssekretär fehlen Kenntnisse des dortigen materiellen wie des Prozeßrechts. Eine „Amtshilfe“ zwischen Gewerkschaften ist bislang nicht etabliert und wird dann auf Schwierigkeiten stoßen, wenn zwischen den Gewerkschaften erhebliche ideologische Unterschiede bestehen oder wenn die um Unterstützung angegangene Gewerkschaft ihrerseits keine oder nur wenige Prozeßvertretungen durchführt.

Es besteht daher die Gefahr, daß nach einer Fusion zwar das deutsche Arbeitsrecht für die meisten Beschäftigten erhalten bleibt, daß seiner Durchsetzung aber ganz erhebliche Hindernisse entgegenstehen.

IV. Verlust kollektivvertraglicher Rechte?

Spezifische Probleme ergeben sich weiter in bezug auf kollektivvertraglich garantierte Rechte, die nach den Rechtsordnungen der meisten Mitgliedsstaaten unabdingbar sind.

Kommt es zu einer Verschmelzung i. S. des Richtlinienentwurfs, so werden die mit der übertragenden Gesellschaft bestehenden Tarifverträge an sich hinfällig. Was Verbandstarife betrifft, so wird das übernehmende ausländische Unternehmen in keinem Fall Mitglied des tarifschließenden Arbeitgeberverbands sein; eine Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaft ist in aller Regel ausgeschlossen. Beim Firmentarif fällt der eine Partner weg — den Tarifvertrag mit einer nicht mehr existierenden Größe fortgelten zu lassen, erscheint zumindest als sehr mutige rechtliche Konstruktion¹⁸).

Die Richtlinie Nr. 77/187/EWG hat dieser Tatsache durch die Bestimmung des Art. 3 Abs. 2 Rechnung getragen. Danach hat der Erwerber (d. h. hier: die übernehmende Gesellschaft) die in einem Kollektivvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen bis zu der Kündigung oder dem Ablauf des Kollektivvertrags bzw. bis zum Inkrafttreten oder bis zur Anwendung eines anderen Kollektivvertrags aufrechtzuerhalten. Dies entspricht der Regelung des § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB für den rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang.

Darin liegt ersichtlich schon deshalb nur ein beschränkter Bestandsschutz, weil Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen regelmäßig gekündigt werden. Darüber hinaus gibt Art. 3 Abs. 2 Unterabsatz 2 der Richtlinie den Mitgliedsstaaten das Recht, den Zeitraum der Aufrechterhaltung der Arbeitsbedingungen auf 1 Jahr zu begrenzen. Bei einer rein innerstaatlichen Fusion ist eine solche Regelung akzeptabel. In Ländern mit vorherrschenden Flächentarifen und starkem Organisationsgrad auf Arbeitgeberseite wird im Regelfall auch der neue Arbeitgeber an (irgendeinen) Tarifvertrag gebunden sein, so daß sich keine prinzipiellen, schwerwiegenden Nachteile ergeben. Liegt der Fall ausnahmsweise anders oder dominieren in dem betreffenden Staat Firmentarife, so reicht die Übergangszeit von einem Jahr meist aus, um zu neuen Abmachungen zu gelangen¹⁹).

Bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung stellt sich diese Situation grundsätzlich anders dar. In vielen Fällen wird zwar auch hier die übernehmende Gesellschaft an Tarifverträge gebunden sein, doch sind diese in aller Regel auf die im eigenen Territorium beschäftigten Arbeitnehmer beschränkt²⁰). Dies bedeutet, daß die Gewerkschaften, die die Belegschaft der „geschluckten“ Gesellschaft vertreten, erst einmal Tarifverhandlungen mit dem neuen Arbeitgeber führen müssen. Verhandlungen „über die Grenze“ liegen jedoch in keiner Weise innerhalb des Rahmens der überkommenen Systeme industrieller Beziehungen²¹): Weder sind die Gewerkschaften von ihrer eigenen Infrastruktur her zu solchen Verhandlungen gerüstet noch sind Arbeitgeber in der Regel bereit, direkt mit ausländischen Gewerkschaften zu verhandeln. Würde etwa ein deutsches Unternehmen von Renault im Wege der Fusion übernommen, müßte die IG Metall einen Tarifvertrag mit der Pariser Zentrale schließen. Umgekehrt sähe sich beispielsweise BASF gezwungen, für ihre französische Zweigstelle Tarifverträge mit den wichtigsten französischen Gewerkschaften (CGT, CFDT, FO) abzuschließen.

Hinzu kommen juristische Probleme. Welche Rechtsordnung wäre auf einen Tarifvertrag anwendbar, der etwa zwischen einer deutschen Gewerkschaft für in der Bundesrepublik tätige Arbeitnehmer mit einer niederländischen NV abgeschlossen würde? Unterstellt, der Tarifvertrag würde Wirkungen nach deutschem Recht entfalten, könnte er dann auch diejenigen Arbeitsverhältnisse erfassen, die auf Grund der Verschmelzung einem anderen Arbeitsstatut unterworfen wurden? Fragen dieser Art sind bislang

kaum diskutiert²²). Dies hätte zumindest ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit zur Folge. Sie würde sich primär zu Lasten der Arbeitnehmer auswirken, die auf die Garantiewirkung des Tarifvertrags angewiesen sind. Auch wäre bei einer streikweisen Auseinandersetzung unklar, wie in solchen Fällen die „Verkoppelung“ von Tarifvertrags- und Arbeitskampfrecht zu beurteilen ist; könnte auch um einen ausländischem Recht unterliegenden Tarifvertrag gestreikt werden, der beispielsweise nach deutschem Recht nicht zulässig wäre?²³).

In der Diskussion um den Entwurf der Zehnten Richtlinie ist der zu befürchtende Funktionsverlust des Kollektivvertragssystems zu wenig bedacht worden. Geht man von der bisherigen Praxis aus, so spricht alles für gleichermaßen unerfreuliche Alternativen: Entweder wird der Schutz von Kollektivverträgen auf Dauer entfallen, weil sich Verhandlungen mit dem neuen Arbeitgeber nicht erreichen lassen. Oder es wird zu heftigen Auseinandersetzungen kommen, was dann wahrscheinlich ist, wenn eine kampferprobte Belegschaft plötzlich mit einem tariflosen Zustand konfrontiert wird.

V. Wegfall von Interessenvertretungen auf Unternehmensebene

Die grenzüberschreitende Fusion kann weiter zur Folge haben, daß institutionalisierte Arbeitnehmervertretungen auf Unternehmensebene in Wegfall kommen. Dies betrifft insbesondere den deutschen Gesamtbetriebsrat und den deutschen Wirtschaftsausschuß, daneben aber auch das französische Comité central d'entreprise sowie das nur auf tariflicher Grundlage mögliche spanische „Comité intercentro“²⁴). In allen Fällen ist zweifelhaft, ob angesichts des ausländischen Sitzes des Arbeitgebers überhaupt noch von einem „Unternehmen“ die Rede sein kann, in bezug auf das die beschriebenen Organe gebildet werden. Die deutsche und die französische Rechtsprechung haben sich mit diesem Problem auseinandergesetzt, ohne zu einer völlig befriedigenden Lösung zu gelangen.

Nach der Auffassung des BAG findet das BetrVG auf alle in der Bundesrepublik belegenen Betriebe Anwendung. Betriebsräte als „Grundeinheit“ müssen daher auch dann gewählt werden, wenn sich der Sitz des Unternehmens im Ausland befindet²⁵). Dem Schutzzweck des BetrVG entsprechend gilt dies grundsätzlich auch für Gesamtbetriebsrat und Wirtschaftsausschuß, wenn im Bundesgebiet mehrere Betriebe eines ausländischen Unternehmens existieren und die sonstigen Voraussetzungen für die Bildung dieser Gremien (beim Wirtschaftsausschuß: Beschäftigung von mindestens 100 Arbeitnehmern) erfüllt sind²⁶). Dieses — sinnvolle — Prinzip gilt jedoch nicht unter allen denkbaren Umständen. Notwendig ist vielmehr eine gewisse organisatorische Verselbstständigung des Unternehmens im Inland, die bei einer umfassenden Steuerung aller Arbeitsprozesse vom Ausland her nicht mehr vorliegen dürfte. Auch wird es vom BAG für denkbar gehalten, daß verschiedene, rechtlich unselbständige Niederlassungen eines

18) S. etwa die frühere französische Rechtslage; dazu *Camerlynck/Lyon-Caen/Pélissier*, Droit du travail, 13e édition, Paris 1986, No. 119.

19) So auch *Camerlynck/Lyon-Caen/Pélissier*, a.a.O.

20) Beispiel: Eine französische Gesellschaft übernimmt eine deutsche. Die von ihr abgeschlossenen Tarifverträge betreffen nur die in Frankreich, nicht die in der Bundesrepublik tätigen Belegschaften.

21) Dazu *Walz*, Multinationale Unternehmen und internationaler Tarifvertrag. Eine arbeitskollisionsrechtliche Untersuchung, Baden-Baden 1981, S. 130 ff.

22) Erste Ansätze bei *Walz*, S. 145 ff.

23) Zum Gesamtkomplex s. *Hergenröder*, Der Arbeitskampf mit Auslandsberührung, Berlin 1987, insbes. S. 358 ff.

24) Vgl. Art. 63 Abs. 3 des spanischen Arbeitnehmerstatuts. Dazu *Ojeda Avilés*, Derecho sindical, tercera edición, Madrid 1986, S. 253. Überblick über das Statut bei *Däubler* (Hrsg.), Arbeitsbeziehungen und Recht in Spanien, Köln 1984, S. 231 ff.

25) So BAG DB 1978 S. 451 = AP Nr. 13 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

26) BAG DB 1975 S. 453 = AP Nr. 1 zu § 106 BetrVG 1972.

ausländischen Unternehmens nicht als einheitliches Unternehmen nach außen hin in Erscheinung treten und daß aus diesem Grund kein Gesamtbetriebsrat oder kein Wirtschaftsausschuß zu bilden ist²⁷). Insofern kommt bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung auch diese Ebene der Interessenvertretung in Gefahr²⁸).

Die Richtlinie 77/187/EWG regelt in Art. 5 Abs. 1 nur den Fall, daß ein Betrieb seine Selbständigkeit behält. Der Fortbestand „überbetrieblicher“ Vertretungsorgane ist nicht angesprochen. Dies ist kein Redaktionsversehen, sondern eine natürliche Folge der Tatsache, daß es nicht um die grenzüberschreitende Fusion geht: Bei rein innerstaatlichen Vorgängen kann aber der Fall nicht eintreten, daß Gesamtbetriebsrat, Comité central d'entreprise usw. plötzlich ohne (innerstaatlichen) Gegenspieler dastehen. Ähnlich wie in bezug auf Tarifverträge muß man auch hier feststellen, daß die schlichte Verweisung auf die Richtlinie 77/187/EWG für einen ausreichenden Arbeitnehmerschutz nicht genügt. Im Grunde ist dies nicht überraschend: Wenn der grenzüberschreitende Charakter einer Verschmelzung im Bereich des Gesellschaftsrechts Sonderbestimmungen verlangt (und sie sind Gegenstand des Entwurfs der Zehnten Richtlinie), so wäre es einigermaßen verwunderlich, würde nicht auch der Wechsel von einem inländischen zu einem ausländischen Arbeitgeber eine Reihe spezifischer Probleme aufwerfen.

VI. Wegfall der Arbeitnehmervertretung in Unternehmensorganen?

Bei der bisherigen Behandlung des Entwurfs der Zehnten Richtlinie konzentrierten sich die Auseinandersetzungen im wesentlichen auf die Vorschrift des Art. 1 Abs. 3, wonach die Mitgliedsstaaten — pauschal gesprochen — von der Richtlinie insoweit abweichen können, als dies zur Erhaltung bestehender Systeme der Arbeitnehmervertretung in den Unternehmensorganen erforderlich ist. Zur Erörterung stehen dabei mittlerweile vier Modelle:

- Aus dem Wirtschafts- und Sozialausschuß kam die Anregung, Art. 1 Abs. 3 ersatzlos zu streichen²⁹). Aufsichtsratsmandate in der übertragenden Gesellschaft würden daher automatisch wegfallen. Dies hat den sehr deutlichen Widerspruch eines anderen Teils des Wirtschafts- und Sozialausschusses erfahren³⁰).
- Zweites „Modell“ ist die von der Kommission vorgelegte Fassung des Art. 1 Abs. 3³¹).
- Hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die Interessenvertretung der Arbeitnehmer ist weiter eine vom Ausschuß für soziale Angelegenheiten und Beschäftigung des Europäischen Parlaments vorgelegte Formulierung von Bedeutung, die nach Äquivalenten für wegfallende Mitbestimmungsrechte sucht.
- Schließlich wird im Rechtsausschuß des Europäischen Parlaments die Möglichkeit erwogen, die Verschmelzung als solche von der Zustimmung des mitbestimmten Aufsichtsrats oder der Arbeitnehmervertreter in diesem Gremium abhängig zu machen.

Während das erste Modell wohl keine Realisierungschancen besitzt, verdienen die übrigen Vorstellungen einige Aufmerksamkeit.

1. Die Bestandsschutzklausel nach dem Kommissionsentwurf

Würde Art. 1 Abs. 3 des Richtlinienentwurfs in der von der Kommission vorgeschlagenen Fassung verabschiedet und würden die Mitgliedsstaaten von den dadurch eröffneten Möglichkeiten vollen Gebrauch machen, so hätte dies folgende Konsequenzen:

Gesellschaften aus Staaten, die eine Vertretung der Arbeitnehmer in Unternehmensorganen kennen, können nicht mehr als übertragende Gesellschaft an einem Fusionsvorgang teilnehmen. Dies betrifft derzeit neben der Bundesrepublik die Niederlande, Frankreich, Luxemburg, Dänemark und Irland, also 6 von 12 Mitgliedsstaaten. Es würde also Staaten geben, für die die Zehnte Richtlinie gilt, und solche, für die dies nicht der Fall ist. Deutsche Unternehmen könnten beispielsweise italienische aufnehmen; in umgekehrter Richtung wäre ein solcher Vorgang nicht denkbar. Ungeklärt ist, ob auch ein Wechsel von einem in ein anderes Mitbestimmungssystem ausgeschlossen sein soll. Schließlich kann es wenig befriedigen, den Fortbestand eines Mitbestimmungsmodells

davon abhängig zu machen, daß nicht doch eines Tages eine Unterstellung unter die Richtlinie erfolgt.

2. Der Vorschlag des Ausschusses für soziale Angelegenheiten und Beschäftigung im Europäischen Parlament

Der Ausschuß für soziale Angelegenheiten und Beschäftigung schlägt eine Formulierung vor, die in gewissem Umfang „gemeinschaftsfreundlicher“ ist, gleichzeitig jedoch eine Unzahl neuer Probleme aufwirft³²). Wesentlich sind zwei Ergänzungen des Art. 1 Abs. 3 des Entwurfs, die wie folgt lauten sollen:

- a) (Betrifft grundsätzliche Weitergeltung des nationalen Rechts)
- b) Sofern das Recht des Mitgliedsstaates, dem die übernehmende Gesellschaft unterliegt, eine Beteiligung der Arbeitnehmer an der Bestellung des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans dieser Gesellschaft vorsieht, gilt diese Beteiligung auch für die Arbeitnehmer der übertragenden Gesellschaft.
- c) Sofern das Recht des Mitgliedsstaats, dem die übertragende Gesellschaft unterliegt, eine Beteiligung der Arbeitnehmer an der Bestellung des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans dieser Gesellschaft vorsieht, und das Recht des Mitgliedsstaats, dem die übernehmende Gesellschaft unterliegt, für die Bestellung des entsprechenden Organs eine solche oder ihr gleichwertige Beteiligung nicht vorsieht, legt bis zu einer späteren Koordinierung der zuerst genannte Mitgliedsstaat für die Wirksamkeit der grenzüberschreitenden Verschmelzung die Voraussetzungen fest, die im Interesse der Arbeitnehmer der übertragenden Gesellschaft zum Ausgleich dafür erfüllt sein müssen, daß für sie keine oder keine gleichwertige Beteiligung an der Bestellung des entsprechenden Organs der übernehmenden Gesellschaft vorgesehen ist.

Was zunächst die unter Buchstabe b genannte Formulierung betrifft, so widerspricht sie der bisherigen Praxis: Das Beteiligungsmodell der übernehmenden, z. B. der deutschen Gesellschaft soll auch auf die Arbeitnehmer der in einem anderen Staat ansässigen übertragenden Gesellschaft erstreckt werden. Im Hinblick auf eine einheitliche Interessenvertretung gegenüber der Unternehmensspitze kann man dies grundsätzlich begrüßen³³), doch ergeben sich zahlreiche, bislang kaum erörterte Umsetzungsprobleme. Auf welche Art und Weise soll z. B. der deutsche Betriebsrat oder Gesamtbetriebsrat an der Bestellung der beiden Arbeitnehmervertreter beteiligt werden, die im Verwaltungs- oder Aufsichtsrat einer französischen Aktiengesellschaft Informations- und Konsultationsfunktionen wahrnehmen? In welcher Form müssen die italienischen Beschäftigten der von einer deutschen Firma übernommenen italienischen AG an den Wahlen zum deutschen Aufsichtsrat teilnehmen? Was geschieht, wenn in einzelnen Mitgliedsstaaten gerade von Arbeitnehmerseite die Repräsentation in Unternehmensorganen entschieden abgelehnt wird? Vermutlich würde es auch von Arbeitgeberseite als „Störung“ der industriellen Beziehungen empfunden, wenn einzelne im eigenen Land ansässige Belegschaften sich an Wahlen zu ausländischen (etwa deutschen) Arbeitnehmervertretungen beteiligen würden. Eine Lösung zu oktroyieren, die von allen Betroffenen abgelehnt wird, kann jedoch schwerlich als sinnvolles politisches Vorhaben qualifiziert werden.

²⁷) Nicht völlig eindeutig BAG DB 1975 S. 453 = AP Nr. 1 zu § 106 BetrVG 1972 Bl. 3 R.

²⁸) In Frankreich scheint die Rechtsprechung einen rigideren Standpunkt einzunehmen. Vgl. Conseil d'Etat, Droit social 1974 S. 42 — Cie des wagons-lits.

²⁹) Nachweis oben Fn. 3.

³⁰) S. oben Fn. 3.

³¹) Wortlaut oben Fn. 5.

³²) Dieser vom Ausschuß für Recht und Bürgerrechte weitergeleitete Antrag findet sich u. a. in: Europäisches Parlament, Sitzungsdokumente 1987 — 88, Serie A, Dokument A 2-0186/87 S. 18 als Anlage zum Ausschußbericht von Frau Fontaine.

³³) Zum Diskussionsstand über die Einbeziehung der in ausländischen Betrieben deutscher Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer in das System der deutschen Mitbestimmung s. zuletzt Schubert, Unternehmensmitbestimmung und internationale Wirtschaftsverflechtung, Berlin 1984, S. 53 ff.

Die unter Buchstabe c vorgeschlagene Regelung hat gegenüber dem Kommissionsentwurf den Vorzug, grenzüberschreitende Verschmelzungen nicht zu blockieren, sondern von bestimmten, die Arbeitnehmerbeteiligung sichernden Voraussetzungen abhängig zu machen. Dabei bleibt jedoch unklar, wie ein „Ausgleich“ für entfallende Rechte auf Bestellung usw. von Arbeitnehmervertretern aussehen könnte. Soweit letztere reine Informations- und Konsultationsrechte besaßen, lassen sich diese auf andere Gremien wie z. B. Gewerkschaften, Gesamtbetriebsräte usw. übertragen. Nicht realisierbar ist demgegenüber der Gedanke, für Arbeitnehmervertreter mit Stimmrecht Äquivalente zu finden: Was wäre im Verhältnis zu einer Beteiligung in Höhe von einem Drittel der Aufsichtsratssitze „gleichwertig“? In der Praxis wird zwar das Stimmrecht in aller Regel nicht von unmittelbarer Bedeutung sein, da die Anteilseignerseite ihr Verhalten vorher abspricht und so eine sichere Mehrheit besitzt. In Ausnahmefällen kann dies jedoch anders sein — schon die entfernte Möglichkeit, daß es auf die Stimmen der Arbeitnehmervertreter ankommen könnte, verschafft ihrer Präsenz (und ihrem Informationsverlangen) einen höheren Stellenwert. Erst recht gilt dies dann, wenn die Hälfte des Unternehmensorgans mit Arbeitnehmervertretern besetzt ist, selbst wenn — wie nach heute geltendem deutschem Recht — im Konfliktfall der Stichtscheid bei dem von der Anteilseignerseite gestellten Vorsitzenden liegt.

Hinzu kommt ein weiteres Problem. Will der Staat der übertragenden Gesellschaft eine „Kompensation“ für die entfallende Beteiligung in den Unternehmensorganen vorsehen, wird sich diese notwendigerweise auf das Verhältnis zwischen inländischer Belegschaft und ausländischer Unternehmensspitze beziehen. Dies bedeutet, daß den eigenen Anforderungen in gewissem Maße extraterritoriale Geltung beigemessen wird: Wird etwa die Verschmelzung nur unter der Bedingung zugelassen, daß das ausländische Unternehmen den inländischen Belegschaftsvertretern monatlich Rechenschaft über den Gang der Geschäfte gibt, so ist dies jedenfalls von den Auswirkungen her kein rein innerstaatlicher Sachverhalt mehr. Ein „Übergreifen“ auf das Verhalten in anderen Staaten ansässiger Unternehmen wird jedoch im Zusammenhang mit der extraterritorialen Wirkung des US-Kartellrechts weitgehend abgelehnt³⁴). Davon ganz abgesehen, kann eine solche Regelung auch dazu führen, daß Verschmelzungen in ähnlicher Weise blockiert werden wie nach dem Entwurf der Kommission, da sich kein ausländisches Unternehmen auf die staatlich verordneten Bedingungen einläßt.

Weder die Kommission noch der Ausschuß haben schließlich an den Fall gedacht, daß eine Beteiligung der Arbeitnehmer an den Unternehmensorganen zwar noch nicht existiert, aber wegen des Wachstums der Belegschaft in Kürze zu erwarten ist. Würde in einem solchen Fall eine „Flucht“ vor der Arbeitnehmerbeteiligung durch Fusion erfolgen, wären den Mitgliedsstaaten die Hände gebunden; die Vorbehaltsklausel des Art. 1 Abs. 3 des Entwurfs würde nicht eingreifen.

3. Mitbestimmung des Unternehmensorgans bei der Verschmelzung

Die im Wirtschafts- und Sozialausschuß sowie im Rechtsausschuß des Parlaments erwogene Möglichkeit, die Verschmelzung von der Zustimmung des Unternehmensorgans abhängig zu machen, dem die Arbeitnehmervertreter angehören³⁵), bringt in dieser Form keinen Bestandsschutz. Für den Regelfall wird man davon ausgehen müssen, daß die eine Verschmelzung vereinbarenden Unternehmensleitungen bei einer so grundlegenden Entscheidung von vornherein die Unterstützung der sie tragenden Mehrheiten in den betreffenden Unternehmensorganen besitzen, so daß sich ihre Vorstellungen unschwer durchsetzen lassen. Eine andere Situation ergäbe sich nur dann, wenn man die Zustimmung allein der Arbeitnehmervertreter verlangen würde. Bedenken aus dem deutschen Verfassungsrecht, die gelegentlich gegen eine solche Lösung erhoben wurden³⁶), sind mittlerweile ohne Bedeutung, da das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1986 ausdrücklich den Standpunkt eingenommen hat, auch sekundäres Gemeinschaftsrecht sei — solange ein Grundrechtsschutz auf Gemeinschafts-

ebene existiere — nicht an den Grundrechten des Grundgesetzes zu messen³⁷). Inwieweit der gemeinschaftsrechtliche Schutz des Eigentums und/oder der unternehmerischen Betätigungsfreiheit einer solchen Regelung entgegensteht, läßt sich auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des EuGH nur schwer beurteilen. Eine Vertiefung kann an dieser Stelle jedoch unterbleiben, da sich im Gesetzgebungsverfahren selbst bisher keinerlei Anhaltspunkte dafür abzeichnen, daß sich im Europäischen Parlament oder gar im Rat eine Mehrheit für eine solche Konzeption entscheiden würde.

VII. Schlußfolgerungen

Die grenzüberschreitende Verschmelzung bringt zahlreiche Arbeitnehmerrechte in Gefahr. Dies könnte dazu führen, daß einzelne Unternehmen die Fusion für Zwecke benutzen, für die sie von Hause aus nicht geschaffen ist: Niemand könnte es einer AG aus dem (mitbestimmungsfreundlichen) Mitgliedsstaat X verbieten, im (mitbestimmungsfeindlichen) Mitgliedsstaat Y eine Tochtergesellschaft zu gründen und alsbald ihr Vermögen auf diese zu übertragen. Gegenüber einer „Flucht aus der Mitbestimmung“ durch Wechsel der Rechtsform, etwa durch Umwandlung in eine KG oder eine Stiftung hätte dies den „Vorteil“, daß der Zugang zum Kapitalmarkt erhalten bliebe und daß außerdem auch Tarifverträge, gerichtliche Zuständigkeiten usw. in Frage gestellt wären. Das neue Rechtsinstitut könnte für einen Sozialabbau neuer und bislang ungeahnter Dimension verwendet werden.

Auch aus Arbeitgebersicht entstehen zahlreiche unerwünschte Nebenwirkungen insbesondere dann, wenn man nicht primär an eine Verringerung der Arbeitskosten denkt. Ins Gewicht fällt insbesondere die Notwendigkeit, mit (unter Umständen zahlreichen) ausländischen Gewerkschaften und sonstigen Interessenvertretungen verhandeln zu müssen. Die Zehnte Richtlinie zu verabschieden würde bedeuten, Unruhe in gewachsene Systeme industrieller Beziehungen zu bringen. Daran kann im Grunde niemandem gelegen sein.

³⁴) Dazu *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, Bd. I, München 1983, S. 72 ff. m. w. N. sowie zur neuesten Entwicklung *de Vries*, SEW 1987 S. 126 ff.

³⁵) S. oben Fn. 3.

³⁶) Vgl. *Ganske*, DB 1985 S. 581, 584.

³⁷) BVerfG DB 1987 S. 272 = EuGRZ 1987 S. 10 („Solange II“).

Vorschläge der EG-Kommission: Bildungsmaßnahmen zur Verhütung von Umweltschäden — Richtlinie betr. persönliche Schutzausrüstungen — Richtlinie betr. Gefahrguttransporte auf der Straße

In der Bundesrats-Drucks. 321/88 ist der Vorschlag der EG-Kommission für eine Entscheidung des Rates über Maßnahmen der allgemeinen und beruflichen Bildung zur Verhütung von Umweltschäden abgedruckt.

Die Bundesrats-Drucks. 286/88 gibt den Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten für persönliche Schutzausrüstungen wieder.

In der Bundesrats-Drucks. 333/88 ist der Vorschlag der EG-Kommission für eine Richtlinie des Rates über die Schulung der Fahrer von Fahrzeugen zur Beförderung gefährlicher Güter auf der Straße abgedruckt.

Die Drucksachen können beim Verlag Dr. Hans Heger, Postfach 20 08 21, 5300 Bonn 2, bezogen werden.