

VIII.^o CONGRES INTERNATIONAL DE DROIT DU TRAVAIL ET DE LA SECURITE SOCIALE

SELVA DI FASANO (Brindisi) Italia - 17/19 settembre 1974

Thème II

**Les changements dans la structure ou le contrôle de l'entreprise
(par suite de fusion, concentration, etc.),
et leurs effets sur la situation des travailleurs**

2-1149

Rapport national établi par
M. le Prof.
WOLFGANG DAUBLER
(République Fédérale d'Allemagne)

Bozze di stampa



**DIE VERÄNDERUNGEN IN DER STRUKTUR
UND IN DER KONTROLLE DES UNTERNEHMENS
(ZUFOLGE FUSION, KONZENTRATION USW.)
UND IHRE AUSWIRKUNGEN AUF DIE LAGE
DER ARBEITNEHMER**

Bericht für das Recht der BRD erstatten von

Prof. Dr. WOLFGANG DAUBLER
Bremen/Tübingen

I. DER ÖKONOMISCHE UND SOZIALE SACHVERHALT.

1. *Die Erscheinungsformen des Konzentrationsprozesses.*

Veränderungen in den Eigentumsverhältnissen, in der Rechtsform und in den Kooperationsbeziehungen von Unter-

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aaO	- am angegebenen Ort
AG	- Aktiengesellschaft
AktG	- Gesetz über Aktiengesellschaften
AngestKSchG	- Angestelltenkündigungsschutzgesetz
AP	- Arbeitsrechtliche Praxis
AuR	- Arbeit und Recht (Jahrgang und Seite)
AWD	- Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters (Jahrgang und Seite)
BAG	- Bundesarbeitsgericht
BB	- Betriebsberater (Jahrgang und Seite)
BetrVG	- Betriebsverfassungsgesetz
BGB	- Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	- Bundesgesetzblatt
BGH	- Bundesgerichtshof
BfStR	- Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (Jahr und Seite)
BT- Drucksache	- Bundestagsdrucksache
BVerfG	- Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	- Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung, Band und Seite)
DB	- Der Betrieb (Jahrgang und Seite)

et al. (1998) found that the
effect of the independent variable
was significant at the 5% level
of significance. The results
showed that the dependent variable
was significantly affected by the
independent variable. The
coefficient of determination was
0.45, indicating that 45% of the
variance in the dependent variable
was explained by the independent
variable. The results also showed
that the relationship between the
independent variable and the
dependent variable was positive.

www.researchgate.net
10.1111/j.1470-6431.2011.01911.x

Journal of Business Finance & Accounting
Volume 38, Number 1, 2011
Pages 1-15
© 2011 Blackwell Publishing Ltd
doi:10.1111/j.1470-6431.2011.01911.x

nehmen tragen häufig keinen zufälligen Charakter. In vielen, ja gerade in den gesellschaftspolitisch wichtigsten und umstrittensten Fällen sind sie Ausdruck dessen, was man gemeinhin mit « Konzentrationsprozeß » umschreibt und was sich in mehr oder weniger ausgeprägter Form in allen kapitalistischen Industriestaaten aufzeigen läßt (1). Die Bundesrepublik Deutschland bildet hier keine Ausnahme, sondern weist für die zurückliegenden 25 Jahre nicht weniger weitreichende wirtschaftliche Strukturveränderungen als etwa Frankreich oder die USA auf. Dies wird an der Tatsache deutlich, daß die 50 größten Unter-

DJT	- Deutscher Juristentag
DRdA	- Das Recht der Arbeit (Jahrgang und Seite)
DuR	- Demokratie und Recht (Jahrgang und Seite)
FAZ	- Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fu	- Fußnote
GG	- Grundgesetz
GmbH	- Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	- Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GMH	- Gewerkschaftliche Monatshefte (Jahrgang und Seite)
HGB	- Handelsgesetzbuch
JR	- Juristische Rundschau (Jahrgang und Seite)
Jus	- Juristische Schulung (Jahrgang und Seite)
JZ	- Juristenzeitung (Jahrgang und Seite)
KG	- Kommanditgesellschaft
KGaA	- Kommanditgesellschaft auz Aktien
KJ	- Kritische Justiz (Jahrgang und Seite)
KO	- Konkursordnung
KSchG	- Kündigungsschutzgesetz
KStG	- Körperschaftssteuergesetz
MitbG	- Mitbestimmungsgesetz
MitbErgG	- Mitbestimmungsergänzungsgesetz
NJW	- Neue Juristische Wochenschrift
ÖTV	- Gewerkschaft öffentliche Dienste, Transport und Verkehr ohne Jahrgang
oJ	- ohne Jahrgang
oHG	- offene Handelsgesellschaft
RdA	- Recht der Arbeit
Rn	- Randnote
SoPo	- Sozialistische Politik (Heft und Seite)
StGB	- Strafgesetzbuch
UmwG	- Umwandlungsgesetz
VVaG	- Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
WM	- Wertpapier - Mitteilungen (Jahrgang und Seite)
WuW	- Wirtschaft und Wettbewerb (Jahrgang und Seite)
ZfA	- Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahrgang und Seite)
ZHR	- Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Jahrgang, Band und Seite)

(1) S. den Überblick bei J. HIRSCH, *Wissenschaftlich-technischer Fortschritt und politisches System*, 2. Aufl., Frankfurt/Main 1971, S. 41 ff.; SHONFIELD, *Modern Capitalism*, London-New York-Toronto 1965 (außer Japan). Zu letzterem s. Kyiochi Maekawa SoPo 20/1972 S. 41 ff.

nehmen ihren Anteil am Gesamtumsatz der Industrie von 25,4 % im Jahre 1954 über 33,5 % im Jahre 1960 (2) bis auf 44,8 % im Jahre 1969 steigern konnten (3). Der Expansion dieser Großen stand der wirtschaftliche Zusammenbruch vieler Kleinunternehmer gegenüber: Die Zahl der Selbständigen ging nicht nur relativ, d.h. im Verhältnis zu den Arbeitnehmern, sondern auch absolut von 2,3 Millionen im Jahre 1970 zurück (4). Betroffen von dieser Entwicklung waren insbesondere die Landwirtschaft (5), der Handel (6) und das Handwerk (7), wo die deutlichsten Schrumpfungsprozesse zu verzeichnen waren.

Auf den einzelnen Märkten wirkte sich die Entwicklung als ständig steigende Oligopolisierung aus (8). Zwar gibt es noch Märkte, die dem Modell der vollständigen Konkurrenz nahekommen (9), doch fallen sie gesamtwirtschaftlich gesehen nur wenig ins Gewicht: In allen wesentlichen Branchen steht das tendenzielle Vorherrschen des Oligopols außer Zweifel (10). So wurde schon für das Jahr 1966 ermittelt, daß in 7 von 10 untersuchten Branchen die 4 größten Unternehmen ein Marktanteil von mehr als 40 % besaßen und damit praktisch eine

(2) HELMUT ARNDT, *Recht, Macht und Wirtschaft*, Berlin 1968, S. 82.

(3) DÄUBLER, *Das Grund auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten*, Frankfurt/Main 1973, S. 31 mwN.

(4) Bundesministerium für Wirtschaft (Hrsg.), *Zur Entwicklung der Unternehmensgrößenstrukturen in der Wirtschaft*, Bonn o.J. (1974), Vorbemerkungen, S. 4.

(5) S. POPPINGA, *Bauern, Bauernverband und Gewerkschaften*, GMH 1972, 484 ff.

(6) S. die Nachweise bei JÄEGGL, *Kapital und Arbeit in der Bundesrepublik*, Frankfurt/Main 1973, S. 72.

(7) S. die Nachweise bei: Bundesministerium für Wirtschaft (aaO - oben Fn 5), S. 74 ff.

(8) Vgl. etwa FABRICIUS, *Mitbestimmung in der Wirtschaft*, Frankfurt/Main 1970, S. 19 mwN.

(9) Etwa bei SCHMUCKWAREN, *Zur polit-ökonomischen Erklärung des Nebeneinanderbestehens von konkurrenzkapitalistisch und monopolkapitalistisch organisierten Märkten s. Autorenkollektiv, Politische Ökonomie des heutigen Monopolkapitalismus*, Berlin (DDR) 1972, S. 248 ff., 258 ff.

(10) HUFFSCHMID, *Die Politik des Kapitals. Konzentration und Wirtschaftspolitik in der Bundesrepublik*, Frankfurt/Main 1969, S. 36 ff., 64 ff.; KANTZENBACH, *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, Göttingen 1966; SANDBROCK, *Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, München 1968, S. 339 ff. jeweils mwN.

marktbeherrschende Position einschl. weitgehender Preissetzungsmacht innehatten. Inzwischen hat sich die Bewegung hin zum Großunternehmen noch verstärkt, wuchsen doch die gemäß § 23 GWB dem Bundeskartellamt angezeigten Unternehmenszusammenschlüsse von 43 im Jahre 1966 auf 168 im Jahre 1969 und auf 305 im Jahre 197 (12). In Jüngster Zeit hat der deutsche Gesetzgeber dieser Entwicklung zu steuern versucht, indem er in dem 1973 neu geschaffenen § 24 GWB die Kartellbehörde ermächtigte, Unternehmenszusammenschlüsse zu untersagen, wenn dadurch eine marktbeherrschende Stellung begründet würde (13). Ob damit eine effiziente « Fusionskontrolle » erreicht ist, muß im Hinblick auf die Ausnahmebestimmung des § 24^{III} GWB (14) und die Erfahrungen mit Art. 66 MUV (15) bezweifelt werden, doch ist es ein halbes Jahr nach Inkrafttreten des Gesetzes für eine definitive Aussage noch zu früh (16).

Die sich in den angegebenen gesamtwirtschaftlichen Zahlen niederschlagende Entwicklung vollzieht sich einerseits durch besonders beschleunigtes Wachstum von Großunternehmen (sog.

(11) HELMUT ARNDT aaO (oben Fn 2) S. 84. Weitere Angaben im Bericht des Bundes-Kartellamts über seine Tätigkeit im Jahre 1972, BT-Drucksache 7/986, S. 40 ff.

(12) DÄUBLER, aaO (oben Fn 3) S. 31 mit weiterem Material zu besonders weitreichenden Zusammenschlüssen. Im Jahre 1971 belief sich die Zahl der angezeigten Zusammenschlüsse auf 220, im Jahre 1972 auf 269 (Tätigkeitsbericht des Bundes-Kartellamts für das Jahr 1972, BT-Drucksache 7/986 S. 38).

(13) Dazu REICH, *Neue tendenzen des Wirtschaftsrechts*, BB 1973, 1449 mN für die rechtspolitische Diskussion vor Erlaß der Kartellnovelle (S. 1450 Fn 16).

(14) « Der Bundesminister für Wirtschaft erteilt auf Antrag die Erlaubnis zu dem Zusammenschluß, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluß durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist; hierbei ist auch die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen auf Märkten außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes zu berücksichtigen. Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn durch das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung die marktwirtschaftliche Ordnung nicht gefährdet wird ».

(15) Soweit ersichtlich, wurde bislang kein Genehmigungsantrag nach Art. 66 abschlägig beschieden. Vgl. jedoch den Vorschlag einer Verordnung (EWG) des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, BT-Drucksache 7/940.

(16) Kritisch jedoch HIRSCH, *Systemfehler im Konzept der Fusionskontrolle*, WuW 1973, 311 ff. und Reich BB 1973, 1449 ff.

Konzentration i.S.S.) wie auch durch « Einverleibung » von Unternehmen in einen Konzern oder durch Zusammenschluß und Verbindung zweier « gleichberechtigter », in der Regel gleichstarker Unternehmen (sog. Zentralisation) (17). Nicht berücksichtigt werden dabei freilich zwei Erscheinungen, die für die Kontrolle des Unternehmens von entscheidender Bedeutung sein können: Der Bankenienfluß und die durch den Markt vermittelte Abhängigkeit. Nach dem Konzentrationsbericht der Bundesregierung (18) stellten die Banken bereits Ende 1960 40,7 % aller von den Anteilseignern Aufsichtsratsmitglieder in 619 von insgesamt 661 börsennotierten Aktiengesellschaften (19). Diese Zahl dürfte sich inzwischen eher vergrößert haben, da die durchschnittliche Selbstfinanzierungsquote von 73,2 % im Jahre 1959 auf ca. 66 % im Jahre 1972 gefallen (20) und damit die Abhängigkeit der Unternehmen von Bankkrediten gestiegen ist. Berücksichtigt man, daß der Konzentrationsgrad innerhalb der Bankwirtschaft hoch ist (21) und ein Wettbewerb zwischen den Großbanken kaum stattfindet (22), so ist jedenfalls die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, daß ein großer Teil der deutschen Unternehmen von den Banken beeinflusst, wenn nicht kontrolliert wird.

Die zweite Form der Abhängigkeit ist für die Betroffenen oft sehr viel schmerzlicher: Eine schwache Position auf dem Markt kann zur Folge haben, daß das Verhalten des « Preisführers » auch für das eigene Verhalten maßgebend wird (23). Darüber hinaus geraten viele Unternehmen in die Position eines auf einen Konzern hin ausgerichteten Zulieferers, was jede eigene Dispo-

(17) Zu dieser auf Marx zurückgehenden Terminologie s. CONERT, *Einführung in die politische Ökonomie der Bundesrepublik*, Frankfurt/Main 1972, S. 58 ff.

(18) BT-Drucksache IV/2320.

(19) BT-Drucksache IV/2320, Anlagenband S. 346 ff.

(20) Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, *Die Einkommens- und Vermögensverteilung in der BDR*, Ausgabe 1974, S. 41.

(21) KOUBEK - HÖHNEN - KALTENBORN u.a., *Wirtschaftliche Konzentration und gesellschaftliche Machtverteilung in der BDR*, Beilage zur Wochenzeitung « Das Parlament » Nr. B 28/72 v. 8.7.1972, S. 12 ff.

(22) IMMENGA, *Wettbewerbsbeschränkungen auf staatlich gelenkten Märkten*, Tübingen 1967, S. 123 ff., 164 ff.

(23) Vgl. SAMUELSON, *Volkswirtschaftslehre. Eine Einführung*, 3. Aufl., Köln 1968, S. 169 ff.

sitionsfreiheit ausschließen kann⁽²⁴⁾. Welche quantitative Dimensionen dieses Phänomen annimmt, zeigen die Beispiele der Firmen Siemens, Krupp und Daimler-Benz, die jeweils über 30.000 bzw. 23.000 und 18.000 Zulieferer verfügen⁽²⁵⁾. Weiteres Anschauungsmaterial bieten etwa die Tankstellenpächter, die zwar formal als freie Unternehmer tätig sind und als solche auch in den Statistiken auftauchen, deren Arbeits- und Lebensbedingungen jedoch erheblich unter denen von Arbeitern und Angestellten liegen⁽²⁶⁾.

Die z.T. aktive Unterstützung der Staatsmacht erfahrende⁽²⁷⁾ Konzentrations- und Zentralisationsbewegung vollzieht sich nicht allein im nationalen Rahmen; die sich intensivierende Diskussion um die multinationalen Konzerne⁽²⁸⁾ weist vielmehr

(24) WIETHÖLTER (*Rechtswissenschaft*, Frankfurt/Main 1968, S. 257) spricht hier von « Feudalsystemen, die ein 'Großer' mit Tausenden von Zulieferern und festen Abnehmern bildet. Zehntausende von Zulieferern eines einzigen Elektrokonzerns oder eines einzigen Automobilunternehmens existieren in nur vordergründiger, wirtschaftlicher Unabhängigkeit ».

(25) Angaben nach STANZICK, *Der ökonomische Konzentrationsprozeß*, in: *Der CDU - Staat. Studien zur Verfassungswirklichkeit der Bundesrepublik*, herausgegeben von Schäfer und Nedelmann, München 1967, S. 27.

(26) S. die Untersuchung von MANFRED REHBINDER, *Der Tankstellenvertrag im Blickfeld der Rechtstatsachenforschung*, Berlin 1971, insbes. S. 29 ff.

(27) Als Beispiel sei das Schachtelprivileg und die Anerkennung der Organschaft im Körperschaftsteuerrecht (§§ 7a, 9 KStG) und die steuerliche Begünstigung der Umwandlung genannt. Zur Instrumentalisierung des Staatsapparats s. etwa (von verschiedenen Ansätzen aus) Autorenkollektiv, *Der Imperialismus der BDR*, Frankfurt/Main 1971, S. 127 ff.; Autorenkollektiv, *Der staatsmonopolistische Kapitalismus*, Frankfurt/Main 1972, S. 16 ff., 38 ff.; FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, München 1971; HARTWICH, *Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status quo*, Köln und Opladen 1970; JOACHIM HIRSCH (oben Fn 1) S. 11 ff., 241 ff.; MANDEL, *Marxistische Wirtschaftstheorie*, Frankfurt/Main 1972, S. 625 ff.; MARX-ENGELS, *Staatstheorie, Materialien zur Rekonstruktion der marxistischen Staatstheorie*. Herausgegeben und eingeleitet von Hennig, Hirsch, Reichelt und Schäfer, Frankfurt/Main-Berlin-Wien 1974; OFFE, *Strukturprobleme des kapitalistischen Staates*, Frankfurt/Main 1972.

(28) S. aus der jüngsten Zeit die Monographien von JUNGnickel-MATTHIES, *Multinationale Unternehmen und Gewerkschaften*, Hamburg 1973; KREYE (Hrsg.), *Multinationale Konzerne. Entwicklungstendenzen im kapitalistischen System*. München 1974; LEVINSON, *Gewerkschaften - Monopole - Konzerne*, Köln 1973; PIEHL, *Multinationale Konzerne und internationale Gewerkschaftsbewegung*. Frankfurt/Main 1974 sowie die Aufsätze von DÄUBLER, *Gewerkschaftsstrategie*

mit Recht darauf hin, daß Entscheidungszentren häufig in andere Staaten verlegt werden, was die Einflußmöglichkeit nicht nur der betroffenen Arbeitnehmer und ihrer Gewerkschaften, sondern auch der nationalen Regierungen zumindest begrenzt, wenn nicht völlig ausschließt⁽²⁹⁾. Die Bundesrepublik ist von diesem Prozeß sowohl « aktiv » als auch « passiv » betroffen: Bereits Ende 1968 belief sich der Nominalbetrag ausländischer Beteiligungen an deutschen Unternehmen auf 18 Milliarden DM (wobei insbesondere Großunternehmen und Wachstumsbranchen im Vordergrund standen)⁽³⁰⁾, während die Direktinvestitionen deutscher Firmen im Ausland zumindest vergleichbare Größenordnungen erreichen⁽³¹⁾. Unklar bleibt, inwieweit es darüber hinaus informelle Absprachen oder nicht bekannt gewordene Beteiligungen, gemeinsame Tochtergesellschaften und ähnliches gibt⁽³²⁾.

2. Ursachen der Konzentrationsbewegung.

Die Gründe dieser Entwicklung liegen im System der kapitalistischen Marktwirtschaft selbst begründet. Aktueller oder potentieller Wettbewerb zwingt den einzelnen Unternehmer, nicht nur möglichst viel Gewinn zu erwirtschaften, sondern diesen auch zur Erweiterung und Verbesserung seines Produktionsprogramms zu verwenden, d.h. Investitionen zu tätigen⁽³³⁾. Die damit ermöglichte Vergrößerung des Unternehmens eröffnet die

und Tarifpolitik gegenüber multinationalen Unternehmen, DRdA 1973, 8 ff.; DUBOIS, *Entreprises multinationales et négociations collectives syndicales au niveau international: les moyens juridiques d'un contre-pouvoir syndical*, ZHR 1973, 1 ff.; WÄLDE, *Die « Europäische Aktiengesellschaft » und multinationale Unternehmen*, AWD 1974, 82 ff.

(29) Dazu insbes. die bei Kreye (aaO - Fn 28) abgedruckten Beiträge von Murray und Poulantzas.

(30) KOPPENSTEINER, *Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht*, Frankfurt/Main 1971, S. 37 ff.

(31) KOPPENSTEINER S. 40.

(32) Einige Aufschlüsse bringt das Buch von KRONSTEIN, *Das Recht der internationalen Kartelle*, Berlin 1967.

(33) Näher dazu WERNER HOFMANN, *Grundelemente der Wirtschaftsgesellschaft*, Reinbek 1969, S. 55; LEMMNITZ-SCHÄFER, *Politische Ökonomie des Kapitalismus - Einführung*, Frankfurt/Main 1973, S. 148.

Chance, weniger oder nicht sinnvoll investierende Konkurrenten endgültig aus dem Felde zu schlagen⁽³⁴⁾; wird dieser Prozeß lange genug fortgesetzt, so gewinnen die verbleibenden « Grossen » die Möglichkeit, Preise von sich aus festzusetzen und zusätzliche, unter Wettbewerbsbedingungen nicht erreichbare Profite zu erzielen⁽³⁵⁾. Hinzu kommt, daß die Komplexität moderner Herstellungsverfahren in vielen Fällen die sog. optimale Betriebsgröße nach oben verschiebt; soll ein Produkt gewinnbringend hergestellt und verkauft werden, so darf es nur in Grossserie auf den Markt kommen⁽³⁶⁾. Überdies sind häufig zu seiner Entwicklung derart hohe Forschungsaufwendungen notwendig, daß schon von daher kleine und mittlere Unternehmen nicht « mithalten » können⁽³⁷⁾.

Diese « marktwirtschaftsimmanenten », der Rationalität der kapitalistischen Produktionsweise entsprechenden Ursachen der Konzentration und Zentralisation sind nicht die einzig maßgebenden und in der Praxis vorkommenden. Ebenso wie es sinnvoll sein kann, bestimmte Konzernierungsmaßnahmen aus « externen » (z.B. politischen) Gründen zu unterlassen⁽³⁸⁾, wird es u.U. auch Unternehmenszusammenschlüsse und — Übernahmen geben, die lediglich das Machtstreben des stärkeren Partners als « Rechtfertigung » anführen können. So kann der Fall eintreten, daß ein in Zukunft möglicherweise « lästiger » Konkurrent allein zu dem Ziel aufgekauft wird, seine weitere Entwicklung abzumildern oder ganz zu verhindern. Weiter wird auf das sog. empire-building hingewiesen, das allein Managerinteressen dient, erschwert doch die Vergrößerung und stärkere Untergliederung des Unternehmens häufig die Kontrolle der an der Spitze stehenden Personen⁽³⁹⁾. In beiden Fällen ist nicht mit einem technologischen Fortschritt, sondern bestenfalls mit einer Stagnation zu rechnen.

(34) Vgl. Materialien zum Bericht zur Lage der Nation 1972, BT-Drucksache VI/3080, S. 125.

(35) Vgl. CONERT aaO (oben Fn 17) S. 59 ff.

(36) JAEGGI aaO (oben Fn 6) S. 77.

(37) JAEGGI S. 73.

(38) Dazu JOACHIM HIRSCH aaO (oben Fn 1) S. 45.

(39) KAUFER, *Wachstumsbremsende Konzentration*, FAZ v. 18.3.1966.

3. Konsequenzen für Arbeitnehmer.

Die Auswirkungen dieses Prozesses auf die Belegschaften sind durchaus unterschiedlicher Art. Die Veränderung der Unternehmensgröße (mit oder ohne Einbeziehung von Drittunternehmen) führt in der Regel zu neuen Formen der internen Arbeitsteilung, was mit zahlreichen Versetzungen und Entlassungen verbunden sein kann. Konzentration und Zentralisation stehen außerdem fast durchweg in engem Zusammenhang mit Vorgängen der Rationalisierung und Automation, die tiefgreifende Veränderungen für die Arbeitssituation des Einzelnen mit sich bringen. Untersuchungen in verschiedenen industriellen Bereichen haben ergeben, daß sich die Qualifikationsstruktur in zwei verschiedenen Richtungen verändert⁽⁴⁰⁾: Auf der einen Seite entstehen eine Reihe von Arbeitsplätzen, die mit sehr viel höheren Anforderungen als die bisher vorhandenen verbunden sind, die qualifiziertere Arbeit verlangen, während auf der anderen Seite die Fälle rein repetitiver Teilarbeiten stärker zunehmen, was für die Betroffenen in der Regel eine erhebliche Dequalifikation bedeutet⁽⁴¹⁾. In Wahrheit liegt daher eine « Polarisierung » vor⁽⁴²⁾, die mit den Interessen der Mehrheit der Arbeitnehmer kollidiert, die zumindest an einer Erhaltung des Status quo interessiert sind. Hier liegt die wichtigste Konfliktsituation im Zusammenhang mit den beschriebenen Vorgängen der Unternehmenszentralisation und — Konzentration.

4. Nichtkonzentrationsbedingte Veränderungen in Struktur und Kontrolle von Unternehmen.

Die hier dargelegten Vorgänge, die dem eingefahrenen Sprachgebrauch entsprechend im Folgenden untechnisch als « Konzentrationsprozeß » bezeichnet werden, stellen den praktisch wichtigsten, aber nicht den einzigen Fall von Veränderun-

(40) S. insbes. KERN-SCHUMANN, *Industriearbeit und Arbeiterbewußtsein*, Bd. I, Frankfurt/Main 1970, S. 279 ff.

(41) S. auch OSTERLAND-DEPPE-GERLACH u.a., *Materialien zur Lebens- und Arbeitssituation der Industriearbeiter in der BRD*, Frankfurt/Main 1972, S. 51 ff.

(42) Vgl. CLAESSENE-KLÖNNE-TSCHOEPE, *Sozialkunde der Bundesrepublik*, Düsseldorf und Köln 1973, S. 206.

gen im Unternehmensbereich dar. Neben dem Zusammenbruch in Form der Auflösung und des Konkurses stehen Erscheinungen, deren Ursachen im wesentlichen in der persönlichen Sphäre des Inhabers liegen und die daher nicht Ausdruck gesetzmäßiger oder quasi — gesetzmäßiger ökonomischer Entwicklungen sind. Dazu zählt etwa die Sitzverlegung ebenso wie der Übergang des Unternehmens aufgrund Erbfalls oder die Veräußerung, die ihren Grund in anderweitigen Investitionsinteressen oder in einem Rückzug ins Privatleben haben kann. Die Heterogenität der damit erfaßten Vorgänge machen Aussagen über « typische » Auswirkungen auf den Arbeitnehmer äußerst fragwürdig. Eine Stilllegung des Betriebs ist bei den hier erfaßten Fallgruppen ebenso wahrscheinlich wie ein Weiterarbeiten zu den alten Bedingungen. Allein die Tatsache, daß die eingreifenden Rechtsgrundlagen häufig dieselben sind wie bei den oben beschriebenen Erscheinungen, macht eine gleichzeitige Behandlung vertretbar, wobei jedoch immer darauf zu achten ist, daß der spezifische gesellschaftspolitische Stellenwert des Konzentrationsprozesses nicht verloren geht (43).

5. *Veränderungen durch Verstärkung des Arbeitnehmereinflusses.*

Bis zu diesem Punkt wurden « Veränderungen in der Struktur und der Kontrolle von Unternehmen » ausschließlich auf die Eigentumsseite bezogen, was der liberal-kapitalistischen Konzeption des Unternehmens als eines « Kapitalvereins » entspricht. Gerade die augenblickliche Situation in der BRD legt es jedoch nahe, auch die durch eine Beteiligung der Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen auftretenden Probleme mit einzubeziehen und danach zu fragen, welche voraussehbaren Auswirkungen die Realisierung der für Großunternehmen geplanten Mitbestimmung (44) auf die Lage der Arbeitnehmer haben wird. Wie wird sich das Arbeitsrecht im paritätisch mitbestimmten Unterneh-

(43) Eine schematische Gleichbehandlung würde ein falsches Bild von der Realität erzeugen, ähnlich dem, von einer « Regel » Vertragsfreiheit und von einer « Ausnahme » Beschränkung auszugehen - dazu zutreffend MÜCKENBERGER, *Legitimation durch Realitätsverleugnung*, KJ 1971, 248 ff.

(44) Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom März 1974, RdA 1974, 99 ff.

men gestalten? Schließlich ist als neuerdings wieder diskutierte Form der Veränderung die Überführung von Produktionsmitteln in Gemeineigentum zu erörtern, deren potentielle Auswirkungen auf die rechtliche Stellung der Arbeitnehmer in der BRD bisher freilich kaum diskutiert wurde.

6. *Der Gang der Darstellung.*

Für die weitere Darstellung ist es zunächst notwendig, die rechtlichen Formen zu beschreiben, unter denen sich die hier thematisierten Prozesse vollziehen (unten II). Im Anschluß daran wird der Frage nachzugehen sein, ob und in welcher Weise die Belegschaften die dargelegten Veränderungen in der Struktur und der Kontrolle des Unternehmens beeinflussen können, da erst auf dieser Grundlage eine sinnvolle Beurteilung der in jedem Einzelfall eintretenden Rechtsfolgen möglich ist (unten III).

II. RECHTLICHE FORMEN, UNTER DENEN SICH EINE VERÄNDERUNG VON STRUKTUR UND KONTROLLE DES UNTERNEHMENS VOLLZIEHT.

1. *Umwandlung.*

Als erstes kann das Rechtsinstitut der Umwandlung den beschriebenen Zwecken dienstbar gemacht werden. Als reine, « formändernde » (45) ist die Umwandlung nach den §§ 362-393 AktG und 57-65 UmwG (46) nur zulässig, wenn eine juristische Person durch eine andere ersetzt wird, da dies weder Identitäts- noch Gläubigerschutzprobleme aufwirft (47). Ist dagegen eine

(45) Die Gesellschaft ändert gewissermaßen nur ihr KLEID - REINHARDT, *Gesellschaftsrecht. Eine Lehrbuch*, Tübingen 1973, S. 363.

(46) In der Fassung v. 6.11.1969, BGBI I, 2081.

(47) Erfasst sind folgende Fälle:

Umwandlung einer AG in eine KGaA: § 365¹ AktG.

Umwandlung einer KGaA in eine AG: § 368¹ AktG.

Umwandlung einer AG in eine GmbH: § 372¹ AktG.

Umwandlung einer GmbH in eine AG: § 381¹ AktG.

Umwandlung einer bergrechtlichen Gewerkschaft in eine AG: § 385 I AktG.

Personengesellschaft im Spiel, so ist sie nur als « übertragende » möglich. Zur Vermeidung der Umgehung von Gründungsvorschriften kann daher eine Personengesellschaft lediglich ihr Vermögen auf eine schon bestehende Kapitalgesellschaft übertragen. In umgekehrter Richtung ist zwar die ad-hoc-Gründung einer oHG oder KG möglich, doch ist auch insoweit ein Vermögensübergang auf die neue Gesellschaft bzw. die Einzelperson notwendig⁽⁴⁸⁾. In allen Fällen ist die Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der Gesellschafter, die bis zur Einstimmigkeit gehen kann, erforderlich⁽⁴⁹⁾.

Im Einzelfall kann der wirtschaftliche Sinn der Umwandlung in recht verschiedenartigen Zielen liegen. So wird die Wahl der Rechtsform einer AG in der Regel den Zweck haben, den Beteiligten Zugang zum Kapitalmarkt zu verschaffen. Andererseits wird, wer sich selbst finanzieren kann, geneigt sein, die Organisation als AG wieder aufzugeben, um so den Publizitätsvorschriften des Aktienrechts zu entgehen. Erst vor wenigen Jahren hat der Gesetzgeber bei Großunternehmen diesen « Anreiz » beseitigt, da er sie unabhängig von ihrer Rechtsform bestimmten Publizitätsverpflichtungen unterwarf⁽⁵⁰⁾.

Umwandlung einer Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts in eine AG: § 385 c AktG.

Umwandlung eines VVaG in eine AG: § 385 h AktG.

Umwandlung einer Genossenschaft in eine AG: § 385 p I 1 AktG.

Umwandlung einer KGaA in eine GmbH: § 387 I 1 AktG.

Umwandlung einer GmbH in eine KGaA: § 391 1 AktG.

Umwandlung eines öffentlichen Unternehmens in eine AG: § 57 UmwG.

Umwandlung eines öffentlichen Unternehmens in eine GmbH: § 58 UmwG.

Umwandlung einer Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts in eine GmbH: § 59 UmwG.

Umwandlung einer bergrechtlichen Gewerkschaft in eine GmbH: § 63 UmwG.

(48) S. die Zusammenstellung bei WÜRDIGER, *Aktien- und Konzernrecht*, 3. Aufl., Karlsruhe 1973, S. 222 ff.

(49) Zu den Einzelheiten vgl. REINHARDT aaO (oben Fn 45) S. 363 ff. Bemerkenswert ist die durch §§ 15, 9 UmwG eröffnete Möglichkeit der Umwandlung einer AG auf eine oHG oder eine Einzelperson unter gleichzeitigem Ausschluß der Minderheit, die allerdings nicht mehr als 10 % der Aktien besitzen darf.

(50) Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen vom 15.8.1969 (BGBl I 1189).

Schließlich kann die Umwandlung in eine OHG oder KG oder die Vermögensübertragung auf eine Einzelperson neben steuerlichen Erwägungen⁽⁵¹⁾ auch in der Absicht vorgenommen werden, die Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat zu beseitigen, da sich diese auch nach dem neuen Entwurf der Bundesregierung auf Kapitalgesellschaften beschränkt⁽⁵²⁾.

2. Unternehmenszusammenschluß - Fusion und Unternehmensübertragung.

Wollen sich mehrere Unternehmen zusammenschließen, so kommen im wesentlichen zwei Rechtsformen in Betracht: Die Verschmelzung und die Übertragung des Handelsgeschäfts. Der grundsätzliche Unterschied zwischen beiden besteht darin, daß im ersten, nicht aber im zweiten Fall der bisherige Unternehmensträger untergeht. Im einzelnen unterscheidet das Gesetz folgende Fälle:

— die Verschmelzung durch Aufnahme. Sie erfolgt aufgrund eines notariell beurkundeten Vertrages, dessen Wirksamkeit von der Zustimmung einer 3/4 — Mehrheit in der Hauptversammlung jeder der beteiligten Gesellschaften abhängt (§§ 340, 341 AktG). Mit der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister geht das Vermögen der übertragenden Gesellschaft auf die « aufnehmende » über; die erstere erlischt in diesem Augenblick kraft Gesetzes (§ 436 AktG). Die Aktionäre werden mit Aktien der übernehmenden Gesellschaft abgefunden, die vor Eintragung der Verschmelzung ins Handelsregister einem Treuhänder übergeben sein müssen⁽⁵³⁾.

— die Verschmelzung durch Neubildung. Stehen sich zwei gleichstarke Unternehmen gegenüber, so erscheint das eben beschriebene Verfahren inadäquat, da es zwar nicht de iure, wohl aber de facto ein ausgeprägtes Abhängigkeitsverhältnis voraussetzt. Der Gesetzgeber sieht deshalb in § 353 AktG den Zusammenschluß zu einer neuen Gesellschaft vor, der sich prinzipiell genauso vollzieht wie die Verschmelzung durch Aufnahme, jedoch mit der einen entscheidenden Modifikation, daß beide

(51) Vgl. REINHARDT aaO (oben Fn 45) S. 367.

(52) Entwurf §§ 1, 4 (RdA 1974, 99).

(53) §§ 343, 344, 346 II AktG.

Gesellschaften als übertragende und die neugebildete Gesellschaft als aufnehmende gelten.

Beide Formen der Fusion sind nur zulässig, wenn die aufnehmende oder neugebildete Gesellschaft eine AG oder eine KGaA ist, während die übertragende Gesellschaft auch eine GmbH oder eine bergrechtliche Gewerkschaft sein kann⁽⁵⁴⁾. Alle anderen Unternehmensformen scheiden aus, doch sieht der Regierungsentwurf eines neuen GmbHG die Verschmelzung zweier Kapitalgesellschaften zu einer GmbH vor⁽⁵⁵⁾.

— die Vermögensübertragung.

Nach § 361 AktG kann eine AG oder KGaA ihr Vermögen auf andere übertragen, ohne daß die Voraussetzungen der Verschmelzung vorliegen; der Regierungsentwurf eröffnet auch hier eine vergleichbare Regelung für die GmbH⁽⁵⁶⁾. Dieser Weg bietet sich insbesondere dann an, wenn der Empfänger eine Personengesellschaft ist, da diese bisher nicht in die gesetzliche Regelung einbezogen wurde⁽⁵⁷⁾. § 361 AktG bestimmt insoweit lediglich das Erfordernis einer 3/4 — Mehrheit in der Hauptversammlung der « übertragenden » Gesellschaft, doch bleibt diese anders als bei der Fusion mangels gegenteiligen Beschlusses bestehen und kann sich nunmehr anderen Geschäften zuwenden⁽⁵⁸⁾.

— die rechtsgeschäftliche Übertragung des Handelsgeschäfts.

Liegen die Voraussetzungen der bisher beschriebenen Fälle nicht vor, so besteht als letztes die Möglichkeit, das von einer Gesellschaft oder einem Einzelkaufmann betriebene Unterneh-

(54) §§ 354-358 AktG.

(55) BT-Drucksache 7/253, §§ 267-284.

(56) BT-Drucksache 7/253, § 286.

(57) Als weitere Übernehmer nennt KRAFT (*Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 3, 3. Lieferung, Köln-Berlin-Bonn-München, 1972, § 361 Rn 4) natürliche Personen, Genossenschaften, bergrechtliche Gewerkschaften, kleinere Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Stiftungen, Vereine und BGB-Gesellschaften.

(58) Sonderregelungen beinhaltet § 359 AktG für eine Übertragung auf die öffentliche Hand und § 360 AktG für die Aktiengesellschaft, die den Betrieb von Versicherungsgeschäften zum Gegenstand hat und die ihr Vermögen einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit übertragen will.

men ganz oder teilweise an einen Dritten zu veräußern⁽⁵⁹⁾. Rechtstechnisch geschieht dies durch Übertragung der einzelnen zum Unternehmen gehörenden Vermögensgegenstände einschließlich Firma und good-will. Der bisherige Inhaber erhält in aller Regel ein Entgelt, das ihm u.U. den Aufbau eines neuen Betriebs gestattet; ist daran nicht gedacht, so wird bei Personengesellschaften in der Regel eine Auflösung — oft ohne Liquidation⁽⁶⁰⁾ — erfolgen.

Neben der Durchführung von Konzentrationsvorgängen kann die totale oder partielle Unternehmensübertragung auch Mittel zur Realisierung ganz anders gearteter Absichten der Beteiligten sein. So kann es darum gehen, daß ein Einzelkaufmann jede gewerblich Betätigung aufgeben oder sich von einem mehreren Unternehmen trennen will. Hinter dem Übertragungsakt kann weiter die Erwägung eines Großunternehmens stehen, eine unrentabel werdende Zweigstelle rechtzeitig abzugeben, und ebenso ist es denkbar, daß nur das Vermächtnis eines früheren Inhabers erfüllt wird. Rechtlich ist dies alles jedoch ohne unmittelbare Relevanz.

3. Der sogenannte Vertragskonzern.

Das dritte von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellte Mittel liegt in der Begründung eines juristischen Abhängigkeitsverhältnisses zwischen zwei Unternehmen, wobei die rechtliche Selbständigkeit der abhängigen Wirtschaftseinheit als solche erhalten bleibt. In Anknüpfung an die bisherige gesetzliche Regelung soll dabei die « abhängige AG » im Vordergrund stehen, während andere Unternehmensformen nur anhangsweise behandelt werden können.

a) Die weitestgehende Form der Abhängigkeit wird durch die 1965 neu geschaffene « Eingliederung » gemäß §§ 319-327 AktG begründet. Sie setzt voraus, daß das herrschende Unternehmen mindestens 95 % der Aktien der abhängigen Gesellschaft besitzt und seine Hauptversammlung mit Drei-Viertel-Mehrheit die Zustimmung erteilt. Ist dies der Fall, so sind den ausgeschie-

(59) BAUMBACH-DUDEN, *Kommentar zum HGB*, 8. Aufl., München 1971, Einf. Buch I, Anm. 6 B, C, auch zum Folgenden.

(60) Zulässig nach § 158 HGB.

lenen Minderheitskationären Aktien der Hauptgesellschaft als Abfindung zu gewähren⁽⁶¹⁾. Da das herrschende Unternehmen mit dem Vollzug der Eingliederung somit Alleingesellschafter der abhängigen AG wird, sah der Gesetzgeber keine Veranlassung, diese mit einem besonderen Schutz zu versehen: Nach § 323 ist die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens unbeschränkt, umfaßt also auch das Recht zu « nachteiligen », das abhängige Unternehmen nachhaltig schädigenden Weisungen. Der Schutz der Gläubiger wird konsequenterweise durch eine bürgenähnliche Mithaftung der « Hauptgesellschaft » gemäß § 321 AktG sichergestellt.

Vom wirtschaftlichen Ergebnis her wird die eingegliederte Gesellschaft zu einer reinen Betriebsabteilung des herrschenden Unternehmens⁽⁶²⁾. Der Vorzug gegenüber der Fusion besteht darin, daß der an die Firma anknüpfende good-will erhalten bleibt, daß die bisherigen Gesellschaftsorgane einschließlich der von bestimmten Personen eingenommenen Sitze in Vorstand und Aufsichtsrat fortbestehen und daß schließlich Steuern gespart werden, weil anders als bei der Verschmelzung keine steuerrechtlich wirksame Auflösung stiller Reserven erfolgen muß⁽⁶³⁾.

b) Die zweite wichtige Form der Begründung von Abhängigkeitsverhältnissen besteht im Abschluß von sog. Unternehmensverträgen. Nach der in § 291^I AktG gegebenen Legaldefinition versteht man darunter Verträge, durch die eine AG die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt (Beherrschungsvertrag) oder sich verpflichtet, ihren gesamten Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen (Gewinnabführungsvertrag). Beide Verträge kommen aus steuerlichen Gründen in aller Regel nur gemeinsam vor⁽⁶⁴⁾; gelegentlich

(61) Ist die Hauptgesellschaft selbst eine abhängige Gesellschaft, so können die ausgeschiedenen Aktionäre gemäß § 320 V 3 AktG zwischen einer Abfindung und Aktien der Hauptgesellschaft wählen.

(62) So auch die Begründung des Regierungsentwurfs, mitgeteilt bei KROPPF, *Aktiengesetz*, Düsseldorf 1965, S. 429.

(63) BIEDENKOPF-KOPPENSTEINER in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 3 B, 1. Lieferung, Köln-Berlin-Bonn-München 1971, Vorbem. vor § 319, Rn 3; EMMERICH-SONNENSCHN, *Konzernrecht*, München 1973, S. 50.

(64) Nur die durch einen beide Verträge umfassenden Organschaftsvertrag an die herrschende Gesellschaft gekettete AG unterliegt nicht als solche der Körperschaftsteuer.

findet sich ein « isolierter » Beherrschungsvertrag⁽⁶⁵⁾, doch würde ein « isolierter » Gewinnabführungsvertrag fast immer Schadensersatzansprüche gegen die Vorstandsmitglieder der herrschenden Gesellschaft begründen oder seinen wirtschaftlichen Sinn dadurch einbüßen, daß die abgeführten Beträge nach den Vorschriften über den faktischen Konzern wieder zurückerstattet werden müßten⁽⁶⁶⁾.

Der Unternehmensvertrag wird nur mit Zustimmung einer Drei-Viertel-Mehrheit in der Hauptversammlung der abhängigen AG wirksam⁽⁶⁷⁾. Ist die herrschende Gesellschaft ebenfalls eine AG (oder eine KGaA), so gilt dieses Erfordernis auch für sie⁽⁶⁸⁾, während das Gesetz für herrschende Unternehmen anderer Rechtsform keine besonderen Bedingungen aufstellt⁽⁶⁹⁾. Der Beherrschungsvertrag räumt dem herrschenden Unternehmen das Recht ein, dem Vorstand des abhängigen Unternehmens im Rahmen des nach § 308 AktG Zulässigen Weisungen zu erteilen. Da diese für das abhängige Unternehmen auch nachteilig sein können, werden dessen verbleibende Aktionäre durch eine (regelmäßig wiederkehrende) Ausgleichszahlung nach § 304 AktG, das alternativ gewährte Recht auf Abfindung in Geld nach § 305 AktG sowie durch die Pflicht des herrschenden Unternehmens geschützt, gemäß § 302 AktG die entstandenen Jahresfehlbeträge auszugleichen und eine besondere gesetzliche Rücklage nach § 300 AktG vorzunehmen. Die dadurch prinzipiell sichergestellte Erhaltung der Vermögenssubstanz ist gleichzeitig wichtigste Grundlage des Gläubigerschutzes.

Zu den Unternehmensverträgen werden in § 292^I Ziff. 2 AktG auch die Teilgewinnabführungsverträge und in § 292^I Ziff. 3 AktG die Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsver-

(65) HÜCHTING, *Abfindung und Ausgleich im aktienrechtlichen Beherrschungsvertrag*, Köln 1972, S. 2 hat festgestellt, daß von 287 Beherrschungsverträgen nur 237 mit einem Gewinnabführungsvertrag verbunden waren.

(66) EMMERICH-SONNENSCHN, aaO (oben Fn 63), S. 64 f.

(67) § 293 I AG.

(68) § 293 II AG.

(69) Jedes Unternehmen kann daher ein « herrschendes » werden, auch eine Personengesellschaft oder ein Einzelkaufmann; lediglich die Zulassung von Privatpersonen ist umstritten. Näher dazu BIEDENKOPF-KOPPENSTEINER aaO (oben Fn 63) § 291 Rn 2; WÜRDINGER in: *Großkommentar zum AktG*, 4. Band, 1. Lieferung, 3. Aufl., Berlin-New York 1972, § 291 Anm. 15, 16.

träge gezählt. Die ersteren unterliegen nur teilweise den Vorschriften über die Erhaltung der Vermögenssubstanz und führen auch nicht zur Anwendung der §§ 304, 305 AktG, so daß die herrschende Meinung mit Recht die Vereinbarung einer angemessenen Gegenleistung fordert, um auf diese Weise ein «Aushungern» der Aktionäre und eine Gefährdung der Gläubiger zu verhindern⁽⁷⁰⁾. Bei den letzteren scheint ebenfalls eine solche Konsequenz angebracht, da abgesehen von der Bestimmung des 302^{II} AktG hier überhaupt keine Schutzvorschrift eingreift⁽⁷¹⁾.

c) Die Eingliederung kann sich nur auf eine abhängige AG, Unternehmensverträge könnten sich daneben auch auf eine abhängige KGaA beziehen. Wird ein Beherrschungsverhältnis gegenüber einer GmbH begründet, so ist der entsprechende Vertrag deshalb allerdings nicht unwirksam; die einzige Rechtsfolge besteht vielmehr darin, daß die §§ 291 ff AktG, insbesondere die Form- und Schutzvorschriften, keine Anwendung finden⁽⁷²⁾. Eine Ausnahme existiert lediglich für Einzelpersonen und Personengesellschaften, deren völlige Unterstellung unter die Weisungen eines andern einer Entmündigung gleichkäme und die deshalb wegen Verstoßes gegen § 138^I BGB nichtig ist⁽⁷³⁾.

4. Der sogenannte faktische Konzern.

Neben dem rechtlich im einzelnen ausgestalteten steht das faktische über- Unterordnungsverhältnis, das seine Grundlage in der bloßen Beteiligung der «herrschenden» an der «abhängigen» Gesellschaft hat. In diesem «faktischen Konzern», der bereits aufgrund einer qualifizierten Minderheitenbeteiligung zur Entstehung kommen kann, tauchen wirtschaftlich dieselben Gefahren für Gläubiger und übrige Aktionäre auf wie beim eben behandelten Vertragskonzern. § 311^I AktG verbietet deshalb dem

(70) EMMERICH - SONNESCHEIN, aaO (oben Fn 63) S. 94; BIEDENKOPF - KOPPENSTEINER, aaO (oben Fn 63) § 292 Rn 16; einschränkend v. GODIN - WILHELMI, *Kommentar zum Aktiengesetz*, B. II, 4. Aufl., Berlin-New York 1971, § 292 Anm. 2; ablehnend WÜRDINGER, aaO (oben Fn 69) § 292 Anm. 12.

(71) Näher dazu BIEDENKOPF - KOPPENSTEINER § 292 Rn 25.

(72) v. GODIN - WILHELMI, aaO (oben Fn 70) § 291 Anm. 2. Zu den Reformvorstellungen der Bundesregierung im GmbH-Recht, die auf s. BT-Drucksache 7/253 §§ 230-243.

(73) Vgl. DÄUBLER, aaO (oben Fn 3), S. 352.

herrschenden Unternehmen, «seinen Einfluß dazu zu benutzen, eine abhängige Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Maßnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen, es sei denn, daß die Nachteile ausgeglichen werden». Dieses Verbot der Nachteilszufügung soll in der Weise effektiv gemacht werden, daß de iure unabhängige Abschlußprüfer zu seiner Überwachung berufen werden und daß sich die herrschende Gesellschaft bei allen Verstößen schadenersatzpflichtig macht⁽⁷⁴⁾. Bei anderen Gesellschaftsformen gilt dies alles jedoch nicht, so daß insoweit Schädigungen kraft Einflusses jederzeit möglich bleiben⁽⁷⁵⁾.

5. Änderungen der Beteiligungsverhältnisse.

Neben den konzernrechtlich relevanten stehen zahlreiche andere Veränderungen in den Beteiligungsverhältnissen. Aktien sind kraft Gesetzes frei veräußerlich und vererblich⁽⁷⁶⁾; dasselbe gilt für Geschäftsanteile bei der GmbH⁽⁷⁷⁾, obwohl hier die Satzung erhebliche Beschränkungen vorsehen kann⁽⁷⁸⁾. Der Anteil an einer oHG, KG und einer Gesellschaft bürgerlichen

(74) §§ 313, 317 AktG. Zur praktischen Reichweite dieser Vorschriften s. KOPPENSTEINER, «*Faktischer Konzern*» und *Konzentration*, ZGR 1973, 1 ff.

(75) Zu der GmbH-Reform s. den Regierungsentwurf BT-Drucksache 7/253 §§ 247 ff.

(76) Inhaberaktien werden wie bewegliche Sachen behandelt und sind daher nach §§ 929 ff. BGB übertragbar; Namensaktion sind gemäß 68 I AktG durch Indossament zu übertragen, die Satzung kann insoweit die Zustimmung der Gesellschaft, d.h. des Vorstands verlangen (§ 68 II AktG). Ein Ausschluß jeder Veräußerung ist unzulässig - näher dazu DÄUBLER, *Rechtsgeschäftlicher Ausschluß der Veräußerlichkeit von Rechten?* NJW 1968, 1123 mwN; dasselbe gilt für die Vererblichkeit.

(77) § 15 I GmbHG; ebenso der Regierungsentwurf BT-Drucksache 7/253 § 51 I.

(78) Für Ausschluß der Veräußerlichkeit BAUMBACH - HUECK, *Kommentar zum GmbHG*, 13. Aufl., München 1970, § 15 Anm. 1 A; HACHENBURG - SCHILLING, *Kommentar zum GmbHG*, Bd. 1, 6. Aufl., Berlin 1956, § 15 Anm. 2; FRANZ CCHOLZ, *Kommentar zum GmbHG*, 5. Aufl., Köln 1964, § 15 Rn 42. Für Ausschluß der Vererblichkeit über den Umweg einer statutarischen Einziehung auf den Todesfall, DÄUBLER, *Die Vererbung des Geschäftsanteils bei der GmbH*, Köln 1965, S. 117 ff mwN.

Rechts ist nicht unter Lebenden übertragbar⁽⁷⁹⁾, es sei denn, daß im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich etwas Abweichendes bestimmt wurde⁽⁸⁰⁾. Stirbt ein persönlich haftender Gesellschafter⁽⁸¹⁾, so gilt die Gesellschaft als aufgelöst⁽⁸²⁾, wenn nicht wie in der Regel eine Fortsetzung unter den übrigen Gesellschaftern, mit den Erben oder mit einem von ihnen vertraglich vereinbart ist⁽⁸³⁾.

6. Zusammenarbeit zwischen Unternehmen auf der Ebene der Gleichordnung.

Die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit gemeinsamen Vorgehens kann sich im Rahmen der bestehenden Wirtschaftsordnung auch für solche Unternehmen ergeben, die nicht die Macht oder den Willen besitzen, den « Partner » zu einer abhängigen Größe zu machen. Für diese Fälle stellt die Rechtsordnung neben der Fusion im wesentlichen fünf Instrumente zur Verfügung:

a) Die Unternehmen können sich einer einheitlichen Leitung unterstellen. Der diesem Zweck dienende Vertrag ist nach § 291^{II} AktG nicht als Unternehmensvertrag zu qualifizieren und unterliegt deshalb nicht den besonderen, für diesen geltenden Vorschriften. Der auf diese Weise geschaffene « Gleichordnungskonzern » unterliegt keinen Sonderbestimmungen und ist im Gegensatz zu allen anderen unter Beteiligung einer AG oder KGaA errichteten Konzernen nicht zur Rechnungslegung nach §§ 329 ff AktG verpflichtet⁽⁸⁴⁾. Unerheblich ist, ob die Leitung

(79) §§ 717 I, 719 I BGB für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, auf die § 105 II HGB für die oHG und §§ 161 II, 105 II HGB für die KG verweisen.

(80) BGH WM 1961, 303; BGH BB 1958, 57.

(81) Der Tod eines Kommanditisten löst die KG nicht auf - § 177 HGB.

(82) § 727 I BGB für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, § 131 Ziff. 4 HGB für die oHG, § 161 II iVm § 131 Ziff. 4 HGB für die KG.

(83) Die dadurch aufgeworfenen Rechtsfragen sind Gegenstand umfangreicher literarischer Erörterungen: Vgl. etwa BEHRENS, *oHG und erbrechtliche Nachfolge. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Hamburg 1969; SCHMITZ-HERSCHIEDT, *Die Unternehmensnachfolge in der oHG von Todeswegen*, Berlin 1969.

(84) Näher dazu KRONSTEIN, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 3, 2. Lieferung, Köln-Berlin-Bonn-München 1971, § 329 Rn 3.

als solche selbst Unternehmenscharakter trägt oder ob es sich um ein Gremium ohne eigene gewerbliche Betätigung handelt.

b) Die Unternehmen können weiter einen Gewinngemeinschaftsvertrag nach § 292^I Ziff. 1 AktG schließen, der vom Gesetz als Unternehmensvertrag qualifiziert wird. Er hat den Sinn, Marktrisiken zu vergemeinschaften, kommt aber wohl gerade wegen dem dann naheliegenden Übergang zur gemeinschaftlichen Leitung praktisch relativ selten vor⁽⁸⁵⁾.

c) Ungemein wichtig ist demgegenüber die Gründung gemeinsamer Tochtergesellschaften, die einzelne Aufgaben zum gemeinsamen Nutzen mehrerer Unternehmen erfüllen sollen⁽⁸⁶⁾. Die durch sie aufgeworfenen konzern- und kartellrechtlichen Fragen sind so zahlreich⁽⁸⁷⁾, daß sie sinnvollerweise erst im Zusammenhang mit den Auswirkungen auf die Arbeitnehmer behandelt werden.

d) Zwei Unternehmen können sich außerdem in der Weise verbinden, daß jedes von beiden Beteiligungen am anderen erwirbt. Der Gesetzgeber versucht dem durch zahlreiche Vorschriften entgegenzuwirken, da insbesondere bei Gesellschaften mit weit gestreutem Aktienbesitz sonst eine völlig unkontrollierte Managerherrschaft entstehen könnte. Ob dieses Ziel immer erreicht wird, läßt sich mit guten Gründen bezweifeln⁽⁸⁸⁾.

e) Unternehmen können schließlich ihre Zusammenarbeit so organisieren, daß sie nur einen Teil ihrer jeweiligen Geschäftstätigkeit — etwa den Vertrieb von Waren, die bei einzelnen Produkten zu verlangenden Preisen oder die anzuwendenden Geschäftsbedingungen — « vergemeinschaften », indem sie sich insoweit zu einem gleichförmigen Verhalten verpflichten. Das GWB richtet gegen derartige Abmachungen beträchtliche Schranken auf, die jedoch von der Rechtsprechung nicht immer mit der nötigen Konsequenz gehandhabt werden⁽⁸⁹⁾.

(85) BIEDENKOPF-KOPPENSTEINER, aaO (oben Fn 63) § 292 Rn 11.

(86) EMMERICH-SONNENSCHNEIN, aaO (oben Fn 63) S. 31 ff. mit eingehenden Nachweisen.

(87) EMMERICH-SONNENSCHNEIN, aaO (oben Fn 63) S. 34.

(88) EMMERICH-SONNENSCHNEIN, aaO (oben Fn 63) S. 41 ff.

(89) BGH NJW 1971, 521 ff.; dazu Heuss NJW 1972, 11 ff.

7. *Rechtliche Regelung marktbedingter Abhängigkeit?*

Juristisch nicht erfaßt wird die Abhängigkeit kraft Marktmacht⁽⁹⁰⁾. Der Schutz abhängiger Zulieferer ist zum Teil durch analoge Anwendung der Regeln über den faktischen Konzern⁽⁹¹⁾, zum Teil mit Hilfe des Arbeitsrechts versucht worden⁽⁹²⁾. Hier Abhilfe zu schaffen würde außerordentlicher Anstrengungen bedürfen und mit erheblich reduzierten Gewinnerwartungen der Großunternehmen verbunden sein.

8. *Rechtsformen der Erweiterung der Mitbestimmung.*

Veränderungen in Struktur und Kontrolle des Unternehmens können sich nicht nur im Rahmen des «Faktors Kapital», sondern auch dadurch vollziehen, daß die Einschaltung der Arbeitnehmer in den unternehmensinternen Entscheidungsprozeß verstärkt wird. Dies wird in aller Regel aufgrund einer Gesetzesänderung erfolgen; als Beispiel kann der gegenwärtige Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Herstellung paritätischer Mitbestimmung im Aufsichtsrat dienen⁽⁹³⁾. Auf der anderen Seite ist aber auch die Frage zu stellen, inwieweit der Tarifvertrag zum Mittel einer erweiterten Partizipation werden kann; den dadurch aufgeworfenen Problemen wird im folgenden Abschnitt nachzugehen sein.

9. *Rechtsformen internationaler Konzentration.*

Die bisher erörterten rechtlichen Formen gingen von der stillschweigenden Annahme aus, es handele sich um Vorgänge, die sich ausschließlich im nationalen Rahmen abspielen. Für internationale, durch Produktionsstätten in mehreren Ländern

(90) Dazu oben I 1.

(91) Ablehnend jedoch WÜDINGER, aaO (oben Fn 69) § 311 Anm. 2.

(92) S. für die Tankstellenpächter M. REHBINDER aaO (oben Fn 26) S. 40 mwN sowie die vorgeschlagene Vorschrift des § 12 a TVG (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Heimarbeitsgesetzes und anderer arbeitsrechtlicher Vorschriften v. 3.9.1973, BT-Drucksache 7/975, S. 10) für arbeitnehmerähnliche Personen.

(93) RdA 1974, 99 ff.

gekennzeichnete Unternehmen⁽⁹⁴⁾ ergeben sich demgegenüber einige Modifikationen. Während die Umwandlung nur solchen Gesellschaften offensteht, die ihren Sitz in der BRD haben, und die «Fusion über die Grenzen» bisher über das Planungsstadium nicht hinausgekommen ist⁽⁹⁵⁾, sind internationale Beherrschungsverträge eine verbreitete und von der fast einhelligen Meinung auch akzeptierte Erscheinung⁽⁹⁶⁾. Aufgrund längerer Diskussion ist man zu dem Ergebnis gekommen, daß die Schutzvorschriften zugunsten der Minderheitsaktionäre und der Gläubiger sowohl im Vertrags- wie auch im faktischen Konzern insoweit Anwendung finden, als der Schutz deutscher abhängiger Gesellschaften in Rede steht, während ausländische Tochtergesellschaften deutscher Unternehmen nicht von den gesetzlichen Regelungen erfaßt werden⁽⁹⁷⁾.

III. BETEILIGUNG DER ARBEITNEHMER AN VERÄNDERUNGEN IN DER STRUKTUR UND DER KONTROLLE VON UNTERNEHMEN, INSBESONDERE AN DER UNTERNEHMENSKONZENTRATION.

1. *Mitbestimmung durch den Aufsichtsrat?*

Für die Arbeitnehmer könnte sich ein Recht auf Mitentscheidung zunächst über ihre Vertretung in den Unternehmensorganen ergeben. Nach geltendem Recht wählen sie ein Drittel

(94) Zum Begriff s. KOPPENSTEINER, *Internationale Unternehmen*, Frankfurt/Main 1971, S. 31 ff.

(95) Art. 220 EWG-V. Dazu der Vorentwurf eines Übereinkommens, erarbeitet von einer Expertengruppe bei der EG-Kommission, Dok. Nr. 5873/XIV/69 sowie KRAFT in: *Kölnner Kommentar* § 339 Rn 8, 26 ff.

(96) BACHE, *Der internationale Unternehmensvertrag nach deutschem Kollisionsrecht*, 1969, S. 21 ff.; BIEDENKOPF-KOPPENSTEINER, aaO (oben Fn 63) zu Vorbem. vor § 291 Rn 24 ff.; v. GODIN-WILHELMI, aaO (oben Fn 70) § 291 Anm. 2; KRONSTEIN, *Die Anwendbarkeit der §§ 311 ff. AktG über die Verantwortlichkeit im faktischen Konzern bei mehrstufigen Unternehmensverbindungen*, BB 1967, 637; a.A. nur MEILICKE, *Korporative Versklavung deutscher Aktiengesellschaften durch Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge gegenüber in- und ausländischen Unternehmen*, in: *Festschrift E. Hirsch*, Berlin 1968, S. 118 ff.

(97) Näher dazu BIEDENKOPF-KOPPENSTEINER, aaO (oben Fn 63) Vorbemerkung § 291 Rn 13 ff. mwN.

der Aufsichtsratsmitglieder, wenn das Unternehmen in der Form einer AG, KGaA, GmbH, bergrechtlichen Gewerkschaft, Genossenschaft oder eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit betrieben wird und mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt⁽⁹⁸⁾. Personengesellschaften, kleinere Unternehmen und Einzelkaufleute sind von dieser Regelung ausgenommen, so daß sich die Frage einer Beeinflussung von Strukturveränderungen im Unternehmen insoweit gar nicht stellt. De lege lata findet sich eine weitergehende Vertretung nur im sog. Montanbereich, d.h. im Bergbau und in der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie: Hier sind die Aufsichtsräte mit einer gleichen Anzahl von Vertretern der Arbeitnehmern und der Anteilseigner sowie einem «neutralen» Mitglied besetzt, auf das sich beide Seiten einigen müssen⁽⁹⁹⁾. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung will demgegenüber in allen Großunternehmen, die wenigstens 2000 Arbeitnehmer beschäftigen, eine rein paritätische Zusammensetzung des Aufsichtsrats vorschreiben und damit den Grundsatz der Gleichwertigkeit von Kapital und Arbeit realisieren⁽¹⁰⁰⁾.

Der — wie auch immer zusammengesetzte — Aufsichtsrat hat bei der AG und KGaA sowie im Montanbereich das Recht, den die Geschäfte der Gesellschaft in eigener Verantwortung führenden Vorstand zu wählen und ihn gegebenenfalls aus wichtigem Grund abuberufen⁽¹⁰¹⁾. Dessen Zusammensetzung unterliegt nur im Montanbereich insofern einer Beschränkung, als ein sog. Arbeitsdirektor bestellt werden muß, der die gleichen Rechte wie die übrigen Vorstandsmitglieder genießt und der in der Regel für soziale und personelle Angelegenheiten zuständig ist⁽¹⁰²⁾. Der Aufsichtsrat hat außer der Wahl — eine (seinem Namen entsprechende) Überwachungsfunktion gegenüber der Geschäftsführung des Vorstands; eigene Entscheidungsbefugnisse

(98) Zu den Einzelheiten s. §§ 76 bis 77 a BetrVG 1952 sowie KITTNER, *Die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nach dem BetrVG*, Köln 1972.

(99) Einzelheiten in den §§ 3-9 des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (MitbG) v. 21.5.1951 (BGBl I S. 347), zuletzt geändert durch das Einführungsgesetz zum AktG v. 6.9.1965 (BGBl I, 1185).

(100) §§ 6-22 des Regierungsentwurfs, abgedruckt RdA 1970, 100 ff.

(101) § 84 AktG.

(102) §§ 12, 13 MitbG.

stehen ihm jedoch nur in sehr beschränktem Rahmen zu: Nach § 111^{IV} 2 AktG kann zwar die Satzung oder der Aufsichtsrat selbst bestimmen, daß einzelne Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen, doch kann ihre Verweigerung gemäß § 111^{IV} 3,4 AktG durch einen mit Drei-Viertel-Mehrheit gefaßten Beschluß der Hauptversammlung wirkungslos werden, so daß man von einem bloßen suspensiven Veto sprechen muß⁽¹⁰³⁾.

Die relativ schwache Stellung des Aufsichtsrats ist gerade im hier interessierenden Zusammenhang von beträchtlicher Bedeutung. Da ihm auch bei der Umwandlung, bei der Verschmelzung und beim Abschluß von Unternehmensverträgen keinerlei Sonderrechte zustehen, kann er zwar die jeweilige Angelegenheit an sich ziehen, doch kann seine Zustimmung durch einen — im Verfahren sowieso erforderlichen — Beschluß der Hauptversammlung bzw. eines anderen Organe der Anteilseigner⁽¹⁰⁴⁾ ersetzt werden⁽¹⁰⁵⁾. Ob ihm darüber hinaus ein definitives Vetorecht eingeräumt werden kann, ist angesichts der Tatsache, daß § 340^{II} 2 AktG für die Verschmelzung und § 293^I 3 AktG für den Unternehmensvertrag die Möglichkeit «sonstiger Erfordernisse» vorsehen, nicht von vorne herein von der Hand zu weisen⁽¹⁰⁶⁾, doch könnte dies nur durch eine Satzungsbestimmung geschehen, deren Erlaß und Fortbestand ausschließlich vom freien Willen der Anteilseigner abhängt⁽¹⁰⁷⁾.

Der Aufsichtsrat ist unter diesen Umständen auf eine mittelbare Einflußnahme über den Vorstand beschränkt. Im An-

(103) Näher dazu MERTENS, in: *Kölner Kommentar*, Band 1, 4. Lieferung, Köln-Berlin-Bonn-München 1973, § 111 Rn 68 mwN.

(104) Gesellschafterversammlung bei der GmbH; nach § 77 I BetrVG 1952 ist § 111 AktG auch auf den Aufsichtsrat einer zu einem Drittel mitbestimmten GmbH anwendbar.

(105) BIEDENKOPF-KOPPENSTEINER, aaO (oben Fn 63) § 293 Rn 7; WÜRDINGER, aaO (oben Fn 69) für Unternehmensverträge; v. GODIN-WILHELM, aaO (oben Fn 70) § 340 Anm. 8; KRAFT, aaO (oben Fn 57) § 340 Rn 39.

(106) Vgl. KRAFT, aaO (oben Fn 57) § 340 Rn 39.

(107) Dies gilt erst recht für andere Unternehmensformen als AG, KGaA und GmbH, da bei ihnen die Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter noch erheblich größer ist — vgl. H. P. WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften*, Heidelberg-New York 1970, S. 211 ff., 249 ff.

wendungsbereich des BetrVG 1952 ist diese sehr niedrig zu veranschlagen: Da die von den Anteilseignern gestellte Mehrheit fast immer einheitlich abstimmt, besteht keinerlei reale Chance zur Durchsetzung von Belegschaftsinteressen⁽¹⁰⁸⁾. Dies gilt gerade auch bei der Vorstandswahl, zumal bisher einziger Fall bekannt, wrde, wo es gelungen wäre, einen Arbeitnehmervertreter gegen das Votum auch nur einiger Repräsentanten der Anteilseignerseite in der Vorstand zu bringen⁽¹⁰⁹⁾. Zahlreiche, in einer empirischen Studie befragte Aufsichtsratsmitglieder qualifizierten daher ihre Befugnisse nicht als Mitentscheidungs-, sondern als bloße Anhörungsrechte, deren Bedeutung geringer sei als die Interessenwahrung durch den Betriebsrat⁽¹¹⁰⁾.

Etwas anders stellt sich die Situation im paritätisch mitbestimmten Montanbereich dar. Zwar wird auch dort — abgesehen von der Position des Arbeitsdirektors — von den Arbeitnehmern die Aufsichtsratsfunktion ausgeübt⁽¹¹¹⁾, doch zeigte sich hier eine sehr viel größere Bereitschaft der Unternehmensleitungen, Konzentrations- und Zentralisationsvorgänge mit den Arbeitnehmervertretern abzustimmen. Nach den Feststellungen der von der Bundesregierung eingesetzten Mitbestimmungskommission standen die Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten den Konzentrationsbestrebungen nicht grundsätzlich ablehnend gegenüber⁽¹¹²⁾. In der Regel wurde über strittige Fragen Einigkeit erzielt, sobald der Mitbestimmungsbesitzstand erhalten blieb, was bei Fusionen nur durch vertragliche Einrichtung von mitbestimmten Direktorien und mitbestimmten

(108) Vgl. BOETTCHER-HAK-KUNZE u.a., *Unternehmensverfassung als gesellschaftspolitische Forderung*, Berlin 1968, S. 39.

(109) BLUME, *Normen und Wirklichkeit einer Betriebsverfassung*, Tübingen 1964, S. 201 f.

(110) KLIEMT, *Die Praxis des Betriebsverfassungsgesetzes im Dienstleistungsbereich. Aus der Sicht der Betriebsratsvorsitzenden*, Tübingen 1971, S. 201.

(111) BLUME, in: POTTHOFF-BLUME-DUVERNELL, *Zwischenbilanz der Mitbestimmung*, Tübingen 1962, S. 266; BRINKMANN-HERZ, *Entscheidungsprozesse in den Aufsichtsräten der Montanindustrie. Eine empirische Untersuchung über die Eignung des Aufsichtsrats als Instrument der Arbeitnehmermitbestimmung*, Berlin 1972, S. 109 ff.; VOIGT, in: VOIGT-WEDDINGEN, *Zur Theorie und Praxis der Mitbestimmung*, Bd I, Berlin 1962, S. 357 ff.

(112) Bt-Drucksache VI/334 S. 45 f., auch zum Folgenden.

Beiräten in den nicht mehr weiterbestehenden Unternehmen möglich war⁽¹¹³⁾. Nur selten haben die Arbeitnehmer ihr Einverständnis zum Zusammenschluß ihres Unternehmens mit einem anderen davon abhängig gemacht, daß die Produktion in dem betroffenen Unternehmen nicht eingestellt und die Beschäftigung der Belegschaft damit gesichert würde⁽¹¹⁴⁾ — eine Haltung, die sich sicher auch aus der schlechten Rechtsposition heraus erklären läßt⁽¹¹⁵⁾. Nichts wesentlich anderes würde sich auch nach einer Realisierung des heutigen Regierungsentwurfs ergeben, da er die Rechtsstellung des Aufsichtsrats als solche grundsätzlich nicht verändert, sondern allein eine neue Zusammensetzung vorsieht⁽¹¹⁶⁾.

Die schwachen, zum Teil praktisch inexistenten Einflußmöglichkeiten der Arbeitnehmer mit Hilfe ihre Vertretung im Aufsichtsrat entfallen völlig, sobald es sich um einen bloßen Beteiligungsserwerb handelt. Veränderungen innerhalb des « Faktors Kapital », die Veräußerung von Aktienpaketen wie die Abtretung von Gesellschaftsanteilen kann de iure von den Unternehmensorganen nicht beeinflußt werden⁽¹¹⁷⁾. Insoweit könnte auch eine Umgestaltung der Rechtsstellung des Aufsichtsrats keine Abhilfe schaffen; das Recht zum Investitionsstreik und zur Kapitalflucht bliebe den Anteilseignern auch dann ungeschmälert erhalten⁽¹¹⁸⁾.

(113) S. als Beispiel das sog. Lüdenscheider Abkommen, das 1959 zwischen der Hoesch AG auf der einen und der IG Metall und der IG Bergbau auf der anderen Seite abgeschlossen wurde (abgedruckt in Mb-Gespr 1959, Heft 9, S. 2). Näher dazu HENSCHKE, *Erweiterung der Mitbestimmung durch privatautonome Regelung, insbesondere in Unternehmen der öffentlichen Hand*, AuR 1971, 33 ff.

(114) BT-Drucksache VI/334 S. 46 (Bericht der Mitbestimmungskommission).

(115) Zum Verhalten der Arbeitnehmervertreter bei Konzentrationsvorgängen vgl. auch BRINKMANN-HERZ, aaO (oben Fn 111) S. 149.

(116) §§ 23 ff des Entwurfs (RdA 1974, 101 ff.).

(117) Cgl. DÄUHLER, aaO (oben Fn 3) S. 23.

(118) Vgl. v. NELL-BREUNING, *Arbeit und Mitbestimmung*, in: *Mitbestimmung, herausgegeben von Anton Rauscher*, Köln 1968, S. 19 ff.; VETTER, *Der Mitbestimmungsvorschlag aus der Sicht der Gewerkschaften*, in: VON DER GROEBEN-VETTER-FRIEDRICH, *Europäische Aktiengesellschaft. Beitrag zur sozialen Integrations?* Bonn 1972, S. 20.

2. Mitbestimmung durch Betriebsrat und Wirtschaftsausschuß?

Eine weitere Möglichkeit zur Einwirkung auf Strukturveränderungen im Unternehmen könnte sich für die Arbeitnehmer aus dem BetrVG ergeben, das den Betriebsrat sowie den Wirtschaftsausschuß mit bestimmten Rechten ausstattet.

a) Der Wirkungsbereich des Betriebsrats erstreckt sich grundsätzlich nur auf den « Betrieb », nicht jedoch auf das « Unternehmen ». Beide werden in der Rechtsprechung wie in der herrschenden Literatur streng geschieden. Während der Betrieb als organisatorische Einheit definiert wird, innerhalb deren Unternehmer und Arbeitnehmer mit Hilfe von sachlichen und immateriellen Mitteln bestimmte *arbeitstechnische* Zwecke fortgesetzt verfolgen⁽¹¹⁹⁾, sieht man im Unternehmen die « wirtschaftliche Leistungseinheit »⁽¹²⁰⁾, die durch « entferntere », *wirtschaftliche* oder *ideelle* Zwecke charakterisiert ist⁽¹²¹⁾. Der Betriebsrat ist daher von vorne herein auf Mitbestimmung und Mitwirkung bei Vorgängen beschränkt, die sich unmittelbar auf die Produktionseinheit « Betrieb » beziehen; Veränderungen in der Struktur und Kontrolle des Unternehmens sind seinem Einwirkungsbereich entzogen.

Diese Feststellung allein läßt jedoch noch keine endgültige Beurteilung der Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats zu. Zahlreiche hier interessierende Vorgänge insbesondere der Unternehmensleitung zu blockieren, so wirkt dies mittelbar auch auf die « Hauptentscheidung » ein: Eine Verschmelzung kann wirtschaftliche sinnlos werden, wenn keine Reorganisation der Produktionsabläufe erfolgen kann.

(119) BAGE 1, 175, 178 = AP Nr. 1 zu § 88 BetrVG 1952; BAGE 2, 91 = AP Nr. 1 zu § 81 BetrVG 1952. Aus der Literatur s. HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Bd. II/ 2, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt 1970, § 53 A I (S. 1111); NIKISCH, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 1961, S. 141 jeweils mwN. Ähnlich die Mitbestimmungskommission (Bt-Drucksache VI/334), die S. 60 davon spricht, der Betrieb definiere sich durch einen vorgegebenen Produktionsauftrag und durch die an der Erfüllung dieses Auftrags orientierte Produktionsleistung.

(120) RITTNER, *Die Funktionen des Eigentums im modernen Gesellschaftsrecht*, in: *Marburger Gespräch über Eigentums- Gesellschaftsrecht, Mitbestimmung*, Marburg 1967, S. 54.

(121) S. die Fn 119 Genannten.

Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats in sogenannten wirtschaftlichen Angelegenheiten beziehen sich auf « Betriebsänderungen » i.S. des § 111 BetrVG. Dazu werden im einzelnen « Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen, Verlegung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen, Zusammenschluß mit anderen Betrieben, grundlegende Änderungen der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks und der Betriebsanlagen sowie die Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren » gerechnet⁽¹²²⁾. In allen diesen Fällen hat der Arbeitgeber den Betriebsrat in die Planung einzuschalten und ihn rechtzeitig und umfassend zu informieren, sofern wesentliche Nachteile für die Belegschaft oder erhebliche Teile der Belegschaft eintreten können. Beide Seiten haben darauf hinzuwirken, daß ein Ausgleich der jeweiligen Interessen zustandekommt, der gegebenenfalls in einer schriftlichen Abmachung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat niederzulegen ist. Von diesem « Interessenausgleich » ist der sogenannte Sozialplan zu unterscheiden. Während der erste die Vorahme der beabsichtigten Betriebsänderung als solche sowie ihren Zeitpunkt zum Gegenstand hat, betrifft der letztere « den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern infolge der geplanten Betriebsänderung entstehen »⁽¹²³⁾. Diese Unterscheidung ist von fundamentaler Bedeutung: Kommt keine Einigung den Interessenausgleich zustande, so kann der Unternehmer die beabsichtigte Maßnahme dennoch vornehmen, da dem Betriebsrat insoweit kein Mitbestimmungs-, sondern nur ein Mitwirkungsrecht zusteht, während beim Sozialplan die paritätisch besetzte Einigungsstelle⁽¹²⁴⁾ endgültig und auch

(122) So der Wortlaut des § 111 2 BetrVG. Die Frage, ob diese Aufzählung abschließenden Charakter besitzt, ist umstritten: Bejahend DIETRICH-RICHARDI, *Kommentar zum BetrVG*, 5. Aufl., München 1973, § 111 Rn 8; EDMANN-JÜRGING-KAMMANN, *Kommentar zum BetrVG*, Neuwied und Berlin 1972, § 111 Rn 59; ablehnend und für Einbeziehung weiterer Fälle FITTING-AUF-FAETH, *Kommentar zum BetrVG*, 10. Aufl., München 1972, § 111 Rn 9; GNAD-KEHRMANN-SCHNEIDER, *Kommentar zum BetrVG*, Köln 1972, § 111 Anm. 3, jeweils mwN.

(123) So die Legaldefinition in § 112 2 BetrVG.

(124) Nach § 76 II BetrVG besteht die Einigungsstelle aus einer gleichen Anzahl von Beisitzern, die vom Arbeitgeber und vom Betriebsrat bestellt werden, und einem unparteiischen Vorsitzenden, auf dessen Person sich beide

für den Unternehmer bindend entscheidet. Nach § 112^{IV 2} BetrVG hat sie dabei « sowohl die sozialen Belange der betroffenen Arbeitnehmer zu berücksichtigen als auch auf die wirtschaftliche Vertretbarkeit ihre Entscheidung für das Unternehmen zu achten ». Da im Gesetz keine weitere Eingrenzung ihres Ermessens erfolgt, ist, besitzt sie zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten; so kann sie neben Grundsätzen für die Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer (126) und einer evtl. Verlängerung der Kündigungsfrist (126) Überbrückungsbeihilfen (127) und Abfindungen (128) gewähren, deren Höhe in der Regel von der Dauer der Betriebszugehörigkeit und den sozialen Verhältnissen des Einzelnen abhängt, aber durchaus ein Jahreseinkommen überschreiten kann. Daneben wird häufig die Finanzierung von Umschulungsmaßnahmen vorgesehen, um dem Arbeitnehmer die Weiterarbeit im selben oder in einem anderen Betrieb zu ermöglichen (129), sie erfassen sowohl den Lohnausfall während der Lehrgangsteilnahme als auch die sachlichen Kosten der Umschulung selbst (130).

Die Erzwingbarkeit des Sozialplans und die mit ihm verbundenen finanziellen Belastungen sind das einzige Mittel, durch das der Betriebsrat mittelbar auf Veränderungen in der Unternehmenssphäre einwirken kann. Wenn eine Umstrukturierung des Unternehmens erfolgen soll, so ist damit ein Faktor vorgegeben, der je nach den konkreten Umständen nicht unbeträchtliche Bedeutung gewinnen, aber auch ohne jeden Einfluß auf die Entscheidung der maßgebenden Personen bleiben kann.

b) Im Gegensatz zum Betriebsrat erstreckt sich das Tätig-

Seiten einigen müssen. Gelingt ihnen dies nicht, so wird er vom Arbeitsgericht bestellt.

(125) DIETZ-RICHARDI, aaO (oben Fn 122) § 112 Rn 21; FITTING-AUFFARTH, aaO (oben Fn 122) § 112 Rn 12.

(126) BRECHT, *Kommentar zum BetrVG*, Herne 1972, § 112 Rn 8; FITTING-AUFFARTH § 112 Rn 12.

(127) KREUTZ, *Die Beteiligung des Betriebsrats in wirtschaftlichen Angelegenheiten nach dem Regierungsentwurf*, BfStR 1971, 282.

(128) DIETZ-RICHARDI § 112 Rn 21; FITTING-AUFFARTH § 112 Rn 12; GALPERIN, *Regierungsentwurf für ein BetrVG*, Düsseldorf 1971, S. 45; HANAU-ADOMETT, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 2. Aufl., Frankfurt/Main 1973, S. 114; KREUTZ BfStR 1971, 282.

(129) BRECHT § 112 Rn 8; FITTING-AUFFARTH § 112 Rn 12; GALPERIN, aaO, S. 45; KREUTZ BfStR 1971, 282.

(130) DIETZ-RICHARDI § 112 Rn 21.

keitsfeld des sogenannten Wirtschaftsausschusses von vorne herein auf die Sphäre des Unternehmens (131). Nach § 106^F BetrBG hat der Unternehmer den Wirtschaftsausschuß rechtzeitig und umfassend über die wirtschaftlichen Angelegenheiten des Unternehmens zu unterrichten, soweit dadurch nicht Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse gefährdet werden. Mit Recht hat man deshalb die Informationsbefugnis des Wirtschaftsausschusses auf die Fusion erstreckt (132), doch dürften auch Umwendungen, wesentliche Veränderung der Beteiligungsverhältnisse und Unternehmensverträge erfaßt werden (133). Über die bloße Unterrichtung hinaus stehen dem Wirtschaftsausschuß allerdings keinerlei Rechte zu; eine Information der Belegschaft scheidet überdies häufig an der Verpflichtung zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (134).

3. Mitbestimmung durch Tarifvertrag?

Eine weitergehende Einwirkungsmöglichkeit der Arbeitnehmer könnte sich aus dem Recht der Gewerkschaften ergeben, bestimmte Fragen zum Gegenstand von Tarifverhandlungen zu machen.

a) Die im « Kernbereich » verfassungsrechtlich garantierte Freiheit zum Abschluß von Tarifverträgen (135) hat zwar umfangreiche monographische Behandlung erfahren (136), doch

(131) Nach § 107 BetrVG besteht der Wirtschaftsausschuß aus mindestens 3 und höchstens 7 betriebsangehörigen Arbeitnehmern, die von Betriebsrat gewählt werden.

(132) DIETZ-RICHARDI, aaO (oben Fn 122) § 106 Rn 42; FITTING-AUFFARTH, aaO (oben Fn 122) § 106 Rn 24; KRAFT, aaO (oben Fn 57) § 339 Rn 69.

(133) Soweit ersichtlich, wurde die Frage bisher kaum angesprochen. Für Einbeziehung von « Konzentrationsvorgängen » jedoch FITTING-AUFFARTH, aaO (oben Fn 122) § 106 Rn 24.

(134) Zur Geheimhaltungspflicht näher KITTNER, *Unternehmensverfassung und Information - Die Schweigepflicht von Aufsichtsratsmitgliedern*, ZHR 136 (1972), 208-251.

(135) BVerfGE 4, 96 ff.; ständ. Rspr.

(136) Vgl. in der Reihenfolge des Erscheinens) BIEDENKOPF, *Grenzen der Tarifautonomie*, Karlsruhe 1964; RICHARDI, *Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses*, München 1968; ADOMETT, *Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht*, München 1969; SÄCKER, *Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit*, Düsseldorf 1969; HINZ, *Tarifhoheit und Ver-*

ürte dies bisher zu keinem Konsens über den hier interessierenden Umfang des tariflich Regelbaren. Die Auffassungen reichen von dem Erfordernis eines « unmittelbaren Zusammenhangs » mit dem Arbeitsverhältnis⁽¹³⁷⁾ über das Ausreichenlassen eines nur losen, mittelbaren Zusammenhangs⁽¹³⁸⁾ und dem Gesamtbereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen⁽¹⁴⁰⁾. Dennoch hat sich eine ganz herrschende Meinung herausgebildet, die alle « Unternehmerentscheidungen » aus dem Bereich verbindlicher tariflicher Regelung ausklammert, da die unternehmerische Autonomie in einem marktwirtschaftlichen System unbedingten Schutz genießen müsse⁽¹⁴¹⁾; allenfalls sei es daher zulässig, durch Tarifvertrag Daten für bestimmte Unternehmerdispositionen zu setzen, beispielweise eine Betriebsstilllegung durch tarifliche Begründung von Abfindungsansprüchen der betroffenen Arbeitnehmer zu « verteuern »⁽¹⁴²⁾. Zwar steht diese Auffassung im Widerspruch zu der vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung betonten wirtschaftsverfassungsrechtlichen Neutralität des Grundgesetzes⁽¹⁴³⁾, doch ist unter den gegebenen Verhältnissen kaum mit einer alsbaldigen Änderung zu rechnen.

saungsrecht, Berlin 1971; RUPERT SCHOLZ, *Zoalitions freiheit als Verfassungsproblem*, München 1971; DÄUBLER, *Das Grundrecht auf Mitbestimmung und ihre Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten*, Frankfurt/Main 1973. S. weiter die Gutachten zum 46. DJT von Herb. Krüger und Biedenkopf sowie das Referat von Herschel.

(137) FORSTHOFF, *Der Entwurf eines Zweiten Vermögensbildungsgesetzes. Eine verfassungsrechtliche Würdigung*, BB 1965, 384; HUECK-NIPPERDEY-FAHLHACKE, *Kommentar zum TVG*, 4. Aufl., München und Berlin 1964, § 1 Rn 8; SCHELF, *Gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien*, in: *Festschrift Nipperdey*, Band II, München und Berlin 1965, S. 592.

(138) GAMILLSCHLEG, *Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit*, Berlin 1966, S. 81; MISERA, *Tarifmacht und Individualbereich unter Berücksichtigung der Sparklausel*, Berlin 1969, S. 32 f.; REUß, *Tarifautonomie und Richterrecht*, AuR 1972, 138; SCHNORR, *Inhalt und Grenzen der Tarifautonomie*, JR 1966, 331.

(139) BIEDENKOPF, *Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien*, Gutachten für den 46. DJT, in: *Verhandlungen des 46. JT*, Band I, Teil 1, E. 158; THOMAS RAISER, *Das Unternehmen als Organisation*, Berlin 1969, S. 127; SÄCKER, aaO (oben Fn 136) S. 58.

(140) DÄUBLER, aaO (oben Fn 3) S. 185 ff.

(141) So insbes. BIEDENKOPF, aaO (oben Fn 139) S. 158 ff.

(142) So auch die anderen, in Fn 139 genannten Autoren.

(143) BVerfGE, 4, 7, 17; 7, 377, 400; 12, 354, 363 f.; 14, 263, 275, 30, 32, 315.

nen⁽¹⁴⁴⁾. Für die Zwecke dieser Arbeit ist deshalb davon auszugehen, daß auch der Tarifvertrag den Arbeitnehmern keine gleichberechtigte Mitentscheidung über Veränderungen in der Struktur und der Kontrolle des Unternehmens verschafft.

b) Zu erwähnen sind im vorliegenden Zusammenhang jedoch die in einigen Branchen bestehenden tariflichen Rationalisierungsschutzabkommen⁽¹⁴⁵⁾. Ähnlich wie die oben behandelten Sozialpläne beschränken sie sich darauf, Folgen bestimmter unternehmerischer Maßnahmen abzumildern, indem etwa den betroffenen Arbeitnehmern längere Kündigungsfristen oder Abfindungen eingeräumt und notwendige Umschulungsmaßnahmen finanziert werden⁽¹⁴⁶⁾. Auch hier kann sich eine « Fernwirkung » der Art ergeben, daß die auf diese Weise entstehenden Unkosten bei der Entscheidung über eine Veränderung im Unternehmensbereich berücksichtigt werden; davon als Regelfall auszugehen, erscheint jedoch nicht angebracht.

4. Mitbestimmung durch Arbeitskampf.

Als letztes Mittel der Einwirkung durch die Arbeitnehmer kommen Kampfmaßnahmen wie Streik und Betriebsbesetzung in Betracht.

Die Rechtsprechung des BAG⁽¹⁴⁷⁾ sowie die herrschende Meinung in der Literatur⁽¹⁴⁸⁾ lassen eine kollektive Arbeitsniederlegung nur zu, wenn sie ein tariflich regelbares Ziel verfolgt, wobei man entweder auf das Prinzip der Sozialadäquanz oder auf Art. 9^{III} GG abstellt, der den Streik nur als Ergänzung der Tarifautonomie gewährleistet. Die Gegenmeinung, die insbe-

(144) Zur Kritik siehe DÄUBLER, aaO (oben Fn 3) S. 185 ff. Zum Zusammenhang von politisch-gesellschaftlichen Verhältnissen und juristischer Meinungsbildung Däubler S. 46 ff.

(145) S. Etwa das Rationalisierungsschutzabkommen für das graphische Gewerbe (abgedruckt RdA 1968, 222 f.) und für die Metallindustrie (abgedruckt RdA 1968, 260 ff.).

(146) Ansprüche aus Rationalisierungsschutzabkommen und Ansprüche aus dem Sozialplan bestehen nebeneinander: BRECHT, aaO (oben Fn 126) § 112 Rn 3; DIETZ-RICHARDI, aaO (oben Fn 122) § 112 Rn 36, 37; FITTING-AUF FARTH, aaO (oben Fn 122) § 112 Rn 11.

(147) BAG GS AP Nr. 1, 43 zP Art. 9 GG Arbeitskampf.

(148) S. die Nachweise bei HUECK-NIPPERDEY II/2 aaO (oben Fn 119) § 47 Fn 10 t (S. 890).

sondere auf die landesrechtlichen Streikgarantien ⁽¹⁴⁹⁾, auf Art. 6 Ziff. 4 ESC ⁽¹⁵⁰⁾ und auf das Selbstbestimmungsprinzip des Art. 1 GG ⁽¹⁵¹⁾ verweist, läßt demgegenüber auch die nicht-gewerkschaftliche Arbeitsniederlegung zu und sieht von einer über die Friedenspflicht hinausgehenden Bindung der Gewerkschaften ab ⁽¹⁵²⁾. Die Konsequenzen liegen klar zutage: Während die erste Auffassung die Grenzen der Tarifautonomie achten und deshalb einen Streik im hier interessierenden Zusammenhang ablehnen muß, wird die zweite Auffassung in aller Regel zu einer Bejahung von Arbeitskämpfmaßnahmen kommen.

Noch negativer ist die rechtliche Beurteilung der Betriebsbesetzung. Die fast einhellige Meinung sieht in ihr einen strafbaren Hausfriedensbruch ⁽¹⁵³⁾, sofern im konkreten Fall nicht noch weitere Straftatbestände hinzukommen. Aktionen wie die von holländischen Arbeitnehmern in Breda vorgenommene ⁽¹⁵⁴⁾ könnten daher von deutschen Arbeitgebern mit Zwangsräumung ⁽¹⁵⁵⁾, Strafanzeige, Kündigung ⁽¹⁵⁶⁾, Aussperrung ⁽¹⁵⁷⁾ und Schadensersatz ⁽¹⁵⁸⁾ beantwortet werden.

(149) DÄUBLER, *Der Streik im öffentlichen Dienst*, 2. Aufl., Tübingen 1971, S. 13 ff.

(150) RAMM, *Der nichtgewerkschaftliche Streik*, AuR 1971, 65 ff., 97 ff.

(151) DÄUBLER, *Das Grundrecht auf Streik - eine Skizze*, ZfA 1973, 201 ff.; dazu scharf ablehnend, ZÖLLNER, *Über einige extreme Thesen zum Arbeitskampfrecht*, ZfA 1973, 227 ff.

(152) S. auch REUSS, *Die Grenzen legaler Arbeitskämpfe*, Juristen - Jahrbuch Bd 4 (1963/64) S. 177.

(153) Schon der Sitzstreik erfüllt diesen Tatbestand: BROX-RÜTHERS, *Arbeitskampfrecht*, Stuttgart 1965, S. 207; HUECK-NIPPERDEY, aaO (oben Fn 119), II/2, § 50 C III (S. 1058); SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar zum StGB*, 15. Aufl., München 1970, § 123 Rn 20; SIEBRECHT, *Das Recht im Arbeitskampf*, 3. Aufl., Köln 1964, S. 159; anders im Hinblick auf ein mit Besitz verbundenes Recht am Arbeitsplatz und mit Rücksicht auf die Erklärung des Unternehmens als « Personenverbund » DÄBLER, *Strafbarkeit von Arbeitskämpfen?* in: BAUMANN-DÄHN, *Studien zum Wirtschaftsstrafrecht*, Tübingen 1972, S. 115 f.

(154) Dazu TEULINGS, *Arbeitskonflikte und Gewerkschaften in den Niederlanden*, in: JACOBI/MÜLLER-JENTSCH/EB. SCHMIDT, *Gewerkschaften und Klassenkampf*, Kritisches Jahrbuch '73, Frankfurt/Main 1973, S. 242 ff., 253 ff.

(155) Die im Wege der einstweiligen Verfügung erreicht und notfalls mit Polizeieinsatz durchgeführt würde.

(156) Rechtswidrige Streiks berechtigen zur Kündigung - s. statt aller BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

(157) Nach herrschender Auffassung zulässig - BAG AP Nr. 43 zu Art. 9

5. Zusammenfassung.

Das Gesamtergebnis ist aufgrund dieser Tatsachen relativ eindeutig: Die Arbeitnehmer können nur in manchen Fällen und auch dort nur mittelbar auf Veränderungen in der Struktur und Kontrolle des Unternehmens Einfluß nehmen; im übrigen sind sie auch dann Objekt fremder Entscheidungen, wenn sie von diesen existenziell betroffen werden. Außer einer Einschaltung der politischen Instanzenderen Intervention unter besonders günstigen Bedingungen Härten vermeiden kann, gibt es nur die Möglichkeit einer generellen Umstrukturierung des Unternehmens durch erweiterte Mitbestimmung. Neben einer gesetzlichen Regelung kommt als rechtliches Mittel hierfür der Tarifvertrag in Betracht. Nach herrschender Auffassung ist er in der Lage, die Betriebsratsbefugnisse auszuweiten ⁽¹⁵⁹⁾, und vor kurzen ist der Vorschlag gemacht worden, eine tarifliche Verpflichtung zur Änderung der Unternehmenssatzung zuzulassen, die eine erweiterte Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat und Vorstand möglich machen würde ⁽¹⁶⁰⁾. Ob sich diese Auffassung in der juristischen Diskussion und in der Tarifpraxis durchsetzen wird, kann im Augenblick noch nicht endgültig beurteilt werden ⁽¹⁶¹⁾.

GG Arbeitskampf; GERHARD MÜLLER, *Das Arbeitskampfrecht im Beschluß des Großen Senats des BAG vom 21.4.1971*, RdA 1971, 321 ff.; REUTER, *Nochmals: Die unverhältnismäßige Aussperrung*, JuS 1973, 284. Zur Gegenposition s. DÄUBLER, *Die unverhältnismäßige Aussperrung*, JuS 1972, 642 ff.; KITTNER, *Parität im Arbeitskampf? Überlegungen zur Forderung nach dem Verbot der Aussperrung*, GMH 1973, 91 ff.

(158) BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf m. krit. Anm. Mayer-Maly.

(159) BAG AP Nr. 11 zu § 611 BGB Akkordlohn; BAG AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG 1952 Akkord; BAG AP Nr. 3 zu § 57 BetrVG 1952; Übersicht über die Literatur bei DÄUBLER aaO (oben Fn 3) S. 88/89.

(160) DÄUBLER aaO (oben Fn 3) S. 329 ff. Siehe auch den Vorschlag Henschel für einen mitbestimmungsrechtlichen Unternehmensvertrag - AuR 1971, 33 ff.

(161) Zur Vertraglichen Einführung paritätischer Mitbestimmung s. OSSENBÜHL, *Erweiterte Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften. Ein Rechtsgutachten, erstattet für die Gewerkschaft ÖTV*, Stuttgart 1972, S. 9 ff.

6. Weiterer Gang der Darstellung.

Nach Behandlung dieser mehr grundsätzlichen Frage kann nunmehr in die auch Details einbeziehende Erörterung der Auswirkungen eingetreten werden, die sich für die Arbeitnehmer aus den einzelnen Veränderungen in der Struktur und Kontrolle des Unternehmens ergeben. Dabei soll im wesentlichen die oben II gewählte Reihenfolge beibehalten werden.

IV. DIE AUSWIRKUNGEN DER UMWANDLUNG AUF DIE ARBEITNEHMER.

1. Die formändernde Umwandlung.

Relativ wenig spezifisch arbeitsrechtliche Probleme wirft die bloße formändernde Umwandlung auf⁽¹⁶²⁾. Da sich die Identität des Unternehmens nicht ändert, bleiben Arbeitsverhältnisse ebenso bestehen wie Tarifverträge, setzt doch der « neue » Arbeitgeber auch seine Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband fort. Auch die Existenz sowie die Rechte und Pflichten von Betriebs- und Gesamtbetriebsrat bleiben unangetastet.

Eine nicht unbeträchtliche Veränderung ergibt sich jedoch für die Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat. Im Geltungsbereich der §§ 76-77a BetrVG 1952 hängt zum einen schon die Existenz des Aufsichtsrats von der Rechtsform der Gesellschaft ab, da er nur bei der AG und KGaA zwingend vorgeschrieben ist⁽¹⁶³⁾, während er nach § 77^I BetrVG 1952 in GmbHs und bergrechtlichen Gewerkschaften nur zu errichten ist, wenn diese mindestens 500 Arbeitnehmer beschäftigen. Dasselbe gilt nach § 77^{III} BetrVG 1952 für Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, während beim « kleinen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit nach den §§ 29 ff. VAG allein die Mitglieder darüber entscheiden, ob es einen Aufsichtsrat geben sollte oder nicht⁽¹⁶⁴⁾. Zum anderen unterscheiden sich die bestehenden Aufsichtsräte

erheblich in ihren Kompetenzen: So sind sie etwa nur bei der AG und KGaA, nicht aber bei der GmbH oder bei Genossenschaften zur Wahl der Unternehmensleitung befugt⁽¹⁶⁵⁾. Dies hat zur Folge, daß der Wechsel der Rechtsform die bestehenden bescheidenen Möglichkeiten der Mitbestimmung im Aufsichtsrat beseitigen oder edenfals inhaltlich weiter entwerten kann. Dem sollte zunächst durch Vorenthaltung von Steuervorteilen entgegen gewirkt werden, doch ist die entsprechende Regelung inzwischen ausgelaufen⁽¹⁶⁶⁾.

Im Gegensatz dazu ist die paritätische Mitbestimmung in der Montanindustrie nicht in gleicher Weise von der Rechtsform des Unternehmens abhängig. § 1^{II} MitbG bezieht ausdrücklich alle einschlägig tätigen und mehr als 1000 Arbeitnehmer beschäftigenden Aktiengesellschaften, GmbH's und bergrechtliche Gewerkschaften ein und bestimmt in § 3 die Errichtung eines Aufsichtsrats nach den Vorschriften und mit den Rechten und Pflichten des Aktienrechts. Die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit und fast immer auch Genossenschaften von ihrer spezifischen Zielsetzung her ausscheiden, ist damit die « Mitbestimmungsschädlichkeit » einer formwechselnden Umwandlung nahezu beseitigt⁽¹⁶⁷⁾. Ähnliches ist im Regierungsentwurf für ein allgemeines Mitbestimmungsgesetz vorgesehen⁽¹⁶⁸⁾.

2. Die übertragende Umwandlung.

Zahlreichere Probleme wirft die sog. übertragende Umwandlung auf, die anhand des gesetzlichen Modellfalls, d.h. der Übertragung des Vermögens einer AG auf eine bestehende oHG (§§ 3 ff., 9 ff. UmwG) untersucht werden sollen. Dabei wird unterstellt, daß die oHG nur zu dem Zweck gegründet wurde, den Geschäftsbetrieb der AG zu übernehmen.

(165) FITTING-AUFFARTH aaO (oben Fn 122) § 77 BetrVG 1952 Rn 11, 14, 18.

(166) KITTNER, *Die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nach dem BetrVG*, Köln 1972, Rn 133. Dort auch (Rn 124) eingehend zu den auftauchenden Verfahrensfragen.

(167) Vgl. KÖTTER, *Mitbestimmungsrecht*, Berlin 1952, § 1 Anm. 21 (zur KGaA); MÜLLER-LEHMANN, *Kommentar zu zum Mitbestimmungsgesetz*, Heidelberg 1952, § 1 Rn 22.

(168) § 6 RegE (RdA 1970, 100).

(162) Zu ihren Anwendungsfällen s. die Übersicht oben Fn 47.

(163) Eine Ausnahme bilden nur die Familiengesellschaften: § 76 VI BetrVG 1952.

(164) Anders beim sog. großen VVaG.

a) Nach § 5¹ UmwG geht mit der Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister der Vermögen der AG einschließlich der Schulden auf die oHG über. Mit Recht sieht man darin eine Universalsukzession vergleichbar der beim Erbfall eintretenden (169), so daß das Arbeitsverhältnis nunmehr in Bezug auf die oHG besteht. Nach § 5² UmwG ist die AG mit der Eintragung der Umwandlung aufgelöst; § 613a^{III} 1 BGB stellt klar, daß auch unter dem Gesichtspunkt der Mithaftung des Veräußerers bei Betriebsinhaberwechsel keine Verpflichtung der AG mehr existiert (170). An den individualarbeitsrechtlichen Beziehungen ändert sich in der Sache selbst nichts; auch die für die Kündigungsfristen maßgebliche Dauer der Betriebs- und Unternehmenszugehörigkeit wird durch die Umwandlung nicht beeinflusst. Ist der Anspruch auf die Arbeitsleistung ausnahmsweise kraft ausdrücklicher Vereinbarung nicht übertragbar, so muß nach Muech-Nipperdey eine Abwicklung nach den §§ 323-325 BGB erfolgen (171); sinnvoller erscheint, in diesem Fall das Erlöschen des Arbeitsverhältnisses ex lege anzunehmen (172).

b) Als weniger unproblematisch erweist sich die Fortgeltung von Tarifnormen.

Was zunächst den (relativ seltenen) Firmentarif betrifft, so erstreckt sich die Gesamtrechtsnachfolge auch auf ihn; die oHG wird aus dem obligatorischen Teil verpflichtet, die unmittelbare und bwingende Wirkung seiner Normen hat nunmehr sie zu beachten (173). Beim in der Praxis dominierenden Verbandstarif ergibt sich die Besonderheit, daß die oHG grundsätzlich nicht Mitglied des Arbeitgeberverbandes wird, da § 38¹ BGB die Mitgliedschaft beim eingetragenen Verein und § 54¹ in Verbindung mit §§ 717¹, 719¹ BGB die Mitgliedschaft beim nicht rechtsfähigen

Verein für unveräußerlich und unvererblich erklären. Wenn die Satzung des Arbeitgeberverbandes nichts Gegenteiliges bestimmt (174), ist damit ein Tatbestand verwirklicht, der in seinen Wirkungen dem Austritt eines Unternehmers aus dem Arbeitgeberverband gleichkommt. Da dies nach § 3^{III} TVG die Tarifbindung unberührt läßt (175), muß auch hier von einer Fortgeltung der Tarifnormen ausgegangen werden, da die ratio des § 3^{III} — die Garantie von Mindestarbeitsbedingungen nicht vom Unterbleiben bestimmter Veränderungen auf Arbeitgeberseite abhängig zu machen — auch im vorliegenden Fall zutrifft. Erst wenn der Tarifvertrag als solcher beendet ist, tritt die Bindung an einen dann neu abgeschlossenen Verbandstarif nur bei Mitgliedschaft der oHG bzw. ihrer Gesellschafter (176) im Arbeitgeberverband ein.

c) Die Existenz des Betriebsrats, des Gesamtbetriebsrats wie auch des Wirtschaftsausschusses sind von der Rechtsform des Unternehmens unabhängig; insoweit bleibt die Umwandlung ohne unmittelbare Auswirkung. Einschneidend sind jedoch die Konsequenzen für die Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat: Da es diesen im Recht der Personengesellschaften und im Recht des Einzelkaufmanns nicht gibt, fällt die Mitbestimmung ersatzlos weg (177). Dies gilt de lege lata nicht nur für den Anwendungsbereich des BetrVB 1952, sondern auch für die Montanmitbestimmung, da § 1^{II} MitbG Personengesellschaften nicht als « mitbestimmungspflichtig » erwähnt (178). Selbst der Regierungsentwurf für ein neues Mitbestimmungsrecht ist insoweit nicht konsequenter (179). Innerer Grund für diese « Liberalität » ist die Erwägung, wer unbeschränkt persönlich haftete, müsse

(169) HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Bd. I 7. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1963, § 54 III 5 (S. 521); SEITER, AR-Blattei D, Betriebsinhaberwechsel I, I Übersich E II 1 c.

(170) Für klarstellende Funktion auch SEITER, AR-Blattei D, Betriebsinhaberwechsel I, I Übersich E II 2 b.

(171) HUECK-NIPPERDEY aaO (oben Fn 169) § 54 III 5 (S. 521).

(172) Das Erlöschen des Arbeitsverhältnisses ist allerdings vom bisherigen Arbeitgeber zu vertreten, der dadurch begründete Schadensersatzanspruch richtet sich gegen den Gesamtrechtsnachfolger.

(173) HUECK-NIPPERDEY-STÄHLHACKE, *Kommentar zum TVG*, 4. Aufl., München und Berlin 1964, § 1 Rn 40 für die gleichliegenden Fälle der Fusion und des Todes des bisherigen Betriebsinhabers.

(174) Die zitierten Vorschriften sind dispositiv; s. § 40 BGB für den e.V. und Palandt-Thomas § 719 Anm. 2 b für das Recht der Gesellschaft, das nach § 54 BGB auch für den nicht rechtsfähigen Verein gilt.

(175) HUECK-NIPPERDEY-STÄHLHACKE aaO (oben Fn 173) § 3 Rn 14.

(176) Mitgliedschaft aller Gesellschafter reicht aus - s. HUECK-NIPPERDEY-STÄHLHACKE aaO (oben Fn 173) § 1 Rn 12, dort auch weitere Einzelheiten.

(177) Allgemeine Meinung; vgl. statt aller KITTNER aaO (oben Fn 166) Rn 123.

(178) Dazu MÜLLER-LEHMANN aaO (oben Fn 167) § 1 Rn 22.

(179) § 1 I des Entwurfs erwähnt die Personengesellschaften nicht, § 4 betrifft nur die Mitbestimmung beim persönlich haftenden Gesellschafter einer GmbH u. Co. KG, d.h. bei der GmbH (RdA 1974, 99).

selbst die Herrschaft über das Unternehmen besitzen und dürfe unter keinen Umständen durch die Mitbestimmung in die Gefahr geraten, für Entscheidungen einstehen zu müssen, mit denen er inhaltlich nicht übereinstimmt⁽¹⁸⁰⁾. Die in jüngster Zeit formulierte Gegenposition bestreitet die Richtigkeit dieser Argumentation, da es im Gesellschaftsrecht sei langem Fälle gebe, in denen ein Haftender keinen wesentlichen Einfluß auf die ihn belastenden Maßnahmen ausüben kann⁽¹⁸¹⁾; außerdem wird eine gesetzliche Regelung vorgeschlagen, die für alle Großunternehmen die Rechtsform der Kapitalgesellschaft vorschreibt⁽¹⁸²⁾. Beides vermag jedoch nichts am de lege lata eintretenden Wegfall der Mitbestimmung zu ändern, eine Rechtslage, die bisher nur deshalb zu keinen Unzuträglichkeiten geführt hat, weil außerjuristische Gesichtspunkte wie die Notwendigkeit, den Kapitalmarkt in Anspruch zu nehmen und das Klima der Sozialpartnerschaft nicht zu stören, die jeweiligen Anteilseigner zur « Mäßigung » veranlaßt haben⁽¹⁸³⁾.

3. Umwandlung auf eine oHG mit bestehendem Geschäftsbetrieb.

Erfolgt die übertragende Umwandlung in der Weise, daß die AG ihr Vermögen einer schon aktiven oHG überträgt, so treten eine Reihe von Rechtsfragen auf, die sich in gleicher Weise bei der Fusion wiederfinden und die deshalb dort behandelt werden sollen. Erwähnenswert ist für diese Fallkonstellation lediglich § 8 UmwG, der eine getrennte Verwaltung des übernommenen und des Alt-Vermögens der oHG anordnet und auch den Arbeitnehmern erst nach Ablauf von 6 Monaten den Zugriff auf das letztere eröffnet⁽¹⁸⁴⁾.

(180) Paradigmatisch Flume, Die Forderung der Gewerkschaften auf Erweiterung der qualifizierten Mitbestimmung, DB 1967, 296.

(181) DAUBLEE aaO (oben Fn 3) S. 348 ff.

(182) BÖTTCHER-HAX-KUNZE aaO.

(183) Vgl. auch GOHRT-WEDDIGEN, *Zur Theorie und Praxis der Mitbestimmung*, 1, Berlin 1962, S. 378 ff.

(184) Vgl. ERMAN-KÜCHENHOFF, *Handkommentar zum BGB*, 1. Band, 5. Aufl., Münster 1972, § 613 a Rn 46.

V. DIE AUSWIRKUNGEN DER UNTERNEHMENSÜBERTRAGUNG AUF DIE ARBEITNEHMER.

1. Die Fusion.

Verschmelzung durch Aufnahme und Verschmelzung durch Neubildung werden trotz unterschiedlicher wirtschaftlicher Funktion in ihren Wirkungen Dritten gegenüber vom Gesetzgeber gleich behandelt. Sowohl nach § 346^{III} 1 AktG als auch nach § 353^V 2 AktG geht das Vermögen mit allen Aktiva und Passiva auf die aufnehmende bzw. neugebildete Gesellschaft über. Insoweit kann daher eine weitere Differenzierung unterbleiben.

a) Die kraft Gesetzes eintretende Universalzuckession rührt zu einem Übergang des Arbeitsverhältnisses; Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers bestehen nunmehr gegenüber der « neuen » Gesellschaft. Soweit einzelne Vorschriften an die Dauer der Betriebs- und Unternehmenszugehörigkeit anknüpfen, wird die im alten Unternehmen verbrachte Zeit angerechnet, so bei der Bestimmung von Kündigungsfristen nach § 622^{II} BGB und § 1 AngKSchG, für das Eingreifen des Kündigungsschutzes nach § 1 KSchG, für die Wählbarkeit zum Betriebsrat nach § 8^I 1 BetrVG sowie für Ansprüche auf Ruhesumme und Gratifikationen⁽¹⁸⁵⁾.

Schwierigkeiten können bei einem arbeitsvertraglichen Wettbewerbsverbot entstehen, wenn das « neue » Unternehmen einen umfassenderen Tätigkeitsbereich besitzt. In Anlehnung an eine zu einem sehr viel weniger eindeutigen Fall ergangene Entscheidung des BAG⁽¹⁸⁶⁾ muß eine gegenständliche Ausdehnung des Wettbewerbsverbots schon an der Formvorschrift des § 74^I HGB scheitern, die eine schriftliche Abrede für jede neue Verpflichtung des Arbeitnehmers verlangt. Außerdem spricht der Grundgedanke des § 399 BGB gegen eine Erweiterung, da er die Forderungsabtretung ausschließt, wenn dadurch die Leistungs-

(185) So PALANDT-PUTZO, BGB, 32. Aufl., München 1973, § 613 a Anm. 3c für den Fall der Betriebsnachfolge.

(186) BAG AP Nr. 2 zu § 74 a HGB. Dazu kritisch Eckard Rehbinder, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1969, S. 395 ff.

pflicht des Schuldners inhaltlich verändert wird. Will man daher nicht die Unübertragbarkeit der Rechte aus dem Wettbewerbsverbot und damit seine Gegenstandslosigkeit in Kauf nehmen, so kann es nur mit dem bisherigen Inhalt weiterbestehen, eine Schlußfolgerung, die sich auch für die gesetzlichen Wettbewerbsverbote nach §§ 60, 61 HGB⁽¹⁸⁷⁾ aufdrängt.

b) Komplizierter ist die Rechtslage bei Tarifverträgen.

Was zunächst den Firmentarif betrifft, so gilt das bei der übertragenden Umwandlung Gesagte⁽¹⁸⁸⁾: Die « neue » Gesellschaft tritt in alle Rechte und Pflichten ein. Dies gilt auch dann, wenn sie in Bezug auf ihre « alten » Unternehmensbestandteile ebenfalls einen Firmentarif abgeschlossen hatte, da das Nebeneinander beider Verträge solange zu keinen Schwierigkeiten führt, als die bisherige Aufgliederung der Betriebe beibehalten wird⁽¹⁸⁹⁾. Eine Tarifkonkurrenz entsteht dagegen, wenn das aufnehmende Unternehmen einem Verbandstarif unterliegt; sie soll aufgrund des Spezialitätsprinzips zugunsten des Firmentarifs gelöst werden⁽¹⁹⁰⁾.

Galt im aufgenommenen Unternehmen ein Verbandstarif und war dieser wegen gleicher Branchenzugehörigkeit auch im aufnehmenden Unternehmen maßgebend, so tritt keinerlei Änderung ein. Handelt es sich dagegen um einen anderen Wirtschaftszweig, so wird das gesamte « neue » Unternehmen von dem dort geltenden Verbandstarif erfaßt. Konkret bedeutet dies allerdings nur, daß die dort enthaltenen betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen für und gegen alle unternehmensangehörigen Arbeitnehmer gelten, während die übrigen Tarifnormen ihre Wirkung nur im Verhältnis zu den in der tarifschließenden Gewerkschaft Organisierten entfalten, was in vielen, aber keineswegs allen Fällen die « Neuankömmlinge »

(187) Die Rechtsprechung dehnt dieses Wettbewerbsverbot während bestehenden Arbeitsverhältnisses zu Unrecht auf alle Arbeitnehmer aus, obwohl die §§ 60, 61 HGB nur kaufmännische Angestellte erfassen: BAG AP Nr. 7 zu § 611 BGB Treupflicht.

(188) Oben IV 2.

(189) Bei Änderung liegt ein Fall der Betriebsnachfolge nach § 613 a BGB oder eine Betriebsauflösung vor; letztere würde den Tarifvertrag hinfällig machen.

(190) DIRK NEUMANN, *Kollektivvereinbarungen bei Unternehmenskonzentration*, DB 1960, 60.

ausschließt. Über das Schicksal des alten Verbandstarifs liegen in der Literatur — soweit ersichtlich — keinerlei Äußerungen vor. Da durch die Fusion nachträglich eine Voraussetzung der Tarifgebundenheit, nämlich die Existenz eines verbandsangehörigen Arbeitgebers weggefallen ist, muß m.E. § 3^{III} TVG zumindest entsprechend Anwendung finden, so daß der Tarifvertrag weitergilt⁽¹⁹¹⁾. Insoweit bestehen keine prinzipiellen Unterschiede zu dem schon eingehend erörterten Fall der Auflösung eines Arbeitgeberverbands, wo die inzwischen durchgedrungene Auffassung die Fortexistenz des Tarifvertrags zumindest bis zum frühestmöglichen Kündigungstermin annimmt⁽¹⁹²⁾. Überträgt man dies auf den vorliegenden Fall, so tritt bei betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen sowie bei gleicher Organisationszugehörigkeit eine Tarifkonkurrenz ein, die allerdings hier nicht nach dem Spezialitäts-, sondern nach dem Günstigkeitsgrundsatz zu lösen ist⁽¹⁹³⁾.

c) Hat die Fusion keine Umstrukturierung der Betriebe zur Folge, so ändert sich an der Existenz und den Befugnissen der bisherigen Betriebsräte nichts. Der Gesamtbetriebsrat der untergehenden Gesellschaft fällt dagegen weg, da er das Bestehen eines selbständigen Unternehmens voraussetzt⁽¹⁹⁴⁾. Bei der Fusion durch Neubildung ist ein neuer Gesamtbetriebsrat ins Leben zu rufen, bei der Verschmelzung durch Aufnahme entsenden die Betriebsräte des untergegangenen Unternehmens die ihnen nach § 47^{II} BetrVG zustehenden Gesamtbetriebsratsmitglieder. Eine Neuwahl des Gesamtgremiums erscheint sinnlos, da die Betriebsräte der aufnehmenden Gesellschaft angesichts ihres aus § 49 BetrVG folgenden Rechts zur jederzeitigen Abberufung automatisch die von ihnen bisher eingesetzten Vertreter wiederbestellen würden. Die vom alten Gesamtbetriebsrat abgesch-

(191) So im Ergebnis wohl auch DIRK NEUMANN DB 1960, 60.

(192) FREY, *Das Schicksal des Tarifvertrags und seiner Auswirkungen bei Wegfall einer Tarifvertragspartei*, RdA 1965, 363 ff.; HUECK-NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Bd. II/1, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1967, § 22 B II 1 b (S. 475); LOBSCHIED, *Der Wegfall einer Tarifpartei*, AuR 1972, 289 ff.; a.A. HUECK-NIPPERDEY-STÄHLHÄCKE aaO (oben Fn 173) § 1 Rn 41.

(193) Näher dazu DÄUBLER aaO (oben Fn 3) S. 291 ff.

(194) DIRK NEUMANN aaO (oben Fn 190) DB 1960, 60; SEITZ aaO (oben Fn 170) E II 3 c.

lossenen Gesamtbetriebsvereinbarungen gelten innerhalb ihres bisherigen Geltungsbereichs weiter⁽¹⁹⁵⁾ und können jederzeit durch den Arbeitgeber und den neuen Gesamtbetriebsrat abgeändert oder durch eine für das gesamte Unternehmen geltende einheitliche Regelung ersetzt werden⁽¹⁹⁶⁾.

d) Bei der Verschmelzung durch Neubildung fallen die Organe der beiden Gesellschaften, bei der Verschmelzung durch Aufnahme die Organe der übertragenden Gesellschaft weg; Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nach §§ 76 ff. BetrVG 1952 oder nach dem MitbG gehen dadurch ihres Amtes verlustig⁽¹⁹⁷⁾. Bei der neugebildeten Gesellschaft sind alsbald die Arbeitnehmervertreter neu zu wählen, wobei im Einzelfall geprüft werden muß, ob vom Schwerpunkt der Produktion her die Voraussetzungen des MitbG oder nur die des BetrVG 1952 gegeben sind⁽¹⁹⁸⁾. Schwieriger gestaltet sich die Zusammensetzung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der übernehmenden Gesellschaft. Während Kraft dafür plädiert, die Arbeitnehmer der übertragenden Gesellschaft auf die Mitwirkung an den nächsten turnusmäßigen Wahlen zu verweisen⁽¹⁹⁹⁾, will Radke die Aufsichtsratsmandate wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage automatisch erloschen lassen, wenn die Belegschaft des übertragenden Unternehmens sehr viel größer als die des aufnehmenden war⁽²⁰⁰⁾. In der Tat ist es mißlich, wenn während längerer Zeit die Arbeitnehmer durch Personen vertreten werden, die nur von einer kleinen Minderheit gewählt wurden, fehlt doch insoweit eine ausreichende Legitimationsbasis⁽²⁰¹⁾. Auf der

(195) Dies folgt hier schon aus dem Prinzip der Universalsukzession, wird von Seiter aaO (oben Fn 170) B VII 5 a aber auch für den Fall des bloßen Betriebsinhaberwechsels bejaht.

(196) DIRK NEUMANN, aaO (oben Fn 190) DB 1960, 61.

(197) KRAFT aaO (oben Fn 57) § 339 Rn 67, 68; RADKE, *Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat einer AG bei Verschmelzung*, BB 1959, 309.

(198) KRAFT § 339 Rn 67.

(199) KRAFT § 339 Rn 68.

(200) RADKE aaO (oben Fn 197) BB 1959, 311.

(201) Das Argument von Kraft, es komme wie bei der Montanmitbestimmung allein auf die Vertretung der Arbeitnehmerschaft als solchen an, verkennt, daß es dort in der Tat um die Vertretung der Interessen aller Arbeitnehmer geht, während hier eine kleine Gruppe für alle anderen Belegschaftsangehörigen handeln könnte.

anderen Seite kann aber auch die Lösung Radkes nicht befriedigen, da sie keine Rechtsgrundlage für einen *automatisch* eintretenden Amtsverlust nennen kann⁽²⁰²⁾ und außerdem zu beträchtlichen Abgrenzungsschwierigkeiten und damit zu Rechtsunsicherheit führt. Sinnvoller erscheint daher eine entsprechende Anwendung des § 13^{II} Ziff. 1 BetrVG⁽²⁰³⁾, der eine Neuwahl des Betriebsrats anordnet, wenn mit Ablauf von 18 Monaten (vom Tage der Wahl an gerechnet) die Zahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer um die Hälfte, mindestens aber um fünfzig, gestiegen oder gesunken ist. Der damit gefundene Kompromiß zwischen Kontinuitätsinteressen und sachgerechter Vertretung gilt genauso für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, wobei lediglich wegen der größeren Einheit « Unternehmen » von einer analogen Anwendung der 50-Mann-Grenze abgesehen ist.

Ändert sich durch die Aufnahme der übertragenden Gesellschaft die Zuordnung zum Montanbereich, so gilt Folgendes: Unterfällt die neue Gesellschaft zum ersten Mal dem MitbG⁽²⁰⁴⁾, so ist ihr Aufsichtsrat paritätisch nach Maßgabe der §§ 3 ff. MitbG zu besetzen; mit der neuen Mitglieder durch die Hauptversammlung endet die Tätigkeit der nach §§ 76 ff. BetrVG 1952 gewählten⁽²⁰⁵⁾. Tritt der umgekehrte Fall ein, so wäre an sich eine Neuwahl nach §§ 76 ff. BetrVG 1952 vorzunehmen, doch schiebt dem das Gesetz über die befristete Fortgeltung der Mitbestimmung in bisher den Mitbestimmungsgesetzen unterliegenden Unternehmen⁽²⁰⁶⁾ bis zum 31. 12. 1975 einen Riegel vor, indem es die zwingende Weitergeltung des MitbG in allen den Unternehmen anordnet, deren Aufsichtsrat am 30. 11. 1971 nach den §§ 3 ff. MitbG zusammengesetzt war⁽²⁰⁷⁾.

(202) Bei Wegfall der Geschäftsgrundlage wird in der Regel eine Rücktrittserklärung verlangt. Vgl. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 1970, S. 240.

(203) Die Vorschrift stimmt wörtlich mit § 22 I lit. a BetrVG 1952 überein.

(204) In der Praxis die absolute Ausnahme.

(205) KRAFT, aaO (oben Fn 57) § 339 Rn 68.

(206) Vom 29.11.1971, BGBl I S. 1857.

(207) Dies übersieht Kraft (oben Fn 205). Zu diesem Gesetz näher KIRNER, *Die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes über die befristete Fortgeltung der Montanmitbestimmung*, BB 1971, 1057 ff.

2. Die rechtsgeschäftliche Übertragung des Unternehmens.

Die oben (208) erörterten weiteren Formen des Unternehmenszusammenschlusses — die Vermögensübertragung nach § 361 AktG und die rechtsgeschäftliche Übertragung des Unternehmens — haben die Tatsache gemeinsam, daß der bisherige Unternehmensträger nicht untergeht und deshalb auch keine Gesamtrechtsnachfolge eintritt. Entscheidend ist daher die Frage, ob die in den Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer aufgrund anderer Vorschriften ihr Arbeitsverhältnis zu den alten Bedingungen fortsetzen können oder ob sie nur Ansprüche gegen den bisherigen Inhaber besitzen. Dieses sich für alle oben beschriebenen Fallkonstellationen (208) gleichermaßen stellende Problem war lange umstritten (209), hat jedoch 1972 durch den neugeschaffenen § 613a BGB eine gesetzliche Lösung erfahren. Nach dieser Vorschrift tritt bei rechtsgeschäftlichem Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils der neue Inhaber « in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen » ein; nach § 613a Abs. 2 BGB haftet daneben der Veräußerer in gewissem Umfang weiter.

Für die Auswirkungen eines rechtsgeschäftlichen Unternehmensübergangs auf die Arbeitnehmer ist diese Vorschrift von zentraler Bedeutung, obwohl sie nur vom « Betrieb » als der produktionstechnischen Einheit spricht: Nach allgemeiner Auffassung handelt es sich dabei um eine terminologische Ungenauigkeit, die deshalb unschädlich ist, weil die Übertragung des Unternehmens automatisch auch den Übergang des Betriebs auf den Erwerber zur Folge hat (210). Gegenüber § 613a BGB treten andere einschlägige Vorschriften, die die Rechtswirkungen eines Vermögensübergangs (§ 419 BGB) oder einer Firmenfortführung (§ 25 HGB) regeln, stark in den Hintergrund, doch behalten sie für bestimmte Fallkonstellationen eine (eingeschränkte) praktische Bedeutung.

a) Der Betriebsinhaberwechsel gemäß § 613a¹ BGB zur Folge, daß das gesamte Arbeitsverhältnis auf den Erwerber übergeht. Zwar spricht der Wortlaut der Bestimmung nur von

(208) Oben II 2.

(209) S. den Überblick bei SEITER aaO (oben Fn 169) B II.

(210) SEITER B III 2 a.

Rechten und Pflichten, doch wäre eine Perpetuierung des zugrundeliegenden « Vertragsrahmens » im Verhältnis zum Veräußerer wenig sinnvoll und würde dem Zweck der Vorschrift widersprechen, die den sozialen Basitzstand des Arbeitnehmers erhalten und insbesondere für klare und unzweifelhafte rechtliche Beziehungen sorgen will (210). Dies gilt entgegen Küchenhoff (211) auch für die Arbeitsverhältnisse leitender Angestellter, da diese durch § 5^{III} BetrVG nur aus der Betriebsverfassung, nicht aber aus dem Anwendungsbereich sonstiger arbeitsrechtlicher Normen ausgeklammert wurden (212). Auch die Tatsache, daß § 613a durch § 122 BetrVG ins BGB eingefügt wurde, ändert daran nichts, da es sich um eine rechtssystematisch völlig andersartige Regelung handelt (213), die lediglich von der politischen Intention her als Surrogat für ein von den Gewerkschaften gefordertes Mitbestimmungsrecht bei Betriebsveräußerungen dienen sollte. Auch der Zweck der Vorschrift duldet keine Ausnahme für leitende Angestellte, da diese in gleichem Maße wie gewöhnliche Arbeitnehmer ein Interesse am Fortbestand ihres Arbeitsverhältnisses besitzen (214) und der Erwerber in aller Regel auch an der Fortführung ihrer Tätigkeit interessiert sein wird (215).

Das Eingreifen des § 613a BGB hat zur Folge, daß alle, auch die bereits entstandenen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis auf den neuen Inhaber übergehen, der deshalb beispielsweise auch für rückständige Lohnforderungen haftet (216). Nicht erfaßt werden nach dem unzweideutigen Wortlaut

(211) ERMAN-KÜCHENHOFF aaO (oben Fn 184) § 613 a Rn 7 - 10.

(212) Für Anwendung des § 613 a BGB daher auch BRECHT aaO (oben Fn 126) § 122 Rn 1; FITTING-AUFFARTH aaO (oben Fn 122) § 1 Rn 18; PALANDT-PUTZO aaO (oben Fn 185) § 613 a Anm. 1 c; SEITER aaO (oben Fn 169) B IV 4 a aa.

(213) Dies wird auch von ERMAN-KÜCHENHOFF § 613 a Rn 5 zugestanden.

(214) Zur Abhängigkeit leitender Angestellter vgl. HARTFIEL, « Leitende Angestellte » leitende Angestellte in der Betriebsverfassung? GMH 1972, 9 ff.

(215) Das von NEUMANN-DUESBERG, Arbeitgeberkündigungen bei Betriebsübergang (§ 613 a BGB) NJW 1972, 665 vorgeschlagene außerordentliche Kündigungsrecht des Erwerbers hat keine gesetzliche Grundlage, doch reichen die allgemeinen Vorschriften völlig aus, wenn eine Weiterarbeit nicht sinnvoll erscheint.

(216) Eingehend dazu SEITER aaO (oben Fn 169) B III 2 b.

der Vorschrift jedoch Ruhestandsverhältnisse⁽²¹⁷⁾, doch dürfte insoweit die vor Inkrafttreten des § 613a BGB von der herrschenden Meinung angenommene Auslegungsregel weitergelten, wonach der Erwerber im Zweifel auch die Verpflichtungen gegenüber Ruheständlern übernimmt, würde sich doch andernfalls eine schwer begründbare Verschlechterung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand ergeben⁽²¹⁸⁾.

Der Übergang der Arbeitsverhältnisse hat zur Folge, daß sich die Kündigungsmöglichkeiten beider Seiten nach den allgemeinen Vorschriften bestimmen⁽²¹⁹⁾. Die vor Erlass des § 613a BGB zum Teil dem Veräußerer eingeräumte Befugnis, Arbeitsverhältnisse allein aufgrund eines entsprechenden Wunsches des Übernehmers kündigen zu können, gilt angesichts des zwingenden Charakters von § 613a BGB selbst dann nicht mehr, wenn der Erwerb von der Kündigung bestimmter Arbeitnehmer abhängig gemacht wird⁽²²⁰⁾. Anders wird jedoch dann entschieden, wenn der Erwerber sich bereits vertraglich gebunden hat und nunmehr bestimmte betriebliche Maßnahmen durchführen will, die die betreffenden Arbeitsplätze überflüssig machen⁽²²¹⁾; in diesem Fall gilt auch die vom Veräußerer ausgesprochenen Kündigung als betriebsbedingt⁽²²²⁾. Der eingetretene Übergang des Arbeitsverhältnisses befreit den bisherigen Inhaber grundsätzlich von allen neu entstehenden Verpflichtungen, läßt jedoch die bisher

(217) SEITER B IV 4 c aa.

(218) Nachweise zur hM bei Seiter B IV 4 c bb, der selbst diesen Schluß jedoch nicht zieht.

(219) HUECK, *Kündigungsschutzgesetz*, Kommentar, 9. Aufl., München 1974, § 1 Rn 113.

(220) HUECK aaO (oben Fn 219) § 1 Rn 113; NEUMANN-DUESBERG NJW 1972, 666; SEITER aaO (oben Fn 169) B V 1 a aa.

(221) Die unternehmerische Maßnahme ist als solche nur dahingehend zu prüfen, ob sie « offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich » war, ist also in praxi vor jeder Infragestellung sicher (BAG AP Nr. 14 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung), zumal der Arbeitnehmer das Vorliegen der Ausnahmefälle zu beweisen hätte (BAG BB 1974, 323). Im wesentlichen zustimmend GERHARD MÜLLER, *Gedanken zu einer Standortbestimmung des Arbeitsrechts*, DB 1974, 41, 42; kritisch DÄUBLER, *Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts*, in: *Streik und Aussperrung*, herausgegeben vom Vorstand der IG Metall, Frankfurt/Main 1974, S. 491 ff.

(222) HUECK aaO (oben Fn 219) § 1 Rn 113; NEUMANN-DUESBERG aaO (oben Fn 215) NJW 1972, 666; SEITER aaO (oben Fn 169) B V 1 a bb.

schon existierenden unberührt⁽²²³⁾. Davon macht § 613a^{II} BGB insoweit eine Ausnahme, als er eine Mithaftung des Veräußerers bei Verbindlichkeiten vorsieht, die zwar schon vor Betriebsübergang entstanden sind, die aber erst später, d.h. in der Zeit bis zu einem Jahr nach Betriebsübergang fällig werden. Der Arbeitnehmer soll auf diese Weise dagegen geschützt sein, durch einen insolventen Erwerber um schon « erdiente » Rechte gebracht zu werden⁽²²⁴⁾.

b) Seinem Wortlaut nach erfaßt § 613a^I BGB nur Rechte und Pflichten « aus dem Arbeitsverhältnis », trifft jedoch keine ausdrückliche Bestimmung über das Schicksal von Tarifverträgen, die vor dem Betriebsinhaberwechsel gegolten haben. Wollte man hier eine Trennung vornehmen, so würde der Zweck des § 613a BGB jedoch zumindest entwertet, da die Ansprüche der Arbeitnehmer dann nicht mehr die Unabdingbarkeitswirkung besäßen, die ihnen bisher nach § 4^{III} TVG zukam. Eine solche Verschlechterung würde zudem in Widerspruch zum Grundgedanken der §§ 415 ff. BGB geraten, die die Rechtsstellung eines Gläubigers vor unfreiwilliger Entwertung durch Personenwechsel schützen wollen. Mit Recht wird daher eine Weitergeltung von Firmen wie von Verbandstarifen angenommen⁽²²⁵⁾, ein Ergebnis, das sich überdies auf die allgemeine Erwägung stützen läßt, daß die Geltung von Rechtsnormen nicht davon abhängt, daß sie in dem für die Anwendung maßgebenden Zeitpunkt erneut erlassen werden könnten⁽²²⁶⁾. Beim Firmentarif folgt daraus eine Bindung des Betriebsübernehmers sowohl an den obligatorischen wie an den normativen Teil, während beim Verbandstarif naturgemäß nur die normativen Bedingungen im Rahmen des § 3^{III} TVG weitergelten. Kollidiert ein « übernommener » Firmentarif mit einem Verbandstarif, geht er nach dem Spezialitätsprinzip vor, besteht eine Konkurrenz mit einem anderen Verbandstarif, so gilt die dem Arbeitnehmer günstigere Lösung⁽²²⁷⁾.

(223) PALANDT-PUTZO aaO (oben Fn 185) § 613 a Anm. 3 b.

(224) Zu den Einzelheiten s. SEITER aaO (oben Fn 169) C.

(225) Eingehend SEITER aaO (oben Fn 169) B VII 5 b.

(226) S. als Beispiel die Tarifordnungen der NS-Zeit, die nach 1945 weiter angewandt wurden, was auch in § 91 TVG Bestätigung fand.

(227) Insoweit gilt das oben 1 b Ausgeführte.

c) Der Betriebsinhaberwechsel läßt die Existenz des Betriebes und damit auch des Betriebsrats unberührt⁽²²⁸⁾. Wird ein aus mehreren Betrieben Bestehendes Unternehmen übernommen, so gilt dasselbe für den Gesamtbetriebsrat, es sei denn, es träte auch eine organisatorische Verbindung mit einem anderen Unternehmen des Erwerbers ein. In diesem Fall wäre genau wie bei der Fusion durch Aufnahme zu entscheiden⁽²²⁹⁾. Solange der Betrieb als solcher fortbesteht, gelten auch die von seinem Betriebsrat abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen weiter; insoweit ergeben sich keine Abweichungen von dem zum Tarifvertrag Ausgeführten⁽²³⁰⁾. Betriebsrat und Betriebsvereinbarung hören jedoch dann zu existieren auf, wenn der Unternehmer durch organisatorische Maßnahmen den Betrieb als solchen auflöst, indem er ihn stilllegt oder mit anderen Betrieben verschmilzt⁽²³¹⁾.

Was die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat betrifft, so ist zwischen der Situation im Unternehmen des Veräußerers und der im Unternehmen des Erwerbers zu unterscheiden. Besaß der erstere einen Aufsichtsrat mit Arbeitnehmerbeteiligung, so kann der Betriebsübergang die hierfür kraft Gesetzes bestehenden Voraussetzungen in Wegfall bringen, weil sich die Gesamtzahl der Arbeitnehmer auf unter 1000⁽²³²⁾, unter 500⁽²³³⁾ oder für wie im Fall des § 361 AktG auf null reduziert. Grundsätzlich läßt dies die Existenz der Aufsichtsratsmandate bis zur nächsten turnusmäßigen Wahl unberührt, doch zeigt der Extremfall einer arbeitnehmerlosen AG, daß dies nicht ohne jede Ausnahme gelten kann. Am sinnvollsten dürfte daher auch hier eine entsprechende Anwendung des § 13^{III} Ziff.1 BetrVG sein, der die Entstehung allzu weitreichender Diskrepanzen zwischen den (noch) vorhandenen und den repräsentierten Interessen verhindert. Im Sonderfall des § 361 AktG dürfte darüber hinaus ein automatisches Erlöschen der von Arbeitnehmern gehaltenen

(228) DIETZ-RICHARDI aaO (oben Fn 122) § 1 Rn 72; FITTING-AUFFARTH aaO (oben Fn 122), § 77 Rn 29; SEITZ aaO (oben Fn 169) B VI 3 a.

(229) Dazu oben 1 c.

(230) FITTING-AUFFARTH aaO (oben Fn 122) § 77 Rn 45; SEITZ aaO (oben Fn 169) B VII 5 a.

(231) Vgl. FITTING-AUFFARTH aaO (oben Fn 122) § 1 Rn 17.

(232) Gemäß § 1 III MitbG relevant für die Montanmitbestimmung. S. hierzu jedoch die Sonderregelung oben Fn 206, 207.

(233) Nach §§ 76 VI, 77 BetrVG relevant für die Drittelbeteiligung.

Aufsichtsratssitze jedenfalls dann anzunehmen sein, wenn gleichzeitig mit der Vermögensübertragung die Auflösung der AG beschlossen wird. Eine Benachteiligung der Arbeitnehmer ist mit dieser Lösung nicht verbunden, da sich ihr Mitbestimmungsrecht nunmehr im Unternehmen des Erwerbers realisiert: Genau wie bei der Verschmelzung durch Aufnahme⁽²³⁴⁾ sind Arbeitnehmervertreter neu zu wählen, wenn bisher die Voraussetzungen der §§ 1 ff. MitbG oder der §§ 76 ff. BetrVG 1952 nicht vorgelegen haben; bestand schon eine Repräsentation im Aufsichtsrat, so finden gegebenenfalls entsprechend dem analog anwendbaren § 13^{III} Ziff.1 BetrVG Neufahlen statt.

d) Die Vorschrift des § 613a BGB stellt eine abschließende Regelung der arbeitsrechtlichen Folgen des Betriebsinhaberwechsels dar. § 25^I HGB und § 419^I BGB greifen schon deshalb nicht ein, weil sie nur ein Weniger — die bloße Mithaftung des Erwerbers — und keinen Vertragsübergang anordnen. Ihre Bedeutung beschränkt sich daher auf die Bereiche, die von § 613a BGB nicht erfaßt werden: Ansprüche aus Ruhestandsverhältnissen können daher gegen den Erwerber jedenfalls dann geltend gemacht werden, wenn dieser die Firma fortführt⁽²³⁵⁾ oder wenn er das gesamte Vermögen des Veräußerers übernommen hat⁽²³⁶⁾.

VI. DIE AUSWIRKUNGEN DER SCHAFFUNG EINES VERTRAGSKONZERNES AUF DIE STELLUNG DER ARBEITNEHMER.

Die Eingliederung eines Unternehmens sowie der Abschluß eines Beherrschungs — oder Gewinnabführungsvertrags hat keine unmittelbaren arbeitsrechtlichen Konsequenzen. Da die abhängige Gesellschaft als solche erhalten bleibt, ändern sich die bisherigen Rechtsbeziehungen zwischen ihr und den bei ihr tätigen Arbeitnehmern nicht⁽²³⁷⁾. Wirtschaftlich hat der Konzernie-

(234) S. oben 1.

(235) Näher zur Abdingbarkeit des § 25 I HGB SCHLEGELBERGER-HILDEBRANDT-STECKHAN, *Kommentar zum HGB* 1. Band, 5. Aufl., München 1973, § 25 Rn 17-20.

(236) Zu den Einzelheiten vgl. SEITZ aaO (oben Fn 169) D I, II.

(237) Als unproblematisch sollen die Beziehungen des herrschenden Un-

rungsvorgang jedoch weitreichende Bedeutung, da die Unterwerfung unter die Weisungsgewalt der herrschenden Gesellschaft in aller Regel mit einem völligen Verlust eigener unternehmerischer Planungshoheit verbunden ist. Der Wegfall jeder (effektiven) eigenen Willensbildung und damit auch jedes ökonomischen Eigeninteresses bringt zusätzliche, über die Marktrisiken hinausgehende Gefahren mit sich, denen der Gesetzgeber in der oben ⁽²³⁸⁾ beschriebenen Weise Rechnung zu tragen versucht. Der Arbeitnehmer bedarf unter diesen Umständen eines besonderen Schutzes gegen « weisungsbedingte » Insolvenz (im weitesten Sinne) seines Arbeitgebers.

1. Bei der Eingliederung erfahren die Ansprüche des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis volle Absicherung: Nach § 322 AktG haftet die (herrschende) Hauptgesellschaft für alle von dem eingegliederten Unternehmen eingegangenen Verbindlichkeiten; Gläubiger, deren Ansprüche bereits im Zeitpunkt der Eintragung der Eingliederung ins Handelsregister begründet waren, können darüber hinaus Sicherheitsleistung nach § 321 AktG verlangen ⁽²³⁹⁾. Ein vergleichbarer, alle weiteren Probleme lösender « Durchgriff » besteht jedoch nur in diesem einen Fall, nicht aber bei allen sonstigen Formen des Vertragskonzerns; nach praktisch unbestrittener Auffassung besteht kein Arbeitsverhältnis zur herrschenden Gesellschaft ⁽²⁴⁰⁾. Soweit es nur um die Gläubigerstellung des Arbeitnehmers geht, ist dies angesichts der Verlustübernahme durch das herrschende Unternehmen unbedenklich ⁽²⁴¹⁾; soweit jedoch die Erhaltung der Arbeitsplätze in Frage steht, kann diese Lösung schwerlich befriedigen.

Kraft seines Weisungsrechts ist das herrschende Unternehmen berechtigt, die abhängige Gesellschaft zu bestimmten organisatorischen Veränderungen zu veranlassen, die betriebsbedingte Kündigungen rechtfertigen. Nach bislang unbestrittener Auffassung ist deren Zulässigkeit allein nach den Verhältnissen des abhängigen Betriebs bzw. Unternehmens zu beurteilen; insbeson-

ternehmens zu den bei ihm beschäftigten Arbeitnehmern allenfalls am Rande mitbehandelt werden.

(238)

(239) Näher dazu BIEDENKOPF-KOPPENSTEINER aaO (oben Fn 63) Anm. zu § 321.

(240) Allgem. Meinung; vgl. etwa HUECK-NIPPERDEY, I, § 16 VI (S. 96 f.).

(241) § 302 AktG.

dere soll die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung in einem anderen konzernangehörigen Unternehmen keinen Widerspruch des Betriebsrats und keine darauf gestützte Kündigungsschutzklage rechtfertigen können ⁽²⁴²⁾. Nach dem Wortlaut des § 102^{III} Ziff.3 BetrVG und des § 1^{II 2} KSchG scheint dieser Schluß quasi unabweisbar zu sein, da von der Weiterbeschäftigung « im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens » die Rede ist, an anderer Stelle ⁽²⁴³⁾ aber ausdrücklich zwischen « Unternehmen » und « Konzern » unterschieden wird. Auf der anderen Seite hätte dies zur Folge, daß der konzernmäßig organisierte Arbeitgeber einen größeren Spielraum bei der Auswechslung von Teilen der Belegschaft hätte als der « gewöhnliche » Arbeitgeber, eine Differenzierung, die jedes inneren Grundes entbehrt. Bedenken erweckt auch die Tatsache, daß die Schlechterstellung von Arbeitnehmern nicht auf die Schutzbedürftigkeit, sondern allein auf die vom Einzelnen nicht zu beeinflussende Rechtsform des Arbeitgebers abstellt. Eine dem Gleichheitssatz wahrende und konsequent auf die Realisierung sozialstaatlicher Prinzipien bedachte Interpretation müßte daher eine entsprechende Anwendung der genannten Vorschriften im Konzernverbund in Erwägung ziehen. Zumindest ist eine individualvertragliche Pflicht des Arbeitgebers zur Versetzung in ein anderes Konzernunternehmen anzunehmen, wenn die dem Einzelnen bei der Einstellung mitgeteilte oder zugewiesene Aufgabe eine mehr oder weniger enge Beziehung zum Gesamtkonzern aufweist ⁽²⁴⁴⁾ oder wenn die Versetzung einer schon häufig praktizierten Übung entspricht ⁽²⁴⁵⁾. Würde in diesen Fällen eine Kündigung ausgesprochen, so wäre der Arbeitgeber zum Schadensersatz verpflichtet, was der Grundregel des § 249 BGB entsprechend zu ihrer Rücknahme und zur Weiterbeschäftigung führen müßte. Auf diese Weise kann wenigstens ein notdürftiger Arbeitsplatzschutz gewährleistet werden.

(242) DIETZ-RICHARDI aaO (oben Fn 122) § 102 Rn 90; ERDMANN-JÜRGING-KAMMANN § 102 Rn 46; HUECK aaO (oben Fn 219) § 1 Rn 143; MEISEL, *Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten*, 3. Aufl., Heidelberg 1973, S. 164.

(243) Z.B. §§ 8 12, 54 11 BetrVG, 76 IV BetrVG 1952.

(244) Dies wird insbesondere bei Angestellten wichtig.

(245) ECKARD REHBINDER aaO (oben Fn 186) S. 473.

Was die Versetzung von einem Mutter — in ein Tochterunternehmen bzw. von einem Tochter — in einem Mutter — oder ein anderes Tochterunternehmen betrifft, so ist die Einwilligung des einzelnen Arbeitnehmers erforderlich, da der juristischen Form auch der bisherige Arbeitgeber durch einen neuen ersetzt wird⁽²⁴⁶⁾. Durch eine solche Maßnahme darf die Rechtsstellung des Arbeitnehmers nicht verschlechtert werden, würde doch ähnlich wie im eben behandelten Fall der Kündigung hierfür jeder sachliche Grund fehlen. Mit Recht hat daher § 8¹² BetrVG bei der für das passive Wahlrecht zum Betriebsrat erforderlichen Betriebszugehörigkeit von 6 Monaten auch die Zeiten einbezogen, die in einem anderen Unternehmen desselben Konzerns verbraucht wurden⁽²⁴⁷⁾. Ähnliches gilt für die Berechnung der Fristen nach dem AngestKSchG; zwar stellt der Wortlaut des § 2 dieses Gesetzes nur auf die beim Arbeitgeber oder seinem Rechtsvorgänger verbrachte Zeit ab, doch wird eine Zusammenrechnung der bei einzelnen Konzernunternehmen angefallenen Tätigkeitszeiten mit der Erwägung gerechtfertigt, der Arbeitnehmer habe auch in diesem Fall ein besonderes Maß an Treue gegenüber dem Arbeitgeber bekundet, was den verstärkten Arbeitsplatzschutz rechtfertigt⁽²⁴⁸⁾. Schließlich muß dasselbe auch beim allgemeinen Kündigungsschutz gelten, da § 1 KSchG für die sechsmonatige Wartefrist zwar nur auf die Zugehörigkeit zum Unternehmen abhebt, zumindest ein individualvertraglicher Ausweg jedoch in der Richtung zu suchen ist, daß bei der Versetzungsvereinbarung « im Zweifel » vorhandene Anwartschaft an den neuen Arbeitsplatz « mitgenommen » werden⁽²⁴⁹⁾.

Einen Sonderfall hatte schließlich das BAG zu entscheiden⁽²⁵⁰⁾. Die vom Arbeitnehmer bisher verfaltete Filiale wurde im Wege der « Ausgründung » zu einem juristisch selbständigen, von der bisherigen Gesellschaft abhängigen Unternehmen. Dies hatte nach Auffassung des BAG den Wegfall eines vorher bestehenden Wettbewerbsverbots zur Folge, da das in § 74a¹ HGB

(246)

(247) FITTING - AUFFARTH aaO (oben Fn 122) § 8 Rn 20, 21; nicht erfaßt wird der Gleichordnungskonzern - FITTING - AUFFARTH § 1 Rn 24.

(248) ECKARD REHBINDER aaO (oben Fn 186) S. 474.

(249) HUECK aaO (oben Fn 219) § 1 Rn 28.

(250) BAG AP Nr. 2 zu § 74 a HGB.

vorausgesetzte « berechtigte geschäftliche Interesse » des Arbeitgebers mangels eigener einschlägiger Geschäftstätigkeit nicht mehr bestand und eine vertragliche Vereinbarung mit der ' Tochter ' nicht zustande gekommen war. Die Entscheidung mag im Ergebnis nicht recht befriedigen⁽²⁵¹⁾, doch ist ein anderes Resultat nur auf der Basis ergänzender Vertragsauslegung möglich, solange die rechtliche Aufteilung in verschiedene Unternehmen als allein maßgebend angesehen wird.

2. Die Tatsache, daß die durch Eingliederung oder Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge verbundenen Unternehmen wirtschaftlich eine Einheit bilden, legt die Frage nach einem « Konzerntarif » nahe, dessen Abschluß nicht nur zur Gleichbehandlung aller konzernangehörigen Arbeitnehmer führen würde, sondern der auch die in den abhängigen Unternehmen Tätigen mittelbar an den in der Konzernspitze fallenden Entscheidungen beteiligen könnte⁽²⁵²⁾. In der bisherigen Entwicklung hat der Konzerntarif freilich keine sehr große Bedeutung erlangt, wofür sicherlich zum einen das Vorherrschen des Branchentarifs, zum anderen aber auch die verbreitete Auffassung verantwortlich ist, Konzerne als solche seien nicht tariffähig⁽²⁵³⁾. Beides kann ihn jedoch nicht überflüssig machen, da das bisherige System branchenübergreifende Mischkonzerne nicht adäquat erfaßt⁽²⁵⁴⁾, und die fehlende Rechtspersönlichkeit des Konzerns einem von der Spitze mit Wirkung für und gegen alle angeschlossenen Unternehmen vereinbarten Tarifvertrag nicht entgegensteht. In der neueren Literatur sind deshalb auch deutliche Tendenzen zu einer

(251) Vgl. ECKARD REHBINDER aaO (oben Fn 186) S. 395 ff.

(252) Der Tarifvertrag stellt ein Mittel der Mitbestimmung dar - so BIEDENKOPF, *Grenzen*, aaO (oben Fn 136) S. 6 ff.; DÄUBLER, *Grundrecht auf Mitbestimmung* aaO (oben Fn 3) S. 8; FLUME DB 1967, 296; A. HUECK, *Probleme des Mitbestimmungsrechts*, Karlsruhe 1953, S. 10; NEUMANN - DUESBERG, *Lehrbuch des Betriebsverfassungsrechts*, Berlin 1960, S. 15.

(253) HUECK - NIPPERDEY aaO (oben Fn 192) II/I § 20 II 1 (S. 424); NIKISOH aaO (oben Fn 119) § 70 II 1 (S. 240); SCHAUB, *Arbeitsrechts- Handbuch*, München 1972, § 199 I 2 (S. 749).

(254) Zur Tendenz zu Konglomeraten s. Piehl, aaO (oben Fn 28) S. 36 f. sowie den Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit im Jahre 1972, BT-Drucksache 7/986, S. 39; dieselbe Problematik kann bei Holding-Gesellschaften auftreten, die nicht dem Arbeitgeberverband angehören.

Bejahung von Konzernтарifen zu verzeichnen⁽²⁵⁵⁾, die sich entweder auf das verfassungsrechtlich verbürgte Recht auf Mitbestimmung oder darauf stützen, daß das BetrVG den Abschluß von Konzernbetriebsvereinbarungen zuläßt⁽²⁵⁶⁾. Wenn es zulässig ist, daß der Konzernbetriebsrat⁽²⁵⁷⁾ zusammen mit der Konzernspitze die Arbeitsverhältnisse der in abhängigen Unternehmen tätigen Arbeitnehmer gestaltet⁽²⁵⁸⁾, so muß den Tarifparteien dasselbe möglich sein, da sonst der Tarifvorbehalt der §§ 77^{III}, 87^I BetrVG weithin leerlaufen würde⁽²⁵⁹⁾.

3. Die Abhängigkeit eines Unternehmens läßt zwar die Existenz von Betriebsrat und Gesamtbetriebsrat unberührt, entwertet die diesen eingeräumten Mitbestimmungs — und Mitwirkungsbefugnisse jedoch dadurch, daß dem « Arbeitgeber » in vielen Fällen kein eigener Entscheidungsspielraum zusteht. Durch die 1972 neugeschaffene Einrichtung des Konzernbetriebsrats hat der Gesetzgeber hier partiell Abhilfe zu schaffen versucht, indem er die Gesamtbetriebsräte sämtlicher konzernangehöriger Unternehmen zur Entsendung von Mitgliedern ermächtigte und deren Stimmrecht entsprechend der Anzahl der vertretenen Gruppenangehörigen bestimmte⁽²⁶⁰⁾. Nach allgemeiner Auffassung ist das Recht zur Schaffung eines Konzernbetriebsrats unabhängig von der Anwendbarkeit aktienrechtlicher Vorschriften; auch der reine GmbH-Konzern und andere, etwa Personengesellschaften einbeziehende Gestaltungsformen werden mitumfaßt⁽²⁶¹⁾. Andererseits kann es nach herrschender Meinung auch im sog. mehrgliedrigen Konzern nur *einen* Konzernbetriebsrat geben, der bei der « Spitze » zu bilden ist; eine Tochtergesellschaft die ihrerseits abhängige Unternehmen besitzt, kann nicht als eigenständiger Konzern betrachtet werden⁽²⁶²⁾.

(255) DÄUBLER, *Grundrecht auf Mitbestimmung*, aaO (oben Fn 3) S. 442 ff.; MARTENS, *Tarifvertragliche Konzernregelungen*, RdA 1970, 173 ff.

(256) DÄUBLER S. 443 ff.

(257) Dazu näher unten 3.

(258) DIETZ-RICHARDI aaO (oben Fn 122) § 58 Rn 11; MONJAU, *Der Konzernbetriebsrat*, BB 1972, 841 f. mwN auch für die Gegenmeinung.

(259) DÄUBLER, aaO (oben Fn 3) S. 444.

(260) § 55 III iVm § 47 VII BetrVG.

(261) DIETZ-RICHARDI, aaO (oben Fn 122) § 54 Rn 4; FITTING-AUFFARTH, aaO (oben Fn 122) § 54 Rn 7; MONJAU BB 1972, 839.

(262) DIETZ-RICHARDI § 54 Rn 5; FITTING-AUFFARTH § 1 Rn 25, § 54

Die Zuständigkeit des Konzernbetriebsrats erstreckt sich nach § 58^I BetrVG nur auf Angelegenheiten, die den Konzern oder mehrere Konzernunternehmen betreffen und die nicht durch die einzelnen Gesamtbetriebsräte innerhalb ihrer Unternehmen geregelt werden können. Darunter fallen etwa Sozialeinrichtungen, deren Wirkungsbereich über ein Konzernunternehmen hinausgeht⁽²⁶³⁾, sowie Entscheidungen der Personalplanung, die von der Konzernspitze mit Wirkung für den ganzen Konzern getroffen werden⁽²⁶⁴⁾. Ähnlich beschränkt sind auch die Kompetenzen auf wirtschaftlichem Gebiet, da selbst über den Interessenausgleich allein auf betrieblicher Ebene verhandelt und an eine Einschaltung des Konzernbetriebsrats erst dann gedacht wird, wenn es um gleichgelagerte Probleme verschiedener Konzernunternehmen geht, die nur einheitlich entschieden werden können⁽²⁶⁵⁾. Vom Ergebnis her erscheint dies vertretbar, da sich die Beteiligungsrechte des Betriebsrats ja nur auf den betrieblichen Bereich beziehen, doch wäre es sinnvoll, der einzelnen betrieblichen Vertretung das Recht zu Verhandlungen mit der Konzernspitze einzuräumen und ihr so die Möglichkeit zu geben, den tatsächlichen Entscheidungsprozeß ausreichend zu beeinflussen.

4. Von relativ größerem Gewicht ist die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat der herrschenden Gesellschaft.

a) Nach § 76^{IV} BetrVG 1952 nehmen « an der Wahl der Vertreter der Arbeitnehmer für den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens eines Konzerns auch die Arbeitnehmer der Betriebe der übrigen Konzernunternehmen teil ». Damit ist für die Mitbestimmung im Aufsichtsrat die notwendige Konsequenz aus der tatsächlichen Entscheidungsstruktur des Unternehmens gezogen und eine Gleichbehandlung aller Belegschaftsangehörigen ohne Rücksicht auf ihre Unternehmenszugehörigkeit garantiert. § 77a BetrVG führt diesen Gedanken für den hier interessie-

Rn 8; MONJAU BB 1972, 840; a.A. GNADE-KEHRMANN-SCHNEIDER, aaO (oben Fn 122) § 54 Anm. 3; LICHTENSTEIN, *Der Konzernbetriebsrat*, BetrR 1972, 234.

(263) DIETZ-RICHARDI, aaO (oben Fn 122) § 58 Rn 6; FITTING-AUFFARTH § 58 Rn 4.

(264) DIETZ-RICHARDI § 58 Rn 7.

(265) DIETZ-RICHARDI § 58 Rn 8.

renden Fall des Vertragskonzerns konsequent zu Ende, indem er vorschreibt, daß Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen der herrschenden Gesellschaft zugerechnet werden, soweit es wie bei der Familien-AG, der GmbH, dem VVaG und der Genossenschaft auf des Vorliegen einer bestimmten Mindestzahl ankommt. Mit Recht wird daher der Standpunkt vertreten, daß auch eine arbeitnehmerlose Holding-Gesellschaft unter § 76^{IV} BetrVG 1952 fällt, soweit sie von ihrer Rechtsform her einen Aufsichtsrat besitzt⁽²⁶⁶⁾. Umstritten ist dagegen, ob bei sog. Enkelverhältnissen eine Wahl zum Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft stattfinden kann⁽²⁶⁷⁾.

Mit Rücksicht auf den völlig eindeutigen Wortlaut des § 76^{IV} BetrVG 1952 hat das BAG in ständiger Rechtsprechung eigenständige Regeln über das passive Wahlrecht entwickelt. Um Majorisierungen durch die Belegschaft von abhängigen Unternehmen zu vermeiden, soll danach der erste Aufsichtsratssitz einem Arbeitnehmer aus dem herrschenden Unternehmen und der zweite einem Arbeitnehmer aus dem abhängigen Unternehmen zustehen; nur hinsichtlich der restlichen Mandate sollen die Wähler frei entscheiden⁽²⁶⁸⁾. Von diesem Grundsatz sei nur dann abzuweichen, wenn zwischen der Belegschaft im herrschenden und im abhängigen Unternehmen ein auffallendes zahlenmäßiges Mißverhältnis besteht⁽²⁶⁹⁾. Die nahezu einhellige Auffassung in der Literatur lehnt diese Rechtsprechung grundsätzlich ab, da sie wegen der Statuierung von Ausnahmen die Rechtssicherheit gefährde und in zahlreichen Fällen gegen das Mehrheitsprinzip verstoße⁽²⁷⁰⁾. Stattdessen wird eine Rückkehr zur der auch sonst praktizierten Mehrheitsentscheidung vorgeschlagen, die überdies jeder Stimme den gleichen Erfolgswert sichere⁽²⁷¹⁾.

(266) FITTING - AUFFARTH, Anhang § 76 BetrVG 1952, Rn 86; HUECK - NIPPERDEY II/2, aaO (oben Fn 119) § 73 B II 2 (S. 1501, Fn 23); KITTNER, aaO (oben Fn 166) Rn 397; KUNZE, *Die Holdingnovelle in unternehmensrechtlicher Sicht*, AuR 1958, 294; a.A. BAG AP Nr. 7 zu § 76 BetrVG 1952.

(267) DIETZ - RICHARDI, aaO (oben Fn 122) § 76 BetrVG 1952 Rn 185 ff.; KITTNER Rn 388 mwN.

(268) BAG AP Nr. 2, 3, 10, 13, 15, 18 zu § 76 BetrVG 1952.

(269) BAG AP Nr. 10, 18 zu § 76 BetrVG 1952.

(270) S. die Nachweise bei DIETZ - RICHARDI § 76 BetrVG 1952 Rn 182 und KITTNER, aaO (oben Fn 166) Rn 403 ff.

(271) So insbesondere KITTNER Rn 407.

b) Die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat der herrschenden Gesellschaft hat eine gesetzliche Sonderregelung erfahren, soweit die abhängige Gesellschaft unter das Montan-Mitbestimmungsgesetz fällt. Nach dem sog. Mitbestimmungsergänzungsgesetz vom 7.8.1956⁽²⁷²⁾ bleibt — pauschal gesprochen — beim herrschenden Unternehmen die paritätische Zusammensetzung des Aufsichtsrats erhalten, wenn diese nach seinem eigenen überwiegenden Betriebszweck dem Bergbau oder der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie zuzurechnen ist oder wenn der Gesamtkonzern mehr als die Hälfte seiner Umsätze in diesem Sektor tätigt⁽²⁷³⁾. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so beschränkt sich die Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens auf das von § 76 BetrVG 1952 vorgeschriebene Drittel⁽²⁷⁴⁾.

Die Wahl der Arbeitnehmervertreter im paritätisch besetzten Konzernaufsichtsrat erfolgt durch Wahlmänner, soweit nicht ein gewerkschaftliches Entsendungsrecht vorgesehen ist. Gegenüber den Vorschriften des MitbG bestehen nur zwei Besonderheiten. Einmal muß zwar der Vorstand der Konzernspitze einen Arbeitsdirektor besitzen, doch bedarf dieser zu seiner Wahl nur der einfachen Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder und nicht der Zustimmung der Mehrheit auf der « Arbeitnehmerbank »⁽²⁷⁵⁾. Zum anderen erfährt die Ausübung von Beteiligungsrechten in den abhängigen Gesellschaften eine Modifikation: Um eine Verdoppelung des Mitbestimmungseffektes zu vermeiden, kann der Vorstand nach § 15^I MitErgG insoweit nur aufgrund eines Aufsichtsratsbeschlusses tätig werden, der schon mit der Mehrheit der Stimmen auf der « Anteilseignerbank » zustandekommt.

VII. DIE AUSWIRKUNGEN EINES FAKTISCHEN ABHÄNGIGKEITS- VERHÄLTNISSSES AUF DIE STELLUNG DER ARBEITNEHMER.

1. Die oben⁽²⁷⁶⁾ beschriebenen nicht-vertraglichen Abhängigkeiten aufgrund von Beteiligungsverhältnissen und aufgrund

(272) BGBI I 707.

(273) Einzelheiten in §§ 2, 3 MitbErgG.

(274) § 14 MitbErgG.

(275) § 13 MitbErgG verweist nicht auf § 13^{II} MitbG.

(276) Oben II 4, 7.

von Marktmacht weisen wirtschaftlich dieselben Gefahren wie der Vertragskonzern auf; aufgrund von Weisungen (auch informeller Art) durch das herrschende Unternehmen kann sich nicht nur die Lage der abhängigen Gesellschaft entscheidend verschlechtern, sondern es können dadurch insbesondere auch Arbeitnehmerinteressen nachhaltig beeinträchtigt werden.

Der Gesetzgeber hat durch die §§ 311-318 AktG diesen Tatbestand nur teilweise erfaßt. Einmal beziehen sich die genannten Vorschriften nur auf die abhängige AG und KGaA, nicht jedoch auf andere Unternehmensformen⁽²⁷⁷⁾; zum anderen wird die nur marktbedingte Abhängigkeit von Zulieferern und Abnehmern nicht erfaßt⁽²⁷⁸⁾, da sie als zu unbestimmte Größe keinen tauglichen Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Regelung darstellen soll.

Die praktische Wirksamkeit des in den §§ 311 ff. AktG enthaltenen Verbots der Nachteilszufügung wird überdies relativ gering eingeschätzt⁽²⁷⁹⁾. Wie Koppstein im einzelnen dargelegt hat⁽²⁸⁰⁾, entzieht sich der Nachteilsbegriff bei zahlreichen konzerninternen Vorgängen der rechnerischen Erfassung, so wenn es etwa um die Lieferung nicht auf dem Markt gehandelter spezialisierter Vorprodukte oder um eine Umlage geht, die jedes Unternehmen für die konzerneinheitlich durchgeführte Werbung bezahlen muß⁽²⁸¹⁾. Hinzu kommt, daß die Abschlußprüfung u.U. nur von sehr beschränkter Reichweite sein wird, da die mit ihrer Durchführung betrauten Personen in der Regel durch die Verwaltung in Übereinstimmung mit dem Großaktionär eingesetzt werden⁽²⁸²⁾. Die dadurch geschaffene Situation hat gravierende Auswirkungen gerade auch für die Arbeitnehmer. Wird die Produktion der abhängigen Gesellschaft langsam gedrosselt, verlieren sie ihre Arbeitsplätze, wird ein Betrieb stillgelegt, hat der Sozialplan allein die wirtschaftliche Belastbarkeit des (abhängigen) Unternehmens zu beachten, fällt die Gesell-

(277) Anders aber §§ 247 ff. des RegE zu einem GmbHG (BT-Drucksache 7/253).

(278) WÜRDINGER, aaO (oben Fn 69) § 311 Anm. 2.

(279) S. EMMERICH - SONNENSCHN (oben Fn 63) aaO S. 152 ff. mwN.

(280) «Faktischer Konzern» und Konzentration, ZGR 1973, 1 ff.

(281) KOPPENSTEINER ZGR 1973, 11.

(282) GROßFELD, *Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär*, Tübingen 1968, S. 218 f.

schaft in Konkurs, können die Arbeitnehmer auch im Rahmen des § 61 Ziff. 1. KO nur auf das verbleibende Gesellschaftsvermögen zurückgreifen. Können arbeitsrechtliche Vorschriften hier einen Ausgleich schaffen?

2. Die Normen des Individualarbeitsrechts gelten genau wie beim Vertragskonzern nur im Verhältnis zur abhängigen Gesellschaft; ein «Durchgriff» auf das herrschende Unternehmen ist nach bisheriger Auffassung nicht möglich, obwohl an sich eine Parallele zum mittelbaren Arbeitsverhältnis nahe liegen würde⁽²⁸³⁾. Auch die Zulässigkeit von Kündigungen kann allenfalls dadurch beschränkt werden, daß sich der Arbeitgeber um eine Unterbringung bei anderen Konzernunternehmen bemühen muß⁽²⁸⁴⁾. Entsprechend dem oben Ausgeführten ist bei Versetzungen von einem Fortbestand durch Zeitablauf erworbener Anwartschaften auszugehen⁽²⁸⁵⁾ und der Abschluß von Konzertarifen insoweit zuzulassen als ein Konzernbetriebsrat besteht.

Nach § 54¹ BetrVG iVm § 18¹ AktG kann dieser auch dann gebildet werden, wenn weder eine Eingliederung noch ein Beherrschungsvertrag vorliegen. Voraussetzung ist dabei jedoch neben der — in der Regel durch Beteiligung vermittelten — Abhängigkeit die Existenz einer einheitlichen Leitung, die nach § 18^{1,3} AktG vermutet wird⁽²⁸⁶⁾. Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist der Konzernbetriebsrat im Rahmen der oben beschriebenen Zuständigkeiten⁽²⁸⁷⁾ auch zum Abschluß von Konzernbetriebsvereinbarungen befugt.

Hinsichtlich der Mitbestimmung im Aufsichtsrat ergeben sich drei Abweichungen gegenüber dem Recht des Vertragskonzerns. § 76^{FV} BetrVG 1952 verweist für den Konzernbegriff nur auf § 18^{1 u. 2} AktG, klammert die Vermutung des § 18^{1,3} AktG jedoch aus; dies hat zur Folge, daß im Einzelfall der Nachweis für die Existenz einer einheitlichen Leitung geführt

(283) Vgl. DÄUBLE, *Grundrecht auf Mitbestimmung*, aaO (oben Fn 3) S. 445.

(284) Oben VI 1.

(285) Oben VI 1.

(286) DIETZ - RICHARDI § 1 Rn 89, 90; FITTING - AUFFARTH § 1 Rn 24. § 54 Rn 6.

(287) Oben VI 3.

werden muß bevor eine Beteiligung der Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen an der Aufsichtsratswahl stattfinden kann⁽²⁸⁸⁾. Diese wird zum zweiten nur dann durchgeführt, wenn die herrschende Gesellschaft als solche die hierfür notwendigen Voraussetzungen erfüllt, da § 77 a BetrVG 1952 insoweit nicht eingreift und daher keine Hinzurechnung der Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen erfolgen kann⁽²⁸⁹⁾. Schließlich ist das MitbestG auf sog. faktische Konzerne nicht anwendbar⁽²⁹⁰⁾, die damit ausschließlich den allgemeinen Regeln unterliegt.

Im Gegensatz sind die arbeitsrechtlichen Vorschriften kaum in der Lage, den spezifischen, durch die Abhängigkeit begründeten Gefahren zu begegnen. Neben der Bejahung eines Durchgriffs auf die Konzernmutter kommt als Hilfslösung lediglich eine weite Auslegung der Vorschriften über den Sozialplan in Betracht, wonach die gemäß § 112^{IV} 2 BetrVG zu prüfende wirtschaftliche Vertretbarkeit für das betroffene Unternehmen auch die finanzielle Lage der herrschenden Gesellschaft einzubeziehen hat. Schließlich wäre zu erwägen, ob eine durch das Konzerninteresse bedingte Kündigung nicht einen Aufopferungsanspruch gegen die Konzernmutter wegen Verlusts des Arbeitsplatzes zur Folge hat, was allerdings voraussetzt, daß der Arbeitsplatz als selbständiges, gegen Dritte geschütztes Rechtsgut Anerkennung findet⁽²⁹¹⁾.

VIII. DIE AUSWIRKUNGEN EINER GLEICHORDNUNGSBEZIEHUNG AUF DIE LAGE DER ARBEITNEHMER.

1. Nach § 291^{II} AktG liegt kein Beherrschungsvertrag vor, wenn sich zwei voneinander unabhängige Unternehmen einer einheitlichen Leitung unterstellen, ohne daß das eine vom anderen

(288) DIETZ-RICHARDI § 1 Rn 90; FRISINGER-LEHMANN, *Konzern im Konzern: Wahl der Arbeitnehmervertreter für den Aufsichtsrat im Rahmen von § 76 IV BetrVG 1952 und §§ 54 ff. BetrVG 1972 bei nach dem « Division-Prinzip » organisierten Konzernen*, DB 1972, 2338 mwN.

(289) DIETZ-RICHARDI § 77 a BetrVG 1952 Rn 3.

(290) § 1 II stellt auf ein auf Vereinbarung beruhendes Beherrschungsverhältnis ab.

(291) Dazu vgl. MIGSCH, *Die absolut geschützte Rechtsstellung des Arbeitnehmers*, München-Salzburg 1972.

abhängig wird. Der durch eine solche Abmachung begründete Gleichordnungskonzern wird zwar in § 18^{II} AktG ausdrücklich als « Konzern » bezeichnet, doch hat dies keine unmittelbare arbeitsrechtliche Relevanz: Selbst wenn die gemeinsame Leitung in Form einer Kapitalgesellschaft organisiert ist, kann weder ein Konzernbetriebsrat errichtet noch ein Aufsichtsrat mit Arbeitnehmerbeteiligung gewählt werden, da § 54^I BetrVG ebenso wie § 76^{IV} BetrVG 1952 nur den in § 18^I ArtG umschriebenen Fall des Unterordnungskonzerns erfaßt⁽²⁹²⁾. Auch der Abschluß von Tarifverträgen mit der Spitze wird — soweit ersichtlich — nirgends erwogen. Mit Recht hat Kittner diesen Rechtszustand als bedauerliche Lücke im System der Mitbestimmung bezeichnet⁽²⁹³⁾, lassen sich dadurch doch alle wichtigen Entscheidungen aus dem Unternehmen ausgliedern und auf von den Arbeitnehmern nicht zu beeinflussende Gremien übertragen.

2. Relativ umgekehrt sind die arbeitsrechtlichen Auswirkungen einer wechselseitigen Beteiligung von Unternehmen. Nach § 19^{III} AktG gelten beide als herrschende wie als abhängige, sofern jedes Unternehmen am anderen eine Mehrheitsbeteiligung besitzt oder auf das andere einen beherrschenden Einfluß ausübt. Ob dies zu einer Beteiligung der Arbeitnehmer des jeweils anderen Unternehmens an der Aufsichtsratswahl führt, ist in der Literatur umstritten⁽²⁹⁴⁾, ob die Bildung eines Konzernbetriebsrats bei jedem Unternehmen möglich ist, scheint bislang nicht erörtert zu sein. Beide Fragen sind im Ergebnis zu bejahen, da nur so dem durch die Mitbestimmung ansatzweise realisierten sozialstaatlichen Anliegen Rechnung getragen ist, die Arbeitnehmer über die sie betreffenden Angelegenheiten mitentscheiden zu lassen. Da die wechselseitige Beteiligung im Ergebnis zu einer weitgehenden Managerherrschaft führt, und da keinerlei Korrektive gegen eine Zentralisierung von Entscheidungskompetenzen beim einen oder beim anderen Unternehmen bestehen, ist die Einschaltung der Belegschaften beider Unternehmen geboten.

(292) Allg. Meinung; vgl. etwa DIETZ-RICHARDI aaO (oben Fn 122) § 1 Rn 88; ERDMANN-JÜRGING-KAMMANN aaO (oben Fn 122) § 54 Rn 3.

(293) KITTNER aaO (oben Fn 166) Rn 367.

(294) Bejahend KITTNER Rn 377; ablehnend DIETZ-RICHARDI, § 1 Rn 88.

Dies läßt sich auch mit dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen vereinbaren, da sowohl § 54^I BetrVG wie auch § 76^{IV} BetrVG 1952 durch den Hinweis auf § 18^I AktG ihren Anwendungsbereich auf alle Über- und Unterordnungsverhältnisse erstrecken, ein solches aber auch hier vorhanden ist.

Im übrigen bestehen keine arbeitsrechtlichen Besonderheiten; da die Kapitalverflechtung die rechtliche Selbständigkeit der beteiligten Unternehmen unberührt läßt, ergeben sich weder im Individualarbeitsrecht noch in Bezug auf den Anwendungsbereich von Tarifverträgen irgendwelche Veränderungen.

3. Die arbeits-, insbes. mitbestimmungsrechtliche Behandlung von Gemeinschaftsunternehmen hat in jüngster Zeit einige Aufmerksamkeit erfahren, ohne daß bereits zu allen Fragen Einigkeit erzielt worden wäre. Unproblematisch ist zunächst der Fall, daß einem der beteiligten Unternehmen eine führende Rolle zukommt: Hier gelten die Grundsätze des Vertragskonzerns, hilfsweise die des faktischen Konzerns⁽²⁹⁵⁾. Läßt sich eine dominierende Stellung eines Beteiligten nicht feststellen, so folgt daraus nach Ansicht einiger Autoren die Nich-Existenz jeder konzernrechtlich relevanten Abhängigkeit⁽²⁹⁶⁾, während andere sämtliche das Gemeinschaftsunternehmen tragenden Gesellschaften als «Konzernspitze» betrachten⁽²⁹⁷⁾. Das BAG hat im Bereich der Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat eine Mittelposition eingenommen, indem es § 76^{IV} BetrVG 1952 jedenfalls dann für anwendbar erklärte, wenn die Obergesellschaften ihr Stimmrecht gepoolt und sich zu gemeinsamer Geschäftspolitik verpflichtet hatten⁽²⁹⁸⁾. Noch weiter geht der BGH, der es in einer jüngeren Entscheidung für die Anwendung des § 312 AktG genügen läßt, wenn durch personelle und kapitalmäßige Verflechtung oder auf andere Weise ein einheitliches Vorgehen der beteiligten Gesellschaften sichergestellt ist⁽²⁹⁹⁾.

(295) DIETZ-RICHARDI § 1 Rn 95.

(296) RGZ 167, 40, 50; Barz, Das 50:50 - Gemeinschaftsunternehmen und das Konzernrecht, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festschrift für H. Kaufmann, Köln 1972, S. 59 ff.; BOETTJUS, Konzernbildung durch Aktienpooling? DB 1970, 1964 ff.; WÜRDINGER aaO (oben Fn 69) § 17 Anm. 11, § 18 Anm. 8.

(297) EMMERICH-SONNENSCHNIG aaO (oben Fn 63) S. 34 mwN.

(298) BAG 22, 390 = AP Nr. 20 zu § 76 BetrVG 1952.

(299) BGH BB 1974, 572 ff.

Für den hier allein zu entscheidenden Bereich der Mitbestimmung sollte freilich darüber hinaus jedes beteiligte Unternehmen als herrschend i.S. der §§ 54^I BetrVG, 76^{IV} BetrVG 1952 angesehen werden. Dies rechtfertigt sich mit der Erwägung, daß Mitbestimmung überall dort einsetzen muß, wo die eigentlichen Entscheidungen über die Arbeitnehmerexistenz fallen. Für den Vertragskonzern und den faktischen Konzern hat der Gesetzgeber insoweit eine eindeutige Konsequenz gezogen; beim Gemeinschaftsunternehmen kann nichts anderes gelten, da dieses selbst ebenfalls keine eigenen Entscheidungskompetenzen besitzt. Eine Grenze wird erst dort zu ziehen sein, wo die Zahl der beteiligten Unternehmen so groß wird, daß einzelne keinerlei eigenen Einfluß mehr auf die Geschäftstätigkeit ausüben kann; in diesem Fall ist wie bei einer AG mit weit gestreutem Kapitalbesitz von jedem «Durchgriff» auf die wirtschaftlichen Eigentümer abzusehen⁽³⁰⁰⁾. Im Normalfall des Gemeinschaftsunternehmens ist somit den dort beschäftigten Arbeitnehmern das Wahlrecht zu den Aufsichtsräten sämtlicher herrschender Unternehmen einzuräumen⁽³⁰¹⁾ ebenso wie bei diesen jeweils ein Konzernbetriebsrat errichtet werden kann.

4. Andere Formen der Unternehmenskooperation wie Gewinngemeinschaftsverträge und (nach §§ 2 ff. GWB zulässige) Kartelle sind ohne arbeitsrechtliche Relevanz. Im Ergebnis erscheint dies unbedenklich, haben doch die beteiligten Unternehmen ihre faktische Selbständigkeit hier nicht aufgegeben, sondern nur eine — im Prinzip rücknehmbare — unternehmerische Disposition getroffen.

IX. SONSTIGE VERÄNDERUNGEN AUF UNTERNEHMERSEITE.

1. Werden Anteilsrechte an einer Kapitalgesellschaft veräußert, so ist dies ohne jede arbeitsrechtliche Relevanz, es sei denn, es würde dadurch der Tatbestand eines «faktischen Konzerns» verwirklicht. Dasselbe gilt für einen Gesellschafter-

(300) Die Abgrenzung ist strukturell identisch mit der zwischen oligopolistisch und wettbewerblich verfaßten Märkten.

(301) Enger KITTNER Rn 379 ff.

wechsel bei Personengesellschaften, da diese nach deutschem Recht zwar keine juristischen Personen sind, jedoch ein so hohes Maß an rechtlicher Verselbständigung genießen, daß die zu den Arbeitnehmern bestehenden Beziehungen auch von einer neu zusammengesetzten Gesellschaft unverändert fortgesetzt werden⁽³⁰²⁾. Eine unmittelbare Schlechterstellung der Belegschaftsangehörigen ist dadurch ausgeschlossen, daß der ausgeschiedene Gesellschafter für bereits entstandene Verbindlichkeiten weiterhaftet⁽³⁰³⁾ und § 30 HGB für den neu eintretenden dasselbe anordnet.

2. Wird das gesamte Unternehmen oder der wenigstens einen Betrieb umfassende Teil eines Unternehmens einem anderen verpachtet oder auf andere Weise gegen Entgelt überlassen, so liegt in aller Regel ein Betriebsinhaberwechsel vor, der die Rechtsfolge des § 613a BGB auslöst⁽³⁰⁴⁾. Anders wird nur dann zu entscheiden sein, wenn der Pächter oder sonstige Empfänger das Unternehmen von vorne herein nur im Interesse des bisherigen Inhabers fortführen soll, da die bloße Zwischenschaltung eine Art Treuhänder die arbeitsrechtlichen Beziehungen zum eigentlichen «Steuerungszentrum» nicht zu unterbrechen vermag. Zumindest in einem solchen Fall erscheint ein «Durchgriff» unumgänglich⁽³⁰⁵⁾.

3. Die Verlegung des Unternehmenssitzes im Inland ist als solche für die Arbeitnehmer ohne Bedeutung. Dies gilt auch dann, wenn sich der neue Sitz in einem anderen Bundesland befindet, da das Arbeitsrecht fast ausschließlich bundeseinheitlich geregelt ist und die wenigen landesrechtlichen Normen in aller Regel auf den Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses und nicht auf den Sitz des Arbeitgebers abstellen⁽³⁰⁶⁾. Dies schließt freilich nicht aus, daß der Sitzverlegung weitgehende organisatorische

(302) Vgl. SEITZER aaO (oben Fn 169) S IV 1 b.

(303) Vgl. § 156 HGB. Dies gilt selbstredend nicht für einen Kommanditisten, der seine gesamte Einlage erbracht hatte, da er bereits als «aktiver» Gesellschafter von jeder Haftung freigestellt war.

(304) Näher dazu oben V 2.

(305) Ebenso im Ergebnis SEITZER aaO (oben Fn 169) B IV 1 a.

(306) Vgl. als Beispiel § 2 des Hamburgischen Bildungsurlaubsgesetzes

Veränderungen folgen, die gegebenenfalls zu betriebsbedingten Kündigungen und zu Verhandlungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber über Interessenausgleich und Sozialplan führen können⁽³⁰⁷⁾.

4. Die Auflösung einer Handelsgesellschaft kann aus Gründen erfolgen, die das Gesetz im einzelnen aufführt⁽³⁰⁸⁾. Wird beispielsweise der mit qualifizierter Mehrheit zu fassende Auflösungsbeschluß ins Handelsregister eingetragen, so tritt die Gesellschaft ins Liquidationsstadium. Während dieser Zeit wird sie als fortbestehend betrachtet, soweit dies zur Abwicklung der Geschäfte, insbesondere zur Geltentmachung von Ansprüchen und zur Erfüllung von Verbindlichkeiten erforderlich ist⁽³⁰⁹⁾. Bis zu einer — in der Regel durch dringende betriebliche Erfordernisse gerechtfertigten — Kündigung gestehen daher auch die Arbeitsverhältnisse weiter. Soll das Unternehmen insgesamt oder sollen einzelne Betriebe stillgelegt werden, so liegt eine Betriebsänderung i.S. des § 111 BetrVG vor, die zu Verhandlungen über Interessenausgleich und Sozialplan führen muß.

5. Die Eröffnung eines Konkursverfahrens über das Vermögen des Unternehmers führt ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eine natürliche Person oder eine Gesellschaft handelt, zum Übergang des ausschließlichen Verfügungsrechts auf den Konkursverwalter⁽³¹⁰⁾. Dieser übt daher sämtliche Befugnisse des Arbeitgebers einschließlich der aus der Betriebsverfassung folgenden Rechte⁽³¹¹⁾ selbständig und unter gerechter Abwägung aller beteiligten Interessen aus. Bestehende arbeitsrechtliche Beziehungen werden daher fortgesetzt, doch gibt § 22^I KO dem Arbeitnehmer wie dem Konkursverwalter das Recht, das Arbeits-

vom 28.1.1974 (HambGVBl 1974, S. 6 f.): «Dieses Gesetz findet Anwendung auf alle Arbeiter und Angestellten... deren Arbeitsverhältnisse ihren Schwerpunkt in Hamburg haben».

(307) Dazu oben III 2 a.

(308) § 362 AktG für die AG; § 60 GmbHG für die GmbH; § 131 HGB für die oHG u.a.

(309) §§ 264 AktG, 69 GmbHG, 156 HGB.

(310) § 6 II KO.

(311) KRAFT, in: FABRICIUS-KRAFT-THIELE-WIESE, *Betriebsverfassungsgesetz. Gemeinschaftskommentar*, Neuwied und Berlin 1973 ff., § 1 Rn 28.

verhältnis mit gesetzlicher Frist zu kündigen. Eine fristlose Kündigung durch den Konkursverwalter scheidet dagegen in aller Regel aus, doch wird andererseits dem Arbeitnehmer eine Weiterarbeit nicht zugemutet, wenn abzusehen ist, daß er für seine Lohnansprüche keine Befriedigung erhalten wird⁽³¹²⁾.

Lohnansprüche der Arbeitnehmer, die bereits vor Konkursöffnung entstanden waren, genießen ein Konkursvorrecht nach § 61 Ziff. 1 KO und müssen daher vor allen anderen ungesicherten (aber nach allen dinglich gesicherten) Ansprüchen befriedigt werden. Da dies häufig dazu führt, daß trotz geleisteter Arbeit kein Lohn oder jedenfalls kein voller Lohn bezahlt wird. Wird eine gesetzliche Regelung erwogen, die die Bezahlung eines « Konkursausfallgeldes » für die Dauer von höchstens 3 Monaten aus öffentlichen Mitteln vorsieht⁽³¹³⁾. Relativ unproblematischer ist die Weiterbeschäftigung durch den Konkursverwalter, da sie gemäß § 59 KO Masseschulden begründet, die voll aus dem vorhandenen Vermögen befriedigt werden müssen.

Noch nicht recht geklärt ist das Verhältnis von Sozialplan und Konkurs. Einigkeit besteht darüber, daß auch eine vom Konkursverwalter veranlaßte Stilllegung oder sonstige Betriebsänderung die normalen Rechtsfolgen nach §§ 11 ff. BetrVG auslöst, da die Belegschaft gerade in einer solchen Situation am meisten auf die Absicherung einer sozialen Minimums angewiesen ist⁽³¹⁴⁾. Die von Konkursverwalter eingegangenen Verpflichtungen sind auch hier Masseschulden. Wurde bereits vor Konkursöffnung zwischen dem Unternehmer und dem Betriebsrat wegen einer drohenden Stilllegung ein Sozialplan vereinbart, so soll dieser nach Dietz-Richardi⁽³¹⁵⁾ gegebenenfalls anfechtbar sein. Umstritten ist, ob die aus einem nicht angefochteten Sozialplan folgenden Abfindungsansprüche voll, nur zum Teil oder gar nicht das Konkursvorrecht des § 61 Ziff.1 KO besitzen⁽³¹⁶⁾.

(312) SCHAUB aaO (oben Fn 253) § 125 VII 15.

(313) Gesetzentwurf der Bundesregierung über Konkursausfallgeld - BR - Drucksache 9/74.

(314) LAG Hamm AP Nr. 1 zu § 112 BetrVG; DIETZ-RICHARDI aaO (oben Fn 122) § 112 Rn 39; UHLENBRÜCK KTS 1973, 89 ff.

(315) § 112 Rn 39.

(316) Übersicht über den Streitstand bei DIETZ-RICHARDI § 112 Rn 40. Ablehnend bei Abfindungsansprüchen gemäß § 113 BetrVG FITTING-AUFFARTH, aaO (oben Fn 122) § 113 Rn 16.

6. Der Tod eines Gesellschafters läßt die Existenz einer Kapitalgesellschaft in aller Regel unberührt, während Personengesellschaften der Auflösung verfallen⁽³¹⁷⁾, sofern nicht im Gesellschaftsvertrag eine Fortsetzung unter den übrigen Gesellschaftern oder mit den Erben vorgesehen wurde. Stirbt der Alleinunternehmer, so gehen alle in seiner Person begründeten Rechte und Pflichten auf den oder die Erben über, die damit auch in die bestehenden Arbeitsverhältnisse eintreten. Kraft dieser Universalsukzession ändert sich im übrigen nichts an den Beziehungen zwischen den Beteiligten, es sei denn, im Arbeitsvertrag wäre über § 613 BGB hinaus das Erlöschen des Arbeitsverhältnisses für den Todesfall vereinbart worden⁽³¹⁸⁾.

X. PARITÄTISCHE MITBESTIMMUNG UND IHRE RÜCKWIRKUNG AUF DAS ARBEITSRECHT

1. Nach Auffassung verschiedener Autoren stellt die durch die paritätische Besetzung der Aufsichtsräte bewirkte Kräfteverschiebung im Unternehmen einen Verstoß gegen zwingende, von der Verfassung garantierte arbeitsrechtliche Grundsätze dar⁽³¹⁹⁾. Ausgangspunkt dieser Auffassung ist das in der Koalitionsfreiheit des Art. 9^{II} GG mitenthaltene Prinzip der Gegnerunabhängigkeit von Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften. Dieses sei notwendiger Bestandteil des in Art. 9^{III} GG garantierten Kernbereichs eines Tarifsystems⁽³²⁰⁾, das nur dann funktionieren, d.h. zu « richtigen » Ergebnissen führen könne, wenn zwischen den sozialen Gegenspielern ein Gleichgewicht bestehe⁽³²¹⁾. Zu der so konzipierten Gegnerunabhängigkeit gehöre einmal die Möglichkeit, einen Arbeitskampf zu führen⁽³²²⁾,

(317) Zu den Rechtsfolgen s. oben 4.

(318) PALANDT-PUTZO, Vorbem. vor § 620 Anm. 1 b bb.

(319) E. R. HUBER, *Grundgesetz und wirtschaftliche Mitbestimmung*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1970, S. 74 ff.; HUECK-NIPPERDEY, II/2 (oben Fn 119) S. 1638; PERITHEALER, *Qualifizierte Mitbestimmung und Verfassungsrecht*, Berlin 1972, S. 175 ff.; ZÖLLNER-SEITER, *Paritätische Mitbestimmung und Art. 9 Abs. 3 GG*, ZfA 1970, 97 ff.

(320) Dazu oben III 3.

(321) So insbes. ZÖLLNER-SEITER ZfA 1970, 149 ff.

(322) ZÖLLNER-SEITER ZfA 1970, 121.

zum anderen die sog. Konfrontationsfähigkeit, die nur bei prinzipieller Loyalität der leitenden, Arbeitgeberfunktionen wahrnehmenden Angestellten gesichert sei⁽³²³⁾. Beides sei bei paritätischer Zusammensetzung des Aufsichtsrats und der Möglichkeit zur Wahl eines Arbeitsdirektors⁽³²⁴⁾ nicht mehr gegeben: Die Unternehmensleitungen würde unfähig zum Arbeitskampf; wegen der Verwaltung des Personalressorts durch den Arbeitsdirektor entstehe die Gefahr einer gewerkschaftlichen Orientierung des « unteren » und « mittleren » Managements und einer größeren Nachgiebigkeit gegenüber Arbeitnehmerforderungen — die paritätische Mitbestimmung sei deshalb wegen Verstoßes gegen Art. 9^{III} GG verfassungswidrig⁽³²⁵⁾. Folgt man dem — was allerdings wohl kaum ohne Widerspruch zur Rechtsprechung des BVerfG möglich sein dürfte⁽³²⁶⁾ — so erübrigen sich weitere Ausführungen⁽³²⁷⁾; ein Mitbestimmungsgesetz müßte als verfassungswidrig alsbald aufgehoben werden, so daß sich das Problem einer « Harmonisierung » mit sonstigen arbeitsrechtlichen Institutionen gar nicht stellen würde.

2. Eine zweite, insbesondere von Löwisch vorgetragene Auffassung⁽³²⁸⁾ ist sich in der Einschätzung des Widerspruchs

(323) ZÖLLNER - SEITZ ZfA 1970, 138 ff.

(324) Dazu oben III 1.

(325) So die oben Fn 319 genannten Autoren.

(326) BVerfGE 25, 371, 407 ließ zwar die Verfassungsmäßigkeit der Montanmitbestimmung dahinstehen, doch erklärte es gleichzeitig das Mitbestimmungsgesetz für verfassungskonform, was bei negativer Beantwortung der ersten Frage die Perpetuierung eines verfassungswidrigen Zustands bedeuten würde. Ähnlich BayObLG DB 1972, 393.

(327) Kritisch zu der hier referierten Auffassung DAUBLEY, aaO (oben Fn 3) S. 406 ff.; ROSCHER, *Paritätische Mitbestimmung*, Gegnerunabhängigkeit und Art. 9 Abs. 3 GG, RdA 1972, 279 ff.; SCHWERDTFEGER, *Unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Grundgesetz*, Frankfurt/Main 1972, S. 255 ff.

(328) LÖWISCH, *Mitbestimmung und Arbeitsverhältnis*, in: *Mitbestimmung - Ordnungs- oder politischer Kompromiß*, herausgegeben und eingeleitet von Franz Böhm und Götz Briefs, Stuttgart-Degerloch 1971, E. 131 ff.

Ähnlich BEUTHIEN, *Erweiterte wirtschaftliche Mitbestimmung durch Tarifvertrag?* Jura 1970, 136 ff.; BIEDENKOFF, *Auswirkungen der Unternehmensverfassung auf die Grenzen der Tarifautonomie*, in: *Festschrift für Heinrich Kronstein*, Karlsruhe 1967, S. 79 ff.; HANAU, *Was bedeutet paritätische Mitbestimmung für das kollektive Arbeitsrecht?* BB 1969, 760 ff., wobei jedoch nicht

zwischen paritätischer Mitbestimmung auf der einen sowie Tarifautonomie und Streik auf der anderen Seite mit der ersten Position durchaus einig, zieht daraus jedoch andere Konsequenzen: Nicht die Mitbestimmung sei verfassungswidrig; vielmehr hätte ihre Einführung zur Folge, daß Tarifautonomie und Streik ihre Funktion verlieren und deshalb ersatzlos wegfallen würden. Im Ergebnis führt dies dahin, daß die Mitbestimmung im Unternehmen mit gravierenden Rechtsverlusten verbunden wird, was ihre Attraktivität insbesondere für die Gewerkschaften zeträchtlich herabsetzt. Hinzu kommt, daß auch die Rechtsstellung des einzelnen Arbeitnehmers nicht unberührt bleiben soll: So soll sich das bisher von der herrschenden Lehre als personsrechtliches Gemeinschaftsverhältnis interpretierte Arbeitsverhältnis in ein Gesellschaftsverhältnis verwandeln und der Arbeitnehmer als quasi — Mitunternehmer verstärkt am Betriebsrisiko beteiligt werden, was sich in ganzem oder teilweiseem Lohnverzicht bei Betriebsstockungen zeigen würde⁽³²⁹⁾.

Die Gegenmeinung⁽³³⁰⁾ bestreitet den Widerspruch zwischen paritätischer Mitbestimmung und Tarifautonomie sowie Streik, da sich auch das Verhalten « mitbestimmter » Geschäftsleitungen an den Erfordernissen des Marktes und damit letzten Endes am Rentabilitätsprinzip orientiere, so daß der Gegensatz zu den Arbeitnehmerinteressen erhalten bleibe. Außerdem schütze Art. 9^{III} GG nur die Möglichkeit zur Bildung gegnerunabhängiger Verbände, die durch eine neue Unternehmensverfassung nicht beschnitten werde: Selbst wenn man davon ausgehe, daß das Unternehmen nicht mehr der Arbeitgeberseite zuzurechnen sei, bleibe den Anteilseignern genau wie den Arbeitnehmern das Recht, sich als Person mit anderen zu einer Koalition zusammenzuschließen. Der angebliche Wegfall der Konfrontationsfähigkeit würde nur dazu führen, daß Unternehmen als solches nicht mehr koalitionsfähig wäre — ein verfassungsrechtlich unbedenkliches Ergebnis, da Art. 19^{III} GG juristischen Personen

immer ganz deutlich wird, ob nicht doch für eine Verfassungswidrigkeit der paritätischen Mitbestimmung plädiert wird.

(329) LÖWISCH, aaO S. 145 ff.

(330) S. die oben Fn 327 Genannten sowie UDO MAYER, *Mitbestimmung und Arbeitsverhältnis*, DuR 1973, 359 ff.

nur diejenigen Grundrechte zuspricht, die ihrem Wesen nach auf diese Anwendung finden können⁽³³¹⁾. Schließlich wird als Hilfslösung noch eine Regelung analog § 15 MitbErgG erwogen, die sämtliche allein von der Arbeitnehmerseite gestellten Vertreter in den Unternehmensorganen von Tarifverhandlungen ausschließen und die übrigen an Weisungen allein der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat binden würde⁽³³²⁾. Welche dieser Auffassungen sich letztlich durchsetzen wird muß als offen bezeichnet werden.

Der angeblichen Umwandlung des Arbeitsverhältnisses in ein Gesellschaftsverhältnis wird entgegengehalten, sie stelle keine prinzipielle Abweichung von der bisherigen Konzeption eines an Treue und Fürsorge ausgerichteten personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses dar, könne daher auch keine neuartigen Rechtsfolgen begründen⁽³³³⁾. Gegen beide Auffassungen spreche gleichermaßen, daß sie die realen Interessengegensätze verdecken und den Arbeitnehmer mit Pflichten belasten, für die keine gesetzliche Grundlage vorhanden sei⁽³³⁴⁾. Die These von der verstärkten Beteiligung am Betriebsrisiko verkenne im übrigen, daß im heutigen Recht der Handelsgesellschaften kein Grundsatz der Einheit von Herrschaft und Haftung existiere, da die entscheidenden Personen in vielen Fällen keinerlei eigenes finanzielles Risiko trügen. Selbst wenn dem nicht so wäre, müßte jedenfalls das den Arbeitnehmer treffende Risiko des Arbeitsplatzverlustes bei schlechtem Geschäftsgang Berücksichtigung finden, das seiner einschneidenden Wirkung wegen ein sehr viel schärferes Korrektiv gegenüber unwirtschaftlichem Verhalten als die Schuldenhaftung der Anteilseigner darstelle⁽³³⁵⁾. Auch insoweit ist freilich der weitere Gang der Diskussion offen.

(331) Näher dazu DÄUBLER, aaO (oben Fn 3) S. 418 f.

(332) DÄUBLER, aaO S. 419 ff. Andeutungen in dieser Richtung auch bei BIEDENKOP-SÄCKER, *Grenzen der Mitbestimmung in kommunalen Versorgungsunternehmen*, ZfA 1971, 268; WIEDEMANN, *Unternehmensrecht und GmbH-Reform*, JZ 1970, 602.

(333) DÄUBLER, aaO S. 424.

(334) UDO MAYER *DuR* 1973, 359 ff. sowie eingehend in: *Paritätische Mitbestimmung und Arbeitsverhältnis*, Diss. Bremen 1974.

(335) DÄUBLER, aaO S. 423.

XI. DIE AUSWIRKUNGEN EINER ÜBERFÜHRUNG PRODUKTIONSMITTELN IN GEMEINEIGENTUM ODER ÄHNLICHE EIGENTUMSFORMEN AUF DIE RECHTLICHE STELLUNG DER ARBEITNEHMER

1. Die Begründung von Staatseigentum an Produktionsmitteln kann sich einmal durch rechtsgeschäftlichen Erwerb der Anteilsrechte an einem Unternehmen vollziehen; da die erfaßte Handelsgesellschaft auch mit dem Mehrheitsaktionär « Staat » fortbesteht, ändert sich an der arbeitsrechtlichen Situation der Belegschaften so gut wie gar nichts⁽³³⁶⁾. Zum anderen können nach § 359^I AktG eine AG oder eine GmbH ihr gesamtes Vermögen ohne Abwicklung auf den Bund, ein Land, einen Gemeindeverband oder eine Gemeinde übertragen, wobei genau wie bei der Verschmelzung durch Aufnahme eine Übernahme aller Rechte und Pflichten durch die öffentliche Hand im Wege der Universalsukzession erfolgt⁽³³⁷⁾. Die an anderer Stelle⁽³³⁸⁾ dargestellten Auswirkungen auf die Arbeitnehmer werden hier dadurch modifiziert, daß die Spezialnormen des öffentlichen Dienstrechts zur Anwendung kommen. Das bedeutet einmal, daß die Arbeitnehmer nunmehr den für öffentliche Arbeiter und Angestellte geltenden Tarifverträgen unterliegen⁽³³⁹⁾, die unter Übernahme zahlreicher Vorschriften des Beamtenrechts eine Reihe zusätzlicher Sozialleistungen⁽³⁴⁰⁾ und einen erhöhten Arbeitsplatzschutz⁽³⁴¹⁾ gewähren. Zum anderen

(336) Die Anwendung der Vorschriften über den faktischen Konzern (oben II 4, VII) ist umstritten, da der Staat nicht ohne weiteres als « Unternehmer » i.S. des Konzernrechts zu qualifizieren ist. Für Anwendung der §§ 311 ff. AktG EMEERICH, *Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen*, Bad Homburg v.d.H. 1969, S. 213 ff., 221 ff.; dagegen WÜRDINGER, aaO (oben Fn 48) S. 307 jeweils mwN.

(337) § 359^I iVm § 346^{III} AktG.

(338) oben V 1.

(339) Bundesangestelltentarif (BAT) für Angestellte, Manteltarifverträge für Arbeiter (MTB und MTL).

(340) Lohnfortzahlung im Krankheitsfall bis zu 26 Wochen bei 10-jähriger Tätigkeit im öffentlichen Dienst (§ 37^{III} BAT) - im allgemeinen Arbeitsrecht beläuft sich die Dauer der Lohnfortzahlung auf 6 Wochen (§ 1 LFZG) und der Mindesturlaub auf 15 bis 18 Werktage (3 I BUrlG).

(341) Nach einer Beschäftigungszeit von 15 Jahren können Arbeiter und Angestellte, die älter als 40 Jahre sind, nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden - §§ 53^{III}, 55 BAT, 58 MTL II.

wird das Betriebsverfassungsrecht durch das Personalvertretungsrecht des Bundes und der Länder ersetzt ⁽³⁴²⁾; an die Stelle des Betriebsrats tritt ein neu zu wählender Personalrat, der jedoch in Bezug auf Arbeitnehmer ähnliche Befugnisse besitzt. Schließlich ergibt sich für die übernommenen Belegschaftsangehörigen die Möglichkeit der Verbeamtung, die zu umfassender sozialer Absicherung unter gleichzeitigem Verzicht auf Tarifautonomie und — nach herrschender Meinung auch — Streik führt ⁽³⁴³⁾. Im übrigen tritt gegenüber dem bisherigen Rechtszustand keine Veränderung ein.

2. Von Interesse sind im vorliegenden Zusammenhang weiter die arbeitsrechtlichen Folgen einer Übernahme des Unternehmens durch die Belegschaft. Anders als etwa in Frankreich ⁽³⁴⁴⁾ haben sich in der BRD derartige Umstrukturierungen bisher nur auf freiwilliger Ebene vollzogen, sei es, daß wie im Fall der Glashütte Süssmuth ⁽³⁴⁵⁾ die Arbeitnehmer mit finanzieller Unterstützung durch die Gewerkschaften das wirtschaftlich stark gefährdete Unternehmen kauften, sei es, daß sozial gesonnene Unternehmer die Belegschaft auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage am Vermögenszuwachs und an den Entscheidungen beteiligten ⁽³⁴⁶⁾. Obwohl hier unzweifelhaft der unmittelbare «Gegner» für Lohnforderungen abhanden gekommen ist und die Belegschaft im Falle der Arbeitsniederlegung

(342) Zum neuen PersVG des Bundes s. HELMUTH BECKER, *Mitbestimmung durch Personalvertretungsgesetz von 1973. Das Mitspracherecht im öffentlichen Dienst*, Dortmund-Münster 1974; zu den Reformforderungen und zu den Ländergesetzen s. DÄUBLER, *Weniger Mitbestimmung im öffentlichen Dienst?* AuR 1973, 233 ff.; EKK. STEIN, *Des verfassungsrechtliche Spielraum für eine Reform des Personalvertretungsrechts*, AuR 1973, 225 ff.

(343) Näher dazu DÄUBLER, aaO (oben Fn 149) S. 211 ff.

(344) Zur Fabrikbesetzung bei LIP s. BLANKE-ERD/KÜCHLER, *Lip - Legalität und Klassenkampf*, KJ 1973, 402 ff. (mit Bibliographie, S. 418 f.) und MORAWE, *Aktiver Streik in Frankreich oder Klassenkampf bei LIP*, Reinbek 1972.

(345) Dazu FABIAN (Hrsg.), *Arbeiter übernehmen ihren Betrieb oder Der Erfolg des Modells Süssmuth*, Reinbek 1972.

(346) S. etwa das Ahrensburger Modell, wo in allen Unternehmensorganen eine Arbeitnehmermehrheit besteht - dazu EIKE BALLERSTEDT, *Soziologische Aspekte der innerbetrieblichen Partnerschaft. Das Ahrensburger Modell*, München 1971.

gegen sich selbst streiken würde, ist anders als im Zusammenhang mit der paritätischen Mitbestimmung bisher kaum ein Versuch unternommen worden, die arbeitsrechtlichen Institutionen an die veränderten Umstände anzupassen.

Ob der von einer Seite gemachte Vorschlag, den organisierten Streik durch das Recht zur Lieferungsverweigerung zu ersetzen und spontane Arbeitsniederlegungen trotz demokratischer Binnenstruktur zum Schutz vor Oligarchisierungen und zum Schutz der Minderheit gegen die Mehrheit zuzulassen ⁽³⁴⁷⁾, Zustimmung finden wird, läßt sich im Augenblick noch nicht absehen, da Fragen dieser Art in der Praxis offensichtlich noch keine Bedeutung erlangt haben.

3. Die Überführung von Produktionsmitteln im Gemeineigentum wird zwar im DGB — Grundsatzprogramm vom 21./22.11.1963 in Bezug auf «Schlüsselindustrien und andere markt- und wirtschaftsbeherrschende Unternehmungen» gefordert ⁽³⁴⁸⁾, doch steht ihre Realisierung mit Rücksicht auf die gesamtgesellschaftlichen Machtverhältnisse in der Gegenwart nicht zur Debatte. Es verwundert daher nicht, daß es in der juristischen Literatur so gut wie keine Aussagen dazu gibt, welche Gestalt das Arbeitsrecht eines vergesellschafteten Sektors der Wirtschaft haben soll. Wesentlich dürfte zunächst die Tatsache sein, daß vergesellschaftete Großunternehmen nicht durch die Staatsverwaltung, sondern durch unmittelbare demokratisch legitimierte Gremien geleitet werden müssen, was dem einzelnen Arbeitnehmer ungleich höhere Partizipationschancen als die bloße Mitbestimmung in den Unternehmensorganen eröffnet. Ein Beispiel für dergleichen verfaßte Unternehmen bietet das nordrhein-westfälische Gesetz vom 31.7.1948 ⁽³⁴⁹⁾, das in seinem § 1 das Eigentum an allen Stein- und Braunkohlenvorkommen dem Land und seine Verwaltung in § 3 einer Selbstverwaltungskörperschaft übertrug. Diese sollte als beschließendes Organ einen «Kohlenrat» besitzen, der aus 10 Vertretern des Landtags, 10

(347) DÄUBLER, aaO (oben Fn 3), S. 426.

(348) Ziff. III 5.

(349) Abgedruckt in: *Gewerkschaften und Nationalisierung in der BRD, Neudrucke zur sozialistischen Theorie und Gewerkschaftspraxis*, Band 5, Frankfurt/Main 1973, S. 30 ff.

Vertretern der Gewerkschaften 5 Vertretern aus der Leitung der kohlenwirtschaftlichen Unternehmen, 2 Vertretern der Gemeinden, 3 Vertretern der übrigen Wirtschaft und 3 Vertretern der Forschung und Ausbildung bestehen soll⁽³⁵⁰⁾. Welche konkreten arbeitsrechtlichen Konsequenzen sich aus dieser Demokratisierung für die Arbeitnehmer ergeben hätten, blieb schon deshalb unerörtert, weil das Gesetz wegen des Vetos der westlichen Besatzungsmächte nie in Kraft trat⁽³⁵¹⁾. Sicherlich würde die unter den heutigen Bedingungen angenommene Ausrichtung des Arbeitsverhältnisses an gegenseitiger Treue sachlich sehr viel mehr Argumente für sich ins Feld führen können, würde sie doch zum Ausgleich prinzipiell überwindbare Widersprüche beitragen und das Solidaritätsprinzip auch in den Beziehungen der Arbeitnehmer untereinander voll zur Entfaltung kommen lassen. Auf der anderen Seite ist ähnlich wie bei den eben behandelten « Arbeiterproduktivgenossenschaften » vor einer Überschätzung demokratischer Willensbildungsprozesse i.S. einer rationalen Konfliktlösung zu warnen, so daß auf das Mittel des Streiks unter keinen Umständen verzichtet werden darf⁽³⁵²⁾.

XII. INTERNATIONALE UNTERNEHMENSVERFLECHTUNGEN

1. Das abhängige deutsche Unternehmen.

Wird ein Unternehmen mit Sitz in der BRD von einer ausländischen Gesellschaft abhängig — sei es, daß diese durch Erwerb von Anteilsrechten ausschlaggebenden Einfluß gewinnt, sei es, daß sie mit dem deutschen Unternehmen einen Beherrschungsvertrag abschließt⁽³⁵³⁾ — so ändert dies nichts an der Anwendung des deutschen Arbeitsrechts, da die bloße Abhängigkeit keine für die Anwendung kollisionsrechtliche Normen erforder-

(350) § 4 des Gesetzes. Die Vertreter sollten vom Landtag auf Vorschlag der zuständigen Gruppen gewählt werden.

(351) HARTWICH, *Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status quo*, Köln und Opladen 1970, S. 78.

(352) DÄUBLER, aaO (oben Fn 3) S. 426.

(353) Die Zulässigkeit dieser Verträge ist nahezu unbestritten - s. oben Fn 96.

liche « Auslandsberührung » darstellt⁽³⁵⁴⁾. Dies gilt auch für diejenigen Normen der Betriebsverfassung, die die Ebene von Unternehmerentscheidungen erreichen: Obwohl die deutsche Gesellschaft ihre Planungshoheit verloren hat, ist ein Gesamt- und gegebenenfalls ein Konzernbetriebsrat⁽³⁵⁵⁾ sowie ein Wirtschaftsausschuß zu errichten. Da die ausländische Mutter nicht der deutschen Rechtsordnung unterliegt ist auch dann keine Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat entsprechend § 76^{IV} BetrVG 1952 und dem MitbErgG möglich, wenn das ausländische Gesellschaftsrecht einen Aufsichtsrat oder vergleichbare Einrichtungen kennt⁽³⁵⁶⁾. Damit ist deutschen Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, durch Abschluß eines Unternehmensvertrags die vom innerstaatlichen Recht vorgeschriebene Mitbestimmung praktisch gegenstandslos zu machen⁽³⁵⁷⁾.

2. Der abhängige deutsche Betrieb.

Handelt es sich um eine Produktionsstätte ohne rechtliche Selbständigkeit (Zweigstelle), so liegt unbestrittenermaßen ein kollisionsrechtlicher Tatbestand vor. Nach nahezu einhelliger Auffassung ist es in diesem Fall allein Sache der Parteien, im Wege der vertraglichen Einigung die anwendbare Rechtsordnung festzulegen⁽³⁵⁸⁾; unterbleibt eine ausdrücklich oder still-

(354) Die Frage ist — vermutlich wegen praktischer Irrelevanz — kaum andiskutiert. Gegen das Eingreifen der Regeln des IPR Fikentscher RdA 1969, 206; dafür DÄUBLER, *Grundprobleme des internationalen Arbeitsrechts*, AWD 1972, 1 Fn 9.

(355) BIRE, *Auslandsbeziehungen und Betriebsverfassungsgesetz*, in: *Festschrift für Schnorr v. Carolsfeld*, Köln-Berlin-Bonn-München 1972, S. 83, 85.

(356) DIETZ-RICHARDI, aaO (oben Fn 122) § 76 BetrVB Rn 27; FITTING-AUFFARTH, aaO (oben Fn 122) Anh., § 76 BetrVG 1952 Rn 19; GRASMAN, *Internationale Probleme der Mitbestimmung*, ZGR 1973, 329 ff.; HUECK-NIPPERDEY II/2 aaO (oben Fn 119) § 73 B I 3; KRAFT, aaO (oben Fn 311) § 1 Rn 10; KITTNER, aaO (oben Fn 98) Rn 20.

(357) EMMERICH-SONNENSCHNEIN, aaO (oben Fn 63) S. 66.

(358) BAG AP Nr. 2 zu § 124 a GewO; BAG, Nr. 1 zu § 74 a HGB; Nr. 36 zu §§ 898, 899 RVO; BAG, Nr. 4 zu § 1 SchwbeschG; BAG Nr. 3, 4, 9, 11 zu IPR Arbeitsrecht. GAMILLESCHEG, *Internationales Arbeitsrecht*, Berlin-Tübingen 1959, S. 11 ff.; HUECK-NIPPERDEY I aaO (oben Fn 169), § 18 IV (S. 105); GERHARD MÜLLER, *Die rechtliche Behandlung abhängiger fremdbestimmter Arbeit bei Berührungen mit Deutschland und Italien*, RdA 1973, 141;

schweigende Rechtswahl, so soll der Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses entscheiden⁽³⁵⁹⁾. Die so für anwendbar erklärte Rechtsordnung steht unter dem Vorbehalt des deutschen *ordre public*⁽³⁶⁰⁾ und erstreckt sich ausschließlich auf das Individual- und Tarifvertragsrecht. Für die öffentlich rechtlichen Bestandteile des Arbeitsrechts wie auch für das Betriebsverfassungsrecht soll dagegen zwingend das Territorialitätsprinzip gelten⁽³⁶¹⁾, so daß es insoweit bei der Anwendung des deutschen Rechts bleibt. Mit Rücksicht auf die Zwecksetzung der Mitbestimmung auf Unternehmensbene soll bei Vorliegen mehrerer Zweigstellen ein Gesamtbetriebsrat und ein Wirtschaftsausschuß gebildet werden⁽³⁶²⁾, was sich im übrigen auch mit dem Prinzip der Chancengleichheit von deutschen und ausländischen Unternehmen begründen läßt⁽³⁶³⁾.

3. *Ausländische Tochtergesellschaften deutscher Unternehmen.*

Wird eine ausländischem Recht unterliegende Gesellschaft von einem in der BRD ansässigen Unternehmen beherrscht, so läßt dies die Rechtsbeziehungen zu den bei ihr tätigen Arbeitnehmern unberührt, da insoweit nichts anderes als bei der Abhängigkeit deutscher Unternehmen gilt⁽³⁶⁴⁾. Die individualarbeitsrechtlichen Beziehungen bestimmen sich daher ebenso nach ausländischem Recht wie die Geltung von Tarifverträgen und die Errichtung einer Betriebsvertretung. Von dieser ein-

NINISCH I aaO (oben Fn 119) § 27 IV 3 (S. 299); kritisch DÄUBLER AWD 1972, 4 ff.

(359) BAG AP Nr. 4 zu IPR Arbeitsrecht.

(360) Vgl. G. MÜLLER RdA 1973, 142.

(361) Zum öffentlichen FRecht s. die Nachweise bei DÄUBLER AWD 1972, 4 Fn 58; zum Betriebsverfassungsrecht FITTING-AUFFARTH aaO (oben Fn 122) § 1 Rn 2; GALPERIN-SIEBERT, *Kommentar zum BetrVG* 1952, A. Aufl. Heidelberg 1963, Vorbem. vor § 1 Rn 5; HUECK-NIPPERDEY II/2 aaO (oben Fn 119) § 53 A I 1 Fn 5; SCHAUB aaO (oben Fn 253) § 6 III 6; kritisch Grasmann ZGR 1973, 324.

(362) BIRK, aaO (oben Fn 355) S. 72 f.; DIETZ-RICHARDI § 76 BetrVG 1952 Rn 24; FITTING-AUFFARTH § 1 Rn 5; KOPPENSTEINER aaO (oben Fn 30) S. 134; anders GALPERIN-SIEBERT, *Vorbem. vor § 1 Rn 12*.

(363) Vgl. GRASMANN ZGR 1973, 331.

(364) oben 1.

deutung zu beantwortenden ist die zweifelhafte Frage zu unterscheiden, ob die bei der ausländischen Tochter tätigen Arbeitnehmer an den bei der deutschen Mutter bestehenden Institutionen der Mitbestimmung zu beteiligen sind, ob sie mit anderen Worten bei den Wahlen der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat stimmberechtigt sind und ob ihre Vertretung Delegierte in einem nach deutschem Rechte errichteten Konzernbetriebsrat oder Wirtschaftsausschuß entsenden können. Entgegen der bisher fast unangefochtenen Meinung, wonach das Territorialitätsprinzip eine derartige Ausdehnung des GetrVG verbiete⁽³⁶⁵⁾, will eine im Vordrigen begriffene neuere Auffassung die bei ausländischen Töchtern tätigen Arbeitnehmer an der Aufsichtsratswahl⁽³⁶⁶⁾ und ihre Betriebsvertretungen am Konzernbetriebsrat beteiligen⁽³⁶⁷⁾. Sie kann sich u. a. auf die Erwägung stützen, daß die Mitbestimmungsrechte möglichst allen denjenigen zustehen sollten, die von den Entscheidungen der Konzernspitze betroffen sind.

4. *Ausländische Betriebe deutscher Unternehmen.*

Besitzt die ausländische Produktionsstätte keine rechtliche Selbständigkeit, so stellt sich die kollisionsrechtliche Frage in vollem Umfang. Die anwendbare Privatrechtsordnung bestimmt sich nach der Parteiautonomie, das öffentliche Arbeitsrecht der BRD findet keine Anwendung⁽³⁶⁸⁾. Bekennt man sich im Betriebsverfassungsrecht zum Territorialitätsprinzip, so kann das BetrVG auch dann keine Anwendung finden, wenn auf die Arbeitsverhältnisse deutsches Recht angewandt wird⁽³⁶⁹⁾. Dies

(365) HUECK-NIPPERDEY, II/2 aaO (oben Fn 119) § 74 B I 3 Fn 11; KITTNER aaO (oben Fn 98) Rn 20; KRAFT aaO (oben Fn 131) § 1 Rn 9, 10 u.a.

(366) BARK aaO (oben Fn 355) S. 82; DIETZ-RICHARDI § 76 BetrVG 1952 Rn 30; FITTING-AUFFARTH, *Anh. § 76 BetrVG* 1952 Rn 19; GRASMANN ZGR 1973, 328 f.

(367) BIRK S. 84; GRASMANN ZGR 1973, 325; a.A. insoweit DIETZ-RICHARDI *Vorbem. vor § 1 Rn 25*.

(368) s. die Nachweise oben Fn 358, 361.

(369) DIETZ-RICHARDI *Vorbem. vor § 1 Rn 21*; ERDMANN-JURGING-KAMMANN aaO (oben Fn 122) § 1 Rn 5; FITTING-AUFFARTH § 1 Rn 2; HUECK-NIPPERDEY II/2 § 53 A I 1 Fn 1; NEUMANN-DUESBERG aaO (oben Fn 252) S. 92; NIKISCH III § 94 III (S. 56 f.); a.A. DÄUBLER AWD 1972, 8 ff.; GAMILLSCHEG aaO (oben Fn 358), S. 370.

kann dazu führen, daß die Arbeitnehmer ohne jede Vertretung bleiben ⁽³⁷⁰⁾ so daß als Ausweg die tarifliche Schaffung einer Vertretung ⁽³⁷¹⁾ oder die Anknüpfung an den Betriebssitz, hilfsweise die durch Abstimmung gewählte Rechtsordnung ⁽³⁷²⁾ vorgeschlagen wird. Selbst wenn man jedoch auf die Anwendung des BetrVG verzichtet, besteht immer noch die Möglichkeit, die Arbeitnehmer wenigstens mittelbar am Gesamtbetriebsrat und Wirtschaftsausschuß zu beteiligen ⁽³⁷³⁾.

5. Die Sitzverlagung vom Inland ins Ausland bzw. vom Ausland ins Inland schafft für die jeweils « zurückbleibenden » Produktionsstätten die unter 2 bzw. 4 beschriebene Situation; arbeitsrechtliche Besonderheiten ergeben sich nicht.

6. Unternehmenskooperation auf der Ebene der Gleichberechtigung kann in vielerlei Form erfolgen ⁽³⁷⁴⁾, bleibt jedoch im Normalfall ohne unmittelbare rechtliche Auswirkungen auf die Arbeitnehmer. Wechselseitige Abhängigkeit der Unternehmen kann dazu führen, daß auch die Arbeitnehmer des ausländischen Partners an der Wahl zum Aufsichtsrat und am Konzernbetriebsrate zu beteiligen sind.

(370) Wenn die ausländische Rechtsordnung auch für die Betriebsverfassung auf deutsches Recht verweist.

(371) NIKISCH III § 94 III (S. 56 f.).

(372) DÄUBLER AWD 1972, 11.

(373) So mit Recht BIRK aaO (oben Fn 355) S. 84; Grasmann ZGR 1973, 325.

(374) Näher dazu LUTTER, *Empfehlen sich für die Zusammenfassung europäischer Unternehmen neben oder statt der europäischen Handelsgesellschaft und der internationalen Fusion weitere Möglichkeiten der Gestaltung auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts?* Gutachten H zum 48. DJT, München 1970, S. H 50 ff.