

# Das Umwandlungsgesetz

Eine Kommentierung der §§ 321 – 325 UmwG

Das Umwandlungsgesetz enthält Regelungen, die für die Arbeit von Umwandlung betroffener Betriebsräte außerordentlich wichtig sind. Wolfgang Trittin kommentiert in dem folgenden Beitrag, der sich an seinem Aufsatz „Umwandlungsgesetz“ in AiB 1996, 270 anschließt, die §§ 321 – 325 UmwG.

## § 321 Übergangsmandat des Betriebsrats bei Betriebsspaltung

*(1) Hat die Spaltung oder die Teilübertragung eines Rechtsträgers nach dem Dritten oder Vierten Buch die Spaltung eines Betriebs zur Folge, so bleibt dessen Betriebsrat im Amt und führt die Geschäfte für die ihm bislang zugeordneten Betriebsteile weiter, soweit sie über die in § 1 des Betriebsverfassungsgesetzes genannte Arbeitnehmerzahl verfügen und nicht in einen Betrieb eingegliedert werden, in dem ein Betriebsrat besteht. Der Betriebsrat hat insbesondere unverzüglich Wahlvorstände zu bestellen. Das Übergangsmandat endet, sobald in den Betriebsteilen ein neuer Betriebsrat gewählt und das Wahlergebnis bekanntgegeben ist, spätestens jedoch sechs Monate nach Wirksamwerden der Spaltung oder der Teilübertragung des Rechtsträgers.*

*(2) Werden Betriebsteile, die bislang verschiedenen Betrieben zugeordnet waren, zu einem Betrieb zusammengefaßt, so nimmt der Betriebsrat, dem der*

*nach der Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer größte Betriebsteil zugeordnet war, das Übergangsmandat wahr. Satz 1 gilt entsprechend, wenn Betriebe zu einem neuen Betrieb zusammengefaßt werden.*

### I. Grundsätze

#### 1. Zweck

Die Spaltung und Teilübertragung von Rechtsträgern hat häufig auch die Spaltung von Betrieben zur Folge und gefährdet damit den Fortbestand des Betriebsrats. Für derartige Fälle sieht § 321 UmwG vor, daß der Betriebsrat des bisherigen Betriebes ein befristetes Übergangsmandat hat. Es soll verhindern, daß in den betroffenen Betriebsteilen betriebsratslose Zeiten entstehen und die betroffenen Arbeitnehmer gerade in dieser schwierigen Umstrukturierungsphase ohne den Schutz durch Beteiligungsrechte des Betriebsrats sind (Wlotzke, DB 1995, S. 46). Dies gilt entsprechend für die Zusammenfassung von Betriebsteilen, die bisher verschiedenen Betrieben zugeordnet waren, zu einem einheitlichen Betrieb.

#### 2. Übergangsregelungen in anderen Gesetzen

Das Betriebsverfassungsgesetz enthält kein Übergangsmandat. Die Rechtsprechung des BAG hat es verneint (BAG 23. 11. 1988, AP Nr. 77 zu § 613 a BGB; vgl. auch Dietz/Richardi, BetrVG, 6. Aufl., § 21 Rn. 38; GK-Wiese, § 21 Rn. 45).

In mehreren Einzelgesetzen hat der Gesetzgeber ein Übergangsmandat des Betriebsrats anerkannt:

P Nach § 13 des Gesetzes über die Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen (SpTrUG) vom 5. 4. 1991 (BGBl. I, S. 854) erhält der Betriebsrat ein zeitlich begrenztes Übergangsmandat, das bis zur Wahl eines neuen Betriebsrats, längstens drei Monate dauert und zur Vertretung der Interessen der betroffenen Arbeitnehmer gegenüber einem neuen Arbeitgeber berechtigt (Engels, DB 1991, S. 966; Oetker/Busche, NZA Beilage 1/1991, S. 18, 22 ff.).

● Nach § 6 b Abs. 9 des Gesetzes zur Regelung offener Vermögensfragen (VermG) vom 22. 3. 1991 (BGBl. I, S. 766, 772; Neufassung: 2. 12. 1994 in BGBl. I, S. 3610) wird dem Betriebsrat ein zeitlich begrenztes Übergangsmandat bis zur Wahl des neuen Betriebsrats, längstens jedoch für drei Monate, eingeräumt.

● § 2 Abs. 1 i. V. m. § 25 Satz 1 des Gesetzes über die Gründung einer Deutschen Bahn AG (DBGrG) sieht vor, daß aus der privatisierten Deutschen Bahn AG frühestens in drei Jahren spätestens in fünf Jahren nach ihrer Eintragung ins Handelsregister die Bereiche „Personennahverkehr“, „Personenfernverkehr“, „Güterverkehr“ und „Fahrweg“ als Aktiengesellschaften ausgegliedert werden. Führt diese Ausgliederung zur Spaltung von Betrieben, oder zu deren Zusammenlegung zu neuen Betrieben, so besteht nach § 20 DBGrG ein Übergangsmandat, das dem in § 13 SpTrUG nahezu wörtlich entspricht.

● Für die Umstrukturierung der Post ist nicht nur den bisherigen örtlichen Personalräten ein Übergangsmandat

als Betriebsrat für die Betriebe und Betriebsteile der privatisierten Postunternehmen verliehen worden, sondern auch den bisherigen Hauptpersonalräten ein Übergangsmandat als Gesamtbetriebsräte auf Unternehmensebene. Die Höchstdauer des Übergangsmandats ist wegen der besonders langwierigen Umstrukturierungsprozesse bei der Deutschen Bundespost-Postdienst auf 24 Monate erhöht worden (vgl. § 25 Abs. 1 Satz 1 PostPersRG, BT-Drucks. 12/8060, S. 85, 195).

Aus der wiederholten Anerkennung eines Übergangsmandats durch den Gesetzgeber in jüngster Zeit ist ein allgemeines Rechtsprinzip abzuleiten, daß bei betrieblichen Organisationsänderungen grundsätzlich eine betriebsratslose Zeit vermieden werden soll. Die Lebenssachverhalte sind vergleichbar und der Schutzzweck des Betriebsverfassungsgesetzes gebietet dies. Deshalb ist im Wege einer Rechtsanalogie auch bei nicht von den einzelnen gesetzlichen Regelungen erfaßten Organisationsänderungen, die zu einem Wegfall des bisherigen Betriebsrats führen oder einen Teil der Arbeitnehmerschaft aus seiner Zuständigkeit herausnehmen, ein Übergangsmandat des bisherigen Betriebsrats anzuerkennen, wenn die Arbeitnehmer andernfalls den betriebsverfassungsrechtlichen Schutz verlieren würden. Insofern ist § 321 UmwG als allgemeine gesetzliche Regelung entsprechend anzuwenden (Bachner, DB 1995, 2068; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, 18. Aufl., § 21 Rn. 52; Schlachter, RdA 1993, S. 313, 316; Joost in Lutter [Hrsg.] „Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel“, S. 303; a. A. Bauer, NZA 1995, S. 1058; Berschheid, Festschrift für Stahlhacke, S. 50).

## II. Betriebsspaltung (§ 321 Abs. 1 UmwG)

### 1. Voraussetzungen

Die Spaltung oder Teilübertragung eines Rechtsträgers kann zugleich die Spaltung eines Betriebes gemäß § 1 BetrVG zur Folge haben. Unter dem Betrieb ist die organisatorische Einheit von Arbeitsmitteln zu verstehen, die auf einen arbeitstechnischen Zweck gerichtet sind und einer arbeitsrechtlichen Leitung unterliegen (vgl. BAG 23. 9. 1982, 17. 2. 1983, AP Nrn. 3, 4 zu § 4 BetrVG 1972). Eine Spaltung des Betriebs liegt dann vor, wenn die Einheit aufgeteilt oder Teile von ihr ausgegliedert werden.

Die Spaltung oder Teilübertragung eines Rechtsträgers hat nicht zwangsläufig die Spaltung eines Betriebes zur Folge. Das Übergangsmandat spielt nur dann eine Rolle, wenn hierbei die betriebliche Organisation so verändert wird, daß sie insgesamt gespalten oder ein Teil abgespalten wird.

Das Übergangsmandat setzt weiterhin voraus, daß der abgespaltene Betriebsteil selbst betriebsratsfähig ist. Nach § 1 BetrVG gehören hierzu mindestens fünf Arbeitnehmer, von denen drei wählbar sind. Ohne diese Voraussetzungen läuft das Übergangsmandat leer. Es soll den Übergang zu einem eigenen Betriebsrat erleichtern. Kann er jedoch nicht gebildet werden, dann spielt das Übergangsmandat keine Rolle.

### 2. Rechtsfolgen

#### a) Reichweite des Übergangsmandats

Das Übergangsmandat bezieht sich auf alle Rechte, Kompetenzen und Ansprüche, die der Betriebsrat vor der

Betriebsspaltung hatte. Es ist mithin nicht auf Abwicklungsangelegenheiten beschränkt, wie dies beim sogenannten Restmandat der Fall ist. Es handelt sich insofern inhaltlich um ein Vollmandat (Joost in Lutter [Hrsg.] „Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel“, S. 297, 302; Oetker/Busche, NZA 1991, Beilage 1, S. 23).

#### b) Hauptaufgaben des Betriebsrats

Der Betriebsrat hat in der Übergangszeit zwei wesentliche Aufgaben:

P Er führt die normalen Geschäfte des Betriebsrats weiter.

P Er führt für die auf- und abgespaltenen Betriebsteile die Wahl von Betriebsräten durch. Dies bedeutet zunächst, daß er unverzüglich Wahlvorstände zu bestellen hat.

#### c) Befristung (§ 321 Abs. 1 Satz 3 UmwG)

Das Übergangsmandat ist bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses in den neuen betrieblichen Einheiten befristet, längstens jedoch bis zu sechs Monaten nach Wirksamwerden der Spaltung oder der Teilübertragung des Rechtsträgers.

Die Frist beginnt gemäß §§ 130, 131, 176 Abs. 3, 177 Abs. 2 UmwG ab Wirksamwerden der Spaltung oder der Teilübertragung des Rechtsträgers. Unter Wirksamwerden ist die betrieblich-organisatorische Wirksamkeit zu verstehen, d. h. die Spaltung des Betriebes infolge der Spaltung des Unternehmens. Andernfalls hätte es der Arbeitgeber in der Hand, das Übergangsmandat zu unterlaufen, indem er die organisatorische Spaltung zu

einem späteren Zeitpunkt als die unternehmensrechtliche Spaltung vollzieht, z. B. sieben Monate später. Wird umgekehrt die organisatorische Ausgliederung bereits vor dem Wirksamwerden der Unternehmensspaltung und der Eintragung ins Handelsregister vollzogen, ist letztere maßgeblich. Es ist unzulässig, das Übergangsmandat zu verkürzen, indem unternehmerische und betriebliche Spaltung auseinanderfallen (DKK-Buschmann, § 21 Rn. 57; Däubler, RdA 1995, S. 145).

Ist innerhalb der sechsmonatigen Frist kein neuer Betriebsrat gewählt worden, dann sind die Arbeitnehmer dieses Betriebes ohne eine Vertretung und die Mitbestimmung kann nicht mehr ausgeübt werden. Es ist jedoch jederzeit möglich, durch eine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber die sechsmonatige Frist zu verlängern. Dies kann sinnvoll sein, wenn sie — vielleicht in Anbetracht der besonderen Umstände des Betriebes — zu kurz bemessen ist oder aus sonstigen Gründen zu einem späteren Zeitpunkt die Wahl durchgeführt werden soll.

### III. Zusammenfassung zu einem Betrieb (§ 321 Abs. 2 UmwG)

Werden Betriebsteile, die bisher verschiedenen Betrieben zugeordnet waren, zu einem neuen Betrieb zusammengefaßt, dann nimmt der Betriebsrat das Übergangsmandat wahr, dem der nach der Zahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer größte Betriebsteil zugeordnet war.

Gleiches gilt, wenn Betriebe, die bisher selbständig waren und jeweils eigene Betriebsräte hatten, zu einem neuen Betrieb zusammengefaßt werden. In diesem Fall nimmt der Betriebsrat das Mandat wahr, dessen bisherigem Be-

trieb die größte Zahl wahlberechtigter Arbeitnehmer zugeordnet war.

Ein Übergangsmandat besteht dann nicht, wenn ein bisheriger Betriebsteil in einen anderen Betrieb eingegliedert wird, in dem bereits ein Betriebsrat besteht. In diesem Falle bleibt die Identität des bisherigen Betriebs erhalten, während der bisherige Betriebsteil seine Selbständigkeit verliert. Der bestehende Betriebsrat vertritt die neuen Arbeitnehmer mit. Ein Übergangsmandat ist entbehrlich, und es kann allenfalls eine neue Betriebsratswahl gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG durchzuführen sein, wenn die Zahl der Arbeitnehmer um die Hälfte, mindestens aber um 50 gestiegen oder aus anderen Gründen gesunken ist.

Die Überschrift des § 321 UmwG ist mißverständlich. Es handelt sich hierbei offensichtlich um ein Redaktionsversehen. Zwar ist sie nicht so zu verstehen, daß stets eine Betriebsspaltung vorausgesetzt wird. Der Wortlaut ist weder auf Betriebsspaltung bezogen noch auf Verschmelzung im Sinne der §§ 2, 20, 36 UmwG. Das Übergangsmandat besteht bei allen Formen der Zusammenfassung von Betrieben und Betriebsteilen zu einem neuen Betrieb unabhängig von der Form gesellschaftsrechtlicher Veränderungen (Däubler, RdA 1995, S. 145; Herbst, AiB 1995, S. 9; DKK-Buschmann, § 21 Rn. 58; im Ergebnis ebenso Kreßel, DB 1995, S. 927; zweifelnd Düwell, ArbuR 1994, S. 358).

## § 322 Gemeinsamer Betrieb

*(1) Wird im Falle des § 321 Abs. 1 Satz 1 die Organisation des gespaltenen Betriebes nicht geändert, so wird für die Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes vermutet, daß dieser Betrieb von den an der Spaltung beteiligten Rechtsträgern gemeinsam geführt wird.*

*(2) Führen an einer Spaltung oder an einer Teilübertragung nach dem Dritten oder Vierten Buch beteiligte Rechtsträger nach dem Wirksamwerden der Spaltung oder der Teilübertragung einen Betrieb gemeinsam, gilt dieser als Betrieb im Sinne des Kündigungsschutzrechts.*

### I. Grundsätze

#### 1. Anerkennung durch den Gesetzgeber

Durch § 322 UmwG hat der Gesetzgeber erstmals den gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen anerkannt. Weder im Betriebsverfassungsgesetz noch in sonstigen arbeitsrechtlichen Vorschriften befindet sich bislang eine positivrechtliche Regelung dieser Konstruktion. Die Praxis hat hierfür mehrere Bezeichnungen entwickelt, wie z. B. Gemeinschaftsbetrieb, einheitlicher Betrieb, Standortbetrieb. Mit diesen Begriffen ist jeweils nichts anderes gemeint, als daß die Arbeitnehmer von zwei oder mehr Unternehmen einen gemeinsamen Betrieb bilden.

#### 2. Praxisphänomen

Der Gemeinschaftsbetrieb hat sich in der Praxis herausgebildet und die in-

zwischen kaum noch überschaubare Rechtsprechung und Literatur signalisieren seine gewachsene Bedeutung (Däubler, FS Zeuner, S. 19).

Der Gemeinschaftsbetrieb spielt im wesentlichen bei drei Vorgängen eine wichtige Rolle:

- Durch Teilung eines Unternehmens werden Betriebsabteilungen oder Funktionen rechtlich zu einer Tochtergesellschaft (meistens GmbH) verselbständigt, ohne daß sich die tatsächlichen Arbeitsabläufe wesentlich verändern. Die zugrundeliegenden Motive sind vielfältig und reichen von steuer- und haftungsrechtlichen Gründen bis hin zur Parzellierung einer bisher einheitlichen Interessenvertretung der Belegschaft.

- Innerhalb eines Konzerns werden bestimmte Bereiche (z. B. Marketing, Personalverwaltung, Vertrieb, Forschung und Entwicklung usw.) miteinander verbunden, um Synergieeffekte zu erzielen (vgl. Zöllner, FS Semmler, 1993, S. 996).

- Unternehmen bilden ein Gemeinschaftsunternehmen und führen dazu einzelne Bereiche zusammen. Denkbar ist auch die Bildung einer ARGE im Baugewerbe (Wiedemann, Anmerkung zu BAG 13. 6. 1985, AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969; vgl. auch BAG, DB 1990, S. 181 zu einem von einem Arzt unter einem Verein betriebenen Dialysezentrum).

### 3. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung des BAG liegt ein Gemeinschaftsbetrieb nur dann vor, wenn „ein einheitlicher Leitungsapparat“ vorhanden ist, der „die Gesamtheit der für die Erreichung der arbeitstechnischen Zwecke eingesetz-

ten personellen, technischen und immateriellen Mittel lenkt“ (BAG 13. 6. 1985, AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969; 5. 3. 1987, AP Nr. 30 zu § 15 KSchG 1969; DB 1990, S. 181). Weiterhin ist es erforderlich, daß sich die Unternehmen „zur gemeinsamen Führung eines Betriebs rechtlich verbunden haben“. Diese sogenannte Führungsvereinbarung muß nicht ausdrücklich geschlossen sein, sondern kann sich auch aufgrund der tatsächlichen Umstände ergeben. Ein solcher Rückschluß ist jedenfalls dann möglich, wenn der Kern der Arbeitgeberfunktion im sozialen und personellen Bereich von derselben institutionellen Leitung wahrgenommen wird (BAG 18. 1. 1990, AP Nr. 9 zu § 23 KSchG 1969, 29. 1. 1987, AP Nr. 6 zu § 1 BetrVG 1972 Bl. 3, DB 1990, S. 181). Ein positives Indiz stellen ebenfalls personelle Verflechtungen, wie z. B. durch die Identität der Geschäftsführungen, dar (BAG 29. 1. 1987, AP Nr. 6 zu § 1 BetrVG 1972 Bl. 4). Dagegen soll eine tatsächliche unternehmerische Zusammenarbeit aufgrund rein konzernrechtlicher Verbindungen nicht ausreichen (BAG 5. 3. 1987, AP Nr. 30 zu § 15 KSchG 1969).

Die Annahme eines einheitlichen Leitungsapparates, der einen Betrieb gemeinsam führt, wirft schwierige Beweisfragen auf. Diese Probleme werden erleichtert, wenn die Umstände einen Schluß auf eine konkludente Führungsvereinbarung zulassen (BAG 29. 1. 1987, AP Nr. 6 zu § 1 BetrVG 1972 Bl. 3). Es spielt dann keine Rolle, ob sich die beteiligten Unternehmen tatsächlich geeinigt haben (Däubler, FS Zeuner, S. 21).

### 4. Gesetzeszweck

§ 322 UmwG bezweckt, daß eine Umorganisation, die die bestehende Ar-

beitsorganisation unangetastet läßt, sich nicht auf die arbeitsrechtlichen Beziehungen auswirken soll. Dies ist z. B. notwendig, wenn sie aus bloßen steuerrechtlichen (z. B. reiche, aber arbeitnehmerlose Besitzgesellschaft und arme Betriebsgesellschaft), haftungsrechtlichen oder wettbewerbsrechtlichen Gründen erfolgt. Ein langjährig eingespielter Betrieb gilt allgemein als wirtschaftlich vorteilhaft (vgl. BR-Drucks. 75/94, S. 174; Bauer/Lingemann, NZA 1994, S. 1057, 1060; DKK-Trümner, § 1 Rn. 89 e).

Die Rechtsprechung des BAG reagiert zwar auf die tatsächlichen Veränderungen, ist aber dennoch für den Erhalt einer effektiven Interessenvertretung nicht ausreichend. Sie wird weitgehend zur Disposition der Arbeitgeberseite gestellt. Sie hat es nämlich weitgehend in der Hand, ob eine Führungsvereinbarung besteht. Außerdem wird der konzernrechtlichen Leitungsmacht eine zu geringe Bedeutung zugemessen. Für die Gemeinsamkeit der Betriebsführung sollte die konzernrechtliche Leitungsmacht ausreichen (vgl. insgesamt zur Kritik der Rechtsprechung des BAG mit einem Versuch zur Weiterentwicklung des Gemeinschaftsbetriebs Däubler, FS Zeuner, S. 19, 22 ff.).

## II. Der betriebsverfassungsrechtliche Gemeinschaftsbetrieb

### 1. Voraussetzungen

#### a) Spaltung und Teilübertragungen

§ 322 Abs. 1 UmwG nimmt Bezug auf § 321 Abs. 1 Satz 1 UmwG und erfaßt damit sämtliche Arten der gesellschaftsrechtlichen Spaltung eines Rechtsträ-

gers nach dem Umwandlungsgesetz, die die Vermutungsregelung auslösen können. Es handelt sich hierbei um die Aufspaltung, Abspaltung und Ausgliederung von Unternehmensteilen bzw. Betrieben und Betriebsteilen. Es kann sich aber auch um sogenannte Teilübertragungen von Rechtsträgern handeln. Zu ihnen zählen Übertragungen jeweils von Vermögensteilen, von Kapitalgesellschaften auf die öffentliche Hand gemäß § 177 UmwG, von Versicherungsaktiengesellschaften auf VVaG oder öffentlich-rechtliche Versicherungsunternehmen gemäß § 179 UmwG, von VVaG auf Versicherungs-AG oder öffentlich-rechtliche Versicherungsunternehmen gemäß § 184 UmwG und von öffentlich-rechtlichen Versicherungsunternehmen auf Versicherungs-AG oder VVaG gemäß § 189 UmwG. Nach dem Wortlaut des § 322 Abs. 1 UmwG greift die Vermutungswirkung bezüglich der gemeinsamen Betriebsführung also grundsätzlich auch dann, wenn an dem gesellschaftsrechtlichen Vorgang ein Rechtsträger beteiligt ist, der dem öffentlichen Recht angehört (DKK-Trümner, § 1 Rn. 89 c).

### b) Gespaltener Betrieb

Nach dem unmittelbaren Wortlaut setzt § 322 UmwG einen gespaltenen Betrieb voraus. Diese Formulierung ist offensichtlich mißglückt, weil gerade nicht ein gespaltener Betrieb gemeint ist, sondern der als Einheit erhalten gebliebene, dessen bisheriger Inhaber von den Möglichkeiten der Spaltung Gebrauch gemacht hat. Es handelt sich hierbei um ein Redaktionsversehen, weil nach der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs explizit an die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Gemeinschaftsbetrieb angeknüpft wird (BT-Drucks. 12/6699, S. 174; Däubler, RdA 1995, S. 136, 143).

Der Begriff der „Organisation“ ist der Arbeitsrechtsordnung neu und bedarf einer Konkretisierung. Folgende Tatbestände stellen keine Änderung der Organisation dar (vgl. im einzelnen DKK-Trümner, § 1 Rn. 89 g):

- Erfolgt eine unternehmensrechtliche Spaltung bzw. Teilübertragung aus steuer-, haftungs- oder wettbewerbsrechtlichen Gründen, stellt dies prima facie keine Organisationsänderung dar. Für derartige Fallgestaltungen sind die Aufspaltungen eines Rechtsträgers in eine reiche Anlagegesellschaft und eine arme Betriebsgesellschaft typisch (vgl. BR-Drucks. 75/94, S. 174; Bauer/Lingemann, NZA 1994, S. 1057, 1060; Däubler, RdA 1995, S. 136, 143; Wlotzke, DB 1995, S. 40, 46).

- Keine Änderung der Organisation stellen alle Faktoren dar, deren Änderungen naturgemäß durch die gesellschaftsrechtliche Spaltung und Teilübertragung eintreten, also z. B. die Entstehung neuer rechtlicher Organisationsebenen, wie z. B. neue Geschäftsführungen, Beiräte, Aufsichtsräte.

- Unberücksichtigt müssen weiterhin die regulären arbeitsrechtlichen Folgen einer Spaltung bzw. Teilübertragung bleiben, wie z. B. der Übergang der Arbeitsverhältnisse gemäß § 613 a BGB und der damit verbundene Arbeitgeberwechsel.

Demgegenüber sind Verträge zwischen den aus der Spaltung bzw. Teilübertragung hervorgehenden Unternehmen beachtlich, deren objektive Funktion darin besteht, den bisherigen Zusammenhang von Arbeitsprozessen, -abläufen usw. trotz Mehrzahl von Unternehmen aufrechtzuerhalten. Dies gilt unabhängig davon, ob und wie diese bei der wechselseitigen Gewährung von

Leistungen aller Art verrechnet werden oder nicht. Derartige Kooperationsverträge dokumentieren die Beibehaltung der bisherigen Organisation im Sinne des § 322 Abs. 1 UmwG (DKK-Trümner, § 1 Rn. 89 h).

Zur Konkretisierung des Begriffs Organisation können auch die Kriterien dienlich sein, die die Rechtsprechung des BAG zum Begriff der Betriebsorganisation entwickelt hat (BAG 18. 1. 1990, EZA § 23 KSchG Nr. 9 mit einer Zusammenfassung). Danach können z. B. folgende Gesichtspunkte herangezogen werden:

- Gemeinsame räumliche Unterbringung (z. B. auf demselben Grundstück, in demselben Gebäude und denselben Räumen);

- Gemeinsame Nutzung wesentlicher materieller oder immaterieller Betriebsmittel;

- Personelle, technische und organisatorische Verknüpfung von Arbeitsabläufen;

- Einheitliche Arbeitsordnung und Betriebsordnung.

Nach der Entstehungsgeschichte sind an den Begriff „Nichtänderung der Organisation“ relativ großzügige Maßstäbe anzulegen. Eine Änderung liegt danach nur dann vor, wenn die Arbeitsabläufe oder der arbeitstechnische Zweck gewechselt haben. Ein Änderungsantrag der SPD-Fraktion, die den Begriff spezifizieren sollte, wurde von der Mehrheit des Rechtsausschusses des Bundestages mit dem Argument zurückgewiesen, dies könne als Einnengung der Vorschrift mißverstanden werden (BT-Drucks. 12/7850, S. 161). Nach der Formulierung der SPD-Fraktion hätte man eine Änderung schon

dann bejahen müssen, wenn beispielsweise eine bestimmte personelle Maßnahme wie Einstellungen oder Kündigungen auf die Trägerunternehmen selbst verlagert worden wäre. Derartige soll offensichtlich der Anwendung des § 322 UmwG nicht entgegenstehen. Der Begriff der Nichtänderung der Organisation ist deshalb sinnvollerweise so auszulegen, daß hierunter nur wesentliche Veränderungen zu verstehen sind (Däubler, RdA 1995, S. 136, 143).

Dieser Auslegung liegt auch die Parallele zu dem Begriff der Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG nahe, die nicht jede Veränderung berücksichtigt, sondern nur die, die einen bestimmten Intensitätsgrad überschreitet. Bei Veränderungen in der Belegschaft bedarf die betriebliche Interessenvertretung erst nach Überschreiten gewisser Schwellenwerte einer Korrektur gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. Eine Organisationsänderung liegt danach z. B. nicht vor, wenn in dem abgespaltenen Betriebsteil nur ein untergeordneter Teil der bisherigen Belegschaft beschäftigt wurde (Willemsen, RdA 1993, S. 133, 140; vgl. auch DKK-Trümner, § 1 Rn. 89 f).

## 2. Rechtsfolgen

### a) Vermutungsregel

Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 322 Abs. 1 UmwG wird vermutet, daß mehrere Rechtsträger den gespaltenen Betrieb gemeinsam führen. Damit wird etwas gesetzlich vermutet, was bislang nur in der Rechtsprechung und in der Literatur für einen gemeinsamen Betrieb entwickelt wurde. Dies ist zwar ungewöhnlich (vgl. Joost in Lutter [Hrsg.], „Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel“, S. 297, 310),

aber dennoch sinnvoll und von erheblicher Bedeutung.

### b) Widerlegbarkeit

Die Vermutung für die gemeinsame Führung ist widerlegbar. Geht man von der herrschenden Meinung aus, dann setzt die gemeinsame Führung eine Führungsvereinbarung voraus. Der Gegenbeweis könnte also darauf abzielen, daß eine rechtliche Führungsvereinbarung unter den neuen Rechtsträgern nicht besteht (Joost, a. a. O.).

Für die Widerlegung ist ein Tatsachenvortrag erforderlich, aus dem sich ergibt, daß eine Führungsvereinbarung weder ausdrücklich noch konkludent geschlossen worden ist (Kreßel, BB 1995, S. 925, 927). Damit ist die Vorlage einer Trennungvereinbarung oder eine Prozeßeinlassung der beteiligten Unternehmen dergestalt, eine gemeinsame Betriebsführung doch gar nicht zu wollen, als bloße „*protestatio facto contraria*“ und damit als unerheblich zurückzuweisen, wenn die Tatsachen eine gegenteilige Vermutungswirkung erzeugen (DKK-Trümner, § 1 Rn. 89 j; vgl. auch Bauer/Lingemann, NZA 1994, 1057, 1060 zur praktisch unmöglichen Negativbeweissführung; Wlotzke, DB 1995, S. 40, 46). Die Vermutungswirkung dauert so lange an, bis rechtskräftig über die Widerlegung der Vermutung entschieden wurde (Kreßel, BB 1995, S. 925, 927).

### c) Normadressat

§ 322 Abs. 1 UmwG richtet sich an die Betriebsparteien, letztlich jedoch an die Arbeitsgerichte als Normadressaten. Den Betriebsparteien ist nicht erlaubt, über das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines einheitlichen Betriebes vertraglich zu disponieren. Die Ar-

beitsgerichte haben die Frage der Betriebseinheit im Beschlußverfahren gemäß § 2 a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG i. V. m. § 18 Abs. 2 BetrVG analog zu beurteilen und hierbei auf die Vermutungsregel des § 322 Abs. 1 UmwG zurückzugreifen. Die Suche nach der ausdrücklichen oder konkludenten Führungsvereinbarung wird damit weitgehend überflüssig (Däubler, BR-Info 7/94, S. 6, 8; Herbst, AiB 1995, S. 5, 9; Wlotzke, DB 1995, S. 40, 46, der von der Überbrückung der schwierigen Feststellung einer Führungsvereinbarung spricht; vgl. insgesamt DKK-Trümner, § 1 Rn. 89 k).

## III. Der kündigungsschutzrechtliche Gemeinschaftsbetrieb (§ 322 Abs. 2 UmwG)

### 1. Grundsätze

§ 322 Abs. 2 UmwG enthält die kündigungsschutzrechtlichen Folgen des gemeinsamen Betriebes. Dabei bedient sich das Gesetz einer Fiktion, die dann eingreift, wenn die beteiligten Unternehmen den Betrieb gemeinsam führen. Die in § 322 Abs. 1 UmwG enthaltene Vermutung strahlt zugunsten der gemeinsamen Führung auch nach § 322 Abs. 2 UmwG aus. Auch für den kündigungsschutzrechtlichen Anwendungszusammenhang ist von einem gemeinsamen Betrieb auszugehen, wenn die Betriebsorganisation nicht geändert wird (Däubler, BR-Info 7/94, S. 6, 8; DKK-Trümner, § 1 Rn. 89l; a. A. Bauer/Lingemann, NZA 1994, S. 1057, 1060; Kreßel, BB 1995, S. 925, 928; Wlotzke, DB 1995, S. 40, 44).

Mit § 322 Abs. 2 UmwG werden die Grundsätze über die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebes und die Bin-

dungswirkung des betriebsverfassungsrechtlichen Beschlußverfahrens analog § 18 Abs. 2 BetrVG harmonisiert und modifiziert.

Wurde z. B. in einem Beschlußverfahren ein gemeinsamer Betrieb festgestellt, so hat der Arbeitgeber an einem späteren Urteilsverfahren seiner Darlegungs- und Beweislast genügt, wenn er die immer noch identische Organisation des Betriebs an Hand derselben Gesichtspunkte nachweist, die im vorangegangenen Beschlußverfahren ausreichten.

Hat kein Beschlußverfahren stattgefunden, kommen dem Arbeitnehmer im Urteilsverfahren Beweiserleichterungen dergestalt zugute, daß er nur die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des äußeren Tatbestandes trägt, der für den einheitlichen Betrieb spricht. Dies sind im Regelfall die obengenannten Gesichtspunkte. In den ersten zwei Jahren nach Wirksamwerden der Spaltung oder Teilübertragung trifft den Arbeitnehmer dagegen wegen des Gleichbehandlungsgrundsatzes die genannte Darlegungs- und Beweislast im Rahmen des § 322 Abs. 2 UmwG überhaupt nicht. Es bedarf nur der Darlegung, daß der Arbeitnehmer vor dem Wirksamwerden der Spaltung oder Teilübertragung zu dem übertragene(n) Rechtsträger in einem Arbeitsverhältnis stand. Diese Auslegung vermeidet Wertungswidersprüche zwischen § 322 Abs. 2 und § 323 Abs. 1 UmwG (vgl. hierzu DKK-Trümner, § 1 Rn. 89 m, n, o).

## 2. Voraussetzungen

### a) Spaltung oder Teilübertragung

Die Ausführungen zur Spaltung und

Teilübertragung als Auslöser für die Vermutung eines gemeinsamen Betriebes gelten entsprechend (vgl. oben).

### b) Wirksamwerden der Spaltung oder Teilübertragung

Die Vermutung setzt voraus, daß die Spaltung oder Teilübertragung wirksam geworden ist. Dies ist erst mit der Eintragung ins Handelsregister der Fall (vgl. oben).

### c) Gemeinsame Führung eines Betriebs

Zur gemeinsamen Führung eines Betriebs gelten die obengenannten Ausführungen.

## 3. Rechtsfolgen

Die Rechtswirkungen des § 322 Abs. 2 UmwG bestehen darin, daß für die Anwendung des § 23 Abs. 1 KSchG die Verhältnisse des Gemeinschaftsbetriebes, die Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten in anderen Betrieben und die Sozialauswahl maßgebend sind (Bauer/Lingemann, NZA 1994, S. 1057, 1060; Däubler, BR-Info 7/94, S. 6, 7; ders. RdA 1995, S. 136, 143; Kreßel, BB 1995, S. 925, 928; DKK-Trümner, § 1 Rn. 89 p; Wlotzke, DB 1995, S. 40, 44). Für die anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten sind auch die Verhältnisse in anderen Betrieben aller am Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen zu berücksichtigen (Wlotzke, DB 1995, S. 40, 44; Däubler, FS Zeuner, S. 19, 36; DKK-Trümner, § 1 Rn. 89 p).

## § 323 Kündigungsrechtliche Stellung

*(1) Die kündigungsrechtliche Stellung eines Arbeitnehmers, der vor dem Wirksamwerden einer Spaltung oder Teilübertragung nach dem Dritten oder Vierten Buch zu dem übertragenden Rechtsträger in einem Arbeitsverhältnis steht, verschlechtert sich auf Grund der Spaltung oder Teilübertragung für die Dauer von zwei Jahren ab dem Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens nicht.*

*(2) Kommt bei einer Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung ein Interessenausgleich zustande, in dem diejenigen Arbeitnehmer namentlich bezeichnet werden, die nach der Umwandlung einem bestimmten Betrieb oder Betriebsenteil zugeordnet werden, so kann die Zuordnung der Arbeitnehmer durch das Arbeitsgericht nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden.*

### I. Grundsätze

Die Verkürzung des Kündigungsschutzes stellte in der Vergangenheit einen wichtigen Unsicherheitsfaktor für Arbeitnehmer dar. § 323 UmwG vermindert zwar die Risiken, räumt sie jedoch keineswegs aus.

### II. Kündigungsrechtliche Stellung (§ 323 Abs. 1 UmwG)

#### 1. Grundsätze

§ 323 Abs. 1 UmwG enthält zwingendes Recht, auf das Arbeitnehmer nicht im voraus wirksam verzichten können

(Joost in Lutter [Hrsg.], Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel, S. 327).

Nach der Umwandlung ist allerdings eine Änderung des Arbeitsvertrages möglich. Insoweit gilt nichts anderes als für Änderungsvereinbarungen, die unabhängig von Fällen der Unternehmensumwandlung abgeschlossen werden. Auch sie sind zulässig. Allerdings unterliegt ihr Inhalt einer gerichtlichen Kontrolle. Sie können unwirksam oder anfechtbar sein (vgl. zu Aufhebungsvereinbarungen Kittner/Trittin, KSchR, § 305 Rn. 1 ff.).

## 2. Entstehungsgeschichte

Der Referentenentwurf zum Umwandlungsbereinigungs-gesetz vom 15. 4. 1992 enthielt noch keine Vorschrift zum Erhalt der kündigungrechtlichen Stellung. Erst in den Regierungsentwurf vom 4. 2. 1994 wurde ein § 323 UmwG eingefügt, dessen Formulierung dem heutigen § 323 Abs. 1 UmwG entsprach. Zur Begründung hieß es, „daß sich für eine Übergangszeit von zwei Jahren nach dem Wirksamwerden der Spaltung oder Teilübertragung eines Rechtsträgers die kündigungrechtliche Stellung eines Arbeitnehmers dieses Rechtsträgers auch dann nicht verschlechtern soll, wenn in dem neuen, ihn beschäftigenden Rechtsträger die für die Anwendung kündigungrechtlicher Regelungen notwendige Beschäftigtenzahl nicht erreicht wird; dies entspricht insbesondere § 23 Abs. 1 KSchG“ (BR-Drucks. 75/94).

Nachdem der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages empfahl, die Übergangsfrist von zwei Jahren auf ein Jahr abzusenken, schlug der angerufene Vermittlungsausschuß vor, zur ursprünglich vorgesehenen Zwei-Jahresfrist in § 323 Abs. 1 UmwG zurückzu-kehren.

## 3. Anwendungsbereich

### a) Gemeinschaftsbetrieb

Die Vorschrift regelt ergänzend zu § 322 Abs. 2 UmwG zum gemeinsamen Betrieb die allgemeinen Konsequenzen in bezug auf die kündigungrechtliche Stellung eines Arbeitnehmers bei der Unternehmensspaltung oder Teilübertragungen.

§ 323 Abs. 1 UmwG ist unabhängig davon anwendbar, ob es infolge einer Spaltung oder Teilübertragung zu einem Gemeinschaftsbetrieb im Sinne von § 322 Abs. 2 UmwG kommt. Wird er gebildet, dann gilt als Weiterbeschäftigungs-/Versetzungsbereich und dem Bereich der sozialen Auswahl unbefristet der bisherige Betrieb. Die anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b und Satz 3 KSchG und die soziale Auswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG bezieht sich also im Gemeinschaftsbetrieb auf alle Arbeitsplätze und Arbeitnehmer, die in diesem Gemeinschaftsbetrieb vorhanden sind.

Liegt kein Gemeinschaftsbetrieb vor, dann gilt die Übergangsfrist des § 323 Abs. 1 UmwG. Die Vorschrift erfaßt also alle Fälle, in denen die in § 322 UmwG enthaltene Vermutung für den Fortbestand eines einheitlichen Betriebes nicht greift (Kallmayer, ZIP 1994, S. 1746, 1757; Trümner, AiB 1995, S. 309, 312).

### b) Kündigungsrechtliche Stellung

#### aa) Geltung des Kündigungsschutzgesetzes (§ 23 KSchG)

Der wichtigste Anwendungsbereich der Vorschrift bezieht sich auf § 23

KSchG. Wenn der durch die Spaltung oder Teilübertragung entstehende Betrieb weniger als sechs Arbeitnehmer beschäftigt, findet das Kündigungsschutzgesetz dennoch Anwendung. Es gilt also nicht § 23 KSchG, wonach hierfür (noch) zumindest sechs Arbeitnehmer im Betrieb beschäftigt sein müssen (Herbst, AiB 1995, S. 5; Bauer/Lingemann, NZA 1994, S. 1054, 1060; Neye, ZIP 1994, S. 165, 169; Däubler, RdA 1995, 136; Trümner, AiB 1995, S. 12).

#### bb) Massenentlassungsanzeige (§ 17 KSchG)

§ 17 KSchG ist ein wichtiges Element der kündigungsschutzrechtlichen Stellung des Arbeitnehmers. Eine Kündigung ist in diesem Fall von vornherein unwirksam, wenn die Massenentlassungsanzeige beim Arbeitsamt unterblieb (BAG 16. 12. 1973, AP Nr. 1 zu § 17 KSchG 1969; Kittner/Trittin, KSchR, § 17 Rn. 1 ff.). Es ist allerdings zweifelhaft, ob bei abgespaltenen Betrieben § 17 KSchG wirklich einen besonderen Schutz bietet. Dies ist nämlich dann nicht der Fall, wenn sich eine Maßnahme im Sinne des § 17 KSchG nur auf den abgespaltenen Betrieb bezieht (Trümner, AiB 1995, S. 309, 313).

#### cc) Änderungskündigung (§ 2 KSchG)

Eine Änderungskündigung kann sich gleichzeitig als Versetzung im Sinne von § 99 Abs. 1 i. V. m. § 95 Abs. 3 BetrVG darstellen. Sind im abgespaltenen Betrieb weniger als 21 Arbeitnehmer beschäftigt, entfällt gemäß § 99 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG die Mitbestimmung des Betriebsrats. Dann wäre der Betriebsrat nur nach § 102 BetrVG vor Ausspruch der Kündigung zu beteiligen. Sofern im abgespaltenen Be-



trieb noch kein Betriebsrat gebildet wurde, ist der bisherige Betriebsrat nach §§ 102, 103 BetrVG einzuschalten (Herbst, AiB 1995, S. 5 ff.; Trümner, AiB 1995, S. 313, der eine Anwendung des § 99 BetrVG im Kleinstbetrieb ablehnt, weil man hierdurch „den Bogen überspannen würde“).

#### **dd) Weiterbeschäftigungsmöglichkeit/Soziale Auswahl (§ 1 KSchG)**

Bei der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit und Versetzbarkeit gemäß § 1 KSchG ist auf den bisherigen Gesamtbereich abzustellen und nicht nur auf den Bereich des abgespaltenen Betriebs (Kallmayer, ZIP 1994, S. 1746, 1757; Däubler, RdA 1995, S. 136; Herbst, AiB 1995, a. a. O.; Trümner, a. a. O.; Bauer/Lingemann, NZA 1994, a. a. O.).

Die vorübergehende Weitergeltung bisherigen Kündigungsrechts betrifft auch etwaige im bisherigen Betrieb geltende Kündigungsauswahlrichtlinien (Trümner, AiB 1995, 309, 312).

#### **ee) Betriebsänderung (§ 111 BetrVG)**

Überlegungswert ist, ob ein abgespaltenen Betrieb auch dann zum Abschluß eines Interessenausgleichs bzw. Sozialplans verpflichtet bleibt, wenn hierfür die Tatbestandsvoraussetzungen vor der Spaltung oder Teilübertragung bestanden haben. Dies ist umstritten (dafür Kallmayer, ZIP 1994, S. 1746; a. A. Bauer/Lingemann, NZA 1994, 1054, 1060; Trümner, AiB 1995, 312).

Die Beibehaltung der Beteiligungsrechte bei Betriebsänderungen dürfte jedoch nur durch einen mitbestimmungssichernden Kollektivvertrag

möglich sein (Trümner, a. a. O. mit dem Hinweis auf die Vorzüge einer tarifvertraglichen Regelung und das Problem eines nichtbetriebsratsfähigen Spaltbetriebes).

#### **ff) Tarifliche Kündigungsbestimmungen**

Tarifliche Kündigungsbestimmungen bleiben für die Dauer von zwei Jahren anwendbar, selbst wenn der betreffende Tarifvertrag ausgelaufen ist (Wlotzke, DB 1995, S. 40, 44). Eine tarifvertragliche Unkündbarkeit könnte durch einen nachfolgenden Tarifvertrag nicht mehr entzogen werden (BAG 16. 2. 1962, AP Nr. 11 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip). Ein derartiger Entzug ist auch nicht zulässig, wenn die Voraussetzung der Unkündbarkeit nach Ablauf der Zwei-Jahresfrist des § 23 Abs. 1 KSchG noch nicht vollständig erreicht ist (z. B. wegen der noch nicht erfüllten Wartefrist). In diesen Fällen wäre eine tarifvertragliche Regelung unzulässig, die die Unkündbarkeit vollständig beseitigen würde (vgl. Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. 1993, Rn. 279 ff.; Trümner, AiB 1995, 312).

### **III. Zuordnung von Arbeitnehmern im Interessenausgleich (§ 323 Abs. 2 UmwG)**

#### **1. Grundsätze**

§ 323 Abs. 2 UmwG wurde erst zum Ende des Gesetzgebungsverfahrens in das Umwandlungsgesetz eingefügt.

Mit § 323 Abs. 2 UmwG vergleichbare Normen befinden sich bereits in anderen Gesetzen. Nach der Spaltung nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 des Gesetzes über die Spaltung der von der Treuhandanstalt

verwalteten Unternehmen (SpTrUG) muß der Spaltungsplan Angaben über die genaue Beschreibung der übergehenden Betriebe und Betriebsteile sowie ihre Zuordnung zu den neuen Gesellschaften unter Angabe der auf diese Gesellschaften übergehenden Arbeitsverhältnisse enthalten (Gesetz über die Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen vom 5. 4. 1991, BGBl. I, S. 854). Eine weitere Parallele enthält die neue Insolvenzordnung vom 5. 10. 1994 (BGBl. I, S. 2866). Nach § 125 InsO ist der Kündigungsschutz von Arbeitnehmern, die im Interessenausgleich für eine Entlassung vorgesehen sind, erheblich vermindert und das Gericht darauf beschränkt, grobe Fehler bei der sozialen Auswahl zu korrigieren. Nach der Begründung zum Umwandlungsgesetz lehnt sich § 323 Abs. 2 UmwG an die Insolvenzordnung an (BT-Drucks. 12/7850, S. 161). Eine weitere Parallele kann zu § 18 a Abs. 5 BetrVG gezogen werden, wonach eine Wahlanfechtung nur bei offensichtlich fehlerhafter Zuordnung im Verhältnis leitender Angestellter und sonstiger Arbeitnehmer zulässig ist.

Nach Ansicht des BAG soll ein Interessenausgleich nicht mehr als eine „Naturalobligation“ darstellen (BAG 28.8.1991, DB 1992, 380). Mit § 323 Abs. 2 UmwG wird dem Interessenausgleich ein höheres Maß an Verbindlichkeit zugesprochen. Es ist zweifelhaft, ob damit die bisherige Rechtsprechung noch aufrechterhalten bleiben kann (Däubler, RdA 1995, S. 136, 141).

#### **2. Zustandekommen eines Interessenausgleichs**

Die Vorschrift setzt das Zustandekommen eines Interessenausgleichs voraus. Nach §§ 111 ff. BetrVG ist der nicht obligatorisch, sondern fakultativ.

Das Betriebsverfassungsgesetz sieht lediglich zwingende Verfahrensschritte für den Versuch zum Abschluß eines Interessenausgleichs vor, um die Beteiligung des Betriebsrats zu sichern. Jede Partei kann danach z. B. nach dem Scheitern der Verhandlungen eine Einigungsstelle anrufen oder den Präsidenten des Landesarbeitsamtes hinzuziehen. Bleiben auch diese Versuche erfolglos, so darf ein Interessenausgleich nicht gegen den Willen des Arbeitgebers erzwungen werden. Erklärt er sich letztlich auch in der Einigungsstelle nicht zum Abschluß eines Interessenausgleichs bereit, so ist ein Spruch der Einigungsstelle gegen seinen Willen nicht möglich.

Die Beteiligung des Betriebsrats nach den §§ 111 ff. BetrVG setzt die Spaltung eines Betriebes oder die Verschmelzung mehrerer Betriebe oder Betriebsteile voraus. Nach §§ 111 Satz 2 Ziffer 3 BetrVG handelt es sich hierbei stets um eine Betriebsänderung. Diese Vorschrift wurde mit dem Umwandlungsvereinigungsgesetz neu gefaßt; während zuvor nur der Zusammenschluß mit anderen Betrieben eine Betriebsänderung darstellte, ist dies jetzt auch bei der Spaltung der Fall.

### 3. Namentliche Zuordnung von Arbeitnehmern

§ 323 Abs. 2 UmwG setzt weiterhin voraus, daß Arbeitnehmer namentlich bezeichnet werden, die nach der Umwandlung einem bestimmten Betrieb oder Betriebsteil zugeordnet werden.

Die namentliche Bezeichnung einzelner Arbeitnehmer bedeutet, daß die betreffenden Arbeitnehmer nicht pauschal, sondern individuell, z. B. nach Abteilungen usw., zugeordnet werden.

Die Vorschrift stellt ab auf die Zuordnung zu bestimmten Betrieben und Betriebsteilen, jedoch nicht auf die zu Unternehmen. Zwischen Betrieb und Unternehmen ist strikt zu unterscheiden. Eine Unternehmensteilung kann auch eine Betriebsspaltung zur Folge haben, muß es jedoch nicht. Bleibt die betriebliche Organisation unverändert erhalten, so findet die Vorschrift keine Anwendung.

### 4. Arbeitsgerichtliche Überprüfung

Die Zuordnung zu den Arbeitnehmern kann arbeitsrechtlich eine Versetzung darstellen. Unter Versetzung ist die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs zu verstehen, die mit einer nicht unerheblichen Änderung der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist (vgl. Legaldefinition des § 95 Abs. 3 BetrVG). Eine gerichtliche Überprüfung kommt in zweifacher Hinsicht in Betracht: Zum einen kann das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 99 BetrVG berührt sein, zum anderen der individuelle Arbeitsvertrag mit dem betreffenden Arbeitnehmer.

Bei einer einvernehmlichen Zuordnung bestimmter Arbeitnehmer zu Betrieben oder Betriebsteilen dürfte das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Versetzungen als solches konsumiert sein.

Eine arbeitsvertragliche Versetzung kann durch Zuweisung kraft Direktionsrechts erfolgen, oder es ist eine einvernehmliche oder durch Änderungskündigung herbeigeführte Vertragsänderung erforderlich (BAG 27. 3. 1980, DB 1980, S. 1603; DKK-Kittner, § 99 Rn. 88).

Einem von der Zuordnung betroffenen Arbeitnehmer steht das Recht zu,

durch eine Beschäftigungsklage eine dem Gesetz entsprechende Zuordnung des Arbeitsverhältnisses durchzusetzen oder klären zu lassen, ob er einem anderen abgespaltenen Betrieb oder Betriebsteil zuzuordnen ist oder nicht. Die Klage ist gegen den Rechtsträger zu richten, dem der Arbeitnehmer glaubt zuzuordnen zu sein (Berscheid, Festschrift für Stahlhacke, S. 40; Oetker/Busche, NZA 1991, Beilage Nr. 1 S. 18, 21 zum Spaltungsgesetz).

Die Zuordnung ist dann „grob fehlerhaft“ erfolgt, wenn auf die Interessen des Betroffenen überhaupt keine Rücksicht genommen wurde oder wenn ihm ein Arbeitsplatz zugewiesen wurde, wo er offensichtlich ungeeignet ist (Däubler, RdA 1995, S. 141). Für die grobe Fehlerhaftigkeit der Zuordnung soll der betroffene Arbeitnehmer beweispflichtig sein (Bauer/Lingemann, NZA 1994, S. 1057, 1061).

### 5. Verhältnis zu § 613 a BGB

Bei der Zuordnung von Arbeitnehmern zu Betrieben oder Betriebsteilen ist § 613 a BGB zu beachten. Danach folgen die Arbeitsverhältnisse dem Übergang von Betrieben oder Betriebsteilen. Die Vorschrift ist nicht abdingbar. Die Betriebsparteien können also nicht im Wege des Interessenausgleichs § 613 a BGB dadurch außer Kraft setzen, in dem sie Arbeitnehmer Betrieben oder Betriebsteilen zuordnen, denen sie bislang nicht angehört haben. Den Betriebsparteien ist deshalb zu raten, die Zuordnung der Arbeitnehmer möglichst an der bisherigen Zugehörigkeit zum Betrieb oder Betriebsteil auszurichten, soweit es sich nicht um Arbeitnehmer handelt, die für mehrere Betriebe oder Betriebsteile tätig waren (vgl. Bauer/Lingemann, NZA 1994, S. 1057, 1061).

## § 324 Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang

*§ 613 a Abs. 1 und 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleibt durch die Wirkungen der Eintragung einer Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung unberührt.*

### I. Grundsätze

#### 1. Inhalt

Nach § 324 UmwG bleiben die Abs. 1 und 2 des § 613 a BGB durch die Wirkungen der Eintragung einer Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung unberührt. Der Begriff bleibt „unberührt“ ist rechtstechnisch zu verstehen und meint, daß § 613 a Abs. 1 und 4 BGB Anwendung findet. Auch an anderer Stelle verwendet das Umwandlungsgesetz in gleicher Weise diesen Begriff:

● § 132 UmwG: „Allgemeine Vorschriften . . . bleiben durch die Wirkungen der Eintragung nach § 131 unberührt“;

● § 325 Abs. 2 Satz 2 UmwG: „Die §§ 9 und 27 des Betriebsverfassungsgesetzes bleiben unberührt.“

Die Anwendung des § 613 a Abs. 1 und 4 BGB ist auf die Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung begrenzt. Der Formwechsel ist deshalb ausgenommen, weil hierbei kein Inhaberwechsel erfolgt, den § 613 a BGB voraussetzt.

§ 324 UmwG erklärt nur die Abs. 1 und 4 des § 613 a BGB für anwendbar und nimmt die Abs. 2 und 3 aus. Sie behandeln die gesamtschuldnerische Haftung, die mit den §§ 133, 134 UmwG eine Sonderregelung erfahren hat.

### 2. Entstehungsgeschichte

Der ursprüngliche Gesetzentwurf der Bundesregierung traf keine ausdrückliche Aussage zur Anwendung des § 613 a BGB, sondern unterstellte sie indirekt. Dies ergibt sich aus der Begründung.

§ 324 UmwG ist durch den Rechtsausschuß des Bundestages auf Initiative der IG Metall (BR-Drucks. 599/94, S. 59; Neye, ZIP 1994, S. 919) eingefügt worden, die die unmittelbare Anwendung des § 613 a Abs. 1 und 4 BGB wollten, weil sie nach bislang überwiegend vertretener Auffassung ausgeschlossen war. Dem wurde durch die Formulierung entsprochen.

### 3. Normzweck

Der Übergang von Arbeitsverhältnissen nach § 613 a BGB setzt die Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils durch Rechtsgeschäft voraus. Hierunter gehören nach der Rechtsprechung des BAG alle Übertragungen, die nicht aufgrund einer Gesamtrechtsnachfolge erfolgen (BAG 24. 2. 1981, AP Nr. 24 zu § 613 a BGB; MünchHArbRWank, Bd. 2, 1939, § 120 Rn. 67). Nach herrschender Meinung ist § 613 a BGB bei einer Gesamtrechtsnachfolge nicht unmittelbar anwendbar. Auch eine analoge Anwendung wurde abgelehnt. Bei einer Verschmelzung oder Umwandlung nach altem Recht sollten die Arbeitsverhältnisse automatisch auf den Rechtsnachfolger übergehen (BAG 13. 7. 1994, AP Nr. 14 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit; Kittner/Trittn, KSchR, § 613 a BGB Rn. 82 ff.; Staudinger/Richardi, § 613 a BGB Rn. 190).

Die herrschende Meinung ist aus zwei Gründen abzulehnen:

● Nach der Richtlinie des Rates vom

14. 2. 1977, 77/187/EWG, ABl. Nr. 1 61/26, RdA 1977, S. 162, gelten die Regelungen auch für den Betriebsübergang aufgrund einer Verschmelzung. Hiervon kann § 613 a BGB bei Richtlinienkonformer Auslegung nicht abweichen.

● Die herrschende Meinung verkennt, daß ein Erwerb durch Gesamtrechtsnachfolge häufig zwar durch Gesetz erfolgt, aber dennoch durch ein Rechtsgeschäft ausgelöst wurde. Dies gilt insbesondere für die Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz. Verschmelzung und Spaltung beruhen auf einem Vertrag. Gemäß § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG sind im Spaltungsvertrag die Gegenstände des Aktivvermögens genau zu bezeichnen und aufzuteilen, die an jeden der übernehmenden Rechtsträger übertragen werden. Weiterhin sind die genauen arbeitsrechtlichen Folgen für die Arbeitnehmer in dem Vertrag zu beschreiben. Damit liegt also auch bei der Verschmelzung oder Spaltung nach dem Umwandlungsgesetz ein Vertrag vor, der ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB darstellt, so daß nicht nur dem Gesetzeszweck, sondern auch dem Wortlaut Genüge getan ist (vgl. K. Schmidt, AcP 1991, S. 495 ff., 515 ff.).

In Anbetracht dieses Meinungsstreits trifft der Gesetzgeber die unmißverständliche Aussage, daß Verschmelzung, Spaltung und Vermögensübertragung auf einem Rechtsgeschäft beruhen und § 613 a Abs. 1 und 4 BGB Anwendung finden sollen. Anders läßt sich die Anordnung, daß § 613 a Abs. 1 und 4 BGB unberührt bleiben, nicht verstehen. Würden die Fälle einer Gesamtrechtsnachfolge in Form von Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung nicht als Rechtsgeschäfte zu verstehen sein, bliebe für eine Anwendung von § 613 a Abs. 1

und 4 BGB kein Raum, so daß die Bestimmung ins Leere liefe (Joost in Lutter [Hrsg.], Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel, S. 297, 319; Boecken, ZIP 1994, S. 1089 f.; Hennrichs, Formwechsel und Gesamtrechtsnachfolge bei Umwandlungen, F I. 1. b — in Druck; Neye, ZIP 1994, S. 166, der allgemein einen rechtsgeschäftlichen Übergang bei der Umwandlung unterstellt; a. A. Berscheid, Wirtschaftspraxis 1994, S. 6, 8; zweifelnd Bauer/Lingemann, NZA 1994, S. 1061).

#### 4. Zuordnung von Betrieben, Betriebsteilen und Arbeitnehmern

Das Umwandlungsgesetz regelt an drei Stellen die Zuordnung von Arbeitnehmern zu Betrieben und Betriebsteilen:

● § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG:

Im Spaltungsvertrag ist anzugeben, welchen Rechtsträgern die Betriebe und Betriebsteile zugeordnet werden. Dies gilt gemäß § 184 UmwG auch für die Teilübertragung.

● § 323 Abs. 2 UmwG:

Bei Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung ist die Zuordnung in einem Interessenausgleich unter namentlicher Bezeichnung der Arbeitnehmer auf Antrag der einzelnen Arbeitnehmer durch das Arbeitsgericht nur auf „grobe Fehlerhaftigkeit“ zu überprüfen.

● § 324 UmwG:

Anwendung des § 613 a Abs. 1 und 4 BGB auf Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung.

Eine Kollision dieser Vorschriften läßt sich vermeiden, wenn man davon aus-

geht, daß die Betriebsparteien die Zuordnung im Interessenausgleich gemäß § 323 Abs. 2 UmwG so vorzunehmen haben, wie sie der bisherigen Rechtslage entspricht. Sie sollten also unterstellen, daß § 613 a BGB auf den entsprechenden Arbeitgeberwechsel uneingeschränkt Anwendung findet. Soll ein Arbeitnehmer auf einem anderen Arbeitsplatz eingesetzt werden, als dies vor der Umwandlung der Fall war, dann kann dies ohne Zustimmung des Arbeitnehmers nicht wirksam durch den Interessenausgleich geschehen, weil die Vertragsparteien nicht über den Inhalt des Arbeitsvertrages verfügen können. Eine Zuordnung kann jedoch beim Übergang eines Betriebsteils von Bedeutung sein, wenn die Zugehörigkeit eines Arbeitnehmers nicht genau abgrenzbar ist (z. B. bei einem häufigen übergreifenden Einsatz). In solchen Fällen soll die Zuordnung im Interessenausgleich vorgenommen werden können (Joost in Lutter [Hrsg.], Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel, S. 297, 321 f.). Dem einzelnen Arbeitnehmer kann jedoch auch ein Wahlrecht zustehen, wenn die Zuordnung zu einzelnen Betriebsteilen zweifelhaft ist (Kittner/Trittin, KSchR, § 613 a BGB Rn. 147).

## II. Übergang der Arbeitsverhältnisse

### 1. Arbeitgeberwechsel (§ 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB)

#### a) Voraussetzungen

§ 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB setzt den Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils aufgrund eines Rechtsgeschäfts voraus. Als negatives Tatbestandsmerkmal darf der betroffene Arbeitnehmer dem Übergang nicht wider-

sprochen haben. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des BAG seit 1974 (2. 10. 1974, AP Nr. 1 zu § 613 a BGB), die der Europäische Gerichtshof bestätigt und sogar als ein europäisches Grundrecht des Arbeitnehmers auf freie Arbeitsplatzwahl anerkannt hat (EuGH 16. 12. 1992, ZIP 1993, S. 221 ff.; vgl. im einzelnen zum Widerspruchsrecht Kittner/Trittin, KSchR, § 613 a BGB Rn. 119 ff.).

Die Verweisung auf § 613 a Abs. 1 BGB durch § 324 UmwG schließt auch die zum Betriebsübergang ergangene Rechtsprechung zum Widerspruchsrecht ein. Die Zuordnung eines namentlich im Interessenausgleich genannten Arbeitnehmers zu einem bestimmten Betrieb oder Betriebsteil gemäß § 323 Abs. 2 UmwG wird also durch die Erklärung eines Widerspruchs gegenstandslos. Widersprechen alle Arbeitnehmer, dann scheidet der Übergang der Arbeitsverhältnisse ganz. Sie bestehen dann mit dem alten Rechtsträger fort.

Das Widerspruchsrecht geht ins Leere, wenn der alte Rechtsträger nicht mehr besteht. Dies kann z. B. bei der Aufspaltung der Fall sein, bei der der alte Rechtsträger untergeht. Hieraus darf jedoch nicht gefolgert werden, daß damit ein Widerspruch ausgeschlossen ist. Das Widerspruchsrecht ist nämlich nicht an die Voraussetzung geknüpft, daß danach auch das Arbeitsverhältnis zum alten Rechtsträger fortbesteht. Der Europäische Gerichtshof geht vielmehr davon aus, daß ein Widerspruchsrecht ganz allgemein besteht und es dem nationalen Recht obliegt, die Folgen seiner Ausübung zu regeln, einschließlich der Anordnung, daß das bisherige Arbeitsverhältnis erlischt (BAG 21. 5. 1992, AP Nr. 96 zu § 613 a BGB).

Es ist unwahrscheinlich, daß der Gesetzgeber oder die Rechtsprechung es

wieder beseitigen wird (Joost in Lutter [Hrsg.], Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel, S. 297, 323).

## b) Rechtsfolgen

Der Inhaberwechsel gemäß § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB bewirkt, daß der neue Rechtsträger in alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis eintritt (vgl. im einzelnen Kittner/Trittin, KSchR, § 613 a BGB Rn. 143 ff.).

## 2. Kollektivvertragliche Rechte (§ 613 a Abs. 1 Sätze 2 bis 4 BGB)

### a) Betriebsvereinbarungen

Die Form der Weitergeltung von Betriebsvereinbarungen hängt davon ab, ob und in welcher Form der bisherige Betrieb bzw. Betriebsteil fortbesteht. Bleibt er erhalten, dann besteht kein Grund, die Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen als Kollektivnorm in Frage zu stellen. Der Betriebsrat und die von ihm geschlossenen Vereinbarungen gelten unverändert weiter, weil der Betrieb als solcher erhalten bleibt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die betriebliche Einheit nicht erhalten bleibt. Dann wird der Inhalt der Betriebsvereinbarungen gemäß § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB in den Individualarbeitsvertrag transformiert. Diese Vorschrift stellt eine Auffangnorm dar, wenn das Kollektivrecht nicht auf andere Weise gesichert werden kann (vgl. im einzelnen Kittner/Trittin, KSchR, § 613 a BGB Rn. 181).

Eine Gesamtbetriebsvereinbarung gilt so lange, wie die betriebsverfassungsrechtliche Identität des Unternehmens, das die Vereinbarung abgeschlossen hat, erhalten bleibt. Geht es unter, dann

endet die Gesamtbetriebsvereinbarung. Es gilt § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB. Möglich ist auch eine Nachwirkung nach § 77 Abs. 6 BetrVG (Joost in Lutter [Hrsg.], Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel, S. 297, 312).

### b) Tarifverträge

Die Weitergeltung von Tarifnormen als zwingende arbeitsvertragliche Bestandteile nach § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB ist lediglich ein „individualrechtlicher Auffangtatbestand“, der nur dann eingreift, wenn andere Formen der Fortgeltung nicht in Betracht kommen (BAG, DB 1991, S. 1938; Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius, § 3 Rn. 32; Hanau/Vossen, FS Hilger und Stumpf 1983, S. 273 ff.; Däubler, RdA 1995, S. 136, 139; Jung, RdA 1981, S. 361; Kempen, BB 1991, S. 2006; RGRK-Ascheid 1993, § 613 a BGB Rn. 182; Wank, NZA 1987, S. 507). Die Novellierung des § 613 a BGB, durch die die Sätze 2 bis 4 eingefügt wurden, sollte die Rechtstellung der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang nicht verschlechtern, sondern verbessern. Da dieser eine bessere Absicherung der Arbeitnehmer, aber keines-

wegs eine Transformation der Tarifverträge in arbeitsvertragliche Bedingungen erforderlich macht, besteht kein Anlaß, § 613 a Abs. 1 Sätze 2 bis 4 BGB als exklusive Regelungen zu sehen (Däubler, a. a. O.).

Der Verbandstarif greift kollektivrechtlich nur dann ein, wenn das übernehmende bzw. das neue Unternehmen Mitglied im Arbeitgeberverband ist. Wenn die Mitgliedschaft des alten Rechtsträgers nicht gemäß §§ 38, 40 BGB durch eine zulässige satzungrechtliche Konstruktion übergeht, dann greift § 613 a Abs. 1 Sätze 2 bis 4 BGB ein (vgl. im einzelnen Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1535—1564).

Beim Firmentarifvertrag muß der Gesamtrechtsnachfolger die in dieser Organisation geltenden Regeln gegen sich gelten lassen. Für die Gesamtrechtsnachfolge war dies schon bisher einhellige Auffassung in der Literatur (vgl. Berscheid, Konkurs, Gesamtvollstreckung, Sanierung, S. 242; Jung, RdA 1981, 360; Kempen, BB 1991, 2006; MK-Schaub, § 613 a BGB Rn. 92; Wendeling-Schröder, AiB 1991, 79; Däubler, Tarifvertragsrecht Rn. 1535—1564).

## Unternehmensspaltung und Kündigungsschutz

Zwar: Kündigungsverbot gemäß § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB

- Aber:
- Kündigung aus anderen Gründen gemäß § 613 a Abs. 4 Satz 2 BGB
  - Geltung des Kündigungsschutzgesetzes?
  - Sozialauswahl betriebsbezogen
  - Versetzungsmöglichkeit unternehmensbezogen
  - Mitbestimmungsrechte vermindert?
  - Bildung von Betriebsräten?
  - Wegfall der Sozialplanpflicht?

### 3. Kündigungsverbot (§ 613 a Abs. 4 BGB)

Nach § 613 a Abs. 4 BGB darf weder der neue noch der alte Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis wegen des Übergangs des Betriebs oder Betriebsteils kündigen.\* Es ist vielmehr vom neuen Rechtsträger unverändert fortzusetzen. Dies wurde zwar teilweise bereits bisher bei Umwandlungen angenommen, für die § 613 a Abs. 4 BGB analog galt (Berscheid, WPrax 1994, S. 7; Hanau, ZGR 1990, 548, 555 f.; Joost in Lutter [Hrsg.], Verschmelzung, Spaltung, Formwechsel, S. 326; Kittner/Trittin, KSchR, § 613 a BGB Rn. 104; Willemsen, RdA 1993, S. 138).

Das Kündigungsverbot bezieht sich nur auf Kündigungen wegen einer Umwandlung bzw. eines Betriebsübergangs. Beruhen Kündigungen tatsächlich auf anderen Gründen, dann verstoßen sie gemäß § 613 a Abs. 4 Satz 2 BGB nicht gegen das Kündigungsverbot von Satz 1. Führt eine Spaltung dazu, daß aus betriebsbedingten Gründen ein Arbeitsplatz entfällt, dann kann dies also durchaus zum Anlaß einer Kündigung genommen werden. Die Kündigung beruht in diesem Fall nicht unmittelbar auf der Umwandlung bzw. dem Betriebsübergang, sondern auf anderen betriebsorganisatorischen Maßnahmen, die auch ohne Betriebsübergang möglich wären. Dies vermindert die Bedeutung des Kündigungsverbots gemäß § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB.

\* (siehe hierzu auch das Schaubild auf Seite 361)

### § 325 Mitbestimmungsbeibehaltung

**(1) Entfallen durch Abspaltung oder Ausgliederung im Sinne des § 123 Abs. 2 und 3 bei einem übertragenden Rechtsträger die gesetzlichen Voraussetzungen für die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, so finden die vor der Spaltung geltenden Vorschriften noch für einen Zeitraum von fünf Jahren nach dem Wirksamwerden der Abspaltung oder Ausgliederung Anwendung. Dies gilt nicht, wenn die betreffenden Vorschriften eine Mindestzahl von Arbeitnehmern voraussetzen und die danach berechnete Zahl der Arbeitnehmer des übertragenden Rechtsträgers auf weniger als in der Regel ein Viertel dieser Mindestzahl sinkt.**

**(2) Hat die Spaltung oder Teilübertragung eines Rechtsträgers die Spaltung eines Betriebes zur Folge und entfallen für die aus der Spaltung hervorgegangenen Betriebe Rechte oder Beteiligungsrechte des Betriebsrats, so kann durch Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag die Fortgeltung dieser Rechte und Beteiligungsrechte vereinbart werden. Die §§ 9 und 27 des Betriebsverfassungsgesetzes bleiben unberührt.**

#### I. Mitbestimmung im Aufsichtsrat (§ 325 Abs. 1 UmwG)

##### 1. Grundsätze

###### a) Inhalt

Durch die Spaltung von Unternehmen kann die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat entfallen:

● Die Mitbestimmung ist gekoppelt an ein bestimmtes Quorum der Beschäftigtenzahl. Wird z. B. eine GmbH mit 3000 Arbeitnehmern in drei GmbHs mit je 1000 Mitarbeitern aufgespalten, dann greift nur noch die drittelparitätische Beteiligung des § 77 Abs. 1 BetrVG 1952 ein. Dies gilt jedenfalls, wenn die neuen Rechtsträger nicht in einem Konzernverhältnis gemäß § 18 AktG zueinander stehen, so daß § 5 MitbestG nicht eingreift.

● Die Mitbestimmung im Aufsichtsrat kann schon durch die gewählte Rechtsform der neuen Rechtsträger entfallen. Aufsichtsräte sind nur in Kapitalgesellschaften, nicht jedoch in Personengesellschaften zu bilden.

§ 325 Abs. 1 UmwG soll diese Risiken mindern und die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat zumindest für eine Übergangszeit sichern.

##### b) Entstehungsgeschichte

§ 325 Abs. 1 UmwG gehört zu den im Gesetzgebungsverfahren bis zuletzt heftig umstrittenen Vorschriften. Die SPD-Fraktion versuchte noch zuletzt im Rechtsausschuß, durch eine „Öffnungsklausel“ für tarifliche Bestandschutzregelungen eine darüber hinausgehende Möglichkeit zur Sicherung der Mitbestimmung im Aufsichtsrat zu schaffen. Sie scheiterte jedoch an der Ausschlußmehrheit, die keinen zusätzlichen Regelungsbedarf erkannte (BT-Drucks. 12/7850, S. 161 f.; ähnlich die Vorstellungen des Bundesarbeitsministeriums, mitgeteilt bei Küller, Mitbestimmung im Umwandlungsfall, in: Institut der Wirtschaftsprüfer (IdW), Reform des Umwandlungsrechts, Düsseldorf 1993, S. 134; Däubler, RdA 1995, S. 136, 145; a. A. Bartodziej, ZIP 1994, S. 581 ff.).

Der schließlich im Vermittlungsausschuß gefundene Kompromiß enthielt nur einen Bruchteil der ursprünglichen Vorstellungen. Die Sicherung der Mitbestimmung bezog sich lediglich auf die Fälle der Abspaltung und Ausgliederung und nahm damit die nicht weniger wichtige Aufspaltung völlig aus. Darüber hinaus betrifft die Sicherung nur das verbleibende Unternehmen soweit dieses das Quorum (1/4 der vom Gesetz vorausgesetzten Arbeitnehmerzahl) erfüllt. Der Bestandschutz endet nach fünf Jahren, ohne daß eine darüber hinausgehende tarifliche Regelung ermöglicht wird. Die ursprünglich vorgesehene sechsjährige Auslaufzeit in Anlehnung an § 1 Abs. 3 MontanMitbestG wurde auf fünf Jahre verkürzt (vgl. im einzelnen Däubler, RdA 1995, S. 136, 145).

## 2. Voraussetzungen

### a) Wegfall der Unternehmensmitbestimmung

Die Unternehmensmitbestimmung kann entfallen, wenn in Zukunft ihre gesetzlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt werden. Folgende Voraussetzungen können durch Abspaltung oder Ausgliederung entfallen:

- Für den Rechtsträger gilt eine Rechtsform, auf die das Mitbestimmungsgesetz keine Anwendung findet. Dies ist z. B. der Fall, wenn eine GmbH auf eine OHG übertragen wird (vgl. zu den erfaßten Unternehmen § 1 Abs. 1 Ziffer 1 MitbestG).

- Die in das Mitbestimmungsgesetz vorausgesetzten Quoren werden durch die Abspaltung oder Ausgliederung unterschritten, so daß die Voraussetzungen für die Mitbestimmung im Aufsichtsrat entfallen oder sich verändern

(vgl. § 1 Abs. 1 Ziffer 2 MitbestG: „in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen“).

### b) Abspaltung oder Ausgliederung

Es muß sich um eine Abspaltung oder Ausgliederung im Sinne des § 123 Abs. 2 und 3 UmwG bei einem übertragenen Rechtsträger handeln. Bei diesen Spaltungsformen bleibt der alte Rechtsträger erhalten. Ausgenommen ist die Aufspaltung, bei der der alte Rechtsträger untergeht und das Vermögen auf neue Rechtsträger übergeht. Weiterhin bleibt der Formwechsel ausgenommen. Durch Veränderung der Rechtsform kann die Mitbestimmung entfallen (siehe oben).

### c) Weniger als ein Viertel der Mindestzahl (§ 325 Abs. 1 Satz 2 UmwG)

Die Vorschrift findet keine Anwendung, wenn die vor der Spaltung geltenden Vorschriften zur Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat eine Mindestzahl von Arbeitnehmern voraussetzen und die danach berechnete Zahl der Arbeitnehmer des übertragenen Rechtsträgers auf weniger als in der Regel ein Viertel dieser Mindestzahl sinkt. Sie sichert damit eine gewisse Mindestgröße des Unternehmens nach der Beschäftigtenzahl. Die Sicherung der Unternehmensmitbestimmung hängt damit selbst von einem bestimmten Quorum ab.

Maßgebend ist der Zeitpunkt der Abspaltung oder Ausgliederung, d. h. die Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister. Sinkt die Beschäftigtenzahl erst im Verlauf des Zeitraums von fünf Jahren unter dieses Quorum, hat dies keinen Einfluß auf den Fort-

bestand der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat.

## 3. Rechtsfolgen

### a) Weitere Anwendung der Vorschriften

Die Rechtsfolgen bestehen darin, daß die bisher für den alten Rechtsträger geltenden Vorschriften für die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat weiterhin Anwendung finden. Die Mitbestimmung im Aufsichtsrat bleibt also uneingeschränkt erhalten. Dies gilt sowohl für die Zahl der Mandate als auch für den Umfang und die Intensität der Beteiligungsrechte.

### b) Zeitraum von fünf Jahren

Die bisherigen Vorschriften zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat finden auch auf den alten Rechtsträger für einen Zeitraum von fünf Jahren weiterhin Anwendung. Der Zeitraum beginnt mit der Eintragung der Umwandlung ins Handelsregister und endet nach Ablauf von fünf Jahren ab dem Zeitpunkt, zu dem der Spaltungsplan erstellt wurde oder die Gesellschafter hierüber Beschluß gefaßt haben.

## II. Mitbestimmung nach dem Betriebsverfassungsgesetz (§ 325 Abs. 2 UmwG)

### 1. Grundsätze

#### a) Inhalt, Normzweck

§ 325 Abs. 2 UmwG ermöglicht die Sicherung von Mitbestimmungsrechten

des Betriebsrats. Anders als bei der Mitbestimmung im Aufsichtsrat sichert die Vorschrift also nicht die Mitbestimmung unbefristet oder für einen bestimmten Zeitraum, sondern sie eröffnet hierfür nur die Möglichkeit durch Abschluß einer Betriebsvereinbarung oder eines Tarifvertrages. Wird keine Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag abgeschlossen, dann gelten die Rechte und Beteiligungsmöglichkeiten für die neuen Rechtsträger ausschließlich auf der Basis der anzuwendenden Bestimmungen. Soweit sie zum Beispiel von einer Mindestbeschäftigtenzahl abhängen, ist hierfür die Beschäftigtenzahl bei dem jeweiligen Rechtsträger maßgebend.

Die Vorschrift ist erst durch den Vermittlungsausschuß in das Umwandlungsgesetz eingefügt worden. Er reagierte damit auf die bisher eher restriktive Rechtsprechung zur Wirksamkeit von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, die Rechte von Arbeitnehmern nach einer Unternehmensspaltung auch gegenüber dem neuen Rechtsträger sichern sollen.

## 2. Voraussetzungen

### a) Spaltung oder Teilübertragung

Die Sicherung von Rechten oder Beteiligungsrechten des Betriebsrats ist begrenzt auf die Umwandlungsfälle der Spaltung und der Teilübertragung. Damit findet § 325 Abs. 2 UmwG Anwendung auf alle Formen der Spaltung, nämlich die Abspaltung, Aufspaltung und Ausgliederung. Weiterhin findet sie Anwendung auf die Teilübertragung eines Rechtsträgers, worunter die Übertragung eines Teilvermögens des bisherigen Rechtsträgers zu verstehen ist.

§ 325 Abs. 2 UmwG findet keine Anwendung auf alle anderen Umwandlungsformen wie z. B. die Verschmelzung, Formwechsel oder die Vermögensübertragung. Dies ist insofern unbedenklich, als diese Formen der Umwandlung nicht die Spaltung eines Betriebes zur Folge haben können.

### b) Spaltung eines Betriebes

§ 325 Abs. 2 UmwG setzt stets eine Spaltung des Betriebes voraus. Gemeint ist ein Betrieb gemäß § 1 BetrVG. Danach stellt der Betrieb eine organisatorisch-technische Einheit dar. Eine Spaltung verändert diese einheitliche Organisation in der Weise, daß sie insgesamt aufgespalten oder ein wirtschaftlicher oder organisatorisch abgrenzbarer Teil abgespalten wird (vgl. im einzelnen Trümmer in DKK, § 1 BetrVG Rn. 31 ff.).

### c) Wegfall von Rechten und Beteiligungsrechten

§ 325 Abs. 2 UmwG setzt weiterhin voraus, daß Rechte oder Beteiligungsrechte des Betriebsrats, die vorher bestanden haben, entfallen. Eine Sicherung kann also nur insoweit erfolgen, als die Rechte oder Beteiligungsrechte vorher bestanden haben. Sie können nicht aufgrund der Vorschrift neu begründet werden.

Die Rechte oder Beteiligungsrechte des Betriebsrats müssen aufgrund der Spaltung entfallen. Dies bedeutet, daß für die aus der Spaltung hervorgegangenen Betriebe die Rechte und Beteiligungsrechte ohne eine weitere Sicherung allein aufgrund der Anwendung der gesetzlichen Vorschriften nicht gelten würden. Dies bezieht sich insbesondere auf alle Rechte, die von einer bestimmten Zahl der Beschäftigten ab-

hängen. Wird ein solches Quorum nach der Spaltung nicht mehr erfüllt, so handelt es sich um einen Wegfall von Rechten oder Beteiligungsrechten aufgrund der Spaltung des Betriebs.

## 3. Rechtsfolgen

### a) Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag

§ 325 Abs. 2 UmwG benennt als Sicherungsmittel die Betriebsvereinbarung und den Tarifvertrag.

Mit Betriebsvereinbarung ist eine Vereinbarung gemäß § 77 BetrVG gemeint. Es handelt sich hierbei um einen rechtstechnischen Begriff, der auch den Abschluß von Gesamt- oder Konzernbetriebsvereinbarungen mit einschließt (vgl. zum Begriff und Rechtsnatur, Berg in DKK, § 77 BetrVG Rn. 7 ff.).

Mit Tarifverträgen sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen bzw. dem Arbeitgeberverband mit einer Gewerkschaft gemeint. Der Begriff ist umfassend zu verstehen und meint alle Arten von Tarifverträgen, wie z. B. einen Flächentarifvertrag, Haustarifvertrag, Firmentarifvertrag oder Anerkennungstarifvertrag usw. In der Regel dürfte zur Sicherung von Rechten ein Haus- oder Firmentarifvertrag in Betracht kommen, weil durch ihn die besonderen Probleme eines bestimmten Betriebsrats bei einer Umwandlung geregelt werden können. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß auch für mehrere Unternehmen geltende Tarifverträge bestimmte Sicherungen von Betriebsratsrechten enthalten.



**(1) Rechte oder Beteiligungsrechte des Betriebsrats**

Durch eine Spaltung des Betriebes können zahlreiche Rechte oder Beteiligungsrechte des Betriebsrats entfallen. Insoweit besteht ein hoher Regelungsbedarf. Denkbar sind z. B. folgende Vereinbarungen:

- Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen (§ 99 BetrVG)

Es kann vereinbart werden, daß die Beteiligungsrechte nach § 99 BetrVG auch dann bestehen bleiben, wenn ein Betrieb weniger als 20 Arbeitnehmer beschäftigt.

- Beteiligungsrechte bei Betriebsänderung (§§ 111 ff. BetrVG)

Es kann vereinbart werden, daß die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei der Betriebsänderung auch dann erhalten bleiben, wenn ein neuer Betrieb weniger als 20 Arbeitnehmer beschäftigt.

- Wirtschaftsausschuß (§ 106 Abs. 1 BetrVG)

Es kann vereinbart werden, daß ein Wirtschaftsausschuß auch für ein Unternehmen erhalten bleibt, das aufgrund der Spaltung die Grenze von 100 Personen, deren Überschreitung nach § 106 Abs. 1 BetrVG Voraussetzung für die Errichtung eines Wirtschaftsausschusses ist, unterschreitet.

- Freistellungsanspruch (§ 38 Abs. 1 BetrVG)

Durch eine Vereinbarung können auch Freistellungsansprüche nach § 38 Abs. 1 BetrVG aufrechterhalten bleiben, die durch die Verkleinerung des Betriebes und von Betriebsratsmitgliedern wegfallen würden.

In der Regel ergeben sich die Rechte und Beteiligungsrechte des Betriebsrats unmittelbar aus dem Betriebsverfassungsgesetz. Dies ist jedoch nicht unbedingt erforderlich. Der allgemein gehaltene Wortlaut legt nahe, daß auch tarifliche oder durch Betriebsvereinbarungen begründete Rechte und Beteiligungsrechte in Betracht kommen. Dies gilt auch für Betriebsabsprachen, die für die persönliche Rechtsstellung von Betriebsratsmitgliedern wie auch für den Umgang mit der Arbeitgeberseite von erheblicher Bedeutung sein können. Als Beispiele werden genannt die Pauschalierung der Schulungsteilnehmer nach § 37 Abs. 6 BetrVG oder die Verpflichtung des Arbeitgebers, über umweltschutzrelevante Fragen mit dem Betriebsrat zu verhandeln (vgl. Däubler, RdA 1995, S. 136, 145).

Zu den Rechten und Beteiligungsrechten des Betriebsrats zählt auch die Befugnis, zwei Delegierte in den Gesamtbetriebsrat zu entsenden. Der Gesetzeszweck legt nahe, Rechte und Beteiligungsrechte des Betriebsrats umfassend zu verstehen. Auch aus der ausdrücklichen Ausnahme von §§ 9 und 27 BetrVG läßt sich ableiten, daß Rechte und Beteiligungsrechte im übrigen gesichert werden können. In der Praxis ist es sinnvoll, einen bisher bestehenden Betriebsrat auch nach der Spaltung erhalten zu können. Dies ist von wachsender Bedeutung, da viele Vereinbarungen und Regelungen nicht auf der betrieblichen, sondern auf der Unternehmensebene getroffen werden (vgl. Däubler, RdA 1995, S. 136, 145, der außerdem zu Recht darauf hinweist, daß die notwendige Sicherung des Betriebsrats keineswegs immer durch den Konzernbetriebsrat erfolgen kann, da seine Errichtung nicht obligatorisch ist und durch eine Sperrminorität von 25,01 % blockiert werden kann).

**(2) Ausnahmen: §§ 9 und 27 BetrVG**

Von der Sicherung von Rechten und Beteiligungsrechten nimmt § 325 Abs. 2 Satz 2 UmwG die §§ 9 und 27 BetrVG ausdrücklich aus. Diese Rechte, die sich auf die Größe des Betriebsrats und die Bildung von Ausschüssen beziehen, sind unabdingbar und können weder durch Betriebsvereinbarung noch Tarifvertrag nach der Spaltung gesichert werden, wenn die Voraussetzungen hierfür nicht mehr vorliegen sollten.

**(3) Unbefristete Sicherung**

Anders als § 325 Abs. 1 UmwG sieht Abs. 2 für die Sicherung der Rechte und Beteiligungsrechte des Betriebsrats keine bestimmte Frist vor. Durch Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag kann die Sicherung also unbefristet erfolgen und damit länger als dies für die Mitbestimmung im Aufsichtsrat mit der vorgeschriebenen Dauer von lediglich fünf Jahren der Fall ist. Andererseits ist jede Vereinbarung kündbar. Eine Sicherung von Rechten oder Beteiligungsrechten des Betriebsrats kann somit unter Umständen auch kürzer als fünf Jahre erfolgen.

Wolfgang Trittin,  
IG Metall-Vorstandsverwaltung  
Frankfurt am Main