

Hanau/Lorenz/Matthes (Hrsg.)



Festschrift für  
GÜNTHER WIESE  
zum 70. Geburtstag

PC 4630  
W 651

Zentrum für Arbeitsbeziehungen  
und Arbeitsrecht  
Bibliothek

ZARR 9-22

Luchterhand

# Kompensation der Betriebsspaltung durch den Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen (§ 322 UmwG)

---

VOLKER RIEBLE

## Inhaltsübersicht

|                                                                                          | Seite |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| I. Einführung                                                                            | 453   |
| II. Der Gemeinschaftsbetrieb in der Rechtsprechung des BAG                               | 454   |
| 1. Tatbestand und Rechtsfolgen                                                           | 454   |
| 2. Teilbetriebsübergang als logische Voraussetzung                                       | 458   |
| 3. Kompensation der Betriebsspaltung nach Betriebsteilübergang                           | 459   |
| III. Betriebsverfassungsrechtliche Folgen                                                | 460   |
| 1. Spaltungsfolgen für Betrieb und Betriebsrat                                           | 460   |
| a) Folgen der Betriebsspaltung nach dem BetrVG                                           | 460   |
| b) Übergangsmandat nach § 321 Abs. 1 UmwG                                                | 461   |
| c) Kompensation durch den gemeinsamen Betrieb                                            | 463   |
| 2. Betriebsvereinbarungen                                                                | 465   |
| a) Folgen der Betriebsspaltung                                                           | 465   |
| b) Kompensation durch den gemeinsamen Betrieb                                            | 469   |
| 3. Mitbestimmung über die Betriebsspaltung                                               | 471   |
| a) Betriebsänderung nach § 111 Satz 2 Nr. 3 BetrVG                                       | 471   |
| b) Kompensation durch den gemeinsamen Betrieb                                            | 474   |
| IV. Kündigungsschutzrechtliche Folgen des Gemeinschaftsbetriebes                         | 474   |
| 1. Betriebsspaltung und Erhalt der kündigungsrechtlichen Stellung nach § 323 Abs. 1 UmwG | 474   |
| 2. Kündigungsschutzrechtliche Folgen des Gemeinsamen Betriebes                           | 475   |
| V. Vermutung und Beendigung des Gemeinsamen Betriebes                                    | 476   |
| 1. Die Vermutung des § 322 Abs. 1 UmwG und ihre Widerlegung                              | 476   |
| 2. Beendigung der Führungsvereinbarung                                                   | 477   |
| VI. Ergebnis                                                                             | 478   |

## I. Einführung

Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen ist fast schon eine »Institution« des modernen Arbeitsrechts. GÜNTHER WIESE hat seine betriebsverfassungsrechtliche Seite<sup>1</sup> eingehend beleuchtet und dabei schon auf die besondere Funktion der Rechtsfigur bei Unternehmensumstrukturierungen aufmerksam gemacht: Der gemeinschaftliche Betrieb mehrerer Unternehmen kann nicht nur als Zusammenlegung von Betrieben positiv zu einer Veränderung der betrieblichen Organisation führen, er kann auch negativ die organisationsrechtlichen Folgen einer Betriebsspaltung kompensieren: Wird ein Betrieb derart geteilt, daß (mindestens) ein Betriebsteil auf ein anderes Unternehmen übertragen und damit an sich verselbständigt wird, so kann der

---

<sup>1</sup> WIESE Mehrere Unternehmen als Gemeinsamer Betrieb im Sinne des Betriebsverfassungsrechts in: FS für Dieter Gaul, 1992, S. 553 ff.

Gemeinschaftsbetrieb diese Betriebsspaltung auffangen<sup>2</sup>. Das wurde schon bisher beim der Betriebsteilübergang durch Einzelrechtsübertragung nach § 613 a BGB praktisch und ist durch § 322 UmwG erstmals einer gesetzlichen Regelung zugeführt worden. Das UmwG hat die Spaltung von Unternehmen im Wege gewillkürter Universalsukzession<sup>3</sup> eingeführt. Die Unternehmensspaltung kann durch einen Betrieb verlaufen, so daß es zu einem Teilbetriebsübergang kraft Universalsukzession kommt. Diese Betriebsspaltung zerschlägt den bislang einheitlichen Betrieb. Gerade zur Kompensation der Betriebsspaltung hat der Gesetzgeber in § 322 UmwG die Rechtsprechung des BAG zum gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen aufgenommen und bestätigt. Sein Absatz 1 vermutet den gemeinsamen Betrieb i. S. des BetrVG, wenn die betriebliche Organisation nicht geändert wird<sup>4</sup>. Abs. 2 stellt klar, daß diese Vermutung für den Gemeinschaftsbetrieb im kündigungsschutzrechtlichen Sinn nicht gilt, sondern daß es insofern auf die tatsächliche gemeinsame Betriebsführung ankommt<sup>5</sup>. § 322 UmwG engt die Organisationsfreiheit der an der Spaltung beteiligten Unternehmen (umwandlungsrechtlich: übertragender und aufnehmender Rechtsträger) nicht stark ein. Abs. 2 verlangt ohnehin positiv die gemeinschaftliche Betriebsführung; Abs. 1 stellt zwar eine entsprechende Vermutung auf, die aber ausgeräumt werden kann (unten V. 1). Damit haben es die an der Spaltung beteiligten Unternehmen weithin in der Hand, über den gemeinschaftlichen Betrieb zu entscheiden. Diese strategische Entscheidung muß die Rechtsfolgen bedenken: Wie stehen die Unternehmen mit und ohne Gemeinschaftsbetrieb?

## II. Der Gemeinschaftsbetrieb in der Rechtsprechung des BAG

### 1. Tatbestand und Rechtsfolgen

§ 322 UmwG ist ohne die BAG-Rechtsprechung zum Gemeinschaftsbetrieb nicht verständlich. Das BAG anerkennt seit langem, daß mehrere Unternehmen gemeinsam einen Betrieb führen können<sup>6</sup> – mit betriebsverfassungsrechtlichen und kündigungsschutzrechtlichen Folgen: Der Gemeinschaftsbetrieb ist einheitlicher Betrieb i. S. v. § 1 BetrVG. Es wird von allen betroffenen Arbeitnehmern ein einheitlicher Betriebsrat gewählt. Dessen Größe (einschließlich Freistellungen) und seine Mitbestimmungsrechte richten sich nach der Größe des Gemeinschaftsbetriebes. Kündigungsschutzrechtlich ist

2 WIESE (Fn. 1) S. 573 f; SOWKA Betriebsverfassungsrechtliche Probleme der Betriebsaufspaltung, DB 1988, 1318.

3 K. SCHMIDT Universalsukzession kraft Rechtsgeschäfts, AcP 191 (1991) 495, 510 ff., TEICHMANN Die Spaltung von Rechtsträgern als Akt der Vermögensübertragung, ZGR 1993, 396, 398 ff., LUTTER/TEICHMANN UmwG, 1996, § 123 Rdnr. 9; HENNRICHs Formwechsel und Gesamtrechtsnachfolge bei Umwandlungen, 1995, S. 31 ff.

4 Was auf eine alter Forderung des DGB zurückgeht, WIESE (Fn. 1) S. 557.

5 Das ist angesichts des eindeutigen Wortlauts kaum bestreitbar, HEINZE Arbeitsrechtliche Fragen bei der Übertragung und Umwandlung von Unternehmen ZfA 1997, 1, 12; BOECKEN Unternehmensumwandlungen und Arbeitsrecht, 1996, Rdnr. 286; a. A. DÜWELL Umwandlung von Unternehmen und arbeitsrechtliche Folgen NZA 1996, 393, 397 ohne Begründung; zweifelnd LUTTER/JOOST (Fn. 3) § 322 Rdnr. 20: Analogie (!) zu Abs. 1.

6 Umfassende Nachweise bei WIESE S. 561 (Fn. 1) Fn. 10.

der gemeinsame Betrieb für die Betriebsgröße und damit den Geltungsbereich des KSchG nach § 23 maßgeblich; außerdem ist für die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Betrieb und die Sozialauswahl (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 lit. b und Abs. 3 bis 5 KSchG) auf den gemeinschaftlichen Betrieb abzustellen<sup>7</sup>. Das BAG hielt es zuletzt sogar für möglich, daß ein privatrechtlicher Arbeitgeber (Forschungseinrichtung) und eine öffentlich-rechtliche Körperschaft (Universität) sich zu einem gemeinsamen Betrieb verbinden können, der als BGB-Gesellschaft dem Betriebsverfassungsrecht unterfällt<sup>8</sup>.

Worum geht es? Der Betriebsbegriff (des BetrVG) ist zweigliedrig, wie § 4 BetrVG zeigt: Er stellt in erster Stufe auf die tatsächliche Arbeitsorganisation und in zweiter Stufe auf den Leitungsapparat ab<sup>9</sup>. Deshalb kann ein Arbeitgeber zwei selbständige Betriebe mit getrennter Arbeitsorganisation zu einem Betrieb verbinden, indem er einen einheitlichen Leitungsapparat installiert<sup>10</sup>. Dieselbe Möglichkeit haben auch unterschiedliche Unternehmen: Sie können für ihre betrieblichen Arbeitsorganisationen durch einen gemeinsamen Leitungsapparat miteinander verbinden. Der Gemeinschaftsbetrieb entsteht nach der Rechtsprechung des BAG nicht schon durch die faktische Verzahnung der arbeitstechnischer Betriebszwecke in einer unternehmerischen Zusammenarbeit, sondern erst durch den gemeinschaftlichen Leitungsapparat, der auf einer **Führungsvereinbarung** der Unternehmen fußen muß. Erforderlich ist also eine **rechtliche Verbindung**<sup>11</sup>. Denn der gemeinsame Betrieb zielt mit seinen Rechtsfolgen auf ein abgestimmtes Verhalten der an ihm beteiligten Unternehmen: Sie müssen gegenüber dem (einheitlichen) Betriebsrat zu einer gemeinsamen Position finden<sup>12</sup> und kündigungsschutzrechtlich zu einer abgestimmten Sozialauswahl gelangen. Diese Verhaltensabstimmung kann von einem am gemeinsamen Betrieb beteiligten Unternehmen nur verlangt werden, wenn es seinerseits entsprechende Einflußmöglichkeiten auf die anderen Unternehmen hat. Fehlt die Führungsvereinbarung und kommt es nicht zu einer freiwilligen Einigung der beteiligten Unternehmen, so zielte der gemeinsame Betrieb mit seinen Rechtsfolgen auf ein rechtlich unmögliches Verhalten<sup>13</sup>. Praktikabel wird diese Rechtsprechung dadurch, daß die Führungsvereinbarung nicht ausdrücklich abgeschlossen sein muß, sondern schon konkludent aus den tatsächlichen

7 Zuletzt BAG v. 5. 5. 1994, EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 31 = AP Nr. 23 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; vgl. ArbG Ulm v. 10. 1. 1995, AiB 1995, 362 für die Befristungsmöglichkeit nach § 1 Abs. 1 Satz 2 BeschFG 1985.

8 BAG v. 24. 1. 1996, EzA § 1 BetrVG 1972 Nr. 10 = AP Nr. 8 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb = AR-Blattei Einigungsstelle 450 Nr. 21 mit krit. Anmerkung LÖWISCH.

9 Statt vieler LÖWISCH Einheitliche und eigenständige Arbeitsorganisation als Merkmal des Betriebsbegriffs im Sinne der Betriebsverfassung in: FS für Kissel, 1994, S. 679 ff.

10 Leitentscheidung BAG v. 23. 9. 1982, EZA § 1 BetrVG 1972 Nr. 3 = AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG 1972 (verneinend für Hauptverwaltungs- und eine Produktionsstätte des Unternehmens) BAG v. 14. 9. 1988, EZA § 1 BetrVG 1972 Nr. 7 = AP Nr. 9 zu § 1 BetrVG 1972.

11 Ebenso LÖWISCH RdA 1997, 80 (83).

12 BAG v. 7. 8. 1986, EzA § 4 BetrVG, 1972 Nr. 5 = AP Nr. 5 zu § 1 BetrVG 1972 mit krit. Anmerkung WIEDEMANN; LÖWISCH Einheitlicher Betrieb und Mehrheit von Unternehmen RdA 1976, 35, 37. Zur Teilhabefunktion der Betriebsverfassung WIESE Zum Zweck des Betriebsverfassungsrechts im Rahmen der Entwicklung des Arbeitsrechts in: FS für Kissel, 1994, S. 1269 ff.

13 Falsch LAG Niedersachsen v. 23. 4. 1990, LAGE § 1 BetrVG 1972 Nr. 3, das schon das faktische »Gesamtbild einer wirtschaftlich-sozialen Interdependenz« genügen läßt.

Umständen des Einzelfalles gefolgert werden kann<sup>14</sup>. Freilich schafft das noch keine Vermutung wie die des § 322 Abs. 1 UmwG.

Durchaus plausibel ist ein Gegenansatz, nach dem die gemeinschaftliche Arbeitsorganisation ohne Führungsvereinbarung zum zwar einheitlichen, aber nicht gemeinsamen Betrieb führen kann. Dann bestünde zwar ein Betriebsrat, dieser muß aber mit den unterschiedlichen Arbeitgebern getrennt verhandeln, soweit diese nicht ad hoc zu einer gemeinsamen Position gelangen<sup>15</sup>. Dieser Ansatz hat sich mit § 322 UmwG erledigt, da die Vorschrift erkennbar die Rechtsprechung des BAG bestätigt.

Die Eigenheit des gemeinsamen Betriebes ist die **Teilung der Arbeitgeberfunktionen**<sup>16</sup>: Individualarbeitsrechtlich bleiben die Arbeitnehmer ihrem Arbeitgeber zugeordnet. Jede grundlegende Veränderung des Individualarbeitsverhältnisses, insbesondere seine Beendigung durch Aufhebungsvertrag oder Kündigung oder seine Umgestaltung durch Änderungsvertrag oder -kündigung spielt sich nur zwischen dem Arbeitnehmer und »seinem« Arbeitgeber ab, ohne daß die anderen Unternehmen hier ein Mitspracherecht hätten. Auch der individualarbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz kann nicht ohne weiteres unternehmensübergreifend gelten. So hat das BAG gebilligt, daß Gratifikationen und andere freiwillige Leistungen für die Arbeitnehmer des einen Arbeitgebers anders ausfallen, als für die des anderen Arbeitgebers im Gemeinschaftsbetrieb<sup>17</sup>. Das hat aber seinen Grund nicht darin, daß der Gleichbehandlungsgrundsatz im Gemeinschaftsbetrieb schlechthin nicht gälte, sondern darin, daß die beteiligten Arbeitgeber kein gemeinsames Vergütungssystem installiert hatten. Wo die Arbeitgeber im gemeinsamen Betrieb gemeinschaftlich entscheiden (etwa bei der Ausübung des Direktionsrechts) müssen sie auch allen Arbeitnehmern des gemeinsamen Betriebes gegenüber zur Gleichbehandlung verpflichtet sein.

Diese Teilung der Arbeitgeberfunktionen wird von der Führungsvereinbarung geprägt: Sie bestimmt, welche Entscheidungen die Unternehmen gemeinsam im Wege erzwingbarer Verhaltensabstimmung und welche sie unabhängig voneinander treffen. Dementsprechend müssen die Rechtsfolgen des gemeinsamen Betriebes je nach Umfang der Führungsvereinbarung differenziert werden. Für die Installation eines einheitlichen Betriebsrats gibt es freilich nur eine Alles-oder-Nichts-Entscheidung. Mit Recht stellt das BAG deshalb funktional darauf ab, ob die mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten des BetrVG überwiegend gemeinsam entschieden werden, so daß ein einheitlicher

14 BAG v. 7. 8. 1986 (Fn. 12) und v. 29. 1. 1987, EzA § 1 BetrVG 1972 Nr. 5 = AP Nr. 6 zu § 1 BetrVG 1972.

15 ZÖLLNER Gemeinsame Betriebsnutzung in: FS für Semler, 1993, S. 995 ff., 1002 f., 1011 im Anschluß an KONZEN Unternehmensaufspaltungen und Organisationsveränderungen im Betriebsverfassungsrecht, 1986, S. 114 ff. Vgl. jetzt auch BAG v. 12. 11. 1997 – 7 ABR 78/96: Der nach § 58 Abs. 2 BetrVG mandatierte Konzernbetriebsrat kann von der Konzernmutter nicht den Abschluß einer Konzernbetriebsvereinbarung verlangen, sondern muß mit den einzelnen Konzernunternehmen verhandeln.

16 KONZEN (Fn. 15) S. 108 ff.

17 BAG v. 19. 11. 1992, EzA § 242 BGB Gleichbehandlung Nr. 54 = AP Nr. 145 zu § 611 BGB Gratifikation; a. A. DÄUBLER Der Gemeinschaftsbetrieb im Arbeitsrecht in: FS für Zeuner, 1994, S. 19, 35.

Betriebsrat eine sachnähere Mitbestimmung gewährleistet, als getrennte Vertretungsorgane<sup>18</sup>. Hinsichtlich der Mitbestimmungsrechte kann durchaus differenziert werden: In denjenigen Fragen, die die Führungsvereinbarung der gemeinsamen Entscheidung der beteiligten Unternehmen zuweist, sind sie in ihrer Verbundenheit Ansprechpartner des Betriebsrats. Soweit die Entscheidungsbefugnis dagegen bei dem jeweiligen Arbeitgeber verbleibt, ohne daß seine Partner mitwirken, hat der einheitliche Betriebsrat diese Frage nur mit diesem Unternehmen zu besprechen. Am Beispiel: Im Gemeinschaftsbetrieb sind regelmäßig sämtliche Arbeitszeitfragen abstimmungsbedürftig, von der Lage der Arbeitszeit über Kurz- und Mehrarbeit bis zum Urlaub. Anders läßt sich gemeinschaftliche Arbeit nicht organisieren. Dagegen werden die beteiligten Unternehmen in der Regel ihre Vergütungssysteme nicht harmonisieren. Die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zielte dann nur auf das jeweilige Unternehmen. Dem Betriebsrat hat nicht das Recht, auf eine »gemeinschaftliche Mitbestimmung« zu pochen und die übertariflichen »freiwilligen« Leistungen gegen den Willen der Arbeitgeber zu harmonisieren. Denn jeder von ihnen legt seinen Dotierungsrahmen aufgrund eigener Entscheidung fest. Im gemeinsamen Betrieb gibt es dann für jedes Unternehmen ein eigenes gesondert mitbestimmtes Entgeltsystem. Das ist nur die betriebsverfassungsrechtliche Kehrseite des Gleichbehandlungsgrundsatzes.

Insofern zeigt sich: Wie bei anderen Formen der gespaltenen Arbeitgeberstellung auch<sup>19</sup> müssen die Mitbestimmungsrechte funktional der jeweils mitbestimmten Arbeitgeberentscheidung folgen. Für die Arbeitnehmerüberlassung ist das über § 14 Abs. 3 AÜG hinaus anerkannt: Der Betriebsrat des Entleihers ist zuständig, soweit es um dessen Entscheidungsbefugnis geht, etwa in Fragen der Arbeitszeit<sup>20</sup>. Für die Mitbestimmung in Vergütungsfragen bleibt dagegen der Betriebsrat des Verleihers zuständig, weil dieser über die Vergütung entscheidet<sup>21</sup>.

Das heißt dann auch: Ein gemeinsamer Betrieb i. S. des BetrVG ist nicht notwendig auch ein gemeinsamer Betrieb im kündigungsschutzrechtlichen Sinn<sup>22</sup>. Denn für den gemeinsamen Betrieb im kündigungsschutzrechtlichen Sinn muß sich die erzwingbare Verhaltensabstimmung auf die Kündigung von Arbeitnehmern erstrecken. Eine einheitliche unternehmensübergreifende Sozialauswahl ist nur möglich, wenn dasjenige Unternehmen, dem die Kündigung des sozial schwächeren Arbeitnehmers untersagt wird, von seinem Partner verlangen kann, das dessen sozial stärkerer Arbeitnehmer gekündigt und so die Weiterbeschäftigung auf dessen Arbeitsplatz möglich wird. Fehlt der Führungsvereinbarung dieser Aspekt, so liegt kein gemeinsamer Betrieb im

18 Wobei es auf den Schwerpunkt in den mitbestimmungspflichtigen sozialen und personellen Angelegenheiten (nicht den wirtschaftlichen) ankommt, BAG v. 14. 9. 1988 (Fn. 11), dazu WIESE (Fn. 1) S. 564 f.

19 Allgemein WEBER Das aufgespaltene Arbeitsverhältnis, 1992; SCHÜREN AÜG, 1994, Einl. Rdnr. 76 ff.

20 BAG v. 15. 12. 1992, EzA § 14 AÜG Nr. 3 = AP Nr. 7 zu § 14 AÜG; SCHÜREN § 14 Rdnr. 15 ff., 215 ff.

21 SCHÜREN § 14 Rdnr. 229.

22 ZÖLLNER (Fn. 15) S. 1008 f.

kündigungsschutzrechtlichen Sinne vor<sup>23</sup>. Das heißt aber nicht, daß die gemeinsam zu entscheidenden mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten keinen einheitlichen Betriebsrat rechtfertigen. Schon deshalb kann eine betriebsverfassungsrechtliche Statusfeststellung eines gemeinsamen Betriebes keine präjudizielle Bindungswirkung für das Kündigungsschutzverfahren haben<sup>24</sup>. Daß beide Fragen getrennt voneinander zu entscheiden sind, bestätigt jetzt § 322 UmwG: Denn die Vermutung des Abs. 1 gilt nur für den gemeinschaftlichen Betrieb im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn, aber gerade nicht für den im kündigungsschutzrechtlichen Sinn.

Der Einwand, individualarbeitsrechtliche und betriebsverfassungsrechtliche Arbeitgeberstellung dürften nicht auseinanderfallen<sup>25</sup>, sticht nicht – und ist jetzt von § 322 UmwG kraft Gesetzes abgewiesen. Denn die betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung ist nicht notwendig mit der individualarbeitsrechtlichen Arbeitgeberstellung verknüpft. Die Teilhabe des Betriebsrats an den die Arbeitnehmer treffenden Entscheidungen »des Arbeitgebers« zielt auf die Willensbeeinflussung desjenigen, der die Entscheidung trifft. Dafür ist eine Innengesellschaft mit ihrer gemeinschaftlichen Geschäftsführung ausreichend. Auch die Mitbestimmung durch den Konzernbetriebsrat zielt nur auf die konzerninterne Leitungsmacht.

## **2. Teilbetriebsübergang als logische Voraussetzung**

Ohne auf die Detailfragen des Verhältnisses von § 324 UmwG zu § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB eingehen zu können<sup>26</sup>, ist vorab festzuhalten: Für einen gemeinsamen Betrieb im Sinne der BAG-Rechtsprechung ist nur Raum, wenn die Arbeitsverhältnisse der im gespaltenen Betrieb bisher beschäftigten Arbeitnehmer individualarbeitsrechtlich (mindestens) zwei Arbeitgebern zuzuordnen sind. Voraussetzung ist deshalb, daß zumindest ein Betriebsteil als intakte Organisationseinheit auf einen neuen Arbeitgeber übergeht, der so Vertragspartner der in diesem Betriebsteil beschäftigten Arbeitnehmer wird. An der Aufteilung der Arbeitsverhältnisse auf zumindest zwei Unternehmen fehlt es in folgenden Fällen: Die Spaltung in eine Besitz- und Betriebsgesellschaft (vgl. § 134 UmwG) führt nicht zur Betriebsspaltung. Vielmehr bleibt der Betrieb als Arbeitsorganisation intakt, alle Arbeitsverhältnisse sind der Betriebsgesellschaft zuzuordnen (gleich ob sie übertragender oder auf-

23 Mit Nachdruck BAG v. 13. 6. 1985, EzA § 1 KSchG Nr. 41 = AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969 unter A II 5 a.

24 BAG v. 13. 6. 1985 (Fn. 23) prüft unter A II 3 a nur die Rechtskraftwirkung, die an der fehlenden Beteiligung des gekündigten Arbeitnehmers im Beschlußverfahren scheitert. Zur präjudiziellen Bindungswirkung der Statusfeststellung eines gemeinsamen Betriebes innerhalb des BetrVG BAG v. 9. 4. 1991, EzA § 18 BetrVG 1972 Nr. 7 = AP Nr. 8 zu § 18 BetrVG 1972; DÄUBLER (Fn. 17) S. 37. Zur Statusfeststellung selbst WIESE (Fn. 1) S. 577 ff.

25 KRAFT Mehrere Unternehmen als Träger eines Betriebes im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes in: FS für Hilger/Stumpf, 1983, S. 395 ff., KOHTE Der Gemeinschaftsbetrieb im Spiegel des Gesellschafts- und Konzernrechts RdA 1992, 302, 304.

26 Einerseits BOECKEN (Fn. 5) Rdnr. 56 ff, LUTTER/JOOST (Fn. 3) § 324 Rdnr. 13, 39; andererseits BERSCHIED Die Auswirkungen der Arbeitsrechtlichen Vorschriften des Umwandlungsgesetzes auf die einzelnen Arbeitsverhältnisse und die Beteiligungsrechte des Betriebsrats in: FS für Stahlhacke, 1995, S. 15 ff, 33 f.

nehmender Rechtsträger ist)<sup>27</sup>. Wohl nur theoretisch ist der Fall, daß alle vom Betriebsteilübergang betroffenen Arbeitnehmer dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses widersprechen<sup>28</sup>, so daß alle Arbeitsverhältnisse beim übertragenden Rechtsträger bleiben. Schließlich kann im Fall der Aufspaltung die Zuordnung eines Betriebes »vergessen« werden. Führt die Auslegung des Spaltungsplans nicht zu einem Ergebnis, so steht der Betrieb den aus der Spaltung hervorgehenden Unternehmen gemeinschaftlich zu, § 131 Abs. 3 UmwG<sup>29</sup>; sie sind dann schon individualarbeitsrechtlich als BGB-Gesellschaft gesamthänderisch Arbeitgeber der betroffenen Arbeitnehmer (Gemeinschaftsunternehmen). Ein gemeinsamer Betrieb scheidet aus.

### 3. Kompensation der Betriebsspaltung nach Betriebsteilübergang

Schon vor dem UmwG haben Unternehmen von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, Betriebsteile durch Einzelrechtsübertragung auf einen fremden Unternehmensträger auszugliedern, insbesondere im Zuge des »Outsourcing«. Daß der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen eine solche Betriebsspaltung im Zuge eines Betriebsteilübergangs nach § 613 a BGB kompensieren kann, hat das BAG bereits anerkannt. In der Entscheidung vom 23. November 1988<sup>30</sup> hat es ein betriebsverfassungsrechtliches Übergangsmandat (wie das des § 321 UmwG) für den Fall der Betriebsspaltung durch Betriebsteilübertragung abgelehnt, aber betont, daß ein gemeinsamer Betrieb der beiden Unternehmen die Identität des Betriebes und damit das Amt des Betriebsrats erhalten hätte. In der Entscheidung vom 13. Juni 1985 (Fn. 23) ging es um eine KG, die drei Abteilungen auf GmbHs ausgliederte. Mit der rechtlichen Verselbständigung wären an sich vier Betriebe in vier verschiedenen Unternehmen entstanden. Ein gemeinsamer Betrieb hätte die (betriebsverfassungsrechtlichen und) kündigungsschutzrechtlichen Folgen der Spaltung aufgefangen. Daß arbeitsorganisatorisch alles beim alten blieb, genügte dem BAG nicht. Es gab dem LAG auf, die – auf die Sozialauswahl bezogene – Führungsvereinbarung zu prüfen.

Bei der Ausgliederung von Betriebsteilen ist die Führungsvereinbarung als Tatbestand des gemeinsamen Betriebes besonders vorsichtig zu prüfen. Die bloße **Konzernleitungsmacht**, wie sie bei klassischen Ausgründung regelmäßig, bei der Spaltung zur Neugründung stets und bei der Spaltung zur

27 BAG v. 17. 2. 1981, EzA § 111 BetrVG 1972 Nr. 13 = AP Nr. 9 zu § 111 BetrVG 1972; v. 19. 1. 1988, EzA § 613 a BGB Nr. 69 = AP Nr. 70 zu § 613 a BGB.

28 Zum Widerspruchsrecht allgemein BAG v. 22. 4. 1993, EzA § 613 a BGB Nr. 112 = AP Nr. 102 zu § 613 a BGB; EuGH v. 16. 12. 1992, EzA § 613 a BGB Nr. 105 = AP Nr. 76 zu Art. 12 GG; zum Widerspruchsrecht bei der Spaltung LUTTER/JOOST (Fn. 3) § 324 Rdnr. 27 f., RIEBLE Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen und ihre Folgen für Schuldverhältnisse mit Dritten, ZIP 1997. 300, 306 f. BAUER/LINGEMANN Das neue Umwandlungsrecht und seine arbeitsrechtlichen Auswirkungen, NZA 1994, 1057, 1061; BOECKEN (Fn. 5) Rdnr. 85.

29 Anders BOECKEN (Fn. 5) Rdnr. 77, der im Zweifelsfall ein Wahlrecht der Arbeitnehmer annimmt.

30 EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 72 = AP Nr. 77 zu § 613 a BGB.

Aufnahme wegen des Anteilsaustausches<sup>31</sup> häufig besteht, genügt nicht<sup>32</sup>. Ebenso wenig kann die **Personenidentität der Geschäftsführungsorgane** beider Unternehmen (»Personalunion«) einen Gemeinschaftsbetrieb rechtfertigen<sup>33</sup>. Der Geschäftsführer kann zwar faktisch die Leitungsmacht für beide Gesellschaften einheitlich ausüben; rechtlich ist ihm das aber untersagt, weil er je nach Rolle einseitig nur die Interessen des jeweils vertretenen Unternehmens zu vertreten hat, § 181 Var. 2 BGB. Nur wenn ihm dieses Selbstkontrahieren gestattet ist, ist er zu dem abgestimmten Verhalten berechtigt. Häufig wird bei der Ausgliederung die bisherige Lohnabrechnung beibehalten. Ein **gemeinsames Lohnbüro** ist aber kein Indiz für eine Führungsvereinbarung, weil mit der bloßen Lohnabrechnung keine Entscheidungsbefugnis in personellen Angelegenheiten verbunden ist. Es handelt sich um eine bloße Unterstützungsfunktion<sup>34</sup>.

### III. Betriebsverfassungsrechtliche Folgen

#### 1. Spaltungsfolgen für Betrieb und Betriebsrat

##### a) Folgen der Betriebsspaltung nach dem BetrVG

Die Betriebsspaltung greift erheblich in die betriebliche Organisation ein<sup>35</sup>: Durch die Spaltung entsteht zumindest ein neuer Betrieb, für den dann – Betriebsratsfähigkeit nach § 1 BetrVG vorausgesetzt – ein **Betriebsrat neu zu wählen** ist. Zerstört die Spaltung die bisherige »Betriebsidentität«, so ist in allen durch die Spaltung verselbständigten Betriebsteilen neu zu wählen. Doch ist es möglich, daß der gespaltene Betrieb trotz des Verlustes von Betriebsteilen in seiner Identität erhalten bleibt, wenn der Entzug der ausgegliederten Einheiten die Betriebsstruktur, also die vom Betriebszweck geprägte Arbeitsorganisation nicht in Frage stellt<sup>36</sup>. Das wird insbesondere praktisch bei der Abspaltung von bislang unselbständigen Hilfsabteilungen, wie Reinigung, Kantine, Wachdienst, die den Kernbetrieb nicht in Frage stellen. Wird aus einem Produktionsbetrieb mit 500 Arbeitnehmern die Kantine mit 10 Arbeitnehmern abgespalten, so bleibt der Betriebsrat der Produktionseinheit im Amt, neu zu wählen ist lediglich ein Betriebsrat für die Kantine. Allerdings scheiden die Betriebsratsmitglieder aus dem Kantinenbereich

31 Das UmwG gestattet die Universalsukzession zum Zweck der bloßen Vermögensübertragung an einen fremden Rechtsträger nur beschränkt im Vierten Buch (§§ 174 ff). Für den klassischen Unternehmenskauf bleibt nur die Einzelrechtsnachfolge.

32 BAG v. 18. 1. 1990, EzA § 23 KSchG Nr. 9 = AP Nr. 9 zu § 23 KSchG 1969: LAG Hamm v. 14. 9. 1995 – 4 Sa 1336/95 – Juris-Nr: KARE457791137.

33 So aber LAG Schleswig-Holstein v. 22. 4. 1997 – I Sa 384/96 – Juris-Nr. KARE492920139; richtig LAG Düsseldorf v. 17. 1. 1995, LAGE § 4 BetrVG 1972 Nr. 7.

34 Vgl. LAG Düsseldorf v. 17. 1. 1995 (Rdnr. 33).

35 Allgemein Löwisch Betriebsratsamt und Sprecherausschußamt bei Betriebsübergang und Unternehmensänderung, BB 1990, 1698.

36 LAG Hamburg v. 19. 8. 1991, DB 1992, 587; LAG Düsseldorf v. 20. 9. 1974, EzA § 22 BetrVG 1972 Nr. 1 = DB 1975, 454; vgl. auch BAG v. 28. 4. 1993, EzA § 111 BetrVG 1972 Nr. 28 = AP Nr. 32 zu § 111 BetrVG 1972 = NZA 1993, 1142, keine Betriebsänderung, wenn Schlachthof die Schlachtung von Rindern und Kälbern aufgibt und nur noch Schweine schlachtet; Th. MÜLLER Umwandlung des Unternehmensträgers und Betriebsvereinbarung, KdA 1996, 287 ff.

aus, weil ihr Arbeitsverhältnis zu dem Arbeitgeber der Produktionseinheit endet, § 24 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Dafür rückt ein Ersatzmitglied aus dem Produktionsbereich nach, § 25 BetrVG. Ähnlich liegt es bei Handelsunternehmen: Wird nur eine von mehreren Filialen in einer Stadt (die einen einheitlichen Betrieb bilden, insbesondere nach § 4 Satz 2 BetrVG) ausgegliedert<sup>37</sup>, berührt das die Identität des aus den verbleibenden Filialen bestehenden Betriebes nicht. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der in seiner Identität unberührte Betrieb übertragen wird oder beim übertragenden Rechtsträger verbleibt. Denn der Übergang eines intakten Betriebes ändert an der betriebsverfassungsrechtlichen Organisation nichts.

Mit Blick auf den **Gesamtbetriebsrat** ist zu unterscheiden: Werden selbstständige Teilbetriebe betriebsratslos, endet jedes Mandat des Gesamtbetriebsrats<sup>38</sup>. Bleibt der Betriebsrat im Amt, so kommt es darauf an, ob der Betrieb im bisherigen Unternehmen verbleibt oder auf ein anderes Unternehmen übergeht. Im ersten Fall bleibt alles beim alten; im zweiten Fall endet die Zuständigkeit des bisherigen Gesamtbetriebsrats, weil der Betrieb aus dem Unternehmen ausscheidet. Die in den Gesamtbetriebsrat entsandten Mitglieder verlieren ihr dortiges Amt. Im aufnehmenden Unternehmen ist gegebenenfalls ein Gesamtbetriebsrat zu bilden, wenn es einen weiteren Betrieb hat. Besteht dort schon ein Gesamtbetriebsrat, so muß der Betriebsrat des aufgenommenen Betriebes Mitglieder entsenden (§ 47 Abs. 2 BetrVG).

Die mitbestimmungsrechtliche Situation kann sich für die Arbeitnehmer infolge der spaltungsbedingten Verkleinerung der Betriebsteile verschlechtern: Abgetrennte Kleinstbetriebe können betriebsratslos und damit mitbestimmungsfrei werden; kleinere Betriebsteile büßen jene Mitbestimmungsrechte ein, die von einer bestimmten Betriebsgröße abhängen, insbesondere bei einer Verkleinerung auf zwanzig oder weniger Arbeitnehmer die Mitbestimmung nach § 99 und nach §§ 111 f BetrVG. Das UmwG bietet nur für den zweiten Fall die Perpetuierung von Mitbestimmungsrechten an, allerdings nicht kraft Gesetzes, sondern nur kraft Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag, § 325 Abs. 2 UmwG<sup>39</sup>.

## **b) Übergangsmandat nach § 321 Abs. 1 UmwG**

Diese vom BetrVG diktierten Rechtsfolgen der Betriebsspaltung werden durch das UmwG modifiziert – vor allem durch das Übergangsmandat des § 321 Abs. 1. Die Arbeitnehmer sollen davor bewahrt werden, daß ihr Betrieb im Zuge der Spaltung betriebsratslos wird und sie dadurch den Schutz der betrieblichen Mitbestimmung einbüßen. Dementsprechend ist das Übergangsmandat – im Unterschied zum davon unabhängigen Restmandat des

37 Vgl. den Fall LAG Hamm v. 7. 5. 1997 – 18 Sa 2255/96 – DR 1997, 1473 (LS), nicht rechtskräftig, BAG 8 AZR 375/97.

38 BAG v. 16. 8. 1983, EzA § 50 BetrVG 1972 Nr. 9 = AP Nr. 5 zu § 50 BetrVG 1972.

39 Deshalb ist es abwegig, aus § 323 Abs. 1 UmwG zu folgern, die Sozialplanpflicht sei als Teil der kündigungsrechtlichen Stellung garantiert; so aber MENGEL Umwandlungen im Arbeitsrecht, 1997, S. 266.

Betriebsrats<sup>40</sup> – auch nicht auf die Abwicklung bereits eingeleiteter Mitbestimmungs- und Mitwirkungsfälle begrenzt. Damit stellt sich das UmwG gegen die Systematik des BetrVG, das unternehmensübergreifende Übergangs- und Restmandate nicht kennt<sup>41</sup>. Der bisherige Betriebsrat bleibt bis zum Amtsantritt der neu zu wählenden Betriebsräte – aber maximal für sechs Monate – im Amt und vertritt sämtliche aus der Betriebsspaltung hervorgehenden Betriebe gegenüber den verschiedenen Unternehmen als Arbeitgeber. Das Übergangsmandat entfällt nur und insoweit, als der ausgegliederte Betriebsteil nicht betriebsratsfähig ist oder wenn er in einen bestehenden Betrieb eingegliedert wird und von dem dort existierenden Betriebsrat vertreten wird<sup>42</sup>.

Schwierigkeiten macht die **Besetzung des Betriebsrats**: Das Übergangsmandat muß konsequenterweise dafür sorgen, daß die Amtszeit derjenigen Mitglieder perpetuiert wird, deren Arbeitsverhältnis auf einen übernehmenden Rechtsträger übergeht, weshalb sie »an sich« ausscheiden, § 24 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG<sup>43</sup>. Freilich wird das problematisch, wenn der Kern des Betriebes erhalten und der bisherige Betriebsrat damit im Amt bleibt. Soll dieser Betriebsrat dann in unterschiedlicher Besetzung tagen – einmal ohne die Mitglieder des abgetrennten Betriebsteiles in Wahrnehmung des fortbestehenden Vollmandats und einmal mit diesen, wenn es um Fragen des Übergangsmandats geht? Meines Erachtens erlaubt § 321 UmwG den Schluß, daß die Besetzung des Betriebsrats im Vollmandat den Vorrang genießt.

Schwierigkeiten macht auch der Umfang des Übergangsmandats – in zweifacher Hinsicht. Funktional ist zu fragen, ob der Betriebsrat durch das Übergangsmandat auf Mitbestimmungsfragen des Übergangs begrenzt ist<sup>44</sup> oder ob das Übergangsmandat eine umfassende Zuständigkeit begründet<sup>45</sup>. Zum anderen tritt das Übergangsmandat des Betriebsrats nur an die Stelle der Vollmandate der künftig zu wählenden Betriebsräte. Dementsprechend hat der Betriebsrat nur die Mitbestimmungsrechte dieser Betriebsräte. Sie können durch die Spaltung reduziert sein. Wird etwa ein Betrieb mit 30 Arbeitnehmern hälftig geteilt, so verliert der Betriebsrat die Mitbestimmungsrechte nach §§ 99, 111 f. Diese Folgerung ist unausweichlich, weil das UmwG die Mitbestimmungspetpetuierung in § 325 Abs. 2 besonders geregelt hat.

40 Dazu LUTTER/JOOST (Fn. 3) 3 321 Rdnr. 31. A. JUNKER Betriebsrat und Betriebsvereinbarung bei der Umstrukturierung von Unternehmen in: HROMADKA (Hrsg.) Recht und Praxis der Betriebsverfassung, 1996, S. 100 ff.

41 BAG v. 23. 11. 1988 (Fn. 30): kein Übergangsmandat bei Teilbetriebsübergang.

42 Freilich ist das nur möglich, wenn durch diese Eingliederung die Identität des aufnehmenden Betriebs gewahrt bleibt. Ist das nicht der Fall, verliert der aufnehmende Betrieb seinen Betriebsrat, so daß das Übergangsmandat seiner Funktion nach greifen muß (LUTTER/JOOST Fn. 3, § 321 Rdnr. 17). Damit die Arbeitnehmer des aufnehmenden Betriebs vor Betriebsratslosigkeit geschützt werden, muß das Übergangsmandat des § 321 Abs. 1 mit dem für die Verschmelzung nach § 322 Abs. 2 Satz 1 UmwG kombiniert werden. Zum Übergang des bislang betriebsratslosen Betriebs (teils) WILLEMSSEN/HOHNSTATT Erstreckung des Übergangsmandats (§ 321 UmwG) auf bislang betriebsratslose Einheiten? DB 1997, 2069 ff.

43 LUTTER/JOOST (Fn. 3) § 321 Rdnr. 29.

44 HEINZE (Fn. 5) ZfA 1997, 10, der das Übergangsmandat auf personelle Angelegenheiten beschränkt.

45 So LUTTER/JOOST (Fn. 3) § 321 Rdnr. 22.

Vollends unklar ist das **Übergangsmandat des Gesamtbetriebsrats**. Von ihm ist in § 321 UmwG nicht die Rede. Mit der Vorschrift lassen sich beide Auffassungen begründen: Stellt man den Schutzgedanken in den Vordergrund, so rechnet zur Aufgabe des mit Übergangsmandat versehenen Betriebsrats auch die Entsendung von Mitgliedern in den Gesamtbetriebsrat und damit dessen Mitbestimmung auch für die durch Spaltung verselbständigten Betriebsteile. Begreift man § 321 UmwG dagegen mit Recht als Ausnahмовorschrift, so ist für ein Durchschlagen des Übergangsmandats auf den Gesamtbetriebsrat kein Raum. Das hätte der Gesetzgeber ausdrücklich anordnen müssen. Die originäre Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nach § 50 Abs. 1 BetrVG kann sich auch gar nicht auf den durch die Spaltung verselbständigten unternehmensfremden Betriebsteil erstrecken; insofern kann es nie um eine unternehmenseinheitliche Regelung gehen. Vielmehr müßten ggf. zwei Gesamtbetriebsräte zuständig sein: Der des abgebenden und der des aufnehmenden Unternehmens. Das zeigt sich insbesondere, wenn der durch Spaltung abgetrennte Betriebsteil mit einem beim aufnehmenden Unternehmen bereits bestehenden Betrieb zusammengelegt werden soll<sup>46</sup>. Zudem führt die Beschränkung des Übergangsmandats auf den Betriebsrat nicht zu einem Mitbestimmungsdefizit: Wo kein Gesamtbetriebsrat zuständig sein kann, ist der (mit dem Übergangsmandat betraute) Betriebsrat zuständig<sup>47</sup>.

Äußerst problematisch ist das Übergangsmandat, wenn die Spaltung nicht nach dem UmwG erfolgt, sondern im Wege **klassischer Ausgründung kraft Singularsukzession**. § 321 UmwG ist nicht anwendbar, so daß sich die Frage einer Analogie stellt. Sie wird häufig mit dem Schutzgedanken bejaht<sup>48</sup>, ohne daß dabei berücksichtigt wird, daß mit der Einführung des UmwG das BetrVG geändert worden ist (Art. 13 UmwBerG). Der Gesetzgeber hat sogar konkret erwogen, ein allgemeines Übergangsmandat in das BetrVG einzustellen, davon aber Abstand genommen<sup>49</sup>. Diese bewußte Entscheidung des Gesetzgebers schließt die für die Analogie erforderliche Regelungslücke aus<sup>50</sup>. Diese Rechtsunsicherheit ist gefährlich, weil sämtliche mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen in den durch Spaltung verselbständigten Betriebsteilen von der Mitwirkung des zuständigen Betriebsrats abhängen – und sei es aufgrund des Übergangsmandats<sup>51</sup>.

### c) Kompensation durch den gemeinsamen Betrieb

Während der gemeinsame Betrieb bislang nicht verbundener Unternehmen einen neuen Betrieb durch Zusammenlegung bestehender Betriebe oder Be-

46 Vgl. BAG v. 24. 1. 1996, EzA § 113 BetrVG 1972 Nr. 24 = AP Nr. 16 zu § 50 BetrVG 1972.

47 Zum Prinzip der strikten und lückenlosen Zuständigkeitstrennung GK-BetrVG/KREUTZ [I] 6. Aufl. 1998, § 50 Rdnr. 15 ff.

48 LAG Berlin v. 8. 1. 1996, BB 1996, 1937; ArbG Duisburg v. 3. 9. 1996, ArbuR 1996, 506 = AiB 1997, 287; BACHNER Das Übergangsmandat des Betriebsrats bei Unternehmensumstrukturierungen, DB 1995, 2069; DÜWELL (Fn. 5) NZA 1996, 398.

49 ENGELS Fortentwicklung des Betriebsverfassungsrechts außerhalb des Betriebsverfassungsgesetzes in: FS für Wlotzke, 1996, S. 279, 284, der sich aber gleichwohl für Analogie einsetzt.

50 ArbG Freiburg v. 20. 8. 1996 NZA-RR 1997, 179; FEUDNER Übergangs- und Restmandate des Betriebsrats, BB 1996, 1934; WILLEMSSEN Arbeitsrecht im Umwandlungsgesetz – Zehn Fragen aus der Sicht der Praxis, NZA 1996, 791, 801 f., BAUER/LINGEMANN (Fn. 28) NZA 1994, 1058 f.

51 BAUER/LINGEMANN (Fn. 28) NZA 1994, 1059; BACHNER (Rdnr. 48) DB 1995, 2070.

triebsteile schafft, so daß ein neuer Betriebsrat gewählt werden muß<sup>52</sup>, fängt der gemeinsame Betrieb als Reaktion auf eine durch den Betrieb verlaufenden Spaltung die Betriebsspaltung im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne gerade auf. Zwar gehen die Arbeitsverhältnisse des übertragenen Betriebsteils auf den übernehmenden Rechtsträger über, doch bleibt der Betrieb als Organisationseinheit des Betriebsverfassungsrechts intakt. Der alte Betriebsrat bleibt im Amt<sup>53</sup>. Das erspart den beteiligten Unternehmen nicht nur die Betriebsratswahlen, die sonst unverzüglich einzuleiten wären. Auch wird die Unsicherheit darüber vermieden, ob die Abspaltung einzelner Abteilungen die Identität des Kernbetriebes berührt. Jeder Streit über das Übergangsmandat des § 321 UmwG entfällt, da der bisherige Betriebsrat sein Vollmandat behält<sup>54</sup>. Zudem begegnen die beteiligten Unternehmen so jeder Unruhe in den Betriebsteilen, die durch die spaltungsbedingte Verkleinerung entweder betriebsratslos würden oder doch Mitbestimmungsrechte einbüßen, insbesondere die Mitbestimmung nach §§ 99, 111 f. Denn die Mitbestimmungsrechte bemessen sich nach der gleich gebliebenen Größe des gemeinsamen Betriebes. Diese »Installation« des Gemeinschaftsbetriebes (im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn) wird durch die Vermutung des § 322 Abs. 1 UmwG erleichtert (unten V. 1).

Auch wenn die an der Spaltung beteiligten Unternehmen den Gemeinschaftsbetrieb nicht auf Dauer wollen, können sie so die betriebsverfassungsrechtlichen Folgen der Spaltung von den sonstigen Folgen abkoppeln. Sie ersparen sich so unter Umständen Kosten und Aufwand einer zusätzlichen Betriebsratswahl: Auch eine außerordentliche Betriebsratswahl ändert nichts daran, daß zum nächsten regulären Wahltermin erneut gewählt werden muß, § 13 Abs. 3 Satz 1 BetrVG. Nur wenn der außerordentlich gewählte Betriebsrat zum regulären Wahltermin noch nicht ein Jahr im Amt ist, erstreckt sich seine Amtszeit auf die folgende Wahlperiode, § 13 Abs. 3 Satz 2 BetrVG. Dementsprechend bietet es sich für die an der Spaltung beteiligten Unternehmen an, die Betriebsteile zunächst als Gemeinschaftsbetrieb weiterzuführen und diesen gegebenenfalls zeitgenau zu den nächsten ordentlichen Betriebsratswahlen aufzulösen.

Dafür handeln sich die beteiligten Unternehmen ein neues Problem ein: Entsendet der Betriebsrat des gemeinsamen Betriebes **Mitglieder in alle Gesamtbetriebsräte** der beteiligten Unternehmen?<sup>55</sup> Entscheidend ist, welche Zuständigkeit der Gesamtbetriebsrat wahrnehmen soll. Der Gemeinschaftsbetrieb hat die Funktion, zwei Unternehmen, die eine betriebsverfassungsrechtliche Einheit bilden, auch nur einen Betriebsrat als Gesprächspartner gegenüberzustellen. Mit der Zuständigkeit mehrerer Gesamtbetriebsräte würde dieses Ziel gerade hintertrieben: Denn die zu einer Einheit verbundenen Unternehmen müßten mit mehreren Gesamtbetriebsräten ver-

52 WIESE (Fn. 1) S. 574.

53 So schon WIESE (Fn. 1) S. 573 f.

54 Unstreitig DÜWELL (Fn. 5) NZA 1996, 398; LUTTER/JOOST (Fn. 3) § 322 Rdnr. 16.

55 Bejahend DÄUBLER (Fn. 17) S. 28 f.; LUTTER/JOOST (Fn. 3) § 322 Rdnr. 17; verneinend LAG Baden-Württemberg v. 2. 11. 1995 – 4 TaBV 5/95 – Juris-Nr. Nr: KARE459390137, nicht rechtskräftig, BAG 7 ABR 2/96; GK-BetrVG/KREUTZ (Fn. 47) § 47 Rdnr. 16; KONZEN (Rdnr. 15) S. 118 f.; WINDBICHLER Arbeitsrecht im Konzern, 1989, S. 294 f.

handeln, Ergebnis wäre eine systemfremde mehrseitige Betriebsvereinbarung<sup>56</sup>. Dieses Abstimmungsbedürfnis mit mehreren Gesamtbetriebsräten zeigt zudem, daß es nicht um eine unternehmenseinheitliche Regelung von Arbeitsbedingungen geht, sondern um eine betriebsspezifische gerade des gemeinsamen Betriebes. Für sie ist aber nur der dortige Betriebsrat zuständig. Begreift man den gemeinsamen Betrieb aber nicht im Sinne eines Alles-oder-Nichts, differenziert vielmehr zwischen denjenigen Mitbestimmungsfragen, die von den verbundenen Unternehmen gemeinsam und damit einheitlich entschieden werden und denjenigen Fragen, die jeder beteiligte Arbeitgeber für seine Arbeitnehmer allein entscheidet (oben II. 1), so hat die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats Sinn: Wird der tatsächliche Arbeitseinsatz umfassend koordiniert, so ist für die Mitbestimmung bei Einstellungen, Versetzungen und in Arbeitszeitfragen ausschließlich der Betriebsrat des gemeinsamen Betriebes zuständig. Behält sich jedes Unternehmen die Entscheidung in Vergütungsangelegenheiten für seine Arbeitnehmer vor, so kommt eine Zuständigkeit des jeweiligen Gesamtbetriebsrats in Betracht, wenn der Arbeitgeber ein einheitliches Entgeltsystem für alle seine Arbeitnehmer installiert, gleich welchem Betrieb sie angehören<sup>57</sup>. Insofern kann es auch nicht zur Kompetenzüberschneidung kommen: ein jeder Gesamtbetriebsrat kann immer nur für die Arbeitnehmer »seines« Unternehmens zuständig sein.

## 2. Betriebsvereinbarungen

### a) Folgen der Betriebsspaltung

Das Geltungsschicksal von Betriebsvereinbarungen im Zuge eines Teilbetriebsübergangs regelt § 613 a Abs. 1 Satz 2 bis 4 BGB, auf den § 324 UmwG verweist. Wie tarifliche Arbeitsbedingungen gehen die in den Betriebsvereinbarungen geregelten Arbeitsbedingungen in den Arbeitsvertrag ein und bleiben – für maximal ein Jahr – zwingend. Allerdings ist § 613 a BGB nur ein subsidiärer Auffangtatbestand, der dann nicht greift, wenn die Betriebsvereinbarung nach dem BetrVG kollektiv-normativ fortgelten kann<sup>58</sup>. Die herrschende Meinung knüpft diese kollektive Fortgeltung bislang an die Identität des Betriebes: Bleibt der Betrieb intakt, gelten die Betriebsvereinbarungen wie bisher weiter, auch wenn der Betrieb auf einen neuen Inhaber übergeht<sup>59</sup>. Der Betriebserwerber tritt auch im Fall der Singularsukzession umfänglich in die betriebsverfassungsrechtliche Rechtsstellung des Veräußerers ein, obwohl er die Betriebsvereinbarungen gar nicht abgeschlossen hat, noch in eine Vertragsübernahme eingewilligt hat. Die h. M. schließt diese aus Sicht des Privatrechts bedenkliche Drittwirkung des zwischen Veräußerer und Erwerber geschlossenen Kollektivvertrages aus der Übernahme der unveränderten betrieblichen Organisation<sup>60</sup>. Nur genügt der Fortbestand lediglich

56 So aber erstaunlicherweise DÄUBLER (Fn. 17) S. 29.

57 Siehe nur GK-BetrVG/KREUTZ (Fn. 47) § 50 Rdnr. 37.

58 BAG v. 5. 2. 1991, EzA § 613 a BGB Nr. 93 = AP Nr. 89 zu § 613 a BGB = NZA 1991, 639; TH. MÜLLER (Fn. 36) RdA 1996, 288; DÜWELL (Fn. 5) NZA 1996, 398.

59 BAG v. 27. 7. 1994, EzA § 613 a 13GB Nr. 123 = AP Nr. 118 zu § 613 a BGB; GK-BetrVG/KREUTZ [II] 5. Auflage 1995, § 77 Rdnr. 327; MünchArbR/MATTHES [III] 1993, § 319 Rdnr. 39.

60 GK-BetrVG/KREUTZ (Fn. 59) § 77 Rdnr. 329 f.

einer Vertragspartei für die Fortgeltung von Verträgen nicht. Vielmehr bedarf es einer gesetzlich angeordneten Vertragsübernahme, die das von der Privatautonomie grundsätzlich respektierte Recht des Erwerbers, nur die selbst geschlossenen Verträge achten zu müssen, beiseite schiebt. Das zeigen § 571 BGB und § 69 VVG und gerade auch § 613 a BGB, der diese Vertragsübernahme aber gerade nur für die Arbeitsverträge und nicht für die Kollektivverträge anordnet<sup>61</sup>. Insofern besteht ein Systembruch zum vergleichbaren Haustarifvertrag, der im Fall der Einzelrechtsübertragung des intakten Unternehmens keineswegs auf den Unternehmenserwerber übergeht, weil dieser nicht Partei des Tarifvertrags und damit nicht nach § 3 Abs. 1 TVG tarifgebunden ist<sup>62</sup>.

Im Fall der Universalsukzession nach dem Umwandlungsgesetz ist dieses Bedenken aus dem Weg geräumt: Der aufnehmende Rechtsträger tritt in alle Rechte und Pflichten des übertragenden Rechtsträgers ein, einschließlich sämtlicher Vertragsbindungen und damit auch in die Stellung des Arbeitgebers als Partei der Betriebsvereinbarung<sup>63</sup> (und des Haustarifvertrages). Sie kann – stets Betriebsidentität vorausgesetzt – weitergelten. Der Betrieb bleibt nicht nur erhalten, wenn er als Ganzes übergeht, sondern auch im Fall der durch einen Betrieb verlaufenden Spaltung dann, wenn von der betrieblichen Organisation nur unwesentliche Einheiten getrennt werden. So wie in diesem Fall der Betriebsrat im Amt bleibt (III. 1. a), so gelten dort auch die Betriebsvereinbarungen fort.

Die abgetrennte (unwesentliche) Betriebsabteilung ist mit dem bisherigen Betrieb nicht identisch. Dort kann die Betriebsvereinbarung also nicht fortgelten. Betrifft die durch den Betrieb verlaufende Spaltung wesentliche Betriebsteile, so ist die Betriebsidentität insgesamt zerstört, so daß die Betriebsvereinbarung in keinem der durch die Spaltung verselbständigten Betriebsteile mehr kollektiv-normativ fortgelten kann. Konsequenz ist dann die Fortgeltung auf arbeitsvertraglicher Ebene nach §§ 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB<sup>64</sup>.

Eine im Vordringen begriffene Ansicht will das nicht hinnehmen: Während von der h. M. stets bestritten worden ist, daß das Amt des Betriebsrats einen Einfluß auf die Geltung von Betriebsvereinbarungen hat, soll jetzt das umwandlungsrechtliche Übergangsmandat genügen, um die Betriebsvereinbarung kollektivrechtlich fortgelten zu lassen – obschon die Betriebsidentität entfallen ist<sup>65</sup>. Nun läßt es sich in der Tat hören, die Geltung der Betriebsvereinbarung nicht an die Betriebsidentität, sondern vertragsrechtlich an den Fortbestand des Vertragspartners zu knüpfen – so wie das auch bei Tarif-

61 WANK Die Geltung von Kollektivvereinbarungen nach einem Betriebsübergang, NZA 1987, 505, 507 f.

62 ZÖLLNER Veränderung und Angleichung tariflich geregelter Arbeitsbedingungen nach Betriebsübergang, Betrieb 1995, 1401; anders – aber ohne dogmatisches Argument – KEMPEN/ZACHER TVG, 3. Auflage 1997, § 3 Rdnr. 57.

63 GK BetrVG/KREUTZ (Fn. 59) § 77 Rdnr. 326; TH. MÜLLER (Fn. 36) RdA 1996, 287, 288.

64 TH. MÜLLER (Fn. 36) RdA 1996, 287, 291.

65 GK BetrVG/KREUTZ (Fn. 59) § 77 Rdnr. 326; SCHAUB Der arbeitsrechtliche Betriebsübergang im Recht der Gesamtrechtsnachfolge in: FS für Wlotzke, 1996, S. 103, 108; ähnlich BACHNER Auswirkungen unternehmensinterner Umstrukturierungen auf die Wirksamkeit von Betriebsvereinbarungen NZA 1997, 79 ff.

verträgen der Fall ist<sup>66</sup>. Dieser Paradigmenwechsel muß aber konsequent durchgehalten werden. Insbesondere KREUTZ<sup>67</sup> kommt zu einem perplexen Ergebnis: Mit der Ausgliederung des Teilbetriebs ende die Betriebsvereinbarung nicht, weil trotz fehlender Betriebsidentität das Übergangsmandat des Betriebsrats die Fortgeltung rechtfertigt. Wenn aber das Übergangsmandat nach spätestens 6 Monaten endet, soll die Betriebsvereinbarung in Kraft bleiben, auch wenn kein neuer Betriebsrat gewählt ist; der Wegfall des Betriebsrats stelle die Betriebsvereinbarung nicht in Frage, weil der (jetzige) Betrieb identisch bleibe. Im Ergebnis bedeutet dies: Im Fall der durch einen Betrieb verlaufenen Spaltung bliebe die Betriebsvereinbarung in allen Teilbetrieben normativ in Kraft, für eine Transformation nach § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB bliebe kein Raum. Freilich muß man sich entscheiden: Entweder hängt die Betriebsvereinbarung von der Betriebsidentität oder vom Betriebsratsamt ab. Es geht nicht an, mal auf den einen, mal auf den anderen Gesichtspunkt abzustellen, nur um jeweils die normative Geltung aufrechtzuerhalten.

Selbst wenn man aber das Betriebsratsamt zur Grundlage der Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen macht, löst das nicht alle Probleme der durch einen Betrieb gehenden Spaltung. Denn das Übergangsmandat des alten Betriebsrats nach § 321 UmwG ist nicht identisch mit dem Vollmandat des bisherigen Betriebsrats, sondern lediglich ein Vorgriff auf die Mandate der erst noch in den verselbständigten Betriebsteilen zu wählenden Betriebsräte, was sich insbesondere an der Einschränkung zeigt, daß das Übergangsmandat für betriebsratsunfähige Betriebe nicht greift. Der alte Betriebsrat handelt also an Stelle von (mindestens) zwei Betriebsräten. Will man vertragsrechtlich auf den Fortbestand des Vertragspartners der Betriebsvereinbarung abstellen, so müßte man jedenfalls begründen, daß die (mindestens) zwei Betriebsräte der verselbständigten Betriebsteile die partielle Rechtsnachfolge des ursprünglichen Betriebsrats antreten. Das läßt sich aus dem UmwG schwerlich ableiten. Dann hätte § 321 UmwG die normative Fortgeltung der Betriebsvereinbarungen angeordnet. Darüber hinaus verlangt eine vertragsrechtliche Betrachtung auch die Berücksichtigung der Arbeitgeberseite. Bei der Abspaltung und der Ausgliederung bleibt zwar der alte Arbeitgeber für einen Betriebsteil als Vertragspartei erhalten. Die Spaltung müßte aber eine partielle Rechtsnachfolge für die aufnehmenden Rechtsträger bestimmen, also aus einer bislang einheitlichen Betriebsvereinbarung (mindestens) zwei machen, an die die aufnehmenden Unternehmen als Arbeitgeber gebunden wären. Vertragsrechtlich läßt das Umwandlungsgesetz aber die Aufteilung einheitlicher Verträge auf mehrere übernehmende Rechtsträger nicht zu<sup>68</sup>. Wer das für die Betriebsvereinbarung als Normenvertrag nicht gelten lassen will, weil es nicht um Leistungspflichten der Vertragsparteien, sondern um die Festlegung der Arbeitsbedingungen für die Arbeitnehmer geht, muß dann aber prüfen, ob die Aufteilung einer einheitlichen Betriebsvereinbarung in

66 So mit Recht schon früher D. GAUL Die Beendigung der Betriebsvereinbarung im betriebsratslosen Betrieb, NZA 1986, 628 ff., zur tarifrechtlichen Seite LÖWISCH/RIEBLE TVG, 1992, § 2 Rdnr. 105 mit Nachweisen und jetzt BAG v. 28. 5. 1997, EzA § 4 TVG Nachwirkung Nr. 23.

67 GK-BetrVG/KREUTZ (Fn. 59) § 77 Rdnr. 326; gegen ihn auch TH. MÜLLER (Fn. 36) RdA 1996, 289.

68 RIEBLE (Fn. 28) ZIP 1997, 310; TEICHMANN (Fn. 3) ZGR 1993, 412 f., großzügiger jetzt LUTTER/TEICHMANN § 132 Rdnr. 22, der aber Vertrag und Anspruch nicht trennt.

mehrere verselbständigte Teilbetriebsvereinbarungen inhaltlich möglich ist oder vielmehr eine unzulässige Inhaltsänderung bedeutet. Letzteres ist insbesondere bei Sozialeinrichtungen der Fall, weil schwerlich alle an einer Betriebsspaltung beteiligten Unternehmen nunmehr verpflichtet sein können, jeweils eine eigene Sozialeinrichtung zu betreiben. Vollends kompliziert wird es, wenn die Betriebsteile in bestehende Betriebe aufgenommen werden und auf dort bereits bestehende Betriebsvereinbarungen treffen<sup>69</sup>.

Eine Lösung des Problems könnte in § 325 Abs. 2 UmwG liegen. Dort ist vorgesehen, daß durch freiwillige Betriebsvereinbarung vereinbart werden kann, daß an sich entfallende Mitbestimmungsrechte erhalten bleiben. Das legt den Erst-Recht-Schluß nahe, daß durch freiwillige Betriebsvereinbarung auch der Fortbestand alter Betriebsvereinbarungen vereinbart werden kann. Doch stellt sich das entscheidende Problem, ob die Betriebsvereinbarung des § 325 Abs. 2 UmwG wirklich zwischen dem alten Betriebsrat und dem alten Arbeitgeber vereinbart werden kann<sup>70</sup>. Denn das setzt voraus, daß diese Betriebsvereinbarung die Spaltung überlebt – und zwar kollektiv-normativ, weil § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB nur individuelle Arbeitsbedingungen transformiert, nicht aber betriebsverfassungsrechtliche Normen. Insofern gerät man in die Gefahr eines Zirkelschlusses. Sonst bleibt nur, sämtliche Betriebsvereinbarungen, die vor der Spaltung gegolten haben, in den beteiligten Unternehmen mit den dortigen Betriebsräten neu zu vereinbaren, um eine sichere Rechtsgrundlage für deren Geltung zu haben. Dieser Neuabschluß löst sowohl kollektiv-normativ geltende Betriebsvereinbarungen ab<sup>71</sup>, als auch die in die Einzelarbeitsverhältnisse eingegangenen, § 613 a Abs. 1 Satz 3 BGB.

Die **Kündigung bestehender Betriebsvereinbarungen** ist grundsätzlich kein Ausweg. Soweit sich die Betriebsvereinbarung auf Gegenstände der erzwingbaren Mitbestimmung erstreckt, wirkt sie gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG nach. Auch die nachwirkende Betriebsvereinbarung überlebt die Spaltung, sei es normativ<sup>72</sup>, sei es durch Transformation in die Einzelarbeitsverhältnisse nach § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB. Daß die nachwirkende Betriebsvereinbarung dispositiv ist, hilft wegen des Änderungskündigungsschutzes wenig. Von eminenter Bedeutung ist die Kündigung aber dort, wo §§ 77 Abs. 6 BetrVG die Nachwirkung versagt, also bei **freiwilligen Betriebsvereinbarungen** über Gegenstände die nicht der erzwingbaren Mitbestimmung des Betriebsrats unterfallen. Denn eine nachwirkungslose Betriebsvereinbarung endet vollständig. Sie kann nach Ausgliederung überhaupt nicht mehr gelten, weder kollektiv, noch durch Transformation. Praktisch wird das vor allem bei Betriebsvereinbarungen über übertarifliche Leistungen, wie das Urlaubs- und Weihnachtsgeld<sup>73</sup>. Auf den Beendigungszeitpunkt kommt es nicht besonders an: Ist die Kündigung vor der

69 Vgl. BACHNER (Fn. 65) NZA 1997, 81. Darauf ist hier nicht einzugehen, weil in diesem Fall die Fortführung des bisherigen Betriebs als gemeinsamer Betrieb ausscheidet.

70 So ohne Problematisierung LUTTER/JOOST (Fn. 3) § 325 Rdnr. 34.

71 Zum Ablösungsprinzip nur GK-BetrVG/KREUTZ (Fn. 59) § 77 Rdnr. 308.

72 Zum normativen Verständnis der Nachwirkung GK-BetrVG/KREUTZ (Fn. 59) § 77 Rdnr. 332, 342.

73 Siehe nur BAG v. 21. 8. 1990, EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 36 = AP Nr. 5 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung; v. 26. 4. 1990, EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 35 = AP Nr. 4 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung. Zur vereinbarten Nachwirkung VON HOYNINGEN-HUENE Freiwilligkeitsvorbehalt und Nachwirkungsklausel in Betriebsvereinbarungen über Sozialleistungen, BB 1997, 1998, 2000 ff.

Spaltung ausgesprochen, wird diese aber erst nach ihr wirksam (§ 77 Abs. 5 BetrVG), so ist die Betriebsvereinbarung bereits befristet und kann auch nur als befristete Regelung weitergelten, gleich ob kollektiv-normativ oder als Bestandteil der Arbeitsverhältnisse.

Ungeklärt ist auch das Schicksal bislang geltender **Gesamtbetriebsvereinbarungen**. Beim übertragenden Rechtsträger können sie unproblematisch fortgelten, wenn das Unternehmen fortbesteht (also nicht bei Aufspaltung) und nach wie vor mehrere Betriebe hat, also der Gesamtbetriebsrat im Amt bleibt. Für die auf die übernehmenden Rechtsträger übergehenden Betriebsanteile hilft das Abstellen auf das Übergangsmandat des Betriebsrats nicht, weil der Gesamtbetriebsrat kein Übergangsmandat hat (oben III. 1. b). Aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht gibt es zwei Lösungsmöglichkeiten: Entweder stellt man auf die Legitimation des Gesamtbetriebsrats durch den entscheidenden Betriebsrat ab. Dann kann die Gesamtbetriebsvereinbarung mit der Herauslösung aus dem bisherigen Unternehmen als einfache Betriebsvereinbarung weitergelten – aus der überbetrieblichen wird eine betriebliche Angelegenheit<sup>74</sup>. Oder man konzentriert sich auf den Regelungsgegenstand: Der Gesamtbetriebsrat kann nach § 50 Abs. 1 BetrVG Gesamtbetriebsvereinbarungen nur für solche Fragen abschließen, die unternehmenseinheitlich zu regeln sind<sup>75</sup>. Mit der Herauslösung des (Betriebes oder) Betriebsteils aus dem bisherigen Unternehmen entfällt die Möglichkeit, diese Fragen einheitlich mit den Betrieben des ehemaligen Unternehmens zu regeln. Das leuchtet unmittelbar ein für Sozialeinrichtungen des bisherigen Unternehmens, zu denen das Unternehmen, das einen abgespaltenen Betriebsteil aufnimmt, keinen Zugang hat. Deshalb kann die Gesamtbetriebsvereinbarung nach dieser Sichtweise im ausgegliederten Betrieb oder Betriebsteil überhaupt nicht normativ fortgelten, es kommt zur Transformation nach § 61 3 a Abs. 1 Satz 2 BGB<sup>76</sup>.

### **b) Kompensation durch den gemeinsamen Betrieb**

Entschließen sich die beteiligten Unternehmen, den gespaltenen Betrieb als gemeinsamen Betrieb intakt zu halten, so bleibt betriebsverfassungsrechtlich zunächst alles beim alten. Die Identität des Betriebs bleibt unberührt, der Betriebsrat bleibt im Amt, die **Betriebsvereinbarungen gelten normativ fort**<sup>77</sup>. Freilich ist das bei vertragsrechtlicher Sicht nicht selbstverständlich: Die durch die Führungsvereinbarung im gemeinsamen Betrieb verbundenen Arbeitgeber müßten die Nachfolge des bisherigen Arbeitgebers als Partei der Betriebsvereinbarung angetreten haben. Das folgt nicht schon aus der Führungsvereinbarung, sondern müßte Folge der gewillkürten Universalsukzession, mithin im Spaltungsplan verzeichnet sein.

Für **Gesamtbetriebsvereinbarungen** bringt die Identität des Betriebes keine Lösung. Vielmehr muß entsprechend der funktionalen Aufteilung der

74 So etwa KREBEL Arbeitsrechtliche Aspekte des neuen Umwandlungsgesetzes, BB 1995, 925, 929 f.,; (mit Einschränkungen auch) B. GAUL Das Schicksal von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen bei der Umwandlung von Unternehmen, NZA 1995, 717, 724.

75 Statt aller GK-BetrVG/KREUTZ (Fn. 47) § 50 Rdnr. 29 ff.

76 TH. MÜLLER (Fn. 36) RdA 1996, 292 f.

77 HM: LUTTER/JOOST (Fn. 3) § 322 Rdnr. 18; § 324 Rdnr. 23; DÜWELL (Fn. 5) NZA 1996, 398; TH. MÜLLER (Fn. 36) RdA 1996, 291.

Arbeitgeberstellung wie beim Übergangsmandat (oben III. 1. b) zunächst gefragt werden, ob der Regelungsgegenstand der Gesamtbetriebsvereinbarung nunmehr unter die gemeinschaftliche Betriebsführung fällt. Das wird nur selten der Fall sein, weil unmittelbar arbeitsorganisatorische Fragen ohnehin nicht in die originäre Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats fallen. Immerhin kommen hierfür unternehmenseinheitliche Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG in Betracht<sup>78</sup>. Als Gesamtbetriebsvereinbarung kann sie in diesem Fall nicht fortgelten, weil sich ihr Geltungsbereich auf den einen gemeinsamen Betrieb beschränkt<sup>79</sup>. Dementsprechend kommt es wiederum darauf an, ob man die Gesamtbetriebsvereinbarung auf die betriebliche Ebene herabsenken kann. Dann kann die Auswahlrichtlinie als Betriebsvereinbarung im gemeinsamen Betrieb weitergelten. Verneint man diese »Absenkung« auf die betriebliche Ebene, bleibt nur die Transformation in die Arbeitsverhältnisse nach § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB. Bei Auswahlrichtlinien scheidet sie aus. Denn sie regeln keine individuelle transformationsfähige Arbeitsbedingung, sondern eine kollektive Frage.

Betrifft die Gesamtbetriebsvereinbarung hingegen einen Bereich, der nicht die gemeinschaftliche Betriebsführung betrifft (wiederum: unternehmenseinheitliche Entgeltsysteme), so gilt die Gesamtbetriebsvereinbarung als solche für diejenigen Arbeitnehmer des gemeinsamen Betriebes weiter, die bei ihrem alten Arbeitgeber geblieben sind. Für die anderen beteiligten Unternehmen scheidet jede normative Geltung aus, weil sie nicht mit dem bisherigen Unternehmen identisch sind. Das zeigt sich schon daran, daß die Gesamtbetriebsvereinbarung überschießend für die anderen Betriebe jener Unternehmen gelten müßte und damit in die Regelungskompetenz des dortigen Gesamtbetriebsrats eingriffe. Vielmehr bleibt es bei der Transformation in die Arbeitsverhältnisse der von der Spaltung betroffenen Arbeitnehmer. Besteht beim aufnehmenden Unternehmen eine Betriebsvereinbarung über diesen Regelungsgegenstand, so erstreckt sie sich auf die mit der Spaltung hinzugekommenen Arbeitnehmer. Das kann zu einer Verschlechterung führen, weil die dort geltende Gesamtbetriebsvereinbarung die fortgeltenden Arbeitsbedingungen nach § 613 a Abs. 1 Satz 3 BGB ablöst.

### **3. Mitbestimmung über die Betriebsspaltung**

#### **a) Betriebsänderung nach § 111 Satz 2 Nr. 3 BetrVG**

Während die Übertragung eines intakten Betriebes keine Betriebsänderung bedeutet, weil sich am Betrieb nichts ändert, sondern nur am Unternehmen, dem der Betrieb zugeordnet ist<sup>80</sup>, bedeutet der Übergang nur eines Betriebsteiles zugleich eine Betriebsspaltung, die nach dem neuen § 111 Satz 2 Nr. 3 BetrVG als Betriebsänderung »gilt«<sup>81</sup>. Problematisch an dieser im Zuge der Be-

<sup>78</sup> GK-BetrVG/KREUTZ (Fn. 47) § 50 Rdnr. 39.

<sup>79</sup> Der Ausnahmefall, daß die beteiligten Unternehmen mehrere Betriebe gemeinsam führen, bleibt außer Betracht.

<sup>80</sup> BAG v. 21. 10. 1980, EzA § 111 BetrVG 1972 Nr. 12 = AP Nr. 8 zu § 111 BetrVG 1972.

<sup>81</sup> Zur vom gemeinsamen Betrieb unabhängigen umwandlungsrechtlichen Mitwirkung WILLEMSEN Die Beteiligung des Betriebsrats im Umwandlungsverfahren, RdA 1998, 23 ff.

reinigung des Umwandlungsrechts geänderten Vorschrift ist nur, ob auch die Abtrennung unwesentlicher Betriebsteile, die die Identität des Betriebs nicht berührt. den Tatbestand der Betriebsänderung erfüllt. Denn in Nr. 3 fehlt – anders als in Nr. 1 und 2 – die Beschränkung auf »wesentliche« Betriebsteile<sup>82</sup>. Das ist nicht der Fall, wenn nur ein unerheblicher Teil der Belegschaft betroffen ist<sup>83</sup> und nur eine untergeordnete Hilfstätigkeit mit geringer funktioneller Bedeutung abgetrennt wird<sup>84</sup>. Meines Erachtens ist diese Beschränkung für den Tatbestand der Betriebsspaltung zu erhalten. Denn § 111 BetrVG zielt auf die Änderung des Betriebes im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn, der durch die Abtrennung unwesentlicher Betriebsteile nicht berührt wird. Es ist systemwidrig, der Belegschaft Nachteile durch unwesentliche Betriebsänderungen stets zuzumuten und nur für die Spaltung des Betriebes eine Ausnahme zu machen<sup>85</sup>. Dementsprechend greift die Mitbestimmung des Betriebsrats nur, wenn die Spaltung des Betriebes einen wesentlichen Betriebsteil abtrennt (und der Betrieb auch sonst unverändert bleibt).

Ist das der Fall, so kommt es für das »Ob« der Mitbestimmung nicht darauf an, ob die Arbeitnehmer überhaupt infolge der Betriebsänderung Nachteile erleiden. Auch wenn das Arbeitsrecht des UmwG den Eintritt spaltungsbedingter Nachteile weithin verhindert, muß die Mitbestimmung nach §§ 111 f BetrVG durchgeführt werden. § 111 Satz 1 BetrVG setzt zwar einen Nachteil voraus, doch wird dieser von Satz 2 für das »Ob« der Mitbestimmung fingiert, weil es gerade Aufgabe der Mitbestimmung ist, diese Nachteile zu prüfen<sup>86</sup>. Freilich bedeutet das für den Arbeitgeber nur eine Verfahrenslast. Den Interessenausgleich braucht er mit Blick auf die Neufassung des § 113 Abs. 3 BetrVG nicht mehr zu fürchten. Dessen Sätze 2 und 3 schaffen eine unwiderlegliche Vermutung für den Versuch eines Interessenausgleichs, die für die gesamte Mitbestimmung nach §§ 111 f BetrVG gilt<sup>87</sup>. Eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung der Betriebsänderung scheidet spätestens nach diesem Versuch des Interessenausgleichs aus<sup>88</sup>. Von Bedeutung ist der Interessenausgleich nur im positiven Sinne, weil er durch namentliche Zuordnung

82 So hatte das BAG bislang schon die Betriebsspaltung als Betriebsänderung im Sinne der jetzigen Nr. 4 angesehen, aber eben nur, wenn es um einen wesentlichen Betriebsteil ging, BAG v. 16. 6. 1987, EzA § 111 BetrVG Nr. 20 = AP Nr. 19 zu § 111 BetrVG 1972.

83 Maßstab des § 17 KSchG, mindestens aber 5 %; BAG v. 6. 12. 1988, EzA § 111 BetrVG 1972 Nr. 23 = AP Nr. 26 zu § 111 BetrVG 1972.

84 BAG v. 6. 12. 1988 (Fn. 83): verneint für betriebseigene Reinigungsabteilung; v. 21. 10. 1980 (Fn. 80): verneint für Ausgliederung der Gaststätte aus einem Supermarkt; v. 16. 6. 1987 (Fn. 82): bejaht für Ausgliederung der Abteilungen Produktion, Entwicklung und Konstruktion mit 450 von 800 Mitarbeitern: HENSSLER Aufspaltung, Ausgliederung und Fremdvergabe, NZA 1994, 294, 298 f.

85 So auch WILLEMSEN (Fn. 50) NZA 1997, 797; KREBEL (Fn. 74) BB 1995, 927; offen gelassen in BAG v. 10. 12. 1996, EzA § 111 BetrVG 1972 Nr. 35 = AP Nr. 110 zu § 112 BetrVG 1972 unter B II 1 b.

86 BAG v. 16. 6. 1987 (Fn. 82).

87 Mit Recht h. M.; RÖDER/Baeck Die Ergänzung des § 113 Abs. 3 BetrVG – eine überzeugende Regelung? BB 1996, Beilage 17, S. 23 ff.; NEFF Die Neuregelung des Interessenausgleichs und ihre praktischen Folgen, NZA 1997, 65 ff.; BAUER/GÖPFERT Beschleunigtes Interessenausgleichsverfahren DB 1997, 1464 ff.; a. A. FISCHER Interessenausgleich, Unterlassungsanspruch und Gesetzgeber – Der neue § 113 Abs. 3 BetrVG, ArbuR 1997, 177 ff.

88 LAG Düsseldorf v. 19. 11. 1996, LAGE § 111 BetrVG 1972 Nr. 14 = DB 1997, 1286 (jeden Unterlassungsanspruch verneinend); LAG Berlin v. 7. 9. 1995, LAGE § 111 BetrVG 1972 Nr. 13 (vor der Neufassung des § 113 BetrVG den Unterlassungsanspruch bejahend).

der Arbeitnehmer zu den Betriebsteilen die arbeitsgerichtliche Kontrolle einschränkt, ob jeder Arbeitnehmer bei »seinem« Betriebsteil bleibt, § 323 Abs. 2 UmwG<sup>89</sup>.

Auch die Sozialplanpflicht macht wenig Probleme. Die Betriebsspaltung löst für sich genommen keine entschädigungspflichtigen Nachteile aus. Die Arbeitnehmer behalten ihren Arbeitsplatz, lediglich der Vertragspartner wird ausgetauscht. Die arbeitsvertraglich zugesagten Arbeitsbedingungen bleiben erhalten. Kollektivvertragliche Arbeitsbedingungen verschlechtern sich nur dann, wenn die Arbeitnehmer beim übernehmenden Rechtsträger unter schlechtere Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge fallen, die die bisherigen Regelungen ablösen (insbesondere nach § 613 a Abs. 1 Satz 3 BGB). Schließlich können die Arbeitnehmer eine Schmälerung ihres betriebsverfassungsrechtlichen Schutzes erfahren, wenn ihr künftiger Betriebsrat aufgrund der kleineren Betriebsgröße weniger Mitbestimmungsrechte hat. Aber das sind keine ausgleichspflichtige Folgen gerade der Spaltung. Das BAG hat in zwei neuen Entscheidungen dankenswerterweise dem Besitzstandswahn mancher eine Absage erteilt, die die Arbeitnehmer vor jeder Verschlechterung ihrer Arbeitsbedingungen schützen wollen<sup>90</sup>. Schutzzweckbezogen müssen die ausgleichspflichtigen spaltungsbedingten Nachteile von den sonstigen entschädigungslosen Nachteilen abgegrenzt werden. Denn der Betriebsübergang als solcher ist gerade keine Betriebsänderung; vor dem Arbeitgeberwechsel und der Verschlechterung kollektivvertraglicher Arbeitsbedingungen werden die Arbeitnehmer nicht geschützt. In den Worten des BAG<sup>91</sup>:

»Einmal erreichte Arbeitsbedingungen sind nicht auf Dauer garantiert. Auch der bisherige Betriebsinhaber könnte durch Verbandsaustritt und Eintritt in einen anderen Arbeitgeberverband die Tarifbindung ändern und die Geltung anderer Tarifverträge herbeiführen bzw. durch eine Vereinbarung mit dem Betriebsrat andere Rechtsgrundlagen für die Arbeitsbedingungen schaffen. Die gesetzliche Regelung des Betriebsübergangs mutet den Arbeitnehmer im Interesse des Erhalts des Arbeitsplatzes Nachteile aufgrund einer beim Betriebserwerber geltenden tariflichen Regelung zu. Diese gehören ebenso wie diejenigen Nachteile, die sich daraus ergeben können, daß der Betriebserwerber wirtschaftlich schwach oder in den ersten 4 Jahren nach seiner Gründung nach § 112 a Abs. 2 3etrVG von der Sozialplanpflicht ausgenommen ist..., nicht zu den berücksichtigungsfähigen Nachteilen, zu deren Ausgleich oder Milderung der Sozialplan bestimmt ist.«

Selbst wenn der Arbeitnehmer dem Betriebsübergang widerspricht und deshalb seinen Arbeitsplatz verliert, ist dieser Arbeitsplatzverlust nicht Folge der Betriebsänderung, sondern Folge der freien individuellen Entscheidung des

89 Zu dieser umstrittenen Vorschrift LUTTER/JOOST (Fn. 3) § 323 Rdnr. 20 ff.; WILLEMSSEN (Fn. 50) NZA 1996, 799; BAUER/LINGEMANN (Fn. 28) NZA 1994, 1061.

90 BAG v. 10. 12. 1996 (Fn. 85) und v. 5. 2. 1997, EzA § 112 BetrVG 1972 Nr. 92 = AP Nr. 112 zu § 112 BetrVG 1972. Das richtet sich insbesondere gegen DÄUBLER Das Arbeitsrecht im neuen Umwandlungsgesetz RdA 1995, 136, 144, der den Entzug der Haftungsmasse für einen künftigen Sozialplan (vor dem das UmwG nur im Fall des § 134 schützt) für entschädigungspflichtig hält.

91 v. 5. 2. 1997 (Fn. 90) unter II 1.

Arbeitnehmers, bei dem aufnehmenden Rechtsträger nicht arbeiten zu wollen. Aus diesem Grund liegt auch kein Verstoß gegen das Maßregelungsverbot des § 612 a BGB vor. Der Arbeitnehmer wird nicht für seine Entscheidung bestraft, er muß nur deren Folgen tragen. Das BAG sagt das freilich nur für den in aller Regel zumutbaren Arbeitsplatzwechsel und betont, daß die Verschlechterung einzelner Arbeitsbedingungen noch keine Unzumutbarkeit begründet<sup>92</sup>. Daß widersprechende Arbeitnehmer keine Sozialplanabfindung erhalten dürfen, folgt im Fall der Spaltung in aller Regel schon aus der Ermessensrichtlinie des § 112 Abs. 5 Nr. 2 Satz 2 BetrVG: Die Spaltung zur Neugründung bewegt sich ohnehin im Konzern; auch die Spaltung zur Aufnahme dient regelmäßig der Umstrukturierung im Konzern. Dann aber schlägt der Arbeitnehmer mit seinem Widerspruch einen stets zumutbaren Arbeitsplatz im Konzern aus, weshalb die Einigungsstelle solchen Arbeitnehmern keine Abfindung zuerkennen darf<sup>93</sup>. Als die Zumutbarkeit ausschließender triftiger Grund für einen Widerspruch gegen den Arbeitgeberwechsel kommt mithin nur eine nachvollziehbare persönliche Animosität des Arbeitnehmers gegen den neuen Arbeitgeber in Betracht, etwa wenn er früher schon bei diesem beschäftigt war und im Streit ausgeschieden ist. In diesem Fall ist der Widerspruch zwar nachvollziehbarer Ausdruck der negativen Vertragsfreiheit, was im Rahmen der Sozialauswahl zu berücksichtigen ist<sup>94</sup>. Doch ist auch dann der Verlust des Arbeitsplatzes keine Folge der Betriebsänderung als kollektivem Tatbestand, sondern fußt auf der individuellen Situation des Arbeitnehmers. Sie begründet aber beim Betriebsübergang auch sonst keine Sozialplanpflicht.

Das heißt: Der Betriebsrat kann zwar Verhandlungen über einen Sozialplan verlangen und auch eine Einigungsstelle berufen. Für die bloße Betriebsspaltung mit Teilbetriebsübergang ohne weitere Betriebsänderungen kann das Ergebnis aber nur ein **Sozialplan Null** sein, der feststellt, daß den Arbeitnehmern keine Nachteile entstehen und sie deshalb keine Abfindungen erhalten.

## b) Kompensation durch den gemeinsamen Betrieb

Entschließen die an der Spaltung beteiligten Unternehmen, die bisherige betriebliche Struktur durch den gemeinsamen Betrieb aufrechtzuerhalten, so ändert sich der Betrieb nicht. Trotz des Betriebsteilübergangs und der Arbeitsverhältnisse scheidet jede Mitbestimmung nach §§ 111 f BetrVG aus<sup>95</sup>. Auch das BAG hat bereits erkennen lassen, daß es an einer Betriebsänderung

92 v. 5. 2. 1997 (Fn. 90) unter II 2.

93 Dazu, daß sich die Ermessensrichtlinie zu einem Abfindungsverbot verdichtet (Folge: Ermessenskontrolle nach § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG) BAG v. 28. 9. 1988, EzA § 112 BetrVG 1972 Nr. 49 = AP Nr. 47 zu § 112 BetrVG 1972 mit Anmerkung LÖWISCH. Dementsprechend hat das BAG in der Entscheidung vom 5. 2. 1997 (Fn. 90) den auf die Ablehnung eines zumutbaren anderen Arbeitsplatzes bezogenen Abfindungsausschluß im Sozialplan im Wege der Auslegung auf die Ablehnung des bisherigen Arbeitsplatzes durch Widerspruch erstreckt.

94 Näher Fn. 101.

95 FITTING/KAISER/HEITHER/ENGELS BetrVG, 18. Aufl. 1996, § 111 Rdnr. 46; A. JUNKER (Fn. 40) S. 119. HEINZE (Fn. 5) ZfA 1997, 1, 11. Merkwürdigerweise wird diese Frage in der umwandlungsrechtlichen Literatur nicht gesehen.

durch Betriebsspaltung fehlt, wenn der Betrieb als gemeinsamer fortgeführt wird<sup>96</sup>. Das nimmt den beteiligten Unternehmen die Verhandlungslast und macht die Spaltung einfacher.

#### IV. Kündigungsschutzrechtliche Folgen des Gemeinschaftsbetriebes

##### 1. Betriebsspaltung und Erhalt der kündigungsrechtlichen Stellung nach § 323 Abs. 1 UmwG

§ 323 Abs. 1 UmwG will die Arbeitnehmer davor bewahren, daß sich ihre »kündigungsrechtliche Stellung« durch die Betriebsspaltung verschlechtert und garantiert den Besitzstand für zwei Jahre. Die Vorschrift schützt in erster Linie vor dem Totalverlust des Kündigungsschutzes, wenn der im Zuge der Spaltung verselbständigte Betriebsteil als Kleinbetrieb aus dem Geltungsbereich des KSchG herausfällt<sup>97</sup>. Mit Blick auf den gemeinsamen Betrieb stellt sich die entscheidende Frage, ob zur kündigungsrechtlichen Stellung auch die unternehmensübergreifende Sozialauswahl bezogen auf den bisherigen Betrieb rechnet, wie manche meinen: Wenn der Arbeitnehmer vor der Betriebsspaltung nicht hätte betriebsbedingt entlassen werden dürfen, weil ein anderer vergleichbarer Arbeitnehmer sozial stärker war, so dürfe die Betriebsspaltung hieran nichts ändern, auch wenn jener andere Arbeitnehmer infolge der Spaltung jetzt einem anderen Unternehmen angehöre<sup>98</sup>. § 322 II UmwG hätte insofern nur die Funktion, die unternehmensübergreifende Sozialauswahl über den Zwei-Jahres-Zeitraum des § 323 1 UmwG hinaus zu garantieren.

Das ist aus mehreren Gründen falsch: Erstens ist die durch die (fiktive) **Sozialauswahl** im bisherigen Betrieb **keine Rechtsstellung** des Arbeitnehmers. Die Sozialauswahl vermittelt nur eine Verbleibechance, die reflexartig aus der jeweiligen Zusammensetzung der Belegschaft folgt. Diese kann sich auch ohne Umwandlung, insbesondere bei Betriebseinschränkungen oder klassischem Betriebsteilübergang ändern. Schon der Zugang eines einzigen Arbeitnehmers (aus einem anderen Betrieb desselben Unternehmens) kann die Verbleibechance des gekündigten Arbeitnehmers beeinträchtigen. Zudem würde § 323 Abs. 1 UmwG zu einer systemwidrigen **Verdoppelung der Sozialauswahl** führen: Zuerst muß der kündigungswillige Arbeitgeber in seinem jetzigen Betrieb (also dem ehemaligen Betriebsteil, der womöglich mit anderen Betrieben zusammengelegt worden ist) bezogen auf den Zeitpunkt der Kündigung die Sozialauswahl durchführen. Folgt aus ihr, daß dem betroffenen Ar-

96 BAG v. 10. 12. 1996 (Fn. 85) unter B II 1 b.

97 § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG: weniger als 10, 25 Arbeitnehmer (wobei die Übergangsvorschrift des Satzes 4 kumulativ mitzulesen ist). Das ist der Hauptzweck der Vorschrift LUTTER/JOOST (Fn. 3) § 323 Rdnr. 2, 10; BOECKEN (Fn. 5) Rdnr. 292 ff. Die weitere Frage, ob § 323 I auch den Massentlassungsschutz der §§ 17 ff. KSchG perpetuiert, ist zu verneinen, da es sich nicht um ein subjektives Recht des Arbeitnehmers handelt, sondern um ein Recht des Staates im Rahmen seiner beschränkten Arbeitsmarktbewirtschaftung; so auch BAUER/LINGEMANN (Fn. 28) NZA 1994, 1061; a. A. BOECKEN (Fn. 5) Rdnr. 275; unklar SCHAUB (Fn. 65) S. 110.

98 BACHNER Individualarbeits- und kollektivrechtliche Auswirkungen des neuen Umwandlungsgesetzes, NJW 1995, 2881, 2884; DÜWELL (Fn. 5) NZA 1996, 397; BOECKEN (Fn. 5) Rdnr. 275, 300 f.

beitnehmer gekündigt werden kann, ist eine zweite Sozialauswahl vorzunehmen und zwar bezogen auf den (bis zu zwei Jahre zurückliegenden) Zeitpunkt der Spaltung, auf den sich § 323 Abs. 1 bezieht. Es empföhe sich dringend, die damalige Zusammensetzung der Belegschaft nebst allen Sozialdaten zu dokumentieren. Denn der Betriebsrat müßte über die doppelte Sozialauswahl unterrichtet werden<sup>99</sup>. Schließlich scheitert die unternehmensübergreifende Sozialauswahl daran, daß die beteiligten Rechtsträger ohne Führungsvereinbarung nicht verpflichtet sind, Entlassungen zu koordinieren. Die an der Spaltung beteiligten Unternehmen haben keine rechtliche Handhabe, einander zur Abstimmung in der Sozialauswahl anzuhalten (oben II. I). Der Erhalt der kündigungsschutzrechtlichen Stellung mutierte so zum Kündigungsverbot. Der Arbeitgeber müßte einen Arbeitnehmer beschäftigen, für den er keine Verwendung hat. Insofern ist § 322 Abs. 2 UmwG die speziellere Vorschrift – auch schon vom Wortlaut her<sup>100</sup>.

## 2. Kündigungsschutzrechtliche Folgen des Gemeinsamen Betriebes

Entschließen sich die an der Spaltung beteiligten Unternehmen, den gespaltenen Betrieb auch im kündigungsschutzrechtlichen Sinne als gemeinsamen fortzuführen, so ist entsprechend den allgemeinen Grundsätzen die Größe des gesamten Betriebes für § 23 KSchG maßgeblich. Freilich folgt das schon aus § 323 Abs. 1 UmwG, so daß der gemeinsame Betrieb erst eine Rolle spielt, wenn die Zwei-Jahres-Frist abgelaufen ist. Entscheidende Folge bleibt die unternehmensübergreifende Sozialauswahl im gemeinsamen Betrieb. Nur aufgrund der Führungsvereinbarung kann der eine Arbeitgeber angehalten werden, seinem vergleichbaren, sozial stärkeren Arbeitnehmer zu kündigen, damit der sozial schwächere des anderen weiterbeschäftigt werden kann. Insofern bestätigt § 322 Abs. 2 UmwG die gewachsene BAG-Rechtsprechung.

Der gemeinsame Betrieb löst zudem ein Sonderproblem der betriebsbedingten Kündigung nach Widerspruch eines Arbeitnehmers. Hier will das BAG beim Betriebsübergang den widersprechenden Arbeitnehmer nur dann durch die Sozialauswahl beim abgehenden Arbeitgeber einbeziehen, wenn er für seinen Widerspruch einen sachlichen Grund hatte<sup>101</sup>. Der gemeinsame Betrieb im kündigungsschutzrechtlichen Sinne sorgt dafür, daß der widersprechende Arbeitnehmer so oder so an der Sozialauswahl im nunmehr gemeinsamen Betrieb teilnimmt, so daß der Arbeitgeber nicht mehr gehalten ist, den Grund für den Widerspruch zu ermitteln und seine Stichhaltigkeit zu bewerten.

<sup>99</sup> BAG v. 29. 3. 1984, EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 55 = AP Nr. 31 zu § 102 BetrVG 1972.

<sup>100</sup> Richtig LUTTER/JOOST (Fn. 3) § 323 Rdnr. 15; WILLEMSSEN (Fn. 50) NZA 1996, 799; HEINZE (Fn. 5) ZfA 1997, 13 f.

<sup>101</sup> BAG v. 7. 4. 1993, EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 30 = AP Nr. 22 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl = NZA 1993, 795, freilich dürfte die Entscheidung vom 5. 2. 1997 (Fn. 90) die Anforderungen an den Widerspruch erheblich verschärft haben: SCHLACHTER Die Rechtsstellung des widersprechenden Arbeitnehmers bei Betriebsübergang, NZA 1995, 705; LUNK, Widerspruch gegen Betriebsübergang und Sozialauswahl, NZA 1995, 711; INGELFINGER Widerspruch des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang und Sozialauswahl bei anschließender betriebsbedingter Kündigung ZfA 1997, 591, zu den Friktionen mit der Betriebsverfassung BAG v. 21. 3. 1996, EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 91 = AP Nr. 81 zu § 102 BetrVG 1972 = NZA 1996, 974.

## V. Vermutung und Beendigung des Gemeinsamen Betriebes

### 1. Die Vermutung des § 322 Abs. 1 UmwG und ihre Widerlegung

Der Gesetzgeber hat den Gemeinschaftsbetrieb – nur im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn – zur gesetzlichen Vermutung gemacht, § 322 Abs. 1 UmwG. Tatbestandlich setzt die Vermutung voraus, daß die betriebliche Organisation (im wesentlichen) unverändert bleibt<sup>102</sup>. § 322 Abs. 1 UmwG nimmt damit den zweigliedrigen Betriebsbegriff auf: Aus der unveränderten Arbeitsorganisation folgt der vermutete einheitliche Leitungsapparat. Der Verweis auf § 321 Abs. 1 Satz 1 meint nur die Betriebsspaltung, nicht aber die Einschränkungen des Übergangsmandats. Dementsprechend können die an der Spaltung beteiligten Unternehmen die **Vermutung tatbestandlich hindern**, indem sie die betriebliche Organisation verändern, etwa abgespaltene Betriebsteile mit anderen Betrieben zusammenlegen.

Vor allem aber können die beteiligten Unternehmen die **Vermutung widerlegen**. Dieses Widerlegungsrecht kommt nicht etwa nur dem aufnehmenden Rechtsträger zu<sup>103</sup>, sondern auch dem übertragenden Alt-Arbeitgeber. Die Folgen des gemeinsamen Betriebes greifen in seine unternehmerische Organisationsfreiheit und seine negative Vertrags- und Vereinigungsfreiheit ebenso ein. Hiergegen muß er sich zur Wehr setzen können: Die Vermutung muß notwendig nicht nur im Verhältnis der Unternehmen zu den Arbeitnehmern und dem Betriebsrat greifen, sondern auch im Verhältnis der beteiligten Unternehmen untereinander: Denn die gemeinschaftliche Mitbestimmungsverantwortung gegenüber dem Betriebsrat funktioniert nur, wenn ein jedes Unternehmen von den anderen Unternehmen die Abstimmung in diesen Fragen verlangen kann. Vermutet wird also eine BGB-Gesellschaft mit gemeinschaftlicher Geschäftsführung nach § 709 BGB.

Die Vermutung ist leicht zu widerlegen: Die Unternehmen müssen dartun, daß sie keine Führungsvereinbarung geschlossen haben, sondern daß ein jedes Unternehmen seinen Betriebsteil nunmehr selbständig und ohne Absprache mit den anderen Spaltungsbeteiligten führt. Dazu genügt es freilich nicht, daß die Beteiligten eine »negative Führungsvereinbarung« vorlegen, aus der sich ergibt, daß sie von einem Gemeinschaftsbetrieb Abstand nehmen. Die Betriebsspaltung verlangt – wenn kein gemeinsamer Betrieb gewollt ist – ohnehin eine Umstellung des Leitungsapparats. Die bisherige Betriebsführung durch den übertragenden Alt-Arbeitgeber muß so umgestellt werden, daß für jeden Betriebsteil eine eigenständige Leitung installiert wird. Die an der Spaltung beteiligten Unternehmen müssen also nachweisen, daß sie diese Aufteilung der bisher einheitlichen Leitung vollzogen haben. Insofern kann keine Rede davon sein, daß die Vermutung nur schwer zu widerlegen sei<sup>104</sup>. Prozessual kann das durch negative Statusfeststellung analog § 18 Abs. 2 ArbGG geschehen<sup>105</sup>. Zu diesem Antrag ist jeder beteiligte Arbeitgeber be-

102 LUTTER/JOOST (Fn. 3) § 322 Rdnr. 2 ff.

103 So aber HEINZE (Fn. 5) ZfA 1997, 11.

104 So aber BAUER/LINGEMANN (Fn. 28) NZA 1994, 1060.

105 Dazu schon Fn. 24.

rechtigt; er ist gegen den alten Betriebsrat zu richten, dessen fortbestehendes Vollmandat (kraft gemeinsamen Betriebes) bestritten wird. Die anderen Unternehmen sind notwendige Beteiligte, damit der Beschluß ihnen gegenüber rechtskräftig werden kann.

Selbst wenn aber die beteiligten Unternehmen einen gemeinsamen Betrieb wollen, müssen sie beachten, daß § 322 Abs. 1 UmwG den gemeinsamen Betrieb umfassend vermutet, also bezogen auf alle mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten. Wollen die beteiligten Unternehmen die umfassende Abstimmungspflicht nicht, sondern den gemeinsamen Betrieb nur bezogen auf bestimmte Aspekte der Betriebsführung, so müssen sie zu einer **Teilwiderlegung** gelangen. Praktisch wird das insbesondere für den Entgeltbereich, der regelmäßig keiner Abstimmung unterliegen soll – schon weil die beteiligten Unternehmen womöglich unterschiedlichen Tarifbindungen unterliegen<sup>106</sup>. Insofern ist dringend zu empfehlen, eine schriftliche Führungsvereinbarung abzuschließen, die das Feld der gemeinschaftlichen Betriebsführung eindeutig definiert. Darin kann insbesondere festgehalten werden, daß die Unternehmen keine Abstimmung bei Kündigungen wollen, so daß ein Gemeinschaftsbetrieb im kündigungsschutzrechtlichen Sinn (der ohnehin nicht vermutet wird) ausscheidet.

## 2. Beendigung der Führungsvereinbarung

Nehmen die an der Spaltung beteiligten Unternehmen den gemeinsamen Betrieb zunächst hin, können sie ihn gleichwohl zu einem späteren Zeitpunkt auflösen, indem sie die (vermutete oder ausdrückliche) Führungsvereinbarung aufheben oder kündigen (gemäß den Kündigungsregeln der ausdrücklichen Führungsvereinbarung, sonst nach § 723 BGB). Dieser *actus contrarius* hat einschneidende Folgen. Denn jetzt wird die durch den gemeinsamen Betrieb kompensierte Betriebsspaltung vollzogen. Das Amt des einheitlichen Betriebsrats endet; für alle jetzt auch betriebsverfassungsrechtlich selbständigen Einheiten sind neue Betriebsräte zu wählen. Dem Betriebsrat kommt kein Übergangsmandat nach dem BetrVG zu; insofern stellt sich jetzt die Frage nach der umfassenden Analogie zu § 321 UmwG (III. 1. b) erneut. Ihr läßt sich aus dem Weg gehen, indem die Auflösung exakt auf den Amtsantritt der neu gewählten Betriebsräte terminiert wird. Die Auflösung des gemeinsamen Betriebes ist Betriebsspaltung im Sinne von § 111 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BetrVG, so daß der Betriebsrat jetzt Verhandlungen über Interessenausgleich und Sozialplan fordern kann (III. 3. a). Erstreckte sich die Führungsvereinbarung auf die Sozialauswahl, so endet mit ihrer Beendigung die Pflicht zur unternehmensübergreifenden Sozialauswahl<sup>107</sup>.

106 Dazu, daß es auf die individuelle Tarifbindung der einzelnen Arbeitgeber ankommt, LÖWISCH/RIEBLE (Fn. 66) § 3 Rdnr. 65; DAUBLER (Fn. 17) S. 33; ArbG Celle v. 1. 8. 1995, DB 1996, 738.

107 BAG v. 13. 9. 1995, EzA § 1 KSchG Nr. 48 = AP Nr. 72 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

## **VI. Ergebnis**

Der gemeinsame Betrieb nach § 322 UmwG hat entgegen dem ersten Anschein nicht nur arbeitnehmerschützenden Charakter. Daß die (vermutete oder ausdrückliche) Führungsvereinbarung die bisherige betriebliche Organisation aufrechterhält und die Betriebsspaltung kompensiert, liegt ebenso im Arbeitgeberinteresse der an der Spaltung beteiligten Unternehmen. Sie vermeiden die betriebsverfassungsrechtlichen Nachteile einer Betriebsspaltung (keine Neuwahl des Betriebsrats, kein Übergangsmandat, kollektive Fortgeltung der Betriebsvereinbarungen, keine Mitbestimmung nach § 111 Satz 2 Nr. 3 BetrVG, einschließlich der rechtlich überaus streitigen Einzelfragen) und können sich so auf die primären Ziele der Unternehmensspaltung konzentrieren. Die an der Spaltung beteiligten Rechtsträger brauchen dabei die unternehmensübergreifende einheitliche Sozialauswahl im gemeinsamen Betrieb nicht in Kauf zu nehmen, weil der Gemeinschaftsbetrieb in betriebsverfassungsrechtlichen Sinn nicht notwendig auch ein solcher im kündigungsschutzrechtlichen Sinne ist.

In der Entscheidung über die Führung des gemeinsamen Betriebes sind die Unternehmen frei. Sie können die Vermutung des § 322 Abs. 1 UmwG widerlegen oder die Führungsvereinbarung später beenden. Damit holen sie die Betriebsspaltung nach und müssen sich jetzt den betriebsverfassungsrechtlichen Folgen stellen – zu einem selbst gewählten und von der Unternehmensspaltung abgekoppelten Zeitpunkt.