

3. Entwicklungschancen durch Qualifizierungsteilhabe

Entscheidend für den Marktzutritt zu gutbezahlter Arbeit ist die Aus- und Weiterbildung¹¹⁰. Für Frauen geht es darum, in der schwierigen Familienphase Zugang zur Qualifizierung zu erhalten – was umgekehrt für den Arbeitgeber vor allem im Rahmen der Teilzeit wirtschaftlich plausibel bleiben muss. Andernfalls erschweren nachteilige Kostenanreize den Zugang zur Weiterbildung. Hier sind etwa die Tarifparteien gefordert, durch gemeinsame Einrichtungen für den einzelnen Arbeitgeber Kostenneutralität zu erreichen. Oder die Qualifizierung wird als geldwerte Leistung gesehen, weswegen Teilzeitbeschäftigte einen kompensierenden Eigenanteil zu tragen haben. Schließlich lässt sich an Zuschüsse der Bundesagentur denken.

4. Allgemeiner Mindestlohn zum Schutz vor diskriminierender Ausbeutung

Ein allgemeiner Mindestlohn¹¹¹ „für jedermann und alle Berufe“ schützt Frauen vor Ausbeutungsmissbrauch und beendet die Diskriminierungswirkung der sektoralen Allgemeinverbindlicherklärung¹¹². Zugleich ist ein solcher antidiskriminierender Mindestlohn die gegenüber der Tarifautonomie durchaus erträgliche Alternative zur Gleichwertigkeitskorrektur. Die Tarifautonomie des Art. 9 Abs. 3 GG darf nur nicht „ausgetrocknet“ werden, weswegen ein solcher Mindestlohn keine flächendeckende Regulierungskraft erlangen, sondern nur einen beschränkten Anteil aller Beschäftigten erreichen darf.

5. Mittelfristig: Veränderung der männlichen Arbeitswelt

Dass die Arbeitswelt derart „entgeltfixiert“ ist, ist bereits Ausdruck eines eher männlichen Wertstrebens. Eine aktuelle Studie zeigt, dass Frauen andere Entgeltwertigkeitsvorstellungen haben als Männer und subjektiv deutlich geringere Gerechtigkeitsanforderungen an ihr Entgelt haben. Also: Die subjektiven Gerechtigkeitsvorstellungen von Frauen tragen Entgeltunterschiede¹¹³. Dieses ist – wie die Diskussion um überzogene Vorstandsvergütungen und Fehlanreize variabler Vergütungen zeigt – durchaus korrekturbedürftig.

Dass die Entgeltgleichstellung diese männliche Sicht auf Frauen überträgt, ist ein Fehler. Frauen haben eigene Präferenzen für ihre Arbeitsbedingungen, bei denen das Entgelt ganz offenbar nicht an erster Stelle steht. Sicherheit, soziale Kontakte, überschaubare kleinere Einheiten, Arbeitszufriedenheit, bessere Balance von Beruf und Freizeit (nicht nur, aber besonders Familie) sind achtenswerte Präferenzen. Dass es sich insofern im Sinne der „gender-Lehre“ um soziale Rollenkonstruktion handelte, das wäre erst zu beweisen.

Freiheit im eigenen Erwerbsverhalten bedeutet auch die Freiheit zum Unterschied, zur Individualität. Anstelle einer kollektiven Vergütungsgleichstellung sollte die individuelle Freiheit stehen. Sie hat den Nachteil, weniger Arbeitsplätze für Gender-Beauftragte und -Experten zu schaffen. Dafür nützt sie der einzelnen Frau.

Gesellschaftspolitische Förderungsbemühungen von Kinderbetreuungsmöglichkeiten bis zur Förderung der Erfüllung von Väternpflichten¹¹⁴ sind im Kern kein arbeitsrechtliches Thema. Man darf die Frauen im Arbeitsrecht nicht zu „Opfern“ stilisieren, die sie nicht sind und nicht sein wollen.

Die *diversity*-Diskussion belegt, dass die Unternehmen durchaus bereit sind, diese Vorteile zu sehen und sich der Verschiedenheit zu öffnen. Der Weg in eine diskriminierungsfreiere Arbeitsumwelt zielt auf mehr Frauen in Führungspositionen¹¹⁵. Das nämlich führte dazu, dass auf der Arbeitgeberseite keine männliche Wert- und Entgeltdominanz entscheidet, sondern eine plurale Sicht. Der anstehende Fach- und Führungskräfte-mangel ist eine gute Gelegenheit, dieses Defizit zu beheben¹¹⁶. Die Möglichkeit, dass Frauen sich aufgrund ihrer Präferenzen weniger stark am beruflichen Aufstieg in solche

Positionen orientieren, dürfen wir als theoretisch abtun. Selbst wenn es eine solche Präferenz in der Breite gäbe, blieben hinreichend viele „Spitzenfrauen“, die führen wollen¹¹⁷.

110) Zu beruflicher Qualifizierung und Einstellung der Arbeitgeber Schmidt/Diekmann/Schäfer (Fn. 22), S. 67; zur Weiterbildung als betrieblicher Frauenförderungsmaßnahme Hohmann-Dennhardt, WSI-Mitteilungen 4/2010, S. 214, 215 f.

111) Dagegen etwa Müller/Steiner, dw-Wochenbericht Nr. 30/2008, www.dw-berlin.de/documents/publikationen/73/dw_01.c.87.680.de/08-30-1.pdf; dafür dem Internetauftritt www.mindestlohn.de; aus rechtswissenschaftlicher Perspektive Waltermann, NJW 2010, 801; Bayreuther, NJW 2007, 2022; Willemsen/Sagan, NZA 2008, 1216, Hensler/Sittard, RdA 2007, 159.

112) Krusch gegenüber dem Mindestlohn als Antidiskriminierungsmittel das iW Köln (Fn. 96)

113) Zur aktuellen DIW-Studie: Hinz/Luebig, Bericht zur Studie Einkommensgerechtigkeit in Deutschland, 2010. Liebig/Valet/Schupp (Fn. 109) und Sauer/Luebig/Ausgang/Hinz/Donathauer/Schupp, A factorial survey on the Justice of Earnings within the SOEP-Pretest, 2008, unter www.dw.de/documents/publikationen/73/dw_01.c.344531.de/dw_sp0_238.pdf

114) Dazu BDA (Fn. 23) mit Ansatzpunkten u. a. im Steuerrecht und beim Elterngeld.

115) Zu dieser Diskussion Handelsblatt v. 14. 6. 2010 „Wirtschaft muss weiblich werden“, S. 1, 4-7; FAZ v. 23. 3. 2010, Große Lohnlücke zwischen Frauen und Männern, unter www.faz.net/s/Rub8EC3C0841F934F3ABA0703761B67E9FA/Doc~E811977DEF54847869277ECDDBADF6157~ATpl~Ecomcommon~Scontent.html und vom 28. 1. 2010, Männer dominieren weiterhin die Chefetagen, unter www.faz.net/s/RubC43EEA6BF57E4A09925C11802785495A/Doc~E42305D1765654BAC9CB94D8DCAD11B9~ATpl~Ecomcommon~Scontent.html; Hohmann-Dennhardt, WSI-Mitteilungen 4/2010, S. 214, 216; zum geringen Frauenanteil in Führungspositionen vgl. Wenmann (Fn. 10), S. 36 f.; Schmidt/Diekmann/Schäfer (Fn. 22), S. 63; zum Frauenanteil in Vorständen und Aufsichtsräten Holst/Wiemer, dw Wochenbericht 4/2010, 2 ff. unter www.dw.de/documents/publikationen/73/dw_01.c.346400.de/10-4.pdf

116) BDA kompakt, Fachkräftesicherung, Januar 2010, unter www.bda-online.de/www/arbeitgeber.nsf/res/B45D11AAC1BFC2E0C12574F20030F107/file/Fachkräftesicherung.pdf; EU-Kommission, Policy Briefs, Mit Gleichstellungsstrategien gegen Fachkräftemangel und Qualifikationslücken, unter http://ec.europa.eu/employment_social/equal/policy-briefs/etg4-tackling-gender-gaps_de.cfm; Köster-Brons, Grußwort zum equal pay day am 25. 3. 2010 in Berlin, unter www.equalpayday.de/fileadmin/Download_ganzaktuell/PK_Statement_VdU_final_Logo1.pdf

117) Zur Vorbildfunktion in Führungspositionen Oberwittler, Vom Vorbild befügelt, FAZ v. 16. 4. 2009, www.faz.net/s/RubC43EEA6BF57E4A09925C11D802785495A/Doc~EBE8B55CBC9D84DF7920A3F0154AA4104~ATpl~Ecomcommon~Scontent.html; zur „gläsernen Decke“ Wippmann, Sinus Sociovision, Frauen in Führungspositionen - Barrieren und Brücken, BMFSFJ, 2010, S. 17 ff., im Netz unter www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Broschuerenstelle/Pdf-Anlagen/frauen-in-f_C3_BChrungspositionen-deutsch.property=pdf

Wolfgang Trittin und Andreas Gilles, LL. M., Rechtsanwälte, Frankfurt a. M.*

Mitbestimmungsbeibehaltung nach Umstrukturierung

Mitbestimmter Aufsichtsrat nach Einzelrechtsübertragungen im faktischen Konzern

I. Einleitung

In der arbeitsrechtlichen Beratungspraxis stellt sich immer wieder die Frage, wann im Zusammenhang mit der Umstrukturierung eines Unternehmens die Mitbestimmungs-Beibehaltungsregelung des § 325 Abs. 1 UmwG eingreift, insbesondere ob diese nicht auch in den Fällen gelten muss, in denen die Zahl der Arbeitnehmer durch Einzelrechtsübertragungen au-

* Die Autoren sind Rechtsanwälte der Kanzlei Trittin Rechtsanwälte, Frankfurt a. M.

Berhalb der Umwandlungsvorschriften reduziert wird. Diese Frage ist zu bejahen. Auch die in diesem Zusammenhang häufig gestellte weitere Frage, ob für den Fall, dass sich eine Anwendung des § 325 Abs. 1 UmwG nicht durchsetzen lässt, ggf. ein Verlust der Mitbestimmung nach dem MitbestG wenigstens durch die Verpflichtung, einen mitbestimmten Aufsichtsrat nach dem DrittelbG zu bilden, abgemildert wird, ist in der Praxis sehr oft mit einem „Ja“ zu beantworten. Die insoweit regelmäßig maßgebende Zurechnungsnorm des § 2 Abs. 2 DrittelbG ist insbesondere auch auf den faktischen Konzern anwendbar.

II. Typische Ausgangssituation

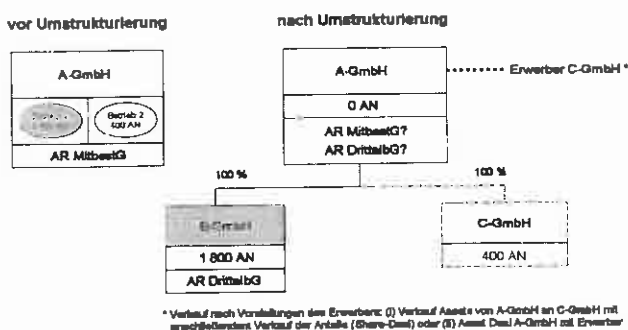
Häufig stellt sich die Konstellation wie folgt dar:

Ein Unternehmer, die A-GmbH, richtet sein Geschäft strategisch neu aus und gliedert dazu den Betrieb 1 mit 1800 Arbeitnehmern und den Betrieb 2 mit 400 Arbeitnehmern im Wege von Einzelrechtsübertragungen aus. Was den Betrieb 1 anbelangt, werden die Assets von der A-GmbH an die neu gegründete B-GmbH verkauft. Die im Betrieb 1 tätigen Arbeitnehmer gehen gemäß § 613a BGB im Rahmen eines Betriebsübergangs auf die B-GmbH über. Was den Betrieb 2 anbelangt, werden entweder die Assets von der A-GmbH an die neu gegründete C-GmbH verkauft – die im Betrieb 2 tätigen Arbeitnehmer gehen ebenfalls gemäß § 613a BGB im Rahmen eines Betriebsübergangs auf die C-GmbH über – mit anschließendem Verkauf der Geschäftsanteile an einen Erwerber oder die Assets von der A-GmbH werden direkt an den Erwerber verkauft, verbunden mit einem Betriebsübergang der im Betrieb 2 tätigen Arbeitnehmer gemäß § 613a BGB auf den Erwerber.

Nach erfolgter Umstrukturierung ist die A-GmbH arbeitnehmerlos, fungiert aber weiterhin als geschäftsleitende Holdinggesellschaft, etwa einer Division innerhalb eines mehrstufigen Konzernverbunds. 1800 Arbeitnehmer sind dann in der B-GmbH beschäftigt. 400 Arbeitnehmer werden, je nach vereinbarter Transaktionsform (*Share Deal* oder *Asset Deal*):

- bei der C-GmbH beschäftigt sein, deren Anteilsinhaber(in) aber nicht mehr die A-GmbH, sondern der Erwerber ist (*Share Deal*) oder
- beim Erwerber selbst beschäftigt sein (*Asset Deal*).

Folgendes Schaubild verdeutlicht die Situation:



Vor der Umstrukturierung war die A-GmbH nach § 1 Abs. 1 MitbestG verpflichtet, einen nach dem MitbestG zusammengesetzten Aufsichtsrat zu bilden, da sie in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigte.

Unstreitig ist insoweit nach erfolgter Umstrukturierung, dass bei der B-GmbH ein drittelparitätisch mitbestimmter Aufsichtsrat nach § 1 Abs. 1 Nr. 3, § 4 Abs. 1 DrittelbG zu bilden ist. Fraglich bleibt aber, ob die A-GmbH auch weiterhin verpflichtet ist, einen nach dem MitbestG zusammengesetzten Aufsichtsrat zu bilden.

Nach erfolgter Umstrukturierung ergibt sich eine derartige Pflicht zur Bildung eines nach dem MitbestG zusammengesetz-

ten Aufsichtsrats nicht mehr unmittelbar aus § 1 Abs. 1 MitbestG, da die A-GmbH nun nicht länger mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigt. Die Verpflichtung der A-GmbH könnte sich allenfalls aus § 1 Abs. 1 MitbestG in Verbindung mit der Zurechnungsnorm des § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG ergeben – im mehrstufigen Konzern ggf. nach den Grundsätzen des sog. Konzerns im Konzern¹. Ein Konzern im Konzern würde insbesondere dann nahe liegen, wenn Leitungsfunktionen an verschiedene Konzerntöchter übertragen wurden und die Konzernspitze sich auf eine Holdingfunktion beschränkt, was in der Praxis vor allem bei Großkonzernen auf Grund einer Spartenrennung (sog. Divisionalkonzern) anzutreffen ist². In der Praxis wie auch in der hier zugrunde gelegten Konstellation wird der erforderliche Schwellenwert jedoch regelmäßig nicht überschritten. Hier würde die C-GmbH mit den 400 auf sie nach § 613a BGB übergehenden Arbeitnehmern entweder nicht mehr abhängiges Unternehmen der A-GmbH als herrschendem Unternehmen sein oder die 400 Arbeitnehmer würden nach § 613a BGB direkt auf den Erwerber übergehen, so dass ebenfalls nur die 1800 auf die B-GmbH nach § 613a BGB übergegangenen Arbeitnehmer für eine Konzernzurechnung nach §§ 1 Abs. 1, 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG Berücksichtigung finden könnten.

III. Mitbestimmungsbeibehaltung nach § 325 Abs. 1 UmwG analog

1. Grundsätzliche Ausführungen zu § 325 Abs. 1 UmwG

Hiernach wäre ein vollparitätisch besetzter Aufsichtsrat mangels Überschreitens des erforderlichen Schwellenwertes von in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmern nicht mehr zu errichten.

Zu bedenken ist aber, dass für Fälle des Mitbestimmungsverlusts bei Umstrukturierungen der Schutz der Mitbestimmungs-Beibehaltungsregelung des § 325 Abs. 1 UmwG greift.

Dies gilt ganz eindeutig für Fälle des Mitbestimmungsverlustes bei Umstrukturierungen durch Abspaltung und Ausgliederung im Sinne des § 123 Abs. 2 bzw. Abs. 3 UmwG. Gemäß § 325 Abs. 1 UmwG finden die vor der Spaltung geltenden Vorschriften noch für einen Zeitraum von fünf Jahren nach dem Wirksamwerden der Abspaltung oder Ausgliederung Anwendung, wenn „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“ entfallen. 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.

¹ Vgl. aus der Rspr. OLG Düsseldorf v. 30. 1. 1979 – 19 W 17/78, DB 1979, 699 (Herberts GmbH); LG Koblenz v. 21. 1. 1983 – 1 O 379/81, Die Mitbestimmung 1983, 187; OLG Zweibrücken v. 9. 11. 1983 – 3 W 25/83, DB 1984, 107 (Streif AG); LG Nürnberg-Fürth v. 10. 11. 1983 – 4 O 3900/83, DB 1983, 2675 (Energieversorgung Oberfranken AG); LG Frankfurt v. 19. 12. 1985 – 2/6 AktE 1/85, ZIP 1986, 573; OLG Frankfurt v. 10. 11. 1986 – 20 W 27/86, DB 1986, 2658 (VDM AG), LG Dortmund v. 15. 7. 1987 – 8 AktE 1 + 2/86, n.v. (Krupp-Handel GmbH); LG München I v. 25. 9. 1995 – 21 O 21 794/93, AG 1996, 186 (Lech-Elektrizitätswerke AG); LG Nürnberg-Fürth v. 22. 11. 2007 – 1 HK O 6803/06, n.v.; OLG München v. 19. 11. 2008 – 31 Wx 099/07, DB 2008, 2827 (Edeka GmbH) sowie aus der Lit. u. a. Koberski, in: Wlotzke/Wissmann/Koberski/Kleinsorge, 3. Aufl. 2008, § 5 Rn. 30 ff.; Raiser, in: Raiser/Veil, 5. Aufl. 2009, § 5 Rn. 22 ff.; Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Hensler, 2. Aufl. 2006, § 5 MitbestG, Rn. 35 ff.

² Bayer, in: MünchKomm zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, § 18 Rn. 40.

2. Entsprechende Anwendung des § 325 Abs. 1 UmwG auf andere Fälle des Mitbestimmungsverlusts bei Umstrukturierungen

Fraglich ist aber häufig, ob § 325 Abs. 1 UmwG über die Abspaltung und Ausgliederung im Sinne des § 123 Abs. 2 bzw. Abs. 3 UmwG hinaus auch andere Fälle eines Mitbestimmungsverlusts bei Umstrukturierungen, insbesondere die Fälle der sog. Quasi-Spaltung durch Einzelrechtsübertragungen auf andere Rechtsträger, erfasst.

Teilweise wird vertreten, dass die auf fünf Jahre zeitlich befristete Mitbestimmungsbeibehaltung auf Fälle der Quasi-Spaltung durch Einzelrechtsübertragungen nicht anwendbar sei³.

Schon eine analoge Anwendung des § 325 Abs. 1 UmwG auf andere Umwandlungsformen scheidet angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift aus⁴. Vor diesem Hintergrund sei § 325 Abs. 1 UmwG insbesondere erst recht nicht analog anwendbar, wenn die Zahl der Arbeitnehmer infolge einer rechtsgeschäftlichen Übertragung einzelner Betriebe oder Betriebsteile außerhalb der Umwandlungsvorschriften reduziert werde⁵.

Mit überzeugenden Argumenten ist eine Anwendbarkeit des § 325 Abs. 1 UmwG jedoch auf andere Fälle des Mitbestimmungsverlusts bei Umstrukturierungen, insbesondere auch auf die Fälle der sog. Quasi-Spaltung durch Einzelrechtsübertragungen auf einen anderen Rechtsträger, zu bejahen. Auch in der Praxis wird die Unternehmensmitbestimmung regelmäßig für den entsprechenden Zeitraum von fünf Jahren garantiert.

Bei den im Gesetz aufgeführten Spaltungsformen bleibt der alte Rechtsträger erhalten. Für diese Fälle hat der Gesetzgeber eine Mitbestimmungssicherung geschaffen. So kann der Fall aber ebenso bei anderen Umwandlungsvorgängen und insbesondere auch dem Fall einer Quasi-Spaltung durch Einzelrechtsübertragungen liegen. Auch bei anderen Umwandlungsbzw. Umstrukturierungsvorgängen bleibt der Rechtsträger in aller Regel erhalten.

Insbesondere aber können insoweit auch die mitbestimmungsrechtlichen Folgen der Umstrukturierung identisch sein. Durch eine Umstrukturierung kann ein Verlust der Mitbestimmung eintreten, der zum Schutz der Arbeitnehmer und ihrer Interessen zumindest zeitlich befristet suspendiert werden muss. Es wäre insoweit sachlich nicht zu rechtfertigen, wirtschaftlich vergleichbare Sachverhalte im Hinblick auf die mitbestimmungsrechtlichen Folgen unterschiedlich zu behandeln und einzelnen Umstrukturierungsvorhaben den Schutz einer Mitbestimmungsbeibehaltung zu Teil werden zu lassen und anderen nicht.

Gerade angesichts der Gefahr eines Verlusts von Mitbestimmung im Unternehmen auch bei anderen Umwandlungsbzw. Umstrukturierungsvorgängen besteht deshalb für die gesetzlich geregelten und die nicht geregelten Umwandlungs- und Umstrukturierungsvorgänge sowohl die eine Analogie kennzeichnende Vergleichbarkeit der Interessenlage als auch die Erforderlichkeit einer Gleichbehandlung.

Für die Richtigkeit dieses Ergebnisses spricht vor allem auch ein Vergleich mit der früheren Rechtslage zum Übergangsmandat des Betriebsrats aus Anlass gesellschaftsrechtlicher Umwandlungen nach § 321 UmwG a. F.⁶

Das BAG hatte ursprünglich in einem Fall der Übertragung eines Betriebsteils auf einen anderen Inhaber, der ihn als selbständigen Betrieb fortgeführt hatte, die Zuständigkeit des Betriebsrats des abgebenden Betriebs für den abgetrennten Betriebsteil und die in ihm beschäftigten Arbeitnehmer verneint, weil das Betriebsratsmandat an die Identität des Betriebs gebunden sei und nicht auf einen anderen Betrieb ausgedehnt werden könne⁷. Ein Übergangsmandat hatte es gar nicht geprüft und ein Restmandat des Betriebsrats des abgebenden Betriebes zur Wahrnehmung von Betriebsratsaufgaben gegenüber dem neuen Inhaber ebenso abgelehnt wie eine analoge Anwendung des § 22 BetrVG.

Diese Rechtsprechung war in der Folge vor allem nach Inkrafttreten zahlreicher Bestimmungen, wie insbesondere der Bestimmung des § 321 UmwG a. F., die Regelungen über die – begrenzte – Fortdauer der Amtszeit des Betriebsrats trafen, heftig kritisiert worden, da sie die von einer Umstrukturierung betroffenen Arbeitnehmer außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Vorschriften schutzlos stellte sowie den Grundsatz der Kontinuität der Arbeitnehmervertretung verkannte⁸. Dies galt vor allem in Fällen des sog. *Outsourings*, wenn frühere Betriebsteile nach § 613 a BGB auf einen Erwerber übertragen wurden, der sie als eigenen Betrieb fortführte oder mit einem anderen Betrieb zusammenlegte. Zuletzt hatte die herrschende Meinung deshalb entweder eine Analogie zu § 321 UmwG a. F. oder eine Gesamtanalogie zu den einzelnen Vorschriften, die Regelungen über die – begrenzte – Fortdauer der Amtszeit des Betriebsrats trafen, angenommen⁹.

Dieser Auffassung hat sich dann auch das BAG angeschlossen, obgleich begrenzt auf drei Monate¹⁰. Insofern knüpft die heutige Vorschrift des § 21 a BetrVG nicht nur an bestehende Regelungen, sondern auch an die Rechtsprechung an, die das Übergangsmandat des Betriebsrats auch außerhalb des Umwandlungsgesetzes grundsätzlich anerkannt hatte.

Da aber Unternehmensmitbestimmung und Betriebsverfassung als einander ergänzende Subsysteme der Arbeitnehmerbeteiligung übereinstimmend dem Ausgleich unterschiedlicher Interessen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern dienen, kann für die Beibehaltung der Mitbestimmung auf Unternehmensebene nach § 325 Abs. 1 UmwG insoweit nichts anderes gelten.

IV. Drittelbeteiligung im faktischen Konzern

Im Übrigen wäre, sollte der Auffassung, wonach § 325 Abs. 1 UmwG auch andere Fälle des Mitbestimmungsverlustes, wie insbesondere Fälle der Quasi-Spaltung durch Einzelrechtsübertragungen, erfasst, keine Folge geleistet werden, folgendes zu berücksichtigen:

Wenn die Vorschriften des MitbestG keine Anwendung mehr finden würden, bliebe letztlich die Frage, ob bei der A-GmbH zumindest ein drittelparitätisch besetzter Aufsichtsrat nach dem DrittelbG errichtet werden müsste.

Da die A-GmbH insoweit nicht mehr dem MitbestG unterliegen würde, wären die Vorschriften des DrittelbG grundsätzlich anwendbar, § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 DrittelbG bzw. § 1 Abs. 3 MitbestG. Die A-GmbH würde jedoch selbst in der Regel nicht mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen, so dass sich eine Pflicht zur Bildung eines nach dem DrittelbG zusammengesetzten Aufsichtsrats nicht unmittelbar aus § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG ergeben würde.

Fraglich bliebe aber, ob sich die Anwendung des DrittelbG auf Ebene der A-GmbH aus § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG i. V. m. § 2 Abs. 2 DrittelbG ergeben könnte.

Nach § 2 Abs. 2 DrittelbG gelten die Arbeitnehmer eines Konzernunternehmens als solche des herrschenden Unternehmens, wenn zwischen den Unternehmen ein Beherrschungsvertrag besteht oder das abhängige Unternehmen in das herrschende Unternehmen eingegliedert ist. Ob diese Vorausset-

3) Vgl. Mengel, *Umwandlungen im Arbeitsrecht*, 1997, S. 454; Seibt, in: Willemsen/Hohenstatt/Schwerbert/Seibt, 3. Aufl. 2008, F Rn. 118.

4) Vgl. Simon, in: Semler/Stengel, 2. Aufl. 2007, § 325 Rn. 3.

5) Vgl. Simon, in: Semler/Stengel (Fn. 4), § 325 Rn. 3.

6) Vgl. hierzu ausführlich Buschmann, in: Daubler/Kittner/Klebe/Wedde, 12. Aufl. 2010, § 21 a Rn. 14, 15.

7) BAG v. 23. 11. 1988 - 7 AZR 121/88, AuR 1989, 354 mit krit. Anm. Kleveman.

8) Vgl. insoweit u. a. Daubler, RdA 1995, 146.

9) Vgl. Buschmann, in: Daubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn. 6), § 21 a Rn. 15 m. w. N.

10) BAG v. 31. 5. 2000 - 7 ABR 78/98, AuR 2001, 30 mit Anm. Buschmann.

zungen in der vorliegenden Konstellation einschlägig wären, würde zunächst davon abhängen, ob es sich bei der A-GmbH um ein herrschendes Unternehmen im Sinne des § 2 Abs. 2 DrittelbG handelt. Diese Frage ist zu bejahen. Die A-GmbH ist herrschendes Unternehmen eines Unterordnungskonzerns.

1. Anwendbarkeit des § 2 Abs. 2 DrittelbG auch auf Ebene einer Konzernzwischengesellschaft

Dabei wäre im Übrigen davon auszugehen, dass § 2 Abs. 2 DrittelbG auch auf Ebene einer Konzernzwischengesellschaft Anwendung findet¹¹. Das OLG Düsseldorf hat – die grundsätzliche Anwendbarkeit der Vorschrift unterstellend – die Zurechnung zu einer Konzernzwischengesellschaft erst daran scheitern lassen, dass es an einem Beherrschungsvertrag bzw. einer Eingliederung fehle. Inhaltlich spricht für eine Anwendbarkeit u. a., dass es im Falle mehrstufiger Abhängigkeit anerkannt ist, dass gegenüber einer Konzernkelin nicht nur die Konzernmutter, sondern auch die Konzerntochter herrschendes Unternehmen im Sinne von § 17 Abs. 1 AktG ist¹². Insofern liegt es nicht fern, die Konzernzwischengesellschaft auch als herrschendes Unternehmen im Sinne von § 2 Abs. 2 DrittelbG zu klassifizieren.

2. Anwendbarkeit des § 2 Abs. 2 DrittelbG auch auf den faktischen Konzern

§ 2 Abs. 2 DrittelbG ist darüber hinaus insbesondere auch auf den faktischen Konzern anwendbar¹³. Der vermeintliche Wortlaut des § 2 Abs. 2 DrittelbG, der die Zurechnung von Arbeitnehmern nur bei Abschluss eines Beherrschungsvertrags oder einer Eingliederung vorsieht, steht dem nicht entgegen.

a) Entstehungsgeschichte des § 2 Abs. 2 DrittelbG

Insbesondere unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 2 DrittelbG muss der faktische Konzern der drittelparitätischen Mitbestimmung unterliegen. Inwieweit die somit verbleibenden Unterschiede zwischen paritätischer und drittelparitätischer Mitbestimmung im Konzern durch den Gesetzgeber bewusst aufrecht erhalten bleiben sollen, ist angesichts der Gesetzesbegründung zu § 2 DrittelbG nämlich äußerst zweifelhaft¹⁴.

Denn die in § 2 Abs. 1 DrittelbG nachträglich aufgenommene Bezugnahme des gesamten § 18 Abs. 1 AktG wurde durch den Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit damit begründet, dass „die Vermutungsregelung des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG auch für das DrittelbG gelten ... und eine Angleichung an § 5 MitbestG vollzogen werden (solle)“. Da bei dieser Begründung nicht zwischen der Vergrößerung des Wahlkörpers nach § 2 Abs. 1 DrittelbG und den Voraussetzungen für ein Eingreifen der Unternehmensmitbestimmung nach § 2 Abs. 2 DrittelbG getrennt wurde, spricht zumindest einiges dafür, dass dem Gesetzgeber schlicht ein redaktionelles Versehen unterlaufen ist.

Dies gilt umso mehr, als bei der Frage, ob eine ertragssteuerliche Organschaft gegeben ist, das Vorliegen eines Beherrschungsvertrags oder einer Eingliederung keine Rolle mehr spielt.

Bis zur Neufassung des § 14 KStG durch das Steuersenkungsgesetz vom 23. 10. 2000 war neben der finanziellen auch eine wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung der Organgesellschaft in das Unternehmen des Organträgers für das Vorliegen einer körperschaftssteuerlichen Organschaft vorausgesetzt, wobei insbesondere ein Beherrschungsvertrag die unwiderlegliche Vermutung für die organisatorische Eingliederung schuf. Seither verlangt § 14 KStG – sowie § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG für das Gewerbesteuerrecht, das insoweit auf § 14 KStG Bezug nimmt – demgegenüber nur noch den Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags und die finanzielle Eingliederung. Es ist vor diesem Hintergrund schlechterdings nicht erklärbar, dass der Gesetzgeber des DrittelbG vom 18. 5.

2004 bei der Frage, ob eine Mitbestimmung auf Konzernebene zu gewährleisten ist, einzig das Vorliegen eines Beherrschungsvertrags oder einer Eingliederung weiterhin zu entscheidenden Voraussetzungen machen wollte und es auf diese Weise ermöglicht werden sollte, vor allem durch den Verzicht auf einen Beherrschungsvertrag bzw. die Beseitigung eines steuerrechtlich nun nicht mehr notwendigen Beherrschungsvertrags, quasi nebenbei die Mitbestimmung auf Konzernebene zu verhindern. Mit der überragenden Bedeutung der Mitbestimmung für den sozialen Rechtsstaat der Bundesrepublik Deutschland wäre dies jedenfalls nicht vereinbar.

Insoweit kann eine künstliche Aufspaltung in ein „kleines Wahlvolk“ zur Feststellung der Anwendbarkeitsvoraussetzungen des § 1 DrittelbG und ein „großes Wahlvolk“ der Wahlberechtigten sicher nicht beabsichtigt gewesen sein.

b) Gesetzeszweck

Zu berücksichtigen ist insoweit insbesondere auch, dass Schutzzweck des § 2 DrittelbG zumindest auch die Gewährleistung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer eines faktischen Konzerns ist. Die Verwendung von zwei unterschiedlichen Zurechnungsmethoden wird dem nicht gerecht. Nur wenn auch im Rahmen des DrittelbG alle Arbeitnehmer eines faktischen Konzerns bei der Bestimmung der maßgeblichen Arbeitnehmeranzahl mitzählen, ist eine umfassende Unternehmensmitbestimmung gewährleistet und bleibt die Angleichung zum MitbestG – nur bezogen auf die Bestimmung des Wahlkörpers – nicht auf halber Strecke stehen.

c) Unterschiedliche Behandlung von Vertragskonzern und faktischem Konzern nicht gerechtfertigt

Auch ist nicht ersichtlich, warum es für die Frage der Zurechnung von Arbeitnehmern der Tochtergesellschaften nur auf die Arbeitnehmer von Konzernunternehmen, die mit dem herrschenden Unternehmen durch einen Beherrschungsvertrag verbunden sind oder in dieses eingegliedert sind, ankommen soll, nicht aber etwa auch auf die Arbeitnehmer der Tochtergesellschaften, die im Mehrheitsbesitz des herrschenden Unternehmens stehen. Eine sachliche Rechtfertigung, den Arbeitnehmern in einem faktischen Konzern mit 501 bis 2000 Beschäftigten eine geringere Mitbestimmung zuzugestehen als den Mitarbeitern im Vertragskonzern mit gleichen Mitarbeiterzahlen, gibt es auch nicht. Jedenfalls dann nicht, wenn das Vorliegen eines Unterordnungskonzerns nach §§ 17 Abs. 2, 18 Abs. 1 Satz 3 AktG zu vermuten und nicht im Einzelfall festzustellen ist. Auch ein evtl. Einwand mangelnder Rechtsklarheit greift in diesem Fall nämlich nicht.

d) Gesamtsystem der Unternehmensmitbestimmung

Nicht zuletzt spricht auch § 5 Abs. 1 MitbestG für dieses Ergebnis. Im Rahmen dieser Norm werden die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen dem herrschenden Unternehmen zugerechnet. Durch welche Beherrschungsmittel der Abhängigkeitstatbestand ausgefüllt wird, ist dabei unerheblich. Es ist kein Grund ersichtlich den in § 5 MitbestG enthaltenen mitbestimmungsrechtlichen Grundgedanken, wonach Mitbestimmung überall dorthin in einem Konzern auszuzeichnen ist, wo ein Zusammenwirken mit unabhängigen Partnern in

11) Vgl. OLG Düsseldorf v. 27. 12. 1996 – 19 W 4/96 AktE, ZIP 1997, 546 zur Vorgangervorschrift des § 77a BetrVG 1952; a. A. Redeke, DB 2008, 2408.

12) Vgl. Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Hensler (Fn 1), § 5 MitbestG, Rn. 15.

13) Vgl. Trittm, in: Daubler/Kittner/Klebe/Wedde (Fn 6), Vor § 54 Rn. 101 ff.; Trittm/Gilles, AiB 2008, 621; a. A. OLG Zweibrücken v. 18. 10. 2005 – 3 W 136/05, NZG 2006, 31; Kammergericht v. 7. 6. 2007 – 2 W 8/07, NZG 2007, 913; OLG Hamburg v. 29. 10. 2007 – 11 W 27/07, DB 2007, 2762; LG Düsseldorf v. 20. 12. 2007 – 31 O 142/06 AktE, juris.

14) So bereits Boewer/Gaul/Otto, GmbH 2004, 1065, 1067.

irgendeiner Form möglich ist, nicht auch im Rahmen des § 2 DrittelbG zu berücksichtigen.

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG i. V. m. § 2 Abs. 2 DrittelbG wäre bei der A-GmbH demnach zumindest ein drittelparitätisch mitbestimmter Aufsichtsrat zu bilden. Die Arbeitnehmer der B-GmbH würden ihr insoweit zugerechnet.

V. Ergebnisse

Als Ergebnis bleibt folglich festzuhalten, dass gute Argumente dafür sprechen, gerade auch für den Fall, dass die Zahl der Arbeitnehmer im Rahmen einer Unternehmensumstruk-

turierung durch Einzelrechtsübertragungen außerhalb der Umwandlungsvorschriften reduziert wird, in entsprechender Anwendung des § 325 Abs. 1 UmwG eine Beibehaltung der Unternehmensmitbestimmung zumindest für einen Zeitraum von fünf Jahren anzunehmen. Außerdem lässt sich ggf. auch gut begründen, dass nach erfolgter Umstrukturierung auch im faktischen Konzern zumindest ein drittelparitätisch besetzter Aufsichtsrat gebildet werden muss. Sollte es nämlich auf eine Zurechnung der Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen ankommen, ist zu berücksichtigen, dass die Zurechnungsnorm des § 2 Abs. 2 DrittelbG auch faktische Konzernverbindungen erfasst.

Besprechungsaufsatz

Rechtsanwalt Ulrich Fischer, Frankfurt am Main

Das BVerfG als Superrevisionsinstanz der Arbeitsgerichtsbarkeit in Arbeitskampsachen? – Der Flashmobfall in Karlsruhe

Kaum ein juristisches Betätigungsgebiet ist so glänzend für eine martialische Metaphorik geeignet, wie das Arbeitskampsrecht: Angriff und Abwehr, Verteidigung, Überraschungsangriff, Kampfpazität, Waffengleichheit, Hauserkampf, all das war bislang gewohnt und teilweise auch abgegriffene mediale Begleitmusik zum Arbeitskampf. Nun hat ein Vorgang, der sich in 60 Minuten in einem Berliner Einzelhandelsgeschäft¹ abspielte, eine mittlerweile in aller Munde befindliche Flashmob Aktion, Anlass für eine Erweiterung des Arsenal für den rhetorischen Schlagabtausch gegeben. Während FAZ-Online² von einer „Guerrillataktik“ berichtet, spricht Sacker³ davon, der „Partisanenkampf“ habe Einzug in unsere so friedliche Einkaufswelt gehalten. Mein Erstaunen über die Reaktionen auf den Ausgangsfall⁴ hat sich in einer Weise bestätigt, die allerdings auch ich nicht vorhersehen konnte. Bis dato haben sich so viele Autoren in der Fachpresse zur viel beachteten Entscheidung des Ersten Senates des BAG geäußert wie selten, der Großteil zurückhaltend bis krass ablehnend, um es vorsichtig auszudrücken. Das ZAAR hat in München eine Tagung zu dem Thema abgehalten⁵, dass es nicht Wunder nehmen kann, dass die Geschichte ein Ende nicht hatte. Der Gang nach Karlsruhe wurde mit erheblichen medialem Begleitfeuerwerk und großem Orchester – ganz im Sinne der einschlägigen Bildersprache –, angetreten, damit dem BAG der Marsch geblasen werde⁶. So manchem – und nicht nur Generalskeptikern des Richterrechts, wie Bernd Rüthers⁷ – passt eben die ganze Richtung nicht, in die das arbeitskampfrechtliche Richterrecht marschiert. Glücklicherweise ist der Bosewicht leicht auszumachen und zu attackieren, denn es ist ja nicht die sog. große Politik, der gestaltende Gesetzgeber, also ein demokratisch unmittelbar legitimer Verantwortlicher, den es sich vorzuknöpfen gilt, sondern nur die Arbeitsgerichtsbarkeit. Diese hat auszubaden, was durch ein verfassungsrechtlich mehr als bedenkliches, gut getarntes Verharren im gesetzgeberischen Schützengraben⁸ an Unsicherheit, Unschärfe, ja Konfusion entstanden ist. Für den Einen oder Anderen ist scheinbar das eingetreten, was uns möglicherweise im Rahmen der „Finanzkrise“ noch bevor steht: Willkür, Rechtslosigkeit und Chaos. Im zusammenfassenden Blick auf die jüngere Arbeitskampsprechung des BAG, besser des Ersten Senates⁹, wird eine Unrechtsfront ausgemacht. Danach beginnt das Unheil¹⁰ spätestens mit dem Urteil des Ersten Senates zum Tarifsozialplan¹¹, führt über das Urteil zum Unterstützungsstreik¹² und findet nun seinen Kulminationspunkt mit der Flashmob-Entscheidung¹³. Die nachfolgenden Überlegungen versuchen, der Frage nachzugehen, ob nicht doch zu viel Pulverdampf das Schlachtfeld überwolkt und damit die Sichtbedingungen für eine realistische

Analyse verschlechtert hat und ob nicht vielleicht alle, einschließlich des BVerfGs, gut daran taten, die Friedenspfeife zu rauchen.

1. Flashmob als Schwarmproblem – oder die plötzliche Aktualität der §§ 961 ff. BGB

Das Arbeitsrecht zeichnet sich allgemein dadurch aus, dass es relativ schnell auf neue gesellschaftliche Phänomene reagieren muss und diese allgemeine Erfahrung gilt auch im vorliegenden Fall. Alles Neue kommt aus Amerika und auch das gilt hier. Vor etwa sechs, sieben Jahren begann das, was sich mittlerweile auch in der deutschen Sprache als Phänomen festgesetzt hat: Flashmob. Eine allgemein anerkannte Begrifflichkeit hat sich bisher allerdings noch nicht herausgebildet, aber unter einem Flashmob werden mittlerweile vor allem kurze, scheinbar spontane „Menschenaufläufe“ verstanden, die sich dadurch auszeichnen, dass sie auf öffentlichen oder halb-öffentlichen Plätzen stattfinden und durch Personen gebildet werden, die sich zuvor kurzfristig über ihr Zusammentreffen verständigt haben. Ursprünglich mehr mit „Happening-Charakter“ ausgestattet, entweder völlig sinnfrei oder als kommunikatives „get together“, lag es nahe, den Erfolg des Phänomens, der nicht zuletzt in der öffentlichen Breitenwirkung festzumachen war, auch für inhaltliche Aussagen, kultureller, sozialer, politischer Natur, nutzbar zu machen.

1. Flashmob als Phänomen der Internet-Gesellschaft

Ohne Übertreibung lässt sich sagen, dass der Flashmob ein Phänomen des Internetzeitalters ist und dass ohne die hier

1) Es geht um den sogen. Flashmob-Fall, der vom BAG am 22. 9. 2009 – 1 AZR 972/08, NJW 2010, 631 ff. = AP GG Art. 9 Arbeitskamps Nr. 174 mit Anm. Willemssen, entschieden wurde; siehe auch Greiner, EZA Art. 9 GG Arbeitskamps Nr. 143; Wagner, FA 2010, 51; Gaul/Muckel, ArbRB 2009, 330 ff.; Lingemann, ArbR 2009, 93, 239, Grau, BB 2009, 2309; Sehr, AuA 2010, 373 f.; Braun, ArbRB 2009, 326.

2) Am 29. 12. 2009.

3) Sacker, NJW 2010, 1115 ff.

4) Fischer, Editorial NJW 2010, Heft 3; s. a. Tornau, Mitbestimmung 2009, Nr. 11, 60 ff.

5) Am 7. 5. 2010 mit den Referenten Otto, Kersten, Giesen, Klumpp und Junker.

6) Die Verfassungsbeschwerde ist veröffentlicht; im Internet hat sich sogar ein eigener Blog dazu etabliert: <http://www.flashmob-karlsruhe.de/forum/viewtopic.php?f=5&t=357>.

7) Rüthers, NZA 2010, 6 ff.

8) Vgl. dazu meine Überlegungen in RdA 2009, 287 ff.

9) Resümierend Franzen, Jb. des Arbeitsrechts, Bd 47, 2010, S. 119 ff.

10) Teilweise wird der Sundenfall aber auch schon wesentlich früher verortet.

11) BAG v. 24. 4. 2007 – 1 AZR 252/06, AP TVG § 1 Sozialplan Nr. 2.

12) BAG v. 19. 6. 2007 – 1 AZR 396/06, AP GG Art 9 Arbeitskamps Nr. 173.

13) BAG v. 22. 9. 2009 – 1 AZR 972/08.