

# BUNDESARBEITSGERICHT



1 ABR 97/09  
4 TaBV 68/08  
Hessisches  
Landesarbeitsgericht

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
15. März 2011

## **BESCHLUSS**

Klapp, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In dem Beschlussverfahren

mit den Beteiligten

Antragsteller und Rechtsbeschwerdeführer,

2.

Beschwerdeführer,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Anhörung vom 15. März 2011 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Linck und Prof. Dr. Koch sowie die ehrenamtlichen Richter Wisskirchen und Kunz für Recht erkannt:

1. Auf die Rechtsbeschwerde des Arbeitgebers wird der Beschluss des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 14. Oktober 2008 - 4 TaBV 68/08 - aufgehoben.
2. Die Beschwerde des Betriebsrats gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Darmstadt vom 14. Februar 2008 - 12 BV 42/07 - wird zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Gründe**

A. Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit eines durch Einigungsstellenanspruch beschlossenen Sozialplans. 1

Die Arbeitgeberin und spätere Insolvenzschuldnerin betrieb seit dem Jahre 2006 eine Rehabilitationsklinik (O). Alleinige Gesellschafterin der Arbeitgeberin ist die Ka San AG (KASANAG). Diese wiederum stand im streitbefangenen Zeitraum zu 93,8 % im Eigentum der M-Kliniken AG. 2

Bis zum Jahre 2006 betrieb die KASANAG die O zusammen mit fünf weiteren Rehabilitationskliniken. Im Januar 2006 gliederte sie diese im Wege einer Vermögensübertragung auf sechs neu gegründete Gesellschaften aus. Durch notariellen Vertrag vom 4. Januar 2006 übertrug sie im Wege der Ausgliederung zur Aufnahme alle Rechtsstellungen, die wirtschaftlich zur O gehörten und in der Schlussbilanz zum 30. Juni 2005 enthalten waren, auf die seit dem Jahre 2001 bestehende „Onkologische Fachklinik B GmbH“. Das erfasste Anlage- und Umlaufvermögen war in einer Anlage zu dem Ausgliederungs- und Übernahmevertrag aufgelistet. Hierzu gehörte nicht die Klinikimmobilie. Diese hatte die KASANAG von der nicht mit ihr konzernrechtlich verbundenen O GmbH zu einem Pachtzins von monatlich 54.000,00 Euro gepachtet. Der Pachtvertrag hatte eine Laufzeit bis zum Jahr 2016. Die übernehmende Onkologische Fachklinik B GmbH trat in das Pachtverhältnis ein. Zur Durchführung der Ausgliederung wurde das Stammkapital der übernehmenden Gesellschaft 3

von 25.000,00 Euro auf 26.000,00 Euro erhöht. Die Firma der Onkologischen Fachklinik B GmbH wurde im Jahre 2007 in „F GmbH“ geändert. Die fünf weiteren Rehabilitationskliniken der KASANAG wurden in entsprechender Weise ausgliedert, wobei allerdings der jeweilige Grundbesitz nicht Bestandteil der Übertragung war, sondern bei der KASANAG verblieb. Deren bilanziertes Anlagevermögen aus Grundstücken und Bauten belief sich zum 30. Juni 2005 auf 47,9 Mio. Euro.

Nach der Ausgliederung sicherte die KASANAG die Weiterführung des Geschäftsbetriebs der O, indem sie deren Verbindlichkeiten auf der Grundlage eines monatlich erhöhten Darlehens erfüllte. Dieses betrug zum 30. Juni 2006 rund 1,74 Mio. Euro und erhöhte sich zum 30. Juni 2007 auf etwa 3,16 Mio. Euro. Für das Geschäftsjahr 2006/2007 betrug der Jahresfehlbetrag der Arbeitgeberin 1,63 Mio. Euro. Unter Berücksichtigung des Verlustvortrags aus dem Vorjahr ergab sich ein durch Eigenkapital nicht gedeckter Fehlbetrag von rund 3,0 Mio. Euro. Die KASANAG erwirtschaftete demgegenüber im Geschäftsjahr 2006/2007 einen Gewinn von rund 6,5 Mio. Euro.

Aufgrund des defizitären Klinikbetriebs beschloss die Arbeitgeberin Ende 2006, die O zu schließen. Sie kündigte den Pachtvertrag sowie Dienstleistungsverträge und nahm keine weiteren Patienten mehr auf.

Nach Scheitern der Sozialplanverhandlungen mit dem bei der Arbeitgeberin bestehenden Betriebsrat beschloss die Einigungsstelle durch Spruch vom 20. September 2007 einen Sozialplan mit einem Gesamtvolumen von rund 1,3 Mio. Euro. Der Spruch wurde der Arbeitgeberin am 26. September 2007 zugeleitet.

Die Arbeitgeberin hat mit ihrem am 10. Oktober 2007 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antrag geltend gemacht, der Einigungsstellenspruch sei unwirksam, weil das Gesamtvolumen des Sozialplans im Hinblick auf die wirtschaftliche Situation des Unternehmens nicht vertretbar sei. Das Unternehmen sei hochdefizitär gewesen und habe keinen positiven Geschäftswert besessen.

- Die Arbeitgeberin hat beantragt 8  
festzustellen, dass der Spruch der Einigungsstelle vom  
20. September 2007 unwirksam ist,  
hilfsweise  
dem Betriebsrat zu untersagen, den Spruch der Einigungsstelle vom 20. September 2007 durchzuführen.
- Der Betriebsrat hat zur Begründung seines Abweisungsantrags ausgeführt, bei der Bestimmung der wirtschaftlichen Vertretbarkeit sei die Leistungsfähigkeit der KASANAG zu berücksichtigen gewesen. 9
- Das Arbeitsgericht hat dem Hauptantrag der Arbeitgeberin stattgegeben; über den Hilfsantrag hat es nicht entschieden. Auf die Beschwerde des Betriebsrats hat das Landesarbeitsgericht den Antrag zurückgewiesen. 10
- Über das Vermögen der Arbeitgeberin wurde durch Beschluss des Amtsgerichts Hamburg vom 12. Februar 2009 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beteiligte zu 1) zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit seiner vom Bundesarbeitsgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt dieser die Anträge weiter. 11
- B. Die Rechtsbeschwerde des Insolvenzverwalters ist in Bezug auf den Hauptantrag begründet. Der Hilfsantrag ist nicht zur Entscheidung angefallen. 12
- I. Beteiligte des Verfahrens sind der Insolvenzverwalter sowie der Betriebsrat. Dieser hat nach der Stilllegung der Klinik jedenfalls für die Dauer des Beschlussverfahrens über die Wirksamkeit des Einigungsstellenspruchs gemäß § 21b BetrVG ein Restmandat und ist deshalb nach § 83 Abs. 3 ArbGG zu hören. Die KASANAG war dagegen nicht zu beteiligen. Durch die Entscheidung über die Wirksamkeit des Sozialplans wird sie in ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsstellung nicht unmittelbar betroffen. 13
- II. Der Antrag ist zulässig. Streiten die Betriebsparteien über die Rechtswirksamkeit eines Einigungsstellenspruchs, ist die Feststellung der Unwirksamkeit des Beschlusses und nicht dessen Aufhebung zu beantragen (BAG 14

23. März 2010 - 1 ABR 82/08 - Rn. 11, AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 135 = EzA BetrVG 2001 § 50 Nr. 7).

III. Der Antrag ist begründet. Der Spruch der Einigungsstelle ist unwirksam. Diese hat das ihr eingeräumte Regelungsermessen überschritten. Der Spruch verstößt gegen § 112 Abs. 5 Satz 1 BetrVG. Der Gesamtbetrag der Sozialplanleistungen überschreitet die Grenzen der wirtschaftlichen Vertretbarkeit für die Arbeitgeberin. Die wirtschaftliche Lage ihrer Alleingeschafterin, der KASANAG, war insoweit nicht zu berücksichtigen. 15

1. Der Einigungsstellenspruch unterliegt der gerichtlichen Überprüfung nach § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG. Die Arbeitgeberin hat den ihr am 26. September 2007 zugeleiteten Einigungsstellenspruch innerhalb der Zweiwochenfrist am 10. Oktober 2007 gerichtlich angefochten. Gegenstand der gerichtlichen Kontrolle nach § 76 Abs. 5 Satz 4, § 112 Abs. 5 BetrVG ist, ob sich der Spruch der Einigungsstelle als angemessener Ausgleich der Belange des Betriebs und Unternehmens auf der einen und der betroffenen Arbeitnehmer auf der anderen Seite erweist. Maßgeblich ist dabei allein die getroffene Regelung als solche. Eine Überschreitung der Grenzen des Ermessens muss in der Regelung selbst als Ergebnis des Abwägungsvorgangs liegen. Auf die von der Einigungsstelle angestellten Erwägungen kommt es nicht an (BAG 24. August 2004 - 1 ABR 23/03 - zu B III 2 b der Gründe, BAGE 111, 335). Die Frage, ob die der Einigungsstelle gezogenen Grenzen des Ermessens eingehalten sind, unterliegt der uneingeschränkten Überprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht. Es geht um die Wirksamkeit einer kollektiven Regelung, die von der Wahrung des der Einigungsstelle eingeräumten Gestaltungsrahmens abhängig ist. Insoweit gilt nichts anderes als für die gerichtliche Kontrolle von Betriebsvereinbarungen (BAG 6. Mai 2003 - 1 ABR 11/02 - zu B II 2 e aa der Gründe, BAGE 106, 95). 16

2. Die Einigungsstelle war für die Aufstellung eines Sozialplans zuständig. Die Arbeitgeberin hat eine sozialplanpflichtige Betriebsstilllegung (§ 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG) vorgenommen. Sie war nicht nach § 112a Abs. 2 Satz 1 BetrVG von der Sozialplanpflicht befreit, da sie nicht erst anlässlich der Ausgliederung 17

der O aus der KASANAG gegründet wurde, sondern durch eine Ausgliederung zur Aufnahme iSd. § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG auf einen schon seit dem Jahre 2001 bestehenden Rechtsträger. Unabhängig davon gilt § 112a Abs. 2 Satz 1 BetrVG auch nicht für Neugründungen im Zusammenhang mit der rechtlichen Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen (§ 112 Abs. 2 Satz 2 BetrVG).

3. Gemäß § 112 Abs. 5 Satz 1 BetrVG hat die Einigungsstelle bei ihrer Entscheidung über einen Sozialplan sowohl die sozialen Belange der betroffenen Arbeitnehmer zu berücksichtigen als auch auf die wirtschaftliche Vertretbarkeit ihrer Entscheidung für das Unternehmen zu achten. Im Rahmen billigen Ermessens muss sie unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des Einzelfalls Leistungen zum Ausgleich oder der Milderung wirtschaftlicher Nachteile vorsehen, dabei die Aussichten der betroffenen Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt berücksichtigen und bei der Bemessung des Gesamtbetrags der Sozialplanleistungen darauf achten, dass der Fortbestand des Unternehmens oder die nach der Durchführung der Betriebsänderung verbleibenden Arbeitsplätze nicht gefährdet werden (§ 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 bis 3 BetrVG). Der Ausgleichs- und Milderungsbedarf der Arbeitnehmer bemisst sich nach den ihnen entstehenden Nachteilen. Der wirtschaftlichen Vertretbarkeit kommt dabei eine Korrekturfunktion zu. Die Einigungsstelle hat von dem von ihr vorgesehenen Ausgleich der wirtschaftlichen Nachteile abzusehen, wenn dieser Ausgleich den Fortbestand des Unternehmens gefährden würde. Die wirtschaftliche Vertretbarkeit ihrer Entscheidung stellt damit für sie eine Grenze der Ermessensausübung dar (BAG 6. Mai 2003 - 1 ABR 11/02 - zu B II 2 e der Gründe, BAGE 106, 95). 18

4. Das von der Einigungsstelle für den Sozialplan festgesetzte Gesamtvolumen von rund 1,3 Mio. Euro war für die Arbeitgeberin nicht mehr wirtschaftlich vertretbar. 19

a) Die wirtschaftliche Vertretbarkeit iSd. § 112 Abs. 5 Satz 1 BetrVG richtet sich grundsätzlich auch dann nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des sozialplanpflichtigen Arbeitgebers, wenn das Unternehmen einem Konzern 20

angehört. Dies zeigt der eindeutige Wortlaut von § 112 Abs. 5 Satz 1 und Satz 2 Nr. 3 BetrVG. Nur in Bezug auf Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten ist nach § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG eine konzernbezogene Betrachtung vorzunehmen. Auch die Gesetzesmaterialien bieten keinerlei Hinweis darauf, dass anstelle des Unternehmens auf die wirtschaftliche Lage des Konzerns abzustellen ist (*vgl. BT-Drucks. VI/1786 S. 55*).

b) § 112 Abs. 5 BetrVG bestimmt nicht, wann ein Sozialplan noch wirtschaftlich vertretbar ist. Maßgeblich sind die Gegebenheiten des Einzelfalls. Dabei ist grundsätzlich von Bedeutung, ob und welche Einsparungen für das Unternehmen mit der Betriebsänderung verbunden sind, deren Nachteile für die Arbeitnehmer der Sozialplan kompensieren soll. Der Umstand, dass sich ein Unternehmen bereits in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet, entbindet es nach den Wertungen des Betriebsverfassungsgesetzes nicht von der Notwendigkeit, weitere Belastungen durch einen Sozialplan auf sich zu nehmen. Sogar in der Insolvenz sind Betriebsänderungen gemäß § 123 InsO sozialplanpflichtig. Bei der Prüfung, wie sehr der Sozialplan das Unternehmen belastet und ob er möglicherweise dessen Fortbestand gefährdet, ist sowohl das Verhältnis von Aktiva und Passiva als auch die Liquiditätsslage zu berücksichtigen. Führt die Erfüllung der Sozialplanverbindlichkeiten zu einer Illiquidität, zur bilanziellen Überschuldung oder zu einer nicht mehr vertretbaren Schmälerung des Eigenkapitals, ist die Grenze der wirtschaftlichen Vertretbarkeit regelmäßig überschritten (*BAG 6. Mai 2003 - 1 ABR 11/02 - zu B II 2 e cc (3) und (4) der Gründe, BAGE 106, 95*).

21

c) Nach diesen Grundsätzen ist das Landesarbeitsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die von der Einigungsstelle beschlossene Sozialplandotierung von rund 1,3 Mio. Euro die Grenze der wirtschaftlichen Vertretbarkeit für die Arbeitgeberin überschritten hat. Zu dem maßgeblichen Zeitpunkt der Aufstellung des Sozialplans am 20. September 2007 war die Arbeitgeberin bilanziell überschuldet. Nach der Bilanz zum 30. Juni 2007 stand einem Eigenkapital von 26.000,00 Euro sowie Rückstellungen von rund 116.500,00 Euro ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag von rund drei Mio. Euro gegen-

22

über. Das Anlagevermögen der Arbeitgeberin hatte einen Bilanzwert von etwa 170.000,00 Euro, ihr Umlaufvermögen betrug rund 394.000,00 Euro. Grund für die schlechte wirtschaftliche Lage war der von der Arbeitgeberin in den Geschäftsjahren 2005/2006 und 2006/2007 erlittene Verlust in Höhe von rund 1,4 und 1,6 Mio. Euro. Da aufgrund der geplanten Betriebsänderung auch nicht mit einer Veränderung der wirtschaftlichen Situation zu rechnen war, erweist sich das Sozialplanvolumen von ca. 1,3 Mio. Euro für die Arbeitgeberin ohne Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der KASANAG als nicht mehr wirtschaftlich vertretbar. Hiervon gehen auch die Beteiligten aus.

5. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts folgt aus § 134 Abs. 1 UmwG für die Dotierung des Sozialplans kein Bemessungsdurchgriff auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der KASANAG. Dessen Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Der Arbeitgeberin sind im Zuge ihrer Ausgliederung aus der KASANAG keine für die Betriebsführung wesentlichen Vermögenswerte entzogen worden. 23

a) Nach § 133 Abs. 1 UmwG haften die an einer Spaltung beteiligten Rechtsträger gesamtschuldnerisch für die vor der Spaltung begründeten Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers. Zugunsten der von einer spaltungsbedingten Unternehmensumstrukturierung betroffenen Arbeitnehmer erweitert § 134 Abs. 1 UmwG die „Haftungsmasse“ begrenzt für Ansprüche aus einem Sozialplan (§§ 112, 112a BetrVG) oder auf gesetzlichen Nachteilsausgleich (§ 113 BetrVG). Das setzt nach § 134 Abs. 1 Satz 2 UmwG voraus, dass ein Unternehmen (*Ausgangsrechtsträger*) sein Vermögen in der Weise spaltet, dass die zur Führung eines Betriebs notwendigen Vermögensteile bei einer sog. Anlagegesellschaft iSd. § 134 Abs. 1 UmwG verbleiben, aber einer sog. Betriebsgesellschaft iSd. § 134 Abs. 1 UmwG für die Führung ihres Betriebs zur Nutzung überlassen werden. In einem solchen Fall hat die Anlagegesellschaft für Sozialplan- oder Nachteilsausgleichsansprüche der Arbeitnehmer der Betriebsgesellschaft für die Dauer von fünf Jahren nach Wirksamwerden der Spaltung einzustehen, soweit an den an der Spaltung beteiligten Rechtsträgern 24



im Wesentlichen dieselben Personen beteiligt sind (§ 134 Abs. 1 Satz 1 UmwG).

b) Die Sonderregelung des § 134 Abs. 1 UmwG trägt der Erkenntnis Rechnung, dass eine durch Spaltung bewirkte Vermögensverlagerung auf eine Anlagegesellschaft die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer interessenausgleichs- oder sozialplanpflichtig werdenden Betriebsgesellschaft mindert, da ein Rückgriff auf die zur Führung des Betriebs notwendigen Vermögensteile nach der Spaltung nicht mehr möglich ist. Zweck des § 134 Abs. 1 UmwG ist daher, die Einstandspflicht der Anlagegesellschaft in den Fällen der §§ 111 bis 113 BetrVG zugunsten der Arbeitnehmer der Betriebsgesellschaft für einen Bereich zu erweitern, der durch die gesamtschuldnerische Haftung nach § 133 Abs. 1 UmwG nicht abgedeckt ist (*BT-Drucks. 12/6699 S. 122; Schwab in Lutter UmwG 4. Aufl. § 134 Rn. 11*). 25

c) Die Einstandspflicht der Anlagegesellschaft nach § 134 Abs. 1 UmwG gilt für alle Arten der Spaltung iSd. § 123 UmwG. Sie erstreckt sich deshalb auch auf die Beschäftigten einer Betriebsgesellschaft, die aus einer Spaltung in Form einer Ausgliederung zur Aufnahme (§ 123 Abs. 3 UmwG) hervorgegangen ist. 26

Anknüpfungspunkt der in § 134 Abs. 1 UmwG normierten Einstandspflicht ist die Spaltung des Vermögens eines Rechtsträgers. In § 123 Abs. 1 bis Abs. 3 UmwG sind die Aufspaltung, die Abspaltung und die Ausgliederung als Formen der Spaltung aufgeführt. Die einzelnen Spaltungsarten unterscheiden sich zwar in der Art und Weise der Durchführung und danach, ob der Ausgangsrechtsträger nach Abschluss der Spaltung noch fortbesteht oder nicht. Jede dieser Spaltungsformen kann aber durch die Einbeziehung eines anderen Rechtsträgers zu einer Trennung von Produktionsfaktoren und Arbeitsverhältnissen führen, die beim Ausgangsrechtsträger noch eine Einheit gebildet haben, indem die Vermögensteile einer Anlagegesellschaft zugewiesen und einer Betriebsgesellschaft, bei der die Arbeitnehmer beschäftigt sind, zur bloßen Nutzung überlassen werden. Demnach wird bei jeder Spaltungsform, aus der Anlage- und Betriebsgesellschaften hervorgehen, die „Haftungsmasse“ 27

zulasten der Beschäftigten der Betriebsgesellschaft verringert. Dementsprechend verlangt der Schutzzweck des § 134 Abs. 1 UmwG, der auf eine zeitlich begrenzte Einstandspflicht der Anlagegesellschaft für erst künftig entstehende betriebsverfassungsrechtliche Ansprüche der bei der Betriebsgesellschaft beschäftigten Arbeitnehmer gerichtet ist, eine Erstreckung des Anwendungsbereichs dieser Regelung auf alle Formen der Spaltung iSd. § 123 UmwG und damit auch auf die Ausgliederung (*Fitting BetrVG 25. Aufl. §§ 112, 112a Rn. 257; siehe auch Schwab in Lutter § 134 Rn. 69 ff.; Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz UmwG UmwStG 5. Aufl. § 134 UmwG Rn. 20; Willemssen in Kallmeyer UmwG 4. Aufl. § 134 Rn. 5; Hohenstatt/Schramm in KK-UmwG § 134 Rn. 4*).

d) § 134 Abs. 1 UmwG bestimmt über seinen Wortlaut hinaus nicht nur eine Haftung der Anlagegesellschaft für die darin genannten Ansprüche der Arbeitnehmer der Betriebsgesellschaft, sondern erlaubt auch einen Bemessungsdurchgriff bei der Aufstellung eines Sozialplans für die Betriebsgesellschaft. 28

aa) § 134 Abs. 1 UmwG ordnet eine Haftung der Anlagegesellschaft für Ansprüche der Arbeitnehmer der Betriebsgesellschaft nach den §§ 111 bis 113 BetrVG an. Bei einer ausschließlich wortlautorientierten Auslegung der Norm würde sich bei Sozialplansprüchen die Einstandspflicht auf die Befriedigung von Ansprüchen beschränken, die den Arbeitnehmern aus einem Sozialplan gegenüber der Betriebsgesellschaft zustehen, von ihr aber nicht erfüllt werden können. Eine - vorrangige - Bemessung dieser Ansprüche nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Anlagegesellschaft käme nicht in Betracht. 29

bb) Ein solches Auslegungsergebnis steht aber weder in Einklang mit dem in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers noch mit Sinn und Zweck der Regelung. Diese verlangen über den Wortlaut hinaus bereits eine Einstandspflicht der Anlagegesellschaft für die Begründung von Sozialplanansprüchen im Wege des Bemessungsdurchgriffs. 30

§ 134 Abs. 1 UmwG wurde auf Anregung des Bundesministeriums für Arbeit in den Regierungsentwurf des Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts aufgenommen. Damit wurde das Ziel verfolgt, die von einer Betriebsspaltung betroffenen Arbeitnehmer vor einer dadurch bedingten Schmälerung der Haftungsmasse zu schützen (*BT-Drucks. 12/6699 S. 122*). Die Vorschrift soll einer „Flucht aus der Haftung“ für erst nach der Spaltung entstehende Sozialplan- und Nachteilsausgleichsansprüche durch eine Spaltung in Betriebs- und Anlagegesellschaft entgegenwirken. Dieser Schutzzweck wird aber nur erreicht, wenn schon bei der Bemessung der Sozialplanleistungen auch das Vermögen der Anlagegesellschaft zur Verfügung steht, denn eine infolge der Spaltung vermögenslose Betriebsgesellschaft kann keinen Sozialplan aufstellen, der den berechtigten Belangen ihrer Beschäftigten genügt. Ihr fehlt das Betriebsvermögen, dessen Wert nach den Grundsätzen des § 112 BetrVG heranzuziehen ist, um einen substantiellen Ausgleich, zumindest aber eine Milderung der den Arbeitnehmern durch eine Betriebsänderung entstehenden Nachteile zu erreichen (*Boecken Unternehmensumwandlungen und Arbeitsrecht Rn. 250; Fitting §§ 112, 112a Rn. 257; ErfK/Kania 11. Aufl. § 112a BetrVG Rn. 38; Maier-Reimer in Semler/Stengel UmwG 2. Aufl. § 134 Rn. 41; Schwab in Lutter § 134 Rn. 85; Mengel Umwandlungen im Arbeitsrecht S. 244; Deinert RdA 2001, 368, 370; aA Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz § 134 UmwG Rn. 41; Willemsen in Kallmeyer § 134 Rn. 19; Hohenstatt/Schramm in KK-UmwG § 134 Rn. 23; Richardi/Thüsing BetrVG 12. Aufl. § 112 Rn. 146*).

31

e) Der Bemessungsdurchgriff nach § 134 Abs. 1 UmwG auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Anlagegesellschaft bei der Festlegung des Sozialplanvolumens für die Betriebsgesellschaft ist jedoch nicht unbeschränkt. Er ist der Höhe nach auf die bei der Spaltung entzogenen Vermögensteile begrenzt. Dies folgt aus dem systematischen Zusammenhang zwischen § 112 Abs. 5 Satz 1 BetrVG und § 134 Abs. 1 UmwG sowie dem sich daraus ergebenden Regelungszweck. Die wirtschaftliche Vertretbarkeit eines Sozialplans bemisst sich gemäß § 112 Abs. 5 Satz 1 BetrVG nach den Verhältnissen des Unternehmens. Das ist die aus einer Spaltung iSd. § 123 iVm. § 134 Abs. 1 UmwG

32

hervorgegangene Betriebsgesellschaft. Deren eigene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wird jedoch durch die in § 134 Abs. 1 UmwG bezeichnete Spaltung verringert, weil ihr durch die Trennung von Betriebs- und Anlagevermögen Letzteres entzogen wird. Allein an diesen Vorgang und nicht an die Herauslösung aus einem wirtschaftlich leistungsfähigen Rechtsträger knüpft § 134 Abs. 1 UmwG die Einstandspflicht der Anlagegesellschaft (*BT-Drucks. 12/6699 S. 122*). Dem muss auch die Bestimmung des Umfangs des Bemessungsdurchgriffs bei der Festlegung des Sozialplanvolumens Rechnung tragen. Dieser kann sich deshalb nur auf den Wert des der jeweiligen Betriebsgesellschaft entzogenen Anlagevermögens beziehen. Nur insoweit ist ein Bemessungsdurchgriff nach dem Regelungszweck gerechtfertigt.

f) Nach diesen Grundsätzen ist der Einigungsstellenspruch ermessensfehlerhaft. Das darin festgesetzte Sozialplanvolumen ist wirtschaftlich nicht mehr vertretbar. Ein Bemessungsdurchgriff auf das Vermögen der KASANAG nach § 134 Abs. 1 UmwG war der Einigungsstelle verwehrt. Der Arbeitgeberin wurde infolge der Ausgliederung - anders als den anderen Kliniken der KASANAG - kein Grundvermögen entzogen, weil die Klinikimmobilie nicht in ihrem Eigentum stand, sondern von einer außerhalb des KASANAG-Konzerns stehenden Gesellschaft gepachtet wurde. Eine Berücksichtigung des sonstigen Vermögens der KASANAG bei der Bemessung der Sozialplandotierung scheidet aus. 33

6. Ein Bemessungsdurchgriff auf das Vermögen der KASANAG ergibt sich auch nicht aus den Grundsätzen der Existenzvernichtungshaftung im GmbH-Konzern. 34

a) Nach der neueren Rspr. des Bundesgerichtshofs und der Aufgabe der Haftungsgrundsätze im sog. qualifiziert faktischen Konzern (*vgl. dazu 29. März 1993 - II ZR 265/91 - [TBB] BGHZ 122, 123*) bestimmt sich die Haftung des Alleingeschafters einer GmbH bei dessen Eingriff in deren Gesellschaftsvermögen nunmehr nach den Grundsätzen einer Existenzvernichtungshaftung als besonderer Fallgruppe einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung iSd. § 826 BGB (*16. Juli 2007 - II ZR 3/04 - [Trihotel] BGHZ 173, 246*). Danach 35

muss der Alleingesellschafter einer GmbH für diejenigen Nachteile eintreten, die deren Gläubigern dadurch entstehen, dass er der Gesellschaft vorsätzlich Vermögen entzieht, das jene zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt. Insoweit haftet der Alleingesellschafter im Wege einer - schadensersatzrechtlichen - Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft für missbräuchliche, zur Insolvenz der Gesellschaft führende oder diese vertiefende kompensationslose Eingriffe in das zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienende Gesellschaftsvermögen (*BGH 16. Juli 2007 - II ZR 3/04 - aaO*). Das bloße Unterlassen einer hinreichenden Kapitalausstattung der GmbH durch ihren Alleingesellschafter (*sog. Unterkapitalisierung*) löst eine solche Haftung dagegen nicht aus. Der GmbH-Gesellschafter ist grundsätzlich nicht verpflichtet, der GmbH ein - ggf. „mitwachsendes“ - Finanzpolster zur Verfügung zu stellen, falls sich herausstellt, dass diese - sei es von vornherein, sei es im Nachhinein - hinsichtlich ihres am Geschäftsumfang gemessenen finanziellen Bedarfs zu niedrig ausgestattet ist. Vielmehr ist der Gesellschafter in seiner „Finanzierungsentscheidung“ grundsätzlich frei, bei Erkenntnis einer finanziellen Krisensituation die Gesellschaft in dem dafür vorgesehenen gesetzlichen Verfahren zu liquidieren (*BGH 28. April 2008 - II ZR 264/06 - [Gamma] BGHZ 176, 204*).

b) Nach diesen Grundsätzen zählt der Schadensersatzanspruch wegen Existenzvernichtungshaftung zum Vermögen der Gesellschaft, die Gläubigerin dieses Anspruchs ist. Deshalb spricht vieles dafür, ihn auch bei der Beurteilung der Vermögenslage der Gesellschaft und der daran knüpfenden wirtschaftlichen Vertretbarkeit eines Sozialplans zu berücksichtigen (*Fitting §§ 112, 112a Rn. 258*). Das bedarf jedoch keiner abschließenden Entscheidung. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts fehlt es an Anhaltspunkten dafür, dass die KASANAG der Arbeitgeberin in haftungsrechtlich relevanter Weise Vermögen entzogen hat. Dazu kann sich der Betriebsrat nicht auf eine aus seiner Sicht unzureichende Kapitalausstattung der Arbeitgeberin im Zuge ihrer Ausgliederung aus der KASANAG berufen. Das Unterlassen einer - in welcher Höhe auch immer - gebotenen finanziellen Ausstattung ist kein Eingriff in das zweckgebundene, den Gläubigern als Haftungsfonds dienende Gesellschafts-

36

vermögen. Ein gegen die KASANAG gerichteter Schadensersatzanspruch kann auch nicht darauf gestützt werden, dass die Arbeitgeberin zum Zeitpunkt der Ausgliederung „hoch defizitär“ und aufgrund des Ausgliederungs- und Überleitungsvertrags an einen kostenintensiven Pachtvertrag gebunden war. Allein hieraus lässt sich nicht schließen, dass die Nachteile aus der Geschäftstätigkeit der Arbeitgeberin notwendig deren Gläubiger treffen mussten (*zu dieser Fallgruppe des § 826 BGB vgl. BGH 28. April 2008 - II ZR 264/06 - [Gamma] Rn. 27, BGHZ 176, 204*). Nach § 2 des Ausgliederungsvertrags sind die darin aufgeführten Vermögenswerte und Rechtsstellungen von der KASANAG auf die Arbeitgeberin übertragen worden. Diese hat damit auch die aus den Vertragsbeziehungen resultierenden Einnahmen erzielt. Die Verluste wurden weiterhin durch ein Gesellschafterdarlehen der KASANAG ausgeglichen. Damit sind keineswegs allein die Gewinne bei der KASANAG verblieben und die Verluste der Arbeitgeberin zugeschrieben worden (*dazu BAG 10. Februar 1999 - 5 AZR 677/97 - zu II 2 der Gründe, AP GmbHG § 13 Nr. 6 = EzA AktG § 303 Nr. 9*). Auch die Ende des Jahres 2006 getroffene Entscheidung der KASANAG, den Betrieb der O einzustellen, lässt nicht zwingend darauf schließen, die Ausgliederung habe allein dieses Ziel verfolgt.

7. Ein Bemessungsdurchgriff kommt auch aus anderen Gründen nicht in Betracht. 37

a) Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der KASANAG konnte von der Einigungsstelle entgegen der Auffassung des Betriebsrats nicht in entsprechender Anwendung des § 302 Abs. 1 AktG berücksichtigt werden. Nach dieser auf abhängige Gesellschaften in der Rechtsform einer GmbH entsprechend anwendbaren Bestimmung ist das herrschende Unternehmen bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags grundsätzlich verpflichtet, jeden während der Vertragsdauer bei der abhängigen Gesellschaft entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen, soweit dieser nicht durch Entnahmen aus innervertraglichen Gewinnrücklagen gedeckt werden kann (*Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht 6. Aufl. § 302 Rn. 16 und 25*). Ob sich hieraus auch ein Bemessungsdurchgriff bei der Festsetzung des Sozial- 38

planvolumens auf das herrschende Unternehmen ergibt, kann vorliegend dahinstehen, denn das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, dass zum Zeitpunkt der Aufstellung des Sozialplans zwischen der KASANAG und der Arbeitgeberin ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag bestand. Im Übrigen ist ein etwaiger Vertrag nicht ins Handelsregister eingetragen worden. Nach dem auch auf zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung anwendbaren § 294 Abs. 2 AktG erlangt ein solcher Unternehmensvertrag jedoch erst mit seiner Eintragung ins Handelsregister Wirksamkeit (*BGH 24. Oktober 1988 - II ZB 7/88 - zu IV 2 c der Gründe, BGHZ 105, 324*).

b) Auch aus den der Arbeitgeberin von der KASANAG monatlich zur Verfügung gestellten Darlehen ergibt sich kein Bemessungsdurchgriff bei der Bestimmung des Sozialplanvolumens. Es gibt nach dem Vortrag der Beteiligten keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Arbeitgeberin einen Anspruch gegen die KASANAG auf Zuführung neuerer Finanzmittel hat. Eigenkapitalersetzende Darlehen können in der Krise der Gesellschaft allenfalls nicht zurückgefordert werden (*dazu BGH 26. Januar 2009 - II ZR 260/07 - [Gut Buschow] BGHZ 179, 249; 20. September 2010 - II ZR 296/08 - [STAR 21] BGHZ 187, 69*).

c) Ebenso wenig ergibt sich aus § 317 Abs. 1 AktG ein Bemessungsdurchgriff auf die KASANAG. Diese Vorschrift ist auf die faktisch abhängige GmbH nicht anzuwenden (*BGH 17. September 2001 - II ZR 178/99 - BGHZ 149, 10; MünchKommAktG/Altmeyden 3. Aufl. Vorbem. zu § 311 Rn. 80; Hüffer AktG 9. Aufl. § 311 Rn. 51 mwN*).

IV. Der Hilfsantrag der Arbeitgeberin ist nicht zur Entscheidung angefallen. Diese hat zwar in der Anhörung vor dem Senat klargestellt, dass der Antrag für den Fall des Obsiegens gestellt war. Das Arbeitsgericht hat ihn im Tatbestand aufgeführt, jedoch nicht über ihn entschieden. Die Arbeitgeberin hätte danach gemäß dem auch in Beschlussverfahren anwendbaren § 320 Abs. 1 ZPO eine Tatbestandsberichtigung beantragen und anschließend einen Ergänzungsbeschluss (§ 321 Abs. 1 ZPO) beantragen müssen (*BAG 20. April 2010 - 1 ABR 78/08 - Rn. 35, AP GG Art. 5 Abs. 1 Pressefreiheit Nr. 9 = EzA BetrVG 2001*

§ 118 Nr. 9). Dies ist unterblieben. Mit Ablauf der zweiwöchigen Antragsfrist des § 321 Abs. 2 ZPO ist damit die Rechtshängigkeit des Hilfsantrags entfallen.

Schmidt

Koch

Linck

Wisskirchen

Olaf Kunz