

2. ZAAR-Tagung „Arbeitsrecht im Konzern“

Freitag, 10. September 2010



Unter dem Titel „Arbeitsrecht im Konzern“ fand am 10. September 2010 in der Bucerius Law School in Hamburg die nunmehr zweite ZAAR-Tagung statt. Professor Dr. Matthias Jacobs (Bucerius Law School Hamburg) umriß in seiner Begrüßung das Ziel der Tagung, wissenschaftliche Analyse und Lösungsansätze in praktischem Problembewußtsein zu entwickeln und so die sich vielfältig stellenden konzernarbeitsrechtlichen Fragen in ihrer Verflechtung mit dem Gesellschaftsrecht zu erhellen. Die Vorträge befaßten sich also damit, gesellschaftsrechtliche Strukturen und Vorgaben mit dem Arbeitsrecht abzugleichen und so das individuelle wie kollektive Arbeitsrecht im Konzern gesellschaftsrechts- und zivilrechtskonform unter Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Schutzgüter zu gestalten.



I. Konzerndimensionaler Kündigungsschutz

Professor Dr. Georg Caspers (Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg) eröffnete die Tagung mit seinem Vortrag zum konzerndimensionalen Kündigungsschutz. Nachdem Caspers die fehlende gesetzliche Verankerung des Konzernverbundes im Kündigungsschutzgesetz, das betriebs- und unternehmensbezogen ausgerichtet ist, festgestellt hatte, erläuterte er ausführlich die in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansätze zu einem konzernbezogenen Kündigungsschutz. Unabdingbar sei zunächst eine vertragsrechtliche Grundlage, die einen konzernweiten Weiterbeschäftigungsanspruch hergeben müsse. Im weiteren komme es neben einem freien Arbeitsplatz in einem anderen Konzernunternehmen und der Wechselbereitschaft des Arbeitnehmers entscheidend darauf an, ob der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung im Konzern aufgrund seines bestimmenden Einflusses gegenüber den anderen Konzernunternehmen durchsetzen könne. Alternativ komme eine zwischen Arbeitgeber- und Konzernunternehmen vertraglich vereinbarte

Weiterbeschäftigungspflicht in Betracht, so daß auch dann ein konzerndimensionaler Kündigungsschutz eintrete. In einem zweiten Teil beschäftigte sich Caspers speziell mit den Auswirkungen konzerninterner Verlagerungen von Arbeitsaufgaben auf den Kündigungsschutz der daraufhin betriebsbedingt zu kündigenden Arbeitnehmer. Unternehmerische Entscheidungen aufgrund spezifisch konzernbezogener Organisationsinteressen (Konzernrisiko) seien nicht anders zu behandeln als solche aufgrund marktbezogener Interessen. Es bleibe auch hier bei der kündigungsschutzrechtlichen Willkürkontrolle auf Gestaltungsmissbrauch. Auch § 613a BGB biete keinen konzernspezifischen Schutz, so daß – nach Abkehr von „Christel Schmidt“ – reine Funktionsverlagerungen auch zwischen Konzerngesellschaften nicht erfaßt würden. De lege ferenda sprach sich Caspers dafür aus, einen konzerndimensionalen Arbeitnehmerschutz durch Ausweitung des § 613a BGB zu gewinnen, der die Funktionsnachfolge im Konzern als Fall des Betriebsübergangs qualifiziere.



II. Konzerneigene Arbeitnehmerüberlassung

Rechtsanwältin *Dr. Anja Mengel, LL.M.* (Kanzlei Wilmer Hale) trug zum Thema „Konzerneigene Arbeitnehmerüberlassung“ vor. Zu Beginn gab Mengel einen Überblick über die Modelle konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung und deren praktische Relevanz. Entweder könne ein Konzern gem. § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG erlaubnisfrei Arbeitnehmerüberlassung im Konzern betreiben, sofern sie als vorübergehende konzipiert sei. Dieses Modell spiele vor allem im Anschluß an konzerninterne Betriebsübergänge eine Rolle. Oder es könne ein konzerneigenes Verleihunternehmen gegründet werden, das der Erlaubnispflicht unterliege, wenn es zeitlich unbegrenzt Arbeitnehmer an Konzernunternehmen oder sonstige Dritte verleihen wolle. Damit könne mittelfristig unter Umständen eine Tarifabsenkung durch Zeitarbeitsvertrag für die Leiharbeitnehmer erreicht und im übrigen ein flexibler Personaleinsatz ermöglicht werden. Einer konzerneigenen Personaldienstleistungsgesellschaft mit dem Ziel auch dauerhafter konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung stehe das AÜG mit seinen Schutzvorschriften, insbesondere zum „equal pay“-Grundsatz, nicht entgegen, so daß im Gegensatz zu manch anderslautender Stimme in der Instanzrechtsprechung und in der Literatur kein Rechtsmissbrauch vorliege. In diesem Zusammenhang sprach Mengel die sogenannten „Schlecker-Klauseln“ an. Tarifverträge der Zeitarbeitsbranche stellten dadurch sicher, daß Konzerne nicht allein zur Enttariierung der Betriebe mancherlei Umstrukturierungsmaßnahmen vornähmen, um daraufhin durch Konzernleihe das Personal zu günstigeren Konditionen und gegebenenfalls sogar am gleichen Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen. Aufgrund vielfältiger tariflicher Gestaltung und einer vom BMAS anvisierten „lex Schlecker“ sei eine kurzfristige Personalkostenreduzierung durch Konzernleihe also praktisch nicht (mehr) möglich.



III. Betriebsrentenrechtliche Haftung im Konzern vs. Konzernrecht

Nach der Mittagspause trug *Professor Dr. Carsten Schäfer* (Universität Mannheim) zum Thema „Betriebsrentenrechtliche Haftung im Konzern vs. Konzernrecht“ vor. Ausgangspunkt seines Vortrags war die Anpassungsprüfungspflicht nach § 16 BetrAVG. Schäfer stellte klar, daß der bisher vom BAG angenommene Berechnungsdurchgriff im faktischen Konzern durch Aufgabe des „qualifizierten faktischen Konzerns“ überholt sei. Im Vertragskonzern könne der Berechnungsdurchgriff hingegen aufrecht erhalten bleiben, an der Voraussetzung einer konkreten Schädigung der Tochtergesellschaft sei aber unbedingt festzuhalten. Verfehlt sei demgegenüber die vom BAG kreierte Kapitalausstattungspflicht bei Ausgliederung einer Rentengesellschaft bzw. im Falle der Beendigung eines Beherrschungsvertrags mit einer solchen. Die Betriebsrentner würden so von der weiteren wirtschaftlichen Entwicklung ihres Arbeitgebers abgekoppelt. Die durch den Wegfall des Berechnungsdurchgriffs im faktischen Konzern entstandene Lücke könne die Kapitalausstattungspflicht zudem nicht zu schließen. Des Weiteren sei sie dogmatisch unhaltbar, da die vom BAG als Rechtsgrundlage herangezogene arbeitsvertragliche Nebenpflicht nicht das herrschende Unternehmen treffe und eine allgemeine materielle Kapitalisierungspflicht vom Gesellschaftsrecht nicht anerkannt sei. Als alternativen Lösungsansatz schlug Schäfer den Weg über § 826 BGB vor. Führe das herrschende Unternehmen das Unvermögen zur Rentenanpassung planmäßig herbei, sei es zur Anpassung der Betriebsrenten verpflichtet.



IV. Mitbestimmungsvermeidung im Konzern

Zu Beginn ihres Vortrags mit dem Thema „Mitbestimmungsvermeidung im Konzern“ wies *Dr. Gerlind Wisskirchen* (Kanzlei CMS Hasche Sigle) auf die zunehmenden (grenzüberschreitenden) Konzernierungen hin. Dabei würden Tochterunternehmen immer stärker von „oben“ gesteuert. Aus dem Ausland geführten Konzernen liege die deutsche Mitbestimmung indes fern, so daß sich ein Trend abzeichne, die Wahl eines mitbestimmten Aufsichtsrates zu vermeiden. Es gelte also zu verhindern, Schwellenwerte zu überschreiten. Als Möglichkeiten nannte Wisskirchen den Einsatz von Leiharbeitnehmern, die Verlagerung von Wachstum auf Auslandsgesellschaften und Umstrukturierungen. Auch Niederlassungen von ausländischen Gesellschaften könnten genutzt werden. Bei rein (inländischen) Ver-

mögensholdings müsse eine einheitliche Leitung nach § 18 Abs. 1 AktG vermieden werden, da ansonsten die Zurechnung nach § 5 Abs. 1 MitbestG drohe. Stiftungen seien ebenfalls mitbestimmungsfrei, unterlägen aber der staatlichen Aufsicht. Auch in der Kapitalgesellschaft & Co. KG könne Mitbestimmung verhindert werden – insbesondere bei Zerstörung der Mehrheitskongruenz. Viele Möglichkeiten bieten sich auch durch Nutzung ausländischer Gesellschaften, sei es die Holdinggesellschaft mit Sitz im Ausland oder die ausländische Kapitalgesellschaft & Co. KG. Für die SE gelte das SEBG. Bei ihr könne die Mitbestimmung durch Nutzung der Auffanglösung eingefroren werden. Ähnliches ließe sich mit grenzüberschreitenden Verschmelzungen erreichen. Wisskirchen schloß ihren Vortrag mit einem Hinweis darauf, daß von den vielfältigen Möglichkeiten aus steuerlichen Gründen häufig nur wenige Optionen tatsächlich in Betracht kommen.



V. Normativer und schuldrechtlicher Konzerntarifvertrag – Gestaltungsformen einer Tarifbindung im Konzern

Der Vortrag von *Dr. Clemens Höpfner* (Universität zu Köln) befaßte sich mit dem Thema „Normativer und schuldrechtlicher Konzerntarifvertrag – Gestaltungsformen einer Tarifbindung im Konzern“. Höpfner begann mit der selbstverständlichen Feststellung, daß der Konzern als solcher nicht tariffähig sei. Nichtsdestotrotz schließe dies eine konzern-einheitliche Tarifbindung auf Arbeitgeberseite nicht aus. So könne ein „Konzerntarifvertrag“ durch Stellvertretung beim Vertragsschluß oder durch inhaltsgleiche Tarifabschlüsse erreicht werden. Im ersten Fall müsse das Offenkundigkeitsprinzip gewahrt werden und für eine Vertretungsbefugnis der Konzernobergesellschaft gesorgt werden. Strebe man inhaltsgleiche Tarifabschlüsse an, müsse man zwischen rechtlich selbständigen Tarifverträgen und Einheitstarifvertrag unterscheiden. Neben dem Konzerntarifvertrag könne der Konzern aber auch einen „Konzern-Arbeitgeberverband“ gründen. Nicht empfehlenswert sei hingegen eine konzern-einheitliche schuldrechtliche Tarifbindung durch arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den von der Konzernobergesellschaft abgeschlossenen Tarifvertrag. Da auf einen fachfremden Tarifvertrag verwiesen werde, gelte die Richtigkeitsgewähr insofern nicht und die Inhaltskontrolle durch die Arbeitsgerichte sei eröffnet. Zuletzt wies Höpfner auf die Schwierigkeiten auf Arbeitnehmerseite hin. Da sich bei den (DGB-)Gewerkschaften die Tarifzuständigkeit nach der Branchenzugehörigkeit richte, sei es kaum möglich, branchenübergreifende Konzerntarifverträge mit nur einer Gewerkschaft zu schließen.

Bei der Verabschiedung zog Professor Dr. Matthias Jacobs ein positives Fazit und bedankte sich bei den Referenten und den zahlreichen Teilnehmern für die gelungene

Veranstaltung. Dem schloß sich Professor Dr. Richard Giesen (ZAAR) an und wies noch auf das 7. Ludwigsburger Rechtsgespräch hin, welches am 19. November 2010 im Nestor Hotel Ludwigsburg zum Thema „Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung“ stattfinden wird. Über die Vorträge und Diskussionen der 2. ZAAR-Tagung erscheint ein Tagungsband in der ZAAR-Schriftenreihe.

Christina Heinz, Stephan Serr
Wissenschaftliche Mitarbeiter