

# Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

## NZA 20/2010

28. Oktober 2010 · 27. Jahrgang · Seite 1145–1200



In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von:

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Rechtsanwalt, Stuttgart – Prof. Dr. Johannes Peter Francken, Präsident des LAG Baden-Württemberg, Stuttgart – Edith Gräfl, Vorsitzende Richterin am BAG, Erfurt – Dr. Thomas Klebe, Justitiar der IG Metall, Frankfurt a. M. – Wolfgang Koberski, Vorstand bei den Sozialkassen des Baugewerbes, Wiesbaden – Prof. Dr. Eckhard Kreßel, Leiter Personal- und Arbeitspolitik der Daimler AG, Stuttgart – Prof. Dr. Klaus Neef, Rechtsanwalt, Hannover – Prof. Dr. Ulrich Preis, Universität zu Köln – Prof. Dr. Reinhard Richardi, Universität Regensburg – Prof. Dr. Volker Rieble, München – Ingrid Schmidt, Präsidentin des BAG, Erfurt – Prof. Dr. Klaus Schmidt, Präsident des LAG Rheinland-Pfalz a. D., Heidelberg – Prof. Dr. Achim Schunder, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Hans Joachim Spiegelhalter, Geschäftsführer Personal der Buderus Heiztechnik GmbH a. D., Wetzlar – Prof. Dr. Ulrike Wendeling-Schröder, Universität Hannover – Prof. Dr. Hellmut Wißmann, Präsident des BAG a. D., Erfurt

Schriftleitung: Prof. Dr. Klaus Schmidt, Hans Joachim Spiegelhalter und Prof. Dr. Achim Schunder,  
Beethovenstr. 7b, 60325 Frankfurt a. M.

## Aufsätze und Berichte

Professor Dr. Volker Rieble, München\*

### Betriebsführungsvertrag als Gestaltungsinstrument

Der Betriebsführungsvertrag ist ein rechtliches Gestaltungsmittel, das bislang wirtschaftliche und steuerrechtliche Bestimmungsgründe bedient. Dem Arbeitsrechtler ist er weit hin unbekannt, obschon er einen neuen Weg zur Restrukturierung von Unternehmen bietet (gerade vor dem Hintergrund steuerlicher oder vermögensrechtlicher Schwierigkeiten). Der Betriebsführungsvertrag trennt die Belegschaft von den Betriebsmitteln. Zudem weist er gerade für den Arbeitgeber interessantes taktisches Potenzial auf. Der Beitrag stellt das Instrument und Anwendungsmöglichkeiten aus arbeitsrechtlicher Sicht vor.

#### I. Vertrags- und unternehmensrechtliche Einordnung

##### 1. Vertragsinhalt

Der Betriebsführungsvertrag verpflichtet und berechtigt den Betriebsführer (oder die Betriebsführungsgesellschaft) dazu, „die Betriebsführung“ für das eigentliche Trägerunternehmen zu leisten. Dieses wird gern als „Eigentümergeinschaft“ bezeichnet; doch ist zivilrechtliches Eigentum nicht erforderlich. Es genügen die Verfügungsrechte über die Betriebsmittel. Auch der Pächter kann die Betriebsführung fremdvergeben. In der Praxis hat sich dieser Vertragstyp für zwei Fälle besonders etabliert: Mit Hotelführungsverträgen beauftragt der Eigentümer (oder bisherige Hotelier) einen Betreiber damit, das Hotel für ihn zu führen<sup>1</sup>. So gehört das Hotel Obersalzberg dem Freistaat Bayern, der die Hotelkette Interconti mit der Bewirtschaftung beauftragt hat. Zweiter praktisch wichtiger

Fall sind Bereederungsverträge, mit denen der Eigner von Seeschiffen oder Flugzeugen einen Reeder damit beauftragt, das Transportgeschäft für ihn zu führen<sup>2</sup>.

Vertragsgegenstand ist also diejenige Managementleistung, die der Vorstand oder die Geschäftsführung des Unternehmens sonst selbst erbringt<sup>3</sup>. Diese Managementleistung kann ohne Weiteres fremdvergeben werden. Der Betriebsführungsvertrag muss dabei auch nicht notwendig die Geschäftsführung insgesamt umfassen, sondern kann sich auch auf Ausschnitte beschränken. Aus personalwirtschaftlicher Sicht handelt es sich um „Outsourcing von Personalfunktionen“<sup>4</sup> und gegebenenfalls weiterer Unternehmensfunktionen.

Diese Ausrichtung auf Geschäftsbesorgung unterscheidet den Betriebsführungsvertrag von der – im Übrigen ähnlichen – Betriebspacht. Die Betriebspacht ist ein Gebrauchsüberlassungsvertrag, bei dem der Betrieb zum Pächter kommt; der Betriebsführungsvertrag ist ein Geschäftsbesorgungsvertrag, bei dem der Betriebsführer zum Betrieb kommt. Auch Lea-

\* Der Autor ist Direktor des ZAAR und Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität in München.

1 Dazu BGH (5. 10. 1981), NJW 1982, 1817 – Holiday Inn; vgl. auch den Sachverhalt OLG Stuttgart, Urte. v. 15. 1. 2008 – 12 U 75/07, BeckRS 2010, 65284.

2 Vgl. §§ 492 ff. HGB und BGH (19. 3. 2009), NZA 2009, 848; BAG (2. 3. 2006), NZA 2006, 1105.

3 Altmeyden, in: MünchKomm-AktG, 3. Aufl. (2010), § 292 Rdnrn. 107, 143 f.; Weißmüller, BB 2000, 1949 (1951).

4 Alewell/Hauff, WSI 2008, 492.

singverträge über Flugzeuge mit Personal sind bloße Gebrauchsüberlassung<sup>5</sup>. Ähnlich ist auch das Franchising, doch agiert der Franchisenehmer als selbständiger Unternehmer im Eigeninteresse; er ist nicht auf das Interesse des Franchisegebers als Geschäftsherrn verpflichtet. Der Franchisenehmer darf bestimmte Markenrechte und Know-How des Gebers für sich nutzen. Der Betriebsführer dagegen agiert im Fremdinteresse des Eigners, führt dessen Geschäfte. Der Betriebsführungsvertrag ist also Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB<sup>6</sup>. Als Geschäftsbesorgungsvertrag erfolgt der Betriebsführungsvertrag auf Rechnung des Eigentümers. Ihm sind erzielte Überschüsse herauszugeben; er hat die (erforderlichen) Aufwendungen zu ersetzen, § 675 i. V. mit §§ 667, 670 BGB.

## 2. Echter und unechter Betriebsführungsvertrag

Die Literatur unterscheidet sorgsam zwischen dem „echten“ und dem „unechten“ Betriebsführungsvertrag: Beim echten Betriebsführungsvertrag agiert der Betriebsführer im fremden Namen der Besitz- oder Eigentümergesellschaft. Deswegen ist aus allen Rechtsgeschäften nur jene berechtigt und verpflichtet. Die Betriebsführergesellschaft hat in diesem Fall eine dem leitenden Angestellten vergleichbare Stellung inne – mit dem Unterschied, dass (typischerweise) eine juristische (AG, GmbH) statt einer natürlichen Person tätig wird<sup>7</sup>.

Beim unechten oder atypischen Betriebsführungsvertrag hingegen agiert der Betriebsführer in eigenem Namen, wird also nach außen selbst rechtsgeschäftlich berechtigt oder verpflichtet – agiert nach innen aber immer noch für Rechnung des Eigentümerunternehmens. Das heißt auch: Nach außen haftet die Betriebsführungsgesellschaft für von ihr eingegangene Rechtsgeschäfte mit Dritten – und trägt damit das Insolvenzrisiko der Eigentümergesellschaft insofern, als der Rückgriff scheitern kann. Auf der anderen Seite haftet den externen Vertragspartnern nur die Betriebsführungsgesellschaft. Der Hinweis von *Huber* auf die frühere Autokran-Entscheidung des *BGH*<sup>8</sup> ist mit der neuen Trihotel-Doktrin<sup>9</sup> überholt.

Wie weit freilich diese „Außenfunktion“ des Betriebsführers im unechten Betriebsführungsvertrag reicht, hängt davon ab, welche Unternehmensfunktionen ihm konkret übertragen werden – ob nur die Produktion und die Personalfunktion oder auch Einkauf und Vertrieb und ob dies einheitlich für das ganze Unternehmen, einzelne Betriebe oder auch nur Betriebsteile erfolgt. Insofern ist die Vertragsgestaltung frei. Der Eigner kann insbesondere verschiedene Betriebsführer für verschiedene Unternehmensbereiche einsetzen – und auf diese Weise eine Divisionalisierung betreiben<sup>10</sup>, also eine Spartenorganisation über gesonderte Vertragsarbeitgeber richten.

## 3. Grenze: Schutz der Unternehmerfreiheit

Der Betriebsführungsvertrag, mit dem sich ein Eigentümerunternehmen einem Betriebsführer ausliefert, kann erheblichen Bedenken begegnen – weil der Betriebsführer letztlich die Unternehmensherrschaft an sich reißen kann. Dazu sind verschiedene Aspekte zu bedenken:

Aus der Holiday-Inn-Entscheidung des *BGH* folgt, dass sich ein Unternehmen nicht auf Dauer (im Fall: 50 Jahre) unwiderrufliche Generalvollmacht ausbedingen kann, um das fremde Unternehmen zu führen. Das führt zu umfassender Beherrschung, beseitigt die Privatautonomie des Eigentümers und ist allenfalls unter den Voraussetzungen eines echten Beherrschungsvertrags und zu Lasten einer juristischen Person (nie aber einer Personengesellschaft oder eines Einzelun-

ternehmens) nach § 291 AktG zulässig, im Übrigen aber sittenwidrig i. S. von § 138 I BGB<sup>11</sup>.

Bei konzernverbundenen Unternehmen schafft der Beherrschungsvertrag gerade die Möglichkeit, dass sich ein Unternehmen der Herrschaft eines anderen unterstellt – um den Preis insbesondere des Verlustausgleichs. Insofern kommt es darauf an, ob der konkrete Betriebsführungsvertrag das Eigentümerunternehmen so weitgehend unter den Willen des Betriebsführers stellt (insbesondere mit „unwiderruflicher Generalvollmacht“), dass die Intensität eines Beherrschungsvertrags erreicht wird. Dann ist der Betriebsführungsvertrag nur in Verbindung mit einem förmlichen Beherrschungsvertrag nach § 291 I AktG – also unter Zustimmung der Hauptversammlung (§§ 293 ff. AktG) und förmlicher Eintragung ins Handelsregister (§ 294 AktG) – zulässig, aber als „isolierter Betriebsführungsvertrag“ unzulässig<sup>12</sup>.

Daneben stellt sich die Frage, ob ein Betriebsführungsvertrag, der nicht diese Intensität der „totalen“ Beherrschung erreicht, § 292 AktG unterfällt und deshalb ebenfalls dem Regime der Unternehmensverträge untersteht<sup>13</sup>. Insofern diagnostiziert die herrschende Meinung richtig, dass der Betriebsführungsvertrag kein Fall der Betriebsüberlassung nach § 292 I Nr. 3 Alt. 2 AktG ist – will aber § 292 gleichwohl „analog“ anwenden<sup>14</sup>. Erforderlich ist deshalb die Zustimmung der Haupt-/Gesellschafterversammlung, Schriftform und Eintragung in das Handelsregister (§§ 293, 298 AktG).

Die konkrete Prüfung hängt also entscheidend davon ab, wie breit die Geschäftsführungsbefugnis ausgestaltet ist – und wie intensiv die Führungsbefugnis ausgestaltet ist.

## II. Arbeitsrechtliche Folgen

### 1. Individualrechtliche Arbeitgeberstellung (§ 613 a BGB)

a) *Echte Betriebsführung*. Bei Abschluss eines echten Betriebsführungsvertrags bleibt die Eigentümergesellschaft Vertragsarbeitgeber ihrer Arbeitnehmer, weil der Betriebsführer

- 5 Vgl. *BAG* (17. 2. 1993), *BAGE* 72, 255 = *NZA* 1993, 1125.
- 6 Allgemein zu Betriebsführungsverträgen *Gefßler*, in: *Festschr. f. Hefermehl*, 1976, S. 263 ff.; *U. Huber*, *ZHR* 152 (1988), 1 ff.; *ders.*, *ZHR* 152 (1988), 123 ff.; *Veelken*, *Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und KonzernR*, 1975.
- 7 Zutreffend *Windbichler*, *ArbR im Konzern*, 1989, S. 351 f.
- 8 *Huber*, *ZHR* 152 (1988), 156.
- 9 *BGH* (16. 7. 2007), *BGHZ* 173, 246 = *NJW* 2007, 2689 – Trihotel; dazu statt aller *Habersack*, *ZGR* 2008, 533; weiter *BGH* (9. 2. 2009), *BGHZ* 179, 344 = *NJW* 2009, 2127 – Sanitary.
- 10 *Huber*, *ZHR* 152 (1988), 156 ff. mit einem instruktiven Beispiel aus der seinerzeitigen *AEG* S. 149 f.
- 11 Dazu *BGH*, *NJW* 1982, 1817 – Holiday Inn, der den Vertrag aber insofern bestätigt hat, als die konkrete Organstellung des Komplementärs der Eigentümergesellschaft nicht beeinträchtigt worden war; *OLG München* (7. 3. 1986), *ZIP* 1987, 849: formularfestes Kündigungsrecht des Eigentümers aus § 627 BGB; hierzu eingehend *Windbichler*, *ZIP* 1987, 825; *Huber*, *ZHR* 152 (1988), 1 ff.; *Altmeyen*, in: *MünchKomm-AktG* (o. Fußn. 3), § 292 Rdnrn. 153 f.
- 12 Näher zum „kombinierten“ Betriebsführungs- und Beherrschungsvertrag *Altmeyen*, in: *MünchKomm-AktG* (o. Fußn. 3), § 292 Rdnr. 155 a. E., 158 f., 166; zu weit geht: *Huber*, *ZHR* 152 (1988) 140 f., der jeden (isolierten) Betriebsführungsvertrag als notwendigen (und dann gegebenenfalls unzulässigen) Beherrschungsvertrag ansieht. Hiergegen *Oetker*, *GK-AktG*, 4. Aufl. (1999), § 5 MitbestG Rdnr. 39.
- 13 Womit aber das Problem der Beherrschung nicht aus der Welt ist, *Altmeyen*, in: *MünchKomm-AktG* (o. Fußn. 3), § 292 Rdnrn. 132 ff.
- 14 Näher *Altmeyen*, in: *MünchKomm-AktG* (o. Fußn. 3), § 292 Rdnrn. 148 f.; *Schmidt/Lutter*, *AktG*, 2007, § 292 Rdnr. 35; *Huber*, *ZHR* 152 (1988), 33; *Oesterreich*, *Die Betriebsüberlassung zwischen Vertragskonzern und faktischem Konzern*, 1979, S. 53 f.; *Ulmer/Habersack/Henssler*, *MitbestimmungsR*, 2. Aufl. (2006), § 5 Rdnr. 32 und schon *Veelken* (o. Fußn. 6), S. 245, der aber phänotypisch davon ausgeht, dass stets alle Geschäfte dem Betriebsführer übertragen werden.

in ihrem Namen handelt<sup>15</sup>. Vertragsrechte, insbesondere das Direktionsrecht übt der Betriebsführer in diesem Fall als Generalbevollmächtigter im Namen der Eigentümergesellschaft aus<sup>16</sup>. Neue Arbeitnehmer stellt die Betriebsführungsgesellschaft im Namen des Eigentümers ein<sup>17</sup>.

b) *Unechter Betriebsführungsvertrag*. Verwendet der Betriebsführer zusätzlich oder ausschließlich eigene Arbeitnehmer, ist er von vornherein deren Arbeitgeber. In diesem Fall wird regelmäßig ein unechter Betriebsführungsvertrag geschlossen<sup>18</sup>. Die zuvor mit der Eigentümergesellschaft bestehenden Arbeitsverhältnisse gehen bei Abschluss eines unechten Betriebsführervertrags gem. § 613 a I 1 BGB auf den Betriebsführer über, da der in eigenem Namen handelnde Betriebsführer diejenige Leitungsmacht ausübt, auf die es nach § 613 a I 1 BGB ankommt – also wird er Betriebsinhaber<sup>19</sup>. Das hat die Rechtsprechung gerade für die „Neubereederung“ – also den Wechsel des Betriebsführers – schon entschieden.

Das heißt wiederum, dass die Arbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Betriebsführer nach § 613 a VI BGB widersprechen können. Geschieht das massenhaft, ist das Konzept der Belegschaftsüberleitung gescheitert – weil das Konzept des BAG, im Einzelfall die Rechtsmißbräuchlichkeit des Kollektivwiderspruchs abwägend festzustellen, zuviel Rechtsunsicherheit bringt und weil der Eigner als Veräußerer faktisch nicht in der Lage ist, auf einen Massenwiderspruch mit einer betriebsbedingten Massenkündigung zu antworten<sup>20</sup>.

c) *Typengemischte Strategien*. Die Vertragsgestaltung muss nicht einheitlich erfolgen. Ob der Betriebsführer in eigenem oder fremdem Namen auftritt, kann grundsätzlich von Arbeitsverhältnis zu Arbeitsverhältnis unterschiedlich gehandelt werden und auch im Zeitablauf wechseln. So läuft eine „vorsichtige“ Strategie darauf hinaus, den Betriebsführer zuerst „versuchshalber“ in fremdem Namen agieren zu lassen und später auf die unechte Betriebsführung umzusteigen – durch schlichte Vertragsänderung.

Eine „vertikale Teilung“ kann auch mitten durch die Belegschaft gehen: So kann der Betriebsführer zunächst nur Betriebsteile in eigenem Namen führen oder „eigene“ Arbeitsverträge nur mit neu eingestellten Mitarbeitern schließen. Da er den Betrieb aber einheitlich, wenn auch teils in eigenem und teils in fremdem Namen führt, wird so ein Gemeinschaftsbetrieb i. S. von § 1 I 2 BetrVG begründet: Der Betriebsführer und der Eigner leiten gemeinsam die betriebsverfassungsrechtliche Arbeitsorganisation. Vermeiden lässt sich das nur, wenn die betriebsverfassungsrechtlichen Einheiten jeweils nur einem Arbeitgeber zugeordnet sind. Dazu lassen sich erforderlichenfalls auch Betriebsteile verselbständigen – durch eine eigenständige Leitungsmacht in den zentralen betriebsverfassungsrechtlichen Fragen.

Das eigentliche Problem einer vertikalen Belegschaftsteilung liegt in der Handhabung: Der Betriebsführer muss jeweils deutlich machen, ob er in eigenem Namen oder in dem des Eigners handelt. Dazu genügt es aber schon, wenn alle statusrelevanten Änderungen im Arbeitsverhältnis gemäß dem Offenkundigkeitsprinzip dem jeweiligen Vertragsarbeitgeber zugeordnet werden; keinesfalls muss der Betriebsführer bei jeder Arbeitsweisung („Hau Ruck“) sagen, für wen er gerade handelt.

Dass der Zweifel für ein Eigengeschäft des Handelnden spricht, § 164 II BGB, wird traditionell dadurch aufgelockert, dass unternehmensbezogene Geschäfte erkennbar mit

dem abgeschlossen werden sollen, den es angeht, also mit dem Geschäftsinhaber<sup>21</sup>. Das wiederum heißt erstens: Solange der Betriebsführer nicht offen in eigenem Namen auftritt, wird sein Handeln dem Eigner als bisherigem „Geschäftsinhaber“ zugerechnet. Die Arbeitnehmer brauchen sich ohne Information (vgl. § 613 a V BGB) nicht auf einen anderen Arbeitgeber als Geschäftsinhaber einzustellen. Sobald aber der Betriebsführer in eigenem Namen auftritt, ist grundsätzlich er der „erkennbare Geschäftsinhaber“ und braucht nicht stets sein Handeln als Eigengeschäft herauszustellen.

d) *Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung*. Der Betriebsführungsvertrag als solcher ist niemals Arbeitnehmerüberlassung. Denn diese zeichnet sich dadurch aus, dass der Vertragsarbeitgeber einem Dritten Arbeitskräfte überlässt, die dieser nach seinen eigenen betrieblichen Erfordernissen in seinem Betrieb nach seinen Weisungen einsetzt. Handelt der Betriebsführer im Namen des Eigners, werden ihm dessen Arbeitskräfte nicht überlassen. Nicht die Arbeitnehmer kommen zum Betriebsführer; es ist umgekehrt<sup>22</sup>. Der Entleiher übt das Direktionsrecht im eigenen Namen aus eigenem Recht aus. Beim unechten Betriebsführungsvertrag fehlt es an der Überlassung, weil es zum Arbeitgeberwechsel kommt: Der Betriebsführer wird Vertragsarbeitgeber. Es fehlt jeder Dritte. Damit ist die Betriebsführung auch eine Gestaltungsoption, um gegenwärtigen und künftigen Restriktionen der Zeitarbeit zu entkommen. So ist die konzerninterne Betriebsführung insbesondere eine Alternative zur konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung durch Personalführungsgesellschaften.

e) *Kündigungsrechtliche Folgen einer Arbeitgebertrennung*. Der Kündigungsschutz ist nur mittelbar betroffen: Die betriebsbezogene Sozialauswahl verengt sich, wenn Teilbetriebe verselbständigt werden. Vor allem aber können Arbeitnehmer sich außerhalb der Sozialauswahl stets nur auf freie Arbeitsplätze bei gerade ihrem Unternehmen berufen. Eine Weiterbeschäftigungspflicht im Konzern gibt es nicht.

## 2. Mitbestimmung

a) *Betriebliche Mitbestimmung*. Für die betriebliche Mitbestimmung ergeben sich keine Unterschiede zu traditionellen

15 *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG (o. Fußn. 3), § 292 Rdnr. 145; *Oetker* (o. Fußn. 12), § 5 MitbestG Rdnr. 39; MünchArbR/*Richardi*, 3. Aufl. (2009), § 23 Rdnr. 15; *Rüthers*, BB 1977, 605 (608); *Ulmer/Habersack/Henssler* (o. Fußn. 14), § 5 MitbestG Rdnr. 30; *Windbichler* (o. Fußn. 7), S. 351; ausführlich *Zöllner*, ZfA 1983, 93 (94 ff.); a. A. *Fabricius*, GK-Mitbestimmungsgesetz, 1976, S. 49 ff.; *Birk*, ZGR 1984, 23 (48 f.); („doppelte“ Arbeitgeberstellung).

16 *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG (o. Fußn. 3), § 292 Rdnr. 145; *Fenzl*, Betriebspacht-, Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge in der Konzernpraxis, 2007, Rdnr. 488; *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (8); MünchArbR/*Richardi* (o. Fußn. 15), § 23 Rdnr. 15; *Zöllner*, ZfA 1983, 93 (94); a. A. *Fabricius* (o. Fußn. 15), S. 49 ff.; in der Tendenz auch *Birk*, ZGR 1984, 23 (48 f.).

17 Vgl. §§ 492 ff. HGB und *BGH* (19. 3. 2009), NZA 2009, 848; *BAG* (2. 3. 2006), NZA 2006, 1105.

18 *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG (o. Fußn. 3), § 292 Rdnr. 145; *Huber*, ZHR 152 (1988), 1 (35).

19 *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG (o. Fußn. 3), § 292 Rdnr. 145; *Fenzl* (o. Fußn. 16), Rdnr. 489; *Huber*, ZHR 152 (1988), 123 (155); MünchArbR/*Richardi* (o. Fußn. 15), § 23 Rdnr. 16; *Weißmüller*, BB 2000, 1949 (1951, 1953).

20 Zum kollektiven Widerspruch *BAG* (30. 9. 2004), NZA 2005, 43; *Rieble*, NZA 2005, 1; MünchArbR/*Wank* (o. Fußn. 15), § 102 Rdnr. 106; weiter zum Rechtsmißbrauch *BAG* (19. 2. 2009), NZA 2009, 1095.

21 *Staudinger/Schilken*, BGB, 2009, § 164 Rdnr. 20.

22 MünchArbR/*Richardi* (o. Fußn. 15), § 23 Rdnr. 15; ebenso *Zöllner*, ZfA 1983, 93 (97 f.); a. A. *Fabricius* (o. Fußn. 15), S. 49 ff.

Restrukturierungen<sup>23</sup>: Betriebsräte bleiben im Amt, solange die Betriebsidentität gewahrt bleibt. Werden Teilbetriebe dem (unechten) Betriebsführer übertragen, kommt eine außerplanmäßige Neuwahl mit flankierendem Übergangsmandat in Betracht. Der Betriebsübergang selbst ist keine Betriebsänderung und löst also auch keine Mitwirkungsrechte nach §§ 111 f. BetrVG aus. Der Betriebsteilübergang dagegen schon.

Durch die Veränderung der Unternehmensträgerstruktur können Gesamtbetriebsräte entfallen; stattdessen ist innerhalb des Konzerns ein Konzernbetriebsrat möglich – übrigens auch dann, wenn die Konzernspitze auf natürlichen Personen oder einer Personengesellschaft besteht. Durch Verlagerung dieser Konzernspitze ins Ausland lässt sich auch dem entgegen<sup>24</sup>. In jedem einzelnen Unternehmen ist ab 100 Arbeitnehmern ein Wirtschaftsausschuss zu bilden.

Eine gewisse Qualitätsminderung erfährt die betriebliche Mitbestimmung, weil der Betriebsführer als Geschäftsbesorger den Weisungen des Eigners als Geschäftsherrn unterstellt ist, § 665 BGB. Damit lässt sich zwar die Mitbestimmung nicht aushebeln, weil Weisungen des Auftraggebers, die auf ein mitbestimmungswidriges Verhalten des Betriebsführers zielen, gegen das Betriebsverfassungsgesetz als gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) verstoßen. Doch lässt das BetrVG grundsätzlich keinen Direktkontakt des Betriebsrats mit einem einflussberechtigten Dritten zu, weil dessen Teilrechtsfähigkeit auf den betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeber begrenzt ist. Damit wird – wie von der Unternehmensmitbestimmung von Töchtern ausländischer Mütter bekannt – der Mitbestimmungseinfluss jedenfalls faktisch reduziert.

b) *Unternehmensmitbestimmung*. Die Aufteilung der Belegschaft eines Unternehmens auf mehrere selbständige Rechtsträger wird traditionell auch zur Vermeidung der Unternehmensmitbestimmung oder der Milderung von der paritätischen Mitbestimmung zur Drittelbeteiligung eingesetzt. Verteilt man die Unternehmensbelegschaft auf mehrere Rechtsträger, die den Schwellenwert von 2 000 oder 500 Arbeitnehmern nicht erreichen und vermeidet man Zurechnungstatbestände – so wird Unternehmensmitbestimmung vermieden. Dabei spielen zwei zentrale Aspekte eine Rolle:

Erstens muss der Betriebsführungsvertrag dafür sorgen, dass die Arbeitnehmer von der Besitzgesellschaft auf die Betriebsführungsgesellschaft übergehen. Denn nur dann kommt es zur gewünschten Aufspaltung der Gesamtbelegschaft auf mehrere selbständige Rechtsträger. Rechtstechnisch kann dies durch einen Betriebsübergang geschehen; ebenso aber auch durch eine Unternehmensspaltung nach dem UmwG (die ihrerseits § 613 a BGB wegen § 324 UmwG beachten muss). Deswegen muss die Betriebsführungsgesellschaft die betriebliche Leitungsmacht in eigenem Namen ausüben – also ist ein atypischer (unechter) Betriebsführungsvertrag zu wählen.

Zweitens darf die einmal herbeigeführte Belegschaftsaufspaltung (unter einen mitbestimmungskritischen Wert) nicht wiederum durch eine Konzernzurechnung nach § 5 MitBestG kompensierend überwunden werden. Da § 5 I MitBestG ausweislich seines Eingangssatzes nur auf den Über-Unterordnungskonzern des § 18 I AktG anwendbar ist, scheidet nach allgemeiner Ansicht eine Konzernzuordnung im Gleichordnungskonzern des § 18 II AktG aus. Daraus folgt: Betriebsführungsgesellschaft einerseits und die Eigentümergesellschaft können mitbestimmungsneutral im Gleichordnungskonzern verbunden sein (so dass dieselben Eigner beide Gesellschaften besitzen – solange die Eigner nur selbst nicht

mitbestimmt sind, insbesondere weil sie als Personengesellschaft oder Stiftung rechtsformbedingt mitbestimmungsfrei sind). Zugleich aber darf keine so intensive Beherrschung stattfinden, dass über § 18 I 2 AktG eine Konzernierung begründet wird. Mithin kommt es darauf an, dass ein Betriebsführungsvertrag gewählt wird, der nicht in eine Beherrschung mündet. Das ist nach dem oben (I 3) Gesagten mit dem einfachen Betriebsführungsvertrag möglich. Die Praxis empfiehlt hierzu, im Betriebsführungsvertrag ausdrücklich aufzunehmen, dass dem weisungsgebundenen Betriebsführer lediglich die laufende Geschäftsführung übertragen wird. Unberührt bleibt so das Recht des Vorstands der Eigentümergesellschaft, kraft Betriebsführungsvertrags die Grundfragen der Unternehmenspolitik zu entscheiden und deren Durchführung durch den Betriebsführer zu überwachen. Eben dieses Weisungsrecht folgt aber schon aus dem Geschäftsbesorungsvertrag<sup>25</sup>.

Das heißt: Der bloße (isolierte) Betriebsführungsvertrag nach § 292 AktG führt nicht zu einer Arbeitnehmerzurechnung – weder von der Eigentümergesellschaft zur Betriebsführungsgesellschaft noch umgekehrt. Die Arbeitnehmer der Eigentümergesellschaft zählen für die Unternehmensmitbestimmung nicht zu den Arbeitnehmern der Betriebsführungsgesellschaft<sup>26</sup>.

Auch eine Zurechnung über § 5 I 1 MitBestG findet grundsätzlich nicht statt (wenn nicht zugleich eine Beherrschung nach § 18 I AktG begründet ist)<sup>27</sup>. Eine analoge Anwendung von § 5 I MitBestG scheidet von vornherein aus, schon weil es an der Regelungslücke fehlt<sup>28</sup>. Auch die neuerdings offensiver vertretene Analogie zu § 5 III MitBestG<sup>29</sup> helfe hier der Mitbestimmung nicht, weil sie keine horizontale Arbeitnehmerzurechnung erlaubt, sondern allenfalls eine vertikale – und nur den Rechtsträger, bei dem der Aufsichtsrat zu bilden ist, verschiebt.

Nur eine Gefahr ist zu bedenken: Wenn der Betriebsführer gemeinsam entweder mit dem Eigner oder auch anderen Betriebsführern einen Gemeinschaftsbetrieb im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne führt, so droht nach einer starken Meinung die wechselseitige Zurechnung der Arbeitnehmer für die Unternehmensmitbestimmung<sup>30</sup>, auch wenn die betriebsverfassungsrechtliche Zusammenarbeit zweier Arbeitgeber überhaupt nichts mit der mitbestimmten Unternehmenspolitik zu tun hat und das MitBestG selbst bei intensivster Zusammenarbeit im Gleichordnungskonzern des § 18 II AktG die Zurechnung versagt<sup>31</sup>. Doch genügt schon die

23 Umfassend: *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 3. Aufl. (2008), Abschnitte C (*Schweibert*) und D (*Hohenstatt*).

24 BAG (14. 2. 2007), BAGE 121, 212 = NZA 2007, 999. Dazu *Bachmann*, RdA 2008, 107 (108).

25 *Weißmüller*, BB 2000, 1949 (1950); so auch *Ulmer/Habersack/Henssler* (o. Fußn. 14), § 5 Rdnr. 32 und *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-KonzernR., 5. Aufl. (2008), § 292 AktG Rdnr. 57.

26 *Oetker* (o. Fußn. 12), § 5 MitBestG Rdnr. 39.

27 *Rüthers*, BB 1977, 605; So im Kern auch *Ulmer/Habersack/Henssler* (o. Fußn. 14), § 5 MitBestG Rdnrn. 31 ff.; die dort genannten Konstellationen betreffen nur den Fall, dass ein Unternehmen zugleich einen Beherrschungs- oder Betriebsführungsvertrag abschließt.

28 *Ulmer/Habersack/Henssler* (o. Fußn. 14), § 5 MitBestG Rdnr. 32; a. A. nur *Fabricius* (o. Fußn. 15), S. 78 ff.

29 OLG Frankfurt a. M. (21. 4. 2008), NJOZ 2010, 1094 = ZIP 2008, 880; dazu *Walk/Burger*, RdA 2009, 373.

30 Etwa *Thüsing/Forst*, in: Festschr. f. Kreuzt, 2010, S. 867 ff. mit Blick auf die betriebsverfassungsrechtliche Zurechnung für Wirtschaftsausschuss BAG (1. 8. 1990), NZA 1991, 643. So auch *LG Hamburg* (21. 10. 2008), ZIP 2008, 2364 = BeckRS 2009, 07094.

31 Richtig deshalb die Gegenauffassung *Hohenstatt/Schramm*, NZA 2010, 846; *Zöllner*, in: Festschr. f. Semler, 1993, S. 995 (1012 f.); *Oetker* (o. Fußn. 12), § 3 MitBestG Rdnr. 6 jew. m. w. Nachw.

Rechtsunsicherheit, um einen entsprechenden Abschreckungseffekt auszulösen. Auf das vorrangige Statusverfahren vor dem LG<sup>32</sup> wird es kaum ein Unternehmen ankommen lassen wollen.

### 3. Tarifrecht

Der in eigenem Namen handelnde Betriebsführer ist entweder kraft eigener Mitgliedschaft oder über § 613 a I 2 BGB und zusätzlich über die auf ihn übergegangenen Bezugnahmeklauseln weiterhin an die Tarifverträge der Branche des bisherigen Eigners gebunden – letzteres für Bezugnahmeklauseln nach der Schuldrechtsreform auch dynamisch<sup>33</sup>. Insofern ist der unechte Betriebsführungsvertrag auch nur begrenzt taugliches Mittel zur Flucht aus dem Haustarifvertrag.

Die (unechte) Betriebsführung führt auch nicht aus dem Geltungsbereich der Branchentarifverträge heraus. Während die Arbeitnehmerüberlassung eine eigene Branche mit eigenen Tarifverträgen und eigenem Geltungsbereich ist (so dass man auch in die Zeitarbeit fliehen kann), wird der Betriebsführer als Arbeitgeber grundsätzlich in der bisherigen Branche tätig. Eine kleine Ausnahme gilt für die branchenfremden Hilfs- und Nebenbetriebe, die durch die Verselbständigung aus dem Geltungsbereich herauswandern können. Aber darin liegt kein Unterschied zur traditionellen Ausgliederung.

Ein Sonderfall ist zu bedenken: Arbeitet der Betriebsführer auf reiner Kostenerstattungsbasis – führt er also die Erträge nach § 667 BGB ab und lässt er sich die Aufwendungen nach § 670 BGB erstatten, ohne eine eigene Gewinnmarge zu beanspruchen, so fehlt die Gewinnerzielungsabsicht. Damit aber fehlt es an der Gewerbsmäßigkeit (weil Kostendeckung nicht genügt), womit für einen solchen Betriebsführer Industrie- und Handwerkstarifverträge nicht mehr gelten können<sup>34</sup>. Eine Zurechnung der Gewinnerzielungsabsicht des Eigners ist nicht möglich, weil der Gewerbebegriff auf das Unternehmen abstellt. Zugleich wandert ein solches „karitatives“ Unternehmen aus der Tarifzuständigkeit der Arbeitgeberverbände und der Handwerksinnungen heraus. Bezugnahmeklauseln können hier – ohne entsprechende Sonderformulierung keine dynamische Tarifierstellung rechtfertigen, weil sie grundsätzlich keine Tarifierstellung außerhalb des Geltungsbereichs tragen. Es bleibt also bei statischer Fortgeltung der Tarifverträge zum letzten Tarifstand.

## III. Strategische Überlegungen

### 1. Steuerrechtliche Motivation

Der zentrale Vorteil des Betriebsführungsvertrags liegt in der Überwindung steuerrechtlicher Umstrukturierungshindernisse: Vielfach unterbleiben an sich sinnvolle Restrukturierungsmaßnahmen deswegen, weil die Übertragung von Unternehmenssubstanz oder die Verlagerung der Ertragseinheiten steuerrechtliche Kollateralschäden verursachen: Thesaurierte (einbehaltene) Gewinne müssen versteuert werden, stille Reserven werden aufgelöst, Verlustvorträge können nicht mehr verrechnet werden.

Der Betriebsführungsvertrag vermeidet diese Nachteile, weil der Betriebsführer für Rechnung und auf Kosten des Eigners handelt, so dass Gewinne und Verluste nach wie vor beim bisherigen Eigner anfallen. Zudem erfolgt keine Substanzübertragung an den Betriebsführer, so dass auch keine Veräußerungsgewinne anfallen.

### 2. Betriebswirtschaftlich

Betriebswirtschaftlich steht in erster Linie die Spartenbildung im Vordergrund. Die Betriebsführung erlaubt die Divisionali-

sierung ohne Substanzübertragung. Das kann im Vorgriff auf eine spätere Herauslösung aus dem Eignerunternehmen erfolgen und ist für potenzielle Erwerber auch deshalb attraktiv, weil sie von vornherein Betriebsmittel und Belegschaft getrennt „erwerben“ können. Auch ermöglicht die Betriebsführung weitreichende Zusammenarbeitsmöglichkeiten mit Fremdunternehmen (joint ventures), ohne dass Unternehmenssubstanz riskiert werden muss. Durch einen einheitlichen (unechten) Betriebsführer, der im Auftrag mehrerer Unternehmen agiert, lassen sich Probleme des Gemeinschaftsbetriebs vermeiden: Es handelt sich um ein selbständiges Gemeinschaftsunternehmen, das in Ermangelung eigener Unternehmenssubstanz leicht zu errichten und auch wieder zu liquidieren ist.

Personalwirtschaftlich bedeutet die unechte Betriebsführung eine Fremdvergabe der Arbeitgeberfunktion und der damit verbundenen Risiken. Insofern besteht eine Nähe zur Zeitarbeit und es steht durchaus zu erwarten, dass Zeitarbeitsunternehmen und Industriedienstleister entsprechende umfassende „Bewirtschaftungsangebote“ entwickeln. Gerade weil das traditionelle Arbeitsrecht eine umfassende und rechtlich komplexe Arbeitgeberverantwortung vom Vertragsarbeitgeber einfordert, wird deren Delegation personalwirtschaftlich attraktiv.

### 3. Haftungs- und vermögensrechtliche Aspekte

Die (unechte) Betriebsführung teilt das Unternehmen in eine besitzende und eine betreibende Einheit auf. Das verhindert zunächst den Zugriff der von der Betriebsführung betroffenen Belegschaft auf das in langen Jahren erwirtschaftete Betriebsvermögen und auf die außerhalb der eigenen Arbeitsorganisation stehende Ertragskraft.

Die Konzernhaftung reicht seit Trihotel nicht mehr weit, womit auch der klassische Berechnungsdurchgriff scheitert – weil die eine Konzerngesellschaft nicht an das Geld der anderen kommt<sup>35</sup>. Das vom Betriebsrentensenat für die Rentenanpassung nach § 16 BetrAVG erdachte (Ersatz-)Konzept einer Kapitalausstattungspflicht mit entsprechender Ausfallhaftung im faktischen Konzern<sup>36</sup> ist gesellschaftsrechtlich nicht haltbar<sup>37</sup>. Auch kann es keine Ausstattungspflicht geben, wenn ein externer Betriebsführer eingeschaltet wird, wenn man nicht eine Anleihe bei ausländischen Familienrechtsordnungen in das deutsche Arbeitsrecht importieren will (Mitgift, Brautgabe<sup>38</sup>).

Damit werden Ansprüche der Arbeitnehmer, die auf die ertrags- oder vermögensrechtliche Situation des Vertragsarbeitgebers zielen, gemindert: Sozialpläne, Betriebsrentenanpassungen und ertragsabhängige Vergütungen (§ 315 BGB) sind am „armen“ Betriebsführer auszurichten. Einen Berechnungsdurchgriff gibt es nicht. Werden verschiedene Sparten eines Unternehmens durch getrennte Betriebsführer separiert, ist auch die traditionelle Quersubventionierung ertragschwacher Einheiten durch ertragsstarke beendet. Jede Einheit muss ihre Kosten selbst erwirtschaften.

32 BAG (16. 4. 2008), BAGE 126, 286 = NZA 2008, 1025.

33 Zuletzt BAG (24. 2. 2010), NZA-RR 2010, 530 m. w. Nachw.

34 BAG (11. 3. 1998), NZA 1998, 949; BAG (20. 4. 1988), NZA 1989, 441 L; vgl. auch BAG (20. 4. 2005), NZA 2005, 1006; für die Gewerbsmäßigkeit der Konzernleihe.

35 Cischl/Kruip, NZA 2010, 540.

36 BAG (26. 5. 2009), NZA 2010, 641; BAG (11. 3. 2008), BAGE 126, 120 = NZA 2009, 790 (791).

37 Schäfer, demnächst in ZIP.

38 Dazu Wurmnest, FamRZ 2005, 1878.

Der Durchgriff auf den Eigner ist auch nicht über den Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB möglich. Das geriete zum Zirkelschluss: Die Aufwendung muss in der Person des Geschäftsbesorgers entstanden sein, bevor sie auf den Geschäftsherrn überwältigt werden kann. Deswegen kann die Aufwendung nicht an ihrer Erstattung bemessen werden. Dass dieses formallogische Argument in der Arbeitsgerichtsbarkeit umfassend Gehör findet, steht nicht zu erwarten. Vorsorge ist deshalb durch kluge Gestaltung des Geschäftsbesorgungsvertrags geboten, der etwa die Ersatzfähigkeit von Sozialplankosten eigens beschränken kann.

Tarifvertrag und Arbeitskampf können an dieser Situation nichts ändern. Insbesondere kann die Gewerkschaft weder Direktzahlungen des Eigners an die Arbeitnehmer des (unechten) Betriebsführers erzwingen, weil insoweit das Arbeitsverhältnis als Voraussetzung der Tarifmacht fehlt. Und auch Ausgleichsansprüche des Betriebsführers gegen den Eigner sind tariflich nicht regelbar.

#### 4. Kollektives Arbeitsrecht

Dass die Betriebsführung die Unternehmensmitbestimmung unterlaufen und die betriebliche abschwächen kann, ist II 2 dargetan. Nur der gewinnerzielungsabsichtslose Betriebsführer entkommt dem Tarif (oben II 3).

#### IV. Fazit

Der (unechte) Betriebsführungsvertrag ist ein Gestaltungsmittel mit mannigfachen Einsatzzwecken. Er trennt die Vertragsarbeitgeberstellung von der wirtschaftlichen Unternehmerschaft und trägt damit dem Umstand Rechnung, dass der Vertragsarbeitgeber erheblichen Lasten ausgesetzt ist. Der sozialpolitische Wunsch nach einem „Normalarbeitsverhältnis“ mit umfassender Arbeitgeberverantwortung erfährt einen ökonomischen Reflex: die Abkoppelung der Arbeitgeberfunktion von der Unternehmensfunktion. Damit reiht sich die Betriebsführung in die Riege der Personaldienstleistungen ein und ergänzt sowohl die Zeitarbeit als auch die klassische Industriedienstleistung. Sie wird vor allem auf künftige Regulierungen der Zeitarbeit reagieren.

Die mannigfachen Gestaltungs- und Strategiemöglichkeiten bedeuten einmal eine Herausforderung für die Berater und Gestalter: Hier sind vielfache Einsatzkonzepte und ihre vertragliche Absicherung zu entwickeln. Für die Sozialpartnerschaft kann die Betriebsführung zur Belastung werden, vor allem, wenn das Unternehmen nicht erklärt, worin seine Strategie besteht. Damit wird die Betriebsführung auch zu einem Thema für betriebliche Kommunikation. ■