



Arbeitsrecht im Konzern

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

Band 20

Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen
(Herausgeber)

Arbeitsrecht im Konzern

2. ZAAR-Tagung
Hamburg, 10. September 2010



ZAAR Verlag München 2010

Bibliografische Information der Deutschen
Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese
Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2010 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-14-5

Vorwort

Das Konzernarbeitsrecht muss sich der Trennung einer wirtschaftlichen Einheit in verschiedene selbstständige Rechtsträger stellen. Kann solche Gestaltungs-, „Willkür“ oder Organisationsoptimierung arbeitsrechtliche Schutzpositionen beeinträchtigen, weil es arbeitsrechtlich auf den Vertragsarbeitgeber ankommt? Eine echte Konzerndimension kennt das Arbeitsrecht nur in der Mitbestimmung.

Während das Gesellschaftsrecht seit Trihotel die Konzernhaftung auf ein Minimum reduziert hat, werden im Arbeitsrecht durchaus andere Schutzaspekte diskutiert. So will der Betriebsrentensenat bei Umstrukturierungen die künftige Rentendynamik über Kapitalausstattungspflichten gesichert wissen und so wird immer wieder gefragt, ob getrennte Konzerngesellschaften zu einem „Weniger“ an Kündigungsschutz oder Mitbestimmung führen können. Dabei ist in jüngerer Zeit zentral der Beeinflussungsaspekt in den Vordergrund getreten: Soweit sich Rechtspositionen auf den eigenen Vertragsarbeitgeber beschränken, kommt Konzerndimensionalität nur infrage, wenn der eigene Vertragsarbeitgeber andere Konzerngesellschaften zum gewünschten Verhalten bewegen kann. Daran scheitert bislang insbesondere der konzernbezogene Kündigungsschutz. Auch ein unternehmensübergreifender Tarifschutz insbesondere durch Konzerntarifvertrag fällt schwer.

Ein schlagkräftiges Konzernarbeitsrecht ließe sich dementsprechend nur im Wege eines rechtlichen Durchgriffs bewerkstelligen: Der Arbeitnehmer müsste Ansprüche gegen die Obergesellschaft haben – obzwar diese nicht sein Vertragsarbeitgeber ist.

Die gemeinsame Tagung von ZAAR und Bucerius Law School geht diesen Fragen nach – mit wissenschaftlichem, aber praxisbezogenem Blick.

München, Oktober 2010

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Matthias Jacobs

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Volker Rieble

Inhalt	Seite
Vorwort	5
Inhalt	7
Autoren	9
Abkürzungen	11
 <i>Georg Caspers</i>	
Konzerndimensionaler Kündigungsschutz?	15
Diskussion	36
 <i>Anja Mengel</i>	
Konzernerneigene Arbeitnehmerüberlassung	45
Diskussion	73
 <i>Carsten Schäfer</i>	
Betriebsrentenrechtliche Haftung im Konzern vs. Konzernrecht	77
Diskussion	97
 <i>Gerlind Wisskirchen</i>	
Mitbestimmungsvermeidung im Konzern	105
Diskussion	108
 <i>Clemens Höpfner</i>	
Normativer und schuldrechtlicher Konzerntarifvertrag – Gestaltungs- formen einer konzernerneinheitlichen Tarifbindung	113
Diskussion	149

Diskussionsteilnehmer	155
Sachregister	157

Autoren

Caspers, Georg, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht am Institut für Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Höpfner, Clemens, Dr. iur., Akademischer Rat am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln

Mengel, Anja, Dr. iur., LL.M., Special Counsel in der Kanzlei WilmerHale, Berlin

Schäfer, Carsten, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht an der Universität Mannheim

Wisskirchen, Gerlind, Dr. iur., Rechtsanwältin und Partnerin in der Kanzlei CMS Hasche Sigle, Köln

Abkürzungen

Abs.	Absatz, Absätze	BAG	Bundesarbeitsgericht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)	BAGE.....	Entscheidungen des Bundes- arbeitsgerichts
a.E.	am Ende	BAPostG	Bundesanstalt Post-Gesetz
AEUV.....	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
a.F.	alte Fassung	Bd.	Band, Bände
AG	Aktiengesell- schaft; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)	BeckRS	Beck- Rechtsprechung
AGB	Allgemeine Ge- schäftsbedin- gungen	BetrAVG	Gesetz zur Ver- besserung der be- trieblichen Altersversorgung
AGG.....	Allgemeines Gleich- behandlungsgesetz	BetrVG.....	Betriebs- verfassungsgesetz
AktG	Aktiengesetz	BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
AMP.....	Arbeitgeberver- band Mittel- ständischer Personaldienst- leister	BGH.....	Bundesgerichts- hof
AP	Arbeitsrechtliche Praxis	BGHZ.....	Entscheidungen des Bundes- gerichtshofs in Zivilsachen
ARGE.....	Arbeitsgemein- schaft	BilMoG	Bilanzrechts- modernisierungsgesetz
Art.	Artikel	BMAS	Bundes- ministerium für Arbeit und Soziales
AÜG.....	Arbeitnehmer- überlassungs- gesetz	BT-Drucks.	Bundestags- Drucksache
Aufl.....	Auflage	BVD	Bundesverband Deutscher Dienst- leistungsunter- nehmen
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)	BVerfG.....	Bundesverfas- sungsgericht
Az.	Aktenzeichen		

BVerfGE.....	Entscheidungen des Bundes- verfassungs- gerichts	EzAÜG	Entscheidungs- sammlung zum Arbeitnehmer- überlassungs- gesetz
BZA	Bundesverband Zeitarbeit	f., ff.....	folgende
ca.....	circa	FA.....	Fachanwalt Arbeitsrecht (Zeitschrift)
CGB.....	Christlicher Ge- werkschaftsbund	Fn.....	Fußnote, Fuß- noten
DAV.....	Deutscher Anwaltverein	GbR.....	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
DAX	Deutscher Aktien- index	GenG	Genossenschafts- gesetz
DB	Der Betrieb (Zeit- schrift)	GewO	Gewerbeordnung
ders.	derselbe	GG.....	Grundgesetz
DGB	Deutscher Ge- werkschaftsbund	GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
DHV	Deutscher Handels- und Industrieange- stellten-Verband im CGB	GmbHG.....	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
DrittelbG.....	Drittel- beteiligungsgesetz	GWB.....	Gesetz gegen Wettbewerbs- beschränkungen
DStR.....	Deutsches Steuer- recht (Zeitschrift)	HGB	Handelsgesetz- buch
DVO TVG	Verordnung zur Durchführung des Tarifvertrags- gesetzes	Hrsg.	Herausgeber
etc.	et cetera	IG	Industriegewerk- schaft
EuGH	Europäischer Ge- richtshof	IG BCE	Industriegewerk- schaft Bergbau, Chemie, Energie
e.V.....	eingetragener Verein	IT.....	Information Technology
EWiR.....	Entscheidungen zum Wirtschafts- recht (Zeitschrift)	jurisPR-ArbR .	Juris- PraxisReport Arbeitsrecht
EzA.....	Entscheidungs- sammlung zum Arbeitsrecht	JuS	Juristische Schulung (Zeit- schrift)

JZ	Juristenzeitung	PSV	Pensions- Sicherungs- Verein
KG	Kommandit- gesellschaft; Kammergericht	RdA.....	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
KSchG.....	Kündigungsschutzgesetz	Rn.	Randnummer, Randnummern
LAG	Landesarbeitsgericht	S.....	siehe; Seite, Seiten
lit.	littera	SE	Societas Europaea (Europäische Aktiengesellschaft)
LMK.....	Lindenmaier- Möhring, Kommentierte BGH- Rechtsprechung	SEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Ge- sellschaft
Mio.	Million, Millionen	SGB.....	Sozialgesetzbuch
MitbestG.....	Mitbestimmungs- gesetz	Slg.....	Amtliche Sammlung
Montan		SZ	Süddeutsche Zeitung
MitbestErG.....	Montan- Mitbestimmungs- ergänzungsgesetz	TVG	Tarifvertrags- gesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift	TzBfG.....	Teilzeit- und Be- fristungsgesetz
NJW-RR.....	Neue Juristische Wochenschrift- Rechtsprechungs- Report	UmwG	Umwandlungs- gesetz
Nr.	Nummer, Nummern	ver.di	Vereinte Dienst- leistungsgewerk- schaft
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht	vgl.	vergleiche
NZA-RR.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs- report	vs.	versus
OLG	Oberlandes- gericht	WM.....	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
OLGZ.....	Entscheidungs- sammlung der Oberlandes- gerichte in Zivil- sachen	ZAAR	Zentrum für Arbeits- beziehungen und Arbeitsrecht
OT.....	ohne Tarif- bindung	z.B.....	zum Beispiel

ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR.....	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesell- schaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- recht und Wirt- schaftsrecht
ZIAS	Zeitschrift für ausländisches und inter- nationales Arbeits- und Sozialrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Konzerndimensionaler Kündigungsschutz?

Georg Caspers

Seite

I. Fragestellung	16
II. Bestandsaufnahme	16
1. Keine Konzerndimensionalität des KSchG	16
a) Betrieblicher und persönlicher Geltungsbereich	16
b) Anderweitige Weiterbeschäftigung	17
2. Erweiterung des Kündigungsschutzes durch arbeitsvertragliche Regelung	19
a) Anspruch auf konzernweite Weiterbeschäftigung	19
b) Bestimmender Versetzungseinfluss des Arbeitgebers	20
c) Freier Arbeitsplatz in einem anderen Konzernunternehmen	22
d) Wechselbereitschaft des Arbeitnehmers	23
3. Kündigungsschutz durch Bindung eines anderen Konzernunternehmens?	23
III. Konzerninterne Verlagerungen.....	25
1. Das sogenannte „Konzernrisiko“	25
2. Verlagerung von Arbeitsaufgaben als freie Unternehmerentscheidung.....	26
3. Gestaltungsmissbrauch	27
4. Begrenzter Schutz durch § 613a BGB.....	30
5. Kein kündigungsschutzrechtlicher Durchgriff	31
6. Lösungsansätze de lege ferenda.....	32
IV. Ergebnis	35
Diskussion	36

I. Fragestellung

Das mir von den Veranstaltern aufgegebenes Thema lautet: „Konzerndimensionaler Kündigungsschutz“. Dabei sind diese zwei Wörter mit einem Fragezeichen versehen. Es ist also keineswegs ausgemacht, dass es einen konzerndimensionalen, einen unternehmensübergreifenden Kündigungsschutz gibt. Auf der anderen Seite kann man – wie in dem Einladungstext – fragen: Führen getrennte Konzerngesellschaften zu einem „weniger“ an Kündigungsschutz? Und wenn ja: Muss die Rechtsordnung darauf reagieren?

II. Bestandsaufnahme

1. Keine Konzerndimensionalität des KSchG

a) Betrieblicher und persönlicher Geltungsbereich

Die Frage, ob der Kündigungsschutz konzerndimensional ist oder sein sollte, erfordert zunächst eine Bestandsaufnahme. Dabei soll nur kurz auf den Schwellenwert des § 23 Abs. 1 KSchG und die kündigungsschutzrechtliche Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG eingegangen werden. Beim Schwellenwert sind, abgesehen von Fällen des gemeinsamen Betriebs, die Arbeitnehmer mehrerer Konzerngesellschaften grundsätzlich nicht im Wege eines Berechnungsdurchgriffs zusammenzurechnen¹. § 23 Abs. 1 KSchG stellt auch nach den letzten Änderungen der Vorschrift trotz rechtspolitischer Forderungen nach einer unternehmens- oder arbeitgeberbezogenen Betrachtung weiterhin nur auf den Betrieb ab. Das hat das BAG dazu bewogen, am allgemeinen Betriebsbegriff als Anknüpfungsmerkmal für den Geltungsbereich festzuhalten und die in mehreren Kleinbetrieben eines Unternehmens beschäftigten Arbeitnehmer nicht automatisch zusammenzurechnen². Nur wenn der Schutz-

1 BAG 12.11. 1998 – 2 AZR 459/97, AP Nr. 20 zu § 23 KSchG 1969 = NZA 1999, 590 unter II 4 der Gründe; BAG 29.4. 1999 – 2 AZR 352/98, AP Nr. 21 zu § 23 KSchG 1969 = NZA 1999, 932 unter III 5 der Gründe; BAG 13.6. 2002 – 2 AZR 327/01, AP Nr. 29 zu § 23 KSchG 1969 = NZA 2002, 1147 unter II 1 der Gründe (mit weiteren Nachweisen) für eine Konzernholding, bei der die Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer den Schwellenwert nicht erreichte; dazu auch *Rost*, Kündigungsschutz im Konzern, Festschrift Schwerdtner, 2003, S. 169, 179 f.; anderer Ansicht *Bepler*, Der Betriebsbegriff des Kündigungsschutzgesetzes und die Kleinbetriebsklausel, AuR 1997, 54, 58 f.; *Kittner*, Neues Kündigungsschutzrecht außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1998, 731, 732.

2 BAG 3.6. 2004 – 2 AZR 386/03, AP Nr. 33 zu § 23 KSchG 1969 = NZA 2004, 1380 unter B I 2 der Gründe; BAG 17.1. 2008 – 2 AZR 902/06, AP Nr. 40 zu § 23 KSchG 1969 = NZA 2008, 872 Rn. 16; BAG 28.10. 2010 – 2 AZR 392/08, Pressemitteilung; im Einzelnen *Weigand*, in: Gemeinschaftskommentar zum

zweck der Kleinbetriebsklausel nicht mehr verwirklicht wird und diese zu einer Benachteiligung von Arbeitnehmern führt, die sachlich nicht mehr begründet ist, ist aus verfassungsrechtlichen Gründen eine betriebsübergreifende Betrachtung geboten³. Das gilt auch für den Konzern: Aufspaltungen in mehrere Gesellschaften nur mit dem Ziel, den Arbeitnehmern den Kündigungsschutz zu nehmen, können unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs zu einem Berechnungsdurchgriff beim Schwellenwert führen⁴. Zudem führt § 323 Abs. 1 UmwG im Fall der Unternehmensspaltung zu einer Fortgeltung des Kündigungsschutzes von zwei Jahren, wenn der Schwellenwert infolge der Spaltung nunmehr unterschritten wird.

Auch die kündigungsschutzrechtliche Wartezeit von sechs Monaten ist nicht konzernbezogen. Aus dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 KSchG geht klar hervor, dass das Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen länger als sechs Monate bestanden haben muss. Eine Anrechnung von Beschäftigungszeiten in einem anderen konzernangehörigen Unternehmen erfolgt nur dann, wenn eine Anrechnungsvereinbarung getroffen worden ist, was – insbesondere in Fällen der Versetzung – auch stillschweigend geschehen kann⁵. Das KSchG akzeptiert, dass der Konzern als Verbindung rechtlich selbständiger Unternehmen nicht Rechtssubjekt und nicht Arbeitgeber ist. Arbeitgeber ist nur die jeweilige Konzerngesellschaft, mit der der Arbeitnehmer seinen Arbeitsvertrag geschlossen hat⁶.

b) Anderweitige Weiterbeschäftigung

Intensiver möchte ich die Frage einer konzernweiten Weiterbeschäftigungspflicht diskutieren. Ob der Arbeitnehmer auf einem anderen Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen ist, wird kündigungsschutzrechtlich auf der Ebene der sozialen Rechtfertigung der Kündigung geprüft. Die Kündigung ist nur *ultima ratio*: Kann der Arbeitnehmer, gegebenenfalls

Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften (KR), 9. Aufl. 2009, § 23 KSchG Rn. 24 ff. mit weiteren Nachweisen.

3 BVerfG 27.1. 1998 – 1 BvL 15/87, BVerfGE 97, 169, 185 = AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969 = NZA 1998, 470 unter B II 4 b, bb der Gründe.

4 Vgl. BAG 12.11. 1998 – 2 AZR 459/97 (Fn. 1) unter II 4 der Gründe; angesprochen auch von BAG 13.6. 2002 – 2 AZR 327/01 (Fn. 1) unter II 1 e und II 3 c der Gründe; Rost, Festschrift Schwerdtner, 2003, S. 169, 180.

5 Griebeling, in: KR (Fn. 2), § 1 KSchG Rn. 118; von Hoyningen-Huene/Linck, Kündigungsschutzgesetz, 14. Aufl. 2007, § 1 Rn. 94 f.; Löwisch/Spinner, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 9. Aufl. 2004, § 1 Rn. 48; Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern, 1989, S. 223 ff.; weitergehend Henssler, Der Arbeitsvertrag im Konzern, 1983, S. 117 ff.

6 Allgemein Henssler (Fn. 5), S. 35 ff.; Windbichler (Fn. 5), S. 68 ff.

nach zumutbaren Fortbildungs- und Umschulungsmaßnahmen, auf einem anderen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden, ist die Kündigung nicht sozial gerechtfertigt und damit rechtsunwirksam. Das gilt unabhängig davon, ob ein Betriebsrat besteht oder der Betriebsrat innerhalb der Frist des § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG der Kündigung schriftlich widersprochen hat, wie § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Buchstabe b KSchG dies eigentlich vorsieht. Die ganz überwiegende Ansicht setzt sich in diesem Punkt über den Wortlaut der Vorschrift hinweg, da nach dem das gesamte Kündigungsschutzrecht prägenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Beendigungskündigung immer erst und nur dann in Betracht kommt, wenn mildere Mittel, einem eingetretenen Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes zu begegnen, nicht zur Verfügung stehen⁷. Die Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz, sei es zu geänderten, sei es zu denselben Bedingungen, ist ein solches milderes Mittel.

Ernst genommen wird der Wortlaut des § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Buchstabe b KSchG aber insoweit, als es um die Reichweite der Weiterbeschäftigungspflicht geht. Der an sich nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG betriebsbezogene Kündigungsschutz wird auf Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Unternehmen erweitert, aber auch nicht darüber hinaus. Die Betrachtung der Beschäftigungsmöglichkeiten ist also letztlich arbeitgeberbezogen, und das ist mit Blick auf den Arbeitsvertrag auch konsequent. Kündigungsschutz begrenzt die an sich beim Dauerschuldverhältnis gegebene Vertragsbeendigungsfreiheit. Es ist nur der Arbeitgeber als Partei des Arbeitsvertrags, der dem Arbeitnehmer Entlohnung und Beschäftigung schuldet. Hinsichtlich des Zustandekommens, des Inhalts und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gilt das Prinzip der Relativität von Schuldverhältnissen. Das durch den Arbeitsvertrag zustande gebrachte Schuldverhältnis ist deshalb auch bei der Beendigung vertragspartnerbezogen. Aus ihm folgen nicht ohne weiteres Rechtspositionen gegenüber Dritten.

Die Rechtsprechung des BAG spiegelt dies konsequent wider. In ständiger Rechtsprechung lehnt das Gericht einen allgemeinen Konzernbezug des Kündigungsschutzgesetzes ab. Seit dem vielfach bestätigten Grundsatzurteil vom 14.10.1982 heißt es mehr oder minder gleichlautend, das Kündigungsschutzgesetz sei nicht konzernbezogen⁸. Der Arbeitgeber sei

7 BAG 27.11. 1991 – 2 AZR 255/91, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Konzern = NZA 1992, 644 unter B II 2 der Gründe; BAG 23.11. 2004 – 2 AZR 24/04, AP Nr. 132 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 2005, 929 unter B III 1 der Gründe; *Löwisch/Spinner* (Fn. 5), § 1 Rn. 72, 191 ff., 293 ff.

8 BAG 14.10. 1982 – 2 AZR 568/80, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Konzern = NJW 1984, 381 unter B II 3 der Gründe; zuletzt BAG 23.4. 2008 – 2 AZR 1110/06, AP Nr. 177 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 2008, 939 Rn. 22.

vor Ausspruch einer Kündigung grundsätzlich nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer in einem anderen Betrieb eines anderen Unternehmens unterzubringen. Das BAG stützt diese Erkenntnis vor allem auf die Tatsache, dass Partner des Arbeitsvertrags nur das vertragsschließende Unternehmen ist. Eine Weiterbeschäftigung in einem anderen Unternehmen führe deshalb zwangsläufig zu einem Wechsel des Arbeitgebers und der Vertragsparteien⁹. Die rechtliche Selbständigkeit der dem Konzern angehörenden Unternehmen, die lediglich unter einer einheitlichen Leitung zusammengefasst sind (§§ 17 Abs. 1, 18 AktG), ist grundlegendes Argument gegen eine konzernweite Weiterbeschäftigungspflicht im Rahmen des Kündigungsschutzes¹⁰.

2. Erweiterung des Kündigungsschutzes durch arbeitsvertragliche Regelung

a) Anspruch auf konzernweite Weiterbeschäftigung

Das Thema der konzernweiten Weiterbeschäftigung ist damit freilich nicht am Ende. Hat der Arbeitnehmer einen arbeitsvertraglichen Anspruch auf konzernweite Beschäftigung, so schlägt dies auch kündigungsschutzrechtlich durch, wobei weitere Voraussetzungen hinzutreten müssen. Folgende Konstellationen werden hierbei genannt: Ist der Arbeitnehmer von vornherein für den Konzernbereich eingestellt worden oder hat er sich, obwohl er nur für einen bestimmten Betrieb oder jedenfalls ein bestimmtes Unternehmen eingestellt worden ist, arbeitsvertraglich mit einer Versetzung innerhalb des Konzerns einverstanden erklärt, etwa im Wege einer vertraglichen Konzernversetzungsklausel¹¹, wird der Arbeitgeber als verpflichtet angesehen, zunächst eine Unterbringung des Arbeitnehmers in einem anderen Konzernbetrieb zu versuchen, bevor er dem Arbeitnehmer kündigt¹². Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Zusage auf Übernahme in ein anderes Konzernunternehmen gegeben hat. Schließlich kann durch wiederholte Beschäftigung des Arbeitnehmers bei einem anderen Konzernunternehmen der Vertrag konkludent auf eine

9 BAG 23.11. 2004 – 2 AZR 24/04 (Fn. 7) unter B III 2 b, aa der Gründe; BAG 23.3. 2006 – 2 AZR 162/05, AP Nr. 13 zu § 1 KSchG 1969 Konzern = NZA 2007, 30 Rn. 20.

10 BAG 14.10. 1982 – 2 AZR 568/80 (Fn. 8) unter B II 3 b der Gründe; ebenso *von Hoyningen-Huene/Linck* (Fn. 5), § 1 Rn. 743.

11 Konzernversetzungsklauseln sind AGB-rechtlich umstritten, was hier aber nicht weiter untersucht werden soll; dazu im Einzelnen *Stoffels*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, Anhang zu § 310 (Arbeitsrecht) Rn. 113 mit weiteren Nachweisen.

12 BAG 14.10. 1982 – 2 AZR 568/80 (Fn. 8) unter B III 1 der Gründe; BAG 23.11. 2004 – 2 AZR 24/04 (Fn. 7) unter B III 2 b, bb der Gründe; BAG 23.3. 2006 – 2 AZR 162/05 (Fn. 9), Rn. 21.

konzernweite Beschäftigung erweitert oder zumindest zugunsten des Arbeitnehmers ein entsprechender Vertrauenstatbestand geschaffen worden sein¹³. Das BAG fordert ein „zusätzliches vertragliches Element – ausdrücklich, konkludent oder aus dem Gesichtspunkt der Vertrauenshaftung“¹⁴.

Allen diesen Fällen ist gemein, dass der Arbeitsvertrag auf eine Beschäftigung im Konzern ausgerichtet ist oder jedenfalls diesbezüglich ein schutzwürdiges Vertrauen beim Arbeitnehmer erzeugt wurde. Je nach Inhalt der Zusage kann dies bedeuten, dass der Arbeitnehmer einen vertraglichen Anspruch gegen seinen Arbeitgeber auf Verschaffung eines Arbeitsvertrags bei einem anderen Konzernunternehmen hat¹⁵ oder jedenfalls vom Arbeitgeber verlangen kann, dass dieser sich um Unterbringung des Arbeitnehmers bei einem anderen Konzernunternehmen bemüht. Ist der Arbeitgeber entsprechende Bindungen eingegangen, muss er sich auch daran festhalten lassen.

b) Bestimmender Versetzungseinfluss des Arbeitgebers

Besteht ein solcher Anspruch auf konzernweite Beschäftigung, ist damit eine Kündigung noch nicht ohne weiteres rechtsunwirksam. Das BAG verlangt – wie es nahezu gleichlautend immer wieder heißt – als „weitere Voraussetzung einer derartigen unternehmensübergreifenden Weiterbeschäftigungspflicht“, dass der Beschäftigungsbetrieb beziehungsweise das vertragsschließende Unternehmen einen bestimmenden Einfluss auf die „Versetzung“ hat. Gemeint ist damit, dass das Arbeitgeber-Unternehmen die Beschäftigung des Arbeitnehmers im anderen Konzernunternehmen durchsetzen können muss. Ob dies aufgrund eindeutiger rechtlicher Regelungen, etwa eines Beherrschungsvertrags, oder nur faktisch möglich ist, spielt keine Rolle¹⁶. Die Entscheidung darf danach grundsätzlich nicht einem anderen Konzernunternehmen vorbehalten bleiben¹⁷.

13 *Kaiser*, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch (Hrsg.), *Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht*, 3. Aufl. 2010, § 1 KSchG Rn. 152 f.

14 BAG 27.11. 1991 – 2 AZR 255/91 (Fn. 7) unter B III 2 b, cc der Gründe.

15 BAG 23.11. 2004 – 2 AZR 24/04 (Fn. 7) unter B III 2 b, bb der Gründe; referierend BAG 23.3. 2006 – 2 AZR 162/05 (Fn. 9), Rn. 21.

16 BAG 18.9. 2003 – 2 AZR 79/02, AP Nr. 14 zu § 17 KSchG 1969 = NZA 2004, 375 unter B II 2 der Gründe; BAG 23.3. 2006 – 2 AZR 162/05 (Fn. 9), Rn. 22; zuletzt BAG 23.4. 2008 – 2 AZR 1110/06 (Fn. 8), Rn. 22, alle mit weiteren Nachweisen.

17 Vgl. BAG 23.11. 2004 – 2 AZR 24/04 (Fn. 7) unter III 2 b, bb der Gründe; BAG 23.3. 2006 – 2 AZR 162/05 (Fn. 9), Rn. 22; zustimmend *Bayreuther*, Die Durchsetzbarkeit des konzernweiten Kündigungsschutzes, NZA 2006, 819, 821 f.; *Lingemann/von Steinau-Steinrück*, Konzernversetzung und Kündi-

Dieses Erfordernis eines „bestimmenden Einflusses“ hat weitreichende Konsequenzen. Zwar darf man das BAG nicht dahin missverstehen, dass der bestimmende Einfluss in jedem Falle Voraussetzung eines konzernweiten Weiterbeschäftigungsanspruchs oder einer konzernweiten Weiterbeschäftigungspflicht im schuldrechtlichen Sinne ist, wie dies die Formulierungen in den einschlägigen Urteilen nahelegen¹⁸. Inhalt und Umfang der vertraglichen Bindung ergeben sich allein aus der arbeitsvertraglichen Zusage und sind gegebenenfalls durch deren Auslegung zu ermitteln. Ob der Anspruch auf Verschaffung eines Arbeitsvertrags bei einem anderen Konzernunternehmen erfüllt werden kann, ist eine Folgefrage und kein Tatbestandsmerkmal. Es liegt grundsätzlich nicht anders, als wenn der Verkäufer einer Sache sich diese erst noch verschaffen muss. Erst wenn das endgültig nicht gelingt, tritt Unmöglichkeit ein und ist der Anspruch nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen¹⁹. Anders ist es nur dann, wenn das Bestehen des bestimmenden Einflusses zum Gegenstand der vertraglichen Abmachung gemacht worden ist oder einer ergänzenden Vertragsauslegung entnommen werden kann, dass sich der Arbeitgeber nur unter dieser Voraussetzung binden wollte.

Richtig ist es dagegen, den bestimmenden Einfluss des Vertragsarbeitgebers zur Voraussetzung dafür zu machen, dass die Weiterbeschäftigungspflicht auch kündigungsschutzrechtlich durchschlägt. Fehlt es an dem bestimmenden Einfluss und fällt der Arbeitsplatz weg oder kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aus anderen Gründen, etwa wegen einer Erkrankung, nicht mehr einsetzen, muss er das Arbeitsverhältnis beenden können. Denn die Aufrechterhaltung eines sinnentleerten Arbeitsverhältnisses kann vom Arbeitgeber nicht verlangt werden. Auch dass der Arbeitgeber auf das Mittel der Kündigung für den Fall verzichten wollte, dass er die Unterbringung bei einem anderen Konzernunternehmen nicht durchzusetzen vermag, lässt sich nicht unterstellen²⁰. Ist der Arbeitgeber die vertragliche Pflicht zur konzernweiten Beschäftigung eingegangen, deren Erfüllung ihm unmöglich ist, ist dies eine Frage der Schadensersatzhaftung im Einzelfall, die in der Regel Verschulden voraussetzt, nicht aber

gungsschutz, DB 1999, 2161, 2163; kritisch *Preis*, in: *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 10. Aufl. 2010, Rn. 999; relativierend, aber im Ergebnis doch zustimmend *Rost*, Festschrift Schwerdtner, 2003, S. 169, 172 ff.

18 *Windbichler* (Fn. 5), S. 157; insoweit richtig aber BAG 14.10. 1982 – 2 AZR 568/80 (Fn. 8) unter B III 1 der Gründe, das die Frage dahingestellt ließ.

19 Dazu *Löwisch/Caspers*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch: Recht der Schuldverhältnisse (Leistungsstörungenrecht 1), Neubearbeitung 2009, § 275 Rn. 43, 69 f.

20 *Löwisch/Spinner* (Fn. 5), § 1 Rn. 288.

des Kündigungsschutzes²¹. Allein die Verletzung der vertraglichen Pflicht führt nicht zur Unwirksamkeit der wegen Wegfalls des Arbeitsplatzes sozial gerechtfertigten Kündigung. Auch handelt es sich nicht um einen Fall der aus anderen Gründen unwirksamen Kündigung im Sinne des § 13 Abs. 3 KSchG²².

Vor den kündigungsschutzrechtlichen Folgen der Voraussetzung eines bestimmenden Einflusses auf die konzernweite Beschäftigung darf man allerdings nicht die Augen verschließen. Der Beeinflussungsaspekt hat zur Konsequenz, dass der konzernweite Kündigungsschutz in den meisten Fällen nicht greift²³. Letztlich kommt er regelmäßig nur dann in Betracht, wenn es das herrschende Unternehmen ist, das Arbeitnehmer entlassen will. Handelt es sich bei dem abhängigen Unternehmen, an das der Arbeitnehmer versetzt werden soll, um eine Aktiengesellschaft, kann die Versetzung nur durchgesetzt werden, wenn ein Beherrschungsvertrag existiert, § 308 AktG. Im faktischen Konzern kann der Vorstand nicht angewiesen werden²⁴. Ist das abhängige Unternehmen eine GmbH, muss im faktischen Konzern der Weg über die Gesellschafterversammlung gegangen werden, wenn es sich nicht um eine 100 %-ige Tochter handelt²⁵. Indessen kann es auch mal so liegen, dass das herrschende Unternehmen sich gegenüber dem Arbeitgeber-Unternehmen zur Weiterbeschäftigung des oder der Arbeitnehmer bei einem anderen Konzernunternehmen verpflichtet hat²⁶.

c) Freier Arbeitsplatz in einem anderen Konzernunternehmen

Der nur in diesen engen Grenzen anerkannte konzerndimensionale Kündigungsschutz setzt weiter voraus, dass in dem anderen Konzernunternehmen tatsächlich ein geeigneter Arbeitsplatz vorhanden und unbesetzt ist, auf dem der zu kündigende Arbeitnehmer beschäftigt werden

21 Zu einer etwaigen Schadensersatzhaftung auch *Bayreuther*, NZA 2006, 819, 822 f.

22 So aber *Windbichler*, Anmerkung zu BAG 27.11. 1991 – 2 AZR 255/91, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Konzern unter 5 b; zweifelnd *Bayreuther*, NZA 2006, 819, 821.

23 *Bayreuther*, NZA 2006, 819, 821.

24 *Habersack*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, § 311 Rn. 10 mit weiteren Nachweisen.

25 *Altmeyen*, in: *Roth/Altmeyen*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 6. Aufl. 2009, Anhang 13 Rn. 26 f. mit weiteren Nachweisen.

26 Dazu noch unten 3.

kann²⁷. Es liegt nicht anders als bei der nach dem KSchG vorrangigen Weiterbeschäftigung im Betrieb und Unternehmen²⁸. Weder braucht ein neuer Arbeitsplatz eigens geschaffen zu werden noch muss ein mit einem anderen Arbeitnehmer besetzter Arbeitsplatz freigeündigt werden²⁹.

d) Wechselbereitschaft des Arbeitnehmers

Sofern kündigungsschutzrechtlich eine konzernweite Weiterbeschäftigungspflicht besteht, muss dem Arbeitnehmer noch vor Ausspruch der Kündigung der Arbeitsplatz bei dem Drittunternehmen angeboten werden, weil es zur Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung auf den Zeitpunkt ankommt, in dem diese ausgesprochen worden ist³⁰. Indessen muss der Arbeitnehmer mit dem Wechsel einverstanden sein. Lehnt er eine entsprechende Versetzung auf einen geeigneten freien Arbeitsplatz bei einem anderen Konzernunternehmen ab, kann gekündigt werden³¹. Eine Änderungskündigung als „milderes Mittel“ kommt nicht in Betracht, da es ja nicht um eine Änderung des Arbeitsvertrags mit dem bestehenden Arbeitgeber, sondern um die Besetzung eines Arbeitsplatzes bei einem anderen Arbeitgeber geht, was den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags erfordert.

3. Kündigungsschutz durch Bindung eines anderen Konzernunternehmens?

Neben der eben behandelten Konstellation, dass der Arbeitnehmer einen arbeitsvertraglichen Anspruch auf konzernweite Weiterbeschäftigung hat und ein bestimmender Versetzungseinfluss des Arbeitgebers besteht, findet sich in mehreren Entscheidungen des BAG der Hinweis, von einer konzernbezogenen Betrachtung sei auch dann auszugehen, wenn sich ein anderes Konzernunternehmen ausdrücklich zur Übernahme des Arbeitnehmers bereit erklärt habe. Dann sei dieser Umstand im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen³². Auch wenn das Drittunter-

27 Henssler (Fn. 5), S. 130; Konzen, Arbeitnehmerschutz im Konzern, RdA 1984, 65, 85; Rost, Festschrift Schwerdtner, 2003, S. 169, 175.

28 Dazu von Hoyningen-Huene/Linck (Fn. 5), § 1 Rn. 746; Löwisch/Spinner (Fn. 5), § 1 Rn. 193 und Rn. 275 ff. mit weiteren Nachweisen.

29 Konzen, RdA 1984, 65, 85; Martens, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, S. 367, 381 Fn. 40.

30 In Bezug auf den konzerndimensionalen Kündigungsschutz BAG 23.11. 2004 – 2 AZR 24/04 (Fn. 7) unter B III 2 d der Gründe.

31 Windbichler (Fn. 5), S. 159.

32 BAG 14.10. 1982 – 2 AZR 568/80 (Fn. 8) unter B III 1 der Gründe mit Hinweis auf BAG 18.10. 1976 – 3 AZR 576/75, AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, das diese Frage aber letztlich nicht entschieden hat, da

nehmen durch eine wiederholte Beschäftigung des Arbeitnehmers in der Vergangenheit bereits erheblich eingebunden sei, könne so ein Tatbestand geschaffen worden sein, der ein Vertrauen auf Übernahme des Arbeitsverhältnisses rechtfertige. Das Drittunternehmen habe sich dann durch sein Tun zurechenbar gebunden³³. Die kündigungsschutzrechtlichen Konsequenzen sind nicht ganz klar. Offenbar ist aber gemeint, dass auch in diesen Fällen der Drittbindung der gekündigte Arbeitnehmer dem kündigenden Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Konzern im Kündigungsschutzprozess entgegenhalten kann³⁴.

Dem kann so nicht gefolgt werden. Richtigerweise folgt aus der Bindung des Dritten eine konzernweite Weiterbeschäftigungspflicht des kündigenden Arbeitgebers nur dann, wenn die Weiterbeschäftigungspflicht auch Eingang in den Arbeitsvertrag gefunden hat³⁵, der Arbeitnehmer nach dem oben Gesagten also von seinem Arbeitgeber die Verschaffung eines Arbeitsplatzes im Konzern verlangen kann. Nur dann ist aus Sicht des kündigenden Arbeitgebers die nach dem Kündigungsschutzgesetz bestehende Pflicht zur Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz im Unternehmen auf den Konzern bezogen. Die Erweiterung des Kündigungsschutzes auf den Konzern ist – wie gezeigt – von der arbeitsvertraglichen Beschäftigungspflicht abhängig. Etwaige Ansprüche gegen einen Dritten, die aus einer von diesem eingegangenen Einstellungsverpflichtung resultieren, ohne dass sich zugleich auch der Vertragsarbeitgeber gebunden hat, sind nicht im Wege des Kündigungsschutzes, sondern im Wege der Leistungsklage gegen den Dritten zu realisieren³⁶. Der Arbeitnehmer muss also gegen diesen auf Einstellung klagen. Richtig ist nur, dass eine entsprechende Bindung eines anderen Konzernunternehmens, wenn sie gegenüber dem Arbeitnehmer und dem Vertragsarbeitgeber eingegangen worden ist, die fehlende Einflussnahme des Vertragsarbeitgebers auf die Weiterbeschäftigung im anderen Konzernunternehmen ausgleichen kann³⁷.

der Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung bei dem anderen Konzernunternehmen abgelehnt hatte.

33 BAG 23.11. 2004 – 2 AZR 24/04 (Fn. 7) unter B III 2 b, bb der Gründe; *Rost*, Festschrift Schwerdtner, 2003, S. 169, 172 ff.

34 Vgl. den Obersatz bei BAG 23.3. 2006 – 2 AZR 162/05 (Fn. 9), Rn. 26.

35 *Bayreuther*, NZA 2006, 819, 824; *Kaiser*, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch (Fn. 13), § 1 Rn. 153.

36 *Bayreuther*, NZA 2006, 819, 824.

37 *Kaiser*, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch (Fn. 13), § 1 Rn. 153.

III. Konzerninterne Verlagerungen

1. Das sogenannte „Konzernrisiko“

Konzerndimensionaler Kündigungsschutz wird vor allem mit Blick auf die konzerninterne Verlagerung von Arbeitsprozessen und Funktionen von dem einen auf ein anderes Konzernunternehmen diskutiert. Es besteht das Risiko, dass es aufgrund konzerninterner Organisationsverschiebungen zur Verlagerung von Arbeitsaufgaben im Konzern kommt, die zum Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten beim Arbeitgeber mit der Folge betriebsbedingter Kündigungen führen. Dabei kann es, worauf vor allem *Martens* und *Konzen*, aber auch andere schon vor langer Zeit aufmerksam gemacht haben, so liegen, dass die Gründe für die Verlagerung – anders als bei der Vergabe an Externe – nicht mehr auf marktbezogene Interessen des Arbeitgeberunternehmens zurückzuführen sind, sondern andere Interessen im Verbund den Ausschlag für die Verlagerung geben³⁸. Dies wird auch als „Konzernrisiko“ bezeichnet. Der Einladungstext zu dieser Veranstaltung spitzt die Problematik gar auf die Begriffe „Gestaltungs-Willkür“ und „Organisationsoptimierung“ zu.

Ob das Arbeitsrecht hierauf in besonderer Weise reagieren soll und wenn ja wie, ist durchaus umstritten. Unter anderem wird in der Literatur für solche Situationen eine eingeschränkte Ausweitung des Kündigungsschutzes auf den Konzernbereich über die oben geschilderten engen Voraussetzungen hinaus vorgeschlagen. Sofern der Arbeitsplatzverlust auf einer Maßnahme der Konzernspitze beruhe, also auf konzerninterne Gründe und nicht auf solche der allgemeinen Marktsituation zurückzuführen sei, soll eine konzernpolitische und im Wege der „Durchgriffshaftung“ auch durchsetzbare Verpflichtung bestehen, den freigesetzten Arbeitnehmer auf einem freien beziehungsweise bestehenden Arbeitsplatz in einem anderen Konzernunternehmen weiterzubeschäftigen. Gestützt wird dies vor allem auf den Fürsorgegedanken. Dem Arbeitnehmer solle zwar nicht das allgemeine Arbeitsplatzrisiko genommen, wohl aber solle er vor den konzernspezifischen Risiken interner Organisationsverschiebungen geschützt werden³⁹.

Der Kündigungsschutzsenat des BAG hat dieses Konzept bislang nicht übernommen und auch seine Zweifel an einer solchen Erweiterung des

38 *Martens*, Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, S. 367, 376 ff., insbesondere 380 f.; ähnlich *Konzen*, Arbeitsrechtliche Drittbeziehung, ZfA 1982, 259, 306 f.

39 *Martens*, Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, S. 367, 380; *Konzen*, RdA 1984, 65, 74 f., 85 ff.; zusammenfassend BAG 14.10. 1982 – 2 AZR 568/80 (Fn. 8) unter B II 2 der Gründe mit weiteren Nachweisen; ablehnend *Windbichler* (Fn. 5), S. 259 ff.

Kündigungsschutzes ausgedrückt, sich aber noch eine Hintertür offengelassen. So heißt es in einem Urteil vom 23.3. 2006:

„Eine Erweiterung des Kündigungsschutzes im Wege der Rechtsfortbildung auf Fälle der bloßen konzerninternen Verlagerung von nach wie vor bestehenden Beschäftigungsmöglichkeiten fordert – wenn sie überhaupt möglich sein sollte – jedenfalls gesteigerte Anforderungen an die Darlegungslast des Arbeitnehmers. Er muss zumindest hinreichend konkret darlegen, dass der in seinem Konzernunternehmen weggefallene Beschäftigungsbedarf lediglich auf ein anderes Konzernunternehmen verlagert ist, dort nach wie vor besteht und dieses Konzernunternehmen diesen Beschäftigungsbedarf nunmehr z.B. durch auf dem freien Arbeitsmarkt angeworbene oder willkürlich aus dem Mitarbeiterstamm seines Arbeitgebers ausgewählte Arbeitnehmer abdeckt.“⁴⁰

In dem Urteil hat das BAG mangels hinreichenden Sachvortrags des Arbeitnehmers weitere Überlegungen zu diesem Punkt nicht angestellt. Ob eine Erweiterung des Kündigungsschutzes wegen des Konzernrisikos anzuerkennen ist, soll erst an späterer Stelle erörtert werden⁴¹. Zuvor ist in Bezug auf die Verlagerung von Arbeitsaufgaben ein Blick auf die kündigungsschutzrechtlichen Grundaussagen und auf sonstige arbeitsrechtliche Instrumente zu werfen.

2. Verlagerung von Arbeitsaufgaben als freie Unternehmerentscheidung

Das Kündigungsschutzrecht akzeptiert die freie Unternehmerentscheidung. Sie begründet ein dringendes betriebliches Erfordernis im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG, wenn sie sich auf die Einsatzmöglichkeit des gekündigten Arbeitnehmers auswirkt⁴². Ob die unternehmerische Entscheidung, die zum Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit geführt hat, notwendig war oder notwendig ist, spielt keine Rolle. Die Arbeitsgerichte haben nicht die Aufgabe, die unternehmerische Entscheidung auf Zweckmäßigkeit zu überprüfen⁴³. Das gilt auch für den Fall, dass bisher im Betrieb durchgeführte Arbeiten nunmehr als Fremdaufträge an Dritte vergeben werden und die Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer dadurch entfällt. Das hat das BAG vielfach entschieden, so etwa für die Vergabe von Wartungsarbeiten⁴⁴, die Vergabe von Laborarbeiten⁴⁵ oder

40 BAG 23.3. 2006 – 2 AZR 162/05 (Fn. 9), Rn. 32.

41 Siehe unten 5.

42 BAG 2.2. 2006 – 2 AZR 154/05, AP Nr. 46 zu § 611 BGB Kirchendienst Rn. 27 f.; BAG 23.4. 2008 – 2 AZR 1110/06 (Fn. 8), Rn. 14.

43 BAG 10.11. 1994 – 2 AZR 242/94, AP Nr. 65 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1995, 566 unter B I 1 der Gründe; Löwisch/Spinner (Fn. 5), § 1 Rn. 256 ff., 265.

44 BAG 12.10. 1979 – 7 AZR 959/77, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

für die Auslagerung der Bauleitung im Montagebereich⁴⁶, um nur einige Beispiele zu nennen. Ob der Dritte, auf welchen die Tätigkeit verlagert wird, ein externes Unternehmen oder ein Konzernunternehmen ist, ist irrelevant. Der Grundsatz der nicht nachprüfbaren Unternehmerentscheidung gilt auch bei der Verlagerung von Arbeitsaufgaben im Konzern⁴⁷.

Kontrolliert werden kann die unternehmerische Entscheidung – ganz unabhängig von den Verlagerungsfällen – nur darauf, ob sie offensichtlich unsachlich und willkürlich ist. Von einer beschlossenen und tatsächlich durchgeführten Unternehmerentscheidung wird vermutet, dass sie aus sachlichen Gründen erfolgt ist und kein Rechtsmissbrauch vorliegt⁴⁸. Die Missbrauchskontrolle soll nach dem BAG weder dazu dienen, dem Arbeitgeber organisatorische Vorgaben zu machen, noch darf sie dazu dienen, die Stichhaltigkeit der Erwägungen zu prüfen, die den Arbeitgeber gerade zu dem von ihm gewählten Konzept geführt haben. Das BAG versteht diese Kontrolle allein als Mittel zur Verhinderung von Missbrauch. Die Darlegungslast trägt der Arbeitnehmer⁴⁹.

3. Gestaltungsmissbrauch

Dass die Organisationsentscheidung, bestimmte Aufgaben an ein anderes Konzernunternehmen zu vergeben, offensichtlich unsachlich und willkürlich ist und damit einen Gestaltungsmissbrauch darstellt, lässt sich nicht sagen. Nicht kann auch danach differenziert werden, ob die Unternehmerentscheidung von der Geschäftsleitung des Arbeitgeber-Unternehmens selbst initiiert wurde oder auf einer Weisung und Einflussnahme des herrschenden Unternehmens beruht. Für die Verlagerung kann es vielfältige Gründe geben, die allein im Interesse des Arbeitgeber-Unternehmens oder aber im Konzerninteresse liegen. Es kann aber auch eine Kombination unterschiedlicher Interessen ausschlaggebend gewesen sein.

Das anerkennt auch das BAG. Zur Kündigung eines bauleitenden Monteurs durch das seit kurzem konzernangehörige Arbeitgeber-Unter-

45 BAG 27.6. 2002 – 2 AZR 489/01, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 119.

46 BAG 23.4. 2008 – 2 AZR 1110/06 (Fn. 8), Rn. 14 ff.

47 Vgl. BAG 27.11. 1991 – 2 AZR 255/91 (Fn. 7) unter B II 1 der Gründe für die Verlagerung des Handels mit festverzinslichen Wertpapieren an die in London ansässige Niederlassung der US-amerikanischen Konzernmutter; außerdem BAG 23.4. 2008 – 2 AZR 1110/06 (Fn. 8), Rn. 14 ff.

48 BAG 21.9. 2006 – 2 AZR 607/05, AP Nr. 130 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 2007, 431 Rn. 31; BAG 23.4. 2008 – 2 AZR 1110/06 (Fn. 8), Rn. 18.

49 BAG 23. 4.2008 – 2 AZR 1110/06 (Fn. 8), Rn. 18.

nehmen, das bislang neben den Planungen durch Ingenieure auch die dazugehörige Leitung der Montagearbeiten durchgeführt hatte, nunmehr aber die Montageleitung teils an externe, teils an gruppenangehörige Unternehmen vergab, wodurch der Arbeitsplatz des bauleitenden Monteurs wegfiel, hat das Gericht ausgeführt:

„Die Entscheidung ist auch nicht deshalb missbräuchlich, weil die Tätigkeiten als solche nach wie vor erbracht werden. Letzteres ist bei jeder Fremdvergabe von zuvor im eigenen Unternehmen erledigten Arbeiten der Fall. Das Kündigungsschutzgesetz schreibt nicht eine bestimmte rechtliche und organisatorische Form der Erledigung von Arbeiten fest.“⁵⁰

Wenig später heißt es:

„Dass in diesem Zusammenhang die in der Gruppe vorhandenen Möglichkeiten wirkungsvoller genutzt werden und durch diese Nutzung Beschäftigungsbedarf bei dem neu eingetretenen Unternehmen verloren geht, ist ein naheliegendes, oft beabsichtigtes und für sich genommen rechtlich nicht zu beanstandendes Ergebnis der Zusammenführung von wirtschaftlichen Kräften.“⁵¹

Hier wurde also den Interessen des Verbunds an der Verlagerung der Montageleistungen Rechnung getragen. Ob diese dem marktbezogenen Interesse des Arbeitgeber-Unternehmens entsprachen, war nicht entscheidend.

In einem anderen Fall der Vergabe an ein Tochterunternehmen hat das BAG allerdings das Verbot offensichtlich unsachlicher und willkürlicher Kündigungen durchschlagen lassen. Eine Rheumaklinik hatte die unternehmerische Entscheidung getroffen, einige Servicebereiche wie Reinigung, Küche und andere an eine eigens zu gründende Service-GmbH zu übertragen, die aus umsatzsteuerlichen Gründen aber finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch mit maßgeblichem Einfluss auf die Geschäftsführung in das Unternehmen der Rheumaklinik eingegliedert blieb. Gesellschaftszweck war allein die Erbringung von Dienstleistungen für die Rheumaklinik. Dabei sollte die GmbH eigene, neu eingestellte Arbeitnehmer beschäftigen. Den bisher bei der Rheumaklinik mit den entsprechenden Arbeiten beschäftigten Arbeitnehmern wurde gekündigt.

Das BAG hat sein Urteil darauf gestützt, dass die Entscheidung des Arbeitgebers, die Serviceleistungen auf diese voll in sein Unternehmen eingegliederte Organgesellschaft zu übertragen, rechtsmissbräuchlich und damit kündigungsschutzrechtlich unbeachtlich sei, weil die Wahl dieser Organisationsform in erster Linie dem Zweck gedient habe, den Arbeitnehmern der betroffenen Bereiche den Kündigungsschutz zu nehmen,

50 BAG 23.4. 2008 – 2 AZR 1110/06 (Fn. 8), Rn. 19.

51 BAG 23.4. 2008 – 2 AZR 1110/06 (Fn. 8), Rn. 19.

damit die Arbeit in Zukunft von anderen, schlechter bezahlten Arbeitnehmern verrichtet werde. Es sei rechtsmissbräuchlich, wenn der Arbeitgeber ein unternehmerisches Konzept zur Kostenreduzierung wähle, das faktisch nicht zu einer Änderung in den betrieblichen Abläufen, jedoch bei allen Arbeitnehmern der betroffenen Abteilungen zu einem Verlust ihres Arbeitsplatzes führe, obwohl nach wie vor der Beschäftigungsbedarf bestehe⁵². Ob auch konzernbezogene Überlegungen zur Unwirksamkeit der Kündigung führen könnten, hat das BAG in der Entscheidung offengelassen⁵³.

Letztlich hob das BAG auch darauf ab, dass in Bezug auf den Kündigungsschutz ein Umgehungstatbestand vorgelegen habe⁵⁴. Ob die Willkürkontrolle der richtige Ansatzpunkt zur Lösung dieses Tatbestands ist, ist dennoch zweifelhaft. In der Sache bewegt man sich im Bereich des (Teil-) Betriebsübergangs⁵⁵ und der unzulässigen Austausch Kündigung. Diese liegt dann vor, wenn zwar an sich die Übertragung an einen Dritten erfolgt, die übertragenen Aufgaben von diesem aber nicht selbständig erledigt werden sollen, wie das BAG zwei Jahre nach dem „Rheumaklinik-Urteil“ in der sogenannten „Team-Dispatcher-Entscheidung“ klargestellt hat⁵⁶. Eine Übertragung zur selbständigen Erledigung lag wegen der in dem Rheumaklinik-Fall angestrebten umsatzsteuerlichen Organschaft nicht vor, da diese kraft gesetzlicher Regelung eine volle Eingliederung der Gesellschaft in das Unternehmen des Organträgers verlangt und von einem einheitlichen Unternehmen ausgeht⁵⁷.

Die eigentlichen Konzernsachverhalte, von denen wir hier sprechen, werden von dieser Rechtsprechung nicht erfasst. Im Ergebnis ist sie auch nicht tauglich, auf die Fälle des Konzernrisikos eine Antwort zu geben, wenn nicht offensichtlich ein Rechtsmissbrauch vorliegt. Wer den Anstoß für die Verlagerung gegeben hat, kann nicht entscheidend sein. Ein Gestaltungsmissbrauch kann bei Organisationsverschiebungen im Konzern nicht einfach unterstellt werden, sondern bedarf eines konkreten Nach-

52 BAG 26.9. 2002 – 2 AZR 636/01, AP Nr. 124 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 2003, 549 unter II 1 e, cc der Gründe.

53 BAG 26.9. 2002 – 2 AZR 636/01 (Fn. 52) unter II 2 der Gründe.

54 BAG 26.9. 2002 – 2 AZR 636/01 (Fn. 52) unter II 1 d der Gründe.

55 Vgl. für die Neuvergabe des Betreibens einer Krankenhausküche das zeitlich spätere Urteil EuGH 20.11. 2003 – C-340/01, Slg. 2003, I-14023, 14046 = AP Nr. 34 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187 = NZA 2003, 1385 Rn. 36 ff (Abler).

56 BAG 16.12. 2004 – 2 AZR 66/04, AP Nr. 133 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 2005, 761 unter B II 2 b, aa der Gründe; zuvor schon BAG 26.9. 1996 – 2 AZR 200/96, AP Nr. 80 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1997, 202 unter II 2 der Gründe.

57 BAG 26.9. 2002 – 2 AZR 636/01 (Fn. 52) unter II 1 e, dd der Gründe.

weises. Den wird der die Darlegungs- und Beweislast tragende Arbeitnehmer regelmäßig nicht führen können.

4. Begrenzter Schutz durch § 613a BGB

Zum Schutzinstrumentarium, das bei konzerninternen Verlagerungen zu beachten ist, gehört auch § 613a BGB, der im Falle eines Betriebsübergangs die bei der übergehenden wirtschaftlichen Einheit bestehenden Arbeitsverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten auf den Betriebserber übergehen lässt. Dass die Betriebsübergangsrichtlinie⁵⁸ und damit § 613a BGB auch dann anzuwenden sind, wenn der Betriebsübergang von einem Konzernunternehmen auf ein anderes stattfindet, ist entschieden⁵⁹. Stellt die konzerninterne Verlagerung einen Betriebsübergang dar, ist damit auch Kündigungsschutz verbunden. So wird etwa die Absicht zur Betriebsstilllegung im Rahmen der betriebsbedingten Kündigung als nicht ernsthaft und endgültig angesehen, wenn sich der Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigung noch in Übernahmeverhandlungen befindet⁶⁰. Betriebsveräußerung und Betriebsstilllegung schließen sich aus⁶¹. Im Übrigen gilt § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB: Der Betriebsübergang darf nicht der tragende Grund für die Kündigung sein. Nach § 613a Abs. 4 Satz 2 BGB können Veräußerer oder Erwerber aber gleichwohl kündigen, wenn ein Kündigungsgrund vorliegt.

Dieser Schutz durch § 613a BGB setzt allerdings den Übergang der betreffenden wirtschaftlichen Einheit unter Wahrung ihrer Identität voraus⁶². Die Schwierigkeiten, den Tatbestand des Betriebsübergangs klar zu fassen und abzugrenzen⁶³, sind hinlänglich bekannt und hier nicht

58 Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.3. 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- und Betriebsteilen (Amtsblatt EG 2001 L 82/16).

59 Vgl. EuGH 2.12. 1999 – C-234/98, Slg. 1999, I-8643, 8664 = AP Nr. 28 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187 = NZA 2000, 587 Rn. 12 ff. (Allen).

60 BAG 27.9. 1984 – 2 AZR 309/83, AP Nr. 39 zu § 613a BGB = NZA 1985, 493 unter B III 3 b der Gründe.

61 BAG 13.6. 2006 – 8 AZR 271/05, AP Nr. 305 zu § 613a BGB = NZA 2006, 1101 Rn. 17 f.

62 Nach Art. 1 Nr. 1 Buchstabe b Richtlinie 2001/23/EG (Fn. 58) gilt als Übergang im Sinne der Richtlinie der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisatorischen Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- und Nebentätigkeit.

63 Dazu jüngst *Hauck*, Die Tatbestandsmerkmale des Betriebsübergangs in der Rechtsprechung des BAG und des EuGH, Festschrift Bauer, 2010, S. 401 ff.; *Willemsen/Sagan*, Der Tatbestand des Betriebsübergangs nach „Klarenberg“, ZIP 2010, 1205 ff.

weiter auszuführen. Fest steht jedenfalls seit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Ayse Süzen*, dass eine wirtschaftliche Einheit nicht als bloße Tätigkeit zu verstehen ist⁶⁴. Das hatte der EuGH in dem drei Jahre zuvor entschiedenen Fall der Raumpflegerin *Christel Schmidt*, in dem er schon in der bloßen Vergabe des Reinigungsauftrags einer Sparkasse an ein Reinigungsunternehmen einen Betriebsübergang erblickte⁶⁵, noch anders gesehen. Wie aber auch das BAG im vergangenen Jahr nochmals klar gestellt hat, ist die reine Funktionsnachfolge durch bloße Fortführung der Tätigkeit ebenso wenig ein Betriebsübergang wie die reine Auftragsnachfolge⁶⁶.

Gerade in den Fällen, in denen sich das BAG mit dem konzerndimensionalen Kündigungsschutz befasste, half § 613a BGB dem gekündigten Arbeitnehmer nicht weiter. So lag es etwa in dem geschilderten Fall des bauleitenden Monteurs: Das BAG stellt in der Entscheidung fest, dass materielle oder personelle Ressourcen in maßgeblichem Umfang nicht übergegangen waren⁶⁷. § 613a BGB bietet also im Falle konzerninterner Verlagerungen nur einen begrenzten Schutz⁶⁸.

5. Kein kündigungsschutzrechtlicher Durchgriff

Damit bleibt der oben zurückgestellte Gesichtspunkt des kündigungsrechtlichen Durchgriffs. Um das Konzept kurz in Erinnerung zu rufen: Es geht um die Frage einer konzernweiten Weiterbeschäftigungspflicht nur in dem Fall, dass der Arbeitsplatzverlust auf einer Maßnahme der Konzernspitze beruht, die nicht auf die Marktsituation des Arbeitgeber-Unternehmens zurückzuführen ist, sondern auf konzerninterne Gründe. Als Rechtsgrundlage wird in erster Linie die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht genannt⁶⁹. Ergänzend wird auch auf die §§ 311, 317 AktG verwiesen⁷⁰, die im faktischen Konzern Nachteilsausgleich und Schadensersatz zugunsten der abhängigen Aktiengesellschaft vorsehen, wenn das

64 EuGH 11.3. 1997 – C-13/95, Slg. 1997, I-1259, 1268 = AP Nr. 14 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187 = NZA 1997, 433 Rn. 15 (Süzen).

65 EuGH 14.4. 1994 – C-392/92, Slg. 1994, I-1311, 1321 = AP Nr. 106 zu § 613a BGB = NZA 1994, 545 Rn. 16 f. (Schmidt).

66 BAG 25.6. 2009 – 8 AZR 258/08, AP Nr. 373 zu § 613a BGB = NZA 2009, 1412 Rn. 27; auch BAG 14.8. 2007 – 8 AZR 1043/06, AP Nr. 325 zu § 613a BGB = NZA 2007, 1431 Rn. 16 ff.

67 BAG 23.4. 2008 – 2 AZR 1110/06 (Fn. 8), Rn. 24.

68 Dazu bereits *Martens*, Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, S. 367, 380; *Henssler* (Fn. 5), S. 144 f.; *Konzen*, RdA 1984, 65, 69.

69 *Martens*, Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, S. 367, 378; *Konzen*, RdA 1984, 65, 73; allgemein zur Fürsorgepflicht im Konzernarbeitsrecht *Henssler* (Fn. 5), S. 73 ff.

70 *Konzen*, RdA 1984, 65, 85 f.

herrschende Unternehmen seinen Einfluss zum Nachteil der abhängigen Gesellschaft nutzt.

Die Begründungen sind facettenreich und können hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden⁷¹. Ich sehe im Ergebnis keine tragfähige Grundlage für einen kündigungsschutzrechtlichen Durchgriff: Über die Fürsorgepflicht, mag sie auch historisch zur Begründung zahlreicher Arbeitnehmerschutzrechte gedient haben⁷², lässt sich arbeitsrechtlich nahezu alles begründen. Der Arbeitnehmerschutz ist zwar die wesentliche Funktion des Arbeitsrechts. Wesentliche Rechtspositionen müssen sich aber auf eine tragfähige vertragliche oder gesetzliche Grundlage zurückführen lassen. Für eine Einschränkung der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers über den bestehenden gesetzlichen Kündigungsschutz hinaus ist diese Nebenpflicht zu vage. Zudem öffnet sie das Tor zu einer uferlosen Billigkeitsbetrachtung.

Auch der Rückgriff auf die aktienrechtlichen Bestimmungen ist weit hergeholt, um damit einen Weiterbeschäftigungsanspruch von Arbeitnehmern und darüber Kündigungsschutz herbeizuführen. Gegen das Konzept eines kündigungsschutzrechtlichen Durchgriffs sprechen aber vor allem auch andere gewichtige Gründe: So dürfte es wiederum kaum kontrollierbar sein, ob konzerninterne Gründe oder solche des Marktes für die Verlagerung ursächlich waren. Denn dass die konzernveranlassten und die marktbedingten Risiken sich überhaupt jeweils klar trennen lassen, ist schwer vorstellbar⁷³. Es müsste weiter geklärt werden, ob das herrschende Unternehmen auf die Unternehmensführung der abhängigen Gesellschaft nachteilig eingewirkt hat⁷⁴. Normale Kündigungsschutzprozesse würden dadurch gewaltig überfrachtet, das Kündigungsschutzrecht wäre nicht mehr praktikabel. Verwirft man den Durchgriff also, muss nach einem anderen Lösungsansatz gesucht werden.

6. Lösungsansätze de lege ferenda

Dass es das Konzernrisiko durchaus gibt, ist kaum von der Hand zu weisen. Mit der Zunahme von Konzernen und der Entwicklung, dass vermehrt Aufgaben von hier nach da zwischen den Konzernunternehmen ver-

⁷¹ Siehe auch das noch weitergehende Konzept von *Henssler* (Fn. 5), S. 129 ff.

⁷² Vgl. in Bezug auf den Kündigungsschutz etwa den Hinweis von *Konzen*, RdA 1984, 65, 73.

⁷³ So überzeugend *Wiedemann*, Anmerkung zu BAG 14.10. 1982 – 2 AZR 568/80, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Konzern unter 2 b; das Problem sieht auch *Martens*, Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, S. 367, 381.

⁷⁴ *Wiedemann*, Anmerkung zu BAG 14.10. 1982 – 2 AZR 568/80, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Konzern unter 2 b; zu einer Verteilung der Beweislast *Konzen*, RdA 1984, 65, 86; allgemein zu Beweiserleichterungen im Konzernarbeitsrecht *Henssler* (Fn. 5), S. 90 ff.; kritisch *Windbichler* (Fn. 5), S. 208 ff.

schoben werden, steigt dieses Risiko. Das Arbeitsrecht kann sich dem nicht so ohne weiteres verschließen.

Die Lösung kann meines Erachtens nicht in einer generellen Ausweitung des Kündigungsschutzes auf den Konzern liegen. Eine allgemeine konzernbezogene Weiterbeschäftigungspflicht allein aufgrund der Tatsache, dass ein Konzern vorliegt, wie sie gelegentlich gefordert wird⁷⁵, führt in die Irre. Wie *Martens* plausibel dargelegt hat, würde eine generelle Befreiung des Arbeitnehmers von seinem Arbeitsplatzrisiko im Umfang der im Konzern insgesamt zur Verfügung stehenden Arbeitsplätze zu einer Beeinträchtigung der Marktchancen jener Arbeitnehmer führen, die von außen die offenen Arbeitsplätze konkurrierend nachfragen⁷⁶. Das bekannte Insider-Outsider-Problem des Kündigungsschutzrechts würde also verschärft. Eine allgemeine konzernbezogene Weiterbeschäftigungspflicht wäre außerdem außerordentlich schwerfällig und würde zahlreiche Folgeprobleme wie etwa eine konzernweite Auswahl der Arbeitnehmer für die freien Arbeitsplätze nach sozialen Gesichtspunkten, wenn in mehreren Unternehmen gekündigt wird, nach sich ziehen, die die überwiegende Auffassung bei der unternehmensweiten Weiterbeschäftigungspflicht analog § 1 Abs. 3 KSchG durchführen will⁷⁷. Auch sollte man das Arbeitsverhältnis als Zweiparteienverhältnis grundsätzlich nicht infrage stellen. Eine Eingrenzung des zuständigen Rechtssubjekts dient der Klarheit und bleibt im Rahmen der bestehenden Zivilrechtsordnung. Es würde letztlich auch nicht zugunsten der Arbeitnehmer ausgehen, wenn das herrschende Unternehmen das beherrschte mit den überzähligen Arbeitnehmern „im Regen stehen lässt“. Das vorhin geschilderte Erfordernis des bestimmenden Einflusses wäre jedenfalls in meinen Augen nicht verzichtbar.

Ein stärkerer Ausbau der Missbrauchskontrolle bei Konzernsachverhalten ist ebenfalls abzulehnen. Wie ausgeführt liegt ein Gestaltungsmissbrauch

75 Etwa *Coen*, Der Kündigungsschutz im Konzern, RdA 1983, 348, 353, der den Kündigungsschutz konzerndimensional erweitern will, soweit das Vorliegen eines Konzerns konstatiert werden kann; nur wenn die Konzernobergesellschaft den Nachweis führen kann, dass die abhängige Gliedgesellschaft weitgehend selbstständig am Markt agieren konnte, soll dies nicht gelten.

76 *Martens*, Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, S. 367, 379; gegen eine globale Einbeziehung von Konzernsachverhalten in den Kündigungsschutz auch *Konzen*, RdA 1984, 65, 74 f. und in Bezug auf eine Weiterbeschäftigungspflicht *Henssler* (Fn. 5), S. 134.

77 Einer analogen Anwendung des § 1 Abs. 3 KSchG zuneigend BAG 21.9. 2000 – 2 AZR 385/99, AP Nr. 111 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 2001, 535 unter B IV 2 b der Gründe; dafür auch *Griebeling*, in: KR (Fn. 2), § 1 KSchG Rn. 546; *Löwisch/Spinner* (Fn. 5), § 1 Rn. 285; für die Anwendung einer Verteilung nach billigem Ermessen gemäß § 315 BGB *Kaiser*, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch (Fn. 13), § 1 Rn. 151.

allein aufgrund des Konzernsachverhalts auch dann nicht vor, wenn die Verlagerung nicht allein im Unternehmensinteresse, sondern aufgrund sonstiger Konzerninteressen erfolgt. Eine Ausweitung dieser Kontrolle würde darauf hinauslaufen, dass doch die unternehmerische Entscheidung auf Sinn und Zweck überprüft wird. Das aber unterlässt man im geltenden Kündigungsschutzrecht mit gutem Grund. Daran sollte festgehalten werden.

Die systemkonforme Antwort auf das Konzernrisiko, die die gesellschaftsrechtlichen wie die arbeitsrechtlichen Grundentscheidungen respektiert und insbesondere das Kündigungsschutzrecht unangetastet lässt, liegt in einer gesetzlichen Überleitung der Arbeitsverhältnisse bei Verlagerungen innerhalb des Konzerns. Der hierfür maßgebliche § 613a BGB erfasst diese Fälle – wie gezeigt – nur begrenzt. *De lege ferenda* sollte eine Ausweitung dieser Vorschrift auf Fälle der Funktions- und Auftragsnachfolge dann in Betracht gezogen werden, wenn es zu einer endgültigen und dauerhaften Verlagerung innerhalb des Konzerns kommt. Das wäre bei einer eindeutigen Verlagerung ab einem bestimmten Zeitpunkt, wie im oben geschilderten Fall des Montageleiters, leicht festzustellen. Bei schleichenden Prozessen wäre der Zeitpunkt erreicht, wenn der Beschäftigungsbedarf beim bisherigen Funktionsinhaber weggefallen ist.

Dass letzterer Punkt mit größeren Schwierigkeiten verbunden ist und sich auch sonst einige Probleme abzeichnen, ist mir klar. Ich halte eine solche Lösung über § 613a BGB aber insgesamt für interessengerecht und auch praktikabel. Sie bleibt im Rahmen des anerkannten arbeitsrechtlichen Instrumentariums, greift das Arbeitsverhältnis als Zwei-Parteien-Verhältnis nicht an, negiert nicht gesellschaftsrechtliche Grundentscheidungen und geht vor allem mit dem bestehenden System des Kündigungsschutzes konform. Führt die Verlagerung beim Funktionsnachfolger zu einem Personalüberhang, kann dieser betriebsbedingt kündigen, allerdings in der Regel nur unter Einbeziehung seiner bisherigen wie der übergeleiteten Arbeitnehmer im Rahmen der Sozialauswahl⁷⁸. Zudem ist die Kündigung durch den bisherigen Funktionsinhaber nach einem Konzept des künftigen möglich. Hier gelten die Kriterien, die für die Kündigung durch den Veräußerer nach einem Erwerberkonzept entwickelt worden sind⁷⁹.

Konsequenz des vorgeschlagenen Lösungswegs ist, dass Aufgaben und Tätigkeiten innerhalb des Konzerns verlagert werden können, ohne dass

78 Im Einzelnen von *Hoyningen-Huene/Linck* (Fn. 5), § 1 Rn. 881 ff. mit weiteren Nachweisen.

79 BAG 20.3. 2003 – 8 AZR 97/02, AP Nr. 250 zu § 613a BGB = NZA 2003, 1027 unter II 1 c der Gründe; *Griebeling*, in: KR (Fn. 2), § 1 KSchG Rn. 577 mit weiteren Nachweisen.

die Gründe für die Verlagerung zu erforschen oder gar einer Wertung zu unterziehen sind, ob sie sich als missbräuchlich darstellen. Auf der anderen Seite werden nicht diejenigen Arbeitnehmer einseitig mit dem Konzernrisiko belastet, die bei demjenigen Konzernunternehmen beschäftigt sind, von dem Funktionen und Aufträge innerhalb des Konzerns abwandern. Das Konzernrisiko wird unter den Arbeitnehmern der an der Verlagerung beteiligten Gesellschaften verteilt.

Dass die Funktionsnachfolge von § 613a BGB an sich nicht erfasst wird, dient dem Schutz des Wettbewerbs auf dem Gütermarkt, insbesondere um Dienstleistungen⁸⁰. Auch in einem künftigen Recht darf bei der Vergabe einer bloßen Tätigkeit oder Funktion an Externe ein Betriebsübergang nicht angenommen werden, weil dies den Prinzipien einer marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung zuwiderläuft. Innerhalb eines Konzerns kann aber dem Schutz der Arbeitnehmer Vorrang vor dem Wettbewerb zwischen einzelnen Konzernunternehmen eingeräumt werden.

IV. Ergebnis

Als Ergebnis halte ich fest: Konzerndimensionalen Kündigungsschutz gibt es nur in engen Grenzen. Dem Konzernrisiko, das in der Verlagerung von Arbeitsprozessen und Funktionen von dem einen auf ein anderes Konzernunternehmen liegt, ist nicht durch eine Ausweitung des konzerndimensionalen Kündigungsschutzes zu begegnen. Auch eine Kontrolle der Gründe für die Verlagerungsentscheidung im Rahmen des Kündigungsschutzes über die schon bislang anerkannte Missbrauchskontrolle hinaus ist abzulehnen. Vielmehr ist die Lösung in einer Ausweitung des § 613a BGB auf Fälle der Funktionsnachfolge im Konzern zu suchen. Der Vorschlag lautet dabei nicht: „Zurück zu Christel Schmidt“. Aber er lautet: „Christel Schmidt im Konzern“.

80 Zur Christel Schmidt-Entscheidung in diesem Kontext *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 313 ff.

Diskussion

Professor Dr. Matthias Jacobs, Bucerius Law School, Hamburg:

Vielen Dank, lieber *Georg*, für den sehr klaren und, wie ich finde, sehr instruktiven Vortrag mit einer gewagten These am Ende, die möglicherweise auch auf Widerspruch stoßen wird. Ich kann mir denken, Sie haben bestimmt Fragen, Diskussionsbeiträge. Löchern Sie den Referenten.

Dr. Ralf Steffan, Deutsche Telekom AG, Bonn:

Unterstellen wir einmal, es liegen zum ersten Teil Ihres Beitrags die Voraussetzungen vor. Es greift ein konzerndimensionaler Kündigungsschutz ein, insbesondere wahrscheinlich bei einer Konzernmutter wegen Beherrschungsverträgen, und ich habe die Möglichkeit, den Mitarbeitern nicht nur einem Unternehmen, also ihm nicht einen Arbeitsplatz in einem Tochterunternehmen, sondern in mehreren zuzuweisen. Inwieweit bin ich verpflichtet, Interessen des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, § 315 BGB? Welche Maßstäbe muss ich anwenden, wenn ich ihm einen anderen Arbeitsplatz zuweise?

Zweitens ist es mehr eine Anmerkung: Bei der Konzentration von Aufgaben in großen Unternehmen oder im Konzern, das sind immer so die Beispiele Einkauf, IT, Finanzen, Controlling, ist es manchmal eher zufällig, ob die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs vorliegen, was meines Erachtens weniger die Abgrenzung Betriebsübergang – Funktionsnachfolge betrifft, sondern mehr die Frage: Liegt überhaupt ein Betriebsteil beim abgebenden Unternehmen vor? Je nachdem wie die Organisation ist, ist das mehr zufällig. Dann wäre also der Schluss aus Ihrer Logik: Bei wem zufälligerweise ein Betriebsübergang vorliegt, der hat Glück, und bei wem zufälligerweise oder bei der kleinen Gruppe, dem Arbeitnehmer, bei dem zufälligerweise kein Betriebsübergang vorliegt, der hätte dann Pech. Denn man wird ja nicht sagen dürfen, dass eine Organisationskonzentration, die ja immer Prozessverbesserungen mit sich bringt, in der Tat als nicht marktkonform oder missbräuchlich zu werten ist.

Professor Dr. Georg Caspers, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg:

Ich fange mit dem zweiten Punkt an: Diese Zufälligkeiten mit dem § 613a BGB gibt es natürlich jetzt schon. Da geht es immer um die Frage: Haben wir einen Betriebsübergang oder haben wir keinen? Glück oder Pech spielt

da schon eine Rolle. Häufig ist es ja so, dass bei Dienstleistungen die Arbeitnehmer schlechter dran sind, weil meist keine Betriebsmittel, wesentliche Teile der Belegschaft oder sonstiges Relevantes übergehen. Eine Ausweitung auf die Funktionsnachfolge würde doch etliche Fälle mehr erfassen, auch wenn immer noch welche herausfallen, etwa bei schleichenden Prozessen.

Zu Ihrer ersten Frage, dass mehrere Arbeitsplätze zur Verfügung stehen: Das muss man genauso handhaben wie bei der unternehmensweiten Weiterbeschäftigung auch. Hat der Arbeitnehmer einen Anspruch, dann ist die Frage, ob der Anspruch auf einen bestimmten Arbeitsplatz bezogen ist. In der Regel nein. Dann geht es über das Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB.

Dr. Andrea Nicolai, Deutsche Post AG, Bonn:

Eine Verständnisfrage, eine weiterführende Frage und ein Widerspruch: Wobei zwei und drei in die gleiche Richtung wie Herr *Steffan* gehen. Zunächst die Verständnisfragen: Ich habe nicht ganz richtig verstanden, ob Sie die vertragliche Grundlage für eine konzernweite Weiterbeschäftigung schon in einer Konzernversetzungsklausel sehen. Also nicht die Klausel, dass ich tatsächlich jemanden vertraglich zu einem anderen Arbeitgeber herüberschiebe, sondern mehr arbeitsvertraglich den Einsatz bei anderen Konzernunternehmen vorbehalte. Wenn Sie das annehmen wollen, würde ich, auch wenn ich natürlich weiß, dass ein Unterschied zwischen Weiterbeschäftigungsmöglichkeit/Sozialauswahl besteht, einen Wertungswiderspruch zur Rechtsprechung des BAG sehen, das ja bei der Sozialauswahl sagt, das ist betriebsbezogen und unternehmensweite Versetzungsklauseln sind irrelevant, unabhängig davon, ob ich mir das Recht einräume, einmal zeitweilig einen Mitarbeiter – was wir vor allen Dingen auch bei Nachwuchskräften machen – in anderen Konzernunternehmen einzusetzen. Ob das tatsächlich so eine weitreichende Sanktion nach sich ziehen kann, das halte ich für sehr fraglich.

Die weiterführende Frage bezog sich auf Ihre Annahme, dass unter Umständen ein Weiterbeschäftigungsanspruch gegenüber einem anderen Konzernunternehmen besteht, wenn ich das zugesagt habe. Da stellt sich für mich die Frage: zu welchen Arbeitsbedingungen eigentlich? Ich habe, wenn ich in einem Konzern bin, in vielen Unternehmen – das ist bei uns auch der Fall – ganz unterschiedliche Vergütungsstrukturen, ganz unterschiedliche Konditionen. Da würde sich dann für mich die Frage stellen: Weiterbeschäftigungsangebot zu den Arbeitsbedingungen, die dann in dem jeweiligen Konzernunternehmen bestehen? So viel zur weiterführenden Frage.

Der entschiedene Widerspruch, für den ich allgemein bekannt bin: Ich formuliere es etwas schärfer als Herr *Steffan*. Ich glaube nicht, dass § 613a BGB eine Lösung der von Ihnen so genannten Missbrauchsfälle sein kann. Ich halte schon die Prämisse, man könne zwischen marktbezogenen Interessen und Konzerninteressen trennen, für mehr als angreifbar. Das ist in der Praxis aus meiner Sicht nicht möglich. Zumindest mittelbar wird es auch immer um die Marktstellung auch des Arbeitgeberunternehmens gehen. Ich meine, wir in den Konzernen, schieben ja nicht die Organisationseinheiten herum, weil es uns Spaß macht, sondern dahinter steht im Regelfall ein gut durchgerechneter *business case* und das ist natürlich auch letztlich vorteilhaft für jedes Konzernunternehmen, auch wenn es im ersten Augenblick nachteilig zu sein scheint. Von daher: Marktrisiken und Konzernrisiken meines Erachtens nicht trennbar. Damit haben Sie aber dann das Thema, wenn Sie über § 613a BGB gehen, dass Sie jetzt ein Instrument heranziehen, das auch nach dem europäischen Recht eigentlich geschaffen ist, um ein spezifisches Risiko, nämlich die Übertragung von Marktstellungen, das ins gemachte Bett hineinlegen – wie *Rüdiger Krause* immer so schön sagt –, dass Sie das verlassen, und dass Sie auf einmal § 613a BGB eine allgemeine Kündigungsschutzrechtliche Wirkung zumessen, die er weder nach europäischem noch nach nationalem Recht hat. Unabhängig davon: Wenn Sie so etwas vorschlagen – Herr *Steffan* hat auch schon darauf hingewiesen –, dass Sie dann nicht bei Christel Schmidt stehen bleiben können, sondern dass Sie den ganzen § 613a BGB umbauen müssen. Das macht die Vorschrift noch schwieriger zu handhaben, als sie ohnehin schon ist. Das wird irgendwann einmal tatsächlich in allgemeinen Kündigungsschutz einmünden – wehe die Geister, die ich rief, die bekomme ich dann nicht mehr gebändigt – und dann haben wir genau das, was Herr *Martens* zu Recht gesagt hat. Dann haben wir nämlich in der Tat einen konzerndimensionalen Kündigungsschutz, der die Arbeitnehmer, die im Konzern sind, enorm schützt. Dann haben wir einen *closed shop*. Und die, die draußen stehen, die haben dann gar nichts. Das halte ich persönlich schon aus Gerechtigkeitsgründen für mehr als zweifelhaft.

Georg Caspers:

Das waren jetzt jede Menge Fragen. Ich fange mit der Ersten an, mit der Konzernversetzungsklausel. Da habe ich die Rechtsprechung referiert. Ich stehe ja auf dem Standpunkt, dass sich klar ergeben muss, dass der Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung auf dem anderen Arbeitsplatz bei einem anderen Konzernunternehmen verlangen kann. Die Verpflichtung zur konzernweiten Weiterbeschäftigung ist nach der Rechtsprechung begrenzt und ich würde sie noch enger fassen. Ich habe auch noch die Einschränkung mit der Bindung des dritten Unternehmens gemacht. Mir ist

entscheidend, dass es den konzerndimensionalen Kündigungsschutz nur gibt, wenn der Arbeitnehmer es von seinem Arbeitgeber fordern kann, versetzt zu werden. Das ist bei einer Konzernversetzungsklausel, mit der sich der Arbeitgeber nur vorbehalten hat, den Arbeitnehmer auch einmal woanders einzusetzen, nicht ohne Weiteres der Fall. Das muss man dann im Einzelfall auslegen, ganz unabhängig von der Frage, ob das überhaupt AGB-rechtlich mit den Konzernversetzungsklauseln noch funktioniert.

Die Frage, welche Arbeitsbedingungen bei der konzernweiten Versetzung gelten, ist eine gute Frage, die sich natürlich schärfer stellt, je weiter man den konzernweiten Kündigungsschutz anerkennt. Ich ziehe die Grenzen ja ganz eng, also habe ich weniger Probleme damit. Aber in den wenigen Fällen, in denen konzerndimensionaler Kündigungsschutz besteht, kann sich die Frage natürlich stellen. Bei der Weiterbeschäftigung im Unternehmen wird ja auch immer gefragt, ist es zumutbar? Ist es für den Arbeitgeber zumutbar und ist es für den Arbeitnehmer zumutbar? Gegebenenfalls geht es nur zu geänderten Arbeitsbedingungen. Hier würde ich schon sagen, dass man eine solche Abwägung nach Zumutbarkeitskriterien machen muss. Und dann geht es natürlich um die Zumutbarkeit für den neuen Arbeitgeber, also dort, wo der Arbeitnehmer hinwandert.

Dritter Punkt: Mit dem Vorschlag zu § 613a BGB war mir klar, dass ich Gegenwind bekommen würde. Ich weiß jetzt aber nicht, ob ein Missverständnis vorliegt. Ich habe ja gerade gesagt, dass Sie zwischen diesen marktbezogenen Risiken und den konzerninternen Risiken nicht wirklich trennen können, sondern dass es eine Vielfalt von Gründen für die Verlagerung geben kann. Mein Konzept ist, dass ich das gar nicht wissen will. Man kann das nicht im Einzelnen untersuchen. Das würde die Kündigungsschutzprozesse von der Darlegungslast völlig überfrachten. Das geht nicht. Deswegen komme ich überhaupt auf § 613a BGB, weil ich sage, wenn es diese Risiken gibt – und die gibt es durchaus – dann können wir als Arbeitsrechtler nicht nur mit den Schultern zucken und sagen: Pech gehabt. Wenn man § 613a BGB hier fortentwickelt auf die Funktionsnachfolge nur im Konzern, und Sie schreiben das ausdrücklich ins Gesetz, dann sehe ich eigentlich nicht die Gefahr, dass dies verallgemeinert wird. Wenn der Gesetzgeber ganz klar sagt, das gilt nur im Konzern, dann ist doch gerade das Gegenteil der Fall. Dann ist das ein Hinweis, dass er es nicht verallgemeinert haben wollte. Und dass Sie mit jeder Form der Erweiterung des Kündigungsschutzes – auch § 613a BGB bezweckt Bestandsschutz – in gewisser Weise das *Insider-Outsider*-Problem haben, das ist klar, kann aber noch hingenommen werden, weil die Ausweitung ja nur bei Verlagerungen im Konzern greifen würde. Das Kündigungsschutzgesetz auf eine allgemeine konzernweite Weiter-

beschäftigungspflicht umzustellen, das würde ich keinesfalls anraten, dass man das macht.

Rechtsanwalt Reinhard Gaidies, Kanzlei Gaidies Heggemann & Partner, Hamburg:

Ich möchte zu den Fallgruppen kommen, der konzernbezogenen Weiterbeschäftigung. Sie haben sehr deutlich hervorgehoben, dass es neben diesen genannten Fallgruppen immer eine weitere Voraussetzung gebe, quasi als nachgeschaltete Voraussetzung, nämlich das Bestimmungs- und Beeinflussungsrecht des Vertragsarbeitgebers. Ich meine nicht, dass sich das aus der Rechtsprechung und den Fallgruppen ergibt; sie nannten zwei Fallgruppen. Das ist einmal: Jemand wird von vornherein von einem anderen Konzernunternehmen eingesetzt; zweite Fallgruppe dann die Zusage. Nehmen Sie die Fallgruppe des Einsatzes des von vornherein in einem anderen Konzernunternehmen. Warum sollte in diesem Fall, wo der Vertragsarbeitgeber eine vertragliche Absprache trifft, wonach er von vornherein – wir erleben das auf Dauer – einen anderen Arbeitnehmer in einem anderen Konzernunternehmen einsetzt, warum sollte hier im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung dann noch verlangt werden, dass jetzt zusätzlich noch das Bestimmungsrecht, das Beeinflussungsrecht geprüft wird, obwohl die Vertragsgestaltung selbst schon dokumentiert, dass der Vertragsarbeitgeber über diesen Arbeitsplatz in dem anderen Konzernunternehmen verfügt?

Zweite Fallgruppe: Zusage. Da gibt es die unterschiedlichen Formen der Zusage. Einmal ist es eine Zusage möglicherweise des leitenden Konzernunternehmens, aber vielleicht auch eines anderen Konzernunternehmens. Wenn nun das leitende Konzernunternehmen eine Zusage gegeben hat, warum wollen Sie dann – ich argumentiere jetzt natürlich auch aus dem Aspekt einer Prozessführung – im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung noch den Nachweis haben, dass hier ein Bestimmungsrecht besteht? Ich habe den Eindruck, dass diese nachgeschaltete Voraussetzung, diese weitere Voraussetzung, das Beeinflussungsrecht, letztlich nur dazu dient, diese konzernbezogene Weiterbeschäftigung zunichtezumachen, und dass dies eigentlich insofern eine interessenorientierte Betrachtungsweise ist, aber nicht eine, die sich rechtssystematisch rechtfertigen lässt.

Dr. Günter Schmitt-Rolfes, Kanzlei Schmitt-Rolfes, Faltermeier, Staudacher, München:

Dann darf ich gleich eine Anschlussfrage stellen und fortsetzen, wo der Herr Kollege aufgehört hat. Ganz einfache Frage: Es liegen alle Voraus-

setzungen für eine solche Beschäftigung vor, Zusage der Konzern-Holding, freier Arbeitsplatz, es passt, der Mitarbeiter will auch. Wie kommt der Mitarbeiter auf diesen Arbeitsplatz – und zwar durchdekliniert nach den konzernrechtlichen Dimensionierungen: erstens Beherrschungsvertrag, zweitens qualifiziert-faktischer Konzern, drittens einfacher Konzern –, wenn der Vorstand des abhängigen Unternehmens – Rechtsform Aktiengesellschaft – sagt, ich stelle diesen Mann oder diese Frau erstens nicht ein, zweitens: Ich beschäftige ihn nicht. Kommt die Weisung von der Holding, sagt der Vorstand: Ich folge dieser Weisung nicht. Zweitens: Beim qualifiziert-faktischen Konzern fragt der Vorstand, wer kann mir hier eigentlich eine Weisung geben? Ich arbeite als Vorstand weisungsunabhängig. Und beim einfachen Konzern gilt das erst recht. Sie wissen alle, meine Damen und Herren, dass das konzernrechtliche Ausgleichsrecht in diesen drei Stufen immer voraussetzt, dass das abhängige Unternehmen einer Weisung nachkommt oder freiwillig – aufgrund von Druck und Einflussmöglichkeiten – einem Wunsch der Holding nachkommt und dann erst die aktienrechtlichen Ausgleichsvorschriften eingreifen. Wenn aber das Unternehmen sich verweigert: Wie kommt der Mitarbeiter an den Arbeitsplatz? Hat er dann einen unmittelbaren Anspruch auf Beschäftigung, auf Abschluss eines Vertrags oder muss er kapitulieren?

Professor Dr. Christine Windbichler, Humboldt-Universität Berlin:

Dass ich befangen bin, hat Herr *Junker* schon ausgeführt. Es gibt viel zu sagen. Ich fand den Vortrag schön. Ich will nur einen Punkt herausgreifen. Ich glaube, wir widersprechen uns nicht hinsichtlich der vertragsrechtlichen Lösungen im Verhältnis zum Kündigungsschutz. Zu der Zeit, als ich mich mit diesen Themen beschäftigt habe, galt die Dreiwochenfrist des § 4 KSchG nur hinsichtlich der Sozialwidrigkeit der Kündigung, nicht hinsichtlich anderer Kündigungsgründe, insbesondere nicht der vertraglichen. Daraus ergibt sich die Situation, dass der Arbeitnehmer die vertraglichen Kündigungshindernisse auch außerhalb der Dreiwochenfrist noch geltend machen konnte. Und das ist in den komplexen Sachverhalten manchmal nicht ganz unwichtig. Nach altem Recht, das war mein Ansatz, trägt der Arbeitnehmer vor: „Ich hätte nicht gekündigt werden dürfen, weil mein Vertrag Dinge vorsieht, die vorgeschaltet werden müssen, die der Arbeitgeber nicht erfüllt hat“. Das hat hinsichtlich Darlegungs- und Beweislast die Folge, dass der Arbeitgeber seine Vertragserfüllung darlegen und beweisen muss, dass er sagen muss: „Ich habe mich redlich bemüht, habe den ganzen Konzern abgeklappert.“ Nach jetziger Rechtslage, wo alles der Dreiwochenfrist unterliegt, kann ich mir praktisch eher vorstellen, dass der Arbeitnehmer den normalen Weg der Kündigungsschutzklage geht, sagt: „ist sozialwidrig und außerdem gibt es dann ja noch die

Versetzungsklausel und aus der folgt, dass ...“. Insofern schrumpft das zusammen, und wenn der Arbeitgeber nicht beschäftigen kann, weil er – das war in der vorherigen Bemerkung angedeutet – die Herrschaft über die Beschäftigung in einem anderen Unternehmen nicht hat, dann sind wir wieder im Vertragsrecht. Dann haben wir Unmöglichkeit und dann hätten wir die elegante Lösung, dass wir bei §§ 280, 281 BGB das Vertretenmüssen vermuten. Dass wir dann, wenn wir kreativ sein wollen, den Schadensersatz nicht konkret berechnen, sondern die Abfindungslösung des § 10 KSchG als Leitlinie, als Daumenregel nehmen, ist frei erfunden. Das müssen Sie nicht kommentieren, das ist nur eine Anregung.

Georg Caspers:

Ich bemühe mich. An § 10 KSchG analog habe ich auch gedacht. Es gibt dann Schadensersatz nicht *ad ultimo*, sondern der wird dann entsprechend begrenzt.

Zu Herrn *Gaidies*: Sie haben Kritik geübt an dem Merkmal des bestimmenden Einflusses. Ich bin klar der Auffassung, man muss daran festhalten – und das verbindet sich mit dem, was Herr *Schmitt-Rolfes* gesagt hat: Wenn ich nicht erreichen kann, dass der Arbeitnehmer zum anderen Arbeitgeber versetzt wird, dann bleibt er bei mir, wenn ich ihn nicht kündigen kann. Was soll ich aber mit ihm? Wenn ich ihn nicht weiterbeschäftigen kann, wäre das ein sinnentleertes Arbeitsverhältnis. Das muss beendet werden können. An dem bestimmenden Einfluss ist auf jeden Fall festzuhalten, und der hängt dann von den gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen ab. Wie kann das herrschende Unternehmen dem abhängigen Weisungen erteilen? Wenn die Voraussetzung des Beherrschungsvertrags vorliegt, kann die Weisung erteilt werden. Dann muss sie notfalls auch durchgesetzt werden. Die Tatsache, dass sich das abhängige Unternehmen gegenüber dem herrschenden als renitent erweist, kann nicht entgegenstehen. Da muss dann doch der konzernbezogene Kündigungsschutz greifen. Aber die Voraussetzungen müssen eben vorliegen, was bei der AG einen Beherrschungsvertrag erfordert. Sonst geht es nicht. Und bei der GmbH müssen Sie, wenn kein Beherrschungsvertrag vorliegt, über die Gesellschafterversammlung gehen, was nur abgekürzt werden kann, wenn es sich um eine 100 %-ige Tochter handelt.

Nils Asmussen, LL.M., Rechtsanwälte Klemm & Partner, Hamburg:

Es ist eben in Ansätzen schon angesprochen worden, aber ich habe die Frage nach der prozessualen Durchsetzung eines einmal unterstellten

konzernweiten Beschäftigungsanspruchs. Ich hatte Sie eigentlich so verstanden, dass eine etwaige Kündigung dann gar nicht sozialrechtswidrig sei und der konzernweite Beschäftigungsanspruch davon unabhängig bestehen könnte. Das würde für mich doch – Frage – eventuell heißen: Ich bin gar nicht an die dreiwöchige Klagefrist gebunden. Ich klage auch gar nicht gegen meinen kündigenden Noch-Arbeitgeber, sondern ich klage gegen andere Konzerngesellschaften völlig außerhalb der Dreiwochenfrist, und wenn der Beschäftigungsanspruch nicht bei der Konzernmutter besteht, sondern bei der Schwester, klage ich dann gegen die? Wahrscheinlich Leistungsklage auf Annahme eines Vertragsangebots. Oder klage ich gegen die Konzernmutter, die Konzernschwester zu verpflichten? Das wären meine prozessualen Fragen.

Rechtsanwalt Rolf Schaefer, Kanzlei für Arbeitsrecht, Hannover:

Sie stellen auf die Versetzungsklauseln ab, aber wir haben in den heutigen Arbeitsverträgen auch einen Konzernbezug beim Wettbewerbsverbot, einmal beim vertraglichen und ausdrücklich eben beim nachvertraglichen Wettbewerbsverbot. Wie sehen Sie die Bedeutung, wenn der Arbeitnehmer Konzernunternehmen keinen Wettbewerb machen darf aber selber auf die freien Arbeitsplätze im Konzernunternehmen soll er nicht heraufgesetzt werden können. Da, finde ich, ist ein ergänzender Erklärungsbedarf und bei Ihrer These, dass sinnentleerte Arbeitsverhältnisse beendet werden müssen, möchte ich auch widersprechen: Wenn jemand den Sinn nimmt, dann mag er dem Arbeitsverhältnis auch einen neuen Sinn geben.

Georg Caspers:

Ich beginne mit der ersten Frage. Beim Anspruch auf Beschäftigung müssen Sie fragen: gegen wen? Und dann kann der Anspruch gegen den Schuldner durchgesetzt werden, notfalls mit der Leistungsklage. Mein Beispiel lag so: Es hatte sich nur der Dritte gegenüber dem Arbeitnehmer gebunden. Der Vertragsarbeitgeber war nicht verpflichtet. Dann muss der Arbeitnehmer gegen den Dritten klagen auf Abschluss eines Arbeitsvertrags. Schuldner dieses Anspruchs ist derjenige, der die Zusage gegeben hat.

Zum nächsten Punkt: Wettbewerbsverbote sind nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, etwa muss eine Karenzentschädigung bezahlt werden. Von den kündigungsschutzrechtlichen Fragen ist das zu trennen. Ich sehe da keinen Zusammenhang mit meinem Thema. Das ist nicht anders als sonst auch. Und zum sinnentleerten Arbeitsverhältnis, da sagen

Sie: „Da müssen die dem eben wieder einen Sinn geben.“ Die Beschäftigung ist aber weg. Die Konzernmutter hat vielleicht gesagt: „Es wird jetzt verlagert.“ Nach Ihrem Einwand könnte man dem Arbeitnehmer nicht kündigen. Was soll der Arbeitgeber aber machen? Es laufen Lohnkosten auf, denen keine produktive Leistung gegenübersteht. Vielleicht hat auch die Konzernmutter überhaupt kein Interesse mehr an der Gesellschaft. Sie zieht Kapital ab und lässt die Gesellschaft dann gegen die Wand fahren. Damit ist dem Arbeitnehmer und natürlich auch den Arbeitnehmern, die sonst noch da sind, auch nicht gedient. Die Kündigung muss möglich bleiben. Sie ist das Mittel, um Dauerschuldverhältnisse zu beenden und wird eben nur in gewissen Maßen durch Kündigungsschutz eingeschränkt.

Konzerneigene Arbeitnehmerüberlassung

Anja Mengel

Seite

A. Einleitung	47
B. Modelle der Konzernleihe	49
I. Vorübergehende Konzernleihe	49
II. Dauerhafte Konzernleihe	50
C. Konzernleihe als rechtsmissbräuchliche Gestaltung?	51
I. Rechtliche Ausgangslage	51
II. Konzernleihe als Rechtsmissbrauch	54
1. Fehlendes Verleiher-Risiko?	54
a) Arbeitnehmersisiko des Konzernverleihers	55
b) Rechtsprechung zu Tariflöhnen in der Zeitarbeits- branche.....	56
c) Motive des Gesetzgebers	56
2. Fehlender „Klebeeffekt“?	57
3. Vermittlungsvermutung des § 1 Abs. 2 AÜG als „Identi- fikationshilfe“?	57
4. Fazit: Kein Rechtsmissbrauch	59
5. Verbleibendes Risiko: Rechtsprechung bislang uneinheit- lich	60
a) Instanzgerichte	60
b) Bundesarbeitsgericht	61
6. Gestaltungsempfehlungen	62
D. Umsetzungsprobleme – Überleitung bestehender Arbeits- verhältnisse auf den Konzernverleiher	62
I. Untaugliche Mittel	62
II. Tatbestand des Betriebsübergangs	63
1. Betriebsmittelarme Betriebe	63
2. Betriebsmittelgeprägte Betriebe.....	64
3. Folgerungen für die Praxis.....	64
III. Risiken infolge neuer EuGH-Rechtsprechung	65

E. „Schlecker-Klauseln“ – geglückte Vermeidung von Tarifflicht?.....	67
I. „Schlecker-Klauseln“ in Tarifverträgen der Zeitarbeit	67
1. Tarifvertrag AMP-CGB	68
2. Tarifvertrag BVD-CGB	68
3. Tarifvertrag BZA-DGB	68
II. „Lex Schlecker“: Der aktuelle Gesetzentwurf des BMAS	69
1. Änderungen der „equal pay“-Regeln	69
2. Änderung des § 1 Abs. 2 AÜG	70
F. Fazit	71
Diskussion	73

A. Einleitung

Nicht erst seit der jüngsten Wirtschaftskrise in 2008/2009 versuchen Unternehmen, ihre Kosten zu senken. Bereits seit einiger Zeit wird hierzu das Modell eines konzerneigenen Verleihunternehmens propagiert, bei dem die Arbeitnehmer zentral angestellt sind und dann, je nach Bedarf, an die konzernangehörigen Unternehmen zur Arbeitsleistung überlassen werden können, wobei sie nach den – in der Regel für den Arbeitgeber günstigeren – Tarifverträgen für die Zeitarbeitsbranche bezahlt werden¹. Konzerne, die entsprechende Personaldienstleister gegründet haben, verfolgen aber nicht in erster Linie das Ziel, ihre Kosten möglichst niedrig zu halten, sondern wollen Flexibilisierungsmöglichkeiten durch den Aufbau eines solchen „konzerneigenen Arbeitsamtes“ nutzen. Sie können damit nicht nur Bedarfsspitzen abdecken, sondern auch Umstrukturierungen in personeller Hinsicht flexibel handhaben und oftmals durch bedarfsgerechten Einsatz von Arbeitnehmern betriebsbedingte Entlassungen vermeiden sowie – bislang allerdings in der Praxis selten anzutreffen – hoch qualifizierte Arbeitnehmer bedarfsorientiert einsetzen. Solche Spezialisten werden typischerweise nur für einen begrenzten Zeitraum an einer Stelle gebraucht, sollen aber dennoch dauerhaft an die Unternehmensgruppe gebunden werden, um ihr *Know-how* (und die Betriebsgeheimnisse) innerhalb des Konzerns zu halten. Auf diese Weise kann bei Bedarf rasch auf den Sachverstand des Spezialisten zurückgegriffen werden, ohne dass erst langwierig neue Mitarbeiter gesucht werden müssen.

Wenn aber diese berechtigten Motive in den Hintergrund treten und Arbeitgeber allein versuchen, ihre Personalausgaben auf Kosten der Mitarbeiter zu senken und ihre Arbeitnehmer in konzerneigene Verleiher zu drängen, ist die öffentliche Empörung – wie zuletzt im Falle des Unternehmens „Schlecker“ – groß² und führt gelegentlich auch zu Aktivitäten des Gesetzgebers³. Mit Vorwürfen, die Arbeitnehmerüberlassung zu

-
- 1 Vgl. *Melms/Lipinski*, Absenkung des Tarifniveaus durch die Gründung von AÜG-Gesellschaften als alternative oder flankierende Maßnahme zum Personalabbau, BB 2004, 2409; *Willemsen/Annub*, Kostensenkung durch konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung, BB 2005, 437.
 - 2 Ausführlich dazu und zu den als „Schlecker-Klauseln“ bekannt gewordenen Regelungen in Tarifverträgen und im Gesetzentwurf (vgl. nachfolgende Fußnote) unten E.
 - 3 Vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung (Bearbeitungsstand: 2.9. 2010, im Folgenden: „Gesetzentwurf“), abzurufen unter http://www.ausportal.de/media/AUEG_REFERENTENENTW.pdf, der sich zum Ziel gesetzt hat zu verhindern, dass die Arbeitnehmerüberlassung als „Drehtür“ zur Ver-

„missbrauchen“, sieht sich daher auch konfrontiert, wer mit den eingangs skizzierten, redlichen Absichten die Errichtung eines konzerninternen Personaldienstleisters beabsichtigt. Zum Teil wird, auch in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung einiger Landesarbeitsgerichte, pauschal angenommen, es handele sich bei der Konzernleihe um eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung. Die besseren Argumente, vor allem der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers der „Hartz I“-Gesetze, sprechen indes für die rechtliche Zulässigkeit solcher Gestaltungsformen⁴. Damit ist aber noch nicht gesagt, wie sich der Übergang zu einem solchen Modell rechtssicher gestalten lässt. Klar ist: Die Überführung einer vollständigen Belegschaft in ein konzerneigenes Verleihunternehmen scheitert regelmäßig an unüberwindlichen rechtlichen Hürden; im Wege des Betriebsübergangs lässt sich dieser Austausch kaum durchsetzen⁵.

Im Folgenden sollen die rechtlichen Probleme und Lösungen dargelegt werden, die mit der Gründung und Etablierung eines konzerneigenen Verleihunternehmens einhergehen⁶. Zunächst werden die Zielsetzungen und die Gestaltungsmöglichkeiten bei der Etablierung von Konzernverleihern beschrieben (vgl. unter B). Anschließend wird gezeigt, dass sich der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs nicht halten lässt (vgl. unter C). Gleichwohl bestehen in der praktischen Umsetzung einige Probleme, vor allem ist zweifelhaft, ob eine Belegschaft ohne Weiteres auf den Konzernverleiher übergeleitet werden kann; hinzu kommt, dass nach der neuesten Rechtsprechung des EuGH nunmehr auch ein Übergang von Arbeitsverhältnissen der entliehenen Arbeitnehmer eintreten kann, wenn der Entleiher veräußert wird (vgl. dazu D). Ob das erklärte Ziel von Politik und Verbänden, die Tariffucht mit den Mitteln des Tarifvertrags wie auch des Arbeitsrechts zu verhindern, erreicht worden ist, wird abschließend – unter Berücksichtigung des vorliegenden Gesetzentwurfs – betrachtet (vgl. unter E).

schlechterung von Arbeitsbedingungen „missbraucht“ wird (Gesetzentwurf S. 1).

4 Vgl. dazu unten C.

5 Vgl. dazu unten D.

6 Ausgespart bleiben tarifrechtliche (dazu *Düwell/Dahl*, Aktuelle Gesetzes- und Tariffolge in der Arbeitnehmerüberlassung, DB 2009, 1070, 1071 ff.; *Lembke*, Aktuelle Brennpunkte in der Zeitarbeit, BB 2010, 1533 ff.) sowie betriebsverfassungsrechtliche und arbeitskampfrechtliche Fragestellungen (hierzu *Melms/Lipinski*, BB 2004, 2409, 2412 ff.; *Brors/Schüren*, Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung zur Kostensenkung, BB 2004, 2745, 2750 f.).

B. Modelle der Konzernleihe

In der Praxis finden sich heute vor allem zwei Modelle der Arbeitnehmerüberlassung im Konzern, die früher nach Arbeitnehmerzahlen ein eher unbedeutendes Phänomen für spezielle Situationen war.

I. Vorübergehende Konzernleihe

Bei der vorübergehenden konzerninternen Überlassung werden nur vereinzelt Arbeitnehmer überlassen, regelmäßig dann, wenn das entleihende Unternehmen einen besonders hohen Personalbedarf zum Beispiel wegen einer besonderen Auftragslage oder hohen Krankenstandes hat – man kann dies als „Springer-Situationen“ kennzeichnen. Ein anderes Einsatzfeld besteht aber im Anschluss an konzerninterne Betriebsübergänge, wenn – aus welchen Gründen auch immer – nicht alle Arbeitnehmer zusammen mit den Betriebsmitteln übergeleitet worden sind; man denke an Produktionsverlagerungen ins europäische Ausland, bei denen nur ein Teil der Arbeitnehmer sich zur Arbeit am neuen Standort bereitet, aber für die Abwicklung der Produktionsverlagerung dennoch gebraucht wird.

Derartige kurzfristige Überlassungen zwischen Konzernunternehmen nach § 18 AktG sind regelmäßig erlaubnisfrei, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit nur *vorübergehend* nicht bei seinem Arbeitgeber leistet (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG). Dieser Begriff ist weit auszulegen, weil der arbeits- und sozialrechtliche Status des Leiharbeitnehmers in der Regel nicht gefährdet ist, und auch dem Arbeitnehmer die mit der Alternative des Wechsels des Arbeitgebers verbundenen Nachteile erspart bleiben⁷. Das BAG hat daher für eine vorübergehende Ausleihe (nur) verlangt, dass der Arbeitnehmer nicht unbefristet überlassen wird, sondern nach den Vereinbarungen oder erkennbaren Umständen die Überlassungszeit begrenzt ist; eine ausdrückliche Befristung war danach nicht erforderlich⁸. Zum Teil wurde auch darauf abgestellt, ob der Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses auf den Entleiher verlagert wird, ob also bei dem Entleiher Dauerarbeitsplätze vorliegen, die von Leiharbeitnehmern besetzt werden⁹. Die neuere Rechtsprechung stellt darauf ab, ob eine Beschäftigung beim Entleiher überhaupt vorgesehen ist oder ob es an einer solchen Rückkehrperspektive von

7 BAG 5.5. 1988 – 2 AZR 795/87, NZA 1989, 18, 20; vgl. aber auch mit deutlich kritischerer Tendenz BAG 21.3. 1990 – 7 AZR 198/89, NZA 1991, 269, 273.

8 BAG 5.5. 1988 – 2 AZR 795/87 (Fn. 7).

9 BAG 21.3. 1990 – 7 AZR 198/89 (Fn. 7).

vornherein fehlt; im letzteren Fall verneint sie das Merkmal vorübergehend¹⁰.

II. Dauerhafte Konzernleihe

Bei einer dauerhaften konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung dagegen werden Arbeitnehmer zentral bei einem Konzernunternehmen angestellt, das sie dann an andere Konzerngesellschaften – temporär oder dauerhaft – verleiht¹¹. Zum Teil wurde dieses Modell als Möglichkeit zur dauerhaften Personalkostensenkung propagiert, indem die Tarifverträge für die Zeitarbeitsbranche auf alle Arbeitnehmer angewendet werden, die in dem konzerneigenen Verleihunternehmen angestellt sind – und das unabhängig davon, welcher Tarifvertrag für das Entleiherunternehmen fachlich einschlägig ist¹². Rechtlich beruht diese Gestaltung darauf, dass das AÜG den „*equal pay*“-Grundsatz in § 3 Nr. 3 Sätze 3 und 4, § 9 Nr. 2 Halbsätze 3 und 4 AÜG unter Tarifvorbehalt stellt und zugleich die Ausnahme auch für nicht tarifgebundene Parteien öffnet, die „im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages“ die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren. Der Gesetzgeber wollte es den Tarifvertragsparteien damit ermöglichen, die Arbeitsbedingungen flexibel zu gestalten und beispielsweise Pauschalierungen beim Arbeitsentgelt zuzulassen sowie die Leistungen für Zeiten des Verleihs und Nichtverleihs in einem Gesamtkonzept zu regeln¹³.

Diese Regelung gab den Gewerkschaften eine recht starke Verhandlungsposition für den Abschluss solcher abweichender Tarifverträge, denn im Prinzip bietet die gesetzliche Regelung mit dem Anspruch auf dasselbe Entgelt, wie es die fest angestellten Mitarbeiter im Entleiherbetrieb erhalten, für die Leiharbeitnehmer bereits das Optimum. So wurde nach der Einführung der neuen Vorschriften im Gesetz zunächst befürchtet, dass Gewerkschaften bei jeder neuen Verhandlungsrunde versuchen würden, „Koppelungsgeschäfte“ durchzusetzen; einige sahen darin gar den „Schlüssel zum Tarifiediktat“¹⁴. Diese Befürchtungen bestätigten sich letztlich nicht. Heute bestehen aber – wirtschaftlich für die Arbeitgeber durchaus gut vertretbare – Tarifverträge für die Zeitarbeitsbranche nicht nur

10 Vgl. BAG 20.4. 2005 – 7 ABR 20/04, NZA 2005, 1006, 1008; LAG Hessen 26.5. 2000 – 2 Sa 423/99, NZA-RR 2000, 572, 573; LAG Rheinland-Pfalz 3.5. 2006 – 10 Sa 913/05, BeckRS 2006, 44705.

11 Vgl. Mengel, Befristung – Arbeitnehmerüberlassung – Rechtsmissbrauch, RdA 2008, 175, 177.

12 Vgl. Melms/Lipinski, BB 2004, 2409 ff.; Willemsen/Annuf, BB 2005, 437.

13 BT-Drucks. 15/25, S. 38.

14 Boemke/Lembke, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 9 Rn. 93 f.; vgl. auch Mengel, in: Thüsing (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 9 Rn. 22 mit weiteren Nachweisen.

mit den christlichen Gewerkschaften, sondern auch mit den großen DGB-Gewerkschaften. Daher konnte das BVerfG bereits kurz nach Inkrafttreten der Gesetzesnovelle („Hartz I“) feststellen,

„dass die Arbeitsbedingungen in der Leiharbeitsbranche faktisch durchweg durch tarifliche Regelungen und nicht durch die gesetzlichen Vorgaben gestaltet werden“¹⁵.

Soweit ersichtlich, kam es aber nicht in großem Maße zu einem völligen Austausch bestehender Belegschaften mithilfe konzerneigener Verleihunternehmen, auch wenn sich die Zunahme konzerninterner Verleihgesellschaften statistisch belegen lässt¹⁶. Konzerninterne Verleihunternehmen finden sich vor allem in einzelnen Branchen wie dem Gebäude-reinigerhandwerk, dem Gesundheits- und dem Verlagswesen¹⁷ sowie innerhalb großer Konzerne wie BASF, Merck, Degussa, Siemens, Bayer, Deutsche Bank, Deutsche Bahn, Telekom, Volkswagen und Daimler-Chrysler, in denen sie nicht nur als „konzerninternes Arbeitsamt“¹⁸ fungieren, sondern sich ganz überwiegend auch explizit an Externe wenden. Zum Teil halten sie auch einen Pool an qualifizierten Mitarbeitern vor, um deren oft nur temporär benötigten Einsatz flexibel zu gestalten oder als Vehikel und Träger von Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften bei Umstrukturierungen zu dienen¹⁹. Das zum Teil propagierte Ziel der Personalkostensenkung ist dahinter zurückgetreten.

C. Konzernleihe als rechtsmissbräuchliche Gestaltung?

Trotzdem wird noch immer der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs erhoben. Dieser lässt sich allerdings nicht aufrechterhalten, wie ein Blick auf die Motive des Gesetzgebers und auf die gesetzliche Ausgestaltung zeigt.

I. Rechtliche Ausgangslage

Mit den Gesetzesänderungen in den Jahren 2003 und 2004 durch die sogenannte „Hartz I“-Reform sollte die Leiharbeit als Bestandteil aktiver Arbeitsmarktpolitik gefördert und insbesondere Arbeitslosen der Wieder-

15 BVerfG 29.12. 2004 – 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03, 1 BvR 2582/03, NZA 2005, 153, 154, dort auch ausführlich zur Vereinbarkeit der Neuregelung mit der Koalitionsfreiheit der Arbeitgeber (-verbände).

16 Vgl. den Elften Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen bei der Anwendung des AÜG, BT-Drucks. 17/464, S. 18.

17 *Düwell/Dahl*, DB 2009, 1070, 1074 mit weiteren Nachweisen.

18 *Lembke*, BB 2010, 1533, 1537.

19 Vgl. *Lembke*, BB 2010, 1533, 1537.

einstieg in den Arbeitsmarkt erleichtert werden²⁰. Dazu wurde die zuvor geltende Begrenzung der höchstzulässigen Dauer der Arbeitnehmerüberlassung von 24 Monaten gestrichen und eine dauerhafte Überlassung ermöglicht²¹. Zugleich wurde das früher bestehende Synchronisationsverbot aufgehoben, das es bis dahin untersagte, ein Leiharbeitsverhältnis wiederholt für die Dauer eines bestimmten Einsatzes bei einem Entleiher zu befristen²². Im Gegenzug wurde den Leiharbeitnehmern ein Anspruch auf Gleichbehandlung mit den Stammarbeitnehmern von Beginn des Einsatzes an eingeräumt („*equal pay*“ beziehungsweise „*equal treatment*“)²³, der allerdings unter Tarifvorbehalt steht, und zwar ausdrücklich auch bei Bezugnahmen in Arbeitsverträgen mit Außenseitern (§ 3 Nr. 3 Sätze 3 und 4, § 9 Nr. 2 Halbsätze 3 und 4 AÜG). Im Ergebnis kann ein Personaldienstleister seit dieser Änderung Arbeitnehmer zeitlich unbegrenzt an ein anderes Unternehmen verleihen, und zwar auch innerhalb von Konzernen.

Dabei kann aber eine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG erforderlich werden. Die konzerneigenen Verleiher sind nicht generell vom AÜG ausgenommen; die Ausnahme nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 gilt nur für die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit lediglich vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet. Das ist aber bei Personaldienstleistern nicht der Fall²⁴.

Einer Erlaubnis bedürfen sie aber nur, wenn sie auch gewerbsmäßig im Sinne des § 1 Abs. 1 AÜG handeln. Als gewerbsmäßig ist jede nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbstständige Tätigkeit anzusehen²⁵. Dabei ist es nicht erforderlich, dass tatsächlich ein Gewinn erzielt wird. Vielmehr genügt schon die Absicht der Gewinnerzielung, wobei als Gewinn jeder unmittelbare oder auch nur

20 Vgl. Entwurf eines Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BT-Drucks. 15/25, S. 2, 24, 39

21 Vgl. *Thüsing*, in: *Thüsing* (Fn. 14), Einführung Rn. 28; *Germakowski*, in: *Urban-Crell/Germakowski*, AÜG, Einleitung Rn. 33; *Düwell/Dahl*, DB 2009, 1070 f.

22 Vgl. *Pelzner*, in: *Thüsing* (Fn. 14), § 3 Rn. 102.

23 Vgl. *Schüren*, in: *Schüren/Hamann* (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl. 2010, Einleitung Rn. 87; *Germakowski*, in: *Urban-Crell/Germakowski* (Fn. 21), Einleitung Rn. 33.

24 Vgl. oben B I.

25 BAG 20.4. 2005 – 7 ABR 20/04 (Fn. 10); *Waas*, in: *Thüsing* (Fn. 14), § 1 Rn. 96; *Hamann*, in: *Schüren/Hamann* (Fn. 23), § 1 Rn. 239; *Germakowski*, in: *Urban-Crell/Germakowski* (Fn. 21), § 1 Rn. 104; *Boemke/Lembke* (Fn. 14), § 1 Rn. 48.

mittelbare wirtschaftliche Vorteil angesehen wird²⁶. Ausgeschlossen werden damit vor allem unmittelbar gemeinnützigen, karitativen, wissenschaftlichen oder sonstigen ideellen Zwecken dienende Überlassungen²⁷.

Nach der Rechtsprechung des BAG handeln aber auch lediglich interne Personaldienstleister nicht gewerbsmäßig, wenn sie nicht gegen eine marktübliche Vergütung tätig werden, sondern die Arbeitskräfte allein gegen Erstattung des Selbstkostenpreises, gegebenenfalls zuzüglich einer Verwaltungskostenpauschale, zur Verfügung stellen, weil sie dann keinen Gewinn zu erzielen beabsichtigen²⁸. Diese allein intern agierende Personalführungsgesellschaft ist aber wohl der Ausnahmefall, die bestehenden Konzernverleiher treten oftmals auch am Markt auf – entsprechend Berater-Empfehlungen zur Vermeidung des Missbrauchsvorwurfs – und verleihen die Arbeitskräfte auch an externe Unternehmen, so dass hier in der Regel die Gewerbsmäßigkeit zu bejahen ist.

Infolge der Anpassung des AÜG an die Vorgaben der Leiharbeitsrichtlinie²⁹ werden zukünftig sämtliche Personaldienstleister eine Erlaubnis beantragen müssen, denn der Anwendungsbereich wird in § 1 Abs. 1 AÜG an diejenigen der Richtlinie angepasst. Sie gilt für sämtliche natürliche und juristische Personen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht (Art. 1 Abs. 2

26 Waas, in: Thüsing (Fn. 14), § 1 Rn. 99; Hamann, in: Schüren/Hamann (Fn. 23), § 1 Rn. 274; Germakowski, in: Urban-Crell/Germakowski (Fn. 21), § 1 Rn. 105; Boemke/Lembke (Fn. 14), § 1 Rn. 49 f.

27 Waas, in: Thüsing (Fn. 14), § 1 Rn. 100; Hamann, in: Schüren/Hamann (Fn. 23), § 1 Rn. 276; Boemke/Lembke (Fn. 14), § 1 Rn. 52.

28 BAG 20.4. 2005 – 7 ABR 20/04 (Fn. 10), 1008 f.; BAG 24.8. 2006 – 8 AZR 317/05, NZA 2007, 1287, 1291 Rn. 48 (enger LAG Schleswig-Holstein 2.7. 2008 – 6 TaBV 11/08, NZA-RR 2009, 75, das bei einer konzerninternen Personalführungsgesellschaft gleichwohl die Gewerbsmäßigkeit bejaht hat). Das bedeutet, dass der *equal pay*-Grundsatz für solche Überlassungen nicht anwendbar ist (Willemsen, Arbeitsrechtliche Strategien für eine Änderung der Tarifstruktur am Beispiel der Arbeitszeitverlängerung ohne Lohnausgleich, Festschrift ARGE Arbeitsrecht im DAV, 2006, S. 1029, 1032), denn das AÜG ist – wie bereits der ausführliche Gesetzestitel zeigt („Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung“) – bislang nur auf gewerbsmäßige Überlassungen anwendbar (Hamann, in: Schüren/Hamann [Fn. 23], § 1 Rn. 8; Waas, in: Thüsing [Fn. 14], § 1 Rn. 94; Germakowski, in: Urban-Crell/Germakowski [Fn. 21], § 1 Rn. 89; Boemke/Lembke [Fn. 14], § 1 Rn. 13). Davon geht auch das BAG aus (vgl. BAG 10.3. 2004 – 7 ABR 49/03, NZA 2004, 1340, 1343 zur analogen Anwendung von § 14 AÜG auf die nicht-gewerbsmäßige Überlassung), auch wenn das im Wortlaut der einzelnen Regelungen nicht hinreichend zum Ausdruck gekommen ist.

29 Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11. 2008 über Leiharbeit (Amtsblatt EU 2008 L 327/9).

Leiharbeitsrichtlinie). Daher wird auch § 1 Abs. 1 AÜG zukünftig auf eine wirtschaftliche Tätigkeit und nicht mehr auf eine Gewinnerzielungsabsicht abstellen³⁰.

II. Konzernleihe als Rechtsmissbrauch?

Obwohl der Gesetzgeber durch die Aufhebung des Synchronisationsverbots und der Höchstverleihdauer die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung ermöglicht hat – und zwar auch im Konzern, wie sich der Regelung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG im Umkehrschluss entnehmen lässt³¹ –, wird die Zulässigkeit der Konzernleihe zum Teil mit der Begründung infrage gestellt, dass es sich um eine Strohmann-Konstruktion handele: Das konzerneigene Verleihunternehmen fungiere lediglich als Zahlstelle der Arbeitsvergütung, um die tatsächliche Arbeitgeberstellung des „Scheinleihers“ zu verdecken. Dies sei rechtsmissbräuchlich und daher nicht anzuerkennen³².

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass damit nur eine Vermutung zum Ausdruck kommt, die sich in der Realität nicht bestätigen lässt; vielmehr sind die Konzernverleiher allesamt „echte“, am Markt tätige Verleiher (und übernehmen nicht lediglich zum Schein die Arbeitgeberpflichten). Aber auch die weiter vorgebrachten dogmatischen Einwände überzeugen nicht.

1. Fehlendes Verleiher-Risiko?

Die Gegner der Konzernleihe beziehen sich zunächst auf die Rechtsprechung des BAG, der sie entnehmen, dass allein die Arbeitgeberstellung des Verleihers und das speziell übernommene Risiko, den Leiharbeiter auch in Nichtbeschäftigungszeiten „halten“ zu müssen, die Möglichkeit rechtfertige, eigene Tarifverträge abzuschließen. Nur mit dieser Risikoübernahme sei es akzeptabel, dass Leiharbeiter während einer Überlassung eine geringere Vergütung erhalten als das Stammpersonal des Entleihers³³.

Diese Argumentation überzeugt aus drei Gründen nicht. Erstens übernehmen auch konzerneigene Verleiher das hier angesprochene Arbeitgeberberrisiko. Zweitens geht der Verweis auf das Urteil des BAG fehl. Und drittens entspricht es gerade dem Willen des Gesetzgebers, Abweichungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz durch Tarifverträge zuzulassen. Im Einzelnen:

30 Vgl. Gesetzentwurf (Fn. 3), S. 8 zu Nr. 2 Buchstabe a.

31 *Willemsen/Annuß*, BB 2005, 437, 438; *Lembke*, BB 2010, 1533, 1538.

32 *Brors/Schüren*, BB 2004, 2745, 2746.

33 *Brors/Schüren*, BB 2004, 2745, 2747.

a) Arbeitnehmerisiko des Konzernverleihers

Selbstverständlich tragen auch konzerneigene Verleihunternehmen das Risiko jedes Zeitarbeitsunternehmens, den Leiharbeiter bezahlen zu müssen, obwohl sie ihn nicht verleihen können; sie unterscheiden sich von einem unabhängigen Verleihunternehmen insoweit nicht³⁴. Der Hinweis auf § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG, wonach die Vergütung des Leiharbeitnehmers für Zeiten des Annahmeverzugs des Verleihers nicht ausgeschlossen werden darf³⁵, bestätigt das. Diese Regelung zeigt aber nicht, dass auch außerhalb der Verleihzeiten der „*equal pay*“-Grundsatz eingreifen müsste.

Der Arbeitgeber kann einen Leiharbeiter auch nicht etwa sofort nach Auslaufen eines Auftrags entlassen, wie das BAG mit seiner neueren Rechtsprechung zur betriebsbedingten Kündigung von Leiharbeitnehmern festgestellt hat. Der Verleiher muss vielmehr anhand der Auftrags- und Personalplanung darstellen, warum es sich um einen dauerhaften Auftragsrückgang und nicht nur um eine kurzfristige Auftragschwankung handelt. Das Vorliegen von möglicherweise nur kurzfristigen Auftragschwankungen muss auszuschließen sein. Kurzfristige Auftragslücken gehören zum typischen Wirtschaftsrisiko eines Arbeitnehmerüberlassungsunternehmens und sind nicht geeignet, eine betriebsbedingte Kündigung sozial zu rechtfertigen³⁶.

Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass der konzerninterne Verleiher nur an einen Entleiher gebunden sei und er daher die Arbeitsverhältnisse mit den Leiharbeitnehmern schon dann betriebsbedingt kündigen könne, wenn dieser eine Entleiher keine weiteren Beschäftigungsmöglichkeiten für die Arbeitnehmer habe³⁷, die Arbeitnehmer also im Ergebnis doch schlechter stünden als bei einem „normalen“, extern tätigen Verleihunternehmen. Denn auch dieser kann im Schwerpunkt an einen oder wenige Großkunden gebunden sein mit der Folge, dass er bei Auftragsverlust nicht für Anschlussbeschäftigung sorgen kann³⁸. Zudem sind auch konzerninterne Verleiher nicht allein an ein einziges Unternehmen ge-

34 Ebenso LAG Niedersachsen 20.2. 2007 – 9 TaBV 107/05, EzAÜG, § 1 AÜG Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung Nr. 18 Rn. 40; LAG Niedersachsen 26.11. 2007 – 6 TaBV 32/07, EzAÜG § 9 AÜG Nr. 25 Rn. 42; LAG Düsseldorf 30.10. 2008 – 15 TaBV 114/08, jurisPR-ArbR 14/2009 Anmerkung 3 (Hamann).

35 Brors/Schüren, BB 2005, 494.

36 BAG 18.5.2006 – 2 AZR 412/05, AP Nr. 7 zu § 9 AÜG.

37 So aber Schüren, Kostensenkung durch konzerneigene Verleihunternehmen, BB 2007, 2346, 2347.

38 LAG Niedersachsen 20.2. 2007 – 9 TaBV 107/05 (Fn. 34), Rn. 40; LAG Düsseldorf 30.10.2008 – 15 TaBV 114/08 (Fn. 34).

bunden, sondern verleihen Arbeitnehmer an mehrere konzernangehörige Gesellschaften und – wie gesehen – in der Regel auch an Externe, so dass die Darlegungslast für die soziale Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung nach der Rechtsprechung des BAG entsprechend hoch ist. Im Ergebnis wird kaum darzulegen sein, dass für den einzelnen Leiharbeiter keinerlei Beschäftigung zu finden ist.

b) Rechtsprechung zu Tariflöhnen in der Zeitarbeitsbranche

Zudem enthält das von den Gegnern herangezogene Urteil des BAG nicht die Aussage, dass Tarifverträge nur abgeschlossen werden dürften, wenn das Arbeitgeberrisiko übernommen werde. Der Verweis auf das Urteil des BAG vom 24.3. 2004 geht insoweit fehl. Der behauptete Zusammenhang zwischen der Übernahme des Verleiherrisikos und der Möglichkeit zur tariflichen Abweichung findet sich in dem Urteil nicht. Das BAG prüft lediglich die Angemessenheit der tariflich vorgesehenen Löhne für Leiharbeiter am Maßstab des § 138 BGB und hält fest, dass zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit nicht auf die Tariflöhne in den Entleiherunternehmen abzustellen ist, sondern dass wegen der Besonderheiten in dem Wirtschaftszweig der Zeitarbeitsunternehmen die dortigen Tariflöhne als Vergleichsmaßstab heranzuziehen sind. In diesen Zusammenhang fällt die Aussage, dass auf Arbeitgeberseite „das Risiko fehlender Einsatzmöglichkeiten bei Fortzahlung des vertraglich vereinbarten Arbeitsentgelts“ zu berücksichtigen sei, das in dieser Form in anderen Arbeitsverhältnissen nicht bestehe. Diese Besonderheiten der Arbeitnehmerüberlassung bedingen spezielle tarifliche Entgeltregelungen³⁹. Das BAG sagt aber nicht – wie von den Gegnern des Modells der Konzernleihe suggeriert⁴⁰ –, dass Tarifverträge im Bereich der Zeitarbeit nur abgeschlossen werden dürften, wenn diese Risikoübernahme auch tatsächlich bestehe. An anderer Stelle bestätigt das BAG sogar ausdrücklich, dass einem von den Gewerkschaften abgeschlossenen Tarifvertrag auch im Bereich der Zeitarbeit „unabhängig von dem in einzelnen Branchen bestehenden Organisationsgrad eine Richtigkeitsgewähr zu[kommt]“⁴¹.

c) Motive des Gesetzgebers

Schließlich entspricht es dem Willen des Gesetzgebers, die Abweichung vom Gleichbehandlungsgebot zuzulassen⁴². Seit der „Hartz I“-Reform nimmt das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz es bewusst in Kauf, dass die Leiharbeiter schlechter bezahlt werden. Die Ausnahme vom „equal

39 BAG 24.3. 2004 – 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971, 973 (I 2 c, aa der Gründe).

40 Vgl. Brors/Schüren, BB 2004, 2745, 2747.

41 BAG 24.3. 2004 – 5 AZR 303/03 (Fn. 39), I 2 c, dd der Gründe.

42 Ebenso schon Willemsen/Annub, NZA 2005, 437, 438.

pay“-Grundsatz in § 3 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG ist erst im Zuge dieser Gesetzesnovelle eingefügt worden. Dabei hat der Gesetzgeber eine verschlechternde Abweichung sogar geplant. In der Gesetzesbegründung heißt es zwar zunächst, dass mit der Novelle während der Überlassung der Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ gelte. Anschließend wird aber klargestellt, dass von diesem Grundsatz „zugunsten oder zuungunsten des Leiharbeitnehmers durch einen für den Verleiher geltenden Tarifvertrag abgewichen werden“ kann⁴³.

2. Fehlender „Klebeeffekt“?

Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs wird aber auch darauf gestützt, dass es bei der Konzernleihe an dem sogenannten „Klebeeffekt“ fehle⁴⁴. Dieser soll dazu führen, dass ein zunächst als Leiharbeitnehmer tätiger Mitarbeiter vom Entleiher nach einer Kennenlern- und Einarbeitungsphase in ein Stammarbeitsverhältnis übernommen wird⁴⁵. Warum es bei der Konzernleihe an dieser Sprungbrettfunktion fehlen soll, wird aber nicht begründet und ist auch nicht einsichtig. Auch bei einem konzerninternen Verleiher hat der Arbeitnehmer die Chance, übernommen zu werden. Das zeigt auch der jüngste Bericht der Bundesregierung zu den Erfahrungen mit dem AÜG, der diesen Effekt mit seit 2005 steigender Tendenz feststellt, obwohl zugleich die Anzahl der Konzernverleiher gestiegen ist⁴⁶.

3. Vermittlungsvermutung des § 1 Abs. 2 AÜG als „Identifikationshilfe“?

Die Kritiker stellen ferner auf die Vermittlungsvermutung des § 1 Abs. 2 AÜG ab. Danach wird vermutet, dass der Überlassende Arbeitsvermittlung betreibt, wenn er Arbeitnehmer Dritten zur Arbeitsleistung überlässt und nicht die üblichen Arbeitgeberpflichten oder das Arbeitgeberrisiko (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3) übernimmt. Dabei wird aber – anders als nach § 13 AÜG a.F., der bis zum 31.3. 1997 galt – kein Arbeitsverhältnis des Leiharbeitnehmers mit dem Entleiher fingiert. Die Vertreter der Ansicht, es handele sich um Rechtsmissbrauch, wollen diese Regelung aber als Beweisregel dafür heranziehen, herauszufinden, „was die Beteiligten wirklich

43 Entwurf eines Ersten Gesetzes (Fn. 20), S. 38.

44 Brors/Schüren, BB 2004, 2745, 2747.

45 Vgl. zum „Klebeeffekt“ Mengel, in: Thüsing (Fn. 14), § 9 Rn. 51; Urban-Crell, in: Urban-Crell/Germakowski (Fn. 21), § 9 Rn. 35 sowie Zehnter Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, BT-Drucks. 15/6008, S. 11, die auf eine Übernahmequote von einem Drittel verweist. Dieser Effekt hat sich in den vergangenen Jahren sogar verstärkt (vgl. den Elften Bericht der Bundesregierung [Fn. 16], S. 28).

46 Vgl. Elfter Bericht der Bundesregierung (Fn. 16), S. 18, 28.

praktiziert haben⁴⁷. Dazu stellen sie folgende Regel auf: Wer als Verleiher auftrete, aber nicht die Arbeitgeberrisiken eines Verleihers übernehme, müsse beweisen, dass er in Wirklichkeit doch Verleiher sei; sonst werde er als Vermittler behandelt. Gelingt dieser Beweis nicht, so soll – weil „nur“ Vermittlung vorlag – der Entleiher Arbeitgeber sein⁴⁸. Damit kommen sie aber zu demselben Ergebnis wie nach § 13 AÜG a.F., nämlich der Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher. Das lässt sich aber nach Streichung dieser Vorschrift dogmatisch indes nicht mehr begründen⁴⁹.

Zudem gehen sie von der unzutreffenden Prämisse aus, dass die konzerninternen Verleiher ihren Arbeitgeberpflichten nicht nachkommen. Dazu stellen sie die Behauptung auf, dass seine Arbeitgeberpflichten als Verleiher nur erfülle, wer selbstständig, das heißt ohne Steuerung durch den Entleiher, auf dem Markt wirtschaftlich aktiv sei⁵⁰. Eine solche Ausdehnung der Arbeitgeberpflichten findet aber im Gesetz keine Stütze. Vielmehr verweist § 1 Abs. 2 AÜG zur Konkretisierung der Arbeitgeberpflichten und des Arbeitgeberrisikos abschließend⁵¹ auf § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AÜG, der aber das Kriterium der Marktaktivität nicht enthält. Dass es zu den üblichen Arbeitgeberpflichten im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 AÜG gehören könnte, eigenständig und werbend am Markt aktiv zu sein, kann nicht angenommen werden. Anerkanntermaßen geht es bei den Arbeitgeberpflichten um Pflichten, die den Arbeitnehmer beziehungsweise die Abwicklung des Arbeitsverhältnisses betreffen, wie die ordnungsgemäße Abrechnung und Auszahlung des Arbeitsentgelts, das Abführen von Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträgen sowie die ordnungsgemäße Erfüllung von Melde- und Auskunftspflichten, aber auch die Kontrolle der Einhaltung von vereinbarter Tätigkeit und Arbeitszeit sowie der Arbeitsschutz- und Unfallverhütungsvorschriften im Betrieb des Entleihers⁵². Ein konzerninternes Verleihunternehmen übernimmt aber auch diese üblichen Arbeitgeberpflichten⁵³.

47 Brors/Schüren, BB 2004, 2745, 2749.

48 Brors/Schüren, BB 2004, 2745, 2749.

49 BAG 19.3. 2003 – 7 AZR 267/02, AP Nr. 4 zu § 13 AÜG; BAG 28.6. 2000 – 7 AZR 100/99, AP Nr. 3 zu § 13 AÜG; Willemsen/Annuf, BB 2005, 437, 439; Boemke/Lembke (Fn. 14), Rn. 168.

50 Brors/Schüren, BB 2004, 2745, 2749.

51 Waas, in: Thüsing (Fn. 14), § 1 Rn. 136.

52 Vgl. Pelzner, in: Thüsing (Fn. 14), § 3 Rn. 37; Schüren, in: Schüren/Hamann (Fn. 23), § 3 Rn. 155.

53 Ebenso Lembke, BB 2010, 1533, 1538; LAG Niedersachsen 28.2. 2006 – 13 TaBV 56/05, jurisPR-ArbR 48/2006, Anmerkung 3 (Boemke); LAG Niedersachsen 20.2. 2007 – 9 TaBV 107/05 (Fn. 34), Rn. 40.

Hinzu kommt, dass die Vermittlungsvermutung von ihrer Rechtsfolge her gerade nicht die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher vorsieht⁵⁴. Nach Streichung des § 13 AÜG a.F. fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeiter und Entleiher; hierfür kann insbesondere § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG nicht analog herangezogen werden⁵⁵. Denn schon nach alter Rechtslage fand die Fiktion des Arbeitsverhältnisses zum Entleiher ihre Begründung nicht in § 1 Abs. 2, sondern erst in § 13 AÜG a.F.⁵⁶ Heute geht es § 1 Abs. 2 AÜG nur noch um die gewerberechtliche Einordnung, namentlich um die Frage, ob eine Erlaubnis nach § 1 AÜG erforderlich ist oder die nunmehr nur noch erforderliche⁵⁷ Anzeige der Arbeitsvermittlung nach § 14 GewO genügt; liegt Arbeitsvermittlung vor, kann die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung versagt beziehungsweise entzogen werden⁵⁸. Die Vermutung der Arbeitsvermittlung hat hingegen arbeitsrechtlich keine Auswirkungen mehr⁵⁹.

4. Fazit: Kein Rechtsmissbrauch

Die Argumente der Gegner konzerninterner Verleihmodelle können also insgesamt nicht überzeugen. Solche Modelle sind vielmehr zulässig. Dafür spricht auch der weitere Gesetzeszusammenhang. In den „*equal pay*“-Vorschriften (§ 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG) ist der Tarifvertrag als Ausnahme von dem Grundsatz der Gleichbehandlung ausgestaltet; es findet sich aber gerade keine Rückausnahme für die Fälle der Konzernleihe⁶⁰, die der Gesetzgeber aber an anderer Stelle im Gesetz (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG) geregelt hat. Er hat eine unterschiedliche Behandlung der Konzernleihe im Hinblick auf das Gleichstellungsgebot mithin nicht gewollt.

Das steht auch im Einklang mit dem Zweck der Vorschrift: Die Deregulierung der Leiharbeit im Zuge der „Hartz I“-Reform sollte vor allem der Reduzierung der Arbeitslosigkeit gelten, Leiharbeit sollte eine „Brücke

54 *Lembke*, BB 2010, 1533, 1538.

55 BAG 19.3. 2003 – 7 AZR 267/02 (Fn. 49); BAG 28.6. 2000 – 7 AZR 100/99 (Fn. 49); *Willemsen/Annuß*, BB 2005, 437, 439; *Boemke/Lembke* (Fn. 14), Rn. 168.

56 BAG 28.6. 2000 – 7 AZR 100/99 (Fn. 49); *Wank*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 10. Aufl. 2010, § 13 AÜG Rn. 4; *Willemsen/Annuß*, BB 2005, 437, 439.

57 Vgl. *Voelzke*, in: Küttner, Personalbuch 2010, S. 57 Rn. 15.

58 LAG Niedersachsen 20.2. 2007 – 9 TaBV 107/05 (Fn. 34), Rn. 41.

59 *Wank*, in: ErfK (Fn. 56), § 1 AÜG Rn. 58 a.E.; *Waas*, in: Thüsing (Fn. 14), § 1 Rn. 154a; *Boemke/Lembke* (Fn. 14), § 1 Rn. 168; *Willemsen/Annuß*, BB 2005, 437, 439.

60 Allgemein auch *Melms/Lipinski*, BB 2004, 2409, 2411: Der Wortlaut enthält keine Einschränkungen.

aus der Arbeitslosigkeit in Beschäftigung“⁶¹ darstellen. Die genaue Ausgestaltung überlässt das Gesetz aber den Tarifparteien⁶². Dieser Zweck, vermehrt zuvor arbeitslose Menschen einzustellen, kann aber auch in konzern eigenen Verleihunternehmen erreicht werden. Außerdem bestimmt die Frage der angemessenen Höhe der Vergütung – auf die allein sich die Gegner von Konzernverleihern verlegt haben – nicht über das „Wesen“ eines Verleihunternehmens, das dem AÜG unterfällt oder nicht. Sie ist allein eine Frage der Lohngestaltung, die in erster Linie den Tarifparteien in die Hand gegeben ist. Eine Untergrenze zieht hierbei die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB.

5. Verbleibendes Risiko: Rechtsprechung bislang uneinheitlich

Bisher ist aber nicht höchstrichterlich geklärt, ob die Konzernleihe zulässig ist oder nicht. Die Rechtsprechung der Instanzgerichte ist uneinheitlich und überdies sind die Entscheidungen fast ausschließlich zur betrieblichen Mitbestimmung ergangen.

a) Instanzgerichte

Das LAG Berlin⁶³ und die 3. Kammer des LAG Schleswig-Holstein⁶⁴ haben die Konzernleihe in den ihnen vorliegenden Fällen als rechtsmissbräuchlich abgelehnt, wobei im Fall des LAG Schleswig-Holstein nach dessen Feststellungen der Verleiher nur seinen Namen für die Arbeitnehmerüberlassung hergab, er im Übrigen aber weder konzernintern noch am Markt selbst handelte, über keinerlei eigene Betriebsmittel und keinerlei eigenes Personal verfügte und die Einstellungsgespräche mit „seinen“ Arbeitnehmern von der konzerninternen Verleiherin führen ließ und dieser auch die Entlassungs- und Abmahnungsbefugnis für sämtliche bei ihm angestellte Arbeitnehmer übertrug. Es handelte sich damit um einen besonders offensichtlichen Fall der Umgehung von Schutzvorschriften, zumal der betreffende Arbeitnehmer zuvor bei dem Entleiher bereits befristet beschäftigt war. Die Kammer weist andererseits aber auch darauf hin, dass die Konzernleihe durch andere rechtlich zulässige Mittel hätte organisiert werden können, zum Beispiel durch ein am Markt auftretendes konzernangehöriges Unternehmen, das selbst einen realen Betrieb führt und den Konzernschwestern Personalangelegenheiten abnimmt, mindestens aber die ureigenen Rechte und Pflichten eines Arbeitgebers im

61 Entwurf eines Ersten Gesetzes (Fn. 20), S. 23.

62 *Willemsen/Annuß*, BB 2005, 437, 439.

63 LAG Berlin 7.1. 2005 – 6 Sa 2008/04, NZA-RR 2005, 353.

64 LAG Schleswig-Holstein 18.6. 2008 – 3 TaBV 8/08, EzAÜG § 1 Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung Nr. 19, insbesondere Rn. 64.

Zusammenhang mit Einstellungen und Entlassungen selbst ausübt⁶⁵. So hat denn auch die 5. Kammer desselben Gerichts eine solche Konstruktion nicht beanstandet, sondern als zulässige Gestaltung in den Grenzen des AÜG aufgefasst. Dabei hat es noch nicht einmal „Kennenlerngespräche“ zwischen dem Entleiher und den Bewerbern beanstandet, sondern als im Rahmen der Konzernleihe sinnvoll gebilligt⁶⁶.

Ebenfalls gebilligt hat die Konzernleihe das LAG Hannover in mehreren Entscheidungen und dabei ausgeführt, dass eine konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung auch dann nicht gegen gesetzliche Bestimmungen verstoße, wenn sie dem Austausch von Stammarbeitnehmern gegen Leiharbeiter diene; langfristige Überlassungen einschließlich Austausch von Stammebelegschaft durch Dauerleiharbeitnehmer seien infolge der Änderungen des AÜG rechtmäßig und nicht als Strohmanggeschäft unzulässig⁶⁷. Auch das LAG Düsseldorf ist der Rechtsmissbrauchs-Argumentation nicht gefolgt⁶⁸.

b) Bundesarbeitsgericht

Das Bundesarbeitsgericht hatte bislang nur am Rande Gelegenheit, sich mit Konzernverleihern zu befassen, hat diese Konstruktion aber nicht beanstandet, was ohne Weiteres möglich gewesen wäre, zumindest als *obiter dictum*. So hat der – für das AÜG allein zuständige – 7. Senat des BAG entschieden, dass die Überlassung eines Arbeitnehmers an seinen vormaligen Vertragsarbeitgeber, bei dem er zuvor zwei Jahre sachgrundlos befristet beschäftigt war, nicht zur Unwirksamkeit einer anschließend mit dem Verleiher nach § 14 Abs. 2 TzBfG vereinbarten sachgrundlosen Befristung führt⁶⁹. Der Senat hätte sich durchaus zu dem Problemfeld äußern können, denn Unternehmensgegenstand der Beklagten war neben der Erbringung von Werkleistungen auch die konzerninterne und -externe Arbeitnehmerüberlassung. Der 7. Senat hat aber ohne Weiteres die Konstellation unter die AÜG-Vorschriften subsumiert. Auch eine andere Entscheidung desselben Senats⁷⁰ und ein Beschluss des 1. Senats⁷¹ haben unter betriebsverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten die konzerninterne

65 LAG Schleswig-Holstein 18.6. 2008 – 3 TaBV 8/08 (Fn. 64), Rn. 62.

66 LAG Schleswig-Holstein 20.1. 2009 – 5 TaBV 33/08, EzAÜG § 14 TzBfG Nr. 4 Rn. 33, 36.

67 LAG Niedersachsen 28.2. 2006 – 13 TaBV 56/08 (Fn. 53); LAG Niedersachsen 20.2. 2007 – 9 TaBV 107/05 (Fn. 34); LAG Niedersachsen 26.11. 2007 – 6 TaBV 32/07 (Fn. 34), Rn. 39 ff.

68 LAG Düsseldorf 30.10. 2008 – 15 TaBV 114/08 (Fn. 34).

69 BAG 18.10. 2006 – 7 AZR 145/06, NZA 2007, 443; vgl. hierzu bereits *Mengel*, RdA 2008, 175.

70 BAG 20.4. 2005 – 7 ABR 20/04 (Fn. 10), 1006.

71 BAG 25.1. 2005 – 1 ABR 61/03, NZA 2005, 1199.

Arbeitnehmerüberlassung durch 100 %-ige Tochterunternehmen ohne Weiteres dem AÜG unterstellt, ohne die Zulässigkeit dieser Konstruktion infrage zu stellen; es findet sich vielmehr der ausdrückliche Hinweis, dass das „*equal pay*“-Gebot gegebenenfalls individualrechtlich nach §§ 10 Abs. 4, 13 AÜG durchzusetzen sei⁷². Insoweit ist das Schweigen des BAG sicher nicht als „beredt“ einzustufen, lässt sich aber als wichtiger Hinweis für eine Billigung des Modells der Konzernleihegesellschaften verstehen.

6. Gestaltungsempfehlungen

Bis auf Weiteres sollte daher vorsorglich weiter auf die bereits bekannten⁷³ und – soweit ersichtlich – in der Praxis auch praktizierten Gestaltungen zurückgegriffen werden, um den Anschein einer Umgehung der Tariflöhne zu verhindern. Dazu gehört vor allem ein werbendes Auftreten des Personalverleihers am Markt, verbunden mit einem Verleih an verschiedene Unternehmen auch außerhalb des Konzerns. Eine Personalunion der Geschäftsführungen sollte vermieden werden, und der Verleiher sollte über eigene Büroräume und eigenes Personal verfügen. Daneben dürfte eine 100 %-ige Konzernbeteiligung am Verleiher nicht weiter ins Gewicht fallen.

D. Umsetzungsprobleme – Überleitung bestehender Arbeitsverhältnisse auf den Konzernverleiher

Wer die Konzernleihe als Mittel zur Kostensenkung nutzen will, steht vor der Frage, wie er die bestehenden Arbeitsverhältnisse auf den Konzernverleiher überleiten kann.

I. Untaugliche Mittel

In Betracht kommt zwar ein freiwilliger Übertritt der Arbeitnehmer. Allerdings besteht insoweit das Risiko, dass der Aufhebungsvertrag nach § 613a Abs. 4 BGB unwirksam ist. Denn das BAG hat in einem solchen Fall entschieden, dass ein Betriebsübergang vorliegt, wenn ein Krankenhaus eine Service-GmbH gründet und diese alle Reinigungskräfte des Krankenhauses übernimmt, wenn die Service-GmbH im Wege der Arbeitnehmerüberlassung alle übernommenen Reinigungskräfte an das Kommunalunternehmen „zurück verleiht“ und diese dort die gleichen Tätigkeiten wie bisher verrichten. In diesem Falle waren die Aufhebungsverträge wegen Umgehung des § 613a BGB unwirksam⁷⁴. Die Pointe dieser Entscheidung liegt darin, dass der Betriebsübergang erst dadurch bewirkt worden ist, dass die Arbeitnehmer in Gänze zur Service-GmbH gewechselt sind, weil

⁷² BAG 25.1. 2005 – 1 ABR 61/03 (Fn. 71), 1199, 1202.

⁷³ Vgl. bereits *Melms/Lipinski*, BB 2004, 2409, 2416.

⁷⁴ BAG 21.5. 2008 – 8 AZR 481/07, AP Nr. 354 zu § 613a BGB = NZA 2009, 144.

erst damit ein übergangsfähiger Betriebsteil seinen Besitzer gewechselt hat. Damit scheidet eine freiwillige Überleitung – zumindest bei betriebsmittelarmen Betrieben – aus.

Eine Kündigung der Arbeitsverhältnisse durch den bisherigen Arbeitgeber mit dem Ziel, die Arbeitsplätze mit Leiharbeitnehmern zu besetzen, wäre als Austausch Kündigung unzulässig. Die Rechtsprechung erkennt die Entscheidung, eigenes Personal durch Leih-Arbeitnehmer zu ersetzen, nicht als Unternehmerentscheidung im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG an, wenn die bisher von eigenen Arbeitnehmern erledigten Arbeiten einem Dritten nicht zur selbstständigen Erledigung übertragen werden⁷⁵.

Bleibt die Frage, ob sich durch entsprechende Gestaltung ein Betriebsübergang begründen lässt. Selbst wenn man das bejaht, ändert sich damit am Inhalt der Arbeitsverträge grundsätzlich nichts, insbesondere die Vergütung bleibt aufgrund der Schutzregeln des § 613a Abs. 1 BGB dieselbe. Zudem müssen die Arbeitnehmer, selbst nach erfolgtem Betriebsübergang auf einen Erwerber, nicht ohne Weiteres als Leih-Arbeitnehmer für einen anderen Arbeitgeber tätig werden, § 613 Satz 2 BGB.

II. Tatbestand des Betriebsübergangs

Es stellt sich also die Frage, ob ein Betriebsübergang vorliegen kann, wenn der Konzernentleiher die Arbeitnehmer und – je nach Branche – auch die Betriebsmittel übernimmt. Eine unmittelbare Anwendung der Tarifverträge Zeitarbeit scheidet zwar aus, aber immerhin könnte der Konzernverleiher seine Arbeit aufnehmen.

Die Literatur lehnt einen Betriebsübergang überwiegend mit der Begründung ab, dass das bisherige Unternehmen und der neu gegründete Verleiher unterschiedliche Zwecke verfolgten: Der Reinigungsdienst eines Krankenhauses schulde die Reinigung, der Verleiher hingegen schulde die Verschaffung der Dienste, nicht die Reinigungsdienstleistung selbst⁷⁶.

1. Betriebsmittelarme Betriebe

Das BAG hat jüngst in der Krankenhaus-Entscheidung differenziert und einen Betriebsteilübergang zumindest bei einem betriebsmittelarmen Teilbetrieb, einer Reinigungseinheit, bejaht. Es hat zunächst die in den Krankenhäusern zu erbringenden Reinigungsarbeiten als übergangs-

75 Vgl. BAG 29.9.1996 – 2 AZR 200/96, NZA 1997, 202; BAG 26.9.2002 – 2 AZR 636/01, NZA 2003, 549; BAG 16.12.2004 – 2 AZR 66/04, NZA 2005, 761.

76 *Willemsen/Annuß*, BB 2005, 437, 440; *Willemsen*, FS ARGE Arbeitsrecht im DAV, 2006, S. 1013, 1033; *Lembke*, BB 2010, 1533, 1539; *Hamann*, Anmerkung zu BAG 21.5.2008 – 8 AZR 481/07, AP Nr. 354 zu § 613a BGB; so auch noch *Mengel*, RdA 2008, 175, 177 (Fn. 25).

fähigen Betriebsteil qualifiziert, weil für diese Tätigkeiten nur bestimmte Arbeitnehmer mit konkret abgegrenztem Aufgabengebiet eingesetzt werden und es sich um eine Arbeitsaufgabe handele, die auf eine dauerhafte Erfüllung angelegt sei⁷⁷. Es hat sodann die Zweckänderung – die einen Betriebsübergang ausgeschlossen hätte – verneint, weil es sich bei der Service-GmbH nicht um ein am freien Markt tätiges Verleihunternehmen handelte, das die Arbeitnehmer auch anderen Unternehmern zur Arbeitsleistung überlässt; vielmehr änderte sich am bisherigen Konzept und an den Strukturen nichts Wesentliches. Den Reinigungsmitteln, die von der Entleiherin gestellt wurden, kam nach Ansicht des BAG nur untergeordnete Bedeutung zu⁷⁸.

2. Betriebsmittelgeprägte Betriebe

Zu betriebsmittelgeprägten Betrieben hat sich das BAG bislang noch nicht geäußert. Instanzgerichtlich hatte das LAG Frankfurt/Main aber jüngst darüber zu entscheiden und hat einen Betriebsübergang für den Fall abgelehnt, dass der Erwerber (der Konzernverleiher) zwar einen Großteil der Arbeitskräfte eingestellt, das übrige Anlagevermögen aber nicht weitergenutzt hat. Der Erwerber kann nämlich in einem solchen Fall nicht die ursprüngliche wirtschaftliche Tätigkeit fortführen, so dass es an der für einen Betriebsübergang erforderlichen Identität der wirtschaftlichen Einheit fehlt⁷⁹.

3. Folgerungen für die Praxis

Bleibt das BAG auf der von dem LAG Frankfurt/Main vorgezeichneten Linie, so ist für die Praxis die Überführung von Stammarbeitnehmern auf den Konzernverleiher nicht attraktiv, um zu einer Senkung von Personalkosten zu kommen. Im Falle der betriebsmittelgeprägten Betriebe scheidet ein Betriebsübergang aus, wenn nicht auch die wesentlichen sächlichen Betriebsmittel übertragen werden, was regelmäßig nicht gewollt ist. Dann bliebe nur der freiwillige Übertritt der Arbeitnehmer. Bei betriebsmittelarmen Betrieben liegt ein Betriebsübergang zwar näher, aber die Ablösung der alten Tarifverträge durch die Tarifverträge der Zeitarbeit nach § 613a Abs. 1 Satz 3 BGB gestaltet sich schwierig. Denn bekanntermaßen kommt es zu einer solchen Ablösung für normativ tarifgebundene Arbeitsverhältnisse nur, wenn der bisher geltende und der neue Tarifvertrag von derselben Gewerkschaft abgeschlossen ist (Kongruenzprinzip)⁸⁰. Dies ist aber

77 BAG 21.5. 2008 – 8 AZR 481/07 (Fn. 74), Rn. 28.

78 BAG 21.5. 2008 – 8 AZR 481/07 (Fn. 74), Rn. 33 f.

79 LAG Frankfurt/Main 6.1. 2010 – 8 Sa 870/08, juris (anhängig beim BAG, Az. 8 AZR 567/09).

80 Vgl. statt aller *Preis*, in: *ErfK* (Fn. 56), § 613a BGB Rn. 123.

regelmäßig nicht der Fall. Soweit die Tarifverträge nur kraft Bezugnahme zur Anwendung kommen, ist eine Ablösung in der Praxis sogar noch seltener möglich, weil dafür nach neuerer Rechtsprechung Bezugnahme-klauseln mit ausdrücklicher Abrede zu einem Tarifwechsel erforderlich sind⁸¹ und diese selten für eine ausreichende Zahl der Belegschaft vereinbart sind. Selbst wenn die soeben dargestellten Voraussetzungen vorliegen, befürchten selbst die Befürworter von Konzernverleihmodellen, dass die Rechtsprechung einer solchen Konstruktion die Wirksamkeit versagen würde⁸². Es bleibt also dabei: Eine Kostensenkung kann letztlich nur über einen längeren Zeitraum im Wege der Neueinstellungen erreicht werden.

III. Risiken infolge neuer EuGH-Rechtsprechung

Ein bisher nicht viel erörtertes Risiko ergibt sich für den Fall der Veräußerung eines konzernangehörigen Unternehmens an ein Dritt-Unternehmen, wenn bisher an dieses Konzernunternehmen ständig Arbeitnehmer eines Konzerndienstleisters entsandt worden sind. Der EuGH hat für einen solchen Fall entschieden, dass im Ergebnis auch die Arbeitsverhältnisse der entsandten Arbeitnehmer – obwohl sie bei einem Dritten angestellt waren – auf den konzernexternen Erwerber übergehen können⁸³. Auch der „nichtvertragliche Arbeitgeber“ könne Veräußerer im Sinne von Art. 2 Abs. 1 der Betriebsübergangsrichtlinie sein. Als nichtvertraglichen Arbeitgeber bezeichnet der EuGH dabei das Konzernunternehmen, zu dem die Arbeitnehmer ständig entsandt waren, ohne aber mit diesem durch einen Arbeitsvertrag verbunden zu sein⁸⁴. Sein Ergebnis begründet der EuGH damit, dass sich aus dem Wortlaut der Regelungen in Art. 1 und Art. 3 der Betriebsübergangsrichtlinie nicht ergebe, dass bei der

81 Vgl. nur *Henssler*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), *Arbeitsrecht Kommentar*, 4. Aufl. 2010, § 3 TVG Rn. 23.

82 *Melms/Lipinski*, BB 2004, 2409, 2416.

83 EuGH 21.10. 2010 – C-242/09, noch nicht in Amtlicher Sammlung = BeckRS 2010, 91232 (Albron).

84 EuGH 21.10. 2010 – C-242/09 (Fn. 83), Rn. 20 (Albron). Im entschiedenen Fall handelte es sich um den Personaldienstleister des Heineken-Konzerns, Heineken Nederlands Beheer BV. Dieser fungiert als zentraler Arbeitgeber und stellt Personal zu einzelnen Betriebsgesellschaften des Heineken-Konzerns in den Niederlanden ab. Der Kläger war als Cateringmitarbeiter zur Betriebsgesellschaft Heineken Nederland BV abgestellt, die an verschiedenen Orten Cateringtätigkeiten für den Heineken-Konzern ausführte. Zum 1.3. 2005 wurden die Cateringtätigkeiten an die Albron Catering BV, ein nicht konzernangehöriges (Dritt-) Unternehmen, ausgegliedert. Der Kläger wurde dort weiterbeschäftigt, klagt aber nunmehr auf die Lohndifferenz zwischen den Heineken-Tarifverträgen und den Arbeitsbedingungen bei seiner neuen Arbeitgeberin Albron.

Bestimmung des Veräußerers im Sinne von Art. 2 der Betriebsübergangsrichtlinie stets dem vertraglichen Arbeitgeber der Vorrang gegenüber dem „nichtvertraglichen Arbeitgeber“ gebühre. Auch aus dem dritten Erwägungsgrund ergebe sich, dass Arbeitnehmer bei einem „Inhaberwechsel“ zu schützen seien; Inhaber könne auch der nichtvertragliche Arbeitgeber sein, der für die Durchführung der übertragenen Tätigkeit verantwortlich ist⁸⁵.

Für das Verständnis dieser Argumentation ist ein Blick auf die Schlussanträge des Generalanwalts *Bot* erforderlich. Daraus ergibt sich, dass der EuGH differenziert zwischen Leiharbeitnehmern, die dem Entleiher nur vorübergehend zur Verfügung gestellt werden⁸⁶, und der konzerninternen dauerhaften Entsendung, bei der der Arbeitnehmer – in den Worten des Generalanwalts – zum entleihenden Unternehmen

„in einem festen Verhältnis [steht], das weitgehend mit dem vergleichbar ist, das bestünde, wenn er unmittelbar von dieser Gesellschaft eingestellt worden wäre“;

dann sei er in die Struktur der Gesellschaft, bei der er eingesetzt wird, eingebunden⁸⁷. Diese Unterscheidung wird indes nicht näher begründet. Im deutschen Recht findet sich hierfür auch keine Entsprechung, da auch die konzerninterne Entsendung als Arbeitnehmerüberlassung aufgefasst wird. Man könnte aber darauf abstellen, dass die – für einen Betriebsübergang erforderliche – wirtschaftliche Einheit bei einem Dienstleistungsunternehmen von der Gesamtheit von Arbeitnehmern gebildet wird, die durch eine gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden sind. Übernimmt der Erwerber einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals, das sein Vorgänger gezielt bei dieser Tätigkeit eingesetzt hatte, kann es bekanntlich zu einem Betriebsübergang kommen⁸⁸. Allerdings kam bisher, soweit ersichtlich, niemand auf die Idee, zu dieser Gesamtheit von Arbeitnehmern auch diejenigen zu zählen, die zum veräußerten Betrieb in keinem Arbeitsverhältnis stehen.

Zu dem vom EuGH vertretenen Ergebnis gelangt man aber, wenn man – wie in den Schlussanträgen vorgeschlagen – die arbeitsvertraglichen Beziehungen so deutet, als ob die Anstellungsgesellschaft die Arbeitsverträge mit den Arbeitnehmern des Konzerns für Rechnung jeder einzelnen Be-

85 EuGH 21.10. 2010 – C-242/09 (Fn. 83), Rn. 23 ff. (Albron Catering).

86 Vgl. Generalanwalt *Bot*, Schlussanträge EuGH 3.6. 2010 – C-242/09, noch nicht in Amtlicher Sammlung = juris Rn. 44 (Albron Catering) unter Berufung auf die Richtlinie 2008/104/EG (Fn. 29).

87 Generalanwalt *Bot*, Schlussanträge EuGH 3.6. 2010 – C-242/09 (Fn. 86), Rn. 42 f. (Albron Catering)

88 EuGH 11.3. 1997 – C-13/95, Slg. 1997, I-1259 = NZA 1997, 433, 434 Rn. 21 (Ayse Süzen).

triebsgesellschaft schlosse, bei denen sie eingesetzt werden⁸⁹. Dies führt dazu, dass ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher letztlich fingiert wird. Dies widerspricht der bislang anerkannten (deutschen) Dogmatik im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, nach der das Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher strikt zu trennen ist von dem tatsächlichen Einsatz des Leiharbeitnehmers bei dem Entleiher. Zudem überzeugt das Ergebnis dieser Auslegung nicht. Es führt – wie die niederländische Regierung zu Recht im Verfahren geltend gemacht hat – zu einem doppelten Schutz der entsandten Arbeitnehmer durch die Betriebsübergangsrichtlinie: Sie fielen nicht nur bei dem Übergang des Verleih-Unternehmens, das sie formell beschäftigt, unter deren Schutzvorschriften, sondern auch beim Übergang des Entleihers. Es sollte daher für die Anwendung der Betriebsübergangsregeln erforderlich bleiben, dass der Arbeitnehmer über einen Arbeitsvertrag mit dem übertragenen Unternehmen verfügt⁹⁰. Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung dazu ist abzuwarten.

E. „Schlecker-Klauseln“ – geglückte Vermeidung von Tarifflucht?

Der „Fall Schlecker“ hat jüngst eine öffentliche Debatte ausgelöst und sogar zum Eingreifen des Gesetzgebers geführt. Zusammengefasst hat Schlecker sich entschlossen, eine Reihe der unternehmenstypischen kleinen Filialen zu schließen und an deren Stelle sogenannte „XL-Filialen“ zu eröffnen, die mehrere der geschlossenen Filialen ersetzen sollten. Den Arbeitnehmern der zu schließenden Filialen wurde betriebsbedingt gekündigt, zugleich aber „Weiterbeschäftigung“ in den „XL-Filialen“ zu schlechteren Konditionen über ein Verleih-Unternehmen angeboten. Es blieb unklar, ob und inwieweit dieses Verleihunternehmen mit Schlecker wirtschaftlich und rechtlich verflochten war.

I. „Schlecker-Klauseln“ in Tarifverträgen der Zeitarbeit

Hierauf reagierten die Tarifparteien in der Zeitarbeitsbranche zunächst mit der Aufnahme sogenannter „Schlecker-Klauseln“ in ihre Tarifverträge – ersichtlich mit dem Ziel, ein Tätigwerden des Gesetzgebers zu verhindern. Die Klauseln unterschieden sich in ihrer Ausgestaltung im Einzelfall, stellten aber alle auf den „Drehtüreffekt“ ab, also auf eine Weiterbeschäftigung von Leiharbeitnehmern bei einem Entleiher, mit dem diese zuvor in einem Arbeitsverhältnis gestanden hatten.

89 Vgl. Generalanwalt *Bot*, Schlussanträge EuGH 3.6. 2010 – C-242/09 (Fn. 86), Rn. 46 (Albron Catering).

90 Vgl. Generalanwalt *Bot*, Schlussanträge EuGH 3.6. 2010 – C-242/09 (Fn. 86), Rn. 29, 33 (Albron Catering), der im Ergebnis allerdings diese Bedenken nicht teilt, sondern dies als nicht problematisch hinnimmt, vgl. Rn. 53.

1. Tarifvertrag AMP-CGB

Der Tarifvertrag zwischen der AMP und der CGB sieht vor, dass er nicht gilt „für verbundene Unternehmen gemäß §§ 15 ff. Aktiengesetz“, aber auch „bei sonstigen rechtlichen, wirtschaftlichen oder personellen Verflechtungen zwischen den am Überlassungsvertrag beteiligten Parteien“⁹¹. Damit sollen offenbar sämtliche Formen der Konzernleihe vom Geltungsbereich des Tarifvertrags ausgenommen werden – was zugleich verhindert, dass die Arbeitsvertragsparteien durch dessen Vereinbarung vom *equal pay*-Grundsatz nach § 9 Nr. 2 AÜG abweichen können. Damit schießt die Regelung aber über das Ziel hinaus, weil so für alle Betriebsübergangsfälle und Neueinstellungen die Vereinbarung dieses Tarifvertrags als Ausnahme von *equal pay* unmöglich wird.

2. Tarifvertrag BVD-CGB

Der Tarifvertrag zwischen der BVD und den christlichen Gewerkschaften sieht vor, dass er keine Anwendung findet

„auf Zeitarbeitnehmer, die vor Ablauf von 6 Monaten nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses auf den bisherigen oder einen vergleichbaren Arbeitsplatz bei ihrem früheren Arbeitgeber oder einem Arbeitgeber, der mit dem früheren Arbeitgeber konzernrechtlich verbunden ist, zu ungünstigeren Bedingungen überlassen werden. Durch Tarifvertrag kann von dieser Regelung abgewichen werden“⁹².

Diese Klausel stellt auf den persönlichen Geltungsbereich ab und trifft mit ihrer Regelung genau die „Drehtür-Fälle“, um deren Verhinderung es den Tarifpartnern auch geht. Allerdings lässt die tarifimmanente Öffnungsklausel ein Abweichen doch wieder zu – wenn auch nur durch Tarifvertrag – und schmälert so die Effektivität der Bemühungen und die Glaubwürdigkeit der Tarifparteien.

3. Tarifvertrag BZA-DGB

Einen anderen Weg wählt der Tarifvertrag zwischen der BZA und dem DGB. Dort heißt es:

„Der Tarifvertrag findet keine Anwendung auf Zeitarbeitsunternehmen und -unternehmensteile, die mit dem Kundenunternehmen einen Konzern im Sinne des § 18 Aktiengesetz bilden, wenn

91 Nr. 1.2 des Manteltarifvertrags 2010 zwischen AMP und CGB, abrufbar unter http://www.tertia-zeitarbeit.de/typo3cms/tertia/zeitarbeit/fileadmin/tertia/Manteltarifvertrag_2010.pdf

92 Zitiert nach den Angaben des BVD in der Ausschussdrucksache 17(11)207, S. 6.

- a) das Zeitarbeitsunternehmen in einem ins Gewicht fallenden Maße zuvor beim Kundenunternehmen beschäftigte Arbeitnehmer übernimmt und
- b) die betroffenen Arbeitnehmer auf ihrem ursprünglichen oder einem vergleichbaren Arbeitsplatz im Kundenunternehmen eingesetzt werden und
- c) dadurch bestehende im Kundenunternehmen wirksame Entgelttarifverträge zuungunsten der betroffenen Arbeitnehmer umgangen werden.“⁹³

Diese Klausel bemüht sich um eine noch genauere Erfassung der missbräuchlichen Konstellationen und ist daher zu begrüßen, weil sie für die nicht problematischen Fälle ohne „Drehtür-Effekt“ weiterhin die Anwendung des Tarifvertrags zulässt – insbesondere nach einem Betriebsübergang, aber auch für Neueinstellungen nach einer lange Jahre zuvor beendeten Vorbeschäftigung. Allerdings ist das unter c) genannte Merkmal der Umgehung unklar und bedarf weiterer Definitionen, die die Anwendung dieser Klausel im Einzelfall fraglich erscheinen lassen. Auch diese Klausel muss sich daher den Vorwurf gefallen lassen, zu wenig effektiv im Kampf gegen den Missbrauch der Zeitarbeit zu sein und die Glaubwürdigkeit der Tarifparteien zu beschädigen.

II. „Lex Schlecker“: Der aktuelle Gesetzentwurf des BMAS

Nunmehr hat die Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes „zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“ vorgelegt.

1. Änderungen der „equal pay“-Regeln

Der Entwurf untersagt den Einsatz von Leiharbeitnehmern in „Drehtür-Fällen“ nicht; ihnen soll aber die Gleichstellung mit den vergleichbaren Arbeitnehmern im Einsatzbetrieb gewährt werden, ohne dass hiervon eine Abweichung durch Vereinbarung eines Tarifvertrags möglich ist⁹⁴. Dazu werden die Regelungen in § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 AÜG jeweils mit folgendem Satz ergänzt:

„Eine abweichende tarifliche Regelung gilt nicht für Leiharbeitnehmer, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem mit diesem einen Konzern im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes bildenden Arbeitgeber ausgeschieden sind.“

93 § 1.2 Manteltarifvertrag Zeitarbeit, zuletzt geändert durch Änderungstarifvertrag vom 9.3.2010, abrufbar unter http://www.bza.de/fileadmin/bilder/2010/Tarifvertrag_08_2010.pdf.

94 Gesetzentwurf (oben Fn. 3), S.1. Daneben dient der Entwurf der Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie (Richtlinie 2008/104/EG [Fn. 29]) und sieht weitere Änderungen des AÜG vor.

Diese Regelung lehnt sich an die tarifvertraglichen Vorgänger an und erfasst die „Drehtür-Fälle“ recht genau, muss sich aber die Kritik gefallen lassen, bei allen Unternehmensumstrukturierungen, auch unabhängig von Missbrauchsabsichten, ein Abweichen vom *equal pay*-Grundsatz unmöglich zu machen. Zudem erschwert sie die Neueinstellung arbeitsloser Menschen, die in dem relevanten Zeitraum in einem anderen Konzernunternehmen beschäftigt waren.

2. Änderung des § 1 Abs. 2 AÜG

Daneben findet sich eine weitere interessante Gesetzesänderung. § 1 Abs. 2 AÜG soll zukünftig wie folgt lauten:

„Werden Arbeitnehmer Dritten zur Arbeitsleistung überlassen und übernimmt der Überlassende nicht die üblichen Arbeitgeberpflichten oder das Arbeitgeberisiko (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3) *oder erfolgt die Überlassung nicht nur vorübergehend*, so wird vermutet, daß der Überlassende Arbeitsvermittlung betreibt.“⁹⁵

Dabei bleibt indes unklar, was genau mit dieser Regelung bezweckt ist. Die Entwurfsbegründung nimmt auf die Definition der Arbeitnehmerüberlassung in Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 Buchstabe e der Leiharbeitsrichtlinie Bezug, die auf eine *vorübergehende* Arbeit unter Aufsicht und Leitung des Entleihers abstellt. Zur Umsetzung dieser Vorgabe soll die Änderung in § 1 Abs. 2 AÜG dienen; zugleich soll ausgeschlossen werden, dass Unternehmen mithilfe der Arbeitnehmerüberlassung ihren dauerhaften Bedarf an Arbeitskräften abdecken⁹⁶. Vorübergehend wird – wie bisher – definiert als nicht dauerhafter Einsatz⁹⁷.

Die Einfügung in § 1 Abs. 2 AÜG ist allerdings problematisch, schon weil die Funktion dieser Norm sich heute nicht mehr auf den ersten Blick bestimmen lässt; sie ist nur noch historisch erklärbar. Vor Inkrafttreten des AÜG unterstellte die Rechtsprechung Fälle unzulässiger Arbeitnehmerüberlassung den Regeln über die Arbeitsvermittlung, was im Ergebnis zur Unzulässigkeit führte, weil seinerzeit die Bundesanstalt für Arbeit das Vermittlungsmonopol innehatte⁹⁸. Obwohl das Vermittlungsmonopol seit 1993 eingeschränkt und später abgeschafft wurde, hält der Gesetzgeber an der Unterscheidung fest, weil Arbeitsvermittlung und Arbeitnehmerüberlassung unterschiedliche Voraussetzungen und unterschiedliche Rechtsfolgen haben (Anzeigepflicht ohne Arbeitgeberstellung des Vermittlers einerseits, Erlaubnispflicht und Arbeitgeberstellung des Verleihers

95 Vgl. Gesetzentwurf (Fn. 3), S. 4; die Ergänzung ist durch *Kursivdruck* hervorgehoben.

96 Vgl. Gesetzentwurf (Fn. 3), S. 9.

97 Gesetzentwurf (Fn. 3), S. 9.

98 Vgl. *Waas*, in: Thüsing (Fn. 14), § 1 Rn. 138 f.; *Wank*, in: ErfK (Fn. 56), § 1 AÜG Rn. 46 f. mit weiteren Nachweisen.

andererseits)⁹⁹. Zudem spielte § 13 AÜG a.F. mit § 1 Abs. 2 AÜG zusammen und fingierte bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung zum Schutz des Arbeitnehmers ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher; diese Rechtsfolge lässt sich nach der Streichung dieser Vorschrift nicht mehr begründen¹⁰⁰. Damit stellt sich die Frage nach der heutigen Funktion von § 1 Abs. 2 AÜG. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass eine Arbeitnehmerüberlassung zwar legal oder illegal sein könne, dass aber eine illegale Überlassung dadurch nicht zur Arbeitsvermittlung werde¹⁰¹. § 1 Abs. 2 AÜG hat dementsprechend keine arbeitsrechtlichen Folgen mehr, die Rechtsfolgen richten sich vielmehr nach §§ 9 Nr. 1, 10 AÜG¹⁰².

Insofern ist es problematisch, wenn der Gesetzgeber die beabsichtigte Beschränkung der Arbeitnehmerüberlassung auf vorübergehende Überlassungen in § 1 Abs. 2 AÜG normiert, weil die Rechtsfolgen dieser Regelung unklar sind. Naheliegender wäre es, die dauerhafte Überlassung als Versagungsgrund in § 3 AÜG oder als Unwirksamkeitsgrund in § 9 AÜG festzuschreiben, wenn man die dauerhafte Überlassung verhindern wollte.

F. Fazit

Die in der Literatur kontrovers geführte Debatte um die Zulässigkeit konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung hat inzwischen an Bedeutung verloren. Dies ist auch darauf zurückzuführen, dass die seinerzeit geäußerten Befürchtungen, ganze Belegschaften könnten gegen „billige“ Leiharbeiter ausgetauscht werden, nicht eingetreten sind. Selbst die Befürworter des Modells der Konzernleihe haben diesen kompletten Austausch von Stammbeslegschaften zu keiner Zeit gutgeheißen¹⁰³. Er scheitert auch an rechtlichen Hürden, insbesondere ist die Konstruktion eines Betriebsübergangs auf den Entleiher nur schwer zu begründen und führt jedenfalls nicht zur alleinigen Anwendbarkeit der Zeitarbeitsstarifverträge. Damit erweist sich das Ziel der Personalkostensenkung als kurzfristig nicht durchführbar. Gleichwohl eröffnet das Modell der Konzernleihe Unternehmen die Möglichkeit, im Wirtschaftsaufschwung rasch Personal

99 Wank, in: ErfK (Fn. 56), § 1 AÜG Rn. 46.

100 Ausführlich Wank, in: ErfK (Fn. 56), § 13 AÜG Rn. 4; Waas, in: Thüsing (Fn. 14), § 1 Rn. 139; Hamann/Schüren, in: Schüren/Hamann (Fn. 23); § 1 Rn. 366.

101 Wank, in: ErfK (Fn. 56), § 1 AÜG Rn. 45; Boemke/Lembke (Fn. 14), § 1 Rn. 7; kritisch auch Waas, in: Thüsing (Fn. 14), § 1 Rn. 140.

102 Wank, in: ErfK (Fn. 56), § 1 AÜG Rn. 49; wohl auch Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl. 2009, § 1 Rn. 363; Waas, in: Thüsing (Fn. 14), § 1 Rn. 154a f.; Boemke/Lembke (Fn. 14), § 1 Rn. 167; im Grundsatz auch Hamann/Schüren, in: Schüren/Hamann (Fn. 23); § 1 Rn. 367 (vgl. aber Rn. 368 ff. zur „Strohmann“-Konstruktion).

103 Vgl. Melms/Lipinski, BB 2004, 2409, 2416.

zu beschaffen und konzernweit flexibel und bedarfsgerecht einzusetzen. Damit bieten sich auch für Menschen Chancen auf einen Arbeitsplatz, die es sonst auf dem Arbeitsmarkt schwer haben. Der konzernerneigene Personaldienstleister ist daher eine sinnvolle und – was nur noch von wenigen bestritten wird – rechtlich zulässige Form der Arbeitnehmerüberlassung. Welche Änderungen die neue EuGH-Rechtsprechung zum Übergang von Leiharbeitsverhältnissen für den Fall der Veräußerung des Entleihers haben wird, bleibt abzuwarten.

Diskussion

Professor Dr. Matthias Jacobs, Bucerius Law School, Hamburg:

Vielen Dank, liebe *Anja*, für den instruktiven Vortrag. Wir brauchen jetzt ganz große Disziplin, damit wir um 12.20 Uhr zum Mittagessen herunterkommen. Ich würde Sie bitten, Ihre Fragen möglichst kurz zu fassen. Jetzt bitte ich um Ihre Wortbeiträge.

Dr. Anja Mengel, LL.M., Kanzlei Wilmer Hale, Berlin

Wenn Frau *Nicolai* vielleicht noch einen Informationsbeitrag bringen könnte, warum die Klauseln nicht so schlecht sind, wie ich sie gemacht habe, in den Tarifverträgen.

Dr. Andrea Nicolai, Deutsche Post AG, Bonn:

Ich war bei den Tarifverhandlungen nicht dabei. Zu dem konkreten Tarifvertrag kann ich also überhaupt nichts sagen. Ich kann mir aber vorstellen, wie das da hineingekommen ist. Durch Tarifvertrag kann von dieser Regelung abgewichen werden. Ich kann mir vorstellen, ich bin ja selbst häufig in Tarifverhandlungen, dass so etwas der Verhandlungssituation geschuldet ist. Es ist oft so, dass sie etwas hineinnehmen in Tarifverträge, was streng genommen eigentlich gar nicht hinein müsste, weil die Rechtslage schon so ist. Aber nichtsdestotrotz wird dann im Regelfall darauf bestanden, dass man es eben doch hineinnimmt, damit man es auch sieht. Ich vermute, dass das hier ein Grund war. Der andere Grund: Es ist ein Verbandstarifvertrag und ich könnte mir vorstellen, dass wir auch eine Signalwirkung für die Unternehmen haben und ganz klarstellen: „Leute, konzernintern geht es nicht.“ Wenn ihr das aber machen wollt, dann geht es hier nicht ohne Gewerkschaften. Das ist ein klares Signal übrigens nicht nur an die Verbandsmitglieder, sondern auch an die Betriebsräte der Unternehmen.

Anja Mengel:

So habe ich es mir zusammengereimt, aber gut, dass Sie es auch so klarstellen.

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Man kann das natürlich auch anders interpretieren, weil es ein fremder Tarifvertrag sein könnte und dann käme man in die Untiefen des Tarifkonkurrenzrechts beziehungsweise sogar der Tarifpluralität. Ich wollte aber noch etwas anderes sagen zu dieser ebenfalls etwas schwierigen „Schlecker-Klausel“, III c: durch bestehende umgangen werden. Ich habe das Gefühl, dass – die ist hier auch noch auf dem Schirm – man Angst hatte vor einer möglichen Unterschreitung. Das heißt: Es gibt, heute zwar nicht aber vielleicht in Zukunft, einmal die Situation, dass ein Arbeitnehmerüberlassungstarifvertrag höheres Entgelt vorsieht als ein Stammarbeitnehmervertrag und dann wäre der Stammarbeitnehmer auf diese Weise angesmiert gewesen. Deshalb wollte man nicht „unterschreiten“ schreiben und hat „umgangen“ geschrieben, weil man mit „unterschreiten“ in ein ganz schwieriges Günstigkeitsvergleichsproblem hineingekommen wäre. So meine Interpretation.

Anja Mengel:

Das kann man nicht mit „und“ machen. Da muss ich eher sagen in Ihrem Sinne, nicht „und dadurch“, sondern „falls dadurch“ oder „es soll nicht so sein, wenn ...“. Das mit dem „und“ ist kumulativ.

Richard Giesen:

Murks ist es auf jeden Fall.

Rainer Huke, Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Berlin:

Eine Frage und vielleicht eine ganz kurze Vermutung, wie diese Klausel zu verstehen ist. Zunächst die Frage: In dem Referentenentwurf ist vorgesehen, auch bezogen auf die wirkliche, privilegierte konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung, Änderungen vorzunehmen. Der Wortlaut der bisherigen Voraussetzung „seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet“, soll ersetzt werden durch „nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt wurde“. Sehen Sie da irgendwelche Änderungen, Erweiterungen, Einschränkungen gegenüber dem bestehenden Recht? Und dann noch zu der Schlecker-Klausel, die AMP gemeinsam mit den Christlichen Gewerkschaften vereinbart hat. Ich glaube, die Öffnung der Schlecker-Klausel soll dazu dienen, dass ein konzerninterner Arbeitsmarkt oder die Personalanpassung in einem Konzern über einen Personaldienst-

leister weiterhin möglich bleibt. Solche arbeitsmarktpolitisch äußerst sinnvollen Konstruktionen kennen wir. Das gibt es beispielsweise bei der Deutschen Bahn, die mit ihrem eigenen Zeitarbeitsunternehmen konzernintern Beschäftigte übernimmt, zum Teil auch am ursprünglichen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt mit zum Teil abgesenkten Vergütungen, um sie zu qualifizieren, um sie dann an anderer Stelle im Konzern wieder einzusetzen oder auch außerhalb unterzubringen. Und um einen solchen, für die Beschäftigung wichtigen Weg weiterhin offen zu halten und nicht zu erschweren, dient wahrscheinlich diese Öffnung im Tarifvertrag.

Anja Mengel:

Das entspricht ja dem, was Frau Dr. *Nicolai* gesagt hat. Ich sage eben nur so als Berater, damit kann man sich ja auch nicht mehr kaufen als vorher. Ich kann immer einen Haustarifvertrag machen. Ich verstehe aber auch, dass man da Signalwirkungen braucht und geben wollte. Wir hatten ja eine Phase, in der das Bundesarbeitsministerium auch abgewartet hat – so habe ich das zumindest verstanden – mit eigenen gesetzgeberischen Aktionen und in der man vielleicht ein bisschen guckte, was machen die Tarifpartner. Und da qualifiziert sich vielleicht eine solche Klausel dann auch als politisches Signal. Nicht so optimal aber, wenn man letztlich sagt: „Hier ist noch einmal der Wille der Tarifpartner, doch wieder die Dinge anders zu machen.“ Aber das ist auch nur eine der Abwägungsüberlegungen in diesem Zusammenhang.

Zur ersten Frage: Da ich den Gesetzentwurf noch nicht vorliegen gehabt habe, den Referentenentwurf, die Nachfrage, da wollen Sie sagen, da soll das Merkmal von § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG „vorübergehend“ komplett herausgehen und stattdessen soll darin stehen: „Konzernprivileg keine Erlaubnis erforderlich, wenn zum Zwecke der konzerneigenen Überlassung eingestellt?“

Andrea Nicolai:

Wenn der Arbeitnehmer zum Zwecke des Verleihs eingestellt wird, dann gilt das Konzernprivileg nicht. Und Sie haben in § 1 Abs. 1 eine Änderung, dass Sie nicht mehr auf die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung zielen, sondern im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit überlassen wird. Das sind die beiden Änderungen im § 1 AÜG.

Anja Mengel:

Also wird dann mit dem Herausnehmen von „vorübergehend“ aber eigentlich das Konzernprivileg erst einmal ausgeweitet, wenn ich das richtig sehe, und dann über dieses „aber nicht wenn deswegen eingestellt wird“, wird es ja im Grunde im Sinne der kleinen Lösung gleich wieder komplett beseitigt. Dann hat man also Konzernprivileg nur noch für den echten ursprünglichen marginalen Sektor des Austausches des Überhangs nach Betriebsübergängen. So würde ich das jetzt auf die Schnelle verstehen. Würde jetzt für die Praxis nicht so brutal viel ändern. Man muss dann in der Personalarbeit, denke ich, ein bisschen sorgfältiger werden, ein bisschen genauer hinsehen und schneller eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis beantragen. Denn das ist dann die Folge. Das hatte ich ja auch dargestellt: Wenn man nicht unter dem Konzernprivileg ist, muss man in die Erlaubnis. Wir hoffen, dass das dann auch nicht das große Problem ist, die gewerberechtliche Zuverlässigkeit hinzubekommen und dann kann man es so machen. Die kleine Lösung, die ich dargestellt habe, ist dadurch nicht gefährdet, weil sie ja sowieso schon außerhalb des Konzernprivilegs nur mit Erlaubnis ging. Das wäre jetzt auf die Schnelle meine Antwort. Und wenn das falsch ist, dann können wir das ja beim Mittagessen diskutieren.

Matthias Jacobs:

Das war jetzt schon eine geschickte Überleitung.

Anja Mengel:

Ich will keinen abwürgen, aber ich habe auch ein schlechtes Gewissen, wenn Sie nichts essen, vor den viel gehaltvolleren Vorträgen des Nachmittags.

Matthias Jacobs:

Das würde ich jetzt nicht sagen. Ich habe im Moment keine weiteren Wortmeldungen mehr. Wenn Sie noch eine abgeben wollen, dann müssen Sie es jetzt tun. Dann schlage ich vor, dass wir uns pünktlich um 13.00 Uhr hier wieder treffen und ich wünsche Ihnen jetzt erst einmal guten Appetit und anregende Gespräche.

Betriebsrentenrechtliche Haftung im Konzern vs. Konzernrecht

Carsten Schäfer

Seite

I. Einführung	78
II. Die Anpassungsprüfungspflicht nach § 16 BetrAVG als Ausgangspunkt.....	78
1. Allgemeines	78
2. Besonderheiten im Konzern.....	80
III. Neuorientierung der Rechtsprechung des BAG zur Betriebsrentenanpassung im Konzern in drei Schritten	81
1. Einführung.....	81
2. Veränderungen beim Berechnungsdurchgriff	82
a) Abschaffung im faktischen Konzern	82
b) Verschärfung im Vertragskonzern?	83
3. Die Kreation einer Kapitalausstattungspflicht	84
a) Ausgliederung auf Rentnergesellschaft	84
b) Ende eines Beherrschungsvertrags mit Rentnergesellschaft	85
4. Zusammenfassende Darstellung des „Konzern-Konzepts“ des BAG	85
IV. Gesellschaftsrechtliche Bewertung des Konzepts	86
1. Kein Berechnungsdurchgriff im faktischen Konzern	86
2. Berechnungsdurchgriff im Vertragskonzern nur bei konkreter Schädigung der Tochter	88
3. Pflicht zur Kapitalausstattung der Tochter zugunsten der Betriebsrentner?	89
a) Ausgliederung	89
b) Beendigung eines Beherrschungsvertrags	90
c) Zusammenfassende Beurteilung	91
4. Alternativer Lösungsansatz mittels § 826 BGB	94
V. Zusammenfassung in Thesen	95
Diskussion	97

I. Einführung

Die Betriebsrentenanpassung im Konzern ist infolge neuer Urteile des BAG¹ in Bewegung; das Gericht stellt zum einen seinen bisherigen Ansatz des sogenannten Berechnungsdurchgriffs für den faktischen Konzern infrage und statuiert zum anderen in bestimmten Fällen eine arbeitsvertragliche Kapitalausstattungspflicht des herrschenden Unternehmens. Das arbeitsrechtliche Schrifttum spricht insofern von einer „Baustelle“ mit teils mangelhaften Materialien², und auch der Gesellschaftsrechtler reibt sich verblüfft die Augen, hat er doch von dem für Gesellschaftsrecht zuständigen II. Zivilsenat des BGH immer wieder erfahren, dass eine gesellschaftsrechtliche Pflicht zu ausreichender Kapitalausstattung nicht anzuerkennen sei und folglich auch keine Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung.

Es liegt also nicht ganz fern, das Thema durch die gesellschaftsrechtliche Brille zu betrachten, um die Tragfähigkeit des sich abzeichnenden neuen Konzepts aus dieser Warte zu beurteilen. Arbeitsrechtliche Sonderwege sind zwar – selbstverständlich – nicht ausgeschlossen; doch sollte man sich zumindest bewusst sein, dass man einen solchen Sonderweg beschreitet, zumal dann die Anforderungen an die Überzeugungskraft eines solchen Konzepts naturgemäß steigen. Das Thema soll hier in folgenden Schritten erörtert werden: Den Ausgangspunkt bilden einige wenige Erläuterungen zur Anpassung von Betriebsrenten nach § 16 BetrAVG. Anschließend sind die erwähnten Entscheidungen des 3. BAG-Senats zu referieren. Die Lösungsansätze des BAG sollen im dritten Schritt aus gesellschaftsrechtlicher Sicht eingeordnet und kommentiert werden.

II. Die Anpassungsprüfungspflicht nach § 16 BetrAVG als Ausgangspunkt

1. Allgemeines

Kurz zu rekapitulieren sind Voraussetzungen und rechtliche Einordnung des § 16 Abs. 1 BetrAVG. Danach hat der Arbeitgeber alle drei Jahre zu überprüfen, ob die laufende Betriebsrente an gestiegene Lebenshaltungskosten anzupassen ist, soweit auch die Nettolöhne vergleichbarer Arbeitnehmer des Unternehmens gestiegen sind (Abs. 2). Sind solche Steigerungen beziehungsweise ist ein Kaufkraftverlust beim Betriebsrentner zu verzeichnen, sprechen starke Interessen des Rentners *für* eine Anpassung, zumal eben dies als Schutzzweck der Vorschrift anzusehen ist:

1 BAG 26.5. 2009 – 3 AZR 369/07, ZIP 2009, 2166 (Ende eines Beherrschungsvertrags); BAG 11.3. 2008 – 3 AZR 358/06, NZA 2009, 790, 791 (Ausgliederung auf „Rentnergesellschaft“).

2 *Cisch/Kruip*, Baustelle Betriebsrentenanpassung im Konzern, NZA 2010, 540.

den Betriebsrentner vor der schleichenden Entwertung seiner „erdienten“ Rente zu schützen, wie das BAG immer wieder betont³. Folgerichtig geht das Gericht davon aus, dass die Rente anzupassen ist, sofern der Arbeitgeber hierzu imstande ist. Dessen im Tatbestand ausdrücklich erwähnte „wirtschaftliche Lage“, die einer Anpassung entgegensteht, wird also gewissermaßen nur als Einwendung behandelt. Anpassung sei die Regel, „Nichtanpassung“ die Ausnahme, so das BAG⁴. Der Arbeitgeber braucht nur dann nicht anzupassen, wenn er den Teuerungsausgleich voraussichtlich nicht aus dem Wertzuwachs des Unternehmens beziehungsweise dessen Erträgen erbringen kann, wobei ihm eine angemessene Eigenkapitalrendite zugebilligt wird (Umlaufrendite öffentlicher Anleihen nebst 2 %-igem Risikozuschlag)⁵.

Anders als es der Wortlaut des § 16 BetrAVG nahelegt, hat der Betriebsrentner also nicht lediglich einen Anspruch auf willkürfreie Leistungsbestimmung, wie es § 315 BGB entspräche, dem die Vorschrift üblicherweise zugeordnet wird⁶. Vielmehr tritt an die Stelle des in § 315 BGB vorgesehenen Gestaltungsrechts der bestimmungsberechtigten Partei, hier also des Schuldners, ein dreijährlich wiederkehrender Anspruch des Arbeitnehmers, also Gläubigers, auf Anpassung, der materiell lediglich unter dem Vorbehalt der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit steht. Betrachtet man die mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers als Sonderfall des Unvermögens nach § 275 Abs. 2 BGB, was nicht zuletzt deshalb naheliegt, weil es nach der Rechtsprechung Sache des Arbeitgebers ist, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, warum er *nicht* ausreichend leistungsfähig ist⁷, so gewährt § 16 Abs. 1 BetrAVG in seiner ihm durch das BAG zugewiesenen Gestalt im materiellen Sinne also schlicht einen *Anpassungsanspruch*, gegen den sich der Arbeitgeber mit dem – allerdings speziell ausgeprägten – Einwand mangelnden Leistungsvermögens zur Wehr setzen kann.

3 Neuerdings etwa BAG 11.3. 2008 – 3 AZR 358/06 (Fn. 1), Rn. 52 f. mit weiteren Nachweisen.

4 BAG 11.3. 2008 – 3 AZR 358/06 (Fn. 1), Rn. 53; BAG 26.5. 2009 – 3 AZR 369/07 (Fn. 1), Rn. 26.

5 Vgl. nur BAG 10.2. 2009 – 3 AZR 727/07, NZA 2010, 95, 97 Rn. 13; BAG 23.1. 2001 – 3 AZR 287/00, NZA 2002, 560; BAG 23.5. 2000 – 3 AZR 146/99, NZA 2001, 1251.

6 Zur auch vom BAG betonten entsprechenden Anwendbarkeit des § 315 BGB auf die Anpassungspflicht nach § 16 BetrAVG siehe BAG 17.4. 1996 – 3 AZR 56/95, NZA 1997, 155, 157; BAG 10.9. 2002 – 3 AZR 593/01, NZA 2003, 880; BAG 20.5. 2003 – 3 AZR 179/02, NZA 2004, 944; *Gottwald*, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB), Bd. 2, 5. Aufl. 2007, § 315 Rn. 77; *Rieble*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2004, § 315 Rn. 205.

7 So deutlich etwa BAG 10.2. 2009 – 3 AZR 727/07 (Fn. 5), Rn. 26.

Eine Besonderheit bleibt dabei allerdings noch unbeachtet, dass nämlich der Betriebsrentner nicht unmittelbar auf Anpassung seiner Rente klagen kann, bevor der Arbeitgeber erklärt hat, ob er anpassen möchte und hierdurch sein aus § 16 BetrAVG folgendes Gestaltungsrecht ausgeübt hat. Der Gehalt dieses Rechts ist freilich nurmehr formaler Natur; denn es beschränkt sich nach der Rechtsprechung eben darauf, dass der Arbeitgeber die Anpassung erklärt, weiß er doch, dass jede andere Entscheidung vor Gericht als „unbillig“ gewertet wird, *sofern* er nicht seine eigene Leistungsunfähigkeit nachweisen kann. Die Arbeitsgerichte lassen es folgerichtig auch zu, dass der Rentner unmittelbar auf Zahlung seiner erhöhten Rente klagt, sofern der Arbeitgeber die Anpassung abgelehnt hat⁸, anstatt sich mit einer Gestaltungsklage auf Leistungsbestimmung durch das Gericht zu beschäftigen, wie es § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB gemäß wäre. Die Situation entspricht also weithin derjenigen einer gewöhnlichen Leistungsklage: Der Gläubiger verlangt die Leistung vom Schuldner, dieser lehnt ab, woraufhin der Gläubiger Klage auf die Leistung erhebt. Gewissermaßen hat also das BAG die Anpassungsprüfungspflicht gleichsam in einen *aufschiebend durch die Gestaltungserklärung bedingten Anpassungsanspruch des Rentners* umgestaltet, dessen Höhe sich aus § 16 Abs. 2 BetrAVG und der hierzu ergangenen Rechtsprechung ergibt. Diese Einordnung wird beim gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz noch eine Rolle spielen.

2. Besonderheiten im Konzern

Ist der Arbeitgeber eine abhängige Gesellschaft, stellt sich die Frage, inwiefern für seine Leistungsfähigkeit auch die Situation der Muttergesellschaft einzubeziehen ist, was zwar regelmäßig im Sinne des Betriebsrentners ist, sich aber durchaus auch einmal zugunsten des Arbeitgebers auswirken könnte, wie ein unlängst vom BAG entschiedener Fall zeigt, in dem zwar die Arbeitgebergesellschaft noch ausreichend vermögend war, die Muttergesellschaft jedoch im Zeitpunkt der Anpassungsentscheidung schon in eine Schieflage geraten war⁹.

Klassischerweise löst das BAG diese Fälle mit der von ihm entwickelten betriebsrentenrechtlichen Figur des sogenannten Berechnungsdurchgriffs.

8 Siehe nur den Fall bei BAG 10.2. 2009 – 3 AZR 727/07 (Fn. 5): Klage auf Zahlung einer angemessen erhöhten Betriebsrente. Hierbei wird üblicherweise zwar (nur) der Erhöhungsbetrag (formal) in das Ermessen des Gerichts gestellt; die Ermittlung des Anpassungsbedarfs gemäß § 16 Abs. 2 BetrAVG stellt jedoch eine reine – *ex ante* „recht gut“ zu leistende (*Cisch/Kruip*, NZA 2010, 540) – Rechenoperation dar, siehe BAG 30.8. 2005 – 3 AZR 395/04, AP Nr. 56 zu § 16 BetrAVG = NZA-RR 2006, 485; BAG 11.3. 2008 – 3 AZR 358/06 (Fn. 1), Rn. 54 f.

9 BAG 10.2. 2009 – 3 AZR 727/07 (Fn. 5).

Sind dessen Voraussetzungen erfüllt, werden die Vermögensverhältnisse der Muttergesellschaft einbezogen. Zunächst bedarf es demnach einer qualifizierten Konzernierung, sei es aufgrund eines Beherrschungsvertrags, sei es aufgrund dauernder und umfassender Leitung, wie sie dem Tatbestand des vom BGH früher entwickelten sogenannten qualifizierten faktischen Konzerns entsprach. Als zweite Voraussetzung kommt hinzu, dass das herrschende Unternehmen seine Leitungsmacht auch tatsächlich in einer Weise ausübt, die keine angemessene Rücksicht auf die Belange des abhängigen Unternehmens nimmt und *hierdurch* die mangelnde Leistungsfähigkeit des abhängigen Unternehmens erst verursacht¹⁰.

Diese Voraussetzung ist als erfüllt angesehen worden, wenn das Vermögen der abhängigen Gesellschaft gezielt im Interesse der Mutter beziehungsweise anderer Konzernunternehmen eingesetzt und deren eigene Interessen infolgedessen zurückgestellt wurden¹¹. Es ging dabei etwa um Fälle, in denen die Schulden der Mutter mit Mitteln der Tochter bezahlt worden sind oder die Tochter Leistungen an andere Konzerngesellschaften ohne ausreichende Gegenleistung erbracht hat oder mit einem verlustbringenden Unternehmensteil belastet worden ist¹². Der entscheidende Gedanke hierbei ist, dass der Betriebsrentner nur an solchen wirtschaftlichen Risiken beteiligt werden soll, die sein Arbeitgeber auch als unabhängiges Unternehmen zu tragen hätte – insofern muss er es also hinnehmen, wenn die Verhältnisse seines Arbeitgebers keine Anpassung rechtfertigen. Nicht jedoch ist er auch mit solchen Risiken zu belasten, die der abhängigen Gesellschaft gerade aufgrund des Konzernverhältnisses aufgebürdet worden sind¹³. Nicht die durch die Konzernierung ausgelöste abstrakte Gefahr, sondern erst die konkrete Nachteilszufügung führt somit zum Berechnungsdurchgriff.

III. Neuorientierung der Rechtsprechung des BAG zur Betriebsrentenanpassung im Konzern in drei Schritten

1. Einführung

Mit den schon erwähnten neueren Urteilen hat der Betriebsrentensenat nun einen Richtungswechsel eingeleitet, allerdings durchweg in Gestalt

10 Vgl. zum Beispiel BAG 14.12. 1993 – 3 AZR 519/93, NZA 1994, 551; BAG 4.10. 1994 – 3 AZR 910/93, NZA 1995, 368.

11 BAG 4.10. 1994 – 3 AZR 910/93 (Fn. 10).

12 BAG 14.12. 1993 – 3 AZR 519/93 (Fn. 10); BAG 4.10. 1994 – 3 AZR 910/93 (Fn. 10); vgl. auch die Darstellung bei *Gaul*, Beteiligungsrechte des Betriebsrats aus §§ 111, 112 BetrVG bei der Spaltung eines gemeinsamen Betriebs mehrerer Unternehmen, NZA 2003, 695, 699; *Uhl/Polloczek*, Sozialplandotierung im Konzern – Adieu Berechnungsdurchgriff?, DStR 2010, 1481, 1483.

13 Deutlich etwa BAG 4.10. 1994 – 3 AZR 910/93 (Fn. 10).

von *obiter dicta*. *Erstens* hat das Gericht infrage gestellt, ob der eben dargestellte Berechnungsdurchgriff angesichts der neuen Rechtsprechung des BGH zur Ablösung des qualifizierten *faktischen* Konzerns noch aufrechterhalten werden könne. Zugleich hat es den Berechnungsdurchgriff im *Vertragskonzern* durch ein anderes Judikat möglicherweise noch ausgedehnt. *Zweitens* hat das BAG für die Fälle der Ausgliederung einer Rentnergesellschaft und der Beendigung eines Beherrschungsvertrags die Pflicht des herrschenden Unternehmens dekretiert, das Tochterunternehmen mit ausreichendem Kapital auszustatten.

2. Veränderungen beim Berechnungsdurchgriff

a) Abschaffung im faktischen Konzern

Das BAG musste sich nach eigenem Bekunden zwar noch nicht verbindlich dazu äußern, wie es im faktischen Konzern mit der neuen Rechtsprechung des BGH verfahren wird. Es äußert aber explizite Zweifel daran, dass an dem Berechnungsdurchgriff angesichts des zwischenzeitlich vom BGH vollzogenen Abschieds vom qualifizierten faktischen Konzern noch festgehalten werden kann¹⁴. Solche Zweifel sind für den faktischen Konzern auch veranlassend. Denn das neue Konzept des BGH hat, wie noch näher auszuführen ist (unter IV 1), bei qualifizierter faktischer Konzernierung die laufende Verlustausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens analog § 302 AktG durch einen erst im Insolvenzfall entstehenden, auf § 826 BGB gestützten Schadensersatzanspruch der Tochter gegen ihre Mutter ersetzt, der – wo es zum Insolvenzverfahren kommt – vom Verwalter durchgesetzt wird¹⁵.

Damit ist, wie im arbeitsrechtlichen Schrifttum nicht unbemerkt blieb¹⁶, eine entscheidende Voraussetzung für den Berechnungsdurchgriff entfallen, nämlich die Möglichkeit der Tochter, die Mehrkosten aus der Rentenanpassung über den Verlustausgleich an das Mutterunternehmen weiterzugeben; sie scheidet im faktischen Konzern nunmehr aus. In einem Standardkommentar zum BetrAVG wird zwar die Ansicht vertreten, dass der sich aus der Existenzvernichtungshaftung ergebende Schadensersatzanspruch gegen die Mutter für die Leistungsfähigkeit der abhängigen Gesellschaft zu berücksichtigen sei¹⁷. Das ist aber schwerlich zutreffend;

14 BAG 10.2. 2009 – 3 AZR 727/07 (Fn. 5), Rn. 16.

15 Siehe einstweilen nur die Darstellung bei *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 5. Aufl. 2008, Anhang § 318 Rn. 35.

16 *Cisch/Kruip*, NZA 2010, 540, 542.

17 *Fitting*, in: *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, BetrVG, 24. Aufl. 2008, §§ 112, 112a Rn. 258 (in Bezug auf die wirtschaftliche Vertretbarkeit eines Sozialplans für den Arbeitgeber); dagegen schon *Uhl/Polloczek*, DStR 2010, 1481, 1485.

denn ein erst in der Insolvenz entstehender und überdies von subjektiven Voraussetzungen abhängiger Schadensersatzanspruch gewährleistet offensichtlich nicht den laufenden Ausgleich der durch eine Rentenerhöhung bei der Tochter entstehenden Verluste. Prägnant und treffend ist deshalb gesagt worden¹⁸: *Vor* Insolvenz des zur Anpassung verpflichteten Unternehmens fehlt es an den tatbestandlichen Voraussetzungen der Existenzvernichtungshaftung. *Mit* Insolvenz gehen die Rentenverpflichtungen auf den Pensionsversicherungsverein über, so dass die Haftung für den Durchgriff also wertlos ist. – Jedenfalls für den faktischen GmbH-Konzern ist der Berechnungsdurchgriff damit *passé*.

b) Verschärfung im Vertragskonzern?

Auf der anderen Seite hat die Aufgabe der Verlustausgleichspflicht beim qualifizierten faktischen Konzern naturgemäß keine Bedeutung für den Vertragskonzern; denn hier ist sie zwingendes Recht (§ 302 AktG), und hier kann es demgemäß auch beim Berechnungsdurchgriff bleiben. Wie erwähnt, bestehen in der Praxis insofern sogar Befürchtungen, dass der Durchgriff durch das BAG noch ausgeweitet werden könnte. Sie gründen sich auf ein *obiter dictum* aus der Entscheidung zur Beendigung eines Beherrschungsvertrags vom Mai 2009. Dort heißt es schlicht:

„Das Bestehen eines Beherrschungsvertrages rechtfertigt aber – ohne weitere Voraussetzungen – einen sogenannten Berechnungsdurchgriff.“¹⁹

Man muss diese Formulierung als außerordentlich unglücklich bezeichnen, denn sie legt auf den ersten Blick nahe, dass auf die bislang durchgängig verlangte zweite Voraussetzung, nämlich die tatsächliche Ausübung der Leitungsmacht *zum Nachteil* des abhängigen Unternehmens, künftig verzichtet werden soll.

Es ist indessen wohl davon auszugehen, dass der Satz wirklich ernst gemeint ist. Denn das Gericht nimmt unmittelbar im Anschluss an die eben zitierte Passage und ohne jede inhaltliche Distanzierung einige frühere Judikate in Bezug, in denen die zweite Voraussetzung mit Selbstverständlichkeit geprüft wurde²⁰. Außerdem passte der Verzicht auf das zweite Merkmal nicht zu der im umgekehrten Fall vertretenen Ansicht, dass eine Schieflage der Mutter erst dann zu berücksichtigen sei, wenn sie sich auf die Tochter ausgewirkt habe oder jedenfalls konkret absehbar sei, so dass also die abstrakte Gefährdung der Tochter nicht ausreichen soll (obwohl

18 *Cisch/Kruip*, NZA 2010, 540, 542.

19 BAG 26.5. 2009 – 3 AZR 369/07 (Fn. 1), Rn. 31.

20 Das gilt namentlich für BAG 4.10. 1994 – 3 AZR 910/93 (Fn. 10) (ebenso auch BAG 18.2. 2003 – 3 AZR 172/02, BAGE 105, 72, 81). Wie hier denn auch *Cisch/Kruip*, NZA 2010, 540, 542.

diese wegen der Gefährdung des Verlustausgleichs eigentlich evident ist)²¹. Man kann aber nicht sinnvoll in eine Richtung eine bloß abstrakte Gefährdung ausreichen lassen, in der anderen dagegen eine konkrete Auswirkung verlangen.

Im Vertragskonzern bleibt es daher wohl auch nach Ansicht des BAG beim Berechnungsdurchgriff in seiner bisherigen Gestalt; darauf, dass nur diese Sichtweise überzeugen kann, ist zurückzukommen (IV 2): Nicht schon das Recht zu nachteiliger Weisung rechtfertigt daher die Einbeziehung der Mutter für die Bestimmung der wirtschaftlichen Lage der Tochter. Vielmehr muss das Weisungsrecht auch tatsächlich zum Nachteil der Tochter ausgeübt worden sein und *hierdurch* eine für die Anpassung relevante Verschlechterung der Vermögenslage eingetreten sein.

3. Die Kreation einer Kapitalausstattungspflicht

a) Ausgliederung auf Rentnergesellschaft

Mit einer weiteren Neuerung beschreitet das BAG nun ganz eigene Wege jenseits des Gesellschaftsrechts. In dem zuerst entschiedenen Fall²² ging es um die Ausgliederung eines selbstständigen Geschäftsbereichs einschließlich der damit zusammenhängenden Pensionsverpflichtungen auf eine selbstständige Gesellschaft, die mit der beklagten Gesellschaft (beziehungsweise dessen 100 %-iger Tochter) einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag abschloss. Hieran schloss sich eine weitere Ausgliederung des operativen Geschäfts an, so dass eine sogenannte Rentnergesellschaft übrig blieb. Darunter versteht das BAG eine Gesellschaft, „die nur noch wenige oder gar keine aktiven Arbeitnehmer beschäftigt“²³. Das Gericht erwähnt den Berechnungsdurchgriff in dieser Entscheidung mit keinem Wort²⁴, und konzentriert sich auf die rechtsfortbildende Entwicklung einer Kapitalausstattungspflicht der Muttergesellschaft. Entscheidungserheblich war dies freilich nicht, denn der klagende Rentner wollte festgestellt wissen, dass die Ausgliederung ohne sein Zustimmungsgeschäft gar nicht wirksam werden konnte, was das BAG indessen zu Recht zurückwies. Bei den folgenden Leitsätzen handelt es sich also um *obiter dicta*:

21 BAG 10.2. 2009 – 3 AZR 727/07 (Fn. 5), Rn. 16.

22 BAG 11.3. 2008 – 3 AZR 358/06 (Fn. 1).

23 BAG 26.5. 2009 – 3 AZR 369/07 (Fn. 1), Rn. 36.

24 Eigenartig ist allerdings, dass in diesem Zusammenhang die nachfolgende weitere Ausgliederung des operativen Geschäfts in keiner Weise unter dem Aspekt des Eingriffs in das Vermögen der ausgegliederten Gesellschaft erwähnt wird, um so eventuell einen Berechnungsdurchgriff für die Rentenanpassung zu eröffnen.

1. Den bisher versorgungspflichtigen Rechtsträger trifft eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht zur hinreichenden Ausstattung der die Versorgungsverbindlichkeiten übernehmenden Gesellschaft. Hierfür sind die Verbindlichkeiten nach einem gesteigerten Vorsichtsprinzip zu bewerten, was insbesondere zur Berücksichtigung der auch in der Versicherungswirtschaft angewandten Sterbetafeln und Rechnungszinsfüße zwingt.
2. Die Finanzierung muss langfristig gesichert sein; der Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags ist hierfür unzureichend, weil er gekündigt werden könnte.
3. Die Ausstattung der versorgungspflichtigen Gesellschaft muss nicht nur für die Erfüllung der laufenden Renten, sondern auch für Rentenanpassungen nach § 16 BetrAVG ausreichen; die Gesellschaft ist demgemäß so auszustatten, dass sie die Renten alle drei Jahre um den Prozentsatz erhöhen kann, der dem durchschnittlichen Kaufkraftschwund der letzten 20 Jahre entspricht.
4. Die Verletzung der arbeitsvertraglichen Nebenpflicht kann zu einem Schadensersatzanspruch der Rentner unmittelbar gegen die ausstattungspflichtige Gesellschaft führen.

b) Ende eines Beherrschungsvertrags mit Rentnergesellschaft

Noch einen Schritt weiter geht das BAG im Falle der Beendigung eines Beherrschungsvertrags mit einer Rentnergesellschaft; hierbei begibt es sich auch konstruktiv auf außerordentlich dünnes Eis. Es verneint den nicht ganz fernliegenden Anspruch des Betriebsrentners aus § 303 AktG auf Sicherheitsleistung im Hinblick auf die Anpassung seiner Betriebsrente mit der Begründung, dass zwar ein sicherungsfähiger Anspruch vorliege, dem Rentner aber das Schutzbedürfnis fehle. Denn das herrschende Unternehmen müsse bei Beendigung des Beherrschungsvertrags das abhängige Unternehmen so ausstatten, dass dieses für die Anpassung der Betriebsrenten die erforderliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit aufweise. Bei Verletzung der Pflicht hafte das herrschende Unternehmen den Rentnern unmittelbar auf Schadensersatz. Zur Begründung verweist das Gericht lediglich auf die (angebliche) Ähnlichkeit zwischen der Beendigung eines Vertragskonzerns und einer Ausgliederung²⁵.

4. Zusammenfassende Darstellung des „Konzern-Konzepts“ des BAG

1. Der bisher im Vertragskonzern ebenso wie im qualifizierten faktischen Konzern angewandte Berechnungsdurchgriff ist für den

25 BAG 26.5. 2009 – 3 AZR 369/07 (Fn. 1), Rn. 36.

faktischen Konzern obsolet, im Vertragskonzern, das heißt bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrags, jedoch wie bisher anzuwenden. Wie die im faktischen Konzern entstehende Lücke zu schließen ist, lässt sich derzeit nicht vorhersehen. Insbesondere ist die auf bestimmte Konstellationen beschränkte Ausstattungspflicht hierfür im Ansatz nicht geeignet.

2. Entgegen missverständlichen Äußerungen in einem neueren Urteil (oben III 2 b) verlangt der Berechnungsdurchgriff auch weiterhin nicht nur die Konzernierung als solche, sondern darüber hinaus auch die Herbeiführung konkreter Vermögensnachteile durch das herrschende Unternehmen, welche die fehlende Leistungsfähigkeit der Tochter zur Rentenanpassung verursacht. Schon deshalb scheidet die Anwendung bei Vorliegen eines isolierten Gewinnabführungsvertrags aus.
3. Bei Ausgliederung von Betriebsrentenverpflichtungen auf eine Rentnergesellschaft besteht eine arbeitsvertragliche (Neben-) Pflicht der übertragenden Gesellschaft, die Tochter derart mit Vermögen auszustatten, dass diese auch die Rentenanpassungen nach § 16 BetrAVG vornehmen kann.
4. Die gleiche Pflicht soll auch bei Beendigung eines Beherrschungsvertrags mit einer Rentnergesellschaft bestehen.

IV. Gesellschaftsrechtliche Bewertung des Konzepts

1. Kein Berechnungsdurchgriff im faktischen Konzern

Im Folgenden soll das Konzept des BAG zur Betriebsrentenanpassung aus gesellschaftsrechtlicher Sicht kommentiert werden. Die erste These betrifft den faktischen Konzern und lautet:

Das BAG zweifelt zu Recht am Bestand des Berechnungsdurchgriffs; nach Aufgabe der Rechtsfigur des qualifizierten faktischen Konzerns durch den BGH ist die Grundlage hierfür entfallen.

Der entscheidende Grund hierfür wurde schon genannt: Das neue Konzept des BGH gewährleistet wegen seiner Rechtsfolgen die Funktionsfähigkeit des Berechnungsdurchgriffs nicht mehr (III 2 a). An die Stelle der laufenden Verlustausgleichspflicht des herrschenden Unternehmens ist ein erst im Insolvenzfall entstehender Schadensersatzanspruch getreten, so dass die Erhöhungskosten nicht laufend an das herrschende Unternehmen weitergegeben werden können. Schon 2001 gab der BGH mit seiner Entscheidung „Bremer-Vulkan“²⁶ die bis dahin gepflegte Rechtsfigur des qualifizierten faktischen GmbH-Konzerns auf und ersetzte sie

26 BGH 17.9. 2001 – II ZR 178/99, BGHZ 149, 10 (Bremer Vulkan).

zunächst durch eine Durchgriffshaftung; in der Sache ging es stets um Fälle einer Ausplünderung der Gesellschaft durch ihre Gesellschafter. Das Konzept blieb freilich umstritten und wurde nicht zuletzt von Mitgliedern des Senats in seinen Rechtsfolgen als „unangemessen hart“ empfunden. Mit Rücksicht hierauf hat der Senat mit seiner „Trihotel“-Entscheidung von 2007 eine neuerliche Wende vollzogen; er hat zwar am objektiven Tatbestand des existenzvernichtenden Eingriffs festgehalten, die unbegrenzte und verschuldensunabhängige Außenhaftung der am Eingriff beteiligten Gesellschafter aber durch eine Schadensersatzhaftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft ersetzt und diese als Sonderfall des § 826 BGB eingeordnet²⁷. Weil es zum Tatbestand eines existenzvernichtenden Eingriffs gehört, dass die Gesellschafter der Gesellschaft planmäßig Vermögen entziehen und die Gesellschaft hierdurch dauerhaft an der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten gehindert und in die Insolvenz getrieben wird, wird der Anspruch erst in der Insolvenz praktisch²⁸. Für den Berechnungsdurchgriff ist er deshalb irrelevant.

Offen ist bislang, ob diese Änderung auf die faktisch abhängige AG zu erstrecken ist, ob also auch hier die Figur des qualifizierten Konzerns obsolet ist, was sich durchaus nicht von selbst versteht. Dass der BGH dies allerdings binnen fast zehn Jahren noch nicht zu entscheiden brauchte, zeigt zugleich, dass die Ausplünderung der Gesellschaft vor allem ein GmbH-Problem ist. Die Frage wäre ein Thema für sich; ich kann mich daher in diesem Rahmen nur auf die Feststellung beschränken, dass einige Instanzgerichte und die wohl herrschende Lehre für eine Aufgabe des qualifizierten faktischen Konzerns auch im Aktienrecht plädieren²⁹.

27 BGH 16.7. 2007 – II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 (Trihotel); dazu zum Beispiel *Weller*, Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH und ihre Implikationen für die Praxis, ZIP 2007, 1681.

28 Dafür reicht es, wie der BGH ausdrücklich betont, aber aus, dass der Gesellschafter alle Fakten kennt, die zur Rechtswidrigkeit seines Eingriffs führen. Ihm müsse deshalb lediglich bewusst sein, dass er der Gesellschaft selbst planmäßig Vermögen entziehe oder hieran mitwirke und die Gesellschaft durch diesen Eingriff dauerhaft beeinträchtigt werde, ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen. Bei einem (zielgerichteten) „Eingriff“ dürften diese Voraussetzungen in der Regel erfüllt sein.

29 OLG Stuttgart 30.5. 2007 – 20 U 12/06, AG 2007, 633, 636; OLG Schleswig 27.8. 2008 – 2 W 160/05, AG 2009, 374, 379; *Koppensteiner*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (KölnKommAktG), Bd. 6, 3. Aufl. 2004, Anhang § 318 Rn. 63 ff., 73 ff.; *Altmeyen*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (MünchKommAktG), Bd. 5, 3. Aufl. 2010, § 317 Anhang Rn. 14 ff.; *Hüffer*, Aktiengesetz, 9. Aufl. 2010, § 302 Rn. 9 und § 1 Rn. 26; *Stephan*, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Aktiengesetz, Bd. 2, 2008, § 302 Rn. 11; *Decher*, Das Konzernrecht des Aktiengesetzes – Bestand und Bewährung, ZHR 171 (2007), 126, 137; *Henze*, Reichweite und Grenzen des aktienrechtlichen Grundsatzes

Folgt man dem, ist die Änderung also auch für den Aktienkonzern nachzuvollziehen – gesichert ist das aber keineswegs.

2. Berechnungsdurchgriff im Vertragskonzern nur bei konkreter Schädigung der Tochter

Die zweite These betrifft den Berechnungsdurchgriff; sie lautet:

Im Vertragskonzern kann der Berechnungsdurchgriff aufrechterhalten bleiben; an der Voraussetzung einer konkreten Schädigung der Tochtergesellschaft ist aber unbedingt festzuhalten.

Die reine Verlustausgleichspflicht beziehungsweise der bloße Abschluss eines Beherrschungsvertrags rechtfertigt noch keine Durchbrechung des Trennungsprinzips. Der betriebsrentenrechtliche Durchgriff beruht auf dem Gedanken, dass die Tochter gerade *wegen* der Konzernierung zu einer sonst möglichen Rentenanpassung außerstande ist. Demgegenüber sollen allgemeine wirtschaftliche Risiken beim Betriebsrentner verbleiben, weil sie eine unabhängige Gesellschaft in gleicher Weise trafen. Die bloß *abstrakte* Gefährdung der Tochter durch das beherrschungsvertraglich eingeräumte *Recht* der Mutter, nachteilige Weisungen zu erteilen (§ 308 AktG), gewährleistet dies offensichtlich nicht; denn erst in der konkreten Nachteilszufügung durch die Mutter realisiert sich die Konzerngefahr für die Tochter, sofern sie hierdurch die Fähigkeit zur Rentenanpassung verliert. Es muss daher (1) eine konkrete Verschlechterung der Vermögenslage eingetreten sein und (2) diese Verschlechterung auf der Beherrschung beruhen. Umgekehrt scheidet der Durchgriff aus, wenn die Leistungsunfähigkeit auf Entscheidungen beruht, die ebenso gut auch in einer unabhängigen Gesellschaft ohne Verstoß gegen die Geschäftsleiterpflichten hätte vorgenommen werden dürfen (vgl. § 317 Abs. 2 AktG). Oder anders gewendet: Die auf dem Weisungsrecht beruhende Verlustausgleichspflicht nach § 302 AktG dient zwar der Kompensation *entstandener* Verluste, kann aber niemals selbst Grundlage für eine Pflicht zur Eingehung *neuer* Verluste sein, zumal wenn diese mit der Konzernierung nichts zu tun haben. Ein Zwang zur Eingehung neuer Verluste mit Rücksicht allein auf

der Vermögensbindung – Ergänzung durch die Rechtsprechung zum Existenz vernichtenden Eingriff?, AG 2004, 405, 415; anderer Ansicht aber OLG Köln 15.1. 2009 – 18 U 205/07, ZIP 2009, 1469, 1471 f.; *Emmerich/Habersack* (Fn. 15), Anhang § 317 Rn. 5 und *Habersack*, Trihotel – Das Ende der Debatte?, ZGR 2008, 533, 552 ff.; *H.-F. Müller*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, 2010, Vor § 311 Rn. 25; *Krieger*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (MünchHbGesR), Bd. 4: Aktiengesellschaft, 3. Aufl. 2007, § 69 Rn. 134; *Schürnbrand*, ZHR 169 (2005), 35, 58; in Einzelfällen auch *Emmerich*, Über atypische und verdeckte Beherrschungsverträge, Festschrift Hüffer, 2010, S. 179, 185.

die Ausgleichspflicht würde die Verhältnisse also geradezu auf den Kopf stellen.

Damit ist es zugleich zwingend und erst recht ausgeschlossen, den Berechnungsdurchgriff auf einen *isolierten Gewinnabführungsvertrag* anzuwenden. Denn für diesen gilt zwar ebenfalls die Verlustausgleichspflicht aus § 302 AktG. Die Abschöpfung von Gewinn kann aber als solche nicht zu Verlusten führen, und somit auch keine für die Rentenanpassung relevante Verschlechterung der Vermögenslage bei der Tochter herbeiführen. Hierfür bedarf es vielmehr zusätzlicher, vom Gesetz nicht gedeckter Eingriffe in das Vermögen der abhängigen Gesellschaft.

3. Pflicht zur Kapitalausstattung der Tochter zugunsten der Betriebsrentner?

a) Ausgliederung

Am problematischsten, auch aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, ist gewiss das Postulat einer anlassbezogenen Kapitalausstattungspflicht zu beurteilen, die auch turnusmäßige Rentenanpassungen garantieren soll, sofern nur das herrschende Unternehmen im *Zeitpunkt der Begründung der Pflicht* leistungsfähig ist. In seiner früheren Entscheidung zur Ausgliederung hat das BAG die Ausstattungspflicht zwar arbeitsrechtlich begründet, namentlich aus einer arbeitsvertraglichen Schutzpflicht und den Besonderheiten der Betriebsrentenanpassung hergeleitet. Der Senat sah sich aber durch umwandlungsrechtliche Grundsätze bestätigt, worauf deshalb zunächst einzugehen ist; die These hierzu lautet:

Entgegen dem BAG bietet das Umwandlungsrecht keinerlei Anknüpfungspunkte für eine materielle Kapitalausstattungspflicht, aber durchaus Ansätze für einen angemessenen Schutz der Betriebsrentner.

Das Gläubigerschutzkonzept des UmwG beruht vielmehr auf folgenden drei Elementen: *erstens* der Sicherung der *formellen* Kapitalaufbringung bei der aufnehmenden Gesellschaft (bei Gründung oder Kapitalerhöhung), *zweitens* auf der fünf- beziehungsweise zehnjährigen Spaltungshaftung aus § 133 UmwG³⁰ und *drittens* auf dem Anspruch auf Sicherheitsleistung gegen den übernehmenden Rechtsträger (§§ 133 Abs. 1 Satz 2, Halbsatz 2 UmwG, 125, 22 UmwG). Betriebsrentenrechtliche Versorgungspflichten werden in § 133 Abs. 3 UmwG sogar ausdrücklich erwähnt und einer verlängerten Mithaftung der übertragenden Gesellschaft unterworfen. Man muss deshalb bedauern, dass sich das BAG mit diesem System nicht

30 Die wohl herrschende Ansicht interpretiert die Haftung der übertragenden Gesellschaft gegen den Wortlaut (Gesamtschuld) als akzessorische (vgl. nur die Nachweise bei *Schwab*, in: Lutter [Hrsg.], Umwandlungsgesetz, 4. Aufl. 2009, § 133 Rn. 21 ff. – darauf ist hier nicht weiter einzugehen).

weiter befasst hat. Es wäre sonst vielleicht stärker aufgefallen, dass sich dem Spaltungsrecht nichts für eine materielle Kapitalausstattungspflicht im Ausgliederungsfall entnehmen lässt.

Zudem ist das BAG den Nachweis schuldig geblieben, dass das spaltungsrechtliche Schutzkonzept hinsichtlich der Rentenanpassung unzureichend ist. In der Logik seiner späteren Entscheidung zum beendeten Beherrschungsvertrag hätte es gelegen, den Anpassungsanspruch nach § 16 BetrAVG nicht nur als sicherungsfähig, sondern – konsequentermaßen – auch von der Spaltungshaftung aus § 133 UmwG als erfasst anzusehen. Das hätte das Gericht zu der weiteren Frage geführt, was die zehnjährige Spaltungs(mit)haftung der übertragenden Gesellschaft nach § 133 UmwG eigentlich für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers hinsichtlich der Rentenpassung bedeutet. – Der hierin für den Regelfall liegende Lösungsansatz blieb indessen völlig unausgeleuchtet. Sieht man den Anpassungsanspruch aus § 16 Abs. 1 BetrAVG – wie einen aufschiebend bedingten – als Altverbindlichkeit³¹, so haftet der ausgliedernde Rechtsträger für alle sich aus der Erhöhung ergebenden Verbindlichkeiten noch zehn Jahre lang als Gesamtschuldner, und in diesem Rahmen wird man in angemessenem Umfang die Verhältnisse des übertragenden Rechtsträgers für die Anpassung zu berücksichtigen haben, denn der Zweck des § 133 UmwG liegt darin, eine Art Einheitskonzept zu verwirklichen, indem die Gläubiger für fünf beziehungsweise zehn Jahre wirtschaftlich so gestellt werden, als ob die Spaltung noch nicht vollzogen wäre und das Vermögen somit noch ungespalten zur Verfügung stünde³². Hierbei müsste freilich berücksichtigt werden, dass nach zehn Jahren definitiv eine Enthftung des ausgliedernden Unternehmens eintritt und die abhängige Gesellschaft die Rentenlasten dann allein schultern muss. Die Spaltungshaftung bietet also durchaus Ansätze für einen angemessenen Schutz der Betriebsrentner.

b) Beendigung eines Beherrschungsvertrags

Wie aus der späteren Entscheidung zur Beendigung eines Beherrschungsvertrags deutlich wird, hegt das BAG jedenfalls keine Zweifel, ob der Anspruch aus § 16 Abs. 1 BetrAVG wirklich wie ein aufschiebend bedingter Anpassungsanspruch behandelt werden kann. Dort behandelt es den Anpassungsanspruch des Betriebsrentners im Ansatz durchaus als

31 Zur Einbeziehung aufschiebend bedingter Ansprüche siehe nur *Meier-Reimer*, in: Semler/Stengel (Hrsg.), *Umwandlungsgesetz*, 2. Aufl. 2007, § 133 Rn. 25; wohl auch *Schwab*, in: Lutter (Fn. 30), § 134 Rn. 91; anderer Ansicht aber *Willemsen*, in: *Kallmeyer*, *Umwandlungsgesetz*, 4. Aufl. 2010, § 134 Rn. 21.

32 Siehe nur *Schwab*, in: Lutter (Fn. 30), § 133 Rn. 11; *Ihrig*, in: Habersack/Koch/Winter (Hrsg.), *Die Spaltung im neuen Umwandlungsrecht und ihre Rechtsfolgen*, 1999, S. 88.

sicherungsfähig (gemäß § 303 AktG)³³, verneint sodann aber einen Sicherungsanspruch gegen das herrschende Unternehmen mit der Begründung, es fehle dem Betriebsrentner ein Sicherungsbedürfnis und zwar wegen der (prospektiven) Kapitalausstattungspflicht. Auch insofern wird der gesetzliche Gläubigerschutz also zugunsten der selbst kreierten Pflicht beiseitegeschoben. Nach dem Gesetz sind die Gläubiger bei Beendigung eines Beherrschungsvertrags indessen nicht durch eine Pflicht zur angemessenen Ausstattung des abhängigen Unternehmens geschützt, sondern durch den Anspruch auf Sicherheitsleistung gegen das herrschende Unternehmen aus § 303 AktG. Im Übrigen muss die Mutter zwar während der Konzernierung die Überlebensfähigkeit der abhängigen Gesellschaft sicherstellen, namentlich existenzgefährdende Weisungen unterlassen und gegebenenfalls den letzten Verlustausgleich nach Zerschlagungswerten berechnen³⁴; eine darüber hinausgehende Pflicht zur Gewährung sogenannter Wiederaufbauhilfen nach Vertragsende wird hingegen von der herrschenden Meinung zu Recht abgelehnt³⁵. Aus § 303 AktG lässt sich im Übrigen für jede Art von Berechnungsdurchgriff nach Vertragsende nichts herleiten; der Anspruch ist zwar sicherungsfähig, im Zeitpunkt der Anpassung kommt es aber allein auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der (ehemaligen) Tochtergesellschaft an. Die These lautet somit:

Auch dem Recht des Vertragskonzerns ist eine materielle Ausstattungspflicht nach Beendigung des Beherrschungsvertrags fremd.

c) Zusammenfassende Beurteilung

Der Detailkritik soll eine übergreifende Bewertung des Konzepts angefügt werden. Dabei erscheint das Ziel des BAG im Ausgangspunkt gewiss gut nachvollziehbar, Betriebsrentner vor der Aushöhlung ihrer zu aktiven Zeiten verdienten Rentenansprüche zu schützen. Das gilt jedenfalls hinsichtlich der laufenden Renten, zumal sich der Arbeitgeber ohne gewisse Schranken allzu leicht durch Ausgliederung oder „Entherrschung“ seiner Leistungspflicht entziehen könnte – auch zulasten des Pensionsversicherungsvereins. Hinsichtlich der Renten*anpassung* hingegen liegen die Dinge allerdings von vornherein anders; denn hier trägt der Rentner zu Recht das Risiko der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung seines früheren Arbeitgebers. Mag also auch die generelle Zielrichtung in diesem

33 BAG 26.5. 2009 – 3 AZR 369/07 (Fn. 1), Rn. 24 ff.

34 Siehe nur *Altmeyen*, in: MünchKommAktG (Fn. 29), § 291 Rn. 63 ff.

35 Nachweise bei *Altmeyen*, in: MünchKommAktG (Fn. 29), § 291 Rn. 62 und § 296 Rn. 40 sowie *Altmeyen*, Interessenkonflikte im Konzern, ZHR 171 (2007), 320, 328 f.; *Koppensteiner*, in: KölnKommAktG (Fn. 29), § 297 Rn. 63; *Hüffer* (Fn. 29), § 296 Rn. 9; vgl. ferner *Emmerich/Habersack* (Fn. 15), § 296 Rn. 25 und § 308 Rn. 65.

Sinne zu billigen sein, so erscheint das hierfür eingesetzte Mittel einer Kapitalausstattungspflicht hochproblematisch und insgesamt nicht überzeugend.

Das vom BAG entwickelte Konzept ist nicht nur *unklar* hinsichtlich seines Anwendungsbereichs – gilt es nur für Ausgliederung und Beendigung eines Beherrschungsvertrags und gilt es nur für die Rentnergesellschaft oder auch darüber hinaus? Es ist auch *überschießend*, zum einen, indem es den Betriebsrentner von der weiteren wirtschaftlichen Entwicklung seines Arbeitgebers abkoppelt und für eine Art Anpassungsgarantie sorgt. Der Rentner wird hierdurch noch bessergestellt, als wäre er bei seinem Arbeitgeber geblieben³⁶. Denn einem Schadensersatzanspruch des Betriebsrentners wegen unzureichender Kapitalisierung im Zeitpunkt der Ausgliederung kann das herrschende Unternehmen die *später* eintretende mangelnde Leistungsfähigkeit nicht mehr entgegenhalten. Zum anderen entsteht auch im Verhältnis zu den aktiven Arbeitnehmern ein massives Gleichbehandlungsproblem, denn deren Lohnentwicklung bleibt selbstverständlich von der weiteren wirtschaftlichen Entwicklung des Arbeitgebers abhängig, während die Rentner hiervon gleichsam entkoppelt werden.

Ferner ist das Konzept partiell *ineffektiv*, weil es den Fall, dass nicht die Rentenverbindlichkeiten, sondern umgekehrt das werbende Unternehmen ausgegliedert wird, jedenfalls nicht unmittelbar erfasst; insofern müsste die Pflicht zumindest durch eine Art materielle Kapitalerhaltungs- und Nichtausgliederungspflicht ergänzt werden, was weiteren schwer zu deckenden Begründungsbedarf erzeugt. Zugleich sollte aber klar sein, dass jedenfalls der *Verkauf* des Unternehmens zu angemessenem Preis und unter Zurückbehaltung der Rentenverbindlichkeiten allemal möglich bleiben muss³⁷. Es drohen hier also erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten.

Endlich vermag das Konzept die durch Wegfall des Berechnungsdurchgriffs im qualifizierten Konzern entstehende *Lücke* nicht zu schließen, denn es ist primär auf eine durch Ausgliederung entstehende oder in die Unabhängigkeit entlassene reine Rentnergesellschaft gemünzt: Die Pflicht ist anlassbezogen und greift deshalb bei der gewöhnlichen unternehmenstragenden Gesellschaft nicht ein.

Zu diesen unverkennbaren funktionalen Schwächen kommt ein nicht unerhebliches dogmatisches Manko: Es fehlt an einer tragfähigen Rechts-

36 So zu Recht schon *Cisch/Kruip*, NZA 2010, 540, 543.

37 Zutreffend *Cisch/Kruip*, NZA 2010, 540, 543 (im angemessenen Kaufpreis realisiert sich die Teilhabe der Betriebsrentner am wirtschaftlichen Risiko ihres Arbeitgebers).

grundlage. *Arbeitsvertragliche* Schutzpflichten lassen sich zwar im Ansatz ohne Weiteres konstruieren – aber gerade nicht im Falle der Beendigung eines Beherrschungsvertrags, denn hier bestand niemals ein Arbeitsverhältnis des Rentners zum herrschenden Unternehmen. Die Muttergesellschaft rückt bekanntlich durch die Konzernierung nicht in die Vertragsposition ihrer Tochter ein³⁸ und folglich kann sie auch nicht an eine sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebende Nebenpflicht gebunden sein³⁹.

Auch eine *gesellschaftsrechtliche* Grundlage für eine Kapitalausstattungs-pflicht ist nicht in Sicht. Weil weder Umwandlungs- und Konzernrecht für eine *spezielle* Kapitalisierungspflicht in Anspruch genommen werden können (oben IV 3 a und b), müsste eine *allgemeine* Pflicht zur ausreichenden materiellen Kapitalausstattung nachweisbar sein, die aus arbeitsrechtlichen Gründen sodann auf den Anpassungsbetrag zu erstrecken wäre. Eine solche allgemeine Pflicht entspricht indessen nicht dem geltenden (Gesellschafts-) Recht. Der BGH lehnt nämlich einen auf materielle Unterkapitalisierung gestützten Durchgriff beständig schon im Ansatz ab⁴⁰. Erst unlängst hat er diese Rechtsprechung in seiner sogenannten „Gamma“-Entscheidung bekräftigt⁴¹. Der Fall ist hier auch deshalb interessant, weil er eine im Ansatz durchaus vergleichbare Konstellation betraf, nämlich die Ausgliederung von Arbeitsverhältnissen auf eine als GmbH organisierte Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft (BQG), deren Zweck darin bestand, 21 Arbeitnehmer einer in die Krise geratenen Gesellschaft aufgrund eines Sozialplans für maximal zwei Jahre zu beschäftigen und möglichst in neue Arbeitsverhältnisse zu vermitteln. Die Tätigkeit der von der Krisengesellschaft unabhängigen BQG sollte überwiegend durch öffentliche Gelder (insbesondere Struktur-

38 Siehe nur *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern, 1989, S. 70.

39 So auch *Oetker*, Zur Ausstattungspflicht des herrschenden Unternehmens bei Beendigung des Beherrschungsvertrages, Anmerkung zu BAG 26.5. 2009 – 3 AZR 369/07, EWiR 2010, 7; *Cisch/Kruip*, NZA 2010, 540, 543.

40 Zur strengeren Position im Schrifttum, das im Anschluss an *Ulmer* (in: Hachenburg [Hrsg.], GmbHG, 4. Aufl. 1989, Anhang § 30 Rn. 55 ff.) verbreitet für eine Haftung bei qualifizierter Unterkapitalisierung eintritt, vgl. nur den Überblick bei *Raiser*, in: *Ulmer/Habersack/Winter* (Hrsg.), GmbHG, Großkommentar, Bd. I, 2008, § 13 Rn. 153 ff. mit weiteren Nachweisen sowie *Bitter*, Der Anfang vom Ende des qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns – Ansätze einer allgemeinen Missbrauchshaftung in der Rechtsprechung des BGH, WM 2001, 2133, 2139; *Wiedemann*, Reflexionen zur Durchgriffshaftung, ZGR 2003, 283.

41 BGH 28.4. 2008 – II ZR 264/06, ZIP 2008, 1232 = NJW 2008, 2437; dazu *Altmeyden*, Zur vorsätzlichen Gläubigerschädigung, Existenzvernichtung und materiellen Unterkapitalisierung in der GmbH, ZIP 2008, 1201; *Schäfer/Fischbach*, Anmerkung zu BGH 28.4. 2008 – II ZR 264/06, LMK 2008, 267714.

kurzarbeitergeld und Qualifizierungsmittel nach SGB III) finanziert werden. Die Krisengesellschaft verpflichtete sich vertraglich gegenüber der BQG die hierdurch nicht abgedeckten Kosten (sogenannte Remanenzkosten) zu übernehmen. Beide Gesellschaften fielen jedoch der Insolvenz anheim. Der Verwalter nahm die Gesellschafter in Anspruch, weil sie nicht für eine ausreichende Kapitalisierung der GmbH gesorgt hätten – zu Unrecht, wie der BGH befand: Die vom Senat entwickelte Existenzvernichtungshaftung setze einen kompensationslosen „Eingriff“ in das Gesellschaftsvermögen der GmbH voraus. Das Unterlassen hinreichender Kapitalausstattung stehe dem nicht gleich. Für die Statuierung einer allgemeinen gesellschaftsrechtlichen – erst recht verschuldensunabhängigen – Haftung des Gesellschafters wegen materieller Unterkapitalisierung im Wege höchstrichterlicher Rechtsfortbildung sei mangels Gesetzeslücke kein Raum. Nach dieser Rechtsprechung ist aus gesellschaftsrechtlicher Sicht somit kein Raum für eine Pflicht zu materieller Kapitalisierung – und dies, obgleich sich im „Gamma“-Fall der Kapitalbedarf mit monatlich ca. 25.000 € für maximal zwei Jahre ziemlich genau beziffern ließ. Insgesamt ist also festzuhalten, dass das Gesellschaftsrecht keine Anhaltspunkte für eine allgemeine materielle Kapitalausstattungspflicht bietet.

Endlich steht das Konzept auch methodisch auf schwachen Beinen, denn die Statuierung weitreichender und neuartiger Pflichten im Wege höchstrichterlicher Rechtsfortbildung sollte doch wohl erst in Betracht kommen, wenn die im Gesetz vorhandenen Schutzinstrumente ausgeschöpft beziehungsweise ihre Unzulänglichkeit belegt ist. Insgesamt kann daher nur konstatiert werden, dass das Konzept einer Ausstattungspflicht nicht nur erhebliche funktionale Schwächen aufweist, sondern auch dogmatisch und methodisch nicht zu rechtfertigen ist; das BAG sollte noch einmal überdenken, ob es das bislang nicht entscheidungserhebliche Konzept tatsächlich anwenden will; die besseren Gründe sprechen dagegen.

4. Alternativer Lösungsansatz mittels § 826 BGB

Es bleibt die hier nur zu skizzierende Frage, wie eventuellen Schutzlücken hinsichtlich der Rentenanpassung begegnet werden kann; denn gegen den oft wiederholten Satz des BAG, der Arbeitgeber dürfe sein eigenes wirtschaftliches Unvermögen zur Rentenanpassung nicht planmäßig herbeiführen, dürfte wenig einzuwenden sein. Schutzlücken sind insofern allgemein im faktischen Konzern zu erwarten, soweit nämlich dem Berechnungsdurchgriff dort die Grundlage entzogen ist, ferner aber auch bei Beendigung eines Beherrschungsvertrags, weil es der Anspruch auf Sicherheitsleistung nicht gestattet, die Vermögensverhältnisse des herrschenden Unternehmens für die Anpassungsentscheidung einzubeziehen. Demgegenüber dürfte bei der Ausgliederung die Spaltungshaftung der ausgliedernden Gesellschaft im Ansatz ausreichenden Schutz

gewähren; hier mag es allenfalls veranlasst sein, in Einzelfällen wegen der zeitlichen Begrenzung der Haftung (Enthftung nach zehn Jahren) nach ergänzendem Schutz zu suchen, wobei dann aber eine gewisse Vermutung dafür spricht, dass wirtschaftliche Schwierigkeiten, die zehn Jahre nach der Ausgliederung auftreten, nicht mehr auf das Verhalten der ausgliedernden Gesellschaft zurückzuführen sind.

Nach Lage der Dinge können die erwähnten Lücken allein durch das Deliktsrecht geschlossen werden, und zwar, weil es um primären Vermögensschutz geht, mithilfe des § 826 BGB⁴², einer Vorschrift, die auch der BGH im „Gamma“-Fall aufgerufen sah, dort mit der Begründung, dass die von der BQG beschäftigten Arbeitnehmer über die mangelnde Konkursfestigkeit ihrer Ansprüche von deren Gesellschaftern arglistig getäuscht worden seien.

Wenn nämlich in die durch § 16 BetrAVG gewährte Rechtsposition der Betriebsrentner nicht dadurch eingegriffen werden darf, dass die mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Arbeitgebergesellschaft durch das herrschende Unternehmen *planmäßig herbeigeführt* wird, so lässt sich dieser Rechtssatz am besten durch einen gegen das herrschende Unternehmen gerichteten Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB verwirklichen. Das herrschende Unternehmen wäre danach nur insofern – aber dann unmittelbar – zur Anpassung der Betriebsrenten verpflichtet, als es durch nachteilige Weisungen oder Umstrukturierungsmaßnahmen die mangelnde Leistungsfähigkeit der Arbeitgebergesellschaft vorsätzlich *herbeigeführt* hat. Danach ist selbstverständlich zu berücksichtigen, ob das herrschende Unternehmen im Zeitpunkt der Anpassungsentscheidung selbst leistungsfähig ist; denn anderenfalls könnte der Betriebsrentner auch ohne Konzernierung oder Umstrukturierung keine Anpassung verlangen. Ein solcher Anspruch würde daher die beschriebene überschießende Wirkung der Ausstattungspflicht zuverlässig vermeiden.

V. Zusammenfassung in Thesen

1. Der Anspruch auf Prüfung der Betriebsrentenanpassung nach § 16 BetrAVG hat durch die Rechtsprechung des BAG die Gestalt eines aufschiebend durch die Gestaltungserklärung des Arbeitgebers bedingten Anpassungsanspruchs angenommen.

42 So auch *Cisch/Kruip*, NZA 2010, 540, 545; die von *Hohenstatt/Seibt*, Ausgliederung laufender Pensionsverbindlichkeiten – Eine arbeits- und umwandlungsrechtliche Betrachtung, ZIP 2006, 546, 550, für die Ausgliederung erwogene Unwirksamkeit der Umwandlung wegen Rechtsmissbräuchlichkeit ist demgegenüber als allgemeiner Ansatz naturgemäß nicht geeignet; zudem spricht das Bestandsschutzbedürfnis in Bezug auf eingetragene Umwandlungen gegen diese Lösung.

2. Das BAG zweifelt zu Recht am Bestand des Berechnungsdurchgriffs bei faktischer Abhängigkeit der Arbeitgeber-Gesellschaft; nach Aufgabe der Rechtsfigur des sogenannten qualifizierten faktischen Konzerns durch den BGH ist die Grundlage hierfür entfallen. Im faktischen Konzern können daher die wirtschaftlichen Verhältnisse des herrschenden Unternehmens nicht mehr für die Entscheidung über die Anpassung der Betriebsrenten durch das abhängige Unternehmen berücksichtigt werden.
3. Im Vertragskonzern kann der Berechnungsdurchgriff hingegen aufrechterhalten bleiben; an der Voraussetzung einer konkreten Schädigung der Tochtergesellschaft ist aber unbedingt festzuhalten.
4. Das Konzept einer Kapitalausstattungspflicht widerspricht dem geltenden Recht und sollte daher wieder aufgegeben werden:
 - a) Entgegen dem BAG bietet das Umwandlungsrecht keinerlei Anknüpfungspunkte für eine materielle Kapitalausstattungspflicht, aber in Gestalt der Spaltungshaftung durchaus einen brauchbaren Ansatz für einen angemessenen Schutz der Betriebsrentner.
 - b) Auch bei Beendigung eines Beherrschungsvertrags widerspricht eine materielle Kapitalausstattungspflicht des herrschenden Unternehmens dem geltenden Gesellschaftsrecht.
 - c) Das Konzept einer arbeitsvertraglichen Ausstattungspflicht weist erhebliche funktionale Schwächen auf. Es ist unklar hinsichtlich seines Tatbestands, überschießend hinsichtlich seiner Wirkungen – gerade auch in Bezug auf aktive Arbeitnehmer –, ineffektiv in Bezug auf die Ausgliederung des operativen Geschäfts und lückenhaft bei (qualifizierter) faktischer Abhängigkeit der Arbeitgebergesellschaft.
 - d) Außerdem weist das Konzept erhebliche dogmatische und methodische Schwächen auf. Eine arbeitsvertragliche Schutzpflicht ist bei Beendigung eines Beherrschungsvertrags nicht konstruierbar; denn hier besteht niemals ein Arbeitsverhältnis zum herrschenden Unternehmen. Und eine gesellschaftsrechtliche Pflicht zu materieller Kapitalisierung lehnt der BGH in ständiger Rechtsprechung schon im Ansatz ab.
5. Zur Ausfüllung im Einzelfall auftretender Lücken kommt deshalb allein ein deliktsrechtlicher, auf § 826 BGB gestützter Schutz in Betracht. Auf diese Weise kann dem Satz, dass die mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Arbeitgebergesellschaft durch das herrschende Unternehmen nicht *planmäßig herbeigeführt* werden darf, bei missbräuchlicher Gestaltung angemessen zum Durchbruch verholfen werden.

Diskussion

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Vielen Dank Herr *Schäfer*. Ich wollte eigentlich damit einführen, dass man mit der betriebsrentenrechtlichen Lösung des BAG anstelle des klassischen Berechnungsdurchgriffs weiteren Begründungsbedarf erzeugt. Dass damit Quatsch oder Blödsinn gemeint ist, haben Sie am Ende noch klargestellt zu meiner großen Zufriedenheit. Ich meine, wir haben hier ein großes Konfliktpotenzial wegen der Erwartung, die in Zukunft geweckt wird mit einem Rentenversprechen, das dann durch Betriebsübergang in irgendeiner Weise gebrochen wird. So das Gefühl der Bundesrichter. Andererseits haben wir die Realität des § 613a BGB und die Möglichkeit, dass eben ein Vertragsverhältnis von einem Arbeitgeber auf den anderen übergeht. Und ich denke, dass in diesem Kontrast der Philosophien auch unser Konfliktpotenzial liegt. Aber ich möchte die Diskussion deswegen nicht aufhalten, sondern eröffnen und bitte um Wortmeldungen.

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Herr *Schäfer*, ich habe Ihrem Vortrag atemlos gelauscht und an meiner Entscheidung gezweifelt, zu irgendeinem Zeitpunkt meiner Karriere nicht in Richtung Gesellschaftsrecht, sondern in Richtung Arbeitsrecht gegangen zu sein. Es wäre schön, wenn jeder Gesellschaftsrechtler in der Lage wäre, ein Thema so plastisch darzustellen wie Sie, *Herr Schäfer*. Ich habe dabei sehr viel gelernt und habe auch verstanden, warum eine Richterin am Bundesarbeitsgericht aus dem Betriebsrentensenat sich doch sehr stark gewunden hat, als sie uns erklären musste, was der Senat da unterschrieben hat.

Hinsichtlich der Zerstörung bin ich ganz Ihrer Meinung. Ich habe nur eine Verständnisfrage in Bezug auf Ihren alternativen Lösungsansatz mittels § 826 BGB. Ich sehe nicht ganz, wo hinsichtlich des entscheidenden Punkts, nämlich der Anpassungspflicht nach § 16 BetrAVG, die vorsätzliche sittenwidrige Schädigung sein könnte? Denn Sie sagen doch zu Recht: „Bei der Rentenanpassung trägt der Rentner das Risiko der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung seines früheren Arbeitgebers und ist nur von speziellen Konzernierungsrisiken zu entlasten.“ Aber wenn nur eine vage Erwartung auf Anpassung besteht und der Arbeitgeber eine gesellschaftsrechtlich zulässige Konstruktion wählt, ist mir nicht ganz ersichtlich, wie der Fall gestaltet sein müsste, damit man das Tatbestandsmerkmal „Schädigung“ als erfüllt ansieht.

Professor Dr. Carsten Schäfer, Universität Mannheim:

Ich will zunächst gerne einräumen, dass ich im Augenblick nur eine Skizze vorlegen kann. Mein Hauptimpetus liegt darin, die allgemeinen Pflichten, die ich für viel zu weitgehend empfinde, zu begrenzen. Ich meine aber auch, dass wir jedenfalls ein Ventil schaffen müssen, um Folgen letztlich missbräuchlicher Gestaltung zu erfassen. Dabei ist klar, dass gewisse Fallgruppen erst durch die Rechtsprechung gebildet werden müssen – aber darin liegt durchaus ein gewisser Charme. Mir ist jedenfalls wichtig zu sagen – das ist der Punkt, warum ich hier auf § 826 BGB gekommen bin –, dass man nicht schon abstrakte Gefährdungslagen ausreichen lässt, die viel stärker die Gefahr, die Sie erwähnt haben, heraufbeschwören, sondern nur die konkrete Gefährdung. In den vom BAG entschiedenen Fällen mag diese durchaus vorgelegen haben, und für das Grundanliegen habe ich auch Verständnis. Doch geht die Begründung hierüber eben deutlich hinaus. Im Fall Ausgliederung auf eine nur mit dürrem Kapital ausgestattete Gesellschaft, die alsbald in Insolvenz fällt, kann man gewiss eine Konstellation sehen, die zum Eingreifen nötigt. Die Alternative, stattdessen schon die Umwandlungsmaßnahme als solche als missbräuchlich einzustufen, halte ich nicht für ernsthaft diskutabel. Den Ansatz mittels Schadensersatzansprüchen sehe deshalb als einzigen gangbaren Weg.

Richard Giesen:

Das lässt sich durchaus konkretisieren. Es gibt Fälle, in denen tatsächlich nur die Rentner ausgegliedert werden – vielleicht noch auf eine ausländische Kapitalgesellschaft oder eine schwachbrüstige GmbH –, die dann absehbar keine Mittel zur Verfügung hat, um die Renten aufzubringen. Ich glaube, da wird man sich im Ergebnis genauso in dem Sinn, wie Sie es gerade gesagt haben, einig sein müssen, dass eine Haftung in irgendeiner Weise – meines Erachtens der § 826 BGB-Ansatz als der einzig gangbare und auch der richtige Weg – wie Sie ihn vertreten, dann eingreifen muss. Die Probleme, die dann in der Folge kommen, liegen vor allem im Konzernumbau. Da wird eine Gesellschaft ausgegliedert, die eine etwas andere Rentnerquote hat; wenn sie vorher vielleicht 15 % Rentner hatten oder 25 %, dann ist eine Gesellschaft auszugliedern, die jetzt 35 % hat. Da ist nun die Frage: Wie lange hält sie durch? Und dann kommt nach 20 oder 30 Jahren der berühmte Engpass und in diesen Fällen weiß man dann nicht, wie es weitergeht. Das Problem wird durch die Missbrauchsfälle ausgelöst und wer dann später im Konzern die Aufgabe hat, als Arbeits- und Gesellschaftsrechtler, einen Umbau in Regie zu nehmen, der hat auf einmal die Befürchtung, dass nur aufgrund einer Veränderung der Rentnerquote oder Belastungsquote – das können ja auch werthaltige

Renten für kleinere Arbeitnehmerzahlen und Rentnerzahlen sein –, auf einmal in die Haftung gerät. Da haben viele die Befürchtung, dass der Haftungsfall sich dann immer weiter ausweitet.

Carsten Schäfer:

In der Tat, denn das Konzept ist hinsichtlich seines Anwendungsbereichs eben unklar. Hinsichtlich der Ausgliederung mag man noch im Ansatz Verständnis haben; die Begründung aber, warum die Beendigung des Beherrschungsvertrags so etwas wie eine Ausgliederung sein soll, halte ich für recht abenteuerlich. Sie nährt in der Tat die Befürchtung einer uferlosen Ausdehnung. Das BAG sollte seinen Ansatz daher alsbald wieder aufgeben.

Dr. Anja Mengel, LL.M., Kanzlei Wilmer Hale, Berlin:

Ich habe mir jetzt überlegt – das BAG hat ja sicherlich auch mit die Kapitalausstattungspflicht im Auge –, dass man nicht erst warten muss, bis die Insolvenz da ist. Wenn man jetzt diesen § 826 BGB-Anspruch nimmt, was fällt Ihnen spontan dazu ein? Ab wann kann denn beispielsweise ein Arbeitnehmer auch eine Feststellungsklage erheben auf einen noch ungewissen, nicht bezifferbaren Schaden, der aber durch eine Pflichtverletzung schon angelegt ist? Bei § 826 BGB ist der Schaden ja Tatbestandsteil. Insofern vielleicht schwierig. Um ein bisschen den vorbeugenden Aspekt da hineinzubekommen, kann man nur in einem solchen Extremfall, wenn klar ist, dass übermorgen die Rentnergesellschaft platt ist, schon sofort eine Klage erheben oder kann man das auch in anderen Konstellationen wie Herr Professor *Giesen* sie gerade angesprochen hat? Wo man sagt, wir können noch nicht absehen, es ist morgen oder übermorgen, aber vielleicht in fünf Jahren und dergleichen. Das wäre dann vielleicht noch ein bisschen der Spagat zwischen diesen beiden Lösungen, dass ein bisschen Präventives noch hineinkommt. Ich glaube, auch als Arbeitgeberberater muss man zugestehen, dass das natürlich aufgrund der langen Vorlaufzeiten für die Entstehung von Rentenansprüchen, Anwartschaftszeiten und auch einer gewissen Intransparenz bei solchen Restrukturierungen für die Finanzkraft der Unternehmen schon berechtigtes Anliegen ist, auch der Rechtsprechung zu sagen: „Wir können ja nicht warten, bis der Insolvenzverwalter dann über jahrzehntelangen Klagen in den ordentlichen Gerichten irgendwann einmal ein bisschen Geld generiert.“ Das hilft ja keinem. Es ist auch klar, dass hier eine Allgemeinschädigung, nicht einmal nur eine Schädigung der Arbeitnehmer, in Rede steht, sondern über die PSV-Situation auch eine Allgemeinschädigung. Es ist dann wirklich allgemein sittenwidrig.

Carsten Schäfer:

Dass hier möglicherweise hinsichtlich der laufenden Renten zulasten des Sicherungsvereins gehandelt wurde, ist ein Punkt, den man – das hatte ich auch kurz erwähnt – gewiss mitberücksichtigen muss. Dennoch meine ich, man sollte sein Gewicht vielleicht nicht zu sehr übertreiben. Bei den Anpassungen – und darüber habe ich ja vor allem gesprochen – ist es so, dass alle drei Jahre die Pflicht besteht, darüber nachzudenken. Aber brauchen wir wirklich schon nach einem Jahr die Feststellung, dass es so sein wird? Nach meinem Konzept ist es jedenfalls möglich, dass die Arbeitgebergesellschaft sagt, wir sind aus nicht konzernabhängigen Gründen zur Anpassung nicht in der Lage. In Wahrheit lässt sich das aber eigentlich erst sagen, wenn die Anpassungsentscheidung tatsächlich ins Haus steht. Damit stünde ein präventiver Rechtsschutz, der schon nach ein bis zwei Jahren greift, in gewissem Widerspruch. Auf jeden Fall könnte er nur unter Vorbehalt gewährt werden, zumal der Anspruch selbst ja aufschiebend bedingt ist; denn er steht immer unter dem Vorbehalt der Leistungsfähigkeit. Das müsste auch ein Schadensersatzanspruch berücksichtigen.

Richard Giesen:

Das ist natürlich auch ein prozessuales Problem. Ich meine, das müsste man mit Auskunfts- oder Feststellungsansprüchen zunächst einmal klären, bevor man das Rentenalter abwartet und dann auf Leistung klagt.

Professor Dr. Christine Windbichler, Humboldt-Universität, Berlin:

Zwei Fragen, wovon Sie die erste wahrscheinlich nicht beantworten wollen oder können. Das Gesellschaftsrecht wurde mithilfe eines Autokrans auf eine Achterbahn geschickt und dementsprechend kann man vielleicht auch fragen, wie lange wird denn die Rechtsprechung des 2. Senats halten? Gegen die § 826 BGB-Lösung gibt es auch den einen oder anderen Einwand und dann müssen wir wieder neu konstruieren. Das ist nicht sehr konstruktiv, mit dem Einwand muss man wohl rechnen. Der zweite Punkt ist: Wie stellt sich das eigentlich in den Bilanzen dar? Wenn man den § 16 BetrAVG so, wie er gehandhabt wird, liest, besteht Anpassungspflicht und der Abs. 3 gibt lediglich Einreden, so dass ich bei den Pensionsrückstellungen die Anpassungen mitbilanzieren muss. Wenn ich dann zum Beispiel bei einer Ausgliederung diese Rückstellung in der Ausgliederungsbilanz drin habe, dann bedeutet das, dass die ausgegliederte

Gesellschaft entsprechend ausgestattet sein muss, weil ich sonst die Kapitaldeckung für das Stammkapital nicht habe. Wenn ich das alles ganz brav gemacht habe, dann kann es ja nicht missbräuchlich sein oder sittenwidrig.

Carsten Schäfer:

Zunächst zum ersten Punkt: In der Tat kann man mit Recht fragen – eine sehr wechselhafte Geschichte der Autokran-Rechtsprechung und ihrer Nachfolger – was kommt als nächstes? Ich kann mir trotzdem nicht vorstellen, dass man das Rad in Zukunft wieder zurückdreht und doch wieder bei der Verlustausgleichspflicht analog § 302 AktG landet. Das wäre aber erforderlich, um den Berechnungsdurchgriff wieder zu eröffnen. Der Kampf ist im Übrigen noch nicht ganz verloren, denn es gibt immerhin noch einige Anhänger des qualifizierten faktischen Konzerns in der Aktiengesellschaft. Es ist noch unklar, ob der BGH diese Rechtsprechung auch dort aufgibt. Eine erneute Verschärfung der Haftung kann ich mir aber nicht ernsthaft vorstellen. Eher wird man die Frage stellen müssen, ob das gegenwärtige Konzept einer Innenhaftung nicht in bestimmten Fällen durch eine Außenhaftung zu ergänzen ist, insbesondere wenn es nicht mehr zur Insolvenzeröffnung kommt. Das bei § 826 BGB im Prinzip bestehende Vorsatzproblem halte ich für relativ unproblematisch, denn Tatbestandsmerkmal ist der planmäßige Eingriff, und planmäßig bedeutet mindestens bedingten Vorsatz, zumal dieser sich nicht auf die Sittenwidrigkeit beziehen muss.

Zweite Frage: Sehr schön, ich kann das leider nicht beantworten. Mit dem BilMoG hat sich auch die Bilanzierung der Pensionsverpflichtungen geändert, und ich habe in einem Beitrag gelesen, zu bilanzieren sei jetzt auch der Anpassungsanspruch. Leider wurde diese Behauptung nicht belegt, und sie scheint mir auch nicht zu stimmen. Im Gesetz lesen wir darüber jedenfalls nichts (§ 253 HGB). Und wenn das wirklich richtig wäre, dürfte das Problem eigentlich gar nicht existieren. Denn dann hätten wir in der Tat aufgrund der Bilanz der ausgegliederten Gesellschaft letztlich ein formelles Kapitalaufbringungs- beziehungsweise -erhaltungsproblem. Es wäre auch die Frage, wie weit in die Zukunft die Bilanzierungspflicht eigentlich reichen soll. Für sachdienliche Hinweise zu dieser Frage bin ich dankbar.

Professor Dr. Hans Hanau, Helmut-Schmidt-Universität Hamburg:

Ich habe eine wahrscheinlich ganz banale Frage zur Herleitung Ihrer Haftung. § 826 BGB, das klingt nach Trihotel, Herr *Schäfer*. Aber Trihotel

meinen Sie, glaube ich, gar nicht wirklich, weil es hier ja nicht um eine Innenhaftung geht, sondern um eine Außenhaftung, wenn ich es richtig verstanden habe. Der Arbeitnehmer selber ist Anspruchsinhaber. Das geht auch schon vor der Insolvenz, wenn ich es richtig verstanden habe. Dann frage ich mich aber, welche Pflicht gegenüber dem Arbeitnehmer hat denn dann die Mutter konkret verletzt? Sie schreiben ja selber auf Ihrer vorletzten Folie, die Konstruktion des BAG sei unhaltbar, weil im Vertragskonzern nur arbeitsvertragliche Beziehungen zur Tochter bestehen, also eben gerade keine Beziehung zwischen Mutter und Arbeitnehmer besteht. Was genau ist die Pflichtverletzung? Dass man überhaupt diese Rentnergesellschaft ausgegliedert hat, sie unterkapitalisiert hat, spätere Mittelabflüsse und dergleichen? Das würde mich doch schon ein bisschen genauer interessieren, gerade angesichts Ihrer vorhergehenden Kritik an der Konstruktion.

Carsten Schäfer:

Die Pflicht lautet: Ich darf niemanden sittenwidrig schädigen. Das ist ja die Pflicht, an deren Verletzung § 826 BGB einen Schadensersatzanspruch knüpft. Sie ist selbstverständlich keine vertragliche Pflicht. Das Sittenwidrigkeitssurteil sehe ich im Ansatz darin begründet, dass die eigene Unfähigkeit zur Anpassung planmäßig herbeigeführt wird, also nicht auf externen Ursachen beruht. Soweit Herr *Junker* hiergegen die Unbestimmtheit eingewandt hat, würde ich dem entgegenhalten, dass es sich um eine Haftung handelt, die an Fallgruppen zu entwickeln sein wird, auf deren Ventilfunktion wir zugunsten der Arbeitnehmer und des Pensionsversicherungsvereins aber nicht verzichten können.

Axel Schulte, Kanzlei Berner, Fischer & Partner, Verden:

Ich als Arbeitsrechtler hätte noch eine Frage: Sie haben § 133 UmwG als Argument erwähnt, das gegen die Konstruktion der Kapitalisierungspflicht spricht. Welche Rechte – das würde mich einmal interessieren vom Verständnis – gibt denn § 133 UmwG dem Arbeitnehmer in diesen Ausgliederungsfällen der Rentnergesellschaft? Gibt es sofort den Anspruch auf Sicherungsleistung? Das wäre durchaus probat. Mir ist unklar – ich habe eben den Wortlaut gelesen, Zehnjahresfrist haben Sie erwähnt für fällige Verbindlichkeiten. Ist die jeweilige laufende Rate der Betriebsrente gemeint? Dann wäre es wirklich eine begrenzte Pflicht. Oder könnte man konstruieren, dass das Entstehen der Verbindlichkeit der Stammanpruch ist und wenn dieser innerhalb von zehn Jahren fällig wird, ist eine Sicherheit auch gegeben für die laufend fällig werdenden Auszahlungsrechte? Das wäre meine Frage.

Carsten Schäfer:

Da muss ich Sie leider etwas enttäuschen. Erstens: Der Sicherungsanspruch richtet sich nach § 133 UmwG gegen das aufnehmende Unternehmen. Er bringt hier also nicht viel. Nicht das ausgliedernde Unternehmen, sondern das aufnehmende Unternehmen haftet insofern. Viel schöner ist aber, dass ein unmittelbarer Anspruch der Gläubiger gegen das herrschende (ausgliedernde beziehungsweise spaltende) Unternehmen besteht. Wenn also zunächst die laufenden Rentenpflichten nicht von der Tochter beziehungsweise vom ausgegliederten Unternehmen bedient werden können, dann muss eben die Mutter einspringen. Aber: § 133 UmwG ist eine Enthafungsregel: Nach zehn Jahren endet die Haftung. Was bedeutet dies aber für den Anpassungsanspruch? Erste Aussage: Auch dieser Anspruch unterliegt der Haftung. Und zweite Aussage: Innerhalb von zehn Jahren kommt es für die Frage der Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers nicht allein auf die Arbeitgebergesellschaft an, sondern auch – das liegt in der Konsequenz der Einheitsbetrachtung – auch auf die Muttergesellschaft. Aber eben nur zehn Jahre lang. Was bedeutet das nun, wenn im Jahr neun eine Anpassung turnusgemäß anfallen würde? Man muss hier meines Erachtens berücksichtigen, dass diese Haftung nach zwei Jahren erlischt und dass deswegen auch natürlich kein Ausgleich der Gesellschafter untereinander mehr stattfinden kann. Für alle Anpassungen, die innerhalb des Zehnjahreszeitraums fällig werden (also längstens für die im Jahr sieben fällige Anpassung), kann man die Verhältnisse auch der ausgliedernden Gesellschaft einbeziehen, danach aber nicht mehr. Danach ist die Vermutung, dass die Leistungsunfähigkeit nicht mehr auf dem Verbund beruht beziehungsweise auf der Ausgliederung oder der unzureichenden Ausstattung, nicht mehr gerechtfertigt.

Richard Giesen:

Ich glaube, wir können hiermit schließen. Herzlichen Dank für den wunderbaren Vortrag. Er hatte meines Erachtens den Vorteil, dass wir eine stringente Übereinstimmung von der Zielsetzung des Arbeitnehmerschutzes wie auch der BGH-Rechtsprechung gefunden haben und endlich diesen Widerspruch vielleicht doch überwinden können. Deswegen ganz herzlichen Dank.

Mitbestimmungsvermeidung im Konzern

Gerlind Wisskirchen

Seite

Zusammenfassung des Vortrags 106

Diskussion 108

Zusammenfassung des Vortrags

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 Aufsichtsrats zu vermeiden.

Es gelte also zu verhindern, Schwellenwerte zu überschreiten. Sei der Personalbedarf dennoch höher, könne man auf Leiharbeitnehmer ausweichen. *Wisskirchen* wies jedoch darauf hin, dass in dieser Hinsicht eine gewisse Unsicherheit bestehe, da eine höchstrichterliche Entscheidung zur Nicht-Qualifizierung von Leiharbeitnehmern als „Arbeitnehmer“ im mitbestimmungsrechtlichen Sinne fehle. Eine andere Option sei, Wachstum auf Auslandsgesellschaften zu verlagern. Möglich sei es aber auch, durch Umstrukturierungen Schwellenwerte zu unterschreiten. Zu beachten sei dabei allerdings die fünfjährige Beibehaltungsregel des § 325 UmwG bei Abspaltung und Ausgliederung, die auf *Asset Deals* und Aufspaltungen jedoch keine analoge Anwendung fände. Selbstständige oder unselbstständige Niederlassungen von ausländischen Gesellschaften seien ebenfalls mitbestimmungsfrei. Etwas problematischer seien reine (inländische) Vermögensholdings. Es müsse der Nachweis gelingen, dass auf Ebene der Obergesellschaft keine einheitliche Leitung im Sinne des § 18 Abs. 1 AktG bestehe, ansonsten drohe die Zurechnung nach § 5 Abs. 1 MitbestG. Eine weitere Möglichkeit, trotz deutscher Rechtsform mitbestimmungsfrei zu bleiben, sei die Stiftung – auch als Holding oder Komplementär-gesellschaft. Freilich unterliege diese der staatlichen Aufsicht und sei daher weniger praktikabel. Auch die Kapitalgesellschaft & Co. KG biete gute Möglichkeiten, Mitbestimmung zu vermeiden, solange die Komplementärin nicht mehr als 500 und die Kommanditgesellschaft nicht mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftige. Eine Zurechnung nach § 4 MitbestG erfolge dann nicht – das DrittelbG kenne keine Zurechnung. Selbst bei Überschreitung des Schwellenwerts bei der KG könne durch Zerstörung der Mehrheitskongruenz Mitbestimmung verhindert werden.

Im Anschluss zeigte *Wisskirchen*, wie die Mitbestimmung durch Nutzung ausländischer Gesellschaften umgangen werden kann: Zunächst kämen Holdinggesellschaften mit Sitz im Ausland in Betracht. Um eine fiktive Konzernspitze bei der inländischen Tochtergesellschaft zu vermeiden, könne ein Beherrschungsvertrag mit der Enkelin geschlossen werden. Daneben bestehe die Möglichkeit einer ausländischen Kapitalgesellschaft & Co. KG. Auch könne man ausländische Gesellschaften nutzen und ins Inland verlegen. Ebenso von der deutschen Mitbestimmung befreit sei die

SE. Für sie gelte das SEBG. Sollten die Verhandlungen zur Mitbestimmung scheitern, werde mit der Auffanglösung das stärkste (geltende) Mitbestimmungsstatut eingefroren. Dies ließe sich vor allem dann nutzen, wenn zu erwarten sei, dass zukünftig Schwellenwerte durchbrochen würden. Ähnliches ließe sich auch durch grenzüberschreitende 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.

Diskussion

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Ganz herzlichen Dank für den instruktiven Vortrag, der uns eigentlich gezeigt hat, dass alle diejenigen, die noch in mitbestimmten Unternehmen tätig sind, ziemlich sauer sein müssten, dass das so ist, weil es so viele Möglichkeiten gibt, die Mitbestimmung zu vermeiden. Damit möchte ich aber auch die Diskussion eröffnen.

Professor Dr. Carsten Schäfer, Universität Mannheim:

Ganz allgemein ist man natürlich nicht immer erfreut, dass die Mitbestimmung jetzt so seltsame Blüten treibt. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht mögen solche Empfehlungen sinnvoll sein, wenn es tatsächlich einen Auslandsbezug gibt, aber bei einer rein in Deutschland tätigen Gesellschaft scheinen sie mir eher unsinnig zu sein. Aber das ist ein allgemeines und weites Feld. Nur einen entschiedenen Widerspruch möchte ich aber anmelden und das betrifft die Frage der Aktivierung einer Vorrats-SE: Hierzu hört man oft aus der Praxis, die spätere Anstellung von Arbeitnehmern sei keine strukturelle Änderung, also kein Fall des § 18 Abs. 3 SEBG. Das verkürzt die Dinge aber so sehr, dass es möglicherweise falsch wird. Verzichtet man nämlich – unter Einschränkung des Art. 12 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE-VO) – bei der Gründung auf ein Beteiligungsverfahren, muss ein solches billigerweise bei der wirtschaftlichen Neugründung der Gesellschaft nachgeholt werden. Anderenfalls könnte man Vorratsgesellschaften gar nicht zulassen. Man kann also nicht sagen, dass eine als Vorratsgesellschaft gegründete SE stets um ein Beteiligungsverfahren herumkommt.

Dr. Gerlind Wisskirchen, CMS Hasche Sigle, Köln:

Vielleicht muss ich mich da korrigieren. Das ist natürlich eine Frage, ob man das alles gleichzeitig macht. Man kann ja auch eine wirtschaftliche Aktivierung machen und das Thema Arbeitnehmer später machen.

Carsten Schäfer:

Ich gehe davon aus, dass bei der SE tatsächlich mehr als zehn Arbeitnehmer innerhalb eines Jahres eingestellt werden. Dann muss das Be-

teiligungsverfahren nachgeholt werden, so hat es auch das OLG Düsseldorf gesehen. Deswegen würde ich von einer allgemeinen Aussage beziehungsweise Gestaltungsempfehlung eher abraten (was nicht ausschließt, dass man das Ziel durch Gestaltung im Einzelfall erreichen kann).

Gerlind Wisskirchen:

Sie haben recht. Man muss es wahrscheinlich auf einer Zeitschiene sehen, dass man die Frage der wirtschaftlichen Aktivierung – Sie nannten die zehn Arbeitnehmer, das scheint auch gängige Praxis zu sein als Schwellenwert –, dass man damit anfängt und dann über die Zeit möglicherweise wächst von der Belegschaft her. Dann sind wir uns wahrscheinlich doch einig.

Paula Aschauer, Karl-Franzens-Universität, Graz:

Die erste Frage betrifft die Zukunft. Und Prognosen sind immer besonders schwierig, wenn es um die Zukunft geht. In der SPE ist meines Wissens nach ein riesiger Hemmschuh, dass die Mitbestimmung europaweit – wie Sie es gezeigt haben – komplett unterschiedlich ist. Wäre es da möglich, dass man sagt, man führt ein gemeinsames Level ein? Die zweite Sache aus österreichischer Sicht: Sind die Kosten angesprochen, die Arbeitnehmervertreter verursachen? Bei uns sind die Arbeitnehmervertreter zwar auch im Aufsichtsrat, erhalten aber keine Vergütung.

Gerlind Wisskirchen:

Die Kosten, die ich eben zitiert habe in Bezug auf Siemens, bezogen sich nur auf die Wahl. Das war die reine Delegiertenwahl bei Siemens. Das ist nicht die Vergütung oder so etwas. Frau *Mengel* sagt zu Recht, das sind *Peanuts*.

Zur ersten Frage: Ich glaube, bei sämtlichen europäischen zukünftigen Akten – und Sie mögen mir da vielleicht gleich noch einmal Geleitschutz geben – wird man sich immer an diesem Modell SE orientieren, wenn es um das Thema unternehmerische Mitbestimmung geht. Weil dieser Kompromiss ungefähr 30 Jahre gedauert hat und alle froh waren, dass man das als Modell hatte. Man sieht es auch bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung: Mit kleinen Abweichungen hat man sich dieses Modells wieder bedient. Ob es jemals zu einer Konvergenz kommt, das bezweifle ich. Das ist aus Arbeitnehmersicht in Deutschland eine so große Errungenschaft, die unternehmerische Mitbestimmung. Man muss

vielleicht auch noch einmal sagen: Ich glaube, dass DAX 30-Unternehmen auch nicht einmal einen Gedanken daran verschwenden werden, sich der unternehmerischen Mitbestimmung zu entledigen. Das ist ein ganz klares Modell für ausländische Konzerne oder Unternehmen, die hineinwachsen würden in die unternehmerische Mitbestimmung. Es gab Mitbestimmungsgremien, die das politisch von allen Seiten beleuchtet haben. Das Ergebnis war immer: Die ist toll, die sollte man nicht anfassen. Ich glaube, das wird sich auch nicht in der Zeit, in der wir leben, noch ändern.

Richard Giesen:

Das ist natürlich eine typisch deutsche Gesetzgebung, die all dasjenige, was schon als Bestandsschutz existiert, nicht anfassen wird. Da haben die Erfinder der Mitbestimmung selber noch begutachtet.

Gerlind Wisskirchen:

Die übrigens von den Amerikanern noch positiv begleitet wurde. Historisch ist das wirklich interessant.

Richard Giesen:

Das ist vor der deutschen Geschichte nicht überraschend. Trotzdem wird das Phänomen so sein, dass irgendwelche Gesellschaften das nicht mehr machen, nur diejenigen, die es bisher machen mussten. Das ist meine persönliche Einschätzung. Dann wird das geschehen, was Herr *Schäfer* bedauert, dass nämlich das herkömmliche deutsche Gesellschaftsrecht diese sekundäre Rolle übernimmt, die mitbestimmten Unternehmen zu regeln, und dass alle anderen dann in fantasiereichen Mischformen von inländischem und ausländischem Recht die Gehirne neu in Anspruch nehmen werden. Mit einer gesellschaftsrechtlichen Stringenz hat das nicht mehr so viel zu tun. Aber das ist dann Ihre Sorge, Herr *Schäfer*.

Gerlind Wisskirchen:

Da kann man dann viele Aufsätze schreiben.

Richard Giesen:

Die Professoren haben manchmal auch Lust, vernünftige Aufsätze zu schreiben und nicht nur viele.

Bitte noch Wortmeldungen. Wenn das nicht der Fall ist, wird man Ihr Manuskript mit nach Hause nehmen und überlegen, wie man im Unternehmen doch noch der existierenden Mitbestimmung oder der drohenden entkommen kann. Ich danke ganz herzlich. Wir nutzen die Gelegenheit zur jetzt tatsächlich eintretenden Kaffeepause und werden uns pünktlich in 15 Minuten, um 15.15 Uhr hier wiedersehen, um den Vortrag von Herrn *Höpfner* zu hören. Ganz herzlichen Dank.

Normativer und schuldrechtlicher Konzerntarifvertrag
– Gestaltungsformen einer konzerneinheitlichen Tarifbindung

Clemens Höpfner

Seite

A. Einführung	115
B. Der Zweck des Konzerntarifvertrags	115
I. Die Interessenlage auf Arbeitnehmerseite	116
II. Die Interessenlage auf Arbeitgeberseite	116
C. Gestaltungsformen einer konzerneinheitlichen Tarifbindung auf Arbeitgeberseite	117
I. Tarifrechtlicher Durchgriff im Konzern?	117
II. Der „Konzerntarifvertrag“ als mehrgliedriger Tarifvertrag	119
1. „Konzerntarifvertrag“ durch Stellvertretung beim Vertrags- schluss	119
a) Offenkundigkeit der Stellvertretung	120
aa) Anforderungen an die Publizität von Tarifver- trägen	120
bb) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Offen- kundigkeitsprinzip	122
b) Vertretungsbefugnis der Konzernobergesellschaft	124
aa) Konkludente Bevollmächtigung	124
bb) Unwiderrufliche Bevollmächtigung	125
2. „Konzerntarifvertrag“ durch inhaltsgleiche Tarifabschlüsse	127
a) Selbstständige Tarifverträge der Konzerngesellschaften....	127
b) Mehrgliedriger Tarifvertrag im engeren Sinne als Ein- heitstarifvertrag	128
c) Exkurs: Zur Rechtsnatur der Tarifgemeinschaft	130
aa) Grundsatz: Tarifgemeinschaft als reine Innen-GbR...	130
bb) Ausnahme: Tarifgemeinschaft unterzeichnet Tarif- vertrag selbst	131
3. Begründung und Beendigung der Tarifbindung	132
a) Begründung der Tarifbindung neuer Konzern- gesellschaften	132
b) Beendigung der Tarifbindung	134
aa) Kündigung des Tarifvertrags durch die Konzern- obergesellschaft	134
bb) Ausscheiden aus dem Konzernverbund	135

4. Zwischenergebnis	136
III. Der „Konzern-Arbeitgeberverband“	136
1. Die Gründung des Konzern-Arbeitgeberverbands	137
a) Die Anzahl der Gründungsmitglieder	137
b) Keine Mitwirkung der Arbeitnehmervertreter	138
c) Konzernweite Tarifzuständigkeit	138
d) Tariffähigkeit des Konzern-Arbeitgeberverbands	139
2. Unterschiede zum Firmentarifvertrag	140
a) Bindung der Tarifbindung	140
b) Beendigung der Tarifbindung	140
aa) Austritt aus dem Verband	140
bb) Ausscheiden aus dem Konzernverbund	141
cc) Auflösung des Verbands	142
dd) „Gewollte Tarifunfähigkeit“ des Verbands	142
IV. Tarifgeltung kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme	143
D. Tarifzuständigkeit auf Gewerkschaftsseite	145
E. Fazit	147
Diskussion	149

A. Einführung

Das mir angetragene Thema lautet: „Normativer und schuldrechtlicher Konzerntarifvertrag“. Der Titel lässt aufhorchen. Wie mag wohl diese wirtschaftliche Einheit rechtlich selbstständiger Unternehmen, die wir Konzern nennen, Verträge abschließen können, obwohl sie selbst nicht rechtsfähig ist? So hat denn auch das BAG in mehreren Entscheidungen im Jahr 2007 zum „Pro Seniore“-Konzern das festgestellt, was zuvor schon im Schrifttum¹ ganz allgemein anerkannt war: „Der Konzern als solcher ist nicht tariffähig.“² Und im Kommentar von *Löwisch* und *Rieble* heißt es apodiktisch: „Einen Konzerntarifvertrag gibt es nicht.“³ – Man könnte es also kurz machen mit dem Thema.

Aber so einfach ist die Sache nun doch nicht. In der Praxis sind Konzerntarifverträge nicht unüblich – trotz der fehlenden Tariffähigkeit des Konzerns. Man denke nur an den im Juli dieses Jahres medienwirksam beigelegten Tarifkonflikt bei der Lufthansa⁴. Wenn also „der Konzern als solcher“ keine Tarifverträge schließen kann, so gibt es doch eine Reihe von Gestaltungsmöglichkeiten für eine konzerneinheitliche Tarifbindung. Lassen Sie mich daher das Thema präzisieren: Es geht ganz allgemein um die „*einheitliche Tarifbindung im Konzern*.“

Wenn im Folgenden also von „dem Konzerntarifvertrag“ die Rede ist, so ist dies nicht im technischen Sinne zu verstehen. Gemeint ist lediglich die rechtstatsächliche Erscheinungsform einer einheitlichen Tarifbindung aller Konzernunternehmen, deren rechtliche Gestaltungsformen nachfolgend dargestellt werden.

B. Der Zweck des Konzerntarifvertrags

Zuvor erscheint es hilfreich, die Interessenlage der beteiligten Akteure kurz zu skizzieren. Welche Vorzüge bietet ein Konzerntarifvertrag gegen-

1 *K.-P. Martens*, Tarifvertragliche Konzernregelungen, RdA 1970, 173, 175; *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern, 1989, S. 461; *Rieble*, Konzerntarifvertrag, Der Konzern 2005, 475, 476; *Sattler*, Tarifvereinheitlichung im Konzern, 2009, S. 33 f.; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, S. 525; *Franzen*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 10. Aufl. 2010, § 2 TVG Rn. 24; *Henssler*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 2 TVG Rn. 24; *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2004, § 2 Rn. 147; *Rieble/Klumpp*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 164 Rn. 57; *Oetker*, in: *Jacobs/Krause/Oetker*, Tarifvertragsrecht, 2007, § 2 Rn. 135.

2 BAG 17.10. 2007 – 4 AZR 1005/06, NZA 2008, 713; BAG 17.10. 2007 – 4 AZR 1005/06, 4 AZR 938/06, AP Nr. 40-42 zu § 1 TVG; BAG 12.12. 2007 – 4 AZR 1058/06, juris.

3 *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 2 Rn. 147.

4 Vgl. SZ vom 7.7. 2010.

über Firmentarifverträgen mit den einzelnen Konzerngesellschaften oder der Anwendung branchenspezifischer Verbandstarifverträge?

I. Die Interessenlage auf Arbeitnehmerseite

Die Arbeitnehmerseite kann mit einem Konzerntarif versuchen, die unterschiedlichen Tarifniveaus gerade in diversifizierten Konzernen oder auch in Betrieben in Ost- und Westdeutschland einheitlich auf einem hohen Level zu fixieren⁵. Wenn Tarifverhandlungen zentral für alle Arbeitnehmer im Konzern geführt werden, wird es zudem regelmäßig leichter sein, die Mitglieder zu mobilisieren, als wenn mit jedem einzelnen Unternehmen getrennt nur für deren Belegschaft verhandelt wird. Schließlich kann die Gewerkschaft durch einen Konzerntarifvertrag effektiv einen konzernweiten Kündigungsschutz durchsetzen, den es nach dem Gesetz grundsätzlich nicht gibt⁶.

II. Die Interessenlage auf Arbeitgeberseite

Auf Arbeitgeberseite wird dagegen nicht selten eine *Tarifvielfalt* im Konzern erwünscht sein. Vor allem ein Konzern, der im Wettbewerb gut aufgestellt ist und hohe Gewinne einfährt, wird in der Regel wenig Interesse an einem dann zu erwartenden höheren Tarifabschluss haben⁷. Umgekehrt aber kann ein Konzern in wirtschaftlichen Schwierigkeiten mithilfe eines konzernweiten Sanierungstarifvertrags konsolidiert werden. Man denke nur an die insolvente Arcandor AG, die am 14.10. 2004 erstmals einen Sanierungstarifvertrag mit ver.di für die damaligen Tochterunternehmen Karstadt, Quelle und Neckermann abgeschlossen hat⁸. Das branchenübliche Tarifniveau wurde dadurch erheblich abgesenkt⁹. Im Gegenzug hat der Tarifvertrag, wie wir seit kurzem wissen, vielleicht mit dazu beigetragen, bis zu 25.000 Arbeitsplätze zu retten.

Daneben konnte der Konzern sich – jedenfalls bisher – durch einen einheitlich für alle Gesellschaften geltenden Tarifvertrag vor Arbeitskämpfen während der Laufzeit des Vertrags schützen. Denn in diesem Fall besteht auch eine konzernweit einheitliche Friedenspflicht. Nach Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit gilt dies so pauschal nicht mehr, da die

⁵ Vgl. *Sattler* (Fn. 1), S. 21.

⁶ Ständige Rechtsprechung seit BAG 14.10. 1982 – 2 AZR 568/80, NJW 1984, 381; vgl. aus jüngerer Zeit BAG 23.4. 2008 – 2 AZR 1110/06, NZA 2008, 939, 941; BAG 10.5. 2007 – 2 AZR 626/05, NZA 2007, 1278; BAG 26.6. 2008 – 2 AZR 1109/06, NZA-RR 2009, 205, 208; ferner *Oetker*, in: ErfK (Fn. 1), § 1 KSchG Rn. 246; *Richardi*, in: MünchArbR, Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 23 Rn. 29 ff.

⁷ Vgl. *Rieble*, *Der Konzern 2005*, 475, 476; *Sattler* (Fn. 1), S. 20.

⁸ Ihm folgten mehrere Sanierungstarifverträge für die Karstadt GmbH.

⁹ Nach Aussagen von ver.di sollen die Beschäftigten auf rund 770 Mio. € verzichtet haben.

Friedenspflicht nicht für am Tarifabschluss unbeteiligte Gewerkschaften gilt. Gleichwohl bietet der Konzerntarifvertrag auch weiterhin zumindest Schutz vor Arbeitskämpfen der vertragsschließenden Gewerkschaften.

Schließlich können die Tarifpartner durch einen Konzerntarifvertrag die betriebliche Mitbestimmung im Konzern regeln und etwa gemäß § 55 Abs. 4 BetrVG die Besetzung des Konzernbetriebsrats abweichend vom Gesetz bestimmen oder gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG Spartenbetriebsräte oder sonstige Arbeitnehmervertretungsstrukturen einrichten¹⁰.

C. Gestaltungsformen einer konzernerheitlichen Tarifbindung auf Arbeitgeberseite

Ausgangspunkt der Untersuchung ist, wie einleitend schon genannt, die fehlende Tariffähigkeit des Konzerns. Sie folgt geradezu zwangsläufig sowohl aus der fehlenden Rechtsfähigkeit des Konzerns als auch aus der sich daraus ergebenden fehlenden Arbeitgebereneigenschaft im Sinne des § 2 Abs. 1 TVG¹¹.

I. Tarifrechtlicher Durchgriff im Konzern?

Weil also „der Konzern“ als Anknüpfungspunkt einer Tarifbindung ausscheidet, wurde vereinzelt versucht, den von der Konzernobergesellschaft geschlossenen Tarifverträgen konzernweite Wirkung zuzusprechen¹². Rechtsdogmatisch wäre ein solcher „tarifrechtlicher Durchgriff“ nur möglich, wenn man entweder die Konzernspitze als tarifrechtlichen „Neben-

¹⁰ Vgl. *Rieble*, Der Konzern 2005, 475, 476; *Sattler* (Fn. 1), S. 21.

¹¹ BAG 17.10. 2007 – 4 AZR 1005/06 (Fn. 2); *K.-P. Martens*, RdA 1970, 173, 175; *Windbichler* (Fn. 1), S. 461; *Rieble*, Der Konzern 2005, 475, 476; *Wendeling-Schröder/Fiala*, Anmerkung zu BAG 17.10. 2007 – 4 AZR 1005/06, AP Nr. 40 zu § 1 TVG; *Sattler* (Fn. 1), S. 33 f.; *Gamillscheg* (Fn. 1), S. 525; *Franzen*, in: *ErfK* (Fn. 1), § 2 TVG Rn. 24; *Henssler*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Fn. 1), § 2 TVG Rn. 24; *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 2 Rn. 147; *Rieble/Klumpp*, in: *MünchArbR* (Fn. 1), § 164 Rn. 57; *Oetker*, in: *Jacobs/Krause/Oetker* (Fn. 1), § 2 Rn. 135. Unpräzise dagegen *Peter*, in: *Däubler* (Hrsg.), *Tarifvertragsgesetz*, 2. Aufl. 2006, § 2 Rn. 92 ohne Differenzierung zwischen dem „Konzern“ und der Konzernobergesellschaft.

¹² So *Däubler*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 1973, S. 444; *ders.*, Tarifvertragsrecht und Konzern, ZIAS 1995, 525, 527 ff.; *Peter*, in: *Däubler* (Fn. 11), § 2 Rn. 96; ähnlich *Friedrich*, Probleme der Tarifverträge mit Auslandsberührung, RdA 1980, 109, 115; anderer Ansicht *Windbichler* (Fn. 1), S. 462; *Wiedemann*, Rationalisierungsschutz, Tarifmacht und Gemeinsame Einrichtung, RdA 1968, 420, 421; *Thüsing*, in: *Wiedemann* (Hrsg.), *Tarifvertragsgesetz*, 7. Aufl. 2007, § 1 Rn. 200.

Arbeitgeber“ im Sinne des § 2 Abs. 1 TVG¹³ oder als „Spitzenorganisation“ im Sinne des § 2 Abs. 2 TVG¹⁴ anerkennt.

Beide Konstruktionen bieten zwar den Vorzug, dass konzerneinheitliche Tarife ohne Rückgriff auf Hilfskonstruktionen umsetzbar sind. Sie entsprechen indes nicht der *lex lata*. Denn tarifliche Inhaltsnormen setzen stets einen Arbeitsvertrag voraus, auf den sie einwirken¹⁵. Ein solcher besteht zwischen der Konzernmutter und den Arbeitnehmern der Tochtergesellschaften aber gerade nicht. Das BAG hat einen „tarifrechtlichen Durchgriff“ im Konzern daher auch zu Recht verworfen¹⁶.

Selbst wenn man Fürsorgepflichten der Obergesellschaft aufgrund eines „gesteigerten sozialen Kontakts“ zu den Arbeitnehmern der abhängigen Unternehmen annehmen wollte¹⁷, führte dies nicht zu einer echten (arbeits-) vertraglichen Beziehung zwischen den Parteien¹⁸. Wo aber ein Arbeitsvertrag nicht besteht, da kann auch keine Tarifnorm Wirkung entfalten. Auch eine Abschlussnorm kann einen Arbeitsvertrag nicht unmittelbar begründen, sondern lediglich eine Pflicht der Obergesellschaft, einen Arbeitsvertrag bestimmten Inhalts mit den Arbeitnehmern der Tochtergesellschaften zu schließen¹⁹.

Eine „Spitzenorganisation“ im Sinne des § 2 Abs. 2 TVG ist die Konzernobergesellschaft schon deshalb nicht, weil ihr Zweck nicht in der Interessenvertretung der Mitglieder auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen liegt²⁰.

Ein tarifrechtlicher Durchgriff lässt sich schließlich weder mit § 55 Abs. 4 BetrVG noch mit § 12a Abs. 2 TVG begründen. § 55 Abs. 4 BetrVG setzt nur einen konzerneinheitlich geltenden Tarifvertrag voraus, nicht aber einen echten „Konzerntarifvertrag“²¹. Gleiches gilt für die Betriebs-

13 Däubler (Fn. 12), S. 444; *ders.*, ZIAS 1995, 525, 528.

14 Peter, in: Däubler (Fn. 11), § 2 Rn. 96; vgl. auch Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 2. Aufl. 2008, § 2 TVG Rn. 42.

15 Wiedemann, RdA 1968, 420, 421; vgl. auch Windbichler (Fn. 1), S. 464; Oetker, in: Wiedemann (Fn. 12), § 2 Rn. 142.

16 BAG 17.10. 2007 – 4 AZR 1005/06 (Fn. 2), 715; bestätigt in BAG 18.11. 2009 – 4 AZR 491/08, NJW 2010, 888, 890.

17 Henssler, Der Arbeitsvertrag im Konzern, 1983, S. 77 f.; Windbichler (Fn. 1), S. 87 f.

18 So ausdrücklich Henssler (Fn. 17), S. 78; siehe auch Windbichler (Fn. 1), S. 169.

19 Vgl. Sattler (Fn. 1), S. 36.

20 Vgl. Wendeling-Schröder/Fiala, Anmerkung zu BAG 17.10. 2007 – 4 AZR 1005/06, AP Nr. 40 zu § 1 TVG.

21 Rieble, Der Konzern 2005, 475, 478; Thüsing, in: Wiedemann (Fn. 12), § 1 Rn. 200; vgl. schon Konzen, Arbeitnehmerschutz im Konzern, RdA 1984, 65, 79; anderer Ansicht Däubler, ZIAS 1995, 525, 528; *ders.* (Fn. 12), S. 444.

strukturverträge gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG²². Und bei § 12a Abs. 2 TVG handelt es sich um eine besondere Schutznorm für arbeitnehmerähnliche Personen, die gerade der wirtschaftlichen Abhängigkeit dieser Personengruppe geschuldet ist und sich daher nicht auf Arbeitnehmer übertragen lässt. Ebenso wenig kann der frühere § 14 Abs. 1 BAPostG²³ zur Begründung einer konzernweiten Tarifbindung dienen. Die Norm stellte für eine Übergangszeit einen Sonderfall der Tariffähigkeit dar. Im Gegensatz zu einer echten Konzerntariffähigkeit war die Befugnis der Bundesanstalt doppelt beschränkt²⁴. Erstens bezog sie sich ausschließlich auf den Abschluss von *Manteltarifverträgen*. Zweitens erfasste die Tarifzuständigkeit nur die ausgegliederten Tochterunternehmen, nicht aber deren Töchter²⁵.

II. Der „Konzerntarifvertrag“ als mehrgliedriger Tarifvertrag

Es ist somit erforderlich, auf die herkömmlichen Rechtsinstitute (Firmen- und Verbandstarifvertrag sowie Bezugnahme Klauseln) zurückzugreifen. In der Praxis vielleicht am weitesten verbreitet ist der Abschluss eines *mehrgliedrigen Tarifvertrags*. Darunter versteht man einen Vertrag zwischen Gewerkschaft und Arbeitgeber beziehungsweise Arbeitgeberverband, bei dem auf mindestens einer Seite mehrere Tarifparteien auftreten²⁶. Im Konzern kommt er entweder durch mehrere inhaltsgleiche Vertragsabschlüsse mit den einzelnen Konzerngesellschaften zustande oder durch einen einzigen Vertragsschluss mit der Konzernobergesellschaft, die (zugleich auch)²⁷ im Namen der übrigen Konzernunternehmen auftritt²⁸.

1. „Konzerntarifvertrag“ durch Stellvertretung beim Vertragsschluss

Gerade Letzteres ist recht häufig anzutreffen und im Grundsatz unproblematisch zulässig: Da der Tarifvertrag (zumindest auch) ein Vertrag im Sinne des BGB ist, gelten für den Vertragsschluss die Regelungen über

22 Rieble, Der Konzern 2005, 475, 476; im Ergebnis ebenso Sattler (Fn. 1), S. 44 ff.

23 Außer Kraft getreten am 30.11. 2005.

24 Vgl. Rieble, Zur neuen Manteltariffähigkeit der Post-Bundesanstalt für die Post-Aktiengesellschaften, Festschrift Stahlhacke, 1995, S. 459, 467 f.; Sattler (Fn. 1), S. 42 f.

25 Vgl. Rieble, Festschrift Stahlhacke, 1995, S. 459, 468; Sattler (Fn. 1), S. 42 f.; zurückhaltend auch Däubler, ZIAS 1995, 525, 528.

26 Vgl. nur Henssler, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 1), § 1 TVG Rn. 9.

27 Vgl. BAG 29.6. 2004 – 1 AZR 143/03, AP Nr. 36 zu § 1 TVG; BGH 23.3. 1988 – VIII ZR 175/87, BGHZ 104, 95, 100.

28 Vgl. etwa BAG 10.11. 1993 – 4 AZR 184/93, NZA 1994, 892.

die Stellvertretung gemäß §§ 164 ff. BGB²⁹. Die Konzernobergesellschaft kann danach Tarifverträge nicht nur im eigenen Namen, sondern grundsätzlich auch im Namen der übrigen Konzerngesellschaften schließen. Allerdings gibt es zwei Punkte, auf die man in der Praxis besonders achten sollte:

a) Offenkundigkeit der Stellvertretung

Zunächst sind Konflikte mit dem *Offenkundigkeitsprinzip* denkbar, wenn die Konzerngesellschaften, in deren Namen die Obergesellschaft handelt, nicht namentlich bezeichnet werden, etwa wenn es heißt:

„Der Tarifvertrag gilt kraft Vollmacht für die mit der X-AG im Konzern verbundenen Tochtergesellschaften.“³⁰

aa) Anforderungen an die Publizität von Tarifverträgen

Nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts reicht es aus, wenn die Person des Vertretenen nach den Umständen des Vertragschlusses bestimmbar ist³¹. Der Name des Vertretenen braucht nicht genannt zu werden, ja er muss nicht einmal unbedingt dem Vertreter selbst bekannt sein³². Die Auslegungsregel des § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB gilt nicht nur für das „Ob“ der Stellvertretung, sondern auch für die Person des Vertretenen³³.

Dem folgend hat der 1. Senat des BAG in einer Entscheidung vom 29.6. 2004 die Formulierung „in Vollmacht für sämtliche Gliederungen der Arbeiterwohlfahrt“ in den (namentlich genannten) neuen Bundesländern für bestimmt genug angesehen³⁴.

Demgegenüber hat der 4. Senat die Anforderungen an die Bestimmbarkeit der vertretenen Gesellschaften vor kurzem deutlich erhöht³⁵. Danach

29 BAG 18.11. 2009 – 4 AZR 491/08 (Fn. 16), Rn. 15; BAG 29.6. 2004 – 1 AZR 143/03 (Fn. 27); *Henssler*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Fn. 1), § 1 TVG Rn. 13.

30 Entsprechendes gilt für die Formulierung: „Tarifvertrag zwischen der X-AG, zugleich mit Vollmacht handelnd für alle Unternehmen der X-Gruppe, und der Y-Gewerkschaft.“

31 BGH 23.6. 1988 – III ZR 84/87, NJW 1989, 164; *Ellenberger*, in: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 69. Aufl. 2010, § 164 Rn. 1.

32 *Schramm*, in: *Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB)*, Bd. 1/1, 5. Aufl. 2006, § 164 Rn. 18; *Schilken*, in: *Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1: Allgemeiner Teil, Neubearbeitung 2009, § 164 Rn. 5.

33 BGH 12.7. 2000 – VIII ZR 99/99, NJW 2000, 3344, 3345; BGH 17.12. 1987 – VII ZR 299/86, NJW-RR 1988, 475, 476 und öfter.

34 BAG 29.6. 2004 – 1 AZR 143/03 (Fn. 27).

35 BAG 17.10. 2007 – 4 AZR 1005/06 (Fn. 2); BAG 12.12. 2007 – 4 AZR 1058/06 (Fn. 2) Rn. 16 f.; BAG 18.11. 2009 – 4 AZR 491/08 (Fn. 16).

müssen die „Umstände“, aus denen sich der Wille der Muttergesellschaft zum Handeln im fremden Namen ergeben soll, einen „der ausdrücklichen Nennung als Tarifvertragspartei gleichwertigen Grad an Klarheit und Eindeutigkeit erreichen und in einer § 1 Abs. 2 TVG genügenden Form niedergelegt“ sein³⁶.

Konkret bedeutet dies: Ein allgemeiner Hinweis auf die Vertretung von Konzernunternehmen genügt nicht. Die einzelnen Gesellschaften müssen namentlich aufgeführt sein. Dafür soll es nicht einmal ausreichen, wenn nur die Regelung über den „Geltungsbereich des Tarifvertrags“ bestimmte, namentlich genannte Gesellschaften umfasst.

Dem ist im Grundsatz durchaus zuzustimmen. Schon im bürgerlichen Recht dient das Offenkundigkeitsprinzip nach überwiegender Auffassung nicht allein dem Schutz des Vertragspartners, sondern allgemein dem Schutz des Rechtsverkehrs³⁷. Beim Abschluss von Tarifverträgen gilt dies erst recht, da aus einem Tarifvertrag typischerweise am Vertragsschluss nicht beteiligte Dritte (Arbeitnehmer) Rechte herleiten. Das gegenüber dem allgemeinen Vertragsrecht erhöhte Transparenzgebot wird normativ bestätigt durch die Auslegungspflicht gemäß § 8 TVG und das Einsichtsrecht gemäß § 7 TVG in Verbindung mit § 16 DVO TVG³⁸. Daher ist die allgemeine Formulierung „in Vollmacht für alle Konzerngesellschaften“ selbst dann nicht ausreichend, wenn die vertragsschließende Gewerkschaft weiß, welche Gesellschaften im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem Konzern angehören.

Wenn das BAG aber bei der Auslegung des Tarifvertrags – sehr formalistisch – zwischen den Angaben zur Stellvertretung und dem Abschnitt über den Geltungsbereich trennt, scheint es mir die Anforderungen des Publizitätsgrundsatzes zu überdehnen. Jedenfalls die Kombination aus einem allgemeinen Vertretungshinweis für „die Konzerngesellschaften“ und der Angabe des Geltungsbereichs für namentlich genannte Gesellschaften lässt nur den Schluss auf ein Handeln gerade

36 BAG 17.10. 2007 – 4 AZR 1005/06 (Fn. 2), 715; BAG 18.11. 2009 – 4 AZR 491/08 (Fn. 16), 889; ähnlich *Kilg/Muschal*, Haustarifverträge – Vertretung von Konzernunternehmen durch die Konzernobergesellschaft beim Abschluss, BB 2007, 1670, 1671 f.

37 *Canaris*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Festschrift Flume, 1978, S. 371, 407; *K. Schmidt*, Offene Stellvertretung, JuS 1987, 425, 426; *Schilken*, in: Staudinger (Fn. 32), Vorbemerkung zu §§ 164 ff Rn. 35; *Schramm*, in: MünchKommBGB (Fn. 32), § 164 Rn. 14; anderer Ansicht *G. Hager*, Die Prinzipien der mittelbaren Stellvertretung, AcP 180 (1980), 239, 248, 262; *Müller*, Das Geschäft für den, den es angeht, JZ 1982, 777, 779; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2001, Rn. 1378.

38 Vgl. auch *Oetker*, in: Wiedemann (Fn. 12), § 7 Rn. 4; *Henssler*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 1), § 1 TVG Rn. 16; *Franzen*, in: ErfK (Fn. 1), § 1 TVG Rn. 27: „Gebot der Normenklarheit“.

im Namen der aufgeführten Tochterunternehmen zu. Sie genügt damit dem Offenkundigkeitsprinzip.

In der Praxis ist allerdings zu beachten, dass der 4. Senat mit seiner außerordentlich strengen Linie nicht alleine steht. Auch der 1. Senat hat erst vor kurzem den Abschluss dreiseitiger Konsolidierungsverträge zwischen Arbeitgeber, Gewerkschaft und Betriebsrat erheblich erschwert, indem er die Verträge an einem von ihm erfundenen „Gebot der Rechtsquellenklarheit“ misst³⁹. Den Interessen der Beteiligten wird dies wohl kaum gerecht.

Um Konflikte mit dieser Rechtsprechung zu vermeiden, sollte bei der Vertragsgestaltung eine Formulierung gewählt werden, die jeden Zweifel ausschließt, etwa:

„Der Tarifvertrag gilt kraft Vollmacht für die nachfolgend genannten, mit der X-AG im Konzern verbundenen Tochtergesellschaften: ...“

bb) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Offenkundigkeitsprinzip

Wird der Tarifvertrag den Anforderungen des Offenkundigkeitsprinzips nicht gerecht, so werden die Tochterunternehmen mangels wirksamer Vertretung nicht Partei des Tarifvertrags⁴⁰. Eine Genehmigung durch die Unternehmen kommt nicht in Betracht, da § 177 BGB nur das Handeln ohne Vertretungsmacht betrifft und in den Fällen der mittelbaren Stellvertretung nicht anwendbar ist⁴¹. Auch die Grundsätze der Anscheins- oder Duldungsvollmacht scheiden aus, wenn bereits der erkennbare Wille des Vertreters, im fremden Namen zu handeln, fehlt⁴².

Für eine konzernweite Tarifbindung sind daher grundsätzlich *Anschluss-tarifverträge* zwischen der Gewerkschaft und den einzelnen Tochterunternehmen erforderlich. Dabei ist es möglich, auf den von der Konzernmutter abgeschlossenen Tarifvertrag zu verweisen. Problematisch ist allerdings, ob die Parteien den Tarifvertrag lediglich *statisch* in Bezug nehmen dürfen oder ob auch eine *dynamische* Verweisung auf den Tarif-

39 BAG 15.4. 2008 – 1 AZR 86/07, NZA 2008, 1074, 1077; kritisch dazu *Grau/Döring*, Unwirksamkeit dreigliedriger Standortsicherungsvereinbarungen bei unklarem Normcharakter als Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung, NZA 2008, 1335, 1337; *Kolbe*, Anmerkung zu BAG 15.4. 2008 – 1 AZR 86/07, AP Nr. 96 zu § 77 BetrVG 1972; *Gravenhorst*, „Gebot der Rechtsquellenklarheit“ – Quelle von Unklarheit?, FA 2008, 330, 331; *Oetker*, Anmerkung zu BAG 15.4. 2008 – 1 AZR 86/07, Zur Wirksamkeit gemischter Kollektivverträge, EWiR 2009, 5.

40 Vgl. BAG 18.11. 2009 – 4 AZR 491/08 (Fn. 16).

41 Vgl. *Schilken*, in: Staudinger (Fn. 32), § 177 Rn. 18.

42 BAG 18.11. 2009 – 4 AZR 491/08 (Fn. 16), 890.

vertrag in seiner jeweils gültigen Fassung zulässig ist. Rechtsprechung⁴³ und herrschende Lehre⁴⁴ halten dynamische Verweisungen auf Tarifverträge, die nicht von denselben Tarifpartnern geschlossen wurden, nur für wirksam, wenn beide Tarifwerke in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen. Zum Teil wird zusätzlich verlangt, dass der persönliche Geltungsbereich des in Bezug genommenen Tarifvertrags nicht kleiner ist als der des verweisenden Tarifvertrags⁴⁵.

Im vorliegenden Fall wird man jedoch keine allzu strengen Anforderungen verlangen können. Denn wenn die Konzernobergesellschaft bereits beim Tarifabschluss *mit Vollmacht* für die Tochterunternehmen gehandelt hat, die Rechtswirkungen für jene aber allein an der fehlenden Offenkundigkeit gescheitert sind, so wird man einen engen sachlichen Zusammenhang zwischen dem ursprünglichen Tarifvertrag und dem Anschlussarifvertrag nach dem Willen der Beteiligten kaum ernsthaft bestreiten können. Auch auf die Größe des Geltungsbereichs der Tarifverträge kann es nicht ankommen. Denn es gibt keinen überzeugenden Grund, weshalb kleine Tochterunternehmen sich mit einem Verweis begnügen dürfen, größere Gesellschaften dagegen den Tarifvertrag bei jeder Änderung neu abschreiben müssen⁴⁶.

Dem Schriftformerfordernis des § 1 Abs. 2 TVG wird schon genügt, wenn der in Bezug genommene Tarifvertrag unverwechselbar bezeichnet wird und seinerseits die Schriftform wahrhaft⁴⁷.

Um die Tarife innerhalb des Konzerns vollständig zu vereinheitlichen, kommt grundsätzlich auch eine *rückwirkende* Tarifbindung der Tochterunternehmen auf den Zeitpunkt des Abschlusses des ursprünglichen Tarifvertrags in Betracht, wenn die Parteien dies ausdrücklich vereinbaren. Konflikte mit einem schutzwürdigen Vertrauen des Arbeitgebers sind in diesem Fall nicht denkbar. Die Einzelheiten sind umstritten⁴⁸; sie können hier nicht vertieft werden.

43 BAG 28.2. 1956 – 3 AZR 90/54, AP Nr. 7 zu § 1 TVG unter Aufgabe von BAG 29.12. 1953 – Ca 995/53, AP Nr. 3 zu § 4 TVG Geltungsbereich; BAG 23.3. 1957 – 1 AZR 326/56, AP Nr. 8 zu § 1 TVG Form; BAG 18.11. 1965 – 2 AZR 92/65, AP Nr. 17 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

44 *Thüsing*, in: Wiedemann (Fn. 12), § 1 Rn. 236 ff.; *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 1 Rn. 176 ff.; großzügiger *Gamillscheg* (Fn. 1), S. 572 f.; *Krause*, in: *Jacobs/Krause/Oetker* (Fn. 1), § 4 Rn. 5.

45 *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 1 Rn. 179; *Rieble*, *Der Konzern* 2005, 475, 483.

46 Vgl. auch *Thüsing*, in: Wiedemann (Fn. 12), § 1 Rn. 237; anderer Ansicht *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 1 Rn. 179; *Rieble*, *Der Konzern* 2005, 475, 483.

47 BAG 23.3. 1957 – 1 AZR 326/56 (Fn. 43); *Oetker*, in: *Jacobs/Krause/Oetker* (Fn. 1), § 3 Rn. 159; *Franzen*, in: *ErfK* (Fn. 1), § 1 TVG Rn. 28.

48 Vgl. nur BAG 24.10. 2007 – 10 AZR 878/06, NZA 2008, 131, 132 f.; *Houben*, *Formelle Aspekte tarifvertraglicher Rückwirkung*, NZA 2007, 130;

Schließlich ist alternativ auch ein *Beitritt* zu dem bestehenden Tarifvertrag möglich. Im Gegensatz zum bloßen Anschlussarbeitsvertrag wird hier kein zweiter, rechtlich unabhängiger Tarifvertrag geschlossen, sondern der bisherige Tarifvertrag wird um eine Tarifpartei erweitert. Nach den Grundsätzen des Vertragsbeitritts⁴⁹ ist hierfür aber die Mitwirkung der Konzernobergesellschaft erforderlich⁵⁰.

b) Vertretungsbefugnis der Konzernobergesellschaft

Ein zweiter Punkt, der in der Praxis Schwierigkeiten bereiten kann, ist die Vertretungsbefugnis der Konzernobergesellschaft. Nach den allgemeinen Grundsätzen ist eine Bevollmächtigung der Obergesellschaft durch die Tochterunternehmen sowohl im Innenverhältnis als auch gegenüber der verhandelnden Gewerkschaft möglich (§ 167 Abs. 1 BGB)⁵¹. Die Vollmacht bedarf grundsätzlich nicht der Schriftform (§ 167 Abs. 2 BGB) und kann auch konkludent erteilt werden⁵².

aa) Konkludente Bevollmächtigung

Hierbei ist die Rechtsprechung bemerkenswert großzügig. Der 1. Senat tendierte in dem bereits genannten Urteil vom 29.6. 2004 dazu, dass bereits im Mitwirken eines Verantwortlichen des Tochterunternehmens bei den Tarifverhandlungen zwischen der Obergesellschaft und der Gewerkschaft (zum Beispiel in einer Tarifkommission oder einem Koordinierungsausschuss) eine konkludente Abschlussvollmacht liegen könne⁵³. Dies soll sogar dann gelten, wenn die Tochtergesellschaft sich schon aufgrund ihrer Verbandszugehörigkeit für tarifgebunden halten konnte.

Rechtsdogmatisch ist dies zweifelhaft. Eine konkludente Willenserklärung setzt ein Verhalten voraus, das isoliert betrachtet nicht eindeutig ist, in

Löwisch/Rieble (Fn. 1), § 3 Rn. 76 ff.; *Jacobs*, in: *Jacobs/Krause/Oetker* (Fn. 1), § 5 Rn. 84 ff.

49 Dazu *Larenz*, Schuldrecht Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, S. 619; *K.W. Nörr*, in: *Nörr/Scheyhing/Pöggeler* (Hrsg.), Sukzessionen, 2. Aufl. 1999, § 23, S. 283.

50 Vgl. *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 4 Rn. 472; *Dymke*, Tarifgemeinschaft und mehrgliedriger Tarifvertrag, 2002, S. 13 f.

51 Vgl. BAG 29.6. 2004 – 1 AZR 143/03 (Fn. 27). Aus dem Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens nach § 308 AktG folgt keine Vertretungsmacht für die abhängige Gesellschaft, vgl. BGH 14.5. 1990 – II ZR 122/89, AG 1990, 459, 460; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2009, § 308 AktG.

52 Vgl. BAG 29.6. 2004 – 1 AZR 143/03 (Fn. 27); *Thüsing*, in: *Wiedemann* (Fn. 12), § 1 Rn. 191.

53 BAG 29.6. 2004 – 1 AZR 143/03 (Fn. 27).

der konkreten Situation und in Verbindung mit anderen Umständen jedoch einen *bestimmten* Sinn ergibt. Allein das Mitwirken der Tochtergesellschaft bei der internen Willensbildung oder bei Verhandlungen mit dem Sozialpartner bedeutet aber nicht notwendig, dass die Obergesellschaft beim Vertragsschluss tatsächlich in Vertretung ihrer Tochterunternehmen handeln wird. Es ist ebenso gut möglich, dass der Tarifabschluss reinen Pilotcharakter für anschließende Abschlüsse zwischen den Tochterunternehmen und der jeweils zuständigen Gewerkschaft haben soll.

Im Ergebnis hat das BAG den Fall aber richtig entschieden. Denn indem die Tochtergesellschaft den Tarifvertrag durchführt, etwa durch Zahlung von Tariflohn, genehmigt sie konkludent den ihr gegenüber schwebend unwirksamen Vertrag⁵⁴ – sofern nicht ohnehin bereits die Voraussetzungen der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht erfüllt sind⁵⁵. Damit wird rückwirkend (§ 184 Abs. 1 BGB) die fehlende Vertretungsbefugnis der Konzernmutter geheilt.

bb) Unwiderrufliche Bevollmächtigung

Ein weiteres Problem tritt auf, wenn die Konzernobergesellschaft *unwiderruflich* zur Vertretung bei Tarifabschlüssen bevollmächtigt werden soll. Das Schrifttum hält unwiderrufliche Vollmachten im Tarifrecht überwiegend für unzulässig, da die Verantwortung der Tarifvertragspartei für den Tarifinhalt nicht an Dritte delegiert werden dürfe⁵⁶.

Im Konzern ist davon aber eine Ausnahme zu machen, soweit die Obergesellschaft aufgrund eines Beherrschungsvertrags durch Weisung gemäß § 308 Abs. 1 AktG⁵⁷ Einfluss auf die (Tarif-) Politik der Tochtergesellschaft nehmen kann⁵⁸. Da das Tochterunternehmen an Weisungen der

54 Strenger *Thüsing*, in: Wiedemann (Fn. 12), § 1 Rn. 191, der eine langjährige („jahrzehntelang“) Tarifpraxis verlangt.

55 Diese gelten auch für den Abschluss von Tarifverträgen, vgl. BAG 13.12. 1994 – 3 AZR 357/94, NZA 1996, 139, 142; BAG 29.6. 2004 – 1 AZR 143/03 (Fn. 27); *Kilg/Muschal*, BB 2007, 1670, 1674. *Thüsing*, in: Wiedemann (Fn. 12), § 1 Rn. 188 und *Rieble/Klumpp*, in: MünchArbR (Fn. 1), § 165 Rn. 23 halten dagegen (nur) die Anscheinsvollmacht für unzulässig, da eine normative Tarifbindung kraft Rechtsschein nicht möglich sei. Mit dieser Argumentation müsste allerdings auch eine Duldungsvollmacht ausscheiden, da diese richtigerweise ebenfalls als Scheinvollmacht einzuordnen ist (vgl. nur *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 42).

56 Vgl. nur *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 1 Rn. 185; *Rieble/Klumpp*, in: MünchArbR (Fn. 1), § 165 Rn. 19; noch strenger *Thüsing*, in: Wiedemann (Fn. 12), § 1 Rn. 189; anderer Ansicht offenbar *Kilg/Muschal*, BB 2007, 1670, 1674.

57 Gleiches gilt im GmbH-Konzern aufgrund des Weisungsrechts der Gesellschafter nach § 37 GmbHG.

58 Zutreffend *Rieble*, Der Konzern 2005, 475, 481.

Obergesellschaft gebunden ist, steht ihre eigene Tarifmacht von vornherein unter dem Vorbehalt des Einvernehmens mit der Konzernleitung. Mit anderen Worten: Wenn die Obergesellschaft jederzeit die Verantwortung für die Verhandlung und den Abschluss von Tarifverträgen an sich ziehen kann, dann ist nicht einzusehen, weshalb das Tochterunternehmen diese Verantwortung nicht gleich durch unwiderrufliche Vollmacht an die Konzernleitung abtreten darf.

Gleiches gilt nach meiner Ansicht im faktischen Konzern in den Grenzen des § 311 Abs. 1 AktG. Zwar besteht ohne Beherrschungsvertrag kein Weisungsrecht der Konzernleitung⁵⁹. Der Vorstand der Tochtergesellschaft leitet diese ungeachtet der Konzernzugehörigkeit eigenverantwortlich (§ 76 Abs. 1 AktG). Faktisch wird er aber den Interessen des Mehrheits- oder Alleinaktionärs, soweit sie ihm bekannt sind, schon im Eigeninteresse jedenfalls immer dann nachkommen, wenn der Nachteilsausgleich gewährleistet ist. Dass es rechtlich möglich ist, Tarifverträge entgegen den Wünschen der Konzernleitung abzuschließen, spricht nicht gegen die Zulässigkeit einer unwiderruflichen Vollmacht im faktischen Konzern. Denn selbst die Weisung im Vertragskonzern schränkt nur das rechtliche Dürfen (§ 76 AktG), nicht aber das rechtliche Können (§ 78 AktG) des Vorstands ein⁶⁰.

Schließlich ist es im Beherrschungskonzern sogar möglich, dass die Obergesellschaft das Tochterunternehmen *anweist*, sie (widerruflich oder unwiderruflich) zu bevollmächtigen⁶¹. Das konzernrechtliche Schrifttum hält zwar eine generelle Bevollmächtigung des herrschenden Unternehmens durch die abhängige Gesellschaft grundsätzlich für unzulässig, da hierdurch die Prüfungspflicht des Vorstands leerliefe⁶². Beim Abschluss von Tarifverträgen handelt es sich jedoch um einen eng begrenzten und überschaubaren Kreis von Geschäften, für die eine – ohnehin auf eine

-
- 59 Dies ergibt sich aus einem Rückschluss aus § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG, vgl. nur KG Berlin 3.12. 2002 – 1 W 363/02, ZIP 2003, 1042, 1049; *Altmeyen*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (MünchKommAktG), Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 76 Rn. 47; *Hüffer*, Aktiengesetz, 9. Aufl. 2010, § 76 Rn. 19; *Fleischer*, in: Fleischer (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 18 Rn. 104. Anders ist die Rechtslage im GmbH-Konzern: § 37 Abs. 1 GmbHG.
- 60 Vgl. *Hüffer* (Fn. 59), § 308 Rn. 7: „Organisationsrechtliche Überlagerung des § 76 AktG durch den Beherrschungsvertrag.“
- 61 Vgl. *Däubler*, ZIAS 1995, 525, 526; *Peter*, in: Däubler (Fn. 11), § 2 Rn. 94; *Stein*, Der Abschluß von Firmentarifverträgen, RdA 2000, 129, 135.
- 62 *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack* (Fn. 51), § 308 AktG Rn. 32; *Hüffer* (Fn. 59), § 308 Rn. 9; *Berkenbrock*, Das herrschende Unternehmen als falsus procurator der abhängigen Gesellschaft, AG 1981, 69, 70 ff.

Evidenzkontrolle beschränkte⁶³ – Prüfungspflicht des Vorstands kaum einmal relevant sein wird.

Der Vorstand der abhängigen Gesellschaft muss gemäß § 308 Abs. 2 Satz 2 AktG jede Weisung befolgen, es sei denn, sie ist nachteilig für die Gesellschaft und dient überdies offensichtlich nicht den Interessen des Konzerns. Es ist schon fraglich, ob Tarifverträge angesichts ihres umfassenden Regelungsgehalts überhaupt „nachteilig“ für das Unternehmen sein können. Nachteilig im Sinne des § 308 AktG sind solche Maßnahmen, die ein ordentlicher und gewissenhafter, an den Interessen der Gesellschaft orientierter Geschäftsleiter nicht vorgenommen hätte⁶⁴. Dabei sind nicht nur die finanziellen Nachteile aufgrund des Tarifvertrags zu beachten, sondern auch Flexibilisierungsinteressen des Unternehmens sowie mögliche wirtschaftliche Einbußen, die im Falle der Verweigerung des Tarifabschlusses infolge von Arbeitskämpfen, Imageschäden etc. entstehen können.

Auch Einzelweisungen werden in der Regel nicht nachteilig sein, sondern im Gegenteil den Verhandlungsspielraum der Tochtergesellschaft nach oben hin begrenzen (Beispiel: *Lohnerhöhung von maximal 2 %*). Sollte eine Weisung ausnahmsweise doch einmal nachteilig sein, dann nur, weil sie im Interesse des Konzerns liegt (etwa eine *Lohnerhöhung deutlich über dem für die Tochtergesellschaft branchenüblichen Tarif*, die das Ziel verfolgt, die Lohnstruktur im Konzern zu optimieren).

Festzuhalten ist also, dass Weisungen in Tarifangelegenheiten praktisch nicht nachprüfbar sind. Dann gibt es aber auch keinen Grund, warum eine Weisung unzulässig sein sollte, die Obergesellschaft generell zum Abschluss von Tarifverträgen zu bevollmächtigen.

2. „Konzerntarifvertrag“ durch inhaltsgleiche Tarifabschlüsse

Neben dem Vertragsschluss im Wege der Stellvertretung ist es möglich, einen konzernweit geltenden Tarifvertrag durch inhaltsgleiche Tarifabschlüsse der Konzerngesellschaften zu erzielen. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Selbstständige Tarifverträge der Konzerngesellschaften

Erstens ist es denkbar, dass jede Konzerngesellschaft, die Arbeitnehmer beschäftigt, einen rechtlich selbstständigen Tarifvertrag mit der zu-

63 Zutreffend *Altmeyen*, in: MünchKommAktG, Bd. 5, 3. Aufl. 2010, § 308 Rn. 143; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack* (Fn. 51), § 308 AktG Rn. 52 f.

64 *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 9. Aufl. 2008, § 23 Rn. 25; *Hüffer* (Fn. 59), § 308 Rn. 15.

ständigen Gewerkschaft schließt⁶⁵. Die Tarifverträge können entweder getrennt in mehreren, jeweils eigenständigen Urkunden oder einheitlich, von einer Tarifgemeinschaft verhandelt, in einer einzigen Urkunde abgefasst sein. In letzterem Fall spricht man auch von einem „mehrgliedrigen Tarifvertrag im weiteren Sinne“⁶⁶. Rechtliche Unterschiede gibt es nicht⁶⁷. In beiden Fällen ist auf Arbeitgeberseite allein die jeweilige Konzerngesellschaft Partei des von ihr unterzeichneten Tarifvertrags. Das rechtliche Schicksal der Tarifverträge ist nicht miteinander verknüpft. Jede Gesellschaft kann „ihren“ Tarifvertrag ohne Rücksicht auf die übrigen kündigen oder – im Einvernehmen mit der zuständigen Gewerkschaft – aufheben oder abändern⁶⁸.

Unerheblich ist es schließlich, ob die Tarifverträge wortgleich abgefasst sind oder ob die Konzernuntergesellschaften jeweils einen Anschlussarifvertrag unter Bezugnahme auf den von der Konzernmutter geschlossenen Tarifvertrag schließen. Selbst eine dynamische Verweisung ist innerhalb des Konzerns nach meiner Auffassung zulässig, wenn dies auf Weisung oder in Abstimmung mit der Konzernleitung geschieht. Denn hierdurch geben die Parteien zu erkennen, dass sie den Tarifvertrag als vernünftige und sachgerechte Regelung auch für die Tochtergesellschaft ansehen. Auf die Ähnlichkeit des Betriebszwecks kommt es dann nicht an⁶⁹.

b) Mehrgliedriger Tarifvertrag im engeren Sinne als Einheitsarifvertrag

Von den soeben genannten Fällen zu unterscheiden ist zweitens der „mehrgliedrige Tarifvertrag im engeren Sinne“⁷⁰. Ein solcher „Einheitsarifvertrag“ liegt vor, wenn die verschiedenen Tarifverträge nach dem Willen der beteiligten Tarifvertragsparteien eine „geschlossene Einheit“ bilden sollen⁷¹. In diesem Fall werden die Tarifverträge dahingehend mit-

65 Vgl. BAG 24.11. 1993 – 4 AZR 407/92, NZA 1994, 564, 565; 10.11. 1993 – 4 AZR 184/93 (Fn. 28), 893; BAG 8.11. 2006 – 4 AZR 590/05, NZA 2007, 576, 577; *Henssler*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Fn. 1), § 1 TVG Rn. 7.

66 Vgl. nur BAG 8.11. 2006 – 4 AZR 590/05 (Fn. 65), 577; *Windbichler* (Fn. 1), S. 470 f.; ferner *Dymke* (Fn. 50), S. 3 ff.; für das ältere Schrifttum vgl. *Nikisch*, *Arbeitsrecht*, Band II, 2. Aufl. 1959, § 72 II 2, S. 278 ff. mit weiteren Nachweisen.

67 Vgl. *Rieble*, *Der Konzern* 2005, 475, 482.

68 Vgl. BAG 8.11. 2006 – 4 AZR 590/05 (Fn. 65), 577; *Henssler*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Fn. 1), § 1 TVG Rn. 9.

69 Anderer Ansicht *Rieble*, *Der Konzern* 2005, 475, 483.

70 BAG 8.11. 2006 – 4 AZR 590/05 (Fn. 65), 577.

71 BAG 8.11. 2006 – 4 AZR 590/05 (Fn. 65), 577; *Thüsing*, in: *Wiedemann* (Fn. 12), § 1 Rn. 212; *Reim*, in: *Däubler* (Fn. 11), § 1 Rn. 74; *Windbichler* (Fn. 1), S. 470; *Dymke* (Fn. 50), S. 5; zu grenzüberschreitenden Sachverhalte vgl. *Junker*, *Internationales Arbeitsrecht im Konzern*, 1992, S. 449 ff.

einander verknüpft, dass ihre Kündigung, Aufhebung oder Abänderung eine gemeinsame Erklärung aller auf einer Seite beteiligten Tarifvertragsparteien voraussetzt. Zudem haften die auf einer Seite beteiligten Parteien gesamtschuldnerisch für Vertragsverletzungen⁷².

Welche Art von Tarifverträgen vorliegt, ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln. Da die Tarifmacht der Parteien beim Einheitstarifvertrag stark eingeschränkt ist, geht das BAG im Anschluss an *Hueck* und *Nipperdey*⁷³ zu Recht davon aus, dass in der Regel mehrere selbstständige Tarifverträge vorliegen, die nur äußerlich in einer Urkunde zusammengefasst sind⁷⁴. Wollen die Parteien die Verträge zu einer rechtlichen Einheit zusammenfassen, so müssen sie dies explizit vereinbaren, etwa durch eine Formulierung wie: „Eine Kündigung ist nur gemeinschaftlich möglich.“ Enthält der Tarifvertrag eine solche Klausel, wird man zugleich im Wege der Auslegung eine gesamtschuldnerische Haftung der beteiligten Gesellschaften für die Verletzung von Vertragspflichten annehmen können⁷⁵.

Sind an einem mehrgliedrigen Tarifvertrag hingegen nur Konzernunternehmen beteiligt, wird man aber anders entscheiden müssen. Hier handelt es sich gerade nicht um zwei in ihrer Tarifpolitik freie Arbeitgeber oder Verbände, sondern um einen zentral gesteuerten Unternehmensverbund, der mithilfe der Tarifgemeinschaft gerade eine konzerneinheitliche Tarifpolitik verfolgen will⁷⁶. Das Argument, dass die Tarifmacht der einzelnen Unternehmen eingeschränkt werde, überzeugt im Konzern – wie bereits dargelegt – nicht. Bei einem mehrgliedrigen Tarifvertrag, der auf Arbeitgeberseite ausschließlich von Konzerngesellschaften abgeschlossen wird, spricht daher aus meiner Sicht eine *Vermutung für den Einheitstarifvertrag*⁷⁷. Will die Tarifgemeinschaft ein selbstständiges

72 BAG 8.11. 2006 – 4 AZR 590/05 (Fn. 65), 577; *Reim*, in: Däubler (Fn. 11), § 1 Rn. 74.

73 *Hueck*, Handbuch des Arbeitsrechts, 3. Buch: Das Tarifrecht, 1922, S. 39; *Nipperdey*, in: Hueck/Nipperdey (Hrsg.), Arbeitsrecht, Band II/1, 7. Aufl. 1966, § 21 II 1, S. 451; ebenso *Nikisch* (Fn. 66), § 72 II 2, S. 279 f.

74 BAG 8.11. 2006 – 4 AZR 590/05 (Fn. 65), 577; ebenso *Oetker*, Die Kündigung von Tarifverträgen, RdA 1995, 82, 100 f.; *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 1 Rn. 473; *Rieble/Klumpp*, in: MünchArbR (Fn. 1), § 165 Rn. 6; *Henssler*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 1), § 1 TVG Rn. 9; *Wank*, in: Wiedemann (Fn. 12), § 4 Rn. 27.

75 Anderer Ansicht *Dymke* (Fn. 50), S. 46 f., der eine ausdrückliche Haftungsvereinbarung verlangt.

76 Es liegt dann eine „besondere Fallgestaltung“ vor, für die das BAG eine „andere Auslegung nicht ausgeschlossen“ hat, BAG 8.11. 2006 – 4 AZR 590/05 (Fn. 65), 577.

77 So im Ergebnis auch *Windbichler* (Fn. 1), S. 471.

Kündigungsrecht der tarifschließenden Konzerngesellschaften durchsetzen, so muss sie dies im Tarifvertrag ausdrücklich vereinbaren.

Etwas anderes gilt nur, wenn nicht alle unterzeichnenden Gesellschaften tariffähig sind. Das ist insbesondere der Fall, wenn die Konzernobergesellschaft keine Arbeitnehmer beschäftigt und somit kein Arbeitgeber ist. Unterzeichnet sie dennoch im eigenen Namen, so hätte dies die Unwirksamkeit des gesamten Einheitstarifvertrags zur Folge⁷⁸. Eine Auslegungsregel, die zur Unwirksamkeit des auszulegenden Vertrags führt, widerspricht aber ersichtlich den Interessen der Parteien. In diesem Ausnahmefall liegen daher im Zweifel mehrere selbstständige Tarifverträge vor, deren Wirksamkeit von der Mitwirkung eines „Nicht-Arbeitgebers“ nicht berührt wird.

c) Exkurs: Zur Rechtsnatur der Tarifgemeinschaft

Wenn es um mehrgliedrige Tarifverträge geht, ist oft von der „Tarifgemeinschaft“ die Rede. Damit werden jedoch häufig ganz verschiedene Sachverhalte bezeichnet⁷⁹. Deshalb ist eine begriffliche Präzisierung notwendig.

aa) Grundsatz: Tarifgemeinschaft als reine Innen-GbR

Wenn hier von der „Tarifgemeinschaft“ gesprochen wird, so wird darunter in Übereinstimmung mit dem wohl überwiegenden Sprachgebrauch ein *Zusammenschluss von Arbeitgebern (oder Arbeitgeberverbänden) zum Zwecke der einheitlichen Verhandlung von Tarifverträgen* verstanden. Die Tarifgemeinschaft ist kein Verband. Sie ist eine Zwischenlösung zwischen dem unkoordinierten Auftreten einzelner Arbeitgeber und dem Zusammenschluss zu einem Arbeitgeberverband.

Zweck der Tarifgemeinschaft ist das gemeinsame Auftreten bei Tarifverhandlungen zum Ziel der gemeinschaftlichen Interessendurchsetzung. Die Tarifmacht der zusammengeschlossenen Arbeitgeber⁸⁰ soll gebündelt werden, um bestimmte Tarifziele durchsetzen zu können. Im Unterschied zum „echten“ Verband schließt die Tarifgemeinschaft den Tarifvertrag aber nicht im eigenen Namen. Parteien des Tarifvertrags sind auf Arbeit-

78 Vgl. *Henssler*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 1), § 2 TVG Rn. 34; *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 2 Rn. 169.

79 Schon 1930 wies *Hanxleden* auf zehn verschiedene Bedeutungen hin, vgl. *Hanxleden*, Tarifgemeinschaften, Dissertation 1930, S. 9 ff. Vgl. auch *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 2 Rn. 165 ff.; *Ricken*, Autonomie und tarifliche Rechtsetzung, 2006, S. 284 f.

80 Entsprechendes gilt für die Tarifgemeinschaft von Arbeitgeberverbänden und von Gewerkschaften.

geberseite allein die in der Tarifgemeinschaft zusammengeschlossenen Arbeitgeber⁸¹.

Da die Tarifgemeinschaft nicht Vertragspartei wird, tritt sie „als solche“ nicht nach außen im Rechtsverkehr auf und soll dies nach dem Willen der Beteiligten auch nicht. Sie hat zudem in der Regel weder Geschäftsführungsorgane noch ein Gesellschaftsvermögen⁸². Die Tarifgemeinschaft ist somit eine reine Innen-GbR⁸³ und als solche nicht rechtsfähig.

In ihrem fehlenden Auftreten nach außen unterscheidet sich die Tarifgemeinschaft von vielen anderen Zusammenschlüssen wie etwa der Arbeitsgemeinschaft im Baugewerbe (ARGE). Die ARGE ist in der Regel eine Außen-GbR, denn sie tritt, wie Ziffer 3.1 des ARGE-Mustervertrags vorsieht, „nach außen als Gemeinschaft auf und wird durch den federführenden Partner vertreten“⁸⁴.

Selbst wenn man – etwa unter Verweis auf § 311 Abs. 2 BGB – von einer Rechtsfähigkeit der Tarifgemeinschaft ausgehen wollte, so ist sie jedenfalls nicht tariffähig, da sie gerade nicht den Willen hat, Tarifverträge im eigenen Namen abzuschließen⁸⁵.

bb) Ausnahme: Tarifgemeinschaft unterzeichnet Tarifvertrag selbst

Etwas anderes gilt allerdings in dem Fall, dass eine Tarifgemeinschaft den Tarifvertrag ausnahmsweise im eigenen Namen unterzeichnet⁸⁶. So hat zum Beispiel die „Tarifgemeinschaft des Großhandels, Außenhandels und der Dienstleistungen in Nordrhein-Westfalen“ jeweils im eigenen Namen einen Mantel- und einen Lohntarifvertrag mit den Gewerkschaften ver.di und DHV geschlossen⁸⁷. In diesem Fall tritt die Tarifgemeinschaft „als

81 Vgl. *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 2 Rn. 165; *Rieble/Klumpp*, in: *MünchArbR* (Fn. 1), § 164 Rn. 72.

82 Zur Bedeutung dieser Kriterien für die Abgrenzung von Innen- und Außengesellschaft vgl. nur *K. Schmidt*, Zur „Außenhaftung der Innengesellschaft“ – LG Konstanz, *NJW* 1987, 2521, *JuS* 1988, 444, 445; *ders.*, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. 2002, § 43 II 3 a, S. 1288 ff. und § 58 II 2 a, S. 1695 f.; *Wiedemann*, *Gesellschaftsrecht*, Bd. 2, 2004, § 7 I 4 a, S. 600 f.; *Ulmer*, in: *MünchKommBGB*, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 705 Rn. 254, 275.

83 Ebenso im Ergebnis *Dymke* (Fn. 50), S. 114; *Ricken* (Fn. 79), S. 287 ff.

84 Vgl. auch *Ulmer*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 82), § 705 Rn. 43 ff., 283; *K. Schmidt* (Fn. 82), § 58 III 3 a, S. 1702 f.

85 Zutreffend *Dymke* (Fn. 50), S. 183.

86 Diesen Fall hat *Henssler*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Fn. 1), § 1 TVG Rn. 11 im Blick, wenn er die Tarifgemeinschaft als Außen-GbR einordnet.

87 Vgl. die Eintragung im Tarifregister Nordrhein-Westfalen, abrufbar unter: www.tarifregister.nrw.de/material/gross_aussen.pdf.

solche“ nach außen im Rechtsverkehr auf. Es handelt sich dann um eine rechtsfähige Außen-GbR⁸⁸.

Dann aber stellt sich ein weiteres Problem: Die Tarifgemeinschaft, die Tarifverträge im eigenen Namen schließt, ist nichts anderes als ein Arbeitgeberverband in der Rechtsform der GbR. Über dessen Zulässigkeit wird im Schrifttum seit langem gestritten. Überwiegend wird eine körperchaftliche Struktur der Vereinigung verlangt, um sicherzustellen, dass die Existenz der Tarifpartei und damit auch des Tarifvertrags⁸⁹ von Veränderungen des Mitgliederbestands unabhängig sind⁹⁰. Folgt man dem, ist die GbR keine taugliche Rechtsform für einen Arbeitgeberverband⁹¹. Danach sind zugleich die von der Tarifgemeinschaft im eigenen Namen abgeschlossenen Tarifverträge unwirksam.

3. Begründung und Beendigung der Tarifbindung

Beginn und Ende der Tarifbindung richten sich beim mehrgliedrigen Konzerntarifvertrag nach den allgemeinen Grundsätzen des Firmentarifvertrags. Allerdings sind einige konzernspezifische Besonderheiten zu beachten.

a) Begründung der Tarifbindung neuer Konzerngesellschaften

Beim mehrgliedrigen Tarifvertrag sind die Arbeitgeber als Partei des Tarifvertrags und nicht kraft Mitgliedschaft in einer Arbeitgebervereinigung tarifgebunden. Neue Konzerngesellschaften sind daher nicht zwangsläufig an bestehende Tarifverträge gebunden. Eine Regelung im Tarifvertrag, wonach neu erworbene Gesellschaften automatisch Partei des Tarifvertrags werden, ist nicht von der Tarifzuständigkeit der Konzernobergesellschaft umfasst und überdies als Vertrag zulasten Dritter unwirksam.

88 Insoweit zutreffend *Henssler*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 1), § 1 TVG Rn. 11; *ders.*, Tarif- und arbeitsvertragliche Folgen der Auflösung von Arbeitgeberverbänden und Tarifgemeinschaften, Festschrift 25 Jahre ARGE Arbeitsrecht, 2006, S. 37, 38.

89 Vgl. aber nun BAG 23.1. 2008 – 4 AZR 312/01, AP Nr. 36 zu § 3 TVG mit kritischer Anmerkung *Höpfner*.

90 Vgl. nur *Henssler*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 1), § 2 TVG Rn. 8; *Oetker*, in: Wiedemann (Fn. 12), § 2 Rn. 235 mit weiteren Nachweisen; vgl. auch *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 2 Rn. 53.

91 Vgl. *Rieble/Klumpp*, in: MünchArbR (Fn. 1), § 164 Rn. 18; *Oetker*, in: Wiedemann (Fn. 12), § 2 Rn. 236; anderer Ansicht *Henssler*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 1), § 1 TVG Rn. 11; für den Fall einer Fortsetzungsklausel auch *Rieble*, Der Konzern 2005, 475, 479 f.

Möglich ist aber, dass die Konzernobergesellschaft sich vertraglich gegenüber der Gewerkschaft verpflichtet⁹², ihren Einfluss dahingehend auszuüben, dass neue Konzerngesellschaften einen Anschlussstarifvertrag abschließen⁹³. Hierbei handelt es sich nicht um eine normative Tarifregelung, sondern um eine bloße schuldrechtliche Verpflichtung. Deren Wirksamkeit richtet sich allein nach den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre. Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der Parteien sind hierfür nicht erforderlich⁹⁴. Es spielt daher weder eine Rolle, dass die Konzernobergesellschaft nicht für die Arbeitnehmer der neu erworbenen Tochtergesellschaft tarifzuständig ist, noch ist es von Belang, ob die Konzernmutter selbst Arbeitnehmer beschäftigt.

Die genannte Abrede verstößt auch nicht gegen die Koalitionsfreiheit der Tochtergesellschaft⁹⁵. Im faktischen Konzern versteht sich dies von selbst, da eine direkte Einflussnahme der Obergesellschaft durch Beschlüsse der Hauptversammlung nicht möglich ist. Aber auch im Beherrschungskonzern gilt nichts anderes. Man mag dies damit begründen, dass Weisungen der Konzernleitung nur die interne Willensbildung des Unternehmens betreffen, die – so das BVerfG im Mitbestimmungsurteil⁹⁶ – nicht die Koalitionsfreiheit beeinträchtigen soll⁹⁷. Wer das nicht teilt, wird jedenfalls die Grundrechte des beherrschenden Unternehmens im Wege praktischer Konkordanz berücksichtigen müssen. Dürfte der Mehrheits- oder gar Alleinaktionär keinen Einfluss auf die Tarifpolitik der Gesellschaft nehmen, so bedeutete dies einen massiven Eingriff in sein nach der Rechtsprechung des BVerfG von Art. 14 Abs. 1 GG geschütztes „Anteils-eigentum“⁹⁸. Bei einer Holding ist zusätzlich auch die Berufsfreiheit zu be-

-
- 92 Eine solche Pflicht kann aber nicht allein aufgrund der faktischen oder rechtlichen „Beherrschung“ angenommen werden; so aber BAG 11.9. 1991 – 4 AZR 71/91, AP Nr. 29 zu Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht.
- 93 *Wallisch*, Die tarifvertraglichen Einwirkungspflichten, 1998, S. 83; *Oetker*, in: *Wiedemann* (Fn. 12), § 2 Rn. 144; *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 2 Rn. 148; anderer Ansicht aber nun *Rieble*, Pilotenstreik zur Marktregulierung – Arbeitskampfrecht, BB 2010, Heft 13, S. I.
- 94 Man mag daher darüber streiten, ob es sich hierbei noch um einen Tarifvertrag handelt, oder ob man derartige Vereinbarungen allgemeiner als „Koalitionsverträge“ oder schlicht als „normalen Zivilvertrag“ bezeichnen sollte, vgl. dazu *Wallisch* (Fn. 93), S. 84; *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), Grundlagen Rn. 66 ff. Auf das Ergebnis hat dies keinen Einfluss.
- 95 Anderer Ansicht *Wackerbarth*, in: *Lutter* (Hrsg.), *Holding-Handbuch*, 4. Aufl. 2004, § 9 Rn. 146; *Windbichler* (Fn. 1), S. 470 im Widerspruch zu S. 480, dort Fn. 118.
- 96 BVerfG 1.3. 1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 370 (Mitbestimmung).
- 97 *Sattler* (Fn. 1), S. 92 ff.
- 98 Vgl. BVerfG 7.8. 1962 – 1 BvL 16/60, BVerfGE 14, 263, 277 ff. (Feldmühle); BVerfG 1.3. 1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78 (Fn. 96), 341 ff. (Mitbestimmung); BVerfG 27.4. 1999 – 1 BvR 1613/94,

rücksichtigen. Dies scheinen das BAG⁹⁹ und ganz überwiegend auch das Schrifttum¹⁰⁰ im Ergebnis ebenfalls so zu sehen, wobei sie die tarifvertragliche Einwirkungspflichten für zulässig halten, ohne auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 3 GG einzugehen¹⁰¹.

Ohne das hier vertiefen zu können, scheint es mir auch kartellrechtlich keine Bedenken gegen eine solche Verpflichtung zu geben¹⁰². Denn das Kartellrecht will den Wettbewerb zwischen Unternehmen schützen. Wettbewerb gibt es aber nicht, wo Weisungen erteilt oder Mehrheiten ausgeübt werden können¹⁰³. Denn wenn ein Unternehmen keine Freiräume hat, dann kann seine Handlungsfreiheit auch nicht beschränkt werden¹⁰⁴.

b) Beendigung der Tarifbindung

Will der Konzern die Tarifbindung beenden, so muss grundsätzlich jede Konzerngesellschaft den Tarifvertrag selbst kündigen.

aa) Kündigung des Tarifvertrags durch die Konzernobergesellschaft

Möglich ist allerdings, dass die Konzernobergesellschaft auch für die Kündigung des Tarifvertrags bevollmächtigt wird. Ob die Vollmacht zum Abschluss des Tarifvertrags auch dessen Kündigung umfasst, ist im Einzelfall durch Auslegung zu entscheiden. Dies wird jedenfalls dann der Fall sein, wenn das Tochterunternehmen die Konzernmutter „zur Vertretung in allen Tarifangelegenheiten“ bevollmächtigt.

BVerfGE 100, 289, 301 f. (DAT/Altana); BVerfG 30.5. 2007 – 1 BvR 1267/06, 1 BvR 1280/06, NJW 2007, 3266, 3267; kritisch *Mülbart/Leuschner*, Die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Art. 14 GG und Art. 2 Abs. 1 GG für die Gesellschafterstellung – wo bleibt die Privatautonomie?, ZHR 170 (2006), 615, die die Bedeutung von Art. 14 GG im Gesellschaftsrecht auf die Bestandsgarantie beschränken wollen.

99 BAG 11.9. 1991 – 4 AZR 71/91 (Fn. 92).

100 Vgl. *Peter*, in: Däubler (Fn. 11), § 2 Rn. 96; *Thüsing*, in: Wiedemann (Fn. 12), § 1 Rn. 927; *Oetker*, in: Wiedemann (Fn. 12), § 2 Rn. 144; *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 2 Rn. 148; *Rieble*, Der Konzern 2005, 549, 560.

101 Vgl. *Sattler* (Fn. 1), S. 95 f.

102 Anders aber *Rieble*, BB 2010, Heft 13, S. I.

103 Vgl. nur *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Aufl. 2007, § 1 GWB Rn. 132 ff.; *Bechtold*, Kartellgesetz: GWB, 5. Aufl. 2008, § 1 Rn. 10b; zu Art. 101 AEUV ständige Rechtsprechung seit EuGH 14.7. 1972 – 48/69, Slg. 1972, 619 Rn. 134 (ICI).

104 *Aicher/Schuhmacher*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Loseblattsammlung, 40. Ergänzungslieferung 2009, Art. 81 EGV Rn. 408.

Bei einer Kündigung durch einen Vertreter ist § 174 BGB zu beachten. Danach ist die Erklärung unwirksam, wenn der Bevollmächtigte keine Vollmachtsurkunde vorlegt und die Gewerkschaft die Kündigung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Eine erneute Kündigung unter Vorlage der Urkunde ist zwar möglich, kann aber eventuell die Kündigungsfrist nicht mehr wahren.

bb) Ausscheiden aus dem Konzernverbund

Das Ausscheiden aus dem Konzernverbund hat grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Tarifbindung des Unternehmens¹⁰⁵. Das gilt offenkundig für den Fall, dass die Gesellschaft einen selbstständigen Tarifvertrag abgeschlossen hat.

Aber auch beim Einheitstarifvertrag gilt im Grundsatz dasselbe, sofern die Tarifpartner nicht das Ausscheiden als Kündigungsgrund beziehungsweise den Verbleib im Konzern als auflösende Bedingung vereinbart haben. Das Kündigungsrecht steht auch nach Beendigung der Konzernzugehörigkeit allen Arbeitgebern nur gemeinschaftlich zu. Dies erscheint vor dem Hintergrund des tarifrechtlichen Delegationsverbots bedenklich¹⁰⁶. Im Einzelnen wird man unterscheiden müssen:

Die Gesellschaft, die aus dem Konzernverbund ausscheidet, erlangt hierdurch ihre tarifpolitische Entscheidungsfreiheit wieder. Sie muss daher die Möglichkeit haben, die Bindung an den bestehenden Tarifvertrag innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu beenden, ohne auf das Mitwirken der übrigen Gesellschaften angewiesen zu sein. Das ist dann der Fall, wenn der Tarifvertrag von vornherein befristet ist. Ein Recht zur außerordentlichen Kündigung kommt dann nicht in Betracht, da das Festhalten am Tarifvertrag für die Gesellschaft nicht unzumutbar ist.

Anders ist dies jedoch bei unbefristeten Tarifverträgen. Hier wird man der Gesellschaft ein außerordentliches Kündigungsrecht einräumen müssen¹⁰⁷. Als Zeitpunkt bietet sich in Anlehnung an das gesellschaftsrechtliche Nachhaftungsrecht (§ 160 HGB, § 736 Abs. 2 BGB) der Ablauf von fünf Jahren nach Beendigung der Konzernzugehörigkeit an¹⁰⁸. Im Fall

105 Abwegig *Kilg/Muschal*, BB 2007, 1670, 1673, wonach das Ausscheiden gemäß § 168 Satz 1 BGB zum Erlöschen der Vollmacht führen und damit eine Nachbindung (!) gemäß § 3 Abs. 3 TVG eintreten soll.

106 Vgl. *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 1 Rn. 172; *Thüsing*, in: Wiedemann (Fn. 12), § 1 Rn. 189; *Wank*, in: Wiedemann (Fn. 12), § 4 Rn. 55; *Dymke* (Fn. 50), S. 62 f.

107 Anders aber BAG 1.7. 2009 – 4 AZR 261/08, NZA 2010, 53, 57 für den Fall des Verbandsaustritts; kritisch dazu *Höpfner*, Die unbegrenzte Nachbindung an Tarifverträge, NJW 2010, 2173.

108 Vgl. dazu *Höpfner*, NJW 2010, 2173, 2177; *ders.*, Anmerkung zu BAG 23.1. 2008 – 4 AZR 312/01, AP Nr. 36 zu § 3 TVG; ähnlich, jedoch ohne Begründung,

der Kündigung wird der Tarifvertrag dann mit den übrigen Gesellschaften fortgesetzt¹⁰⁹.

Die genannten Grundsätze gelten auch für die übrigen Konzerngesellschaften. Ihre (einheitlich gelenkte) Tarifmacht darf nicht unbegrenzt von der Mitwirkung der ausgeschiedenen Gesellschaft abhängig gemacht werden. Die verbliebenen Konzerngesellschaften können daher den Tarifvertrag ebenfalls nach Ablauf von fünf Jahren nach Ausscheiden einer Gesellschaft gemeinschaftlich kündigen¹¹⁰.

Grundlegend anders stellt sich die Situation dar, wenn der Geltungsbereich des Tarifvertrags auf die Konzernunternehmen beschränkt ist. In diesem Fall wächst die Gesellschaft, die aus dem Konzernverbund ausscheidet, zugleich aus dem Geltungsbereich des Tarifvertrags hinaus. Damit endet die Tarifbindung des Arbeitgebers. Die Tarifnormen wirken lediglich analog § 4 Abs. 5 TVG nach¹¹¹.

4. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann also festgehalten werden: Der mehrgliedrige Konzerntarifvertrag ist durchaus ein taugliches Instrument, mit dem die Konzernspitze eine einheitliche Tarifbindung durchsetzen kann. Während beim Vertragsschluss durch Stellvertretung in der Praxis vor allem auf die Offenlegung der Vertretungsverhältnisse Wert gelegt werden sollte, ist bei einem gemeinsamen Auftreten als Tarifgemeinschaft darauf zu achten, dass diese den Tarifvertrag nicht selbst im eigenen Namen unterzeichnet. Beginn und Ende der Tarifbindung bei Veränderungen im Konzernbestand können und sollten nach der hier vertretenen Auffassung von den Sozialpartnern vorab geregelt werden.

III. Der „Konzern-Arbeitgeberverband“

Ein weiteres Gestaltungsmittel für eine konzerneinheitliche Tarifbindung ist der Tarifabschluss durch einen für den Konzern tarifzuständigen Arbeitgeberverband. Möglich ist zunächst, dass alle Konzerngesellschaften einem herkömmlichen Arbeitgeberverband beitreten und damit an die von diesem abgeschlossenen Verbandstarifverträge gebunden sind. Die Besonderheiten des Konzerns können gegebenenfalls durch einen „konzernbezogenen Verbandstarifvertrag“ berücksichtigt werden¹¹².

schon *Kittner*, „Flucht aus dem Tarifvertrag“ durch Austritt aus dem Arbeitgeberverband, AuR 1998, 469, 471.

109 So wohl auch *Dymke* (Fn. 50), S. 63.

110 Anderer Ansicht *Dymke* (Fn. 50), S. 63.

111 Vgl. *Rieble*, Der Konzern 2005, 549, 556; allgemein *Wank*, in: Wiedemann (Fn. 12), § 4 Rn. 143 mit weiteren Nachweisen.

112 Vgl. nur *Sattler* (Fn. 1), S. 155.

Voraussetzung hierfür ist, dass sämtliche Konzerngesellschaften in die Tarifzuständigkeit des Verbands fallen. Das ist gerade bei diversifizierten Konzernen oft nicht der Fall. In der Praxis werden daher teilweise eigene *Konzern-Arbeitgeberverbände* gegründet. Diese sind nach ihrer Satzung ausschließlich für den betreffenden Konzern tarifzuständig.

Das bekannteste Beispiel hierfür bietet der Lufthansa-Konzern: Ein Teil der Konzerngesellschaften war Mitglied in der „*Arbeitsrechtlichen Vereinigung Hamburg e.V.*“ (AVH)¹¹³, einem Arbeitgeberverband, der neben der Lufthansa noch eine ganze Reihe weiterer Mitglieder vor allem aus dem öffentlichen Dienst hat. Am 15.10. 2009 gründete die Lufthansa einen eigenen Verband, den „*Arbeitgeberverband Luftverkehr e.V.*“ (AGLV). Der AGLV tritt ab 2010 an die Stelle der AVH. Er soll eine optimale Vertretung der spezifischen Konzerninteressen gewährleisten.

1. Die Gründung des Konzern-Arbeitgeberverbands

Bei der Gründung eines eigenen Konzern-Arbeitgeberverbands gilt es, einige Fallstricke zu umgehen.

a) Die Anzahl der Gründungsmitglieder

Zunächst muss der Verband (jedenfalls in der üblichen Rechtsform des eingetragenen Vereins) mindestens zwei Mitglieder haben. Für die Eintragung sind gemäß § 56 BGB sogar sieben Mitglieder erforderlich. Dabei handelt es sich jedoch um eine reine Ordnungsvorschrift¹¹⁴, deren Nichtbeachtung (selbst im Falle einer Täuschung des Registergerichts) die Wirksamkeit der Vereinsgründung nicht berührt¹¹⁵.

Gründungsmitglieder können ohne Weiteres die einzelnen Konzerngesellschaften sein. Es ist ohne Belang, ob zwischen diesen ein Beherrschungsverhältnis besteht. Die entgegengesetzte Auffassung im Vereinsrecht¹¹⁶ bezieht sich nur auf den Fall, dass die Gründungsmitglieder eines Vereins sich aus *natürlichen* Personen und aus von diesen beherrschten und repräsentierten juristischen Personen zusammensetzen¹¹⁷. Dann könnten nämlich wenige natürliche Personen den Verein be-

113 Nicht aber zum Beispiel Lufthansa Cityline, Eurowings oder Swiss.

114 Anders § 4 GenG a.F.

115 Vgl. *Reuter*, in: MünchKommBGB (Fn. 32), § 56 Rn. 1; *Schilken*, in: Staudinger (Fn. 32), § 56 Rn. 1; unpräzise *Rieble*, *Der Konzern* 2005, 475, 479.

116 OLG Stuttgart 5.4. 1983 – 8 W 442/82, OLGZ 1983, 307; OLG Köln 16.3. 1988 – 2 Wx 14/88, NJW 1989, 173; *Reuter*, in: MünchKommBGB (Fn. 32), § 56 Rn. 3; *Schilken*, in: Staudinger (Fn. 32), § 56 Rn. 3.

117 Dies übersieht *Rieble*, *Der Konzern* 2005, 475, 479, der aber zum gleichen Ergebnis kommt.

herrschen, was mit dem korporativen Charakter des Vereins nicht zu vereinbaren ist.

b) Keine Mitwirkung der Arbeitnehmervertreter

Die Satzung des Verbands soll gemäß § 59 Abs. 3 BGB von mindestens sieben Mitgliedern unterzeichnet werden. Hierbei handelt es sich wiederum um eine bloße Ordnungsvorschrift¹¹⁸. Die Unterzeichnung ist als Teil des Gründungsakts Aufgabe des Vorstands der jeweiligen Konzerngesellschaft. Im Beherrschungskonzern sind entsprechende Weisungen der Konzernobergesellschaft möglich (§ 308 Abs. 1 AktG).

Gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG kann entweder die Satzung vorsehen oder der Aufsichtsrat bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften, etwa die Gründung von Vereinen und Gesellschaften, nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats vorgenommen werden dürfen. Problematisch ist dies in mitbestimmten Unternehmen. Denn eine Entscheidung von Arbeitnehmervertretern über die Mitgliedschaft des Unternehmens in einem Arbeitgeberverband ist mit der Gegnerunabhängigkeit des Verbands wohl nicht zu vereinbaren. Daher haben in Anlehnung an § 32 Abs. 1 Satz 2 MitbestG und § 15 Abs. 1 Satz 2 MontanMitbestErgG nur die Vertreter der Anteilseigner im Aufsichtsrat über die Zustimmung zu entscheiden¹¹⁹.

c) Konzernweite Tarifzuständigkeit

Die Tarifzuständigkeit eines Verbands richtet sich nach seiner Satzung¹²⁰. Im Gegensatz zu den herkömmlichen, nach dem Industrieverbandsprinzip organisierten Arbeitgeberverbänden ist ein „Exklusivverband“ nur für die Unternehmen eines Konzerns tarifzuständig. Eine entsprechende Regelung könnte lauten:

„Zweck des Verbands ist der Abschluss von Tarifverträgen für Unternehmen und Betriebe des X-Konzerns.“

Vereinzelt wurden Bedenken gegen die Zulässigkeit einer derart zugeschnittenen Tarifzuständigkeit vorgebracht¹²¹. Da die Gegenseite weiterhin nach dem Industrieverbandsprinzip organisiert sei, sähe sich der Verband einer Vielzahl von sozialen Gegenspielern ausgesetzt. Das ist zwar richtig. Gleichwohl gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass hierdurch die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems beeinträchtigt werden könnte¹²².

118 Vgl. *Reuter*, in: MünchKommBGB (Fn. 32), § 59 Rn. 6; *Schilken*, in: Staudinger (Fn. 32), § 59 Rn. 6.

119 Vgl. *Rieble*, *Der Konzern* 2005, 475, 480.

120 BAG 18.7. 2006 – 1 ABR 36/05, AP Nr. 19 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit.

121 Vgl. *Windbichler* (Fn. 1), S. 479 ff.

122 Vgl. näher *Sattler* (Fn. 1), S. 51 ff.

Das sieht auch der 1. Senat des BAG so: „Die Ausgestaltung des Organisationsbereichs und die damit verbundene Festlegung der Tarifzuständigkeit steht grundsätzlich jedem Verband frei.“¹²³ Spätestens nach Aufgabe der Tarifeinheit kann es daran keine Zweifel mehr geben.

d) Tariffähigkeit des Konzern-Arbeitgeberverbands

Schließlich wird von manchen die Tariffähigkeit des Konzern-Arbeitgeberverbands bezweifelt. Dabei stehen vor allem zwei Aspekte im Vordergrund: die *Freiwilligkeit des Zusammenschlusses* und die *demokratische Binnenstruktur des Verbands*. Was die Freiwilligkeit angeht, kann auf die Ausführungen zur Vereinbarkeit tarifpolitischer Weisungen mit Art. 9 Abs. 3 GG verwiesen werden¹²⁴.

Schwerer wiegen die Bedenken hinsichtlich der fehlenden demokratischen Willensbildung¹²⁵. In der Tat kann die Konzernspitze die Tarifpolitik des Verbands von oben herab steuern – ja, sie wird es in der Praxis auch tun. Denn hierin liegt gerade der Zweck des Zusammenschlusses aus Sicht des Konzerns.

Allerdings ist zu beachten, dass das BAG die Voraussetzungen an eine demokratische Binnenstruktur einer Tarifvertragspartei¹²⁶ kürzlich im Ergebnis deutlich herabgesetzt hat. Lediglich gewisse Mindestanforderungen müssten erfüllt sein: die Gleichheit der Mitglieder im Grundsatz und deren Teilnahme am innerverbandlichen Willensbildungsprozess¹²⁷. Es geht – wie der 1. Senat ausdrücklich ausführt – nicht um eine echte demokratische Organisationsstruktur im staatsrechtlichen Sinn¹²⁸, sondern allein um die Forderung nach einer mitgliedschaftlichen Legitimation der Normwirkung durch die Verbandsmitglieder¹²⁹.

Damit ist wieder die Brücke geschlagen zum Verbandsbeitritt als konstitutivem Akt mitgliedschaftlicher Legitimation des Verbandshandelns. Wenn aber die Weisung der Konzernleitung an eine Tochtergesellschaft, dem Verband beizutreten, nicht gegen die Koalitionsfreiheit des Unternehmens verstößt, dann kann das Weisungsrecht in tarif-

123 BAG 18.7. 2006 – 1 ABR 36/05 (Fn. 120).

124 Vgl. auch *Sattler* (Fn. 1), S. 109 f. in Auseinandersetzung mit *Windbichler* (Fn. 1), S. 480 f.

125 *Sattler* (Fn. 1), S. 110 ff., 114, 119.

126 Zwar bezieht sich die Entscheidung nur auf die demokratische Verfassung von Gewerkschaften, sie ist aber ohne Weiteres auf Arbeitgeberverbände übertragbar.

127 BAG 28.3. 2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112, 1117 f.; ähnlich restriktiv schon *Schüren*, Die Legitimation der tariflichen Normsetzung, 1990, S. 275.

128 *Dieterich*, in: ErfK (Fn. 1), Art. 9 GG Rn. 46.

129 *Rieble/Klumpp*, in: MünchArbR (Fn. 1), § 164 Rn. 5; ebenso BAG 28.3. 2006 – 1 ABR 58/04 (Fn. 127), 1117.

politischen Angelegenheiten auch nicht der Tariffähigkeit des Verbands entgegenstehen¹³⁰.

Festzuhalten ist also: Auch der Konzern-Arbeitgeberverband stellt grundsätzlich ein taugliches Instrument für eine konzernweit einheitliche Tarifgeltung dar.

2. Unterschiede zum Firmentarifvertrag

Was den Beginn und das Ende der Tarifbindung betrifft, so unterscheidet sich der Konzern-Arbeitgeberverband vom mehrgliedrigen Konzerntarifvertrag.

a) Beginn der Tarifbindung

Zunächst gilt: Die Konzerngesellschaften sind nicht als Partei des Tarifvertrags, sondern kraft Mitgliedschaft im Konzern-Arbeitgeberverband tarifgebunden. Voraussetzung hierfür ist die Vollmitgliedschaft im Verband. Neue Konzerngesellschaften sind also nicht automatisch tarifgebunden. Sie können die Tarifbindung aber – anders als beim mehrgliedrigen Konzerntarifvertrag – ohne Mitwirkung der Gewerkschaft allein durch Beitritt zum Konzern-Arbeitgeberverband herbeiführen, sofern die den Konzerntarifvertrag abschließende Gewerkschaft auch für sie tarifzuständig und der Geltungsbereich des Tarifvertrags konzernbezogen formuliert ist¹³¹.

Die Konzernobergesellschaft kann sich auch gegenüber der Gewerkschaft verpflichten, ihren Einfluss dahingehend geltend zu machen, dass neue Konzerngesellschaften dem Konzern-Arbeitgeberverband beitreten¹³². Hierfür kann nichts anderes gelten als für die Pflicht zum Abschluss eines Anslusstarifvertrags¹³³.

b) Beendigung der Tarifbindung

Wie jeder Verbandstarifvertrag kann auch der konzernbezogene Verbandstarifvertrag allein von den vertragsschließenden Parteien – also Arbeitgeberverband und Gewerkschaft – gekündigt werden.

aa) Austritt aus dem Verband

Will der Konzern die Tarifbindung nur einer Gesellschaft beenden, so kann diese aus dem Verband austreten, einen Aufhebungsvertrag schließen oder – falls die Satzung dies unter Berücksichtigung der Recht-

130 Anderer Ansicht *Sattler* (Fn. 1), S. 114 f.

131 Vgl. *Rieble*, *Der Konzern* 2005, 475, 480.

132 Anderer Ansicht *Rieble*, *Der Konzern* 2005, 549, 561.

133 So aber wohl *Rieble*, *Der Konzern* 2005, 549, 561.

sprechung des 4. Senats ordnungsgemäß vorsieht – in eine OT-Mitgliedschaft wechseln¹³⁴. In allen Fällen ist der Arbeitgeber jedoch weiterhin gemäß § 3 Abs. 3 TVG tarifgebunden, bis der Tarifvertrag endet¹³⁵.

Dies soll nach Auffassung des BAG auch für unbefristete Tarifverträge gelten, obwohl der Arbeitgeber selbst keine Möglichkeit hat, den Tarifvertrag zu beenden. Das erscheint vor dem Hintergrund der negativen Koalitionsfreiheit des Arbeitgebers nicht haltbar. Richtigerweise muss die Nachbindung daher zeitlich begrenzt werden. Dafür bietet sich wiederum in Anlehnung an § 160 HGB eine Höchstgrenze von fünf Jahren ab dem Zeitpunkt des Verbandsaustritts an¹³⁶.

bb) Ausscheiden aus dem Konzernverbund

Das bloße Ausscheiden aus dem Konzernverbund hat demgegenüber keine Auswirkungen auf die Tarifgebundenheit des Unternehmens. Die Tarifbindung folgt nicht aus der Konzernzugehörigkeit, sondern aus der Mitgliedschaft im Verband. Will der Arbeitgeber die Bindung an den „Konzern-Verbandstarif“ beenden, so muss er aus dem Verband austreten und abwarten, bis die Nachbindung endet oder einen Firmentarifvertrag mit derselben Gewerkschaft abschließen, der den fortwirkenden Verbandstarifvertrag regelmäßig verdrängt¹³⁷.

Anders ist die Situation aber wiederum, wenn der Geltungsbereich des „Konzern-Verbandstarifvertrags“ auf Konzernunternehmen beschränkt ist. Gleiches gilt, wenn die Tarifzuständigkeit des Konzern-Arbeitgeberverbands nach der Satzung nur Konzernunternehmen umfasst, da die Tarifzuständigkeit die äußerste Geltungsgrenze der Verbandstarifverträge darstellt¹³⁸. In beiden Fällen wächst die Gesellschaft, die aus dem Konzernverbund ausscheidet, zugleich aus dem Geltungsbereich des

134 Bei einem Austritt oder Wechsel kurz vor Abschluss eines Tarifvertrags sind aber die Anforderungen des BAG an einen sogenannten „Blitzaustritt“ beziehungsweise „Blitzwechsel“ zu beachten, vgl. BAG 20.2. 2008 – 4 AZR 64/07, NZA 2008, 946 (Blitzaustritt); BAG 4.6. 2008 – 4 AZR 419/07, NZA 2008, 1366 (Blitzwechsel); kritisch dazu *Höpfner*, Blitzaustritt und Blitzwechsel in die OT-Mitgliedschaft, ZfA 2009, 541; *Rieble*, „Blitzaustritt“ und tarifliche Vorbindung, RdA 2009, 280; *Bauer/Haußmann*, Das Recht am Arbeitsergebnis, RdA 2009, 99; *Willemsen/Mehrens*, Die Friedenspflicht im Zeitraum der Nachbindung, NZA 2009, 169.

135 Daran schließt sich die Nachwirkung gemäß § 4 Abs. 5 TVG an.

136 Vgl. *Höpfner*, NJW 2010, 2173 mit weiteren Nachweisen.

137 Vgl. BAG 26.10. 1983 – 4 AZR 219/81, AP Nr. 3 zu § 3 TVG; BAG 12.12. 2007 – 4 AZR 998/06, AP Nr. 29 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; *Höpfner*, NJW 2010, 2173, 2175; *Henssler*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Fn. 1), § 4 TVG Rn. 47.

138 Zutreffend *Rieble*, Der Konzern 2005, 549, 556.

Tarifvertrags hinaus. Damit endet die Tarifbindung des Arbeitgebers; die Tarifnormen wirken lediglich nach.

cc) Auflösung des Verbands

Will die Konzernleitung die Tarifbindung aller Unternehmen sofort beenden, so konnte sie bisher einfach den Konzern-Arbeitgeberverband auflösen. Mit der Auflösung fällt die Partei des Tarifvertrags weg. Das hat zur Folge, dass die Tarifnormen lediglich nachwirken.

Diesen Weg hat das BAG aber nun versperrt. Mit Urteil vom 23.1. 2008 gab der 4. Senat die bis zum Reichsarbeitsgericht zurückreichende Rechtsprechung auf und entschied, dass die unmittelbare und zwingende Geltung eines Tarifvertrags durch die Auflösung des Arbeitgeberverbands nicht berührt werde¹³⁹. Zur Begründung führt er an, dass der Tarifvertrag auch nach Auflösung durch die Liquidatoren des Verbands gekündigt werden könne. Das erscheint zweifelhaft. Bezeichnend ist schon, dass der Senat die Frage ausdrücklich offenlässt, „ob (!) und gegebenenfalls wann ausnahmsweise“ die Tarifbindung beendet werden kann, wenn das Liquidationsverfahren abgeschlossen ist, ohne zuvor den Tarifvertrag gekündigt zu haben. Nach meiner Auffassung ist der Arbeitgeber auch nach Auflösung des Verbands an den Tarifvertrag gebunden. Die Tarifbindung endet aber ohne Nachbindung entsprechend den Wertungen des § 159 HGB spätestens fünf Jahre nach Auflösung¹⁴⁰.

dd) „Gewollte Tarifunfähigkeit“ des Verbands

Vor diesem Hintergrund wird nach weiteren Möglichkeiten gesucht, wie ein Unternehmen seine Tarifbindung sofort und ohne Nachbindung aufgeben kann. So wird etwa vorgeschlagen, der Verband könne sich selbst für tarifunwillig erklären, was zur Beendigung des Tarifvertrags führe¹⁴¹. Gerade für den hier in Rede stehenden Fall eines zentral gesteuerten „Exklusivverbands“ würde sich diese sogenannte „*gewollte Tarifunfähigkeit*“ aus Arbeitgebersicht anbieten, um die Rechtsprechung des BAG zur Verbandsauflösung zu umgehen¹⁴². Die Konzernleitung könnte sich dann der Tarifbindung im gesamten Konzern entledigen, indem in der Verbands-

139 BAG 23.1. 2008 – 4 AZR 312/01 (Fn. 89) mit kritischer Anmerkung Höpfner.

140 Vgl. ausführlich Höpfner, Anmerkung zu BAG 23.1. 2008 – 4 AZR 312/01, AP Nr. 36 zu § 3 TVG.

141 Löwisch/Rieble (Fn. 1), § 2 Rn. 69 und 75; Rieble, Der Konzern 2005, 475, 480; Rieble/Klumpp, in: MünchArbR (Fn. 1), § 164 Rn. 97.

142 Fragwürdig daher Richardi, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, Neubearbeitung 2005, § 611 Rn. 611: „Der Streit um die gewollte Tarifunfähigkeit hat ... heute keine nennenswerte praktische Bedeutung.“

satzung der Abschluss von Tarifverträgen aus der Zweckbestimmung gestrichen wird¹⁴³.

Nach meiner Auffassung ist dieser Weg indes nicht gangbar. Zunächst aus praktischer Sicht: Wenn das BAG die Tarifbindung der Verbandsmitglieder selbst im Fall der Verbandsauflösung fortbestehen lässt, so ist kaum zu erwarten, dass es bei bloßem Fortfall der Tarifwilligkeit anders entscheiden wird. Aber ganz unabhängig davon gilt: Der Fortfall der Tarifwilligkeit als solcher kann sich niemals auf bereits abgeschlossene Tarifverträge auswirken. Die Tarifwilligkeit muss stets nur im Zeitpunkt des Abschlusses eines Tarifvertrags vorliegen¹⁴⁴. Mit Vertragsschluss besteht eine Pflicht zur Durchführung des Tarifvertrags, so dass der tatsächliche Wille, den Tarifvertrag durchzuführen, nicht maßgebend sein kann. Anderenfalls könnte eine Tarifvertragspartei jederzeit tariflich vereinbarte Laufzeiten oder Kündigungsfristen umgehen, indem sie sich für tarifunwillig erklärte.

IV. Tarifgeltung kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme

Schließlich kann eine konzernweite Tarifgeltung im Grundsatz auch durch *arbeitsvertragliche Bezugnahme Klauseln* hergestellt werden. Diese sind ohnehin erforderlich, um eine einheitliche Tarifgeltung unabhängig von der Gewerkschaftszugehörigkeit der Arbeitnehmer zu schaffen. Im Konzern sind Bezugnahme Klauseln aber darüber hinaus als Ersatz für die normative Tarifbindung der Tochtergesellschaften denkbar¹⁴⁵. In diesem Fall schließt allein die Konzernobergesellschaft einen Tarifvertrag, auf den konzernerneinheitlich in den Arbeitsverträgen durch eine kleine dynamische Verweisung Bezug genommen wird.

Dabei stellt sich jedoch ein Problem besonders dringlich: In der Regel verweist der Arbeitgeber auf die Verbandstarifverträge, an die er entweder als Mitglied in einem Arbeitgeberverband gebunden ist oder an die er kraft Mitgliedschaft gebunden sein könnte. Es findet also der Tarifvertrag

143 Vgl. Löwisch/Rieble (Fn. 1), § 2 Rn. 75.

144 Vgl. schon Nipperdey, in: Hueck/Nipperdey (Fn. 73), § 22 II 2, S. 475; ebenso Oetker, in: Wiedemann (Fn. 12), § 2 Rn. 47; Wank, in: Wiedemann (Fn. 12), § 4 Rn. 27; Deinert, in: Däubler (Fn. 11), § 4 Rn. 78; Henssler, Festschrift 25 Jahre ARGE Arbeitsrecht, 2006, S. 37, 43; Höpfner, Anmerkung zu BAG 23.1. 2008 – 4 AZR 312/01, AP Nr. 36 zu § 3 TVG; Löwisch, Gewollte Tarifunfähigkeit im modernen Kollektivarbeitsrecht, ZfA 1974, 29, 40 f.; anderer Ansicht aber Löwisch/Rieble (Fn. 1), § 2 Rn. 69 und 75; Ricken (Fn. 79), S. 260; Rieble, Der Konzern 2005, 475, 480; Rieble/Klumpp, in: MünchArbR (Fn. 1), § 164 Rn. 97, die sich zu Unrecht auf BAG 15.11. 2006 – 10 AZR 665/05, NZA 2007, 448 berufen. Dort heißt es aber: „Dass die CGD zum Zeitpunkt des Abschlusses des Tarifvertrags ... tariffähig gewesen ist, ihre Tariffähigkeit später entfallen ist ..., hat das LAG nicht festgestellt“ (NZA 2007, 448, 451).

145 Vgl. Rieble, Der Konzern 2005, 549, 555.

Anwendung, in dessen örtlichen und fachlichen Geltungsbereich das Unternehmen fällt. Obwohl die Tarifnormen nicht unmittelbar und zwingend gemäß § 4 Abs. 1 TVG, sondern nur individualvertraglich gelten, unterliegen sie keiner Inhaltskontrolle (§ 307 Abs. 3 in Verbindung mit § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB)¹⁴⁶.

In unserem Fall stellt sich die Situation anders dar. Hier verweisen die Tochtergesellschaften auf einen *fremden Firmentarifvertrag*. Zwar steht es den Arbeitsvertragsparteien infolge ihrer grundrechtlich geschützten Privatautonomie frei, auf orts- und fachfremde Tarifverträge zu verweisen¹⁴⁷. Die Bezugnahme ist also nicht unzulässig. Allerdings beschränkt sich die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags nach ganz überwiegender Auffassung auf seinen Geltungsbereich¹⁴⁸. Verweist also der Arbeitsvertrag – wie hier – auf einen fachfremden Tarifvertrag, so wird die Angemessenheit der Tarifregelungen nicht vermutet; der Tarifvertrag unterliegt einer Inhaltskontrolle¹⁴⁹.

Dieses Ergebnis erscheint auf den ersten Blick widersprüchlich: Wenn innerhalb des Konzerns eine dynamische Verweisung im Tarifvertrag auf den von der Konzernobergesellschaft abgeschlossenen Tarifvertrag möglich ist, dann dürfte für eine arbeitsvertragliche Verweisung nichts anderes gelten. Bei näherer Betrachtung ist diese Schlussfolgerung jedoch nicht überzeugend. Denn im Fall einer tarifvertraglichen Verweisung geben *beide* für das jeweilige Unternehmen tarifzuständigen Sozialpartner zu erkennen, dass der in Bezug genommene Tarifvertrag ein ausgewogenes und sachlich angemessenes Regelwerk für das Unternehmen darstellt. Die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags wird also über die dynamische Verweisung auf das Unternehmen im Geltungsbereich des verweisenden Tarifvertrags erstreckt. Durch eine arbeitsvertragliche Bezugnahme ist dies aber gerade nicht möglich. Hier handelt es sich mit dem Arbeitgeber nur *ein* Sozialpartner (im Zusammenwirken mit dem Arbeitnehmer). Es fehlt die Legitimation der für das Unternehmen zuständigen Gewerkschaft. Ohne deren Mitwirkung kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags gerade auch auf das Unternehmen dieses Arbeitgebers erstreckt werden soll. Die Privilegierung des Tarifvertrags gemäß § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB greift daher nicht ein. Aus diesem Grund sind arbeitsvertragliche Bezugnahme-

146 Vgl. *Preis*, in: ErfK (Fn. 1), §§ 305-310 BGB Rn. 13; *Gotthardt*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 1), § 307 BGB Rn. 14 mit weiteren Nachweisen; ebenso für die Verweisung auf den eigenen Firmentarifvertrag BAG 20.4. 2006 – 5 AZR 403/05, NZA 2006, 845.

147 So im Ergebnis auch BAG 25.10. 2000 – 4 AZR 506/99, NZA 2002, 100.

148 Vgl. nur *Preis*, in: ErfK (Fn. 1), §§ 305-310 BGB Rn. 14; *Gotthardt*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 1), § 307 BGB Rn. 14 mit weiteren Nachweisen.

149 Vgl. auch *Rieble*, Der Konzern 2005, 549, 555.

klauseln aus Sicht des Konzerns kein taugliches Mittel, um eine konzern-einheitliche Tarifgeltung zu begründen.

D. Tarifzuständigkeit auf Gewerkschaftsseite

Für eine einheitliche Tarifbindung im Konzern ist nicht nur eine Kooperation der Konzernunternehmen notwendig. Erforderlich ist darüber hinaus, dass auch auf Arbeitnehmerseite die zuständigen Sozialpartner mitwirken. Sowohl ein mehrgliedriger Konzerntarifvertrag als auch ein konzernweiter Verbandstarifvertrag setzen die Tarifzuständigkeit der Gewerkschaft für alle erfassten Unternehmen voraus¹⁵⁰. Auch auf Arbeitnehmerseite gilt: Die Tarifzuständigkeit markiert die äußerste Grenze für den Geltungsbereich des Tarifvertrags¹⁵¹.

Entsprechend dem Industrieverbandsprinzip ist die Tarifzuständigkeit der Gewerkschaften traditionell nach der Branchenzugehörigkeit eines *Unternehmens oder Betriebs* ausgestaltet¹⁵². Der fehlende Konzernbezug hat zur Folge, dass ein Konzern, sofern er branchenübergreifend tätig ist, nicht nur mit einer, sondern mit mehreren Gewerkschaften verhandeln muss, wenn er einen konzerneinheitlichen Tarifvertrag abschließen will. Das führt in der Praxis zu nicht unerheblichen Schwierigkeiten. Die Zielvorstellungen der Gewerkschaften können zum Teil deutlich voneinander abweichen, und anders als auf Arbeitgeberseite sind keine Weisungen möglich. In diesem Gemenge verschiedener Interessen (und nicht zuletzt persönlicher Eitelkeiten) einen tragfähigen Kompromiss zu finden, erfordert wohl einiges Verhandlungsgeschick. Hierüber zu berichten, sind andere berufen.

Einen Aspekt will ich aber zum Schluss hervorheben: Es geht um die Frage, ob eine Gewerkschaft ihre Tarifzuständigkeit durch Änderung der Satzung auf den Konzern ausdehnen kann. Grundsätzlich kann jede Tarifvertragspartei ihre Tarifzuständigkeit selbst in ihrer Satzung festlegen und jederzeit ändern¹⁵³. Die Satzungsautonomie ist Bestandteil der von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten innerverbandlichen Organisation¹⁵⁴. Dem folgend haben einige Gewerkschaften in der Vergangenheit ihren Organisationsbereich zumindest teilweise ausdrücklich konzernbezogen ausgestaltet¹⁵⁵. So kann etwa Mitglied der *IG BCE* gemäß § 1 Ziffer 3 der Satzung werden, wer beschäftigt ist in:

150 Vgl. *Stein*, RdA 2000, 129, 135.

151 Vgl. *Rieble*, Der Konzern 2005, 549; *Henssler*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 1), § 2 TVG Rn. 37; *Ricken* (Fn. 79), S. 6.

152 Vgl. *Rieble*, Der Konzern 2005, 549, 550; *Windbichler* (Fn. 1), S. 473.

153 BAG 20.12. 1957 – 1 AZR 87/57, AP Nr. 10, 18 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit; *Henssler*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 1), § 2 TVG Rn. 41.

154 BAG 4.6. 2008 – 4 AZR 419/07 (Fn. 134), 1370; *Höpfner*, ZfA 2009, 541, 546.

155 Vgl. *Rieble*, Der Konzern 2005, 549, 550 f. mit weiteren Nachweisen.

„... Unternehmen und Konzerne(n) folgender Industriebereiche einschließlich der dazugehörigen Dienstleistungsbereiche sowie ihrer *rechtlich* oder wirtschaftlich *verbundenen* Unternehmen ...“

Die Erweiterung der Tarifzuständigkeit einer Gewerkschaft auf Konzerne führt regelmäßig dazu, dass für einen Teil des Konzerns mehrere Gewerkschaften tarifzuständig sind. Das allein stellt kein Problem dar, erst recht nicht nach Aufgabe der Tarifeinheit. Kommt es jedoch zu Kompetenzüberschneidungen von DGB-Gewerkschaften, ist die Lage schwieriger. Der DGB ist nach dem Prinzip „Ein Betrieb, eine Gewerkschaft“ organisiert¹⁵⁶. Innerhalb des DGB sollen die Tarifzuständigkeiten der Mitgliedsgewerkschaften so aufeinander abgestimmt werden, dass Kompetenzkonflikte vermieden werden. Bei Streitigkeiten ist ein Schiedsverfahren durchzuführen¹⁵⁷. Der Schiedsspruch kann die Satzung zwar nicht im Sinne einer echten Zuständigkeitserweiterung ergänzen oder berichtigen¹⁵⁸. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG soll er die Satzungen der beteiligten Mitglieder aber „authentisch“, das heißt auch für den Tarifgegner verbindlich, auslegen¹⁵⁹. Solange das zur verbindlichen Klärung einer solchen Zuständigkeitsüberschneidung vorgesehene Schiedsverfahren nach § 16 DGB-Satzung nicht durchgeführt ist, soll es gar zunächst bei der Alleinzuständigkeit derjenigen Gewerkschaft bleiben, die vor Entstehen der Konkurrenzsituation als zuständig angesehen wurde¹⁶⁰.

Diese Rechtsprechung sieht sich massiver verfassungs- wie vereinsrechtlicher Kritik ausgesetzt¹⁶¹. Die Argumente sollen hier nicht wiederholt werden. In der Praxis muss man jedenfalls davon ausgehen, dass die nach dem Industrieverbandsprinzip für die Branche des jeweiligen Unter-

-
- 156 Vgl. Ziffer 2 lit. a, zweiter Spiegelstrich der Richtlinien des DGB für die Abgrenzung von Organisationsbereichen und die Veränderung der Organisationsbezeichnungen, die gemäß § 15 Ziffer 1 Bestandteil der DGB-Satzung sind. Vgl. dazu *Rieble*, *Der Konzern* 2005, 549, 550; *Ricken* (Fn. 79), S. 190 ff.
- 157 § 16 DGB-Satzung. Vgl. etwa das Schiedsverfahren im Zuständigkeitsstreit zwischen der IG Metall und ver.di betreffend den IBM-Konzern, BAG 27.9. 2005 – 1 ABR 41/04, AP Nr. 18 zu § 2 TVG; dazu *Ricken* (Fn. 79), S. 289 ff.
- 158 BAG 19.12. 1958 – 1 AZR 109/58, AP Nr. 3, 4 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit.
- 159 BAG 19.12. 1958 – 1 AZR 109/58, BAG 20.12. 1957 – 1 AZR 87/57, BAG 31.10. 1958 – 1 ABR 632/57, AP Nr. 3, 5, 10, 11 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit. Gleiche Wirkung kommt einer Einigung der beteiligten Gewerkschaften über die Tarifzuständigkeit in einem Vermittlungsverfahren zu, BAG 15.11. 1963 – 1 ABR 5/63, AP Nr. 14 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit.
- 160 BAG 31.10. 1958 – 1 AZR 632/57, AP Nr. 11 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit; offengelassen in BAG 20.12. 1957 – 1 AZR 87/57 (Fn. 153).
- 161 *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 2 Rn. 99 ff.; *Rieble/Klumpp*, in: *MünchArbR* (Fn. 1), § 164 Rn. 87 ff.; *Franzen*, in: *ErfK* (Fn. 1), § 2 TVG Rn. 35; *Jacobs*, *Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz*, 1999, S. 212 ff.; *Ricken* (Fn. 79), S. 175 ff.; *Konzen*, *Die Tarifzuständigkeit im Tarif- und Arbeitskämpfrecht*, Festschrift Kraft, 1998, S. 291, 314.

nehmens zuständige Gewerkschaft bis zu einem gegenteiligen Schieds-
spruch weiterhin allein tarifzuständig ist. Der Konzernbezug in der
Satzung der branchenfremden Gewerkschaft wirkt sich also nicht aus, so-
lange die Vermittlungsstelle oder das Schiedsgericht dies nicht bestätigt
haben.

Der Konzern wird daher Vorsicht walten lassen müssen, wenn die ver-
handelnde Gewerkschaft sich auf eine Konzerntarifzuständigkeit nach
ihrer Satzung beruft. Sofern eine weitere DGB-Gewerkschaft für ein
Konzernunternehmen tarifzuständig ist, sollte die Arbeitgeberseite (vor
allem bei einem Sanierungstarifvertrag) darauf bestehen, diese an den
Verhandlungen und dem Abschluss des Tarifvertrags zu beteiligen¹⁶².
Ansonsten läuft sie Gefahr, dass der Tarifvertrag bei einem gegenteiligen
Schiedsspruch insoweit¹⁶³ unwirksam ist.

E. Fazit

Meine Damen und Herren, wie ist es nun um die Tarifbindung im Konzern
bestellt? Wir haben gesehen, dass die fehlende Tariffähigkeit des
Konzerns auf Arbeitgeberseite durchaus zu kompensieren ist. Sowohl der
mehrgliedrige Tarifvertrag als auch die Gründung eines Konzern-
Arbeitgeberverbands sind taugliche Gestaltungsformen einer konzern-
einheitlichen Tarifbindung. Die Probleme, die sich aus Veränderungen im
Konzernverbund ergeben, sind lösbar. Sie können nach der hier ver-
tretenen Auffassung schon im Vorfeld von den Tarifvertragsparteien ge-
regelt werden.

Aufgrund der gewerkschaftsfreundlichen Rechtsprechung des BAG zur
Nachbindung sowohl beim Verbandsaustritt als auch im Fall der Ver-
bandsauflösung wird der Weg über einen Firmentarifvertrag aus Arbeit-
gebersicht wohl regelmäßig attraktiver sein als die Gründung eines
Konzernverbands.

Erhebliche Schwierigkeiten sind dagegen auf Arbeitnehmerseite zu ver-
zeichnen. Zwar kann die Gewerkschaft ihre Tarifzuständigkeit durch
Satzungsänderung jederzeit auf den Konzern ausweiten. Hierdurch ent-
stehen aber regelmäßig Kompetenzüberschneidungen mit anderen Ge-
werkschaften, die innerhalb des DGB ein Schiedsverfahren erforderlich
machen. Bis zu einem auch für den Arbeitgeber verbindlichen Schieds-
spruch ist nach der Rechtsprechung des BAG für jedes Unternehmen die
zuvor zuständige Gewerkschaft allein tarifzuständig.

162 Vgl. Rieble, *Der Konzern* 2005, 549, 552.

163 Vgl. BAG 15.11. 2006 – 10 AZR 665/05 (Fn. 144), 451; *Franzen*, in: *ErfK*
(Fn. 1), § 2 TVG Rn. 38; *Löwisch/Rieble* (Fn. 1), § 2 Rn. 185.

Aus diesem Grund sind alle rechtspolitischen Überlegungen, dem Konzern oder der Konzernobergesellschaft Tariffähigkeit für sämtliche Konzernunternehmen zuzusprechen, hinfällig, sofern nicht zugleich eine entsprechende Regelung für die Gewerkschaftsseite getroffen wird.

Diskussion

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Fantastischen Dank, Herr *Höpfner*, für diese klugen Ausführungen. Meines Erachtens hat der Konzerntarifvertrag keine sehr große Zukunft, insbesondere nach der Rechtsprechung des BAG, das den Unterstützungstreik zumindest inzwischen ermutigt. Von daher meine ich, dass auch die technischen Fragen, die Sie hier intensiv erörtert haben, eine ganz große Zukunft und eine sehr hohe Relevanz haben. Damit möchte ich aber auch die Diskussion eröffnen und bitte um Wortmeldungen.

Dr. Andrea Nicolai, Deutsche Post AG, Bonn:

Jetzt weniger zum Vortrag von Herrn *Höpfner* aber zu Ihrer Bemerkung. Thema: Unterstützungstreik. Tarifrecht kann man nie ohne Arbeitskampfrecht machen. Das wissen wir alle. Wenn ich keinen Konzerntarifvertrag kenne und wenn es ihn nicht gibt, dann ist er schlichtweg nicht erstreikbar. Dann ist ein etwaiger Streik, der sich tatsächlich auf so etwas richten würde, auf ein rechtlich unmögliches Ziel gerichtet. Sie müssten also, wenn Sie als Gewerkschaft tatsächlich konzerneinheitliche Regelungen erreichen wollen, tatsächlich jeder einzelne für jedes einzelne Unternehmen einen eigenen Tarifabschluss anstreben und auch entsprechend dann die Streikaufrufe fassen. Anders kann ich mir das im Moment nicht vorstellen. Jetzt haben Sie mich wachgerüttelt. Das kann nicht funktionieren. Ich weiß im Moment auch nicht, warum das Thema Unterstützungstreik eine große Rolle spielt? Sie haben natürlich recht, vor allem bei kleinen Tochterunternehmen kann das schon einmal vorkommen, wenn die Gewerkschaft nicht gerade den nötigen Organisationsgrad hat, dass man über einen Unterstützungstreik nachdenkt, aber in Verbindung mit dem Thema Konzerntarifvertrag habe ich das bis jetzt noch nicht gesehen.

Richard Giesen:

Ganz einfach deswegen, weil den Unterstützungstreik die Belegschaft des einen Konzernunternehmens zugunsten eines Tarifvertrags, der mit der anderen Konzerngesellschaft geschlossen werden soll, betreiben kann. Das ist die zwangsläufige Logik der ganzen Angelegenheit. Für mich ist das selbstverständlich. Soll ich das wiederholen, was ich gerade gesagt habe? Ich hatte nicht einen Konzerntarifvertrag im Sinne von Herrn *Höpfner*, den es nämlich nicht gibt, sondern eine der eben hier referierten

Konstruktionen, die dazu führen, dass in einem Konzern gleichartige Regelungen gelten und dass diese einheitlich erstritten werden können. Ich interpretiere das Unterstützungstreikurteil des BAG ausschließlich und nur in diesem Sinne, nämlich dieses aus Gewerkschaftssicht bestehende Defizit, dass es den Konzerntarifvertrag nicht gibt, und zwar zu Recht nicht gibt, siehe *Höpfner*. Dass dieses Defizit auf der Kampfseite ausgegült wird. Für mich ist das selbstverständlich.

Ich wollte aber nicht von der Thematik des Vortrags ablenken, sondern eigentlich nur die Relevanz des Vortrags unterstreichen. Wir können aber auch über Arbeitskampfrecht sprechen. Da ist Herr *Höpfner* auch bewandert. Sonst bitte ich um weitere Wortmeldungen.

Dr. Clemens Höpfner, Universität zu Köln:

Vielleicht darf ich noch einmal ganz kurz eingreifen. Frau *Nicolai*, Sie haben völlig recht, mit dem, was Sie gesagt haben zur Mobilisierung. Das hatte ich auch in meinem Skript. Das habe ich aus Zeitgründen weggelassen. Das ist auch ein wesentlicher Punkt, ein wesentliches Interesse, das die Gewerkschaft an dem konzernerheitlichen Tarifvertrag – um ihn einmal so zu nennen – hat, dass sie nur einmal ihre Mitglieder mobilisieren muss und nicht bei jedem Tochterunternehmen selbst. Das würde ich auch eher von der Frage Sympathiearbeitskampf trennen, da jedenfalls nach herkömmlicher Lesart war auch schon vor 2007 der Sympathiestreik auch innerhalb des Konzerns wegen wirtschaftlicher Verflechtungen möglich. Ich glaube eher, dass dieses Mobilisierungsargument das entscheidende sein wird auf Gewerkschaftsseite.

Richard Giesen:

Deswegen habe ich auch gesagt, ermutigt. Frau *Windbichler*:

Professor Dr. Christine Windbichler, Humboldt-Universität, Berlin:

Wenn Sie eine einheitliche Tarifsituation haben, haben Sie natürlich auch eine einheitliche Situation hinsichtlich der Friedenspflicht. Das ist nur ein Aspekt. Sie sprachen das GWB und einen eventuellen Kartellverstoß an und sagten: „Schade, dass Herr *Rieble* nicht da ist.“ Ich habe auch einmal ein bisschen Kartellrecht gemacht. Ich glaube, Sie haben recht. Das sogenannte Konzernprivileg wird in diesen Fällen sicherlich greifen. Zwei andere Fragen. Die eine: Hat sich für Ihre Themenstellung etwas ergeben aus der Neufassung des § 3 BetrVG? Da haben wir eine Konstellation, die

nach einer konzerneinheitlichen tariflichen Regelung fragt von Gesetzes wegen. Das andere Fragezeichen ist: Von welchem Konzernbegriff gehen Sie eigentlich aus? Im TVG kommt ein Verweis auf § 18 AktG nur ganz versteckt und auch nicht sonderlich relevant vor, nämlich in § 12a Abs. 2. Daraus ergibt sich nichts. § 3 BetrVG ist auch kein Problem, da haben wir den Verweis in den Konzernbetriebsratsvorschriften. Aber der gesamte übrige Bereich, § 311 AktG, setzt keinen Konzern voraus. Nehmen Sie § 17 AktG, nehmen Sie § 18 AktG, warum überhaupt Aktiengesetz? Warum nehmen Sie nicht § 290 HGB? Dickes Fragezeichen. Sie können es umgekehrt machen und sagen: „Ich nehme Konzern als undefinierten Oberbegriff und sortiere dann die jeweilige konkrete Beziehung der Unternehmen untereinander nach Intensität, ob zum Beispiel diese faktische Weisungsgebundenheit tatsächlich da ist.“ Die Gesellschaftsrechtler würden sich an Ihrem Sprachgebrauch mit den Weisungen sehr stören, das nur als Fußnote. Die Frage ist: Welchen Konzernbegriff legen Sie zugrunde?

Clemens Höpfner:

Um vielleicht gleich den zweiten Punkt aufzugreifen: Es ging mir weniger darum, einen technischen Konzernbegriff zu §§ 17, 18 AktG zu transportieren. Das haben Sie auch gemerkt. Es ging mir eigentlich immer nur um die beiden Fallgruppen Weisungsbefugnis kraft Beherrschungsvertrag nach § 308 AktG und faktische Einwirkungsmöglichkeit durch Mehrheitsanteile an einem Unternehmen nach § 311 AktG. Das sind die beiden Fallgruppen, die ich mir so vorstelle, und als Oberbegriff dient dafür quasi im untechnischen Sinn der Konzern. Man müsste das Thema, da haben Sie recht, nicht nur präzisieren was die Tarifbindung angeht in dem Konzerntarifvertrag, sondern auch hinsichtlich des Konzernbegriffs: Tarifbindung bei Beherrschungs- und bei Weisungsverhältnissen und der Ausübung von Mehrheitsbefugnissen in Unternehmen. Das wäre dann dasjenige, über das ich hier gesprochen habe.

Was den § 3 BetrVG betrifft, mit den Spartenbetriebsräten, glaube ich, dass das keine Auswirkungen hat. Auch bei Nr. 3 ist es so, dass ich das durch mehrere selbstständige Tarifverträge regeln kann. Sie müssen nicht zwangsläufig rechtlich einheitlich sein, sondern nur das Ergebnis muss einheitlich sein und dann kann ich das steuern. Von daher glaube ich, dass das Argument aus der Nr. 3 auch nicht großartig weiterbringt. Schlicht und einfach: Ich glaube, es ändert sich nichts daran. Das spielt keine Rolle in meiner Argumentation.

Richard Giesen:

Also habe ich Sie richtig verstanden, dass der § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG dann ohne Probleme zur Anwendung kommt, wenn man eine Ihrer Konstruktionen wählt, die zu einer gleichlautenden Regelung von Tarifvertragsvorschriften in den beteiligten Unternehmen führt.

Clemens Höpfner:

Ja, genau.

Richard Giesen:

Haben wir noch Wortmeldungen? Dann darf ich ganz herzlich danken für Ihre geschätzte Aufmerksamkeit. Bevor ich das Schlusswort unserem lieben Gastgeber Herrn *Jacobs* überlasse, möchte ich erst einmal Ihnen, lieber Herr *Höpfner*, ganz herzlich danken für Ihren wunderbaren Vortrag. Ich möchte im Namen des ZAAR auch für Ihr Kommen und für Ihre Aufmerksamkeit danken. Am 19.11. 2010 werden wir ganz weit weg von hier und südlich des Weißwurstäquators die Ludwigsburger Rechtsgespräche zum Thema Mindestlöhne führen. Obwohl es so weit weg ist, möchte ich vor allem auch die Österreicher einladen, das ist klar, aber auch die Nordlichter. Damit möchte ich das Schlusswort dem Kollegen *Jacobs* übergeben.

Professor Dr. Matthias Jacobs, Bucerius Law School, Hamburg:

Ich möchte gar kein langes Schlusswort mehr sprechen. Die Zeit ist doch schon recht fortgeschritten. Ich freue mich sehr, das sage ich jetzt noch einmal im Namen des noch anwesenden Herrn *Giesen*, dass Sie alle gekommen sind, dass Sie durchgehalten haben. Ich glaube, wir haben eine Menge heute gelernt. Es war, fand ich jedenfalls, sehr bereichernd und ich werde mich beim ZAAR dafür einsetzen, ob man nicht nächstes Jahr die Tagung wieder hier oben macht. Ich möchte selbst ganz kurz vier kurze Veranstaltungshinweise loswerden. Wir bekommen noch viermal in diesem Jahr Besuch von BAG-Richtern. Sie werden per E-Mail informiert. Ich möchte trotzdem kurz darauf hinweisen: Am 24.9. wird ein Richter aus dem 4. Senat über aktuelles Tarifrecht referieren. Dazu gesellt sich ein Herr vom LAG, um über die aktuelle Rechtsprechung des Landesarbeitsgerichts Hamburg zu sprechen. Am 29.10. 2010 gibt es eine Ortstagung des Arbeitsgerichtsverbands hier in Hamburg. Da wird das Generalthema Tarifeinheit sein; da kommt auch ein Richter aus dem 4. Senat, Herr *Kreuzfeld*. Das werden wir so ähnlich machen wie im vergangenen Jahr

zur Leiharbeit mit einer Podiumsdiskussion. Auch dazu erhalten Sie demnächst eine Einladung. Am 18.11. 2010 findet das Praktikerseminar statt, was Sie ja wohl alle kennen. Da haben wir Herrn *Schmitz-Scholemann* aus dem 2. Senat, der über aktuelles Kündigungsschutzrecht sprechen wird. Und den Schlusspunkt in diesem Jahr bildet unsere neue Reihe: Seit diesem Jahr aktuelles Arbeitsrecht Donnerstag abends mit Herrn *Breinlinger* aus dem 8. Senat. Den haben Sie vielleicht hier schon einmal erlebt. Er wird über aktuelle Rechtsprechung zum AGG sprechen und hat mir versprochen, dass er Einiges zu erzählen hätte. In diesem Sinn wünsche ich Ihnen noch einen schönen Nachmittag, hoffentlich nicht mehr zu lange im Büro, eine gute Heimfahrt und ein schönes Wochenende. Vielen Dank.

Diskussionsteilnehmer

Aschauer, Paula – Seite 109

Asmussen, Nils – Seite 42

Caspers, Georg – Seite 36, 38, 42, 43

Gaidies, Reinhard – Seite 40

Giesen, Richard – Seite 74, 97, 98, 100, 103, 108, 110, 149, 150, 152

Hanau, Hans – Seite 101

Höpfner, Clemens – Seite 150, 151, 152

Huke, Rainer – Seite 74

Jacobs, Matthias – Seite 36, 73, 76, 152

Junker, Abbo – Seite 97

Mengel, Anja – Seite 73, 74, 75, 76, 99

Nicolai, Andrea – Seite 37, 73, 75, 149

Schäfer, Carsten – Seite 98, 99, 100, 101, 102, 103, 108

Schaefer, Rolf – Seite 43

Schmitt-Rolfes, Günter – Seite 40

Schulte, Axel – Seite 102

Steffan, Ralf – Seite 36

Windbichler, Christine – Seite 41, 100, 150

Wisskirchen, Gerlind – Seite 108, 109, 110

Sachregister

Arbeitnehmerüberlassung

- Gesetzesänderungsvorschlag 70 f.
- konzerneigene 47
- Vermittlungsvermutung 57 ff.

Arbeitskampfrecht 149

Arbeitsverhältnis als Zweiparteienverhältnis 33 f.

Beherrschungsvertrag 42, 83, 85, 90, 96, 125

Betriebsrente

- Anpassung im Konzern 80 f.
- Anpassungsprüfungspflicht 78 ff.
- BAG-Rechtsprechung 81 ff., 85, 91 ff.
- Berechnungsdurchgriff 80 f.
- Berechnungsdurchgriff faktischer Konzern 82, 86 ff.
- Berechnungsdurchgriff Vertragskonzern 83, 88
- Kapitalausstattungspflicht 89 f.
- Lösung über § 826 BGB 94 f., 96 ff., 101
- Rentnergesellschaft 84 f.

Betriebsübergang 30 f., 63

- betriebsmittelarme Betriebe 63
- betriebsmittelgeprägte Betriebe 64

Betriebsübergangsrichtlinie 30

Bezugnahmeklauseln 143 ff.

„Equal pay“-Grundsatz 50, 52, 55 f., 69 f.

Firmentarifvertrag 140 ff.

Fürsorgepflicht 31

Funktionsinhaber 34

Funktionsnachfolger 34

Gestaltungsmisbrauch 27 ff., 33 f.

„Klebeffekt“ 57

Konzernleihe

- Arbeitnehmerrisiko 55
- dauerhafte 50 f., 54
- Modelle 49 ff.
- Rechtsmissbrauch 51 ff., 59 f.
- Verleiher-Risiko 54
- Verleihunternehmen 47, 52, 54
- vorübergehende 49

Konzernrisiko 25 f., 32 f., 35

Konzerntarifvertrag

- Durchgriff 117 ff.
- Einheitstarifvertrag 128 ff.
- Gestaltungsformen 117 ff.
- Gestaltungsformen „Konzern-Arbeitgeberverband“ 136 ff.
- Tarifbindung – Beendigung 134 ff.

- Tarifbindung – Begründung 132 ff.
- Tarifbindung – Bezugnahme 143 ff.
- Tarifbindung – konzerneinheitliche 115
- Zustandekommen durch inhaltsgleiche Tarifabschlüsse 127
- Zustandekommen durch Stellvertretung bei Vertragsschluss 119 ff.
- Zweck – Arbeitgeberseite 116 f.
- Zweck – Arbeitnehmerseite 116
- Konzernversetzungsklausel 37
- Kündigung
 - Austausch Kündigung 29
 - betriebsbedingte 26, 34, 55
 - unsachliche, willkürliche, rechtsmissbräuchliche 28 f.
- Kündigungsschutz
 - Bindung eines anderen Konzernunternehmens 23
 - durch § 613a BGB 30 f., 35, 38 f.
 - Durchgriff
 - Erweiterung
 - freier Arbeitsplatz in anderem Konzernunternehmen 22
 - Geltungsbereich KSchG 16 ff.
 - konzerndimensionaler 35
 - konzernweite Weiterbeschäftigung 19, 31, 33, 40
 - Weiterbeschäftigung 17, 32
- Leiharbeitsrichtlinie 53**
- Mitbestimmung**
 - Vermeidung im Konzern 106 f.
- Obergesellschaft 124 ff.**
 - Organisationsentscheidung/-verschiebung/-verlagerung 27, 29, 30
- Pensionssicherungsverein 83**
 - Personaldienstleister
 - konzerninterner 48, 52, 72
 - „**Schlecker-Klauseln**“ 67
 - tarifvertragliche 67 ff.
 - Societas Europaea 107, 109
- Tarifgemeinschaft 130 ff.**
 - Tarifverträge
 - Publizität 120 ff.
- Unternehmerentscheidung 26**
 - Urteile
 - „Gamma“-Entscheidung 93 f., 95
 - Rheumaklinik-Urteil 28 f.
 - Team-Dispatcher-Entscheidung 29
 - Trihotel 101 f.
 - Urteil Albron 65 ff.
 - Urteil Ayse Sützen 31
 - Urteil Christel Schmidt 31
- Wechselbereitschaft 23**
 - Wettbewerbsverbot 43

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble, Abbo Junker und
Richard Giesen

ISSN 1863-0847

Band 1

Zukunft der Unternehmensmitbestimmung

1. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)

Band 2

Zukunft des Arbeitskampfes

1. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)

Band 3

Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit

2. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)

Band 4

Robert Lubitz

Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)

Band 5

Transparenz und Reform im Arbeitsrecht

2. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)

Band 6

Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?

3. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)

Band 7
Till Brocker
Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

Band 8
Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9)

Band 9
Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8)

Band 10
Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2

Band 11
Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9

Band 12
Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6

Band 13
Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0

Band 14
Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7

Band 15
Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4

Band 16

Kartellrecht und Arbeitsmarkt

6. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7

Band 17

Bernd Wiebauer

**Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der
Mitbestimmung**

ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4

Band 18

Neues Arbeitskampfrecht?

7. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1

Band 19

Christian A. Velten

**Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und
arbeitsrechtliche Analyse**

ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8