

Henner Wolter
Arbeitsrecht bei Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen
Resultate der Privatautonomie





HSI

Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

Das HSI ist ein Institut
der Hans-Böckler-Stiftung

Band 40
HSI-Schriftenreihe



Arbeitsrecht bei Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen



Resultate der Privatautonomie

Henner Wolter



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.

© 2021 by Bund-Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Umschlaggestaltung: A&B one Kommunikationsagentur GmbH, Berlin
Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld
Druck: CPI books GmbH, Birkstraße 10, 25917 Leck

ISBN 978-3-7663-7167-6

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung
außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des
Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen,
Mikroverfilmungen und die Speicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.bund-verlag.de

Geleitwort

Umstrukturierungen, In- und Outsourcing stehen im Wirtschafts- und Arbeitsleben nicht nur in Krisenzeiten auf der Tagesordnung. Oft dienen sie dem Ziel, Kosten zu senken – sei es über eine modernisierte, oft digitalisierte Arbeitsweise, über vermiedene Steuern und Abgaben oder über reduzierte Personalkosten. So verwundert es nicht, dass am Ende allzu oft nicht menschenge-rechtere Arbeitsbedingungen und auch keine verbesserte Mitbestimmung stehen, sondern eine Erhöhung des Workloads, Hindernisse für Betriebsratsarbeit, Unternehmensmitbestimmung und Tarifbindung, sowie eine verringerte gewerkschaftliche Durchsetzungskraft.

Im vorliegenden Band beleuchtet Prof. Dr. Henner Wolter, Humboldt-Universität zu Berlin, arbeitsrechtliche Bezüge von Umstrukturierungen. Er hat dieses Thema bereits früh erschlossen und gehört zu den Wenigen, die sich diesem aus der Perspektive von Beschäftigten und ihren Interessenvertretungen annehmen. Der vorliegende Band knüpft an diese Vorarbeiten an, widmet sich aber zahlreichen aktuellen Rechtsfragen wie dem einschlägigen Unionsrecht, der Regulierung von Betriebsübergängen, Privatisierungen, Kündigungsschutz oder dem Betriebsbegriff.

Hier geht es – gleichermaßen handlungsbezogen wie wissenschaftlich fundiert – um die Konsequenzen von Umstrukturierungen, seien sie als Betriebsübergang oder andere gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung zu qualifizieren. Die Arbeit befasst sich mit Strategien und bietet Handlungsempfehlungen für die Praxis. Dabei liegt oftmals bereits in der Darstellung der Sach- und Rechtslage ihre Kritik, die sodann in einem eigenen Kapitel grundrechtlich und unter Einbeziehung internationaler Rechtsquellen fundiert wird. Schließlich gibt die Arbeit Impulse für Alternativen zum geltenden Recht und seiner Auslegung.

Eine angenehme Lektüre wünscht



Dr. Johanna Wenckebach
Wiss. Direktorin des Hugo Sinzheimer Instituts



Vorwort

Im Sommer 1984 erschien die erste Gesamtdarstellung zum Arbeitsrecht in der Umstrukturierung „Arbeitnehmerschutz bei Betriebsaufspaltung und Unternehmensteilung“ von Ulrike Wendeling-Schröder, WSI des DGB, Michael Blank und Thomas Klebe, beide IG Metall, Hermann Blanke und Henner Wolter, beide IG Druck und Papier, und Winfried Kümpel, Gewerkschaft HBV. Das Buch stellte u.a. Umstrukturierungen in der betrieblichen Praxis dar. Betroffene fassten Umstrukturierungen pointiert als „Klassenkampf über das Handelsregister“ oder „Klassenkampf von oben“ zusammen. Die Positionen des Buches waren Kritik der Umstrukturierung und Arbeitnehmerschutz.

Inzwischen steht fest: Die Praxis der Umstrukturierung ist allumfassend und branchenübergreifend, unabhängig von Unternehmensgrößen, nimmt den öffentlichen Dienst nicht aus, ist permanent. Ein Ende ist nicht absehbar. Sie hat Standards für die Arbeitsbeziehungen geschaffen, „Industriestandards“.

Das arbeitsrechtliche Schrifttum zur Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen entwickelte sich kongruent mit den Verhältnissen zwischen Kapital und Arbeit: 1987 erschien im Bund-Verlag noch die zweite – aber, wie sich schnell zeigen sollte, letzte – Auflage des Buchs zum Arbeitnehmerschutz. Für weitere Auflagen blieb danach keine Zeit. – Die deutsche Einigung 1989/90, Umstrukturierung einer ganzen Volkswirtschaft, beanspruchte alle gewerkschaftlichen Kräfte. Die neunziger Jahre waren geprägt von massenhaften Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen – Privatisierungen, Stilllegungen, Abwicklungen, mit gravierenden, auch gesamtdeutschen Konsequenzen für die Arbeitsbeziehungen.¹ Die Hartz-Gesetze 2002/2003 verschärften zu Lasten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Lage auf den Arbeitsmärkten. Der Binnenmarkt ab 2004 und die Erweiterung der EG folgten kurz danach. Jetzt konkurrieren die abhängig Beschäftigten hierzulande nicht mehr nur gesamtdeutsch mit ihren Kolleginnen und Kollegen Ost mit West, West mit Ost, sondern auf den Arbeitsmärkten der auf 28 Mitgliedstaaten erweiterten EU.

1 Vgl. z.B. *Wolter*, Vom Volkseigentum zum Privateigentum. Art. 14 GG und subjektives Recht als Determinanten der industriellen Beziehungen im Einigungsprozeß, 1998.

Unterdessen hatten Arbeitgeber und ihre Rechtsberater in den frühen 1990er Jahren das Arbeitsrecht in der Umstrukturierung als lukratives Geschäftsfeld entdeckt. Alsbald publizierten sie Resultate ihrer Unternehmensberatungen. Arbeitnehmerschutz bei Umstrukturierung interessierte dabei allenfalls, um ihn zu vermeiden. Diese Richtung klang schon in Schriftumstiteln an, wie etwa: „Arbeitsrecht in der Umstrukturierung – Strategie, Praxis, Vertragsgestaltung.“² Strategie, Praxis und Vertragsgestaltung waren nicht die von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, von Betriebsräten und Gewerkschaften.

Diese diametrale Sicht auf das Arbeitsrecht in der Umstrukturierung 1984/87 im Vergleich zum Arbeitsrecht heute kann auch als eine der zahllosen Erscheinungsformen der Veränderungen des Kräfteverhältnisses zwischen Kapital und Arbeit im Laufe der letzten fast 40 Jahre gelesen werden.

Interessen, Rechte, Strategie und Praxis von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die von Umstrukturierungen betroffen sind, zum Thema zu machen, steht mithin seit 1987 aus. Es ist an der Zeit, die Thematik in Anbetracht seither grundlegend veränderter Arbeitsbeziehungen wieder aufzugreifen. Dazu habe ich hier einen Schritt gemacht. Das Projekt haben Freunde und Kollegen kritisch begleitet: Tobias Hannemann, Detlef Hensche, Volker Neumann, Bernhard Schlink und Lutz Seybold. Allen sei Dank. Fehler und Ungenauigkeiten gehen nur zu meinen Lasten.

Dr. Johanna Wenckebach, Dr. Thomas Klebe und Dr. Ernesto Klengel (Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht) danke ich für die Förderung der Arbeit und ihre Aufnahme in die Schriftenreihe des HSI.

Berlin, im Mai 2021
Henner Wolter

2 Mückl u.a., Arbeitsrecht in der Umstrukturierung. Strategie, Praxis, Vertragsgestaltung, 4. Aufl. 2017.

Inhalt

Geleitwort	5
Vorwort	7
Erster Abschnitt: Aus der Praxis der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen	29
A. Einleitung	29
I. Allgemeines	29
1. Warum diese Arbeit?	29
2. Perspektive dieser Arbeit: Rechte und Interessen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in der Umstrukturierung	30
II. Subjekte und Objekte des Arbeitsverhältnisses im Allgemeinen	31
1. Das Arbeitsverhältnis als Subjekt-Objekt-Verhältnis	31
a) Rechtliche Grundlagen	31
b) Faktische Grundlagen	31
2. Subjektive Rechte im Arbeitsverhältnis; rechtliche Geltung	32
a) Rechtsgrundlagen der Rechtssubjektivität von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern	32
b) Verfahrensrechtliche Aspekte der Rechtssubjektivität von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern	33
3. Interessen im Arbeitsverhältnis; faktische Wirksamkeit	34
III. Subjekte und Objekte in der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen im Besonderen	35
1. Objektstellung des Unternehmens in der Umstrukturierung	36
2. Rechtssubjektivität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer	36
3. Grundlagen der Darstellung	36
a) Fokus: Das einzelne Arbeitsverhältnis	36
b) Was hier nicht erörtert wird	37

IV. Allgemeine Zwecksetzungen: Rationalisierung durch Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen	37
1. Zwecke: Ablösung kollektiven Arbeitsrechts durch individuelle Privatautonomie im aufrechterhaltenen Arbeitsverhältnis	37
2. Zwecke: Personalabbau, Kündigung und ihre „strategische Reserve“	38
a) Personalabbau in der Umstrukturierung	38
b) Betriebsbedingte Kündigung und Massenentlassung als „strategische Reserve“ des Arbeitgebers	39
c) Weitere unüberprüfbare Unternehmerentscheidungen	39
3. Konsequenzen für die Darstellung	40
V. Das Schrifttum zur Relevanz der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen	42
B. Definitions- und Forschungsprobleme; Informationsdefizite	43
I. Begriffsbestimmung der Umstrukturierung?	44
1. Definitionsversuche	44
2. Drei „Ebenen“?	45
3. Vorrang des Gesellschafts- vor dem Arbeitsrecht?	47
II. Keine gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse über gesamtwirtschaftliche Resultate von Umstrukturierungen	49
1. Unbekannte Konsequenzen für das System der Arbeitsbeziehungen	49
2. Gründe	50
III. Keine empirische Forschung zu Umstrukturierungen, insbesondere nicht zu gesamtwirtschaftlichen Aspekten	51
IV. Die Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen als Teil der Entwicklung der Arbeitsbeziehungen	51
1. Keine Geschichte der Umstrukturierungen	51
2. Jedoch: einige Hinweise zu Umstrukturierungen in den „Jahrbüchern für Arbeitsrecht“	53
a) Allgemeine Aussagen zur Umstrukturierung in den „Jahrbüchern“	54
b) Arbeitslosigkeit; Deregulierung der Arbeitsbeziehungen und Umstrukturierung	55
c) Implikationen der Arbeitsmärkte nach der deutschen Einigung und der Ost-Erweiterung der EG/EU – verstärkte Billiglohnkonkurrenz	56



d) Arbeitsgesetze	56
e) Tarifautonomie	57
V. Resümee	58
VI. Was hier nicht zum Thema wird: Neue „Runden“ der Fortentwicklung der Arbeitsbeziehungen – Arbeit 4.0, Corona, Digitalisierung, Transformation	59
C. Soziale und rechtliche Wirkungen von Umstrukturierungen	61
I. Aktueller Bedeutungsverlust kollektiven Arbeitsrechts	62
1. Rückläufige Tarifgebundenheit – Tariffucht	62
2. Rückläufige betriebliche und Unternehmens- mitbestimmung – Flucht aus der Mitbestimmung	64
3. Substitution kollektiven Arbeitnehmerschutzrechts durch individuelles Arbeitsrecht	65
II. „Flickenteppich“ der kollektivrechtlich gestalteten Arbeitsbedingungen	65
III. Einzelwirtschaftliche Rationalität versus gesamt- wirtschaftliche Irrationalität	67
IV. Insbesondere: Kompensation zugunsten der Rechts- subjektivität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen? Beispiel MiLoG	68
V. Insbesondere: Milderung von Funktionsdefiziten der Vertragsfreiheit bei der Arbeitsvertragsgestaltung durch Gesetze zugunsten des einzelnen Arbeitnehmers?	69
1. Das AGG	70
2. AGB-Kontrolle	71
D. Resümee	73
E. Praxisfälle	74
I. Unterscheidung der Fallbeispiele nach Formen der Umstrukturierung	74
II. Umstrukturierung durch Betriebsübergang im Wege der Einzelrechtsnachfolge – alles „bloß auf dem Papier“	75
1. Ein Urteil des BAG: Betriebsübergang statt Betriebs- stilllegung	75
2. Die Umstrukturierung im Zusammenhang unter- nehmerischer Maßnahmen versus Beschränkung der Entscheidung des Gerichts auf den Streitgegen- stand des Einzelfalls	77



III. Umstrukturierung durch Unternehmensaufspaltung nach dem UmwG	78
1. Keine organisierte Zusammenfassung von Ressourcen mit eigenem Zweck vor Aufspaltung	78
2. Unwirksamer Interessenausgleich mit Namensliste nach § 323 Abs. 2 UmwG	79
3. Wahlrecht des Arbeitnehmers, welchem aus der Unternehmensaufspaltung hervorgegangenen Unternehmen er angehören will	80
4. Schlussfolgerung	80
IV. Aufspaltung des Betriebs und anschließende Teilbetriebsübergänge durch Einzelrechtsnachfolge – der „Ja-Sager/Nein-Sager“-Fall vor dem BAG	81
1. Sachverhalt und Klageanträge	81
2. Ausgang des Verfahrens und Resümee	83
V. Unternehmensinterne Umstrukturierungen – Auswechseln von Betriebsleitungen als Eingliederung?	85
VI. Formelle und materielle Privatisierungen	86
F. Überblick über die Darstellung im Zweiten bis Vierten Abschnitt	87
Zweiter Abschnitt: Sachverhalte und Probleme der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen	92
A. Begriffliche, faktische und rechtliche Aspekte zu Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen	92
I. Ausgewählte Umstrukturierungsformen	92
II. Enges und weites Verständnis der Umstrukturierung	93
1. Engeres Verständnis der Umstrukturierung: Keine Änderung der konkreten Arbeitsprozesse; „alles auf dem Papier“	93
2. Weiteres Verständnis von Umstrukturierung – „Zusammenhänge“ mit anderen Formen der Rationalisierung; Unterschiede	95
a) Zusammenhänge	96
b) Unterschiedliche Auswirkungen verschiedener Formen von Umstrukturierungen auf die Arbeitsverhältnisse	99



III. Formen und Regelungen der Umstrukturierung	102
1. Grundsatz: Wahlfreiheit bezüglich des Ob, Wann und Wie der Umstrukturierung	102
2. Outsourcing	103
3. Rein unternehmensinterne Umstrukturierung; Betriebsspaltung	104
4. Privatisierung	105
5. Unternehmensorganisation des Arbeitgebers	107
6. Umstrukturierungs-„Kaskaden“; Beispiel: leveraged buy out	108
B. Zwecke und Wirkungen von Umstrukturierungen für Rechte und Interessen des Unternehmens im Einzelnen	109
I. Gründe der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen – Wettbewerb um Reduzierung der Personalkosten	109
II. Taktische und strategische Aspekte	111
1. Zwecke von Umstrukturierungen im Arbeitsverhältnis: Verbilligung der Arbeitskraft; Abbau von Arbeitsplätzen	111
2. „Teile und herrsche“	111
a) Aufhebung unternehmerischer Herrschaft durch Teilung	111
b) Inhalt und Umfang konkreter Arbeit versus ihre formalrechtliche Zerteilung	112
3. Auseinanderfallen der rechtlichen und der sozialen Macht in den Arbeitsbeziehungen	112
4. Schwächung der betrieblichen Verbundenheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer	113
5. Strategie und Taktik der Umstrukturierung	114
a) „Salami-Taktik“	114
b) Kern- und Randbelegschaften	115
c) Bestehende versus künftige Arbeitsverhältnisse	116
d) Arbeitsverhältnisse in Parallel-, Sukzessiv- und sonstigen Ergänzungs- oder „Austausch“-Gesellschaften	116
6. Haftungsbegrenzung	119
7. Kleine und große Fluchten	121
a) Flucht aus kollektivem Arbeitsrecht	121



b) Flucht in eine „freundlicher gesinnte Jurisdiktion“ (Pistor)	122
8. Komplexität des Umstrukturierungsprozesses versus punktuelle Geltung des Arbeitsrechts	123
9. Allgemeines: Gewinnsicherung und -erhöhung	125
III. Aspekte des Arbeitsrechtssystems	125
1. Tarifverträge	125
2. Arbeitskampfrechtliche Aspekte von Umstrukturie- rungen	128
3. Individualarbeitsrechtliche Konsequenzen	129
a) Schwellenwerte	129
b) Arbeitsgerichtlicher Schutz bei betriebsbedingter Kündigung – Unternehmensbezug der Weiter- beschäftigung; Betriebsbezug der Sozialauswahl	129
c) Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz	130
C. Folgen von Umstrukturierungen mit und ohne Betriebs- inhaberwechsel für die Interessen und Rechte der Arbeit- nehmerinnen und Arbeitnehmer	131
I. Rechtliche Irrelevanz von Umstrukturierungen für das Arbeitsverhältnis?	131
1. Was dem „Zugriff des Arbeitsrechts“ entzogen sein soll	131
2. Begrenzte Bedeutung des Arbeitsrechts in der Umstrukturierung	132
II. Rechtliche Relevanz von Umstrukturierungen für das Arbeitsverhältnis	133
1. Widerspruch gegen den Betriebsinhaberwechsel	134
a) Gemeinsamer Widerspruch durch mehrere Beschäf- tigte – Rechtsmissbrauch?	134
b) Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers bei Widerspruch	135
c) Alternativen: Personalüberleitung; Personal- gestellung?	136
d) Änderungskündigung mit dem Ziel der Weiterarbeit beim Erwerber	137
2. Kein Widerspruchsrecht bei Verschmelzung, Vermö- gensübertragung und Unternehmensaufspaltung	137

3. Objektstellung des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang in betriebsmittelarmen Betrieben	139
a) Betriebsmittelarme Betriebe	139
b) Übergang des wesentlichen Teils der Belegschaft	140
4. Berufung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf unzureichende bzw. falsche Unterrichtung gemäß § 613a Abs. 5 BGB	142
5. Rechte des Betriebsrats und betroffener Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer bei Kündigung nach unternehmensinterner Aufspaltung und Widerspruch („Ja-Sager und Nein-Sager 2“)	143
a) Betriebsverfassungsrechtliche und kündigungsschutzrechtliche Konsequenzen	143
b) Schlussfolgerungen	145
6. Rechte des Betriebsrats – Relativierung der Objektstellung des Arbeitnehmers?	146
a) Rechte des Betriebsrats bei Funktionsnachfolge	146
b) Rechte des Betriebsrats beim Betriebsübergang	147
c) Rechte des Betriebsrats bei Trennung in eine Besitz- und Produktionsgesellschaft	148
7. Relativierung der Objektstellung des Arbeitnehmers bei Umstrukturierungen nach dem UmwG	150
a) Namensliste im Interessenausgleich (§ 323 Abs. 2 UmwG)	150
b) Grob fehlerhafte Zuordnung	151
8. Zuordnung im Spaltungsvertrag (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 126 UmwG) und Wahlrecht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zum Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf eines der aus der Spaltung hervorgegangenen Unternehmen	152
III. Zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht und arbeitsvertragliche Gestaltungsfreiheit im Betriebsübergang	153
IV. Die Zuordnung vor dem Betriebsübergang, der Übergang der betrieblichen Leitungsmacht und die Betriebsidentität nach Betriebsübergang – Handlungsmöglichkeiten, Interessen und Rechtspositionen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer?	156
1. Identität der wirtschaftlichen Einheit im Ziel- und im Ausgangsbetrieb	156

a)	LAG Düsseldorf und EuGH: Wahrung der Identität beim Zielunternehmen (Klarenberg 1)	157
b)	BAG: abgrenzbare organisatorische Einheit und betrieblicher Teilzweck beim Ausgangsunternehmen (Klarenberg 2)	157
2.	Zuordnung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zur wirtschaftlichen Einheit und Interessen der betroffenen Arbeitnehmer	159
3.	Übergang der betrieblichen Leitungsmacht	161
4.	„Identitätszerstörende Eingliederung“ oder „funktionelle Verknüpfung“ der übertragenen Faktoren beim Erwerber?	162
V.	Handlungsoptionen, Interessen und Rechtspositionen des Arbeitnehmers bei Spaltungen, Zusammenfassungen und Eingliederungen innerhalb des Unternehmens	163
1.	Unternehmensinterne Umstrukturierung versus Betriebsinhaberwechsel	163
a)	Ähnlichkeiten und Gemeinsamkeiten	163
b)	Unterschiede zwischen unternehmensinterner Umstrukturierung und Teil-Betriebsübergang	164
2.	Zuordnung der Arbeitnehmer vor Umstrukturierung des Betriebs und Vollzug	165
a)	Zuordnung	165
b)	Vollzug	166
3.	Wie und wodurch wird ein Betrieb gespalten oder zusammengefasst?	166
4.	Rechtsprechung zur „Volatilität“ von Betrieben, davon abhängige Interessen und Rechtspositionen von Arbeitnehmern	167
a)	Betriebsaufspaltung (Ja-Sager und Nein-Sager 3)	167
b)	Alles „bloß auf dem Papier“	169
c)	Betriebsabspaltung statt Betriebsaufspaltung?	170
d)	Weitere arbeitsrechtliche Konsequenzen des Erlöschens des Betriebs bei unternehmensinterner Betriebsaufspaltung?	170
e)	Folgeprobleme des „volatilen“ Betriebs bei unternehmensinternen Spaltungen, Zusammenfassungen und Eingliederungen	171

f) Insbesondere: Abteilungs-, Standortleiter und anderes herausgehobenes Personal – „institutioneller Leitungsapparat“?	172
g) Der Leitungsapparat in Rechtsprechung des LAG Düsseldorf und des LAG Hessen bei Eingliederung eines Betriebs in einen anderen	177
VI. Zur Effektivität der Wahrnehmung von Rechtspositionen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in der Umstrukturierung	184
1. Parteirollen im arbeitsgerichtlichen Rechtsschutz	184
a) Allgemeines	184
b) Der „First-Mover-Vorteil“ des umstrukturierenden Arbeitgebers	184
c) Aus der Praxis des Individualrechtsschutzes vor den Arbeitsgerichten	185
2. Richterrecht und Typen	186
a) Begriff des Typus im Allgemeinen	187
b) Typologie beim Betriebsübergang	188
c) Vortragslast des Arbeitnehmers zu § 613a BGB	190
d) Der Betriebsbegriff im BetrVG als Typus	191
e) Insbesondere: die Betriebsidentität und die betriebsverfassungsrechtliche Identität als Typen	192
f) Der Betriebsbegriff im Kündigungsschutzrecht als Typus	193
g) Insbesondere zur Darlegungslast beim Gemeinschaftsbetrieb	194
3. Probleme bei der Durchsetzung von Arbeitnehmerrechten und -interessen bei Umstrukturierungen	195
a) Fristen und Termine	195
b) Zeitprobleme des Betriebsrats: Zu späte oder fehlende Unterrichtung über die anstehende Umstrukturierung	197
c) Zeitdruck zulasten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern: Verfahrensdauer	198
d) Einfluss betroffener Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf die Umstrukturierung?	198

D. Zusammenfassung des Ersten und des Zweiten Abschnitts; Schlussfolgerungen	200
I. Zusammenfassung	200
II. Schlussfolgerungen	204
1. Überwiegende Objektstellung der von Umstrukturie- rungen betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeit- nehmern	204
2. Umfassende Geltung und einseitige Wirksamkeit individueller Privatautonomie im Arbeitsverhältnis	206
Dritter Abschnitt: Kollidierende Grundrechte der Parteien des Arbeitsvertrags	209
A. Rückblick und Vorschau	209
I. Was hier diskutiert worden ist	209
II. Was hier nicht diskutiert wird	210
III. Was hier, nicht aber im Schrifttum zur Umstrukturierung diskutiert wird	210
IV. Was der Dritte Abschnitt vor allem diskutiert: Kollidie- rende Rechte der Arbeitsvertragsparteien	210
B. Europäisches Sekundär- und Primärrecht in der Umstrukturi- erung – Anwendungsvorränge und Anwendungsfragen	211
I. Allgemeine Aspekte	211
1. Anwendungsvorränge europäischen Arbeitsrechts	211
2. Anwendungsvorrang der Grundrechte der GRC; unmittelbare Anwendbarkeit des Rechts der Union	213
3. Fragmentarisches europäisches Arbeitsrecht	216
4. Handeln der Mitgliedstaaten als Durchführung des Rechts der Union	216
a) Handeln von Mitgliedstaaten als „Recht der Union“ im Einzelnen	216
b) „Durchführung“ von Recht der Union	217
c) Grundrechte und Grundfreiheiten im Verhältnis zueinander	219
d) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe für die Beschränkung von Grundfreiheiten	220

e)	Einige Konsequenzen der Eröffnung des Anwendungsbereichs von Grundfreiheiten für die Arbeitsverhältnisse in Rechtsprechung des EuGH – das AGET Iraklis-Urteil des EuGH	220
f)	Kollisionen und praktische Konkordanz (Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GRC) im Arbeitsverhältnis als „mehrpolemig“ Rechtsverhältnis im Unionsrecht?	223
g)	„Praktische Konkordanz“ versus „strengere Schutzmaßnahmen“ (Art. 153 Abs. 4 AEUV)?	225
II.	Anwendung europäischen Arbeitsrechts auf Einzelfragen der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen	226
1.	Anwendungsvorrang europäischen Arbeitsrechts beim allgemeinen Kündigungsschutz (§§ 1ff., 23 KSchG)?	226
2.	Geltung europäischen Rechts bei der Massenentlassung (RL 98/59/EG)	229
3.	Geltung europäischen Rechts bei Betriebsinhaberwechseln (RL 2001/23/EG)	233
a)	Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne der BÜ-RL	234
b)	Irrelevanz der BÜ-RL bei unternehmensinterner Umstrukturierung und Funktionswandel	235
c)	Unterrichtungs- und Beratungsrechte der Arbeitnehmervertreter (Art. 7 Abs. 3 BÜ-RL)	235
d)	Günstigkeitsprinzip (Art. 8) und Öffnungsklauseln in der BÜ-RL	236
e)	Insbesondere: Kleine dynamische Bezugnahmeklauseln im Arbeitsvertrag und der Wesensgehalt der unternehmerischen Freiheit – Urteil des EuGH, Rs. Alemo-Herron	237
f)	Weitere Aspekte der BÜ-RL bezüglich der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen	241
4.	Privatisierung, Umstrukturierung und Anwendungsvorrang europäischen Rechts	242
III.	Fazit	243
C.	Rechte und Grundrechte im Arbeitsverhältnis	244
I.	Überblick	244

II. Ein Blick in jüngere Rechtsprechung des BAG zur Umstrukturierung mit Bezug zu Art. 12 GG im Arbeitsverhältnis	246
1. Gesetzliche Regelungen und Grundrechte der davon betroffenen Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber aus Art. 12 GG mit Bezug zur Umstrukturierung	248
a) § 6c Abs. 1 S. 1 SGB II (Jobcenter)	248
b) Privatisierung und Zusammenlegung der Universitätskliniken Gießen und Marburg nach dem hessischen UKG	249
c) Umstrukturierung und formelle Privatisierung der städtischen Kliniken Hamburgs nach dem HVFG (Gesetz über den Hamburgischen Versorgungsfonds)	250
d) Nichtraucherchutz gemäß § 5 Abs. 2 ArbStättV	250
e) Die zwingende Wirkung des § 613a BGB auch bei Spaltungen nach § 131 UmwG	251
f) Verschieben des Endes eines auf die Regelaltersgrenze befristeten Arbeitsverhältnisses (§ 41 SGB VI)	251
g) Bewilligung von Sonn- und Feiertagsarbeit (§ 13 Abs. 4 und 5 ArbZG)	252
2. Kollidierende Grundrechte der Arbeitsvertragsparteien aus Art. 12 Abs. 1 GG in praktischer Konkordanz in der Rechtsprechung des BAG, insbesondere bei Sachverhalten mit Bezug zur Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen	252
a) Kollidierende Grundrechte bei Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Betriebsübergang nach § 613a Abs. 6 BGB	253
b) Die außerordentliche betriebsbedingte Kündigung unkündbarer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit Auslaufrfrist im „sinnentleerten Arbeitsverhältnis“	253
3. Schlussfolgerungen: Keine Abwägung kollidierender Grundrechte des Arbeitgebers gegen die des Arbeitnehmers in wirtschaftlichen Angelegenheiten	257
III. Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 12 GG im Arbeitsverhältnis	259
1. Überblick	259
2. Art. 12 Abs. 1 GG und die Unternehmerfreiheit	260

3. Art. 12 GG auch Arbeitnehmer-Grundrecht	261
a) Das „Warteschleifen“-Urteil des BVerfG: Wahl und Beibehalten des Arbeitsplatzes	261
b) Warteschleifen-Urteil: Schutzpflichten des Gesetzgebers durch die geltenden Kündigungsvorschriften erfüllt	262
c) Das BVerfG zur Kleinbetriebsklausel: Kollidierende Grundrechte im Arbeitsverhältnis	262
d) Das AÜG 2002/2003 und die Hartz-Gesetze	263
e) Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 KSchG	264
f) Blutspendedienst des DRK – Tendenzunternehmen?	264
g) AGB-Kontrolle (§§ 305ff. BGB)	264
h) Betriebsübergang gemäß § 613a BGB in „betriebsmittelarmen“ Betrieben (Hausverwaltung)	264
i) „Zuvor-Befristung“ bei sachgrundloser Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG	265
IV. Verfassungsrechtliche Prinzipien der Rechtsprechung des BVerfG mit Bezug zum Arbeitsverhältnis	266
1. Arbeitsvertrag sowie Berufsfreiheit des Arbeitgebers und der Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer	266
2. Das „bipolare“ bzw. „mehrpulige“ Arbeitsverhältnis	267
a) Verteilung von Rechten und Chancen zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses	267
b) Kollisionslösungen des Arbeitsrechts	268
c) Kollidierende Grundrechte in praktischer Konkordanz	269
d) Prinzipien der Kollisionsregelung durch „praktische Konkordanz“	270
3. Verfahren praktischer Konkordanz	271
a) Vorrangige Aufgabe des Gesetzgebers	271
b) Inhalt und Umfang des Verhältnismäßigkeitsprinzips	272
c) Praktische Konkordanz durch Rechtsprechung der Arbeitsgerichte in normativ kaum geregelten Bereichen	273
4. Mittelbare Drittwirkung bei unmittelbarer Bindung (Art. 1 Abs. 3 GG) an die Grundrechte	275
a) Mittelbare Drittwirkung des Artikels 12 Abs. 1 GG	275
b) Mittelbare Grundrechtswirkung ähnlich weitgehend wie unmittelbare Grundrechtsbindung	275

c) Drittwirkung der Grundrechte bei allen auslegungsfähigen und -bedürftigen Tatbestandsmerkmalen zivilrechtlicher Vorschriften	276
5. Schlussfolgerungen	277
6. Insbesondere: Strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers im „asymmetrischen“ Arbeitsverhältnis	277
a) Allgemeine Bedingungen der strukturellen Überlegenheit des Arbeitgebers	278
b) Bedingungen struktureller Überlegenheit des Arbeitgebers in den kollektiven Arbeitsbeziehungen im Besonderen	279
c) Strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers im einzelnen Arbeitsverhältnis	279
d) Funktionen der Grundrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis	280
e) Insbesondere: Arbeitnehmergrundrechte und Berufsfreiheit	281
7. Keine Bestandsgarantie des Arbeitsverhältnisses, jedoch Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers „mitzugehen oder zu bleiben“; Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses	282
a) Nach § 613a Abs. 6 BGB und der BÜ-RL	282
b) Inhalt des Art. 12 Abs. 1 GG im Arbeitsverhältnis beim Widerspruch gegen den Betriebsübergang	282
D. Grundrechte der Arbeitsvertragsparteien in der Rechtsprechung des BVerfG zum Kündigungsschutz	283
I. Themen der beiden Beschlüsse des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 KSchG	283
1. Kollisionen von Grundrechten der Arbeitsvertragsparteien und verfassungskonforme Auslegung des Betriebsbegriffs	283
2. Die Verfahren; Begleitumstände	284
II. Inhalte der beiden Beschlüsse des BVerfG	285
1. Beschluss des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel (§ 23 Abs. 1 S. 2 KSchG; „Schwellenwert“)	285
a) Prüfungsgegenstand der Entscheidung des BVerfG: § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG 1951	285
b) Grundrechtliche Prüfungsmaßstäbe	286

c) Grundrechtseingriffe durch § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG?	286
2. Beschluss des BVerfG zur Anrechnung Teilzeitbeschäftigter auf den Schwellenwert (§ 23 Abs. 1 S. 3 KSchG; Anrechnungsmodalität)	288
3. Die Entscheidungsformeln	289
4. Verfassungskonforme Auslegung und Gesetzeskraft der Entscheidungen des BVerfG	289
a) Verfassungskonforme Auslegung des § 23 Abs. 1 KSchG am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG	290
b) Gesetzeskraft der Beschlüsse des BVerfG	292
c) Zusammenfassung zur „gespaltenen“ Gesetzeskraft der Entscheidungen des BVerfG zu § 23 Abs. 1 KSchG; Schlussfolgerungen	293
d) Die „Maßgaben der Entscheidungsgründe“	294
5. Kündigungsschutz „erster Klasse“ und „zweiter Klasse“	296
a) Kündigungsschutz „erster Klasse“: Teleologische und beschränkende Auslegung und Anwendung des Betriebsbegriffs	297
b) Kündigungsschutz „zweiter Klasse“ mit Bindungswirkung gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG?	297
III. Begleitumstände und weitere Aspekte der Gesetzgebung und Rechtsprechung zur Kleinbetriebsklausel	299
1. Resultate der jüngeren Arbeitsmarktforschung und Schwellenwerte	300
2. Weitere Resultate der Rechtsprechung des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel	302
a) Keine Berücksichtigung der Neuregelungen des § 1 Abs. 3 bis 5 KSchG in den Beschlüssen des BVerfG	302
b) Prüfungsgegenstände: unterschiedliche Gesetzesfassungen	302
c) Erwägungen welchen Gesetzgebers?	304
d) Beschäftigungs- oder mittelstandspolitische Erwägungen des Gesetzgebers?	306
e) Keine Verfahrensverbindung durch das BVerfG	307
IV. Gewichtung der kollidierenden Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmern im Beschluss des BVerfG zu § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG	307

1.	Die vom BVerfG einander gegenübergestellten „gewichtigen Belange“ der Parteien des Arbeitsverhältnisses	307
2.	Strukturelle Faktoren im Verhältnis Arbeit – Kapital hinreichend berücksichtigt?	308
a)	Immanente Schranken des Kündigungsschutzes	308
b)	Zur Kündigung funktional äquivalente oder ähnliche Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers	309
c)	Strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers im Beschluss des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel?	313
3.	Methodische Anforderungen an Feststellung und Auflösung von Kollisionen in mehrpoligen Rechtsverhältnissen	314
a)	Prinzipien in der Rechtsprechung des BVerfG	314
b)	Berücksichtigung methodischer Anforderungen im Beschluss des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel?	315
V.	Umsetzung der Maßgaben des BVerfG zum Betriebsbegriff durch die Rechtsprechung des BAG?	316
1.	Typologie statt Teleologie	316
2.	Ausnahme statt Einzelfall	318
3.	Einschränkender versus erweiterter Begriff des Kleinbetriebs	319
4.	Scharfe Trennung von Betrieb und Unternehmen?	319
5.	Praxisrelevanz des „Kündigungsschutzes erster und zweiter Klasse“	320
E.	Resümee; Ausblick	320
I.	Resümee	320
II.	Ausblick	322
Vierter Abschnitt: Privatisierung, Umstrukturierung und Arbeitnehmergrundrechte		326
A.	Privatisierung und Umstrukturierung durch und aufgrund von Gesetz	326
I.	Am Beispiel zweier Krankenhäuser	327
1.	Die beiden Sachverhalte im Vergleich	327
2.	Rechtsgrundlagen der hier betrachteten Umstrukturierungen und Privatisierungen	329

3. Die gerichtlichen Verfahren	330
4. Ausschluss des Widerspruchsrechts zulasten des Krankenpflegepersonals am Universitätsklinikum Gießen/Marburg (UKGM)	331
5. Gemeinsamkeiten und Unterschiede der beiden Umstrukturierungen und Privatisierungen	331
a) Eingriffe	331
b) Von unmittelbarer Grundrechtsbindung zur Grundrechtsträgerschaft in beiden Fällen	332
c) Arbeitnehmergrundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG bei Privatisierungen und Umstrukturierungen in der Rechtsprechung des BVerfG	333
d) Das Verständnis des § 613a BGB in der Rechtsprechung des BVerfG	333
II. Zur Umstrukturierung und Privatisierung der Hamburger städtischen Krankenhäuser im Einzelnen: Art. 3 Abs. 1 und 2 GG	334
1. Die Entscheidung des BVerfG zu Art. 3 Abs. 1 GG	334
a) Ungleichbehandlung; Beeinträchtigung	334
b) Vergleichbarkeit	335
c) Keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung	335
d) „Ausweichoption“; „Perspektive einer sicheren Weiterbeschäftigung“ in den städtischen Krankenhäusern Hamburgs?	337
2. Art. 3 Abs. 2 GG	338
a) Die Begründung des BVerfG	338
b) Schlussfolgerungen zur Gleichberechtigung bei weiteren Privatisierungen und Umstrukturierungen	339
3. Privatisierung und Umstrukturierung der Hamburger städtischen Krankenhäuser vor dem Hintergrund praktischer Erfahrungen mit Privatisierungen und Umstrukturierungen	340
a) Typischer Verlauf der Umstrukturierung – auch in diesem Fall	340
b) Relevanz des Gesamtprozesses der Privatisierung und Umstrukturierung	341

III. Das BVerfG zur Zusammenlegung und anschließenden Privatisierung der UKGM – Art. 12 Abs. 1 GG im Arbeitsverhältnis	343
1. Der Fall	343
a) Vergleich mit der Umstrukturierung und Privatisierung der Hamburger Krankenhäuser	343
b) Gesamtzusammenhang der Privatisierung der hessischen Universitätskliniken	344
2. Die Entscheidung des BVerfG	345
a) Die Entscheidungsformel	345
b) Inhalt der Entscheidung des BVerfG	345
3. Weitere Aspekte	347
a) Rechtsprechung zum Wechsel des Betriebsinhabers durch Rechtsgeschäft	347
b) Kein Widerspruchsrecht bei massenhafter Ausübung?	348
c) Kein Widerspruchsrecht wegen Gefährdung der Patientenversorgung?	348
d) Widerspruchsrecht in der Betriebsübergangsrichtlinie (Art. 3 RL 2001/23/EG)?	349
4. „Ausweichoption“ der widersprechenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im UKGM	350
IV. Fazit: Privatisierung und Umstrukturierung – nicht anders als in stets privaten Betrieben	350
B. Unmittelbare Grundrechtsbindung privatrechtlich verfasster Unternehmen bei Anteilsmehrheit der öffentlichen Hand	351
I. Das „Fraport“-Urteil: Eingriffe in Grundrechte Betriebsfremder durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen	353
1. Der Fall	353
2. Verfassungsrechtliche Aspekte des Fraport-Urteils	354
a) Grundsatz: Keine „Flucht ins Privatrecht“	354
b) Entweder Grundrechtsbindung oder Grundrechtsberechtigung; Grundrechtsschranken	354
3. Die Anteilsmehrheit der öffentlichen Hand	358
II. Beeinträchtigung der Grundrechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern durch Arbeitgeber in Unternehmen bei Anteilsmehrheit der öffentlichen Hand	359

1. Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG zu den beiden Krankenhausfällen	359
2. Gleichheitsgrundrechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei Umstrukturierung von im Mehrheitsbesitz der öffentlichen Hand stehenden Unternehmen durch diese	359
a) Gleichberechtigung von Männern und Frauen (Art. 3 Abs. 2 GG)	359
b) Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)	361
C. Arbeitnehmergrundrechte in der Umstrukturierung materiell privater bzw. privat beherrschter Unternehmen	361
I. Von der Anteilsmehrheit der Öffentlichen Hand an privatrechtlich verfassten Unternehmen zur Anteilsminorität und zum materiell privatisierten Unternehmen	361
II. Schlussfolgerungen für die Arbeitnehmergrundrechte bei Umstrukturierungen privatrechtlich verfasster Unternehmen	362
D. Zusammenfassung des Vierten Abschnitts	364
I. Überblick	364
II. Grundrechtseingriffe des Gesetzgebers	365
III. Grundrechtseingriffe des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens	366
Fünfter Abschnitt: Alternativen	368
A. Rückblick auf den Ersten bis Vierten Abschnitt	368
B. Regelungsformen, -inhalte und -verfahren	369
I. Forderungen an den Gesetzgeber?	369
II. Autonomes Recht aufgrund von Selbsthilfe durch Kollektivverträge (Betriebsvereinbarungen; Tarifverträge)	370
III. Rechtsargumentation vor Arbeitsgerichten	370
C. Insbesondere Rechtsargumentation: Alternativen zu Betriebsbegriffen der Rechtsprechung	371
I. Betriebsbegriff im Spiegel der Rechtsprechung und des Schrifttums	371
1. Allgemeiner Betriebsbegriff und spezielle Betriebsbegriffe	372

2. Jacobis Betriebs- und Unternehmensbegriff; Begrifflichkeiten der Praxis	373
a) Jacobis Definition	373
b) Betrieb und Unternehmen in der Rechtsanwendung	373
c) Normativ gestützte Betriebsbegriffe als Alternative	374
3. Positionswechsel der Rechtsprechung des BAG zum Betriebsbegriff	375
a) Rechtsprechung des BAG zum Betriebsbegriff vor 1982	375
b) Grundlegend anderer Betriebsbegriff des KSchG und des BetrVG in der Rechtsprechung des BAG ab 1982 – der institutionelle Leitungsapparat	378
c) Resümee; Schlussfolgerungen	381
4. Betriebsbegriffe im Schrifttum	385
5. Betriebsbegriffe in Rechtsquellen europäischen Arbeitsrechts	386
II. Alternativen zum Betriebsbegriff der Rechtsprechung des BAG	388
1. Ausstrahlungswirkungen des europäischen auf das deutsche Arbeitsrecht	388
a) Schluss aus dem Betriebsbegriff der ME-RL auf Betriebsbegriffe des KSchG	389
b) Inhalt des Betriebsbegriffs der §§ 1, 17, 23 KSchG nach Maßgabe von Art. 1 ME-RL	390
2. Betriebsbegriffe des BetrVG	392
a) Normative Anknüpfungspunkte für einen Betriebsbegriff des BetrVG	392
b) Setzung des betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffs im Übrigen – Anknüpfung an frühere Rechtsprechung des BAG	393
D. Insbesondere: Kollektivverträge zur Umstrukturierung – Gestaltungs- und Durchsetzungsfragen	395
I. Gestaltungsfragen	395
II. Durchsetzungsprobleme	399
Literatur	401

Erster Abschnitt: Aus der Praxis der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen

A. Einleitung

I. Allgemeines

1. Warum diese Arbeit?

Themen dieser Arbeit sind Geltung und Wirksamkeit³ von Arbeitsrecht in der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen. Die Arbeitsbeziehungen haben sich in den vergangenen fünfzig Jahren grundlegend verändert. Die Faktoren und Gründe dieser Veränderungen sind bekannt und gut erforscht: Massenarbeitslosigkeit seit den 1970er Jahren, Deregulierung des Arbeitsrechts und der Arbeitsbeziehungen seit den 1980er Jahren, deutsche Einigung 1989/90; Erweiterung der EU von sechs auf insgesamt 28 Mitgliedstaaten im neuen Jahrtausend; damit erheblich verschärfte Konkurrenz auf den Arbeitsmärkten; Finanzkrisen; Hartz IV-Gesetze usw.

Nicht erforscht und kaum bekannt sind die Effekte der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen auf diese grundlegenden Veränderungen der industriellen Beziehungen. Hier wird behauptet, dass Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen als einzelwirtschaftliche Rationalisierungsstrategien großen Anteil an grundlegenden, gesamtwirtschaftlichen Änderungen der Arbeitsbeziehungen hatten und weiter haben.

Dabei fehlt sogar ein Begriff der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen. Umstrukturierung erscheint als ein vages Feld der Praxis einzelner Unternehmen, der sich verschiedenartige und sehr unterschiedliche Zwecke und Maßnahmen zurechnen lassen. Gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse dazu, wie Umstrukturierung gesamtwirtschaftlich wirkt, fehlen ebenfalls.

Erst recht gilt dies für empirische Forschung zu Umstrukturierungen. Wie hoch Rationalisierungsgewinne aus Umstrukturierungen einzelner Unterneh-

3 Zur Geltung und Wirksamkeit von Arbeitsrecht in der Umstrukturierung vgl. auch unten Erster Abschnitt, A.II.3.

men, im Branchenmaßstab und gesamtwirtschaftlich sind, ist ebenso wenig bekannt, wie sich individual- und kollektivrechtlich geregelte Arbeitsbedingungen aufgrund von Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen verändert haben.

Die zu arbeitsrechtlichen Fragen der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen zahlreich vorliegenden, umfangreichen und detaillierten Handbücher sind ganz überwiegend aus Sicht von Praktikern geschrieben, die im Unternehmensinteresse Umstrukturierungen planen und begleiten und ihre Praxiserfahrungen mitteilen, systematisieren, verallgemeinern und dabei erscheinende Probleme des Arbeitsrechts diskutieren. Gesamtwirtschaftliche Aspekte von Umstrukturierungen und ihre Implikationen für Rechte und Interessen der von diesen Rationalisierungsmaßnahmen betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer werden nicht Thema dieser arbeitsrechtlichen Darstellungen.

2. Perspektive dieser Arbeit: Rechte und Interessen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in der Umstrukturierung

Auch erörtern die meisten Handbücher zum Arbeitsrecht in der Umstrukturierung deren Probleme und Lösungen lediglich aus der Perspektive und im Interesse von Unternehmen und unternehmensberatender Praxis. Implikationen für Rechte und Interessen der von Umstrukturierungen betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer kommen bestenfalls am Rande der Darstellungen zur Sprache.

Der Sicht bloß „von oben“ soll deshalb eine aus der Perspektive der von Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gegenübergestellt werden. Außerdem liegen dieser Arbeit arbeitnehmerbezogene Vorverständnisse zugrunde.⁴

Im Einzelnen gilt für die rechtlichen Grundlagen des Arbeitsverhältnisses im Allgemeinen (dazu sogleich II.) und für Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen im Besonderen (dazu unten III. bis V.):

4 Bei *Dudenbostel u.a.*, Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen aus Arbeitnehmerperspektive, 2019, und bei *Blank u.a.*, Arbeitnehmerschutz bei Betriebsaufspaltung und Unternehmensteilung, 2. Aufl. 1987, erscheint dieses Vorverständnis im Titel. Weitere Handbücher zur Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen geben sich im Titel neutral.

II. Subjekte und Objekte des Arbeitsverhältnisses im Allgemeinen

1. Das Arbeitsverhältnis als Subjekt-Objekt-Verhältnis

Die Arbeitsverhältnisse werden hier als Subjekt-Objekt-Verhältnisse verstanden. Gemeint ist damit zunächst die wechselseitige Abhängigkeit der beiden Pole dieses Verhältnisses. Sie vermitteln ein Machtverhältnis zwischen Personen, hier zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.⁵ Objekt des Arbeitsverhältnisses ist der Adressat subjektiver Rechte aus dem Arbeitsverhältnis. Das ist die Person, die von ihrer Ausübung unmittelbar oder mittelbar rechtlich betroffen ist, im Allgemeinen der jeweils andere Part des Arbeitsverhältnisses. Typischerweise ist der Arbeitgeber, der Unternehmer, sein Subjekt, der Arbeitnehmer sein Objekt.

a) Rechtliche Grundlagen

Rechtlich ausgedrückt und gesichert wird das Arbeitsverhältnis als Subjekt-Objekt-Verhältnis durch die Zuordnung des Betriebs und seiner Resultate zum Inhaber des Unternehmens und seiner Verfügungsrechte. Im Arbeitsverhältnis produziert und reproduziert nicht zuletzt das Arbeitsrecht dies Machtverhältnis – durch die Arbeitsvertragsfreiheit (Abschluss-, Inhalts-, Änderungs- und Beendigungsfreiheit, § 105 GewO) im Allgemeinen, das Weisungsrecht des Arbeitgebers und die persönliche Abhängigkeit (§§ 106 GewO, 611a BGB) des Arbeitnehmers im Besonderen.

b) Faktische Grundlagen

Die Rollen im Arbeitsverhältnis sind zwischen Subjekt und Objekt, zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, ungleich verteilt:

Das Unternehmen als Subjekt des Arbeitsverhältnisses kann, jedenfalls soweit es keinen Kleinbetrieb mit persönlicher Mitarbeit des Unternehmers unterhält, „... seine Freiheit nur mithilfe anderer, der Arbeitnehmer, wahrnehmen“. Auch beim Anteilseigentum bedarf es „immer der Mitwirkung der Arbeitnehmer“.⁶ Diese gesellschaftlichen, „...über das einzelne Arbeitsverhältnis hinausreichenden Auswirkungen der Wahrnehmung dieser Freiheiten dürfen ... nicht außer Betracht bleiben“.⁷

5 Vgl. *Bühler*, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung, 1914, S. 10f.; *Wolter*, Vom Volkseigentum zum Privateigentum, 1998, S. 118ff. mwN.

6 BVerfGE 50, S. 349 (365 – zur paritätischen Mitbestimmung). De iure mag gelten „Ohne Arbeit kein Lohn.“ De facto gilt „ohne Arbeit“ kein Arbeitsprodukt“.

7 BVerfGE 50, S. 290 (365).

Unter gegebenen Bedingungen des Arbeitsmarktes sorgt die „Austauschbarkeit“⁴⁸ der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bezüglich der von ihnen zu verrichtenden Arbeit dazu, dass daraus für den Arbeitgeber als seinem Subjekt kein existenzielles Problem wird.

Die faktische Abhängigkeit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom Unternehmen erscheint demgegenüber wie folgt: Einerseits werden Waren und Dienstleistungen problemlos auch außerhalb von Arbeitsverhältnissen und ohne Fremdbestimmung und persönliche Abhängigkeit erzeugt, z.B. in Genossenschaften oder bei selbstständigen Tätigkeiten. Andererseits sind Beschäftigte mangels weiterer Subsistenzquellen nach Verlust des Arbeitsplatzes oft und schon binnen kurzem auf ein Arbeitsverhältnis als der einzigen, jedenfalls wichtigsten Einkommensquelle angewiesen, sogar existenziell.

2. Subjektive Rechte im Arbeitsverhältnis; rechtliche Geltung

a) Rechtsgrundlagen der Rechtssubjektivität von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind, rechtlich gesehen, nicht nur Objekte, sondern ebenfalls Subjekte des Arbeitsverhältnisses, Inhaber subjektiver Rechte bei seiner Begründung, Durchführung und Beendigung. Ihre Rechtssubjektivität im Arbeitsverhältnis erscheint typischerweise, indem sie ihre Ansprüche und Rechte dem Arbeitgeber gegenüber außergerichtlich und gerichtlich geltend machen.

Dauerhaft erscheint sie, wenn er sein Arbeitsverhältnis kündigt, einen Aufhebungsvertrag schließt. Vorübergehend ist er in einer Subjektstellung bei Verhinderung an der Arbeitsleistung (§ 616 BGB, § 3 EFZG) und wenn er die Arbeitsleistung auf die geschuldete „Normalleistung“⁴⁹ begrenzt. Gelegentlich ist er Subjekt, wenn er sein Zurückbehaltungsrecht an der Arbeitskraft ausübt, eine unbillige Weisung¹⁰ nicht befolgt oder im Arbeitskampf von seinem subjektiven Recht auf Streik Gebrauch macht.

-
- 8 In Anlehnung an die Kriterien der sozialen Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer bei der betriebsbedingten Kündigung für die Sozialauswahl. Vergleichbar ist der Arbeitnehmer, der austauschbar ist; vgl. z.B. BAG vom 20.6.2013 – 2 AZR 271/12, NZA 2013, S. 837; vgl. auch HaKo-KSchR/Zimmermann, 7. Aufl. 2021, § 1 KSchG, Rn. 828ff. mwN.
- 9 BAG vom 22.10.2015 – 2 AZR 550/14, NZA-RR 2016, S. 243. Die Normalleistung soll einerseits subjektiv, andererseits objektiv zu ermitteln sein, so die Quintessenz der Urteilsbegründung.
- 10 BAG vom 18.10.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, S. 1452; Schaub-Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 45 Rn. 18ff.

b) Verfahrensrechtliche Aspekte der Rechtssubjektivität von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern

Die Geltendmachung dieser Rechtssubjektivität ist durch Verfahrensrecht individualisiert. Parteien des arbeitsgerichtlichen Rechtsschutzes sind typischerweise der einzelne Arbeitnehmer und sein Arbeitgeber. In diesen „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 3a ArbGG) sind Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer fast stets „Angreifer“, in der Klägerrolle. Grundsätzlich obliegt ihnen damit die Darlegungslast.¹¹

Wenn solche Rechtsstreitigkeiten aus einer Umstrukturierung entstehen, sind sie oft nur „Spitze des Eisbergs“.¹² Es liegen ihnen viele ähnliche oder parallele Sachverhalte und damit kollektive Tatbestände zu Grunde. Auch so hat „die Wahrnehmung der Freiheit über das Unternehmen hinaus reichende Auswirkungen der Berufsausübung“¹³ des Unternehmers.

Diesen gesellschaftlichen Auswirkungen der Berufsausübung des umstrukturierenden Arbeitgebers steht keine annähernd gleichgewichtige verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Rechts- und Grundrechtssubjektivität der von solchen Maßnahmen betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gegenüber. Die in der Praxis seltenen Verfahren zum kollektiven Recht (z.B. §§ 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2; 2a ArbGG) außer Acht gelassen, stehen die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis, die die große Masse der Verfahren ausmachen, diametral zu dem kollektiven, gesellschaftlichen Wesen des Arbeitsverhältnisses und der in ihm begründeten Konflikte, etwa bei Umstrukturierungen. In anderen Teilrechtsgebieten normierte kollektive Verfahrensarten, wie etwa Verbandsklagerechte, sind im Arbeitsrecht nach wie vor nicht vorgesehen.

Anders die Wege, auf denen der Arbeitgeber als Subjekt des Arbeitsverhältnisses seine Interessen und Rechte durchsetzt: Er kündigt, strukturiert um, verlegt den Betrieb, behält Lohn ein, rechnet auf, verrechnet, zieht ab, mahnt ab. Er setzt Fakten. Vertragliche und tarifliche Ausschlussfristen können ihm gleichgültig sein. Er handelt, muss seine Ansprüche nicht erst form- und fristgerecht geltend machen.

Deshalb sind etwa auch die weit verbreiteten – formal für beide Seiten des Arbeitsverhältnisses geltenden – Ausschlussfristen für Ansprüche aus dem Ar-

¹¹ Vgl. näher Zweiter Abschnitt, C.VI.

¹² Ein typischer Fall aus jüngerer Zeit sind die Massenentlassung und die Teil-Betriebsübergänge bei der insolventen Air Berlin: BAG vom 28.2.2020 – 8 AZR 215/19, NZA 2020, S. 1303, sowie vom 15.5.2020 – 6 AZR 233/19, NZA 2020, S. 1092.

¹³ BVerfGE 50, S. 290 (365).

beitsverhältnis praktisch allein für die Wahrung der Rechtspositionen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern relevant. Der Arbeitgeber schafft vollendete Tatsachen. Es ist allein Sache des Arbeitnehmers, zunächst die, seien es ein-, seien es zweistufige Ausschlussfristen form- und fristgerecht zu wahren, was sich als komplexe Aufgabe erweisen kann.

3. Interessen im Arbeitsverhältnis; faktische Wirksamkeit

Neben der rechtlichen Geltung subjektiver Rechte bei Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen soll es hier um Interessen der Parteien des Arbeitsverhältnisses und die Wirkungsweise von Arbeitsrecht gehen, also um seine praktische Wirksamkeit. Wirksamkeit einer Rechtsnorm oder eines Rechtssystems meint, kurz gesagt, dass diese Norm bzw. dies Normensystem von den der Rechtsordnung unterworfenen Subjekten im Großen und Ganzen eingehalten, befolgt wird.¹⁴

Damit fließen in das hier zugrunde gelegte Verständnis von Subjekt und Objekt des Arbeitsverhältnisses neben Rechtspositionen Interessen des Arbeitgebers und von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern an der und in der Umstrukturierung und ihre aus der unterschiedlichen Zuordnung zu Rechten und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis resultierende Machtstellung ein. Diese faktischen Positionen sind nicht notwendigerweise rechtlich geschützte, nicht per se subjektive Rechte.¹⁵ Ungeachtet dessen können sie wirksam sein.

Im Arbeitsverhältnis sind sie im Verhältnis der Parteien des Arbeitsvertrages zueinander oft widersprüchlich, in dem Sinne, dass sie nur zu Lasten und auf Kosten seines anderen Teils durchsetzbar sind. Schlagwortartig ist, praktisch wie rechtlich gesehen, im Arbeitsverhältnis wie in anderen Rechtsverhältnissen des Zivilrechts, v.a. in Dauerschuldverhältnissen, die Freiheit des einen Teils meist Unfreiheit des anderen. Näher betrachtet ist die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers (§ 105 S. 1 GewO) aufgrund der „strukturellen Unterlegenheit“ des Arbeitnehmers¹⁶ oft dessen Unfreiheit. Die Vertragsfreiheit steht ganz überwiegend de facto nur dem Arbeitgeber zu, wirkt insoweit nur zu seinen Gunsten. Was das für Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen bedeuten kann, soll im Folgenden diskutiert werden.

14 Vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 11; S. 215ff. zur Geltung und Wirksamkeit; *Arthur Kaufmann*, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, 1994, S. 121ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983, S. 187ff.; *Matthofer*, Die Natur der Sache, ARSP 44(1958), in: *Arthur Kaufmann* (Hrsg.), Die ontologische Begründung des Rechts, 1965, S. 52 (56ff.); *Peschka*, Grundprobleme der modernen Rechtsphilosophie, 1974, S. 218ff.

15 *Kelsen*, a.a.O., S. 137ff.

16 Vgl. dazu näher Vierter Abschnitt, B.IV.6.

Die widersprüchlichen Interessen der Parteien des Arbeitsvertrages und ihre Ausgestaltung im einfachen Recht haben Widerhall im Verfassungsrecht gefunden: Dieses nennt Verhältnisse wie das Arbeitsverhältnis mittlerweile bipolare und, unter Berücksichtigung staatlicher Handlungsmöglichkeiten, multipolare.

Für einfachrechtliche Positionen des Arbeitsrechts wie auch für Grundrechtsprobleme im Arbeitsverhältnis kann dies bedeuten, dass staatliche Begünstigungen, die Zuteilung bzw. Ermöglichung von Chancen, Rechten, Verfahren an eine Seite die Interessen der anderen belastet und ggf. in ihre Rechte eingreift.¹⁷ Sie sind dann im einfachen Recht wie grundrechtlich gegeneinander abzuwägen.

III. Subjekte und Objekte in der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen im Besonderen

Die Subjekt-Objekt-Relationen der Parteien des Arbeitsverhältnisses werden hier bei Änderungsprozessen durch die oder aufgrund der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen und ihren Resultaten betrachtet:

Das Unternehmen strukturiert um. Dies berührt Rechte und Interessen der von der Umstrukturierung betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Sie erhalten ohne oder gegen ihren Willen einen neuen Vertragspartner; ihr Betrieb bzw. das Unternehmen, dem sie angehören, wird ganz oder teilweise stillgelegt, erlischt sogar; der Arbeitgeber erklärt betriebsbedingte Kündigungen, führt Massenentlassungen durch; aufgrund der Umstrukturierung ändern sich Arbeitsbedingungen usw. Kurz: Das Unternehmen handelt und „behandelt“ die Arbeitnehmer, ihre Interessen und Rechtspositionen.

Was in der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen geschieht, geschieht ähnlich sonst im Arbeitsverhältnis. Der Unternehmer ist und bleibt stets Subjekt, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind Objekte „unternehmerischer Entscheidungen“ – eine ähnlich profunde Erkenntnis wie die, dass die Beschäftigten keine Betriebe stilllegen, spalten oder zusammenlegen können.¹⁸

Ebenfalls zu bedenken ist dabei:

17 Zur Bipolarität des Arbeitsverhältnisses unter verfassungsrechtlichen Aspekten vgl. auch unten Dritter Abschnitt, C.IV.2.

18 BAG vom 24.5.2012 – 2 AZR 62/11, Rn. 56; vom 24.9.2015 – 2 AZR 562/14, NZA 2016, S. 366, Rn. 66.

1. Objektstellung des Unternehmens in der Umstrukturierung

Das Unternehmen kann aus den verschiedensten Gründen (Krisenbewältigung; Konkurrenzdruck, Haftungsreduzierung usw.) zur Umstrukturierung des Betriebs oder Unternehmens veranlasst, gar gezwungen und damit ebenfalls in einer Objektrolle sein. Es ist Adressat – und insoweit ebenfalls Objekt – des staatlichen Rechtssystems, des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrechts, des BetrVG, von Kollektiv- und Individualverträgen.

Im Verhältnis zu den Beschäftigten, als Arbeitgeber, bleibt der Unternehmer aufgrund der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmer¹⁹ stets Subjekt des Arbeitsverhältnisses, auch wenn eine Umstrukturierung des Betriebs oder Unternehmens auf ökonomischen oder anderen Zwängen beruht, denen der Unternehmer unterliegt.

2. Rechtssubjektivität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

Objektstellung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer heißt nicht, dass der einzelne Arbeitnehmer bloß persönlich abhängig und nur Adressat des Weisungsrechts des Arbeitgebers und seiner Arbeitsvertragsgestaltung ist. Er ist ebenso wie der Arbeitgeber auch im Arbeitsverhältnis Inhaber subjektiver Rechte und insofern grundrechtsberechtigt.

Gegenüber dem Ermessen des Arbeitgebers verleiht Arbeitsrecht den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern durch Gesetz, Kollektiv- bzw. Individualvertrag (§§ 105f. GewO) Rechte, teils subjektive Rechte, „Gegenrechte“ gegenüber dem Handeln des Arbeitgebers, im Allgemeinen wie im Besonderen in der Umstrukturierung. Diese Rechte heben die Objektstellung des Arbeitnehmers, seine „strukturelle Unterlegenheit“ im Arbeitsverhältnis nicht auf, können sie aber mildern (Dritter Abschnitt, C. und D.).

3. Grundlagen der Darstellung

a) Fokus: Das einzelne Arbeitsverhältnis

Die im Arbeitsverhältnis herrschende, rechtlich verfasste „Rollenverteilung“ nach Subjekt und Objekt soll exemplarisch an Aspekten der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen und ihren Voraussetzungen und Folgen für das einzelne Arbeitsverhältnis erörtert werden. Akteure sind im Folgenden also der einzelne Arbeitgeber und ein Arbeitnehmer. Deren Rechtsbeziehungen regelt vor allem das individuelle Arbeitsrecht.

¹⁹ St. Rspr des BVerfG; vgl. dazu näher unten Dritter Abschnitt, C.IV.6.

b) Was hier nicht erörtert wird

Dabei geht es aber nicht um die umfassende Darstellung sämtlicher Rechts- und Gestaltungsprobleme und -optionen von Umstrukturierungen im einzelnen Arbeitsverhältnis – zumal Schrifttum dazu bereits vorliegt.

So werden weder die grenzüberschreitende Umstrukturierung noch Insolvenzrecht, betriebliche Altersversorgung oder Unternehmensmitbestimmung bei Umstrukturierung diskutiert; ganz zu schweigen von den wichtigen steuerlichen Fragen, die sich bei Umstrukturierungen stellen. Betriebsverfassungsrechtliche und tarifrechtliche Probleme kommen im Kontext von Implikationen von Umstrukturierungen für das einzelne Arbeitsverhältnis, als Ausdruck und Resultat individueller Vertragsfreiheit zur Sprache, nur am Rand in ihren Funktionen als „kollektive Privatautonomie“ der Tarif- bzw. als „Betriebsautonomie“ der Betriebsparteien. Dieser Arbeit geht es vor allem um das einzelne Arbeitsverhältnis.

IV. Allgemeine Zwecksetzungen: Rationalisierung durch Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen

Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen sind Mittel und Resultate der Rationalisierung. Bei der hier so genannten unternehmensorganisatorischen Rationalisierung durch bloße Senkung von Arbeitskosten können zwei allgemeine Zwecksetzungen²⁰ unterschieden werden: „Verbilligung“ der Arbeitskosten im aufrechterhaltenen Arbeitsverhältnis sowie Personalabbau.

1. Zwecke: Ablösung kollektiven Arbeitsrechts durch individuelle Privatautonomie im aufrechterhaltenen Arbeitsverhältnis

Besonders an den Wirkungen von Umstrukturierungen im Arbeitsverhältnis ist u.a., dass sie häufig, eher über kurz als über lang, aus Sicht der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu verschlechterten, oft erheblich verschlechterten Arbeitsbedingungen in dem nach Umstrukturierung fortgesetzten Arbeitsverhältnis führen.

Einer der wesentlichen Zwecke der Umstrukturierung ist aus unternehmerischer Sicht häufig, den kollektivrechtlichen „Rahmen“ des Betriebs und des Unternehmens (Tarifgebundenheit; Tarifverträge; Betriebsräte; Betriebsvereinbarungen), „Überbau“ über das individuelle Arbeitsrecht, möglichst weitge-

²⁰ Zu einzelnen Zwecken, die mit Umstrukturierungen verfolgt werden, vgl. näher unten Zweiter Abschnitt, B.

hend durch Privatautonomie (§ 105 GewO, freie Gestaltung des Arbeitsvertrages) zu ersetzen, individuelles Arbeitsrecht an seine Stelle treten zu lassen.

2. Zwecke: Personalabbau, Kündigung und ihre „strategische Reserve“

a) Personalabbau in der Umstrukturierung

Im Zuge von Umstrukturierungen kommt es zu Personalabbau, Massenentlassung und betriebsbedingten Kündigungen, sei es als deren zentrale „Bausteine“, sei es bei Umstrukturierungen im „engeren“ Verständnis (näher Zweiter Abschnitt, A.II.) als deren Begleitumstände.

Die betriebsbedingte Kündigung ist auch in der Umstrukturierung Mittel zum Zweck des Personalabbaus, dem Arbeitgeber ist sie leicht zur Hand, kann unter niederschweligen Voraussetzungen erklärt werden, und so u.a. die schwierigere Darlegung verhaltensbedingter Gründe ersparen. Das „dringende betriebliche Erfordernis“, das die Kündigung „bedingt“ (§ 1 Abs. 2 KSchG), lässt sich – und sei es erst im Laufe des Kündigungsschutzverfahrens – unschwer „gestalten“, oder der Arbeitgeber kann sich „selbst binden.“²¹ Die gestaltende unternehmerische Entscheidung ist rechtssicherer als die selbstbindende.

Diese Maßnahme des Arbeitgebers ist von hoher rechtlicher Effizienz, weil sie nach ständiger Rechtsprechung des BAG von arbeitsgerichtlicher Überprüfung weitgehend frei ist.²² Die Rechtskontrolle der betriebsbedingten Kündigung soll grundsätzlich auf Willkürlichkeit beschränkt sein. Allerdings ist ein Fall, in dem das BAG eine betriebsbedingte Kündigung für willkürlich gehalten, dies immerhin ernsthaft in Erwägung gezogen hätte, nicht bekannt. Der Grund liegt auf der Hand: Unternehmerische Maßnahmen, die zu einem Überhang an Arbeitsplätzen führen, so dass betriebsbedingt gekündigt werden muss, sind nie unsachlich oder willkürlich, entspringen immer rationalem, jedenfalls aber nachvollziehbarem unternehmerischen Kalkül. Äußerstenfalls sind sie nicht durchführbar oder nicht dauerhaft – nicht aber willkürlich. Der Willkürmaßstab kann daher nichts messen.

Das BAG hält an dieser Auffassung seit Jahrzehnten fest. Sie ist „Eckpfeiler“ seiner Rechtsprechung zum Schutz vor betriebsbedingter Kündigung und hat bewirkt, dass dieser Kündigungsschutz kaum den Namen verdient. Diese Rechtslage ist allgemein bekannt, insbesondere den betroffenen Arbeitnehmerinnen

21 Zur gestaltenden bzw. selbstbindenden Unternehmerentscheidung vgl. KR-Rachor, 12. Aufl. 2019, § 1 KSchG, Rn. 555.

22 Vgl. dazu auch unten Dritter Abschnitt, C.II.2.b)cc).

und Arbeitnehmern – oder wird ihnen von ihren Verfahrensbevollmächtigten vermittelt.

b) Betriebsbedingte Kündigung und Massenentlassung als „strategische Reserve“ des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber kann, statt zu kündigen dies lediglich in Aussicht stellen bzw. auf seine Rechte verweisen – als „strategische Reserve“. Schon die Möglichkeit, betriebsbedingt gekündigt zu werden, ohne mit hinreichender Aussicht auf Erhaltung des Arbeitsplatzes dagegen klagen zu können, entzieht den betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern Gründe und Motive, Alternativen zum Personalabbau mit dem Ziel der Erhaltung ihres Arbeitsverhältnisses zu entwickeln und geltend zu machen.

Zumeist geht es dem Einzelnen in realistischer Einschätzung dieser Rechtslage deshalb nur um Abfindung für den Verlust seines Arbeitsplatzes – auch in der Kündigungsschutzklage. Das KSchG stützt die „Abfindungslösung“ in § 1a KSchG (Abfindung bei Klageverzicht) und stuft – neben dem Dogma der Rechtsprechung bezüglich der unüberprüfbaren Unternehmerentscheidung – die Aussichten einer Kündigungsschutzklage durch § 1 Abs. 4 bis 5 KSchG weiter herab bis zum Prüfungsmaßstab der „groben Fehlerhaftigkeit“. Allerdings liegen bei der Massenentlassung die Dinge aufgrund ihrer Komplexität und Fehleranfälligkeit anders.²³

c) Weitere unüberprüfbare Unternehmerentscheidungen

Neuerdings scheint sich der rechtlich sakrosankte Freiraum bei Betätigung der unternehmerischen Freiheit über die gerichtliche Unüberprüfbarkeit der betriebsbedingten Beendigungskündigung hinaus auszuweiten:

Weitere „unternehmerische Entscheidungen“ könnten, so das BAG in dem unspektakulären Fall einer betriebsbedingten Änderungskündigung, ebenfalls „nur daraufhin überprüft werden, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich“ seien:²⁴ Die Befugnis des Arbeitgebers sei unüberprüfbar, den Inhalt der Arbeitsaufgaben und damit das Anforderungsprofil des Arbeitsplatzes zu bestimmen sowie die Zahl der Arbeitskräfte, mit denen eine Arbeitsaufgabe – zukünftig – erledigt werden solle.²⁵

²³ Vgl. auch Dritter Abschnitt, B.II.2.

²⁴ BAG vom 24.5.2012 – 2 AZR 163/11, NZA-RR 2013, S. 74, Rn. 18.

²⁵ Allerdings differenziert das BAG in diesem Urteil, a.a.O., Rn. 26 mwN. zwischen neu eingerichteten und bereits bestehenden, aber umgestalteten Arbeitsplätzen und der Freiheit, dafür die Anforderungsprofile jeweils zu bestimmen. Dementsprechend wird die Darlegungslast ausgestaltet. Auch insoweit sind Grundrechte der Arbeitsvertragsparteien aber irrelevant.

Mittlerweile scheint das BAG (Teil-)Betriebsübergänge für arbeitsgerichtlich unüberprüfbar zu halten.²⁶ So heißt es in einem weiteren der vielen Urteile des BAG, die Fremdvergabe von Reinigungsarbeiten betreffend²⁷, es sei nicht Sache der Arbeitsgerichte, dem Arbeitgeber eine „bessere“ oder „richtige“ Unternehmenspolitik vorzuschreiben und damit in seine wirtschaftliche Kalkulation einzugreifen.²⁸ – Womöglich wollte das BAG damit aber auch nur die unternehmerischen Zwecke und Gründe der Fremdvergabe des Reinigungsdienstes von arbeitsgerichtlicher Überprüfung freistellen, nicht die Erfüllung der Voraussetzungen des § 613a BGB. Wie weit diese Ausführungen im Urteil des BAG reichen sollen, wird aber nicht deutlich.

Immerhin sind die Grenzen billigen Ermessens beim Weisungsrecht (§ 106 GewO, §§ 315 Abs. 3, 611a Abs. 1 BGB) arbeitsgerichtlich nicht nur insoweit überprüfbar, als sie unsachlich, unvernünftig oder willkürlich sind.²⁹

Geht es nicht um einseitige Rechtshandlungen des Arbeitgebers, sondern um Erfüllung von Kollektivverträgen, z.B. was den Inhalt der „Arbeitsaufgabe“ angeht, sind sie arbeitsgerichtlich allerdings vollumfänglich überprüfbar. Ebenso kann die Zahl der Arbeitskräfte, mit denen eine Arbeitsaufgabe erledigt wird, z.B. durch quantitative Besetzungsregelungen in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen festgelegt werden. Auch deren Einhaltung ist arbeitsgerichtlich voll überprüfbar.

Vor allem kann und soll Umstrukturierung bei beiden skizzierten Zweckrichtungen (soeben 1. und 2.) Arbeitskosten reduzieren und unternehmerische Herrschaft in den Arbeitsbeziehungen im Betrieb und Unternehmen optimieren.

3. Konsequenzen für die Darstellung

Die Diskussion um die Unüberprüfbarkeit der Unternehmerentscheidung durch die Arbeitsgerichte, „Eckpfeiler“ des Arbeitsrechts, wesentlicher Bestandteil der Umstrukturierung, wird hier nicht erneut geführt. Das ist im Dialog zwischen dem BAG und Teilen des Schrifttums des Öfteren geschehen.

26 BAG vom 20.6.2013 – 2 AZR 379/12, NZA 2014, S. 139. Ob dem Fall ein Betriebsübergang zugrunde gelegen hatte, wird aus dem Urteil nicht deutlich, vgl. a.a.O., Rn. 4, Rn. 28.

27 Übersicht bei *Kreitner*, Betriebsübergang, Rn. 22, Stichwort „Gebäudereinigung“, in: *Küttner*, Personalbuch, 2021.

28 BAG vom 20.6.2013, a.a.O., Rn 25.

29 Übersicht bei *Schaub-Linck*, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 45 Rn. 21.

Das meiste dazu ist gesagt, ohne dass sich die Standpunkte angenähert hätten.³⁰ Das BAG hält an seiner Auffassung fest. Mit marginalen Randkorrekturen sind die Organisationsmaßnahme des Arbeitgebers und die von ihm erklärte betriebsbedingte Kündigung gerichtlich unüberprüfbar, d.h. sakrosankt – und in der Praxis einerseits auf diese Weise wirksam, andererseits als „strategische Reserve“. Die Auffassung des BAG wird für die Diskussion der Wirksamkeit von Arbeitsrecht in der Umstrukturierung zugrunde gelegt.

Als weniger fixiert auf die Unüberprüfbarkeit der Unternehmerentscheidung als die Rechtsprechung des BAG könnte sich die des BVerfG erweisen. Anhand zweier bereits älterer Beschlüsse des BVerfG, die scheinbar bloße Randfragen des Kündigungsschutzes erörtern, nämlich solche des betrieblichen Geltungsbereichs des Gesetzes (§ 23 Abs. 1 KSchG), werden deshalb zugleich Grundrechtsfragen des Kündigungsschutzes in der Umstrukturierung erörtert (Dritter Abschnitt, D.). Sie könnten Rückwirkung auf die Rechtslage nach Maßgabe einfachen Rechts, hier des KSchG haben.

Grundlage der hier unternommenen Analyse der Wirksamkeit von Arbeitsrecht³¹ muss sein, wie es praktisch fungiert, angewandt wird. Bei einem richterrechtlich geprägten Rechtsgebiet wie dem Arbeitsrecht bedeutet dies, die Rechtsprechung so, wie sie ist, zugrunde zu legen, auch wenn dies ihre Kritik nicht ausschließt. Durchgängig – den Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses bei betriebsbedingter Kündigung eingeschlossen – folgt diese Arbeit daher der Rechtsprechung des BAG, des BVerfG und des EuGH und setzt nur gelegentlich kritische Akzente.

Wirksam ist – bis auf weiteres – die höchstrichterliche Rechtsprechung. Nach ihr bestimmen sich die Inhalte der Subjekt-Objekt-Relationen im Arbeitsverhältnis. Von ihr „beglaubigte“ Erscheinungsformen von Umstrukturierungen sollen sogar „best practice“ und „Industriestandards“ sein. Deswegen wird diese Rechtsprechung, die die Standards und die Wirksamkeit des Rechts bestimmt und ausgestaltet, im Wesentlichen referiert bzw. paraphrasiert.

30 Z.B. BAG vom 10.5.2016 – 9 AZR 347/15, NZA 2016, S. 1134, Rn. 17ff. mwN. zu dem von seiner Rechtsprechung abweichenden Schrifttum. Dies gilt z.B. auch für Versetzungen oder Verlegungen des Betriebs oder von Betriebsteilen. Vgl. allgemein *Däubler*, Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe? HSI-Schriftenreihe, Bd. 5, 2012; *Stein*, BB 2000, S. 457; *ders.*, AuR 2003, S. 99.

31 Vgl. oben A.II.3.

V. Das Schrifttum zur Relevanz der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen

Die praktische Bedeutung der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen in sozialer und ökonomischer Hinsicht wird deutlich in Zitaten aus dem arbeitsrechtlichen Schrifttum: Umstrukturierungen „stellen das gesamte Arbeitsrecht auf die Probe. Sie können Arbeitsverträge, Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge in Frage stellen. (...) Nicht selten ist die Zerschlagung von erfolgreichen bzw. gewachsenen Strukturen der Arbeitnehmervertretung eine (jedenfalls nicht unerwünschte) Nebenwirkung.“³²

Sie führen in gesamtwirtschaftlicher Perspektive zu „epochemachenden Umwälzungen“³³ der Strukturen, Zwecke und Funktionen des einzelnen Unternehmens wie – auf gesamtgesellschaftlicher Ebene – der Arbeitsbeziehungen. Denn praktisch alle Unternehmen in sämtlichen Branchen führten und führen weiterhin solche Maßnahmen durch. „Die Zahl der Betriebe, die ihren Inhaber wechseln oder bereits gewechselt haben, ist Legion.“³⁴

„So vielgestaltig die Motive und Ziele von Unternehmensumstrukturierungen bzw. Unternehmensübertragungen sind, so zahlreich sind auch die Gestaltungsmöglichkeiten.“³⁵ „Auch im neuen Jahrtausend eilen die Mergers & Acquisitions weiter zu neuen Rekorden. (...) Das Arbeitsrecht wird (...) zu einem entscheidenden Faktor für den rechtlichen und wirtschaftlichen Erfolg der Transaktionen.“³⁶

Die Komplexität des Themas wird in folgendem Zitat deutlich: „Es sind „... vielfältige Fragen des Gesellschafts-, Steuer-, Kartell- und Arbeitsrechts zu beachten.“³⁷ Auch heißt es dort, die Zahl von Unternehmens- und Betriebsumstrukturierungen steige seit Jahren. Ähnlich äußern sich Stimmen, die die Bedeutung hervorheben, die das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen mittler-

32 *Bachner u.a.*, Arbeitsrecht bei der Umstrukturierung von Unternehmen und Betrieben, 5. Aufl. 2018, § 1 Rn. 3.

33 *Düwell*, Umstrukturierung von Unternehmen, in: *Beseler u.a.*, Arbeitsrechtliche Probleme bei Betriebsübergang, Betriebsänderung, Unternehmensumwandlung, 4. Aufl. 2011, Teil III, S. 329.

34 *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, 1. Aufl. 2005 A., Rn. 2.

35 *Mücl* u.a., Arbeitsrecht in der Umstrukturierung, 4. Aufl. 2017, 1. Kap., A., Rn. 2.

36 *Picot/Schnitker*, Arbeitsrecht bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, 2001, Vorwort; ähnlich *Arens u.a.*, Handbuch Umstrukturierung und Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2013, Vorwort; bei Umstrukturierung von Unternehmen und Betrieben würden ohne rechtskundige Anleitung häufig vermeidbare Fehler begangen, a.a.O.; ebd., § 1 Rn. 28ff. werden die typischen „Motive und arbeitsrechtlichen Gründe für Umstrukturierungen“ genannt.

37 *Sieg/Maschmann*, a.a.O., Vorwort, S. VII; anders im Vorwort zur 3. Aufl., 2020; ähnlich *Bachner u.a.*, a.a.O., § 1 Rn. 1ff.

weile habe.³⁸ Von einem Nebenaspekt unternehmerischer Transaktionen ist es zu einem wesentlichen Bestandteil, zu Grund und Zweck von Umstrukturierungen geworden – so die allgemeine Erfahrung unter Reflexion früherer Umstrukturierungspraxis.

Nicht aus arbeitsrechtlicher, sondern aus ökonomischer und sozialer Perspektive setzt ein weiteres Handbuch diametrale Akzente: „Verkauf, Fusion, Spaltung, Reorganisation: kaum noch überschaubar sind die Bezeichnungen für die Veränderungen in Unternehmen, mit denen Betriebsräte sich seit Jahren auseinandersetzen müssen. Scheinbar gibt es keinen Zustand mehr, der erreicht werden soll, die ständige Veränderung ist das Ziel. Gestern gespalten, heute verkauft und morgen wieder reintegriert: alles nur das Vorspiel zur nächsten Änderung. Ob man diese Entwicklung der globalisierten Wirtschaft und einem zunehmend härteren Wettbewerb zuschreibt oder dem Interesse cleverer Beratungsfirmen, die auf diese Weise selbst dafür sorgen, dass sie weiter gebraucht werden, macht keinen Unterschied. Betriebsräten stellt sich immer dieselbe Aufgabe ...“³⁹

Diese und andere Aussagen zu grundlegenden und gewichtigen Aspekten von Umstrukturierungen verlieren nichts von ihrer Bedeutung, wenn Schrifttum zum Arbeitsrecht in der Umstrukturierung damit auch die Bedeutung des Werks unterstreicht, das sich dieser Gegenstände angenommen hat.

B. Definitions- und Forschungsprobleme; Informationsdefizite

Die Probleme sind dringlich und relevant, auch in gesamtwirtschaftlicher Hinsicht und für das Arbeitsrechtssystem. Ihre Erforschung ist defizitär:

38 *Willemsen u.a.*, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 5. Aufl. 2016, Vorwort; ähnlich *Sieg/Maschmann*, a.a.O., Vorwort zur 1. Aufl. 2005.

39 *Hamm/Rupp*, Mitbestimmung bei Veräußerung und Restrukturierung, 2007, Vorwort. Ähnliche Akzente wie *Hamm/Rupp*, a.a.O., nämlich Arbeitnehmerschutz, setzte auch das Werk, das sich, soweit ersichtlich, der Gesamtproblematik als erstes annahm: *Blank u.a.*, Arbeitnehmerschutz bei Betriebsaufspaltung und Unternehmensteilung, 1. Aufl. 1983; 2. – und letzte – Aufl. 1987. Arbeitnehmerschutz ist auch Thema des Werks von *Dudenbostel u.a.*, sowie von *Bachner u.a.*, beide a.a.O.

I. Begriffsbestimmung der Umstrukturierung?

1. Definitionsversuche

Umstrukturierungskonzepte, damit auch deren Terminologien, entstammen oft der Betriebswirtschaft bzw. der Organisationslehre, deren Kategorien mit denen des Arbeitsrechts, insbesondere denen des BetrVG nur begrenzt kompatibel sind.⁴⁰

Nach *Sieg/Maschmann*⁴¹ sollen „... im Rahmen dieser Schrift mit dem Begriff ‚Umstrukturierung‘ untechnisch alle Änderungen in der Unternehmens- und Betriebsorganisation des Arbeitgebers bezeichnet werden.“ Danach scheint Umstrukturierung all das zu sein, was „im Rahmen dieser Schrift“ warum auch immer behandelt wird. Eine Definition beansprucht diese „untechnische Bezeichnung“ ersichtlich nicht zu sein.

Willemsen u.a. versuchen eine Definition. Demnach soll Umstrukturierung „... jede juristisch relevante Veränderung am und im Unternehmen (sein), die nicht zum laufenden Geschäftsbetrieb gehört, sondern den rechtlichen Status und/oder die tatsächlichen Organisationsstrukturen des Unternehmens sowie die Rechtsstellung seiner Gesellschafter, Organe und/oder die Arbeitnehmer und ihre gesetzlichen Vertretungen berührt.“⁴² Damit wäre aber alles unternehmerische Handeln außerhalb des normalen Geschäftsbetriebes im Sinne von § 116 Abs. 1 HGB Umstrukturierung, im Ergebnis also jede nicht alltägliche „Veränderung“. Dies gilt auch für die „juristische Relevanz“, die ebenfalls bloß tautologisch ist.⁴³

Andere Autoren versuchen eine Begriffsbestimmung erst gar nicht⁴⁴ – nachvollziehbar, wie sich zeigen wird. Gegenstände der wissenschaftlichen Betrachtung sind neben vielfältigen Rechts- und Gestaltungsfragen zu § 613a BGB weitere, damit mehr oder minder locker assoziierte Positionen, Konzepte und

40 Vgl. näher *Ummuß*, Organisation der Betriebsverfassung und Unternehmerautonomie, 1993, S. 89ff. Auf diesen Aspekt verweist auch *Kreutz*, GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, § 21a Rn. 22, der als einzige Möglichkeit einer rechtssicheren Abgrenzung die Durchführung eines arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens nach § 18 Abs. 2 BetrVG erachtet. Allerdings ist die arbeitsgerichtliche Entscheidung nicht vollstreckbar und kommt in Anbetracht der oft sehr kurzfristig ablaufenden Umstrukturierungen häufig zu spät. Außerdem besagt diese praxisbezogene Aussage, dass Dogmatik insofern keine leitende, keine prognostische Kraft und Funktion hat.

41 *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung – Arbeitsrecht/Datenschutz/Due Diligence, 3. Aufl. 2020, A. Rn. 2.

42 *Willemsen u.a.*, a.a.O., B., Rn. 4.

43 In BVerfGE 126, S. 29 (Privatisierung der Kliniken der Freien und Hansestadt Hamburg) wird der Begriff auch nicht bestimmt, vgl. z.B. S. 32 u. 49 f.

44 Das gilt z.B. für *Mückel u.a.*, Arbeitsrecht in der Umstrukturierung – Strategie, Praxis, Vertragsgestaltung, 4. Aufl. 2017.

Darstellung von Erkenntnissen, die die unternehmensberatende Praxis gewonnen hat. Eine generell-abstrakte Begriffsbestimmung wird auch hier nicht unternommen.

Treffend ist die Beschreibung der vergleichbaren Praxis rechtsberatender Berufe im anglo-amerikanischen Rechtskreis, etwa bei Mergers & Acquisitions: „Das von (unternehmensberatenden Rechtsanwälten) geschaffene Geflecht von Rechtsbeziehungen (...) hatten sie nicht nach einem Masterplan aufgebaut, sondern durch einen Deal nach dem anderen wie ein Quilt, der aus vielen Flecken (...) zusammengenäht wird.“⁴⁵

2. Drei „Ebenen“?

Statt einer Definition wird auch eine bloß heuristische Unterscheidung zugrunde gelegt. Darin werden drei „Ebenen“ unterschieden – Strukturveränderungen bzw. Umstrukturierungen auf der „(rein) gesellschaftlichen Ebene“, der „Zwischenebene = Unternehmensebene (Überschneidungsbereich)“ und der „(rein) arbeitsrechtlichen Ebene.“⁴⁶

Auch dies hilft kaum weiter. Zum einen zeigt schon die vage „Zwischenebene“, dass sich „Ebenen“ kaum unterscheiden lassen. Zum anderen sind „Ebenen“ keine methodischen oder begrifflichen Kategorien des Rechtssystems, werden als solche auch nicht bestimmt. Was eine „Ebene“ sein soll, wird nicht definiert und bleibt unklar. Soweit diese Bezeichnungen Exklusivität oder Vertikalität von „Ebenen“ im Verhältnis zueinander meinen, wird auch dies nicht präzisiert.

Dies gilt vor allem für eine darin anklingende Subsumtion des Arbeits- unter das Gesellschaftsrecht. Mit einer vagen Unterscheidung von „Ebenen“ scheint es insbesondere um die Abschottung des Unternehmens vor dem Arbeitsrecht und vor denkbaren Ansprüchen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu gehen, um deren Exklusion: Die rein gesellschaftsrechtlichen Vorgänge „gehen den Betriebsrat nichts an; sind dem Zugriff des BetrVG entzogen“ – heißt es dezidiert.⁴⁷ – Obwohl doch Gesellschafterwechsel und Anteilsveräußerung „... bei wirtschaftlicher Betrachtung die Interessen der Arbeitnehmer mindestens in demselben Maße berühren, wie direkt auf die Arbeitsplätze abzielende Veränderungen.“⁴⁸ Mit anderen Worten: Umstrukturierungen sollen auf bestimmten „Ebenen“ zwar das faktische Sein, die Interessen von Arbeitneh-

45 Pistor, Der Code des Kapitals. Wie das Recht Reichtum und Ungleichheit schafft, 2020, S. 252.

46 Willemsen u.a., a.a.O., B., Rn. 2ff.; APS-Steffan, 5. Aufl. 2017, § 613a BGB, Rn. 49ff.

47 Willemsen u.a., a.a.O., B., Rn. 6.

48 Willemsen u.a., a.a.O., B., Rn. 5f.

merinnen und Arbeitnehmern nachhaltig „berühren“, nicht aber das rechtliche Sollen, sollen sie insoweit nichts „angehen“.

Nicht außer Acht bleibt, dass eine Umstrukturierung auf gesellschaftsrechtlicher „Ebene“ zugleich arbeitsrechtliche Veränderungen auslöse bzw. nach sich ziehe.⁴⁹ Auch dass Gesellschafterwechsel den Betriebsrat nichts „angehe“, treffe jedenfalls für die Übernahme der Kontrolle durch Investoren nicht zu (§ 106 Abs. 3 Nr. 9a BetrVG)⁵⁰; besteht kein Wirtschaftsausschuss, tritt gemäß § 109a BetrVG der Betriebsrat an dessen Stelle. Dies gilt für nicht börsennotierte Unternehmen, ähnlich für börsennotierte (§§ 10 Abs. 5 S. 2, 14 Abs. 4 S. 2 WpÜG).⁵¹ Auch die Unternehmensmitbestimmung lässt sich kaum einer wie auch immer behaupteten „Ebene“ zuordnen.

Die Vagheit der Unterscheidungen zeigt sich in der Trivialität von Konkretisierungen: „Arbeitsrechtliche Vorgänge ereignen sich allein im Betrieb als arbeitstechnischer Organisationseinheit“.⁵² – Wo sollten sie sich sonst ereignen? Dass etwa die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses „die rechtliche Struktur des Unternehmens sowie die daran bestehenden Eigentumsverhältnisse unberührt lässt“,⁵³ liegt ebenfalls nahe. Das mag auch für Personalabbau und Massenentlassung gelten, für Organisationsänderungen auf betrieblicher Ebene, Teilung, Verschmelzung, Spaltung und Verlegung von Betrieben und Betriebsteilen, Betriebsstilllegung und -teilstilllegung, für alle Regelfälle des § 111 S. 3 BetrVG ohne Eigentümerwechsel. „Unter erheblichen Vorbehalten“ soll das allerdings auch für Betriebsinhaberwechsel (§ 613a BGB) als „arbeitsrechtliche Regelung mit unternehmensrechtlichem Einschlag“ gelten.⁵⁴

Alle Maßnahmen der Umstrukturierung, die den Interessen des umstrukturierenden Unternehmens entsprechen und seine Unternehmensrechte wahren, haben – auf welcher „Ebene“ auch immer – meist Auswirkungen auf Rechte und Interessen davon betroffener Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, oft nachteilige und einschneidende. Wenn es weiter heißt, sie „verschieben den arbeitsrechtlichen Bezugsrahmen“⁵⁵ bleibt erneut völlig offen, was derartige „Verschiebungen“ konkret für die davon Betroffenen bedeuten. Dem gegenüber sind sie, wie erwähnt, Gegenstände dieser Arbeit.

49 *Willemsen u.a.*, a.a.O., B., Rn. 55ff.; eine Umwandlung führe zu einer „Verschiebung des arbeitsrechtlichen Bezugsrahmens“ heißt es vage bei *Willemsen u.a.*, B. 83.

50 So auch *Willemsen u.a.*, a.a.O., C, Rn. 475ff.

51 Vgl. ausführlich *Bock*, Investorenvereinbarungen zur Sicherung von Arbeitnehmerinteressen, 2018, S. 38 ff., mwN.

52 *Willemsen u.a.*, a.a.O., B., Rn. 39.

53 *Willemsen u.a.*, ebd.

54 *Willemsen u.a.*, a.a.O., B., Rn. 52ff.

55 *Willemsen u.a.*, a.a.O., B., Rn 83.

3. Vorrang des Gesellschafts- vor dem Arbeitsrecht?

Das BAG vertritt auf einfachrechtlicher Ebene seit langem eine spezifische Form der Unterordnung von Interessen und Rechten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unter die der Arbeitgeber – den Vorrang des Gesellschafts- und des Unternehmensrechts vor dem Arbeitsrecht. Dies macht sich auch bei Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen geltend.

Die Trennung der Gesellschafter„ebene“ mit dem dort geltenden Gesellschafts- und Unternehmensrecht von der arbeitsrechtlichen und die These von der arbeitsrechtlichen Irrelevanz gesellschaftsrechtlicher Vorgänge haben zentrale rechtliche und strategische Bedeutung für die Umstrukturierung, ihre Abläufe und Inhalte.

Arbeitsrecht erscheint in dieser Konfrontation nicht nur als vom Unternehmens- und Gesellschaftsrecht ausgeschlossen, sondern als dessen abhängige Variable. Arbeitsrecht ist danach Schutzrecht zugunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nur nach deren Maßgaben. Das gilt insbesondere für Grundbegriffe der Arbeitsbeziehungen, wie Betrieb und Unternehmen.

Das BAG hat diesen Vorrang in einem älteren Urteil⁵⁶ zum Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen in lapidarer Kürze so zur Geltung gebracht: Das BetrVG „kenne“ keinen eigenen Unternehmensbegriff, sondern setze ihn voraus. Es „knüpfe dabei“ an die in anderen Gesetzen für das Unternehmen vorgeschriebenen Rechts- und Organisationsformen an⁵⁷ – soll heißen, dass das BetrVG weitgehend durch die in den Gesetzen für das Unternehmen vorgesehenen Rechts- und Organisationsformen bestimmt sein soll, die „durchweg zwingend“ seien. Die Normen des BetrVG könnten die rechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Auswirkungen hinsichtlich der Selbstständigkeit des Unternehmens weder ändern noch beeinflussen.

⁵⁶ BAG vom 13.6.1985 – 2 AZR 452/84, NZA 1986, S. 600, Rn. 30ff.; in dem Fall ging es um Kündigungsschutz im Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen. Das Urteil wäre ohne seine Ausführungen zur Bestimmung des Betriebs- und des Unternehmensbegriffs des KSchG und des BetrVG durch die „für die in den Gesetzen für das Unternehmen vorgesehenen Rechts- und Organisationsformen“ kaum anders ausgefallen.

⁵⁷ Z.B. BAG vom 17.3.2010 – 7 AZR 706/08, DB 2010, S. 2812, Rn. 15.

Diese Begründung, auf die das BAG später gelegentlich Bezug nimmt,⁵⁸ überzeugt nicht. Zunächst sind die Normen des BetrVG, abgesehen von den Ermächtigungsgrundlagen zur Vereinbarung einer atypischen Betriebsverfassung durch Kollektivvertrag in § 3 BetrVG, ebenfalls zwingend.⁵⁹ Ähnliches gilt für das gesetzlich geregelte Arbeitsrecht. Soweit es einseitig zwingend ist, kann von seiner Normen zugunsten der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers abgewichen werden. Das Verhältnis des Arbeitsrechts zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht wird dadurch nicht tangiert.

Auch ist beides – das Recht des Unternehmens wie das Arbeitsrecht – einfaches Bundesrecht in konkurrierender Gesetzgebungszuständigkeit gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Arbeitsrecht) bzw. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 und 11 GG (Gesellschaftsrecht)⁶⁰ und verfassungsrechtlich gleichrangig. Anderes gilt nur insoweit, als dem einen Teil-Rechtssystem von einfachem Recht Vorrang vor dem anderen eingeräumt wird. Das ist durch §§ 54ff. BetrVG, den Regularien zum Konzernbetriebsrat, in Bezug auf den gesellschaftsrechtlichen Konzernbegriff, oder durch §§ 134, 322–325 UmwG geschehen. Ein genereller Vorrang des Gesellschafts-, allgemein des Rechts des Unternehmens vor dem der Arbeitsbeziehungen ist auch angesichts dieser bloß punktuellen Regelungen normativ nicht begründbar.

Der Behauptung des Vorrangs des Unternehmens- und Gesellschaftsrechts vor dem BetrVG in der ständigen Rechtsprechung des BAG ließe sich mit einem ähnlichen Maß an Plausibilität entgegnen: Ebenso wenig wie das BetrVG gesellschaftsrechtliche Auswirkungen hinsichtlich der Selbstständigkeit der Unternehmen ändern oder beeinflussen kann⁶¹ – auch darum nicht, weil sein Geltungsbereich das Betriebsverfassungsrecht ist –, können die rechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Regelungen hinsichtlich der Selbstständigkeit von Unternehmen die Normen des BetrVG oder des KSchG beeinflussen. Das Arbeitsrecht ist nicht weniger „selbstständig“ dem Gesellschafts- und Unternehmensrecht gegenüber als dieses jenem gegenüber. Stehen Fragen aus dem Arbeitsverhältnis und dem Arbeitsrecht zur Entscheidung an, gilt Arbeitsrecht, nicht Arbeitsrecht in den Schranken und unter den Vorbehalten des Gesellschafts-

58 Vgl. z.B. BAG vom 23.8.1989 – 7 ABR 39/88, NZA 1990, S. 863, Rn. 25, für einen Konzernwirtschaftsausschuss; BAG vom 9.8.2000 – 7 ABR 56/98, NZA 2001, S. 116, Rn. 16ff., für Untergliederungen der SPD, die rechtlich selbstständige Zweigvereine sind und deshalb Unternehmen im Sinne des § 47 Abs. 1 BetrVG; BAG vom 13.2.2007 – 1 AZR 184/06, NZA 2007, S. 825, für den gemeinsamen Gesamtbetriebsrat verschiedener Rechtsträger; BAG vom 17.3.2010 – 7 AZR 706/08, AP Nr. 18 zu § 47 BetrVG, ebenfalls für einen unternehmensübergreifenden Gesamtbetriebsrat; vgl. schon BAG vom 5.12.1975 – AP Nr. 1 zu § 47 BetrVG. Aus dem Schrifttum vgl. z.B. *Fitting*, a.a.O., § 1 Rn. 146ff.

59 *Richardi*, BetrVG, 16. Aufl. 2018, Einleitung, Rn. 134ff.

60 BVerfGE 98, S. 145 (157).

61 BAG vom 13.6.1985, a.a.O., Rn. 31.

rechts – jedenfalls, solange es keinen für die gesamte Rechtsordnung allgemeinverbindlichen Unternehmensbegriff gibt, wovon das BAG ausgeht.⁶²

Damit sind gesellschaftsrechtliche Institutionen und Begriffe positivrechtlich nur in §§ 321ff. UmwG und im BetrVG nur für den KBR vorausgesetzt, nicht aber außerhalb des BetrVG, und nicht für das Unternehmen im Arbeitsrecht in toto, nicht für den Unternehmensbegriff, der § 1 Abs. 2 KSchG zugrunde liegen soll und auch nicht für arbeitsrechtliche Fragen von Unternehmensumstrukturierungen. Kollisionen im Arbeitsverhältnis von Arbeitsrecht mit Gesellschafts- und Unternehmensrecht sind nicht schon a priori durch dessen generellen Vorrang gelöst, vielmehr ist die Lösung jeweils erst am Fall und nach seinen besonderen Umständen zu suchen.

In Anbetracht der gegenteiligen – und herrschenden – Rechtsprechung des BAG, der zufolge arbeitsrechtliche Grundbegriffe und Institutionen dem Gesellschafts- bzw. Unternehmensrecht sich ohne weiteres zu fügen haben, was auch bei Rechtsfragen von Umstrukturierungen – mit erheblichen Folgen für die Praxis – angenommen wird, soll dies Verständnis zugrunde gelegt werden.

II. Keine gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse über gesamtwirtschaftliche Resultate von Umstrukturierungen

1. Unbekannte Konsequenzen für das System der Arbeitsbeziehungen

Voraussetzungen und Folgen von Umstrukturierungen des einzelnen Unternehmens für das Gesamtsystem der Arbeitsbeziehungen werden in der Rechtsprechung – aus naheliegenden Gründen, aber auch im Schrifttum nicht dargestellt.

In arbeitsgerichtlicher Rechtsprechung, deren Gegenstand Umstrukturierung ist oder die jedenfalls Berührungspunkte zu ihr hat, wird nicht deutlich, welche Konsequenzen die Entscheidungen der Gerichte insbesondere für die Arbeitskosten, die Arbeitsbedingungen und die Arbeitsplätze, auch über den Fall hinaus haben. Denn dies tut in den Verfahren in der Regel nichts zur Sache, sind dies doch keine Rechts-, sondern Fragen der Betriebswirtschaft oder der Branche. Aber auch das Schrifttum zur Umstrukturierung enthält dazu nichts; für wissenschaftliche Arbeiten erscheint dies begründungsbedürftig. Insoweit

⁶² Kritisch auch Joost, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988, S. 168 mwN. sowie S. 208ff., zum Unternehmensbegriff nach § 47 BetrVG; vgl. auch Gerd Reinecke, AuR 2013, S. 338.

könnten wissenschaftlichen Grundsätzen bezüglich Transparenz und Publizität Verschwiegenheitspflichten als Unternehmensberater entgegenstehen.

2. Gründe

Wegen der Vertraulichkeit der Unternehmensberatung, der Interessen der Unternehmen, ökonomische Planungs- und Kennziffern des Unternehmens, die nicht zwingend zu veröffentlichen sind, möglichst keinem Dritten zugänglich zu machen, aber auch des auf Arbeitsrechtsprobleme des Einzelunternehmens in der Umstrukturierung beschränkten Ansatzes der Diskussion von Fällen im rechtswissenschaftlichen Schrifttum fehlt es an Darstellungen zu Resultaten von Umstrukturierungen für die Arbeitsverhältnisse bzw. die Arbeitsbeziehungen insgesamt wie auch branchenweit. Darauf bezogene Zahlen und Fakten sind nicht bekannt bzw. werden nicht dargelegt. So wird z.B. nicht deutlich, wie viele Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in welchem Umfang von der jeweiligen Umstrukturierung betroffen sind. Wie die Arbeitsbedingungen, in welcher Höhe z.B. Vergütungsansprüche sich aufgrund einer Umstrukturierung geändert haben bzw. sich über kurz oder lang ändern oder wie sich etwa die Lohnsumme eines Betriebs aufgrund dessen entwickelt, erschließt sich aus dem unternehmensberatenden Schrifttum schon aus Gründen der Wahrung der Unternehmensinteressen nicht.

Auch die Höhe ersparter Personalkosten durch Umstrukturierungen wird nicht Gegenstand der Diskussion – weder der betrieblichen, geschweige denn der wissenschaftlichen Diskussion. Gewinne und Kosten werden in der Regel strikt vertraulich behandelt – den Pflichten als Unternehmensberatern, wenn auch nicht als Rechtswissenschaftlern entsprechend.

Rechtlich gesichert wird dieses unternehmerische Interesse durch zahlreiche Geheimhaltungspflichten im Betrieb und Unternehmen auch gegenüber den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und ihren Interessenvertretungen. Dazu gehört der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen für Aufsichtsratsmitglieder (§§ 25 Abs. 1 Nr. 1 und 2 MitbestG i.V.m. §§ 116 S. 1 und 2, 93 Abs. 1 S. 3 AktG)⁶³ und für die Organe der Betriebsverfassung (§§ 79, 106 Abs. 2 S. 1, 120 BetrVG). Dieser Schutz wird in der Praxis meist extensiv verstanden und zur Geltung gebracht.⁶⁴

63 Übersichten bei *Ulmer u.a.*, MitbestR, 4. Aufl. 2018, § 25 MitbestG, Rn. 99ff.; *Wißmann u.a.*, Mitbestimmungsrecht, 5. Aufl. 2017, § 25 MitbestG, Rn. 325ff.

64 Vgl. näher *Fitting*, BetrVG, 30. Aufl. 2020, § 79 Rn. 3ff., auch unter Bezugnahme auf das Geschäftsgeheimnisgesetz vom 18.4.2019; zu Verschwiegenheitspflichten im Verhältnis zwischen Betriebsrat und Aufsichtsrat vgl. im Einzelnen *Köstler u.a.*, Aufsichtsratspraxis, 10. Aufl. 2013, Rn. 574ff.; *Däubler/Kittner*, Geschichte der Betriebsverfassung, 2020, § 35 V, auch unter Hinweis auf BGH vom 5.6.1975 – II ZR 156/73, NJW 1975, S. 1412.

III. Keine empirische Forschung zu Umstrukturierungen, insbesondere nicht zu gesamtwirtschaftlichen Aspekten

In Anbetracht dessen verwundert es wenig, dass empirische Forschung zu dem Themenkomplex fehlt. Insbesondere gilt dies für gesamtwirtschaftliche Voraussetzungen und Folgen von Umstrukturierungen für das System der Arbeitsbeziehungen und ihre Entwicklung. Zur Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen sind noch nicht einmal Fragestellungen bzw. Hypothesen formuliert. Umstrukturierung scheint für Sozialforschung die „erdabgewandte Seite des Mondes“ zu sein.

Dies ist nachvollziehbar in Anbetracht der Dominanz einzelwirtschaftlicher Betrachtung mit ihrer ausgeprägten arbeitsrechtlichen Schwerpunktsetzung und Einzelfallorientierung im Schrifttum und wegen des Interesses umstrukturierender oder umstrukturierter Unternehmen an strikter Vertraulichkeit bzw. Geheimhaltung jedem Dritten gegenüber.

In Publikationen zu arbeitsrechtlichen Aspekten der Umstrukturierung von Unternehmen und Betrieben, deren Gewicht auf dem Fokus des einzelnen Betriebs und Unternehmens liegt, fehlen auch aus diesen Gründen Zahlen und Fakten zu Verteilungsrelationen der Resultate der betrieblichen Wertschöpfung im Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmern und ihrer Änderungen aufgrund von Umstrukturierungen, und zwar auf jeder Ebene – der des Betriebs, des Unternehmens wie der Branche, erst recht auf der der Gesamtwirtschaft.

IV. Die Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen als Teil der Entwicklung der Arbeitsbeziehungen

1. Keine Geschichte der Umstrukturierungen

Wichtiges Mittel wissenschaftlicher Erkenntnis ist die Reflexion des Entstehens und der Entwicklung des Forschungsgegenstandes, seine Genese.

Zur Geschichte des Arbeitsrechts liegt „von verschiedenem Ansatz“⁶⁵ aus detailliertes wie grundlegendes Schrifttum zur Arbeitsrechtsentwicklung vor. Es

65 Vgl. die Nachweise bei *Richardi*, Arbeitsrecht im Wandel der Zeit. Chronik des deutschen Arbeitsrechts, 2019. Die von *Richardi* zitierte Literatur von „verschiedenem Ansatz“ ist in Schrifttum zur Entstehung des Arbeitsrechts; zur Entwicklung des Arbeitsrechts in der Weimarer Republik; zur Arbeitsverfassung des Nationalsozialismus sowie zur Entwicklung des Arbeitsrechts nach dem Zweiten Weltkrieg gegliedert. *Richardis* Chronik folgt ihrerseits einem dezidiert eigenen „Ansatz“.

bezieht sich teils auf die vergangenen 30⁶⁶ bzw. 100 Jahre.⁶⁷ Anderes Schrifttum umfasst sogar die Spanne von der Antike bis zur digitalen Arbeitswelt.⁶⁸

Hanau hat 2014 eine Geschichte der Rechtsprechung des BAG vorgelegt.⁶⁹ Außerdem sind detaillierte „Erzählungen“ zur Geschichte arbeitsrechtlicher Teilgebiete, wie z.B. der Tarifautonomie, des Arbeitskampfes,⁷⁰ der Unternehmensmitbestimmung,⁷¹ der betrieblichen Mitbestimmung,⁷² der Entwicklung des europäischen Arbeitsrechts⁷³ oder bei Kommentierung einzelner Arbeitsgesetze publiziert worden.

In der „Zeitschrift für Arbeitsrecht“ (ZfA) erscheinen Berichte zur Entwicklung der Rechtsprechung des BAG und der Gesetzgebung zum Arbeitsrecht zum vergangenen Jahr. „Arbeit und Recht“ (AuR) bringt sporadisch Einzelbeiträge zur Geschichte des Arbeitsrechts und der Arbeitsbeziehungen. Auch existieren Jahresüberblicke zum europäischen Arbeits- und Sozialrecht und zur Rechtsprechung des EuGH in Arbeitssachen.⁷⁴ Keine dieser Publikationen ist aber „roter Faden“ der Entwicklung des gesamten Arbeitsrechts für einen längeren Zeitraum.

Insbesondere fehlt eine Darstellung der Entwicklungstrends der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen der letzten vierzig Jahre – in Anbetracht der Praxis- und Einzelfallbezüge der Thematik erwartungsgemäß.

66 Vgl. *Däubler*, AuR 2016, S. 325.

67 Vgl. *Däubler/Kittner*, Geschichte der Betriebsverfassung, 2020; *Gün u.a.* (Hrsg.), Gegenmacht statt Ohnmacht, 100 Jahre Betriebsverfassungsgesetz, 2020.

68 *Preis*, RdA 2019, S. 75; vgl. auch seine Phaseneinteilung zur Arbeitsrechtsgeschichte.

69 *Hanau*, 60 Jahre Bundesarbeitsgericht – eine Chronik, 2014.

70 Zur Darstellung der Genese der Tarifautonomie vgl. z.B. *Däubler* (Hrsg.), TVG, 4. Aufl. 2016, Einleitung A.; *Oetker*, in: *Wiedemann*, TVG, 8. Aufl. 2019, Geschichte des Tarifvertragsgesetzes, S. 19ff.; *Kittner*, Arbeitskampf, 2005; *Berg u.a.* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 5. Aufl. 2015, Teil 1: Grundlagen des Streik- und Tarifrechts, Rn 159ff. Fast alle Gesetzeskommentierungen stellen in ihren Einleitungen mehr oder minder ausführlich die Vor- und Entstehungsgeschichte des kommentierten Gesetzes dar; vgl. z.B. zum AÜG *Schüren/Hamann*, AÜG, 5. Aufl. 2018, B. Einleitung, wie auch *J. Ulber* (Hrsg.), AÜG, 5. Aufl. 2017.

71 Vgl. z.B. *Wißmann u.a.*, Mitbestimmungsrecht, 5. Aufl. 2017, Vorbemerkung, Rn. 11 ff.

72 *Däubler/Kittner*, a.a.O.; *Richardi*, BetrVG, 16. Aufl. 2018, Einleitung, Rn. 6ff.; *Gün u.a.*, a.a.O.

73 Vgl. z.B. *Preis/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 1.

74 Vgl. dazu die periodischen Berichte im HSI-Report zum Europäischen Arbeits- und Sozialrecht, auch in NZA, z.B. *Hlava u.a.*, NZA 2019, S. 968, S. 1184 und S. 1687.

2. Jedoch: einige Hinweise zu Umstrukturierungen in den „Jahrbüchern für Arbeitsrecht“

Allerdings legt das BAG mit den „Jahrbüchern für Arbeitsrecht“ und ihrem Vorläufer, dem „Arbeitsrecht der Gegenwart“,⁷⁵ seit Jahrzehnten und Jahr für Jahr Berichte und Analysen zur arbeitsrechtlichen Praxis und zu Trends der Arbeitsrechtsentwicklung vor.

Herausgeber der Jahrbücher ist der jeweilige Präsident, die jeweilige Präsidentin des BAG. Die Herausgeberschaft wird grundsätzlich für die Dauer der Präsidentschaft übernommen. Dies bürgt für Kontinuität beim Nachvollzug der Arbeitsrechtsentwicklung. So hat der zweite Präsident des BAG, Müller, das „Arbeitsrecht der Gegenwart“ von 1963 bis 1982 herausgegeben; die Präsidentin, Frau Schmidt, gibt es seit 2005 heraus. Das Jahrbuch ist erstmals 1964 für 1963 und seither jährlich, zuletzt 2020 für 2019 erschienen. Nach den Abhandlungen, zumeist vier an der Zahl in jedem Band, folgt die jährliche Dokumentation. Diese bringt einen Überblick über die Gesetzgebung zum Arbeitsrecht (A.), die Jahresberichte des BAG (unter B. des jeweiligen Bandes), einen Überblick über die Rechtsprechung (C.), auch die des BVerfG und des EuGH, sowie über das Schrifttum (D.). Jede Rubrik ist tief gegliedert.

Die Vorworte der Herausgeberin enthalten eine kurze Skizze von Schwerpunkten der Entwicklung des Arbeitsrechts im Berichtsjahr. Dabei nehmen sie öfter Bezug auf Abhandlungen in dem Band. Diese gelten aktuellen wie Grundsatzfragen des Arbeitsrechts. Das europäische Arbeitsrecht, insbesondere die Rechtsprechung des EuGH reflektiert das Jahrbuch seit Jahren immer wieder. Zuletzt heißt es: „Das Berichtsjahr 2019 zeigt die fortschreitende Prägung des nationalen Rechts durch das Recht der Europäischen Union auf, die weder vor dem kollektiven noch vor dem individualvertraglichen Arbeitsrecht Halt macht.“⁷⁶

Die Abhandlungen jedes Jahrgangsbandes stammen bis zum Bd. 45 für das Berichtsjahr 2007 noch jeweils aus der Feder von Gewerkschaften, eine von Arbeitgeberverbänden. Danach wird dies aufgegeben. – Auch ein Indikator des Bedeutungsverlusts der Koalitionen in den Arbeitsbeziehungen?

Der Dokumentationsteil weist 2055 arbeitsrechtliche Publikationen für das Berichtsjahr 2017 und 2014 für 2018, für 2019 dagegen „nur noch“ 1733 Titel

75 Abkürzung: ArBRGgw, Bd. 15 – Dokumentation für das Jahr 1977, 1978; ab 1998 Jahrbuch des Arbeitsrechts; Abkürzung: „JbArbR“.

76 Schmidt (Hrsg.), JbArbR, Bd. 57 für 2019, 2020, Vorwort.

nach. Für 1978⁷⁷ hatte das Jahrbuch lediglich 556 Titel, für 1963 gar nur 443 aufgeführt.

Zur Bedeutung des Jahrbuchs meint dessen Herausgeber Dieterich im Vorwort für 1994: „Mit den bereits vorliegenden 32 Bänden hat (es) schon etwas wie ein ‚Seismogramm des Arbeitsrechts‘ entstehen lassen.“⁷⁸

Die Jahrbücher sind für die Zeit ab 1977⁷⁹ daraufhin durchgesehen worden, was sich zur Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen in ihnen findet.

Die Jahrbücher stellen einerseits nur Aspekte und Schwerpunkte dar, überwiegend solche, die sich in dem Jahr gezeigt haben, über das der jeweilige Band des Jahrbuchs berichtet. Andererseits greifen sie immer wieder Entwicklungsperspektiven des Arbeitsrechts auf.

a) **Allgemeine Aussagen zur Umstrukturierung in den „Jahrbüchern“**

Gelegentlich erwähnen die Jahrbücher spezifische Aspekte von Umstrukturierungen, so z.B. für die Berichtsjahre 1990, 1993, 1994. Für 1994 betont das Jahrbuch, tiefgreifende Umstrukturierungsprozesse in der Wirtschaft hätten dazu geführt, dass zahllose Sozialpläne vereinbart werden mussten. Dies dürfte nicht zuletzt auf die Umstrukturierung, im Wesentlichen Abwicklung, der Volkswirtschaft der DDR zurückgehen. Darüberhinausgehend werden die Stilllegungen und die Deindustrialisierung der DDR, vor allem die des Volkseigentums durch die Treuhandanstalt, nicht Thema der Jahrbücher.

Betriebsübergänge als wichtiges Werkzeug aus dem „Baukasten“ der Umstrukturierung benennen die Jahrbücher öfter, z.B. in den Berichten für 1996, 2003 und 2006. Gegenstand von Abhandlungen im Jahrbuch werden sie nicht.⁸⁰

Nach dem Vorwort für das Berichtsjahr 2008⁸¹ sind Umstrukturierungen von Unternehmen und die Übertragung von Betrieben durch Rechtsgeschäft seit längerem „Alltag“. § 613a BGB komme daher große Bedeutung für das Wirt-

77 Müller (Hrsg.), ArbRGgw, Bd. 16, 1979.

78 Dieterich (Hrsg.), ArbRGgw, Bd. 32, 1995, Vorwort, S. 5.

79 1977 als Ausgangsjahr ist subjektiv gewählt worden. Jede Chronologie muss irgendwann beginnen. 1977 begann die Arbeitsrechtspraxis des Verfassers; sie setzt sich bis heute fort.

80 Seit 1987 nehmen die Jahrbücher die Jahresberichte des BAG auf. § 613a BGB erhält von 1998–2009 in den Jahresberichten sogar eine eigene Rubrik. Die Entscheidungen des BAG, die schwerpunktmäßig § 613a BGB zugeordnet werden, machen dort zwischen 1,5 Prozent (für 2000) und immerhin 7,5 Prozent (für 2005) aller Verfahrenseingänge beim BAG aus.

81 Zum Arbeitsrecht in der Finanzkrise der Jahre 2007–2009 vgl. Wolter, AuR 2008, S. 325.

schaftsleben zu. Die mit einem Betriebsübergang verbundenen Rechtsfragen seien „recht komplex“. Besondere Bedeutung habe im Berichtsjahr das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers nach § 613a Abs. 6 BGB erlangt.

Dies besagt für einige Schwerpunktthemen mit thematischen Bezügen zu Umstrukturierungen:

b) Arbeitslosigkeit; Deregulierung der Arbeitsbeziehungen und Umstrukturierung

Seit Mitte der 1970er Jahre, schließlich bis 2004, 2005 erörtern die Jahrbücher immer wieder und mit Sorge die große und wachsende Arbeitslosigkeit; nach 2005 erscheint die Arbeitsmarktlage nicht mehr in den Jahrbüchern.

Auch greifen sie wiederholt und kritisch den 1985 mit dem BeschFG begonnenen bis zur Finanzkrise 2008/2009 und darüber hinaus herrschenden rechtspolitischen „Mainstream“ vom Arbeitsrecht als Zugangsbarriere zum Arbeitsmarkt und der daraus geschlossenen Notwendigkeit der Deregulierung von Arbeitsrecht als notwendiger Bedingung für eine erfolgreiche Bekämpfung der Arbeitslosigkeit auf.

Herausgeber Kissel betont im Vorwort für 1994: „Das Jahresende 1993 fiel in eine auch arbeitsrechtlich bewegte Zeit, mit geprägt durch eine schlechte Wirtschaftslage, darauf beruhender hoher Arbeitslosigkeit und vielfältigen Bestrebungen zur Verringerung der Lohnkosten, nicht zuletzt durch neue betriebliche Vorgänge bis hin zur Verlagerung ins Ausland. (...) In den gesamtwirtschaftlichen Kontext gehört auch die Forderung nach Deregulierung des Arbeitsrechts. (...) Innerhalb des überkommenen arbeitsrechtlichen Normengefüges ist das Verhältnis von Tarifvertrag und betrieblicher Regelung heftig in Bewegung geraten, markiert durch Stichworte wie Tarifflicht und Öffnungsklauseln im Zusammenhang mit Bemühungen um Arbeitsplatzerhaltung, aber auch betriebliche Umstrukturierung.“⁸²

Neben zahllosen anderen Autoren propagierte wenig später nicht zuletzt Rütters vehement die Deregulierung des Arbeitsrechts als entscheidenden Faktor zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit.⁸³ Darauf erwiderte ausführlich vor allem Hanau.⁸⁴ Diese Publikationen rufen beispielhaft die Grundsätzlichkeit der seinerzeit zur Deregulierung geführten Diskussionen in Erinnerung. – Es gebe

82 ArbRGgw, Bd 31, 1994, Vorwort, S. 5.

83 Rütters, Beschäftigungskrise und Arbeitsrecht – zur Arbeitsmarktpolitik der Arbeitsgerichtsbarkeit, 1996.

84 Hanau, Deregulierung des Arbeitsrechts – Ansatzpunkte und verfassungsrechtliche Grenzen, 1997, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 154.

Themen, die nie zur Ruhe kommen würden, so das Vorwort zum Jahrbuch für 1996. Seit längerem erscheint allerdings die weitere Deregulierung des Arbeitsrechts nicht mehr im Jahrbuch – bis auf weiteres.

c) Implikationen der Arbeitsmärkte nach der deutschen Einigung und der Ost-Erweiterung der EG/EU – verstärkte Billiglohnkonkurrenz

Auch hierzu verweist das Jahrbuch auf arbeitsmarktpolitische Aspekte der deutschen Einigung 1990 sowie der „Osterweiterung“ der EU 2004. Beides führte auch zu erheblich erweiterten Niedriglohnsektoren und zu weiter verschärfter Konkurrenz der lohnabhängig Beschäftigten auf den Arbeitsmärkten.

Als frühe Form der Umstrukturierung durch Gesetz neben der zu dem Zeitpunkt bereits breit angelaufenen Welle von Umstrukturierungen durch Rechtsgeschäft ist das Flaggenrechtsgesetz von 1990 zu erwähnen⁸⁵ – ohne dass das Jahrbuch dies herausgestrichen hätte. Das Gesetz ermöglichte bzw. erleichterte die Flucht aus deutschem in – kostengünstigeres – ausländisches Seeleutearbeitsrecht, auch dies eine Maßnahme „bloß auf dem Papier.“⁸⁶

Das Vorwort für das Berichtsjahr 1990 betont als herausragendes Ereignis für die gesamte Rechtsentwicklung die deutsche Vereinigung, die auch das Arbeitsleben und das Arbeitsrecht entscheidend geprägt habe. Der Staats- und der Einigungsvertrag normieren auch Umstrukturierungen – nicht eines einzelnen Unternehmens oder Betriebs, sondern gleich einer ganzen Volkswirtschaft, der der DDR. Auch diese Verträge waren zunächst Maßnahmen „bloß auf dem Papier“. Kurz danach wurde aber das gesamte Volkseigentum, wenn nicht privatisiert, so abgewickelt und stillgelegt. Diese nachfolgenden Entwicklungen reflektieren die Jahrbücher nur am Rande.

Immerhin betont das Jahrbuch für 1990, dass angesichts der Praxis des Arbeitslebens in den neuen Bundesländern neben dem Kündigungsrecht im Zusammenhang mit Umstrukturierungen, Sanierungen und Stilllegungen vor allem § 613a BGB erhebliche Bedeutung gehabt habe – eine weitere „Spur“ von Umstrukturierungen als Teil und Determinante der Arbeitsrechtsentwicklung.

d) Arbeitsgesetze

Vorworte oder Abhandlungen der Jahrbücher reflektieren die wichtigsten Gesetze und Gesetzesänderungen.

85 Gesetz i.d.F. vom 4.7.1990, BGBl. I S. 1342.

86 Dazu das grundlegende Urteil des BVerfGE 92, S. 26.

Gesetzliche Regelungen mit mittelbarem oder gar unmittelbarem Bezug zur Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen betrafen insbesondere die Einschränkung des Geltungsbereichs des KSchG durch das arbeitsrechtliche BeschFG 1996 sowie den drastischen Ausbau der Befristungsmöglichkeiten des Arbeitsverhältnisses durch gesetzliche Normierung der Befristung (§§ 14ff. TzBfG) im Jahr 2000 in Anknüpfung an das BeschFG 1985 und das arbeitsrechtliche BeschFG 1996 jeweils anderer Koalitionen.⁸⁷ Jede Beschränkung des Bestandsschutzes, einschließlich der durch Befristung des Arbeitsverhältnisses, erleichtert Umstrukturierungen.

Für 2001 werden Neuregelungen im BetrVG-Reformgesetz vom 23.7.2001, die auch für Umstrukturierungen relevant sind⁸⁸, vor allem die einer atypischen, vereinbarten Betriebsverfassung, vom Jahrbuch in Bezug genommen, allerdings ohne Bewertung. Nicht erwähnt wird das für arbeitsrechtliche Aspekte von Unternehmensumstrukturierungen höchst bedeutsame Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts vom 28.10.1994.⁸⁹

Der Einsatz von Leiharbeitnehmern und Beschäftigten auf der Basis von Werkverträgen sowie von Solo-Selbstständigen und damit die „Vermeidung“ arbeitsrechtlichen Schutzes ist ein seit langem erprobtes und wichtiges Mittel der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen. Die Jahrbücher greifen Fragen der Leiharbeit und verwandter Institute immer wieder kritisch auf (z.B. 2008, 2011 und 2013).

e) Tarifautonomie

Das Jahrbuch für 1997 bringt einen zur Diskussion um den Flächentarifvertrag deutlich Stellung nehmenden Grundsatzbeitrag von *Söllner*: „Der Flächentarifvertrag – ein Kartell?“ Um die herrschenden Diskurse dieser Jahre deutlich zu machen, genügt das Eingangszitat seiner Abhandlung: „Im Laufe des Jahres 1997 verging kaum ein Tag, an dem nicht irgendwo in der Tagespresse, im Rundfunk oder im Fernsehen der Flächentarifvertrag für die Arbeitslosigkeit, insbesondere für den Arbeitsplatzabbau in den Betrieben und für die mangelnde Bereitschaft von Unternehmen, in neue Arbeitsplätze zu investieren (mit

⁸⁷ KR-Lipke, 12. Aufl. 2019, § 14 TzBfG, Rn. 512.

⁸⁸ Vgl. zu den weiteren Änderungen durch das BetrVG-Reformgesetz, z.B. Oetker, in: GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018, vor § 106 Rn. 6f. sowie § 106 Rn. 3ff.; vgl. auch DKW-Bachner, BetrVG, 17. Aufl. 2020, Einleitung, Rn. 37ff.; dort auch Überblick über die Entwicklung seit 2001, a.a.O., Rn. 44ff.

⁸⁹ BGBI. I S. 3210; Köstler/Bachner, in: Bachner u.a., Arbeitsrecht bei der Umstrukturierung von Unternehmen und Betrieben, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 23ff., weisen darauf hin, dass das UmwG, das am 1.1.1995 in Kraft trat, das deutsche Gesellschaftsrecht grundlegend verändert, insbesondere die Anzahl von Umwandlungen deutlich erhöht habe, nämlich von 44 auf 119, a.a.O., § 2 Rn. 23f.; Bachner, NJW 1995, S. 2881.

verantwortlich gemacht wurde). So vor allem im Wirtschaftsteil der Frankfurter Allgemeinen Zeitung.⁹⁰

Die Krise des Tarifvertrages, insbesondere des Flächentarifvertrages, ist seit dem Berichtsjahr 1995 oft Thema der Jahrbücher. Auch die Dokumentation für 1999 befasst sich mit Tarifverträgen unter Bedingungen der Umstrukturierung.⁹¹

Die Dokumentation für das Jahr 2003, das zweite Jahr der Amtszeit der zweiten rot-grünen Koalition, enthält gleich drei Abhandlungen zu aktuellen tarifvertraglichen Problemen der Umstrukturierung.⁹²

Das Jahrbuch betont für die Berichtsjahre 2016 und 2017, die „in neue Dimensionen vorstoßende Digitalisierung der Arbeitswelt (werfe) ihre Schatten voraus“. Diese Systeme und Technologien würden vor „altbekannten Betriebsstrukturen“ und dem daran anknüpfenden, kollektivrechtlichen Schutz für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht Halt machen.

V. Resümee

Öfter heißt es in den Jahrbüchern, Umstrukturierungen seien Alltagspraxis der Unternehmen. Besonderes Augenmerk der Jahrbücher gilt der „Zentralnorm“ der Umstrukturierung, § 613a BGB. Aber selbst als bloß vage abgegrenztes Teil-„Gebiet“ des Arbeitsrechts erscheint die Umstrukturierung den Jahrbüchern nicht, geschweige denn als ein „roter Faden“ der Arbeitsrechtsentwicklung. Dies kann kaum anders sein, wird berücksichtigt, dass Umstrukturierung ein einzelwirtschaftliches Praxisfeld zwischen Betriebswirtschaft und Recht, Arbeits- und Gesellschaftsrecht, europäischem und deutschem Recht ist. Inhalte und Schwerpunkte der Umstrukturierung ergeben sich aus jeweils unterschiedlichen unternehmerischen Interessen. Damit kann es auch keinen konkret-allgemeinen Begriff der Umstrukturierung geben.

Unter diesen Vorbehalten – fehlende Empirie, unklare Begrifflichkeiten, kein abgrenzbares Teilgebiet des Arbeitsrechts usw. – steht auch die folgende Darstellung. Wie alle anderen bekannten Untersuchungen zum Thema kann sie insbesondere zu Implikationen der Umstrukturierung für das System der Ar-

90 Söllner, ArbRdGgw, Bd 35, 1998, S. 21; ebenso Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Band I; 1997, Vorwort, S. VII; zur Diskussion in diesen Jahren vgl. auch Rütters sowie Hanau (vgl. oben).

91 Westedt/Schmitz, Tarifverträge zur Veränderung der Arbeitsbedingungen bei Betriebsübergängen, Outsourcing und Unternehmensaufspaltung, JbArbR, Bd 37, 2000, S. 59.

92 JbArbR, Bd 41, 2004, S. 49, S. 71 und S. 85.

beitsbeziehungen bloß auf die eigene, langjährige eigene berufliche Praxis und auf teilnehmende Beobachtung zurückgreifen.

Zuvor sei noch kurz erwähnt, welche Grundsatzthemen – auch – der Arbeitsrechtsentwicklung im Folgenden nicht diskutiert werden, auch wenn sie mit der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen in Zusammenhang stehen:

VI. Was hier nicht zum Thema wird: Neue „Runden“ der Fortentwicklung der Arbeitsbeziehungen – Arbeit 4.0, Corona, Digitalisierung, Transformation

In der gesellschaftsweit und -übergreifend ausgetragenen Konkurrenz auch um möglichst niedrige Arbeitskosten hat nicht nur eine neue „Runde“ begonnen, sondern zur selben Zeit gleich mehrere. In aller Munde sind „Arbeit 4.0“⁹³, „Digitalisierung“ der Arbeit, auch „Transformation“, die aktuell nicht zuletzt der Automobilindustrie und vor allem ihren Zulieferern ins Haus steht. Jüngst hat die Corona-Pandemie Herausforderungen an die Arbeits- und Betriebsorganisation und – vermutlich – an den Betrieb und an seinen Begriff gestellt.

Wesentlich nachhaltiger als die seit langem eingeführten und bekannten unternehmerischen Strategien der Umstrukturierung von Betrieben und Unter-

93 Vgl. dazu z.B. *Bundesministerium für Arbeit und Soziales* (Hrsg.), Weißbuch Arbeiten 4.0, Diskussionsentwurf, 2017; *Benner* (Hrsg.), *crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit*, 2014; *Kurz/Rieger*, *Arbeitsfrei. Eine Entdeckungsreise zu den Maschinen, die uns ersetzen*, 2013; *Leimeister/Zogaj*, *Neue Arbeitsorganisation durch crowd sourcing*, Hans-Böckler-Stiftung, Arbeitspapier Nr. 287, 2013; die Beiträge in der Zeitschrift *Industrielle Beziehungen*, 23 (2016), Heft 2; *Bayreuther*, *Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo) Selbstständigen, Crowdworkern ua Plattformbeschäftigten*, HSI-Schriftenreihe, Bd. 26, 2018; *Günther/Böglmüller*, *NZA* 2019, S. 273 sowie 417; *Waas*, *AuR* 2018, S. 548; *ders. u.a.*, *Crowdwork – A Comparative Law Perspective*, HSI-Schriftenreihe, Bd. 22, 2017; *Krause*, *Digitale Transformation der Arbeitswelt und arbeitsrechtliche Regulierung*, *JbArbR*, Bd. 54, 2017, S. 23; vgl. auch die Beiträge des 33. Passauer Arbeitsrechtssymposiums: *Arbeitsrecht für die digitale Arbeitswelt*, *NZA* 2019, Beilage 2/2019, zu Heft 24; vgl. auch die Beiträge in der *NZA*-Beilage 3/17, S. 73 bis 121; *Thüsing*, *SR* 2016, S. 87. Aus der Rechtsprechung vgl. z.B. die Entscheidung des BAG vom 13.12.2016 – 1 ABR 7/15, „Facebook-Seite“: *NZA* 2017, S. 657; *Däubler/Klebe*, *NZA* 2015, S. 1032; *Kocher/Hensel*, *NZA* 2016, S. 984; Zur Zukunft der Arbeit unter Bedingungen der Digitalisierung vgl. auch *Dengler/Matthes*, *IAB*, Kurzbericht, 4/2018; *OECD* (Hrsg.), *Mercuring the Digital Transformation 2019*; *Däubler/Kittner*, *Geschichte der Betriebsverfassung*, 2020, § 41 „Betriebsrat in der digitalisierten Welt“; *Krause*, *Agile Arbeit und Betriebsverfassung*, HSI-Schriftenreihe, Bd. 37, 2021 – um nur wenige, beliebig herausgegriffene Titel aus dem fast täglich erscheinenden, mittlerweile unübersehbaren Schrifttum zur Digitalisierung im Besonderen zu nennen.

nehmen könnten diese internetgestützten Technologien und Verfahren⁹⁴ neben Produktivitätszuwächsen, jedenfalls in bestimmten Branchen und für einen erheblichen Teil der dortigen zukünftigen Arbeitsprozesse „Eckpfeiler“ des Arbeitsrechts als Schutzrecht, wie den Arbeitnehmer- und den Arbeitgeberbegriff, den Betriebsbegriff und Begriff und Inhalte des Arbeitsvertrages verändern und sogar obsolet machen – schlagwortartig: Crowdsourcing als internetgestützte Form des Outsourcing.⁹⁵

Stichworte bei „Arbeit 4.0“ sind u.a. neue Formen der Erwerbsarbeit durch Plattformbeschäftigte, die keine Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer, sondern Selbstständige sein sollen,⁹⁶ das Verschwimmen der Grenzen zwischen Arbeit und Freizeit durch ständige Erreichbarkeit der Beschäftigten in ihrer Freizeit und in ihrem Urlaub mit Hilfe von PC und Smartphone; die Substitution der immer noch zu „teuren“ Leiharbeit durch Beschäftigung von Werkvertragsbeschäftigten; eine immer tiefer gehende Überwachung mit dem Effekt des „gläsernen Mitarbeiters“;⁹⁷ kurz: die Relativierung, wenn nicht Auflösung von Arbeitszeit, Arbeitnehmerstatus und Betrieb als Ort der Erbringung der Arbeitsleistung.

Wenn die aus verringerten Arbeitskosten entstandenen Extragewinne für einzelne Unternehmen sich gegenüber den Konkurrenten erneut ausgeglichen haben werden, wird eine nächste „Runde“ zur Reduzierung der Arbeitskosten in der Konkurrenz der Unternehmen eingeläutet – nicht anders, als dies bisher stets der Fall war.

94 Eine tiefgreifende Frühform des „digitalen Wandels“ fand vor über 40 Jahren in der Druckindustrie statt mit der Implementierung von rechnergesteuerten Textsystemen anstelle von Bleisetzmaschinen, die das Ende des traditionsreichen Berufs des Maschinensetzers besiegelten. Dazu wurde 1978 ein harter Arbeitskampf mit Schwerpunktstreiks und unbefristeter bundesweiter Aussperrung sämtlicher gewerblicher Arbeitnehmer der Druckindustrie geführt; vgl. dazu z.B. BAG vom 10.6.1980 – 1 AZR 822/79 sowie 1 AZR 331/79, AP Nr. 64 und 66 zu Art. 99 GG Arbeitskampf; Resultat des Arbeitskampfes war der bundesweit geltende Tarifvertrag über Einführung und Anwendung rechnergesteuerter Textsysteme (RTS-TV) vom 20.3.1978; vgl. dazu näher *Hensche*, Arbeitskämpfe in der Druckindustrie, AuR 2019, S. G 1, sowie BAG vom 13.9.1983 – 1 ABR 69/81, BAGE vom 28.6.2001 – 6 AZR 114/00, NZA 2002, S. 331, Rn. 99ff.; BVerfGE 84, S. 212 (Aussperrung DB 1984, S. 1099; in der Druckindustrie im Arbeitskampf 1978).

95 In diesem Sinne auch *Strube*, Vom Outsourcing zum Crowdsourcing. Wie Amazons Mechanical Turk funktioniert, in: *Berner* (Hrsg.), a.a.O., S. 75. Nach *Strube* ist Crowdsourcing dem Outsourcing ähnlich, aber nicht in ein Zweite-Welt-Land, sondern in die digitale Welt. „Outsourcing“ ist ein Kunstwort, zusammengesetzt aus den Wörtern „OUTside reSOURCes usING“; vgl. dazu ausführlich *Hesse*, Erzwungene Selbstständigkeit von Arbeitnehmern – Outsourcing, 2001; auch zur Herkunft des Begriffs, a.a.O., S. 64 f. mwN.; *Düwell*, AE 01/2017, S. 5ff.; vgl. auch oben B.III.3.

96 *Krause*, NZA-Editorial, Heft 7-2018.

97 Vgl. z.B. BAG vom 13.12.2016 – 1 ABR 7/15, NZA 2017, S. 657 („Facebook-Seite“), und vom 25.4.2017 – 1 ABR 46/15, NZA 2017, S. 1205 („Belastungsstatistik“).

Neueste Formen der Arbeit, die sich zu etablieren beginnen, sind nicht Gegenstand dieser Arbeit, mögen auch in ihnen und durch sie Umstrukturierungen ebenfalls stattfinden. Hier werden nur einige der seit Jahrzehnten bekannten, herkömmlichen Formen von Umstrukturierung ohne Symbiose mit der begonnenen Digitalisierung betrachtet. Sie werfen genug Fragen auf.

Auch die überraschenden und teils neuen, teils alten Herausforderungen, die sich aus der Corona-Krise ergeben, bleiben hier unberücksichtigt. Das Management der Implikationen der Corona-Krise für die Arbeitsbeziehungen kann u.a. auf in der Finanzkrise 2007-2009 bewährte Instrumente, wie etwa Kurzarbeitsregelungen zurückgreifen. Auch Homeoffice ist seit langem erprobt. Allerdings sind die unmittelbare räumliche und soziale Kommunikation und Kooperation in den Arbeitsprozessen durch die vorübergehenden Betriebs-schließungen zum Teil erheblich in Mitleidenschaft gezogen. Dies kann sich, wenn es auf unabsehbare Zeit anhält, tiefgreifend auf die Arbeitsbeziehungen insgesamt auswirken. Es wird dann auch Grundstrukturen der industriellen Beziehungen mehr oder minder stark modifizieren, nicht zuletzt den Betrieb und seinen Begriff.

Der Begriff ist für Umstrukturierungen von Unternehmen und Betrieben von fundamentaler Bedeutung⁹⁸ und wird aufgrund der Corona-Krise womöglich zu modifizieren sein. Gleichwohl wird auch die sich daraus ergebende Problematik hier nicht näher diskutiert. Änderungen in den Arbeitsbeziehungen sind zwar als grundlegende, nicht aber als dauerhafte derzeit noch nicht erkennbar.

C. Soziale und rechtliche Wirkungen von Umstrukturierungen

Aufgrund der zunächst europaweit bestehenden Massenarbeitslosigkeit, der durch die deutsche Einigung und den Beitritt osteuropäischer Staaten zur EU ab 2004⁹⁹ erheblich vergrößerten Arbeitsmärkte, unternehmerischen Strategien der Flexibilisierung, Individualisierung, Deregulierung und Privatisierung sowie starker Zunahme prekärer Arbeitsverhältnisse¹⁰⁰ ist aktuell ein erhebli-

98 Vgl. dazu unten Fünfter Abschnitt, B.

99 Vgl. dazu z.B. *Temming*, RdA 2005, S. 186.

100 Vgl. dazu die umfassenden Darstellungen von *Deinert u.a.*, Die Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts, 2020 sowie *ders.*, RdA 2014, S. 65; *Waltermann*, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? Gutachten B zum 68. DJT, 2010; *Däubler*, AuR 2016, S. 325; *Horstmeier*, Prekäre Beschäftigungsverhältnisse, 2009; *Preis* (Hrsg.), Innovative Arbeitsformen, 2005; komprimierte Beschreibung vielfältiger Aspekte der Deregulierung bei *Berg u.a.* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 5. Aufl. 2015, Teil 1: Grundlagen des Streik- und Tarifrechts, Rn. 159ff.

cher und zunehmender Bedeutungsverlust kollektiv geregelter Arbeitsbedingungen festzustellen.

I. Aktueller Bedeutungsverlust kollektiven Arbeitsrechts

1. Rückläufige Tarifgebundenheit – Tarifflicht

Seit Jahren ist der Grad der Tarifgebundenheit stark rückläufig. Der Abwärtstrend hält an. Gesamtwirtschaftlich sei der Anteil der Beschäftigten in branchentarifgebundenen Betrieben um 21 Prozent in Westdeutschland, um 22 Prozent in Ostdeutschland zurückgegangen. Für 43 Prozent der westdeutschen und 56 Prozent der ostdeutschen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gab es keinen Tarifvertrag. Von den Betrieben seien derzeit hochgerechnet noch rund 27 Prozent im Westen und 16 Prozent im Osten durch Branchentarifverträge gebunden.¹⁰¹

Das Tarifaufstärkungsgesetz vom 11.8.2014¹⁰² hat die Tarifgebundenheit offenbar nicht gestärkt. Auch die Anzahl der allgemeinverbindlichen Tarifverträge ist weiter gesunken, womöglich auch deswegen, weil es zur AVE seitdem des gemeinsamen Antrags der Tarifvertragsparteien bedarf. Zur AVE durch Rechtsverordnung nach Maßgabe von § 7a Abs. 1a AEntG bedarf es der Zustimmung von mindestens zwei arbeitsrechtlichen Kommissionen von Religionsgesellschaften. Ungeachtet der Corona-Pandemie hat die arbeitsrechtliche Kommission der Caritas ihre Zustimmung zu einem Mindestlohntarifvertrag für die Pflege verweigert. Auch ein Beitrag des Tarifeinheitsgesetzes (§ 4a TVG), in Kraft seit dem 10.7.2015, zur Tarifeinheit ist in der Tarifpraxis nicht feststellbar.¹⁰³

101 *Kohaut*, Tarifgebundenheit – Der Abwärtstrend hält an, IAB-Forum von 24.5.2018. Das IAB-Betriebspanel erhebt die Tarifgebundenheit seit 1996 und stellt fest, sie sei von 1996 in ganz Deutschland stark rückläufig; *Däubler*, TVG, 4. Aufl. 2016, Einleitung, Rn. 57ff. mwN.

102 *Wiedemann-Oetker*, Tarifvertragsgesetz, 8. Aufl. 2019, Geschichte des Tarifvertragsgesetzes, Rn. 83 ff.

103 Zur Entstehungsgeschichte vgl. ebenfalls *Wiedemann-Oetker*, a.a.O., Rn. 91ff.; vgl. auch BVerfG vom 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, BVerfGE 146, S. 71. Zur Wirksamkeit des TEG schwanken die Einschätzungen zwischen völliger Unwirksamkeit und so hoher Wirksamkeit, dass es in der Praxis gar nicht erst zu Tarifkollisionen komme.

Arbeitnehmer und Gewerkschaften haben das primäre Interesse an Tarifverträgen:¹⁰⁴ Dazu müssen Gewerkschaften tariffähig, „mächtig“ sein, vom Tarifgegner „ernst genommen“ werden; qualitativ anders dagegen der Arbeitgeberverband, das „Widerlager“ der Gewerkschaft: Auch der schwache Arbeitgeberverband, gleichgültig, ob seine Schwäche eine „innere oder äußere“¹⁰⁵ ist, kann wirksame Tarifverträge abschließen.¹⁰⁶ Er muss nur „tarifwillig“ und tarifzuständig sein.

In der Bundesrepublik Deutschland waren die Organisationsgrade in Arbeitgeberverbänden stets wesentlich höher als die in den Gewerkschaften. Sie sind in den letzten Jahrzehnten „hüben wie drüben“ dramatisch gesunken.¹⁰⁷ Auch sind in vielen Arbeitgeberverbänden OT-Mitglieder („ohne Tarifgebundenheit“) inzwischen sogar in der Mehrheit. Branchentarifverträge werden nur noch für die verbliebenen Vollmitglieder geschlossen.¹⁰⁸ Für OT-Mitglieder kommt Tarifgebundenheit nur durch – erst noch durchzusetzenden – Firmentarifvertrag in Betracht. Auch aufgrund dessen lässt nicht nur die Tarifgebundenheit quer durch alle Branchen dramatisch weiter nach.

Tariflich noch geregelte Arbeitsbedingungen differenzieren sich mehr und mehr aus, geradezu zu einem „Flickenteppich“ aus Tarifgebundenheit und tariflich je nach Unternehmen mittlerweile höchst unterschiedlichen Arbeitsbedingungen. Die Gewerkschaft ist gezwungen, die besonderen und individuellen Bedingungen des jeweiligen Betriebs zu berücksichtigen, nicht zuletzt bei ihrer nur noch auf die Durchsetzung von Firmentarifverträgen gerichteten Tarifpolitik („Häuserkampf“). Diese ändern nichts am Befund der in den Branchen „auseinanderdriftenden“ kollektivrechtlichen Arbeitsbedingungen.

Dementsprechend geht es in der tarifrechtlichen Praxis nur noch selten um Tarifbindung (§ 4 Abs. 1 TVG); entscheidungserheblich sind stattdessen viel häu-

104 BAG vom 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf, A.I.2.a) der Gründe: „Nach dem bisherigen Stand der Dinge ist die bestehende Tariffolge und u.U. sogar ein tarifloser Zustand für die Arbeitgeber vorteilhafter als für die Arbeitnehmer. In der bisherigen Sozialgeschichte waren die Gewerkschaften fast immer gehalten, eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen zu fordern und durchzusetzen. (...) Hingegen konnten die Arbeitgeber als ihre Tarif-Vertragspartner kein unmittelbares Interesse daran haben, zum Beispiel die Löhne stärker anzuheben, die Arbeitszeit zu verkürzen, die Rationalisierung durch Schutzvorschriften zu erschweren.“

105 BVerfGE 92, S. 365 (396) meint, der Gesetzgeber sei nicht gehalten, schwachen Verbänden Durchsetzungsfähigkeit bei Tarifverhandlungen zu verschaffen. Weil der Arbeitgeberverband nicht „stark“, sondern nur verhandlungsbereit, „tarifwillig“ sein muss, kann das BVerfG damit nur die Seite der Gewerkschaften gemeint haben.

106 BAG vom 20.11.1990 – 1 ABR 62/89, NZA 1991, S. 428; *Däubler-Peter*, Tarifvertragsgesetz,

4. Aufl. 2016, § 2 Rn. 123ff.; *Wiedemann-Oetker*, Tarifvertragsgesetz, 8. Aufl. 2019, § 2 Rn. 519ff.

107 Vgl. im Einzelnen *Schnabel*, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände: Organisationsgrade, Tarifgebundenheit und Einflüsse auf Löhne und Beschäftigung, ZAF, H. 2/3 2005, S. 181ff.

108 *Däubler*, Tarifvertragsgesetz, a.a.O., Einleitung, Rn. 57ff. mwN.

figer arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln. Diesen fehlt die unmittelbare und zwingende Geltung.

2. Rückläufige betriebliche und Unternehmensmitbestimmung – Flucht aus der Mitbestimmung

Auch die betriebliche und die Unternehmensmitbestimmung „verlieren an Boden“. Der Anteil der Beschäftigten, für die die betriebliche Mitbestimmung gilt, sank im Westen seit Mitte der 1990er Jahre von 51 auf heute 40 Prozent, im Osten von 43 auf 33 Prozent. In Betrieben mit 51 bis 500 Beschäftigten fielen diese Werte zwischen 2000 und 2017 von 67 auf 53 Prozent im Westen und von 63 auf 48 Prozent im Osten. 2014 bestanden in nur noch 28 Prozent der Betriebe Bindung an Branchentarifverträge und ein Betriebsrat, in Ostdeutschland sogar nur 15 Prozent.¹⁰⁹ – Allerdings hatte die Bundesregierung einen Rückgang der Zahl der Betriebsräte schon 2001 festgestellt.¹¹⁰

Aktuelle Studien der Hans-Böckler-Stiftung belegen fortgesetzte „Fluchttendenzen“ auch aus der Unternehmensmitbestimmung des MitbestG`76.¹¹¹ Hatte im Jahre 2000 noch 767 Unternehmen einen paritätisch besetzten Aufsichtsrat, waren es 2018 noch 638. Auch gesellschaftsrechtliche Konstruktionen (SE; Ltd.& Co KG; Stiftung) werden zur „Flucht aus der Mitbestimmung“ genutzt.¹¹² Damit erodiert auch das dualistische Modell der Kooperation Betriebsrat – Gewerkschaft¹¹³ in der Praxis.

Umstrukturierungen haben dazu beigetragen und tragen weiter dazu bei, die Arbeitsbeziehungen in gesamtgesellschaftlichem Maßstab grundlegend zu verändern. Dies betrifft insbesondere Institute kollektiven Arbeitsrechts.

109 Vgl. *Ellguth*, Die betriebliche Mitbestimmung verliert an Boden, IAB-Forum vom 24.5.2018; sowie *Ellguth/Trinczek*, Erosion der betrieblichen Mitbestimmung – welche Rolle spielt der Strukturwandel? – WSI-Mitt., H. 3, 2016, S. 172.; *Ellguth/Kohaut*, Tarifgebundenheit und betriebliche Interessenvertretung, Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2014, WSI-Mitt. 2015, S. 219; *Däubler/Kittner*, Geschichte der Betriebsverfassung, 2020, S. 519ff.; *Artus u.a.*, Betriebsratsgründungen. Typische Prozesse, Strategien und Probleme – eine Bestandsaufnahme, 2015; zur Tarifpolitik vgl. *Amlinger/Bispinck*, Dezentralisierung der Tarifpolitik – Ergebnisse der WSI-Betriebsrätebefragung 2015, WSI-Mitt. 2016, S. 211. Stichworte sind insoweit „Verbetrieblichung der Tarifpolitik durch den Betriebsrat“ sowie „Dezentralisierung der Tarifpolitik“.

110 Entwurf der Bundesregierung zum BetrVerf-Reformgesetz, BR-Drs. 140/01, Begründung.

111 Vgl. *Süddeutsche Zeitung* vom 29.4.2020, S. 5.

112 Zu aktuellen „Fluchttendenzen“ aus der Unternehmensmitbestimmung vgl. auch *Däubler/Kittner*, a.a.O., § 35 I; a.a.O., § 37 zu Tendenzen auf der betrieblichen Ebene und zu Gegenmaßnahmen.

113 Zum Dualismus, der Zusammenarbeit von Betriebsrat und Gewerkschaft, vgl. z.B. *Fitting*, a.a.O., § 2 Rn. 45ff.; zu jüngsten Tendenzen dieser Erosionsprozesse *Däubler/Kittner*, a.a.O., § 34 V; wachsende, auch emotionale Distanz zwischen Betriebsräten und Gewerkschaften.

3. Substitution kollektiven Arbeitnehmerschutzrechts durch individuelles Arbeitsrecht

Umstrukturierungen sind, gesamtwirtschaftlich gesehen, ein „Treiber“ der Deregulierung von Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, vor allem durch Schwächung, wenn nicht Beseitigung, jedenfalls „Verbilligung“ kollektiven Arbeitsrechts auf der betrieblichen Ebene (Betriebsvereinbarungen; Regelungsabreden) sowie in Tarifverträgen und ihren Institutionen (Betriebsräte, Tarifparteien). An die Stelle von normativ geregeltem, autonomem Vertragsrecht treten das Direktionsrecht und vom Arbeitgeber gestellte Arbeitsverträge.

Damit die individuelle Privatautonomie nicht zum Quasi-Diktat der Arbeitsbedingungen wird, sind jüngst mehrere Schutzgesetze erlassen worden (dazu unten IV. und V.).

II. „Flickenteppich“ der kollektivrechtlich gestalteten Arbeitsbedingungen

Rückläufige Tarifgebundenheit und erhebliche Zunahme der OT-Mitgliedschaft von Mitgliedsfirmen im Arbeitgeberverband¹¹⁴, „Verbetrieblichung“ von Tarifen durch Firmentarifverträge, Öffnungsklauseln und sonstige Differenzierungen von Tarifverträgen, Tarifbrüche in relevantem Ausmaß¹¹⁵ und stark abnehmende Vertretung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch Betriebsräte sind gesamtwirtschaftliche Formen, Inhalte und Resultate dieser Arbeitsrechtsentwicklung, kurz gesagt der Deregulierung der Arbeitsbeziehungen und des Arbeitsrechts.¹¹⁶

Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen haben jedenfalls erheblichen Anteil daran, dass seit den 1970er Jahren branchenweit wie gesamtwirtschaftlich an die Stelle verhältnismäßig ähnlich strukturierter kollektiver Arbeitsbedingungen stark ausdifferenzierte, anders: eine große Unübersichtlich-

114 Vgl. *Behrens/Helfen*, WSI-Mitt. 2016, S. 452; nach einer 2012 durchgeführten Befragung der Wirtschaftsverbände sahen mehr als 60 Prozent der befragten Verbände diese Form der Mitgliedschaft vor. In diesen Verbänden machten zu der Zeit 48 Prozent der Mitglieder von einer OT-Mitgliedschaft Gebrauch.

115 *Armlinger/Bispinck*, a.a.O., S. 216ff.

116 Weitere Aspekte dieser Deregulierung betreffen die „Erosion des Normalarbeitsverhältnisses“ und die „Flucht aus dem Arbeitsverhältnis“. Dazu reicht folgende Angabe: Atypische Beschäftigung und Solo-Selbstständige haben sich von 19,3 Prozent der Gesamtbeschäftigung 1991 auf 39,1 Prozent 2013 verdoppelt. Ihre mikro- und makroökonomischen Gründe sind strittig; vgl. dazu die Übersichten von *Keller*, Interessenvertretung bei atypischen Beschäftigungsverhältnissen – ein strategisches Dilemma, WSI-Mitt. 2017, S. 27, sowie *Seifert*, a.a.O., S. 5ff.

keit, geradezu ein „Flickenteppich“ unterschiedlichster Arbeitsbedingungen getreten ist.¹¹⁷

Am (vorläufigen) Ende dieser Prozesse stehen statt eines oder weniger Ursprungsunternehmen, in denen dasselbe Tarifvertragssystem galt, eine große Zahl von Unternehmen, die ständig weiter umstrukturiert werden und in denen unterschiedlichste kollektivrechtliche Arbeitsbedingungen diverser Branchen zumeist nur noch arbeitsvertraglich vermittelte Anwendung finden. Tarifgebundenheit wird immer häufiger ersetzt durch Bezugnahme Klauseln oder vages „Anlehnen“ an Tarifverträge oder an einzelne seiner Normen im Arbeitsvertrag.

Waren etwa 1977 in einem mittleren oder größeren Unternehmen mit mehreren Betrieben typischerweise wenige Betriebsräte gewählt, womöglich ein Gesamtbetriebsrat sowie – bei Konzernierung – u.U. ein KBR gebildet, sind es jetzt in derselben „Arbeitseinheit“ dutzende, ja, mehr als hundert Unternehmen, oft voneinander abhängig im Sinne des Konzernrechts.¹¹⁸ Nach unternehmensrechtlich bestimmter „Vorlage“ gelten in jedem Unternehmen dieser „Konglomerate“ am Ende höchst unterschiedliche vertragliche und tarifliche Arbeitsbedingungen, bestehen gespaltene und immer wieder neu und anders zugeschnittene Betriebe und ein auf deren Ebenen ebenfalls stark segmentiertes kollektives Arbeitsrecht. Auch sind dort oft nur noch vereinzelt, „versprengte“ Betriebsräte in dem einen oder anderen Betrieb vorhanden. Viele Betriebe in diesem Konglomerat von Unternehmen sind mittlerweile weitgehend oder sogar komplett „betriebsratsfreie Zonen“.

Ein Grundprinzip der Unternehmensorganisation durch Umstrukturierung, also der darin inbegriffenen unternehmensorganisatorischen Rationalisierung¹¹⁹, scheint die Trennung von Arbeit und Vermögen durch Zuweisung zu unterschiedlichen Gesellschaften zu sein: Wo gearbeitet wird und Werte geschaffen werden, liegt nur geringes Vermögen, möglichst nur das gesetzlich geforderte notwendige Haftungssubstrat; in der Gesellschaft bzw. in den Gesellschaften, in denen das Vermögen des „Konglomerats“ versammelt ist, werden

117 Aus dem umfassenden Schrifttum vgl. z.B. *Däubler*, AuR 2016, S. 325; *Kocher*, a.a.O., S. 334; *Hanau*, 60 Jahre Bundesarbeitsgericht – Eine Chronik, 2014; *Waltermann*, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, 2010; *ders.*, AuR 2015, S. 166; *ders.*, AuR 2018, S. 346; *Deinert u.a.*, Die Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts, HSI-Schriftenreihe, Bd. 30, 2020; *ders.*, RdA 2014, S. 65; *Preis* (Hrsg.), Innovative Arbeitsformen, 2005; *ders.*, RdA 1995, S. 333; *ders.*, RdA 2019, S.75; *C. Schubert*, RdA 2018, S. 200.

118 Man vergleiche z.B. Organigramme deutscher Krankenhauskonzerne und die ständigen Änderungen dieser Übersichten. Zwar nicht 90 oder über 100 wie in der Regel bei diesen, aber immerhin zwischen 15 und 30 Unternehmen weisen demgegenüber Organigramme verbundener kleiner oder mittelständischer Unternehmen mit 50 bis ca. 500 Beschäftigten aus.

119 Vgl. dazu näher unten Zweiter Abschnitt, A.II.1.

keine Werte, keine Produkte geschaffen, sondern bloß gehalten bzw. verwaltet.¹²⁰

Ein althergebrachtes politisches Grundprinzip gewerkschaftlicher Organisation „ein Betrieb – ein Betriebsrat – eine Gewerkschaft – ein Tarifvertragssystem“ scheint nie weiter entfernt von seiner praktischen Realisierung gewesen zu sein als jetzt.

Kurz: Nach jahrzehntelanger Praxis der Umstrukturierungen in der Tat eine „epochemachende Umwälzung der Unternehmensstrukturen.“¹²¹

III. Einzelwirtschaftliche Rationalität versus gesamtwirtschaftliche Irrationalität

Effizienzsteigerung bzw. Kostenreduzierung des Einzelunternehmens sind Produkte und Gebote betriebswirtschaftlicher Vernunft. Gesamtwirtschaftlich gesehen führt dies, jedenfalls bei den kollektivrechtlich geregelten Arbeitsbedingungen, in den meisten Branchen jedoch zu großer Unübersichtlichkeit und Uneinheitlichkeit. Wenn Verbandstarifverträge aus Sicht verbandsgebundener Arbeitgeber auch der Begrenzung des Wettbewerbs bei den Lohnkosten in der Branche dienen, der Verbandstarifvertrag also – auch – eine begrenzte „Kartellfunktion“ bezüglich der durch ihn geregelten Arbeitsbedingungen hatte, und wenn dem Tarifvertrag eine – was immer im Einzelnen bedeutende – „Ordnungsfunktion“ zukommen sollte, von der etwa in §§ 1 S. 2 AEntG, 4a Abs. 1 TVG die Rede ist, sind diese Funktionen aufgrund der diversen Maßnahmen der Deregulierung und Differenzierung in der Praxis mittlerweile weitgehend obsolet.

Die in den letzten vierzig Jahren konsequent verfolgte Politik der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen hat an diesen gesamtwirtschaftlichen Resultaten erheblichen Anteil. So wird bei den Arbeitsbedingungen hohe betriebswirtschaftliche Vernunft in gesamtwirtschaftlicher Sicht Unordnung und Unvernunft – „neue Unübersichtlichkeit“ der Arbeitsbeziehungen aufgrund von Umstrukturierungen.

Stimmen der unternehmensberatenden Praxis beschränken sich auf die einzelwirtschaftliche Sicht:

120 Vgl. näher unten Zweiter Abschnitt, B.II.

121 So zu Recht *Bachmer u.a.*, Arbeitsrecht bei der Umstrukturierung von Unternehmen und Betrieben, 5. Aufl. 2018, § 1 Rn. 3.

„Im Streben um die Wettbewerbsfähigkeit sind Umstrukturierungen von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, die Verlagerung von Produktionen ins Ausland, die Veräußerung von Einheiten per ‚asset deal‘ oder ‚share deal‘ unverändert auf der arbeitsrechtlichen Tagesordnung.“¹²²

IV. Insbesondere: Kompensation zugunsten der Rechtssubjektivität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen? Beispiel MiLoG

Das auf Kollektivvereinbarungen im Betrieb, Unternehmen und in der Branche laut BetrVG (§ 77 Abs. 4) und im TVG (§§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG) sich gründende, kollektivvertraglich geregelte Arbeitnehmerschutzrecht könnte – auch als Antwort auf die Krise kollektivvertraglicher Regelung – durch zwingendes gesetzliches Schutzrecht zu Mindestarbeitsbedingungen, insbesondere zur Arbeitsvergütung modifiziert, kompensiert, u.U. sogar ersetzt worden sein. Damit könnten für erhebliche Segmente des Arbeitsmarkts, vor allem zugunsten von geringer verdienenden Personen- und Berufsgruppen, Funktionsdefizite des Arbeitsvertragsmodells gemildert oder gar beseitigt werden. Nicht unmittelbar profitierenden Segmenten des Arbeitsmarktes könnten die gesetzlichen Regelungen mittelbar, als „Stütze“, zugutekommen. Um dies zu erwägen, seien folgende Belege beigebracht:

Als Bestandteil des Tarifautonomiestärkungsgesetzes ist 2014 das MiLoG ergangen.¹²³ Schon seit 1996, später wesentlich erweitert, gelten zwingende Regelungen des AEntG.¹²⁴ Dieses Gesetz dient der „Schaffung und Durchsetzung angemessener Mindestarbeitsbedingungen“ sowie der „Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen“ (§ 1 AEntG). Die Verordnungsermächtigungen in §§ 7, 7a AEntG verfolgen dieselben Ziele; § 7a soll darüber hinaus „insbesondere einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenwirken.“ In ähnlichem Zusammenhang stehen die Regelungen zur Lohnuntergrenze in § 3a AÜG.¹²⁵

122 *Bauer u.a.*, Umstrukturierung. Handbuch für die arbeitsrechtliche Praxis, 3. Aufl. 2015, Vorwort, S. V.

123 Gesetz vom 11.8.2014, BGBl. I S. 1348. Vgl. zur Entstehungsgeschichte *Riechert/Nimmerjahn*, Mindestlohngesetz, 2. Aufl. 2017, Einführung, Rn. 1ff.; 40ff.; *Däubler-Lakies*, TVG, 4. Aufl. 2016, § 5 TVG, Anhang 1, Rn. 89ff.; *Schaub-Vogelsang*, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 66.

124 Gesetz vom 20.4.2009, BGBl. I S. 799; zurzeit i.d.F. des Gesetzes vom 18.7.2017; Gesamtüberblick zur geschichtlichen Entwicklung bei *Koberski u.a.*, Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 3. Aufl. 2011, Einleitung AEntG, Rn. 1ff.; weiter *ErfK/Schlachter*, 21. Aufl. 2021, AEntG; *Däubler-Lakies*, a.a.O., Anhang 2; *Wiedemann-Wank*, Tarifvertragsgesetz, 8. Aufl. 2019, § 5 Rn. 19ff.; *Schaub-Vogelsang*, a.a.O., § 162 Rn. 6ff.

125 Vgl. dazu *Schüren/Hamann*, AÜG, 5. Aufl. 2018, § 3a AÜG, Rn. 1ff.; *ErfK/Wank*, 21. Aufl. 2021, § 3a AÜG, Rn. 1ff.

Die Lohnbestimmungen im MiLoG und AEntG sind die bedeutsamsten Gegenmaßnahmen seit Jahren, wenn nicht Jahrzehnten gegen die vielfältigen De-regulierungen des Arbeitsmarktes. Jedoch gewährleistet der Mindestlohn keinen umfassenden Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.¹²⁶

Auch stößt die faktische Wirksamkeit des Mindestlohns in der Praxis jedenfalls in Niedriglohnbranchen und bei geringfügiger Beschäftigung vorerst an ihre Grenzen. Der Mindestlohn wird dort häufig nicht gezahlt.¹²⁷ Gleichwohl wird sich aller Erfahrung nach – wie etwa mit der Arbeitszeitverkürzung in Tarifverträgen des letzten Jahrhunderts – auch das Lohnniveau jedenfalls bei fortdauernd hohem Beschäftigungsniveau und über eine längere Zeit am Mindestlohn „orientieren“.

Der praktische Beitrag des Tarifautonomiestärkungsgesetz zur Stärkung der Tarifautonomie¹²⁸ liegt dagegen nicht auf der Hand, noch weniger im Übrigen die Effektivität des Tarifeinheitsgesetzes (§ 4a TVG) für die Tarifeinheit. Das MiLoG scheint höhere, auch tariflich geregelte Entgelte zu stützen, andererseits aber den weiteren Rückgang der Tarifgebundenheit seit 2014, dem Inkrafttreten des Gesetzes, unberührt zu lassen.¹²⁹ Auch die Zahl der allgemeinverbindlichen Tarifverträge hat sich seitdem nicht erhöht, ist vielmehr weiter gesunken.¹³⁰

V. Insbesondere: Milderung von Funktionsdefiziten der Vertragsfreiheit bei der Arbeitsvertragsgestaltung durch Gesetze zugunsten des einzelnen Arbeitnehmers?

Die einseitige Bestimmung von Arbeitsverträgen, die auf überlegener Marktmacht des Arbeitgebers beruht, könnten durch zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht zur Arbeitsvertragsgestaltung gemildert sein. Dies könnte die Objektstellung des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis mildern.

126 BVerfG vom 13.9.2019 – 1 BvR 1/16, NZA 2019, S. 1649, Rn 10.

127 Vgl. *Deinert u.a.*, Die Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts, HSI-Schriftenreihe, Bd. 30, 2020, S. 137 ff. mwN.

128 Näher zu dem Beitrag des TASG zur Stärkung der Tarifautonomie vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/1558, S. 26ff.; *Riechert/Nimmerjahn*, a.a.O., Einleitung, Rn. 78ff., sowie *dies.*, AuR 2017, S. 45; *Bispinck*, WSI-Mitt. 2012, S. 496; *Däubler-Lakies*, TVG, 4. Aufl. 2016, § 5 Rn. 8ff.; *Lakies*, AuR 2017, S. 53 (S. 57f. zu den rechtlichen Auswirkungen des Mindestlohns auf Vergütungsvereinbarungen, die ihn übersteigen; a.a.O. unter Bezugnahme auf die dazu ergangene Rspr. des Fünften Senats des BAG); allgemein zum Verhältnis von Tarifautonomie zum Gesetz Überblick jüngst bei *Wiedemann-Jacobs*, TVG, 8. Aufl. 2019, Einleitung, Rn. 175ff.

129 *Deinert u.a.*, a.a.O., S. 545ff., ebenfalls mwN.

130 *Wiedemann-Wank*, TVG, a.a.O., § 5 Rn. 57ff., 62f.; vgl. auch *BMAS* (Hrsg.), Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge; Stand 23.1.2018: „Wird derzeit überarbeitet“.

Dies sei an zwei bedeutsamen Arbeitsgesetzen der jüngeren Zeit beispielhaft erörtert – an einigen Aspekten des AGG sowie der AGB-Kontrolle im Arbeitsverhältnis gemäß §§ 305ff. BGB. Diese Gesetze können als Arbeitsschutzgesetze für individuelle Rechtspositionen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer praktische Bedeutung erlangen. Ob sie ein Gegengewicht zu rechtlichen Konsequenzen im Arbeitsverhältnis bei Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmungen haben können, sei kurz skizziert:

1. Das AGG

Für seinen Geltungsbereich erweitert das AGG Kündigungsschutz und trägt damit auch zur Verstärkung der Rechtsposition der einzelnen Arbeitnehmerin und des einzelnen Arbeitnehmers gegen Umstrukturierungen bei:

Im Kleinbetrieb findet das AGG auch auf Kündigungen Anwendung, die dem KSchG nicht unterliegen, sei es vor Erfüllung der Wartezeit (§ 1 Abs. 1), sei es, weil der betriebliche Geltungsbereich des § 23 KSchG nicht erfüllt ist.¹³¹ Wenn ein diskriminierender Tatbestand im Sinne des § 1 AGG geltend gemacht wird, z.B. wegen des Alters¹³² oder des Geschlechts, sind nicht nur die Grundrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, insbesondere die des Art. 3 GG¹³³, sondern auch die Benachteiligungsverbote des AGG schon bei Prüfung der Generalklauseln des Zivilrechts zu berücksichtigen.¹³⁴

Im Kündigungsschutzprozess soll nach ständiger Rechtsprechung des BAG der Arbeitnehmer die Beweislast für das Überschreiten des Schwellenwerts des § 23 KSchG tragen, allerdings soll sie abgestuft sein.¹³⁵ Bei AGG-widriger Kündigung findet demgegenüber die Beweiserleichterung nach § 22 AGG ebenso Anwendung wie die Pflicht zum Schadensersatz gemäß § 15 AGG.¹³⁶ Dies hat die Rechtsstellung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei womöglich diskriminierenden Kündigungen, auch solchen im Kleinbetrieb und solchen vor Ablauf der Wartezeit des KSchG im Verhältnis zu sonstigen Kündigungen, deutlich verbessert.¹³⁷

131 ErfK/Schlachter, 21. Aufl. 2021, § 2 AGG, Rn. 17ff. mwN.

132 Vgl. z.B. BAG vom 23.7.2015 – 6 AZR 457/14, NZA 2015, S. 1380; Ley, BB 2015, S. 2876.

133 Vgl. dazu ausführlich unten Vierter Abschnitt, A.I. und II. (Privatisierung der Hamburger städtischen Krankenhäuser).

134 KR-Treber, 12. Aufl. 2019, § 2 AGG, Rn. 15; KR-Bader, 12. Aufl. 2019, § 23 KSchG, Rn. 3.

135 BAG vom 2.3.2017 – 2 AZR 427/16, NZA 2017, S. 859.

136 KR-Treber, a.a.O., Rn. 16.

137 Schaub-Abrendt, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 36 Rn. 27 mwN.

Einschätzungen zur Wirksamkeit des AGG zeigen dennoch ein ambivalentes Bild.¹³⁸ Zwar habe keine andere „Rechtsfigur“ in der Geschichte der EU einen solchen Siegeszug erfahren wie das Diskriminierungsverbot. Das Verbot diskriminierender Akte habe aber zumeist nicht das Ergebnis, dass sie künftig unterblieben.¹³⁹ Die Rechtsverfolgung bleibe individualisiert. Insgesamt wird sie als unzureichende, wenn nicht gar als gescheiterte Strategie bewertet.¹⁴⁰

Weder die Wirksamkeit der Regeln des AGG bzw. der entsprechenden supranationalen Rechtsquellen noch die ökonomische Effizienz von Diskriminierungsverboten sind empirisch untersucht.¹⁴¹ Arbeitsgerichtliche, auf das AGG gestützte Verfahren finden, gemessen an den übrigen Materien in der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte, in verschwindend geringem Umfang statt. Schon angesichts der fehlenden kollektivrechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten erstaunt dies nicht. Ein „generalpräventiver“ Praxiseffekt des Gesetzes ist nicht feststellbar.

2. AGB-Kontrolle

Der Anteil formularmäßig gestalteter Arbeitsverhältnisse in der Bundesrepublik wird auf weit über 90 Prozent geschätzt.¹⁴² Zur AGB-Kontrolle hatte Preis längere Zeit vor Einführung der §§ 305ff. BGB eine empirische Erhebung über die Verwendung von Vertragsmustern und allgemeinen Arbeitsbedingungen durchgeführt. 2015 zog er eine Zwischenbilanz zum AGB-Recht und wertete dazu die Vertragshandbücher und die im Internet angebotenen Formularverträge aus.¹⁴³

Seine Resümees: Alle Verträge enthielten stereotype Klauseln, die für den Arbeitnehmer nachteilig sind, wenn auch noch nicht eindeutig unangemessen benachteiligend. Die Vertragshandbücher, die überwiegend von arbeitgeberberatenden Anwälten publiziert werden, hielten so lange an Klauseln fest, die erkennbar problematisch sind, bis das BAG negativ entschieden hat. Entscheidend für Möglichkeiten und Grenzen der Vertragsgestaltung sei die Risikoverlagerung auf die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die häufig mit standardisierten Vertragsbedingungen einhergehe. Die formularmäßige Arbeits-

138 Vgl. dazu *Blanke/Graue*, in: *Däubler/Bertzbach*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl. 2018, Einleitung, Rn. 230ff.

139 *Blanke/Graue*, a.a.O., Rn. 244.

140 *Blanke/Graue*, a.a.O., Rn. 245 mwN.

141 *Blanke/Graue*, a.a.O., Rn. 241.

142 *Preis* (Hrsg.), *Der Arbeitsvertrag*, 5. Aufl. 2015, I. B. 4., Rn. 39ff.; 7; 17ff.; zur Empirie und zur Entwicklung der Inhaltskontrolle im Arbeitsvertragsrecht vgl. auch *Krause*, in: *Clemenz/Kreftl/Krause*, *AGB-Arbeitsrecht*, Kommentar, 2013, Einführung, Rn. 1ff. mwN.

143 *Preis* (Hrsg.), a.a.O., I. B. 4., Rn. 39ff.

vertragsgestaltung leide zurzeit unter dieser Risikoverlagerung und unter teilweise zu weitgehender Abweichung von dispositiven Rechtsgrundsätzen.¹⁴⁴

Die Geltendmachung gesetzeswidriger Klauseln des Arbeitsvertrages durch einzelne betroffene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer kann riskant sein, schließt sie doch eine arbeitsgerichtliche Klage gegen den Arbeitgeber im laufenden Arbeitsverhältnis jedenfalls nicht aus. Kaum ein Arbeitnehmer außerhalb des öffentlichen Dienstes ist bereit, im laufenden Arbeitsverhältnis den Klageweg zu beschreiten. Mehr: Die Anzahl der arbeitsgerichtlichen Klagen hat sich bundesweit in ca. 20 Jahren halbiert. Ein Ende dieses Abwärtstrends ist nicht absehbar.

Gemeinsame oder parallele Klagen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, auf denselben Klagegrund des AGG oder die AGB-Kontrolle gestützt, etwa durch subjektive Klagehäufung, sind nicht bekannt. Wird einmal geklagt, prüft das Gericht die vom Arbeitgeber gestellten Formulierungen detailliert auf ihre „AGB-Tauglichkeit“. Die Urteile enthalten zum Teil überraschende Gründe. Immer wieder verwerfen Arbeitsgerichte einzelne vom Arbeitgeber gestellte Klauseln. Diese Rechtsprechung ist kaum verallgemeinerbar. Allerdings trägt das Schrifttum zur Verbreitung einer Kontrollpraxis, die über den bloßen Einzelfall hinausgeht, bei. Es erörtert diverse – bedenkliche oder unbedenkliche – Vertragsgestaltungen ausführlich,¹⁴⁵ auch Bezugnahmeklauseln auf Tarifverträge.¹⁴⁶

Fazit: Diskriminierungsverbote des AGG und die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen nach §§ 305ff. BGB leisten keinen relevanten, über die gerichtliche Entscheidung des Einzelfalls hinausgehenden Beitrag zum Schutz der subjektiven Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Sie sind keine rechtliche „Antwort“ betroffener Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf Umstrukturierungen. Schon gar nicht setzen sie dem Bedeutungsverlust kollektivrechtlichen Schutzes durch Tarifautonomie und betriebliche Mitbestimmung etwas entgegen – weder könnten sie dies leisten noch sollen sie es.

144 Die AGB-Kontrolle verletzt nicht die Berufsausübungsfreiheit des Arbeitgebers, BVerfG – 1 BvR 1909/06, NZA 2007, S. 85.

145 *Hümmerich/Reufels* (Hrsg), Gestaltung von Arbeitsverträgen, 4. Aufl. 2019.

146 *Hümmerich/Reufels* (Hrsg), a.a.O., Teil 1, Rn. 177 ff.; zur AGB-Kontrolle von Bezugnahmeklauseln vgl. *Schaub-Treiber*, a.a.O., § 206 Rn. 12ff.; *Wiedemann-Oetker*, TVG, 8. Aufl. 2019, § 3 Rn. 354ff.

D. Resümee

Kollektivvertragliches Arbeitnehmerschutzrecht in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen als Normverträgen und die Repräsentanz von Arbeitnehmerinteressen in Betriebsräten und in der Unternehmensmitbestimmung lassen weiterhin erheblich nach. Die Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen treibt dies voran, auch durch „Flucht“ aus Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen und Betriebsräten („neue Unübersichtlichkeit“ der Arbeitsbeziehungen).

Die daraus entstehenden Vorteile für einzelne Unternehmen, insbesondere bei den Personalkosten, nivellieren sich mit Verallgemeinerung der betrieblichen und unternehmerischen Praxis branchen- und industrieweit. Der von der unternehmensberatenden Praxis der Umstrukturierung erzeugte „Quilt“¹⁴⁷, „Flickenteppich“ unterschiedlicher und weiter sich differenzierender, nur noch arbeitsvertraglich statt kollektivrechtlich geregelter Arbeitsbeziehungen und Arbeitsbedingungen bleibt und bestimmt die industriellen Beziehungen.

Soweit die Dinge zu Gericht gehen, heißt dies: Die höchstrichterliche Rechtsprechung des BAG im Allgemeinen, bei Umstrukturierungen im Besonderen und zur betriebsbedingten Kündigung im Einzelnen verallgemeinert ebenfalls, definiert geltende und bis auf weiteres wirksame Rechts-Zustände des Arbeitsrechts.

Gesetzliche Schutzmaßnahmen der Arbeitskraft greifen in der Praxis vor allem beim allgemeinen Mindestentgelt gemäß MiLoG und nach besonderen staatlichen Mindestlohnvorschriften, insbesondere nach dem AEntG. Diese gesetzlichen Lohnuntergrenzen schützen die Arbeitseinkommen auch zugunsten der durch Umstrukturierung betroffenen Arbeitnehmergruppen in Niedriglohnbranchen und in besonderen, geringfügigen und prekären Beschäftigungsformen. Darin liegt jedenfalls bei der Arbeitsvergütung eine gewisse Kompensation durch den Gesetzgeber zugunsten der Arbeitsbedingungen und der Rechtssubjektivität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gegenüber zunehmender Marginalisierung und Minderung ihres arbeitsrechtlichen Schutzes in Kollektivverträgen.

Der Anteil, den die Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen daran hat, ist weder unter Zugrundelegung eines engeren Verständnisses dieses Begriffs noch, wenn die Maßnahmen „im Zusammenhang“ mit anderen Rationa-

147 Pistor, Der Code des Kapitals, 2020, S. 252; s. auch oben, B.J.1.

lisierungsmaßnahmen stehen, genau bestimmbar, muss nach praktischer Erfahrung aber als erheblich angenommen werden.

E. Praxisfälle

I. Unterscheidung der Fallbeispiele nach Formen der Umstrukturierung

Für einen konkreteren Begriff der Umstrukturierung und ihrer Implikationen für die Arbeitsverhältnisse sollen einige Rechtsprechungsbeispiele erörtert werden, die sich auf unterschiedliche, typische Formen der Umstrukturierung von Betrieben bzw. Unternehmen beziehen. Auf sie wird im Zweiten bis Vierten Abschnitt rekurriert.¹⁴⁸

Die Praxisfälle unterscheiden sich nach eher instrumentellen Kriterien, der Art der Umstrukturierung: Betriebsübergang durch Einzelrechtsnachfolge (dazu II.); Betriebsinhaberwechsel im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach dem UmwG (dazu III.); unternehmensinterne Aufspaltung eines Betriebs, gefolgt von einem Betriebsübergang (IV.).

Unter V. geht es dagegen um eine ausschließlich unternehmensinterne Umstrukturierung des Betriebs, also eine solche ohne Betriebsinhaberwechsel. Sie wird hier, den in §§ 21a, 21b BetrVG genannten, vom Gesetz vorausgesetzten Termini folgend, Betriebsauf- oder -absplaltung bzw. Betriebseingliederung genannt. Dabei findet das Rechtsregime des § 613a BGB – auch Schutzrecht zugunsten der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – keine Anwendung.

VI. verweist auf die Erörterung formeller und materieller Privatisierung, damit einhergehender Umstrukturierungen und auf dazu vorliegende Rechtsprechung des BAG und des BVerfG (dazu näher Vierter Abschnitt). Die im Laufe der Privatisierung durchgeführten bzw. sich daran anschließenden Umstrukturierungen sind keine anderen als die, die unter II. bis V. erörtert werden.

So wie die Privatisierung in der Praxis Teil eines Maßnahmebündels der Umstrukturierung des zu privatisierenden Betriebs oder Unternehmens ist – oder umgekehrt –, so kann auch Personalabbau durch Freiwilligenprogramme, Massentlassung und betriebsbedingte Kündigungen Teil dieser Maßnahmen

¹⁴⁸ Vgl. z.B. Zweiter Abschnitt, C.II.1. bis 8. sowie II. bis V.

zur unternehmensorganisatorischen Rationalisierung¹⁴⁹ durch Umstrukturierung sein und ist deshalb zu berücksichtigen.¹⁵⁰

II. Umstrukturierung durch Betriebsübergang im Wege der Einzelrechtsnachfolge – alles „bloß auf dem Papier“

1. Ein Urteil des BAG: Betriebsübergang statt Betriebsstilllegung

Es geht in dem Urteil des BAG um die soziale Rechtfertigung der betriebsbedingten Kündigung des Klägers. Dieser war beim beklagten Druckserviceunternehmen (Beklagte zu 1.) seit 1989 beschäftigt und dort Betriebsrats-Vorsitzender. Die Tarifverträge der Druckindustrie wurden angewandt, und es existierte eine Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit. Die Beklagte zu 1. durfte nur Druckerzeugnisse der Magdeburger Verlagsdruckerei (MVD) weiterverarbeiten. Alleingesellschafterin der Beklagten wie der MVD war die HB KG. Die HB beschloss die Stilllegung des Druckserviceunternehmens. Die MVD kündigte den Dienstleistungsvertrag mit der Beklagten zu 1., worauf diese sämtliche Arbeitsverhältnisse, einschließlich des zum Kläger bestehenden, kündigte.

Zeitgleich wurde die Beklagte zu 2. gegründet, ebenfalls ein Druckserviceunternehmen. In einem Dienstleistungsvertrag mit der MVD über Linienführung und Logistik wurde die Beklagte zu 2. verpflichtet, die ihr überlassenen Maschinen und Ausrüstungen ebenfalls ausschließlich für die in diesem Vertrag beschriebenen Tätigkeiten einzusetzen. Die Beklagte zu 2. stellte eine ähnliche Anzahl von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wie zuvor die Beklagte zu 1. ein, darunter zwei, die zuvor bei der Beklagten zu 1. gearbeitet hatten. Anders als zuvor bei jener bestand bei der Beklagten zu 2. kein Betriebsrat, folglich galt auch keine Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit. Die Beklagte zu 2. war auch, anders als die Beklagte zu 1., nicht an die Tarifverträge der Druckindustrie tarifgebunden.

Unter dem Strich handelte es sich dabei um den Austausch einer Belegschaft durch eine andere mit den Unterschieden, dass bei der Beklagten zu 1. anders als bei der Beklagten zu 2. ein Betriebsrat, eine Arbeitszeit-Betriebsvereinbarung sowie Tarifgebundenheit bestanden hatten.

Der Kläger erhob Kündigungsschutzklage gegen die Beklagte zu 1. und beantragte gegenüber der Beklagten zu 2. festzustellen, dass er zu dieser neu ge-

149 Vgl. Zweiter Abschnitt, A.II.1.

150 Vgl. Erster Abschnitt, A.IV.2. sowie Dritter Abschnitt, D.

gründeten Gesellschaft in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis stehe. Das BAG hat sowohl der Kündigungsschutzklage gegen die Beklagte zu 1. stattgegeben als auch dem Klageantrag gegen die Beklagte zu 2. auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis im Wege des Betriebsübergangs auf sie übergegangen sei.

Aus dem Urteil des BAG:

„Die Beklagte zu 2. (...) verrichtet am selben Ort in denselben Räumlichkeiten mit denselben Maschinen dieselben Tätigkeiten wie zuvor die Beklagte zu 1. (...) Die Beklagte zu 2. hat für die MVD nach Beendigung des Dienstleistungsvertrags der MVD mit der Beklagten zu 1. ihre Tätigkeit nahtlos fortgesetzt. (...) Es ist auch nicht erkennbar, dass die Beklagte zu 2. über eine wesentlich andere Organisation verfügt als die Beklagte zu 1. (...) Reine Änderungen der Arbeitszeit, beispielsweise andere Schichtregelungen beruhen nur auf der Tatsache, dass die Beklagte zu 2. offensichtlich über keinen Betriebsrat verfügt und die Tarifverträge der Druckindustrie nicht mehr anwendet.“¹⁵¹
Der „Händewechsel“ von der Beklagten zu 1. zur Beklagten zu 2. geschah ohne jede Änderung der konkreten Arbeitsprozesse – „bloß auf dem Papier“.¹⁵²

Das BAG nahm einen Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2. an, keine Stilllegung. Die Betriebsidentität habe sich nicht geändert. Bei dem neu gegründeten Druckserviceunternehmen, der Beklagten zu 2, das die Arbeitsprozesse von dem bisherigen nahtlos übernommen hatte, hatte der Kläger aber, anders als in seinem früheren Arbeitsverhältnis zur Beklagten zu 1., keinen kollektivrechtlichen Schutz mehr durch die Tarifverträge der Druckindustrie und den Betriebsrat. Immerhin ging sein Arbeitsverhältnis mit seinem bisherigen Bestand auf die Beklagte zu 2. über. Was bei der Beklagten zu 2. nach dem Übergang des Arbeitsverhältnisses des Klägers sich ereignete, war nicht Streitgegenstand dieses Verfahrens. Vermutlich hatte die Beklagte zu 2 aufgrund des Betriebsübergangs jedenfalls zunächst eine fast verdoppelte Belegschaft – bei der Beklagten zu 1. wie bei der Beklagten zu 2. waren jeweils 14 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt.

151 BAG vom 6.4.2006 – 8 AZR 222/04, NZA 2006, S. 723, Rn. 22; weitere Aspekte des Urteils bei *Hammann*, juris PR-ArbR 32/2006 Anm. 1; zum Betriebsteilübergang statt Betriebsteilstilllegung vgl. auch BAG vom 27.2.2020 – 8 AZR 215/19, Rn. 58; 63; 77; 92ff. (Air Berlin); juris.

152 Formulierung nach *Kloppenburger*, juris PR-ArbR 32/2016, Anm. 2 zum Urteil des BAG vom 24.9.2015 – 2 AZR 562/14, NZA 2016, S. 366; zu dem Urteil vgl. unten IV. sowie Zweiter Abschnitt, C.II.5.; C.V.4.

Dieser Praxisfall zur Umstrukturierung durch Betriebsübergang ist auch Erscheinungsform und Zweck der weit verbreiteten „Flucht“ von Unternehmen aus dem kollektiven Arbeitsrecht, hier aus dem System der Tarifverträge und aus dem der betrieblichen Mitbestimmung.

2. Die Umstrukturierung im Zusammenhang unternehmerischer Maßnahmen versus Beschränkung der Entscheidung des Gerichts auf den Streitgegenstand des Einzelfalls

Das Urteil des Achten Senats des BAG von 2006 teilt im Tatbestand zwar noch mit, dass die MVD, die Beklagte zu 1. und fünf weitere Unternehmen aufgrund rechtskräftigen Beschlusses des LAG aus dem Jahre 2001 einen Gemeinschaftsbetrieb bildeten. Die erst im Oktober 2002, also nach dieser Entscheidung des LAG, gegründete Beklagte zu 2. konnte damit diesem Gemeinschaftsbetrieb nicht angehören. Damit spielte dieser, ebenfalls Form und Resultat der Umstrukturierung, für den Rechtsstreit und den Kündigungsschutz in diesem bzw. diesen Unternehmen keine Rolle.

Bei Gelegenheit der Erörterung des Magdeburger Falls als Beispiel für bestimmte Umstrukturierungsformen seien vorab Regelungsprobleme erwähnt, die sich bei Umstrukturierungen öfter stellen:¹⁵³ Für Betriebsrat und Gewerkschaft kann es schwierig bis aussichtslos sein, Arbeitnehmerrechte im Unternehmen auch gegenüber Umstrukturierungen (kollektiv-)vertraglich zu sichern. Durch Erwerb oder Neugründung von Unternehmen, die weder Partei der vertraglichen Regelung des Prozesses oder seiner Resultate sind noch aus anderen Gründen als Schuldner in Betracht kommen, kann die vertragliche Fixierung von Arbeitsbedingungen, an denen das Unternehmen als Vertragspartner mitgewirkt hat, ausgehebelt werden bzw. leerlaufen.

Diese Erfahrung mit Umstrukturierungen wurde durch den weiteren Verlauf der Konzernierung im selben Unternehmensverbund nach der Entscheidung des BAG 2006 bestätigt: Ein anderer Sachverhalt der Umstrukturierung von Unternehmen im selben Konzern gelangte 2008 mit anderen Beteiligten erneut zum BAG, diesmal zum Siebten Senat. Nun kann das BAG einen Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen im selben Konzern wie die MVD nicht oder nicht mehr feststellen¹⁵⁴ – anders noch das LAG Sachsen-Anhalt mit rechtskräftigem Beschluss 2001.

¹⁵³ Vgl. dazu näher Fünfter Abschnitt, A.

¹⁵⁴ BAG vom 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, S. 255.

Die Entscheidungen des Achten und Siebten Senats des BAG von 2006 bzw. 2008 beschränken sich wie üblich und geboten auf den Streitgegenstand. In dem die Entscheidung des Achten Senats von 2006 den rechtskräftigen Beschluss des LAG zum Gemeinschaftsbetrieb aus dem Jahre 2001 immerhin noch erwähnt, deutet es zwar ökonomische, rechtliche und soziale Kontexte an, in denen die einzelne Umstrukturierung stand. Für die Entscheidung des Falles kam es jedoch nicht darauf an. Und für nachfolgende oder parallele Rechtsstreitigkeiten nützten diese vom Gemeinschaftsbetrieb gestifteten Zusammenhänge diverser Umstrukturierungsmaßnahmen nichts.

Die Streitgegenstände beider Verfahren standen in zeit-, maßnahmen- und unternehmensübergreifenden Kontexten, damit zugleich aber außerhalb des gerichtlich festgestellten Gemeinschaftsbetriebes. Bekanntlich hindert eine gerichtliche Entscheidung, die den Gemeinschaftsbetrieb feststellt, das oder die Unternehmen nicht an beliebigen Maßnahmen, insbesondere nicht an Neugründungen außerhalb der gerichtlichen Feststellungen – die ohnehin nicht vollstreckbar sind.

III. Umstrukturierung durch Unternehmensaufspaltung nach dem UmwG

Streitgegenstand des zu diesem Thema paraphrasierten Urteils des BAG¹⁵⁵ ist der Antrag der Klägerin auf Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zu dem aus einer Unternehmensaufspaltung zur Aufnahme nach §§ 126ff. UmwG entstandenen Unternehmen, dem sie in der Namensliste des Interessenausgleichs gemäß § 323 Abs. 2 UmwG jedoch nicht zugeordnet worden war. Vielmehr stand sie auf der Namensliste für das weitere, aus der Unternehmensaufspaltung hervorgegangene Unternehmen. Auf das wollte sie jedoch – vermutlich wegen der dort fehlenden beruflichen Perspektive (was sich alsbald als zutreffend herausstellen sollte) – nicht übergehen.

1. Keine organisierte Zusammenfassung von Ressourcen mit eigenem Zweck vor Aufspaltung

Das BAG stellt fest: Das Arbeitsverhältnis der Klägerin sei nicht auf das Unternehmen übergegangen, auf das es laut Namensliste hätte übergehen sollen. Die Voraussetzungen für einen Betriebsübergang nach §§ 323–325 UmwG, § 613a BGB seien nicht erfüllt. Der Betriebsübergang hätte darauf angelegt sein müssen, eine vor Übernahme bereits bestehende Identität danach zu bewah-

155 BAG vom 19.10.2017 – 8 AZR 63/16, NZA 2018, S. 373 m. Anm. *Boigs*, juris PR-ArbR 51/2018 Anm. 2.

ren.¹⁵⁶ Aufgabe dieses Unternehmens, auf das die Klägerin nach der Namensliste übergehen sollte, war aber die bloß übergangsweise Zusammenfassung von Prozessen und Aufgaben, die alsbald in Wegfall gerieten. Die Beschäftigungsmöglichkeiten der dort versammelten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer würden mangels weiterer Aufträge bald entfallen. Diese sollten nur noch einzelne Aufgaben abarbeiten und im Übrigen für den internen wie externen Arbeitsmarkt qualifiziert werden.

Damit bestand laut ständiger Rechtsprechung des BAG nach den Vorgaben des Art. 1 RL 2001/23/EG¹⁵⁷ bzw. denen des § 613a BGB schon vor dem Übergang keine „organisierte Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigenem Zweck“, vielmehr ein beliebiges „Spaltprodukt“. Ein Betriebsübergang auf das Unternehmen, dem die Klägerin laut Namensliste angehören sollte, hatte nicht stattgefunden.

2. Unwirksamer Interessenausgleich mit Namensliste nach § 323 Abs. 2 UmwG

§ 324 UmwG enthält nicht bloß eine Rechtsfolgen-, sondern eine Rechtsgrundverweisung auf § 613a BGB.¹⁵⁸ Dessen Voraussetzungen müssen also im Einzelnen erfüllt sein. Das zwingende Arbeitnehmerschutzrecht des § 613a BGB kann durch Namenslisten in Interessenausgleichen nicht abbedungen werden. § 323 Abs. 2 UmwG soll deshalb nur einschlägig sein, wenn sich wirtschaftliche Einheiten i.S. des § 613a BGB nicht bilden lassen, wie bei Stabs- und Querschnittsfunktionen, Springern u. dgl.

In dem vom BAG zu entscheidenden Fall waren die Tatbestandsvoraussetzungen des § 613a Abs. 1 BGB nicht erfüllt. Die Klägerin war weder Springerin noch gehörte sie einer Stabs- oder Querschnittsfunktion an. Vielmehr war sie einer Art „Restklasse“ von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zugeordnet, die demnächst abgebaut werden sollte. Damit fehlte es im Ausgangsbetrieb an einer wirtschaftlichen Einheit im Sinne der Rechtsprechung des EuGH und des BAG. Ein Betriebsübergang lag nicht vor. Die Klägerin gewann ihren Prozess. Sie konnte nach der Rechtsprechung des BAG sogar den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf das von ihr gewünschte Unternehmen fordern:

156 BAG vom 13.10.2011 – 8 AZR 455/10, NZA 2012, S. 504, Rn. 36f. (Klarenberg); EuGH vom 6.3.2014 – C-458/12, Amatori, NZA 2014, S. 423, Rn. 34f.; BAG vom 27.2.2020 – 8 AZR 215/19, Rn. 80, 84.

157 EUArbRK/Winter, 3. Aufl. 2020, Art. 1 RL 2001/23/EG, Rn. 6ff.

158 Vgl. z.B. APS-Steffan, a.a.O., § 324 Rn. 3 mwN.

3. Wahlrecht des Arbeitnehmers, welchem aus der Unternehmensaufspaltung hervorgegangenen Unternehmen er angehören will

Bei Unternehmensaufspaltung nach dem UmwG nimmt das BAG im Ergebnis an, der betroffene Arbeitnehmer müsse dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses zustimmen. Dies ergebe sich aus § 613 Satz 2 BGB, wonach die Arbeitskraft in Person zu erbringen ist sowie aus den „grundrechtlichen Wertungen“ des Art. 12 GG (freie Wahl des Arbeitsplatzes und des Vertragspartners).

Dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf das aufgrund der Unternehmensaufspaltung zur Aufnahme bestehende Unternehmen, dem sie zugeordnet worden war, hatte die Klägerin aber nicht zugestimmt. Vielmehr hatte sie auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses zu dem anderen an der Unternehmensaufspaltung beteiligten weiteren Unternehmen geklagt, bei dem sie womöglich bessere Aussichten auf ein längerfristig fortbestehendes Arbeitsverhältnis hatte.

Der Arbeitnehmer hat in einem derartigen Fall sogar ein Wahlrecht, mit welchem der übernehmenden Rechtsträger er das Arbeitsverhältnis fortsetzen will. Das aus der Spaltung hervorgegangene Unternehmen, gleich ob neu gegründet oder bestehend (§ 123 Abs. 1 Nr. 1 versus Nr. 2 UmwG), dem die Klägerin laut ihrem Klageantrag angehören wollte, erfüllte seinerseits womöglich die Anspruchsvoraussetzungen des § 613a Abs. 1 BGB. Insbesondere schien es eine übergangsfähige Einheit zu sein, die nach dem Übergang ihre Identität bewahrte.

4. Schlussfolgerung

Dies ist die bislang einzige Konstellation, aufgrund derer der Arbeitnehmerin bzw. dem Arbeitnehmer eine Wahlfreiheit und damit eine Rechtsstellung als Subjekt im vollen Sinne bezüglich seines von einer Unternehmensumstrukturierung betroffenen Arbeitsverhältnisses zukommen soll. Bei Einzelrechtsnachfolge durch Unternehmensaufspaltung nach § 613a BGB „direkt“ ist Rechtsprechung, die dem Arbeitnehmer eine vergleichbare Entscheidungsfreiheit einräumt, nicht bekannt.

Dies zeigt auch die nunmehr zu skizzierende Entscheidung des BAG:

IV. Aufspaltung des Betriebs und anschließende Teilbetriebsübergänge durch Einzelrechtsnachfolge – der „Ja-Sager/Nein-Sager“-Fall vor dem BAG

Den Fall hatte das BAG zweimal zu entscheiden, nach dem Schwerpunkt der Rechtsfragen zunächst der Achte Senat zum Betriebsübergang, nach Rückverweisung der Sache an das Thüringische LAG auf erneute Revision des Klägers der Zweite Senat zum Kündigungsschutz.¹⁵⁹

1. Sachverhalt und Klageanträge

Die Beklagte zu 2. war ein Call Center in Erfurt, das ursprünglich zur Deutschen Post der DDR gehört hatte. Sie wurde – einschließlich des Klägers und der anderen betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – schließlich von der Beklagten zu 2. übernommen. Diese vergrößerte den Mitarbeiterstamm von 200 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf ca. 600. Die neu eingestellten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter verdienten 15.000 bis 17.000 € brutto pro Jahr, die übernommenen 35.000 bis 40.000 €.

Die Beklagte zu 2. bot im Juli 2008 sämtlichen Mitarbeitern, die sie übernommen hatte, also auch dem Kläger, mit Wirkung zum 1.1.2009 neue Arbeitsverträge zu „schlechteren Konditionen“¹⁶⁰, wie es im Tatbestand eines der beiden Urteile des BAG heißt, an.¹⁶¹ Statt 38 sollten 40 Stunden pro Woche Arbeitszeit anfallen. Die Vergütung sollte abgesenkt werden. Die tariflichen Regelungen sollten entfallen. 44 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einschließlich des Klägers lehnten das Angebot ab („Nein-Sager“), ca. 550 („Ja-Sager“) akzeptierten.

Im Sommer 2009 bildete die Arbeitgeberin, also die Beklagte zu 2., zwei „Teams“, zwei „Bereiche“: einen Call-Center- und einen Back Office-Bereich.

159 BAG vom 21.2.2013 – 8 AZR 877/11 und 878/11, NZA 2013, S. 617; LAG Thüringen vom 23.7.2014 – 6 Sa 198/13, sowie vom 14.11.2011 – 6 Sa 53/11; BAG, den Fall erörtert auch *Schröder*, NZA 2019, S. 951 (952f.); eine Darstellung des Urteils des Achten Senats zu § 613a BGB bei *Schmidt*, Die Zuordnung von Arbeitnehmern durch Direktionsrecht als Umgehungsmaßnahme im Betriebsübergang, 2020, S. 32ff.; ebd., S. 34ff. zur Resonanz im Schrifttum; insbesondere zum Urteil des Zweiten Senats vom 24.9.2015 – 2 AZR 562/14, NZA 2016, S. 366 vgl. auch Zweiter Abschnitt, C.II.5. und C.V.4.

160 Um wieviel schlechter die neuen Konditionen für die bereits Beschäftigten waren, wird nicht mitgeteilt; insbesondere ist nicht bekannt, ob die Angebote in gleicher oder ähnlicher Höhe lagen wie die gegenüber den neu Eingestellten, die Jahreseinkommen der bereits Beschäftigten im Extremfall also von bis zu 40.000 € auf nun bis zu 15.000 € p.a. sinken sollten.

161 Das Urteil des Achten Senats des BAG vom 21.2.2013 – 8 AZR 878/11, NZA 2013, S. 617, verhielt sich im Wesentlichen zur Zuordnung zu einem Betrieb oder Betriebsteil und zum Betriebsübergang. Es verwies den Rechtsstreit ans LAG Thüringen zurück. Gegen dessen Urteil legte der Kläger erneute Revision ein, über die der Zweite Senat des BAG mit Urteil vom 24.9.2015 – 2 AZR 562/14, NZA 2016, S. 366 entschied. In diesem Urteil ging es materiell-rechtlich um die außerordentliche betriebsbedingte Kündigung bei Betriebsübergang. Kläger war jeweils der frühere Betriebsratsvorsitzende.

Dem Callcenter-Bereich ordnete sie die 550 Ja-Sager und die neu Eingestellten zu, dem Back Office-Bereich die 44 Nein-Sager einschließlich des Klägers.

Nahmen bisher alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowohl die eine als auch die andere Tätigkeit wahr, wurden die Ja-Sager und die neu Eingestellten angewiesen, künftig ausschließlich Call-Center-Arbeiten zu verrichten, die Nein-Sager ausschließlich Back Office-Tätigkeiten. Außerdem zog der Back Office-Bereich mit den Nein-Sagern und mit Betriebsmitteln ins benachbarte Gebäude um. Kurz darauf ging jeder Bereich bzw. Betrieb durch Verpachtungen im Wege zweier Betriebsübergänge an je eine GmbH über, und zwar der Back Office-Bereich, dem der Kläger angehörte, an eine B-GmbH. Das Servicecenter wurde ebenfalls durch Betriebsübergang an eine andere GmbH i.G. verpachtet, die Beklagte zu 1.

Dazu heißt es in einem Interessenausgleich¹⁶², das Call-Center verbleibe „als eigenständiger Betrieb im Sinne von § 1 BetrVG“ an der bisherigen Betriebsstätte, während der Back Office-Bereich „unter Gründung eines eigenständigen Betriebs im Sinne von § 1 BetrVG in neue Betriebsräume in der C-Straße 3 verlegt werde“. Die Beklagte zu 2. teilte dem Betriebsrat die jedem Bereich zugeordneten Mitarbeiter mit.

Die übertragenen Räumlichkeiten des Back Office einerseits, des Call-Centers andererseits „... ergeben sich aus den entsprechenden Anlagen, die Grundlagen der noch abzuschließenden Pachtverträge werden (Betriebsübergang)“.¹⁶³

Beim Ausgangsbetrieb „... werden aufgrund der genannten Betriebsübergänge keine Arbeitnehmer verbleiben. Der durch die Spaltung entstehende Betrieb Back Office wird zu einem selbstständigen Betrieb mit eigenständiger Organisations- und Leitungsmacht. (...) Die Umsetzung der Betriebsspaltung soll zum 7.12.2009 und des Betriebsübergangs zum 1.1.2010 erfolgen.“¹⁶⁴

Der Kläger wurde über die Spaltung zum 7.12.2009 informiert und mit Schreiben vom 17.12.2009 über den zum 1.1.2010 anstehenden Betriebsübergang. Er widersprach dem Betriebsübergang von der Beklagten zu 2. auf die Back Office GmbH i.G., der er zugeordnet war und forderte seine Weiterbeschäftigung bei der Call-Center GmbH, der Beklagten zu 1., der er nicht zugeordnet war.

162 Interessenausgleich vom 27.11.2009 zwischen dem Alt-Arbeitgeber und dem dort gebildeten Betriebsrat über die Spaltung und Verpachtung des Betriebs des Alt-Arbeitgebers, zitiert im Urteil des BAG vom 21.2.2013 – 8 AZR 877/11, AP Nr. 440 zu § 613a BGB.

163 Aus dem Interessenausgleich, zitiert nach BAG vom 21.2.2013, a.a.O.

164 BAG vom 21.2.2013, ebd.

Am 28.1.2010 kündigte die ursprüngliche Arbeitgeberin, die Beklagte zu 2., das Arbeitsverhältnis betriebsbedingt außerordentlich wegen „sinnentleerten Arbeitsverhältnisses“.¹⁶⁵ Zum 31.12.2012 legte die Pächterin des Betriebs Back Office, die B GmbH, den Betrieb, dem der Kläger zugeordnet war, still.¹⁶⁶

Der seit 1985 bei der Beklagten zu 2. bzw. deren Rechtsvorgängerinnen beschäftigte Kläger war dort Betriebsratsvorsitzender und aufgrund der Bezugnahmeklausel in seinem Arbeitsvertrag auf die einschlägigen Tarifverträge betriebsbedingt ordentlich unkündbar.

Der Kläger hatte beantragt festzustellen, dass zwischen ihm und der Beklagten zu 1. seit dem 1.1.2010 ein Arbeitsverhältnis bestehe; die Beklagte zu 1. zu verurteilen, ihn zu den mit der Beklagten zu 2. bestehenden arbeitsvertraglichen Bedingungen als Call-Center-Agent weiter zu beschäftigen; hilfsweise wollte er der Beklagten zu 2. gegenüber festgestellt wissen, dass die Kündigung aus dieser bestehende Arbeitsverhältnis nicht zum 31.8.2010 beendet habe.¹⁶⁷

2. Ausgang des Verfahrens und Resümee

Der Kläger hatte dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen und seine Arbeitskraft dem Unternehmen angeboten, dem er jedoch zuvor durch die Maßnahme, die das BAG im Urteil für eine Betriebsaufspaltung hält, nicht zugeordnet war.¹⁶⁸ Er wurde, zwar aufgrund Tarifvertrags unkündbar und überdies Mitglied des Betriebsrats des Ausgangsbetriebes, außerordentlich betriebsbedingt mit Auslauffrist von sieben Monaten wegen „sinnentleerten“ Arbeitsverhältnisses gekündigt. Seine Klage dagegen erwies sich in zwei Urteilen verschiedener Senate des BAG mit allen Anträgen als unbegründet.¹⁶⁹

Sein Widerspruch gegen den sich an die Betriebsaufspaltung anschließenden Betriebsübergang ging ins Leere. Er konnte nur zum Verbleib im Ausgangsbetrieb führen, der laut BAG aber durch die vorangegangene Betriebsaufspaltung bereits erloschen war.¹⁷⁰

165 Zur außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung mit Auslauffrist im „sinnentleerten Arbeitsverhältnis“ vgl. auch BAG vom 18.3.2010 – 2 AZR 337/08, Rn. 17, AP Nr. 228 zu § 626 BGB; *Bröhl*, Die außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist, 2005.

166 Vgl. auch die hiervon in Nuancen abweichende Darstellung des Sachverhalts bei *Schrader*, NZA 2019, S. 951f.

167 Aus dem Tatbestand des ersten Urteils des LAG Thüringen vom 14.11.2011 – 6 Sa 53/11, juris.

168 So der vom BAG mehrfach zu entscheidende Fall der „Ja-Sager“ und „Nein-Sager“ im Erfurter Call-Center; vgl. dazu auch unten Zweiter Abschnitt, C.II.5. und C.V.4.

169 Die umfangreichen und komplexen prozessualen Erwägungen im Urteil des BAG vom 24.9.2015 – 2 AZR 562/14, NZA 2016, S. 366, Rn. 15ff. werden hier nicht berücksichtigt.

170 BAG, a.a.O., Rn. 61.

Bemerkenswert an diesem Fall und den Entscheidungen des BAG ist u.a.:

- dass das BAG die Trennung zwischen Back Office und Call-Center für eine Betriebspaltung hält;
- dass die Trennung des Call-Center-Bereichs mit seinen 550 Ja-Sagern von dem Back Office mit den 44 Nein-Sagern eine Betriebsaufspaltung, nicht bloß die Abspaltung des viel „kleineren“ Back Office vom Call-Center sein sollte;
- dass das BAG meint, diese Betriebsaufspaltung habe den ursprünglichen Betrieb erlöschen und zwei neue Betriebe entstehen lassen.

Diese formalen Aspekte sind für die Entscheidung des Falles wie allgemein für das Thema dieser Arbeit von Bedeutung:¹⁷¹ Wodurch wird ein Betrieb aufgespalten? Der in der Entscheidung dieses Falles vertretene Auffassung des BAG dazu kann nicht gefolgt werden. Dasselbe gilt in Anbetracht der Zahlenverhältnisse (44 zu ca. 550) für die bloße, nicht begründete Annahme einer Betriebsaufspaltung. Die Annahme des Erlöschens eines Betriebs durch eine bloße Betriebsaufspaltung kann nicht richtig sein. Auch begründet das Urteil diese Prämisse nicht. Die Rechtsprechung des BAG zu dem Erfurter Fall wirft damit Grundfragen unternehmensinterner Betriebspaltung auf. Die dazu formulierten Postulate dieser Rechtsprechung des BAG überzeugen nicht.

Bemerkenswert ist auch der dem Fall zugrunde liegende zeitliche und sachliche Kontext. Er „dauert“ vom Juli 2008 bis ins Frühjahr 2013. Das zweite Urteil des BAG datiert sogar vom September 2015. Das Rekapitulieren der Abläufe ergibt:

Im Juli 2008 werden allen Mitarbeitern ab 1.1.2009 neue, offenbar wesentlich ungünstigere Arbeitsverträge angeboten. Die 550 Ja-Sager und 44 Nein-Sager werden im Sommer 2009 zwei Teams zugeordnet, die Ja-Sager dem Servicecenter, die Nein-Sager dem Backoffice; zum 7.12.2009 deklariert der Arbeitgeber dies als Betriebsaufspaltung. Zum 1.1.2010 gehen die Arbeitsverhältnisse beider durch die Spaltung entstandenen Betriebe durch Betriebsübergänge auf je eine GmbH i.G. über. Der Kläger widerspricht dem Betriebsübergang. Er wird unter Einhaltung einer Frist von sieben Monaten wegen „sinnentleerten Arbeitsverhältnisses“ gekündigt und freigestellt. Die Back Office-GmbH mit den 44 Nein-Sagern wird zum 31.12.2012 stillgelegt.

Ebenso bemerkenswert sind nicht nur die Zeithorizonte, sondern vor allem die tiefgreifenden Konsequenzen, die aus der Wahrnehmung des Rechts sei-

171 Dieser Fall der Ja-Sager und Nein-Sager im Erfurter Call-Center wird unten erneut aufgegriffen; vgl. z.B. Zweiter Abschnitt II.5. sowie V.4.a).

tens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer entstanden, ein Angebot auf Abschluss eines ungünstigeren Vertrages im laufenden Arbeitsverhältnis abzulehnen, also ausnahmsweise einmal als Arbeitnehmer/in von der Privatautonomie Gebrauch zu machen.

Allein die Ablehnung einer Offerte des ursprünglichen Arbeitgebers zur Annahme verschlechterter Arbeitsbedingungen im Juli 2008 führt für die 44 Nein-Sager im Laufe des Jahres 2013 zum Verlust ihres Arbeitsplatzes im Back Office, auch für den Kläger. Bemerkenswert ist schließlich an dem Fall auch, dass selbst die stärksten arbeitsrechtlichen Sicherungen, wie Unkündbarkeit aufgrund langjähriger Betriebszugehörigkeit und Mitgliedschaft im Betriebsrat dem Arbeitnehmer nichts nützen. Er verliert seinen Prozess.

V. Unternehmensinterne Umstrukturierungen – Auswechseln von Betriebsleitungen als Eingliederung?

Zu unternehmensinternen Umstrukturierungen von Betrieben bestehen gesetzliche Regelungen lediglich im BetrVG und dort auch bloß zum Übergangs- und Restmandat des Betriebsrats (§§ 21a, 21b BetrVG). Diese Umstrukturierungen können auch „im Zusammenhang mit einer Betriebsveräußerung oder einer Umwandlung nach dem UmwG erfolgen“ (§ 21a Abs. 3 BetrVG). Alles weitere zur unternehmensinternen Umstrukturierung des Betriebs beruht auf Richterrecht. Zu diesem Problemkreis sei folgendes Beispiel aus der Rechtsprechung eines Landesarbeitsgerichts, des LAG Düsseldorf, erwähnt:¹⁷²

Antragsteller und Beteiligter zu 1. in diesem betriebsverfassungsrechtlichen Beschlussverfahren ist der bei T. gebildete „Flächenbetriebsrat“, zuständig für deren Niederlassungen in der Region. Ein Ergänzungstarifvertrag für die T. der IG Metall mit dem Arbeitgeberverband der Metall- und Elektroindustrie (VME) sieht u.a. vor, dass während seiner Laufzeit keine Niederlassungen geschlossen, verlagert oder die Beschäftigtenzahl in wesentlichem Umfang reduziert wird.

Derartiges geschieht auch nicht, stattdessen eine „gesellschaftsrechtliche Anwachung“ der T. auf ihr Mutterunternehmen, die Beteiligte zu 2., und es wird Führungspersonal ab- oder neu berufen. Darauf teilt der bei der Beteiligten zu

¹⁷² LAG Düsseldorf vom 22.10.2008 – 7 TaBV 85/08, juris; zustimmend GK-Kreutz, 11. Aufl. 2018, § 21a BetrVG, Rn. 62; abweichend Hessisches LAG vom 23.10.2008 – 9 TaBV 155/08, juris; vgl. auch unten Zweiter Abschnitt, C.V.4.g).

2. gebildete Gesamtbetriebsrat (GBR) den Betriebsräten der T. Region mit, ihre Amtszeit ende zum 31.12.2007.

Dagegen meint der antragstellenden Flächenbetriebsrat der T., seine Amtszeit ende erst zum regulären Ablauf der Wahlperiode am 31.5.2010. Die einheitliche Leitung der T. bestehe unverändert fort. Das Auswechseln von Führungskräften und die Anwachsung der T. auf die Beteiligte zu 2. habe daran nichts geändert. Die früheren Mitarbeiter der T. und der Beteiligten zu 2. gingen nach wie vor ihrer bisherigen Tätigkeit nach. Die Betriebsleitungen hätten keine fachliche und disziplinarische Verantwortung. Sie seien lediglich Ansprechpartner der Betriebsräte. Es habe sich nichts geändert – außer die Gesellschaftsform. Der Betrieb sei auch nicht in einen anderen eingegliedert worden.

Grund des Verfahrens scheint ein Kompetenzkonflikt zwischen dem Flächenbetriebsrat und dem Gesamtbetriebsrat gewesen zu sein. Der Flächenbetriebsrat, Antragsteller des Verfahrens, unterlag beim LAG Düsseldorf. Seine Amtszeit hatte also am 31.12.2007 geendet.¹⁷³

VI. Formelle und materielle Privatisierungen

Privatisierungen sind ihrerseits Umstrukturierungen bzw. in der Praxis zeitlich und sachlich eng mit ihnen verbunden. Sie werfen aber besondere Probleme auf, die aus ihrer Zugehörigkeit zum öffentlichen Dienst resultieren. Dies legt nahe, sie besonders zu diskutieren (s. näher Vierter Abschnitt). So kann es etwa zu Kollisionen von Grundrechten der Parteien des Arbeitsvertrages (unten Dritter Abschnitt, C. und D.) nicht kommen, wenn der Arbeitgeber Körperschaft öffentlichen Rechts oder von einer solchen beherrscht ist.

Beispielhaft zu diesem Thema sollen die formelle und materielle Privatisierung und damit im Zusammenhang stehende Umstrukturierungen von Krankenhäusern zweier Länder diskutiert werden.¹⁷⁴ Betrachtet werden diese Prozesse bis zu dem Punkt, von dem an die Unternehmen mindestens in mehrheitlichem, wenn nicht im alleinigen bzw. fast alleinigen Besitz eines materiell privaten Unternehmens standen, in den hier erörterten Fällen der Asklepios GmbH bezüglich der Krankenhäuser der Freien Hansestadt Hamburg bzw. der Rhön AG hinsichtlich der Universitätskliniken Gießen und Marburg (UKGM).

173 Ausführlicher zum Fall und zur Relevanz unternehmensinterner Umstrukturierungen für die hier erörterten Themen im Allgemeinen vgl. unten Zweiter Abschnitt, D.V.4.g).

174 Dazu ausführlich unten Vierter Abschnitt.

Hatten die beiden beteiligten Bundesländer Hamburg und Hessen im Laufe des Privatisierungsprozesses auf Unternehmensebene schon umstrukturiert, nahmen die zahlreichen Umstrukturierungen dieser Unternehmen und Betriebe nach Abschluss der materiellen Privatisierungen ihren Lauf – nicht anders als die, von denen einige soeben unter I. bis V. skizziert worden sind.

Stets ist die Privatisierung Prozess wie dessen Resultat – nicht anders als die Umstrukturierung. Prozesshaft ist hier insbesondere das Handeln des formell privatisierten Unternehmens als Arbeitgeber seinen Beschäftigten gegenüber, durch weitere Umstrukturierungen seines Betriebs und Unternehmens.

Die formelle Privatisierung resultiert in gemischtwirtschaftlichen Unternehmen. Enger als sonst wird das gemischtwirtschaftliche Unternehmen hier als eines im mehrheitlichen Anteilsbesitz der öffentlichen Hand verstanden. Ein materiell privatisiertes Unternehmen soll demgegenüber eines im Mehrheits- oder Alleinbesitz materiell privater Unternehmen sein.¹⁷⁵ Nicht anders als bei anderen Formen der Umstrukturierung bleiben die betrieblichen Abläufe und Zuschnitte der Betriebe und Unternehmen von den Privatisierungsprozessen unberührt. Die Umstrukturierungen finden lediglich als „Händewechsel“ auf der Gesellschafter- oder Anteilsinhaberebene statt, „alles bloß auf dem Papier“.

Da die grundrechtsgebundene öffentliche Hand als unmittelbare oder mittelbare Inhaberin der Mehrheitsanteile privatisiert und umstrukturiert, stellen sich hier primär Fragen der Grundrechte der davon betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

F. Überblick über die Darstellung im Zweiten bis Vierten Abschnitt

Der Zweite Abschnitt diskutiert Aspekte der Arbeitsbeziehungen bei Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen. Diese sind zugleich „Prüfungsgegenstände“ für die Erörterung der „Prüfungsmaßstäbe“ im Dritten und Vierten Abschnitt – Grundrechte des GG, der GRC sowie Sekundärrechte der EU. Die Prüfungsgegenstände des Zweiten Abschnitts sind einerseits faktische Aspekte der Umstrukturierung, betreffen Durchführungswege, Zwecke und Folgen von Umstrukturierungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Andererseits sind es solche des gesetzlichen Arbeitsrechts sowie von Arbeitsverträgen in ihrer rechtlichen Ausgestaltung.

¹⁷⁵ Auf Einzelheiten der formellen bzw. materiellen Privatisierung und die genaue Bestimmung des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens kommt es im hiesigen Kontext nicht an.

Der Zweite Abschnitt skizziert unter B. Zwecke, Rechte und Interessen sowie Handlungsoptionen des Arbeitgebers als Subjekt der Umstrukturierung seines Betriebs und Unternehmens. Er beschreibt unter C. Wirkungen von Umstrukturierungen auf ihre Objekte, die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie deren Interessen, Rechte und Handlungsoptionen.

Der Dritte Abschnitt erörtert in Bezug auf die hier hervorgehobenen Tatbestände der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen zunächst Aspekte des europäischen Rechts. Diskussionen und Verfahren finden insbesondere zur „Kernthematik“ der Umstrukturierung von Unternehmen, dem Betriebsinhaberwechsel, seit Jahren zwischen nationalem und EU-Recht, zwischen BAG und EuGH statt.¹⁷⁶ Soweit im einzelnen Umstrukturierungsfall Recht der EU „durchgeführt“ wird, hat es Anwendungsvorrang vor kollidierendem nationalen Recht. Kollisionen zwischen deutschem Arbeitsrecht und insbesondere RL aus dem Kapitel X. (Art. 151ff. AEUV), der Sozialpolitik, kommen bei einigen Materien, die im Sekundärrecht der EU geregelt sind, in Betracht. Das gilt u.a. für die Entsende-RL, die ME-RL, die Leiharbeit-RL, die Arbeitszeit-RL und andere.

Nicht zuletzt gilt dies für die Umstrukturierung durch Betriebsübergang. Dazu enthält die BÜ-RL Definitionen und Vorschriften zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten und, nicht anders als die übrigen Richtlinien zur Sozialpolitik, das Günstigkeitsprinzip. Auch diese Richtlinie nimmt bloß eine teilweise Harmonisierung vor, obwohl sie auf Art. 115 AEUV beruht, wonach eine Vollharmonisierung möglich gewesen wäre. Sie will jedenfalls „kein für die gesamte Union aufgrund gemeinsamer Kriterien einheitliches Schutzniveau schaffen“.¹⁷⁷

Prüfungsmaßstäbe des Dritten Abschnitts sind nach Erörterung von Aspekten europäischen Rechts, insbesondere solchen der GRC, Grundrechte der Parteien des Arbeitsvertrages im GG. Dabei geht es, wie zum europäischen Recht, um miteinander kollidierende Grundrechte der Arbeitsvertragsparteien und um die Auflösung dieser Kollisionen. Grundlage und „Ausgangspunkte“ dieser Grundrechterörterung sind vor allem die Beschlüsse des BVerfG zum Kündigungsschutz in Kleinbetrieben.¹⁷⁸ Sie machen Kollisionen von Grundrechten

176 Vgl. *Preis/Peramoto*, Der Betriebsübergang – Szenen einer gestörten Beziehung zwischen BAG und EuGH?, in: FS Willemsen, 2018, S. 359ff.; *Jacobs/Frieling*, Zum Dialog zwischen dem Vierten Senat, dem Generalanwalt Ives Bot und dem Europäischen Gerichtshof in der Rechtssache Asklepios – oder: Wie man das Brett an der dünnsten Stelle durchbohrt, a.a.O., S. 197ff.; *Krause*, Individualvertragliche Verweisungen auf kollektivvertragliche Arbeitsbedingungen und unternehmerische Freiheit im Europäischen Recht, a.a.O., S. 257ff.

177 EuGH vom 6.3.2014 – C-458/12, *Amatori*, NZA 2014, S. 423, Rn. 36ff.; *Preis/Sagan/Graw/Hartmann*, EuArbR, 2. Aufl. 2019, § 15 Rn. 13ff.

178 BVerfGE 97, S. 169 und S. 186, beide vom 27.1.1998.

der Arbeitsvertragsparteien im Arbeitsverhältnis erstmals und auf spezifische und profunde Art und Weise zum Thema der Grundrechtserörterung. Insofern setzen sie Maßstäbe für andere Rechts- und Verfassungsrechtsfragen der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen.

Der Vierte Abschnitt diskutiert Rechtsprechung des BVerfG zu gesetzlichen Eingriffen in Grundrechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnisse von Privatisierungen und Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen betroffen sind. Dies geschieht ebenfalls anhand von Rechtsprechung des BVerfG zur Umstrukturierung und Privatisierung der städtischen Krankenhäuser Hamburgs¹⁷⁹ sowie zur Zusammenlegung und Privatisierung der Universitätskliniken Gießen und Marburg durch und aufgrund von Landesgesetzen.¹⁸⁰

Da die umzustrukturierenden und zu privatisierenden Krankenhäuser als Stellen der öffentlichen Hand nicht grundrechtsberechtigt, sondern nur grundrechtsverpflichtet sind, kommt, anders als im Dritten Abschnitt, dessen Voraussetzung die Grundrechtsberechtigung beider Parteien des Arbeitsverhältnisses ist, eine Kollision von Grundrechten dieser Arbeitgeber mit Grundrechten der von den Maßnahmen der beiden Landesgesetzgeber betroffenen Beschäftigten nicht in Betracht, sondern nur die Eingriffs- bzw. Abwehrfunktion von Grundrechten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Die beiden Beschlüsse des BVerfG zur Privatisierung beziehen sich auf deren erste Phase, als spätere „Umstrukturierungskaskaden“ insbesondere der Betriebe der Krankenhäuser bzw. Kliniken noch ausstanden. Kraft staatlicher, insbesondere gesetzlicher Maßnahmen erhielten die Beschäftigten andere Arbeitsvertragspartner. Ansonsten blieben die Arbeitsbedingungen der in den Krankenhäusern bzw. Kliniken Beschäftigten während der Abläufe, auf die sich die Entscheidungen des BVerfG beziehen, also ausschließlich der materiellen Privatisierung, zunächst unverändert.

Änderungen materieller Arbeitsbedingungen, insbesondere kollektivrechtlich geregelter, wurden erst im bzw. nach Vollzug der materiellen Privatisierung durch Umstrukturierung ins Werk gesetzt – in Hamburg von der Asklepios GmbH, in Gießen und Marburg von der Rhön AG. Bei diesen Änderungen standen damit die beiden Länder, die die Einrichtungen bislang betrieben hatten, nicht mehr in der – politischen – Verantwortung. Vielmehr war dies ausschließlich Angelegenheit der privaten Krankenhausgesellschaften. Hinsicht-

179 BVerfGE 126, S. 29.

180 BVerfGE 128, S. 157.

lich der Abläufe, der rechtlichen Ausgestaltungen und der dabei für die Interessen und Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bestehenden Probleme kann erneut auf den Dritten Abschnitt verwiesen werden, dessen Thema kollidierende Grundrechte der umstrukturierenden Arbeitgeber und der von Umstrukturierungen betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind.

Sind Gegenstand des Vierten Abschnitts, unter A. gesetzliche Eingriffe in die Arbeitsverhältnisse, hat dieser Abschnitt unter B. Eingriffe von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen selbst, im hier zugrunde gelegten Verständnis solchen, die im mehrheitlichen Anteilsbesitz der öffentlichen Hand sind¹⁸¹, in Grundrechte der von ihnen beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zum Gegenstand. C. enthält einen Ausblick auf Arbeitnehmergrundrechte in der Umstrukturierung materiell privater bzw. mittlerweile privat beherrschter Unternehmen.

Als „Vorlage“ für den Vierten Abschnitt, B dient das „Fraport“-Urteil des BVerfG.¹⁸² Es betrifft die Grundrechte aus Art. 5 und 8 GG in den Räumen und gegenüber dem Hausrecht des formell privatisierten Unternehmens, d.h. der Fraport AG. Diese war im mehrheitlichen Anteilsbesitz der öffentlichen Hände.

Hier wird das Urteil des BVerfG bezogen auf faktische oder rechtsgeschäftliche Maßnahmen im Arbeitsverhältnis, d.h. des Arbeitgebers zu Lasten der von ihm Beschäftigten (Versetzungen, Umgruppierungen, nachteilige Weisungen, Abmahnungen, Kündigungen usw.).¹⁸³ Gemischtwirtschaftlichen Unternehmen in diesem Sinne ist es verwehrt, sich nicht nur Dritten oder Besuchern des Unternehmens, sondern auch ihren Beschäftigten gegenüber „auf die Subjektivität gewillkürter Freiheit zu berufen.“¹⁸⁴

Die volle Geltung des gesamten gesetzlichen und vertraglichen Arbeitsrechts zu beiderlei Gunsten und Lasten berührt dies nicht. Die Verträge bleiben solche des Arbeitsrechts, regeln nicht etwa öffentliche Dienstverhältnisse. Arbeitsrechtliche Streitfälle sind durch Anwendung einfachen Rechts zu lösen. Es

181 Vgl. zur Begriffsbildung bei Privatisierungen auch oben D.VI. sowie unten Zweiter Abschnitt, A.III.4. und Vierter Abschnitt, A., insbesondere A.IV.

182 BVerfGE 128, S. 226.

183 Zu Grundrechtsaspekten der verschiedenen „Aggregatzustände“ der Privatisierung anhand dieser Entscheidungen des BVerfG vgl. weiterführend *Masing*, Grundrechtsschutz trotz Privatisierung, in: *Festschrift für Bryde zum 70. Geburtstag*, 2013, S. 409. *Masing* war Berichterstatter für das Fraport-Urteil, *Bryde* in beiden „Krankenhaus“-Verfahren, alle vor dem Ersten Senat des BVerfG, vgl. *Masing*, a.a.O., S. 422.

184 BVerfGE 128, S. 226 (249); *Masing*, a.a.O., S. 419.

sind Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis in der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte.

Materielle Privatisierung des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens bewirkt, dass seine Grundrechtsbindung in Grundrechtsberechtigung umschlägt. Ab jetzt können Arbeitgebergrundrechte in Kollision zu Grundrechten der dort beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer treten, bzw. im Arbeitsverhältnis können Grundrechte beider Parteien des Arbeitsverhältnisses in mittelbarer Drittwirkung gelten. Zur Umstrukturierung materiell privatisierter Unternehmen wird erneut auf den Zweiten und Dritten Abschnitt Bezug genommen.

Der Fünfte Abschnitt zieht einige besondere, teils rechtlich gebotene, teils rechtspolitische Konsequenzen für die Betriebsbegriffe des KSchG und des BetrVG, Grundbegriffe des Arbeitsrechts (Fünfter Abschnitt, C.). Ansätze zur kollektivvertraglichen Sicherung von Arbeitnehmerrechten der Umstrukturierung zur Diskussion.

Zweiter Abschnitt: Sachverhalte und Probleme der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen

A. Begriffliche, faktische und rechtliche Aspekte zu Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen

I. Ausgewählte Umstrukturierungsformen

Näher diskutiert werden hier, wie bereits im Ersten Abschnitt gesehen, nur einige verbreitete Formen der Umstrukturierung – Arbeitgeberwechsel bei Einzel- sowie bei Gesamtrechtsnachfolge; unternehmensinterne Umstrukturierung; mit einer solchen „im Zusammenhang“ stehende Betriebsübergänge; Rechtsfragen formeller Privatisierung im Kontext von Umstrukturierungen.¹⁸⁵

Dabei geht es öfter um Spaltung bzw. Ausgliederung als um deren Antipoden – Verschmelzung bzw. Zusammenfassung oder Eingliederung. Bei § 613a BGB interessieren vor allem Teilbetriebsübergänge, bei unternehmensinternen Umstrukturierungen ohne Arbeitgeberwechsel Betriebsaufspaltungen. Dies folgt der Beobachtung, wonach die erstgenannte Gruppe von Umstrukturierungen in der Praxis deutlich überwiegt.

§ 613a BGB ist für Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen sowohl bei Einzel- als auch bei der Gesamtrechtsnachfolge vor allem gemäß UmwG von zentraler Bedeutung. Die Rechtsnorm ist komplex. Sie soll sogar eine „höchst umstrittene Zentralnorm des deutschen Arbeitsrechts“ sein.¹⁸⁶ Inhalt und Struktur stehen seit Jahren in einem Klärungsprozess der Rechtsprechung bezüglich immer anderer Aspekte im „Dialog“ zwischen dem BAG, vor allem seinem bis vor kurzem überwiegend zuständigen Achten Senat mit dem EuGH. Die „Arbeitsrechtliche Praxis“ (AP) hat zu § 613a BGB bald 500 Entscheidungen publiziert, meist solche des BAG.

¹⁸⁵ S. schon oben A.II. bis VI.

¹⁸⁶ *Willemsen u.a.*, Umstrukturierung, a.a.O., G. I., vor Rn. 1.

Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, jedenfalls Informationsrechte, sind vergleichsweise am stärksten ausgestaltet beim Wechsel des Arbeitgebers durch Gesamtrechtsnachfolge, insbesondere nach dem UmwG. Deutlich schwächer sind ihre Rechte und Handlungsmöglichkeiten und die der Betriebsräte bei Einzelrechtsnachfolge. Die wenigsten Rechte stehen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und ihren Betriebsräten bei der gesetzlich kaum regulierten unternehmensinternen Umstrukturierung von Betrieben zu.¹⁸⁷

Die Privatisierung öffentlicher Einrichtungen wird für sich ebenfalls als Umstrukturierung verstanden.¹⁸⁸ Dies gilt umso mehr, als sie sehr häufig mit bereits skizzierten Maßnahmen der Umstrukturierung verbunden ist. Nachdem zahlreiche Privatisierungsvorhaben zum Teil spektakulär gescheitert sind, ist es etwas stiller um sie geworden. Gleichwohl wird weiterhin privatisiert. Keine praktische Bedeutung scheinen Modelle der Private-Public-Partnership (PPP)¹⁸⁹ mehr zu haben, die in den 1990er Jahren hoch im Kurs standen. Sie haben sich offenbar als zu hybrid und fehleranfällig erwiesen.

Dagegen werden gegenläufige Modelle, wie Verstaatlichung oder staatliche Unternehmensbeteiligungen jüngst in Anbetracht der finanziellen Bedrängnisse auch „systemrelevanter“ Unternehmen aufgrund der Corona-Krise diskutiert und gelegentlich realisiert; prominentestes Beispiel ist der „Wiedereinstieg“ des Bundes als Aktionär bei der Lufthansa.

Da die hier exemplarisch betrachteten Formen von Umstrukturierungen nur einen – allerdings wesentlichen – Teil der Praxis der Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen ausmachen, sind noch folgende begriffliche Präzisierungen und Differenzierungen zweckmäßig:

II. Enges und weites Verständnis der Umstrukturierung

1. Engeres Verständnis der Umstrukturierung: Keine Änderung der konkreten Arbeitsprozesse; „alles auf dem Papier“

Ändern technische und arbeitsorganisatorische Rationalisierung Arbeitsprozesse, Arbeitsorte, Produktivität und Intensität der Arbeit, die Zusammensetzung, Größe und Kooperation der Belegschaft, lässt eine Praxis der Umstrukturierung diese unberührt. Diese Formen der Umstrukturierung „bloß für sich“

187 Dazu ebenfalls näher unten C.V.

188 Umfassend von *Blanke/Fedder* (Hrsg.), *Privatisierung*, 2. Aufl. 2010; eher am Rande von *Mückl u.a.*, a.a.O., 1. Kapitel, F., und *Willemsen u.a.*, a.a.O., B., Rn 85 ff. erörtert.

189 Vgl. *Blanke/Fedder*, a.a.O., Teil 2, Rn. 147ff.; *Gerstberger/Schneider*, *WSI-Mitt.* 2008, S. 556.

entwickeln keine neuen Produkte, Technologien, Arbeitsverfahren oder effizientere Arbeitsorganisation.

Sie senken Arbeitskosten auf andere Weise – durch Spaltungen, Zusammenfassungen bzw. Verschmelzungen oder Eingliederungen von Betrieben und Unternehmen. Dies geschieht durch Transformation, „Einpassung“ in Betriebe und Unternehmen, die einem anderen, dem Arbeitgeber in der Regel günstigeren arbeitsrechtlichen Regime unterliegen. Dieser „Handel mit Betrieben und Betriebsteilen“¹⁹⁰ ist damit ebenfalls Rationalisierung.

Schon früh haben Stimmen des „gewerkschaftlich orientierten Schrifttums“¹⁹¹ derartige Maßnahmen als unternehmensorganisatorische Rationalisierung zusammengefasst¹⁹², haben sie doch ähnliche Effekte wie technische oder arbeitsorganisatorische Rationalisierung – nicht zuletzt Umverteilung, genauer: Senkung der Arbeitskosten und oft erhebliche Änderungen von Arbeitsbedingungen betroffener Beschäftigter, meist zu deren Lasten, damit zugunsten des umstrukturierenden Unternehmens.

Die jeweilige Maßnahme für sich ändert an den im Betrieb angewandten Technologien oder an der Betriebs- und Arbeitsorganisation nichts oder nichts Wesentliches. Diesen Sachverhalt drückt § 1 Abs. 2 Nr. 2. BetrVG für den Gemeinschaftsbetrieb, der ebenfalls Umstrukturierung des Unternehmens oder deren Resultat sein kann, so aus, dass

„(...) ein oder mehrere Betriebsteile einem an der Spaltung beteiligten anderen Unternehmen zugeordnet werden, ohne dass sich dabei die Organisation des betroffenen Betriebs wesentlich ändert.“¹⁹³

Unternehmensorganisatorische Rationalisierung im engen Sinn, „für sich“, kommt im Wesentlichen ohne Investitionen in produktivere oder arbeitssparende Technologien oder Arbeitsorganisation aus. Es entstehen nur Notar-

190 *Krause*, in: Festschrift für Willemsen, 2018, S. 257 (267).

191 So genannt von *Willemsen u.a.*, a.a.O., B., Rn. 143. Darin steckt womöglich eine Dichotomie, nämlich die zwischen der Rechtswissenschaft und dem gewerkschaftlich orientierten Schrifttum – wobei das unternehmensberatende Schrifttum, das das „gewerkschaftliche Schrifttum“ als solches ausmacht und einordnet, sich selbst womöglich zur Rechtswissenschaft zählen wird.

192 Vgl. *Blank u.a.*, Arbeitnehmerschutz bei Betriebsspaltung und Unternehmensteilung, 2. Aufl. 1987, S. 39ff.

193 Zu § 1 Abs. 2 BetrVG vgl. ausführlich *GK-Franzen*, a.a.O., § 1 Rn. 46ff.; *DKW-Trümmer*, a.a.O., § 1, Rn. 88ff.; *Fitting*, a.a.O., § 1 Rn. 78ff.; zur funktional ähnlichen Vorschrift in § 322 UmwG vgl. *KR-Spilger*, §§ 322-324 UmwG, Rn. 57ff. Es existiert eine umfangreiche Rechtsprechung des BAG zum Gemeinschaftsbetrieb, vgl. die Übersicht bei *Schaub-Linck*, a.a.O., 18. Aufl. 2019, § 17 Rn. 5ff. mwN.

Rechtsberatungs-, Steuerberater- bzw. Wirtschaftsprüferkosten und ggf. Steuerschulden. Alles geschieht „bloß auf dem Papier“.¹⁹⁴

Rationalisierungsgewinne aus Umstrukturierungen allein durch Senkung von Arbeitskosten, ohne produktiv wirkende Investitionen, erinnern an „leistungslose Gewinne“ beim Bodeneigentum.¹⁹⁵ In der Finanzkrise 2007-2009 sind derartige Maßnahmen auch „Profite ohne Investitionen“ genannt worden.¹⁹⁶

Löhne und Gehälter können, z.B. aufgrund eines Betriebsübergangs, sei es unmittelbar, sei es nach Ablauf eines Jahres nach dem Übergang, in der Praxis erheblich niedriger, sogar um bis zu einem Drittel oder gar um die Hälfte geringer sein als zuvor.¹⁹⁷ So abgesenkte Arbeitsverdienste sind Gewinne des erwerbenden bzw. des umstrukturierenden Unternehmens.

Unternehmen, die an der Umstrukturierung beteiligt sind, beim Betriebsinhaberwechsel insbesondere dem veräußernden Unternehmen können Kosten aus dem Abschluss von Tarifverträgen und aus diesen selbst entstehen – wenn die Umstrukturierung tarifvertraglich begleitet und reguliert wird.¹⁹⁸

2. Weiteres Verständnis von Umstrukturierung – „Zusammenhänge“ mit anderen Formen der Rationalisierung; Unterschiede

„Stoffliche“ Änderungen, d.h. solche der konkreten Arbeit, der Arbeitsweise und Arbeitsorganisation, der unternehmensinternen und -externen Kommunikation, der Arbeitsorte, der produktiven Ausstattung der Betriebe, der Produktpalette, Zusammen-setzung, Größe und Kooperation der Belegschaft usw. ändern und ergeben sich dagegen aus arbeitsorganisatorischen oder technischen Rationalisierungen, Betriebsstilllegungen, andersartigen „funktionellen

¹⁹⁴ Kloppenburg, a.a.O.

¹⁹⁵ Der Begriff ist aus der Diskussion um die Reform des Bodenrechts geläufig. Dort werden derartige „windfall profits“ auch leistungslose Bodengewinne oder Bodenwertzuwächse genannt; vgl. dazu näher H.-J. Vogel, Mehr Gerechtigkeit, 2019, z.B. S. 70ff.; ders., NJW 1972, S. 1544; Burgi, NVwZ 2020, S. 257; DGB, Positionspapier zur Bodenpolitik, Stand 12.2.2020. Jedenfalls sind die leistungslosen Bodenwertzuwächse besser erforscht als die Gewinne aus Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen.

¹⁹⁶ Wolter, AuR 2008, S. 325.

¹⁹⁷ EuGH vom 11.11.2004 – C-425/02, Delahaye, NZA 2004, S. 1379, Rn. 17: ein um 37 Prozent geringeres Monatsgehalt als bisher; das Verfahren betraf allerdings keine Privatisierung, sondern den umgekehrten „Systemwechsel“ – die Übernahme der „Tätigkeit“ einer privatrechtlichen Vereinigung durch den luxemburgischen Staat. Die BÜ-RL war anwendbar (EuGH, a.a.O., Rn. 30). Da sie aber nur auf eine teilweise Harmonisierung des fraglichen Gebietes abzielt, stand sie der Anwendung des nationalen Rechts, das die Beendigung der privatrechtlichen Arbeitsverträge vorsieht, nicht entgegen (Rn. 32); vgl. auch EUArbRK/Winter, RL 2001/23/EG, Art. 4 Rn. 9f. sowie Art. 3 Rn. 9.

¹⁹⁸ Vgl. dazu unten Fünfter Abschnitt, D.

Verknüpfungen“ der Betriebsmittel und Arbeitsprozesse, also aus weiteren Maßnahmen im Sinne des § 111 BetrVG.

a) Zusammenhänge

Umstrukturierungen im soeben unter 1. analytisch zugrunde gelegten engen Sinn stehen in der Praxis oft im sachlichen und zeitlichen Kontext zu solchen „stofflichen“ Änderungen der konkreten Arbeit, die ebenfalls Rationalisierungsmaßnahmen des Unternehmens sind. Es kommen unterschiedliche Zusammenhänge vor:

So kommt es häufiger zu gestaffelten, nacheinander durchgeführten Umstrukturierungen, auch personell, sächlich und zeitlich verknüpft mit mehreren Betriebsübergängen, vor allem Teilbetriebsübergängen.¹⁹⁹ Maßnahmen können verschiedenen Beteiligungstatbeständen gemäß § 111 S. 3 BetrVG zuzuordnen sein. Die dann jeweils als solche geltenden Betriebsänderungen hängen in ihrer praktischen Anwendung oft eng zusammen, gehen zum Teil ineinander über.

Dies trifft z.B. zu bei Standortverlagerungen, die mit einem Betriebsinhaberwechsel verbunden sind. Die Verlagerung des Standorts kann mit Bezug auf die Beteiligungsrechte des Betriebsrats Betriebsverlegung im Sinne des § 111 S. 3 Nr. 2. BetrVG sein. Beim damit verbundenen Betriebsinhaberwechsel stellen sich Fragen nach der Anwendbarkeit der BÜ-RL, nicht zuletzt, wenn die Standortverlagerung transnational geschieht sowie Probleme des § 613a BGB.²⁰⁰

Unter dem Aspekt der Beteiligungsrechte des Betriebsrats an und in der Umstrukturierung kommen verschiedene Konstellationen in Betracht. Dazu zählen vor allem kumulierte, nebeneinander bestehende (dazu sogleich aa) und alternative Beteiligungstatbestände (bb). Gelegentlich stellt sich dabei die Frage eines einheitlichen Planungszusammenhangs.

aa) Nebeneinander bestehende Beteiligungstatbestände des Betriebsrats

Dieselbe unternehmerische Maßnahme kann mehrere Beteiligungstatbestände des Betriebsrats auslösen. Auch kann der Arbeitgeber mehrere Betriebsänderungen im zeitlichen bzw. sachlichen Kontext planen bzw. durchführen²⁰¹, sei-

199 Vgl. z.B. die Sachverhalte bei BAG vom 19.11.2015 – 8 AZR 773/14, NZA 2016, S. 647, sowie vom 16.7.2015 – 8 AZR 266/13, NZA 2016, S. 250, und vom 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, S. 1203.

200 Vgl. hierzu EUArbRK/Winter, 3. Aufl. 2020, Art. 1 RL 2001/23/EG, Rn. 106ff.

201 *Fitting*, a.a.O., § 111 Rn. 28ff.; BAG vom 28.3.2006 – 1 ABR 5/05, NZA 2006, S. 932, sowie vom 8.6.1999 – 1 AZR 696/98, EzA § 242 BGB betriebliche Übung, Nr. 46, z.B. Rn. 35; *Gillen/Vable*, NZA 2005, S. 1385; *Langner/Widhammer*, NZA 2011, S. 430.

en sie als einheitliche geplant oder nicht.²⁰² Mehrere Maßnahmen können auch „zeitlich zusammenfallen“.²⁰³ Der Betriebsspaltung kann ein Teilbetriebsübergang „zugrunde liegen“²⁰⁴ oder ihr folgen.²⁰⁵

Die Änderung der Betriebsorganisation nach § 111 S. 3 Nr. 4 BetrVG kann mit der Betriebsspaltung „verbunden“ sein,²⁰⁶ aber auch bloß „anlässlich“ einer anderen Maßnahme erfolgen. Mit der Verlegung eines Betriebs oder Betriebsteils gemäß § 111 S. 3 Nr. 2 BetrVG kann auch der Zusammenschluss mit einem anderen Betrieb „verbunden“ sein oder aber auch bloß „anlässlich“ dieser Maßnahme erfolgen.²⁰⁷

Relevant sind auch Umstrukturierungen mit Wechsel des Betriebsinhabers im Zusammenhang mit einer betrieblichen Umstrukturierung ohne einen solchen Wechsel.²⁰⁸ Dieser Zusammenhang wird schon im Text des BetrVG beim Übergangsmandat des Betriebsrats (§ 21a Abs. 3 BetrVG) und zu § 112a Abs. 2 S. 2 BetrVG, der nicht für Neugründungen „im Zusammenhang“ mit der rechtlichen Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen gilt, erwähnt.²⁰⁹

Derartige Zusammenhänge, Verbindungen und dergleichen besagen zu den Rechten des Betriebsrats: Soweit nicht nur Tatbestände des § 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG in Rede stehen, sondern auch weitere Beteiligungsrechte des Betriebs-

202 Zur einheitlichen unternehmerischen Planung der Betriebsänderung, insbesondere bei Einschränkung des Betriebs durch „reinen“ Personalabbau vgl. BAG vom 28.3.2006 – 1 ABR 5/05, NZA 2006, S. 932; BAG vom 17.3.2016 – 2 AZR 182/15, NZA 2016, S. 1072, Rn. 30 mwN. („einheitlich geplanter Personalabbau in mehreren Wellen“); *Fitting*, a.a.O., § 111 Rn. 76; GK-*Oetker*, 11. Aufl. 2018, § 111 Rn. 105; DKW-*Däubler*, a.a.O., § 111 Rn. 136ff.

203 BAG vom 10.12.1996 – 1 ABR 32/96, EzA Nr. 35 zu § 111 BetrVG, B.II.2b) der Gründe.

204 BAG vom 10.12.1996, a.a.O., B.II.2b) der Gründe.

205 So z.B. im Urteil des BAG vom 24.9.2015 – 2 AZR 562/14, NZA 2016, S. 366 („Ja-Sager/Nein-Sager“); zu diesem Urteil Erster Abschnitt E.IV. sowie unten C.II.5. und C.V.4.a).

206 BAG vom 10.12.1996, a.a.O., B. II.1a) der Gründe.

207 BAG vom 7.6.2011 – 1 ABR 110/09, NZA 2012, S. 110, Rn. 14; anders beim Zuordnungstarifvertrag nach § 3 BetrVG: BAG vom 18.3.2008 – 1 ABR 3/07, NZA 2008, S. 1259; dadurch gehe ein Betrieb nicht unter; die Zusammenfassung von Betrieben mit bis dahin eigener Arbeitnehmervertretung durch TV gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b BetrVG lasse die betriebsverfassungsrechtliche Identität der zusammengefassten Einheiten unberührt. Tatsächliche Veränderungen der bisherigen Betriebsorganisation gingen mit der Zusammenfassung nicht notwendig einher. Die Betriebsorganisation werde durch einen Zuordnungstarifvertrag nicht geändert. Allerdings könne der Arbeitgeber den Abschluss des TV „zum Anlass“ nehmen, durch zusätzliche Maßnahmen die Organisations- und Leitungsstruktur der betroffenen Betriebe zu ändern – BAG, a.a.O., Rn. 26–28; DKW-*Däubler*, a.a.O., § 111 Rn. 127.

208 Aus der Rechtsprechung des BAG vgl. hierzu z.B. Urteil vom 24.9.2015 – a.a.O., Rn. 32: „Die Beklagte hat ihren Betrieb in zwei Bereiche getrennt und sodann in zwei selbstständige Betriebe aufgespalten. Beide Betriebe hat sie an andere Gesellschaften verpachtet.“ Die Verpachtungen waren zwei Betriebsinhaberwechsel. Nach dem Urteil des BAG hatte die Betriebsaufspaltung einen Monat zuvor stattgefunden. Vgl. dazu auch BAG vom 18.3.2008 – 1 ABR 77/06, NZA 2008, S. 954, Rn. 13ff., 18.

209 Die Formulierung sei „eher vage“, erfasse aber „flexibel alle einschlägigen Fallgestaltungen“ – so GK-*Kreutz*, a.a.O., § 21a Rn. 91 – womöglich eine Umschreibung für Typologie?

rats, werden seine Rechte aus §§ 111 bis 113 BetrVG durch jene weiteren nicht verdrängt oder konsumiert.²¹⁰ Das setzt freilich voraus, dass jeder der Tatbestände erfüllt ist.

bb) Alternative Beteiligungstatbestände des Betriebsrats

Andererseits kann dieselbe Maßnahme nur Betriebsstilllegung oder Spaltung, nicht beides sein.²¹¹ Dann kann nur ein Beteiligungstatbestand einschlägig sein. Jedoch beginnen die Grenzen zu verschwimmen, denn es soll sich auch um Spaltung handeln, wenn ein abgespaltener Betriebsteil anschließend in einen anderen Betrieb eingegliedert wird und dabei untergeht.²¹² Das soll gleichermaßen bei Eingliederung des abgespaltenen Betriebsteils in einen anderen Betrieb desselben Arbeitgebers oder eines Betriebsteilerwerbers gelten.²¹³ Auch kann dieselbe Maßnahme nur Stilllegung oder Betriebsübergang sein.²¹⁴

Der unternehmensinternen Betriebsaufspaltung, gefolgt von zwei Teilbetriebsübergängen der beiden aus der Betriebsaufspaltung entstandenen Betriebe gilt die besondere Aufmerksamkeit.²¹⁵

cc) Zusammenhang von Handlungen des Veräußerers mit denen des Erwerbers bei § 613a BGB

Stehen nicht Beteiligungsrechte des Betriebsrats infrage, sondern geht es um die Anwendung des § 613a BGB, bestehen häufig Zusammenhänge zwischen Handlungen des Veräußerers mit solchen des Erwerbers in Vorbereitung und Durchführung des „Händewechsels“ bezüglich des Unternehmens.

Neben der Vertragsgestaltung der Veräußerung bzw. des Erwerbs des Unternehmens – etwa Kauf, Pacht und im Zusammenhang damit Geschäftsbesorgung, Betriebsüberlassungs- und Pachtvertrag usw., kommt es im „Zusammenhang“ mit dem Betriebsübergang häufiger zum Arbeitsplatzabbau. – Sei

210 DKW-Däubler, a.a.O., § 111, Rn. 184.

211 BAG vom 18.3.2008 – 1 ABR 77/06, NZA 2008, S. 957, Rn. 13f.

212 BAG vom 18.3.2008, ebd.; was „anschließend“ ist, was nicht mehr, wird nicht konkretisiert, kann aber dahingestellt bleiben, weil für ein Beteiligungsrecht des Betriebsrats bei Stilllegung (§ 111 S. 3 Nr. 1 BetrVG) zwar die Zahlenverhältnisse des § 17 Abs. 1 KSchG gegeben sein müssen – wenn auch nicht in dem gesetzlichen 30-Tages-Zeitraum; demgegenüber entfällt ein Beteiligungsrecht bei Betriebsspaltung (§ 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG) nur bei Unterschreiten einer „Bagatelgrenze“. Diese Unterscheidung verliert aber an Gewicht, weil bei einem Betriebsübergang als Betriebsspaltung nur die spaltungsbedingten Nachteile ausgleichsfähig sein sollen, „die nicht auf den tatsächlichen Änderungen im Betrieb, sondern auf dem mit einem Betriebsübergang verbundenen Schuldnerwechsel beruhen“, BAG, a.a.O., Rn. 18. Wann sie dies tun, bleibt unklar und wird nicht bestimmt.

213 BAG vom 18.3.2008, a.a.O., Rn. 13.

214 Vgl. Erster Abschnitt, E.II.1.

215 Besondere Probleme können mit Blick auf § 613a BGB beim gleichzeitigen Übergang mehrerer Betriebsteile auf verschiedene Erwerber entstehen, wenn der Arbeitnehmer bei jedem der übergangenden Betriebsteile beschäftigt ist: EuGH vom 26.3.2020 – C-344/18, ISS Facility Services, NZA 2020, S. 503.

es, dass schon der Veräußerer Arbeitsplätze abbaut, um den Erwerb attraktiver zu machen („die Braut hübsch machen“), sei es, dass der Erwerber dies post festum tut, auch um den Kauf zu finanzieren. Dabei ist das Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 BGB zu beachten. Stichworte sind in diesem Zusammenhang insbesondere die Kündigung „nach Veräußerer- oder Erwerberkonzept“ bzw. die „Veräußererkündigung auf Erwerberkonzept“²¹⁶ vor oder nach dem Übergang. Wird vor dem Betriebsübergang vom Veräußerer betriebsbedingt gekündigt, kann das „Konzept“ dafür gleichwohl vom Erwerber stammen.

Allgemeiner: Entweder können Umstrukturierungen die Voraussetzungen für derartige Rationalisierungen danach, durch den Erwerber, den neuen Arbeitgeber schaffen, oder sie haben bereits zuvor durch den bisherigen, den Veräußerer stattgefunden.

b) Unterschiedliche Auswirkungen verschiedener Formen von Umstrukturierungen auf die Arbeitsverhältnisse

Umstrukturierungen, auch die, auf die die folgende Darstellung sich vor allem bezieht, haben unterschiedliche Voraussetzungen und Folgen für die betroffenen Arbeitsverhältnisse und das dafür einschlägige Arbeitsrecht. Die jeweils relevanten Aspekte können die Maßnahme, den Ablauf und Inhalt der Umstrukturierung beeinflussen. Wie sonst folgen die Formen der Umstrukturierungen den mit ihnen verfolgten Zwecken? Diese Zwecke sind sehr vielfältig und nicht beschränkt auf die Arbeitsverhältnisse und deren Optimierung im unternehmerischen Interesse.

Soweit es aber darum geht, sollen Formen und Grundstrukturen von Umstrukturierungen an den bereits im Ersten Abschnitt unterschiedenen, verbreiteten Konstellationen erörtert werden: Umstrukturierung mit Wechsel des Betriebsinhabers durch Einzel- bzw. durch partielle Gesamtrechtsnachfolge, diese beiden gegenüber unternehmensinterner Umstrukturierung ohne Arbeitgeberwechsel sowie die besondere Konstellation – „umstrukturierender Privatisierung“ – was den Zusammenhang dieser beiden Maßnahmen andeuten soll.

Funktionsnachfolge und unternehmensinterne Betriebsaufspaltung führen nicht zum Wechsel des Betriebsinhabers. Sie können aber die Interessen der

216 Näher *Bachner u.a.*, a.a.O., § 6 Rn. 211ff.; *KR-Treiber*, a.a.O., § 613a BGB, Rn. 91ff.; BAG vom 20.9.2006 – 6 AZR 249/05, NZA 2007, S. 387, Rn. 13; BAG vom 20.3.2003 – 8 AZR 97/02, NZA 2003, S. 1027; *Annuß*, NZA 2003, S. 1247; *Willemsen u.a.*, a.a.O., Rn. 107ff. Es handelt sich dabei vor allem um ein Problem des § 613a Abs. 4 BGB; zur Darlegungslast im Kontext des § 613a Abs. 4 BGB vgl. auch *Caspers*, EuZA 2020, S. 236 (242f.); zur mit der Veräußererkündigung auf Erwerberkonzept verwandten Umstrukturierung durch den Veräußerer mit Sanierungskonzept vgl. *KR-Treiber*, a.a.O., Rn. 95; zur Kündigung nach Erwerber- bzw. Veräußererkonzept vgl. auch *Bauer u.a.*, Umstrukturierung, 3. Aufl. 2015, Teil 4 G, Rn. 51ff.

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf ähnliche Weise tangieren wie dieser. Die Neuvergabe eines Auftrages an ein Drittunternehmen als bloße Auftrags- oder Funktionsnachfolge führt u.U. zum Überhang an Arbeitsplätzen bei dem bisherigen Auftragnehmer, der diesen Auftrag verloren hat. Dieser Personalüberhang wird oft durch Personalabbau, etwa durch betriebsbedingte Kündigungen oder Massenentlassungen abgebaut. Für deren soziale Rechtfertigung ist es kaum relevant, ob die jeweiligen Arbeitsverhältnisse selbst von der Funktionsnachfolge betroffen sind.

Für die Interessen der von Umstrukturierungen betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gilt: Die rechtliche Identität und Person seines Arbeitgebers wie auch die konkreten Durchführungswege von Umstrukturierungen, die ihn betreffen, sind ihm meist weniger wichtig als Resultate der Umstrukturierung in Bezug auf die „Bonität“ seines Arbeitsverhältnisses,²¹⁷ d.h. Arbeitsbedingungen, Sicherheit des Arbeitsplatzes, Arbeitsverdienst, berufliche Entwicklungsperspektiven, Arbeitsschutz usw.

Jedenfalls kann der einzelne Arbeitnehmer, sieht er sich in seinen Rechten betroffen, die Fehlerhaftigkeit der Zuordnung bzw. des Übergangs oder umgekehrt des Nicht-Übergangs seines Arbeitsverhältnisses geltend machen. Gegen eine getroffene Zuordnungsentscheidung kann er sich darauf berufen, die Grenzen des Weisungsrechts seien überschritten, oder er kann, wenn die Zuordnung durch Änderungskündigung umgesetzt worden ist, Änderungskündigungsschutzklage erheben. Das gilt für alle Arten von Umstrukturierungen. Für die Geltung und Wirksamkeit des Arbeitsrechts als Schutzrecht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer relevante Unterschiede dieser drei hier näher erörterten Formen liegen in Folgendem:

aa) Gesamtrechts- versus Einzelrechtsnachfolge

Bei Verschmelzung und zum Teil auch bei Spaltung von Unternehmen tritt der Gesamtrechtsnachfolger zwar nicht in die Bindung an einen Verbandstarifvertrag ein, wohl aber an einen Firmentarifvertrag.²¹⁸ Beim Betriebsinhaberwechsel durch Einzelrechtsnachfolge ist dies ebenfalls anzunehmen, wenn das ganze Unternehmen übertragen wird.²¹⁹ Bei einem Teil-Betriebsübergang

217 Dies nennen *Willemsen u.a.*, a.a.O., G., Rn. 1 und 20 „Objektivierung des Arbeitsverhältnisses“. Der „Objektbezug“, die „Objektivierung, Quasi-Verdinglichung des Arbeitsverhältnisses“ solle stattdessen bedeuten, dass es dem Arbeitnehmer in der Regel nur um seinen Arbeitsplatz, nicht um die Person des Arbeitgebers gehe – so *Willemsen u.a.*, G, Rn. 1 und 20. Unklar bleibt, ob damit bloß irgendein Arbeitsplatz oder aber einer zu akzeptablen Arbeitsbedingungen gemeint ist.

218 Übersicht bei *Schaub-Treiber*, 18. Aufl. 2019, § 204 Rn. 33ff.; vgl. im Einzelnen auch *Däubler-Lorenz*, TVG, 4. Aufl. 2016, § 3 TVG, Rn. 146ff.; *Wiedemann-Oetker*, TVG, 8. Aufl. 2019, § 3 Rn. 207ff.; *Deinert u.a.*, Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2019, § 99.

219 *Wiedemann-Oetker*, a.a.O., § 2 Rn. 234.

durch Einzelrechtsnachfolge wird ein Firmentarifvertrag im Allgemeinen in das Arbeitsverhältnis transformiert (§ 613a Abs. 1 S. 2 BGB).

Die Spaltung oder Zusammenlegung bloß des Betriebs, also ohne Wechsel des Betriebsinhabers, hat, soweit sich aus dem Tarifvertrag, insbesondere aus seinem Geltungsbereich, nichts Abweichendes ergibt, keine Konsequenz für die Tarifgebundenheit.²²⁰

Der Umwandlungsvertrag ist dem zuständigen Betriebsrat zuzuleiten (§ 5 Abs. 1 Nr. 9 i.V.m. Abs. 3, § 126 Abs. 1 Nr. 11 i.V.m. Abs. 3, § 194 Abs. 1 Nr. 7 i.V.m. Abs. 2 UmwG).²²¹ Dies kommt kraft Gesetzes weder für den Pacht- oder Kaufvertrag oder eine andere Rechtsform mit Einzelrechtsnachfolge, geschweige denn für die unternehmensinterne Umstrukturierung des Betriebs in Betracht.

Nach § 323 Abs. 1 UmwG verschlechtert sich die kündigungsrechtliche Stellung eines von Unternehmensspaltung oder Teilübertragung betroffenen Arbeitnehmers für zwei Jahre nicht. So soll sich etwa der für ein Jahr nachwirkende Kündigungsschutz von betriebsverfassungsrechtlichen Funktionsträgern gemäß § 15 KSchG nach Unternehmensspaltung auf zwei Jahre verlängern.²²² Sinkt infolge einer Unternehmensspaltung die Zahl der regelmäßig Beschäftigten auf zehn oder darunter, gilt das KSchG gleichwohl für zwei Jahre weiter usw.²²³ Auch dies gilt weder für die Einzelrechtsnachfolge noch für die rein betriebliche Umstrukturierung.

In umwandlungsrechtlicher Hinsicht ist weiter zu beachten: Bei Aufspaltung und Verschmelzung erlischt die Ausgangsgesellschaft bzw. erlöschen die Ausgangsgesellschaften. Damit entfällt zwar der ursprüngliche Arbeitgeber. Jedoch bleibt gemäß der Rechtsgrundverweisung in § 324 UmwG auf § 613a BGB dessen Schutzkonzept weitgehend erhalten.

Bei der Betriebsspaltung nach § 134 UmwG liegt in der Regel eine Abspaltung vor, bei der die Ausgangsgesellschaft nicht erlischt.²²⁴ Wird die Betriebsspaltung dagegen als Aufspaltung durchgeführt soll der Ausgangsbetrieb erlöschen.

220 Vgl. hierzu im Einzelnen z.B. *Däubler-Lorenz*, a.a.O., Rn. 151.

221 Näher dazu *Willemsen u.a.*, a.a.O., C, Rn. 439ff.; *Mücl u.a.*, Arbeitsrecht in der Umstrukturierung, 4. Aufl. 2017, Kap. 4, Rn. 133ff.

222 Vgl. im Einzelnen *KR-Spilger*, a.a.O., §§ 322-324 UmwG, Rn. 48ff.; *Lutter-Joost*, a.a.O., § 323 UmwG, Rn. 12; *APS-Steffan*, a.a.O., § 323 UmwG, Rn. 2ff.

223 *APS-Steffan*, a.a.O., Rn. 9f.

224 Vgl. *Kallmeyer-Willemsen*, UmwG, 3. Aufl. 2006, § 134 UmwG, Rn. 4ff.; str., ob bei der Besitzgesellschaft auch eine Aufspaltung in Betracht kommt.

Werden zwei Betriebsteile, die das gesamte Unternehmen ausmachen, jeweils gemäß § 613a BGB durch Einzelrechtsnachfolge übertragen, erlischt das Ursprungsunternehmen nicht – anders bei Unternehmensaufspaltung aufgrund des UmwG. Es gelten die zwingenden Regeln zum Arbeitnehmerschutz beim Betriebsübergang gemäß § 613a BGB, ohne dass dies, wie durch § 324 UmwG, gesetzlich angeordnet werden musste. Damit geht bei einer solchen Einzelrechtsnachfolge auch ein Widerspruch gegen einen der Betriebsübergänge nicht ins Leere.

Soweit die Skizze einiger rechtlicher Unterschiede zwischen den beiden Grundformen des rechtsgeschäftlichen Betriebsinhaberwechsels.²²⁵

bb) Umstrukturierung mit versus Umstrukturierung ohne Wechsel des Betriebsinhabers

Für unternehmensinterne Umstrukturierungen gilt das Schutzkonzept des § 613a BGB zugunsten der von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht. Bei Verschmelzung und Aufspaltung von Unternehmen gemäß UmwG erlischt das Ausgangsunternehmen und damit der Arbeitgeber der davon betroffenen Beschäftigten. Nach Rechtsprechung des BAG soll bei einer unternehmensinternen Betriebsaufspaltung, also einer solchen ohne Arbeitgeberwechsel, der Betrieb ebenfalls erlöschen.²²⁶

III. Formen und Regelungen der Umstrukturierung

1. Grundsatz: Wahlfreiheit bezüglich des Ob, Wann und Wie der Umstrukturierung

Bestimmte, hier exemplarisch betrachtete Umstrukturierungsformen, sollen nun etwas näher betrachtet werden. Als rechtlicher Obersatz gilt für sämtliche Umstrukturierungen, dass sie privatautonom Entscheidung unterliegen und diese allein Sache des Unternehmens sei. Die Privatautonomie der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer soll dem, vorbehaltlich gesetzlicher oder vertraglicher Regelungen, nicht entgegengesetzt werden können, daran keinen Anteil haben.

²²⁵ Zu nicht rechtsgeschäftlich bewirkten Wechseln des Betriebsinhabers, vor allem solchen durch Gesetz vgl. unten Vierter Abschnitt. Sie kommen bei formellen Privatisierungen vor. Dazu stellt das BVerfG gelegentlich fest, es trete die öffentliche Hand „... in einer Doppelrolle auf, nämlich sowohl als (bisheriger) Arbeitgeber wie als Gesetzgeber, der sich selbst unmittelbar durch Gesetz aus der Arbeitgeberstellung löst und sich damit seinen arbeitsvertraglichen Pflichten entzieht.“ Vgl. BVerfGE 128, S. 157 (184).

²²⁶ Vgl. dazu näher Erster Abschnitt, E.III.

Der Unternehmer bzw. Arbeitgeber hat jedenfalls mit Bezug zum Arbeitsverhältnis, gegenüber den betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die Freiheit des Ob, Wann und Wie der Umstrukturierung, die Entscheidungsfreiheit zwischen Einzel- und Gesamtrechtsnachfolge, zwischen Umstrukturierung mit und ohne Inhaberwechsel. Es kann beliebige Teile des Unternehmens bzw. Betriebs umstrukturieren.

Bezeichnungen wie Kern- und Randbelegschaft haben keinen rechtlichen Gehalt. Das Unternehmen kann zu beliebigen Zeitpunkten, innerhalb beliebiger Zeiträume beliebig oft²²⁷ Kern- oder Randbereiche umstrukturieren. Wird durch Betriebsübergang umstrukturiert, sind dessen Rechtsfolgen allerdings – in Grenzen – zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht.²²⁸ Auch steuert sonstiges Gesetzesrecht (z.B. das UmwG) die Umstrukturierung. Die unternehmerische Freiheit kann auch durch kollektives Arbeitsrecht (Tarifverträge; Betriebsvereinbarungen; Vorhandensein von Betriebsräten) limitiert sein.

Im Einzelnen geht es hier vor allem um folgende Formen der Umstrukturierung:

2. Outsourcing

Umstrukturierung heißt oft Outsourcing, ein Kunstwort unklaren Inhalts, das diverse unternehmerische Maßnahmen und deren Resultate bezeichnet und unterschiedlich bestimmt. Hier wird es im weiten Sinne als Fremdvergabe bisher im eigenen Unternehmen erstellter Produkte oder Dienstleistungen an zweite Unternehmen verstanden.²²⁹ Oft findet beim Outsourcing ein Betriebsübergang statt bzw. es besteht aus einem oder mehreren Betriebsübergängen.

227 Zu „Kettenbetriebsübergängen“ vgl. auch BAG vom 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, S.1203; dazu auch *Grau/Fischer*, NZA 2019, S. 1469.

228 *ErfK/Preis*, 21. Aufl. 2021, § 613a Rn. 82f. mwN.; vgl. auch unten C.II. vor 1.

229 In diesem Sinne von *Hoyningen-Huene*, NZA 1994, S. 1009f. Outsourcing gilt allgemein auch als Übertragung eigener Arbeiten an Fremdfirmen; vgl. *Schaub*, NZA 1995, S. 1028; zum Outsourcing vgl. auch *Arens u.a.*, a.a.O., § 4. Übersicht bei *Hesse*, *Erzwungene Selbstständigkeit von Arbeitnehmern – Outsourcing*, 2001, S. 71ff.; bei *Hesse* auch Erklärung dieses synthetischen Kunstworts, dem das „Crowdsourcing“ nachgebildet ist. Zum IT-Outsourcing vgl. z.B. *Bräutigam* (Hrsg.), *IT-Outsourcing und Cloud-Computing*, 4. Aufl. 2019. Schon seit längerem ist auch „Resourcing“ oder „Insourcing“ als Rückgliederung ausgegliederter Arbeitsaufgaben in der Diskussion. Vgl. dazu u.a. *Bieder*, *EuZA* 2017, S. 67f.; *Forst*, *ZESAR* 2016, S. 192; *Raab*, *EuZA* 2019, S. 283 (285f.); *Geisler*, *Insourcing aus arbeitsrechtlicher Sicht*, 2011. In den Handbüchern zur Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen fehlt die Darstellung dieser Problematik weitgehend.

3. Rein unternehmensinterne Umstrukturierung; Betriebsspaltung

Diese praxisrelevante Form der Umstrukturierung ist gesetzlich kaum reguliert. Nicht anders als bei Umstrukturierungen mit Wechsel des Betriebsinhabers sollen für sie zwar die Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Betriebsänderungen nach §§ 111ff. BetrVG und die Regelungen zu seinem Übergangs- und Restmandat (§§ 21a und 21b BetrVG) gelten. Damit hat es bei unternehmensinternen Umstrukturierungen aber im Wesentlichen sein Bewenden, anders als bei Umstrukturierungen mit Betriebsinhaberwechsel. Bei unternehmensinternen Umstrukturierungen fehlen gesetzliche Anknüpfungspunkte für Arbeitnehmerschutzrecht weitgehend. Die dazu ergangene Rechtsprechung des BAG ist reines Richterrecht – mit teilweise weitreichenden, aber problematischen Konsequenzen für die Rechte der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.²³⁰

Marginale gesetzliche Regelungen dazu enthält nur das BetrVG auf Betriebs-ebene, unternehmensweit und – sogar unternehmensübergreifend – „im Zusammenhang“ der einen mit der anderen Form. Nach § 21a Abs. 3 BetrVG gelten die Regelungen zum Übergangsmandat des Betriebsrats auch, wenn die Spaltung oder Zusammenlegung von Betrieben und Betriebsteilen im Zusammenhang mit einer Betriebsveräußerung oder einer Umwandlung nach dem UmwG erfolgt.

Die wenigen gesetzlichen Regelungen beschränken sich auf die Organisation der Betriebsverfassung (§§ 4, 21a, 21b BetrVG) und auf einige Beteiligungsrechte des Betriebsrats (§§ 111ff., 106 BetrVG).

Keine der Regelungen des BetrVG, die an Umstrukturierungen anknüpfen – rechtliche Umstrukturierung (§ 112a Abs. 2 S. 2 BetrVG)²³¹, Betriebszusammenlegung (§ 21a Abs. 3 BetrVG), -zusammenfassung (§ 3 Abs. 1 Nr. 1b, § 21a Abs. 2 BetrVG), Eingliederung in einen Betrieb (§ 21a Abs. 1 S. 1 BetrVG), Zusammenschluss oder Spaltung von Unternehmen (§ 106 Abs. 3 Nr. 8 BetrVG) oder von Betrieben (§ 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG) wird vom Gesetz definiert.²³² Alle werden vorausgesetzt.

Diese unternehmensinternen Umstrukturierungen werden – so auch hier – Betriebsspaltung oder Betriebsaufspaltung genannt. Bei der Gelegenheit ist auf

²³⁰ Vgl. näher unter D.V.

²³¹ Der Begriff der rechtlichen Umstrukturierung findet sich auch in § 14 Abs. 2a TzBfG zur Zulässigkeit der Verlängerung sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge durch Tarifvertrag.

²³² Laut *Fischer*, RdA 2005, S. 39, meinen Zusammenfassung, Zusammenlegung und Zusammenschluss von Betrieben dasselbe.

Folgendes hinzuweisen: Bereits seit den 20er Jahren des letzten Jahrhunderts und unabhängig vom Arbeitsrecht existiert das bis heute gesetzlich nicht geregelte steuerrechtliche Institut der Betriebsaufspaltung mit diversen Unterkategorien.²³³ Die steuerliche Optimierung ist oft ein wesentlicher Grund für Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen. Steuerliche Aspekte werden hier gleichwohl nicht behandelt.²³⁴

Die Bestimmung der unternehmensinternen Umstrukturierung birgt, nicht zuletzt in Abgrenzung zum Teil-Betriebsübergang, Unklarheiten und Probleme.²³⁵

4. Privatisierung

Die Privatisierung öffentlicher Rechtsträger soll ebenfalls Umstrukturierung sein,²³⁶ steht oft mit ihr „im Zusammenhang“. Privatisierung ist präziser bestimmt als die soeben erwähnten Themen.

Sie ist Verlagerung von Aufgaben, die bisher durch öffentliche Aufgabenträger erfüllt worden sind, auf die Privatwirtschaft sowie der Wechsel einer Aufgabe aus dem öffentlich-rechtlichen Rechtsregime in private Handlungs- und Gestaltungsformen öffentlich-rechtlicher Aufgabenträger. Unterschieden wird zwischen Organisations- und Aufgabenprivatisierung bzw. – was dasselbe ist – formaler bzw. Organisationsprivatisierung und materieller Privatisierung. Wird diese ausschließlich nach der Rechtsform bestimmt, heißt materielle Privatisierung, dass der Staat sich vollständig aus einer Aufgabe zurückzieht und sie einem Privaten gänzlich überträgt.²³⁷

233 Vgl. dazu *Söffing/Micker*, Die Betriebsaufspaltung, 7. Aufl. 2019; *Carlé u.a.*, Die Betriebsaufspaltung, 2. Aufl. 2014, Zweiter Teil, S. 9; *Dehmer*, Betriebsaufspaltung, 4. Aufl. 2018; *Blank u.a.*, a.a.O., S. 45ff.

234 Zu steuerlichen Aspekten der Tätigkeit von Finanzinvestoren vgl. z.B. *Jarass/Obermair*, Steuerliche Aspekte von Private-Equity- und Hedge-Fonds, 2007; *Hölters* (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, 5. Aufl. 2002, Teil IV; *Kußmaul u.a.*, DB 2005, S. 2533; Ist im Folgenden die Rede von Betriebsaufspaltung, sind keine steuerlichen, sondern nur arbeitsrechtliche Aspekte angesprochen.

235 Vgl. dazu näher unten Zweiter Abschnitt, C.V.

236 *Willemsen u.a.*, a.a.O., B., Rn. 85ff.

237 *Blanke/Fedder* (Hrsg.), Privatisierung, 2. Aufl. 2010, Teil 1, Kap. A., Rn. 9ff.; Zweiter Abschnitt, Kap. B., Rn. 137ff.; *Osterloh*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 204; *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999; *Maunz/Dürig/Gröpl*, GG, 2017, Art. 90, Rn. 77ff., alle mwN.; demnach wäre etwa die LBK-Hamburg GmbH (s. dazu unten Vierter Abschnitt), an der die private Asklepios GmbH 74,9 Prozent Anteile hielt, und bei der die Stadt sich eine Sperrminorität von 25,1 Prozent sowie die Zustimmung ihrer Immobilien-Anstalt zu acht wichtigen Maßnahmen vorbehielt (Gesellschaftsvertrag, vgl. HmbGVBl. vom 11.1.2005, Nr. 1, S. 5, Anlage B1, § 8.5) formell, nicht materiell privatisiert. Denn der Staat hatte sich *nicht vollständig* aus der Aufgabe zurückgezogen. Dies gilt auch für die Privatisierung und Zusammenlegung der Universitätskliniken Gießen und Marburg. Das Land hatte hier 5 Prozent der Anteile behalten. In beiden Fällen behielt sich das Land außerdem die Zustimmung zu einigen besonders wichtigen Geschäften vor. Für die Grundrechtsbindung Privater, um die es hier geht, kommt es allerdings darauf nicht an, sondern auf Mehrheitsbesitz nach Anteilen (nicht: Stimmen), vgl. dazu näher unten Vierter Abschnitt.

Vor oder nach formeller oder materieller Privatisierung bzw. in deren „Zusammenhang“ kommt es, je nach Interessenlage oder aber landesgesetzlicher Bestimmungen bzw. unternehmerischer Maßnahmen, fast immer zu Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen – eher über kurz als über lang.²³⁸ Die Umstrukturierung im Kontext von Privatisierungen ist keine grundsätzlich andere als die außerhalb dieses Kontextes. Materielle Privatisierungen bestehen allerdings aus mindestens zwei Maßnahmen: formelle Privatisierung des Unternehmens und Übertragung der Gesellschaftsanteile an einen materiell Privaten.

Auch sahen Privatisierungsgesetze oder -regelungen zum Teil vergleichsweise komfortable Rückkehrrechte zu den Ursprungskörperschaften des öffentlichen Rechts vor²³⁹ oder Privatisierungen wurden durch zum Teil umfangreiche Personalüberleitungsverträge in Tarifverträgen, Dienstvereinbarungen oder aber durch echte oder unechte Verträge mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter zwischen den beteiligten Stellen und Unternehmen begleitet.²⁴⁰

Gegenmodelle zur Privatisierung – vor allem Verstaatlichung und Sozialisierung, auch „Insourcing“ statt Outsourcing – werden von dem unternehmensberatenden, arbeitsrechtlichen Schrifttum kaum erörtert.²⁴¹ Dies ist bemerkenswert, nachdem sich viele gesetzliche und außergesetzliche Privatisierungsmaßnahmen als kostspielige Fehlschläge erwiesen haben.

Dies sind die Formen der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen, auf die hier insbesondere Bezug genommen wird. Außer Betracht bleibt, was sich „Unternehmensorganisation des Arbeitgebers“ nennen ließe und z.B. beinhaltet:

238 Näher hierzu Vierter Abschnitt zur Umstrukturierung und Privatisierung der Hamburger städtischen Kliniken sowie zur Zusammenlegung und Privatisierung der Universitätskliniken Gießen und Marburg.

239 Vgl. z.B. die Regelungen zum Rückkehrrecht in § 15 Abs. 3 Berliner Betriebsgesetz i.d.F. vom 14.6.2006, GVBl. 2006, S. 827.

240 Vgl. z.B. den Fall der Umstrukturierung und Privatisierung der Hamburger städtischen Kliniken, Vierter Abschnitt, A. II.; vgl. auch den Sachverhalt des Urteils des BAG vom 30.8.2017 – 4 AZR 95/14, NZA 2018, S. 255; zu Personalüberleitungsverträgen vgl. auch *Blanke/Fedder*, a.a.O., Teil 6, Rn. 181ff. sowie – zu Personalgestellungsverträgen – a.a.O., Rn. 532ff.

241 Vgl. dazu aber EuGH vom 20.1.2011 – C-463/09, CLECE, NZA 2011, S. 148: Wenn eine Gemeinde, die ein privates Unternehmen mit der Reinigung ihrer Räumlichkeiten betraut hatte, diesen Vertrag auflöst, neues Personal einstellt und die Reinigung selbst durchführt, ist auch dies bloße Funktionsnachfolge, kein Betriebsübergang. Der EuGH behandelt jedenfalls insoweit das Insourcing nicht anders als das Outsourcing.

5. Unternehmensorganisation des Arbeitgebers

Gemeint sind hiermit Betriebsführungsverträge,²⁴² Personalführungs- oder Personalservicegesellschaften, die im öffentlichen Dienst Personalgestellung (§ 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG) betreiben;²⁴³ der Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen (vgl. z.B. § 1 Abs. 1 S. 2 BetrVG), der „gewillkürte“ Gemeinschaftsbetrieb²⁴⁴ mit den aus unternehmerischer Sicht bestehenden Vorteilen gegenüber Arbeitnehmerüberlassung; Gemeinschaftsunternehmen²⁴⁵; sonstige Formen der Personalgestellung.²⁴⁶

Diese einander zum Teil stark ähnelnden, jedoch feinsinnig unterschiedenen Formen der Organisation des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeber, mit oder ohne Einsatz von Drittpersonal,²⁴⁷ ggf. zur Vermeidung von Arbeitnehmerüberlassung, können ebenfalls Umstrukturierungen des Betriebs oder Unternehmens sein, wenn sie begründet, aufgelöst oder gegeneinander „getauscht“ werden.²⁴⁸

So kann die Herauslösung eines Betriebsteils aus einem Gemeinschaftsbetrieb durch eines der daran beteiligten Unternehmen Betriebspaltung gemäß § 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG sein, verbunden mit einem Teilbetriebsübergang, wenn der Betriebsteil von dem verbleibenden oder von einem neu eintretenden Unternehmen fortgeführt wird.²⁴⁹ Diese Formen der Organisation des oder der Arbeitgeber werden hier gleichwohl nicht näher betrachtet. Die Rechte, Pflichten und Interessen beider Parteien des Arbeitsverhältnisses lassen sich exemplarisch an den hier ausgewählten Formen der Umstrukturierung diskutieren.

242 Dazu *Rieble*, NZA 2010, S. 1145; *ders.*, NZA 2018, S. 1302; *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, § 292 Rn. 55ff.; BAG vom 26.8.1999 – 8 AZR 588/98 sowie – 598/98, BeckRS 1999, 30780253 – als Beispiel dafür, wie sich die Partei eines Rechtsstreits in nahe beieinander liegenden Begrifflichkeiten verschiedener Erscheinungsformen der Arbeitgeberstellung (Betriebsführung, Betriebsübergang, Gemeinschaftsbetrieb, Arbeitnehmerüberlassung bei vier beklagten Arbeitgebern) „verheddern“ kann. Der Kläger, in der Regel der Arbeitnehmer, trägt die – allerdings öfter abgestufte – Darlegungslast auch für die Organisation des oder der Arbeitgeber insoweit, als davon die von ihm begehrten Rechtsfolgen abhängen.

243 Vgl. im Einzelnen *Schüren/Hamann*, AÜG, 5. Aufl. 2018, § 1 Rn. 658ff., 689ff.; zur Personalgestellung vgl. z.B. BAG vom 21.2.2017 – 1 ABR 62/12, NZA 2017, S. 662, sowie vom 14.7.2010 – 10 AZR 84/09, juris.

244 Vgl. *Panzer-Heemeier/Schwipper*, DB 2018, S. 738; *Schweibert*, FS Willemsen., 2018, S. 499 (505f.).

245 *Schüren/Hamann*, a.a.O., § 1 Rn. 75ff., 628ff., das Gemeinschaftsunternehmen ist in der Regel Arbeitnehmerüberlassung, der Gemeinschaftsbetrieb nicht.

246 *Panzer-Heemeier/Schwipper* sowie *Schweibert*, beide a.a.O.; *Schönhöft/Lermen*, BB 2008, S. 2515 (2519f.); *Schmid/Topoglu*, ArbRAktuell 2014, S. 6.

247 Vgl. dazu z.B. die Übersicht von *Erfk/Wank*, 21. Aufl. 2021, § 1 AÜG, Rn. 8 bis 30 mwN.

248 Zur Auflösung des Gemeinschaftsbetriebs vgl. z.B. BAG vom 27.11.2003 – 2 AZR 48/03, NZA 2004, S. 477; vom 19.11.2003 – 7 AZR 11/03, NZA 2004, S. 435; Anmerkung *Berscheid*, jurisPR-ArbR 21/2004, Anmerkung 2 sowie *Oetker*, EWiR 2004, S. 729; vgl. auch *KR-Bader*, § 23 KSchG, Rn. 68f.; *Willemsen u.a.*, a.a.O., H, Rn. 143f.

249 BAG vom 19.11.2003 – 7 AZR 11/03, NZA 2004, S. 435, Rn. 15.

6. Umstrukturierungs-„Kaskaden“; Beispiel: leveraged buy out

Soeben ist die Freiheit erwähnt worden, das Unternehmen beliebig oft umzustrukturieren. In der Praxis ist eine erste Umstrukturierung öfter nur der Beginn von mehreren oder vielen, die sich anschließen. Ausgangspunkt ist, insbesondere bei Finanzinvestoren, häufig der Erwerb von Geschäftsanteilen an dem „Zielunternehmen“. Die Umstrukturierung nimmt also ihren Anfang auf der „Ebene der Gesellschafter“, die das Arbeitsrecht und den Betriebsrat „nichts angeht“.²⁵⁰ Der Anteilserwerb an der Zielgesellschaft ist in der Regel kreditfinanziert. Schließlich ist aus diesem „Handel mit Betrieben und Betriebsteilen“²⁵¹ der Kaufpreis fällig. In Anbetracht oft geringer Ausstattung mit Eigenkapital ist naheliegend, ihn aus einer nachfolgenden Umstrukturierung zu zahlen, nicht zuletzt aus den vermittels dieser gesenkten Arbeitskosten.

Folgende Zusammenhänge mehrerer Umstrukturierungen miteinander können z.B. beim kreditfinanzierten Firmenkauf, dem „leveraged buy out“, bestehen:²⁵² Den Kredit für den Kaufpreis eines Unternehmens im Zusammenhang mit § 613a BGB oder eines „share deals“, also dem Erwerb von Anteilen, nimmt oft eine arbeitnehmerlose Zweckgesellschaft, ein „special purpose vehicle“ (SPV), Tochtergesellschaft („Alpha“- , „Beta“- oder „Gamma-GmbH“) der eigentlichen Erwerberin auf. Gesichert wird das Darlehen z.B. durch Belastung des Vermögens einer Grundstücksgesellschaft oder Besitz-KG.

Die „Alpha-GmbH“, das SPV, das die Rückzahlung des Kredits schuldet, wird auf das zuvor erworbene oder aber auf eines der erwerbenden Unternehmen verschmolzen, das damit Inhaberin des Vermögens, also auch der Schulden dieser GmbH dem Kreditgeber gegenüber wird (§ 20 UmwG). Dies bedeutet, dass der Kaufpreis im Ergebnis von bzw. aus dem gerade erworbenen Unternehmen, ggf. also aus dem produktiven Unternehmen, das womöglich zahlreiche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt, zu zahlen ist. Dieses, bislang liquide mit vergleichsweise hoher Eigenkapitalquote und mit sicheren Arbeitsplätzen ausgestattet, ist dadurch unversehens hoch verschuldet, kann akut insolvenzgefährdet sein.

Diese neu und überraschend entstandene, oft prekäre wirtschaftliche Lage des Unternehmens, auf das das kreditnehmende Unternehmen verschmolzen wur-

250 *Willemsen u.a.*, a.a.O., B, Rn. 6.

251 Nach *Krause*, Festschrift Willemsen, 2018, S. 257 (267).

252 Vgl. zur Vorgehensweise von Finanzinvestoren z.B. *Schmidt/Spindler*, Finanzinvestoren aus ökonomischer und juristischer Perspektive, 2008; ebd., S. 203ff. zu arbeitsrechtlichen Aspekten von Umstrukturierungen für betroffene Arbeitnehmer; allgemein auch *Huffschmid u.a.* (Hrsg.), Finanzinvestoren: Retter oder Raubritter?, 2007; *Habersack u.a.* (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 4. Aufl. 2019, § 27; *Assmann/Schütze* (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 5. Aufl. 2020, §§ 21 sowie 27; *Jarass/Obermair*, a.a.O.; *Wolter*, AuR 2008, S. 352.

de, legt weitere Umstrukturierungen bzw. weitere Personalabbaumaßnahmen bei dem Zielunternehmen nahe, um die neue Schuldenlast wenigstens zu verringern – in einem Fall aus der Praxis von fast 4.000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer binnen etwas mehr als eines halben Jahres auf ca. 1500.

Dieser „Händewechsel“ hat folgende Effekte: Der Veräußerer erhält den Kaufpreis; der Erwerber bezahlt über die Zwischenetappe des SPV den Erwerb aus dem von ihm gerade Erworbenen. Die kreditierende Bank ist nach Eintragung der Verschmelzung Gläubigerin des Darlehensrückzahlungsanspruchs gegenüber dem Unternehmen, das den Unternehmens- oder Betriebsteil erworben hat.

Auch unabhängig von Interventionen von Finanzinvestoren wird, je nach Zweck, über die Jahre weiter umstrukturiert, nicht selten mehrfach im Geschäftsjahr – solange die „Politik der Profite ohne Investitionen“ Erfolg verheißt.

Wurde schon zu Beginn der 1980er Jahre konstatiert, es gebe keinen Großbetrieb (Konzern) mehr, der nicht schon seit vielen Jahren aufgespalten sei,²⁵³ sind mittlerweile auch fast alle mittleren und sogar kleinen Unternehmen und deren Betriebe gespalten, und dies meist mehrfach. Ein Ende ist nicht absehbar, auf allen „Ebenen“ wird weiterhin umstrukturiert – zosuzagen im infiniten Progress. Auch wird unter Anwendung neuer Methoden und in Verfolgung diverser Ziele umstrukturiert.²⁵⁴

B. Zwecke und Wirkungen von Umstrukturierungen für Rechte und Interessen des Unternehmens im Einzelnen²⁵⁵

I. Gründe der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen – Wettbewerb um Reduzierung der Personalkosten

Der wichtigste „Treiber“ der Umstrukturierung ist der Wettbewerb der Unternehmen, Wettbewerb v.a. um Reduzierung der Personalkosten. Auch durch Umstrukturierungen agieren bzw. reagieren Unternehmen damit u.a. auf Krisen und Marktentwicklungen.

253 Merson, Creditreform, Heft 7/8, 1982, S. 28, wiedergegeben bei Blank u.a., a.a.O., S. 32, Fn. 8.

254 Stichworte sind z.B. Digitalisierung, „crowdworking“, „agiles Arbeiten“, „Plattformökonomie“, schon seit längerem auch Matrixstrukturen. Diese und andere Neuheiten oder neue Begriffe werden hier nicht diskutiert. Es bleibt bei den seit langem erprobten und bekannten Praktiken der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen.

255 Zu allgemeinen Zwecksetzungen von Umstrukturierungen vgl. oben Erster Abschnitt, A.IV.

Der Zusammenhang ist seit langem bekannt: Umstrukturierungen sind komplexe Prozesse. Aufgrund der spezifischen, vielfältigen und rechtlich wie gestalterisch oft ungewissen und riskanten Anforderungen an die im Einzelfall jeweils „richtige“ Maßnahme, an den optimalen Weg im unternehmerischen Interesse, hat Unternehmensberatung dabei seit jeher einen hohen Stellenwert. Sie begleitet Unternehmen oft umfassend und idealerweise durch alle Phasen der Umstrukturierung. Für die optimale arbeitsrechtliche Lösung nutzt sie ihre Beratungserfahrungen, wendet sie auch ihre bereits erprobten Konzepte auf den konkreten „Fall“ an, entwickelt sie ggf. fort oder erprobt neue Lösungen. Auch verallgemeinert sie ihre Praxiserfahrungen und Konzepte im Schrifttum. Die Wettbewerber nutzen dann diese Erfahrungen für ihre besonderen Interessen. Aus der Verallgemeinerung der Praxis werden „best practice“ und „Industriestandards“.

Dadurch nivelliert sich bzw. entfällt über kurz oder lang ein vom Einzelunternehmen zunächst womöglich erlangter Vorteil bei den Personalkosten gegenüber den Wettbewerbern – durch Imitation. Die durchgeführten Umstrukturierungen und ihre Effekte auf Arbeitsplätze und Arbeitsbedingungen berührt dies nicht.

Im Ergebnis, nach jahre- oder jahrzehntelanger Praxis der Umstrukturierung sind so gut wie alle Branchen umstrukturiert, bis hin zu Klein- und Mittelbetrieben; davon die meisten im Laufe der Zeit vielfach, nicht selten mehrfach im selben Geschäftsjahr.

Daneben bewirken weitere Zwecke von Umstrukturierungen deren fortdauernde Attraktivität für Unternehmen. Dazu gehören die Bewältigung akuter oder drohender Krisen, etwa durch Haftungsbegrenzung, auch steuerliche Vorteile, vergabe- und kartellrechtliche Aspekte, konzernintern klarer definierte Finanz- und Warenströme, Transparenz der betrieblichen Wertschöpfungsprozesse, Rechtsgeschäfte anstelle von betriebsinternen Verrechnungen, „strategische Allianzen“, Anforderungen kreditierender Banken an eine Unternehmensstruktur, die auf diesem Weg ihre Kredite optimal absichern will.

Arbeitsrecht kommt – nicht anders als Steuer- und Gesellschaftsrecht – bei Durchführungswegen, bei näherer Zweckbestimmung einzelner Umstrukturierungen ins Spiel, in der Praxis meist mit hoher Priorität.

Nun sollen Zwecke und Wirkungen von Umstrukturierungen erörtert werden, gefolgt von arbeitsrechtlichen und arbeitsrechtsmethodischen Erwägungen mit Blick auf die Umstrukturierung (unter III.). Dabei geht es nicht um eine detaillierte Kommentierung diverser Systeme des Arbeitsrechts.

II. Taktische und strategische Aspekte

1. Zwecke von Umstrukturierungen im Arbeitsverhältnis: Verbilligung der Arbeitskraft; Abbau von Arbeitsplätzen

Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen „für sich“, also im hier vor allem zugrunde gelegten „engeren Verständnis“ (A.II.1.), haben Arbeitsplatzabbau, Stilllegungen, Massenentlassungen, erhöhte Produktivität und Intensität der Arbeit, Betriebseinschränkungen durch bloßen Personalabbau (§§ 111 S. 3 Nr. 1, 106 Abs. 3 Nr. 6 BetrVG) in der Regel nicht zum vorrangigen Ziel. Vor allem bezwecken sie einerseits die „Verbilligung“ der Arbeitsbedingungen bei Fortbestand der Arbeitsverhältnisse ohne Änderung etwa der Arbeits- und Betriebsorganisation (§ 111 S. 3 Nr. 4 und 5 BetrVG), auch ohne Betriebsverlegung in „Billig-Tarifgebiete“ (Osteuropa, neue Bundesländer, Indien, also „offshore“ usw.). Andererseits sind sie Voraussetzung für bzw. Folgen von derartigen Personalabbaustrategien.

Berücksichtigt man jedoch den in der Praxis oft bestehenden sachlichen und zeitlichen Zusammenhang zwischen Umstrukturierung und anderen Formen der Rationalisierung, insbesondere denen im Sinne des § 111 S. 3 Nr. 1 und 2 sowie Nr. 4 und 5 BetrVG (A.II.2.), liegen deren Zwecke oft zugleich oder sogar vorwiegend im Personalabbau bzw. in weiteren Rationalisierungen.

Auf beiden Wegen geht es oft um Schwächung oder Beseitigung des im Betrieb vorhandenen oder gar geltenden kollektivrechtlichen, sprich tariflichen und betriebsverfassungsrechtlichen „Hausguts“ der dort Beschäftigten. Im Einzelnen:

2. „Teile und herrsche“

a) Aufhebung unternehmerischer Herrschaft durch Teilung

Umstrukturierung von Unternehmen, z.B. durch Trennung des Vermögens des Unternehmens von seinen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und seiner Haftung, etwa bei Betriebsaufspaltung,²⁵⁶ heißt Teilung der unternehmerischen Herrschaft einerseits, ihre „Aufhebung“ durch diese Teilung andererseits. Sie bedeutet die durch die formale Teilung bewirkte materielle Erhaltung und Verstärkung einheitlicher unternehmerischer Macht,²⁵⁷ und zwar gerade durch die in den rechtlich verselbstständigten Unternehmen fortdauernde, einheitliche unternehmerische Willensbildung.

²⁵⁶ Blank u.a., a.a.O., S. 31ff.

²⁵⁷ Blank u.a., a.a.O., S. 33ff.

Die Einheit wird gestiftet über konzerninterne Leitungsmacht, personelle Verbindungen, Betriebsüberlassungs- und Pachtverträge, Unternehmensverträge, darunter solche nach §§ 291ff. AktG, „institutionalisierte Leitungsapparate“ beim Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen (vgl. § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG), Gemeinschaftsunternehmen, Betriebsführung usw.

b) Inhalt und Umfang konkreter Arbeit versus ihre formalrechtliche Zerteilung

Die zweckmäßige Ausführung der konkreten Arbeit kann – auch aufgrund von Umstrukturierungen – von ihrer rechtlichen Organisation in Unternehmen und Gesellschaften erheblich abweichen, je nach deren Grenzen. Zur effektiven Durchführung seiner Arbeit müssen die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oft über Wissen verfügen, das erst außerhalb der formalrechtlichen Grenzen des Unternehmens für dieses relevant wird, sie müssen es anwenden, unternehmensübergreifend kooperieren. Dies ist notwendig für das Gelingen des Arbeitsprozesses.

Aus diesem Wissen des Arbeitnehmers um die effektive Organisation der Prozesse der konkreten Arbeit und seine Betätigung unabhängig von ihrer formalrechtlichen Organisation entstehen Gewinne. Diese streicht der Arbeitgeber ein. Bezahlt werden Erwerb und Betätigung dieser Extra-Qualifikationen und -leistungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht. Jedoch ist eine solche unternehmensübergreifende Betätigung der Arbeitskraft grundsätzlich nicht geschuldet. Sie liegt jenseits der Erfüllung der Arbeitspflicht wie auch des Direktionsrechts des Arbeitgebers, die nur insoweit bestehen, als das Arbeitsverhältnis reicht. Aber ohne diese Arbeit des Arbeitnehmers jenseits seines Arbeitsverhältnisses könnten die Arbeitsprozesse nicht sinnvoll und effektiv organisiert werden. Daher erwartet der Arbeitgeber auch, dass sie auf diese Weise erbracht werden. Gilt sonst ein Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“, soll hier „Arbeit ohne Lohn“ zu leisten sein.

Je komplexer die Arbeitsprozesse und je „kleinteiliger“ ihre formalrechtliche Organisation durch Umstrukturierung, Auf- und Abspaltung, Betriebsübergänge, Teilbetriebsübergänge usw., desto relevanter werden diese gleichsam „externalisierten“ Arbeitsleistungen und Qualifikationen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und die daraus entstehenden gleichsam kostenlosen Gewinne des Arbeitgebers, also solche ohne Gegenleistung.

3. Auseinanderfallen der rechtlichen und der sozialen Macht in den Arbeitsbeziehungen

Ähnlich wie Konzernierungen bewirken Umstrukturierungen den Beschäftigten gegenüber ein Auseinanderfallen von ökonomischer und sozialer Machtstruktur des Unternehmens und seiner rechtlichen Verfassung. So liegt die ein-

heitliche Leitung bei der Konzernspitze, bei ihr versammelt sich in der Regel das ökonomische Machtzentrum des Unternehmens; wirtschaftliche und rechtliche Außenbeziehungen einschließlich der zu den Beschäftigten gehen jedoch, jedenfalls soweit es sich um das „Alltagsgeschäft“ des Unternehmens handelt, die Konzerntöchter ein. Strategische Entscheidungen fallen dagegen oft in „Boards“ oder Aktionärsausschüssen, oberhalb der Organe der Konzernobergesellschaft; nicht selten wird der Aufsichtsrat damit nicht oder nur pro forma befasst.

Sowohl das kollektive als auch das individuelle Arbeitsrecht setzen aber durchgängig an der rechtlichen Formalstruktur des Unternehmens, d.h. des Arbeitgebers oder aber der faktischen des Betriebs an. Fällt diese faktische bzw. Formalstruktur nicht mehr mit dem ökonomischen Machtzentrum des Unternehmens zusammen, droht das individuelle und kollektive Arbeitsrecht im Unternehmen und Betrieb seine Schutzfunktion zu reduzieren oder gar einzubüßen.²⁵⁸ Das „Machtzentrum“ Arbeitgeber droht dem Betriebsrat als demokratisch gewählten Repräsentanten der Belegschaft, als dessen „Widerlager“²⁵⁹ verloren zu gehen.

Praxisrelevante Erscheinungsform: Der Arbeitgeber als „geborener“ Gesprächs- und Verhandlungspartner des Betriebsrats kann nichts oder kaum etwas entscheiden. Derartige Konsequenzen für die Arbeitsbeziehungen im Betrieb und Unternehmen können sich mit den Spaltungen potenzieren.

4. Schwächung der betrieblichen Verbundenheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

Umstrukturierungen, die mit Arbeitgeberwechseln verbunden sind, vor allem Teilbetriebsübergänge, schwächen – neben dem „Zerfasern“ von Arbeitszeitsystemen in bis zu 150 unterschiedlichen Arbeitszeiten in kleinen und mittleren Unternehmen – meist erheblich und binnen kurzer Zeit die „betriebliche Verbundenheit“, vulgo: Solidarität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Auch wenn sich an der Kooperation der Belegschaft in ihren Arbeitsprozessen durch Umstrukturierung nichts ändert – ihre praktischen Wirkungen sind oft Entfremdung der nun „gespaltenen“ Belegschaften voneinander.

Ein Betriebsrat im gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen nach § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG ist im Ergebnis rechtlich nicht durchsetzbar und, besteht er, in der Praxis flüchtig. Kommt es zum Gemeinschaftsbetriebsrat, existiert er meist nur übergangsweise, etwa für die Dauer des Übergangsmandats oder die restliche Amtszeit des Betriebsrats im „Altbetrieb“. Im Streitfall sind

258 Blank u.a., a.a.O., S. 69ff.

259 Säcker, Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, 1978, S. 102, 109.

die Voraussetzungen, die die Rechtsprechung des BAG an das Bestehen eines Gemeinschaftsbetriebs geknüpft hat, so umfangreich und vielfältig, dass er kaum erfolgreich dargelegt werden bzw. sich in einem Beschlussverfahren auf Dauer behaupten kann. Der Arbeitgeber hat eine Fülle von Möglichkeiten, einen Gemeinschaftsbetrieb nicht erst entstehen zu lassen oder bei Bedarf aufzulösen – auch kurzfristig.

Die Kommunikation zwischen Belegschaft und Betriebsrat beschränkt sich mit einer Umstrukturierung fast stets auf die neu gezogenen Grenzen des Betriebs, im Fall der Differenzierung zwischen Kern- und Randbelegschaft also entweder auf diese oder auf jene. Nicht zuletzt bei Formen der Umstrukturierung, die auf eine Konkurrenz der nun rechtlich verselbstständigten früheren Betriebsteile in Unternehmen gegeneinander angelegt sind, wie die Spartenorganisation, sind solche Folgen für die Zusammengehörigkeit der Beschäftigten zu beobachten.

Auch Geltung und Wirksamkeit individueller Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind von der Anzahl der regelmäßig Beschäftigten abhängig – seien es Kündigungsschutz, Gleichbehandlung usw.

Praxiserfahrung besagt: Je kleiner der Betrieb, desto schwieriger die Chance der Beschäftigten zur solidarischen Willensbildung.

5. Strategie und Taktik der Umstrukturierung

a) „Salami-Taktik“

Umstrukturierungen haben oft die Spaltung von Betrieben bzw. Unternehmen und damit die Verkleinerung der Belegschaft zur Folge, selten ihre Vergrößerung durch Zusammenlegung. Dabei sind folgende Abläufe typisch:

So wie eine Umstrukturierung aus mehreren Schritten, auf mehreren „Ebenen“, i.E. der betrieblichen, der des Unternehmens und der Gesellschafterebene, bestehen kann und besteht, so folgt einer Umstrukturierung oft die nächste und übernächste, nicht selten im Laufe desselben Geschäftsjahres.²⁶⁰ Ob diese Maßnahmen im unternehmerischen Planungszusammenhang stehen, erschließt sich den Beschäftigten allenfalls ex post.

Dann kann u.U. noch ein Sozialplan zustande kommen, der Abfindungszahlungen, Einbeziehung von Transfergesellschaften u.Ä. enthält – durch Spruch der Einigungsstelle allerdings nur, wenn die Nachteile „spaltungsbedingt“

²⁶⁰ Vgl. auch oben Erster Abschnitt, E. II. 2.

sind.²⁶¹ Dies ist oft unklar und zweifelhaft. Die Rechtsprechung konkretisiert es nicht. Jedenfalls betrifft der Sozialplan die Maßnahme der Umstrukturierung selbst in der Regel nicht, sondern, naheliegend nach dem Wortlaut des § 112 Abs. 5 S. 2 Nr. 1 BetrVG, Milderung oder Ausgleich einiger aus ihr entstehender wirtschaftlicher Nachteile, insbesondere Einkommensminderungen.²⁶²

b) Kern- und Randbelegschaften

Die langjährige Praxis der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen zeigt, dass vor allem Maßnahmen, die mit Arbeitgeberwechseln verbunden sind, meistens Randbereiche des Unternehmens, damit Randbelegschaften in Bezug auf Anzahl der Beschäftigten, Qualifikationsniveaus, Tarifgebundenheit, Branchenbezug, Organisationsgrad, arbeitsvertragliche Situation (Vertretung im Betriebsrat und ähnliche Faktoren) betreffen. Die davon unmittelbar Betroffenen befinden sich oft in atypischen oder prekären Arbeitsverhältnissen, sind damit im Betrieb und Unternehmen nur wenig durchsetzungsstark. Als Randbelegschaften werden meist Reinigungsdienste, Bewachung, Fuhrpark, Kantine, innerbetrieblicher Transport und dergleichen bezeichnet. Sie sind typischerweise Gegenstand von Umstrukturierungsmaßnahmen.

Randbelegschaften werden von der Stammebelegschaft unternehmensrechtlich durch Einzel- oder partielle Gesamtrechtsnachfolge („Outsourcing“) getrennt. Je nachdem ist die Stammebelegschaft oder aber die Randbelegschaft von Betriebsübergängen auf andere Unternehmen betroffen. Sie können sich aufgrund ihrer eher marginalen Position im Betrieb dagegen meist nicht wehren; die „Kernbelegschaft“, die sich wehren könnte, ist nicht betroffen – eine wichtige faktische Voraussetzung für das Gelingen einer Umstrukturierung aus Sicht des Unternehmens.

Dementsprechend schwach sind Randbelegschaften oft im Betriebsrat vertreten. Generell liegt das Augenmerk des Betriebsrats in der Praxis oft eher auf der Stamm- als auf der Randbelegschaft. Der Ablauf eines befristeten Arbeitsverhältnisses ist kein Beteiligungstatbestand des Betriebsrats. Befristete Beschäftigte sind außerhalb des öffentlichen Dienstes meist in Randbereichen des Betriebs tätig.

Die Beendigung des Einsatzes von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern im Betrieb löst ebenfalls keine Beteiligungstatbestände des Betriebsrats

261 BAG vom 10.12.1996 – 1 ABR 32/96, NZA 1997, S. 898; *Fitting*, a.a.O., § 111 Rn. 87f.; zur Zulässigkeit der Errichtung einer Transfergesellschaft durch Spruch der Einigungsstelle vgl. *DKW-Däubler*, a.a.O., §§ 112, 112a Rn. 256; *Fitting*, a.a.O., § 112 Rn. 278f.

262 Zu üblichen Inhalten von Sozialplänen vgl. die Übersicht bei *Wenning-Morgenthaler*, Die Einigungsstelle, 7. Aufl. 2017, Rn. 1094ff.

des Entleiherbetriebs aus. Auch sind Leiharbeitnehmer und andere „Randgruppen“ im Betrieb „Krisenpuffer“: Personalüberhängen wird in der Praxis häufig, jedenfalls in einem ersten Schritt, durch Beendigung des Einsatzes von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmern begegnet. Dies erscheint auch als Teil von Interessenausgleichen.²⁶³

Was „Rand“, was „Kern“ ist, ist beliebig, unterliegt allein unternehmerischer Freiheit. Rechtlichen Inhalt haben diese Bezeichnungen nicht. Ein historischer Trend war und ist die „Kernschmelze“, d.h. die Ab- oder Aufspaltung immer weiterer eher randständiger Bereiche des Unternehmens. Eine Tendenz zum „Insourcing“ kann nur in Einzelfällen festgestellt werden, im gesellschaftlichen Maßstab jedoch nicht.

c) **Bestehende versus künftige Arbeitsverhältnisse**

Umstrukturierungen finden öfter nur auf künftig einzustellende Anwendung. Für bereits Beschäftigte ändert sich nichts. Ihnen ist diese unternehmerische Maßnahme zumeist gleichgültig. Sie „geht sie schlicht nichts an“.²⁶⁴

d) **Arbeitsverhältnisse in Parallel-, Sukzessiv- und sonstigen Ergänzungs- oder „Austausch“-Gesellschaften**

Auch um später, nach Einstellung „neuer“ Mitarbeiter, sich womöglich stellende Gleichbehandlungs- bzw. Gleichheitsprobleme und tariflichen Schutz abzuschwächen oder zu vermeiden, können die neu Eingestellten in einer nur für sie gebildeten bzw. erworbenen Gesellschaft eingestellt werden.

Die Altgesellschaft mit den bereits Beschäftigten ist verbands- und tarifgebunden, die „Neugesellschaft“ nicht. Je nachdem, wie schnell die Belegschaft „umschlägt“, geht diese Form der Vermeidung bzw. schrittweisen Beseitigung der Tarifgebundenheit langsamer oder schneller vorstatten.

aa) **Zwecke; Organisationsformen**

Bei dieser Vorgehensweise werden verschiedene Zwecke und Organisationsformen verfolgt. Beispielfhaft seien nur erwähnt:

Eine „Ersatzgesellschaft“ löst nahtlos das bisherige Unternehmen ab – zu für die beteiligten Arbeitgeber meist günstigeren Konditionen. Eine „Ersatzgesellschaft“ übernimmt das Geschäft von der bisherigen nahtlos, wie z.B. die Zei-

263 Zu weiteren Aspekten der Praxis von Betriebsräten im Verhältnis zu unterschiedlichen „Kohorten“ von Randbelegschaften vgl. z.B. *Däubler/Kittner*, Geschichte der Betriebsverfassung, 2020, § 38.

264 *Willemsen u.a.*, a.a.O., B., Rn. 6 im etwas anderen Kontext.

tungszustellgesellschaften (alt) „Z1“ und (neu) „Z2“.²⁶⁵ – Hier lag nach Auffassung des BAG aufgrund der Umstände des Falls kein Betriebsübergang vor, sondern eine Funktionsnachfolge. Bei der Gesellschaft, die bisher die Zeitungen zugestellt hatte (Z1), war ein Betriebsrat gewählt. Die neu errichtete Gesellschaft war dagegen „betriebsratsfrei“.

Ähnliche Zwecke wie mit Ersatzgesellschaften werden mit fortbestehenden Parallelgesellschaften verfolgt. In einem seit längerem bestehenden Unternehmen („Altunternehmen“) ist ein Betriebsrat gewählt; auch ist das Unternehmen tarifgebunden. Einem neu gegründeten oder erworbenen „Jungunternehmen“ werden Arbeitsprozesse zugewiesen, die bisher von Beschäftigten des „Altunternehmens“ wahrgenommen wurden.

Einstellungen nimmt nur das „Jungunternehmen“ vor; beim „Altunternehmen“ ausscheidende Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer werden dort nicht ersetzt. Oder aber neue Arbeitsfelder werden nur von dem „Jungunternehmen“ bzw. dessen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bearbeitet. Sonst hätten Beschäftigte des „Altunternehmens“ sie erledigt. Das Jungunternehmen ist nicht tarifgebunden; ein Betriebsrat wird dort jedenfalls zunächst nicht gewählt.

Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des „Jungunternehmens“ verdienen in der Regel weniger, um bis zu 50 Prozent weniger als die des „Altunternehmens“. Dafür arbeiten sie anstatt 35 oder 38 Stunden regelmäßiger wöchentlicher Arbeitszeit wie im Altunternehmen 40 Stunden pro Woche oder mehr. Selbstverständlich ist den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern des Jungunternehmens keine Betriebsrente versprochen.

Ein Betriebsübergang nach § 613a BGB auf das Jungunternehmen wird vermieden. Bestenfalls liegt eine Funktionsnachfolge auf dieses vor. Zum Hinweis von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern des Jungunternehmens auf ungleiche Arbeitsbedingungen bei gleichen Arbeiten bezieht sich die Arbeitgeberin darauf, der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gelte im selben Betrieb, bestenfalls im selben Unternehmen, nicht aber im Verhältnis zwischen mehreren Unternehmen wie vorliegend.

265 Urteil vom 19.3.2015 – 8 AZR 150/14, AP Nr. 461 zu § 613a BGB. Dass die Münchner Zeitungszustellgesellschaften Z1 und Z2 Töchter derselben Mutter der „Mehrmütter“ des Konzerns waren, war irrelevant: „Eine Auftragsneuvergabe und Funktionsnachfolge wird nicht dadurch zum Betriebsübergang, dass sie im Rahmen eines Unternehmensverbunds oder Konzerns erfolgt.“ – so ein weiterer der vom BAG gelegentlich in seine Rechtsprechung eingestreuten „Merksätze“, a.a.O., Rn. 31. Jedenfalls war bei Z2 kein Betriebsrat gewählt. Der Fall ähnelt dem Fall in der Magdeburger Verlagsdruckerei, nur dass es dort um die Logistik des Zeitungsbetriebes ging, hier um die Zeitungszustellung – beides „Randbereiche“ des jeweiligen Unternehmens; zum Fall bei der MVD vgl. Erster Abschnitt, E.II.

Oder beide Gesellschaften lassen die Betriebszwecke durch ihre jeweils Beschäftigten arbeitsteilig erfüllen. Sie arbeiten am selben Produkt, miteinander oder nacheinander, arbeitsteilig oder parallel, sind aber, ähnlich wie bei der Arbeitnehmerüberlassung, je einem anderen Arbeitgeber gegenüber mit sehr unterschiedlichen Arbeitsbedingungen arbeitsvertraglich verbunden. Dies kann auch durch die Aufspaltung der fachlichen und der disziplinarischen Arbeitgeberkompetenzen auf unterschiedliche, zumeist im Konzern verbundene Unternehmen in Matrix-Strukturen geschehen.²⁶⁶

Machen der Betriebsrat oder ein Arbeitnehmer klageweise einen Gemeinschaftsbetrieb zwischen Alt- und Jungunternehmen geltend, wird auch ungeachtet einer Personenidentität der Geschäftsführer der beiden Unternehmen darauf verwiesen, es handele sich lediglich um eine unternehmerische Zusammenarbeit. Es fehle am einheitlichen Leitungsapparat in den wesentlichen Funktionen eines Arbeitgebers in personellen und sozialen Angelegenheiten.²⁶⁷ Selbst wenn ein Gemeinschaftsbetrieb bestehe, gelte der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz nicht in diesem, sondern nur im Verhältnis zum selben Arbeitgeber.²⁶⁸

Neben „Parallelgesellschaften“ zum schrittweisen „Ausstieg“ aus der Tarifgebundenheit sind andere Formen der gesellschaftsrechtlichen Verselbstständigung und Kooperation verbreitet, wie z.B. die Besitz- und Produktionsgesellschaft.²⁶⁹ Diese hat für den Fall der Umwandlung nach dem UmwG eine spezialgesetzliche Regelung in § 134 UmwG mit einer über die Mithaftung nach § 613a Abs. 2 BGB hinausgehenden fünfjährigen Nachhaftung erfahren.

bb) Exkurs: Austauschündigung

Deswegen sei nur auf Fragen des Kündigungsschutzes bei arbeitsteiliger Erledigung von Arbeitsaufgaben durch outgesourcte Unternehmen verwiesen, hier auf den seltenen Fall der – erfolgreichen – Klage gegen die Austauschündigung:²⁷⁰ In der tarifgebundenen Rheumaklinik war die betriebsbedingt gekündigte Klägerin als Küchenhilfe beschäftigt. Nach einem Sanierungsplan sollten u.a. die Küche stillgelegt und deren Aufgaben auf eine neu gegründete Service-GmbH übertragen werden. An dieser waren die Rheumaklinik-GmbH zu 51 Prozent und ein selbstständiges Dienstleistungsunternehmen zu 49 Prozent beteiligt. Die

266 Vgl. hierzu die Übersicht bei *Schaub-Koch*, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 187.

267 *Schaub-Linck*, Arbeitsrechts-Handbuch, a.a.O., § 17, Rn. 5f.

268 BAG vom 12.12.2006 – 1 ABR 38/05, DB 2007, S. 1361, Rn. 23.

269 Diese hat neben Haftungsbegrenzung auch relevante steuerliche Aspekte; vgl. dazu z.B. *Debmer*, Betriebsaufspaltung, 4. Aufl. 2018; § 134 UmwG nennt diese beiden verbundenen Gesellschaften Anlage- und Betriebsgesellschaft.

270 BAG vom 26.9.2002 – 2 AZR 636/01, NZA 2003, S. 549 m. Anm. *Annuß*, a.a.O., S. 783. Der Sachverhalt ist im Wesentlichen von *Annuß* übernommen.

Service-GmbH war an die für die Arbeitgeberin günstigeren Tarifverträge des Gebäudereinigerhandwerks gebunden. Damit auf die von der Service-GmbH zu erbringenden Dienstleistungen keine Umsatzsteuer entrichtet werden müsste, wurde zwischen der Rheumaklinik-GmbH und der Service-GmbH eine umsatzsteuerliche Organschaft (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG)²⁷¹ begründet.

Sämtlichen in der Küche beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wurde betriebsbedingt gekündigt. Die Kündigung war sozial ungerechtfertigt. Es sei rechtsmissbräuchlich, so das BAG, wenn der Arbeitgeber zum Zwecke der Kostenreduzierung ein unternehmerisches Konzept umsetze, „das faktisch nicht zu Änderungen in den betrieblichen Abläufen, jedoch bei allen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern der betroffenen Abteilungen zum Verlust ihres Arbeitsplatzes führen sollte, obwohl nach wie vor ein Beschäftigungsbedarf bestand“.²⁷²

Die Rechtsprechung des BAG hat die arbeitsgerichtliche Überprüfung derartiger Organisationsmaßnahmen des Arbeitgebers später auf sehr eng gefasste Ausnahmefälle, im Wesentlichen die betriebsbedingte Kündigung und Übernahme der dadurch frei gewordenen Arbeitsplätze durch Leiharbeiterinnen und -arbeitnehmer, begrenzt.

6. Haftungsbegrenzung

Die Umstrukturierung des Unternehmens kann erhebliche negative Konsequenzen für die Durchsetzbarkeit von Arbeitnehmeransprüchen haben. Bei Kapitalgesellschaften und GmbH & Co. KG haftet das Unternehmen, der Arbeitgeber grundsätzlich nur mit seinem Gesellschaftsvermögen. Werden die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, etwa durch einen Betriebsübergang, vom Vermögen getrennt,²⁷³ haftet für ihre Ansprüche neben der zeitlich begrenzten Mithaftung des bisherigen Arbeitgebers gemäß § 613a Abs. 2 BGB für die Altschulden nur das Vermögen, das „mitgezogen“ oder beim neuen Unternehmen sonst wie vorhanden ist.

Eine Ausnahme wird nur für die Trennung in Besitz- und Betriebsgesellschaft bei Formen der Unternehmensspaltung nach § 134 UmwG angenommen, je-

271 Diese setzt die finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung der Organgesellschaft in das Unternehmen des Organträgers voraus. Umsatzsteuerlich gilt dies als ein Unternehmen. Zu einem Betriebs- und Unternehmensbegriff des Arbeitsrechts besagt dies nichts.

272 Kritisch dazu vor allem *Annuß*, a.a.O.; zu den unterschiedlichen Konstellationen der Fremdvergabe von Arbeiten, des Austauschs von Arbeitnehmern im Wege der betriebsbedingten Kündigung und Übernahme von Leiharbeitnehmern u.Ä. vgl. umfassend *APS-Kiel*, a.a.O., § 1 KSchG, Rn. 509ff.

273 So geschehen bei der Umstrukturierung und Privatisierung der städtischen Krankenhäuser Hamburgs, vgl. dazu näher Vierter Abschnitt, A.I. und II.

doch nicht, auch nicht entsprechend für die Einzelrechtsnachfolge.²⁷⁴ § 134 UmwG ist überdies nur für die Haftung der Besitzgesellschaft aus Sozialplänen und Nachteilsausgleichen anwendbar. Jedenfalls folgt für die Rechtsprechung des BAG aus § 134 UmwG vor allem für die Dotierung von Sozialplänen aber ein Berechnungs- bzw. Bemessungsdurchgriff auf das Vermögen der Besitzgesellschaft.²⁷⁵

Im Übrigen scheint das BAG, wohl ohne nähere Begründung, der geänderten Rechtsprechung des BGH (von der Haftung im qualifizierten faktischen Konzern zur bloßen „Existenzvernichtungshaftung“ gemäß § 826 BGB) gefolgt zu sein.²⁷⁶

Die Begrenzung der Haftung gegenüber Gläubigern einschließlich der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf das Vermögen der „armen“ Produktionsgesellschaft, während die Masse des Vermögens in der „reichen“, aber (fast) arbeitnehmerlosen Besitzgesellschaft versammelt ist,²⁷⁷ ist ein wesentliches Motiv für Umstrukturierungen. Dieser Entzug von Haftungs-„Substraten“ gelingt nur schwachen Gläubigern gegenüber (Arbeitnehmern; Vertragspartnern für Alltagsgeschäfte; Kunden), nicht jedoch „starken“ wie Banken. Diese machen für ihr finanzielles Engagement die bevorzugte Besicherung ihrer Kredite durch Grundpfandrechte in der nicht produzierenden, folglich nicht haftenden, nur besitzenden Holding, Besitz-KG usw. zur Voraussetzung.²⁷⁸

Relevant wird dies insbesondere in der Unternehmenskrise und -insolvenz. Die Unternehmensteile, von denen sich das Unternehmen möglichst günstig trennen will, etwa durch Veräußerung, Insolvenz, Stilllegung, werden zuvor rechtlich verselbstständigt und alsdann dementsprechend behandelt. Im Insolvenzfall kann, soweit kein Anfechtungstatbestand vorliegt, auch die „lukrative Insolvenz“ gelingen.²⁷⁹

274 Vgl. dazu *Däubler*, RdA 1995, S. 146; *DKW-Däubler*, 17. Aufl. 2020, § 111 Rn. 97ff.; a.A. *Erfk/Oetker*, 20. Aufl. 2020, § 134 UmwG, Rn. 2f.; vgl. dazu noch unten C.II.7.

275 BAG vom 15.3.2011 – 1 ABR 97/09, NZA 2011, S. 1112, Rn. 28ff. Zu den in Betracht kommenden Ansprüchen vgl. auch *Abrendt*, RdA 2012, S. 340 mwN.

276 Dies ergibt sich aus den Ausführungen von *Schlewing*, RdA 2010, S. 364 (367f.); vgl. in dem Sinne auch *Fitting*, a.a.O., § 112 Rn. 257ff., sowie BAG – 1 ABR 97/09, NZA 2011, S. 1112 (1115), Rn. 35ff.

277 Ein Beispiel wird anhand der Umstrukturierung und Privatisierung der Hamburger städtischen Krankenhäuser erörtert, Vierter Abschnitt, A.I. und II.

278 *Blank u.a.*, a.a.O., S. 65.

279 Gemeint ist damit nicht der Versuch der Umgehung (nicht: Vermeidung!) des § 613a BGB durch den Verwalter oder den Erwerber; vgl. dazu z.B. *Bichlmeier/Wroblewski*, Das Insolvenzhandbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2010, Zweiter Abschnitt, E.6., S. 264ff.

Jedenfalls ist Haftungsbegrenzung oft entscheidender Aspekt für die Auswahl der optimalen „Transaktionsstruktur“, auch für die „due diligence“ im Allgemeinen, die arbeitsrechtliche „due diligence“ im Besonderen.²⁸⁰

7. Kleine und große Fluchten

a) Flucht aus kollektivem Arbeitsrecht

Auswirkungen auf die Arbeitsbeziehungen, oft genug auch Zwecke von Umstrukturierungen, sind Schwächung, Spaltung oder gar Beseitigung „nicht mehr passender“ betriebsverfassungsrechtlicher Strukturen, d.h. von Betriebsräten,²⁸¹ unmittelbar und zwingend geltenden Normen (§ 77 Abs. 4 BetrVG) und Betriebsratsrechten. Dabei führen Umstrukturierungen von Betrieben meist zu ihrer Verkleinerung, sprich zur Verringerung der Zahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Das BetrVG knüpft die Größe des Betriebsrats, Beteiligungs- und Selbstorganisationsrechte des Betriebsrats, Freistellungen von Betriebsrats-Mitgliedern usw. an „Schwellenwerte“, d.h. die Zahl der regelmäßig Beschäftigten des Betriebs bzw. Unternehmens. Grosso modo gilt: Je größer der Betrieb, desto mehr Rechte hat der Betriebsrat. Die Anzahl der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ändert sich mit der Umstrukturierung, wenn sie das betriebliche Substrat, d.h. das Unternehmen und damit in der Regel den Betrieb verkleinert.

Ein „kritischer“ Schwellenwert sind mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer: So hat der Betriebsrat z.B. Beteiligungsrechte bei personellen Einzelmaßnahmen nach §§ 99ff. BetrVG und bei Betriebsänderungen gemäß §§ 111ff. BetrVG nur in Unternehmen²⁸² mit mehr als 20 „in der Regel“ wahlberechtigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern.²⁸³

Wie die Umstrukturierung der Betriebs- und Unternehmensorganisation in der Praxis genutzt wird, um Beteiligungsrechte des Betriebsrats zu schwächen oder zu beseitigen, ergibt sich immer wieder aus der Rechtsprechung des

280 *Willemsen u.a.*, a.a.O., K, Rn. 35ff.; fast wortgleich bei *Seibt* (Hrsg), Beck'sches Formularbuch Mergers and Acquisitions, 2. Aufl. 2011.

281 Typischer Fall scheint der Beschluss des BAG vom 31.5.2000 – 7 ABR 78/98, NZA 2000, S. 1350 zu sein; vgl. dazu Erster Abschnitt, A.II.1.c). Der Fall zeigt auch, wie auf einfache Weise ein Betriebsrat, der den Vorstellungen des Arbeitgebers nicht entspricht, ausgehebelt werden kann. Zu aggressiveren Methoden, wie dem „Betriebsrats-Bashing“, vgl. *Däubler/Kittner*, Geschichte der Betriebsverfassung, 2020, § 36.

282 Zum Begriff des Unternehmens in § 99 BetrVG vgl. *GK-Raab*, 11. Aufl. 2018, § 99 Rn. 6ff.

283 Zur komplexen Problematik des Arbeitnehmerbegriffs bei § 99 BetrVG vgl. *Fitting*, BetrVG, 30. Aufl. 2020, § 99 Rn. 33ff.; § 5 Rn. 23ff.

BAG.²⁸⁴ Auch in dem Fall, der hier beispielhaft in Bezug genommen wird, haben sich die konkreten betrieblichen Arbeitsprozesse nicht geändert. Es fand ebenfalls „alles auf dem Papier“ statt.²⁸⁵ Die Umstrukturierung hat womöglich den bisherigen Betriebsrat im Gemeinschaftsbetrieb beseitigt – scheint jedenfalls diesem Zweck gedient zu haben:

„Nachdem für den (...) Spritzguss weder mit der zuständigen Gewerkschaft noch mit dem Betriebsrat eine Einigung über die Einführung von Samstagsarbeit und eine Änderung der Arbeitszeit erzielt werden konnte, gründete das Unternehmen die Tochter X. Zum Geschäftsführer wurde der bisherige Kostenverantwortliche K bestellt. Dem neu gegründeten Unternehmen wurde (...) der Spritzguss im Wege eines Betriebsteilübergangs übertragen. Betroffen davon waren 37 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (...). Sie arbeiteten wie zuvor in der bisherigen Produktionshalle und an denselben Maschinen für Aufträge des zu 4) beteiligten Unternehmens.“²⁸⁶

Flucht aus dem kollektiven Arbeitsrecht geschieht auch durch Tarifflicht. Der Betriebs- oder Teilbetriebsübergang auf ein nicht oder anders tarifgebundenes Unternehmen gemäß § 613a Abs. 1 BGB kann bisher bestehende kongruente Tarifgebundenheit beseitigen – ein in der Praxis weit verbreitetes Vorgehen. Tritt an die Stelle der bisherigen eine andere kongruente Tarifgebundenheit – ein seltener Fall –, liegen die neuen tariflichen Leistungen in der Regel erheblich unter den bisherigen.²⁸⁷

b) Flucht in eine „freundlicher gesinnte Jurisdiktion“ (Pistor)

Die grenzüberschreitende Umstrukturierung, etwa mit Verlegung eines grenznahen Betriebs oder Unternehmens bzw. Betriebs- oder Unternehmensteils im Zusammenhang mit einer Umstrukturierung ist nicht Gegenstand dieser Arbeit. Sie wird Belegschaften gegenüber öfter in Aussicht gestellt, um dadurch zu Verhandlungen über „betriebliche Bündnisse für Arbeit“ mit von den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern erwarteten Verzichtleistungen zu motivieren. Oft werden derartige Umstrukturierungen auch durchgeführt, wenn die Allokation der Produktionsfaktoren dies zulässt und soweit dies nach den betrieblichen Verhältnissen relevant und gewinnversprechend ist. Für die Zwecke dieser Arbeit reicht zu dieser Thematik folgender allgemeiner Bezug:

284 Als ein Beispiel für zahllose weitere Fälle gilt hier der, der dem Beschluss des BAG vom 31.5.2000 – 7 ABR 78/98, NZA 2000, S. 1350 zugrunde lag.

285 *Kloppenburg*, a.a.O.

286 BAG vom 31.5.2000, a.a.O., Rn. 4.

287 BAG vom 21.2.2001 – 4 AZR 18/00, NZA 2001, S. 1318; vgl. auch unten Zweiter Abschnitt, B.III.1.

„Wenn bestimmte finanzielle Vermögenswerte in einem Land auf regulatorische Hürden stoßen, dann kann der Intermediär (...) in eine freundlicher gesinnte Jurisdiktion verlegt werden; gleiches gilt für Steuerschulden und für Umwelt- oder Arbeitsschutzgesetze.“²⁸⁸

8. Komplexität des Umstrukturierungsprozesses versus punktuelle Geltung des Arbeitsrechts

Umstrukturierungen wie Privatisierungen laufen, wie erwähnt, oft in mehreren, sachlich und zeitlich koordinierten und miteinander verzahnten Schritten ab.

Die Trennung der Gesellschafter„ebene“ in dieser Diktion von der arbeitsrechtlichen und die Auffassung von der arbeitsrechtlichen Irrelevanz gesellschaftsrechtlicher Vorgänge (Erster Abschnitt B.I.2.) haben zentrale rechtliche und strategische Bedeutung für den Ablauf von Umstrukturierungen. So wird z.B. empfohlen, im ersten Schritt einen Betriebsübergang nach § 613a BGB („asset deal“) durchzuführen und im zweiten einen Gesellschafterwechsel („Share deal“), also auf zwei „Ebenen“ zu agieren. Der Betriebsübergang finde dabei auf eine konzerneigene Gesellschaft statt oder auf eine, die zunächst in Anteilsmehrheit einer Körperschaft öffentlichen Rechts verbleibt. Das neue Unternehmen ist nach wie vor, etwa über an ihm bestehende Gesellschaftsanteile, dem „Ursprungsunternehmen“ zugehörig. Waren die Arbeitsplätze und Arbeitsbedingungen bislang nicht gefährdet, werden sie es nun auch nicht sein, soweit die Prämisse vieler Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in derartigen Situationen. Die Änderungen sind bloß formaler Art. Deswegen steht auch ein Widerspruch gegen den Betriebsübergang nach § 613a Abs. 6 BGB nicht zu erwarten.

Der anschließende Gesellschafterwechsel führt den Betrieb dann aber in eine andere Unternehmenskultur und über kurz oder lang zu anderen Arbeitsbedingungen. Dieser Gesellschafterwechsel ist kein Betriebsübergang, ein Widerspruchsrecht besteht nicht. – Soweit eins der typischen, verbreiteten Szenarien der Schrittfolge, auch der mit Privatisierung verbundenen Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen.

²⁸⁸ Pistor, Der Code des Kapitals, 2020, S. 254, 345.

Gehen „Vorgänge rein auf der Gesellschafterebene“ das Arbeitsrecht und damit auch die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer „nichts an“ (Erster Abschnitt B.I.2.), so das forsche Credo, ist dessen Gegenstand auch nicht die gesamte, u.U. aus mehreren koordinierten Schritten, auf mehreren „Ebenen“ und schneller oder langsamer ablaufende Transaktion der Umstrukturierung. Arbeitsrecht bleibt grundsätzlich innerhalb der Grenzen des Betriebs und des Unternehmens und blickt nur auf die jeweils einzelne, Rechten oder Pflichten auslösende Maßnahme eines Transformationsprozesses, nicht auf diesen als Gesamtprozess.²⁸⁹

In frühen Stadien dieses Gesamtprozesses können, insbesondere durch Zuordnung von Beschäftigten oder Beschäftigtengruppen zu wirtschaftlichen Einheiten (unten Zweiter Abschnitt, C.IV.), aber bereits die Würfel für eine Umstrukturierung, etwa einen Betriebsübergang fallen, der noch in weiter Zukunft liegt oder zu liegen scheint. Eine Gruppe von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnisse aus welchen Gründen auch immer übergehen oder aber gerade nicht übergehen sollen, wird einer wirtschaftlichen Einheit zugeordnet, die den Kriterien der Rechtsprechung des BAG und des EuGH entspricht. Weder der Arbeitnehmer, der auf diese Weise zugeordnet ist, noch der, der ihr nicht zugeordnet ist, hat Grund oder Anlass, geschweige denn ein Recht, dies infrage zu stellen.

Geht die wirtschaftliche Einheit mit den ihr zugeordneten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern u.U. sehr viel später auf einen anderen Betriebsinhaber im Wege des Teilbetriebsübergangs über, sind alle Würfel längst vorher gefallen. Der Widerspruch gegen den Betriebsinhaberwechsel nach § 613a Abs. 6 BGB nützt häufig nichts und kommt mit Blick auf den Gesamtprozess der Umstrukturierung des Unternehmens ohnehin viel zu spät. Mehr als dies soll Arbeitsrecht nicht hergeben.²⁹⁰

Dieses Bild wäre einseitig, würde nicht berücksichtigt, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ihre Interessen informell im Betrieb wie in der Öffentlichkeit und ihre Rechte in zahlreichen Kollektivverträgen, vor allem in Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen zu einzelnen oder generellen Aspekten von Umstrukturierungen geltend gemacht haben und geltend machen.²⁹¹

289 Mehrere Unternehmen können insbesondere beim Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen einen Betrieb betreiben. Formen gespaltener Arbeitgeberstellung, wie etwa die Arbeitnehmerüberlassung, erfordern ebenfalls die Koordination mehrerer Unternehmen für Arbeiten im selben Betrieb.

290 Anders aber Vierter Abschnitt, A.III.4.

291 Vgl. dazu auch Fünfter Abschnitt, B.

9. Allgemeines: Gewinnsicherung und -erhöhung

Aus Sicht des anglo-amerikanischen Rechtskreises haben Umstrukturierungen, jenseits von Rationalisierungsinteressen zur Senkung von Arbeitskosten, folgenden allgemeinen Sinn:

„... die Vermögenswerte und Transaktionen eines wirtschaftlich integrierten Unternehmens so zu zerstückeln, dass (...) auf diese Weise finanzielle Erträge (maximiert werden; Gesellschaftsrecht) ist nicht mehr in erster Linie ein rechtliches Vehikel zur Produktion von Waren oder zur Erbringung von Dienstleistungen, sondern hat sich in eine virtuelle Kapitalprägestalt verwandelt. (Die Kapitalgesellschaft als Unternehmensform kann) auch in ein kapitalerzeugendes Verfahren verwandelt werden (...), indem ihre Fähigkeit ausgenutzt wird, Vermögenswerte zu segmentieren und hinter einer Kette von Unternehmensschleiern abzuschirmen, um Zugang zu einer kostengünstigen Fremdfinanzierung zu erhalten und zu steuerlichen und regulatorischen Arbitragemöglichkeiten beizutragen. Es ist nicht immer einfach, die Nutzung des Gesellschaftsrechts zur Organisation eines Unternehmens von seiner kapitalerzeugenden Funktion zu trennen, und häufig geht die eine Funktion in die andere über; aber wenn man die Macht des Gesellschaftsrechts als eine Erzeugungsstätte des Kapitals ignoriert, dann besteht die Gefahr, dass in unserem Zeitalter der Shareholder-Value-Maximierung eine der bedeutendsten Quellen für privaten Reichtum aus dem Blick gerät.“²⁹²

III. Aspekte des Arbeitsrechtssystems

Umstrukturierungen sind oft durch steuerliche und haftungsrechtliche Gründe getrieben. Im Folgenden geht es dagegen um arbeitsrechtliche Aspekte:

1. Tarifverträge

Tarifgebunden ist gemäß § 3 Abs. 1 TVG der Arbeitgeber. Dies soll weder der Betrieb noch der Konzern sein,²⁹³ sondern das Unternehmen. Firmentarifverträge werden überwiegend als Tarifverträge des einzelnen Unternehmens geschlossen, auch als firmenbezogene Verbandstarifverträge.²⁹⁴ Umstrukturierungen und Konzernierungen von Unternehmen können erhebliche Folgewir-

292 Pistor, Der Code des Kapitals, 2020, S. 85ff.

293 Der Konzern soll grundsätzlich nicht tariffähig sein, so z.B. BAG vom 17.10.2007 – 4 AZR 1005/06, NZA 2008, S. 713; a.A. Däubler-Peter, TVG, 4. Aufl. 2016, § 2 Rn. 109ff.; vgl. auch Däubler-Lorenz, TVG, a.a.O., § 3 Rn. 29f.; s. auch Wiedemann-Oetker, TVG, 8. Aufl. 2019, § 3 Rn. 126ff.

294 Dazu näher Däubler-Nebe, TVG, a.a.O., § 1 Rn. 70ff., sowie Wiedemann-Oetker, a.a.O., § 2 Rn. 221ff.

kungen für die Tarifgebundenheit auf Arbeitgeberseite und damit für die Geltung von Tarifverträgen haben.

An die Stelle der bislang bestehenden Gebundenheit des Unternehmens mit allen Abteilungen und Nebenbetrieben an ein aufeinander abgestimmtes System bisher einschlägiger Branchentarifverträge gilt nach Umstrukturierung durch Entstehen mehrerer neuer Unternehmen: Statt der bisher unternehmenseinheitlichen Gebundenheit an das System der Branchentarife müssten nach der Spaltung in mehrere Unternehmen zwecks Erhalt bzw. Wiederherstellung von Tarifgebundenheit mit vergleichbarem Tarifniveau, seien es einheitliche, seien es unterschiedliche Firmentarifverträge, geschlossen werden.

Die arbeitsvertragliche Geltung von Tarifverträgen durch Bezugnahmeklauseln oder aber durch „Anlehnung“ an Tarifverträge bzw. an einzelne ihrer – branchenbezogenen oder auch branchenfremden – Bestandteile, die de-facto-Gewährung tariflicher Leistungen usw. haben nicht dasselbe Schutzniveau wie die unmittelbare und zwingende Wirkung von Tarifnormen.²⁹⁵ Solche Leistungen können u.U. ohne Vertragsanpassung gestrichen, entsprechende Klauseln können einvernehmlich oder durch Änderungskündigung modifiziert oder beseitigt werden. Die einjährige Schutzfrist vor nachteiligen Änderungen gilt nur für normativ geltende Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen (§ 613a Abs. 1 S. 2 BGB), nicht für arbeitsvertragliche Inhalte, ebenso wenig für Regelungsabreden. Die Transformation der unmittelbaren und zwingenden Geltung der Tarife gemäß § 613a Abs. 1 S. 2 BGB in das Arbeitsverhältnis²⁹⁶ erscheint als „gebremster Sozialabbau“.²⁹⁷

Tritt für die von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ein neues Tarifvertragssystem nach § 613a Abs. 1 S. 3 BGB („Ablöseprinzip“) an die Stelle des alten, ohne Intervention kleiner dynamischer Bezugnahmeklauseln im Arbeitsvertrag, hat es fast stets ein niedrigeres Leistungsniveau als das bisher geltende. („Umstrukturierungen mit der Absicht einer Gewinnerzielung durch Verschlechterung von Arbeitsbedingungen“; u.U. sogar „... in strategischer Vermeidung von für einen Übergang i.S. der BÜ-RL

295 Immerhin könne ein konzernerheitlich geltender TV „ohne Schwierigkeiten herbeigeführt werden“ – so *Löwisch-Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 2 Rn. 486ff. Es bedarf dazu nicht mehr als der Unterschriften sämtlicher Tarifvertragsparteien.

296 Dass der Tarifvertrag gemäß § 613a BGB Abs. 1 S. 2 BGB nicht in den *Arbeitsvertrag*, sondern in das *Arbeitsverhältnis* transformiert wird, betont das BAG vom 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, S. 1203, Rn. 47.

297 *Däubler*, AuR 1987, S. 349 – allerdings zu einem anderen Kontext, der Entscheidung des Großen Senats des BAG zur „verbösernden Betriebsvereinbarung.“

sprechenden Umständen“).²⁹⁸ Die Rechtsprechung des BAG nimmt die unmittelbare und zwingende Geltung des übergegangenen Tarifsystems gemäß § 613a Abs. 1 S. 3 BGB anstelle der Transformation der Tarifnormen in das Arbeitsverhältnis nach Abs. 1 S. 2 BGB an. Für das Günstigkeitsprinzip sei kein Raum.²⁹⁹

Jedenfalls muss für die unmittelbare und zwingende Geltung des beim neuen Arbeitgeber einschlägigen Tarifwerks gemäß § 4 Abs. 1 TVG kongruente Tarifgebundenheit bestehen.³⁰⁰ Dies kann auch eine Schutzwirkung zugunsten der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer schaffen. Denn meist geschieht der Betriebsübergang in einem und auf einen Randbereich, dessen tarifliche Arbeitsbedingungen, würden sie unmittelbar und zwingend gelten, fast stets schlechter wären als im Ausgangsunternehmen (Beispiel: von der Druckindustrie auf Branchen des Transportgewerbes³⁰¹ für den innerbetrieblichen Transport in einer Kölner Tiefdruckerei oder aber des Gaststättengewerbes beim Outsourcen der Kantine).

Bei Kollision zwischen gemäß § 613a Abs. 1 S. 1 BGB übergegangenen Arbeitsbedingungen mit nach Abs. 1 S. 2 ins Arbeitsverhältnis transformierten tariflichen gilt das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG.³⁰² Dasselbe nimmt das BAG für die Konkurrenz zwischen dem Arbeitsvertrag und beim Erwerbser gemäß § 613a Abs. 1 S. 3 BGB normativ geltenden Tarifverträgen an.³⁰³

Außerdem sind arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln auf Tarifverträge in der Regel dynamisch, erfassen also auch nach Arbeitsvertragsschluss eintretende tarifliche Änderungen.³⁰⁴ Die Rechtsprechung des BAG bekräftigt damit die Geltung von Tarifverträgen auch in ihrer Dynamik, wenn auch auf dem Umweg über die Gestaltung von Arbeitsvertragsklauseln, die, wie üblich, der Arbeitgeber gestellt hat. Und das BAG bekräftigt diese Rechtsprechung in Zeiten massenhafter Umstrukturierung und stark abnehmender Relevanz von Tarifverträgen.

298 EUArbRK/Winter, RL 2001/23/EG, A., Rn. 7; Art. 3, a.a.O., Rn. 66f. zur praktischen Wirksamkeit der RL und zur Rechtsprechung des EuGH und des BAG in der Sache Scattolon.

299 BAG vom 23.1.2019 – 4 AZR 445/17, NZA 2019, S. 922, klarstellend zur Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Scattolon.

300 BAG vom 11.5.2005 – 4 AZR 315/04, NZA 2005, S. 1362.

301 Vgl. z.B. BAG vom 21.2.2001 – 4 AZR 18/00, NZA 2001, S. 1318.

302 *Schaub-Abrendt*, a.a.O., § 119 Rn. 20 mwN.

303 BAG vom 29.8.2007 – 4 AZR 767/06, NZA 2008, S. 364.

304 *Schaub-Treber*, a.a.O., § 206 Rn. 31 mwN.

Die Rechtsprechung des BAG, seit kurzem begleitet von der des EuGH,³⁰⁵ hat einige weitere Schutzmechanismen zugunsten der vor Umstrukturierung bestehenden Tarifgebundenheit des Unternehmens zur Geltung gebracht.³⁰⁶

2. Arbeitskampfrechtliche Aspekte von Umstrukturierungen

Erght ein gewerkschaftlicher Streikaufruf z.B. an „die Beschäftigten des Zeitungsverlags X“ zwecks Durchsetzung eines Verbandstarifvertrages für die Redakteurinnen und Redakteure an Tageszeitungen, können nach dem Grundsatz der „Einheit der Belegschaft“³⁰⁷ alle zum Streik aufgerufenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Betriebs von ihrem subjektiven Streikrecht Gebrauch machen, auch wenn sie weder von der Tarifforderung profitieren noch von dem Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages erfasst würden, in diesem Fall also auch alle Nicht-Redakteurinnen und Redakteure. Die Gewerkschaft muss ihren Streikaufruf nicht auf die Redakteurinnen und Redakteure im Zeitungsverlang beschränken, die allein unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen werden.

Sind die Redakteure dagegen auf eine Redaktions-GmbH „outgesourct“, ist die Teilnahme der Beschäftigtengruppen, die nicht übergegangen sind, also vor allem kaufmännische und technische Angestellte, Rotation, Weiterverarbeitung, Versand, Pfortnerei, Kantine, Wachservice usw. am Arbeitskampf nun Solidaritäts- oder Unterstützungstreik,³⁰⁸ der nach der Rechtsprechung des BAG besonderen Restriktionen unterliegt.

Auch entfällt nach einer Ausgliederung, einem Outsourcing usw. in der Praxis eher früher als später mit der sich aus der Einheit des Betriebs und des Unternehmens ergebenden betrieblichen Verbundenheit der Belegschaft auch das Interesse, sich für Tarifforderungen einzusetzen, die einen nicht selbst betref-

305 EuGH vom 6.9.2011 – C 108/10, Scattolon, NZA 2011, S. 1077.

306 Vgl. dazu u.a. BAG vom 21.5.2014 – 4 AZR 50/13, NZA 2015, S. 115, Rn. 31, sowie BAG vom 26.1.2011 – 4 AZR 159/09, NZA 2011, S. 808 (Arbeitgeber kann sich der Gewerkschaft gegenüber verpflichten, bei einer Outsourcing-Maßnahme deren Zustimmung einzuholen); dazu *Däubler-Abrendt*, § 1 TVG, Rn. 1215ff.; s. auch BAG vom 15.6.2016 – 4 AZR 805/14, NZA 2017, S. 326 (Identität des Geltungsbereichs des bei Verschmelzung übergegangenem Haustarifvertrages); vom 23.1.2019 – 4 AZR 445/17, NZA 2019, S. 922 (unmittelbare und zwingende Geltung von Tarifverträgen beim Betriebsübergang gemäß § 613a Abs. 1 S. 3 BGB anstelle Transformation ins Arbeitsverhältnis nach Abs. 1 S. 2); zu tarifrechtlichen Aspekten der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen vgl. *Sagan*, RdA 2011, S. 163; *Däubler-Deinert*, TVG, 4. Aufl. 2016, § 4 TVG, Rn. 272ff.; zu tariflichen Regelungsmöglichkeiten der Personalübernahme bei Funktionsnachfolge *Schweibert/Herrmann*, NZA 2018, S. 1294.

307 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, S. 1135f.

308 Das Beispiel ist an das Urteil des BAG vom 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, S. 1055 angelehnt.

fen. Konsequenz ist z.B. die Schwächung der Durchsetzungskraft der Belegschaft insgesamt, auch im Falle des Arbeitskampfes.³⁰⁹

3. Individualarbeitsrechtliche Konsequenzen

Die Umstrukturierung des Unternehmens oder Betriebs ändert oft die Anzahl der regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – mit u.U. erheblichen Auswirkungen auf Inhalt und Bestand der Individualrechte der dort vor oder nach der Umstrukturierung Beschäftigten. Derartige Konsequenzen ergeben sich auch in Abhängigkeit von der Bestimmung insbesondere des Betriebsbegriffs im Kontext der jeweiligen arbeitsrechtlichen Problemstellung. Auch was das angeht, sollen nur einige wenige Aspekte skizziert werden.

a) Schwellenwerte

Gesetzliche Schwellenwerte gewähren arbeitsrechtlichen Schutz erst bei Erreichen oder Überschreiten einer bestimmten Arbeitnehmerzahl im Betrieb, Unternehmen, gelegentlich auch – im Recht der Unternehmensmitbestimmung – im Konzern (z.B. § 5 MitbestG). Schwellenwerte sind im Recht der Unternehmens- und der betrieblichen Mitbestimmung wie im Individualarbeitsrecht verbreitet.³¹⁰

Grundbegriffe des Arbeitsrechts, insbesondere „Arbeitnehmer“, „Betrieb“ bzw. „Unternehmen“ stehen zur Disposition des Unternehmens bzw. Arbeitgebers, auch in Bezug auf quantitative Aspekte, die an die Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer anknüpfen. Nicht zuletzt durch Umstrukturierungen seines Betriebs bzw. Unternehmens ändert der Arbeitgeber zugleich – meist zu seinen Gunsten – auch diese Bezugsgrundlagen arbeitsrechtlichen Schutzes. Dies kann umso leichter gelingen, je weniger „fest“, präzise bestimmt diese Begriffe sind.

b) Arbeitsgerichtlicher Schutz bei betriebsbedingter Kündigung – Unternehmensbezug der Weiterbeschäftigung; Betriebsbezug der Sozialauswahl

Im individuellen Arbeitsrecht kommen Schwellenwerte vor allem im Kündigungsschutzrecht vor: Das KSchG gilt (seit 1996) erst in Betrieben mit mehr als zehn seit dem 1. Januar 2004 regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmerinnen

309 Zu arbeitskampfrechtlichen Aspekten in der Umstrukturierung vgl. z.B. auch *Rieble*, RdA 2009, S. 280; *Kocher/Sudhoff*, NZA 2013, S. 875 – zum Blitzwechsel, -austritt, Blitzaufhebungsvertrag oder Blitz-OT i.V.m. Spaltung in einer akuten oder unmittelbar bevorstehenden Arbeitskampsituation im betreffenden Unternehmen.

310 Zu Schwellenwerten vgl. schon *Junker/Dietrich*, NZA 2003, S. 1057.

und Arbeitnehmern (§ 23 Abs. 1 S. 2 KSchG).³¹¹ Wird ein Arbeitnehmer in einem Betrieb mit weniger Beschäftigten, in einem „Kleinbetrieb“ also, gekündigt, steht ihm Kündigungsschutz nur ausnahmsweise zu.³¹²

Die Weiterbeschäftigung nach § 1 Abs. 2 KSchG soll nach der Rechtsprechung des BAG innerhalb des Unternehmens, die Sozialauswahl sogar nur innerhalb des Betriebs gelten.³¹³

Verkleinert sich die Arbeitnehmerzahl des Betriebs/Unternehmens aufgrund von Umstrukturierungen (Spaltungen von Betrieben; Teilbetriebsübergängen u.dgl.), können sich bei Klagen gegen betriebsbedingte Kündigungen im Vergleich zu den Verhältnissen vor der Umstrukturierung die Chancen auf Weiterbeschäftigung oder auf die Einbeziehung in die Sozialauswahl verringern oder entfallen. Maßgebend sind die Verhältnisse bei Zugang der Kündigung.

c) Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz soll allenfalls unternehmensweit gelten, nicht im Konzern. Er gilt „arbeitgeberbezogen“, nur im Verhältnis zum Vertragsarbeitgeber.³¹⁴ Verkleinert sich das Unternehmen durch Umstrukturierung oder wird aus ihm ein Konzern oder eine andere Unternehmensverbindung, tangiert das unmittelbar die Bezugsgrundlage dieses arbeitsrechtlichen Grundprinzips.

Versetzungen, Änderungskündigungen, aber auch das Direktionsrecht sind auf das Unternehmen begrenzt. Einerseits kann dies Schutzwirkungen zugunsten des Arbeitnehmers entfalten, indem er vor unternehmensübergreifendem „Verschobenwerden“ geschützt wird. Andererseits kann eine Weiterbeschäftigungspflicht nach Versetzung bei betriebsbedingter Stilllegung des neu und enger als bisher zugeschnittenen Unternehmens die Chancen, gegen diese Stilllegung erfolgreich rechtlich vorzugehen, schmälern.

Eine über die Grenzen des Unternehmens hinausgehende Gleichbehandlung wird von der Rechtsprechung des BAG nur in sehr engen Ausnahmefällen an-

311 Zu den differenzierten Zeitpunkten des jeweiligen Beginns des Arbeitsverhältnisses mit Bezug auf den Schwellenwert „größer 5“ resp. „größer 10“ in § 23 Abs. 1 KSchG vgl. im Einzelnen HaKo-KSchR/Pfeiffer, 7. Aufl. 2021, § 23 KSchG, Rn. 28; APS-Moll, § 23 KSchG, Rn. 32a ff.; KR-Bader, § 23 KSchG, Rn. 42ff.

312 Vgl. Dritter Abschnitt, C.I.

313 Zur Diskussion des Betriebsbegriffs vgl. auch unten Fünfter Abschnitt.

314 *Schaub-Linck*, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 112 Rn. 11 mwN; vgl. jedoch auch unten Vierter Abschnitt, A.II. zur Bindung des Landesgesetzgebers an Gleichheitssätze des Grundgesetzes mit einem über das einzelne Unternehmen hinausgehenden Geltungsbereich bei formeller Privatisierung der städtischen Krankenhäuser Hamburgs.

genommen. Der Bezug auf ein anderes konzerneigenes Unternehmen soll vertraglich besonders vereinbart und das andere Unternehmen soll überdies verpflichtet sein müssen, die Leistung, hinsichtlich derer Gleichbehandlung gefordert ist, zu erfüllen.³¹⁵

C. Folgen von Umstrukturierungen mit und ohne Betriebsinhaberwechsel für die Interessen und Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

Dieser Abschnitt skizziert einige rechtliche Implikationen von Umstrukturierungen für das Arbeitsverhältnis – je nach ihrem „Pfad“, sei es im Wege des Betriebsübergangs durch Einzel- oder durch partielle Gesamtrechtsnachfolge, sei es durch unternehmensinterne Umstrukturierung, vor allem durch Betriebspaltung. Da es exemplarisch um die „Rollenverteilung“ nach Subjekt und Objekt³¹⁶ im jeweiligen Prozess geht, ist Ziel auch hier keine vollständige Darstellung, zumal sie von anderer Seite bereits vorliegt.

Diese „Rollenverteilungen“ bei Umstrukturierungen unter dem Aspekt der Interessen und Rechte der davon betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sollen im Dritten Abschnitt Prüfungsgegenstände für ihre Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 GG in Kollision mit Grundrechten der sie beschäftigenden Arbeitgeber werden. Dafür reicht ein knapper Bezug auf einige Resultate der Rechtsprechung vor allem des BAG und des EuGH.

I. Rechtliche Irrelevanz von Umstrukturierungen für das Arbeitsverhältnis?

1. Was dem „Zugriff des Arbeitsrechts“ entzogen sein soll

Umstrukturierungen wie Privatisierungen laufen, wie erwähnt, oft in mehreren, sachlich und zeitlich koordinierten und miteinander verzahnten Schritten und/oder auf mehreren Rechts„ebenen“ ab. Mit Maßnahmen auf der Gesellschafter-„Ebene“ soll das Arbeitsrecht, sollen Arbeitnehmerschutzrechte nichts „zu tun“ haben; auch wenn die Veränderungen auf Gesellschafterebene für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus wirtschaftlicher Sicht noch so dra-

315 Näher zum „konzerndimensionalen Arbeitsverhältnis“ *Deinert u.a.*, Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2019, § 5 Rn. 67ff.

316 Vgl. dazu schon oben Erster Abschnitt, A.II. und III.

matisch erscheinen mögen. Der share deal sei kein Fall des § 613a BGB,³¹⁷ gehe den Betriebsrat nichts an. Er sei dem „Zugriff“ des BetrVG – und nicht nur dem des BetrVG, sondern dem des Arbeitsrechts generell – entzogen,³¹⁸ mag er bei wirtschaftlicher Betrachtung auch die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mindestens in demselben Maße berühren wie direkt auf die Arbeitsplätze abzielende Veränderungen.³¹⁹

2. Begrenzte Bedeutung des Arbeitsrechts in der Umstrukturierung

Gegenstand des Arbeitsrechts ist nicht die gesamte, u.U. aus mehreren koordinierten Schritten, auf mehreren „Ebenen“ ablaufende Umstrukturierung. Arbeitsrecht bleibt innerhalb der Grenzen des Betriebs und des Unternehmens und blickt nur auf Rechte oder Pflichten bezüglich der jeweils einzelnen Maßnahme innerhalb einer Transformation, nicht auf diese als Gesamtprozess. Diese „Selbstbeschränkung“ des Arbeitsrechts gegenüber anderen Rechtsgebieten ist Theorem sowohl im Schrifttum zur Umstrukturierung als auch in arbeitsgerichtlicher Rechtsprechung. Sie ist ein wichtiger Grund der im Recht der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen zu Lasten der abhängigen Arbeit bestehenden gravierenden Schutzdefizite.

Auch immanent sind die Trennungen von Rechts„ebenen“ und die Zuweisung an Rechtssysteme, die wenig bis nichts miteinander zu tun haben sollen, problematisch, wie schon ein Blick auf einige Rechtsfragen der Privatisierung und Umstrukturierung der städtischen Krankenhäuser Hamburgs zeigt:³²⁰ Der Wechsel der Krankenhäuser vom Eigenbetrieb der Stadt zur von der Stadt getragenen Anstalt öffentlichen Rechts soll die „Unternehmensebene“ betroffen haben, womit die Krankenhausbeschäftigten den Arbeitgeber wechselten, nämlich von der Hansestadt Hamburg zur LBK-AöR³²¹ – für das BAG ein Betriebsübergang, jedoch mangels Rechtsgeschäfts kein Fall des § 613a BGB.³²²

317 So auch BAG vom 14.8.2007 – 8 AZR 803/06, NZA 2007, S. 1428, Rn. 16. mwN aus der ständigen Rechtsprechung des BAG.

318 *Willemsen u.a.*, B, Rn. 6. Arbeitsrechtliche Relevanz könne ein Gesellschafterwechsel allerdings bei Anstellungsverträgen von Vorstandsmitgliedern, Geschäftsführern und anderen Führungskräften haben; dazu *Willemsen u.a.*, a.a.O., Rn. 7a. Außerdem kann der Wirtschaftsausschuss gemäß § 106 Abs. 3 Nr. 8 BetrVG zu beteiligen sein; vgl. auch schon oben Erster Abschnitt, B.I.2.

319 *Willemsen u.a.*, a.a.O., B, Rn 5 ff.

320 S. dazu im Einzelnen unten Vierter Abschnitt, A.

321 LBKHG vom 11.4.1995, HmbGVBl. I 1995, S. 77.

322 BAG vom 8.5.2001 – 9 AZR 95/00, NZA 2001, S. 1200; außerdem – 8 AZR 692 sowie 660/07, AP Nr. 366 zu § 613a BGB, dagegen BVerfGE 126, S. 29; s. dazu näher unten. Vgl. zum Rechtsgeschäft näher EuGH z.B. vom 6.9.2011 – C 108/10, Scattolon, Rn. 14ff.; vgl. dazu die Übersicht bei EuArBRK/*Winter*, 3. Aufl. 2020, RL 2001/23/EG, Art. 1 Rn. 39ff.

Anders der Formwechsel gemäß §§ 302–304 UmwG, wodurch das Unternehmen von der Anstalt öffentlichen Rechts zur GmbH wurde. Diese Änderung, ebenfalls auf der „Unternehmensebene“, soll kein Betriebsinhaberwechsel gewesen sein, da der Rechtsträger, der Arbeitgeber, identisch bleibe und lediglich sein „Rechtskleid“, so heißt es ebenso blumig wie vage, ändere.³²³ Wieso in einem Fall nur ein Rechtskleid gewechselt wurde, in dem anderen dagegen nicht, harrt der Erklärung.

Der Formwechsel gemäß §§ 190ff. UmwG hat zwar keine Auswirkungen auf die betriebliche Mitbestimmung, jedoch oft erhebliche Konsequenzen für die rechtsformspezifisch ausgerichtete Unternehmensmitbestimmung.³²⁴ Sie zu „vermeiden“ ist gängiges Motiv für Umstrukturierungen.³²⁵

II. Rechtliche Relevanz von Umstrukturierungen für das Arbeitsverhältnis

Anders verhält sich dies beim Betriebsinhaberwechsel. Der „Händewechsel“ des gesamten Betriebs soll nach Rechtsprechung des BAG und herrschender Meinung³²⁶ zwar keine Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG sein. Damit geht der Betrieb ohne Kompensation für die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch Interessenausgleich bzw. Sozialplan auf den neuen Inhaber über, einen Arbeitgeber, den die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Eintritt in das Unternehmen als Vertragspartner nicht gewählt hatten. Immerhin gewährleisten § 613a BGB und die BÜ-RL 2001/23/EG, dass bei diesem „Handel mit Betrieben und Betriebsteilen“³²⁷ den betroffenen Arbeitsverhältnissen nicht die vertragliche Grundlage und der Betrieb entzogen werden. Dies gilt, auch wenn insbesondere die kollektivvertraglich geregelten Arbeitsbedingungen nach Betriebsübergang oft nicht „1:1“ mit dem neuen Betriebsinhaber fortgesetzt werden – den Rationalisierungsinteressen des umstrukturierenden Unternehmens entsprechend.

323 *Blanke/Fedder* (Hrsg.), *Privatisierung*, 2. Aufl. 2010, Teil 6, Rn. 23ff. mwN., sowie *Willemsen*, in: *Hensler u.a.*, *Arbeitsrecht Kommentar*, 9. Aufl. 2020, § 324 UmwG, Rn. 1f.

324 *Willemsen u.a.*, a.a.O., D. Rn. 109ff. sowie F., Rn. 69ff.; die Implikationen von Umstrukturierungen für die Mitbestimmung im Unternehmen sind nicht Gegenstand dieser Arbeit.

325 Die Thematik wird hier gleichwohl nicht diskutiert. Vgl. dazu ausführlich z.B. *Bachner u.a.*, a.a.O., § 3; *Mückl u.a.*, a.a.O., Teil 4, F.; *Willemsen u.a.*, a.a.O., F.; mit zahlreichen Praxistipps und taktischen Hinweisen insbesondere *Bauer u.a.*, a.a.O., B.II.; *Arens u.a.*, a.a.O., § 13.

326 BAG vom 10.12.1996 – DB 1997, S. 1416; a.A. *DKW-Däubler*, a.a.O., § 111 Rn. 125ff.; anders der Teilbetriebsübergang – so BAG, a.a.O.

327 *Krause*, *Individualvertragliche Verweisungen auf kollektivvertragliche Arbeitsbedingungen und unternehmerische Freiheit im europäischen Recht*, FS *Willemsen*, 2018, S. 257 (267).

Jedenfalls ist § 613a BGB zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht – vorbehaltlich der arbeitsvertraglichen Gestaltungsfreiheit (unten III.) und sonstiger Vermeidungs- und Gestaltungsoptionen. Insbesondere beim Betriebsteilübergang, aber auch bei anderen Formen der Umstrukturierung hat der bisherige Arbeitgeber wie sein Nachfolger zahlreiche Möglichkeiten, einen Betriebsübergang und das Davor und Danach zu vermeiden oder aber zu seinen Gunsten zu gestalten, sei es durch Zuordnung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern (dazu z.B.C.II.7.a), C.II.8., C.IV.), sei es mit Hilfe von „Antipoden“ des Betriebsinhaberwechsels, der Betriebsspaltung ohne Betriebsinhaberwechsel³²⁸ und der Funktionsnachfolge.³²⁹

Für einzelne Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer und den Arbeitgeber stellen sich einige dieser Optionen für die Umstrukturierung in Aktion und Reaktion, kurz dargestellt, so dar:

1. Widerspruch gegen den Betriebsinhaberwechsel

a) Gemeinsamer Widerspruch durch mehrere Beschäftigte – Rechtsmissbrauch?

Der Widerspruch gegen den Betriebsinhaberwechsel gemäß § 613a Abs. 6 BGB scheint eine starke Antwort des Arbeitnehmers zu sein, der damit zum Subjekt des Umstrukturierungsprozesses werden könnte. Ein gemeinsamer Widerspruch möglichst vieler Betroffener kann erfahrungsgemäß – anders als der Widerspruch nur einzelner Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – sogar Einfluss auf Inhalt und Ablauf des Betriebsübergangs nehmen.

In Anbetracht dessen lag es nahe, über Rechtsmissbrauch nachzudenken.³³⁰ Was den einen bei gemeinsamer Ausübung durch mehrere oder viele Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer als Missbrauch des Widerspruchsrechts erschien, war dem BVerfG aber rechtlich nicht zu beanstandender Gebrauch: Dem Arbeitgeber werde vom Gesetzgeber die Erschwerung eines Betriebsübergangs durch eine – auch massenhafte – Ausübung des Widerspruchsrechts zugemutet.³³¹ – Zumutung durch den Gesetzgeber ist kein Missbrauch seitens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

328 Vgl. dazu unten C.V.

329 Zur Funktionsnachfolge vgl. ErfK/Preis, 21. Aufl. 2021, § 613a BGB, Rn. 37; *Schaub/Abrendt*, Arbeitsrechtshandbuch, 18. Aufl. 2019, § 117 Rn. 12; *Küttner*, Personalbuch, 27. Aufl. 2020, Betriebsübergang Rn. 12; EuGH vom 20.1.2011 – C-463/09, CLECE, NZA 2011, S. 148.

330 Vgl. aber BAG vom 30.9.2004 – 8 AZR 462/03, NZA 2005, S. 43; vgl. dazu auch *Willemsen u.a.*, a.a.O., G, Rn. 153.

331 BVerfGE 128, S. 157 (184; Universitätsklinikum Gießen und Marburg).

b) Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers bei Widerspruch

Beim Widerspruch des betroffenen Arbeitnehmers oder der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gegen den Betriebsübergang wie auch unabhängig davon stehen dem Arbeitgeber u.a. folgende Handlungsalternativen zu Gebote:

Der Arbeitnehmer ist mit seinem Widerspruch „vorleistungspflichtig“. Die Widerspruchsfrist beträgt einen Monat nach Zugang der Unterrichtung gemäß § 613a Abs. 5 BGB. Ein Widerruf des Widerspruchs soll wegen seiner Gestaltungswirkung nicht möglich sein.³³² Das Arbeitsverhältnis könne nach Widerspruch einvernehmlich neu begründet werden. Die Arbeitnehmerin muss sich also frühzeitig entscheiden, welchen der beiden Wege sie einschlägt – „Mitgehen oder Bleiben“. Die Entscheidung kann nicht herausgeschoben werden, etwa um „andere Verfahren abzuwarten“ oder wie sich das Arbeitsverhältnis nach dem Betriebsübergang in der Praxis weiterentwickelt. Dem Arbeitnehmer steht ein „Sprung ins Dunkle“ bevor.³³³ Der Arbeitgeber dagegen ist und bleibt „Herr des Verfahrens“, hat den „first-mover-Vorteil“. Lediglich die Widerspruchsfrist beginnt nicht zu laufen, wenn die Unterrichtung nicht ordnungsgemäß ist.³³⁴ Das jedoch steht u.U. erst nach rechtskräftiger Entscheidung fest.

Widerspricht die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer, hat der Arbeitgeber u.a. folgende Möglichkeiten:

Er kann betriebsbedingt kündigen. Dies wird in der Unterrichtung der Betroffenen nach § 613a Abs. 5 BGB fast stets jedenfalls als Möglichkeit in Aussicht gestellt. Ob nach Widerspruch gekündigt wird, ist aber nicht ausgemacht.³³⁵ Der Arbeitgeber soll auch „herausgreifend“ betriebsbedingt kündigen können. Schließlich ist er nicht gezwungen, einen Personalüberhang durch betriebsbedingte Kündigungen stets völlig abzubauen.

332 BAG vom 30.10.2003 – 8 AZR 491/02, NZA 2004, S. 481; APS-*Steffan*, a.a.O., § 613a BGB, Rn. 224.

333 Nicht anders als in anderen Verfahren im Arbeitsrecht, z.B. bei der Entfristungs- und der Kündigungsschutzklage.

334 Vgl. zur ordnungsgemäßen Unterrichtung die instruktive Entscheidung des BAG vom 26.3.2015 – 2 AZR 783/13, NZA 2015, S. 866. Der Arbeitnehmer kann sich u.U. jahrelang nach Weiterarbeit beim neuen Betriebsinhaber auf die Verletzung der Unterrichtungspflicht berufen und dann noch – bis zur Grenze der Verwirkung – dem Betriebsübergang widersprechen; vgl. z.B. BAG vom 24.8.2017 – 8 AZR 265/16, NZA 2018, S. 168; dazu *Grau/Flockenhaus*, NZA-RR 2019, S. 296.

335 Zur Zusammenlegung und Privatisierung der hessischen Universitätskliniken stellt das BAG in den Tatbeständen seiner beiden Urteile vom 18.12.2008 fest, dass die widersprechende Klägerin in Marburg, der widersprechende Kläger in Gießen „... wie schon zuvor seit dem 1.7.2005 an ihrem Arbeitsplatz gearbeitet“ hätten – also dreieinhalb Jahre nach dem Eingriff (BAG vom 18.12.2008 – 8 AZR 692/07 sowie 660/07, Letzteres AP Nr. 362 zu § 613a BGB, beide Rn. 17). Allerdings waren in beiden Kliniken Dienstvereinbarungen mit einem Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen bis zum 31.12.2010 abgeschlossen worden; vgl. dazu BVerfGE 128, S. 163, vor II.

Entlassungen nach Widerspruch einer größeren Anzahl von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern können Massentlassungen gemäß ME-RL bzw. §§ 15ff. KSchG sein. Dann ist das Massentlassungsverfahren durchzuführen. Werden aufgrund des Widerspruchs betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen oder Aufhebungsverträge geschlossen, kann dies eine Betriebsänderung, ggf. als bloßer Personalabbau gemäß §§ 111 S. 3 Nr. 1, 112a BetrVG sein.³³⁶

Der Arbeitgeber kann – wie des Öfteren – den Widerspruch auf sich beruhen lassen; so geschehen bei der Privatisierung und Umstrukturierung der Universitätskliniken Gießen und Marburg³³⁷ oder im Zusammenhang mit der Bildung der Opernstiftung Berlin.³³⁸ Dies kann insbesondere bei Personalknappheit, eingespielter Belegschaft oder höher qualifizierten Arbeitnehmergruppen praxisrelevant werden.

c) Alternativen: Personalüberleitung; Personalgestellung?

Stattdessen kommt eine Personalgestellung durch den öffentlichen Arbeitgeber (vgl. § 4 Abs. 3 TVöD) – anstelle von Weiterarbeit des Arbeitnehmers und damit ggf. „sein“ Recht – in Betracht. Dafür gilt das AÜG nicht (§ 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG).³³⁹ Für andere Personalgestellungen, also solche ohne tarifliche Regelung und/oder solche außerhalb des öffentlichen Dienstes gilt das AÜG. Außerdem kommen Personalüberleitungsverträge vor, auch durch Tarifvertrag.³⁴⁰

Der Arbeitgeber ist aber, etwa aufgrund des Ultima-ratio-Prinzips des Kündigungsschutzrechts, nicht verpflichtet, vor bzw. anstelle der Kündigung die Arbeitnehmerin bzw. den Arbeitnehmer einem anderen Arbeitgeber zur Arbeitsleistung zu überlassen, ihn dort „unterzubringen“³⁴¹ oder ihn jenem zu „stellen“.³⁴² Nach ständiger Rechtsprechung des BAG ist der Kündigungsschutz grundsätzlich nicht konzernbezogen.

Auf die Sozialauswahl hat der Widerspruch nach neuerer Rechtsprechung des BAG keinen Einfluss.³⁴³ Die Geltendmachung des Rechts auf Widerspruch

336 KR-Treber, 11. Aufl 2016, § 613a BGB, Rn. 107.

337 BAG vom 18.12.2008 – 8 AZR 692/07 sowie 8 AZR 660/07 (UKGM), AP Nr. 366 zu § 613a BGB, beide a.a.O.

338 BAG z.B. vom 28.9.2006 – 8 AZR 441/05, AP Nr. 26 zu § 419 BGB Funktionsnachfolge (Widerspruch von 1.669 der ca. 2.000 betroffenen Arbeitnehmer).

339 Schaub-Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 120 Rn. 27.

340 Schaub-Abrendt, a.a.O., § 116 Rn. 52.

341 Vgl. hierzu § 164 Abs. 4 und 3 SGB V; s. dazu auch Wolter, FS Bepler, 2012, S. 675 (677f.).

342 BAG vom 24.9.2015 – 2 AZR 562/14, NZA 2016, S. 366, Rn. 31ff.

343 BAG vom 31.5.2007 – 2 AZR 276/06, NZA 2008, S. 33; KR-Treber, a.a.O., § 613a BGB, Rn. 80.

führt seitdem nicht mehr zur Herabstufung der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers in der Sozialauswahl.

d) Änderungskündigung mit dem Ziel der Weiterarbeit beim Erwerber

Der Arbeitgeber kann Änderungskündigungen aussprechen, um die davon betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beim neuen Arbeitgeber auf ihren bisherigen Arbeitsplätzen zu den beim Erwerber geltenden abweichenden Konditionen durch Arbeitnehmerüberlassung weiter zu beschäftigen.³⁴⁴ Diese Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers führen im Ergebnis dazu, dass der gewollte Transfer der Arbeitskräfte zum Nachfolger trotz Widerspruchs jedenfalls vorerst gelingt, wenn auch auf einem anderen Weg als u.U. zunächst geplant. Diese Maßnahmen könnten ein milderes Mittel gegenüber dem Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen nach Widerspruch sein. Das Ultima-ratio Prinzip des Kündigungsschutzes soll sie aber nicht verlangen.

Derartige Regelungen existieren vor allem im öffentlichen Dienst³⁴⁵ sowie bei nicht rechtsgeschäftlichen Betriebsübergängen, die deshalb nach der früheren ständigen Rechtsprechung des BAG nicht unter § 613a BGB fallen sollten.³⁴⁶

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben also im Wesentlichen das Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB. Üben sie es nicht fristgemäß aus, können sie sich später ggf. auf die nicht ordnungsgemäße Unterrichtung gemäß § 613a Abs. 5 BGB berufen und dann noch – bis zur Verwirkung – Widerspruch gegen den Betriebsübergang einlegen.³⁴⁷

2. Kein Widerspruchsrecht bei Verschmelzung, Vermögensübertragung und Unternehmensaufspaltung

Bei Umstrukturierungen im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge soll ein Widerspruchsrecht nicht bestehen, weil und wenn das Ausgangsunternehmen erlischt, insbesondere bei Verschmelzung und Aufspaltung.³⁴⁸ Zwar lässt § 324 UmwG die Regelungen zum Betriebsinhaberwechsel gemäß § 613a Abs. 1, Abs. 4–6 BGB „unberührt“, also auch das in Abs. 6 enthaltene Wider-

344 BAG vom 29.3.2007 – 2 AZR 31/06, NZA 2007, S. 855.

345 Vgl. auch die tarifliche Regelung zur Personalgestaltung in § 4 Abs. 3 TVöD. Zur Problematik noch *Schaub-Koch*, a.a.O. sowie § 212 Rn. 9; *ErfK/Wank*, 21. Aufl. 2021, § 1 AÜG, Rn. 93f.; *Schüren/Hamann*, AÜG, 5. Aufl. 2018, § 1 Rn. 689ff.; BAG vom 18.7.2017 – 1 ABR 13/16, NZA 2017, S. 1542.

346 Vgl. aber BVerfGE 128, S. 157.

347 BAG vom 28.2.2019 – 8 AZR 201/18, NZA 2019, S. 1279.

348 Vgl. dazu auch C.II.7. und 8.

spruchsrecht. Gleichwohl soll ein Widerspruch unbeachtlich sein.³⁴⁹ Schadensersatzansprüche nach § 628 Abs. 2 BGB sollen mangels vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers nicht zustehen.

Wenn Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht von einem „einseitigen Lösungsrecht“ Gebrauch machen, soll das Arbeitsverhältnis bei Widerspruch in Wegfall geraten, es sei denn, ihnen werde zuvor außerordentlich gekündigt. Die Kündigung soll das gesetzliche Verbot des § 613a Abs. 4 BGB nicht verletzen, weil sie nicht auf dem Betriebsübergang, sondern auf dem Widerspruch des Arbeitnehmers beruhe – eine diskussionswürdige Kausalitätsbetrachtung. Widersprochen hat der Arbeitnehmer ja nur wegen des Betriebsübergangs.

Dasselbe nimmt das BAG in bestimmten Fällen außerhalb des UmwG, insbesondere bei Anwachsung des Gesellschaftsanteils beim letzten Gesellschafter einer Personengesellschaft, vor allem der KG, an.³⁵⁰

Aufgrund des Entfallens seines Vertragspartners sind Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in solchen Fällen in einer vollständigen Objektrolle.³⁵¹

Ohne attraktive berufliche Alternative haben die Betroffenen weder Interesse am Wegfall des Arbeitsverhältnisses noch am Wechsel des Arbeitgebers, weil sie auf das bestehende Arbeitsverhältnis in der Regel existenziell angewiesen sind und jedenfalls dessen Konditionen kennen. Jedoch soll das Unternehmen und mit ihm das Arbeitsverhältnis durch die Aufspaltung erloschen sein. Ob das Arbeitsverhältnis in dem aufgespaltenen Unternehmen, dem sie nunmehr angehören sollen, vergleichsweise akzeptabel ist, wissen sie trotz Belehrung über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs (§ 324 UmwG i.V.m. § 613a Abs. 5 Nr. 3 BGB) meist nicht.

Das Lösungsrecht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder ihr Recht zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum Altunternehmen mit ihrer Berufsfreiheit zu begründen³⁵² verkennt diese Interessen am Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses.

349 BAG vom 21.2.2008 – 8 AZR 157/07, NZA 2008, S. 815, Rn. 20ff. Grund sei die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers; *Willemsen u.a.*, G., Rn. 157ff.: „Einseitiges Lösungsrecht mit 2-Wochen-Frist“; Fristbeginn sei Kenntnis des Arbeitnehmers von der Eintragung; vgl. auch die Übersicht bei *APS-Steffan*, a.a.O., § 324 UmwG, Rn. 9f.

350 BAG vom 21.2.2008, a.a.O., Rn. 13ff., 25ff.

351 Ein Widerspruchsrecht auch in diesen Fällen bejahend *Fandel/Hansch*, BB 2008, S. 2402.

352 *APS-Steffan*, a.a.O., § 324 UmwG, Rn. 10.

Eine Präferenz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Umstrukturierungen läge weniger im Widerspruchsrecht, als in einem Recht auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses zu dem aus der Umstrukturierung hervorgehenden, vergleichsweise zukunftsorientierten Unternehmen, dem sie aufgrund der Umstrukturierung jedoch gerade nicht angehören. Einer Unternehmens- oder Betriebsaufspaltung zu widersprechen, in Worten des BAG damit das Grundrecht des Art 12 Abs. 1 GG auszuüben, kann umstandslos zur betriebsbedingten Kündigung und damit meist zum Verlust des Arbeitsplatzes führen.³⁵³

Nach der herrschenden Meinung soll ein Widerspruchsrecht bei Verschmelzung und Aufspaltung gemäß UmwG wegen Erlöschens des Ausgangsunternehmens nicht bestehen. Jedoch könnte sich die sich darin inbegriffene vollständige Objektstellung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in anderen Konstellationen womöglich relativieren:

3. Objektstellung des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang in betriebsmittelarmen Betrieben

a) Betriebsmittelarme Betriebe

Vorab sei darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung des EuGH einen Gegensatz zwischen „betriebsmittelarm – betriebsmittelgeprägt“ nicht zugrunde legt.³⁵⁴ Außerdem ist die scheinbar diametrale Alternative relativ, wie die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zur Neuvergabe öffentlicher Busverkehre belegt.³⁵⁵

Im Folgenden wird diese Unterscheidung gleichwohl verwendet. Denn immerhin war und ist die Frage, ob ein Betrieb oder Betriebsteil „betriebsmittelarm“ ist, seit langen Jahren und oft Gegenstand von der Rechtsprechung des BAG und zweite „Weichenstellung“ in dem Prüfprogramm, das in Fällen eines möglichen Betriebsübergangs zu durchlaufen sein soll.³⁵⁶

353 Vgl. dazu auch C.II.5.

354 EUArbRK/Winter, RL 2001/23/EG, 3. Aufl. 2020, Art. 1 Rn. 70 unter Bezugnahme auch auf Rechtsprechung des BAG.

355 EuGH vom 27.2.2020 – C 298/18, Grafe und Pohle, NZA 2020, S. 443; dazu Seidel, NZA 2020, S. 498; vgl. auch EuGH vom 25.1.2001 – C 172/99, Liikenne, NZA 2001, S. 249. Vgl. auch BAG vom 25.8.2016 – 8 AZR 53/15, NZA-RR 2017, S. 123 (Rettungsdienst).

356 Vgl. die Übersicht bei Erfk/Preis, 21. Aufl. 2021, § 613a BGB, Rn. 24ff.; Kreitner, in: Küttner, Personalbuch, 27. Aufl. 2020, Betriebsübergang, Rn. 15ff.; aus der Rechtsprechung vgl. z.B. BAG vom 16.5.2007 – 8 AZR 693/06, NZA 2007, S. 1296.

Ob es in betriebsmittelarmen Betrieben bzw. Betriebsteilen zum Betriebsübergang kommt oder aber zu einer Funktions- oder Auftragsnachfolge³⁵⁷ mit anderen Rechtsfolgen für die betroffenen Arbeitsverhältnisse als durch einen Betriebsinhaberwechsel, hängt u.a. von folgenden Gesichtspunkten ab:

Ein Betriebsübergang kann stattfinden, wenn der neue Betriebsinhaber nicht nur die bisherige Tätigkeit jedenfalls in ihrer „funktionellen Verknüpfung“ weiterführt, sondern auch einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals übernimmt, d.h. mit diesen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern Arbeitsverträge abschließt. Denn der Übergang des Arbeitsverhältnisses soll nicht mehr wie nach älterer Rechtsprechung des BAG und des EuGH Rechtsfolge des Betriebsübergangs, sondern dessen Tatbestandsvoraussetzung sein.

b) Übergang des wesentlichen Teils der Belegschaft

Bei geringem Qualifikationsgrad der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer muss als notwendige Bedingung für einen Übergang des Betriebs eine hohe Anzahl von ihnen weiterbeschäftigt werden.³⁵⁸ Ist der Betrieb stärker durch Spezialwissen und Qualifikation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geprägt, kann dagegen ausreichen, dass der Sachkunde nach wesentliche Teile der Belegschaft übernommen werden. Voraussetzung ist, dass der weiterbeschäftigte Belegschaftsteil aufgrund seiner Sachkunde, Organisationsstruktur und seiner relativen Größe funktionsfähig bleibt.³⁵⁹

Der „Übernehmer“ muss sich die zuvor bestehende organisatorische Einheit als solche zunutze machen.³⁶⁰ Er muss die betreffende Tätigkeit weiterführen, sich sozusagen „ins gemachte Bett legen“.

Die Hauptbelegschaft zu übernehmen, heißt im Ergebnis als Übernehmer mit den vom bisherigen Arbeitgeber Beschäftigten Arbeitsverträge abzuschließen.

357 Vgl. dazu z.B. EuGH vom 20.1.2011 – C-463/09, CLECE, NZA 2011, S. 148, Rn. 36 und 41; BAG vom 22.5.2014 – 8 AZR 1069/12, NZA 2014, S. 1335, Rn. 23; APS-*Steffan*, a.a.O., § 613a BGB, Rn. 46ff.; *ders.*, NZA 2018, S. 154; ErfK/*Preis*, a.a.O., Rn. 37; *Bachner/Krüger*, in: *Deinert u.a., Arbeitsrecht*, 10. Aufl. 2019, § 96 Rn. 13ff.

358 Vgl. Übernahmequoten aus der Rechtsprechung des BAG; Angaben bei *Preis/Sagan/Grau/Hartmann*, *Europäisches Arbeitsrecht*, 2. Aufl. 2019, § 15.46 mwN.: eine Übernahmequote von 75 Prozent soll bei Hol- und Bringdiensten in einem Krankenhaus nicht ausreichen usw.

359 BAG vom 21.6.2012 – 8 AZR 243/11 sowie – 8 AZR 181/11 vom selben Tag, NZA-RR 2013, S. 6, Orientierungssätze; vgl. auch BAG vom 18.9.2014 – 8 AZR 733/13, NZA 2015, S. 97, Rn. 28; *Kreitner*, ebd.

360 BAG vom 3.11.1998 – 3 AZR 484/97, n.v.; APS-*Steffan*, a.a.O., § 613a BGB, Rn. 38.

ßen.³⁶¹ Wird dagegen der nach Zahl und Sachkunde wesentliche Teil des Personals nicht übernommen, schließt dies bei betriebsmittelarmen Betrieben einen Betriebsübergang aus.³⁶² Es kann stattdessen Funktionsnachfolge vorliegen. Bei dieser findet ein Arbeitgeberwechsel nicht statt.

Bei betriebsmittelarmen Betrieben sollen es auch die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer „in der Hand“ haben, einen Betriebsübergang zu vereiteln, wenn viele von ihnen an der Übernahme „kein Interesse“ haben³⁶³ – eine allerdings überwiegend theoretische Annahme. Betriebsmittelarme Betriebe sind oft solche mit einfach strukturierten Arbeitsprozessen, in denen prekär Beschäftigte oder Geringverdiener überwiegen, die sich das Risiko des Verlustes des Arbeitsplatzes noch weniger leisten können als höher qualifizierte Beschäftigte.

Es hängt also sowohl vom Alt-Arbeitgeber als auch vom neuen Auftragnehmer und (vorwiegend theoretisch) von den betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ab, ob ein Betriebsübergang stattfindet. Stellt der neue Auftragnehmer den nach Zahl und Sachkunde entscheidenden Teil des Personals nicht ein oder nehmen die dafür vorgesehenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Tätigkeit beim neuen Auftragnehmer nicht auf, verbleibt das übrige Personal beim alten Auftragnehmer. Dieser wird aufgrund des Auftragsverlustes und des dadurch entstehenden Überhangs an Personal möglicherweise eine Betriebsstilllegung oder Teilstilllegung einleiten.³⁶⁴ Das BAG stellt mehrfach klar, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in betriebsmittelarmen Betrieben mehr als das Recht, mit dem neuen Auftragnehmer ei-

361 APS-*Steffan*, a.a.O., Rn. 36. Wird die Hauptbelegschaft auf diese Weise übernommen und findet der Betriebsübergang statt, sei der Betriebserber wegen § 613a BGB als zwingendem Recht zur Übernahme aller bisher mit der Tätigkeit betrauten Arbeitnehmer verpflichtet, so APS-*Steffan*, a.a.O., Rn. 37.

362 BAG vom 22.7.2004 – 8 AZR 350/03, NZA 2004, S. 1384, Orientierungssatz 4.

363 BAG vom 15.12.2011 – 8 AZR 197/11, NZA-RR 2013, S. 179, Rn. 57; *Schipp*, NZA 2013, S. 238; *Junker*, EuZA 2019, S. 45ff.; *Raab*, EuZA 2019, S. 283ff. Vgl. zu verschiedenen Fallkonstellationen z.B. BAG vom 16.5.2007 – 8 AZR 693/06, NZA 2007, S. 1296: materielle Betriebsmittel waren für die Aufgabendurchführung unabdingbar, a.a.O., Rn. 11 und 22; vom 6.4.2006 – 8 AZR 222/04, NZA 2006, S. 723 (betriebsmittelarme Tätigkeit); vom 15.12.2011, – 8 AZR 197/11, NZA RR 2013, S. 179; vom 19.3.2015 – 8 AZR 150/14 –, AP Nr. 461 zu § 613a BGB; vom 22.7.2004 – 8 AZR 350/03, NZA 2004, S. 1383 (materiellen und immateriellen Betriebsmitteln kommt *neben* der menschlichen Arbeitskraft für die Identität der wirtschaftlichen Einheit eine entscheidende Bedeutung zu); dazu auch BAG vom 25.8.2016 – 8 AZR 53/15, NZA-RR 2017, S. 123 mit Anm. *Boigs*, jurisPR-ArbR 7/2017, Anm. 2 sowie *Willemsen*, NZA 2017, S. 953 – mit nicht unproblematischer „BAG-Nabelschau“.

364 *Willemsen u.a.*, a.a.O., C, Rn. 104.

nen Arbeitsvertrag nicht abzuschließen, also mehr als diese defensive „Antwort“, die jedenfalls zunächst in die Arbeitslosigkeit führt, nicht zusteht.³⁶⁵

4. Berufung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf unzureichende bzw. falsche Unterrichtung gemäß § 613a Abs. 5 BGB

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die insbesondere von einem Teilbetriebsübergang betroffen sind, aber im Ausgangsbetrieb verbleiben wollen, etwa weil sie keine beruflichen Zukunftschancen in dem ausgegliederten Betriebsteil sehen, berufen sich gelegentlich darauf, die Unterrichtung über den bevorstehenden Betriebsübergang sei fehlerhaft (§ 613a Abs. 5 BGB). Trifft dies zu, läuft die Widerspruchsfrist nicht. Ob dies zutrifft, entscheidet im Zweifel ein Urteil des Arbeitsgerichts. Andererseits kann der Widerspruch noch Jahre nach dem Betriebsübergang erklärt werden. Allerdings kann bei längerem Zuwarten das Widerspruchsrecht verwirkt sein.³⁶⁶ Die Darlegungslast für die Ordnungsmäßigkeit der Unterrichtung liegt zwar beim Veräußerer und Erwerber.³⁶⁷

Jedoch ist eine fehlerhafte Unterrichtung unschädlich, wenn bei komplexen Rechtsfragen der Arbeitgeber die Rechtslage gewissenhaft geprüft hat und seine Position vertretbar ist.³⁶⁸ Das Risiko für den Veräußerer, noch jahrelang nach einem Betriebsübergang mit Widersprüchen überzogen zu werden, beschränkt sich in der Praxis meist auf Einzelfälle.

Gleichwohl bringt neben dem Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB auch die Möglichkeit, sich gemäß dessen Abs. 5 auf die falsche oder unvollständige Information über den Betriebsübergang zu berufen, die Rechtssubjektivität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Umstrukturierung zum Ausdruck.

365 BAG vom 24.5.2012 – 2 AZR 62/11, NZA 2013, S. 277, Rn. 56; vgl. *Schipp*, NZA 2013, S. 238; *Willemssen u.a.*, a.a.O., G., Rn. 70a ff.; BAG vom 19.3.2015 – 8 AZR 150/14, AP Nr. 461 zu § 613a BGB (Zeitungszustellerbetriebe Z1 und Z2).

366 *Schaub-Abrendt*, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 118 Rn. 51ff. Eine unvollständige Information kann durch ergänzende Unterrichtung geheilt werden. Zur Rechtslage nach Art. 7, 9 BÜ-RL vgl. im Einzelnen *Preis/Sagan/Grau/Hartmann*, EuArbR, 2. Aufl. 2019, § 15.185ff.

367 *Schaub-Abrendt*, a.a.O., Rn. 43 mwN.; zur Darlegungslast bei der BÜ-RL (keine Vorgaben) vgl. im Einzelnen *EuArbRR/Winter*, 3. Aufl. 2020, Art. 3 RL 2001/23/EG, Rn. 10.

368 BAG vom 10.11.2011 – 8 AZR 430/10, AP Nr. 15 zu § 613a BGB Unterrichtung.

5. Rechte des Betriebsrats und betroffener Arbeitnehmerinnen/ Arbeitnehmer bei Kündigung nach unternehmensinterner Auf- spaltung und Widerspruch („Ja-Sager und Nein-Sager 2“)³⁶⁹

a) Betriebsverfassungsrechtliche und kündigungsschutzrecht- liche Konsequenzen

Der Kläger hatte dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen und seine Arbeitskraft dem Unternehmen angeboten, dem er jedoch nicht zugeordnet worden war. Er wurde, zwar tarifvertraglich unkündbar und Mitglied des Betriebsrats des Ausgangsbetriebes, außerordentlich betriebsbedingt mit Auslauffrist von sieben Monaten wegen „sinnentleerten“ Arbeitsverhältnisses gekündigt. Seine Klage dagegen erwies sich als unbegründet.

So wie das Ausgangsunternehmen bei der Unternehmensaufspaltung nach UmwG erlischt, soll nach nicht begründeter Auffassung des BAG der Ursprungsbetrieb durch seine unternehmensinterne Aufspaltung erloschen sein.³⁷⁰ In Bezug auf den Ausgangsbetrieb, hier also die Beklagte zu 2., soll der Betriebsrat nur ein Restmandat nach § 21b BetrVG haben. Dagegen soll er sein weiter gehendes Übergangsmandat nach § 21a BetrVG ausschließlich für die durch die Aufspaltung des Betriebs entstandenen „Spaltprodukte“, hier die Beklagte zu 1. sowie den Back Office-Betrieb, laut BAG „eigenständige Betriebe“, auszuüben haben. Diesem wollte der Kläger nicht länger angehören, jenem sollte er nicht zugeordnet sein, womit sein Arbeitsverhältnis nicht auf dieses Unternehmen übergegangen war.

Dies Dilemma, in das der Kläger durch die längere Zeit zuvor erfolgte Zuordnung und anschließend durch sein vorprozessuales und prozessuales Verhalten, letztlich aufgrund seiner Antragstellung, geraten war, hatte einschneidende betriebsverfassungs- und kündigungsschutzrechtliche Konsequenzen, samt und sonders zu seinem Nachteil:

Der vor der Betriebsaufspaltung amtierende Betriebsrat musste vor der Kündigung nicht aufgrund seines Übergangsmandats nach § 21a BetrVG zur Kündigung gehört werden. Der Ausgangsbetrieb soll durch die Betriebsaufspaltung

369 Vgl. zum Sachverhalt schon oben Erster Abschnitt, E.IV. sowie sogleich unten; BAG vom 24.9.2015 – 2 AZR 562/14, NZA 2016, S. 366; vgl. auch die „Vorentscheidung“ des BAG vom 21.2.2013 – 8 AZR 877/11, NZA 2013, S. 617, und die beiden darauf bezogenen Urteile des Thüringer LAG vom 14.11.2011 – 6 Sa 53/11, sowie vom 23.7.2014 – 6 Sa 198/13. Zu diesen Urteilen des BAG vgl. auch unten C.II.5. und C.V.4.a).

370 Womöglich ist dies st. Rspr. des BAG; vgl. z.B. BAG vom 24.5.2012 – 2 AZR 62/11, Rn. 48, NZA 2013, S. 278. In Fällen der Betriebsaufspaltung werde der Ursprungsbetrieb aufgelöst, in Fällen der Abspaltung bestehe er fort. Behalte er seine Identität, bleibe der Betriebsrat im Amt und habe für den abgespaltenen Betriebsteil ein Übergangsmandat.

erloschen sein. Der Widerspruch gegen die sich an die Betriebsaufspaltung anschließenden Betriebsteilübergänge ging ins Leere. Er konnte nur auf Verbleib in dem, folgt man dem BAG, schon durch die Betriebsaufspaltung allerdings bereits erloschenen Ausgangsbetrieb gerichtet sein.³⁷¹ Das Übergangsmandat des Betriebsrats bestand nur für die beiden „Spaltprodukte“, nicht für den Ausgangsbetrieb. Damit war der Betriebsrat zur Anhörung vor Kündigung des dort, genauer: im arbeits- und betriebsverfassungsrechtlichen „Nichts“ zurückgebliebenen Klägers nicht zu beteiligen.

Auch habe das Beteiligungsrecht des Betriebsrats bei Kündigungen keinen „hinreichenden Bezug zu seinen Aufgaben im Zusammenhang mit der Betriebsspaltung“.³⁷² Die Kündigung beruhe nicht auf der Spaltung, sondern auf dem Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses. – Dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nur wegen der Spaltung widersprochen hatten, wird nicht erwähnt.

In kündigungsschutzrechtlicher Hinsicht gilt:

- Die Kündigung soll nicht wegen des Betriebsübergangs (§ 613a Abs. 4 BGB) erklärt worden sein.
- Dem Kläger, Mitglied des Betriebsrats des Ausgangsbetriebes – und später des Betriebsrats womöglich mit Übergangsmandat – sollte der besondere Kündigungsschutz u.a. für BR-Mitglieder (§ 15 KSchG) nicht zustehen. Offenbar gilt dem BAG die von ihm angenommene Auflösung des Ausgangsbetriebes durch dessen Aufspaltung in Back Office und Call-Center als Stilllegung des Betriebs im Sinne des § 15 Abs. 4 KSchG, weil der Rechtsträger durch Aufspaltung des Unternehmens erlischt – und analog der Betrieb durch Aufspaltung des Betriebs – erlöschen soll.³⁷³ Warum das sein soll, wird nicht deutlich.
- Auch seine Unkündbarkeit aufgrund Tarifvertrages nutzte dem Kläger nichts. Wegen „sinnentleerten Arbeitsverhältnisses“ wurde er außerordentlich betriebsbedingt mit der üblichen Frist von sieben Monaten gekündigt. Nur die Betriebsaufspaltung bzw. diese zuzüglich der beiden Be-

371 BAG, a.a.O., Rn. 61.

372 BAG, a.a.O., Rn. 65.

373 § 15 Abs. 4 (Stilllegung des Betriebs und betriebsbedingte Kündigung auch aller Mitglieder des Betriebsrats) statt § 15 Abs. 5 (Stilllegung einer Betriebsabteilung mit der Folge der Übernahme des dort beschäftigten Betriebsratsmitglieds in eine andere Abteilung) nimmt das BAG auch bei Stilllegung einer Betriebsabteilung im Sinne des § 4 Abs. 1 S. 1 BetrVG an, wenn nur für diesen fingierten Betrieb, nicht aber für die weiteren, der Betriebsrat gewählt war; BAG vom 4.11.2004 – 2 AZR 96/04, AP Nr. 57 zu § 15 KSchG, Rn. 28 mwN. Im Erfurter Call-Center war der Betriebsrat jedoch gewählt worden. Erst danach waren die beiden Bereiche bzw. aufgespaltenen Betriebe entstanden und hatten die beiden Betriebsübergänge auf die Call-Center GmbH und die Back Office GmbH stattgefunden; vgl. oben Erster Abschnitt, E.IV.

triebsteilübergänge können das Arbeitsverhältnis des Klägers seines Sinnes entleert haben. Denn die konkreten Arbeitsprozesse im Call-Center und Back Office wurden fortgesetzt wie zuvor, ungeachtet der Betriebsaufspaltung und der Betriebsteilübergänge jedenfalls zunächst – bis zur Stilllegung des Unternehmens, dem die Nein-Sager zu den früheren arbeitsvertraglichen Konditionen, also zu einem Monatsgehalt von 3.100 bzw. 4.000 € anstelle von 1.500 oder 1.700 € weiter angehörten. Das Back Office-Unternehmen, dem der Kläger nicht angehören mochte, wurde zum 31.12.2012 stillgelegt.

b) Schlussfolgerungen

In der soeben unter 2. erörterten Konstellation zur Unternehmensaufspaltung nach dem UmwG hatte die Klägerin ein Wahlrecht bezüglich ihrer Zugehörigkeit zu einem der aus der Unternehmensaufspaltung hervorgegangenen Unternehmen. In jenem Fall war ihr Arbeitsverhältnis einer übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit nicht zugeordnet gewesen. Die Namensliste im Interessenausgleich nach § 323 Abs. 2 UmwG war unwirksam.

Ergaben sich in jenem Fall subjektive Rechte des widersprechenden Arbeitnehmers wegen Unverbindlichkeit der Zuordnung, hatte das BAG in dem Fall der Umstrukturierung des Erfurter Callcenters an der Zuordnung nichts auszusetzen. Deren Grund lag allerdings darin, dass der Kläger ca. ein halbes Jahr zuvor, als die weitere Entwicklung des Betriebs und Unternehmens offenbar noch nicht bekannt war, von seinem Recht Gebrauch gemacht hatte, eine ihm nachteilige Änderung des Arbeitsvertrages durch Senkung des Arbeitsentgelts abzulehnen. Wer dies tut, muss sogar trotz Kündigungsausschlusses und Betriebsratsmitgliedschaft hinfort auch mit der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung wegen sinnentleerten Arbeitsverhältnisses rechnen. Eine Maßregelung schien in jenem Fall so fernliegend, dass die vier Urteile des LAG Thüringen und des BAG sie nicht erwähnen.

Wenn Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von ihrem Widerspruchsrecht und damit vom Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG Gebrauch machen, bleibt von diesem Grundrechtsgebrauch in der Praxis auch in weniger zugespitzten Fällen oft nur wenig. Aufgrund des Widerspruchs soll noch der stärkste arbeitsrechtliche Schutz ohne weiteres entfallen. Eine ausgeprägtere Objektstellung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Umstrukturierung ist kaum denkbar. Gegenrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu ihrem Schutz bestehen kaum – und dies bloß aufgrund von Maßnahmen, die meist, so auch im Fall des Erfurter Call-Centers, nur „auf dem Papier“ standen.

6. Rechte des Betriebsrats – Relativierung der Objektstellung des Arbeitnehmers?

Unterstellt, der Betriebsrat sei Repräsentant der Beschäftigten, lassen sich auch bei Umstrukturierungen dessen Rechte den Handlungschancen und Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dieses Betriebs „zurechnen“:

Dass die Betriebsparteien aufgrund ihrer (nach Maßgabe der Rechtsprechung des BAG nun weit zu verstehenden) Betriebsautonomie³⁷⁴ über vieles verhandeln und freiwillige Betriebsvereinbarungen schließen können, bleibe dabei außer Betracht. Die Anzahl der freiwilligen Vereinbarungen der Betriebsparteien dürfte die aufgrund von Mitbestimmungstatbeständen bei weitem überwiegen. Auch sollen die Anhörungs-, Unterrichts- und Beratungsrechte des Betriebsrats (§§ 80, 82 Abs. 1, 83ff., 90–94, 99–103, 106ff. BetrVG) – in der Praxis mindestens so bedeutsam wie die Mitbestimmungsrechte – und überdies auch die Rechte der Arbeitnehmerbank in der Unternehmensmitbestimmung auf sich beruhen.³⁷⁵ Die folgende Darstellung beschränkt sich außerdem auf Rechte des Betriebsrats in wirtschaftlichen Angelegenheiten, §§ 111–113 BetrVG.

a) Rechte des Betriebsrats bei Funktionsnachfolge

Funktionsnachfolge³⁷⁶ ist kein Betriebsübergang.³⁷⁷ Betriebsmittel werden nicht übernommen, vielmehr führt ein anderer Unternehmer nur eine Tätigkeit fort. Damit werden die vom Funktionsnachfolger übernommenen betrieblichen Funktionen bei deren bisherigem Betreiber stillgelegt, jedoch wird die Tätigkeit fortgesetzt. Der „Ausgangs“-Betrieb, wie er vor der Funktionsnachfolge bestand, wird nicht gespalten, sondern teilstillgelegt.³⁷⁸ Der Beteiligungstatbestand für Interessenausgleich und Sozialplan ist in diesem Fall nicht § 111 S. 3 Nr. 3 (Spaltung), sondern Nr. 1 (Stilllegung). Es sind keine bloß „spaltungsbedingten“, sondern „stilllegungsbedingte“ Nachteile ausgleichsfähig.

374 Z.B. Fitting, a.a.O., § 77 Rn. 45ff. mwN.

375 Vgl. dazu umfassend *Bachner u.a.*, Arbeitsrecht bei der Umstrukturierung von Unternehmen und Betrieben, 5. Aufl. 2018, § 3; *Bauer u.a.*, Umstrukturierung. Handbuch für die arbeitsrechtliche Praxis, 3. Aufl. 2015, Teil 4, A. III. und IV. sowie B. II.; *Willemssen u.a.*, a.a.O., F; *Mücll u.a.*, Arbeitsrecht in der Umstrukturierung, 4. Aufl. 2017, 4. Kapitel, F; *Vogt*, Arbeitsrecht im Konzern, 2014, § 18.

376 Dazu EuGH vom 12.2.2009 – C-466/07, Klarenberg, EzA RL 2001/23 EG-Vertrag 1999, Nr. 2 m. Anm. *Bayreuther/Schlachter*, RdA 2009, Beil. 5/2009, S. 31; *KR-Treiber*, a.a.O., § 613a BGB, Rn. 16. Zur Funktionsnachfolge vgl. z.B. BAG vom 19.3.2015 – 8 AZR 150/14, AP Nr. 461 zu § 613a BGB. Die neue Arbeitgeberin hatte in diesem Fall von den 57 Arbeitnehmern der bisherigen Zustellgesellschaft 7 neu eingestellt. Betriebsspaltungen, -zusammenschlüsse, -eingliederungen usw. ohne Arbeitgeberwechsel werden auf andere Weise vollzogen; vgl. auch *Schaub-Abrendt*, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 117 Rn. 12f. mwN.; *Kreitner*, in: *Küttner* (Hrsg.), Personalbuch, 2020, Betriebsübergang Rn. 12.

377 So schon BAG vom 26.6.1997 – 8 AZR 426/95, NZA 1997, S. 1228; *HaKo-KSchR/Wembeuer*, 7. Aufl. 2021, § 613a BGB, Rn. 34; zur Rechtslage nach Art. 1 BÜ-RL vgl. *EuArbRK/Winter*, 3. Aufl. 2020, Art. 1 RL 2001/23/EG, Rn. 72f.

378 BAG vom 16.5.2007 – 8 AZR 693/06, NZA 2007, S. 1296; vgl. auch oben Erster Abschnitt, E.II.1.

Nicht zuletzt bei betriebsmittelarmen Betrieben bereitet die Abgrenzung zwischen Betriebsübergang und Funktionsnachfolge Schwierigkeiten.

b) Rechte des Betriebsrats beim Betriebsübergang

Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Umstrukturierungen, auch in wirtschaftlichen Angelegenheiten gemäß §§ 111ff. BetrVG, können im Allgemeinen die Objektstellung der von der Umstrukturierung betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mildern:

Der Verschmelzungs- bzw. Spaltungsvertrag ist bei Umstrukturierung des Unternehmens nach Maßgabe des UmwG dem Betriebsrat zuzuleiten (§§ 5, 126 UmwG). Eine Umstrukturierung durch partielle Gesamtrechtsnachfolge wie durch Einzelrechtsnachfolge kann mit einer Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG „verbunden“ sein und Beteiligungsrechte des Betriebsrats auslösen.

Wenn der Arbeitgeber einen Betriebsteil ausgliedert, um ihn als eigenständigen Betrieb weiterzuführen, in einen anderen Betrieb eingliedert oder als veräußerungsfähige Einheit auf einen neuen Rechtsträger überträgt,³⁷⁹ liegt eine Betriebsänderung nach § 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG vor. Der Übergang des ganzen Betriebs gemäß § 613a BGB, sei es im Wege der partiellen Gesamtrechts-, sei es durch Einzelrechtsnachfolge, ist zwar nach (umstrittener) Rechtsprechung des BAG keine Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG. Bei Teilbetriebsübergängen ist der Arbeitgeber aber – wie sonst bei den Tatbeständen der Betriebsänderung – von sich aus zur Durchführung des Interessenausgleichsverfahrens gehalten, notfalls bis in die Einigungsstelle. Diese kann jedoch ohne besondere Vereinbarung keinen Spruch fällen.

In den Fällen des § 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG hat der Betriebsrat jedenfalls beim Betriebsteilübergang ein Mitbestimmungsrecht zum Abschluss eines Sozialplans. Allerdings sind nur die durch die Spaltung bedingten Nachteile – durch Spruch der Einigungsstelle – im Sozialplan ausgleichsfähig.³⁸⁰ An ausschließlich spaltungsbedingten Nachteilen wird es häufig fehlen. Resultat ist dann ein „Null-Sozialplan“.

Eine Sozialplanpflicht besteht nach § 112a Abs. 2 BetrVG nicht für neu gegründete Unternehmen. Gesetzliche Rückausnahme sind Neugründungen im Zu-

379 BAG vom 18.3.2008 – 1 ABR 77/06, Rn. 17; zu (nicht) ausgleichsfähigen Nachteilen vgl. *Fitting*, § 111 Rn. 53; a.A. DKW-Däubler, § 111 Rn. 98ff., 127ff.

380 BAG vom 25.1.2000 – 1 ABR 1/99, NZA 2000, S. 1069. Sozialpläne, die ohne Spruch der Einigungsstelle zustande kommen, unterliegen dieser Beschränkung nicht; vgl. *Fitting*, a.a.O., § 111 Rn. 53.

sammenhang mit der rechtlichen Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen (§ 112a Abs. 2 S. 2 BetrVG).³⁸¹

Demnach beschränken sich die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats auf Abschluss eines Sozialplans bei Teilbetriebs- und Unternehmensspaltungen und sind begrenzt auf den Ausgleich oder die Milderung gerade und nur spaltungsbedingter Nachteile.

Was spaltungsbedingt ist, ist offen. Ein Berechnungsdurchgriff im Konzern, d.h. die Berücksichtigung des Vermögens der Muttergesellschaft wird von der herrschenden Meinung grundsätzlich abgelehnt.³⁸² Im Ergebnis besteht für einige Konstellationen aber weitgehende Einigkeit, dass ein Berechnungsdurchgriff stattzufinden hat, so bei Unterkapitalisierung, Formenmissbrauch, Eingliederung, Sphärenvermischung und bei Vertragskonzernen.

Ein Berechnungsdurchgriff, d.h. die Berücksichtigung des Vermögens der Muttergesellschaft, garantiert keinen lukrativen Sozialplan – was, wenn die Muttergesellschaft kaum Vermögen hat oder aber das Aktivvermögen nicht dort, sondern in einer anderen Gesellschaft liegt?

Die Objektstellung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wird durch Beteiligungsrechte des Betriebsrats also allenfalls bei Betriebs- oder Unternehmensspaltungen oder -zusammenschlüssen und insoweit begrenzt auf die finanzielle Milderung oder – bestenfalls – den Ausgleich spaltungsbedingter Nachteile, vor allem durch Abfindungen im Sozialplan nach Spruch der Einigungsstelle relativiert.

c) Rechte des Betriebsrats bei Trennung in eine Besitz- und Produktionsgesellschaft

Die in der Praxis häufigen und vom Steuerrecht schon früh entwickelten, gesetzlich dort aber bis heute nicht normierten Formen der Betriebsaufspaltung haben im UmwG eine „systemfremde“ arbeitsrechtliche Regelung in § 134 gefunden, die § 613a BGB modifiziert. Der Rechtsträger spaltet sein Vermögen in eine Anlagen- und eine Betriebsgesellschaft, trennt also Vermögen und Arbeit-

381 „Fluchten aus der Sozialplanpflichtigkeit“ erörtern z.B. *Fitting*, a.a.O., §§ 112 Rn. 112ff.

382 *Willemsen u.a.*, a.a.O., C, Rn. 325ff.; *GK-Oetker*, a.a.O., §§ 112, 112a Rn. 445ff.; a.A. *DKW-Däubler*, §§ 112, 112a Rn. 186ff., alle mwN. Der Berechnungsdurchgriff wird bei der Ermessensbindung der Sozialplaneinigungsstelle nach § 112 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 S. 2 BetrVG (Leistungsausschluss bei Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem zum Konzern gehörenden Unternehmen, wenn die Weiterbeschäftigung dort abgelehnt wird) erörtert. Vgl. auch BAG vom 22.1.2013 – 1 ABR 85/11, NZA-RR 2013, S. 409; zum Berechnungsdurchgriff auf die wirtschaftliche Lage des herrschenden Unternehmens zur Höhe von Ansprüchen der betrieblichen Altersversorgung vgl. BAG vom 10.3.2015 – 3 AZR 739/13, NZA 2015, S. 1187.

nehmerinnen/Arbeitnehmer in eine „arme“ Produktionsgesellschaft und eine „reiche“ Besitz KG.³⁸³ Dies begrenzt die Haftung und ermöglicht die leichtere Trennung von unrentablen Betriebsteilen.³⁸⁴ In betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht soll nach der Rechtsprechung des BAG – jedenfalls in der folgenden Gestaltung – diese Trennung keine Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach §§ 111ff. BetrVG auslösen:

Der Betrieb geht auf eine Produktionsgesellschaft über, das Sach- und Anlagevermögen, vor allem das Betriebsgrundstück wird auf eine Besitzgesellschaft übertragen. Zwischen dem Betriebsveräußerer sowie dem Inhaber der Produktionsgesellschaft und dem der Besitzgesellschaft wird vereinbart, dass der Produktionsgesellschaft die zur Fortführung des Betriebs erforderlichen Sachmittel durch die Besitzgesellschaft überlassen werden. Die mobilen und immobilen Betriebsmittel bleiben aufgrund der Vereinbarung folglich wie bisher und unverändert der betrieblichen Organisation zur Erreichung des ebenfalls unveränderten Betriebszwecks zugeordnet. – Dadurch ändert sich der Betrieb nicht.³⁸⁵

Der Betriebsrat soll damit kein Beteiligungsrecht nach §§ 111ff. BetrVG haben, das immerhin die Objektstellung der von der Umstrukturierung betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer modifizieren könnte. Es bleibt bei den Voraussetzungen und Folgen des § 613a BGB im Einzelarbeitsverhältnis.

Die fünfjährige Nachhaftung nach § 134 UmwG soll für Sozialplanansprüche der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Produktionsgesellschaft bestehen, jedoch nur, wenn der „Händewechsel“ durch Gesamtrechtsnachfolge, nicht wenn er durch Einzelrechtsnachfolge stattfindet, für den das UmwG nicht gilt.³⁸⁶ Außerdem müsste ein Fall des § 111 BetrVG vorliegen, was in der o.a. Konstellation vom BAG gerade nicht angenommen wird.

Ist dagegen nur ein Teil oder eine Abteilung durch Betriebsübergang übergegangen, ist dies zugleich eine Betriebsspaltung nach § 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG. Der Betriebsteil sei ausgegliedert und einer „eigenständigen organisatorischen Leitung unterstellt“ worden.³⁸⁷ Auch wenn ein Betriebsteil auf eine Produkti-

383 Vgl. *Blank u.a.*, Arbeitnehmerschutz bei Betriebsaufspaltung und Unternehmensteilung, 2. Aufl. 1987, S. 55ff.; zur steuerlichen Betriebsaufspaltung in ihren verschiedenen Formen, die keine gesetzliche Regelung gefunden hat, vgl. zur steuerlichen Betriebsaufspaltung auch A.III.3. sowie B.II.5.d)bb).

384 Zu § 134 UmwG vgl. *Schaub-Abrendt*, a.a.O., § 116 Rn. 20; *Willemsen u.a.*, a.a.O., G., Rn. 204ff.

385 BAG vom 31.1.2008 – 8 AZR 1116/06, NZA 2008, S. 642, Rn. 6f., 44ff.

386 A.A. *Däubler*, RdA 1995, S. 136 [146]; dagegen *Willemsen u.a.*, a.a.O., C., Rn. 332.

387 BAG vom 10.12.1996, a.a.O., II. 1a) der Gründe.

ongesellschaft übergeht, ein kleiner Teil der Arbeitnehmerschaft dagegen auf eine Besitzgesellschaft, ist dieser Betriebsübergang zugleich Betriebsspaltung.

Geschieht der Betriebsübergang durch Umwandlung, entnimmt das BAG § 134 UmwG auch einen Berechnungsdurchgriff bei der Aufstellung eines Sozialplans für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Produktionsgesellschaft.³⁸⁸ Nur in diesem Fall soll zur Bemessung von Abfindungen das Vermögen der Besitzgesellschaft berücksichtigt werden dürfen.

7. Relativierung der Objektstellung des Arbeitnehmers bei Umstrukturierungen nach dem UmwG

a) Namensliste im Interessenausgleich (§ 323 Abs. 2 UmwG)

Die fehlerhafte Zuordnung eines Arbeitnehmers beim Betriebsteilübergang zum übergehenden oder nicht übergehenden Betriebsteil kann zu einer erfolgreichen Feststellungsklage des Arbeitnehmers führen. Diese Rechtsfolge modifiziert § 323 Abs. 2 UmwG bei Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung, wenn dieser Umwandlung eine Betriebsänderung zugrunde liegt und ein freiwilliger Interessenausgleich mit einer Namensliste zustande gekommen ist. Die Zuordnung wird dann gerichtlich nur noch auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft. Die Vereinbarkeit des § 323 Abs. 2 UmwG mit der BÜ-RL wird bezweifelt.³⁸⁹

Da § 613a BGB Vorrang hat und zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht ist (vgl. auch § 324 UmwG), soll dies weiter voraussetzen, dass der Übergang eines Betriebsteils im Wege der Umwandlung sämtlichen Merkmalen des § 613a BGB genügt, insbesondere dem der Zuordnung zu einer übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit beim übertragenden Rechtsträger, und dass diese wirtschaftliche Einheit beim übernehmenden Rechtsträger als solche „ankommt“. Da § 613a BGB zwingend ist, soll § 323 Abs. 2 UmwG nur Anwendung finden, wenn eine Zuordnung nicht möglich ist, insbesondere bei Springern, in Stabsabteilungen und bei Querschnittsfunktionen.³⁹⁰

388 BAG vom 15.3.2011 – 1 ABR 97/09, NZA 2011, S. 1112.

389 EUArbRK/Winter, a.a.O., Art. 1 Rn. 47.

390 *Habersack u.a.*, UmwG, 2019, § 323 Rn. 8ff.; *Joost*, in: *Lutter*, Umwandlungsgesetz, Bd. II., 5. Aufl. 2014, § 323, Rn. 28ff.; *Lakenberg*, Münchner Handbuch Gesellschaftsrecht, Bd. VIII., 5. Aufl. 2018, § 57 Rn. 96ff.; *Willemsen*, in: *Kallmeyer*, Umwandlungsgesetz, 6. Aufl. 2017, § 324 Rn. 51ff.; *Elking*, NZA 2014, S. 295; *Langner*, in: *Schmitt u.a.*, Umwandlungsgesetz, 8. Aufl. 2018, § 323 Rn. 12ff.; *Simon*, in: *Semler/Stengel*, Umwandlungsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 323 Rn. 19ff.; BAG vom 19.10.2017 – 8 AZR 63/16 –, NZA 2018, S. 370, Rn. 40ff.: Die praktische Bedeutung des – textlich missglückten – § 323 Abs. 2 UmwG bestehe darin, eine „gerichts feste“ Zuordnung dort zu ermöglichen, wo ein klarer Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses fehle oder seine Ermittlung mit erheblichen Schwierigkeiten im Tatsächlichen behaftet sei; vgl. auch die Anmerkung *Boigs*, juris PRArbR 51/2018, Anm. 2; Parallelscheidung zum Urteil des BAG vom 19.10.2017 – 8 AZR 63/16, NZA 2018, S. 370; Urteil vom 26.4.2018 – 8 AZR 513/17, juris.

Die Zuordnung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern geschieht im – freiwilligen – Interessenausgleich durch die Betriebsparteien, jedoch ohne dass eine einzelne derart zugeordnete oder nicht zugeordnete Beschäftigte darauf Einfluss hätte. Sie wird diese fremdbestimmte Zuordnung, die meist im Wege des Direktionsrechts geschieht, kaum erfolgreich angreifen können.

Ein Zugewinn an Rechtssubjektivität der einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die sich durch die Aufnahme oder Nichtaufnahme ihres Namens in die Namensliste fälschlich zugeordnet sehen, ist damit nicht verbunden. – Ähnlich wie im Fall der Namensliste gemäß § 1 Abs. 5 KSchG bei Kündigung aufgrund einer Betriebsänderung reduziert im Fall des § 323 Abs. 2 UmwG der Name auf der Liste in der Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat die Handlungschancen des Arbeitnehmers im Individualverfahren noch weiter. Aufgrund der unter Umständen erheblichen Drucksituationen, in denen der Betriebsrat bei Umwandlungen stehen kann, etwa aufgrund möglicher Alternativen des Unternehmens zur Umwandlung, wie z.B. einer Betriebsverlegung, verbürgt die Freiwilligkeit des Interessenausgleichs deshalb oft keinen wirksamen Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

b) Grob fehlerhafte Zuordnung

Die Zuordnung ist allerdings grob fehlerhaft im Sinne von § 323 Abs. 2 UmwG, wenn sie nicht zu einer wirtschaftlichen Einheit im Sinne von § 613a Abs. 1 S. 1 BGB geschieht, die darauf angelegt ist, identitätswahrend fortgeführt zu werden. Die Regelungen des § 613a BGB sind zwingend. Die grob fehlerhafte Zuordnung ist unverbindlich. Dies kann der Arbeitnehmer geltend machen – soweit eine wegweisende Entscheidung des BAG, allerdings zugeschnitten auf einen besonderen Einzelfall.³⁹¹ Immerhin kann auf diese Weise der vorweggenommenen Bildung von Arbeitnehmergruppen, die im neuen Unternehmen nicht gebraucht werden, eine Grenze gesetzt werden.

Im Übrigen erlischt das Ausgangsunternehmen bei Verschmelzung und Aufspaltung. Schon deshalb ergibt sich für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die sich zu Unrecht einem Arbeitsverhältnis zum übernehmenden Rechtsträger zugeordnet wähnen, keine Handlungsalternative.

391 BAG vom 19.10.2017, a.a.O., Rn. 37ff.

8. Zuordnung im Spaltungsvertrag (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 126 UmwG) und Wahlrecht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zum Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf eines der aus der Spaltung hervorgegangenen Unternehmen

Ist das Arbeitsverhältnis wegen Verletzung der Schutzregeln des § 613a BGB nicht durch Betriebsteilübergang auf einen der übernehmenden Rechtsträger übergegangen, ist es insbesondere im Spaltungsvertrag nicht den Vorgaben des § 613a BGB folgend einer übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit zugeordnet, setzt sein Übergang nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG jedenfalls bei Aufspaltung des übertragenden Rechtsträgers nach Auffassung des BAG voraus, dass der Arbeitnehmer dem Übergang zustimmt.³⁹² Fehlt es daran, soll dies trotz Vollzugs der Spaltung nicht das Erlöschen des Arbeitsverhältnisses zum Altunternehmen bewirken. Die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer soll ein Wahlrecht haben, mit welchem neuen Rechtsträger sie/er das Arbeitsverhältnis fortsetzen will.³⁹³

Die Erwägung des BAG zu diesem Sonderfall besagt, § 613a BGB setze zwingend u.a. die Zuordnung zu einer übergangsfähigen Einheit voraus. Daran habe es in dem Fall gefehlt. Der Spaltungs- und Übernahmevertrag könne § 613a BGB nicht substituieren.

Die vorherige Zustimmung der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers in diesem Fall und das Wahlrecht dahingehend, mit welchem neuen Unternehmen das Arbeitsverhältnis fortgesetzt werden soll, gewährleisten die vergleichsweise weitestgehende Handlungsfreiheit der von einer Umstrukturierung betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Die Notwendigkeit ihrer Zustimmung folgt laut BAG auch aus den „grundrechtlichen Wertungen“ des Art. 12 Abs. 1 GG, hier: der freien Wahl des Vertragspartners.

Dreh- und Angelpunkt der Entscheidung ist, dass die Klägerin keiner „übergangsfähigen Einheit“ im Sinne des § 613a BGB angehörte. Vielmehr war sie einer bloßen Zusammenfassung von Prozessen, Aufgaben und Arbeitnehmern zugewiesen worden, deren Tätigkeit demnächst entfallen würde. Die Einheit war nicht darauf „angelegt, ihre vor der Übernahme vorhandene Identität

³⁹² BAG, a.a.O., Rn. 25ff.

³⁹³ Vgl. oben C.II.7., sowie KR-Treiber, a.a.O., § 613a Rn. 38; APS-Steffan, 5. Aufl. 2018, § 126 UmwG, Rn. 30 mwN.; vgl. auch Willemsen, in: Kallmeyer, a.a.O., § 324 Rn. 57 („rein spaltungsrechtlicher Übergang von Arbeitsverhältnissen, für den § 613a BGB insgesamt nicht gilt“); nach Schaub-Abrendt, a.a.O., § 116 Rn. 25 kann in einem Spaltungsvertrag eine Zuordnung der Arbeitsverhältnisse nicht erfolgen. Der Wortlaut sehe nur die Zuordnung von Betrieben und Betriebsteilen vor, nicht von Arbeitsverhältnissen; a.A. wohl Bachner u.a., Arbeitsrecht bei der Umstrukturierung von Unternehmen und Betrieben, 5. Aufl. 2018, § 6 Rn. 95ff.; vgl. auch BAG, a.a.O., Rn. 48ff.

nach der Übernahme zu bewahren“. Eine solche Identität bestand vor Übernahme nicht. Sie war insbesondere keine „hinreichend strukturierte und selbstständige Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigenem Zweck“. ³⁹⁴

III. Zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht und arbeitsvertragliche Gestaltungsfreiheit im Betriebsübergang

§ 613a BGB ist einschließlich des Kündigungsverbots nach § 613a Abs. 4 S. 1 BGB zwingend. Auch die Schutzregeln der Art. 3-5 BÜ-RL (Kapitel II. Wahrung der Ansprüche und Rechte der Arbeitnehmer) sind dies. Von ihnen darf zum Nachteil der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht abgewichen werden; die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können nicht auf ihre Rechte aus der RL verzichten. ³⁹⁵ Jedoch steht die RL einer mit dem neuen Inhaber vereinbarten Änderung des Arbeitsverhältnisses nicht entgegen, wenn das innerstaatliche Recht sie unabhängig von einem Übergang zulässt. ³⁹⁶

Nach innerstaatlichem Recht gestaltet sich die Rechtslage, zusammengefasst, wie folgt: Aufhebungsverträge aus Anlass des Betriebsübergangs, die vom Veräußerer oder Erwerber allein deshalb veranlasst werden, um dem Kündigungsverbot auszuweichen, sind unwirksam. ³⁹⁷ Vertragsgestaltungen, deren objektive Zielsetzung in der Beseitigung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes besteht, sind dies ebenfalls. ³⁹⁸ Beide Konstellationen haben kaum Praxisrelevanz.

Im Übrigen soll – trotz zwingenden Arbeitnehmerschutzrechts – die arbeitsvertragliche Gestaltungsfreiheit weitgehend erhalten bleiben – nicht anders als sonst – vorbehaltlich von Umgehungsfällen. ³⁹⁹ Es geht dabei fast nur um Aufhebungsverträge, nicht um Alternativen im selben Arbeitsverhältnis oder um seinen Fortbestand. So sind Aufhebungsverträge mit dem alten oder dem neu-

394 BAG vom 19.10.2017, a.a.O., Rn. 35f.; Bei einem Betriebsübergang auf mehrere Betriebserwerber bei Beschäftigung eines Arbeitnehmers in mehreren Betriebsteilen ohne klare Zuordnung (EuGH vom 26.3.2020 – C-344/18, ISS, m. Anm. *Joussen*, ZESAR 2020, S. 394) erwägt *Joussen* ebenfalls ein Wahlrecht des betroffenen Arbeitnehmers auf Zuordnung zu einem der betroffenen früheren Betriebsteile.

395 EuGH vom 6.11.2003 – C-4/01, Martin, NZA 2003, S. 1325, Rn. 40.

396 EUArbRK/*Winter*, RL 2001/23/EG, 3. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 2.

397 BAG vom 28.4.1987 – 3 AZR 75/86, NZA 1988, S. 198; vom 18.8.2005 – 8 AZR 523/04, NZA 2006, S. 145, Rn. 26ff.

398 BAG vom 10.12.1998 – 8 AZR 324/97, NZA 1999, S. 422.

399 Zum Umgehungsverbot bei Art. 4 Abs. 1 RL 2001/23/EG vgl. EuGH vom 7.8.2018 – C-472/16, Sigüenza, Rn. 54f., sowie *Chadna-Hoppe*, EuZA 2019, S. 255 (269).

en Betriebsinhaber, die auf das endgültige Ausscheiden aus dem Betrieb gerichtet sind, ohne Rücksicht auf ihre sachliche Berechtigung wirksam.⁴⁰⁰ Jedoch ist ein Aufhebungsvertrag bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes unwirksam, wenn die mit dieser Vertragsgestaltung verbundene Verschlechterung der Arbeitsbedingungen „sachlich unberechtigt“ ist.⁴⁰¹ Das ist sie z.B. nicht, wenn beim Abschluss des Aufhebungsvertrages weder ein Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitnehmer und dem Betriebserberwerber begründet noch verbindlich in Aussicht gestellt oder versprochen ist. Das Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 BGB sei dann nicht umgangen.⁴⁰²

Eine Eigenkündigung oder der Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit Hinweis auf den geplanten Betriebsübergang und eine Einstellungszusage zu schlechteren Bedingungen durch den Erwerber („Lemgoer Modell“) ist aber unwirksam.⁴⁰³

Die für Betriebsstilllegungen und -teilstilllegungen, allgemein: bei Unternehmenskrisen mit anstehendem erheblichen Personalabbau, häufig vereinbarten dreiseitigen Verträge durch Aufhebungsvertrag und unmittelbar folgende Einstellung in eine Transfergesellschaft können ebenfalls eine Umgehung des § 613a Abs. 4 BGB sein.⁴⁰⁴ Transfergesellschaften, auch Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften (BQG) genannt, liegen in krisenhaften Situationen des Unternehmens allerdings oft im Interesse der betroffenen Beschäftigten.⁴⁰⁵ Mit dem Betriebsrat vereinbarte Modalitäten von Transfergesellschaften sind für die Betroffenen oft günstiger, als wenn eine Transfergesellschaft nicht eingeschaltet würde. Ähnliches gilt für die jüngst immer praxisrelevanteren „Freiwilligenprogramme“.

400 BAG vom 18.8.2005, – 8 AZR 523/04, NZA 2006, S. 938, Rn. 28 mwN.

401 BAG vom 10.12.1998, a.a.O.; vom 18.8.2005, a.a.O., Rn. 34ff.

402 Dazu kritisch DKW-Däubler, a.a.O., §§ 112, 112a Rn. 267ff. u.a. für die Konstellation der dreiseitigen Verträge mit Transfergesellschaften; Kania, in: Küttner, Personalbuch 2020, Beschäftigungsgesellschaft Rn. 5ff.; Kreitner, in: Küttner, a.a.O., Betriebsübergang Rn. 53ff.

403 BAG vom 28.4.1987 – 3 AZR 75/86, a.a.O.; Kreitner, a.a.O., Rn. 53; Pils, NZA 2013, S. 125.

404 Z.B. BAG vom 27.9.2012 („Lotterie-Urteil“) – 8 AZR 826/11, NZA 2013, S. 961, für den Fall, dass zeitgleich mit der Veranlassung zur Eigenkündigung ein neues Arbeitsverhältnis vereinbart wurde oder dem Arbeitnehmer nach den gesamten Umständen klar war, dass er vom Betriebserberwerber eingestellt werde; zu allem ausführlich DKW-Däubler, a.a.O., Rn. 261ff.

405 Laßmann u.a., Handbuch Interessenausgleich und Sozialplan, 7. Aufl. 2016, S. 272ff.; Bichlmeier/Wroblewski, Das Insolvenzhandbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2010, Zweiter Abschnitt, Rn. 562ff.; Wenning-Morgenthaler, Die Einigungsstelle, 7. Aufl. 2017, Rn. 1116ff.; DKW-Däubler, a.a.O., Rn. 271ff.; Willemssen u.a., a.a.O., C., Rn. 261ff.; zum Transfersozialplan vgl. z.B. Fitting, a.a.O., § 112 Rn. 222 ff.

Das BAG⁴⁰⁶ hat zwar zutreffend die besonders in Unternehmenskrisen fehlende rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers skizziert. Er sei in einer Drucksituation, wolle letztlich den Arbeitsplatz behalten und beuge sich nur deshalb dem Druck.⁴⁰⁷ Ob das Angebot einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses durch den Übernehmer zu schlechteren Konditionen unter der Voraussetzung einer Aufhebung des ursprünglichen Arbeitsvertrages die Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers eher beeinträchtigt als ein Aufhebungsvertrag, der ausschließlich auf sein Ausscheiden abzielt, ist allerdings fraglich.⁴⁰⁸

Wichtiges Indiz für die Drucksituation des Arbeitnehmers sei, ob ein Aufhebungsvertrag oder eine Eigenkündigung vom alten oder vom neuen Arbeitgeber veranlasst worden sei. Einem Aufhebungsvertrag liege eine Drucksituation nicht zugrunde, wenn er erst abgeschlossen werde, nachdem das Arbeitsverhältnis auf den neuen Arbeitgeber übergegangen sei.⁴⁰⁹ Diese pauschale Annahme muss, je nach den Umständen, keineswegs zutreffen.

Die in welchem Zusammenhang mit einem Betriebsübergang auch immer stehenden Eigenkündigungen und Aufhebungsverträge, die die Arbeitnehmerin ausspricht bzw. abschließt, verschaffen ihr eine – wenn auch nur geringfügig – größere Handlungsfreiheit, entsprechen ihren Interessen eher als zahlreiche hier skizzierte Konstellationen zu § 613a BGB „pur“ – allerdings um den Preis der Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder seiner Änderung zu in der Regel verschlechterten Bedingungen.⁴¹⁰

406 BAG vom 18.8.2005 – 8 AZR 523/04, a.a.O., Rn. 29ff.

407 BAG, a.a.O., Rn. 31 sowie 37; vgl. auch KR-Treber, a.a.O., § 613a BGB, Rn. 111; zu allem vgl. ausführlich auch APS-Steffan, a.a.O., § 613a BGB, Rn. 195ff.

408 KR-Treber, ebd.

409 APS-Steffan, a.a.O., Rn 198; KR-Treber, a.a.O., Rn. 112.

410 Im Urteil vom 18.8.2005 – 8 AZR 523/04, a.a.O., Rn. 37, hält das BAG den Aufhebungsvertrag und den dreiseitigen Vertrag deshalb für sachlich berechtigt, weil er zur Vermeidung der sonst drohenden Insolvenz und der damit verbundenen Beseitigung sämtlicher Arbeitsplätze gedient habe. – Anhaltspunkte dafür, dass die Insolvenz zur Beseitigung sämtlicher Arbeitsplätze geführt hätte, nennt das Urteil nicht.

IV. Die Zuordnung vor dem Betriebsübergang, der Übergang der betrieblichen Leitungsmacht und die Betriebsidentität nach Betriebsübergang – Handlungsmöglichkeiten, Interessen und Rechtspositionen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer?

Es ist skizziert worden, dass Umstrukturierungen im Wege des Betriebsüberganges nach § 613a BGB und solche ohne rechtsgeschäftlichen Arbeitgeberwechsel in der Praxis des Öfteren zusammenhängen.⁴¹¹

In rechtlicher Hinsicht laufen die Prozesse aber bei Betriebsinhaberwechseln anders als bei unternehmensinternen Spaltungen, Zusammenfassungen und Eingliederungen. Auch tangieren sie Interessen und Rechte betroffener Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf unterschiedliche Art und Weise. Fragen werfen insbesondere Teil-Betriebsübergänge auf, für die das, was folgt, relevant sein soll:

1. Identität der wirtschaftlichen Einheit im Ziel- und im Ausgangsbetrieb

Die Schritte, um einen Teilbetriebsübergang zu vollziehen, bestehen aus der Bildung der wirtschaftlichen Teil-Einheit beim bisherigen Unternehmen; der Zuordnung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu dieser Einheit; dem Übergang der Leitungsmacht und der Bewahrung der Identität der übertragenden wirtschaftlichen Einheit beim Erwerber.

Die Rechtsprechung erörtert, was beim Zielunternehmen „ankommen“ muss, um die Identität der wirtschaftlichen Einheit zu wahren (dazu sogleich a) und welche Anforderungen an die Identität der wirtschaftlichen Teileinheit gestellt werden, damit sie übergeht (dazu b).

Die Positionen der Rechtsprechung sind auch hierzu in Fluss. Ein Fixpunkt ist die Sache „Klarenberg“: Vorlagebeschluss des LAG Düsseldorf 2007,⁴¹² Urteil des EuGH 2009,⁴¹³ Urteil des BAG 2011 nach erfolgreicher Nichtzulassungsbeschwerde.⁴¹⁴ In dem Fall ging es ebenfalls um Übergang bzw. Nichtübergang eines Betriebs- oder Unternehmensteils.

411 Vgl. oben Erster Abschnitt, E.IV.; Zweiter Abschnitt, A.II.2.

412 Vorlagebeschluss des LAG Düsseldorf vom 10.8.2007 – 8 Sa 303/07; juris.

413 Urteil des EuGH vom 12.2.2009 – C-466/07, NZA 2009, S. 251.

414 Urteil des BAG vom 13.10.2011 – 8 AZR 455/10, NZA 2012, S. 504.

a) LAG Düsseldorf und EuGH: Wahrung der Identität beim Zielunternehmen (Klarenberg 1)

Fraglich war dem LAG, was beim Erwerb, beim Zielunternehmen „ankommen“ muss, um die Identität im Sinne des Art. 1 Abs. 1 b) BÜ-RL zu wahren. Um das zu klären, hatte das LAG Düsseldorf das Verfahren ausgesetzt und den EuGH gefragt, ob der Übergang eines Unternehmens- bzw. Betriebsteils auf einen anderen Inhaber nur vorliege, wenn dieser als organisatorisch selbstständiger Unternehmens- bzw. Betriebsteil fortgeführt werde. Es ging also allein um die Wahrung der Identität des Unternehmens- bzw. Betriebsteils beim übernehmenden Unternehmen.

In diesem Fall antwortete der EuGH allein auf die Frage: Ein Betriebsübergang im Sinne der BÜ-RL könne auch vorliegen, wenn der übertragene Teil seine organisatorische Selbstständigkeit nicht bewahre. Es reiche, dass die „funktionelle Verknüpfung“ zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren dort beibehalten werde und der Erwerber diese Faktoren nutzen könne, um einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen.

Kurz gesagt stuft der EuGH die „nicht identitätszerstörende Eingliederung“ als Voraussetzung der Bewahrung der Identität zur „Beibehaltung der funktionellen Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren“ beim Erwerb herab⁴¹⁵ – beides Begriffe von großer Unbestimmtheit. Immerhin konnte dieser Austausch von Begriffen auch als Reduzierung der Anforderungen an einen Teilbetriebsübergang verstanden werden. Mittlerweile ist beim EuGH anstelle der „funktionellen Verknüpfung“ die Rede von der „funktionellen Selbstständigkeit“⁴¹⁶ was als „Spannungsverhältnis“⁴¹⁷ oder – warum immer – als teilweise Rücknahme dieser zuvor durch die funktionelle Verknüpfung bewirkten Erweiterung des Tatbestandes des § 613a⁴¹⁸ gilt.

b) BAG: abgrenzbare organisatorische Einheit und betrieblicher Teilzweck beim Ausgangsunternehmen (Klarenberg 2)

Dem BAG kommt es, anders als dem LAG, für die Entscheidung des Falles nicht darauf an, was beim Zielunternehmen ankommt, sondern darauf, wie der betriebliche Teilzweck beim Ausgangsunternehmen zuvor strukturiert ist, also schon beim Ausgangsunternehmen. So soll beim früheren Betriebsinhaber, von dem aus der Betriebs- oder Unternehmensteil den Inhaber wechseln soll, die Teilorganisation bereits „die Qualität eines Betriebsteils aufweisen

415 Überblick bei KR-Treiber, a.a.O., § 613a BGB, Rn. 16ff.

416 EuGH vom 13.6.2019 – C-664/17, Ellinika Nafpigeia, ZESAR 2020, S. 222 m. Anm. v. Medem.

417 v. Medem, ZESAR 2020, S. 222 (228).

418 HWK-Willemsen, 9. Aufl. 2020, § 613a BGB, Rn. 82ff.

müssen.⁴¹⁹ Es müssten dort ein betrieblicher Teilzweck und eine abgrenzbare organisatorische Einheit vorliegen. Eine bloße funktionelle Verknüpfung genügt nicht, um beim Veräußerer einen Betriebsteil mit organisatorischer Selbstständigkeit anzunehmen.⁴²⁰

Die veräußerte Einheit soll schon bei ihm eine „einsatzbereite Gesamtheit“⁴²¹ gewesen sein müssen und ausgereicht haben, die für die wirtschaftliche Tätigkeit des Unternehmens charakteristischen Leistungen ohne Inanspruchnahme anderer wichtiger Betriebsmittel oder anderer Unternehmensteile erbringen zu können.⁴²²

Das BAG⁴²³ ging in dem Fall davon aus, dass das übernommene Personal und die übergegangenen Rechte und Sachen bei dem Ursprungsunternehmen nicht nur einer der drei Gruppen der Abteilung zugeordnet werden konnten. Außerdem konnte die Arbeit der vier übernommenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht losgelöst von der der nicht übernommenen neun Beschäftigten als organisatorisch abtrennbare Tätigkeit erscheinen. Die Arbeit aller in der Abteilung Beschäftigten war unmittelbar und untrennbar mit der des nicht übernommenen Klägers als deren Abteilungsleiter und Vorgesetzten verbunden.⁴²⁴

Deshalb soll mangels Vorliegens der Voraussetzungen beim Ausgangsunternehmen kein Betriebsübergang vorgelegen haben. Die Klage auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses zum Erwerber ging verloren.

Bereits mit Bildung der wirtschaftlichen Einheit beim Veräußerer werden die entscheidenden Grundlagen für die spätere Umstrukturierung, sei es durch Betriebsübergang, sei es durch Funktionsnachfolge gelegt.

419 BAG vom 7.4.2011 – 8 AZR 730/09, NZA 2011, S. 1231, Rn. 23 mwN aus der vorangegangenen Rspr.

420 BAG vom 13.10.2011 – 8 AZR 455/10, NZA 2012, S. 504, Rn. 37 (Klarenberg).

421 BAG, a.a.O., Rn. 37; vgl. auch, diese Rechtsprechung als ständige bezeichnend und zusammenfassend, BAG vom 10.11.2011 – 8 AZR 546/10, NZA 2012, S. 509, Rn. 20f. Eine abgrenzbare organisatorische Einheit, die ausschließlich kaufmännische Aufgaben oder die des Bereichs Abgaben der Abwasserentsorgung zum Gegenstand hatte, existierte bei dem Betriebsteil im Ursprungsbetrieb, den der Kläger leitete, nicht.

422 BAG vom 22.8.2013 – 8 AZR 521/12, AP Nr. 444 zu § 613a BGB, Rn. 70 mwN.

423 BAG vom 13.10.2011, a.a.O., Rn. 36f. Der Bezug auf das Klarenberg-Urteil des EuGH in der Begründung des Urteils des BAG, a.a.O., Rn. 35 wirft Fragen auf. Der EuGH hatte nur dazu geurteilt, was beim Erwerber „ankommen“ muss. Das BAG nimmt dies aber dafür in Anspruch, was vom Ausgangsunternehmen „abgehen“ soll – obwohl hier die funktionelle Verknüpfung ausreicht, so der EuGH, dort jedoch nicht, so das BAG. Zur Entwicklung der Rechtsprechung des BAG zu den Voraussetzungen für den Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils vgl. z.B. *Preis/Steffan*, DB 1998, S. 309; *Gaul*, ZTR 1998, S. 1; *KR-Treber*, § 613a BGB, Rn. 13ff.; *Raab*, EuZA 2019, S. 283; *Junker*, EuZA 2019, S. 45, beide zum identitätswahrenden Übergang einer wirtschaftlichen Einheit.

424 BAG vom 13.10.2011, a.a.O., Rn. 42ff.

2. Zuordnung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zur wirtschaftlichen Einheit und Interessen der betroffenen Arbeitnehmer

Nächster Schritt ist die Zuordnung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu diesem Betriebsteil. Dazu müssen sie den überwiegenden Teil ihrer Arbeitszeit *in* ihm, statt bloß *für* ihn arbeiten. Es genügt also nicht, dass sie Arbeiten für den übertragenen Teil verrichten.⁴²⁵ Dabei müssen sie in den übergebenen Betrieb oder Betriebsteil tatsächlich eingegliedert, in dessen Struktur eingebunden sein.

Die Zuordnung kann einvernehmlich, kraft Weisungsrechts, durch Änderungskündigung oder Änderungsvereinbarung geschehen⁴²⁶ und soll ausdrücklich oder konkludent auch aufgrund des Direktionsrechts möglich sein.⁴²⁷

Von dieser Zuordnung können über kurz oder lang Fortbestand sowie Inhalt des Arbeitsverhältnisses in der Umstrukturierung und danach abhängen.⁴²⁸ Nach dem Teilbetriebsübergang beschränkt sich die Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung im Ausgangsbetrieb auf die nicht übergegangenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – anders als bei Kündigung davor.

Der für die Sozialauswahl relevante Personenkreis vor einem Teilbetriebsübergang ist größer als danach. Dies kann die Chancen im Kündigungsschutzprozess beeinflussen – obwohl die Beschränkung der Sozialauswahl durch Gesetz und, mehr noch durch Rechtsprechung, die Prozessaussichten auch insoweit erheblich vermindert haben.

Vorausgesetzt, der Arbeitnehmer weiß oder vermutet, seine Zuordnung führe früher oder später dazu, dass er sich in einem Unternehmen wiederfindet, das deinvestiert, stillgelegt oder bei dem Personal in erheblicher Größenordnung alsbald abgebaut werde, würde auch eine wider Erwarten erfolgreiche Klage gegen eine Kündigung wegen Widerspruchs gegen den Betriebsübergang

425 BAG vom 13.12.2012 – 6 AZR 348/11, NZA 2013, S. 669, Rn. 88 mwN. aus der Rechtsprechung auch des EuGH.

426 Zur Zuordnung vgl. APS-Steffan, a.a.O., § 613a BGB, Rn. 88; Willemsen u.a., a.a.O., G, Rn. 127ff.; Elking, NZA 2014, S. 295; BAG vom 20.4.2016 – 10 AZR 111/15, NZA 2017, S. 141, Rn. 30f.

427 BAG vom 21.2.2013 – 8 AZR 877/11, NZA 2013, S. 617, Rn. 35; vgl. dazu ausführlich Schmidt, Die Zuordnung von Arbeitnehmern durch Direktionsrecht als Umgehungsmaßnahme im Betriebsübergang, 2020; Haupt, die Zuordnung von Arbeitsverhältnissen beim Betriebs- und Betriebsteilübergang, 2009.

428 Zur Zuordnung nach der BÜ-RL vgl. auch EUArbRK/Winter, 3. Aufl. 2020, RL 2001/23/EG, Art. 1 Rn. 47, 62ff. Zur Zuordnung vgl. jüngst Schmidt, Die Zuordnung von Arbeitnehmern durch Direktionsrecht als Umgehungsmaßnahme im Betriebsübergang, 2020.

schon deshalb nichts bewirken, weil ein Urteil in der Regel zu spät käme.⁴²⁹ Im Übrigen kann die Rechtswidrigkeit der Zuordnung nur selten dargelegt werden.

Erschwert wird den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern die Vertretung ihrer Interessen in der Umstrukturierung auch dadurch, dass die Zuordnung zu einem Betriebsteil „von heute auf morgen“ zulässig ist. Voraussetzung dafür sei lediglich das Einverständnis der Arbeitnehmerin/des Arbeitnehmers oder dass die Zuordnung durch das Weisungsrecht gedeckt sei, was aufgrund der vom Arbeitgeber gestellten Klauseln in Standardarbeitsverträgen der Regelfall sein dürfte.⁴³⁰

Interessengerecht wäre vor allem, dass die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer sich nicht nur gegen die Zuordnung zu einem nicht zukunftsfähigen Betriebsteil wehren, sondern eine Zuordnung zu dem wirtschaftlich und sozial perspektivreicheren Unternehmen erreichen könnte, sei es durch Rechtsanspruch, sei es aufgrund von ermessensfehlerfreiem Gebrauch seitens des Arbeitgebers. § 613a BGB sieht weder das eine noch das andere vor. Dementsprechend folgt daraus auch nichts für eine Rechtssubjektivität oder auch bloß ein praktisch durchsetzbares Interesse des Arbeitnehmers im Prozess der Umstrukturierung.

Mehr: Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die nicht zuzuordnen sind, wie Beschäftigte in Querschnitts- oder Stabsfunktionen und die im Falle der Aufspaltung oder Verschmelzung, der eine Betriebsänderung zugrunde liegt, in einem Interessenausgleich namentlich zugeordnet worden sind, sollen wegen § 323 Abs. 2 UmwG ihre Zuordnung durch Aufnahme in die Namensliste arbeitsgerichtlich nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüfen können.⁴³¹

Auf die Schaffung einer veräußerungsfähigen wirtschaftlichen Einheit beim Veräußerer oder auf seine Zuordnung oder Nicht-Zuordnung zu einer solchen Einheit hat die/der einzelne Arbeitnehmerin/Arbeitnehmer keinerlei Einfluss, geschweige denn einen Anspruch. Dasselbe gilt für die Aufrechterhaltung je-

429 Vgl. dazu oben B.IV.3.

430 BAG 21.6.2012 – 8 AZR 243/11 sowie – 8 AZR 181/11, AP Nr. 430 zu § 613a BGB; *Willemsen/Kallmeyer*, UmwG, 6. Aufl. 2017, § 324, Rn. 53; a.A. zum Teil *Elking*, NZA 2014, S. 295 (297ff.). Den Namen des Mitarbeiters dem „Spaltprodukt“ im Spaltungsvertrag zuzuordnen hat keine Rechtswirkung. § 613a BGB ist zwingendes Recht. Zu Lasten der Arbeitnehmer dürfen die Rechtsfolgen des § 613a nicht durch den Spaltungsvertrag, also eine Vereinbarung zwischen dem Betriebsveräußerer und dem Erwerber ausgeschlossen werden. – BAG vom 21.6.2012, a.a.O., Rn. 81 mwN.; vgl. dazu oben C.II.7. und 8. Zu „Arbeitsortsklauseln“ vgl. *Hümmerich/Reufels* (Hrsg.), Gestaltung von Arbeitsverträgen, 4. Aufl. 2019, Rn. 1.848ff.; vgl. z.B. auch BAG vom 28.8.2013 – 10 AZR 569/12, NZA-RR 2014, S. 181. Die Nennung im Arbeitsvertrag kann auch eine bloße Wissenserklärung sein.

431 Vgl. dazu oben C.II.5. und unten C.V.4.

denfalls einer „funktionellen Verknüpfung“ der übertragenen Produktionsfaktoren beim Erwerber. Daraus können sich aber ggf. Beteiligungsrechte des Betriebsrats ergeben, z.B. nach §§ 90 Abs. 1 Nr. 3, 92ff., 111–113 BetrVG.

Die Unbilligkeit einer Weisung, durch die der Arbeitnehmer einer übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit zugeordnet wird, darzulegen erscheint wenig aussichtsreich und wenig praxisrelevant, erst recht nicht bei konkludenter Zuordnung. Ein Zustimmungsverweigerungsgrund gemäß § 99 BetrVG, wenn die Zuordnung Versetzung ist, dürfte dem Betriebsrat selten zustehen. Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats gemäß § 99 BetrVG bei Einstellungen und Versetzungen dienen, so das BAG in ständiger Rechtsprechung, nicht der Vertragsinhaltskontrolle. Es könnte allenfalls, unter sehr engen Voraussetzungen, ein Nachteil für den betroffenen Arbeitnehmer (§ 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG) in Betracht kommen.

Außerdem haben die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – und oft auch der Betriebsrat – schon mangels Kenntnis der planerischen Zusammenhänge der verschiedenen Schritte bzw. Stufen einer Umstrukturierung ohnehin keine aussichtsreiche Möglichkeit, ihre Interessen zu wahren.

Eine rechtlich verfasste Handlungsmöglichkeit, die die Objektstellung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Prozess der Umstrukturierung auch nur mildert, ist – mit Ausnahme bescheidener Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats, vorausgesetzt, er hat die notwendigen Informationen, woran es in der Praxis oft genug fehlt, – nicht zu erkennen.

3. Übergang der betrieblichen Leitungsmacht

Dies ist der Zeitpunkt des Betriebsübergangs. Er „entspricht dem Zeitpunkt, zu dem die Inhaberschaft, mit der die Verantwortung für den Betrieb der übertragenen Einheit verbunden ist, vom Veräußerer auf den Erwerber übergeht. Dies ist ein genau bestimmter Zeitpunkt, der nicht nach Gutdünken des Veräußerers oder Erwerbers auf einen anderen Zeitpunkt verlegt werden kann.“⁴³² Mit dem Zeitpunkt des tatsächlichen Übergangs wird der Betriebsinhaberwechsel wirksam, und es treten damit verbundene rechtliche Änderungen in den Arbeitsbeziehungen, ggf. in den Parteien des Arbeitsverhältnisses sowie im kollektiven Arbeitsrecht in dem Betrieb oder in den Betrieben ein. Mit diesem Zeitpunkt entstehen bei Spaltung/Zusammenfassung das Übergangsmandat des Betriebsrats sowie sein Restmandat. Es beginnt der Lauf der Sechsmonatsfrist bis zu seinem Erlöschen.

432 EuGH vom 26.5.2005 – C-478/03, NZA 2005, S. 681, Celtec, Leitsatz; vgl. dazu auch *Willemsen u.a.*, a.a.O., G, Rn. 124ff.; *Deinert u.a.*, a.a.O., § 96 Rn. 29ff.

Die davon betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben auch an diesem Ereignis keinen „Anteil“. Auf eine abweichende Vereinbarung des Übergangs der Leitungsmacht in einem Interessenausgleich käme es nicht an, da § 613a BGB zwingend ist.⁴³³ Veräußerer und Erwerber haben es ungeachtet dessen in der Hand, über den Übergangszeitpunkt zu disponieren.⁴³⁴

Damit ist auch insoweit eine Handlungsoption der Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer und des Betriebsrats zu dem – ggf. entscheidenden – Zeitpunkt des Betriebsübergangs nicht erkennbar. Das dürfte auch für Tarifverträge gelten, die § 613a BGB ausgestalten und dabei u.a. den Zeitpunkt des Übergangs der Leitungsmacht regeln.

4. „Identitätszerstörende Eingliederung“ oder „funktionelle Verknüpfung“ der übertragenen Faktoren beim Erwerber?

Ob es zum Betriebsinhaberwechsel kommt und der „zugeordnete“ Arbeitnehmer aufgrund des Betriebsübergangs einen neuen Arbeitgeber erhält, ist abhängig insbesondere von der Art des übertragenen Betriebs, aufgrund typologischer Betrachtung von Kriterien der Rechtsprechung des EuGH, für die die Antwort auf die Frage weichenstellend sein kann, ob der übertragene Betrieb oder Teilbetrieb betriebsmittel„arm“, betriebsmittel„reich“ oder aber beides ist.⁴³⁵ Entscheidend ist die Weiternutzung einer zuvor beim Veräußerer bestehenden Arbeitsorganisation durch den Übernehmer.

Nach der Rechtsprechung des EuGH⁴³⁶ muss lediglich eine beim Veräußerer bestehende „funktionelle Verknüpfung“ zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren beibehalten werden und es dem Erwerber erlauben, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen.⁴³⁷

Ob damit die übertragenen Produktionsfaktoren in ihrer Arbeitsorganisation, jedenfalls aber in ihrer funktionellen Verknüpfung beim Erwerber „ankommen“ oder ob dieser sie alsbald abteilungsübergreifend anderweitig integriert,

433 BAG vom 10.5.2012 – 8 AZR 434/11, NZA 2012, S. 1162, Rn. 27.

434 KR-Treber, a.a.O., Rn. 48.

435 Zu der zuletzt genannten Konstellation vgl. BAG vom 22.7.2004 – 8 AZR 350/03, NZA 2004, S. 1383, B.II.1.b)aa) der Gründe; BAG vom 25.8.2016 – 8 AZR 53/15, NZA-RR 2017, S. 123 mit Anm. Boigs, jurisPRArbR 7/2017, Anm. 2, sowie Willemsen, NZA 2017, S. 953.

436 EuGH vom 12.2.2009 – C 466/07, Klarenberg, NZA 2009, S. 251.

437 In neuerer Rechtsprechung scheint der EuGH statt bloß „funktioneller Verknüpfung“ der Produktionsfaktoren den Fortbestand ihrer „funktionellen Selbstständigkeit“ für einen Betriebsübergang voraussetzen: EuGH vom 13.6.2019 – C 664/17, Ellinika Nafpigeia, Rn. 63 m. Anm. Medem, ZESAR 2020, S. 222.

entscheidet damit ebenfalls mit darüber, ob der dem übertragenen „Bereich“ zugeordnete Arbeitnehmer einen neuen Arbeitsvertragspartner erhalten wird.

Wie dargestellt⁴³⁸ haben bei betriebsmittelarmen Betrieben neben dem neuen „Betreiber“ es auch die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hand, darauf „überzugehen“, indem sie mit ihm in ihrer großen Mehrheit Arbeitsverträge abschließen. Darüber hinaus wohnt aber auch dieser Station des Vertragspartnerwechsels („Ankunft“ der wirtschaftlichen Einheit jedenfalls in funktioneller Verknüpfung beim Erwerber) nichts inne, was mehr als eine bloße Objektkontrolle der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bedeuten könnte. Wie sonst sind die den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer stets zustehende Kündigungsfreiheit und das Widerspruchsrecht ihre einzigen subjektiven Rechte im Prozess der Umstrukturierung.

V. Handlungsoptionen, Interessen und Rechtspositionen des Arbeitnehmers bei Spaltungen, Zusammenfassungen und Eingliederungen innerhalb des Unternehmens

1. Unternehmensinterne Umstrukturierung versus Betriebsinhaberwechsel

a) Ähnlichkeiten und Gemeinsamkeiten

Bei unternehmensinterner Umstrukturierung findet kein „Händewechsel“, kein Übergang des Unternehmens oder eines Teils desselben auf einen anderen Inhaber statt. § 613a BGB ist nicht einschlägig. Auch die Schritte und die „Schrittfolge“, in der sich der Wechsel des Betriebsinhabers bei § 613a BGB vollziehen muss (Schaffung einer übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit – Zuordnung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu dieser – Rechtsgeschäft, Verpflichtungsgeschäft – Übergang der betrieblichen Leitungsmacht – Identität der beim Erwerber „ankommenden“ wirtschaftlichen Einheit, jedenfalls in ihrer funktionellen Verknüpfung), sind für die unternehmensinterne Umstrukturierung nicht von Bedeutung. Ihre Voraussetzungen und Rechtsfolgen sind weithin unklar.

Auswirkungen unternehmensinterner Spaltungen bzw. Zusammenfassungen auf den Betriebsrat, seine Zuständigkeit und sein Amt (§§ 21a, 21b BetrVG), auf betriebsverfassungsrechtliche Schwellenwerte, auf den betrieblichen Geltungsbereich des KSchG und auf das Arbeitnehmerschutzrecht scheinen ähnlich zu sein wie in Fällen des § 613a BGB. Das gilt auch für die Sozialauswahl

⁴³⁸ Vgl. oben C.II.3.; unten Dritter Abschnitt, C.III.3.h).

gemäß § 1 Abs. 3 KSchG und die Weiterbeschäftigung nach Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 KSchG auf einem freien Arbeitsplatz.

Unternehmensinterne Spaltung oder Zusammenfassung von Betrieben ändert den Bezugsrahmen für die soziale Rechtfertigung von Kündigungen nicht. Ähnliches gilt für die „Reichweite“ des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, der nach der ständigen Rechtsprechung des BAG auf das Unternehmen, den Arbeitgeber, bezogen und begrenzt sein soll.⁴³⁹

Die Aufspaltung von Betrieben oder die Abspaltung von Betriebsteilen kann jedoch den Vergleichsrahmen für die nach ständiger Rechtsprechung des BAG betriebsbezogene Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung nach § 1 Abs. 3 KSchG verkleinern.

In Anbetracht der einschneidenden Folgen unternehmensinterner Umstrukturierungen für die Arbeitsverhältnisse erstaunt, dass ungeklärt zu sein scheint, was geschehen muss, damit von Spaltung eines Betriebs, einer Eingliederung oder einem Zusammenschluss von Betrieben gesprochen werden kann.⁴⁴⁰

b) Unterschiede zwischen unternehmensinterner Umstrukturierung und Teil-Betriebsübergang

Ebenfalls nicht besonders klar scheint das Verhältnis von unternehmensinterner Umstrukturierung zum Betriebsübergang, insbesondere zum Teil-Betriebsübergang zu sein. Dabei hat das eine Institut gänzlich andere Voraussetzungen und Rechtsfolgen als das andere:

Unternehmensinterne Umstrukturierung, d.h. eine solche, in die ein anderer Arbeitgeber, und sei er „Nachfolger“ des bisherigen, nicht involviert ist, kann, etwa bei einem Wechsel des Auftragnehmers, kein (Teil-)Betriebsübergang sein, sondern nur eine Funktions- und Auftragsnachfolge – auch, wenn sie Ähnliches bewirkt wie der Betriebsübergang, im Ergebnis diesem also funktional ähnlich oder äquivalent ist.

Bei Änderungen in Bezug auf Unternehmensteile oder -bereiche i.V.m. dem Wechsel des Arbeitsvertragspartners für einzelne oder mehrere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer kann es sich um unternehmensinterne Umstrukturierung oder um einen Teil-Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB handeln. Sind die detaillierten, subtilen und typologischen⁴⁴¹ Voraussetzungen,

439 *Schaub-Linck*, a.a.O., 18. Aufl. 2019, § 112 Rn. 11; *Deinert u.a.*, Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2019, § 93 Rn. 25.

440 Vgl. dazu unten Zweiter Abschnitt, C.V.4.g) sowie oben Erster Abschnitt, E.V.

441 Vgl. zu diesem Aspekt unten Zweiter Abschnitt, C.VI.1.

insbesondere die des oft so apostrophierten Sieben-Punkte-Katalogs der Rechtsprechung des EuGH und des BAG,⁴⁴² nicht erfüllt oder ist das Ergebnis der Gesamtabwägung negativ, kann der Wechsel des Auftragnehmers ebenfalls zwar Funktions- oder Auftragsnachfolge, aber kein Betriebsübergang sein. Besondere Aspekte gelten für betriebsmittelarme Betriebe.⁴⁴³

Teil-Betriebsübergang und Funktions- oder Auftragsnachfolge haben aber ganz unterschiedliche Rechtsfolgen:

Beim Betriebsinhaberwechsel geht das Arbeitsverhältnis über, bleibt also erhalten. Beim Vorgängerunternehmen des bloßen Auftragsnachfolgers, das den Auftrag bisher ausgeführt hat, entsteht dagegen durch dessen Wegfall ein Personalüberhang. Der neue Auftragnehmer erfüllt den Auftrag mit „seinen“ bereits vorhandenen oder für diesen Auftrag neu eingestellten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die den Auftrag bisher bearbeitet haben, behalten zwar zunächst ihren Arbeitgeber, sind aufgrund des entfallenen Auftrags nunmehr aber beschäftigungslos – jedenfalls zunächst. Dann kann Abbau des neu entstandenen Personalüberhangs durch Entlassungen anstehen.

Die subtil unterschiedlichen, fast ineinander übergehenden Handlungsinstrumente mit unterschiedlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen können je nach freier unternehmerischer Entscheidung eingesetzt werden oder auch nicht. Kommt eine der beiden Formen in Betracht, kann nur ein Betriebsübergang vorliegen, wenn der Arbeitgeber § 613a Abs. 5 BGB entsprechend unterrichtet. Tut er dies nicht, liegt eine Funktions- oder Auftragsnachfolge näher.

2. Zuordnung der Arbeitnehmer vor Umstrukturierung des Betriebs und Vollzug

a) Zuordnung

Wie vor dem Teilbetriebsübergang soll der Arbeitnehmer der zu spaltenden oder einzugliedernden bzw. zusammenzufassenden betrieblichen Einheit auch bei der Betriebsumstrukturierung ohne Arbeitgeberwechsel zugeordnet sein müssen.⁴⁴⁴ Die Zuordnung ist auch hier „von einem Tag auf den anderen“

442 EuGH vom 18.3.1986 – 24/85, Spijkers; juris; sowie z.B. vom 15.12.2005 – C-232/04, Güney-Görres, NZA 2006, S. 29; BAG vom 22.1.2015 – 8 AZR 139/14, NZA 2015, S. 1325; *Deinert u.a.*, Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2019, § 96 Rn. 11ff.; *ErFK/Preis*, 21. Aufl. 2021, § 613a BGB, Rn. 11ff.; auch als „Kriteriensammlerium“ bezeichnet, so *Hanau*, Festschrift Küttner, 2006, S. 357 (363).

443 Vgl. dazu näher oben, Zweiter Abschnitt, C.II.3.

444 Vgl. dazu oben A.II.2.b) und gleich unten C.V.4.a).

statthaft, auch konkludent.⁴⁴⁵ Wie beim Teilbetriebsübergang entscheidet sich mit der Zuordnung das weitere „Schicksal“ des Arbeitsverhältnisses der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers. Alle sich anschließenden Schritte der Umstrukturierung erscheinen als deren mehr oder minder zwangsläufige Fortsetzung:

b) Vollzug

Die Spaltung soll mit der „Unterstellung unter den jeweiligen Leitungsapparat“⁴⁴⁶ vollzogen sein. „Demnach setzt der Vollzug der Spaltung die Errichtung oder den Rückgriff auf bestehende Leitungsapparate und die Zuordnung der auf- oder abgespaltenen Betriebsbereiche zum jeweiligen Leitungsapparat voraus.“⁴⁴⁷

Etwas detaillierter Kreuzt: Die Spaltung durch Aufteilung der bisherigen Betriebsmittel (einschließlich Belegschaft) und ihre Zuteilung an verschiedene Leitungsstellen („Leitungsapparate“) werde dadurch wirksam, dass die bisher einheitliche Leitung durch den Arbeitgeber aufgehoben wird und die Leitungsstellen die Leitungsaufgaben und Leitungsbefugnisse für die neuen Einheiten rechtlich und tatsächlich übernehmen. Der Betriebsrat sei rechtzeitig und, insbesondere hinsichtlich der Aufteilung, umfassend zu unterrichten. Die Spaltung sei mit ihm rechtzeitig und umfassend zu beraten, jedoch sei dies keine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Beginn der Frist des sechsmonatigen Übergangsmandats des § 21a BetrVG.⁴⁴⁸

3. Wie und wodurch wird ein Betrieb gespalten oder zusammengefasst?

Damit bleibt offen, auch bei Kreuzt, wie die Leitungsmacht im Einzelfall gespalten oder zusammengefasst wird, welche Maßnahmen dazu führen und wann von einer vollzogenen Spaltung des Betriebs gesprochen werden kann. Für die Aufspaltung fragt sich, ob und insbesondere wodurch und auf welcher Rechtsgrundlage der Ursprungsbetrieb erlischt.⁴⁴⁹

Dabei stellen sich der Praxis z.B. folgende Fragen: Reicht es aus, dass Organigramme und darin skizzierte Funktionen bzw. bloß Namen in diesen Organigrammen geändert werden (ebenfalls „alles auf dem Papier“) oder müssen dem auch die Aufgaben und Befugnisse als Arbeitgeber bzw. als nicht weisungsgebundener Betriebsleiter bzw. -inhaber entsprechen? Die Konsequenzen

445 BAG vom 21.2.2013 – 8 AZR 877/11, AP Nr. 440 zu § 613a BGB, Rn. 35 mwN.; EuArbRK/Winter, a.a.O., RL 2001/23/EG, Art. 1 Rn. 62ff.

446 *Fitting* und GK-Kreutz, beide ebd.

447 *Fitting*, a.a.O., § 21a Rn. 10; ähnlich GK-Kreutz, a.a.O., § 21a Rn. 47.

448 GK-Kreutz, ebd.

449 Ähnlich für die Eingliederung und die Zusammenlegung bzw. Zusammenfassung.

für betroffene Arbeitsverhältnisse, die Betriebsverfassung und die Betriebsvereinbarungen können erheblich sein.⁴⁵⁰ Dazu seien einige Resultate der Rechtsprechung skizziert:

4. Rechtsprechung zur „Volatilität“ von Betrieben, davon abhängige Interessen und Rechtspositionen von Arbeitnehmern

a) Betriebsaufspaltung (Ja-Sager und Nein-Sager 3)⁴⁵¹

Im Ja-Sager/Nein-Sager-Fall sollen zwei neue Betriebe nach den beiden Urteilen des BAG, vor allem dem des Zweiten Senats, schon dadurch entstanden sein, dass zwei Gruppen gebildet werden (Ja-Sager einschließlich neu Eingestellter einerseits; Nein-Sager andererseits) – je nachdem, ob sie dem Arbeitgeber gegenüber geringere Gehälter akzeptiert hatten. Aus der – als solche behaupteten – Betriebsspaltung in Call-Center und Back Office sollen zwei „wirtschaftliche Einheiten im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“ (Art. 1 Abs. 1 Buchst. b RL 2001/23/EG) entstanden sein.⁴⁵² Diese gingen zu nächst noch nicht über.

Der einen Einheit waren die Ja-Sager, der anderen die Nein-Sager zugeordnet. Kriterium der Zuordnung war also allein, welche Beschäftigten zuvor eine Verschlechterung ihrer Arbeitsvergütung akzeptiert hatten. Der Grund oder die Vorgeschichte der Zuordnung der beiden Gruppen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu den Bereichen ist nach dem Urteil des BAG, das dazu nichts sagt, offenbar gleichgültig.

Wodurch nach dem Interessenausgleich zwei selbstständige neue Betriebe mit eigenständiger Organisations- und Leitungsmacht entstanden sein sollen, ist nicht nachvollziehbar. Dem BAG reichte, dass die bisher einheitliche Tätigkeit, in der alle alles gemacht hatten, je nach Ja- oder Nein-Sagern dem Call-Center einerseits, dem Back Office andererseits zugeordnet wurde. Näheres als die bloße Versicherung, der Back Office-Bereich werde zum 7.12.2009 „unter Gründung eines eigenständigen Betriebs im Sinne von § 1 BetrVG in neue Be-

450 Vgl. zu ähnlichen Problemen verteilter (dezentraler) Leitungsorganisation, Einrichtungsleitern und ihren Kompetenzen DKW-Trümmer, a.a.O., § 1 Rn. 75ff.

451 Vgl. zum Fall Erster Abschnitt, E.IV.; zur Rechtsstellung des Arbeitnehmers als Subjekt oder Objekt von Umstrukturierungen im Allgemeinen oben Erster Abschnitt A.II. und III.; im Einzelnen Zweiter Abschnitt C.II.5. und C.V.4.a) („Ja-Sager/Nein-Sager“ 1. bis 3.); Fall nach BAG vom 24.9.2015 – 2 AZR 562/14 sowie vom 21.2.2013 – 8 AZR 877/11 und 878/11; LAG Thüringen vom 23.7.2014 – 6 Sa 198/13 sowie vom 14.11.2011 – 6 Sa 53/11; Anm. Kloppenburg, a.a.O.

452 EuArbRK/Winter, 3. Aufl. 2020, RL 2001/23/EG, Art. 1 Rn. 6ff.

triebsräume verlegt“, enthält auch der Interessenausgleich nicht, wird jedenfalls im Urteil des BAG nicht mitgeteilt.

Die Aufteilung des bisher einheitlichen Arbeitsprozesses (Back Office plus Call-Center) auf zwei Arbeitnehmergruppen bloß nach Maßgabe der Akzeptanz verschlechterter Arbeitsbedingungen war jedenfalls keine grundlegende Änderung der Betriebsorganisation (§ 111 S. 3 Nr. 4 BetrVG); der Umzug dieses Betriebsteils ins Nachbargebäude war schon mangels ausreichender Entfernung keine Verlegung des Betriebs oder Betriebsteils gemäß § 111 S. 3 Nr. 2 BetrVG.

In keinem der insgesamt vier Urteile des BAG und des Thüringischen LAG findet sich zu den nach ständiger Rechtsprechung des BAG einen Betrieb notwendig konstituierenden Leitungsapparaten ein Wort der Begründung. Wie und wodurch der „Bereich“ Back Office zum 7.12.2009 zu „einem selbstständigen Betrieb mit eigenständiger Organisations- und Leitungsmacht“ geworden ist, bleibt jenseits der leeren Versicherung im Interessenausgleich in den vier Urteilen unklar.

Die mitgeteilten Tatsachen rechtfertigen auch nicht die Schlussfolgerung im Urteil des Zweiten Senats des BAG, der „räumliche und funktionale Zusammenhang mit dem Ursprungsbetrieb“ bestehe nicht mehr.⁴⁵³ Der Umzug eines Teils des Betriebs ins benachbarte Gebäude beseitigte nicht den räumlichen Zusammenhang mit dem an der bisherigen Adresse verbliebenen Ursprungsbetrieb. Die Aufteilung bisher von allen verrichteter Arbeiten und Zuordnung der Back Office-Tätigkeit zu den Nein-Sagern, der Call-Center Arbeiten zu den Ja-Sagern und den neuen Eingestellten teilte lediglich alle bisher angefallenen Arbeiten in dadurch geschaffene zwei Gruppen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern auf. Warum die Maßnahmen, zu denen in den vier Urteilen mehr nicht in Erfahrung zu bringen ist, den Betrieb aufgespalten und zwei neue Betriebe geschaffen haben sollen, wird nicht begründet – jedoch hat diese Maßnahme weitreichende Rechtsfolgen.⁴⁵⁴

Die beiden der Betriebsaufspaltung entsprechenden Teil-Betriebsübergänge kurz nach Betriebsaufspaltung sind nur deren Konsequenz. Nach nicht näher

453 BAG vom 24.5.2012 – 2 AZR 62/11, NZA 2013, S. 277, Rn. 49.

454 Nicht klarer *Willemsen u.a.*, a.a.O., C, Rn. 53ff.; zur Kritik an der Art und Weise von Darlegungen, die die Schlussfolgerung einer Betriebsspaltung rechtfertigen sollen, vgl. *GK-Kreutz*, a.a.O., § 21a Rn. 17ff.

dargelegter Auffassung des BAG ließ bereits die von ihm als solche verstandene Betriebsaufspaltung den Ausgangsbetrieb erlöschen.⁴⁵⁵

b) Alles „bloß auf dem Papier“

In den beiden „Bereichen“, die zunächst durch Betriebsaufspaltung und anschließend durch zwei Betriebsübergänge getrennt worden waren, wurde – nicht anders als in zahlreichen sonstigen Fällen der unternehmensorganisatorischen Rationalisierung⁴⁵⁶ – weitergearbeitet wie vor den Zuordnungen, vor den Teilungen in die „Bereiche“, vor der Betriebsaufspaltung und vor den Betriebsübergängen. Betrieblich, an den Arbeitszusammenhängen, den Arbeitsprozessen und -produkten, den Arbeitsorten und der Kooperation der Beschäftigten, an der Anzahl und den Beschäftigten hatte sich nichts Relevantes geändert. Trotzdem soll der Betrieb durch die unternehmensinterne Aufspaltung des Ausgangsbetriebs erloschen sein – mit weitreichenden Folgen für den Ausgang des Prozesses (dazu sogleich c). Worin die Aufspaltung des Betriebs bestanden haben soll, wird ebenso wenig deutlich wie in anderen Entscheidungen.⁴⁵⁷

Zu Recht meint Schrader zu den Urteilen des BAG⁴⁵⁸: „Dieses Beispiel illustriert ..., dass Arbeitgeber Betriebe geradezu ‚aus dem Baukastensystem‘ schaffen, aber auch wieder trennen können, wenn sie die Voraussetzungen des BAG erfüllen, d.h. insbesondere eine ‚einheitliche Leitungsmacht‘ (...) schaffen. (...) Der Betriebsbegriff der Rechtsprechung des BAG, verbunden mit dem Direktionsrecht und der Freiheit der unternehmerischen Entscheidung bietet hier ganz erheblichen Spielraum.“⁴⁵⁹ – Schon die Leitungsmacht wird aber in keinem der vier Urteile dargelegt.

Wie oft in Betriebsübergangsfällen entschied sich das weitere arbeitsvertragliche „Schicksal“ des Klägers früh und zu einem Zeitpunkt, zu dem die sich anschließenden Abläufe für ihn, auch für ihn als Betriebsratsvorsitzenden noch nicht erkennbar gewesen sein dürften, nämlich durch sein Nein-Sagen zu einem geänderten Arbeitsvertrag mit erheblich ungünstigeren Konditionen Monate zuvor. Auf alles Weitere danach hatte er keinerlei Einfluss, dafür hatte er keine Handlungsoption.

455 Vgl. dazu die berechtigte Kritik von GK-Kreutz, a.a.O., § 21a Rn. 24 („nicht tragfähige Parallelbetrachtung zu Umwandlungen auf der Rechtsträgerebene nach dem UmwG“); wird bei einer Unternehmensaufspaltung der übertragenden Rechtsträger aufgelöst (§ 123 Abs. 1 UmwG), erlischt also, fehlt eine entsprechende Rechtsgrundlage für die bloße Betriebsaufspaltung. Vgl. weiter *Fitting*, § 21a Rn. 8ff.; *DKW-Buschmann*, a.a.O., § 21a Rn. 24ff.

456 Vgl. dazu schon oben Zweiter Abschnitt, A.II.1.

457 Vgl. dazu auch Erster Abschnitt, E.IV.; Zweiter Abschnitt, C.II.5. und C.V.4.

458 BAG, a.a.O.; *Schrader*, NZA 2019, S. 951.

459 *Schrader*, a.a.O., S. 953f.

c) Betriebsabspaltung statt Betriebsaufspaltung?

Will man das, was im Erfurter Call-Center vor den beiden Pachtverträgen, d.h. Teilbetriebsübergängen auf die GmbHs i.G. geschah, für eine Betriebsenspaltung ausreichen lassen, ist gleichwohl nicht nachvollziehbar, warum das BAG eine Betriebsaufspaltung, keine -abspaltung angenommen hat. Schon in Anbetracht der Zahlenverhältnisse – 40 Nein-Sager gegenüber ca. 560 Ja-Sagern sowie neu Eingestellten – leuchtet die Annahme der Betriebsaufspaltung im Urteil des BAG bei aller Schwierigkeit der Unterscheidung zwischen Betriebsauf- und -abspaltung nicht ein.⁴⁶⁰

Hätte das BAG in dem Ja-Sager/Nein-Sager-Fall eine Abspaltung des Bereichs der Nein-Sager anstelle der Aufspaltung des Betriebs angenommen, wäre der Betriebsrat des Ausgangsbetriebs mit vollem Mandat bestehen geblieben und hätte für den abgespaltenen Teil ein Übergangsmandat nach § 21a BetrVG gehabt. Es hätte sich nur um eine Betriebsteilstilllegung handeln können.

Konsequenz wäre auch gewesen, dass der besondere Kündigungsschutz dem Kläger nach § 15 Abs. 5 KSchG zugestanden hätte, nicht wäre er nach dessen Absatz. 4 auf den Zeitpunkt der Stilllegung begrenzt gewesen. Der Widerspruch des Klägers gegen den Betriebsübergang hätte daran nichts geändert.⁴⁶¹ Überdies wäre der mit vollem Mandat fortbestehende Betriebsrat vor Kündigung des Klägers zu beteiligen gewesen. Die Umstrukturierung seitens der Arbeitgeberin hätte das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht „sinnentleert“.

d) Weitere arbeitsrechtliche Konsequenzen des Erlöschens des Betriebs bei unternehmensinterner Betriebsaufspaltung?

Die implizite Annahme in der Rechtsprechung des BAG, bei der unternehmensinternen Betriebsaufspaltung erlösche der Betrieb, könnte weitere und gravierende rechtliche Konsequenzen für das Arbeitsverhältnis und Rechte des Arbeitnehmers haben: Erlischt der Betrieb, gerät er für diese Maßnahmen als „Bezugssystem“ des Arbeitsrechts, als Schutz„raum“ und Schutzrecht der abhängigen Arbeit in Fortfall. Betroffen davon ist vor allem das kollektive Arbeitsrecht mit seinen an den Betrieb anknüpfenden, ihn voraussetzenden Grundsätzen. Nicht zuletzt würde dies für zahlreiche Regelungen des BetrVG zutreffen.

460 Vgl. dazu allgemein BAG vom 18.3.2008 – 1 ABR 77/06, NZA 2008, S. 957, Rn. 12, anders GK-Kreutz, a.a.O., § 21a Rn. 23ff.: bis zur Hälfte der Belegschaft regelmäßig Betriebsabspaltung, darüber hinaus Aufspaltung; wiederum anders *Linsenmaier*, RdA 2017, S. 128 (129 mwN.: Eine „alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Gesamtschau.“) Vor Erlass des § 21a BetrVG hatte *Kreutz* den Vorrang der Amtskontinuität des Betriebsrats vor neuen Betriebsstrukturen vertreten, a.a.O., Rn. 15. Die Zahl der Arbeitnehmer ist für den Fall der Zusammenfassung zu einem Betrieb relevant (§ 21a Abs. 2 BetrVG).

461 *Fitting*, a.a.O., § 103 Rn. 17 mwN.

Das KSchG gilt gemäß § 23 in Betrieben mit in der Regel mehr als 10 Beschäftigten. Nach überwiegender Auffassung soll der Begriff des „Betriebs“ nicht als „Unternehmen“ oder „Arbeitgeber“ zu lesen sein⁴⁶² – mag laut BVerfG auch die für die Kleinbetriebsklausel bestimmende Interessenlage sich genauer durch den Begriff „Unternehmen“ kennzeichnen lassen.⁴⁶³ Erlischt der Betrieb dadurch, dass er innerhalb des Unternehmens aufgespalten wird, fehlt es an der Erfüllung des betrieblichen Geltungsbereichs des Gesetzes, womit Kündigungsschutz ebenfalls nicht oder nicht mehr zustünde.

Neben grundsätzlichen Fragen, die sich bei dieser Sicht stellen könnten, geht es um weitere Aspekte:

e) Folgeprobleme des „volatilen“ Betriebs bei unternehmensinternen Spaltungen, Zusammenfassungen und Eingliederungen

Je leichter der Betrieb aufgelöst, aufgespalten oder zusammengeschlossen werden bzw. erlöschen kann, je „volatiler“, flüchtiger er damit ist, in diesem Zusammenhang aufgrund von Maßnahmen der Umstrukturierung seitens des Arbeitgebers, desto weniger kann Arbeitsrecht als Schutzrecht der abhängigen Arbeit fungieren. – Dies gilt erst recht, wenn die Umstrukturierung selbst rechtlich kaum geregelt ist. Immerhin ist dies für das zwingende Arbeitsschutzrecht des § 613a BGB sowie aufgrund der dazu ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung – wenn auch unter „typologischem Leitstern“ der Fall.

Bei unternehmensinterner Umstrukturierung fehlen Präzisierungen der Rechtsprechung, die sie typologischen Begriffen anderswo „abgerungen“ hat, weitgehend. Im Gegenteil legt die Rechtsprechung des BAG in derartigen Fallkonstellationen, etwa denen der Funktionsnachfolge, die weittragende rechtliche Konsequenz des Erlöschens des Betriebs nahe, sogar schon bei minimalen Umstrukturierungsmaßnahmen des Arbeitgebers innerhalb seines Unternehmens. Betriebsverfassungsrechtlich heißt dies, dass der Betriebsrat anstelle des Vollmandats nur noch ein befristetes Übergangs- und ein Restmandat hat (§§ 21a, 21b BetrVG).

Dagegen könnte nicht eingewandt werden, eine Betriebsstilllegung oder Teilstilllegung sei ähnlich leicht zu bewerkstelligen wie eine Aufspaltung des Betriebs innerhalb des Unternehmens. Dies trifft nicht zu.⁴⁶⁴

462 Vgl. APS-*Steffan*, a.a.O., 5. Aufl. 2017, § 23 KSchG, Rn. 7f.

463 So BVerfGE 97, S. 169 (184 mwN.).

464 Vgl. zu den Voraussetzungen für die Annahme einer Betriebsstilllegung zusammenfassend *Fitting*, a.a.O., § 111 Rn. 65f. mwN.

Unternehmensinterne Umstrukturierungen können insbesondere gravierende Konsequenzen für die Betriebsverfassung haben. Sie haben Vorrang vor der Kontinuität des demokratisch auf Zeit gewählten Betriebsrats, damit auch vor dessen Rechten, Handlungsmöglichkeiten und, allgemein gesprochen, Resultaten seiner Handlungen im Betrieb vor Umstrukturierung. Bei Eingliederung des Betriebs entfällt der Betriebsrat ohne Übergangsmandat, also mit ihrem Vollzug.

Es handelt sich insoweit ja nicht um die Anfechtung der Betriebsratswahl wegen Verkennung des Betriebsbegriffs, die auch im Erfolgsfall sämtliche Handlungen des Betriebsrats aus der Zeit vor der gerichtlichen Entscheidung unberührt lässt. Bei unternehmensinterner Umstrukturierung kann eine „betriebsratslose“ Zeit bevorstehen oder aber die Vertretung durch einen von den Betroffenen nicht gewählten Betriebsrat. Hier bestehen besonders ausgeprägte Schutzdefizite des Arbeitsrechts zulasten der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Dies sind weitere Gründe für die Notwendigkeit von Betriebsbegriffen, die diese Schutzdefizite begrenzen, womöglich gar nicht erst entstehen lassen.⁴⁶⁵

f) Insbesondere: Abteilungs-, Standortleiter und anderes herausgehobenes Personal – „institutioneller Leitungsapparat“?

aa) Praxisprobleme

Insbesondere bei Anwendung des BetrVG und des KSchG bestehen z.B. folgende Praxisprobleme:

Der Geschäftsführer einer GmbH ist Vertreter des Arbeitgebers und ständiger Ansprechpartner des Betriebsrats. Er muss sich jedoch für jede Maßnahme, und sei sie noch so geringfügig, „grünes Licht“ aus den USA beschaffen. Dort hält man nichts vom BetrVG und von Betriebsräten auch nichts, blockiert folglich, wo es geht. In solchen Fällen kann der Betriebsrat kaum auf „Augenhöhe“ verhandeln, nicht als „Widerlager“ (Säcker) des Arbeitgebers fungieren. Die evidente Betriebsverfassungswidrigkeit⁴⁶⁶ ändert nichts an dieser verbreiteten Praxis.

Abteilungs-, Niederlassungsleiter und dergleichen werden dem Betriebsrat und auch den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gegenüber als Arbeit-

⁴⁶⁵ Vgl. zur Diskussion des Betriebsbegriffs Fünfter Abschnitt, C.

⁴⁶⁶ Joost, a.a.O., S. 247f.; vgl. im Einzelnen auch Richardi, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 1 Rn. 28ff.; DKW-Trümmer, a.a.O., § 1 Rn. 78-82.

geberfunktionen ausübend behauptet. Damit richten sich Inhalt und Umfang des Betriebs nach Inhalt und Umfang ihrer Kompetenzen. Sie scheinen den „institutionellen Leitungsapparat in den wesentlichen personellen und sozialen Angelegenheiten“ zu repräsentieren. Im Streitfall wird dies behauptet; oder aber zeigt sich, dass nicht sie dies sind, sondern z.B. die höhere „Bezirksebene“ (dazu sogleich bb).

Oder: Nach dem Vortrag des Arbeitgebers scheint der Leitungsapparat auf der Ebene der Hauptverwaltung angesiedelt zu sein. Im Streitfall stellt sich aber heraus, dass er sich auf der darunterliegenden Bezirksebene befindet (dazu sogleich cc).

Allgemein gilt zwar: Der Arbeitgeber kann sich zwar vertreten lassen, darf den Betriebsrat für Verhandlungen aber nicht auf Personen verweisen, die keine Entscheidungskompetenzen hinsichtlich der mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten haben.⁴⁶⁷ Tut er dies gleichwohl, erscheint aber der Anspruch des Betriebsrats auf Stellung eines Ansprechpartners auf Arbeitgeberseite mit Entscheidungsbefugnissen praktisch kaum durchsetzbar, insbesondere nicht in einem betriebsverfassungsrechtlichen Beschlussverfahren.

Beide sogleich (bb und cc) skizzierten Entscheidungen des BAG, die erste zum kündigungsschutzrechtlichen, die zweite zum betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff sowie zu den personellen Kompetenzen der jeweiligen Leiter von Teileinheiten stehen, wie zu zeigen sein wird, aufgrund der konkreten Umstände nicht im Widerspruch zueinander.

Oft werden in der Praxis allerdings der Betrieb, damit auch sein Begriff verkannt, nicht zuletzt bei unternehmensinternen Umstrukturierungen. Ein wesentlicher Grund liegt darin, dass der institutionalisierte Leitungsapparat, der den Betrieb ausmachen soll, Typus ist, der – wenn überhaupt – frühestens im Nachhinein feststeht.⁴⁶⁸ Wird der Betriebsrat für den räumlichen und sachlichen Zuständigkeitsbereich des institutionalisierten Leitungsapparats, vulgo: innerhalb des Betriebs gewählt, ist das Wahlergebnis erst nach Verstreichen der zweiwöchigen Frist zur Anfechtung der Wahl oder aber nach erfolgloser Anfechtung verbindlich. Anfechtbarkeit der Betriebsratswahl sowie die Möglichkeit, eine betriebsverfassungsrechtliche Organisationseinheit gerichtlich

⁴⁶⁷ Joost, a.a.O., S. 248.

⁴⁶⁸ Richardi, Reform des Betriebsverfassungsgesetzes?, NZA 2000, S. 161 (162), zu Recht: eher gelinge es, einen Pudding an die Wand zu nageln, als der typologischen Rechtsfindung Kriterien zu entnehmen, die eine eindeutige Festlegung ermöglichen – zur Kritik der Novellierungsvorschläge des DGB zum Betriebsverfassungsgesetz 1972, 1998. Diese Feststellung trifft für die typologische Methode generell zu, nicht nur, wenn der DGB sich ihrer bedient.

feststellen zu lassen (§ 18 Abs. 2 BetrVG), sind betriebsverfassungsrechtliche Verfahrenswege, um jedenfalls im Nachhinein Klarheit über den Betrieb zu erlangen.⁴⁶⁹

Betrifft die Konstellation in dem einen Urteil des BAG (unter bb) den kündigungsschutzrechtlichen Betriebsbegriff, so die in seinem Beschluss (unter cc) den betriebsverfassungsrechtlichen. In beiden Fällen liegen die betroffenen betrieblichen „Einheiten“ räumlich nahe beieinander.

bb) Das BAG zur Leitungsmacht eines Marktleiters⁴⁷⁰

Das BAG hat zur Bestimmung der betrieblichen Leitungsmacht in personellen und sozialen Angelegenheiten⁴⁷¹ in einer Spartenorganisation den Marktleiter eines Verbrauchermarkts nicht als Leiter eines Betriebs im kündigungsschutzrechtlichen Sinne erachtet. Die bundesweit betriebene Sparte des Verbrauchermarktes war in drei Vertriebscenter mit je einem Vertriebsleiter untergliedert. Diese waren in Bezirke mit je einem Bezirksleiter unterteilt, denen die einzelnen Märkte zugeordnet waren.

Der Marktleiter konnte personelle Einzelmaßnahmen einschließlich Kündigungen nach im Einzelnen umschriebenen unternehmerischen Vorgaben und nach Beachtung von Konsultationspflichten mit der Personalabteilung für bestimmte Arbeitnehmergruppen selbst durchführen bzw. aussprechen. Die Leitungsmacht in personellen und sozialen Angelegenheiten in Bezug auf den Markt war – wenn hinreichend, dann – nur eine über einen Betriebsteil, nicht über einen Betrieb im kündigungsschutzrechtlichen Sinn. Die Sozialauswahl ist aber nach ständiger Rechtsprechung des BAG nicht auf den Betriebsteil oder die Betriebsabteilung beschränkt, sondern muss sich auf den Betrieb insgesamt erstrecken.⁴⁷² In diesem Fall wirkt sich die vage, undefinierte Leitungsmacht ausnahmsweise zu Gunsten des klagenden Arbeitnehmers aus. Der Arbeitgeber hatte die bei der Sozialauswahl zu beachtenden Grundsätze verkannt.

469 Vgl. zur Diskussion des Betriebsbegriffs bzw. der Betriebsbegriffe auch Fünfter Abschnitt, C.

470 BAG vom 31.5.2007 – 2 AZR 276/06, NZA 2008, S. 33.

471 Grundlegend BAG vom 3.6.2004 – 2 AZR 386/03, NZA 2004, S. 1380.

472 Zum Betriebsbegriff des BetrVG bei Filialstruktur im Einzelhandel vgl. BAG vom 7.5.2008 – 7 ABR 15/07, NZA 2009, S. 328, sowie allgemein DKW-Trümmer, a.a.O., § 4 Rn. 88ff.

cc) Das BAG zur Leitungsmacht von Einrichtungsleitern in Seniorenzentren, Kindergärten und pädagogischen sowie psychiatrischen Einrichtungen bei Bestehen einer Hauptverwaltung⁴⁷³

Die Leiter der Einrichtungen in München hatten als solche „die volle Zuständigkeit, Kompetenz und Verantwortung im Hinblick auf personelle Einzelmaßnahmen inne. Dies betrifft insbesondere die Einstellung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern als auch deren Kündigung.“ Weiter heißt es:

„Die Komplexität und Unüberschaubarkeit der arbeitsgesetzlichen Regelungen und auch der Entscheidungen der Arbeitsgerichte macht es notwendig, bei personellen Maßnahmen (...) vor deren Durchführung eine arbeitsrechtliche Beratung in Anspruch zu nehmen. Für diese Beratung hält das Unternehmen die Abteilung Personalrecht bereit.“⁴⁷⁴

Am Sitz der Hauptverwaltung in München wurde für insgesamt 20 Einrichtungen, die ebenfalls in München ansässig waren, ein Betriebsrat gewählt. Die Wahl hat die Arbeitgeberin erfolgreich angefochten. Trotz der Konsultationspflichten entschieden die Leiter der Einrichtungen über Einstellungen, Befristungsabreden sowie Abmahnungen und Kündigungen selbst, so das BAG.

Hinzu kommt der gerichtliche Beurteilungsspielraum: Wenn das LAG unter Berücksichtigung der Gesamtumstände befunden habe, dass sich die Leitungsmacht der Leiter der Einrichtungen auf alle wesentlichen Funktionen des Arbeitgebers in personellen und sozialen Angelegenheiten erstreckte, sei dies unter Beachtung seines Beurteilungsspielraums⁴⁷⁵ in diesem Fall nicht zu beanstanden. Wie sonst im Arbeitsrecht haben die Parteien zwei Tatsacheninstanzen mit Beurteilungsspielraum.

dd) Weitere Praxisprobleme

Insbesondere in der Kündigungsschutzpraxis sollen des Öfteren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die als Vorgesetzte oder als Abteilungsleiter im Einzelfall das Direktionsrecht wahrnehmen, damit „Leitungsstelle“, Inhaber der Leitungsmacht, also der für Inhalt und Durchführung des Arbeitsverhältnisses entscheidenden Arbeitgeberbefugnisse und damit nichts anderes als Ar-

473 BAG vom 9.12.2009 – 7 ABR 38/08, NZA 2010, S. 906.

474 BAG, a.a.O., S. 907 o. li. Sp.; Sachverhalt; zitiert aus einem Rundschreiben des Arbeitgebers.

475 Im Kontext des § 4 BetrVG vgl. zum Beurteilungsspielraum der Tatsacheninstanzen kritisch gegenüber der Vorgehensweise des BAG *DKW-Trümmer*, a.a.O., § 4 Rn. 53, 132; zum Beurteilungsspielraum auch *Fitting*, § 1 Rn. 96. Der Beurteilungsspielraum der Instanzgerichte ist seit längerem ständige Rechtsprechung des BAG.

beitgeber sein. Wird dies nur behauptet, ohne dass die Voraussetzungen einer Arbeitgeberstellung tatsächlich vorliegen, kann dies die kündigungsschutzrechtliche Position wie auch die Rechtsstellung des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis im Allgemeinen erheblich beschneiden. Dadurch könnten sich diese Arbeitgeberbefugnisse z.B. auf eine Betriebsgröße unterhalb der Schwellenwerte des § 23 Abs. 1 KSchG beschränken.

Eine Arbeitnehmerin bzw. ein Arbeitnehmer könnte den Arbeitgeber bzw. dessen „Leitungsstelle“ verkörpern, wenn er die Arbeitgeberbefugnisse, insbesondere das Direktionsrecht jedenfalls in Bezug auf den „Kern der Arbeitgeberfunktionen in sozialen personellen Angelegenheiten“⁴⁷⁶, sei es im eigenen Namen, sei es „i.V.“, „i.A.“, als Vertreter oder Erfüllungsgehilfe und als solcher als Betriebsleiter wahrnimmt, immerhin als solcher erscheint.

Die „Leitung“ muss den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wie dem Betriebsrat gegenüber als Arbeitgeber in Erscheinung treten. Es muss klar sein, dass sich der Arbeitgeber zur Erfüllung seiner Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis bestimmter Dritter mit definierten Weisungsrechten bedient. Dabei kommt es, wie sonst im Arbeitsrecht, zumeist nicht darauf an, wer Maßnahmen des Arbeitgebers erklärt bzw. ausspricht, sondern von wem sie stammen, wer sie zu verantworten hat. Die Leitungsmacht des Arbeitgebers als nach der Rechtsprechung des BAG i.E. allein relevanter Inhalt des Betriebsbegriffs muss als solche erscheinen,⁴⁷⁷ als besondere feststellbar sein und festgestellt werden. Was sie im Einzelnen beinhaltet, was ihr „Kern“, was bloß „Rand“ ist, war zunächst noch „wenig geklärt“,⁴⁷⁸ und scheint dies immer noch zu sein.

Ähnliche Probleme stellen sich beim Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen. Auch dort geht es um den institutionalisierten Leitungsapparat in einer gemeinsamen Betriebsstätte. Hinzu kommt beim Gemeinschaftsbetrieb die Frage, wer auf Arbeitgeberseite für welche einzelne Maßnahme jeweils zuständig ist – der Vertragsarbeitgeber oder die BGB-Gesellschaft, die den Gemeinschaftsbetrieb leitet.

476 BAG vom 24.1.1996 – 7 ABR 10/95 (Gemeinschaftsbetrieb Fraunhofer Institut für Arbeitswissenschaft und Organisation mit einem Institut der Universität Stuttgart), AP Nr. 8 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb m. Anm. *Däubler*.

477 Nach *Hegel* „muss das Wesen (...) erscheinen“; vgl. *Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Wissenschaft der Logik II, Zweiter Abschnitt, *Moldenhauer/Michel* (Hrsg.), Theorie Werkausgabe, Bd. 6, 1969, S. 124.

478 *Däubler*, a.a.O., Anm. zu BAG AP Nr. 8 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb.

Für die Anwendung des BetrVG gilt als Arbeitgeber dagegen der Inhaber des Betriebs, derjenige, der die betriebliche Organisationsgewalt ausübt.⁴⁷⁹ Insofern stellen sich dieselben oder ähnliche Fragen wie soeben. Für die Betriebsverfassung gelten Sonderregelungen des § 4 BetrVG für Betriebsteile, die entweder zu einem eigenständigen Betriebsrat oder aber zur Zuordnung zum Hauptbetrieb und zu dessen Betriebsrat führen – je nach Eigenständigkeit des Aufgabenbereichs und der Organisation oder aber der räumlichen Entfernung vom Hauptbetrieb.

Der eigenständige Aufgabenbereich setzt einen in dem Betriebsteil verfolgten gesonderten arbeitstechnischen Zweck voraus.⁴⁸⁰ Als eigenständige Organisation im Sinne des § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BetrVG wird – konkreter – verstanden: Die Leitung des Betriebsteils müsse im Vergleich zu den vollständigen Befugnissen und Zuständigkeiten der Unternehmensleitung, wenn auch in der Sache auf den Betriebsteil begrenzt, zwar keine allumfassenden Befugnisse und Zuständigkeiten haben; auch seien interne Bindungen seitens der Unternehmensleitung gegenüber der Betriebsleitung unschädlich. Jedoch müssten „nennenswerte Entscheidungsbefugnisse in Mitbestimmungsangelegenheiten“ bestehen.⁴⁸¹

Wenn Leitungsmacht bzw. Betriebsidentität der Definition des Betriebs zugrunde gelegt wird, sollte präzisiert werden, worin sie sich manifestieren kann und wie sie übertragbar ist bzw. ab- oder aufgelöst wird. Schon das geschieht nicht. Stattdessen wird bloß an Evidenzen appelliert und ergebnisorientiert argumentiert.

g) Der Leitungsapparat in Rechtsprechung des LAG Düsseldorf und des LAG Hessen bei Eingliederung eines Betriebs in einen anderen

aa) Aus der Begründung des Beschlusses des LAG Düsseldorf

Das LAG Düsseldorf begründet seine bereits oben zur Einführung in das Thema skizzierte Entscheidung⁴⁸² vor allem wie folgt: Über den Betriebsbegriff werde die Einheit bestimmt, innerhalb derer eine sinnvolle Ordnung der Betriebsverfassung und damit eine sachgerechte Betreuung der Arbeitnehmerin-

479 BAG vom 5.2.1991 – 1 ABR 32/90, DKW-Wedde, a.a.O., Einleitung, Rn. 154ff.

480 *Fitting*, a.a.O., § 4 Rn. 24; DKW-Trümmer, a.a.O., § 4 Rn. 62ff. mit Rechtsprechungsnachweisen sowie Rn. 78ff.; GK-Franzen, a.a.O., § 4 Rn. 15f.

481 DKW-Trümmer, a.a.O., Rn. 84, unter Verweis auf BAG vom 17.2.1983, AP Nr. 3 und 4 zu § 4 BetrVG, „Überwiegende Zuständigkeit in den Mitbestimmungsangelegenheiten“; zur Erörterung der neueren Rechtsprechung des BAG vgl. DKW-Trümmer, a.a.O., Rn. 84ff. mwN.; zu Sonderproblemen bei Filialstruktur von Unternehmen ebd., Rn. 88ff.; vgl. dazu auch Fünfter Abschnitt, B.I.3.a)bb).

482 Vgl. dazu Erster Abschnitt, E.V.; dort auch die Nachweise zur Rspr. der beiden LAGs.

nen und Arbeitnehmer durch ihre Repräsentanten möglich sei. Entscheidend für die Bestimmung des Betriebs sei der institutionelle Leitungsapparat. Würden die Aufgaben von getrennten, selbstständigen Leitungsapparaten erfüllt, könne man von mehreren Betrieben ausgehen.⁴⁸³

Die Entscheidung, verschiedene Leitungsapparate zu installieren, entspreche der Organisationsbefugnis des Arbeitgebers und sei allein durch seinen Willen bestimmt. Nur davon hänge es deshalb ab, ob ein oder mehrere Betriebe bestünden. Ihm stehe es auch offen, allein durch Neustrukturierung der betrieblichen Leitungsmacht die Betriebsstruktur zu verändern.

Nicht erforderlich sei, dass sich darüber hinaus weitere Dinge änderten. Insbesondere müsse kein Austausch von Sachmitteln erfolgen; die Mitarbeiter müssten nicht in bestehende Abteilungen integriert oder gemeinsam eingesetzt werden.

Für eine Eingliederung mit der Folge des sofortigen Erlöschens des Betriebsrats (§ 21a Abs. 1 BetrVG) reichte in der Entscheidung des LAG aus, dass die bisherige Betriebsleitung der Regionalniederlassung abberufen wurde und drei Niederlassungen anderen Betriebsleitungen unterstellt wurden. Ob die Betriebsleitungen fachliche und disziplinarische Verantwortung trügen, könne dahinstehen. Nicht erforderlich sei, dass die Betriebsleitung die Kompetenz für alle Maßnahmen in den Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen habe.

Entscheidend sei, dass sie maßgebliche Ansprechpartner in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten seien.⁴⁸⁴ Der Betrieb der ehemaligen T. sei in die Niederlassungen der Beteiligten zu 2. eingliedert worden. Auch ein Übergangsmandat komme nicht in Betracht, weil die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der früheren T. „nahtlos“ durch die Betriebsräte bei der Beteiligten zu 2. vertreten würden.

Damit lag für das LAG Düsseldorf eine Eingliederung vor, ein Übergangsmandat des Betriebsrats kam nicht in Betracht.⁴⁸⁵

bb) Stellungnahme

Nach dieser Rechtsprechung ist eine Eingliederung bloß, was der Arbeitgeber als solche bezeichnet, indem er Personen als Betriebsleiter bzw. „Ansprech-

483 Unter Berufung auf *ErfK/Koch*, 8. Aufl. 2008, § 1 BetrVG, Rn. 10.

484 LAG Düsseldorf, a.a.O., Rn. 68.

485 Dagegen hat das Hessische LAG eine Eingliederung in einem ähnlichen Fall verneint und eine Zusammenfassung nach § 21a Abs. 2 BetrVG mit der Konsequenz eines u.U. halbjährlichen Übergangsmandats bejaht. Vgl. Hessisches LAG vom 23.10.2008 – 9 TaBV 155/08, Rn. 22; *GK-Kreutz*, ebd.

partner“ des Betriebsrats deklariert, gleichgültig, ob sie in der Praxis die fachliche und disziplinarische Entscheidungsmacht und Verantwortung eines Betriebsleiters bzw. Arbeitgebers tragen.

Nach dem Beschluss des LAG soll die bloße Umstrukturierung der betrieblichen Leitungsmacht die Betriebsstruktur verändern. Nicht erforderlich sei es, dass sich darüber hinaus weiteres änderte, um einen der Tatbestände auszulösen, zu denen die in §§ 21a, 21b BetrVG normierten Rechtssätze – Kontinuität oder Diskontinuität des Betriebsrats – einschlägig sind. Es reichte für den Wegfall des Betriebsrats im Ausgangsbetrieb T., dass die bisherige Betriebsleitung der Regionalniederlassung abberufen wurde und drei Niederlassungen anderen Betriebsleitungen als bisher unterstellt wurden. Auf fachliche und disziplinarische Verantwortung der Betriebsleitungen kam es nicht an. Kriterium war nur der „maßgebliche Ansprechpartner“ in betriebsverfassungsrechtlichen Angelegenheiten.

Folgt man dieser Auffassung, steht der demokratisch gewählte Betriebsrat jederzeit zur Disposition minimaler Änderungen von Leitungsstrukturen durch den Arbeitgeber. Dies ist eine ausschließlich an Arbeitgeberinteressen orientierte Bestimmung des Betriebsbegriffs, keine „arbeitnehmernahe Repräsentanz“.⁴⁸⁶ Der Zweck des BetrVG als Gesetz zum Schutz vor allem der kollektiven Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb kommt auf diese Weise nicht zur Geltung.

Die neue Verfassung des Betriebs aufgrund der unternehmensinternen Umstrukturierung kann nicht nur erhebliche betriebsverfassungsrechtliche Folgen haben, sondern auch solche im einzelnen Arbeitsverhältnis. So kann die unternehmensinterne Umstrukturierung z.B. Konsequenzen für den Schutz vor betriebsbedingten Kündigungen haben (Stichwort: Sozialauswahl nur innerhalb des Betriebs). §§ 21a, 21b BetrVG enthalten dazu nichts.

Unklar bleibt jedenfalls, ob diese Rechtsprechung ausschließliche Relevanz für das Fortbestehen oder Erlöschen des Betriebsrats bei Eingliederung eines Betriebs in einen anderen hat oder auch darüberhinausgehende betriebsverfassungsrechtliche Konsequenzen wie auch kündigungsschutzrechtliche (§§ 1, 23 KSchG). Auch ist klärungsbedürftig, ob die vom LAG dargelegten Grundsätze den Betrieb im Sinne der ME-RL für eine Massenentlassung und die übergangsfähige wirtschaftliche Einheit für einen Betriebsübergang im Sinne der BÜ-RL bestimmen.

⁴⁸⁶ Joost, *Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht*, 1988, S. 246ff.; DKW-Trümmer, a.a.O., § 1 Rn. 58ff.

Beschränkt man diese Rechtsprechung auf die Frage des Erlöschens des Betriebsrats durch Eingliederung, also auf betriebsverfassungsrechtliche Aspekte, bleibt das Ausmaß an Handlungs- und Entscheidungsbefugnissen des Ansprechpartners des Betriebsrats wie auch des Leitungsapparats offen.⁴⁸⁷

Zumindest müssen die konkreten Befugnisse der in diesem Leitungsapparat Zuständigen solche als Arbeitgeber zur selbstständigen Entscheidung sein. Der Beschluss des LAG Düsseldorf nimmt dagegen vollumfängliche Arbeitgeberbefugnisse ohne weiteres, d.h. ohne Begründung an.

Nach Rechtsprechung des LAG Hessen soll stattdessen von einer Eingliederung nur auszugehen sein, wenn die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des aufgenommenen Betriebs in die Abteilungen des aufnehmenden Betriebs verteilt wurden und dortige Tätigkeiten wahrnehmen, wenn also der aufnehmende Betrieb in seiner Organisationsstruktur unverändert bleibe. Maßgeblich seien die Beibehaltung des Betriebszwecks, der Leitungsstruktur und das Verhältnis der betroffenen Arbeitnehmerzahl zueinander. Jedenfalls könne allein durch die Unterstellung des Betriebs unter eine gemeinsame Betriebsleitung nicht von einer Zusammenlegung im Sinne einer Eingliederung ausgegangen werden. Dadurch habe sich die Identität des Betriebs nicht geändert.

cc) Insbesondere: Nicht einschlägiger Tarifvertrag zur Betriebsorganisation

Zu Recht hat das LAG Düsseldorf in seinem Beschluss eine Verletzung des Ergänzungstarifvertrags nicht festgestellt. Dieser regelte einzelne Beteiligungstatbestände des Betriebsrats bei Betriebsänderungen im Sinne des § 111 BetrVG. Die Konzernmutter änderte aber nicht die Betriebs-, sondern ihre Unternehmensorganisation, indem sie das Unternehmen T. auf sich anwachsen ließ. Den Tarifvertrag tangierte dies nicht.

Dieser Tarifvertrag – eine über die üblichen befristeten Ausschlüsse ordentlicher betriebsbedingter Kündigungen hinausgehende tarifliche Regelung der Betriebsorganisation und einiger Tatbestände der Betriebsänderung – zeigt zugleich Regelungsprobleme von Tarifverträgen zur Unternehmensorganisation – das Fragmentarische solcher und ähnlicher Tarifverträge, die nur die Betriebs-, nicht aber die Unternehmensorganisation regeln, insbesondere nicht deren Änderungen.

⁴⁸⁷ Vgl. aber auch Hessisches LAG vom 23.10.2008 – 9 Ta BV 155/08, Rn. 22; GK-Kreutz, a.a.O., § 21a Rn. 62; das LAG Düsseldorf habe zutreffend, das Hessische LAG dagegen zu eng entschieden.

dd) Konsequenzen

Der demokratisch gewählte Betriebsrat soll den vom Unternehmen ins Werk gesetzten betrieblichen Veränderungsprozessen – Auf- oder Abspaltung, Zusammenfassung bzw. Zusammenlegung, Eingliederung, Stilllegung – stets weichen müssen. Geschlossen wird dies aus §§ 21a, 21b BetrVG, gesetzlichen Regelungen zum Übergangs- und Restmandat des Betriebsrats. Weitere Folgen unternehmensinterner Umstrukturierungen, etwa für den Inhalt und den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses, sind gesetzlich nicht geregelt, vielmehr vollumfänglich Richterrecht.

Nach Rechtsprechung des BAG soll der Ursprungsbetrieb bei Aufspaltung und Eingliederung untergehen. §§ 21a, 21b BetrVG regeln diese Voraussetzungen jedoch nicht. § 21b BetrVG enthält nur den Rechtssatz, dass der Betriebsrat ein Restmandat hat, *wenn* der Betrieb u.a. durch Spaltung untergeht. Die Vorschrift sagt nicht, *dass* er durch Spaltung untergeht. Ein Obersatz dergestalt, dass jede Eingliederung den Betrieb und damit den dort gewählten Betriebsrat erlöschen lässt, ist genauso problematisch wie ein Untersatz, wonach minimale Änderungen an der Betriebsleitung bereits Eingliederung seien.

Außerdem soll der im Ausgangsbetrieb gewählte Betriebsrat bei Aufspaltung des Betriebs ein sich nur auf die „Spaltprodukte“, nicht dagegen auf den – untergegangenen – Ausgangsbetrieb beziehendes Übergangsmandat von bis zu sechs Monaten haben; bei Eingliederung soll die Belegschaft des einzugliedernden Betriebs übergangslos von dem Betriebsrat vertreten werden, der nur von der Belegschaft des eingliedernden Betriebs gewählt worden ist.

Gleichgültig soll sein, dass der Betriebsrat des aufnehmenden Betriebs die eingegliederten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, ohne von ihnen gewählt worden zu sein, ab sofort vertritt. Dabei kennt der Betriebsrat die eingegliederte Belegschaft oft nicht, und auch nicht deren „mitgebrachtes“ betriebliches Arbeitsrecht in Betriebsvereinbarungen und Regelungsabreden.

Insgesamt: Je leichter eine Eingliederung bzw. Betriebsaufspaltung ins Werk gesetzt werden kann, je „volatiler“ damit die Betriebsverfassung wird, desto augenscheinlicher treten auch demokratische Defizite dieser betrieblichen Umstrukturierungen hervor.

Die betrieblichen Umstrukturierungen sind rechtlich noch weniger reguliert als die hier näher betrachteten im Kontext des § 613a BGB. Schon mangels präziser rechtlicher Regulierung wie auch in Anbetracht der Herabsetzung der Anforderungen an den Betriebsbegriff durch die Rechtsprechung sind rechtliche Potenziale, die zum Schutz der Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wirken könnten, bei unternehmensinternen Umstrukturierungen

des Betriebs noch weniger ausgeprägt als bei solchen, bei denen § 613a BGB anwendbar ist.

De facto hängen der betriebsverfassungsrechtliche Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wie der Fortbestand ihres Schutzes und ihrer Repräsentanz durch den Betriebsrat von minimalen Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers wie denen in der Magdeburger Druckerei, im Erfurter Call-Center, denen in den Münchner Zustellgesellschaften, im Betrieb der T. und in zahlreichen ähnlichen Konstellationen ab.

ee) Manipulationsmöglichkeiten bei unternehmensinternen Umstrukturierungen

Es wird geltend gemacht, dass für den Arbeitgeber weitreichende Möglichkeiten zum Missbrauch und zur Manipulation entstehen, indem sich Betriebe umstrukturieren lassen, um die Existenz oder nur die Zuständigkeit des Betriebsrats zu beenden. Ein Arbeitgeber könnte versucht sein, einzelne Betriebsratsmitglieder durch organisatorische Umstrukturierungen aus dem Betrieb, in dem sie ihr Mandat ausüben, auszugliedern oder die Wahlergebnisse, die einen „unangenehmen“ Betriebsrat hervorgebracht haben, zu korrigieren, indem der bisherige Betrieb aufgelöst und neue Betriebe gebildet werden. Zugleich sind damit der betriebsverfassungsrechtliche Bestandsschutz und die Weitergeltung das für den bisherigen Betrieb zwingend und unmittelbar geltende betriebliche Arbeitsrecht, d.h. die abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen in Gefahr.⁴⁸⁸

Jedenfalls sollen aber Betriebsvereinbarungen auch nach bloß unternehmensinternen Umstrukturierungen, insbesondere der Betriebsaufspaltung, die zum Wegfall des Betriebs und – nach Ablauf des Übergangsmandats – auch zum Wegfall des Betriebsrats führen soll, mit kollektivrechtlicher Wirkung fortgelten.⁴⁸⁹ Die differenzierenden Regeln der Rechtsprechung des BAG zur kollektivrechtlichen Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen und Gesamtbetriebsvereinbarungen sind auch Ausdruck des Bemühens, jedenfalls den Fortbestand kollektiven betrieblichen Arbeitsrechts als solchem gegenüber unterschiedlichen Interessenlagen und Konstellationen, nicht zuletzt bei unternehmensinternen Umstrukturierungen möglichst zu gewährleisten.

⁴⁸⁸ So zu Recht DKW-Buschmann, a.a.O., § 21a Rn. 26.

⁴⁸⁹ Übersichten über die diversen Fallkonstellationen bei *Fitting*, a.a.O., § 77 Rn. 160ff.; DKW-Berg, a.a.O., § 77 Rn. 95ff.; Bachner u.a., a.a.O., Rn. 179ff.; GK-Kreutz, a.a.O., § 77 Rn. 423ff.; für den Fall des Wegfalls des Betriebsrats nach Betriebsübergang vgl. z.B. BAG vom 12.6.2019 – 1 AZR 154/17, NZA 2019, S. 1203, Rn. 34ff., 43f. Die Betriebsvereinbarungen sollen ggf. im Arbeitsverhältnis, gleichwohl kollektivrechtlich fortgelten, BAG, a.a.O. mwN., ständige Rechtsprechung.

Auch aus den auf die – zeitlich begrenzte – Amtskontinuität des Betriebsrats beschränkten Regelungen der §§ 21a, 21b BetrVG bzw. deren „Wertungen“⁴⁹⁰ wird die kollektive Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen, auch nach Wegfall des Betriebsrats geschlussfolgert. – Je nach Umstrukturierungsmaßnahme (Auf- oder Abspaltung, Zusammenlegung, Eingliederung) stellt sich dies jedoch unterschiedlich dar.⁴⁹¹

Dagegen ändert sich an der Tarifgebundenheit auf Arbeitgeberseite aufgrund der unternehmensinternen Auf- oder Abspaltung, Eingliederung oder des Zusammenschlusses von Betriebsteilen nichts. Nach Maßgabe der betrieblich-fachlichen Geltungsbereiche der jeweils maßgebenden Tarifverträge können diese aber modifiziert werden, keinen Anwendungsbereich mehr haben oder aus anderen Gründen nicht mehr einschlägig sein.

ff) Weitere Schlussfolgerung: Überwiegende Objektstellung des einzelnen Arbeitnehmers in der Umstrukturierung von Betrieben

Die unterschiedlichen Formen betrieblicher Umstrukturierungen bloß voneinander abgrenzenden, nicht aber je für sich definierenden Erwägungen in der Rechtsprechung des BAG zu §§ 21a, 21b BetrVG setzen die Betriebsidentität stets nur voraus, ohne sie zu bestimmen oder zu konkretisieren.

Neben dem gesamten Schutzregime des § 613a BGB (Kündigungsverbot, Unterrichtung, Widerspruchsrecht gemäß § 613a Abs. 4 bis 6) finden bei unternehmensinternen Umstrukturierungen dessen Regelungen zur Inkorporierung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen in das Arbeitsverhältnis des durch Betriebsinhaberwechsel zu einem anderen Vertragspartner „migrieren“ Arbeitnehmers in § 613a Abs. 1 S. 2 bis 4, Abs. 2 und 3 BGB im Allgemeinen keine Anwendung.

Soweit das zwingende Schutzprogramm zugunsten des einzelnen Arbeitnehmers, das § 613a BGB errichtet hat, nicht gilt, gestaltet sich die Rechtslage zu lasten des Einzelnen bei unternehmensinternen Umstrukturierungen noch ungünstiger als bei Umstrukturierungen mit Wechsel des Betriebsinhabers.

Hinzu kommt, dass diese, anders als § 613a BGB, mit Ausnahme rudimentärer Regelungen zum Übergangs- und Restmandat des Betriebsrats in §§ 21a, 21b

⁴⁹⁰ BAG vom 14.8.2013 – 7 ABR 56/11, Rn. 26, DB 2014, S. 308.

⁴⁹¹ Übersichten bei *DKW-Berg*, a.a.O., § 77 Rn. 96ff.; *Fitting*, a.a.O., § 77 Rn. 162–166 sowie 174; *Richardi*, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 77 Rn. 214ff.; *GK-Kreutz*, a.a.O., Rn. 424, alle mwN. auch aus der Rechtsprechung des BAG.

sowie in § 4 BetrVG zum Nebenbetrieb jedenfalls auf der Ebene des Arbeitsvertrages keine nähere Ausgestaltung erfahren haben.

VI. Zur Effektivität der Wahrnehmung von Rechtspositionen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in der Umstrukturierung

1. Parteirollen im arbeitsgerichtlichen Rechtsschutz

a) Allgemeines

In gerichtlichen Verfahren mit Klagegegenständen, die auf Umstrukturierungen beruhen, besteht typischerweise folgende Rollenverteilung: Gerichtliche Entscheidungen des BAG und des EuGH zu Streitgegenständen mit Bezug zu dieser Problematik sind überwiegend auf Individualklagen einzelner Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer hin ergangen,⁴⁹² der Rollenverteilung im Arbeitsverhältnis entsprechend: Der Arbeitgeber als Subjekt des Arbeitsverhältnisses strukturiert um, agiert, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ziehen dagegen vor Gericht.

Durch die Organisationsmaßnahme der Umstrukturierung und die daraus folgende Zuordnung betroffener Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer entscheidet der Arbeitgeber über das berufliche Schicksal des Arbeitnehmers, darunter auch über dessen künftigen Arbeitgeber. Eine Arbeitnehmerin kann sich durch Klage auf Feststellung der Zugehörigkeit zu einem übergegangenem oder aber nicht übergegangenem Betrieb oder Betriebsteil wehren. Die Fakten hat zuvor der Arbeitgeber gesetzt.

b) Der „First-Mover-Vorteil“ des umstrukturierenden Arbeitgebers

Der Arbeitnehmer kann sich zu seinem Schutz auf Arbeitsrecht berufen, vor allem kann er klagen. Leistungsverweigerungs- oder Zurückbehaltungsrechte kommen in der Praxis kaum einmal in Betracht. Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer und Betriebsräte sind ganz überwiegend in der Klägerrolle. Dann trifft zumeist sie auch die Darlegungslast; trotz Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers gilt dies auch im Beschlussverfahren. Die im Zivilverfahren grundsätzlich generell so geregelte Verteilung bezüglich des beizubringenden Prozessstoffs belastet die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und begünstigt dadurch den Arbeitgeber.

⁴⁹² Vgl. dazu auch die Übersichten von *Kreitner*, in: *Küttner*, Personallbuch 2021, Betriebsübergang Rn. 14ff.

Diese Form der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers im Verfahren wird auch „First-Mover-Vorteil“ genannt. Er benachteiligt die Klägerinnen und Kläger strukturell.⁴⁹³ Gemildert werden könnte dieser Vorteil durch Verfahrensrecht – Sammelklagen oder Verbandsklagerechte. Im Arbeitsrecht kommen hierzulande aber insoweit nur besondere oder „abgestufte“ Darlegungslasten, Vermutungen oder Fiktionen, ggf. auch subjektive Klagehäufungen in Betracht.

c) Aus der Praxis des Individualrechtsschutzes vor den Arbeitsgerichten

Auch wird in der Praxis nur selten in einem laufenden Arbeitsverhältnis geklagt, meistens erst nach seinem Ablauf oder kurz vor seinem Ende, allgemein: Wenn eine Arbeitnehmerin gleichsam nichts mehr zu verlieren hat; abweichend im öffentlichen Dienst.

Kommt es zu Verfahren, endet der allergrößte Teil erstinstanzlich. Mehr als 80 Prozent der Verfahren werden durch Vergleich, Klagerücknahme oder Erledigung abgeschlossen. Vergleiche lösen das Arbeitsverhältnis meistens auf bzw. wickeln es ab.

Einerseits hat sich die rechtliche und Praxisrelevanz arbeitsgerichtlicher Verfahren in den letzten 20 Jahren stark reduziert: Die Neuzugänge zu den Arbeitsgerichten haben sich zwischen 1995 bis 2018 von 675.637 Klagen auf 320.094 mehr als halbiert. Mit anderen Worten haben 2018 gegenüber 1996 weniger als die Hälfte Klägerinnen und Kläger, ihrerseits zu weit über 90 Prozent Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, um arbeitsgerichtlichen Rechtsschutz nachgesucht.⁴⁹⁴ Auch beim BAG sind die Eingänge seit Jahren stark rückläufig, zuletzt im Jahr 2018 um 8,86 Prozent.⁴⁹⁵ Diese Zahlen und Trends relativieren die Bedeutung der Arbeitsgerichtsbarkeit für die Praxis der Verteidigung der Rechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern.

Andererseits ist die Rechtsprechung des BAG in Anbetracht der richterrechtlichen Prägung des Arbeitsrechts von faktisch präjudizieller Bedeutung. Dafür ist die Zahl der Verfahren bedeutungslos. Dass die Eingangszahlen auch beim BAG stark rückläufig sind, muss für diese wichtige Funktion seiner Rechtsprechung als „Rechtserkenntnisquelle“,⁴⁹⁶ als „Richterrecht“ deshalb nichts besagen.

493 Pistor, Der Code des Kapitals, 2020, S. 334ff.

494 Zahlen und Nachweise nach Grotmann-Höftling, AuR 2019, S. 452; vgl. auch Zundel, NJW 2019, S. 125ff., 269ff.

495 Schmidt (Hrsg.), JbArbR, Dokumentation für das Jahr 2018, Bd. 56, 2019, S. 158 sowie 211ff.

496 BVerfGE 84, S. 212 (226f.).

Hinzu kommt, dass ungeachtet der sehr ausdifferenzierten und rechtsdogmatisch immer anspruchsvolleren und auch textmäßig umfangreicheren Rechtsprechung des BAG⁴⁹⁷ unbestimmte Rechtsbegriffe, Ermessen, Abwägungen zahlreiche Rechtsstreite vor den Arbeitsgerichten (mit-)regieren. Besonders gilt dies für Typen, die von großer rechtlicher Bedeutung nicht zuletzt für Detailfragen der Umstrukturierung, insbesondere im Kontext des § 613a BGB sind, aber auch im Kündigungsschutzrecht, bei Rechtsstreitigkeiten aus dem BetrVG, wie auch bei Umstrukturierungen generell ebenfalls anfallen können.

2. Richterrecht und Typen

Für das Arbeitsrecht ist Rechtsprechung, insbesondere höchstrichterliche Rechtsprechung, „Muster“ für die Abschätzung rechtlicher Chancen und Risiken, v.a. für „ähnliche Fälle“. Dies gilt erst recht für gesetzlich nicht oder kaum geregelte Bereiche, wie das Arbeitskampfrecht. Bei der Umstrukturierung durch Betriebsübergang, wenn auch nicht bei unternehmensinterner Umstrukturierung durch Betriebsspaltung oder -zusammenfassung, bestehen zwar detaillierte gesetzlich-normative Regelungen wie die Betriebsübergangsrichtlinie, §§ 613a BGB, 111 ff. BetrVG und die arbeitsrechtlichen Bestimmungen in §§ 322ff. UmwG. So enthält die EU-Richtlinie in Art. 2 umfangreiche Begriffsbestimmungen. Nicht definiert sie allerdings den „Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“ (Art. 1 Ziffer 1 Buchst. b Richtlinie).

Das Recht der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen wird von vagen und bestimmten Begriffen beherrscht. Dementsprechend ist § 613a BGB eine „...höchst umstrittene Zentralnorm des deutschen Arbeitsrechts.“⁴⁹⁸ Abwägungs- und Wertungsspielräume des Gerichts, Generalklauseln, Ermessen und dergleichen lassen oft keine Prognose des Verfahrensausgangs zu, machen das Verfahren zu einem unkalkulierbaren Risiko.

Besonders gilt dies, wenn Typen entscheidungserheblich werden. Zunächst macht dies einen Arbeitsrechtsstreit für beide Parteien riskant, für Arbeitgeber wie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Besonders trifft dies Risiko aber – jedenfalls im Regelfall – die Prozesspartei, der die Darlegungs- und Beweislast obliegt. Nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen hat sie der Kläger, in der großen Vielzahl der Verfahren also der Arbeitnehmer. Immerhin können gesetzliche und Rechtsprechungsregeln zur abgestuften Darlegungs- und Be-

497 Ein jüngeres Beispiel ist das Urteil des BAG vom 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, S. 1006 (Massenentlassung bei Air Berlin) mit 115 Randnummern.

498 *Willemsen u.a.*, a.a.O., G.L., vor Rn. 1.

weislast nach Maßgabe der Sachnähe oder auch Vermutungen dies mildern. Bei typologischen Begriffsbildungen scheint dies Problem besonders ausgeprägt zu sein. Für die rechtliche Beurteilung von Umstrukturierungen sind Typen von entscheidender Bedeutung:

a) Begriff des Typus im Allgemeinen

Der Typus ist Gegenbegriff zum juristischen Allgemeinbegriff:

„Ein Begriff ist durch seine Definition in der Weise festgelegt, dass er auf einen konkreten Vorgang oder Sachverhalt ‚nur dann und immer dann‘ anzuwenden ist, wenn in ihm sämtliche Merkmale der Definition anzutreffen sind. Für den Typus gilt dieser Satz nicht. Die in der Beschreibung des Typus angegebenen Merkmale oder doch einige von ihnen brauchen nicht sämtlich vorzuliegen; sie können insbesondere in unterschiedlichem Maße – ‚mehr‘ oder ‚weniger‘ – gegeben sein. Sie sind häufig abstufbar und bis zu einem gewissen Grad gegeneinander austauschbar. (...) Der Typus wird nicht definiert, sondern beschrieben. Unter die Typenbeschreibung kann man nicht substituieren, man kann aber mit ihrer Hilfe beurteilen, ob ein Typ einer Erscheinung dem Typus zugeordnet werden kann oder nicht.“⁴⁹⁹

Die Merkmale einer Norm müssen nicht oder nicht alle vorliegen, damit ein Tatbestand unter den Typus fällt. Die Antithese „juristischer Allgemeinbegriff – Typus“ soll allerdings mittlerweile an Schärfe verloren haben. Es sei zu „Annäherungen“ zwischen beiden gekommen.⁵⁰⁰

Typologisches Vorgehen wird am Fall der Betriebseingliederung, die hinsichtlich der Amtskontinuität des Betriebsrats in § 21a BetrVG eine Regelung erfahren hat, kurz wie folgt skizziert: Sie sei anhand des „Gesamteindrucks der organisatorischen Einheit vorher und nachher“ zu bestimmen.⁵⁰¹ Das bedeutet

499 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 42; die Typologie im Recht hat zahlreiche Anhänger und Gegner gefunden; vgl. dazu im Einzelnen die Übersichten von *Kokert*, Der Begriff des Typus bei *Karl Larenz*, 1995, S. 273ff.; *Wank*, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 124ff.; *Koch/Rußmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 73ff.; *Kublen*, Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, 1977; *Hüpers*, Karl Larenz – Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart, 2010, S. 177ff., 468ff.; *Arthur Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2. Aufl. 1982, S. 76.

500 *Wank*, Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, 2013, S. 131f.; wodurch und in welche Richtung dies geschehen sein soll, wird nicht deutlich.

501 *Richardi/Thüsing*, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 21a Rn. 6; konträr *Linsenmaier*, RdA 2017, S. 128 (140), der die Betriebsidentität mit Hilfe des Allgemeinbegriffs entwickeln will und ihn für einen „betriebsverfassungsrechtlichen Kompass (hält), um durch die Stürme und Untiefen einschneidender Unternehmensumstrukturierungen den Kurs zu halten“. Der Erfolg dieses anspruchsvollen Vorhabens kann nicht nachvollzogen werden.

auch, dass Typologie auch nur halbwegs vertretbare Prognosen über den Ausgang von Verfahren nicht zulässt.

„Eine zentrale Rolle in der zeitgenössischen rechtswissenschaftlichen Lehre vom Begriff spielt die These, dass zahlreiche Ausdrücke in gesetzlichen Vorschriften nicht Begriffe, sondern ‚Typen‘ ausdrücken.“⁵⁰² Dies gilt für die Entscheidung von Umstrukturierungsfällen eher noch mehr als für andere Bereiche der Rechtspraxis.

Typologie ist auch von Bedeutung für den – arbeitsrechtlichen, kündigungsschutz- und betriebsverfassungsrechtlichen – Betriebsbegriff, Grundbegriffe des Arbeitsrechts. Das gilt auch für seine „Ableger“ bzw. Komplementärbegriffe in der Rechtsprechung des BAG, d.h. den des institutionellen Leitungsapparats oder – bei Änderungssachverhalten – die Begriffe der Betriebsidentität und der betriebsverfassungsrechtlichen Identität.

In Anbetracht der Praxisrelevanz dieser abstrakten Begriffe, deren Inhalte und Abgrenzungen oft nicht klar sind, seien einige Aspekte der Typologie skizziert, um daraus Schlussfolgerungen für Interessen und subjektive Rechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Prozess der Umstrukturierung zu ziehen:

Das BAG verfährt in seiner Rechtsprechung zu § 613a BGB wie zu einigen kündigungsschutzrechtlichen Aspekten vielfach typologisch.⁵⁰³ So kann die Frage, ob ein Betriebsübergang vorliegt, vielfach nur ex post beantwortet werden⁵⁰⁴ – ein Merkmal der Typologie. Der kündigungsschutzrechtliche wie der betriebsverfassungsrechtliche Betriebsbegriff sind typologisch geradezu „aufgeladen“:

b) Typologie beim Betriebsübergang

Der Feststellung eines Betriebsübergangs liegt nach der Rechtsprechung des EuGH – und in seinem Gefolge des BAG – die Prüfung von sieben Subtypen und einer abschließenden typologischen Gesamtabwägung zugrunde.⁵⁰⁵

502 Koch/Rüßmann, a.a.O., 1982, S. 73 mwN.

503 Ohne sich dabei explizit auf Larenz zu beziehen; vgl. dazu allgemein Kokert, a.a.O., S 271f.

504 Dudenbostel u.a., a.a.O., § 2 Rn. 8.

505 Raab, EuZA 2019, S. 283 (286ff., mwN.); Moll, RdA 1999, S. 233 (236).

Die Betriebsübergangsrichtlinie (BÜ-RL) enthält Typologie mit dem „Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit als organisierte Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“ (RL 2001/23/EG, Art. 1 Ziffer 1b).⁵⁰⁶

Auch wenn die Rechtsprechung zu § 613a BGB eine Reihe von Streitfragen geklärt hat, herrscht oft Unsicherheit bei der Prüfung der einzelnen Aspekte des „Sieben-Punkte-Katalogs“ der Rechtsprechung des EuGH zu § 613a BGB, insbesondere aber bei der sich anschließenden „Gesamtabwägung“.⁵⁰⁷ Zwar trifft die Unsicherheit bezüglich des Verfahrensausgangs in der Regel beide Seiten. Aber der Arbeitnehmer, der fast stets in der klägerischen Position ist, will mithilfe des rechtlich ausgestalteten Verfahrens den vom Arbeitgeber praktisch gesetzten, bekräftigten oder geänderten Status quo, seinen „first-mover-Vorteil“, gerade zu seinen Gunsten wenden. Dem Arbeitgeber reicht der Erhalt des von ihm gesetzten Tatbestandes.

Das Schrifttum teilt die Kritik an den rechtlichen Konsequenzen typologischer Begriffe, und zwar in Bezug auf allgemeine Aspekte wie auch auf einzelne Merkmale des Betriebsübergangs. So führe die „funktionelle Verknüpfung der erworbenen Produktionsfaktoren“ beim Erwerber im Sinne der Rechtsprechung des EuGH anstelle der zwingenden Fortführung der Betriebsorganisation nach der früheren Rechtsprechung mit ihrer konturlosen, kaum subsidiären tatbestandlichen Vorgabe zu einer unnötigen Unschärfe bei der Feststellung der Identitätskriterien und trage so zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit bei.⁵⁰⁸

In Anbetracht der Rechtsunsicherheiten bei praktisch jedem Aspekt der Prüfungsgesichtspunkte des § 613a BGB scheint im Schrifttum an die Stelle des Arbeitnehmerschutzes als leitendem Gesichtspunkt der Vorschrift eine Dichotomie zwischen zulässiger Vermeidung eines Betriebsüberganges und rechtswidriger Umgehung der Rechtsfolgen des § 613a BGB⁵⁰⁹ durch den Arbeitgeber in den Vordergrund der Erwägung zu treten. Damit unterbleibt auch die Konkretisierung des Arbeitnehmerschutzes als Telos des § 613a BGB.⁵¹⁰

506 Zur Entstehung der Vorschrift vgl. *Willemsen u.a.*, a.a.O., G., Rn. 13.

507 *Willemsen u.a.*, a.a.O., G., Rn. 12.

508 *Küttner*, Personalbuch 2020, Betriebsübergang Rn. 11 mwN.; *APS-Steffan*, a.a.O., § 613a BGB, Rn. 48.

509 Vgl. dazu auch *EUArbRK/Winter*, RL 2001/23/EG, 3. Aufl. 2020, A. Grundlagen, Rn. 7: „Dabei liegen manchmal das zulässige Ausnutzen der Vorteile der Auslagerung von Tätigkeiten und der missbräuchliche Einsatz dieser Möglichkeiten dicht nebeneinander.“

510 Dazu BAG vom 27.9.2007 – 8 AZR 941/06, NZA 2008, S. 1130; *Willemsen*, NZA 2017, S. 953.

c) Vortragslast des Arbeitnehmers zu § 613a BGB⁵¹¹

Bei § 613a BGB soll der Arbeitnehmer die Darlegungslast nach allgemeinen Grundsätzen tragen, wenn er die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 613a Abs. 4 BGB geltend macht.⁵¹² Die Zuweisung der Darlegungslast an den Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess (§ 1 Abs. 2 S. 4 KSchG) soll keine Anwendung finden. Immerhin sollen klagenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern Beweiserleichterungen zugutekommen können.⁵¹³

Aus dem Postulat des EuGH, für einen Betriebsübergang seien sämtliche den Vorgang kennzeichnende Tatsachen zu berücksichtigen,⁵¹⁴ wird zuweilen geschlossen, der Arbeitnehmer müsse im Streitfall substantiierten Vortrag zu jedem der sieben Einzeltypen und überdies zur Gesamtabwägung bringen.⁵¹⁵ Eine Klägerin muss aber nur so viel vortragen, dass ihre Klage schlüssig ist, also etwa den Schluss rechtfertigt, dass ein Betriebsübergang vorliegt. Dies kann anzunehmen sein, auch ohne dass alle oder bestimmte einzelne Punkte aus dem „Katalog“ des EuGH vorliegen. Typologie bedeutet nicht, dass jedes Einzelkriterium vorliegen muss, um einen Betriebsübergang anzunehmen.⁵¹⁶ Lediglich die Gesamtabwägung soll den Schluss auf einen Betriebs- oder Betriebsteilübergang zulassen müssen.

Typischerweise haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bloß begrenzten Einblick in eine anstehende Umstrukturierung, geschweige denn, dass sie den Planungszusammenhang des Unternehmens, etwa für eine „Kaskade“ von Umstrukturierungen kennen würden. Informationen haben sie in der Regel nur aus mehr oder minder vagen Mitteilungen des Unternehmens. Konkreter ist allerdings meistens die Unterrichtung nach § 613a Abs. 5 BGB, aber auch nur, wenn der Arbeitgeber einen Betriebsübergang durchführen will.

Noch weniger wissen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, wenn sie einen Betriebsübergang darlegen wollen, der Arbeitgeber ihn bestreitet, demzufolge den Arbeitnehmer dazu auch nicht unterrichtet. Ein solcher Fall wird aller-

511 Zur Verteilung der Darlegungslast bei unterschiedlichen Rechtspositionen des Arbeitsrechts. Vgl. BAG vom 24.5.2012, a.a.O., Rn. 21ff.: Darlegungslast dafür, dass im Kündigungszeitpunkt ein gemeinsamer Betrieb bestanden hat; Darlegungslast zu den Vermutungstatbeständen des § 1 Abs. 2 BetrVG, a.a.O., Rn. 23; Darlegungslast zur Weiterbeschäftigung, a.a.O., Rn. 28; Darlegungslast zur Anwendbarkeit des § 102 BetrVG, a.a.O., Rn. 43 – sämtlich beim Arbeitnehmer, ggf. abgestuft; zur Verteilung der Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess bei Umstrukturierungen vgl. *Vossen*, FS Willemsen, a.a.O., S. 587ff.

512 *ErfK/Preis*, a.a.O., § 613a BGB, Rn. 177ff.; *APS-Steffan*, a.a.O., § 613a BGB, Rn. 257ff.; BAG vom 29.5.2012 – a.a.O., Rn. 21.

513 *APS-Steffan*, a.a.O., Rn. 257ff.

514 EuGH vom 24.1.2002 – C-51/00, *Temco*, NZA 2002, S. 265, Rn. 24.

515 In diesem Sinne *Willemsen u.a.*, a.a.O., G, Rn. 119; a.A. z.B. *APS-Steffan*, a.a.O.

516 Ausführlich EUArbRK/*Winter*, a.a.O., RL 2001/23/EG, Art. 1 Rn. 66ff. mwN.

dings selten vorkommen, da der Arbeitnehmer kaum von einem Betriebsübergang ausgehen wird, wenn der Arbeitgeber ihn nicht über einen solchen unterrichtet.

Bei unternehmensinterner Spaltung, Zusammenfassung und Eingliederung wird der Arbeitnehmer nicht – wie immerhin beim Betriebsübergang – unterrichtet. Dies kann seinen substantiierten Vortrag im Verfahren ebenfalls erschweren.

d) Der Betriebsbegriff im BetrVG als Typus

Beispiel für die Relevanz von Typologie – und ihre Vagheit – bei Umstrukturierungen sind der „institutionalisierte Leitungsapparat“, der den Betrieb und die „rechtliche Vereinbarung“, die den Gemeinschaftsbetrieb ausmachen soll.⁵¹⁷ Beides wird zumeist nur bestritten, aber weder definiert noch dargelegt – weil auch sie undefinierbare Typen sind. Meist konstatiert die Rechtsprechung des BAG, er sei in casu nicht erfüllt und weist damit die Klage ab. Die Prüfung des Sieben-Punkte-Programms für den Betriebsübergang mit seinem Kriterienkatalog kann angesichts all seiner Unbestimmtheit dieses oder jenes Ergebnis zeitigen. Der Rechtsprechung des BAG zum institutionellen Leitungsapparat und zur rechtlichen Vereinbarung ist demgegenüber kaum zu entnehmen, wann mit dem Leitungsapparat der Betrieb und mit der rechtlichen Vereinbarung der Gemeinschaftsbetrieb vorliegt, als vielmehr wenn dem nicht so ist. Die Bestimmung hat damit eine eher aus- als einschließende Funktion.

Das BAG legt seiner Rechtsprechung zum Betrieb und zum Betriebsübergang einschließlich der dafür einschlägigen Untersätze und Begriffsmerkmale vielfach typologische Begriffe zugrunde.⁵¹⁸ Im Folgenden werden als Prüfungsmaßstäbe der rechtlich verfassten Handlungschancen der Arbeitnehmerin/des Arbeitnehmers in der Umstrukturierung für die Grundrechtserwägung deshalb der herrschende, arbeitgeberbezogene Betriebsbegriff und seine „Ableger“, Synonyme und Komplementärbegriffe zugrunde gelegt – auch, weil kaum anzunehmen ist, dass das BAG seine Rechtsprechung ändern wird.

517 Deinert u.a., Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2019, § 5 Rn. 52ff.; kritisch u.a. zum Gemeinschaftsbetrieb als Mittel zur Vermeidung oder Umgehung der Arbeitnehmerüberlassung. Zum Betriebsbegriff bzw. zu den Betriebsbegriffen vgl. unten Fünfter Abschnitt.

518 Vgl. z.B. BAG vom 17.5.2017 – 7 ABR 21715, NZA 2017, S. 1282, Rn. 17. Der Arbeitgeber könne Betriebe geradezu „aus dem Baukastensystem“ schaffen, aber auch wieder trennen – so zu Recht *Schrader*, NZA 2019, S. 951 (953). Als in der Praxis häufig verfolgten Zweck nennt *Schrader* die Vorbereitung von Betriebsübergängen durch die Umstrukturierung und Schaffung neuer Betriebe bzw. Teilbetriebe.

e) Insbesondere: die Betriebsidentität und die betriebsverfassungsrechtliche Identität als Typen

Die Identität im Allgemeinen, die Betriebsidentität im Besonderen kann relevant bei Übergängen, Umstrukturierungen, Spaltungen, Verschmelzungen und anderen Änderungsprozessen von Betrieben und Unternehmen sein.

Der Begriff der Identität soll nicht in einem „logischen Sinn verstanden werden“.⁵¹⁹ Dann soll ihm offenbar ein typologischer Sinn zukommen, soll er doch keinen feststehenden Inhalt haben.⁵²⁰ Ob die Betriebsidentität erhalten bleibt, ist z.B. für das Voll- oder aber für das Übergangs- und Restmandat des Betriebsrats (§§ 21a, 21b BetrVG) relevant. Die bewahrte Betriebsidentität soll über Bestand und Umfang seiner Beteiligungsrechte entscheiden, auch über das Bestehen der Anhörungs- und Widerspruchsrechte bei Kündigung gemäß § 102 BetrVG.⁵²¹ Ob die Identität erhalten bleibt, ist maßgebend für Fortbestand oder Transformation von Betriebsvereinbarungen sowohl bei bloßer Betriebspaltung als auch beim Betriebsübergang.⁵²²

Neben der „Betriebsidentität“⁵²³ ist die Rede von „betriebsverfassungsrechtlicher Identität“.⁵²⁴ Danach soll bei Einführung einer gewillkürten Betriebsverfassung gemäß § 3 BetrVG der nunmehr im Amt befindliche Betriebsrat im selben Umfang zuständig sein wie der bisherige.⁵²⁵ Geht durch Organisationsmaßnahmen des Arbeitgebers die Betriebsidentität verloren, wird auch die betriebsverfassungsrechtliche Identität nicht erhalten.⁵²⁶ Bei ihr geht es weniger um den Leitungsapparat als um – noch unbestimmtere – „betriebsverfassungsrechtliche Bezugspunkte“. Für deren Fortbestand sei entscheidend, ob die Organisation der Arbeitsabläufe, der Betriebszwecke und die Leitungsstruktur, welche die Betriebsidentität prägen, unverändert geblieben seien. In diesem Zusammenhang scheint für das BAG also offenbar nicht bloß der Leitungsapparat entscheidungserheblich zu sein.

519 So z.B. BAG vom 24.5.2012 – 2 AZR 62/11, Rn. 49 mwN.; BAG vom 19.11.2003 – 7 AZR 11/03, NZA 2004, S. 435.

520 *Fitting*, a.a.O., § 21a Rn. 7.

521 BAG vom 24.5.2012 – 2 AZR 62/11, NZA 2013, S. 278, Rn. 41ff.; vom 8.5.2014 – 2 AZR 1005/12, NZA 2015, S. 889, Rn. 30ff.; *Deinert u.a.*, a.a.O., § 96, VI.

522 *Fitting*, a.a.O., § 77 Rn. 160ff.; *Deinert u.a.*, a.a.O., § 98, I. bis V.; *DKW-Berg*, a.a.O., § 77 Rn. 94a ff. meint, das Schicksal von Betriebsvereinbarungen sei bei unternehmensinternen Umstrukturierungen nicht abschließend geklärt; vgl. auch *Bachner u.a.*, Arbeitsrecht bei der Umstrukturierung von Unternehmen und Betrieben, 5. Aufl. 2018, § 4, VI. (Rn. 179ff.).

523 Vgl. dazu ausführlich *Linsenmaier*, a.a.O.

524 Dazu BAG vom 18.3.2008 – 1 ABR 3/07, NZA 2008, S. 1260, Rn. 24, 26.

525 BAG vom 18.3.2008, a.a.O., Rn. 30; *DKW-Trümmer*, a.a.O., § 3 Rn. 197; *DKW-Däubler*, a.a.O., § 111 Rn. 48.

526 BAG vom 7.6.2011 – 1 ABR 110/09, NZA 2012, S. 110.

Für den Fortbestand der Betriebsidentität komme es weniger auf quantitative Gesichtspunkte, also etwa die Zahl der von einer Spaltung betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, als auf räumliche, funktionale und strukturelle Kriterien an. Deshalb könne für die Beantwortung der Frage, ob sich die Identität eines Betriebs geändert habe, auf die zum gleichgelagerten Problem beim Teilbetriebsübergang nach § 613a BGB entwickelten Kriterien zurückgegriffen werden.⁵²⁷ – Die Einzelheiten, unter denen eine Wahrung der Betriebsidentität anzunehmen sei, seien allerdings noch weitgehend ungeklärt, heißt es zu Recht.⁵²⁸

f) Der Betriebsbegriff im Kündigungsschutzrecht als Typus

Beim Begriff des Kleinbetriebs in § 23 KSchG verfährt das BAG⁵²⁹ ebenfalls typologisch: Die Anwendung der Kleinbetriebsklausel setze nicht voraus, dass sämtliche in der Entscheidung des BVerfG bestimmten Merkmale eines Kleinbetriebs erfüllt seien. Maßgebend sei vielmehr eine alle Umstände des Einzelfalls einbeziehende, wertende Gesamtbetrachtung dahingehend, ob die Anwendung der Kleinbetriebsklausel dem mit ihr verbundenen Sinn und Zweck noch hinreichend gerecht werde. Dies beschreibt typologisches Verfahren.⁵³⁰

Joost meint demgegenüber schon zu den allgemeinen Begriffsmerkmale des Betriebsbegriffs: „Sieht man die Funktion des Betriebsbegriffs in der Verwirklichung einer arbeitnehmernahen Repräsentation, so kann auf die Begriffsmerkmale der einheitlichen Organisation und der einheitlichen Leitung unschwer verzichtet werden, da sie hierzu in keinem Zusammenhang stehen.“ Mehr noch: Der Leitungsapparat sei „ein Bruch mit dem gesetzlichen Repräsentationssystem, da er die arbeitnehmernahe Repräsentation nicht verwirkliche“.⁵³¹

Zum kündigungsschutzrechtlichen Betriebsbegriff in der Rechtsprechung des BAG bemerkt Joost, er bleibe „letztlich volitiv und konturenlos“. Eine Subsumtion unter ihn könne „nicht mehr gelingen, wenn es auf eine wertende Be-

527 *Fitting*, a.a.O., § 21a Rn. 7; der Bezug von *Fitting*, a.a.O., auf das Urteil des BAG vom 24.8.2006 – 8 AZR 556/05, AP Nr. 315 zu § 613a BGB, ist nicht nachvollziehbar.

528 *Schaub-Abrendt*, a.a.O., § 119 Rn. 22.

529 BAG vom 13.6.2002 – 2 AZR 327/01, II.1.d) der Gründe, NZA 2002, S. 1147; vom 28.10.2010 – 2 AZR 392/08, AP Nr. 48 zu § 23 KSchG m. Anm. *Joost*, Rn. 25.

530 Vgl. *DKW-Trümmer*, a.a.O., § 1 Rn. 53ff., 58ff., 78ff.; zu Matrixstrukturen schon *Joost*, a.a.O., S. 121ff.; *Maywald*, Der Einsatz von Arbeitnehmern in Matrixstrukturen multinationaler Konzerne, 2010; *Bachner*, NZA 2019, S. 134; *Reinhard*, FS Willemsen, 2018, S. 377; *C. Schubert*, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, HSI-Schriftenreihe, Bd. 23, 2017; *Fritz*, Beilage 4/2018 zur NZA.

531 *Joost*, a.a.O., S. 246.

trachtung aller denkbaren Umstände des Einzelfalles ankommen soll.⁵³² Joost beharrt für den kündigungsschutzrechtlichen Betriebsbegriff des § 23 KSchG – nicht anders als das BVerfG – dagegen auf dem juristischen Allgemeinbegriff. Was daraus folgt, wird allerdings nicht deutlich.

Die undefinierte, offene, typologische Struktur des Betriebsbegriffs und der Betriebsidentität erhalten erst post festum, in der Entscheidung des Gerichts einen klar bestimmten Inhalt. Der Kläger bzw. Antragsteller hat vorher kaum Anhaltspunkte, seine Chancen in einem bzw. für ein Verfahren zu kalkulieren.

g) Insbesondere zur Darlegungslast beim Gemeinschaftsbetrieb⁵³³

Auch für den Gemeinschaftsbetrieb, ebenfalls Form und Resultat von Umstrukturierung, ist Typologie rechtlich und praktisch relevant. Hier ist es für den klagenden Arbeitnehmer oder – im Beschlussverfahren für den antragstellenden Betriebsrat, auch ungeachtet des dort herrschenden Untersuchungsgrundsatzes (§ 83 Abs. 1 ArbGG) – oft schwierig bis aussichtslos, einen Betrieb, im Verständnis der Rechtsprechung des BAG also den institutionalisierten Leitungsapparat, darzulegen.

Das zeigt sich z.B. an folgendem Detail aus der Rechtsprechungspraxis: Eine gemeinsame Personalabteilung soll zwar Indiz für einen Leitungsapparat und damit für einen Gemeinschaftsbetrieb sein; nicht jedoch, wenn sie keine Entscheidungen in mitbestimmungsrechtlich relevanten Angelegenheiten trifft, sondern nur berät und unterstützt. Dies sei der Fall, wenn das Mitglied der Personalabteilung des einen Unternehmens den insofern weisungsberechtigten Personen der anderen Arbeitgeber lediglich Vorschläge für den Einsatz der

532 Joost, a.a.O.; vgl. im Übrigen KR-Bader, 12. Aufl. 2019, § 23 KSchG, Rn. 31f., 66ff.; APS-Moll, 5. Aufl. 2017, § 23 KSchG, Rn. 39 mit der Bemerkung, Art und Inhalt der teleologischen Reduktion des Betriebsbegriffs (also einer Form teleologischer Interpretation, nicht eines Typus [d.Verf.]) würde inhaltlich nicht einheitlich beurteilt, a.a.O., Rn. 41ff.; Stahlhake/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 11. Aufl. 2015, Rn. 237ff.; Münchener HdBarbR, Bd. 2, 2018, § 110 Rn. 13ff., alle mwN.

533 Zu Darlegungslasten beim Gemeinschaftsbetrieb vgl. u.a. BAG vom 18.10.2006 – 2 AZR 434/05, NZA 2007, S. 552, vom 10.11.2011 – 8 AZR 546/10, NZA 2012, S. 509, oder vom 24.10.2013 – 2 AZR 1057/12, NZA 2014, S. 725, Rn. 52. Zu Recht beobachtet Schweibert: „Will man die Anforderungen an eine einheitliche Leitungsmacht in personellen und sozialen Angelegenheiten bestimmen, so kann es hilfreich sein, eine Abgrenzung zu den Fällen vorzunehmen, in denen gerade keine entsprechende Leitungsmacht festzustellen ist. Interessant ist, dass diese Fälle die Diskussion in Rechtsprechung und Literatur auch weitaus mehr prägen“; vgl. Schweibert, FS Willemsen, a.a.O., S. 499 (505). Mit anderen Worten: Die gerichtliche Feststellung zu erreichen, dass ein Gemeinschaftsbetrieb besteht, ist weniger aussichtsreich als die gegenteilige Feststellung. Davon legt die ständige Rechtsprechung insbesondere des Siebten Senats des BAG beredtes Zeugnis ab. Noch schwieriger ist es, einen Gemeinschaftsbetrieb in der betrieblichen Praxis auf Dauer aufrechtzuerhalten.

am Arbeitsvorgang beteiligten Arbeitnehmer unterbreite.⁵³⁴ Wie sonst kann es aber nicht darauf ankommen, als was eine Maßnahme bezeichnet wird, sondern was sie ist.

Vortrag zur Frage „Vorschläge/Entscheidung“ obliegt dem sachnäheren Arbeitgeber, wobei ausreicht, dass er ihn im Laufe des Verfahrens bringt, etwa im Beschlussverfahren über das Vorliegen einer betriebsratsfähigen Organisationseinheit nach § 18 Abs. 2 BetrVG. Der Betriebsrat leitet es ein, z.B. um einen Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen feststellen zu lassen. Entscheidend sind die Verhältnisse des Betriebs zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz. Inzwischen können sie sich geändert haben, wie etwa: Aus Entscheidungen in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten sind im Laufe des Verfahrens bloße Vorschläge oder Beratung geworden. Der Betriebsrat wird dies kaum bestreiten können.

Oder aber: Wo bisher zwischen den ehemaligen Abteilungen, nunmehr rechtlich selbstständigen Unternehmen eine imaginäre Linie die Grenzen des Unternehmens markierte, steht nun eine Wand, die den Durchgang von einem zum anderen Unternehmen, nicht mehr zulässt.

Dessen bedarf es noch nicht einmal, wenn der bisherige einheitliche institutionelle Leitungsapparat in den personellen und sozialen Angelegenheiten mittlerweile durch irgendeine Erklärung der ihn bisher ausmachenden Personen form- und fristlos – alles bloß auf dem Papier – aufgelöst, jedenfalls so modifiziert worden ist, dass die vom Betriebsrat gestellten Anträge i.E. erfolglos bleiben müssen.

3. Probleme bei der Durchsetzung von Arbeitnehmerrechten und -interessen bei Umstrukturierungen

a) Fristen und Termine

Probleme bei der Durchsetzung von Rechten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bestehen oft bei vertraglichen oder tariflichen Ausschlussfristen, bei Klage- und Rechtsmittelfristen oder wenn das Interesse oder das Recht aus anderen Gründen zu erlöschen droht. So kommt z.B. der Versuch des Betriebsrats, einen Interessenausgleich über eine geplante Umstrukturierung als Be-

534 BAG vom 18.10.2006 – 2 AZR 434/05, NZA 2007, S. 552, Rn. 53; vom 13.8.2008 – 7 ABR 21/07, NZA-RR 2009, S. 255 (Rn. 37ff.); dazu DKW-Trümmer, BetrVG, 17. Aufl. 2020, § 1 Rn. 78ff. Im Streitfall dürfte der darlegungsbelastete Arbeitnehmer den Einwand der Arbeitgeberseite, die gemeinsame Personalabteilung mache nur Vorschläge, berate und unterstütze nur, entscheide aber nicht, kaum widerlegen können; zur Beendigung und Änderung der Führungsvereinbarung vgl. DKW-Trümmer, a.a.O., Rn. 215ff.

triebsänderung zustande zu bringen (§ 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG) zu spät, wenn sie durchgeführt ist.⁵³⁵

Nicht gilt dies für das Verfahren zum Abschluss eines Sozialplans zum Ausgleich oder zur Milderung der aus der Betriebsänderung entstandenen wirtschaftlichen Nachteile. Er kann auch lange nach Durchführung der Betriebsänderung, ggf. Monate oder sogar Jahre später, vereinbart oder vor die Einigungsstelle gebracht werden. Geht es dem Betriebsrat aber vor allem darum, eine geplante Betriebsänderung zu beeinflussen bzw. mitzugestalten, drohen seine Handlungsmöglichkeiten beim Interessenausgleich durch vom Unternehmen geschaffene vollendete Tatsachen leer zu laufen.

Umstrukturierungen können dem Betriebsrat nicht nur Anforderungen an seine allgemeinen Aufgaben (§§ 80, 90 BetrVG) stellen, etwa die Einhaltung der zugunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geltenden Gesetze, Tarife und Betriebsvereinbarungen zu überwachen, sondern auch Beteiligungsrechte in Bezug auf allgemeine personelle Angelegenheiten (§§ 92ff. BetrVG) wie auch hinsichtlich personeller Einzelmaßnahmen, insbesondere bei Versetzungen und Einstellungen (§§ 99–101 BetrVG).

Zeitprobleme können sich aus personellen Einzelmaßnahmen (§ 99 BetrVG) stellen, wenn der Betriebsrat nicht oder nicht hinreichend beteiligt wird. Macht er zur Sicherung seiner gesetzlichen Beteiligungsrechte ein arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren auf Zwangsgeld bzw. auf Aufhebung der Maßnahme gemäß § 101 BetrVG anhängig, wird es eingestellt, wenn die Maßnahme erledigt ist.

Die Übernahme von Leiharbeiterinnen und -arbeitnehmern zur Arbeitsleistung im Betrieb des Entleihers kommt im Kontext von Umstrukturierungen eher öfter vor. Die durchschnittliche Verweildauer von Leiharbeiterinnen und -arbeitnehmern im Betrieb des Entleihers beträgt oft nur einige Wochen bis wenige Monate. Ist in dem Betrieb des Entleihers ein Betriebsrat gebildet, ist er nach § 99 BetrVG über die Übernahme jedes Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung im Entleiherbetrieb zu unterrichten. Seine Zustimmung ist einzuholen.

Geschieht dies nicht, könnte der Betriebsrat gegen die Verletzung seiner Unterrichtungs- und Zustimmungsverweigerungsrechte ein Zwangsgeldverfahren

⁵³⁵ DKW-Däubler, 17. Aufl. 2020, §§ 112, 112a Rn. 12 mwN. Der Beteiligungstatbestand besteht nur für geplante Betriebsänderungen; ist sie durchgeführt, ist sie nicht mehr geplant. Es bleibt der Nachteilsausgleichsanspruch (§ 113 Abs. 3 BetrVG).

ren nach § 101 BetrVG einleiten. Dieses dauert wie andere arbeitsgerichtliche Verfahren einschließlich Kammerverhandlung auch ca. vier bis neun Monate. Zum Zeitpunkt der Güteverhandlung, jedenfalls aber zur Kammerverhandlung ist der Leiharbeitnehmer längst nicht mehr im Betrieb. Damit ist das Verfahren einzustellen. Die Anträge des auf Zwangsvollstreckung gegen den Arbeitgeber wegen der Verletzung seiner Beteiligungsrechte aus § 99 BetrVG laufen leer bzw. werden nicht festgestellt.⁵³⁶ Dasselbe gilt für jede künftige Einstellung von Leiharbeiterinnen und -arbeitnehmern.

b) Zeitprobleme des Betriebsrats: Zu späte oder fehlende Unterrichtung über die anstehende Umstrukturierung

Betriebsräte und die Gewerkschaft erfahren von einer geplanten Umstrukturierung in der Praxis zumeist erst, wenn sie bereits beschlossen oder schon ins Werk gesetzt ist und damit so spät, dass sie sie praktisch nicht mehr oder kaum noch im Arbeitnehmerinteresse beeinflussen können. Dafür sorgen vom Arbeitgeber vorgegebene Zeitpläne, die oft binnen Tagen oder bestenfalls Wochen durchgesetzt werden sollen. Läuft die Umstrukturierung ab wie geplant, geraten alle Beteiligten auf Seiten der abhängig Beschäftigten, insbesondere der Betriebsrat, unter Zeitdruck. Dies setzt ihre Handlungsfähigkeit zur Regulierung der Umstrukturierung im Arbeitnehmerinteresse erheblich herab, wenn nicht außer Kraft.

Erfahrungsgemäß schwindet die Chance zur Beeinflussung unternehmerischer Planungsprozesse im Arbeitnehmerinteresse mit deren Fortschreiten. Dass diese Art der Informationspolitik nicht den Normen des BetrVG entspricht (§§ 80, 90, 111 BetrVG), wonach der Arbeitgeber von sich aus über Planungen und geplante Vorhaben rechtzeitig und umfassend zu unterrichten hat, ändert in der Praxis wenig bis nichts.

Anträge auf Erlass einstweiliger Verfügungen auf Unterlassung der Durchführung der in der Umstrukturierung liegenden Betriebsänderung bis zum ordnungsgemäßen Abschluss des Verfahrens zur Herstellung eines Interessenausgleichs sind in seltenen Fällen erfolgreich. Die praktische Bedeutung von Nachteilsausgleichsansprüchen (§ 113 BetrVG) ist gering. Es bleibt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zur Verhandlung und Abschluss eines Sozialplans, soweit eine Betriebsänderung vorliegt.

Auch bei der Unterrichtung der von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gemäß § 613a Abs. 5 BGB ist die Planung der Umstrukturierung in der Regel längst abgeschlossen.

⁵³⁶ Vgl. jedoch *Fitting*, a.a.O., § 101 Rn. 12 mwN.; ausführlich *DKW-Bachner*, § 101 Rn. 19ff.

c) Zeitdruck zulasten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern: Verfahrensdauer

Das gerichtliche Geltendmachen ihrer Rechte durch einzelne oder auch eine Gruppe von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in verbundenen oder auch parallelen Verfahren, etwa einzelne oder auch viele Kündigungsschutzklagen oder Klagen auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses, sei es zum alten, sei es zum neuen Arbeitgeber, ändert an der Umstrukturierung, ihrem Inhalt und Ablauf in der Regel wenig bis nichts.

Einer von vielen Gründen ist die Laufdauer gerichtlicher Verfahren: Zum Zeitpunkt einer Entscheidung ist die Umstrukturierung, um die es ging, in der Regel abgeschlossen. Dabei werden arbeitsgerichtliche Verfahren in vergleichsweise sehr kurzer Zeit erledigt.⁵³⁷

d) Einfluss betroffener Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf die Umstrukturierung?⁵³⁸

Typischerweise klagen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder nach Insolvenz des Arbeitgebers, Betriebsschließung und ähnlichen irreversiblen, meist bereits durchgeführten Organisationsmaßnahmen. In der großen Mehrzahl der Fälle laufen sie auf einen Vergleich gegen Zahlung einer Abfindung, nicht auf Erhalt oder Wiedergewinnung des Arbeitsplatzes hinaus. Bei Verfahren im Zusammenhang mit Betriebsteilübergängen ist Grund der Klage meistens der Übergang des Arbeitsverhältnisses auf ein nach Ansicht des Arbeitnehmers nicht zukunftsorientiertes, schon oder alsbald deinvestiertes Unternehmen.

Das Verfahren kann auch die für den Arbeitnehmer nach dem Betriebsübergang geltenden Arbeitsbedingungen zum Gegenstand oder Grund haben, etwa einen Einkommensverlust von einem Drittel bis zur Hälfte des bisher Verdienten zu vermeiden. Zeitklemmen in diesen Fällen zu Lasten des betroffenen Arbeitnehmers können die Widerspruchsfrist von einem Monat nach Unterrichtung über den Betriebsübergang (§ 613a Abs. 6 BGB), tarifliche oder vertragliche Ausschlussfristen und die Klagefrist von drei Wochen (§§ 4, 7 KSchG) nach Zugang einer Kündigung sein.

537 Laut Jahrbuch des Arbeitsrechts für 2018 hatten von den durch streitiges Urteil des BAG erledigten Revisionen 32 beim BAG eine Verfahrensdauer bis zu sechs Monaten, 113 eine von über sechs Monaten bis zu einem Jahr, 150 Verfahren waren beim BAG über ein Jahr bis zwei Jahren anhängig und 43 über zwei Jahre; vgl. *Schmidt* (Hrsg.), *JbArbR*, Dokumentation für das Jahr 2018, Bd. 56, 2019, S. 209f. Diese kurze Verfahrensdauer erklärt sich durch die Nichtzulassungsbeschwerden, die den Großteil der Verfahren vor dem BAG ausmachen (2018: 1223 Verfahren). Sie haben eine Erfolgsquote von nicht mehr als 5 bis 6 Prozent. Die Entscheidung darüber dauert erfahrungsgemäß zwischen zwei und vier Monaten.

538 Vgl. dazu näher unten C.V.

Wiedereinstellungsansprüche nach Umstrukturierung werden nur sehr selten verfolgt,⁵³⁹ schon deshalb nicht, weil die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Regel keine betrieblichen Kontakte mehr haben, die betrieblichen Verhältnisse und Arbeitsabläufe nicht mehr kennen und diese sich so schnell ändern, dass sie sie nicht mehr beherrschen.

Bei Klagen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer muss stets die Zeitdauer des Verfahrens in Rechnung gestellt werden. Ein Urteilsverfahren dauert mit Güte- und Kammerverhandlung vor dem Arbeitsgericht ca. ein halbes Jahr.⁵⁴⁰ Die Entscheidung ergeht damit zu einem Zeitpunkt, zu dem das Arbeitsverhältnis, etwa durch Kündigung meistens bereits seit einiger Zeit beendet ist.

Andernfalls ist der Arbeitnehmer unter Anrechnung von Urlaub und Zeitkonten von seiner Arbeitsleistung freigestellt, gehört also dem Betrieb ebenfalls nicht mehr an. Damit hat er auch keinerlei Verbindung mehr zum Betrieb und zu seinen Kolleginnen und Kollegen. Aufgrund der schnellen Änderungen der betrieblichen und technologischen Verhältnisse kann er nicht mehr abschätzen, wo sein Platz im Betrieb wäre, wenn er dorthin zurückkehrte. Dies sind einige der aus Sicht der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer samt und sonders schwierigen Umstände zum Erhalt oder zur Wiedergewinnung des Arbeitsplatzes nach Kündigung oder Freistellung durch den Arbeitgeber.

Relevanz für den aktuellen Prozess der Umstrukturierung kann eine Geltendmachung individueller Rechte im Einzelfall allenfalls durch gemeinsame, in der Regel außergerichtliche Ausübung seitens möglichst vieler Betroffener erlangen. Dies gilt insbesondere für den Widerspruch beim Betriebsübergang (§ 613a Abs. 6 BGB) durch einen erheblichen Teil der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bzw. des „nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils“.⁵⁴¹

In Betracht kommen auch Abschluss und Umsetzung eines Kollektivvertrages zur Regelung von Modalitäten der Umstrukturierung oder – kaum dokumentiert und wegen der besonderen Bedingungen des Einzelfalls kaum verallgemeinerungsfähig, jedoch praxisrelevant – rechtlich nicht eindeutig zuzuord-

539 Zusammenfassend BAG vom 19.10.2017 – 8 AZR 845/15, BB 2018, S. 1338.

540 Laut Jahresbericht des BAG für 2018 betrug die durchschnittliche Dauer der beim BAG erledigten Verfahren sieben Monate und 23 Tage; vgl. *Schmidt* (Hrsg.), JbArbR, Bd 56, 2019, B., S. 158.

541 Vgl. z.B. BAG vom 16.5.2007 – 8 AZR 693/06, NZA 2007, S. 1296, Rn. 22 mwN.; zur gemeinsamen Ausübung des Widerspruchsrechts vgl. auch unten Zweiter Abschnitt, C.II.1.a) sowie Vierter Abschnitt, A.III.3.

nende Maßnahmen, wie etwa Massenkündigungen seitens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bzw. deren Inaussichtstellung, betriebliche Protestaktionen gegen eine bevorstehende Umstrukturierung aus besonderem betrieblichen Anlass und dergleichen.

Die arbeitsgerichtliche Geltendmachung individueller Rechte durch den einzelnen Arbeitnehmer kann jedenfalls seine individuellen Rechte wahren. Auch kann der prozessuale Erfolg des einzelnen anderen in vergleichbarer Lage, die nicht geklagt haben, de facto zugutekommen. Dies kann der Fall bei „Pilotverfahren“ oder durch außergerichtliche Vergleiche sein.⁵⁴²

Insgesamt scheint die Relevanz der Geltendmachung von Individualansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis durch einzelne Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gegen Formen der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen über den Einzelfall, der zu Gericht gelangt ist, nicht hinauszugehen.

Jedenfalls hat aber die Rechtsprechung des BAG hohe praktische Relevanz kraft seiner „de-facto-Präjudizialität“. Diese Rechtsprechung ist präzise erschlossen, leicht auffindbar und wird jederzeit und meistens kurzfristig kommentiert und besprochen.

D. Zusammenfassung des Ersten und des Zweiten Abschnitts; Schlussfolgerungen

I. Zusammenfassung

Der Zweite Abschnitt bestimmt faktische und einfachrechtliche Prüfungsgegenstände für die Erörterung im Dritten und Vierten Abschnitt, deren Prüfungsmaßstäbe Grundrechte von Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmern und Arbeitgebern im Arbeitsverhältnis sind. Die Sicht auf die Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen ist eine aus der persönlichen Abhängigkeit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer als Objekte der Umstrukturierung, die deren Subjekte betreiben – als solche gelten hier Unternehmen und bei Privatisierungen die öffentliche Hand. Exemplarisch werden fünf Formen der Umstrukturierung diskutiert (Erster Abschnitt, E. sowie Zweiter Abschnitt, A.I.).

⁵⁴² Vgl. Vierten Abschnitt, A.III.2. – aufgrund ihrer Gesetzeskraft kam die Entscheidung des BVerfG auf Verfassungsbeschwerde zuletzt lediglich einer Bf. gegen das Urteil des BAG allen nicht wissenschaftlichen Beschäftigten des UKGM zugute; eine seltene Ausnahme!

Diverse unternehmerische und betriebliche Änderungsprozesse sowie Privatisierungen werden als Umstrukturierung bezeichnet und von der unternehmensberatenden Praxis in Auswertung und Verallgemeinerung ihrer Praxiserfahrungen gestaltet und publiziert. Bei aller Weite und Unbestimmtheit des Gegenstandes sind § 613a BGB und seine vielfältigen Rechts- und Gestaltungsfragen Kern der Problematik.

Unter Erster Abschnitt, A.II. wird eine engere Form von Umstrukturierungen von einer weiteren unterschieden. Erstere kommt im Wesentlichen ohne Änderung konkreter betrieblicher Arbeitsprozesse aus („alles auf dem Papier“). Die weiter gefasste steht in Verbindung mit weiteren Rationalisierungsprozessen (A.II.2.). Nicht hilfreich für das Verständnis von Inhalt und Ablauf von Umstrukturierungen ist die Unterscheidung von drei „Ebenen“ (Erster Abschnitt, B.I.2.; Zweiter Abschnitt, C.I.).

Der Erste Abschnitt erörtert unter C.III. Widersprüche zwischen einzelwirtschaftlicher Notwendigkeit zur Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen, u.a. aus Konkurrenzgründen und gesamtwirtschaftlichen Folgen der Zersplitterung der Arbeitsbeziehungen und -bedingungen, negativen Folgen vor allem für das kollektive Arbeitsrecht.

Zwecke und Effekte von Umstrukturierungen werden unter taktischen und strategischen sowie unter Aspekten der Geltung und Wirksamkeit des Arbeitsrechtssystems diskutiert (Zweiter Abschnitt, B. und C.).

Der Arbeitgeber handelt, strukturiert um; demgegenüber müssten die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu ihrem Schutz Arbeitsrecht zur Geltung bringen. Außergerichtlich tun sie dies fast nur zur Wahrung von Ausschlussfristen. Die bloße Berufung auf arbeitsrechtlichen Schutz richtet für gewöhnlich wenig aus. Als gerichtliche Verfahren kommen vorwiegend Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und dem einzelnen Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis in Betracht. Dabei sind Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer fast stets in der Klägerrolle (Zweiter Abschnitt, B.IV.3.). Damit hat der Arbeitgeber den „First-Mover-Vorteil“. Dieser gilt auch für die im individuellen Arbeitsrecht, insbesondere im Bestandsschutzrecht, weit verbreitete Typologie (Zweiter Abschnitt, C.VI.2.), die die auch nur halbwegs zuverlässige Prognose des Verfahrensausgangs nicht zulässt.

Den klagenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern obliegt in der Regel die Darlegungslast, wenn sie sich etwa auf die Unwirksamkeit der Kündigung (§ 613a Abs. 4 BGB) berufen. Diese Last kann nach allgemeinen Grundsätzen abgestuft sein. Die Anspruchsvoraussetzungen des § 613a Abs. 4 und Abs. 1 BGB oder umgekehrt eines Funktionswandels darzulegen, gelingt den klagenden

den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern insbesondere bei komplexeren Umstrukturierungen kaum einmal.

Auch der Betriebsrat wird über anstehende Umstrukturierungen oft, wenn überhaupt, zu spät und unzureichend unterrichtet. Es gilt aber der Erfahrungssatz, dass die Chance zur Beeinflussung von Planungen des Unternehmens im Arbeitnehmerinteresse umso geringer wird, je weiter die Planung fortgeschritten ist. Das Unternehmen setzt kurze, oft unrealistische Fristen, die es sowohl dem einzelnen Arbeitnehmer als auch dem Betriebsrat erschweren oder unmöglich machen, ihre Rechte mit Aussicht auf Erfolg geltend zu machen (Zweiter Abschnitt, C.VI.3.).

Im Zweiten Abschnitt, C.II. werden Implikationen der fünf näher betrachteten Formen der Umstrukturierung (Erster Abschnitt, E.; Zweiter Abschnitt, A.I.) diskutiert. Diese Formen sind in der Praxis am meisten verbreitet. Die Sicht der Rechtsprechung und der überwiegenden Meinung des Schrifttums wird dieser Praxis zugrunde gelegt.

Bei Verschmelzung oder Aufspaltung des Unternehmens und auch bei Anwachsung soll ein Widerspruchsrecht nicht zustehen (C.II.2.). Andererseits sieht aber die Rechtsprechung bei Umstrukturierungen nach dem UmwG bei grob fehlerhafter Zuordnung sogar ein Wahlrecht der Arbeitnehmerin/des Arbeitnehmers zum Übergang auf eines der aus der Spaltung hervorgegangenen Unternehmens vor (C.II.7. und 8.). Und bei der Spaltung in eine Besitz- und Produktionsgesellschaft nach dem UmwG kann unter eng bemessenen Voraussetzungen ein „Berechnungsdurchgriff“ für die Bemessung des Volumens eines Sozialplans zugunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der „armen“ Produktionsgesellschaft auf das Vermögen der meist arbeitnehmerlosen, „reichen“ Besitzgesellschaft in Betracht kommen – ihren „Reichtum“ unterstellt (C.II.6.c).

In betriebsmittellarmen Betrieben ist ein Betriebsübergang vom Übergang eines nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teils der Belegschaft abhängig. Das setzt zumeist voraus, dass dieser Teil der Belegschaft mit dem künftigen Arbeitgeber Arbeitsverträge schließt. Der Übergang der Hauptbelegschaft ist Tatbestandsvoraussetzung, nicht Rechtsfolge eines Betriebsübergangs.

Betriebsmittellarme Betriebe finden sich überwiegend in Niedriglohnbranchen. Dort haben die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer allerdings kaum Alternativen zur Auswahl des Arbeitsvertragspartners (C.II.3.). An ihnen wird es also in der Regel nicht liegen, wenn ein Arbeitsvertrag mit dem Übernehmer nicht zustande kommt. Insbesondere in Niedriglohnbereichen (z.B. Bewachungs- und Reinigungsgewerbe) wird der Übernehmer eines

Auftrages oft besser ohne als mit Betriebsübergang „leben“, vermeidet er doch so, dass ihm ggf. eine Belegschaft „aufgedrängt“ wird.

Bei einer Spaltung nach UmwG kann in einem Interessenausgleich eine Namensliste vereinbart werden. Der Erfolg einer Anfechtung durch den Einzelnen, die auf grobe Fehlerhaftigkeit beschränkt ist, wäre ohnedies unwahrscheinlich.

§ 613a BGB Abs. 4 BGB ordnet die Unwirksamkeit von Kündigungen nur „wegen“ eines Betriebsübergangs an, setzt also einen unmittelbaren Kausalzusammenhang. Die Freiheit zur Aufhebung des Arbeitsverhältnisses wird davon nicht berührt.

Vertragsgestaltungen, deren Zielsetzung Beseitigung des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitigem Erhalt des Arbeitsplatzes ist, sind allerdings unwirksam. Dreiseitige Verträge mit Transfergesellschaften sind oft wirksam und verbreitetes Steuerungsmittel in Unternehmenskrisen, die u.a. durch Lohnverzicht gemeistert werden sollen. Änderungs- oder Aufhebungsverträge nicht abzuschließen, kann dem Arbeitnehmer minimale subjektive Handlungsfreiheit in der Umstrukturierung verschaffen (C.III.).

Für die berufliche Zukunft des einzelnen Arbeitnehmers kann bei Spaltung und Teil-Betriebsübergang die Zuordnung Weichenstellung sein (C.IV.). Zugeordnet werden muss zu einer übergangsfähigen Wirtschaftseinheit, die vor Übergang besteht und übergeht. Verhindert werden soll damit die Schaffung von betrieblichen Einheiten, von denen sich der alte oder der neue Arbeitgeber aus sachfremden Gründen trennen will, die keinen Bezug zum Rechtsgeschäft haben, das den Betriebsübergang zur Folge hat. Dies kann nicht unerhebliche Schutzwirkung für das betroffene Arbeitsverhältnis mit sich bringen. Zugeordnet wird in der Regel durch Weisung. Sie ist ad hoc möglich. Zugeordnet wird in der Praxis des Öfteren schon zu Zeiten, in denen noch niemand, auch der Arbeitgeber nicht, eine Umstrukturierung plant.

Andererseits kann ein einheitlicher, u.U. langfristiger Planungszusammenhang bestehen, den der Betriebsrat, geschweige denn einzelne Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aber kaum einmal darlegen können. Kurz: Nach Zuordnung hat der Arbeitnehmer keine rechtliche Chance, ohne Vereinbarung mit den beteiligten Arbeitgebern in einen Teilbetrieb oder einen Unternehmensteil, dem er nicht zugeordnet ist, insbesondere einen solchen, in dem er sich eine gesicherte berufliche Perspektive ausrechnen kann, zu wechseln.

II. Schlussfolgerungen

1. Überwiegende Objektstellung der von Umstrukturierungen betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern

Quintessenz des kursorischen Überblicks über Rechtsprechung und überwiegende Auffassungen im Schrifttum zu einigen Aspekten der Rechtsstellung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die vom Wechsel des Betriebsinhabers betroffen sind, ist, dass subjektive Rechte demgegenüber so gut wie nicht bestehen. Einem Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Betriebsübergang steht ein ganzes Arsenal rechtlicher Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers gegenüber (Zweiter Abschnitt, C.II.).

Im Ersten Abschnitt (A.II.3.) sowie im Zweiten Abschnitt (C.II.5., auch C.V.4.a) wird exemplarisch ein Fall aus der Rechtsprechung des BAG diskutiert, der „Ja-Sager/Nein-Sager-Fall“ in einem Erfurter Call-Center.⁵⁴³ Er zeigt, wie wenig noch die stärksten Rechtspositionen zugunsten des einzelnen Arbeitnehmers gegenüber selbst marginalen Umstrukturierungsprozessen, die die konkreten Arbeitsprozesse weitgehend unangetastet lassen, auszurichten vermögen.

Ein Wahlrecht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bezüglich der Zuordnung zu einem aus einer Unternehmensspaltung hervorgegangenen Rechtsträger (Zweiter Abschnitt, C.II.7. und 8.), das unter bestimmten, sehr engen Voraussetzungen zustehen kann, besteht hier nicht. Das ausgeübte Widerspruchsrecht führt nur zum Verbleib im Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber, nicht zum Übergang in ein gewünschtes.

Was nach der BÜ-RL wie gemäß § 613a BGB Betriebsübergang ist, was nicht, hat in der Rechtsprechung des EuGH wie des BAG zahlreiche Modifikationen erfahren und lässt nach wie vor viele Fragen offen. Einzelne Merkmale sind Typen, damit unscharf und nur ex post als vorliegend oder nicht vorliegend feststellbar – das Resultat der stets erforderlichen typologisch verfahrenen Gesamtabwägung, aber auch der Erörterung jedes der sieben Einzelkriterien der Rechtsprechung des EuGH folgend, ist nicht vorhersehbar und gewährleistet damit keinen arbeitsrechtlichen Schutz des Arbeitnehmers (Zweiter Abschnitt, C.IV.).

Noch weniger Schutzrecht zugunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer als im Fall des Betriebsinhaberwechsels gilt bei Umstrukturierungen ohne Arbeitgeberwechsel (Zweiter Abschnitt, C.V.). Insgesamt gesehen ist der recht-

⁵⁴³ „Ja-Sager/Nein-Sager 1–3“ im Erfurter Call-Center.

liche Schutz für von unternehmensinternen Umstrukturierungen betroffene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wesentlich geringer als beim Betriebsübergang. Auch insoweit ist der einzelne Arbeitnehmer ganz überwiegend bloß Objekt der unternehmensinternen Umstrukturierung von Betrieben.

Bei Funktionsnachfolge gilt noch nicht einmal das – bei aller Unbestimmtheit aufgrund typologischer Begriffe – zwingende Arbeitnehmerschutzrecht des § 613a BGB, vielmehr nur allgemeines Arbeitsrecht, wie sonst.

Auch die über die Identität des Betriebs entscheidenden Merkmale des „institutionellen Leitungsapparats“ sind denkbar unklar, haben aber weittragende praktische Konsequenzen für die Betriebszugehörigkeit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in kündigungsschutzrechtlicher und betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht. Auch exemplarisch erörterte Rechtsprechung von Landesarbeitsgerichten zeigt dies (Zweiter Abschnitt, C.V.4.d bis g).

Wegen seiner Bestimmung durch einen nicht definierten Leitungsapparat droht der Betriebsbegriff in gewisser Weise „umzukippen“, indem zumeist unklare Zuweisungen abgeleiteter Arbeitgeberkompetenzen an Betriebs- und Abteilungsleiter sowie an sonstige Vorgesetzte bereits als Leitungsapparat und damit als eigenständiger Betrieb behauptet werden. Wird eine bloße betrieblichen „Einheit“ durch Aufpfropfen eines institutionellen Leitungsapparats zum Betrieb, wird damit auch die Sozialauswahl nach betriebsbedingter Kündigung auf diesen Teil begrenzt. Damit wird der Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer weiter beschränkt, werden die ohnehin geringen Chancen, sich im Kündigungsschutzprozess erfolgreich auf die fehlerhafte Sozialauswahl zu berufen, weiter minimiert. Das BAG hat dem gewisse Grenzen gesetzt.⁵⁴⁴

Für den Arbeitnehmer ist in der Umstrukturierung eine Option zur Wahrung seiner Interessen nicht erkennbar. Er bleibt ausschließlich Objekt der Maßnahmen des Arbeitgebers. Für die Arbeitnehmerseite, die von ihrem Recht auf Widerspruch gemäß § 613a BGB und damit zugleich von ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG Gebrauch macht, kann dies so einschneidende Konsequenzen wie im Fall des Erfurter „Nein-Sagers“ vor dem BAG haben.

Unter Aspekten der Kontinuität oder „Volatilität“ der Betriebsverfassung gilt: Je geringer die Anforderungen von Rechtsprechung und Schrifttum an die An-

544 Zur Diskussion des Betriebsbegriffs. vgl. näher Fünfter Abschnitt, B. Spiele die betriebsbedingte Kündigung in der arbeitsgerichtlichen Praxis früher nur eine untergeordnete Rolle, ist sie mittlerweile „Favorit“ der Kündigungspraxis. Die arbeitsgerichtliche nur „Unternehmerentscheidung“ ist schnell bei der Hand.

nahme einer Spaltung, Zusammenfassung oder Eingliederung, desto eher stehen der gewählte Betriebsrat und mit ihm ggf. das von ihm mitgeschaffene kollektive betriebliche Arbeitsrecht zur Disposition des Arbeitgebers, sei es mit, sei es ohne Übergangsmandat. Dadurch kann es bei Eingliederung zu einem (nicht demokratisch legitimierten) Zustand kommen, wonach ein Betriebsrat für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eines eingegliederten „Bereichs“ mit Vollzug der Eingliederung zuständig wird, die ihn nicht gewählt haben und mit deren betrieblichen Verhältnissen er womöglich nicht vertraut ist.

2. Umfassende Geltung und einseitige Wirksamkeit individueller Privatautonomie im Arbeitsverhältnis

Die Arbeitsvertragsfreiheit hat rechtliche Geltung (§ 105 S. 1 GewO). Von der faktischen Wirksamkeit⁵⁴⁵ individueller Vertragsfreiheit im Arbeitsverhältnis zugunsten von beiden Parteien des Arbeitsvertrages kann bei und aufgrund von Umstrukturierungen aber kaum die Rede sein. Ganz überwiegend sind die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Umstrukturierungen in einer ausgeprägten Objektstellung, die ihnen kaum Handlungsalternativen belässt – nicht viel anders als sonst im Arbeitsverhältnis. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer werden vom Arbeitgeber durch die und in der Umstrukturierung „behandelt“.

Eine Arbeitnehmerin mag das Arbeitsverhältnis kündigen, einem Betriebsübergang widersprechen. Weitere Handlungsmöglichkeiten, wie etwa „krankfeiern“, „Dienst nach Vorschrift“, Beschränkung des Einsatzes der Arbeitskraft auf die ohnehin nur geschuldete „Normalleistung“ usw. sind praxisrelevant, im Einzelfall aber dysfunktional zur unternehmerischen Maßnahme der Umstrukturierung. Das wird auch bei der gemeinsamen Ausübung solcher Handlungsformen durch mehrere oder zahlreiche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ins Feld geführt. Missbrauchsvorwürfe sind schnell bei der Hand. In wenigen, sehr speziellen Konstellationen der Umstrukturierung hat der Arbeitnehmer immerhin die eine oder andere Position, die sich als subjektives Recht bezeichnen lässt.

Der rechtlichen Geltung der individuellen Privatautonomie im einzelnen Arbeitsverhältnis entspricht also die praktische Wirksamkeit des § 105 S. 1 GewO bzw. dazugehöriger Rechtsgrundsätze und Vorschriften des individuellen Arbeitsrechts bei Umstrukturierungen so gut wie nicht – jedenfalls dann nicht,

⁵⁴⁵ Zur Geltung und Wirksamkeit von Arbeitsrecht in der Umstrukturierung vgl. oben Erster Abschnitt, A.II.2. und 3.

wenn die individuelle Privatautonomie beiden Parteien des Arbeitsverhältnisses, mithin auch dem Arbeitnehmer zustehen soll.

Das BAG beruft sich seit langem auf die individuelle Privatautonomie, wie etwa bei der Bezugnahme auf Tarifverträge im Arbeitsvertrag. Die Vertragsfreiheit soll sogar die Vereinbarung von aus tarifrechtlichen Gründen nichtigen oder unwirksamen Tarifverträgen decken.⁵⁴⁶

Dies mag nicht fern liegen, wenn es um die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Vergütungsgruppe IIa BAT geht, der Tarifvertrag aber unwirksam war.⁵⁴⁷ In unteren Segmenten des Arbeitsmarktes, bei Geringverdienern, Leih- und Werkvertragsarbeitnehmerinnen und -arbeitnehmern stellt sich dies de facto anders dar. In der Vereinbarung eines Stundenlohns von 5 oder 6 € eines Verleih-Arbeitgebers mit einem Leiharbeitnehmer unter Bezug auf die unwirksamen Tarifverträge der CGZP⁵⁴⁸, um vom Equal-Pay-Prinzip nach unten abzuweichen, realisiert sich allein Vertragsfreiheit des Arbeitgebers. Dabei nutzt er die Optionen des AÜG (§ 8 Abs. 2) zur Arbeitsvertragsgestaltung. Insoweit ist dies sogar höchster Ausdruck der Vertragsfreiheit – aber allein der des Arbeitgebers. Ob auch der Leiharbeitnehmer von seiner individuellen Vertragsfreiheit Gebrauch macht, wenn er einen Stundenlohn in dieser Höhe vereinbart, erscheint eher fraglich.

Diese Fragestellung setzt allerdings voraus, dass die Vertragsfreiheit nicht nur zugunsten des stärkeren Teils des Arbeitsverhältnisses, des Arbeitgebers besteht, sondern jedenfalls auch als Freiheit beider Arbeitsvertragsparteien. Sonst würde sie zwar für beide Parteien des Arbeitsvertrages gelten, wirksam⁵⁴⁹ wäre sie aber nur zugunsten des Arbeitgebers. Die praktische Regelung der Arbeitsbeziehungen und der Schutz des schwächeren Parts des Arbeitsverhältnisses, des Arbeitnehmers, durch Arbeitsrecht, erschiene darin nur einseitig.

Wie im Ersten und Zweiten Abschnitt erörtert, haben die einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auch in der Umstrukturierung von Betrieben

546 BAG vom 22.1.2002 – 9 AZR 601/00, NZA 2002, S. 1041, Rn. 42ff.; vom 13.3.2013 – 5 AZR 954/11, NZA 2013, S. 680, Rn. 35; vom 30.8.2017 – 4 AZR 443/15, NZA 2018, S. 363, Rn. 14ff.; *Däubler-Lorenz*, TVG, 4. Aufl. 2016, § 3 Rn. 246; *Wiedemann-Oetker*, TVG, 8. Aufl. 2019, § 3 Rn. 381. Seine Entscheidung auf die Vertragsfreiheit bei der Bezugnahme auf Tarifverträge der CGZP mit einem Stundenlohn von 6 € oder 7,21 € berufen zu müssen, vermeidet das BAG, indem es befindet, die Abweichung vom Equal pay-Grundsatz des § 8 Abs. 1 AÜG sei nur durch wirksamen Tarifvertrag möglich. Der CGZP fehlte es jedoch an der Tariffähigkeit, weshalb die von ihr abgeschlossenen Tarifverträge unwirksam waren; vgl. z.B. BAG vom 25.9.2013 – 5 AZR 815/12, juris, Rn. 11.

547 BAG vom 7.12.1977 – 4 AZR 474/76, BB 1978, S. 157.

548 Vor Inkrafttreten von Lohnuntergrenzen wie der nach § 3a AÜG bzw. des MiLoG.

549 Zur Geltung und Wirksamkeit des Arbeitsrechts in der Umstrukturierung vgl. oben Erster Abschnitt, A.II.2. und 3.

und Unternehmen kaum eine Handlungsmöglichkeit als Subjekt des Arbeitsverhältnisses. Auch insoweit führt die Bezugnahme auf die Vertragsfreiheit eher an dem Problem vorbei.

Dritter Abschnitt: Kollidierende Grundrechte der Parteien des Arbeitsvertrags

A. Rückblick und Vorschau

I. Was hier diskutiert worden ist

Der Erste und Zweite Abschnitt hat die weitverbreitete Praxis der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen näher betrachtet: unter Aspekten des Betriebsinhaberwechsels durch Einzel- sowie durch Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 613a BGB, § 324 UmwG, unternehmensinterner Umstrukturierung des Betriebs einschließlich der Rechtsgrundlagen der Kontinuität oder Diskontinuität des Betriebsrats (§§ 4, 21a, 21b BetrVG), unternehmensinterner Aufspaltung des Betriebs, gefolgt von einem damit im Zusammenhang stehenden Betriebsinhaberwechsel. Durchgeführt wurden und werden Umstrukturierungen zum einen ohne Änderungen der konkreten Arbeitsprozesse und ohne Personalabbau, kurz „bloß auf dem Papier“. Auch bei Privatisierungen kann jedenfalls zunächst „alles auf Papier“ stehen.

Umstrukturierungen gehen aber oft einher mit Änderungen von Arbeitsprozessen, Betriebs- oder Arbeitsorganisation, auch mit Betriebsänderungen im Sinne des § 111 BetrVG. Insbesondere geht es dann um Personalabbau, auch mit Massenentlassungen (§§ 17ff. KSchG) oder betriebsbedingten Kündigungen. Diese werden ausgesprochen oder auch bloß in Aussicht gestellt (betriebsbedingte Kündigung als „strategische Reserve“). Personalabbau kann auch verknüpft sein mit Personalaustausch.

Umstrukturierungen verfolgen also alternative oder kumulative Zwecke: die Senkung der Arbeitskosten im fortbestehenden Arbeitsverhältnis durch zum Nachteil der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geänderte Arbeitsbedingungen, insbesondere durch Derogierung kollektiven Arbeitsrechts in Tarifverträgen und in Betriebsvereinbarungen zum einen, Personalabbau, Abbau von Personalüberhängen, Personalaustausch zum anderen.

II. Was hier nicht diskutiert wird

Schrifttum zum Arbeitsrecht in der Umstrukturierung diskutiert außerdem grenzüberschreitende Umstrukturierung, insolvenzrechtliche Fragen, Probleme der betrieblichen Altersversorgung sowie des kollektiven Arbeitsrechts (Unternehmensmitbestimmung; Kollektivvereinbarungen, insbesondere Betriebsvereinbarungen, Tarifverträge) in der Umstrukturierung – vornehmlich unter arbeitsrechtlichen Aspekten ein weites, diffuses Praxisfeld der Unternehmensberatung. Das wird hier nicht diskutiert.

III. Was hier, nicht aber im Schrifttum zur Umstrukturierung diskutiert wird

Das Interesse im Zweiten Abschnitt bei Darstellung von Funktionen, Strategien, Gestaltungsoptionen usw. von Umstrukturierungen war dagegen auf ihre Implikationen für Interessen und Rechte der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gerichtet – der Arbeitnehmer als Objekt bzw. Subjekt bei Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen. Diese Aspekte erörtert Schrifttum zur Umstrukturierung bestenfalls am Rande.

Auch zu den Rechten und Grundrechten beider Parteien des Arbeitsvertrages, insbesondere der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer findet sich in diesem Schrifttum wenig bis nichts. Deshalb sollen Gegenstand der Diskussion im nunmehr anstehenden Dritten Abschnitt Grundrechte vor allem des GG als Prüfungsmaßstäbe für Umstrukturierungen sein. Der Vierte Abschnitt wird sich mit Grundrechtsfragen der Parteien des Arbeitsvertrages bei Umstrukturierungen im Zuge von Privatisierungen befassen.

IV. Was der Dritte Abschnitt vor allem diskutiert: Kollidierende Rechte der Arbeitsvertragsparteien

Der Erste und Zweite Abschnitt haben Formen, Abläufe und Zwecke von Umstrukturierungen beschrieben und Aspekte des dafür geltenden einfachen Arbeitsrechts skizziert. Die beiden Abschnitte waren damit Prüfungsgegenstände, „Tatbestände“ der im Dritten Abschnitt zu erörternden rechtlichen Prüfungsmaßstäbe, primären und sekundären EU-Rechts und Grundrechten des GG.

Wie in den beiden vorangegangenen Abschnitten geht es auch im Dritten Abschnitt vor allem um die Rechtssubjektivität bzw. die Objektstellung der Parteien des Arbeitsvertrages, des einzelnen Arbeitnehmers und des ihn beschäftigenden Arbeitgebers in der Umstrukturierung.

Zunächst sei dies an Aspekten des EU-Arbeitsrechts im Primär- und Sekundärrecht der EU erörtert (sogleich B.). Es hat grundsätzlich Anwendungsvorrang⁵⁵⁰ vor mitgliedstaatlichem Recht. Das Sekundärrecht arbeitsrechtlicher RL ist von den Mitgliedstaaten „umzusetzen“. Da europäisches Arbeitsrecht, jedenfalls das Sekundärrecht, im allgemeinen nur Teilharmonisierungen bewirkt, kann mitgliedstaatliches einfaches Arbeitsrecht und können Grundrechte der Arbeitsvertragsparteien, insbesondere solche aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 GG, anzuwenden sein, sollen daher ebenfalls erörtert werden (C. und D.).

B. Europäisches Sekundär- und Primärrecht in der Umstrukturierung – Anwendungsvorränge und Anwendungsfragen

I. Allgemeine Aspekte

1. Anwendungsvorränge europäischen Arbeitsrechts

Für Aspekte der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen könnte unmittelbar geltendes Primär- oder Sekundärrecht der EU aufgrund seines Anwendungsvorrangs vor deutschem Recht anzuwenden sein und die Entscheidung des jeweiligen Falls regieren.⁵⁵¹ Dies soll im Folgenden an einigen der hier Umstrukturierung genannten, im Ersten Abschnitt skizzierten, im Zweiten näher beschriebenen Sachverhalte diskutiert werden.

Europäisches Arbeitsrecht hat Anwendungsvorrang, soweit es gilt und durchgeführt wird (vgl. Art. 51 Abs. 1 GRC), zugrunde zu legen und auf das jeweilige Rechts- und Praxisproblem der Umstrukturierung anzuwenden.

550 Anwendungsvorrang hat das EU-Recht nicht nur gegenüber dem GG – soweit dessen Grundrechte neben denen der GRC nicht doch Anwendung finden (Doppelbindung) – sondern auch gegenüber einfachem mitgliedstaatlichem Recht. Damit fragt sich, ob der Anwendungsvorrang nicht schon zu Beginn des Zweiten Abschnitts zu erörtern war. Dort werden aber vor allem faktische Aussagen zu Strukturen, Funktionen und Zwecken von Umstrukturierungen gemacht, während es im Dritten Abschnitt vor allem um Rechtsprobleme, hier: Grundrechtsfragen der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen geht. Deshalb werden mögliche Anwendungsvorränge von EU-Recht bei Aspekten der hier behandelten Gegenstände erst zu Beginn dieses Abschnitts diskutiert. Doppelbindung an beide Grundrechtssysteme kann bestehen, wenn das Handeln eines Mitgliedsstaats nicht vollständig durch das Unionsrecht bestimmt ist; vgl. EuGH vom 26.2.2013 – C 617/10, Åkerberg Fransson, NVwZ 2013, S. 561, Rn. 29; s. auch Jarass, GRC, 4. Aufl. 2021, Art. 53 Rn. 15; Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 53 GRC, Rn. 5f.

551 Vgl. Hanau, NZA 2010, S. 1 (2); zu Kontrollmaßstäben des GG vgl. Streinz, EuropaR, 11. Aufl. 2019, Rn. 227ff.; Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 23 Rn. 43ff.; zuletzt BVerfG vom 5.5.2020 – 2 BvR 859/15, NVwZ 2020, S. 857; dazu Grimm, Jetzt war es soweit, FAZ vom 18.5.2020, S. 9; zu Rspr. des BVerfG „Recht auf Vergessenwerden“ I und II vom 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 und 1 BvR 276/17, vgl. ausführlich Klein/Leist, ZESAR 2020, S. 449.

Anwendungsvorrang⁵⁵² heißt, dass Unionsrecht nationales Recht bei Kollision mit diesem verdrängt.⁵⁵³ Eine Kollision besteht, wenn beides – mitgliedstaatliches Recht und Unionsrecht – auf den Fall unmittelbar anwendbar sind.⁵⁵⁴ Der Anwendungsvorrang besagt, dass „... jede entgegenstehende Bestimmung des geltenden staatlichen Rechts ohne weiteres unanwendbar wird (...), die sonst mit den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts unvereinbar“ wäre.⁵⁵⁵ Dies wirft Fragen auf, etwa die, wie weit die verdrängende Wirkung des EU-Arbeitsrechts im jeweiligen Fall reicht.

Denn – so eine allgemeine Charakterisierung des Arbeitsrechts der Union: Es sei weder zusammenhängend geregelt noch füge es sich zu einem konzisen Gesamtbild zusammen. Das Arbeitsrecht der Union ergebe sich aus einer Vielzahl von im AEUV verstreuten Vorschriften, die unabhängig voneinander seien. Es beruhe nicht auf einer systematischen Konzeption; keine in sich geschlossene Einheit; von Natur aus fragmentarisch – heißt es.⁵⁵⁶

Die für das Arbeitsrecht geltenden Richtlinien aufgrund von Art. 153 AEUV enthalten in der Regel nur eine Teil- und Mindest-Harmonisierung (vgl. auch Art. 153 Abs. 2 b] AEUV). Nach Art. 153 Abs. 4 AEUV bleibt die Befugnis der Mitgliedstaaten, die Grundprinzipien ihres Systems der sozialen Sicherheit festzulegen, unberührt. Auch können die Mitgliedstaaten strengere Schutzmaßnahmen beibehalten oder treffen.⁵⁵⁷

Dogmatische Herleitung und einzelne Ausprägungen des Anwendungsvorrangs des europäischen Rechts bleiben im Folgenden unberücksichtigt.⁵⁵⁸ Erwähnt sei immerhin, dass der Vorrang des Rechts der EU lediglich in der Erklärung Nr. 17 zur Schlussakte der Regierungskonferenz zum Vertrag von Lisabon erwähnt ist, nicht im Primärrecht.⁵⁵⁹ Allerdings: „Der Vorrang des Unionsrechts leuchtet jedenfalls im Grundsatz unmittelbar ein.“⁵⁶⁰

552 Zum Anwendungsvorrang im allgemeinen vgl. *Streinz*, a.a.O., Art. 4 EUV, Rn. 35ff.

553 *Callies/Ruffert/Wegener*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 19 EUV, Rn. 29.

554 *Streinz*, a.a.O., Art. 4 EUV, Rn. 39f.

555 EuGH vom 9.3.1978 – Rs. 106/77, Simmenthal II, NJW 1978, S. 1741, Rn. 13ff.

556 *Fuchs*, ZESAR 2004, S. 111 (112); *Preis/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 1 Rn. 45; zusammenfassend auch *Rebbahn*, § 18, Europäisches Arbeitsrecht, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, S. 395 (396ff., 399, 401, Rn. 18f.); Die Gesamtheit des europäischen Arbeitsrechts wird aktuell und umfassend kommentiert von *Schlachter/Heinig* (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2016; Franzen u.a., EUArbRK, 3. Aufl. 2020 und – wesentlich kürzer, aber ebenfalls umfassend – von *Preis/Sagan*, a.a.O.

557 Vgl. auch sogleich unten 3.

558 Vgl. dazu die Übersicht von *Streinz*, Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 198ff. Nationales und Europarecht seien miteinander „verzahnt“ – eine nur wenig aussagekräftige Metapher.

559 ABl. 2012 C 326/346; vgl. dazu *Streinz*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 4 EUV, Rn. 35ff.

560 *Herdegen*, Europarecht, 21. Aufl. 2019, § 10 Rn. 2. Deswegen wird dies Thema nicht vertieft.

Für die Gegenüberstellung von Tatbeständen der Umstrukturierung von Betrieben mit europäischem Arbeitsrecht, um seinen Vorrang und seine Tatbestände zu erörtern, sei sein heutiger Zustand zugrunde gelegt, nicht der zu dem Zeitpunkt geltende, zu dem die sogleich zu erörternde Rechtsprechung des BAG und des BVerfG erging. So gilt die GRC und damit ihr für Inhalt und Auslegung des KSchG u.U. relevanter Art. 30 GRC seit 2009. Demgegenüber datiert etwa die Rechtsprechung des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel des § 23 KSchG von 1998; bereits 1986 war das Verfahren der konkreten Normenkontrolle beim BVerfG anhängig geworden. Es bezog sich auf den Stand des Kündigungsschutzes in den Jahren 1985 bzw. 1951 und konnte sich nur darauf beziehen. Insoweit ist die folgende Erörterung von EU-Recht hypothetisch.

2. Anwendungsvorrang der Grundrechte der GRC; unmittelbare Anwendbarkeit des Rechts der Union

Die Grundrechte der GRC haben gegenüber mitgliedstaatlichem Recht ebenfalls Anwendungsvorrang. Sie sind verbindlich (Art. 6 AEUV) und unmittelbar anwendbar, bedürfen also keiner Konkretisierung durch Unionsrecht oder Recht der Mitgliedstaaten.⁵⁶¹ Ihr Anwendungsvorrang besteht für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei Durchführung des Rechts der Union (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC). Wann dieses „durchgeführt“ wird, ist umstritten.⁵⁶²

Die unmittelbare Anwendbarkeit des Rechts der Union ordnet Art. 288 Abs. 2 AEUV explizit für Verordnungen an; für Grundfreiheiten habe der EuGH deren unmittelbare Anwendbarkeit „postuliert“.⁵⁶³ Richtlinien sind gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV für die Mitgliedstaaten bezüglich des Ziels verbindlich. Eine Drittwirkung, etwa zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages („unmittelbare Horizontalwirkung“) scheidet grundsätzlich aus.⁵⁶⁴

Jedoch können sich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einem staatlichen Arbeitgeber gegenüber auf die Horizontalwirkung einer Richtlinie berufen.⁵⁶⁵ Ist die Richtlinie nicht ordnungsgemäß umgesetzt und/oder ist die Bestimmung, auf die sich der einzelne beruft, inhaltlich unbedingt und hinreichend genau, was voraussetzt, dass die Mitgliedstaaten keine Gestaltungsspielräume haben, wirkt die Richtlinie unmittelbar.⁵⁶⁶ Dies wird auch in folgenden Fällen

⁵⁶¹ *Jarass*, GRCh, 4. Aufl. 2021, Einleitung, Rn. 9.

⁵⁶² Vgl. dazu näher unten I.4. und 5. sowie II.

⁵⁶³ *Streinz*, a.a.O., Art. 4 EUV, Rn. 40; *Schlachter/Heinig/Mangold*, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2016, § 4 Rn. 62 mwN.

⁵⁶⁴ *Streinz*, a.a.O., Art. 288 AEUV, Rn. 101ff.

⁵⁶⁵ EuGH vom 12.7.1990 – C 188/89, *Foster*, EuZW 1990, S. 424, Rn. 20; *Streinz*, Europarecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 498ff.

⁵⁶⁶ EuGH vom 19.1.2010 – C 555/07, *Kücükdeveci*, NZA 2010, S. 85, Rn. 23, 25, 46; *Jarass*, EU-Grundrechte und Privatrecht, in: *Heiderhoff u.a.* (Hrsg.), EU-Grundrechte und Privatrecht, 2016, S. 31 (35f.).

angenommen: Die Diskriminierungsverbote der Rahmenrichtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (RL 2000/78/EG) seien Konkretisierungen allgemeiner Rechtsgrundsätze. Die nationalen Gerichte könnten diese deklaratorischen allgemeinen Rechtsgrundsätze der Richtlinie unmittelbar in Privatrechtsstreitigkeiten anwenden.⁵⁶⁷

Konkret realisieren sich die unmittelbare Wirkung und der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in der Rechtsprechung des EuGH⁵⁶⁸ und des EMRK. Alle deutschen Gerichte, einschließlich des BVerfG und BAG sind zur europarechtskonformen Auslegung verpflichtet.⁵⁶⁹ Dies schließt die Kompetenz, die Pflicht der Gerichte zu richtlinienkonformer Auslegung und EU-konformer Fortbildung des nationalen Rechts ein.⁵⁷⁰ Es enthält sogar die Pflicht der Arbeitsgerichte, richtlinienwidriges nationales Recht nach Ablauf der Umsetzungsfrist nicht anzuwenden – auch ohne Vorlage an das BVerfG gemäß Art. 100 GG bzw. an den EuGH gemäß Art. 267 AEUV.⁵⁷¹ Ist die Entscheidung eines einzelstaatlichen Gerichts nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts anfechtbar, ist es zur Vorlage verpflichtet (Art. 267 Abs. 3 AEUV).⁵⁷²

Kommt das innerstaatliche Gericht dem nicht nach, kann dies das Recht auf den gesetzlichen Richter verletzen (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG). Die statthafte Verfassungsbeschwerde wird aber nur sehr selten erfolgreich sein, denn das Gericht muss den ihm „notwendig zukommenden Beurteilungsspielraum in unvertretbarer Weise überschritten haben“; das BVerfG führt nicht mehr als eine Vertretbarkeitskontrolle am Willkürmaßstab durch.⁵⁷³

Im Vorabentscheidungsverfahren obliegt es grundsätzlich allein dem innerstaatlichen Gericht, die Erheblichkeit einer Auslegung des europäischen Rechts für

567 *Streinz*, a.a.O., Art. 288 AEUV, Rn. 102, unter Bezug auf EuGH Urteil vom 14.7.1994 – C 91/92, *Faccini Dori*, Rn. 20ff.; juris; vgl. auch *EuArbRK/Mohr*, 3. Aufl. 2020, Art. 21 GRC, Rn. 44ff.

568 Übersicht über die Verfahrensarten des europäischen Rechtsschutzverbundes bei *Classen*, in: *Schulze u.a.*, *EuropaR-HdB*, 4. Aufl. 2020, § 4. Hier wird nur das Vorabentscheidungsverfahren exemplarisch in den Blick genommen. Die Entscheidung des EuGH in dieser Verfahrensart ist für das vorliegende Gericht und die Parteien des Ausgangsverfahrens rechtsverbindlich.

569 BVerfG vom 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, E 140, S. 317 (352f. Rn. 77 unter Bezug auf Rechtsprechung des EuGH).

570 Zusammenfassend *Jarass/Pieroth*, a.a.O., Rn. 13, 42ff.; *Borchardt*, in: *Schulze u.a.*, *EuropaR-HdB*, 4. Aufl. 2020, § 15 Rn. 57ff.

571 EuGH vom 9.3.1978 – Rs. 106/77, *Simmenthal*, *EuGRZ* 1978, S. 190; Überblick über das unionsrechtliche Rechtsschutzsystem etwa bei *Pechstein*, *EU-Prozeßrecht*, 4. Aufl. 2011, Rn. 21ff.

572 Vorbehaltlich von „acte clair“ und „acte éclairé“; dazu BAG vom 23.1.2019 – 4 AZR 445/17, *NZA* 2019, S. 923, Rn. 36ff. mwN.; Überblick über die Verfahren nach Art. 267 AEUV z.B. bei *EUArbRK/Höpfner*, 3. Aufl. 2020, Art. 267 AEUV, Rn. 7ff.; zu acte éclairé und acte clair *ders.*, a.a.O., Rn. 44ff.; 48ff.; über die Verfahren vor der europäischen Gerichtsbarkeit *Classen*, in: *Schulze u.a.* (Hrsg.), *EuropaR-HdB*, 4. Aufl. 2020, § 4 Rn. 14ff., 76f.

573 BVerfGE 128, S. 157 (188f. mwN.), UKGM; E 129, S. 78 (105ff.), *Designermöbel; Classen*, a.a.O., Rn. 128f.

die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits zu beurteilen.⁵⁷⁴ Dazu muss es einen hinreichenden Auslegungsspielraum im nationalen Recht annehmen.⁵⁷⁵ Auch muss das mitgliedstaatliche Gericht den Fall entscheiden.

Bei Anhängigkeit eines Vorabentscheidungsverfahrens ist zu fragen – und ist der EuGH zu fragen –, ob einer Norm, in der Regel einer solchen des Sekundärrechts der EU, eine nationale Regelung oder ein bestimmtes Verständnis derselben „entgegensteht“.⁵⁷⁶ So gefragt will der EuGH dem vorlegenden Gericht alle Auslegungshinweise geben, die es benötigt, um die Vereinbarkeit der nationalen Regelung mit europäischem Recht beurteilen zu können.⁵⁷⁷

Einerseits muss die Formulierung der Vorlagefrage auf die Auslegung von Unionsrecht beschränkt werden.⁵⁷⁸ Andererseits muss das vorlegende Gericht gerade den „Zusammenhang“ zwischen Auslegung oder Gültigkeit bestimmter Vorschriften des Unionsrechts mit den nationalen Rechtsvorschriften, die auf den anhängigen Rechtsstreit anzuwenden sind (Art. 94 Buchst. c) VerfahrensO des Gerichtshofs vom 25.9.2012)⁵⁷⁹, darlegen.

Urteile des EuGH sind zwischen den Parteien verbindlich, haben darüber hinaus eine – eingeschränkte – erga-omnes-Wirkung. Mitgliedstaatliche Gerichte sind danach verpflichtet, das Unionsrecht in anderen Rechtsstreitigkeiten in seiner Auslegung durch den EuGH anzuwenden.⁵⁸⁰

574 Näher z.B. EuGH vom 16.6.2016 – C-351/14, Sanchez, NZA 2016, S. 935, Rn. 54ff.; BVerfGE 128, S. 157 (187); EUArbRK/Höpflner, a.a.O., Rn. 20ff.; vgl. auch Schulze u.a. (Hrsg.), EuropaR-HdB, 4. Aufl. 2020, § 4 Rn. 72; Streinz, Europarecht, 11. Aufl. 2019, § 8 Rn. 704ff.

575 EUArbRK/Höpflner, a.a.O., Rn. 22.

576 Vgl. z.B. BAG vom 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A), Asklepios, NZA 2016, S. 373, Vorlagefragen I.1., 2. sowie 3.a) und b); Vorlagefrage II. Aufschlussreich für das Verfahren vor dem EuGH war auch, wie dieser die differenzierten Vorlagefragen des BAG gleichsam in einen Topf warf. Ein anderes aktuelles Beispiel sind die Vorlagefragen des Obersten Gerichtshofs Sloweniens zu Art. 1 Abs. 1 BÜ-RL i.S. Dodic – Urteil des EuGH vom 8.5.2019 – C 194/18, ZESAR 2019, S. 446; vgl. zu der damit verbundenen Problematik auch EUArbRK/Winter, 3. Aufl. 2020, RL 2001/23, Art. 1 Rn. 104, zur Frage des Übergangs eines Unternehmensteils einer Bank, wenn der Übergang des Kundenstamms feststeht. In der Rs. Egenberger stellte sich dem BAG die Notwendigkeit der unionsrechtskonformen Auslegung des § 9 Abs. 1 AGG gemessen an Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG – vgl. EuGH vom 17.4.2018 – C 414/16, NZA 2018, S. 569, Rn. 30ff., 41.

577 Standardformulierung in der Rechtsprechung des EuGH; vgl. nur EuGH i.S. Åkerberg Fransson, a.a.O., Rn. 31; zur richtigen Formulierung der Vorlagefragen und zum Inhalt des Beschlusses des vorlegenden Gerichts vgl. Pechstein, EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011, Rn. 843ff.

578 Pechstein, a.a.O., Rn. 845.

579 Vgl. z.B. Franzen, NZA-Beilage 3/2015, S. 77 (81). Zu verfahrensrechtlichen Aspekten vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, III, Stand: Mai 2013, Art. 267 AEUV, Rn. 28ff.; zum Teil wird die Zulässigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens großzügig bis hin zur Umdeutung des Ersuchens gehandhabt, zum Teil penibler. Ein Beispiel für die – in der Rechtsprechung des EuGH nicht oft anzutreffende – umfangreiche Zulässigkeitsprüfung ist das Urteil i.S. Klarenberg vom 12.2.2009 – C 466/07, NZA 2009, S. 251, Rn. 24 bis 35.

580 Pechstein, a.a.O., Rn. 864ff.

3. Fragmentarisches europäisches Arbeitsrecht

In der Sozialpolitik (Art. 151ff. AEUV) kann die Union nur handeln, soweit Art. 153 sie dazu ermächtigt. Nach Art. 153 Abs. 2 Buchst. b AEUV kann die EU unter Berücksichtigung der in den Mitgliedstaaten bestehenden Bedingungen und technischen Regelungen durch Richtlinien Mindestvorschriften⁵⁸¹ erlassen. Nach Art. 153 Abs. 1 unterstützt und ergänzt die Union die Tätigkeit der Mitgliedstaaten auf den „folgenden Gebieten“. Bei einzelnen, dort geregelten, besonders wichtigen Materien muss der Rat einstimmig beschließen.⁵⁸²

Das „Unionsrecht (ist) wesentlich auch Fallrechtsordnung. Urteile des EuGH bemühen sich weniger um eine systematische Sicht, sondern sind häufig sehr fallbezogen.“⁵⁸³ Und zum Stand der Dogmatik der GRC heißt es: „Eine gesicherte unionsrechtliche Grundrechtsdogmatik existiert beim derzeitigen Entwicklungsstand nicht. Die wenigen normativen Vorgaben werden in ersten Entscheidungen des EuGH nur teilweise respektiert.“⁵⁸⁴ „Auch in Zukunft wird das unionsrechtliche Arbeitsrecht unvollständig bleiben.“⁵⁸⁵

In Anbetracht dessen liegt es auf der Hand, dass viele Grundsatzfragen ungeklärt und in Fluss sind. Damit sind auch Anwendungsvorränge des europäischen Arbeitsrechts und seine Anwendung bei Umstrukturierungen ungeklärt und in Fluss. So war und ist in der Rechtsprechung des EuGH immer noch nicht besonders klar, wann Recht der Union von Mitgliedstaaten „durchgeführt“ wird (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC).

4. Handeln der Mitgliedstaaten als Durchführung des Rechts der Union

a) Handeln von Mitgliedstaaten als „Recht der Union“ im Einzelnen

Die Durchführung von Rechte Union durch Organe der Mitgliedsstaaten betrifft vor allem Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht.⁵⁸⁶ Diskutiert wird die Grundrechtsbindung der Mitgliedsstaaten bei unbestimmten Rechts-

581 Vgl. dazu die Übersicht z.B. von *Krebbler*, EuZA 2016, S. 3 (Fn. 7).

582 Vgl. näher *Krebbler*, a.a.O., S. 15; die strategische Bedeutung des Einstimmigkeitsprinzips für die Schwierigkeiten bei Schaffung neuen europäischen Arbeitsrechts hebt *Rödl*, Arbeitsverfassung, in: *v. Bogdandy/Bast* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 855 (874f.) zu Recht hervor.

583 *Rebbahn*, a.a.O., S. 396.

584 *Krebbler*, in: *Schlachter/Heinig* (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2016, § 2, Arbeitsrechts-spezifische Grundrechte, S. 101 (107).

585 *Krebbler*, a.a.O., S. 119 (Rn. 41).

586 Aufgrund des sehr umfangreichen Schrifttums und der zu zahlreichen einzelnen Aspekten ergangenen und wechselvollen Rechtsprechung des EuGH soll nur auf die Darstellung in EUArBRK/*Schubert*, a.a.O., Art. 51 GRC, Rn. 22ff. verwiesen werden.

begriffen, Ermessensspielräumen oder Wahlmöglichkeiten in Richtlinien, auch bei Öffnungsklauseln.⁵⁸⁷ Enthält die Richtlinie nur Mindestregelungen wie im Allgemeinen bei arbeitsrechtlichen RL in Ausfüllung des Titels X. AEUV (Sozialpolitik), wird auch vertreten, die Mitgliedstaaten handelten insoweit gerade nicht in Durchführung des Rechts der EU.⁵⁸⁸ Die EU hätte insoweit keine Kompetenz. Die nationalen Grundrechte und die einfachrechtliche Rechtsordnung unterlägen insoweit keinem Anwendungsvorrang des EU-Rechts. Wird Recht der Union „durchgeführt“, sind neben der Union die Mitgliedstaaten Grundrechtsverpflichtete der GRC, nicht zuletzt der als Grundrecht erscheinenden Unternehmensautonomie (Art. 16 GRC).

b) „Durchführung“ von Recht der Union

aa) Revidierte Auffassung des EuGH

An die GRC gebunden sind nicht nur die Union, sondern – bei Durchführung des Rechts der Union – auch die Mitgliedstaaten und deren Organe. Diskutiert wird, was „Durchführung“ meint.⁵⁸⁹ Nach herrschender Meinung ist „... Durchführung“ des Unionsrechts dessen „Anwendung“. Dazu müsse ein mitgliedstaatlicher Rechtsanwender den in Rede stehenden Sachverhalt unter eine Norm des Unionsrechts bzw. eine unionsrechtlich determinierte Norm subsumieren (...) oder ein Grundrecht auf einer der beiden Seiten einer Rechtfertigungsprüfung im Rahmen einer EU-Grundfreiheit (müsse) zum Tragen kommen (...) Es könne nicht genügen, wenn „(...) die Grundfreiheiten peripher tangiert sind oder unspezifische Bezüge zu Politikzielen der Europäischen Union existieren.“⁵⁹⁰

bb) Ursprüngliche Auffassung: das Urteil in der Rechtssache Åkerberg Fransson

Anders der erste „Aufschlag“ des EuGH in der Rechtsprechung zur „Durchführung“ von Recht der Union, der zunächst noch zu weit geriet: Das Urteil i.S. Åkerberg Fransson. In dem Fall ging es nicht um Arbeitsrecht, sondern darum, ob bei Anwendung schwedischen Straf- bzw. Steuerrechts auch Unionsrecht

587 Ausführlich dazu *Schubert*, EuZA 2020, S. 302 (305ff.).

588 A.A. EUArbRK/*Schubert*, a.a.O., Rn. 23ff. mwN.; *dies.*, EuZA 2020, S. 302 (305ff.), mit feinen bis kaum nachvollziehbaren Differenzierungen zwischen Öffnungsklauseln, Mindeststandards, Gestaltungsspielräumen und Optionsmöglichkeiten. Ähnlich subtil die Unterscheidungen bei *Streinz*, a.a.O., Rn. 15-21.

589 „Diffuse Formel vom Anwendungsbereich des Unionsrechts“, so *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 51 GRC, Rn. 19; *dies.*, a.a.O., Rn. 8ff. Darstellung der wechselhaften Rechtsprechungsentwicklung des EuGH EUArbRK/*Schubert*, 3. Aufl. 2020, Art. 51 GRC, Rn. 13ff.; allerdings wird dort nicht gesagt, was „Durchführung“ unabhängig von der Rechtsprechung des EuGH nun sei; vgl. auch *Streinz*, EUV/AEUV, a.a.O., Art. 51 GRC, Rn. 6ff.; *Kreber*, EuZA 2016, S. 3 (6ff.).

590 *Streinz*, a.a.O., Rn. 7; vgl. auch *Kreber*, in: *Schlachter/Heinig* (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2016, § 2 Rn. 37ff.

durchgeführt werde, folglich die GRC, hier Art. 50 GRC (Verbot der Doppelbestrafung) gelte. Als Anknüpfungspunkte aus dem Recht der EU konnte das Urteil lediglich Art. 4 Abs. 3 EUV anführen, demzufolge jeder Mitgliedstaat die Erhebung der in seinem Hoheitsgebiet anfallenden Mehrwertsteuer gewährleistet und Betrug bekämpft.⁵⁹¹ Nicht konkreter war der Verweis in dem Urteil auf Art. 325 AEUV.⁵⁹² Dort ist der Schutz der finanziellen Interessen der Union vor Betrügereien gemeinsame Aufgabe von Mitgliedstaaten und Union.

Unter keine dieser Normen des Primärrechts konnte zur Entscheidung des Falles und der dafür relevanten Frage der Einschlägigkeit des Verbots der Doppelbestrafung bei Tatbeständen aus dem Strafrecht einerseits, dem Steuerrecht andererseits subsumiert werden. Folgt man dieser Auffassung, wurde Unionsrecht nicht durchgeführt bzw. nicht angewendet.⁵⁹³

Das BVerfG hielt dafür, das Urteil des EuGH i.S. Åkerberg Fransson dürfe nicht dahingehend verstanden und angewendet werden, dass für eine Bindung der Mitgliedstaaten an die Grundrechte der GRC schon jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrechts oder rein tatsächliche Auswirkungen auf dieses ausreiche. Andernfalls wäre diese Rechtsprechung offensichtlich *ultra vires*.⁵⁹⁴

Anschließend präziserte das BVerfG am Fall seine Position zur Durchführung von Unionsrecht: Das Antiterrordateigesetz, um dessen Verfassungsmäßigkeit es ging, und die Zusammenarbeit der Sicherheitsbehörden dabei stehe zwar auch in unionsrechtlichen Bezügen. Wenn durch Informationsaustausch weitergehende Erkenntnisse gewonnen würden, wirke sich dies mittelbar auch auf den Umfang der unionsrechtlichen Berichtspflichten aus. Auch bestünden weitere Anknüpfungspunkte zum Unionsrecht. Gleichwohl sei das Antiterrordateigesetz keine Durchführung des Rechts der Union im Sinne des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC. Insbesondere gebe es keine unionsrechtliche Bestimmung, die die BRD zur Errichtung einer solchen Datei verpflichte, sie daran hindere oder ihr diesbezüglich inhaltliche Vorgaben mache. Unionsrechtlich geordnete Rechtsbeziehungen könnten nur mittelbar beeinflusst werden, was für eine Prüfung am Maßstab unionsrechtlicher Grundrechtsverbürgungen nicht genüge.⁵⁹⁵

591 EuGH vom 26.2.2013 – C-617/10, Åkerberg Fransson, NVwZ 2013, S. 561, Rn. 25.

592 EuGH, a.a.O., Rn. 26.

593 *Streinz*, a.a.O., Art. 51 GRC, Rn. 7.

594 BVerfGE 133, S. 277 (316, Rn. 91); kritisch dazu *Streinz*, EuropaR, 11. Aufl. 2019, Rn. 257ff.

595 BVerfGE, a.a.O., Rn. 89f.; Antikritik der Rechtsprechung des BVerfG u.a. bei *Streinz*, a.a.O., Art. 51 GRC, Rn. 26ff.

Der EuGH behielt jedenfalls in Steuerstrafsachen bis auf weiteres seine überaus weite Rechtsprechung zur Durchführung von Unionsrecht und damit Geltung der Grundrechte entsprechend dem Ansatz i.S. Åkerberg Fransson bei.⁵⁹⁶ Zu anderen Sachverhalten hieß es beim EuGH schon kurz nach diesem Urteil jedoch, Grundrechte der Union seien unanwendbar, wenn die unionsrechtlichen Vorschriften in dem betreffenden Sachbereich keine bestimmten Verpflichtungen der Mitgliedstaaten im Hinblick auf den im Ausgangsverfahren fraglichen Sachverhalt schüfen.⁵⁹⁷

c) Grundrechte und Grundfreiheiten im Verhältnis zueinander

Die Beschränkung von Grundfreiheiten durch Handeln eines Mitgliedstaats soll nach aktueller Rechtsprechung des EuGH ebenfalls Anwendung des Rechts der Union im Sinne des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC sein⁵⁹⁸ – vorausgesetzt, der Anwendungsbereich einer Grundfreiheit ist erfüllt.⁵⁹⁹ Notwendige Bedingung dafür ist ein grenzüberschreitender Bezug. Dann können beide – Grundrechte der GRC und eine Grundfreiheit des AEUV – Anwendung finden („Parallelgewährleistung“)⁶⁰⁰ – sei es als Zuordnung, sei es als Beschränkung von Rechten. Je nach Fallgestaltung kann ein Grundrecht der GRC Rechtfertigungsgründe für die Beschränkung von Grundfreiheiten liefern.⁶⁰¹ Auch können Grundrechte Schranken-Schranke für die Beschränkung von Grundfreiheiten sein, verstärken also deren Schutz, indem sie möglicherweise gerechtfertigten Beschränkungen der jeweiligen Grundfreiheit ihrerseits Grenzen setzen.⁶⁰² Grundrechte können also Einschränkungen von Grundfreiheiten begrenzen oder legitimieren, je nach Fall.⁶⁰³ Umgekehrt können Grundfreiheiten die Beschränkung von Grundrechten rechtfertigen.⁶⁰⁴

596 EuGH vom 5.4.2017 – C-217/15, Orsi und Baldetti, EWS 2017, S. 117. Die Vorlagefrage bezog sich ebenfalls auf Art. 50 GRC (Verbot der Doppelbestrafung).

597 Z.B. EuGH vom 10.7.2014 – C 198/13, Hernandez, NZA 2014, S. 1325, Rn. 33ff. mwN.; das BAG referiert diese modifizierte Auffassung in der Rechtsprechung des EuGH zutreffend in seinem Vorlagebeschluss i.S. Asklepios vom 17.6.2015 – 4 AZR 95/14 (A), NZA 2016, S. 373, Rn. 54ff., und fragt insbesondere, ob die Wahrnehmung der nationalen Kompetenz zu ergänzenden arbeitnehmerschützenden Maßnahmen i.S. von Art. 8 BÜ-RL Durchführung von Recht der Union gemäß Art. 51 Abs. 1 GRC sei.

598 EuGH vom 21.12.2016 – C-201/15, AGET Iraklis, NZA 2017, S. 167; dazu *Buschmann*, AuR 2017, S. 86f.; EUArbRK/*Schubert*, a.a.O., Art. 51 GRC, Rn. 20, 32; *dies.*, EuZA 2020, S. 302 (304f.); *Heuschmid/Hlava*, NZA 2017, S. 429 (435); *Calliess/Ruffert/Kingreen*, a.a.O., Art. 51 GRC, Rn. 19f.

599 Zur Erfüllung des Anwendungsbereichs der Niederlassungsfreiheit vgl. beispielhaft die Erörterung des Urteils des EuGH i.S. AGET Iraklis, sogleich.

600 Heselhaus u.a., Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2. Aufl. 2020, § 7 Rn. 61.

601 Dies war die Konstellation, die dem Urteil des EuGH i.S. Schmidberger zugrunde lag.

602 Dies sei die „eigentliche ERT-Konstellation“, so *Streinz*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 51 GRC, Rn. 18 mwN.

603 *Jarass*, GRC, 4. Aufl. 2021, Art. 51 Rn. 32.

604 In Sachen Laval war die Blockade des lettischen Unternehmens durch schwedische Gewerkschaften, um einen Tarifvertrag zu in Schweden üblichen Bedingungen abzuschließen, eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit und der EU-Entsenderichtlinie; EuGH vom 18.12.2007 – C 341/05, Laval, NZA 2008, S. 159; ähnlich die Sache Viking; EuGH vom 11.12.2007 – C 438/05, NZA 2008, S. 124.

Wie sich Rechte und Grundrechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in diese teils parallelen, teils einander beschränkenden Verbürgungen des europäischen Rechts mit den typischerweise kollidierenden Grundrechten im „mehrpolgigen Grundrechts-Verhältnis“ einfügen, bleibt zu erörtern.

d) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe für die Beschränkung von Grundfreiheiten

Nach Art. 36 AEUV sind Beschränkungen des freien Warenverkehrs aus den dort genannten Gründen gerechtfertigt. Neben diesen „kodifizierten Rechtfertigungsgründen“ erkennt der EuGH weitere im allgemeinen Interesse liegende ‚zwingende Erfordernisse‘ an, die Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten rechtfertigen können. Ihre normative Herkunft ist allerdings ebenso ungewiss wie ihr Anwendungsbereich.⁶⁰⁵ Für die Arbeitsbeziehungen kommt insbesondere der „Schutz der Systeme sozialer Sicherheit“, etwa der Arbeitsschutz in Betracht.⁶⁰⁶ Zwingende, vom EuGH „anerkannte“⁶⁰⁷ Gründe des allgemeinen Interesses sind auch der Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Ungeschriebene, auf der Rechtsprechung des EuGH basierende Rechtfertigungsgründe für die Beschränkung des freien Warenverkehrs und von Grundfreiheiten unterliegen ihrerseits wiederum dem Verhältnismäßigkeitsprinzip („Schranken-Schranke“).⁶⁰⁸ Dies ist für Grundrechte und Freiheiten der GRC in Art. 52 GRC explizit normiert. Nach Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC sind das Verhältnismäßigkeitsprinzip, die dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen und die Rechte und Freiheiten anderer zu wahren. Nach S. 1 müssen Einschränkungen der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt achten.

e) Einige Konsequenzen der Eröffnung des Anwendungsbereichs von Grundfreiheiten für die Arbeitsverhältnisse in Rechtsprechung des EuGH – das AGET Iraklis-Urteil des EuGH

Eine griechische Regelung zur Massenentlassung verlangt, die behördliche Genehmigung, wenn eine Einigung zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und Unternehmen nicht zustande kommt. Sie ist vereinbar mit der ME-RL, es sei denn, dieser mitgliedstaatlichen Regelung fehle es ausnahmsweise an praktischer Wirksamkeit („effet utile“). Dies sei der Fall, wenn infolge der

605 *Calliess/Ruffert/Kingreen*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 36 AEUV, Rn. 210ff.

606 Näheres bei *Calliess/Ruffert/Kingreen*, a.a.O., Rn. 215.

607 EuGH vom 21.12.2016 – C 201/15, AGET Iraklis, NZA 2017, S. 167, Rn. 73f. mwN., z.B. auf das Urteil vom 8.3.1996 – C 272/94, Guiot, Rn. 16f., oder vom 23.11.1999 – C 369/96, Arblade, NZA 2000, S. 85, Rn. 36.

608 *Calliess/Ruffert/Kingreen*, a.a.O., Rn. 87ff.

Durchführung der nationalen Regelung jede tatsächliche Möglichkeit des Arbeitgebers, Massenentlassungen vorzunehmen, in der Praxis ausgeschlossen wäre.⁶⁰⁹ Dafür sah der EuGH in Bezug auf die griechische gesetzliche Regelung aber keine Anhaltspunkte.

Für Krause⁶¹⁰ hat der EuGH mit dem Kriterium der praktischen Wirksamkeit „... in einer ausgesprochen fragwürdigen Weise aus arbeitnehmerschützenden Vorschriften auf der europäischen Ebene Waffen gegen weitergehende arbeitnehmerschützende Vorschriften auf der nationalen Ebene geschmiedet.“ Immerhin war aber nach Feststellung des EuGH im Urteil jedenfalls die ME-RL nicht verletzt.

Die Anwendung der Regelung durch das griechische Arbeitsministerium verletzt laut Urteil des EuGH jedoch die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV).⁶¹¹ Der für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheit notwendige grenzüberschreitende Bezug liege vor. Denn Hauptaktionär der griechischen Firma AGET war der multinationale französische Konzern Lafarge. Allein dass – wie vorliegend – ein Anteilsinhaber seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, soll schon ein grenzüberschreitender Bezug im Sinne der Marktfreiheiten des AEUV sein. „Als Konsequenz können sich fortan grenzüberschreitend organisierte Konzerne unter Berufung auf die Grundfreiheiten gegen arbeitsrechtliche Regulierung in den Mitgliedstaaten wenden (...) Die Grundfreiheiten sind damit subjektive Rechte auf Deregulierung.“⁶¹²

Der grenzüberschreitende Bezug der Grundfreiheit ist auch deshalb zweifelhaft, weil die Marktfreiheiten, auch die Niederlassungsfreiheit, vor Behinderungen des Marktzugangs schützen. Die Tochter der französischen Konzernmutter hatte aber ihren Betrieb schon seit Jahren in Griechenland. Deshalb ging es in dem Fall nicht um Marktzugang. Vielmehr wollte der griechische Betrieb ausschließlich in Griechenland mit den dort beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern eine Massenentlassung durchführen. Dafür war die Tatsache des grenzüberschreitenden Konzernbezugs gleichgültig. Die Mas-

609 EuGH vom 21.12.2016, a.a.O., Rn. 35ff.

610 Krause, Festschrift Willemsen, 2018, S. 257 (267).

611 EuGH vom 21.12.2016, a.a.O., Rn. 45ff.

612 Heuschmid/Hlava, ebd; weitere Kritik bei Calliess/Ruffert/Kingreen, a.a.O., Art. 49 AEUV, Rn. 20f.; der grenzüberschreitende Bezug sollte auch in dem Urteil des EuGH vom 11.7.2002 – C 60/00, Carpenter, EuR 2002, S. 852, bestehen. Dort wurde die Ausweisung einer Drittstaatsangehörigen an der Dienstleistungsfreiheit ihres britischen Ehemanns gemessen und auf diesem Wege die Ausweisung selbst einer Grundrechtsprüfung unterworfen. Der Ehemann war gelegentlich auf Reisen zwischen Mitgliedstaaten. Zu diesem Urteil des EuGH vgl. auch Calliess/Ruffert/Kingreen, a.a.O., Art. 51 GRC, Rn. 19; vorübergehende, unentgeltliche Leihe eines Autos von einem Freund mit Wohnsitz in einem anderen Mitgliedsstaat als grenzüberschreitender Kapitalverkehr im Sinne von Art. 63 Abs. 1 AEUV; EuGH vom 26.4.2012 – C-578/10, van Putten, EuZW 2012, S. 551.

senentlassung war die gleiche, ob der entlassende Betrieb Teil eines multinationalen oder eines rein griechischen Konzerns war oder aber nicht. Es bestand „... keine Berührung mit irgendeinem Sachverhalt, auf den das Unionsrecht abstellt.“⁶¹³

Nimmt man mit dem EuGH in diesem Fall der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit die Durchführung von Unionsrecht und damit die Bindung Griechenlands an die Grundrechte der GRC (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC), insbesondere an Art. 16 GRC, an, sollen zwingende Gründe des Allgemeinwohls, auf die sich der Mitgliedstaat zur Beschränkung der Grundfreiheit beruft, nur zu berücksichtigen sein, wenn sie grundrechtskonform sind (Grundrechte als „Schranken-Schranke“). Insoweit kommt vor allem die Unternehmensautonomie (Art. 16 GRC) in Betracht. Überdies muss das auch Art. 52 AEUV inhärente Verhältnismäßigkeitsprinzip,⁶¹⁴ das Art. 52 GRC ebenfalls enthält, allerdings explizit, gewahrt sein (Verhältnismäßigkeitsprinzip als „Schranken-Schranke“). Folgerichtig prüft das Urteil die Verletzung der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRC) durch die griechischen Massenentlassungsvorschriften. In deutlicher Absetzung zum Urteil des EuGH i.S. Alemo-Herron beschränkt der EuGH im Urteil AGET Iraklis dessen extensive Grundsätze zum Schutzzumfang der Unternehmerfreiheit.

Auch wird im Urteil abgewogen – ebenfalls abweichend vom Urteil i.S. Alemo-Herron, das zu Arbeitnehmergrundrechten und -interessen nichts enthält⁶¹⁵ und nichts gegen die Unternehmerfreiheit abwägt. Dagegen befindet das – später ergangene – Urteil AGET Iraklis: Da die Union nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine soziale Zielrichtung habe, müssten die sich aus dem AEUV zu den Grundfreiheiten ergebenden Rechte gegen die mit der Sozialpolitik verfolgten Ziele abgewogen werden.⁶¹⁶ Nationale Regelungen, die über die von der ME-RL erfasste Information und Konsultation hinausgingen, könnten geeignet sein, ein höheres Maß an tatsächlichem Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und ihrer Beschäftigung zu erreichen. Ergänzend verweist der EuGH auf den Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten.

Jedoch seien Verfahrensmodalitäten der griechischen Regelung, die gesetzlichen Gründe, die zur Versagung der Genehmigung führen könnten, zu unbe-

613 EuGH vom 18.7.2017 – C 566/15, Erzberger, DZWiR 2017, S. 465, Rn. 28. Dort ging es um die Arbeitnehmer-Freizügigkeit. Auch die Arbeitnehmer in Betrieben und Unternehmen des TUI-Konzerns machten bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter zum Aufsichtsrat von ihrer Freizügigkeit innerhalb der Union keinen Gebrauch und hatten das auch nicht vor.

614 *Streinz*, EUV/AEUV, a.a.O., Art. 52 AEUV, Rn. 16ff.

615 Darauf weist *Krause*, Festschrift Willemsen, 2018, S. 257 (265), hin.

616 EuGH vom 18.7.2017, AGET Iraklis, a.a.O., Rn. 77ff., 90ff.

stimmt. Damit seien der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Art. 52 GRC und folglich die Unternehmensautonomie des Art 16 verletzt.⁶¹⁷

Fazit: Den grenzüberschreitenden Bezug der Niederlassungsfreiheit kann das Unternehmen ohne Probleme herstellen und sich ggf. Jahre danach, wenn es darauf ankommt, darauf berufen, auch wenn es oder sein Anteilsinhaber schon seit langem in dem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist. Realisiert werden kann dies durch grenzüberschreitenden share deal, der fortwirken soll. Wird Recht der EU durchgeführt, kann fehlende „praktische Wirksamkeit“ weitergehenden arbeitnehmerschützenden Vorschriften der Mitgliedstaaten ebenso weitgehende wie unbestimmte Schranken setzen.

f) Kollisionen und praktische Konkordanz (Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GRC) im Arbeitsverhältnis als „mehrpoligen“ Rechtsverhältnis im Unionsrecht?

In mehrpoligen Rechtsverhältnissen wie dem Arbeitsverhältnis, bei dem Zuteilung von Rechten an eine Seite deren Entzug gegenüber der anderen Vertragspartei bedeutet,⁶¹⁸ kollidieren Interessen und ggf. auch Rechte der Parteien des Vertragsverhältnisses häufig.⁶¹⁹ Grundrechte der GRC können ebenfalls miteinander kollidieren. Auch dabei ist „... die Grundrechtsausübung eines Grundrechtsinhabers mit der Grundrechtsausübung eines anderen nicht vereinbar. In diesem Fall wird ein Grundrecht zur Schranke des anderen mit der Folge, dass Einschränkungen des einen Grundrechts durch das kollidierende Grundrechte gerechtfertigt sein können.“⁶²⁰

Diese Kollisionen sind, der Rechtsprechung des EuGH folgend, festzustellen und zum Ausgleich zu bringen⁶²¹ – durch praktische Konkordanz.⁶²² Auch dies ist ähnlich wie im deutschen Arbeitsrecht und bei Kollisionen von Grundrechten des GG der Parteien des Arbeitsverhältnisses. Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GRC

617 EuGH vom 18.7.2017, AGET Iraklis, a.a.O., Rn. 103.

618 Vgl. dazu im Einzelnen unten C. und D.

619 Vgl. dazu näher unten, a.a.O.

620 *Szczekalla*, in: *Heselhaus/Nowak*, EU-Grundrechte-Hdb, 2. Aufl. 2020, § 10 Rn. 36ff.; *Jarass/Kment*, EU-Grundrechte, 2. Aufl. 2019, § 5 Rn. 16.

621 EuGH vom 21.12.2016, AGET Iraklis, a.a.O., Rn. 89f.: Der Schutz der Beschäftigten vor ungerechtfertigter Entlassung sei mit „der in den Art. 49 AEUV und Art. 16 GRC verankerten unternehmerischen Freiheit“ zu vereinbaren und gegeneinander abzuwägen. Vgl. auch EuGH vom 31.1.2013 – C 12/11, *McDonagh*, EuZW 2013, S. 223, Rn. 61f., 64: „Miteinander in Einklang bringen und ein angemessenes Gleichgewicht zwischen (den einzelnen betroffenen Grundrechten) herstellen.“

622 *Heselhaus u.a.*, a.a.O., § 7 Rn. 59ff.; vor allem § 10 Rn. 36ff.; *Jarass-Kment*, EU-Grundrechte, 2. Aufl. 2019, § 5 Rn. 16f.; *Jarass*, GRCh, 4. Aufl. 2021, Art. 53 Rn. 16f.; *Krause*, a.a.O., S. 265, mit der These, in Anbetracht der Notwendigkeit praktischer Konkordanz passe die „Eingriffssystematik“ des Art. 52 GRC nicht. Nach Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GRC dürfen allerdings Grundrechte auch eingeschränkt werden, wenn sie Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer entsprechen.

könnte mit den dort normierten „Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer“ gesetzliche Grundlage der Abwägung sein. Die Durchführung der praktischen Konkordanz kann folglich, nicht anders als nach deutschem Arbeitsrecht und nach deutschem Grundrechtsverständnis, die Rechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern beschränken.

Dabei würde es aber nicht bleiben, würde das Arbeitsverhältnis ausschließlich aus der Perspektive der Grundfreiheiten des AEUV betrachtet. Konsequenz wäre – mit Ausnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit –, dass dieser Fokus die Rechtsstellung der Arbeitnehmerseite wie auch ihre Interessen stets nur beschränken könnte bzw. nicht zur Entstehung kommen ließe.

Demgegenüber können aber Beschränkungen der Grundfreiheiten nach Art. 36 S. 1 AEUV, Einschränkungen von Grundrechten der Arbeitgeber nach der GRC oder „zwingende Erfordernisse im Allgemeininteresse“ nach Maßgabe von Art. 52 Abs. 1 GRC bzw. aufgrund von Rechtsprechung des EuGH diese Interessen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sichern und bewahren. Auch unterliegt der freie Warenverkehr (Titel II.) den Rechtfertigungsgründen des Art. 36 S. 1 AEUV; die Grundfreiheiten (Titel IV.) sind beschränkbar durch vom EuGH entwickelte zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses und durch Grundrechte der GRC.⁶²³

Für die Abwägung nach Maßgabe praktischer Konkordanz in mehrpoligen Rechts- und Grundrechtsverhältnissen wird empfohlen, um den Bedürfnissen der Rechtssicherheit Rechnung zu tragen, solle sich die Rechtsprechung des EuGH gegenüber den mitgliedstaatlichen Gerichten mit Vorgaben hinsichtlich des konkreten Abwägungsergebnisses zurückhalten. Stattdessen solle der Gerichtshof sich darauf beschränken, Bedeutung und Tragweite der beteiligten Grundrechte dem Grunde nach zu umreißen.⁶²⁴ Dazu liegt in der Rechtsprechung des EuGH bislang wenig vor. Auch fehlen bis dato methodische Leitprinzipien für die Abwägung kollidierender Interessen und Rechte. Insofern hat die Rechtsprechung des BVerfG eine Reihe von methodischen Maßstäben entwickelt (C. IV. und D.).

Von den Interessen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aus gesehen kann der einzelne Beschäftigte von den Grundfreiheiten des AEUV allenfalls bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) Subjekt des Arbeitsverhältnisses sein. Immerhin profitieren in grenznahen Gebieten Wanderarbeitnehmerinnen und -arbeitnehmer in relevanterem Umfang davon. Die übrigen

⁶²³ Calliess/Ruffert/Kingreen, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 36 AEUV, Rn. 191f.; vgl. dazu näher sogleich.

⁶²⁴ Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 53 GRC, Rn. 7 sowie Art. 52 GRC, Rn. 32.

Grundfreiheiten widerspiegeln allein Interessen der Unternehmen und – im Arbeitsverhältnis – der Arbeitgeber an freien Marktzugängen und Nutzung der europäischen Märkte für ihre Interessen an von mitgliedstaatlichen Besonderheiten und Beschränkungen möglichst freier, optimaler Allokation ihrer Produktionsfaktoren – nicht zuletzt bezüglich der Arbeitsmärkte.

g) „Praktische Konkordanz“ versus „strengere Schutzmaßnahmen“ (Art. 153 Abs. 4 AEUV)?

Stehen Arbeitnehmerrechte unionsrechtlich Grundfreiheiten des AEUV „im Wege“, könnten normative Strukturen der Sozialpolitik (Art. 151ff. AEUV i.V.m. dem arbeitsrechtlichen Sekundärrecht der EU) in entgegengesetzter Richtung weisen:

Die Positionen beider Grundrechtsberechtigter, hier also der Parteien des Arbeitsverhältnisses, sind durch praktische Konkordanz so zu beschränken, dass sie koexistieren können und einander nicht mehr auf eine Weise gegenüberstehen, dass sich das Interesse des einen auf Kosten des unterlegenen anderen stets und vollständig durchsetzt („the winner takes it all“).

Praktische Konkordanz kann bei seiner Durchführung nach einfachem Arbeitsrecht wie unter Anwendung der beteiligten Grundrechte des GG ebenso wie nach Unionsrecht die Interessen und Rechte beider Parteien des Arbeitsverhältnisses, also auch die der beteiligten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschränken.

Titel X. Sozialpolitik (Art. 151ff. AEUV) könnte aber für das Arbeitsverhältnis eine zur Notwendigkeit von Kompromissen bei praktischer Konkordanz widersprechende Logik zugrunde legen. Mitgliedstaatliches Arbeitsrecht darf nur „strengere Schutzmaßnahmen“ (Art 153 Abs. 4, 2. Spiegelstrich AEUV) bzw. „Mindestvorschriften“ (Art 153 Abs. 2 Buchst. b AEUV) erlassen. Das sind solche, die die von der jeweiligen RL geschützten Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – insbesondere gegenüber denen des Arbeitgebers – mehr und besser schützen.⁶²⁵ Das kategorische, wiederholt betonte Günstigkeitsprinzip des Art. 153 AEUV, das nur zugunsten der Positionen und Rechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wirkt und sich in den Schlussbestimmungen jeder RL des Titels X. AEUV wiederfindet,⁶²⁶ scheint Einschränkungen der Rechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus Richtlinien, die Resultat der Abwägung kollidierender Rechte der Arbeitsvertragsparteien sein könnten, nicht zuzulassen.

⁶²⁵ *Rebhahn*, in: *Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 153 AEUV, Rn. 70ff.

⁶²⁶ *EuArbRK/Franzen*, 3. Aufl. 2020, Art. 153 AEUV, Rn. 56.

Allerdings müssen die günstigeren Schutzmaßnahmen der Mitgliedstaaten wiederum „mit den Verträgen vereinbar“ sein (Art 153 Abs. 4, 2. Spiegelstrich AEUV). Wie dies zu verstehen ist, ist offen. „Vereinbarkeit mit den Verträgen“ könnte Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten des AEUV einschließen. Damit fragt sich insbesondere, ob und inwieweit Grundfreiheiten das arbeitsrechtliche Günstigkeitsprinzip „aushebeln“ oder derogieren können. Zu Recht wird dazu auf in der Rechtsprechung des EuGH in Sachen AGET Iraklis (Massenentlassung und Niederlassungsfreiheit) sowie Alemo-Herron (Unternehmerfreiheit) begründete systematische Probleme verwiesen.⁶²⁷ Der durch Art. 153 AEUV i.V.m. den Regelungen zum Günstigkeitsprinzip in allen arbeitsrechtlichen Richtlinien statuierte Arbeitnehmerschutz wäre bei Vorrang der Unternehmerfreiheit und der Niederlassungsfreiheit des Arbeitgebers gegenstandslos.

Da die Rechtsprechung des EuGH bei aller Entwicklungsoffenheit, nicht zuletzt im Verhältnis des Urteils Alemo-Herron zu dem späteren i.S. AGET Iraklis,⁶²⁸ die Einschränkung des arbeitsrechtlichen Günstigkeitsprinzips durch Grundfreiheiten offenbar weiterhin voraussetzt, und es hier vor allem um die Wirksamkeit von Arbeitsrecht geht, weniger um das, was rechtlich gilt oder gelten sollte, wird im Folgenden diese Auffassung der Rechtsprechung des EuGH zugrunde gelegt.

II. Anwendung europäischen Arbeitsrechts auf Einzelfragen der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen

1. Anwendungsvorrang europäischen Arbeitsrechts beim allgemeinen Kündigungsschutz (§§ 1ff., 23 KSchG)?

Es ist dargelegt worden, die Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen diene zum einen unter Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses der „Verbilligung“ der Arbeitskraft, etwa durch „Flucht aus nicht mehr passenden Kollektivverträgen“.

Umstrukturierungen geschehen ebenfalls im Wege des Personalabbaus, für sich wie im Zusammenhang mit weiteren Zwecken. Außerdem sind sie, nicht zuletzt aufgrund der arbeitsgerichtlichen nicht überprüfbaren unternehmerischen Maßnahme „strategische Reserve“ des Arbeitgebers, jederzeit, soweit nötig, einsetzbar.⁶²⁹

627 Franzen, a.a.O., Rn. 58.

628 Vgl. dazu oben Dritter Abschnitt, B.I.4.e).

629 S. oben Erster Abschnitt, A.IV.2.

Deswegen ist nun (unter 1. und 2.) die Rechtslage bei Umstrukturierung durch betriebsbedingte Kündigung sowie Massenentlassung und darauf bezogenen Kündigungsschutz im Arbeitsrecht der EU zu erörtern.

Europäisches Arbeitsrecht enthält umfangreiche Rechtsgrundlagen zu diversen allgemeinen wie besonderen Aspekten des Kündigungsschutzes – so das ILO-Übereinkommen Nr. 158 über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber (1982); Art. 30 GRC samt Erläuterungen und deren „Anlehnung“ an Art. 24 RESC mit „Annex“⁶³⁰; Art. 153 Abs. 1 Buchst. d AEUV mit der Ermächtigung zum Erlass von Richtlinien nach Maßgabe seines Abs. 2 Buchst. b.

RL normieren nur bestimmte Aspekte des Kündigungsschutzes. Dabei knüpfen sie zum einen an den umfassenden Schutz vor Diskriminierungen⁶³¹ an, zum anderen an kollektive Prozesse⁶³² wie Massenentlassungen (Art. 2 ME-RL) oder Betriebsübergänge (Art. 4 BÜ-RL). Umfassend geregelt ist der Schutz vor diskriminierenden Kündigungen (nach Art. 1 f. i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Buchst. c RL 2000/78/EG [Entlassungsbedingungen]), der Kündigungsschutz besonders gefährdeter Personengruppen, wie Schwangerer, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Elternurlaub, Teilzeitbeschäftigten usw.

Umstritten ist, ob allgemeiner Kündigungsschutz, ähnlich wie im Ersten Abschnitt des KSchG (§§ 1-14 KSchG) inklusive der dort (§ 1 KSchG) normierten sechsmonatigen Wartezeit für das Einsetzen des Kündigungsschutzes und nach dem Vierten Abschnitt (ähnlich § 23 KSchG, betrieblicher Geltungsbereich) „Recht der Union“ durchführt (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC) und ob der allgemeine Kündigungsschutz in Art. 30 GRC⁶³³ geregelt ist.⁶³⁴

630 Hilbrandt, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2. Aufl. 2020, § 41 Rn. 12ff. und 69ff.

631 Vgl. z.B. EuGH vom 19.1.2010 – C-550/07, Kükükdeveci, NZA 2010, S. 85, Rn. 25; § 622 Abs. 2 S. 2 BGB, eine Vorschrift, die Zeiten der Betriebszugehörigkeit bei einem Lebensalter jünger als 25 Jahre für die Berechnung der Kündigungsfristen des Arbeitsverhältnisses unberücksichtigt ließ, fiel, so der EuGH, nach Ablauf der Umsetzungsfrist unter das Verbot der Differenzierung von Entlassungsbedingungen wegen des Alters (§ 3 Abs. 1 Buchst. c RL 2000/78/EG) und damit in den „Anwendungsbereich“ des EU-Rechts. In dem anhängigen Rechtsstreit zwischen Privaten war dem Verbot der Diskriminierung wegen des Alters dadurch Rechnung zu tragen, dass das nationale Gericht entgegenstehende Vorschriften des innerstaatlichen Rechts unangewendet ließ, EuGH, a.a.O., Rn. 52ff.

632 Vgl. die Übersicht bei BAG vom 8.12.2011 – 6 AZN 1371/11, NZA 2012, S. 286, Rn. 10f.; Buschmann, AuR 2013, S. 388 (391f.); Franzen, NZA-Beilage 3/2015, S. 77 (78ff.).

633 Bei dem schon nicht unumstritten ist, ob er ein Grundrecht ist; näher dazu EUArbRK/Schubert, 3. Aufl. 2020, Art. 30 GRC, Rn. 2.

634 Dafür Buschmann, a.a.O.; a.A. Franzen, a.a.O.; Hanau, NZA 2010, S. 1 (2ff.); Hilbrandt, a.a.O., § 41 Rn. 69f.

Unterstellt, dies sei nicht der Fall, sind auch dessen Begrenzungen, insbesondere die zum persönlichen und zum betrieblichen Geltungsbereich des Kündigungsschutzes (ähnlich §§ 1, 23 KSchG) kein Recht der Union.⁶³⁵ Überwiegend wird vertreten, Art. 30 GRC beinhalte den allgemeinen Kündigungsschutz nicht. Dafür spricht sein Wortlaut, der auf den Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ verweist.⁶³⁶

Die Erläuterung zu Art. 30 GRC „lehnt“ sich an Art. 24 RESC an. – Was immer „Anlehnen“ im Einzelnen meint – nach dem Annex zu Art. 24, Nr. 4. RESC ist bei einer Kündigung ohne triftigen Grund eine Entschädigung oder ein anderer zweckmäßiger Ausgleich – erst noch – durch innerstaatliche Rechtsvorschriften festzulegen.⁶³⁷ Auch dies spricht dafür, dass das Recht der Union in Art. 30 GRC, und sei es auf dem Umweg über Art. 24 RESC und dessen Annex, allgemeinen Kündigungsschutz nicht etabliert, wohl aber „punktuellen“.⁶³⁸ Wenn die Union Kündigungsschutz den Mitgliedstaaten vorbehalten, eröffnet dies den Anwendungsbereich der GRC nicht (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC). Den Mitgliedstaaten bleibt eine originäre Kompetenz zur Regelung des Schutzes vor Kündigung ohne triftigen Grund. Sie handeln bei dessen Gestaltung nicht gemäß Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC zu Durchführung von Recht der Union.⁶³⁹ Folglich führt das KSchG kein Recht der Union durch.

Der Kollisionsausgleich mit „Rechten und Freiheiten anderer“ (Art. 52 Abs. 1 GRC) soll nach dem Urteil des EuGH i.S. AGET Iraklis zwischen einer mitgliedstaatlichen Regelung zur Massenentlassung, der Niederlassungsfreiheit und der „in den Art. 49 AEUV und Art. 16 GRC verankerten unternehmerischen Freiheit“⁶⁴⁰ stattfinden, also zwischen einer mitgliedstaatlichen, punktu-

635 Einen anderen Weg geht des BAG, Beschl. vom 8.12.2011 – 6 AZN 1371/11, NZA 2012, S. 286, Rn. 8f.: Während der Wartezeit werde Kündigungsschutz aus § 242 BGB „gewonnen“ (unter Bezug auf BVerfG vom 21.6.2006 – 1 BvR 1659/04, NZA 2006, S. 913). Nach Art 30 GRC erhalte der Arbeitnehmer Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung nur „nach dem Unionsrecht“. §§ 138, 242 BGB seien aber keine Durchführung des Rechts der Union.

636 Allerdings wird auch die unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRC) insoweit wortgleich mit Art. 30 nur „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“ geschützt. Besteht nach Art. 30 „Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung“, wird die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 demgegenüber „anerkannt“. Immerhin wird aber nach der Erläuterung „dieses Recht (des Art. 16) natürlich unter Einhaltung des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften ausgeübt. Es kann nach Art. 52 Abs. 1 GRC beschränkt werden.“ Davon ist in Art. 30 GRC keine Rede.

637 Hilbrandt, a.a.O., GRC, § 41 Rn. 12ff.

638 EUArbRK/Schubert, a.a.O., Art. 30 GRC, Rn. 19.

639 EUArbRK/Schubert, ebd.

640 Der EuGH ist offenbar der Auffassung, die Unternehmerfreiheit sei nicht nur durch Art. 16 GRC, sondern auch durch Art. 49 AEUV garantiert.

ellen Regelung zum Schutz vor Massenentlassung einerseits gegenüber einer Grundfreiheit des AEUV sowie einem Grundrecht der GRC andererseits.⁶⁴¹

Dies leuchtet ein, kann doch ein Kollisionsausgleich nur zwischen Normen stattfinden, deren Inhalte einander widersprechen. Art. 30 GRC enthält jedoch kein Recht der Union zum allgemeinen Kündigungsschutz. Dagegen nimmt das Urteil des EuGH für den Fall von Massenentlassungen an, dass mitgliedstaatliche Regelungen zu Massenentlassungen nach Art. 5 ME-RL ein höheres Maß an „tatsächlichem Schutz der Arbeitnehmer“ vorsehen könnten, als er durch Informationen und Konsultationen gewährleistet ist.⁶⁴²

Ist die soziale Rechtfertigung einer Kündigung ohne triftigen Grund nicht durch Unionsrecht determiniert, gilt dies ebenso für die Anwendbarkeit des Gesetzes, sei es in Bezug auf die Erfüllung der Wartezeit (§ 1 Abs. 1 KSchG), sei es die Überschreitung der Schwellenwerte des § 23 KSchG. Damit sind Grundrechte der GRC auf den zu entscheidenden Fall nicht anwendbar.⁶⁴³ Es liegt damit auch nach Auffassung des BVerfG „kein Fall der Durchführung des Rechts der EU vor, die allein die Bindung der Mitgliedstaaten an die GRC nach sich ziehen könnte (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC)“.⁶⁴⁴

Für die im Folgenden diskutierten Probleme des Kündigungsschutzes wie auch des Geltungsbereichs des Gesetzes gemäß § 23 KSchG besteht also kein Anwendungsvorrang von Recht der Union, soweit es, wie hier, nicht um besondere Aspekte einzelner Umstrukturierungen, wie etwa diskriminierende Kündigungen geht.

Anders liegt dies bei Massenentlassungen, auch solchen im Rahmen von Umstrukturierungen:

2. Geltung europäischen Rechts bei der Massenentlassung (RL 98/59/EG)

Wie alle Richtlinien des Titels X. Sozialpolitik des AEUV (Art. 151ff.) enthält auch diese lediglich Mindestvorschriften (Art. 153 Abs. 2 Buchst. b AEUV i.V.m. Art. 5 ME-RL). Die RL regelt keine materiell-rechtlichen Voraussetzungen für Massenentlassungen. Diese verbleiben daher im Zuständigkeitsbereich

641 EuGH vom 21.12.2016, a.a.O., Rn. 90, AGET; *Jarass*, GRC, 4. Aufl. 2021, Art. 30 Rn. 11; es sollen damit Rechte mit Rechten bzw. Freiheiten aus unterschiedlichen Rechtsquellen und unterschiedlichen Ranges kollidieren und folglich gegeneinander zum Ausgleich gebracht werden können; bei EUArBRK/*Schubert*, a.a.O., Art. 16 GRC wird nur die Kollision gegenläufiger Grundrechte der GRC erörtert. Darum geht es in diesem Fall nicht.

642 EuGH vom 21.12.2016, AGET Iraklis, a.a.O., Rn. 92f.

643 BVerfGE 133, S. 277 (313, Rn. 88ff.).

644 BVerfGE 133, S. 313f.; EuGH vom 10.7.2014 – C 198/13, Hernandez, NZA 2014, S. 1325, Rn. 33ff.

der Mitgliedstaaten.⁶⁴⁵ Teilharmonisiert ist nur das Verfahren bei Massenentlassungen (Art. 1 bis 4 ME-RL).⁶⁴⁶

Eine Frage des Anwendungsvorrangs des Rechts der EU ist es, ob und inwieweit Leitbegriffe des einzelnen arbeitsrechtlichen Subsystems einheitlich unionsrechtlich zu bestimmen sind oder dieses in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verbleibt. Anhand der Grundbegriffe des Arbeitsrechts „Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Betrieb“ stellt sich dies im Recht der Massenentlassung wie folgt dar:

Die ME-RL soll sowohl einen vergleichbaren Schutz der Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Mitgliedstaaten gewährleisten als auch die Belastungen der Unternehmen in der Union, die sich daraus ergeben, einander angleichen. Daraus schlussfolgert der EuGH, dass der Arbeitnehmerbegriff, den die ME-RL nicht definiert, unionsrechtlich „autonom“ und einheitlich auszulegen ist.⁶⁴⁷

Der Arbeitgeberbegriff, den die ME-RL ebenfalls nicht explizit bestimmt, sei dagegen nicht vergleichbar „autonom“ und einheitlich unionsrechtlich auszulegen, soll sich vielmehr nach mitgliedstaatlichem Recht richten. Immerhin sei danach Arbeitgeber der Vertragspartner des Arbeitnehmers; das gilt auch für konzernangehörige Unternehmen als Arbeitgeber.

Zum Betriebsbegriff gilt: Anders als nach der RL 2001/23/EG, der BÜ-RL, ist nach dem Wortlaut der ME-RL allein der Betrieb Bezugssystem, nicht das Unternehmen. Auch der Betriebsbegriff soll nach Rechtsprechung des EuGH ein gemeinschaftsrechtlicher sein; sein Inhalt könne sich nicht nach den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bestimmen. Auf einen Leitungsapparat oder eine Leitung, die selbstständig Massenentlassungen vornehmen kann, komme es für den Betriebsbegriff nicht an. Betrieb im Sinne der ME-RL ist danach diejenige Einheit, der die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund der Erfüllung ihrer Aufgaben angehören.⁶⁴⁸

Die Regelungen der §§ 17ff. KSchG und die ihnen entsprechenden oder ähnlichen der ME-RL 98/59/EG (ME-RL) gelten nur bei Erreichen bzw. Überschreiten zweier „Schwellenwerte“ in Relation zueinander – einer „in der Regel“ be-

645 EuGH vom 16.12.2016, a.a.O., AGET Iraklis, Rn. 33.

646 EuGH vom 10.12.2009 – C 323/08, Mayor, NZA 2010, S. 151, Rn. 51 mwN.

647 EuGH vom 9.7.2015 – C 229/14, Balkaya, NZA 2015, S. 861, Rn. 32f.; ein solcher Schluss wäre freilich auch für alles übrige teilharmonisierte Sekundärrecht zu den Arbeitsbeziehungen naheliegend; vgl. im Übrigen auch die Übersicht bei *Preis/Sagan/Naber/Sittard*, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 14.14 ff.

648 EuGH vom 7.12.1995 – C-449/93, Rockfon, NZA 1996, S. 471, Leitsatz 3, Rn. 24f., 34; zum Betriebsbegriff vgl. auch unten Fünfter Abschnitt, C.

stimmten Anzahl von Arbeitnehmern und Entlassung einer geringeren Anzahl innerhalb von 30 Kalendertagen. Neben dem betrieblichen ist der persönliche Anwendungsbereich relevant, so z.B. die Frage, welche Personen als „Arbeitnehmer“ im Sinne der ME-RL bei welchem Schwellenwert mitzuzählen sind und was für Leiharbeiterinnen und -arbeitnehmern gilt.⁶⁴⁹

Das Massentlassungsverfahren hat drei Schwellenwerte auf der Grundlage des Bezugssystems „Betrieb“: In Betrieben mit in der Regel mehr als 20, aber weniger als 60 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern müssen mehr als fünf Arbeitnehmer entlassen werden, damit es sich um eine Massentlassung handelt; in Betrieben mit 60 und weniger als 500 müssen es 10 Prozent oder mehr als 25 Arbeitnehmer sein. Und in Betrieben mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern müssen mindestens 30 Arbeitnehmer entlassen werden, damit es eine Massentlassung im Sinne des Gesetzes ist (§ 17 Abs. 1 S. 1 KSchG).⁶⁵⁰

Nach der ME-RL liegt, abweichend von § 17 KSchG, eine Massentlassung erst vor, wenn in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens zehn Arbeitnehmer bzw. in Betrieben mit in der Regel 300 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern 30 Arbeitnehmer entlassen werden (Art. 1 Abs. 1 Buchst. a Nr. i ME-RL). Die ME-RL enthält in Art. 1 alternativ einen Referenzzeitraum von 30 oder 90 Tagen.⁶⁵¹

Der Betrieb, nicht das Unternehmen ist „Referenzeinheit“ auch der ME-RL. Die Günstigkeitsklausel des Art. 5 RL erlaubt den Mitgliedstaaten Betriebs- wie Unternehmensbezug⁶⁵² und außerdem, für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer günstigere Schwellenwerte vorzusehen.⁶⁵³ – § 17 KSchG hält am ausschließlichen Betriebsbezug fest.⁶⁵⁴ Damit ist insoweit der Betriebsbegriff der ME-RL maßgebend.⁶⁵⁵

649 Vgl. die EuGH-Vorlage des BAG vom 16.11.2017 – 2 AZR 90/17 (A), NZA 2018, S. 245; keine Entscheidung des EuGH wegen Rücknahme der Revision seitens der Beklagten; vgl. dazu auch KR-Weigand, a.a.O., § 17 KSchG, Rn. 44; EUArbRK/Spelge, RL 98/59/EG, 3. Aufl. 2020, Art. 1 Rn. 2b bis 2i.

650 Vgl. die Erörterung der unterschiedlichen Schwellenwerte bei BAG vom 16.11.2017, a.a.O.

651 Zum „verschiebbaren“ Referenzzeitraum rund um die streitige Einzelentlassung vgl. EuGH vom 11.11.2020 – C 300/19, UQ, NZA 2020, S. 1611.

652 Vgl. z.B. EuGH vom 30.4.2015 – C 80/14, USDAW und Wilson, NZA 2015, S. 601, Rn. 66; Kocher, ZESAR 2016, S. 86 (88); Weber, NZA 2016, S. 727 (728f.). Insoweit als bei mehreren Betrieben eines Unternehmens die Zahl der Arbeitnehmer je Betrieb geringer ist als die des Unternehmens, können die Schwellenwerte des § 17 für die Arbeitnehmer günstiger sein als die der RL.

653 Vgl. EuGH vom 13.5.2015 – C 392/13, Canas, NZA 2015, S. 669, Rn. 51f. (54f.); die niedrigeren Schwellenwerte des § 17 KSchG sind im Sinne des Art. 5 MERL günstiger: BAG vom 19.3.2015 – 8 AZR 119/14, AP Nr. 464 zu § 613a BGB, Rn. 42; EUArbRK/Spelge, RL 98/59/EG, 3. Aufl. 2020, Art. 1 Rn. 79.

654 Zur Möglichkeit der kumulativen Anknüpfung an das Unternehmen durch Mitgliedstaaten aufgrund von Art. 5 RL vgl. EuGH vom 13.5.2015 – C 182/13, Lyttle, NZA 2015, S. 731, Rn. 47.

655 BAG vom 14.5.2020 – 6 AZR 235/19, NZA 2020, S. 1092, Rn. 115.

Die stufenweise Entlassung, die den jeweiligen Schwellenwert erst nach Ablauf von 30 Tagen erreichen würde, soll die Arbeitnehmerschutzrechte zur Massentlassung weder vermeiden noch umgehen, sondern eine zulässige Anwendung der gesetzlichen Regelungen sein.⁶⁵⁶ Das wird auch bei der Aufspaltung von Betrieben angenommen, so dass die Referenzwerte zur Massentlassung nicht erreicht werden.⁶⁵⁷

Denn die Rechtslage sei „äußerst unübersichtlich und für die Praxis kaum zu handhaben“ und mache sie „für alle Beteiligten zu einem Risikogeschäft“.⁶⁵⁸ Dies werfe die Frage auf, ob und wie den Anforderungen des Massentlassungsverfahrens überhaupt noch genügt werden könne.⁶⁵⁹ In die zahlreichen Ungereimtheiten und Unübersichtlichkeiten der gesetzlichen Regelungen⁶⁶⁰ mag auch hineinspielen, dass die ME-RL eine grundsätzlich andere Zweckrichtung verfolgt als die nationalen Regelungen in §§ 17ff. KSchG; dort Arbeitnehmerschutz, hier Arbeitsmarktpolitik.⁶⁶¹

Die Aufspaltung eines Unternehmens in viele kleine Betriebseinheiten könne dazu führen, dass umfangreiche, auf das Unternehmen als Ganzes bezogene Entlassungsmaßnahmen nicht von den Regelungen zur Massentlassung erfasst würden, wenn in keiner dieser kleinen Organisationseinheiten als Betrieben im Sinne der RL genug Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt seien bzw. entlassen würden.⁶⁶² Konsequenzen für die Rechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die von diesen Strategien zur Minimierung von Risiken betroffen sind, werden nicht erörtert. Unabhängig davon liegen

656 Vgl. z.B. EUArbRK/*Spelge*, 3. Aufl. 2020, Vor Art. 1 RL 98/59/EG, Rn. 10; Art. 1 RL, Rn. 2c, 82, 92; *dies.*, RdA 2018, S. 297 (302); APS/*Moll*, a.a.O., § 17 KSchG, Rn. 49c mwN.

657 *Spelge*, RdA 2018, a.a.O., S. 302; *Kleinebrink/Commandeur*, NZA 2015, S. 853, empfehlen ein „zweigleisiges Vorgehen“ des Arbeitgebers, und zwar sowohl anhand der RL wie nach dem „bisherigen betriebsverfassungsrechtlichen Verständnis“, a.a.O., S. 857f.

658 Mit „allen Beteiligten“ kann hier nur der Arbeitgeber gemeint sein, nicht die von Entlassung bedrohten oder betroffenen Arbeitnehmer. Denen wird i.E. Schutz vor Massentlassung vorenthalten.

659 EUArbRK/*Spelge*, a.a.O., Vor Art. 1, Rn. 10 mwN.

660 Zahlreiche Ungereimtheiten und Widersprüchlichkeiten enthielt auch frühere Rechtsprechung des BAG zur Massentlassung vor dem Urteil des EuGH in Sachen *Junk* vom 27.1.2005 – C 188/03, AuR 2005, S. 154 m. Anm. *Wolter*, a.a.O., S. 135.

661 *Preis/Sagan/Naber/Sittard*, EuArbR, 2. Aufl. 2019, § 14 Rn. 5ff. („... bis heute grundlegende konzeptionelle Unterschiede...“); tendenziell a.A. EUArbK/*Spelge*, a.a.O., vor Art. 1 Rn. 5f.: Verstärkung des Arbeitnehmerschutzes, andererseits Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarktes nach der RL versus ursprünglich rein arbeitsmarktpolitischer Zweck der §§ 17ff. KSchG.

662 *Spelge*, RdA 2018, a.a.O., S. 299; *Weber*, a.a.O., S. 728. In der Praxis ist dies vor allem ein Problem von Filialen, die nur wenige Arbeitnehmer beschäftigen. Aufgrund der Insolvenz von *Woolworth* (Großbritannien) wurden 4500 Arbeitnehmer entlassen. Weil aber die Filialen als Betriebe nicht die erforderlichen Referenzwerte erreichten, waren dies keine Massentlassungen, EuGH, USDAW und *Wilson* sowie *ders.*, *Lytte*, jeweils a.a.O.; vgl. auch EuGH, a.a.O., *Canas*, mit einer vergleichbaren Problematik beim – alleinigen – Abstellen auf das Unternehmen nach spanischem Recht.

Reformvorschläge auf dem Tisch, um diesen aus Arbeitgebersicht bestehenden Defiziten zu begegnen.⁶⁶³

Fazit: Umstrukturierungen von Betrieben und zeitlich gestaffelte Entlassungen werden mit dem Ziel erwogen, gesetzlichem Arbeitnehmerschutz bzw. staatlicher Arbeitsmarktpolitik bei Massenentlassungen wegen deren Unübersichtlichkeiten zu entgegen. Nicht zuletzt aufgrund der Schwierigkeit und Unübersichtlichkeit der Rechtslage wird dies für zulässig gehalten.

Ausschließlich nach rechtlichen Maßstäben des Unionsrechts gelten die Begriffsbestimmungen des Art. 1 und die Verfahrensregelungen der Art. 2 bis 4 ME-RL. Materiell-rechtliche Implikationen von Massenentlassungen enthält die RL nicht. Maßgebend ist allein deutsches Kündigungsschutzrecht. Die Probleme, die in der Praxis von Massenentlassungen mit oder ohne Umstrukturierungen entstehen, sind allerdings ausschließlich verfahrensrechtlicher Art.

3. Geltung europäischen Rechts bei Betriebsinhaberwechseln (RL 2001/23/EG)

Weitere Fragen der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen von zentraler Bedeutung ergeben sich bei allen Formen des Betriebsinhaberwechsels (§ 613a BGB) bzw. des Übergangs der wirtschaftlichen Einheit (Art. 1ff. BÜ-RL). Deshalb soll nun einiges von dem skizziert werden, was das europäische Arbeitsrecht insoweit regelt. Aufgrund der Komplexität der Fallgestaltungen, nicht zuletzt einiger Konstellationen der Umstrukturierung einerseits, der auf besondere Weise „verzahnten“ Regelungen des deutschen und des europäischen Rechts des Betriebsübergangs andererseits muss es bei einer Skizze bleiben.

Erneut stellt sich die Frage nach dem Umfang der Geltung der BÜ-RL im Verhältnis zu mitgliedstaatlichem Recht, hier im Verhältnis zu § 613a BGB. Deswegen Wortlaut weicht von dem des Art. 1 Ziff. 1 Buchst. b BÜ-RL erheblich ab. Dies gilt auch für Art. 3f. BÜ-RL, die Wahrung der Ansprüche und Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Divergenzen der Wortlaute und Inhalte der Regelung des Betriebsübergangs (§ 613a BGB) gegenüber der des Übergangs der wirtschaftlichen Einheit (BÜ-RL) sind in der Rechtsprechung kaum der Rede wert. Es „... ist die klare Subsumtion unter Tatbestandsmerkmale für den EuGH (...) allenfalls nebensächlich, kommt es ihm doch aufgrund einer teleologischen Perspektive entscheidend auf die Übernahme einer ihrer Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit beim Erwerber an.“⁶⁶⁴

⁶⁶³ *Spelge*, RdA 2018, S. 303ff.

⁶⁶⁴ *Preis/Peramoto*, Festschrift Willemsen, 2018, S. 359 (364). Zur Entstehungsgeschichte des § 613a BGB vgl. auch *ErfK/Preis*, 21. Aufl. 2021, § 613a BGB, Rn. 11ff.; *EuArbRK/Winter*, 3. Aufl. 2020, Art. 1 RL 2001/23/EG, Rn. 10ff. sowie 75f. und 104 m.w.N.

Welche Rechtsquelle für die Beantwortung welcher Frage einschlägig ist, die BÜ-RL oder § 613a BGB bzw. beide, scheint der gerichtlichen Anwendungspraxis von Betriebsübergangsfällen wie dem arbeitsrechtlichen Schrifttum ebenfalls von nur sekundärer Bedeutung zu sein. Insoweit wird immerhin betont, die Bewertung der maßgeblichen Tatsachen sei Sache der nationalen Gerichte, die dabei die Auslegungskriterien der Rechtsprechung des EuGH zu beachten hätten.⁶⁶⁵

Weiter heißt es zur einschlägigen Rechtsquelle, das BAG „orientiert sich inzwischen nicht mehr am Wortlaut des § 613a BGB, sondern ebenfalls am zentralen Begriff des identitätswahrenden Übergangs einer wirtschaftlichen Einheit.“⁶⁶⁶ – In Anbetracht der „verzahnten“ Entwicklungsgeschichte der beiden Normsysteme, des Günstigkeitsprinzips in Art. 8 RL sowie aufgrund der Tatsache, dass auch diese RL nur eine Teilharmonisierung vornimmt, ist dies nachvollziehbar, dient aber kaum der Rechtsklarheit.

Wie mehrfach erörtert wird für die Zwecke dieser Darstellung, d.h. der Diskussion der Wirksamkeit von Arbeitsrecht in der Umstrukturierung zugunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer grundsätzlich und ohne weiteres die herrschende Rechtsprechung zugrunde gelegt.

Sie festzustellen ist des Öfteren nicht einfach. Dies beginnt schon mit der Diskussion und Feststellung der Schutzzwecke, die der BÜ-RL zugrunde liegen sollen. Die Rechtsprechung des EuGH vermittelt dazu kein einheitliches Bild.⁶⁶⁷ Sie oszilliert zwischen Arbeitnehmerschutz und Schutz der Interessen des Erwerbers.

a) **Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne der BÜ-RL**

Anders ist dies bei Umstrukturierungen mit Betriebsübergang nach Art. 1 Ziff. 1 Buchst. a und b BÜ-RL. Nach Buchst. b, dem Hauptanwendungsfall der BÜ-RL, geht es um den „Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“.⁶⁶⁸ Ein „Übergang“ im Sinne von Art. 1 BÜ-RL setzt zum einen voraus, dass die in

⁶⁶⁵ EuArbRK/Winter, ebd.

⁶⁶⁶ Preis/Sagan/Grau/Hartman, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 15.17 m.w.N.; seit dem Urteil vom 22.5.1997 – 8 AZR 101/96, NZA 1997, S. 1050.

⁶⁶⁷ Klengel, Kollektivverträge im EU-Betriebsübergangsrecht, 2020, S. 137ff., 166ff.; EuArbRK/Winter, a.a.O., A., Rn. 11.

⁶⁶⁸ Zur Entstehungsgeschichte vgl. auch Preis/Sagan/Grau/Hartmann, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 14.1ff.; EUArbRK/Spelge, a.a.O., vor Art. 1 Rn. 2ff., Rn. 9ff.

Rede stehende Einheit nach der Übernahme durch den neuen Arbeitgeber ihre Identität bewahrt. Aus dem „Bewahren“ wird geschlossen, dass schon vor dem Übergang eine wirtschaftliche Einheit mit ausreichender funktioneller Autonomie bestanden haben muss.⁶⁶⁹ D.h., der betreffenden Gruppe von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern musste ihre Leitung Weisungen erteilen können.⁶⁷⁰ Und diese Gruppe muss nach dem Übergang jedenfalls ihre „funktionelle Verknüpfung“⁶⁷¹ wahren. Wann das der Fall ist, ist ein weiteres Mal nicht besonders klar.

In Bezug auf die Begriffsbestimmungen des Art. 2 bestehen Öffnungsklauseln. Das gilt auch für mehrere Vorschriften des Art. 3, der die Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang normiert.

b) Irrelevanz der BÜ-RL bei unternehmensinterner Umstrukturierung und Funktionswandel

Bei unternehmensinterner Spaltung, Zusammenfassung oder Eingliederung von Betrieben oder Betriebsteilen (vgl. auch §§ 21a, 21b BetrVG), weit verbreiteter, hier u.a. erörterter Formen der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen, findet ein „Übergang“ im Sinne der RL 2001/23/EG (BÜ-RL) von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen nicht statt, auch beim Funktionswandel nicht. Deshalb kann es bei solchen Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen nicht um Recht der EU gehen und damit auch nicht um dessen Geltungsvorrang, wenn sonst kein Tatbestand des EU-Rechts einschlägig ist.

c) Unterrichts- und Beratungsrechte der Arbeitnehmervertreter (Art. 7 Abs. 3 BÜ-RL)

Soweit mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften vorsehen, dass Vertreter der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eine Schiedsstelle anrufen können, um eine Entscheidung über die hinsichtlich der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu treffenden Maßnahmen zu erhalten, können die Pflichten des Arbeitgebers auf den Fall beschränkt werden, dass „... der vollzogene Übergang eine Betriebsänderung hervorruft ...“ (Art. 7 Abs. 3 BÜ-RL). „Schiedsstelle“ im Sinne des Art. 7 Abs. 3 BÜ-RL ist auch die Einigungsstelle.

669 EuGH vom 13.6.2019 – C 664/17, Nafpigeia, NZA 2019, S. 889, Rn. 60; zum Ganzen auch *Bayreuther*, NZA 2020, S. 1505 (1506).

670 EuGH vom 6.3.2014 – C 458/12, Amatori, NZA 2014, S. 423, Rn. 30ff.

671 Neuerdings spricht der EuGH auch von „funktioneller Selbstständigkeit“; vgl. EuGH vom 13.6.2019 – C-664/17, Nafpigeia, auch m. Anm. v. *Medem*, ZESAR 2020, S. 222; vgl. auch oben Zweiter Abschnitt, C. IV.1.a).

„Entscheidung“ über hinsichtlich der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer „zu treffende Maßnahmen“ bei Betriebsänderung kann nicht nur der Sozialplan, sondern auch der Interessenausgleich sein. § 112 Abs. 4 BetrVG lässt jedoch erkennen, dass die Einigungsstelle als funktionales Äquivalent zur Schiedsstelle im Sinne des Art. 7 Abs. 3 BÜ-RL keine Spruchkompetenz in Bezug auf den Interessenausgleich hat. Insoweit kann danach der Betriebsrat eine Entscheidung über hinsichtlich der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu treffenden Maßnahmen nicht von der Schiedsstelle erhalten.⁶⁷² Es wird diskutiert, ob damit die RL hinreichend umgesetzt ist.⁶⁷³

Allerdings soll nach ständiger Rechtsprechung des BAG der Betriebsübergang für sich, also ohne Hinzutreten weiterer betriebsändernder Maßnahmen, schon keine Betriebsänderung, also gar kein Anwendungsfall des § 111 BetrVG sein. Jedenfalls enthält Art. 7 BÜ-RL eine Öffnungsklausel für ein anderes Modell der Unterrichts- und Beratungsrechte der Arbeitnehmervertreter.

d) **Günstigkeitsprinzip (Art. 8) und Öffnungsklauseln in der BÜ-RL**

Auch insoweit, als mitgliedstaatlich von Öffnungsklauseln Gebrauch gemacht wird, ist ein Anwendungsvorrang des EU-Rechts, insbesondere der BÜ-RL, zunächst nicht erkennbar.

Die BÜ-RL sieht diverse Öffnungsklauseln vor („Die Mitgliedsstaaten können geeignete Maßnahmen ergreifen...“; Art. 3 Ziff. 2 usw.) und enthält, wie die Richtlinien aus dem Bereich der Sozialpolitik (Art. 151 ff. AEUV) das Günstigkeitsprinzip.⁶⁷⁴ Ein „gerechter Interessenausgleich Arbeitnehmer/Erwerber“⁶⁷⁵ als Ziel der Richtlinie ist weder dem Günstigkeitsprinzip des Art. 8 BÜ-RL noch den Erwägungsgründen zu entnehmen,⁶⁷⁶ aber seit längerem Rechtsprechung des EuGH.⁶⁷⁷

672 Preis/Sagan/Grau/Hartmann, a.a.O., § 15.185ff.; insbesondere 15.205ff. mwN.

673 Die überwiegende Meinung bejaht dies; vgl. Colneric, Festschrift Steindorff, 1990, S. 1129 (1134); Oetker, NZA 1998, S. 1193 (1197).

674 Ermächtigungsgrundlage der BÜ-RL soll allerdings nicht die Sozialpolitik gewesen sein, sondern Art. 100 EWGV (nun Art. 115 AEUV); vgl. EUArbRK/Winter, RL 2001/23/EG, A. Grundlagen, vor Art. 1 RL 2001/23/EG, Rn. 12f.; das ändert nichts am Günstigkeitsprinzip. Wenn vertreten wird, Erwerberinteressen seien zu berücksichtigen, lägen aber „außerhalb der Zielsetzung“ der RL, so Winter, ebd., erscheint dies widersprüchlich.

675 EuGH vom 9.3.2006 – C 499/04, Werhof, NZA 2006, S. 376, Rn. 31.

676 EUArbRK/Winter, a.a.O., A., Rn. 8ff.

677 EuGH vom 11.9.2014 – C-328/13, ÖGB, AuR 2014, S. 473, Rn. 29 m. Anm. Karthaus; wie EuGH auch BAG vom 22.1.2019 – 4 AZR 445/17, NZA 2019, S. 922, Rn. 39 mwN: eines Vorabentscheidungsersuchens bedürfe es nicht; die Rechtslage sei dann im Sinne eines „acte éclairé“ geklärt; BAG, a.a.O., Rn. 47ff.; vgl. aber auch Klengel, Kollektivverträge im EU-Betriebsübergangsrecht, 2020, S. 137ff., 167ff.

Das Günstigkeitsprinzip wird auch durch die Unternehmensautonomie des Art. 16 GRC relativiert, wenn nicht negiert: Das Urteil des EuGH i.S. Alemo-Herron als Ausgangspunkt und die folgende mitgliedstaatliche Rechtsentwicklung seien dafür kurz skizziert:

e) Insbesondere: Kleine dynamische Bezugnahmeklauseln im Arbeitsvertrag und der Wesensgehalt der unternehmerischen Freiheit – Urteil des EuGH, Rs. Alemo-Herron

Bei Privatisierungen – eine solche lag auch dem Urteil des EuGH i.S. Alemo-Herron zugrunde – hat der Erwerber öfter das Interesse, das privatisierte Unternehmen aus der bisherigen Tarifgebundenheit, meist an allgemeine oder besondere Tarifverträge des öffentlichen Dienstes, herauszulösen. Tarifgebundenheit an sie erscheint spätestens jetzt nicht mehr als „passend“. Ziel ist auch dabei häufig, Lohnkosten zu sparen.

Da auch materiell privatisierte Unternehmen aufgrund der jahrzehntelang anhaltenden Tendenzen zur Tarifflicht, nur noch selten tarifgebunden sind, und die frühere kongruente Tarifgebundenheit schon wegen der vormaligen Zugehörigkeit des privatisierten Unternehmens zur öffentlichen Verwaltung bzw. zum öffentlichen Dienst nach Privatisierung nun ebenfalls fehlt, verlagert sich der Schwerpunkt der rechtlichen Probleme und Lösungen tarifvertraglicher Provenienz (fortdauernde kongruente Tarifgebundenheit) auf den Arbeitsvertrag. Mit anderen Worten geht es nicht mehr um die Tarifgebundenheit im vollen Sinn, d.h. die kongruente Tarifgebundenheit, sondern nur noch um kleine dynamische Bezugnahmeklauseln auf Tarifverträge im Arbeitsvertrag, insbesondere auf Entgelttarifverträge des öffentlichen Dienstes – eine „bescheidene“ Problemstellung, die an der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im bzw. durch den Arbeitsvertrag wenig bis nichts ändert.⁶⁷⁸

Bei dynamischer Bezugnahme, insbesondere auf Entgelttarifverträge, hat der Arbeitnehmer aufgrund der Klausel Anspruch aus seinem Arbeitsvertrag auf die Weitergabe der Tarifierhöhung. Bei bloß statischer Bezugnahme auf zuvor abgeschlossene Tarifverträge hat er diesen Anspruch nicht. In der Praxis bedeutet die Differenz zwischen dynamischen und statischen Bezugnahmeklauseln die Weitergabe oder Nichtweitergabe der – oft marginalen – Lohn- und Gehaltserhöhungen, und dies auch noch beschränkt auf die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis übergegangen ist. Außerdem darf ihr Arbeitsverhältnis durch Aufhebungsvertrag, Eigenkündigung oder Fristab-

⁶⁷⁸ Zur „strukturellen Unterlegenheit“ der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis im Allgemeinen, in der Umstrukturierung im Besonderen vgl. unten C.IV.6.

lauf nicht zuvor sein Ende gefunden haben. Weitere Möglichkeiten, dynamischen Bezugnahmeklauseln zu entgegenen, sind Änderungsvereinbarungen und Änderungskündigungen.⁶⁷⁹

Die grundsätzlichere Problematik – die rapide Abnahme der Tarifgebundenheit⁶⁸⁰ und damit der immer offenkundiger werdende Bedeutungsverlust des Kollektivvertrages mit kongruenter Tarifgebundenheit (§ 4 Abs. 1 TVG; vgl. auch Art. 3 Abs. 3 RL 2001/23/EG) – wird von diesem Kontext überdeckt, verdrängt. Überflüssig zu betonen, dass die Gerichte in den bei ihnen anhängigen Verfahren über die Anträge zu entscheiden haben.

Die eher belanglos scheinende Problematik, ausgelöst durch das Urteil des EuGH in Sachen *Alemo-Herron*, hatte eine umfangreiche Debatte zur Folge. Ihren Ausgangspunkt und Grund hat sie im Inhalt und in der Reichweite der Unternehmerfreiheit nach Art. 16 GRC in diesem Urteil. Dem lag eine so triviale wie für das Urteil des EuGH entscheidende Feststellung zugrunde: Das Privatunternehmen, das einen öffentlichen Betrieb erworben hat, könne nicht an Tarifverhandlungen für den öffentlichen Dienst teilnehmen – genauer: teilgenommen haben, auch nicht, wenn deren Resultate erst nach der materiellen Privatisierung einträten.

Das Fehlen jeder Einflussmöglichkeit des Erwerbers eines privatisierten Betriebs auf die nach dem Betriebsübergang bei ihm geltenden, kollektivvertraglich geregelten Arbeitsbedingungen könne, so der EuGH, dessen Vertragsfreiheit so erheblich reduzieren, dass – sogar – der Wesensgehalt seines Rechts auf unternehmerische Freiheit beeinträchtigt sein könne.⁶⁸¹ Dass der Erwerber eines Unternehmens in die Arbeitsverhältnisse und mit denen in die Arbeitsverträge eintritt und danach verpflichtet ist, aufgrund des Arbeitsvertrages Tariflohnerhöhungen zu zahlen, soll also den Wesensgehalt seiner Unternehmerfreiheit beeinträchtigen können.

Jedenfalls nach deutschem Vereins- und Koalitionsrecht dürfen Privatunternehmen, die nicht unter „maßgeblichem kommunalen Einfluss stehen oder an deren Mitgliedschaft kein kommunales Interesse besteht“ (so z.B. die Satzung

679 Vgl. die umfassende Darstellung bei *Klengel*, Kollektivverträge im EU-Betriebsübergangsrecht, 2020, S. 113ff., sowie *EUArbRK/Winter*, a.a.O., Art. 3 Rn. 24ff. Auf deren Erörterung der Argumente pro und contra wird hier Bezug genommen.

680 EuGH vom 18.7.2013 – C 426/11, *Alemo-Herron*, NZA 2013, S. 835 sowie die Verfahren in Sachen *Asklepjos*: BAG vom 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A); EuGH vom 27.4.2017 – C 680/15, NZA 2017, S. 1150; BAG vom 30.8.2017 – 4 AZR 95/14, NZA 2018, S. 257; vgl. allgemein auch oben Erster Abschnitt, C.I.1.

681 EuGH in Sachen *Alemo-Herron*, a.a.O., Rn. 35.; der EuGH hat diese Rechtsprechung in der Entscheidung *AGET Iraklis* – C-201/15, NZA 2017, S. 167, zum Teil modifiziert und differenziert; vgl. dazu z.B. die Anmerkung von *Buschmann*, AuR 2017, S. 86.

des Kommunalen Arbeitgeberverbandes [KAV] Baden-Württemberg), nicht Mitglied des tarifschließenden Arbeitgeberverbandes werden. Materiell privatisierte Unternehmen können dies erst recht nicht.

Damit können deren Vertreter auch nicht einer Tarif- oder Verhandlungskommission von Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes angehören oder zum Zeitpunkt des Abschlusses des dafür geltenden Tarifvertrages angehört haben. Im Übrigen dürften die fachlichen oder betrieblichen Geltungsbereiche der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes in solchen Fällen oft nicht erfüllt sein.

Nach dem Tarifvertragsrecht Großbritanniens, wo der Fall sich zutrug, wird die Kollektivvereinbarung in das einzelne Arbeitsverhältnis ohnehin nur durch ausdrückliche oder implizite Bezugnahme „inkorporiert“. Die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband bzw. in der Gewerkschaft reicht dafür nicht aus.⁶⁸² Hätte der private Erwerber eines ehemals öffentlichen Unternehmens an den Tarifverhandlungen im öffentlichen Dienst teilnehmen können, wäre dies irrelevant, wenn die Tarife nicht in die Arbeitsverhältnisse „inkorporiert“ worden wären.

Dass ein materiell privates Unternehmen Mitglied eines Arbeitgeberverbandes des öffentlichen Dienstes, der Tarifverträge schließt, weder werden kann noch will, liegt nahe. Die Schlussfolgerung des EuGH, dass Tarifverträge wie auch dynamische Bezugnahmeklauseln in Arbeitsverträgen deshalb die Unternehmerfreiheit verletzen können, ist nicht nachvollziehbar.

Schließlich ist der Erwerber Inhaber des Unternehmens in Kenntnis seiner verkehrswesentlichen Eigenschaften, auf der Basis der üblichen due diligence einschließlich arbeitsrechtlicher due diligence, geworden und hat dabei von seiner Unternehmerfreiheit schon Gebrauch gemacht. Er kannte also die dort bislang geltenden Tarife und Arbeitsverträge und ihre rechtliche Ausgestaltung einschließlich der ihnen innewohnenden Dynamiken oder hätte sie kennen müssen.⁶⁸³

Mag die Regelung in die Unternehmensautonomie des Art. 16 GRC eingegriffen haben – dass sie oder gar ihr Wesensgehalt (Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRC) verletzt „werden kann“, wie es im Urteil unbestimmt heißt, ergibt sich aus dem

682 *Wiedemann-Thüsing*, Tarifvertragsgesetz, 8. Aufl. 2019, § 1 TVG, Rn. 33f. mwN; zu weiteren Bezügen im Recht des UK bei tariflichen Bezugnahmeklauseln im Betriebsübergang vgl. *Heuschmid*, AuR 2013, S. 498 (502).

683 Dazu vgl. z.B. *Wolter*, Festschrift Schlink zum 70. Geburtstag, 2014, S. 339 (353f.); *Heuschmid*, AuR 2013, S. 501; *ders.*, AuR 2017, S. 504; *Eylert/Schinz*, RdA 2017, S. 140 (145), alle zum Urteil des EuGH in Sachen *Alemo-Herron* vom 18.7.2013 – C-426/11, AuR 2013, S. 498.

Eingriff noch nicht und kann nicht angenommen werden: Der Wesensgehalt der Unternehmensautonomie bleibt unangetastet,⁶⁸⁴ wenn der Erwerber unmittelbar und zwingend geltende Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des erworbenen Betriebs, deren Arbeitsverhältnis übergegangen ist, nicht als Tarifvertragspartei mit verhandeln kann. Er hat sich bereits zuvor autonom entschieden, das Unternehmen zu erwerben, wie es „steht und liegt“.

Außerdem soll laut EuGH-Urteil die RL, insbesondere das im Interesse der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bestehende Günstigkeitsprinzip des Art. 8 BÜ-RL, in „Zusammenschau“ mit der Unternehmensautonomie des Art. 16 GRC zu sehen sein und, um den Wesensgehalt des Art. 16 i.V.m. Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRC zu wahren, die Fortgeltung von Kollektivverträgen begrenzen.⁶⁸⁵ Dies wird im Urteil des EuGH in Sachen *Alemo-Herron* jedoch nicht als Kollision von Erwerber- mit Arbeitnehmerrechten (Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC „Schutz der Rechte und Freiheiten anderer“) und deren Ausgleich durch praktische Konkordanz erörtert. Grundrechte der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, etwa das der Berufsfreiheit (Art. 15 GRC), finden keine Erwähnung im Urteil des EuGH, geschweige denn dass sie in die Abwägung eingingen.

In der Folge des Urteils in Sachen *Alemo-Herron* verlagerten sich die Schwerpunkte der rechtlichen Diskussion von dem irrealen Kriterium fehlender Einflussmöglichkeiten des Erwerbers auf den Arbeitgeberverband, der für das seinerzeit noch dem öffentlichen Dienst angehörende Unternehmen zuständig war. Seit der Vorlage des BAG zur Vorabentscheidung verlangen laut EuGH „Art. 3 RL 2001/23 in Verbindung mit Art. 16 GRC“⁶⁸⁶ nur noch, dass der Erwerber die Bezugnahme Klausel durch Änderungskündigung oder einver-

684 EuGH vom 8.4.2014 – C 293/12, Rn. 38ff., *Digital Rights Ireland*; EuGH vom 6.10.2015 – C 362/14, *Schrems*, Rn. 94f.; aus dem Schrifttum vgl. z.B. *EUArbRK/Schubert*, 3. Aufl. 2020, Art. 52 GRC, Rn. 44ff.

685 Vgl. dazu *Preis/Sagan/Grau/Hartmann*, a.a.O., § 15.13f.; a.A. *EUArbRK/Schubert*, a.a.O., Art. 51 GRC, Rn. 26.

686 EuGH, Urteil vom 27.4.2017 – C 680/15, *Asklepios*, NZA 2017, S. 571, Rn. 15. Die Fragen im Vorlagebeschluss des BAG waren differenziert nach den Tatbeständen des Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 sowie nach Art. 3 RL und Art. 16 GRC. Mit der häufiger verwendeten Floskel, die Fragen seien zusammen zu prüfen, warf das Urteil des EuGH alles in einen Topf. Dieser methodische Ansatz im Urteil des EuGH wurde dem, was das BAG vom EuGH wissen wollte, nicht gerecht. Allerdings ist der EuGH nicht an die Verknüpfung der Vorlagefragen gebunden; vgl. *EUArbRK/Höpfner*, 3. Aufl. 2020, Art. 267 AEUV, Rn. 73 mwN.

nehmlich ändern können muss. Dies zu klären sei Sache der nationalen Gerichte.⁶⁸⁷

Auch für die Feststellung und Würdigung des Sachverhalts, die Auslegung des nationalen Rechts und die Entscheidung des Falles ist allein das mitgliedstaatliche Gericht zuständig.⁶⁸⁸ Und über die dem EuGH vom BAG gestellte Auslegungsfrage des Art. 3 BÜ-RL hat dieser entschieden, so dass – auch für Umstrukturierungen von Unternehmen – ein *acte éclairé* vorliegt.

f) Weitere Aspekte der BÜ-RL bezüglich der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen

Zu kollektivvertraglichen Regelungen der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen enthält die BÜ-RL die eben erwähnten Regelungen in Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 BÜ-RL. Zur Kontinuität oder Diskontinuität von Betriebsräten und zur Aufrechterhaltung des von ihnen geschlossenen betrieblichen Arbeitsrechts, etwa von Betriebsvereinbarungen, finden sich in Art. 6 BÜ-RL differenzierte Regelungen.⁶⁸⁹ Die BÜ-RL und die darauf bezogene Rechtsprechung des EuGH beschränkt sich also keineswegs auf Fragen des Übergangs oder Nicht-Übergangs des einzelnen Arbeitsverhältnisses aufgrund privater Disposition oder Bewahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit.⁶⁹⁰

687 EuGH, a.a.O., Asklepios, Rn. 27; vgl. z.B. auch EuGH vom 11.9.2018 – C 68/17, JQ, NZA 2018, S. 187, Rn. 56ff.: der Gerichtshof sei befugt, Hinweise zu geben, die dem nationalen Gericht eine Entscheidung über den bei ihm anhängigen Rechtsstreit ermöglichen; die Hinweise können sich nur auf die Auslegung oder die Wirksamkeit europäischen Rechts beziehen; vgl. auch EUArbRK/*Schubert*, a.a.O., Art. 6 EUV, Rn. 57ff.

688 BAG vom 30.8.2017 – 4 AZR 95/14, NZA 2018, S. 255, Rn. 51, Asklepios unter Bezug auf die Vorlageentscheidung des EuGH in Sachen Asklepios.

689 Vgl. zu Art. 6 BÜ-RL EuGH vom 29.7.2010 – C 151/09, UGT, BB 2010, S. 2827 m. Anm. *Mückl*. EUArbRK/*Winter*, a.a.O., Art. 6 RL 2001/23/EG, Rn. 6ff. Evident meint Selbstständigkeit in Art. 6 etwas anderes als Identität in Art. 1 RL. Und „Organisationsbefugnisse“ sind offenkundig etwas anderes als „Organisationsstrukturen“. Schwierigkeiten können bei Teilbetriebsübergängen und Eingliederungen bzw. Verschmelzung des übertragenen Teils entstehen; vgl. auch *Preis/Sagan/Grau/Hartmann*, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 15.173ff. zu Art. 6 BÜ-RL am Rande auch BAG vom 27.6.2006 – 1 ABR 18/05, NZA 2007, S. 106, Rn. 27ff.: Warum das BAG sich genötigt sah, dort auszuführen, Art. 6 BÜ-RL gewährleiste nicht die Beibehaltung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats, ist nicht nachvollziehbar.

690 Unberührt davon sind die Unionskompetenzen gemäß Art. 153 Abs. 1 Buchst. e und insbesondere f AEUV i.V.m. dem besonderen Gesetzgebungsverfahren nach Abs. 2 u.a. für die Wahrnehmung der Kompetenz nach Buchst. f; es betrifft auch die Grundrechte aus Art. 12 (Koalitionsfreiheit) und Art. 28 GRCh (Recht auf Kollektivmaßnahmen einschließlich des Streiks). Allerdings beschränkt die Bereichsausnahme des Art. 153 Abs. 5 AEUV insoweit die Unionskompetenzen; die unmittelbare Geltung der Grundrechte tangiert dies nicht. Vgl. EUArbRK/*Franzen*, 3. Aufl. 2020, Art. 153 AEUV, Rn. 33ff.; *Steinz-Eichenhofer*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 153 AEUV, Rn. 20f.; *Calliess/Ruffert/Kreber*, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 153 AEUV, Rn. 10ff.

4. Privatisierung, Umstrukturierung und Anwendungsvorrang europäischen Rechts

Der Vierte Abschnitt erörtert Fragen der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen im Zusammenhang mit zunächst formeller, später materieller Privatisierung durch Gesetz am Beispiel der Privatisierung und Umstrukturierung zweier Krankenhäuser.

Der Übergang der Arbeitsverhältnisse durch Gesetz im Wege der Privatisierung steht nach neuerer Rechtsprechung des EuGH der Anwendbarkeit der BÜ-RL nicht entgegen.⁶⁹¹ Der EuGH stellt fest, dass die Anwendung der Richtlinie nicht ausgeschlossen sei, wenn der Übergang i.S. von Art. 1 Abs. 1 BÜ-RL auf einseitigen Entscheidungen staatlicher Stellen, nicht auf einer Willensübereinstimmung beruht.⁶⁹² Dies gilt sowohl beim Übergang zwischen staatlichen Stellen wie im Fall Scattolon als auch bei Privatisierung.⁶⁹³

Beispiele zur Reichweite der Richtlinie neben der Privatwirtschaft, innerhalb des öffentlichen Dienstes (sind) „Privatisierung“, „Out-/„Insourcing“, „Re-/Kommunalisierung.“⁶⁹⁴ Übergang auf einer anderen Rechtsträger i.S.v. Art. 1 Abs. 1 BÜ-RL findet statt bei Unternehmen im öffentlichen Dienst mit dem Staat als Arbeitgeber, bei Betrieben in privater Rechtsform, die der öffentlichen Hand gehören⁶⁹⁵, bei Organisationen oder Einrichtungen, die einem Träger öffentlicher Gewalt oder seiner Aufsicht unterstehen, unabhängig von ihrer Rechtsform.⁶⁹⁶ Insoweit hat die BÜ-RL Anwendungsvorrang vor § 613a BGB. Allerdings können dabei sich stellende Rechtsfragen als geklärt gelten. Im Übrigen ist die Entscheidung des Rechtsstreits Sache des mitgliedstaatlichen Gerichts.⁶⁹⁷

Entsprechend liefen die Verfahren in den beiden im Vierten Abschnitt exemplarisch hervorgehobenen Krankenhaus-Privatisierungen: Das Verfahren der Klägerin im Zusammenhang mit der Privatisierung der Hamburger städtischen Krankenhäuser setzte das LAG Hamburg aus und legte die Sache nach Art. 100 GG dem BVerfG vor, nicht etwa nach Art. 267 AEUV dem EuGH.

Die Klage gegen die Universitätskliniken Gießen und Marburg ging in allen drei arbeitsgerichtlichen Instanzen verloren. Kein Arbeitsgericht legte nach

691 EuGH vom 6.9.2011 – C 108/10, Scattolon, NZA 2011, S. 1077.

692 EuGH vom 6.9.2011 – C 108/10, Scattolon, NZA 2011, S. 1077, Rn. 63ff. mwN.

693 EuGH vom 26.5.2005 – C 478/03, Celtec, NZA 2005, S. 681.

694 EUArbRK/*Winter*, a.a.O., Art. 1 Rn. 22.

695 Näheres s. *Vierter Abschnitt*, B.

696 EUArbRK/*Winter*, a.a.O., Rn. 42.

697 EuGH vom 6.10.2005 – C 291/03, Mytravel, RIW 2005, S. 868, Rn. 43; BVerfG vom 7.1.2014 – 1 BvR 2571/12, Rn 8, juris.

Art 267 vor. Es blieb die Verfassungsbeschwerde. Das BVerfG legte ebenfalls nicht vor, sondern half ihr ab und stellte überdies fest, dass die unterlassene Vorlage durch das BAG an den EuGH das grundrechtsähnliche Recht der Beschwerdeführer auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) nicht verletzt habe.⁶⁹⁸

In Bezug auf den Anwendungsbereich der BÜ-RL sind zahlreiche Fragen geklärt. Die mitgliedstaatlichen Gerichte und Behörden haben die RL anzuwenden. Vorlagen nach Art. 267 AEUV kommen nicht in Betracht. Ungeachtet dessen wendet das BVerfG bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Hamburger Gesetzes zur Privatisierung der städtischen Krankenhäuser Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 GG an, nicht etwa Art. 21 GRC oder die RL 2006/54/EG (Gleichbehandlung). Am Rande des Beschlusses des BVerfG heißt es lediglich, eine Berücksichtigung der mittelbaren Diskriminierung im Rahmen des Gleichberechtigungsgebots entspreche der Rechtsentwicklung im Europarecht.⁶⁹⁹

In dem Verfahren der Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des BAG zum gesetzlich bewirkten Wechsel des Arbeitsvertragspartners in den Universitätskliniken Gießen und Marburg prüfte das BVerfG nur Art. 12 Abs. 1 GG, nicht die Berufsfreiheit nach Art. 15 GRC. Da die Verfassungsbeschwerde auch wegen Verletzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch unterlassene Vorlage des BAG gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV erhoben worden war, kam im Beschluss des BVerfG europäisches Recht zur Sprache – erneut bloß am Rande.⁷⁰⁰

III. Fazit

Europäisches Arbeitsrecht ist fragmentarisch. Die arbeitsrechtlichen Richtlinien zum Titel X. Sozialpolitik AEUV, um die es hier geht, enthalten durchweg das Günstigkeitsprinzip für mitgliedstaatliche Regelungen. Sie harmonisieren das jeweilige Rechtsgebiet nur teilweise.

Der lückenhafte, fragmentarische Charakter des europäischen Arbeitsrechts hat sich sowohl bei Erörterung allgemeiner Aspekte (I.) als auch bei besonde-

698 Zu Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG vgl. z.B. BVerfG vom 19.7.2016 – 2 BvR 470/08, NVwZ 2016, S. 1553; vom 15.1.2015 – 1 BvR 2796/13, ZIP 2015, S. 445, insbesondere Rn. 15 zur Rechtsprechung des EuGH zur Bestimmung einer übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit.

699 BVerfGE 126, S. 29 (53f.), Städtische Krankenhäuser Hamburgs.

700 BVerfGE 128, S. 157 (186ff.), Universitätskliniken Gießen und Marburg (UKGM). Vgl. zu beiden Entscheidungen des BVerfG ausführlicher unten Vierter Abschnitt, A.

ren, die für die Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen einschlägig sein können (soeben II.), gezeigt.⁷⁰¹

Der Erste und der Zweite Abschnitt haben Geltung und Wirksamkeit von Arbeitsrecht in der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen diskutiert. Dabei ging es sowohl um Fakten und Tendenzen als auch um einfaches Arbeitsrecht als Prüfungsgegenstände höherrangigen Rechts.

Im Dritten Abschnitt, B. wurden als höherrangiges Recht Prinzipien und Regelungen des europäischen Arbeitsrechts, vor allem in arbeitsrechtlichen Richtlinien, zugrunde gelegt. Nun steht die Erörterung von Grundrechten der Arbeitsvertragsparteien im Arbeitsverhältnis für sich und bei ihren Kollisionen an (sogleich Dritter Abschnitt, C. und D.).

Der Vierte Abschnitt wird als praxisnahes Feld die Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen im Kontext von Privatisierungen zum Gegenstand haben.

C. Rechte und Grundrechte im Arbeitsverhältnis

I. Überblick

In Umstrukturierungen findet einfaches Arbeitsrecht Anwendung – betriebsbedingte Kündigung, Massenentlassung, Betriebsübergang, Betriebsänderung, Änderung von Arbeitsverträgen und -bedingungen. Dazu wird nun, unter C., vor allem auf Rechtsprechung des BAG und des BVerfG zurückgegriffen.

Unter D. werden insbesondere Kollisionen von Grundrechten der Parteien des Arbeitsverhältnisses beim Kündigungsschutz, anhand der Rechtsprechung des BVerfG zum betrieblichen Geltungsbereich des KSchG (§ 23 Abs. 1 KSchG; „Kleinbetriebsklausel“), näher betrachtet. Die beiden hierzu bereits am 27. Januar 1998 ergangenen Beschlüsse des BVerfG waren kurz und von „herausragender Bedeutung“⁷⁰² für den Kündigungsschutz, „Grundsatzentscheidungen

701 Ein ähnlicher Befund gilt für die Prüfungsgegenstände dieser Arbeit aus der Praxis der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen – auch sie auf ihre eigene Weise heterogen und uneinheitlich. Es soll hier also ein fragmentarisches, uneinheitliches, nur teilharmonisiertes europäisches Arbeitsrecht auf Strukturen eines vagen Feldes arbeitsrechtlicher Praxis bezogen werden.

702 So zu Recht *Wank*, *MHdbArbR*, 2018, Bd. 2, § 110 Rn. 13ff.; *Buschmann*, *AuR* 1998, S. 210.

zum Kündigungsschutz im Allgemeinen“,⁷⁰³ wie auch für die Abgrenzung der Grundrechtssphären von Arbeitgeber und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Arbeitsverhältnis – und sind dies unverändert. Sie haben verfassungsrechtliche Maßstäbe nicht nur für Kündigung und Kündigungsschutz, sondern auch für die nähere Bestimmung der Rechte und Pflichten der Parteien des Arbeitsvertrages im Allgemeinen gesetzt. Sie sind für Rechtsprobleme der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen auch jenseits von betriebsbedingter Kündigung und Kündigungsschutz bedeutungsvoll.

Die Beschlüsse des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel (unten D.) können als von der Praxis akzeptiert gelten. – Warum aber dann ihre erneute Reflexion, zumal nach mehr als 23 Jahren, die seit ihrem Erlass verstrichen sind? Als Grund könnte sich hören lassen, der Schwellenwert des § 23 Abs. 1 KSchG sei so oft geändert worden, also könne er nach neuerlicher Diskussion auch ein weiteres Mal geändert werden – zumal Arbeitsmarkteffekte der diversen Änderungen nicht festgestellt worden sind:

Nach dem Schwellenwert „fünf“ regelmäßig Beschäftigte im KSchG 1951 und einigen späteren, eher redaktionellen Korrekturen galten dem BeschFG 1985 geringfügig Beschäftigte nicht mehr als Arbeitnehmer/innen; 1996 fand gemäß arbeitsrechtlichem BeschFG Kündigungsschutz erst bei mehr als zehn Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern statt; immerhin zählte ein geringfügig Beschäftigter jetzt als ein Viertel Arbeitnehmer; eine der ersten Maßnahmen der rot-grünen Koalition 1998: Schwellenwert zurück auf „fünf“; zum 1.1.2004 dessen erneute Verdoppelung durch die zweite rot-grüne Koalition.⁷⁰⁴

Der Schwellenwert änderte sich also von „fünf“ Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mit Inkrafttreten des KSchG 1951 auf „zehn“ 1996, zurück auf „fünf“ 1998 und 2004 wieder hoch auf „zehn“. Ungeachtet dieses beliebig erscheinenden Hin und Her liegt die Wahrscheinlichkeit einer Rückkehr zum Schwellenwert „fünf“ gegenwärtig und schon seit längerem bei null. Forderungen dazu sind nicht in der Diskussion. Dies „Oszillieren“ der Schwellenwerte rechtfertigt also eine erneute Diskussion nicht.

⁷⁰³ Buschmann, a.a.O.

⁷⁰⁴ Der Schwellenwert hat wie andere Elemente des KSchG auch eine wechselhafte Geschichte. Das „Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte“ vom 19.12.1998 (BGBl I, S. 3843) der gerade gewählten rot-grünen Bundesregierung hatte die Änderungen von 1985 und 1996 im Wesentlichen wieder rückgängig gemacht und den Schwellenwert mit Wirkung vom 1.1.1999 erneut auf fünf Arbeitnehmer verringert. Das „Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt“ vom 24.12.2003 (BGBl I, S. 3002) hob mit Wirkung ab 1.1.2004 den Schwellenwert erneut auf zehn Arbeitnehmer an; vgl. zur Entstehungsgeschichte des § 23 KR-Bader, 12. Aufl. 2019, § 23 KSchG, Rn. 1–9.

Anstelle von arbeitsrechtspolitischen Forderungen, die – warum auch immer – niemanden zu interessieren scheinen, sollen i.F. unter C. und D., längs der Rechtsprechung des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel, vor allem methodische Fragen erörtert werden. Dort dargelegte Prinzipien und die Art und Weise, in der das BVerfG sie in den beiden Fällen handhabt und abwägt, erscheinen unverändert als diskussionsbedürftig, auch 23 Jahre nach den Entscheidungen des BVerfG – nicht zuletzt bei Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen durch Personalabbau. Auch die Rezeption dieser Rechtsprechung des BVerfG durch das BAG wirft nach wie vor Fragen auf.

II. Ein Blick in jüngere Rechtsprechung des BAG zur Umstrukturierung mit Bezug zu Art. 12 GG im Arbeitsverhältnis

Es liegt umfangreiche Rechtsprechung des BAG mit Bezug zu Grundrechten vor – zu Art. 12 wie zu anderen, etwa zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht, zu Grundrechten aus Art. 3 GG, zur Bekenntnis- und Meinungsfreiheit, insbesondere zur Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG.⁷⁰⁵ Nicht viele Judikate des BAG sind zum BVerfG gelangt, das dann meist durch eine Kammer entschied und nur in wenigen Fällen auf Verletzung von Grundrechten erkannte.

Arbeitsrechtliche Sachverhalte mit Grundrechtsbezug, die nicht nach Erschöpfung des Rechtsweges an das BVerfG gelangten, betrafen Verfassungsbeschwerden unmittelbar gegen Gesetze (z.B. gegen § 116 AFG, § 4a TVG [Tarifstreue], das MitbestG '76) oder Richtervorlagen gemäß Art. 100 GG. So beruhen die Beschlüsse des BVerfG zu den kündigungsrechtlichen Schwellenwerten (§ 23 Abs. 1 KSchG), die im Folgenden u.a. diskutiert werden, auf Vorlagen im Verfahren konkreter Normenkontrolle seitens der Arbeitsgerichte Reutlingen und Bremen. Dem Beschluss des BVerfG zu Grundrechtsverletzungen von Maßnahmen der Umstrukturierung und Privatisierung der Hamburger städtischen Krankenhäuser (näher Vierter Abschnitt, A.I.) lag eine Vorlage des LAG Hamburg nach Art. 100 GG zugrunde.

Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung hat aber konkrete Normenkontrollverfahren nur in wenigen Fällen zum BVerfG gebracht.⁷⁰⁶ – Anders stellt sich dies im Verhältnis des BAG gegenüber dem EuGH dar, bedenkt man die zahl-

705 Ausführliche Überblicke über die Grundrechte im Arbeitsverhältnis unter Bezugnahme auf Rechtsprechung des BVerfG wie des BAG z.B. bei ErfK/Schmidt, 21. Aufl. 2021, GG; Kurzüberblick bei Schaub-Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 3; HKArbR/Lakies, 4. Aufl. 2017, Art. 12 GG.

706 Vgl. BVerfG vom 21.3.2018 – 1 BvL 1/14, NZA 2018, S. 959 zur Personalüberleitung kraft Gesetzes gemäß § 6c Abs. 1 S. 1 SGB II: Unzulässigkeit; die Vorlage des Achten Senats des BAG hatte immerhin bereits vom 26.9.2013 datiert; vgl. auch Grau/Flockenhaus, NZA-RR 2019, S. 289 (292).

reichen, im Laufe der Jahre – keineswegs nur vom BAG – dort anhängig gemachten Vorabentscheidungsverfahren.

Die hier ebenfalls ausführlicher erörterten Entscheidungen des BVerfG zur Grundrechtswidrigkeit bestimmter Maßnahmen der Umstrukturierung und Zusammenlegung der Universitätskliniken Gießen und Marburg sowie zu Beschränkungen der Grundrechte aus Art. 5 und 8 GG im Frankfurter Flughafen ergingen auf Verfassungsbeschwerden gegen ein Urteil des BAG sowie eines des BGH.

Seine Bindung an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht (Art. 1 Abs. 3 GG) hat das BAG von Anbeginn seiner Rechtsprechung an und über lange Zeit als unmittelbare Grundrechtsbindung der Arbeitsvertragsparteien verstanden. Diese Rechtsprechung explizit und mit bemerkenswert kurzer Begründung erst 1984 aufgegeben.⁷⁰⁷ Die Grundrechte des GG sind in der Rechtsprechung des BAG also seit langem fest verankert.

Allerdings legt das BAG seiner Rechtsprechung ganz überwiegend einfaches Recht zugrunde – Gesetze, Kollektiv- und Individualverträge, eigene Rechtsprechung als „Rechtserkenntnisquelle“. Nur gelegentlich und en passant heißt es in Entscheidungen des BAG, sein Ergebnis „entspreche auch den grundrechtlichen Wertungen“; gemeint sind dann meistens „Wertungen“ des Art. 12 GG.⁷⁰⁸ Wie das BAG zu diesem Resultat gelangt ist und was es mit grundrechtlichen „Wertungen“ für die Entscheidung auf sich hat, legt es nicht dar, wohl weil es ihm darauf ebenfalls nicht ankam.

Es findet sich aber auch Rechtsprechung des BAG mit differenzierten Erörterungen zu einzelnen Grundrechten. Diese Rechtsprechung soll als Grundlage eigener verfassungsrechtlicher Erwägungen bei Umstrukturierungen zusammengefasst werden. Besonders interessiert dabei Rechtsprechung des BAG mit Bezug zu den Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG im Arbeitsverhältnis, zu Kollisionen von Grundrechten des Arbeitgebers mit denen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Einzelnen.⁷⁰⁹

707 BAG, Urteil vom 20.12.1984 – 2 AZR 436/83, NZA 1986, S. 21; bestätigt durch Beschluss des Großen Senats vom 27.2.1985 – BAG AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

708 BAG vom 19.10.2017 – 8 AZR 63/16, AP Nr. 470 zu § 613a BGB, Rn. 29, unter Bezugnahme auf BVerfGE 128, S. 157, Rn. 69f., 76.

709 Vgl. hierzu Dritter Abschnitt, B.I.4.f) sowie Dritter Abschnitt, C.IV.2. bis 5.

Die umfangreiche Rechtsprechung des BAG zur Berufsfreiheit im Arbeitsverhältnis⁷¹⁰ kann grob in zwei Gruppen unterteilt werden: Prüfung gesetzlicher Regelungen, meist das individuelle Arbeitsrecht betreffend, an Grundrechten des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers aus Art. 12 Abs. 1 GG (dazu 1.); Kollision von Grundrechten der Arbeitsvertragspartei aus Art. 12 Abs. 1 GG mit dem reziproken Grundrecht aus Art. 12 GG des anderen Vertragsteils oder mit einem anderen Grundrecht (dazu sogleich 2.). Kriterien der Auswahl dieser Entscheidungen des BAG sind neben ihrer „Nähe“ zu dem Problemkreis der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen die Abwägung kollidierender Grundrechte der Parteien des Arbeitsvertrages.

Die Relevanz der folgenden Erwägungen erhellt auch daraus, dass dem BAG Art. 12 GG als eines der bedeutendsten Grundrechte gilt.⁷¹¹ Für Gamillscheg ist es sogar „das arbeitsrechtliche Muttergrundrecht“.⁷¹²

1. Gesetzliche Regelungen und Grundrechte der davon betroffenen Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer bzw. Arbeitgeber aus Art. 12 GG mit Bezug zur Umstrukturierung

Nicht viele Entscheidungen des BAG mit Bezug zu Grundrechten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bzw. des Arbeitgebers aus Art. 12 und 3 GG haben unmittelbare oder mittelbare Anknüpfungspunkte an die Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen. Zu erwähnen sind vor allem:

a) § 6c Abs. 1 S. 1 SGB II (Jobcenter)

Die gesetzliche Überleitung eines Arbeitsverhältnisses im Jobcenter auf einen kommunalen Träger ohne Widerspruchs- und/oder Rückkehrrecht des Arbeitnehmers gemäß § 6c Abs. 1 S. 1 SGB II verletze das Grundrecht des Arbeitnehmers, so das BAG.⁷¹³

Der Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des BAG an das BVerfG nimmt ausführlich zur Verhältnismäßigkeit Stellung und hält die Vorschrift u.a. aus folgenden Gründen für unzumutbar: Der „Übertritt“ von der Bundesagentur für Arbeit (BA) zu einem kommunalen Träger führe zum Verlust der in räumlicher und fachlicher Hinsicht breit gefächerten Einsatzmöglichkeiten für die

710 Wank, Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, 2013, erörtert zu diesen Themen umfangreich Rechtsprechung des BAG und dazu ergangene des BVerfG, auch zu Art. 12 und 3 GG.

711 BAG, Urteil vom 29.6.1962, BAGE 13, S. 168 (176). Zu den Folgeentscheidungen des BAG zur unmittelbaren Grundrechtswirkung des Art. 12 Abs. 1 GG vgl. die Übersicht bei Fabisch, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht, 2010, S. 206.

712 Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, 1989, S. 58.

713 BAG vom 26.09.2013 – 8 AZR 775/12 (A), ZTR 2014, S. 163. Vgl. aber auch BAG vom 31.1.2019 – 8 AZR 1073/12, AP Nr. 8 zu § 6c SGB II, Rn. 114ff., sowie – 8 AZR 410/13, AP Nr. 7 zu § 6c SGB II vom selben Tag; BVerfG vom 21.3.2018 – 1 BvL 1/14, E 148, S. 64 = NZA 2018, S. 959.

Mitarbeiter der BA, die zum Zeitpunkt des Vorlagebeschlusses an das BVerfG etwa 108.000 Beschäftigte hatte. Die Einsatzmöglichkeiten bei einem kommunalen Träger seien räumlich deutlich beschränkter.

Auch die Anzahl und Art der bei diesem Träger zur Verfügung stehenden Stellen sei wesentlich geringer als bei der BA. Dies habe zur Folge, dass die Möglichkeiten eines nach § 6c Abs. 1 S. 1 SGB II übergegangenen Arbeitnehmers, sich auf anderweitige Stellen zu bewerben, erheblich eingeschränkt würden. Hinzu komme, dass der Übergang des Arbeitsverhältnisses auf einen kommunalen Träger mit einem Wechsel der anzuwendenden Tarifverträge einhergehe.

Schließlich müssten die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach Übertritt zu einem kommunalen Träger damit rechnen, wiederum ohne ein Widerspruchsrecht von diesem erneut zur BA übergeleitet zu werden. Dies sei der Fall, wenn die Trägerschaft des kommunalen Trägers ende. Damit würden die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Ergebnis bezüglich ihrer durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Arbeitsplatzwahl zu „Spielbällen“ aufgrund von Entscheidungen über die Trägerschaft von Leistungen nach § 6 SGB II.

Das Urteil legt negative Folgen für die Rechtsstellung betroffener Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die mit Umstrukturierungen häufig verbunden sind, zutreffend dar – wobei der Übergang von der BA auf einen kommunalen Träger aufgrund von § 6c SGB II gewöhnlich nicht die Härten mit sich bringt, die zahlreiche in der Privatwirtschaft ähnlich ablaufende Umstrukturierungen für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben. Das fehlende Widerspruchsrecht nach § 6c SGB II kann dafür hinweggedacht werden.

Erwägungen, die die praktischen rechtlichen Folgen von Umstrukturierungen für die Arbeitsbedingungen der Betroffenen reflektieren, fehlen sonst, von wenigen Ausnahmen abgesehen, in der Judikatur des BAG zu Umstrukturierungen. Das BVerfG hielt die Vorlage für unzulässig, nahm damit auch keine Stellung zu den grundrechtsbezogenen Aussagen im Vorlagebeschluss des BAG.⁷¹⁴

b) Privatisierung und Zusammenlegung der Universitätskliniken Gießen und Marburg nach dem hessischen UKG

Die gesetzliche Überleitung von Arbeitsverhältnissen einer öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaft auf eine neue rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts in den Universitätskliniken Gießen und Marburg durch Gesetz und

⁷¹⁴ BVerfG vom 21.3.2018 – 1 BvL 1/14, E 148, S. 64= NZA 2018, S. 959; zu § 6c SGB II vgl. u.a. BAG vom 31.1.2019 – 8 AZR 410/13, sowie vom 11.12.2019 – 4 AZR 310/16, NZA 2020, S. 642; zu § 6c Abs. 3 SGB II vgl. BAG vom 9.9.2020 – 4 AZR 385/19, juris.

ohne Gewährung eines Widerspruchsrechts beschränkt die Berufsfreiheit der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, verletzt sie aber nicht – soweit das BAG.⁷¹⁵

c) Umstrukturierung und formelle Privatisierung der städtischen Kliniken Hamburgs nach dem HVFG (Gesetz über den Hamburgischen Versorgungsfonds)⁷¹⁶

Die Umstrukturierung und formelle Privatisierung der Hamburger städtischen Krankenhäuser verletzte Grundrechte bestimmter Arbeitnehmerinnen aus Art. 3 Abs. 1 und 3 GG insofern, als ihnen, anders als den übrigen Arbeitnehmern, ein Rückkehrrecht in ein Arbeitsverhältnis zur Hansestadt Hamburg vorenthalten wurde, befanden das LAG Hamburg in seiner Vorlage gemäß Art. 100 GG sowie das BVerfG in seiner darauf ergangenen Entscheidung.⁷¹⁷ Das BAG war in dieses Verfahren nicht involviert. Schon das LAG Hamburg legte die Sache dem BVerfG gemäß Art. 100 GG vor.

d) Nichtraucherchutz gemäß § 5 Abs. 2 ArbStättV

Die hier in Bezug genommene Entscheidung des BAG scheint keinen Bezug zur Umstrukturierung gehabt zu haben. Gleichwohl sei sie wegen der Abwägung der unternehmerischen Betätigungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG gegen das Recht auf körperliche Unversehrtheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer angesprochen.

Der Kläger arbeitet bei einer Spielbank als Croupier. Er ist Nichtraucher und klagt auf Beschäftigung im Nichtraucherraum der Spielbank.

Der Nichtraucherchutz gemäß § 5 Abs. 2 ArbStättV sei nicht verfassungswidrig, so das Urteil des BAG.⁷¹⁸ Der Arbeitnehmer könne indes keine nichtrauchererschützenden Maßnahmen verlangen, die zu einer Veränderung oder zu einem faktischen Verbot der rechtmäßigen unternehmerischen Betätigung führten. Ob der Sachverhalt bzw. der Antrag des klagenden Croupiers Anlass für diese ebenso allgemeine wie grundlegende Äußerung in dem Urteil gab, ergibt sich nicht zweifelsfrei aus seinen Gründen.

715 BAG v. 18.12.2008 – 8 AZR 660/07, AP Nr. 366 zu § 613a BGB, Rn. 45ff.; dazu BVerfGE 128, S. 157 sowie BVerfG vom 15.5.2012 – 1 BvR 1786/09 (Kammerbeschluss); vgl. dazu im Einzelnen Vierter Abschnitt; anders laut BAG – zu Recht – wiederum die Rechtslage bei Post und Telekom wegen der Privatisierung dort zugrunde liegenden Verfassungsänderungen: BAG vom 16.7.2015 – 8 AZR 266/13, NZA 2016, S. 250.

716 Gesetz vom 21.11.2006, HmbGVBl. I S. 557.

717 BVerfGE 126, S. 29; dazu ebenfalls Vierter Abschnitt, A.II.

718 BAG vom 10.5.2016 – 9 AZR 347/15, NZA 2016, S. 1134, Rn. 25.

Jedenfalls sei, so das BAG, eine Abwägung zwischen der unternehmerischen Betätigungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG und der Schutzpflicht bezüglich der Gesundheit des Arbeitnehmers aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vorzunehmen. Das könne zur Folge haben, die unternehmerische Betätigung zu beschränken, wenn dem Recht des Arbeitnehmers auf körperliche Unversehrtheit Vorrang einzuräumen sei.

Die gerichtliche Überprüfung sei nicht darauf beschränkt, ob die unternehmerische Entscheidung zur Ausübung der erlaubten Tätigkeit offenbar unsachlich oder willkürlich sei.⁷¹⁹

e) Die zwingende Wirkung des § 613a BGB auch bei Spaltungen nach § 131 UmwG

Wird bei einer Spaltung nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG keine ihre Identität bewahrende, auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit übertragen, haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ein Wahlrecht, welchem der aus der Spaltung hervorgegangenen neuen Unternehmen sie angehören wollen.⁷²⁰ Dies ergebe sich auch aus den „grundrechtlichen Wertungen“ des Art. 12 Abs. 1 GG.⁷²¹ Danach sei kein Arbeitnehmer verpflichtet, für einen Arbeitgeber zu arbeiten, den er nicht frei gewählt habe.

f) Verschieben des Endes eines auf die Regelaltersgrenze befristeten Arbeitsverhältnisses (§ 41 SGB VI)

Auch dieses Urteil des BAG hat keinen Bezug zur Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen. Erneut wird es wegen der Grundrechtsabwägung durch das BAG angeführt:

Die Möglichkeit gemäß § 41 SGB VI, den Beendigungszeitpunkt eines auf das Erreichen der Regelaltersgrenze befristeten Arbeitsverhältnisses ohne sachlichen Grund hinauszuschieben, sei mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar. Für die Herstellung des Ausgleichs der widerstreitenden Interessen verfüge der Gesetzgeber über einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum. Dieser sei nicht überschritten.⁷²²

719 BAG, ebd.; vgl. dazu auch unten C.II.2.b)cc): BAG vom 24.5.2012 – 2 AZR 163/11, NZA-RR 2013, S. 74, Rn. 18, sowie vom 20.6.2013 – 2 AZR 379/12, NZA 2014, S. 139, Rn. 21, beide zur demgegenüber vom BAG stets angenommenen Unüberprüfbarkeit der Unternehmerentscheidung.

720 BAG vom 19.10.2017 – 8 AZR 63/16, AP Nr. 470 zu § 613a BGB; *Schaub-Abrendt*, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 116 Rn. 10; *Boigs*, juris PR-ArbR 51/2018, Anm. 2; vgl. dazu ausführlich oben Zweiter Abschnitt, C.II.6. und 7.

721 BAG, a.a.O., Rn. 29, unter Bezugnahme auf BVerfGE 128, S. 157 (Universitätsklinikum Gießen/Marburg) sowie Rn. 48ff.

722 BAG vom 19.12.2018 – 7 AZR 70 / 17, NZA 2019, S. 523; unter Bezug auf BVerfGE 97, S. 169; vgl. dazu ausführlich unten D.

§ 41 S. 3 SGB VI verstoße auch nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Die unterschiedliche Behandlung von Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmern im Arbeitsverhältnis, das auf das Erreichen der Regelaltersgrenze befristet sei, im Verhältnis zu anderen Arbeitnehmern mit sachgrundlos befristeter Verlängerung ihres Arbeitsverhältnisses beruhe auf ihrem unterschiedlichen Bestandsschutzinteresse.⁷²³

g) Bewilligung von Sonn- und Feiertagsarbeit (§ 13 Abs. 4 und 5 ArbZG)

Das Gebot der Sonn- und Feiertagsruhe (Art. 140 GG i.V.m. 139 WRV) wird durch §§ 10ff. ArbZG eingeschränkt, auch durch Ausnahmegewilligungen (§ 13 Abs. 4 und 5 ArbZG).

Das Urteil des BAG vom 15.9.2009 zur ausnahmsweisen Erbringung von Arbeit an Sonn- und Feiertagen⁷²⁴ betraf ebenfalls keinen Sachverhalt der Umstrukturierung von Betrieben oder Unternehmen. Es wird ebenfalls wegen seiner Grundrechtsabwägung erwähnt. Das Urteil bringt die §§ 10ff. ArbZG zum Gebot der Sonntagsruhe (Art. 140 GG, 139 WRV) mit der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit des Arbeitgebers zum Ausgleich.⁷²⁵ Dies sei nicht verfassungswidrig.⁷²⁶

Die Berufsfreiheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die nach Bewilligung von Sonn- und Feiertagsarbeit und den daraufhin erteilten Weisungen den möglichen besonderen Belastungen von Arbeit an diesen Tagen unterliegen, gerät dem Urteil nur am Rande in den Blick.

2. Kollidierende Grundrechte der Arbeitsvertragsparteien aus Art. 12 Abs. 1 GG in praktischer Konkordanz in der Rechtsprechung des BAG, insbesondere bei Sachverhalten mit Bezug zur Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen

Aus der umfangreichen Rechtsprechung des BAG, insbesondere aus jüngerer Zeit, zu kollidierenden Grundrechten der Arbeitsvertragsparteien sollen einige „exponierte“ Fallgestaltungen angesprochen werden:

723 BAG, a.a.O., Rn. 39.

724 BAG vom 15.9.2009 – 9 AZR 757/08, NZA 2009, S. 1333, Rn. 36-38 zur Berufsfreiheit des Arbeitgebers.

725 BAG, ebd.; Art. 140 GG i.V.m. Art. 139 WRV enthält einen „objektiv-rechtlichen Schutzauftrag“, kein Grundrecht, so BVerfGE 125, S. 39 (81).

726 Zum Inhalt und zur Auslegung des Ausnahmetatbestandes des § 13 Abs. 5 ArbZG, der dem Unternehmen einen Anspruch auf aufsichtsbehördliche Bewilligung von Sonn- und Feiertagsarbeit verschafft, vgl. ErfK/Wank, 21. Aufl. 2021, § 13 ArbZG, Rn. 11ff. Die Rechtsbegriffe des § 13 Abs. 5 ArbZG sind von hoher Unbestimmtheit.

a) Kollidierende Grundrechte bei Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Betriebsübergang nach § 613a Abs. 6 BGB

Thema mehrerer Urteile des BAG sind Fragen des Widerspruchsrechts der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (§ 613a Abs. 6 BGB) – Verwirkung, Missbrauch, vor allem bei gemeinsamer Ausübung durch mehrere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, sein Inhalt bei mehreren, gestaffelten Betriebsübergängen, sein Fehlen bei Privatisierungen bzw. gesetzlich gestalteten Betriebsinhaberwechseln usw.⁷²⁷

**b) Die außerordentliche betriebsbedingte Kündigung unkündbarer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit Auslauf-
frist im „sinnentleerten Arbeitsverhältnis“**

Arbeitsplatzabbau ist öfter kein vorrangiges Ziel von Umstrukturierungen im engeren Sinne, also solchen, die ohne Änderung der konkreten Arbeit stattfinden;⁷²⁸ anders bei Umstrukturierungen, die mit Tatbeständen des § 111 S. 3 Nr. 1, 2, 4 oder 5 BetrVG „verbunden“ sind, „zusammenhängen“ und „dergleichen“.⁷²⁹ Dabei geht es zugleich um Abbau von Personalüberhängen.

Unter diesem Blickwinkel sind auch betriebsbedingte Kündigungen bei Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen relevant, die ordentlich nicht oder nicht mehr kündbare Arbeitsverhältnisse betreffen – durch außerordentliche betriebsbedingte Kündigung mit „Auslauf-
frist im sinnentleerten Arbeitsverhältnis.“⁷³⁰ Die Frist bemisst die Rechtsprechung des BAG mit der längsten gesetzlichen Frist für die ordentliche Kündigung – sieben Monaten.

Relevant werden kann diese Kündigung auch nach Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Betriebsinhaberwechsel und darauf erklärter außerordentlicher betriebsbedingter Kündigung mit Auslauf-
frist. Diese ist Konstrukt der Rechtsprechung des BAG und des Schrifttums und überwindet noch den stärksten vertraglichen und tariflichen Schutz des Arbeitsverhältnisses.

Angenommen, eine Arbeitnehmerin sei seit mehr als 15 Jahren beim selben Arbeitgeber beschäftigt und vertraglich ordentlich unkündbar. Nunmehr wird sie außerordentlich mit Auslauf-
frist gekündigt. Ein Grund, ein Arbeitsverhältnis bei diesem Arbeitgeber einzugehen und daran länger als 15 Jahre festzuhalten

727 Vgl. z.B. BAG vom 16.7.2015 – 8 AZR 266/13, NZA 2016, S. 250; vom 19.11.2015 – 8 AZR 773/14, NZA 2016, S. 647; vom 28.9.2006 – 8 AZR 441/05, AP Nr. 26 zu § 419 BGB (Opernstiftung Berlin); vom 21.12.2017 – 8 AZR 700/16, NZA 2018, S. 854, usw.; zur gemeinsamen Ausübung des Widerspruchsrechts vgl. näher oben Zweiter Abschnitt, C.II.1.

728 Vgl. auch oben Erster Abschnitt, E.II.; Zweiter Abschnitt, A.II.1.

729 Dazu näher Zweiter Abschnitt, A.II.2.

730 Vgl. dazu umfassend *Bröhl*, Die außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauf-
frist, 2005; vgl. auch oben Erster Abschnitt, E.IV. Fall „Ja-Sager und Nein-Sager“ im Erfurter Call-Center.

ten, war für sie die dort bestehende Sicherheit des Arbeitsplatzes, die die ordentliche Unkündbarkeit beinhaltet.⁷³¹ Ein tarifvertragliches Beispiel hierfür sind die Regelungen zur ordentlichen Unkündbarkeit des Arbeitsverhältnisses in § 34 Abs. 2 TV-L für das „Tarifgebiet West“: Alter mehr als 40 Jahre; Betriebszugehörigkeit von mehr als 15 Jahren.

Das BAG stellt die seiner Auffassung nach durch Art. 12, Art. 14 und Art. 2 Abs. 1 GG geschützte unternehmerische Freiheit der ebenfalls durch Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG geschützten Berufsfreiheit der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf besondere Weise gegenüber:

aa) Bloßes „verfassungsrechtlich gebotenes Mindestmaß“ an Bestandsschutz zugunsten der Arbeitnehmer/innen in Kollision mit vollumfänglichem Schutz von Rechten des Arbeitgebers?

Nach dieser Rechtsprechung des BAG ist die unternehmerische Freiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) nicht auf ein Mindestmaß beschränkt. Was dagegen die Berufsausübungsfreiheit der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer angeht, soll nur deren „verfassungsrechtlich gebotenes Mindestmaß an Bestandsschutz“ die Auslegung und Anwendung der kündigungsrechtlichen Vorschriften bestimmen.⁷³²

Soweit das BAG öfter zitiert, dieses Mindestmaß an Bestandsschutz „strahle“ auf die Auslegung und Anwendung der kündigungsrechtlichen Vorschriften „aus“⁷³³, kann dies nur die seit seinem Lüth-Urteil vom BVerfG⁷³⁴ so genannte „Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das bürgerliche Recht“ meinen, ihre mittelbare Drittwirkung im Arbeitsverhältnis.

731 Die rechtsberatende Praxis, der solche Unkündbarkeitsregeln unterkommen, könnte auch bedenken: „Sinnentleert“ werden kann nach Rechtsprechung des BAG das Arbeitsverhältnis nicht nur durch vom Arbeitgeber nicht steuerbare Marktgegebenheiten, sondern durch davon unabhängige, selbst gesetzte unternehmerische Entscheidungen. Unkündbarkeit bedeutet i.E. dann nicht mehr als eine siebenmonatige Kündigungsfrist. Damit reduziert sich der „Wert“ der – ordentlichen – Unkündbarkeit aus betriebsbedingten Gründen von „bis zum Renteneintritt“ auf sieben Monate. Diese Konsequenz der Rechtsprechung des BAG überrascht Arbeitnehmer, die von einer ordentlichen Unkündbarkeit im Wortsinne ausgingen, gelegentlich, wenn sie damit konfrontiert sind.

732 Ständige Rechtsprechung des BAG; vgl. z.B. BAG vom 22.11.2012 – 2 AZR 673/11, NZA 2013, S. 730, Rn. 18. Das BAG bezieht sich zur Begründung zunächst auf das BVerfG: Stattgebender Kammerbeschluss vom 19.3.1998 – 1 BvR 108/97, NZA 1998, S. 587, sowie auf BVerfGE 96, S. 152. In beiden Entscheidungen geht es aber um die Falschbeantwortung von Fragen von Angehörigen des öffentlichen Dienstes hinsichtlich ihrer Mitarbeit für das MfS bzw. ihrer Funktion als Parteisekretär der SED, also im Kontext der Eignung gemäß Art. 33 Abs. 2 GG – nicht um verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe von Arbeitnehmer- und Arbeitgebergrundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG bei betriebsbedingter Kündigung.

733 Z.B. BAG vom 20.6.2013 – 2 AZR 379/12, a.a.O., Rn. 23.

734 BVerfGE 7, S. 198 (207); vgl. dazu unten Dritter Abschnitt, C.IV.4.

(1) „Verfassungsrechtlich gebotenes Mindestmaß“ versus mögliches Maß der Grundrechtsbindung Privater

Auch in der Rechtsprechung des BVerfG ist gelegentlich die Rede von einem bloßen „verfassungsrechtlich gebotenen Mindestmaß“ des (drittwirkenden) Grundrechts.⁷³⁵ Andererseits soll die mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates nahe oder sogar gleichkommen können.⁷³⁶ Das ist jedenfalls mehr als bloßes „Mindestmaß“.

Diese vom BVerfG weder konkretisierte noch definierte Formel vom „Mindestmaß“ hat jedenfalls nicht die Funktion eines Allgemeinbegriffs zur Gewichtung des verfassungsrechtlichen „Werts“ der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis im konkreten Fall.

(2) „Mindestmaß“ an Grundrechtsschutz in der Rechtsprechung des BAG?

Als ein Allgemeinbegriff, der jedoch in der Entscheidung ebenfalls nicht konkretisiert wird, erscheint das „Mindestmaß“ aber häufiger in der Rechtsprechung des BAG.⁷³⁷ Damit scheint für die Abwägung kollidierender Grundrechte des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis gegen die des grundrechtsberechtigten Arbeitgebers insbesondere ein Bestandsschutz zugunsten des Arbeitnehmers a priori nur als „Mindestmaß“ in Betracht zu kommen, wohingegen zugunsten des Arbeitgebers das „volle Maß“ in die Abwägung einfließt.⁷³⁸ Weshalb „zweierlei Maß“ zugrunde gelegt wird, wird nicht dargelegt.

bb) Inhalt und Umfang der freien „unternehmerischen Entscheidung“ gemäß Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG

In früherer ständiger Rechtsprechung galt dem BAG nur die betriebsbedingte Kündigung als unüberprüfbar durch die Gerichte.⁷³⁹ Die unternehmerische

735 BVerfGE 97, S. 169 (178); E 128, S. 226 (249f.).

736 BVerfGE 128, S. 249.

737 Z.B. BAG vom 22.11.2012, ebd.

738 In dem bereits erwähnten Urteil des BAG vom 30.8.2017 – 7 AZR 864/15, NZA 2018, S. 229, ist in Rn. 32 erneut – nun aber ohne Beleg der Rechtsprechung des BVerfG – davon die Rede, Art. 12 Abs. 1 GG gewährleiste als Grundrecht der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers lediglich einen „Mindestbestandsschutz“. Allerdings bezog sich die in den Urteilen des BAG zitierte Rechtsprechung des BVerfG auf verhaltens- oder personenbedingte Kündigungen im öffentlichen Dienst, der nicht grundrechtsberechtigt ist. Den vom BAG zu entscheidenden Fällen lagen aber Kollisionen von Grundrechten der Arbeitgeber und der bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zugrunde.

739 Übersicht bei KR-Rachor, 12. Aufl. 2019, § 1 KSchG, Rn. 558ff.; dabei wird konzediert, das GG „verbiete es sicherlich nicht zwingend, vom Arbeitgeber einen Verzicht auf betriebsbedingte Beendigungskündigungen in wirtschaftlich guten Phasen und im Kündigungsschutzprozess einen mehr oder weniger fundierten Nachweis der betriebswirtschaftlichen Zweckmäßigkeit seines (...) Konzepts zu verlangen“, a.a.O., Rn. 560; jedoch sei der individualrechtlich ausgestaltete Kündigungsschutz kein geeignetes Verfahren für die Überprüfung betriebswirtschaftlicher Entscheidungen. Diese müssten häufig zügig getroffen und umgesetzt werden.

Entscheidung sei „wegen Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich als „Fixpunkt“ hinzunehmen, ihre Vorgaben sollten nicht verändert werden“. ⁷⁴⁰ Immerhin könnten zwischen dieser Rechtsprechung eines Senats des BAG und der bereits zitierten eines anderen, ⁷⁴¹ was die Überprüfbarkeit der Unternehmerentscheidungen angeht, Nuancen bestehen:

In seiner Entscheidung zum Nichtrauchererschutz vertritt des BAG die Auffassung, die gerichtliche Überprüfung sei nicht darauf beschränkt abzuwägen, ob die unternehmerische Entscheidung offenbar unsachlich oder willkürlich sei, wenn dem Recht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf körperliche Unversehrtheit Vorrang einzuräumen sei. ⁷⁴² Dies bezieht die unternehmerische Freiheit als Grundrechte aus Art. 12, 14 GG neben dem Grundrecht des Arbeitnehmers in die Abwägung ein.

cc) Unüberprüfbare unternehmerische Entscheidung zum Arbeitsplatzabbau versus Berufsfreiheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer?

Das BAG hält an der Auffassung, die unternehmerische Entscheidung, die der betriebsbedingten Kündigung zugrunde liegt, sei arbeitsgerichtlich nur auf Willkür überprüfbar, seit Jahrzehnten fest. Sie ist ein „Eckpfeiler“ seiner Rechtsprechung zum Kündigungsschutz. Sie hat bewirkt, dass der Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor betriebsbedingter Kündigung kaum diesen Namen verdient. Die Gestaltung des Betriebs, die Antwort auf die Frage, ob und in welcher Weise sich der Arbeitgeber wirtschaftlich betätigen will, seien Bestandteil der durch Art. 12, Art. 14 und Art. 2 Abs. 1 GG geschützten unternehmerischen Freiheit. Zu dieser gehöre das Recht, das Unternehmen aufzugeben, darüber zu entscheiden, welche Größenordnung es haben solle, und festzulegen, ob bestimmte Arbeiten weiter im eigenen Betrieb ausgeführt oder an Drittunternehmen vergeben werden sollten. ⁷⁴³

Jedoch ist die Berufsfreiheit der von diesen unternehmerischen Organisationsmaßnahmen betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber grundrechtlich ebenfalls geschützt – wie die Freiheit des Arbeitgebers, mit der sie kollidieren kann. Damit ist sie wie in anderen Kollisionsfällen auch durch praktische Konkordanz mit dieser zum Ausgleich zu bringen, durch Abwägung nach Maßgabe einfachen Rechts oder unter Abwägung kollidierender Grundrechte.

740 BAG vom 24.9.2015 – 2 AZR 562/14 („Ja-Sager/Nein-Sager“), NZA 2016, S. 366, Rn. 34.

741 BAG vom 10.5.2016 – 9 AZR 347/15, NZA 2016, S. 1134, Rn. 25.

742 BAG, ebd.

743 Z.B.BAG, ebd., Rn. 21 mwN.

Eine dementsprechende Erörterung von Grundrechten und Lösung ihrer Widersprüche scheint in der Rechtsprechung des BAG jedenfalls bei den hier angesprochenen Fallkonstellationen zu fehlen. Zugunsten der Rechtsstellung des betroffenen Arbeitnehmers kommen – wenn überhaupt – in seiner Rechtsprechung zwar immerhin „grundrechtliche Wertungen“ des Art. 12 Abs. 1 GG sowie ein „verfassungsrechtlich gebotenes Mindestmaß an Bestandsschutz“⁷⁴⁴ vor. Unter diesen Obersätzen erfolgt aber keine Grundrechterörterung im Einzelnen, geschweige denn die Abwägung in „Wechselwirkung“ mit kollidierenden Grundrechten.

Ein solcher glatter „Durchlauf“ muss Fragen aufwerfen: Das Resultat der Abwägung kollidierender Grundrechte, Aufgabe der Fachgerichte, kann nicht ex ante und generell feststehen, wenn es stets auf den Einzelfall ankommt. Zur Abwägung kommt es in der Rechtsprechung des BAG aber nicht, wird doch im Ergebnis nur der eine Pol des mehrpoligen Rechts- und Grundrechtsverhältnisses, die Seite des Arbeitgebers, angesprochen.

3. Schlussfolgerungen: Keine Abwägung kollidierender Grundrechte des Arbeitgebers gegen die des Arbeitnehmers in wirtschaftlichen Angelegenheiten

Werden die Gewichte für die Abwägung der kollidierenden Grundrechte im Verhältnis der Arbeitsvertragsparteien so verteilt, wie dies nach der Rechtsprechung des BAG für den Abbau von Personalüberhängen durch betriebsbedingte Kündigung den Anschein hat, bleibt für die Grundrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus Art. 12 Abs. 1 GG nichts abzuwägen, weil es keinen Inhalt hat, der der (Grundrechts-)Rede wert wäre.

Teilweise erwähnt das BAG in seiner hier nur exemplarisch angeführten Rechtsprechung Grundrechte des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis nicht einmal.⁷⁴⁵ Für seine Entscheidung kam es folglich nicht darauf an. Dies bezieht sich insbesondere auf Organisationsmaßnahmen des Arbeitgebers („unternehmerische Entscheidung“). Mangels Überprüfbarkeit können sie nicht abgewogen werden. Dann können insoweit auch Grundrechte des Arbeitnehmers nicht relevant werden. Auch hat es den Anschein, als weite das BAG diesen „rechts- und grundrechtsfreien Raum“ aus.

Die bloße Erwähnung „grundrechtlicher Wertungen“ oder eines „verfassungsrechtlich geschützten Mindestmaßes“ aus Art. 12 Abs. 1 GG zugunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis in einigen Entschei-

744 Ständige Rechtsprechung des BAG; vgl. z.B. BAG vom 20.6.2013, a.a.O., Rn. 23.

745 So z.B. auch BAG vom 24.5.2012, a.a.O.

dungen des BAG sind noch keine Abwägung kollidierender Grundrechte in Wechselwirkung zu solchen des Arbeitgebers, sondern bekräftigen bloß das zuvor einfachrechtlich gefundene Ergebnis ohne grundrechtlichen Inhalt.

Die Wendung vom „verfassungsrechtlich gebotenen Mindestschutz des Arbeitsplatzes vor Verlust durch private Disposition“ hat das BAG der Entscheidung des BVerfG zum Kündigungsschutz in Kleinbetrieben entlehnt.⁷⁴⁶ Diese erwähnt aber, anders als das BAG in seiner Rechtsprechung, „schwerwiegende und grundrechtlich geschützte Belange der Arbeitgeber“ von Kleinbetrieben und schlussfolgert die Zumutbarkeit der Kleinbetriebsklausel⁷⁴⁷ für die dort beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Der Beschluss des BVerfG enthält immerhin eine knappe, aber nachvollziehbare Darlegung und jedenfalls ansatzweise Abwägung der kollidierenden Interessen. In der Rechtsprechung des BAG findet eine Gegenüberstellung kollidierender Interessen und Rechte und deren Abwägung demgegenüber kaum statt.

In wirtschaftlichen Angelegenheiten im Allgemeinen, den die Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen betreffenden im Besonderen scheinen in der Rechtsprechung des BAG Grundrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis aus Art. 12 GG, insbesondere in der Kollision zu denen des Arbeitgebers, kaum relevant zu sein. Die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer erscheint in dieser Rechtsprechung im Ergebnis überwiegend als bloßes Objekt des Arbeitsverhältnisses.

Dabei ist die „Grundrechtsrelevanz“ in zahlreichen anderen Problemfeldern des Arbeitsrechts, wie beim Persönlichkeitsrecht, der Bekenntnisfreiheit, Koalitionsfreiheit usw., in der Rechtsprechung des BAG stark ausgeprägt – nur nicht in wirtschaftlichen Angelegenheiten, geht es dabei doch oft um den Kern der Unternehmensführung und um die Verfügungsgewalt über das Unternehmen.

746 BVerfGE 97, S. 169 (178).

747 Die Kleinbetriebsklausel des § 23 KSchG eröffnet den Geltungsbereich des Gesetzes erst ab einer bestimmten Anzahl der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer; vgl. unten Dritter Abschnitt, D.

III. Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 12 GG im Arbeitsverhältnis

1. Überblick

Die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 12 Abs. 1 GG im Arbeitsverhältnis, zu Sachverhalten mit Bezug zum Arbeitsrecht, hat das Schrifttum detailliert dargestellt. Darauf kann Bezug genommen werden.⁷⁴⁸ Deswegen reicht ein kurzer Blick, der den hier gebildeten Schwerpunkten der Umstrukturierung und den dabei relevanten grundrechtlichen Problemen folgt.

Gegenstände der Rechtsprechung des BVerfG wurden zunächst nur – je für sich – Grundrechte des Arbeitgebers aus Art. 12 Abs. 1 GG hier, des Arbeitnehmers ebenfalls aus Art. 12 Abs. 1 GG dort, nicht im wechselseitigen Bezug des Arbeitgebers und Arbeitnehmers aufeinander, nicht als „bipolares Rechtsverhältnis“.⁷⁴⁹

Für die Privatrechtsordnung typischerweise kollidierende Interessen und damit die in der abwehrrechtlichen wie in der Schutzpflicht-Dimension möglichen zahlreichen Grundrechtskollisionen hat das BVerfG zunächst in der Handelsvertreter- und in der Bürgschaftsentscheidung benannt:

Dem Gesetzgeber stelle sich bei der Ausgestaltung der Privatrechtsordnung für den als notwendig vorausgesetzten Kollisionsausgleich der Interessen die Aufgabe praktischer Konkordanz. Die kollidierenden Grundrechtspositionen seien in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden. Die Vertragsfreiheit taue nur bei annähernd ausgewogenem Kräfteverhältnis der Partner als Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs. Der Ausgleich gestörter Vertragsparität gehöre zu den Hauptaufgaben des geltenden Zivilrechts. In diesem Zusammenhang hätten die Generalklauseln des BGB zentrale Bedeutung.⁷⁵⁰

Die spezifische Kollision von Grundrechten der Parteien des Arbeitsvertrages, und zwar jeweils aus Art. 12 Abs. 1 GG, wird erstmals im Beschluss des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel (§ 23 Abs. 1 S. 2 KSchG) erörtert.⁷⁵¹ Hieran knüpft die

748 Übersichten bei ErfK-Schmidt, 21. Aufl. 2021, Art. 12 GG, Rn. 17ff.; HK-ArbR/Lakies, 4. Aufl. 2017, Art. 12 GG, Rn. 41ff.; Wank, Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, 2013; Fabisch, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht, 2010; Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, 1989; alle mit zahlreichen Nachweisen aus der Rspr. des BVerfG.

749 Zum Begriff der mehrpoligen, bipolaren oder multipolaren Rechts- oder Grundrechtsverhältnisse vgl. zum Beispiel BVerfGE 143, S. 246, Rn. 193; E 137, S. 321; E 128, S. 371; E 115, S. 232 (239f.); Callies, JZ 2006, S. 321; Kersten/Meinel, JZ 2007, S. 1132; zur Kritik des Anspruchs der „gegenseitigen Optimierung“ vgl. Cremer, Festschrift Jarass, 2015, S. 175ff.

750 BVerfGE 89, S. 214 (232f.; Handelsvertreter).

751 BVerfGE 97, S. 169 (176ff.).

Entscheidung des BVerfG zur „Zuvor-Beschäftigung“ bei sachgrundloser Befristung⁷⁵² an.

Staatliche Schutzpflichten hatte das BVerfG dagegen schon früh in seiner Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 1 GG thematisiert, schon im ersten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch.⁷⁵³

2. Art. 12 Abs. 1 GG und die Unternehmerfreiheit

Art. 12 Abs. 1 GG galt in der Praxis zunächst als Grundrecht selbstständiger Berufe, vor allem gegen staatliche Monopole, Zulassungsvoraussetzungen, Zwangsmitgliedschaften, Abgaben.⁷⁵⁴

Für das BVerfG ist der Schutzbereich des Art. 12 GG für die Unternehmerfreiheit im Sinne der Freiheit zur Gründung und Führung von Unternehmen erfüllt.⁷⁵⁵ Kriterium der Reichweite des Schutzes ist dabei der Bezug zur Entfaltung der Persönlichkeit.⁷⁵⁶ Art. 12 Abs. 1 GG sei in erster Linie „persönlichkeitsbezogen“.⁷⁵⁷

Deshalb sei für den Beruf des Unternehmers zu differenzieren zwischen Klein- und Großunternehmen. Bei Letzteren sei die Berufsfreiheit nicht Element der Ausformung der Persönlichkeit des Menschen, sondern grundrechtliche Gewährleistung eines Verhaltens, dessen Auswirkungen weit über das wirtschaftliche Schicksal des Unternehmens hinauswiesen. Folglich sei der soziale Bezug hier stark ausgeprägt.⁷⁵⁸ Angesichts der Größe der dem Mitbestimmungsgesetz unterfallenden Unternehmen fehle deren Berufsfreiheit weitgehend der personale Grundzug, der den eigentlichen Kern der Gewährleistung dieses Grundrechts ausmache.

752 BVerfGE 149, S. 126 (Rn. 42).

753 BVerfGE 39, S. 1 (42ff.). Schon in dieser spezifischen Konstellation ist die Rede von einem Ausgleich, der sowohl den Lebensschutz des nasciturus gewährleisten als auch der Schwangeren die Freiheit des Schwangerschaftsabbruchs belassen müsse. Ein solcher Ausgleich sei allerdings nicht möglich. Zur Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG zur grundrechtlichen Schutzpflicht vgl. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 20; 141 ff.; 201 ff.; 231 ff. „Vorläufer“ der Schutzpflicht, so *Ruffert*, sei die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte; vgl. dazu BVerfGE 7, S. 198 (Lüth); vgl. auch *Jarass/Pieroth*, GG, a.a.O., Art. 1 Rn. 52ff.

754 Rechtsanwälte; Personenbeförderung und Güterverkehr; Handwerker; Apotheker; Makler – dazu BVerfGE 142, S. 268 (Rn. 62ff.); Arbeitnehmerüberlassung als Beruf usw.; vgl. die Übersicht bei *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 425ff.; *ders.*, JZ 2009, S. 389ff.

755 BVerfGE 50, S. 290 (363).

756 BVerfGE 19, S. 330 (336f.); 63, S. 266 (286).

757 BVerfGE 30, S. 292 (334).

758 BVerfGE 50, S. 290 (347, 349, 363f.), E 99, S. 367 (392).

3. Art. 12 GG auch Arbeitnehmer-Grundrecht

Zunächst hat das BVerfG bekräftigt, dass ein Beruf auch in persönlicher Abhängigkeit gewählt und ausgeübt wird. Außerdem können die Unternehmen als Grundrechtsträger ihre Berufsfreiheit nur mit Hilfe anderer, der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, wahrnehmen, die ebenfalls Träger des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG sind.⁷⁵⁹ – Hiermit benennt das Mitbestimmungs-urteil Kollisionen von Grundrechten in Zivilrechtsverhältnissen, hier in Arbeitsverhältnissen. Außerdem stuft das Urteil das Grundrecht der Unternehmerfreiheit ab zwischen „personalen Grundzügen“ und sozialen Bezügen des Unternehmens in Abhängigkeit von der Anzahl der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Unternehmens.

Bezogen sich weitere Entscheidungen des BVerfG zu Grundrechten in Arbeitsverhältnissen zunächst auf Regelungen zur Berufsausübung von Arbeitgebern,⁷⁶⁰ konkretisierte das BVerfG Art. 12 Abs. 1 GG für die lohnabhängige Arbeit in der Entscheidung zum Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe,⁷⁶¹ alsdann im „Warteschleifen“-Urteil.⁷⁶² Das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe verletze weder den Verleiher noch den Entleiher noch den Leiharbeiter in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG.

Kollisionen von Grundrechten in diesen Vertragsverhältnissen, insbesondere zwischen den Arbeitsvertragspartnern sieht der Beschluss nicht, eher Interessenidentität. Denn die Prüfung der Grundrechte des Leiharbeitnehmers aus Art. 12 Abs. 1 GG durch das BVerfG verweist schlicht auf seine verfassungsrechtliche Erörterung der Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit der Verleiher.

a) Das „Warteschleifen“-Urteil des BVerfG: Wahl und Beibehalten des Arbeitsplatzes

Das Urteil des BVerfG zur „Warteschleife“ gehört zu den Entscheidungen des Gerichts, die Privatisierung und Umstrukturierung nicht einzelner Stellen (wie der Akademie der Wissenschaften der DDR), Unternehmen oder Zweige, vielmehr einer ganzen Volkswirtschaft, eines gesamten staatlichen Systems, desjenigen der DDR, zum Gegenstand hatten.

759 BVerfGE 50, S. 364f.; E 7, S. 377 (398f.); das Verfahren, das dem Apotheken-Urteil des BVerfG zugrunde lag, betraf allerdings die Versagung einer Betriebserlaubnis, die ein selbstständiger Apotheker beantragt hatte.

760 Z.B. BVerfGE 55, S. 7 (27); 77, S. 308 (332); 81, S. 156 (188) usw.

761 BVerfGE 77, S. 84 (116, b) mit Verweis auf den Abschnitt C.III.2.c) und d), S. 108ff.; eine Kollision von Interessen bzw. Grundrechten stellt die Entscheidung nicht fest.

762 BVerfGE 84, S. 146.

Im „Warteschleifen“-Urteil ging es nicht um die Berufsausübung, sondern um die freie Wahl des Arbeitsplatzes. Dazu zählen „... namentlich bei abhängig Beschäftigten auch die Wahl des Vertragspartners samt den dazu notwendigen Voraussetzungen, insbesondere der Zutritt zum Arbeitsmarkt“. Das Grundrecht der freien Wahl des Arbeitsplatzes erstreckt das BVerfG auf dessen Beibehaltung.

b) Warteschleifen-Urteil: Schutzpflichten des Gesetzgebers durch die geltenden Kündigungsvorschriften erfüllt

Das Urteil postuliert, die geltenden Kündigungsvorschriften trügen der Schutzpflicht aus Art. 12 GG hinreichend Rechnung.⁷⁶³ – Verfahrensgegenstand war freilich die Befristung der Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst der DDR durch die „Warteschleife“ laut Einigungsvertrag. Um Kündigung ging es dabei nicht.

Auch konnte es in dem Urteil des BVerfG zur Warteschleife nicht um Kollisionen von Grundrechten des Arbeitgebers mit denen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aus Art. 12 Abs. 1 GG gehen. Die öffentliche Hand, der öffentliche Arbeitgeber, auch die staatlichen Stellen der DDR sind bzw. waren unter Geltung des GG nur grundrechtsverpflichtet.⁷⁶⁴ Folglich bestehen im öffentlichen Dienst zwar – nicht anders als in den privaten Unternehmen – unterschiedliche, ja, widersprüchliche Interessen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, jedoch keine Kollisionen zwischen Grundrechten des Arbeitgebers mit denen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.⁷⁶⁵ Dann kann es auch nicht um Abwägung von Grundrechten unterschiedlicher Grundrechtsberechtigter mit unter Umständen widersprüchlichen Interessen gehen.

c) Das BVerfG zur Kleinbetriebsklausel: Kollidierende Grundrechte im Arbeitsverhältnis

Im Beschluss des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel wird die Kollision von Grundrechten der Arbeitsvertragsparteien erstmals Thema (näher unten D.).

⁷⁶³ BVerfGE 84, S. 133 (146f.) Immerhin bewirkt aber die Befristung eines Arbeitsverhältnisses spätestens zum Fristablauf den Verlust des Arbeitsplatzes. In dem Beschluss zur Privatisierung der Universitätskliniken Gießen und Marburg, BVerfGE 128, S. 157 (176f.; UKGM) erwähnt das BVerfG die Schutzpflicht des Gesetzgebers erneut. Dieser sei er „insbesondere im Kündigungsrecht“ nachgekommen, BVerfGE 128, S. 157 (177 mwN.). Auch in dieser Entscheidung, die Privatisierung und Zusammenlegung zum UKGM betreffend, ging es nicht um Kündigung; vgl. zu dem Beschluss ausführlich unten Viertes Abschnitt, A.III.

⁷⁶⁴ Vgl. dazu unten Viertes Abschnitt, B.I.2.b).

⁷⁶⁵ Umgekehrt ergibt sich aus der „Organisationsgewalt des Staates“ keine Beschränkung des Schutzbereichs der freien Wahl des Arbeitsplatzes als Inhalt des Grundrechts des Art. 12 Abs. 1 GG des Arbeitnehmers im öffentlichen Dienst: BVerfGE 84, S. 133 (147).

d) Das AÜG 2002/2003 und die Hartz-Gesetze

Das erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt⁷⁶⁶ als Teil der „Hartz-Reformen“ hatte die Arbeitnehmerüberlassung ihrer Schutzvorschriften weitgehend entkleidet, im Gegenzug allerdings in §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG die Gebote von Equal Pay und Equal Treatment erlassen, wenn auch durch Tarifdispositivität und Ermächtigung zur Inbezugnahme im Arbeitsvertrag im Ergebnis wieder beseitigt.

Ungeachtet der ihnen günstigen Rechtsentwicklung hatten Verleiher und Arbeitgeberverbände Verfassungsbeschwerde erhoben. Das BVerfG hat in weitgehend gleichlautenden Kammerentscheidungen⁷⁶⁷ die Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG der Leiharbeiterinnen und -arbeitnehmer, der Verleihunternehmen und der beteiligten Arbeitgeberverbände der Branche in ihren jeweiligen Schutz- und Eingriffsfunktionen abgewogen. Die Abwägung wirft Fragen auf:

Zum verfassungslegitimen Zweck bei Prüfung der Verhältnismäßigkeit heißt es, die Regeln zum Equal Pay im AÜG dienen der Verbesserung der Stellung der Leiharbeiternehmer und damit dem Schutz ihrer Berufsfreiheit. Zwingende Regelungen des Arbeitsrechts schufen erst den Rahmen, in dem die mehrheitlich abhängig Beschäftigten ihre Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG unter angemessenen Bedingungen verwirklichen könnten.

Im Hinblick auf die „zwingenden Regelungen des Arbeitsrechts“ erwähnt die Entscheidung des BVerfG zwar die Tarifdispositivität des Equal Pay und Equal Treatment, die es erlaubt, von diesen Grundsätzen auch zulasten der Leiharbeiternehmerinnen und -arbeitnehmer abzuweichen. Sie erörtert aber nicht, dass davon auch durch arbeitsvertragliche Inbezugnahme auf Tarifverträge (nun § 8 Abs. 2 AÜG) abgewichen werden kann – wovon in der Praxis reger Gebrauch gemacht wird. Was also an diesen „Regelungen des Arbeitsrechts zwingend“⁷⁶⁸ sein soll, ist nicht nachvollziehbar.

Die „strukturelle Unterlegenheit“ des Arbeitnehmers bei Abschluss und Durchführung des Arbeitsvertrages, auf die das BVerfG auch in dieser Entscheidung nicht müde wird hinzuweisen, wird durch die Equal Pay-Regelungen des AÜG nicht kompensiert, sondern kaschiert.

766 BGBl. 2002 I. S. 4607; vgl. dazu *Schüren/Hamann*, AÜG, 5. Aufl. 2018, B. Einleitung, Rn. 87ff.; *J. Ulber* (Hrsg.), AÜG, 5. Aufl. 2017.

767 BVerfG vom 29.12.2004 – 1 BvR 2283, 2582 und 2504/03, NZA 2005, S. 153.

768 Vgl. im Einzelnen *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, Schriften zum Arbeits- und Sozialrecht, Bd. 291, 2010.

e) Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 KSchG

Zwei Kammerbeschlüsse des BVerfG beschäftigen sich mit arbeitsgerichtlichen Auflösungsurteilen (§ 9 KSchG) nach obsiegender Kündigungsschutzklage.⁷⁶⁹ Kollidierende Grundrechte des Arbeitgebers und Arbeitnehmers sind in beiden Entscheidungen nicht Thema des BVerfG.

f) Blutspendedienst des DRK – Tendenzunternehmen?

Auch die Kammerentscheidung des BVerfG auf die Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des BAG, das den Blutspendedienst des DRK nicht als Tendenzunternehmen erkannt hatte, womit die Bildung eines Wirtschaftsausschusses zulässig war, befasst sich zwar nur am Rande mit Art. 12 Abs. 1 GG, zitiert aber die Mitbestimmungsentscheidung des BVerfG und daraus den sozialen Bezug des Unternehmerberufs, der sich schon daraus ergibt, dass er grundsätzlich nur mit Hilfe anderer ausgeübt werden kann.⁷⁷⁰

g) AGB-Kontrolle (§§ 305ff. BGB)

Zur Inhaltskontrolle vorformulierter Arbeitsbedingungen gemäß § 307 BGB erließ das BVerfG am 23.11.2006 einen weitreichenden Kammerbeschluss.⁷⁷¹ Art. 12 Abs. 1 GG schütze auch das Interesse der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer an zumutbaren Arbeitsbedingungen.⁷⁷² Die „von Verfassungs wegen zu berücksichtigende strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers“ bestehe nicht nur bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, sondern auch im laufenden Arbeitsverhältnis. Sie ende auch nicht mit Eintritt des allgemeinen Kündigungsschutzes. Dieser ändere nichts an dem ungleichen wirtschaftlichen Kräfteverhältnis der Arbeitsvertragsparteien.⁷⁷³ Dies ist – die gelegentliche Redeweise des BAG zu anderen Gegenständen seiner Rechtsprechung aufgreifend – eine „Fortführung“ der Rechtsprechung des BVerfG.

h) Betriebsübergang gemäß § 613a BGB in „betriebsmittelarmen“ Betrieben (Hausverwaltung)

Im Kammerbeschluss vom 15.1.2015⁷⁷⁴ befand das BVerfG erneut: Lasse der Gesetzgeber zu, dass die Arbeitgeberseite durch Rechtsgeschäft ohne Zustimmung der Beschäftigten ausgewechselt wird, treffe ihn eine aus Art. 12 Abs. 1 GG folgende Schutzpflicht. § 613a BGB habe in Art. 12 Abs. 1 GG „eine grund-

769 BVerfG vom 22.10.2004 – 1 BvR 1944/01, AP Nr. 49 zu § 9 KSchG (Stattgabe der Verfassungsbeschwerde gegen das Auflösungsurteil gemäß §§ 93a Abs. 2, Buchst. b, 93c BVerfGG).

770 BVerfG vom 30.4.2015 – 1 BvR 2274/12, NZA 2015, S. 820, Rn. 17; ErfK/Schmidt, a.a.O., Art. 12 GG, Rn. 42.

771 BVerfG vom 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06, NZA 2007, S. 85ff.

772 BVerfG, a.a.O., Rn. 49, unter Verweis auf BVerfG vom 29.12.2004 – 1 BvR 2582/03, NZA 2005, S. 153.

773 BVerfG, a.a.O., Rn. 50.

774 BVerfG vom 15.1.2015 – 1 BvR 2796/13, ZIP 2015, S. 445.

rechtliche Basis“.⁷⁷⁵ § 613a BGB erfülle diese Schutzpflicht, indem einerseits gemäß § 613a Abs. 1 BGB das Fortbestehen des Arbeitsplatzes trotz Betriebsübergangs gesichert ist, andererseits der Arbeitnehmer dem Wechsel des Arbeitgebers gemäß Abs. 6 widersprechen kann.⁷⁷⁶

Verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei, dass das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit im Sinne des § 613a Abs. 1 S. 1 BGB im Rahmen einer Gesamtabwägung bestimmt werde. Die dafür maßgebenden sieben Kriterien aus der Rechtsprechung des BAG bzw. des EuGH ermöglichten eine Konkretisierung des Begriffs der wirtschaftlichen Einheit, die der aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Schutzpflicht in Bezug auf einen möglichen Verlust des Arbeitsplatzes bei Betriebsübergang „im Grundsatz“ Rechnung trage.⁷⁷⁷

i) „Zuvor-Befristung“ bei sachgrundloser Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG

In der Entscheidung des Senats vom 6.6.2018 zur „Zuvor-Beschäftigung“ bei sachgrundloser Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG betont das BVerfG erneut die staatliche Schutzpflicht zugunsten des strukturell unterlegenen Arbeitnehmers. Auch die Kollision der Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit denen des Arbeitgebers wird erörtert. Ob und wenn ja welchen verfassungsrechtlichen Akzent die Hervorhebung der „um einen Arbeitsplatz konkurrierenden Beschäftigten“ im Verhältnis zum Arbeitgeber in dem Beschluss des BVerfG setzt, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen.⁷⁷⁸

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer seien auf langfristige und unbefristete Arbeitsverträge angewiesen. Dieses Ziel habe besonderes verfassungsrechtliches Gewicht. Seine Regelung solle dem sozialen Ausgleich dienen. Allerdings sei eine „verfassungsrechtlich zwingende Vorgabe zur Gewichtung der teils gegenläufigen Belange nicht erkennbar. Die Entscheidung für die Regelung sei „vom politischen Spielraum des Gesetzgebers gedeckt.“⁷⁷⁹

⁷⁷⁵ BVerfG vom 15.1.2015, a.a.O., Rn. 7.

⁷⁷⁶ Unter Bezug auf BVerfGE 128, S. 177 (Universitätsklinikum). Der Fall, der dem BVerfG vom 15.1.2015 zugrunde lag, war allerdings nach dem Urteil des BAG kein Betriebsübergang im Sinne des § 613a Abs. 1 BGB. Folglich spielte auch das Widerspruchsrecht gemäß Abs. 6 keine Rolle. Ohnehin „trifft“ diese doppelte Erwägung des BVerfG in seiner ständigen Rechtsprechung nur einen kleinen Ausschnitt der komplexen Problematik.

⁷⁷⁷ BVerfG, a.a.O., Rn. 10 mwN.; wann sie dies nicht tut, wann der Grundsatz also nicht gilt, erörtert das Gericht nicht. Das mit der Verfassungsbeschwerde angegriffene Urteil des BAG prüft die entscheidungserheblichen Kriterien differenziert und zutreffend. Die Verfassungsbeschwerde wurde nicht angenommen. Vgl. auch EuGH vom 11.7.2018 – C-60/17, Fogasa, NZA 2018, S. 1053ff.

⁷⁷⁸ BVerfGE 149, S. 126 – 1 BvL 7/14, Orientierungssätze sowie insbesondere Rn. 47 mit Bezugnahme auf E 142, S. 268 (Beschränkung der Berufsfreiheit von Wohnungsvermittlern durch das „Bestellerprinzip“).

⁷⁷⁹ BVerfGE 149, a.a.O.

IV. Verfassungsrechtliche Prinzipien der Rechtsprechung des BVerfG mit Bezug zum Arbeitsverhältnis

1. Arbeitsvertrag sowie Berufsfreiheit des Arbeitgebers und der Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist grundrechtsrelevant:

„Wer einen Arbeitsvertrag nach Maßgabe der dafür bestehenden gesetzlichen oder vertraglichen Vorschriften kündigt, betätigt seine durch Art. 12 GG geschützte Freiheit des Berufs.“⁷⁸⁰

Nichts anderes dürfte im laufenden Arbeitsverhältnis und bei dessen Begründung gelten. Im Schrifttum heißt es zum Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG im Arbeitsverhältnis dementsprechend:

„Schließt ein Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag ab und unterwirft er sich damit den (...) Gestaltungsrechten des Arbeitgebers, so geschieht auch dies in Ausübung des vom Arbeitnehmer gewählten Berufs. (...) Die Grundrechtspositionen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers aus Art. 12 Abs. 1 GG können kaum kollidieren, soweit sie als reine Freiheitsrechte (Abwehrrechte) gegenüber dem Staat verstanden werden. Soweit man aber darin Grundpfeiler einer objektiven Werteordnung, Ansatzpunkte für Schutzpflichten des Staates oder gar ‚Teilhaberechte‘ erblickt und noch an die Drittwirkung denkt (...), sind Konflikte zwischen den Freiheitsräumen der Berufsausübung des Arbeitgebers und der Berufsausübung des Arbeitnehmers denkbar. Solche Konflikte müssen einer Lösung zugeführt werden, damit es zu einer ‚praktischen Konkordanz‘ der widerstreitenden Grundrechtspositionen kommt. (...) In den Entscheidungen des BVerfG, die sich (...) mit Art. 12 Abs. 1 GG befassen, ist der Umstand, dass der Arbeitgeber seinen Beruf nur mit Hilfe von Arbeitnehmern, die ihrerseits den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG genießen, ausübt, nicht unbeachtet geblieben.“⁷⁸¹

780 BVerfGE 77, S. 370 (378).

781 *Söllner*, RdA 1989, S. 144 (147f.) unter Verweis auf BVerfGE 50, S. 290 (365) sowie E 77, S. 308 (334). Demgegenüber kann der Arbeitnehmer seinen Beruf auch ohne Arbeitgeber ausüben. Wenn der Unternehmer den Betrieb ohne Arbeitnehmer durchführen kann, braucht er sie ebenfalls nicht.

Von Seiten des Arbeitgebers eines Arbeitsverhältnisses bzw. des Dienstgebers eines Dienstverhältnisses, das kein Arbeitsverhältnis ist, betrachtet, gilt: Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten sind grundrechtsberechtigt für die Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, im Übrigen weitgehend nicht. Schließen sie Tarifverträge, machen sie daher keinen Gebrauch von der – ihnen als Stellen des öffentlichen Rechts nicht zustehenden – Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG, sondern von den gesetzlichen Regelungen des TVG. Schließen sie Arbeits- oder Dienstverträge, legitimiert sich die dabei ausgeübte Vertragsfreiheit nicht als Gebrauch ihrer Grundrechte der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG), sondern als Ausübung ihrer Vertragsfreiheit gemäß § 106 GewO.⁷⁸²

2. Das „bipolare“ bzw. „mehrpole“ Arbeitsverhältnis

a) Verteilung von Rechten und Chancen zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses

Bipolare Rechtsverhältnisse werden durch widerstreitende Interessen⁷⁸³ und gegenseitige Abhängigkeiten geprägt.⁷⁸⁴ Beide Parteien sind einander rechtlich verbunden. Als Beispiele seien die Verhältnisse zwischen Urhebern und Verwertern genannt. Widersprüchlich sind auch die Interessen und die ihnen korrespondierenden Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis wie auch in anderen, vor allem gegenseitigen Verträgen des Privatrechts. „Bipolarität“ eines Rechtsverhältnisses besagt noch nichts zu Kräfteverhältnissen der daran Beteiligten, wie zur „strukturellen Unterlegenheit“ der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.⁷⁸⁵ Auch zu Schutz, Eingriff, Eingriffsintensität und dergleichen ist damit zunächst nichts ausgesagt.

Für das Arbeitsverhältnis besagt Bipolarität: Bei dessen Änderungen und bei Umstrukturierung ist jede Partei von Zuteilung, Modifikation oder Entzug von Handlungschancen, Rechten und Grundrechten an den anderen Teil des Arbeitsverhältnisses reziprok, nach Art kommunizierender Röhren betroffen. Ordnet Arbeitsrecht – durch Gesetz oder „vertretend“ durch Rechtsprechung – dem einen Teil des Arbeitsverhältnisses Ressourcen (Geld, Zeit,⁷⁸⁶ Macht,

782 BVerfGE 59, S. 231 (254f., unter B.I. der Gründe); vgl. im Einzelnen *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 2, Rn. 24ff.

783 BVerfGE 97, S. 169 (176).

784 BVerfGE 134, S. 204 (225, Rn. 76).

785 Zur strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers vgl. unten IV.6.

786 Z.B. Ausschlussfristen für die Geltendmachung tariflicher Ansprüche (vgl. § 77 Abs. 4 S. 4 BetrVG, § 4 Abs. 4 S. 3 TVG); arbeitsvertragliche Ausschlussfristen fallen nicht darunter. Zu arbeitsvertraglichen Ausschlussfristen vgl. z.B. BAG vom 13.3.2013 – 5 AZR 954/11, NZA 2013, S. 680, sowie vom 25.9.2013 – 5 AZR 815/12, juris, beide zu arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln auf die unwirksamen Tarifverträge der CGZP zur Abweichung vom Equal Pay-Prinzip zum Nachteil des Arbeitnehmers.

Handlungschancen, Schutz) bzw. darauf bezogene subjektive Rechte, Ansprüche, Anwartschaften zu, entzieht es sie dadurch dem anderen oder enthält sie ihm vor.

So wirkt jede Änderung des Kündigungsrechts, auch eine des Schwellenwerts der § 23 Abs. 1 S. 2–4 KSchG, reziprok auf die kündigungsschutzrechtliche Stellung jeder der Arbeitsvertragsparteien ein. Kündigungsschutz beschränkt die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers gegenüber der Rechtsstellung des Arbeitnehmers, seine Einschränkung oder Beseitigung erweitert sie. Die Erhöhung des Schwellenwerts für die Geltung des Kündigungsschutzes befreit die Arbeitgeber davon, die dem Gesetz bisher unterlagen. Damit nimmt sie den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in Betrieben mit einer Beschäftigtenzahl nun unterhalb des Werts Kündigungsschutz, den sie bisher hatten.

Dies alles betrifft Änderungsprozesse im Verhältnis Arbeitgeber – Arbeitnehmer durch Gesetz, Vertrag oder einseitiges Handeln. Im Arbeitsverhältnis stehen bei seiner Begründung, Durchführung und Abwicklung ohne solche Änderungen der Verteilungsrelationen Pflichten der Parteien des Arbeitsverhältnisses, jedenfalls ihre Hauptpflichten, in einem Synallagma. Es gelte die „Regel“: „Ohne Arbeit kein Lohn“.⁷⁸⁷

b) Kollisionslösungen des Arbeitsrechts

Bei Kollisionen von Rechten des Arbeitgebers mit denen der von ihm beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im einfachen Arbeitsrecht ist ebenfalls gegeneinander abzuwägen.⁷⁸⁸ Dies ist zum Teil gesetzlich normiert: Bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs ist abzuwägen zwischen Urlaubswünschen des Arbeitnehmers, entgegenstehenden dringenden betrieblichen Belangen des Arbeitgebers und Urlaubswünschen anderer Arbeitnehmer (§ 7 Abs. 1 BUrlG).

Die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses setzt voraus, dass dem Arbeitgeber unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann (§ 626 Abs. 1 BGB).

⁷⁸⁷ Krause, MHDarbR, 4. Aufl. 2018, Bd. 1: Individualarbeitsrecht I, § 60 Rn. 15 mwN. zu den zahlreichen Ausnahmen von dieser „Regel“, die aus §§ 326 Abs. 1 i.V.m. 275 BGB geschlossen wird.

⁷⁸⁸ S. z.B. BAG vom 7.12.2005 – 5 AZR 535/04, NZA 2006, S. 423, Rn. 41 zur Notwendigkeit umfassender Abwägung bei unangemessener Benachteiligung iS des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB; vgl. dazu den Nichtannahmebeschluss des BVerfG – 1 BvR 1909/06, NZA 2007, S. 85. Daneben kollidieren Rechte und Interessen von Arbeitnehmern miteinander. Um diese geht es hier nicht. Die zahllosen Unterschiede, Widersprüche, Diskriminierungen der verschiedensten Arten lassen gelegentlich die Verhältnisse zwischen Kapital und Arbeit, um die es hier geht, in Vergessenheit geraten.

Komplexer können die Anforderungen an kollidierende Interessen der Arbeitsvertragsparteien im Zusammenhang mit der Ausübung des billigen Ermessens bei der Leistungsbestimmung (§§ 315 BGB, 106 GewO) sein: Verlangt ist „... eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit (...) In die Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen.“⁷⁸⁹

Das billige Ermessen bei der Ausübung des Weisungsrechts ist ein unbestimmter Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum der Tatsachengerichte.⁷⁹⁰ In der Abwägung sind – je nach Maßgabe des Einzelfalls – das Unionsrecht, Grundrechte des GG, zunächst jedoch das einfache Recht zu berücksichtigen. Diesem dienen auch gesetzliche und auf Rechtsprechung beruhende Regeln zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Verfahren, ggf. abgestuft nach Sachnähe bzw. -herrschaft.⁷⁹¹

c) Kollidierende Grundrechte in praktischer Konkordanz

Steht die Grundrechtsbindung privatrechtlicher Rechtssubjekte im Verhältnis zueinander in Frage, muss stets berücksichtigt werden, dass nicht nur derjenige, der sich auf seine Grundrechte auch dem anderen Privatrechtssubjekt gegenüber beruft, sondern ebenso dieser Grundrechtssubjekt ist. Insbesondere die Zivilgerichte müssen bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts, also Ausübung staatlicher Gewalt, gemäß Art. 1 Abs. 3 GG die durch die Grundrechte gezogenen Grenzen ebenso wie damit konkurrierende Grundrechtspositionen beachten und die Grundrechte der Beteiligten möglichst weitgehend in praktischer Konkordanz zur Geltung bringen.⁷⁹²

Was für das einfache Recht gilt, gilt auch für Arbeitsverhältnisse als „Grundrechtsverhältnisse“. Beide Parteien sind grundrechtsberechtigt. Grundrechte des Arbeitgebers aus Art. 12, ggf. 14 und 2 Abs. 1 GG stehen denen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, hier ebenfalls aus Art. 12 GG, gegenüber, kollidieren miteinander. Das Arbeitsverhältnis sei besonders „kollisionsträchtig“.⁷⁹³

In bipolaren oder „mehrpolygonen Grundrechtsverhältnissen“⁷⁹⁴ ist ein „Mehr“ an Freiheit für einen Grundrechtsträger damit oft zugleich ein „Weniger“ für

789 *Schaub-Linck*, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 45 Rn. 17 m.w.N.

790 BAG vom 24.10.2018 – 10 AZR 19/18, NZA 2019, S. 619; Rn. 26ff.

791 *APS-Steffan*, 5. Aufl. 2018, § 613a BGB, Rn. 257ff. mwN.

792 BVerfGE 129, S. 78 (101f.); E 112, S. 332 (358); E 142, S. 74, insbesondere Rn. 92ff.

793 *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, § 82 III1b, zustimmend in Bezug genommen von *ErfK/Schmidt*, 21. Aufl. 2021, GG, Einleitung, Rn. 67ff. mwN.

794 Vgl. dazu ausführlich *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 8. Aufl. 2019, § 90 Rn. 104ff. (112ff.).

einen anderen.⁷⁹⁵ Der Schutz einer grundrechtlichen Position im Arbeitsverhältnis kann die Beeinträchtigung des Grundrechts einer anderen Person zur Folge haben.⁷⁹⁶

„Die Möglichkeit eines (Konflikts zwischen gegensätzlichen Grundrechtspositionen) beruht darauf, dass die Grundrechte nicht nur Abwehr gegen hoheitliche Eingriffe gewährleisten, sondern darüber hinaus auch Schutz und Teilhabe. Dadurch können Dreieckskonstellationen entstehen: Zwei Grundrechtsträger treten dem Staat gleichzeitig, aber mit gegensätzlichen subjektiven Rechten gegenüber – der eine abwehrend, der andere fordernd.“⁷⁹⁷

Wie erwähnt kommt Bipolarität, kommen mehrpolige Rechts- und Grundrechtsverhältnisse im Arbeitsrecht vor allem im Arbeitsverhältnis vor, in anderen arbeitsrechtlichen Konstellationen dagegen nicht. So steht etwa die Feststellung fehlender Tariffähigkeit oder -zuständigkeit einer Arbeitnehmervereinigung (§§ 2a Abs. 1 Nr. 4, 97ff. ArbGG) nicht in einem solchen reziproken Verhältnis nach Art kommunizierender Röhren. Sie verleiht dem Antragsteller nichts, was dem Antragsgegner gegenüber als fehlend festgestellt worden ist.

d) Prinzipien der Kollisionsregelung durch „praktische Konkordanz“

aa) Einfaches Recht und spezifisches Verfassungsrecht

Soweit der zur Entscheidung anstehende Fall durch Kollision von Rechten geprägt ist, ist die praktische Konkordanz im einfachen Recht herzustellen. Die Grundrechterörterung soll nach der sybillinischen Formel der Rechtsprechung des BVerfG zum Verhältnis von „einfachem Recht“ zur Verletzung „spezifischen Verfassungsrechts“ erst in Betracht kommen, wenn dieses involviert ist.⁷⁹⁸

⁷⁹⁵ BVerfGE 137, S. 273 (321, Rn. 129 mwN.); *Barczak*, Konstitutionalisierung der Privatrechtsordnung, in: *Scheffczyk/Wolter* (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 4, S. 91 (110, 116); *ErfK/Schmidt*, ebd.; *Horst Dreier* (Hrsg.), ebd.; *Jarass/Piero*th, GG, 16. Aufl. 2020, Vorbemerkung vor Art. 1 GG, Rn. 18, 48ff.; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 31. Aufl. 2015, Rn. 336ff.; manches ist strittig, so u.a., ob vorbehaltlos gewährte Grundrechte vom Kollisionsausgleich durch praktische Konkordanz ausgeschlossen sind und was für die Rechtsprechung gilt; in diesem Sinne z.B. *Kingreen/Poscher*, a.a.O., Rn. 350ff.; a.A. BVerfGE 122, S. 89, Rn. 47 und 65 sowie E 128, S. 1, Rn. 147; BAG vom 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, NZA 2013, S. 449, Rn. 113.

⁷⁹⁶ BVerfGE 96, S. 56 (64f.).

⁷⁹⁷ *ErfK/Schmidt*, a.a.O., Rn. 67.

⁷⁹⁸ Vgl. z.B. BVerfGE 61, S. 1 (6ff.); *Jarass/Piero*th, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 93 Rn. 62ff. m.w.N.

bb) Schonender Ausgleich; Verhältnismäßigkeit

Die Rechtsprechung des BVerfG belässt es nicht bei der Feststellung widerstreitender Interessen und Rechte der Parteien privatrechtlicher Rechtsverhältnisse wie dem Arbeitsverhältnis. Verfassungsrechtliche Anforderungen an den Gesetzgeber sollen vielmehr darin bestehen, die einander gegenüberstehenden Grundrechte in einen schonenden Ausgleich zu bringen, der den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit gerecht wird.⁷⁹⁹ Die kollidierenden Grundrechtspositionen – so eine Standardformel in der Rechtsprechung des BVerfG – seien in ihrer Wechselwirkung⁸⁰⁰ zu erfassen und durch „praktische Konkordanz“ so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam würden.⁸⁰¹

cc) Besondere Umstände des Einzelfalls

Dazu „bedarf es einer Abwägung zwischen den widerstreitenden grundrechtlichen Schutzgütern, die im Rahmen der auslegungsfähigen und –bedürftigen Tatbestandsmerkmale der zivilrechtlichen Vorschriften vorzunehmen ist und die besonderen Umstände des Falles zu berücksichtigen hat“. Der notwendige Einzelfallbezug bestimmt sich auch nach den Besonderheiten der in Kollision zueinander tretenden Grundrechte.⁸⁰²

3. Verfahren praktischer Konkordanz**a) Vorrangige Aufgabe des Gesetzgebers**

Der Ausgleich sei vor allem Aufgabe des „demokratischen Gesetzgebers, der im öffentlichen Willensbildungsprozess einen für alle zumutbaren Kompromiss zu suchen hat.“⁸⁰³ Dafür hat er – so das BVerfG in ständiger Rechtsprechung – einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum. Auf dem Ge-

799 BVerfGE 134, S. 204 (225, Rn. 73).

800 Wechselwirkung ist ein komplexer, dem Rechtssystem bislang kaum geläufiger Begriff; vgl. jetzt immerhin § 2 Abs. 1 SGB IX; Wechselwirkung bezieht sich, anders als Kausalität, sowohl auf, sei es einmalige, sei es mehrfache Einwirkungen als auch auf Rückwirkungen von Determinanten, die sich dadurch wechselseitig verändern können. Stärke, Inhalt und Wirkrichtung der Einwirkung können von denen der Rückwirkung erheblich abweichen und sich durch die Wechselwirkung ebenfalls verändern. Auch können Wechselwirkungen direkt oder indirekt verlaufen. Mit der Feststellung oder dem Postulat der Wechselwirkung ist nichts über ihre Anforderungen für die Fallentscheidung gesagt. Eine Vorgabe für die konkrete Grundrechtsabwägung durch die Fachgerichte ist dies jedenfalls nicht. Konkreter werden die Darlegungen des BVerfG auch nicht, wenn es heißt, der Ausgleich der Widersprüche solle beiderseits möglichst schonend erfolgen.

801 BVerfGE 97, S. 169 (176), unter Verweis auf die Bürgerschaftsentscheidung BVerfGE 89, S. 214 (232); Prinzipien zur Kollisionsauflösung z.B. bei *Kingreen/Poscher*, a.a.O., Rn. 336ff.; *Jarass/Piero*, GG, 16. Aufl. 2020, Vorbem. vor Art. 1 GG, Rn. 46ff.

802 Im Beschluss des BVerfG zum „Recht auf Vergessen I“ sind dies Besonderheiten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts unter den Kommunikationsbedingungen des Internets einerseits, der Bereitstellung von Onlinearchiven im Interesse der Presse- und Meinungsäußerungsfreiheit andererseits; BVerfGE 152, S. 152, Rn. 101, 113.

803 BVerfGE 138, S. 296 (333, Rn. 98) unter Bezugnahme auf E 108, S. 282 (299f.).

biet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung gebühre ihm ein besonders weiter Einschätzungs- und Prognosevorrang.⁸⁰⁴ Fehlen gesetzliche Regelungen, obliegt die Herstellung praktischer Konkordanz im Streitfall der Rechtsprechung,⁸⁰⁵ vor allem den Fachgerichten.⁸⁰⁶

Aus „Grundrechtsnormen abzuleitende Schutzpflichten“⁸⁰⁷ geböten in der Regel kein bestimmtes Handeln. Eine Verletzung der Schutzpflichten, ein Verstoß gegen das „Untermaßverbot“⁸⁰⁸ könne nur festgestellt werden, wenn „eine Grundrechtsposition den Interessen des anderen Vertragspartners in einer Weise untergeordnet wird, dass in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts von einem angemessenen Ausgleich nicht mehr gesprochen werden kann.“⁸⁰⁹

b) Inhalt und Umfang des Verhältnismäßigkeitsprinzips

Wenn ein Handeln staatlicher Stellen in Wahrnehmung der Schutzpflicht zugleich in kollidierende Grundrechte eingreift, ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten. Dazu heißt es in der Rechtsprechung des BVerfG, der Schutz müsse wirksam und „angemessen“ sein. Geprüft wird damit zwar nur die dritte Stufe der Verhältnismäßigkeit, also die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, Zumutbarkeit oder Angemessenheit.⁸¹⁰

In einer anderen Entscheidung prüft das BVerfG aber die drei Stufen der Verhältnismäßigkeit⁸¹¹ mit folgenden Maßgaben: Beim Kollisionsausgleich handelt es sich nicht um einseitige Eingriffe des Staates in die Freiheitsausübung Privater, sondern darum, die Freiheit des einen mit der des anderen in Einklang

804 BVerfGE 87, S. 363 (383); 134, S. 204 (227, Rn. 79 mwN.); zur entsprechenden Aufgabe der Rechtsprechung vgl. näher sogleich.

805 Dies ergibt sich in aller Kürze z.B. aus BVerfG vom 9.7.2020 – 1 BvR 719/19, Rn. 18 sowie Orientierungssatz 2b, NZA 2020, S. 1118 – in jenem Fall praktische Konkordanz zwischen der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft und dem Eigentumsrecht des bestreikten Betriebs an seinem Betriebsparkplatz.

806 BVerfGE 152, S. 152, z.B. Rn. 116, 141 usw.

807 BVerfGE 97, S. 169 (177).

808 BVerfGE 88, S. 203 (254).

809 BVerfGE 97, S. 169 (176f.); E 81, S. 242 (255); 89, S. 214 (232 ff.); BVerfGE 92, S. 26 (46 mwN.); 115, S. 205 (246f.); Übersicht zum Untermaßverbot bei *Burkiczak*, Grundrechtswirkungen zwischen Privaten, in: *Becker/Lange* (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 3, 2014, S. 115 (128ff.); vgl. auch *Kingreen/Poscher*, a.a.O., Rn. 315ff.; *Jarass/Pieroth*, a.a.O., Vorbemerkung vor Art. 1, Rn. 56 mwN. Ein Beispiel für die Verletzung der gesetzgeberischen Schutzpflicht findet sich in BVerfGE 114, S. 73 mit relativ konkreten Direktiven des Gerichts an den Gesetzgeber.

810 BVerfGE 88, S. 203 (254); auch im Beschluss zur Kleinbetriebsklausel erörtert das BVerfG nur die Angemessenheit: E 97, S. 169 (178, sub cc); kritisch dazu *Poscher/Kingreen*, a.a.O., Rn. 317: Unter Berufung auf das Untermaßverbot brächten sich letztlich wieder die subjektiven Urteile und Vorurteile der jeweils Prüfenden zur Geltung. – Dies ist berechtigte Kritik an der Angemessenheit oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, wenn sie, wie in der Rechtsprechung zumeist, mehr ist als bloßes Korrektiv der entscheidenden Abwägungsaspekte.

811 Zum Equal Pay-Gebot des § 3 AÜG 2002: BVerfG vom 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03 u.a., NZA 2005, S. 153.

zu bringen.⁸¹² Verhältnismäßigkeitsprüfung und Abwägung sollten nicht allein aus der Perspektive des Grundrechts eines Einzelnen vorgenommen werden, sondern hätten sich auch auf den Ausgleich zwischen gleichberechtigten Grundrechtsträgern zu beziehen.⁸¹³

Hier diskutiert das BVerfG alle „Stationen“ der Verhältnismäßigkeit, wenn auch „abwägend und nicht ohne Anpassung an die Besonderheiten der Mehrpoligkeit“.⁸¹⁴ Voraussetzung und Grundlage dieses Ausgleichs ist freilich stets, dass Maßnahmen der öffentlichen Hand zugunsten des einen Grundrechts dadurch zugleich zulasten des anderen, seinem Schutzbereich nach ebenfalls einschlägigen Grundrechts wirken: Durch den Gewinn an rechtlicher Freiheit der einen Seite erleidet die andere entsprechenden Verlust – wenn auch möglichst maßvoll und ausgleichend.

c) **Praktische Konkordanz durch Rechtsprechung der Arbeitsgerichte in normativ kaum geregelten Bereichen**

Den Schutz hat vor allem der Gesetzgeber zu gewährleisten. „Gleiches gilt, wenn die Zivilgerichte mangels einer Entscheidung des Gesetzgebers im Wege der Rechtsfortbildung oder der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe die Schutzpflicht wahrnehmen.“⁸¹⁵ Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum haben auch die Zivilgerichte, wenn sie mangels einer Entscheidung des Gesetzgebers im Wege der Rechtsfortbildung oder der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe die Schutzpflicht wahrnehmen.

Gerichtliche Entscheidungen von Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis greifen zumeist in Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG des einen Teils ein, wenn sie die Schutzpflicht zugunsten des anderen wahrnehmen.⁸¹⁶ Die Zivilgerichte stehen unter Entscheidungszwang, sie haben über die Anträge zu ent-

812 BVerfGE 128, S. 226 (249) (FRAPORT); dazu *Masing*, Grundrechtsschutz trotz Privatisierung, in: FS Bryde zum 70. Geburtstag, 2013, S. 409 (422f.).

813 BVerfGE 134, S. 204 (223ff.); auch dafür wird Wechselwirkung relevant sein; vgl. *Wank*, Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, 2013, S. 52ff.

814 BVerfGE 115, S. 205 (233); ähnlich *Wank*, ebd.

815 BVerfGE 96, S. 56 (64) unter Verweis auf seine Aussperrungsentscheidung: E 84, S. 212 (226f.). S. auch BAG vom 20.11.2012, a.a.O., Rn. 114, sowie ErfK/*Schmidt*, a.a.O., Rn. 68. Damit wird Rechtsprechung zu gesetzlich nicht oder kaum geregelten Materien freilich keine Rechtsquelle. Sie bleibt „Rechtserkenntnisquelle“; vgl. BVerfGE 131, S. 20 (42 mwN.).

816 In BVerfGE 115, S. 205 (233) heißt es dementsprechend: „Fällt die gerichtliche Entscheidung zugunsten der Offenlegung der Geheimnisse aus, liegt darin ein Eingriff in die Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin; wenn die Geheimnisse nicht offenbart werden, wird das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz der Wettbewerber beeinträchtigt.“ Allerdings könnte damit die – ohnehin schwierig zu bestimmende – Grenze zwischen einfachem Recht und „spezifischem Verfassungsrecht“ verschwimmen.

scheiden.⁸¹⁷ Dabei sind sie an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) gebunden und haben darin ihre Grundrechtsbindung (Art. 1 Abs. 3 GG)⁸¹⁸ zu realisieren.

Das BVerfG bezieht sich in seiner Rechtsprechung zur unmittelbaren Grundrechtsbindung der Rechtsprechung fast stets auf die gerichtliche Entscheidung privatrechtlicher Streitfälle durch die Zivilgerichte als grundrechtsgebundenem Teil der öffentlichen Gewalt gemäß Art. 1 Abs. 3 GG – ungeachtet methodischer Einwände, die – zugespitzt – so lauten: „Das Gericht hat die Grundrechte zu beachten, soweit sie gelten; nicht etwa gelten sie, weil ein Gericht entscheidet.“

Dem BVerfG ist zu folgen. Die Grundrechtsbindung der Gerichte kann nur in ihrer Entscheidungstätigkeit relevant sein, nicht außerhalb derselben. Das Wesen ist die Bindung des Gerichts in seiner Spruchstätigkeit an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) und an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG). Grundrechtsberechtigt können für die hier relevanten Kontexte der Umstrukturierung nur die Parteien des Arbeitsverhältnisses sein. Auch dies Wesen muss erscheinen. Dies tut es, wenn das Gericht den Rechtsstreit autoritativ entscheidet, nicht etwa, wenn die Parteien des Rechtsstreits oder aber Stimmen im Schrifttum ihre Meinung dazu darlegen.

Zur Bindung der richterlichen Entscheidung gemäß Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG heißt es im Lüth-Urteil des BVerfG:

„Der Richter hat kraft Verfassungsgebotes zu prüfen, ob die von ihm anzuwendenden materiellen zivilrechtlichen Vorschriften (...) grundrechtlich beeinflusst sind; trifft das zu, dann hat er bei Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften die sich hieraus ergebende Modifikation des Privatrechts zu beachten. Dies ist der Sinn der Bindung auch des Zivilrichters an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG).“⁸¹⁹

Mithin gelten die Grundrechte nicht, weil ein Gericht entscheidet, sondern wenn es entscheidet.

817 BVerfGE 84, S. 212 (226f.): Erfüllung der den Gerichten vom Grundgesetz auferlegten Pflicht, jeden vor sie gebrachten Rechtsstreit sachgerecht zu entscheiden; vgl. aber auch abweichende Meinung der Richter Mahrenholz und Böckenförde, BVerfGE 69, S. 1 (60ff.).

818 Zum Problem der Bindung der Judikative an Grundrechte und an Gesetz und Recht bei der Entscheidung von Rechtsproblemen des Zivilrechts vgl. ausführlich und instruktiv *Lechner/Zuck*, BVerfGG, 8. Aufl. 2019, § 90 Rn. 111ff.

819 BVerfGE 7, S. 198 (206) („Lüth“).

Parallel sei darauf verwiesen, dass hinsichtlich der horizontalen Wirkung der Grundrechte der GRC im Unionsrecht die Dinge ähnlich liegen: Die Durchsetzung der grundrechtlichen Vorgaben der GRC setze regelmäßig die Klage einer Privatperson voraus.⁸²⁰ Die Mitgliedstaaten seien verpflichtet, die Ziele der RL zu erreichen (Art. 288 Abs. 3 AEUV). Diese Pflicht treffe alle Träger öffentlicher Gewalt, also auch die Gerichte.⁸²¹

4. Mittelbare Drittwirkung bei unmittelbarer Bindung (Art. 1 Abs. 3 GG) an die Grundrechte

Nach einer überkommenen Begrifflichkeit der Rechtsprechung des BVerfG wird das, was in Privatrechtsverhältnissen als Kollision von Grundrechten gilt, auch als mittelbare Drittwirkung von Grundrechten bezeichnet.⁸²² Ein Blick in die Rechtsprechung des BVerfG zur mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten zeigt:

a) Mittelbare Drittwirkung des Artikels 12 Abs. 1 GG

Soweit es in der Rechtsprechung des BAG wie der des BVerfG heißt, die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufswahlfreiheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer biete keinen *unmittelbaren* Schutz gegen den Verlust des Arbeitsplatzes aufgrund privater Dispositionen, besagt dies nicht mehr, als dass das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG in den privatrechtlich gestalteten Rechtsbeziehungen der Arbeitsvertragsparteien gilt – eben: wenn nicht unmittelbar, so jedenfalls mittelbar, kraft mittelbarer Drittwirkung. Die dogmatische Begründung mag eine abweichende sein, das Ergebnis, die Grundrechtsbindung der Parteien des Arbeitsvertrages, ggf. in Kollision zueinander, bleibt daselbe. Dies bedeutet:

b) Mittelbare Grundrechtswirkung ähnlich weitgehend wie unmittelbare Grundrechtsbindung

„... Möglicherweise (werden) Private – etwa im Wege der mittelbaren Drittwirkung – unbeschadet ihrer eigenen Grundrechte ähnlich oder auch genauso weit durch die Grundrechte in Pflicht genommen (...), insbesondere, wenn sie in tatsächlicher Hinsicht in eine vergleichbare

820 Jarass, EU-Grundrechte und Privatrecht, in: Heiderhoff u.a. (Hrsg.), EU-Grundrechte und Privatrecht, 2016, S. 31 (33); anders a.a.O., S. 41.

821 EuGH vom 16.5.2019 – C-509/17, Plessers, Rn. 28 mwN. mit Anm. Caspers, EuZA 2020, S. 236ff.

822 BVerfGE 152, S. 152, Rn. 76f., Recht auf Vergessen I, mwN.

Pflichten- oder Garantienstellung hineinwachsen wie traditionell der Staat; (...).⁸²³

Zwar unterscheidet sich die unmittelbare Grundrechtsbindung öffentlich beherrschter Unternehmen „grundsätzlich“ von der „in der Regel“ (! d. Verf.) nur mittelbaren Grundrechtsbindung, der auch Private und private Unternehmen – insbesondere nach den Grundsätzen der mittelbaren Drittwirkung und auf der Grundlage von staatlichen Schutzpflichten – unterworfen seien.⁸²⁴ Jedoch: „Das bedeutet (...) nicht, dass die Wirkung der Grundrechte und damit die – sei es mittelbare, sei es unmittelbare – Inpflichtnahme Privater in jedem Fall weniger weit reicht. Je nach Gewährleistungsinhalt und Fallgestaltung kann die mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates vielmehr nahe- oder auch gleichkommen.“

Anschließend heißt es in einem obiter dictum, es bedürfe vorliegend keiner Entscheidung, wie weit diese Drittwirkung der Grundrechte der unmittelbaren Grundrechtsbindung des Staates gleichkomme, wenn materiell private Unternehmer einen öffentlichen Verkehr eröffneten und damit Orte der allgemeinen Kommunikation schafften. Denn die Anteile an der Fraport AG würden zu mehr als 50 Prozent von öffentlichen Anteilseignern gehalten.⁸²⁵

c) **Drittwirkung der Grundrechte bei allen auslegungsfähigen und -bedürftigen Tatbestandsmerkmalen zivilrechtlicher Vorschriften**

Es geht also um die Auslegung und die Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften, dabei aber nicht mehr bloß um die Generalklauseln des BGB wie §§ 138, 242, 826 BGB, sondern um Auslegung und Anwendung aller Tatbestandsmerkmale zivilrechtlicher Vorschriften. Da so gut wie jede Vorschrift des Zivilrechts auslegungsfähig und auslegungsbedürftig ist, erweitert dies die Horizon-

823 BVerfGE 128, S. 226 (248); Prämisse dieser Passage des Fraport-Urteils ist staatlicher Minderheitsbesitz. In diesem Urteil verwendet das BVerfG übrigens noch die Wendung von der mittelbaren Drittwirkung, was es in neuerer Rechtsprechung nur noch gelegentlich tut; vgl. aber neuerdings etwa BVerfG vom 6.11.2019 – 1 BvR 16/13, BVerfGE 152, S. 152, Rn. 88 („Recht auf Vergessen I“); *H. Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Vorbemerkungen vor Art. 1 GG, Rn. 100, halten die terminologische Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Drittwirkung für unglücklich; zum Terminologischen vgl. auch *Kulick*, NJW 2016, S. 2236; zur Rechtsprechung des BVerfG zur mittelbaren Drittwirkung vgl. *Ruffert*, JZ 2009, S. 389.

824 BVerfGE, a.a.O., S. 249f.; cc) Rn. 59.

825 BVerfGE, a.a.O., S. 249f.; in einem Verfahren der einstweiligen Anordnung, dem „Bierdosen-Flash Mob-Fall“ hat das BVerfG an diese Rechtsprechung angeknüpft und seine Grundsätze aus der Fraport-Entscheidung zur mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten auch für rein privatrechtlich verfasste Beziehungen bekräftigt: BVerfG vom 18.7.2015 – 1 BvQ 25/15, DÖV 2016, S. 55 m. Anm. *Schulenberg*, DÖV 2016, S. 81. In beiden Entscheidungen spielt das Leitbild des „öffentlichen Forums“ eine Rolle, BVerfGE 128, S. 253f.

talwirkung der Grundrechte weit über die sog. „Einbruchstellen“ in den Generalklauseln bzw. die das Rechtsgebiet regierenden Begriffe hinaus.⁸²⁶

Auf diese Weise relativiert das BVerfG auch die scheinbar starre Alternative zwischen Grundrechtsverpflichtung und -berechtigung von Unternehmen im öffentlichen Anteilsbesitz.

5. Schlussfolgerungen

Die Drittwirkung von Grundrechten in Rechtsbeziehungen auf privatrechtlicher Basis im Allgemeinen, solchen zwischen Unternehmen und den von ihnen beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Besonderen, bedeutet Berücksichtigung und Ausgleich der jeweiligen grundrechtlichen Positionen nach Maßgabe praktischer Konkordanz und des Verhältnismäßigkeitsprinzips, soweit der Rechtsstreit – wie stets – durch Auslegung und Anwendung auslegungsfähiger und -bedürftiger Tatbestandsmerkmale des einfachen Rechts zu entscheiden ist. Die Horizontalwirkung bezieht sich vor allem auf die richterliche Entscheidung zivilrechtlicher Fälle. Die Rechtsprechung ist dabei als öffentliche Gewalt gemäß Art. 1 Abs. 3 GG grundrechtsverpflichtet.

Summa summarum heißt dies:

„Insgesamt haben die Gerichte bei jedem Rechtsstreit (auch) unter Privaten die Wirkungen der Grundrechte zu beachten. Dabei geht es nicht nur um eine grundrechtskonforme Auslegung des Privatrechts, sondern auch um dessen grundrechtskonforme Anwendung. (..) Auch hier (muss) regelmäßig ein Ausgleich zwischen dem Schutz des einen Grundrechtsinhabers und der Beeinträchtigung des anderen Grundrechtsinhabers getroffen werden.“⁸²⁷

6. Insbesondere: Strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers im „asymmetrischen“ Arbeitsverhältnis

Betrifft Bipolarität privatrechtlicher Rechtsverhältnisse Wechselwirkungen der Interessen und Rechte der einander verbundenen Parteien, ohne Stärke und Intensität der Wirkung der jeweiligen Position aufeinander zu gewichten,

⁸²⁶ BVerfG 129, S. 78 (102).

⁸²⁷ Jarass/Piero, a.a.O., Art. 1 Rn. 54f.

deutet Asymmetrie des Arbeitsverhältnisses⁸²⁸ die imparitätische Verfassung der – sei es faktischen, sei es rechtlich verfassten – Macht, Durchsetzungsfähigkeit einer Partei der anderen gegenüber an. Dazu heißt es in ständiger Rechtsprechung des BVerfG⁸²⁹, der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis sei „strukturell unterlegen“.

a) Allgemeine Bedingungen der strukturellen Überlegenheit des Arbeitgebers

Die strukturelle Überlegenheit des Arbeitgebers bedingt die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers. Jene gründet sich auf seine Entscheidungsgewalt über Produktionsort, Personalbedarf und Produktivität der Betriebe und damit über Arbeitsplätze und Arbeitsbedingungen.

Konkreter hieß dies am Beispiel des vom BAG zu entscheidenden Falls der Rechtmäßigkeit des Streiks der Gewerkschaft ver.di auf dem der Firma Amazon gehörenden Firmenparkplatz: In Anbetracht dessen, dass allein die Arbeitgeberin die örtlichen Gegebenheiten ihrer Betriebsstätte auswähle und gestalte, könnte sie mit ihrer Entscheidung für die räumliche Position einer Betriebsstätte Arbeitskampfmaßnahmen und die Werbung für die Teilnahme an diesen oder auch nur die Werbung für den Gewerkschaftsbeitritt tatsächlich verhindern.

828 Gemeint damit ist die qualitativ unterschiedliche Betroffenheit des jeweils anderen Parts des Arbeitsverhältnisses von Maßnahmen dem einen gegenüber; vgl. dazu HK-ArBR/*Hensche*, 4. Aufl. 2017, Art. 9 GG, Rn. 94f.; *Bock*, Investorenvereinbarungen zur Sicherung von Arbeitnehmerinteressen, 2018, S. 39ff. zu Kollisionen im Arbeitsverhältnis bei der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen.

829 Ständige Rechtsprechung des BVerfG, jüngst z.B. E 149, S. 126, Rn. 47 mwN. („Zuvor-Beschäftigung“ bei sachgrundloser Befristung); ebenfalls zur sachgrundlosen Befristung BVerfGE 126, S. 286 (300f.); BVerfG vom 14.11.2018 – 1 BvR 1278/17, NZA 2019, S. 112 (zur Binnendifferenzierung in Sozialtarifverträgen), Rn. 7 mwN. aus der Rspr. des BVerfG zum Thema der Unterlegenheit des einen Vertragspartners bzw. – im Arbeitsverhältnis – der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers; auch BVerfGE 84, S. 212 (226) sowie BVerfG vom 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06, NZA 2007, S. 85 (87 li. Sp.); zu den kollidierenden Interessen auf kollektiver Ebene, in Bezug auf Tarifvertrag und Arbeitskampf vgl. die zutreffende Darstellung der Gründe in BAG, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, A.I.2. Das qualitativ unterschiedliche Verhältnis zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern wird vor allem im Arbeitskampfrecht diskutiert; vgl. BVerfG vom 9.7.2020 – 1 BvR 719 sowie 720/19, NZA 2020, S. 1118, Rn. 10 sowie 14 und 19, Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des BAG vom 20.11.2018 – 1 AZR 12/17, NZA 2019, S. 402 (Streik ver di auf Firmenparkplatz von Amazon); vgl. auch *Räder*, AuR 2020, S. 389; *Wolter*, in: *Däubler* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 16 und 21; *Treber*, Aktiv produktionsbehindernde Maßnahmen, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Bd. 146, 1996, S. 402ff.; zum Tarifvertragsrecht vgl. *Däubler* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl. 2016, Einleitung, Rn. 95ff.; *Wiedemann-Jacobs*, TVG, 8. Aufl. 2019, Einleitung, Rn. 58ff.; *Dieterich*, RdA 2002, S. 2; *Wank*, RdA 1999, S. 131; *Smets*, NVwZ 2019, S. 34, alle mwN.

b) Bedingungen struktureller Überlegenheit des Arbeitgebers in den kollektiven Arbeitsbeziehungen im Besonderen

Damit bestünde die Gefahr, dass über die Planung der betrieblichen Flächen Gewerkschaftsrechte gezielt ausgehöhlt würden. Insoweit sei es sogar grundrechtlich geboten, gegenläufigen Rechten auch auf dem Betriebsgelände zur Geltung zu verhelfen, wenn diese sonst tatsächlich bedeutungslos würden.⁸³⁰ Habe die Gewerkschaft keine Möglichkeit, notfalls in den Arbeitskampf einzutreten, sei die Arbeitgeberseite aufgrund ihrer Dispositionsbefugnis über Standort, Betriebsmittel und Arbeitsplätze der Gewerkschaft von vornherein überlegen.⁸³¹ Praktische Konkordanz erfordere aber, dass kein Recht ein anderes vollständig verdränge.⁸³²

Nach Auffassung des BVerfG herrscht strukturelle Überlegenheit des Arbeitgebers, auch des einzelnen nicht nur gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern, sondern auch im Verhältnis zu ihrer Koalition. Dies gelte besonders in einer Situation, in der die Gewerkschaft erstmals versucht, Arbeitnehmerinteressen tarifvertraglich zu sichern, wie etwa ver.di bei Amazon. Nicht schon der bloße Zusammenschluss der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zur Koalition, auch nicht jede spezifisch koalitionsgemäße Betätigung, wohl aber der Streik vermöge die strukturelle Verhandlungsschwäche der Gewerkschaft auszugleichen. Ohne Streiks oder gleich effektive Eskalationsstufen zur Herstellung von Kompromissfähigkeit wären Kollektivverhandlungen nur „kollektives Betteln“.⁸³³ Aus der Möglichkeit der Gewerkschaft, unter den konkret gegebenen Umständen den Firmenparkplatz von Amazon zu nutzen, folge allerdings nicht, dass das Hausrecht nicht mehr als Mittel zur Verfügung stünde, Arbeitskampfmaßnahmen abzuwehren.

c) Strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers im einzelnen Arbeitsverhältnis

Im Arbeitsverhältnis ändere Kündigungsschutz nichts an den ungleichen Kräfteverhältnissen der Arbeitsvertragsparteien. Dasselbe wie bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses gelte beim Arbeitsvertragsschluss und im laufenden Ar-

830 BVerfG vom 9.7.2020, a.a.O.

831 BVerfG vom 9.7.2020, a.a.O., Rn. 24.

832 BVerfG vom 9.7.2020, a.a.O., Rn. 18.

833 BVerfG vom 9.7.2020, ebd., Rn. 20ff. unter Bezug auf BAG AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, A. I. 2 a) der Gründe (Bl. 929 R). Das BAG zitiert dabei Blanpain; die Entscheidung des BVerfG mit konkreter Darstellung und Abwägung der im Einzelfall entscheidungsrelevanten Faktoren.

beitsverhältnis.⁸³⁴ Art. 12 Abs. 1 GG schütze das Interesse des Arbeitnehmers an zumutbaren Arbeitsbedingungen.⁸³⁵ Das ist wohl als deskriptive, nicht als normative Aussage gemeint.

d) Funktionen der Grundrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis

Auch vermögen Grundrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nichts an dem sozialen Grundsachverhalt ihres existentiellen Angewiesenseins auf das Arbeitsverhältnis zu ändern. Dagegen ist für den Arbeitgeber die Arbeitskraft jedenfalls bestimmter Arbeitnehmer im Allgemeinen verzichtbar, auch in Zeiten der Vollbeschäftigung. In Anlehnung an die die Realitäten zutreffend wiedergebende Redeweise des BAG zur Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung sind Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zumeist „austauschbar“.

Grundrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit Blick auf das Arbeitsverhältnis sollen weder in ihrer objektivrechtlichen Schutzfunktion⁸³⁶ noch in ihrer Funktion als subjektive Rechte ihre persönliche Abhängigkeit beschränken, wohl aber „hinreichenden Schutz davor bewirken (können), dass eine Unterlegenheit im Arbeitsverhältnis ausgenutzt wird.“⁸³⁷ – Anders gesagt: Die rechtliche Verfassung des produktiven Eigentums und das daraus erwachsende Machtgefälle im Verhältnis zwischen Kapital und Arbeit vorausgesetzt, sollen Arbeitnehmergrundrechte zwar nicht vor der überlegenen Macht der Arbeitgeberseite, immerhin aber vor deren „Ausnutzung“ schützen.⁸³⁸

834 BVerfG vom 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06, NZA 2007, S. 85, Orientierungssatz 3.b.; vgl. auch BVerfG vom 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, S. 112 zur Verfassungsmäßigkeit der „Binnendifferenzierung“ im TV bei der Fa. Nokia; der EuGH spricht demgegenüber nur vom Arbeitnehmer als der „schwächeren Partei des Arbeitsvertrags“; vgl. z.B. EuGH vom 14.5.2019 – C 55/18, CCOO, BB 2019, S. 1978, Rn. 44f. mwN; Anm. Lörcher zu diesem Urteil: AuR 2019, S. 418; zu Fragen des Urlaubs bei Art. 31 Abs. 2 GRC i.V.m. der Arbeitszeit-RL Buschmann, AuR 2019, S. 233. Deutlich dezidiert als diese vage Charakterisierung in der Rechtsprechung des EuGH ist die des BVerfG von der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers.

835 So zu Recht das BVerfG vom 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06, Rn. 49 mwN. = NZA 2007, S. 85 (87).

836 Die Verletzung der objektivrechtlichen Schutzfunktion eines Grundrechts, insbesondere durch den Gesetzgeber, kann ebenfalls mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden.

837 BVerfG vom 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, S. 112 (Rn. 7); Ausschluss der Ausnutzung der strukturellen Verhandlungsstärke der Verwerter gegenüber den Urhebern: BVerfGE 134, S. 204 (231, Rn. 91).

838 „Ausnutzung“ ist weniger als Ausbeutung oder Missbrauch, aber mehr als bloßer „Gebrauch“. Individuelles Arbeitsrecht bezweckt Schutz des Arbeitnehmers. Aber fehlendes Verbandsklagerecht; Fristen; Darlegungslasten; Typen- und weitere Funktionsdefizite (s. auch Zweiter Abschnitt, C. VI.) ermöglichen es dem Arbeitgeber, durch Verfahrensrecht seine strukturelle Überlegenheit im Arbeitsverhältnis auszunutzen.

e) Insbesondere: Arbeitnehmergrundrechte und Berufsfreiheit

Das Gewicht des Grundrechts Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus Art. 12 Abs. 1 GG könnte sich zu ihren Gunsten verstärken, weil in den Arbeitsbeziehungen mehr als in anderen Schuldverhältnissen, typische Gefährdungen für das Grundrecht bestehen. Eine wichtige Funktion des Arbeitsrechts liegt in der Begrenzung der Herrschaft des Unternehmens bzw. Arbeitgebers über die abhängige Arbeit mit Mitteln des Rechts; eine andere Funktion des Arbeitsrechts drückt diese Herrschaft gerade aus. Idealtypisch erscheint dieses widersprüchliche Verhältnis in § 105 GewO, der Vertragsfreiheit einerseits, „entgegenstehenden“ gesetzlichen Vorschriften, Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen andererseits. Eine reale Vertragsfreiheit für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer kann nur in besonders gelagerten Fallkonstellationen, bei bestimmten Berufsgruppen, bei „Führungskräften“⁸³⁹ und ggf. in Zeiten der Vollbeschäftigung bestehen.

Dagegen ist dies im Arbeitsverhältnis bestehende Machtgefälle besonders in der Umstrukturierung zugunsten des Arbeitgebers ausgeprägt. Strukturelle Überlegenheit der einen Seite kann auch besondere „gleichheitsrechtliche Anforderungen für das Verhältnis zwischen Privaten aus Art. 3 Abs. 1 GG für spezifische Konstellationen ergeben“.⁸⁴⁰ Der Eigentümer darf in einem solchen Fall seine aus dem Hausrecht oder aus struktureller Überlegenheit resultierende Entscheidungsmacht nicht dazu nutzen, bestimmten Personen ohne sachlichen Grund ein bundesweit gültiges Stadionverbot auszusprechen, also ohne Beachtung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG einseitige Maßnahmen zu deren Lasten ergreifen.

Der Bezug dieser Untersätze in der Entscheidung des BVerfG auf das Arbeitsverhältnis ergibt: Im laufenden Arbeitsverhältnis ergehen zwar durchweg einseitige Maßnahmen des Arbeitgebers durch Ausübung des Direktionsrechts. Dies gilt auch für die Durchführung von Umstrukturierungen. Auch insoweit ist der Arbeitgeber „strukturell überlegen“. Eine „spezifische Konstellation“, ähnlich der, aufgrund derer das Stadionverbot ausgesprochen worden ist, wird im Arbeitsverhältnis aber selten in Betracht kommen. Allerdings können sich „eventuell weitergehende Anforderungen aus den speziellen Gleichheitsrechten wie Art 3 Abs. 2 und 3 GG“ ergeben.⁸⁴¹

839 *Besger* (Hrsg.), Handbuch Führungskräfte, 2012, Teil 1, A.

840 BVerfGE 148, S. 267, Rn. 39ff. (lebenslanges, vom MSV Duisburg ausgesprochenes Stadionverbot).

841 BVerfGE 148, a.a.O., Rn. 40 a.E.; derartige Konstellationen des allgemeinen Gleichheitssatzes und spezieller Gleichheitssätze werden im Vierten Abschnitt diskutiert. Dabei geht es aber nicht um die mittelbare Grundrechtsbindung Privater, sondern insbesondere um die des hamburgischen Gesetzgebers.

7. Keine Bestandsgarantie des Arbeitsverhältnisses, jedoch Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers „mitzugehen oder zu bleiben“; Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses

a) Nach § 613a Abs. 6 BGB und der BÜ-RL

Der Widerspruch gegen den Betriebsübergang nach § 613a Abs. 6 BGB führt dazu, dass das Arbeitsverhältnis zum bisherigen Arbeitsvertragspartner des Arbeitnehmers fortbesteht. Die BÜ-RL verwehrt dem Arbeitnehmer zwar nicht den Widerspruch. Sie verpflichtet andererseits die Mitgliedstaaten nicht, bei Widerspruch des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis zum bisherigen Arbeitgeber (z.B. bis zum Ablauf des Arbeitsverhältnisses aufgrund betriebsbedingter Kündigung) aufrechtzuerhalten. Die Mitgliedstaaten könnten regeln, dass der Arbeitsvertrag nach Widerspruch entweder vom Arbeitnehmer oder vom Arbeitgeber als gekündigt gilt oder aber mit dem Veräußerer bestehen bleibt.⁸⁴²

b) Inhalt des Art. 12 Abs. 1 GG im Arbeitsverhältnis beim Widerspruch gegen den Betriebsübergang

Art. 12 Abs. 1 GG soll nach der Rechtsprechung des BVerfG keine Bestandsgarantie für den einmal gewählten Arbeitsplatz enthalten.⁸⁴³ Auch gegen den Verlust eines Arbeitsplatzes aufgrund privater Disposition, also durch Rechtsgeschäft (Kündigung, Aufhebungsvertrag, Fristvereinbarung), verleihe Art. 12 Abs. 1 GG keinen unmittelbaren Schutz – was freilich, nicht anders als in anderen privatrechtlichen Rechtsbeziehungen, wie bereits erwähnt, Schutz jedenfalls im Wege der mittelbaren Drittwirkung des Art. 12 GG einschließt.

In seiner Entscheidung zum gesetzlich vollzogenen Betriebsübergang im Universitätsklinikum Gießen und Marburg (UKGM) trifft das BVerfG dazu folgende feinsinnige Unterscheidung: Das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG soll zwar keine Bestandsgarantie für den einmal gewählten Arbeitsplatz und auch keinen unmittelbaren Schutz gegen den Verlust eines Arbeitsplatzes aufgrund privater Dispositionen enthalten,⁸⁴⁴ wohl aber das Recht des Arbeitnehmers, sich „...für die Beibehaltung des Landes als Arbeitgeber – mit allen damit verbundenen Risiken – zu entscheiden.“⁸⁴⁵ Geschützt wird also die Entscheidungsfreiheit der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers bezüglich ihres bzw. seines Arbeitgebers. Das Risiko des Verlustes des Arbeitsplatzes aufgrund

842 EuGH vom 16.12.1992 – C-132/91, Katsikas, NZA 1993, S. 169, Rn. 32ff.; nicht klar BAG vom 31.1.2019 – 8 AZR 410/13, Rn. 125, ZTR 2019, S. 455; vgl. auch *von Medem*, Anm. zu EuGH vom 13.6.2019 – C-664/17, Nafpigeia, ZESAR 2020, S. 226ff. (229).

843 BVerfGE 84, S. 133 (146).

844 BVerfGE, 128, S. 157, B.I.2.a), S. 176f.

845 BVerfGE, a.a.O., B.I.3.c)bb), S. 185.

betriebsbedingter Kündigung nach Widerspruch gegen einen Betriebsübergang, wenn der Arbeitnehmer seine Entscheidungsfreiheit in diesem Sinne betätigt hat, nimmt ihm die Entscheidung des BVerfG nicht ab.

Das BVerfG hat die Verfassungswidrigkeit mit der Notwendigkeit der Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers begründet. In der Praxis wird dem vielfach keine reale Freiheit des Arbeitnehmers entsprechen, sich zwischen „Mitgehen oder Bleiben“ zu entscheiden.

Immerhin können einige Erwägungen in den Gründen des Beschlusses des BVerfG dem Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG als Grundrecht der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer besonderes Gewicht verleihen. Dazu zählt bei Privatisierung und Umstrukturierung die Relevanz ihrer Planungszusammenhänge und der Verlust eines vergleichsweise sicheren Arbeitsverhältnisses im öffentlichen Dienst bei Überleitung des Unternehmens in privatrechtliche Rechtsformen.⁸⁴⁶ Darauf kann in fachgerichtlichen Verfahren bei Privatisierung verwiesen werden.

D. Grundrechte der Arbeitsvertragsparteien in der Rechtsprechung des BVerfG zum Kündigungsschutz

I. Themen der beiden Beschlüsse des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 KSchG

1. Kollisionen von Grundrechten der Arbeitsvertragsparteien und verfassungskonforme Auslegung des Betriebsbegriffs

Dargelegt worden ist, dass Betriebe und Unternehmen u.a. durch Massenentlassungen und betriebsbedingte Kündigungen, neuerdings auch „Freiwilligenprogramme“ genannt, umstrukturiert werden bzw. auch schon dadurch, dass diese Rechte des Arbeitgebers in „strategischer Reserve“ für ihn stets bereit liegen.⁸⁴⁷ Dazu wurde Bezug genommen auf Rechtsprechung zum Kündigungsschutz: „konsolidierte“ Rechtsprechung des BAG, ältere des BVerfG.

Womöglich weil die Beschlüsse des BVerfG nach einem engen Verständnis unmittelbar nur dem betrieblichen Geltungsbereich des KSchG (§ 23 Abs. 1 KSchG) galten, wurden sie im Arbeitsrecht eher beiläufig zur Kenntnis genom-

⁸⁴⁶ Vgl. dazu unten Vierter Abschnitt, A.III.

⁸⁴⁷ S. oben Erster Abschnitt, A.IV.2.

men. Dabei enthalten sie Grundsätzliches zu kollidierenden Grundrechten der Parteien des Arbeitsvertrages und zu verfassungsrechtlichen Prinzipien des Kündigungsschutzes. Diese können in der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen relevant werden. Deshalb werden sie nun zur Diskussion gestellt.

Zur verfassungskonformen Auslegung einfachen Rechts, insbesondere des Kündigungsschutzes, enthält diese Rechtsprechung des BVerfG ebenfalls bedeutende methodische Ansätze. Sie sind auch zu beachten.

2. Die Verfahren; Begleitumstände

Die beiden Ausgangsrechtsstreite, die den Vorlagen der Arbeitsgerichte Reutlingen und Bremen zugrunde lagen, hatten den betrieblichen Geltungsbereich des § 23 KSchG zum Gegenstand. In beiden Verfahren fehlte es an der für die Geltung des Gesetzes erforderlichen Anzahl von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Im Reutlinger Verfahren war der „Schwellenwert“⁸⁴⁸ nicht erreicht, im Bremer Fall galt das Gesetz aufgrund seiner Regelungen zur „Anrechnungsmodalität“ Teilzeitbeschäftigter nicht.⁸⁴⁹ „Schwellenwert“ meint die Anzahl der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die der beklagte Arbeitgeber idR beschäftigen muss, damit das KSchG gilt (§ 23 Abs. 1 S. 2 KSchG). Die „Anrechnungsmodalität“ im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG bestimmt, wie viele teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des beklagten Arbeitgebers in welchem Umfang ihrer regelmäßigen Arbeitszeit als ein Arbeitnehmer im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 2 gelten.

Zur Verfassungsmäßigkeit des Schwellenwerts des § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG mit seinerzeit fünf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern hatte das Arbeitsgericht Reutlingen 1986 ein bei ihm anhängiges Kündigungsschutzverfahren ausgesetzt und dem BVerfG nach Art. 100 GG vorgelegt.

Zur Anrechnungsmodalität legte das Arbeitsgericht Bremen 1992 dem BVerfG ebenfalls vor. Nach dem BeschFG 1985 galten geringfügig Beschäftigte mit einer Arbeitszeit von nicht mehr als zehn Stunden pro Woche nicht als Arbeitnehmer des Betriebs. In dem in Bremen belegenen Betrieb arbeiteten vier Vollzeitbeschäftigte und Dutzende geringfügig Beschäftigte. Das KSchG fand also nach seiner seit 1985 geltenden Fassung keine Anwendung. Seit dem KSchG 1951 bis zum BeschFG 1985 war dagegen jeder Beschäftigte, ungeachtet seiner Arbeitszeit, ein Arbeitnehmer.

848 BVerfGE 97, S. 169.

849 BVerfGE 97, S. 186.

Über beide Vorlagen entschied das BVerfG am 27.1.1998. Das Arbeitsgericht Reutlingen hatte elf Jahre und zwei Monate zuvor vorgelegt, das Bremer Arbeitsgericht nur sechs Jahre. Während der Anhängigkeit beim BVerfG änderte das arbeitsrechtliche BeschFG vom 25.9.1996 u.a. Schwellenwert und Anrechnungsmodalität des § 23 Abs. 1 KSchG durchgreifend und gegenläufig: Durch Verdoppelung des Schwellenwerts von fünf auf zehn regelmäßig beschäftigte Arbeitnehmer (§ 23 Abs. 1 S. 2 KSchG) beschnitt es den Kündigungsschutz erheblich; die geänderte Anrechnungsmodalität Teilzeitbeschäftigter (§ 23 Abs. 1 S. 3 KSchG) erweiterte ihn geringfügig: Seitdem galt ein geringfügig Beschäftigter als ein viertel Arbeitnehmer; einer mit 20 Stunden pro Woche als halber und einer mit nicht mehr als 30 Stunden als ein dreiviertel Arbeitnehmer. Beide Normenkontrollverfahren hatten den Rechtszustand vor dem arbeitsrechtlichen BeschFG zugrunde zu legen, also den des BeschFG 1985.⁸⁵⁰

II. Inhalte der beiden Beschlüsse des BVerfG

1. Beschluss des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel (§ 23 Abs. 1 S. 2 KSchG; „Schwellenwert“)

a) Prüfungsgegenstand der Entscheidung des BVerfG: § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG 1951

Die erste Entscheidung erging zur Verfassungsmäßigkeit der Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG im Verfahren der konkreten Normenkontrolle gemäß Art. 100 GG auf Vorlage des Arbeitsgerichts Reutlingen, die bereits seit 1986 beim BVerfG anhängig war. 1986 galt – seit Inkrafttreten des Gesetzes inhaltlich unverändert – Kündigungsschutz in der Fassung des § 23 KSchG 1951,⁸⁵¹ also mit dem „Schwellenwert“ fünf Arbeitnehmer.⁸⁵² Im Ausgangsfall war dieser Schwellenwert nicht überschritten, der Kläger hatte also keinen Kündigungsschutz. Dies hielt das vorlegende Arbeitsgericht für verfassungswidrig.

Inzwischen hatte das arbeitsrechtliche BeschFG 1996 den Schwellenwert aber von „fünf“ auf „zehn“ verdoppelt – so die Gesetzeslage zum Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG im Januar 1998.

850 Soweit die grobe, keineswegs vollständige Übersicht über die diversen, von den politischen Diskussionen um Sinn und Zweck des Kündigungsschutzes getriebenen Änderungen; vgl. die detaillierte Übersicht bei KR-Bader, 12. Aufl. 2019, § 23 KSchG, Rn. 1ff.; HaKo-KSchR/Pfeiffer, 7. Aufl. 2021, § 23 KSchG, Rn. 1ff.

851 Seinerzeit noch § 21. Am Inhalt hatte das BeschFG 1985 mit Ausnahme der Transformation geringfügig Beschäftigter zu „1/4-Arbeitnehmern“ nichts geändert.

852 § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG ist nunmehr – in stark veränderter Fassung – dessen Satz 3. Zur Zugrundeliegung dieser Fassung der Kleinbetriebsklausel in der Entscheidung des BVerfG s. unten D.I. und II.

Das BVerfG legte seiner Entscheidung den Schwellenwert von „fünf“, also den Rechtszustand des KSchG 1951 i.d.F. des BeschFG 1985 zugrunde.

b) Grundrechtliche Prüfungsmaßstäbe

Prüfungsmaßstäbe des Beschlusses des Ersten Senats des BVerfG zum Schwellenwert „fünf Arbeitnehmer“ sind Art. 12 Abs. 1⁸⁵³ und Art. 3 Abs. 1 GG.⁸⁵⁴

Zunächst erörtert der Beschluss kollidierende Grundrechte gemäß Art. 12 Abs. 1 GG von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in Betrieben mit einer Arbeitnehmerzahl, die den Schwellenwert nicht übersteigt, gegenüber der Berufsfreiheit der sie beschäftigenden Arbeitgeber. In diesem Teil des Beschlusses geht es vor allem um Kollisionen der beiderseitigen Grundrechte des Art. 12 GG und deren Auflösung. Der Ausgleich, den das Gesetz gefunden habe, sei „verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.“⁸⁵⁵

Prüfungsmaßstab des zweiten Teils des Beschlusses (B.II. der Gründe) ist Art. 3 Abs. 1 GG. Ergebnis der Prüfung: Auch die Betriebsgröße (fünf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einschließlich) sei grundsätzlich verfassungsmäßig, jedoch nur, wenn der Betriebsbegriff des § 23 „verfassungskonform beschränkt“ werde.⁸⁵⁶

c) Grundrechtseingriffe durch § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG?

§ 23 Abs. 1 S. 2 KSchG hat in bestehende Arbeitsverhältnisse und damit in grundrechtlich geschützte Positionen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nicht eingegriffen, so der Beschluss des BVerfG zu Recht.⁸⁵⁷ Die Norm gestalte das private Vertragsrecht aus und sei allein am objektiven Gehalt der Grundrechte zu messen. Art. 12 GG könne nur verletzt sein, wenn der Gesetzgeber mit § 23 seiner aus diesem Grundrecht abzuleitenden Pflicht zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Arbeitgeberkündigungen nicht hinreichend nachgekommen sei. Das sei er jedoch.

aa) KSchG 1951 – Eingriff in Arbeitgebergrundrechte in Betrieben mit mehr als fünf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern

Ein Eingriff als das einer staatlichen Stelle zurechenbare Verhalten setze deren aktives Tun voraus. Das müsse zu einer Belastung von Grundrechtsträgern ge-

853 BVerfGE 97, S. 169 (175ff., B.I. der Gründe).

854 BVerfGE, a.a.O., S. 169 (180 ff.; B.II. der Gründe).

855 BVerfGE, a.a.O., S. 178.

856 BVerfGE, a.a.O., B.II.4.b), vor aa), S. 169 (182) sowie sub bb), a.a.O., S. 184f.

857 BVerfGE 97, S. 169 (175f., B.I.2. der Gründe).

führt haben⁸⁵⁸ – wie 1951 mit Erlass des KSchG. Dieses hatte in Grundrechte der Arbeitgeber in Betrieben mit mehr als fünf regelmäßig Beschäftigten eingegriffen, wurden diese Betriebe doch dem Kündigungsschutz unterworfen. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in diesen Betrieben erhielten Kündigungsschutz. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Kleinbetrieben hatten vor Erlass des Gesetzes keinen solchen. In Grundrechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wurde damit durch das Gesetz 1951 nicht eingegriffen.

Die Rechtslage änderte sich bis 1996 jedenfalls insoweit nicht. Folglich wurde bis dahin in Grundrechte nicht eingegriffen. Dies galt auch für das Verfahren vor dem Arbeitsgericht Reutlingen. Der Aussetzungs- und Vorlagebeschluss war bereits 1986, zehn Jahre früher ergangen.

bb) Das arbeitsrechtliche BeschFG 1996 – Eingriff in Arbeitnehmer-Grundrechte in Betrieben mit einem Schwellenwert größer fünf bis zehn

Jedoch griff das arbeitsrechtliche BeschFG 1996 mit Verdoppelung des Schwellenwerts auf zehn in die Berufsfreiheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ein, die zuvor Kündigungsschutz hatten, ihn – nach Ablauf einer gesetzlichen Übergangsfrist bis 1999 – nun aber verloren. Der Beschluss des BVerfG erging 1998, als diese Erhöhung des Schwellenwerts bereits in Kraft war, aber die Übergangsfrist des § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG noch lief. Darauf hebt der Beschluss aber nicht ab. Sein Prüfungsgegenstand ist allein der Schwellenwert von fünf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern laut KSchG 1951, der auch dem Ausgangsfall des Arbeitsgerichts Reutlingen zugrunde gelegen hatte. Die Gesetzesänderungen 1996 fließen in die Entscheidung des BVerfG von 1998 zum Schwellenwert nicht ein.

Diese beiden Eingriffe erörtert der Beschluss des BVerfG also nicht – nicht fernliegend 47 Jahre nach Eingriff durch Erlass des KSchG im Jahre 1951 in Grundrechte der Arbeitgeber, die damit dem Kündigungsschutz unterworfen wurden. Der Eingriff in Grundrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus Art. 12 GG (Verdoppelung des Schwellenwerts auf zehn) durch das arbeitsrechtliche BeschFG 1996 ist nicht Prüfungsgegenstand des Beschlusses des BVerfG, weil es ihm nur auf den Schwellenwert nach KSchG 1951 ankam.⁸⁵⁹

⁸⁵⁸ Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Vorb. vor Art. 1, Rn. 27.

⁸⁵⁹ S. dazu näher D.III.2.

2. **Beschluss des BVerfG zur Anrechnung Teilzeitbeschäftigter auf den Schwellenwert (§ 23 Abs. 1 S. 3 KSchG; Anrechnungsmodalität)**

Zur Anrechnung von Teilzeitbeschäftigten gemäß § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG⁸⁶⁰ auf diesen Schwellenwert erließ das BVerfG auf Vorlage des Arbeitsgerichts Bremen vom 26.8.1992 ebenfalls am 27.1.1998 einen weiteren Beschluss. Nach § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG i.d.F. des BeschFG 1985 waren geringfügig Beschäftigte, also solche mit nicht mehr als zehn Wochenstunden Arbeitszeit, für die Feststellung des Schwellenwertes nicht zu berücksichtigen. Diesen Satz 3 hatte das BeschFG 1985 angefügt⁸⁶¹ (im Folgenden: „Anrechnungsmodalität“).⁸⁶²

Für einen Betrieb etwa mit fünf Vollzeit- und 100 geringfügig Beschäftigten galt das KSchG gemäß § 23 Abs. 1 S. 3 i.d.F. des BeschFG 1985 also nicht mehr, auch für die fünf Vollzeitbeschäftigten nicht.⁸⁶³ Auch in dem Fall, den das Arbeitsgericht Bremen 1992 dem BVerfG nach Art. 100 GG vorlegte, galt das KSchG aufgrund der zahlreichen geringfügig Beschäftigten im Betrieb nicht.

Im KSchG 1951 waren Teilzeitbeschäftigte ohne Rücksicht auf den Umfang ihrer Tätigkeit bei der für die Geltung des Gesetzes maßgeblichen Arbeitnehmerzahl mitgezählt worden. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in Betrieben mit geringfügig Beschäftigten hatte das BeschFG 1985 Kündigungsschutz, der ihnen bisher zustand, entzogen und damit in ihre Grundrechte aus Art. 12 GG eingegriffen.

Dies änderte das arbeitsrechtliche BeschFG 1996 dahingehend, dass geringfügig Beschäftigte zunächst als 0,25 Arbeitnehmer zählten, Teilzeitbeschäftigte mit 20 Wochenstunden als 0,5 und mit 30 Wochenstunden 0,75 Arbeitnehmer – von der Abstrusität, viertel, halbe und dreiviertel Arbeitnehmer zugrunde zu legen, sei hier abgesehen. Die Klausel für geringfügig Beschäftigte wurde später gestrichen. Zum Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG galt die den Kündigungsschutz geringfügig erweiternde Anrechnungsmodalität des arbeitsrechtlichen BeschFG 1996.

Beide Vorlagen, die von 1986 des Arbeitsgerichts Reutlingen wie die von 1992 des Arbeitsgerichts Bremen, konnten sich nur auf den Rechtszustand gemäß KSchG 1951 bzw. des KSchG i.d.F. des BeschFG 1985 beziehen, also auf einen Schwellenwert von fünf Arbeitnehmern und eine Anrechnungsmodalität unter Ausschluss geringfügig Beschäftigter.

860 § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG ist inzwischen nach Änderung (s. dazu unten D.II.4.d)bb)) dessen Satz 4.

861 BVerfGE 97, S. 186.

862 BVerfGE 97, S. 186 (187 f.).

863 Schwellenwert „fünf“ bedeutet, genau genommen, „mehr als fünf“.

3. Die Entscheidungsformeln

Die Entscheidungsformeln beider Beschlüsse des BVerfG, also in dem zum Schwellenwert des § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG wie dem zur Anrechnungsmodalität nach S. 3, lauteten gleich:

„§ 23 Absatz 1 Satz 2 (bzw. S. 3, d. Verf.) des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) in der Fassung des Gesetzes vom 26. April 1985 (...) war nach Maßgabe der Entscheidungsgründe mit dem Grundgesetz vereinbar.“

4. Verfassungskonforme Auslegung und Gesetzeskraft der Entscheidungen des BVerfG

Diese in den Tenorierungen durch Verweis auf die Entscheidungsgründe bezeichneten „Maßgaben“ hatten Gesetzeskraft und könnten sie immer noch haben.

Gegen die Fortdauer könne sprechen, dass sie sich auf eine schon zum Zeitpunkt der Entscheidungen des BVerfG außer Geltung befindlichen Fassung des § 23 Abs. 1 KSchG beschränkte. Auch betraf sie zunächst nur die beiden arbeitsgerichtlichen Verfahren, die den Vorlagen nach Art. 100 GG zugrunde lagen. Deren Gegenstände waren die Kleinbetriebsklausel sowie die Anrechnungsmodalität i.d.F. des BeschFG 1985.

Soweit die Entscheidung des BVerfG zur Anrechnungsmodalität Teilzeitbeschäftigter nach § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG ebenso tenoriert wie die zur Kleinbetriebsklausel nach § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG, fällt allerdings ins Gewicht, dass der Beschluss in den Gründen zur verfassungskonformen Auslegung, auf die in der Entscheidungsformel verwiesen wird („... nach Maßgabe der Entscheidungsgründe mit dem Grundgesetz vereinbar...“),⁸⁶⁴ sich auf die bis heute geltende Fassung des § 23 Abs. 1 S. 3 (nunmehr S. 4) KSchG durch das arbeitsrechtliche BeschFG 1996 bezieht. Diese Anrechnungsmodalität ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Soweit den Entscheidungen des BVerfG noch Gesetzeskraft zukommt, könnte sie inzwischen ebenfalls obsolet sein, weil arbeitsrechtliche und faktische Parameter, in die die Regelungen zum betrieblichen Geltungsbereich des KSchG für Kleinbetriebe gemäß § 23 Abs. 1 KSchG eingebettet waren und sind, sich

⁸⁶⁴ Vgl. *Jarass/Pieroth*, GG 16. Aufl. 2020, Art. 94 Rn. 4: Gesetzeskräftig werden die Gründe nur so weit, als auf sie – bei verfassungskonformer Auslegung – im Tenor verwiesen wird. Dies ist in der Entscheidung des BVerfG der Fall. Vgl. auch *Bethge*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtrew/Klein/Bethge*, BVerfGG 54. EL 2020, § 31 BVerfGG, Rn. 274.

im Verhältnis zu 1998, dem Zeitpunkt der Entscheidungen des BVerfG, grundlegend geändert haben (dazu unten IV.2.).

Zu rechtlichen Aspekten, die die Gesetzeskraft überwinden können, zählen die, sei es erweiterten, sei es neuen rechtlich verfassten Handlungsmöglichkeiten der Arbeitgeberseite, die arbeitsvertragliche Bindungen relativieren und flexibilisieren, womit sich auch die bisher große Bedeutung insbesondere der betriebsbedingten Kündigung und folglich des Kündigungsschutzes für den Bestand oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses verringert hat (näher IV.2.). Diese gelten auch bei der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen. Damit könnten Bezüge in heutigen Arbeitsrechtsstreitigkeiten auf diese Rechtsprechung des BVerfG zweifelhaft, u.U. obsolet werden.

Soweit die Gesetzeskraft galt und noch gelten könnte, nämlich bei der notwendigen verfassungskonformen Auslegung des Betriebsbegriffs, wird sich zeigen, dass die Rechtsprechung des BAG die des BVerfG eher konterkariert als konkretisiert.

a) Verfassungskonforme Auslegung des § 23 Abs. 1 KSchG am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG

aa) Ausgangslage

Wäre innerhalb des Wortlautes des Gesetzes von mehreren möglichen Interpretationen eine verfassungswidrig, eine andere verfassungsmäßig, ist die Norm verfassungsmäßig und muss verfassungskonform ausgelegt werden.⁸⁶⁵ Verfassungskonforme Auslegung ist Aufgabe aller Gerichte, vor allem der Fachgerichte. Jedoch hat das BVerfG – nicht anders als sonst – „das letzte Wort“.⁸⁶⁶ Nur seine Entscheidung hat, u.a. in dem Verfahren gemäß Art. 100 GG, wie hier, Gesetzeskraft (§ 31 Abs. 2 BVerfGG).

bb) Notwendigkeit und Inhalt verfassungskonformer Auslegung des § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG (Kleinbetriebsklausel)

Das BVerfG hält sich nicht mit der Präsentation einerseits verfassungswidriger, andererseits verfassungsmäßiger Auslegungsvarianten des § 23 Abs. 1 KSchG auf, geschweige denn, dass es dessen Verfassungswidrigkeit prüft. Aus seinen Ausführungen ist zu schließen, dass eine Auslegung des § 23 Abs. 1 KSchG verfassungswidrig sei, die das Gegenteil derjenigen ist, die es für verfassungsmäßig erklärt hat.

865 BVerfGE, 64, S. 229 (242); 74, S. 297 (299, 345, 347); *Schlaich/Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rn. 440ff.

866 *Bethge*, in: *Maunz u.a.*, BVerfGG, 55. EL, Oktober 2018, § 31 Rn. 258, 272 mwN.; *Schlaich/Koriath*, a.a.O., Rn. 447; BVerfGE 70, S. 134 (137).

Dies gilt – spiegelbildlich zur Benennung durch das BVerfG – damit für eine Auslegung, die den Betriebsbegriff weder auf die „Einheiten beschränkt, für deren Schutz die Kleinbetriebsklausel allein bestimmt ist“ noch auf die Betriebe, die „Teile größerer Unternehmen sind, für welche die Gesichtspunkte nicht zutreffen, die eine Benachteiligung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Kleinbetrieben beim Kündigungsschutz rechtfertigen“.⁸⁶⁷

Verfassungswidrig wäre nach den Gründen des Beschlusses auch eine Auslegung der Klausel, die für hochautomatisierte Betriebe mit kleiner Belegschaft die Geltung des KSchG gleichwohl nicht bejaht.⁸⁶⁸ – Soweit als Untersätze Maßstäbe der Entscheidung des BVerfG für die verfassungskonforme Auslegung des § 23 Abs. 1 KSchG durch die Fachgerichte.

Wann eine Einheit vorliegt, für deren Schutz die Kleinbetriebsklausel „allein bestimmt“ ist, präzisiert diese Maßgabe nicht. Jedenfalls beinhalten alle vier in dem Beschluss im Einzelnen aufgeführten Kriterien insbesondere die Anweisung an die Fachgerichte, den Betriebsbegriff teleologisch und einschränkend auszulegen.

Als Aspekte, als Untersätze der teleologisch verfahrenen, beschränkenden Auslegung und Anwendung des Betriebsbegriffs sei zusammengefasst, was der Beschluss dazu aussagt: Auch wenn für einen Betrieb die nach dem Schwellenwert bzw. der Anrechnungsmodalität notwendige Anzahl von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nicht zusammenkommt, kann das KSchG gelten, und zwar

- für Betriebe als Teile größerer Unternehmen, für die die Gesichtspunkte nicht zutreffen, die eine Benachteiligung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Kleinbetrieben bei der Ausgestaltung des Kündigungsrechts rechtfertigen;
- für die Beschränkung des Betriebs auf die Einheiten, für deren Schutz die Kleinbetriebsklausel allein bestimmt ist;
- für seine Beschränkung auf die Fälle, für die die Benachteiligung der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sachlich begründet ist;
- wenn es sich um hochautomatisierte Betriebe mit kleiner Belegschaft handelt, die so finanzstark sind, dass ihnen der gesetzliche Kündigungsschutz ohne weiteres zugemutet werden könnte.

⁸⁶⁷ Zitiert nach dem Beschluss des BVerfG, a.a.O.

⁸⁶⁸ BVerfGE 97, S. 169 (184f.).

b) Gesetzeskraft der Beschlüsse des BVerfG

Diese Maßgaben des BVerfG, im Einzelfall nach einem oder mehreren der vom Beschluss skizzierten vier Untersätze zu entscheiden und so den Betriebsbegriff teleologisch zu „beschränken“, hatten Gesetzeskraft und haben sie u.U. immer noch. Die Entscheidung über die Richtervorlage gemäß Art. 100 GG, § 13 Nr. 11 BVerfGG ergeht mit Gesetzeskraft (§ 31 Abs. 2 BVerfGG).⁸⁶⁹ Nimmt die Entscheidungsformel – wie hier – ausdrücklich auf die Gründe Bezug, erstreckt sich die Gesetzeskraft auch auf sie.⁸⁷⁰

Gesetzeskraft geht über die formelle und materielle, auf die Verfahrensbeteiligten beschränkte Rechtskraft hinaus. Sie bewirkt Allgemeingültigkeit der Entscheidung des BVerfG, die von staatlichen Organen wie von Privatpersonen zu beachten ist.⁸⁷¹ Damit geht die Gesetzeskraft de jure, soweit sie galt bzw. noch gilt, weiter und hat weitergehende rechtliche Konsequenzen als die bloße Kenntnisnahme, Paraphrase und Erörterung der Rechtsprechung des BVerfG.

Im Umfang der Gesetzeskraft der beiden Entscheidungen des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel ist daher diese Wirkung eingetreten und band bzw. bindet womöglich immer noch Gerichte und die Parteien des Arbeitsvertrages.

Unabhängig davon, ob die Gesetzeskraft fort dauert, ist jedenfalls bemerkenswert, dass Schrifttum und Rechtsprechung, die diese Entscheidungen des BVerfG rezipieren, nicht erörtern wird, ob und inwieweit Gesetzeskraft besteht und fortbesteht.

Die Tenorierung beider Beschlüsse bezieht sich explizit auf die Maßgaben der Entscheidungsgründe. Gemeint ist im Beschluss zum Schwellenwert mit Maßgabe der Gründe ausschließlich die Notwendigkeit der teleologischen Beschränkung des Betriebsbegriffs nach den in den Gründen skizzierten Aspekten.⁸⁷²

Die Fortdauer der Gesetzeskraft ist zweifelhaft. Sie gilt laut Entscheidungsformel nur für die zum Entscheidungszeitpunkt Januar 1998 und seit nunmehr

869 Die Gesetzeskraft ist zu unterscheiden von der Bindungswirkung (§ 31 Abs. 1 BVerfG) und von der materiellen Rechtskraft; vgl. näher *Barczak* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2018, § 31 Rn. 15ff.

870 *Jarass/Pieroth*, a.a.O., Art. 94 Rn. 4; *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 31 Rn. 42, 48; *Bethge*, in: *Maunz u.a.*, BVerfGG, 55. EL, Oktober 2018, § 31 Rn. 276; ein Beispiel der Anordnung verfassungskonformer Auslegung ist BVerfGE 92, S. 365 (kalte Aussperrung): Der Tenor verweist auf die Maßgabe der Gründe; unter C. vor I. (S. 393) wird die verfassungskonforme Auslegung angekündigt; unter II.2. der Gründe (S. 403ff.) werden verfassungswidrige Auslegungsvarianten des § 116 Abs. 3 S. 2 AFG skizziert, deren Gegenteil die verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift sein muss.

871 *Lenz-Hansel*, BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 31 Rn. 39ff.

872 BVerfGE 97, S. 169 (184 f., unter B.II.4.b)bb) der Gründe).

über 20 Jahren nicht mehr geltende Fassung des § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG im BeschFG 1985, das für die Aussetzungs- und Vorlagebeschlüsse entscheidungserheblich war.⁸⁷³

Im Übrigen ist der Umfang der Gesetzeskraft aufgrund der Vagheit der Direktiven, jedenfalls der ersten drei und insbesondere der ersten der drei, nur mit Mühe feststellbar.

Die weiteren Entscheidungsgründe außerhalb dieser Anweisungen zur verfassungskonformen und beschränkenden Auslegung des Betriebsbegriffs sind keine „Maßgaben“ mit Gesetzeskraft. Dies gilt insbesondere für die Passagen des Beschlusses zum „Kündigungsschutz zweiter Klasse“.⁸⁷⁴

c) Zusammenfassung zur „gespaltenen“ Gesetzeskraft der Entscheidungen des BVerfG zu § 23 Abs. 1 KSchG; Schlussfolgerungen

Betrachtet man beide Entscheidungen des BVerfG gemeinsam, gilt bzw. galt mit Gesetzeskraft: Der Betriebsbegriff des § 23 Abs. 1 KSchG bzw. ein allgemeiner Betriebsbegriff des KSchG war bzw. ist teleologisch durch die Fachgerichte wie folgt zu beschränken:

- Sie erstreckt sich laut Entscheidungsformel des Beschlusses zu § 23 Abs. 1 S. 2 auf einen Schwellenwert mit fünf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern i.d.F. des KSchG durch das BeschFG 1985 sowie auf die verfassungskonforme Auslegung des Betriebsbegriffs.
- Das BeschFG 1985 ist durch das arbeitsrechtliche BeschFG 1996 mit dem verdoppelten Schwellenwert von zehn Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern abgelöst worden. Die Gesetzeskraft des Tenors dürfte damit – mangels eines anwendbaren Gesetzes – entfallen sein, und dies – mit Ausnahme von Altfällen, wie denen der Ausgangsverfahren – schon zum Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG im Januar 1998.
- Die Gesetzeskraft der weiteren Entscheidung des BVerfG vom selben Tag, deren Tenor die Anrechnung Teilzeitbeschäftigter gemäß BeschFG 1985 – wenn auch verfassungskonform nur bei Zugrundelegung der davon erheblich abweichenden Modalität im arbeitsrechtlichen BeschFG 1996 – für verfassungsmäßig erklärt, gilt jedenfalls insoweit fort, als sich die Anrechnungsmodalität seitdem nur unerheblich geändert hat. An ihrer Verfassungsmäßigkeit bestehen im Übrigen keine Zweifel.

⁸⁷³ BVerfGE 97, ebd.

⁸⁷⁴ BVerfGE 97, S. 169 (178ff., B.I.3.b)cc) der Gründe); vgl. dazu sogleich unten.

- Das Prozesshindernis entgegenstehender Gesetzeskraft entfällt überdies bei rechtserheblichen Änderungen der Sach- oder Rechtslage.⁸⁷⁵ Die Verdoppelung des Schwellenwerts für die Geltung des KSchG durch das arbeitsrechtliche BeschFG 1996 ist rechtserheblich. Dagegen ließe sich nicht einwenden, die Gesetzeskraft gelte erst recht mit einem Schwellenwert von zehn Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nach dem arbeitsrechtlichen BeschFG 1996. Die verfassungskonforme Auslegung hat Art. 3 Abs. 1 GG als Prüfungsmaßstab und als Vergleichspaar Arbeitnehmer in Kleinbetrieben mit fünf, nicht jedoch mit zehn Arbeitnehmern, im Vergleich zu Arbeitnehmern in Betrieben, die 5,25 oder mehr Arbeitnehmer beschäftigen.

Die Maßgaben des BVerfG zum Betriebsbegriff, die im Einzelfall zur Geltung des KSchG führen kann, weil sich insoweit auch nichts an § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG geändert hat, gelten ebenfalls fort, auch sie mit Gesetzeskraft (§ 31 Abs. 2 BVerfGG).

Diese Aspekte sind, soweit die Gesetzeskraft fortgilt, für die Parteien des Arbeitsvertrages wie für die Gerichte einschließlich des BAG rechtlich bindend. Ob diese Bindung realisiert wird, auch in der Rechtsprechung des BAG, ist fraglich.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt: § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG i. d. F. des arbeitsrechtlichen BeschFG 1996 gilt unabhängig davon, dass es – über die Maßgabe zum Betriebsbegriff hinaus – dazu keine gesetzeskräftige Entscheidung des BVerfG gibt, vielmehr nur zur Fassung gemäß BeschFG 1985 mit einem Schwellenwert von fünf Arbeitnehmern. Die Geltung schließt die Diskussion ihrer Verfassungsmäßigkeit nicht aus.

d) Die „Maßgaben der Entscheidungsgründe“

aa) In der Entscheidung des BVerfG zum Schwellenwert (§ 23 Abs. 1 S. 2 KSchG)

Die Anweisung des BVerfG an die Fachgerichte, den Betriebsbegriff des KSchG, insbesondere seines § 23, teleologisch zu beschränken, „rettet“ die Regelung zum Schwellenwert in § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG vor der Verfassungswidrigkeit am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG.

Die „Maßgabe der Entscheidungsgründe“ im Tenor des Beschlusses des BVerfG bezieht sich auf die Fassung des § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG 1951, den das BeschFG

⁸⁷⁵ BVerfGE 128, S. 326 (365 mwN.).

1985 nicht geändert hatte. Er lasse sich durch verfassungskonforme Auslegung auf „die Einheiten beschränken, für deren Schutz die Kleinbetriebsklausel allein bestimmt ist“.⁸⁷⁶

bb) Im Beschluss zur Anrechnungsmodalität Teilzeitbeschäftigter (§ 23 Abs. 1 S. 3 KSchG)

Anders verfährt die Parallelentscheidung zur Anrechnungsmodalität Teilzeitbeschäftigter. § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG sei – ebenfalls am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG – verfassungskonform durch teleologische Reduktion so auszulegen, dass sie in der seit 1.10.1996 geltenden Neufassung des arbeitsrechtlichen BeschFG zugrunde gelegt werde.⁸⁷⁷ Die vom BeschFG 1985 eingeführte Anrechnung teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer hatte sie für den Schwellenwert des Gesetzes nur berücksichtigt, wenn ihre regelmäßige Arbeitszeit zehn Stunden pro Woche überstieg.⁸⁷⁸

Ist „vorrangiger“ Maßstab für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Anrechnungsmodalität Teilzeitbeschäftigter Art. 3 Abs. 1 GG⁸⁷⁹ mit dem – allein in Betracht kommenden – Vergleichspaar Arbeitnehmer in Kleinbetrieben – gegen solche in größeren Betrieben, befasst der Beschluss zum Schwellenwert (§ 23 Abs. 1 S. 2 KSchG) sich „vorrangig“ mit Grundrechten der Arbeitgeber in Kleinbetrieben in Kollision mit denen der von ihnen beschäftigten Arbeit-

876 BVerfGE 97, S. 169 (184); zur verfassungskonformen Auslegung und deren Umsetzung durch die Fachgerichtsbarkeit des BAG vgl. auch BVerfG 149, S. 126 (Rn. 63; „zuvor-Beschäftigung“ bei sachgrundloser Befristung); Überblick über die sich anschließende, umfangreiche und bald nach der Entscheidung des BVerfG ergangene Rechtsprechung insbesondere des BAG bei *Naber/Schulte*, BB 2020, S. 436.; *APS-Preis*, 5. Aufl. 2017, Grundlagen C., Rn. 84, fragt, ob die Notwendigkeit verfassungskonformer Auslegung aufgrund der Rechtsprechung des BVerfG durch das Gesetz zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19.12.1998 obsolet geworden sei. Das Gesetz hatte § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG übernommen. Er verneint dies, weil der Gesetzgeber sich in diesem Maßnahmengesetz nicht mit den komplexen Fragen des Betriebs- und Unternehmensbegriffs befasst habe.

877 BVerfGE 97, S. 186 (196); bemerkenswert an beiden Verfahren sind auch einige eher formale Aspekte: Die verfassungskonforme Auslegung hätte bereits das Arbeitsgericht Reutlingen vor der Vorlage durchführen müssen, denn eine Richtervorlage, die dies unterlassen hat, ist unzulässig (vgl. BVerfGE 105, S. 61 [67]; 124, S. 251 [262]; 138, S. 64, Rn. 75; *Jarass/Pieroth*, a.a.O., Art. 100 Rn. 15). Nachdem die Sache über elf Jahre beim BVerfG gelegen hatte, wäre indes erklärungsbedürftig gewesen, warum die Zurückweisung der Vorlage als unzulässig derart lange dort hätte verweilen müssen. Dementsprechend findet sich – anders als in zahlreichen anderen Entscheidungen zu Richtervorlagen nach Art. 100 GG – in beiden Beschlüssen des BVerfG nichts zur Zulässigkeit beider Vorlagen.

Auch das Arbeitsgericht Bremen hätte die einschränkende Auslegung und teleologische Reduktion, mit der § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG vor Art. 3 Abs. 1 GG „standhielt“ (BVerfGE 97, S. 186 (196)), selbst vornehmen müssen und dies nicht dem BVerfG überlassen dürfen; auch hier aber keine Zurückweisung der Vorlage als unzulässig durch das BVerfG.

878 Zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. BVerfGE 97, S. 186 (187f., unter A.I. der Gründe). Das arbeitsrechtliche BeschFG 1996 modifizierte diese Anrechnungsmodalität erheblich, BVerfGE, a.a.O., S.188.

879 BVerfGE 97, S. 186 (193).

nehmer aus Art. 12 Abs. 1 GG,⁸⁸⁰ „nachrangig“ mit Art. 3 Abs. 1 GG⁸⁸¹, ebenfalls im Vergleichspaar Arbeitnehmer in Kleinbetrieben zu Arbeitnehmern in größeren.

Da es hier vor allem um die kollidierenden Grundrechte des Arbeitgebers gegen die der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus Art. 12 Abs. 1 GG geht, steht zunächst der darauf bezogene Teil des Beschlusses des BVerfG zu § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG⁸⁸² (Kleinbetriebsklausel) im Mittelpunkt der folgenden Überlegungen. Im Verfahren zu § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG (Anrechnungsmodalität Teilzeitbeschäftigte) kamen Kollisionen von Grundrechten nicht in Betracht.

Die Verfassungswidrigkeit der durch § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG bewirkten Ungleichbehandlung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Klein- mit denen in größeren Betrieben am Prüfungsmaßstab des Art. 3 Abs. 1 GG⁸⁸³ wird durch die Anordnung der verfassungskonformen Auslegung des Betriebsbegriffs dieser Norm durch das BVerfG vermieden. Bei Durchführung der verfassungskonformen Auslegung hatten und haben die Fachgerichte die Gesetzeskraft jedenfalls zu beachten. Ob und inwieweit dies geschieht, ist zu erörtern.

5. Kündigungsschutz „erster Klasse“ und „zweiter Klasse“⁸⁸⁴

Aufgrund verfassungskonformer Auslegung des Betriebsbegriffs⁸⁸⁵ am grundgesetzlichen Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG kann in Kleinbetrieben, die den Schwellenwert von fünf Arbeitnehmern – und seit 1996 den von zehn erreichen, jedenfalls nicht überschreiten, das KSchG trotzdem in vollem Umfang gelten („Kündigungsschutz erster Klasse“).⁸⁸⁶

Ergeben die vom BVerfG skizzierten Besonderheiten des Kleinbetriebes keinen Kündigungsschutz „erster Klasse“, besteht nach Maßgabe der Drittwirkung der Grundrechte des Arbeitnehmers gleichwohl keine unbeschränkte Kündigungsfreiheit (Kündigungsschutz „zweiter Klasse“).

880 BVerfGE 97, S. 169 (175).

881 BVerfGE 97, S. 169 (180ff., II. der Gründe).

882 BVerfGE 97, S. 169 (175ff.; B.I. der Gründe).

883 BVerfGE 97, S. 169 (180ff.; II.4.b)bb) der Gründe).

884 Zum Kündigungsschutz „zweiter Klasse“ vgl. – instruktiv, insbesondere für die arbeitsrechtspolitischen Debatten der neunziger Jahre – *Hanau*, *Deregulierung des Arbeitsrechts – Ansatzpunkte und verfassungsrechtliche Grenzen*, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 154, 1997, unter 13., mwN. unter Fn. 46.

885 Erörtert unter II.4.b)bb) der Gründe, BVerfGE 97, S. 169 (184f.).

886 Vgl. dazu auch unten V.5.

a) Kündigungsschutz „erster Klasse“: Teleologische und beschränkende Auslegung und Anwendung des Betriebsbegriffs

Die teleologische und beschränkende Interpretation des Betriebsbegriffs nach Maßgabe der vom BVerfG skizzierten vier Anknüpfungspunkte benennt einen weiteren Aspekt: Die für die Kleinbetriebsklausel bestimmende Interessenlage lasse sich genauer durch den Begriff „Unternehmen“ kennzeichnen.⁸⁸⁷ Dies könnte ein obiter dictum sein. Unklar bleibt allerdings, ob und wenn ja was daraus folgt. Denn der Beschluss scheint alsdann gleichwohl den „ungenaue- ren“ Betriebsbegriff in Bezug zu nehmen, allerdings in seiner ursprünglichen Definition: Betrieb sei die organisatorische Einheit, innerhalb derer der Arbeit- geber bestimmte arbeitstechnische Zwecke verfolgt.⁸⁸⁸

Jedenfalls erscheint die seit langem, auch zum Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG, gängige Bestimmung des Betriebs durch seinen Leitungsapparat, Lei- tungsstellen oder institutionalisierte Leitungsapparate in dieser Passage des Be- schlusses des BVerfG nicht.⁸⁸⁹ Ob daraus für den Betriebsbegriff des § 23 KSchG oder für den des KSchG insgesamt etwas folgt, ist allerdings eher fraglich. Im- merhin ist der Begriff des Unternehmens gegenüber dem des Betriebs nicht nur der „genauere“, sondern, wenn das Unternehmen mehrere Betriebe hat, auch der weitere. Legte man das Unternehmen als Bezugsgröße zugrunde, wäre die Folge stärkerer Kündigungsschutz.

Die Maßstäbe des BVerfG zur verfassungskonformen Auslegung sind samt und sonders vage, zeigen jedenfalls deutlich die Richtung, in die die Auslegung der Fachgerichte zu gehen hat: teleologisch, beschränkend und längs der vom BVerfG skizzierten Aspekte. Dadurch werde die Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG vermieden, so das BVerfG.

b) Kündigungsschutz „zweiter Klasse“ mit Bindungswirkung gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG?

Das BVerfG nennt als Gründe für Kündigungsschutz „zweiter Klasse“ Schutz vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen, Schutz vor Diskriminierungen im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG, „ein gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme“ bei der Auswahl unter mehreren Arbeitneh- mern, ein durch langjährige Mitarbeit verdientes Vertrauen in den Fortbe- stand eines Arbeitsverhältnisses und eine abgestufte Darlegungs- und Beweis-

887 BVerfGE, ebd.

888 Vgl. dazu näher unten Fünfter Abschnitt.

889 Vgl. im Einzelnen HaKo-KSchR/Pfeiffer, 7. Aufl. 2021, § 23 KSchG, Rn. 10ff.; APS-Moll, a.a.O., § 23 KSchG, Rn. 8ff., 39ff.

last.⁸⁹⁰ Macht der Arbeitnehmer im Kleinbetrieb gegenüber der Kündigung seines Arbeitsverhältnisses einen Tatbestand der Diskriminierung im Sinne des § 1 AGG geltend, sollen in Anbetracht der einschlägigen Allgemeinbegriffe und Generalklauseln des allgemeinen Zivilrechts die Erleichterungen des § 22 AGG in Bezug auf die Beweislast gelten.⁸⁹¹

Kündigungsschutz „zweiter Klasse“ basiert auf der ohnehin geltenden Drittwirkung der Grundrechte und besagt nichts anderes als diese. Eine solche Annahme legt schon der Bezug des BVerfG im Beschluss zur Kleinbetriebsklausel auf sein „Lüth-Urteil“ nahe: Im Rahmen der Generalklauseln sei auch der objektivrechtliche Gehalt der Grundrechte zu beachten.⁸⁹² Mit den von ihm, dem BVerfG, genannten Aspekten sei der verfassungsrechtlich gebotene Mindestschutz des Arbeitsplatzes vor Verlust aufgrund privater Disposition „in jedem Fall gewährleistet“. Wie weit er reiche, sei von den Arbeitsgerichten zu entscheiden. Sie müssten „... klären, ob die Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist und ggf. im Rahmen der Generalklauseln des geltenden Zivilrechts korrigierend eingreifen. Wie sie dabei zu verfahren hätten und zu welchem Ergebnis sie gelangen müssten, sei in erster Linie eine Frage des einfachen Rechts.“⁸⁹³

Das BAG fügt dem bei Gelegenheit des Öfteren den warnenden Hinweis an, der durch die Generalklauseln vermittelte Schutz dürfe nicht dazu führen, dass dem Kleinunternehmen praktisch die im KSchG vorgegebenen Maßstäbe der Sozialwidrigkeit auferlegt würden.⁸⁹⁴ Hinzufügen ließe sich dem, dass dies umgekehrt aber nicht zur praktischen Irrelevanz der Drittwirkung der Grundrechte bei arbeitgeberseitiger Kündigung führen darf.⁸⁹⁵

Demnach obliegen die einfachrechtlichen Ausprägungen der Drittwirkung der Grundrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus Art. 12 Abs. 1 GG den Fachgerichten, nicht dem BVerfG. Zumal diese vom BVerfG genann-

890 BVerfGE 97, S. 169 (178f.; B. I. 3. b) cc) der Gründe); KR-Bader, 12. Aufl. 2019, § 23 KSchG, Rn. 85ff.; APS-Moll, 5. Aufl. 2017, § 23 KSchG, Rn. 39f.; nach Wiederaufnahme des Verfahrens beim Arbeitsgericht Reutlingen hat dieses mit Urteil vom 20.10.1998 – 1 Ca 397/86, NZA-RR 1999, S. 82f. – ausführlich diverse Gründe dieses „Kündigungsschutzes zweiter Klasse“ erörtert. Das ArbG hielt das KSchG wegen des „Kündigungsschutzes zweiter Klasse“ für anwendbar. Jedenfalls hat dieser abgeschwächte Kündigungsschutz in der Entscheidung des BVerfG nichts mit der verfassungskonformen Auslegung des Betriebsbegriffs, die zum „Kündigungsschutz erster Klasse“ führt, zu tun; a.A. allerdings BAG vom 28.10.2010 – 2 AZR 392/08, DB 2011, S. 118, Rn. 21.

891 BAG vom 12.12.2013 – 8 AZR 838/12, NZA 2014, S. 722; Hanau, NZA 2010, S. 1 (4).

892 BVerfGE 97, S. 169 (178 unter Verweis auf E 7, S. 198 „Lüth“ [204ff.]).

893 BVerfGE 89, S. 214 (234).

894 BAG vom 24.1.2013 – 2 AZR 140/12, NZA 2013, S. 726, Rn. 21; weitere Nachweise bei APS-Moll, a.a.O., § 23 KSchG, Rn. 41a.

895 Vgl. dazu unten II.5.

ten Aspekte als beispielhafte, paradigmatische „Vorschläge“ für die Entscheidungspraxis der Arbeitsgerichte gemeint sein dürften. Das BVerfG verweist im Kontext seiner Erwägungen nämlich selbst auf „Beispiele in der Literatur“.⁸⁹⁶

Diese Passagen des Beschlusses des BVerfG nehmen nicht an der Bindungswirkung seiner Entscheidung gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG teil. Die verfassungskonforme Auslegung mit Bindungswirkung gilt bzw. galt nach den Gründen nur für den Betriebsbegriff.⁸⁹⁷ Gesetzeskraft (§ 31 Abs. 2 BVerfGG) hat der Beschluss des BVerfG nur zum „Kündigungsschutz Erster Klasse“ – mit der daraus folgenden Notwendigkeit der verfassungskonformen, sowohl teleologisch als auch beschränkend vorgehenden Auslegung und Anwendung des Betriebsbegriffs. Dem „Kündigungsschutz zweiter Klasse“ (i.e. Schutz vor willkürlichen oder sachfremden Kündigungen usw.) kommt dies nicht zu.

III. Begleitumstände und weitere Aspekte der Gesetzgebung und Rechtsprechung zur Kleinbetriebsklausel

Das BVerfG betont, die zum Zeitpunkt seiner Entscheidung vorhandenen Statistiken enthielten keine Daten über Betriebe⁸⁹⁸ mit dem Schwellenwert fünf Arbeitnehmer und der Anrechnungsmodalität der geringfügig Beschäftigten.⁸⁹⁹ Vergleichendes Zahlenmaterial, aus dem sich ergäbe, dass der Gesetzgeber die Verhältnisse mit der von ihm vorgenommenen Grenzziehung gröblich verkannt hätte, liege nicht vor. Sollte der gemäß der EntschlieÙung des Bundestages angeforderte Bericht über Kündigungspraxis und Kündigungsschutz etwas anderes ergeben, sei der Gesetzgeber gehalten, seine Regelung zu überprüfen.⁹⁰⁰

Der Gesetzgeber habe trotz seines weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraums Maßstäbe für seine Prognose zu beachten. So müsse er die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben und sich am erreichbaren Mate-

896 BVerfGE 97, S. 169 (179). Zwar nehmen auch die tragenden Gründe an der Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG teil (*Burkiczak/Dollinger/Schorkopf* [Hrsg.], BVerfGG, 2015, § 31 Rn. 56). Jedoch erfasst die Bindungswirkung nur die gerichtliche Auslegung der Verfassung, nicht die einfach rechtlicher Normen (*Burkiczak u.a.*, a.a.O., Rn. 57; BVerfGE 40, S. 88 [94]). Vorliegend geht es nur um die Auslegung des § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG als einfaches Recht im Lichte der wertsetzenden Bedeutung der Grundrechte.

897 BVerfGE 97, S. 169 (182: „Das gilt auch [...] – bei verfassungskonformer Auslegung – hinsichtlich der Anknüpfung an den Begriff ‚Betrieb‘ [bb]).“

898 BVerfGE 97, S. 169 (183f.).

899 BVerfGE 97, S. 169 (181f.) unter Bezugnahme auf die Untersuchung von *Falke u.a.* im Auftrag des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung.

900 BVerfGE 97, S. 169 (183f.); die nachfolgende rot-grüne Mehrheit des Bundestages hob den Beschluss auf. Die Verpflichtung des Gesetzgebers, seine Regelung zu überprüfen, war damit gegenstandslos, wäre aber auch kaum durchsetzbar gewesen.

rial orientieren.⁹⁰¹ Auch sei er gehalten, die weitere Entwicklung und insbesondere die Auswirkungen seiner Regelungen zu beobachten und später ggf. zu korrigieren.⁹⁰²

Jedenfalls geht das BVerfG aber davon aus, dass ein erheblicher Teil der Beschäftigten aufgrund des Schwellenwertes aus dem Kündigungsschutz herausgenommen sei.

1. Resultate der jüngeren Arbeitsmarktforschung und Schwellenwerte

Statistiken zur Anzahl und zur Anwendungspraxis des § 23 Abs. 1 KSchG in Kündigungsrechtstreiten in Kleinbetrieben sind nicht bekannt. Nach praktischer Erfahrung fallen sie in nicht unerheblichem Umfang an.

Dabei scheint der Kündigungsschutz „zweiter Klasse“, d.h. der Schutz vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen in Kleinbetrieben,⁹⁰³ anders als der Kündigungsschutz „erster Klasse“, in der Praxis eine nicht unerhebliche Rolle zu spielen. Weniger scheint dies für Klagen zum Arbeitsgericht trotz Nichterfüllung der sechsmonatigen Wartezeit (§ 1 Abs. 1 KSchG) zu gelten. Auch hierzu sind Zahlen jedoch nicht bekannt.

Nach den Beschlüssen des BVerfG 1998 erschienen einige empirische Studien zum Kündigungsschutz.⁹⁰⁴ Sie haben keine eindeutigen beschäftigungsfördernden oder -hemmenden Wirkungen kündigungsschutzrechtlicher Schwellenwerte ergeben. Dies hatte sich z.B. schon 1996 in der Anhörung des BT-Aus-

901 BVerfGE 50, S. 290 (332ff.).

902 BVerfGE 95, S. 267 (314f.); 110, S. 177 (194); 123, S. 186 (242); 50, S. 290 (335f.). „Justitiabel“ dürfte dies nicht sein.

903 BVerfGE 97, S. 169 (178f.), sowie KR-Bader, a.a.O., § 23 KSchG, Rn. 85ff.; z.B. BAG NZA 2014, S. 208 (213, Rn. 49).

904 Vgl. dazu Weigand, Kleine Geschichte der Kleinbetriebsklausel im allgemeinen Kündigungsschutzrecht, in: Bader u.a. (Hrsg.), Festschrift Etzel zum 75., 2011, S. 437 (460ff.); Pfarr u.a., RdA 2004, S. 193, sowie dies., Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit. Betriebliche Erfahrungen mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 2005. Endemann/Schramm, ZFRSoz 2012, S. 107 mwN. zu empirischen Studien zum Kündigungsschutz. Weigand, a.a.O., S. 464 mwN., verweist auch auf das vom BVerfG unterstellte „Kleinbetriebsprofil“. Es würden jedoch enge personale Bezüge zunehmend durch betriebliche Kennziffern und daran messbare Leistungen überlagert. Vgl. auch die Darstellung von Fröhlich, Betriebsgrößenunabhängigkeit und Monetarisierung des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes, 2008, S. 181ff.: Fröhlich weist, a.a.O., S. 182, zu Recht darauf hin, dass hinter kleinen Organisationseinheiten größerer Unternehmen das Organisations- und Finanzpotential des ganzen Unternehmens stehe und die Wahrnehmung des BVerfG des Kleinbetriebes letztlich den taktischen Entscheidungen größerer Unternehmen zur organisatorischen Ausgestaltung der Unternehmensstruktur zur Umgehung des KSchG Tür und Tor öffne.

schusses für Arbeit und Sozialordnung zum arbeitsrechtlichen BeschFG 1996 gezeigt.⁹⁰⁵

Zwischenzeitlich ist besser bekannt als 1997/98, dass die große Mehrheit der Betriebe mit einem erheblichen Prozentsatz der Beschäftigten aufgrund der Heraufsetzung des Schwellenwerts auf zehn regelmäßig Beschäftigte nicht mehr vom betrieblichen Geltungsbereich des KSchG erfasst wird. Auch liegt vor allem die umfangreiche Untersuchung der Hans-Böckler-Stiftung zu betrieblichen Erfahrungen mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen vor.⁹⁰⁶

Zum im arbeitsrechtlichen BeschFG 1996 verdoppelten Schwellenwert stellte die Arbeitsmarktforschung Jahre nach dem Beschluss des BVerfG vom Januar 1998 fest, was schon seinerzeit vermutet worden war, nämlich dass dadurch ein Großteil der Betriebe und Unternehmen von der Geltung des KSchG ausgenommen werde:

„Nach dem zur Zeit gemäß § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG maßgeblichen Schwellenwert von zehn Arbeitnehmern werden über 80 Prozent der Unternehmungen und ca. 20 Prozent der Beschäftigten betroffen. Andere Berechnungen, bei denen die pro rata temporis zu berücksichtigenden Teilzeitbeschäftigten mitgezählt werden, kommen auf über 90 Prozent aller Arbeitsstätten und über 30 Prozent der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten, die nicht unter den allgemeinen Kündigungsschutz fallen.“⁹⁰⁷

-
- 905 Vgl. dazu BT-Drs. 13/4612 v. 10.5.1996 sowie 13/5107 v. 26.06.1996. In der Anhörung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung „... stellten die wissenschaftlichen Institute klar, dass es hinsichtlich zu erwartender Beschäftigungseffekte der angestrebten Maßnahmen für Deutschland keine empirischen Maßnahmen gibt. Hierauf wiesen alle Institute übereinstimmend hin, BT-Drs. 13/5107, S. 22. Weigand, a.a.O., S. 463ff., kritisiert auch, dass die empirischen Studien nicht zur Kenntnis genommen worden seien. Eine Begründung für die Heraufsetzung des Schwellenwerts hätten die Gesetzgeber, abgesehen von erwünschten Beschäftigungseffekten, die nicht eingetreten seien, weder für die jeweiligen Betriebsgrößen noch für deren Veränderungen dokumentiert; so auch KR-Bader, a.a.O., § 23 KSchG, Rn. 18f. Das BVerfG erwähnt diese Aspekte in seinen Beschlüssen zu § 23 KSchG nicht.
- 906 Pfarf u.a., Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit. Betriebliche Erfahrungen mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 2005.
- 907 Bundesagentur für Arbeit, Beschäftigtenstatistik, Zahl der Betriebe und ihrer Beschäftigten nach Größenklassen, Zeitreihe Juni 2000-2010; vgl. auch BT-Drs., 13. Wahlperiode, Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung, Protokoll Nr. 60, S. 30; ergänzend auch BVerfGE 97, S.169 (183f.); vgl. Weigand, a.a.O., S. 465f.

2. Weitere Resultate der Rechtsprechung des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel

a) Keine Berücksichtigung der Neuregelungen des § 1 Abs. 3 bis 5 KSchG in den Beschlüssen des BVerfG

Die Prüfung des BVerfG beschränkte sich auf die Vorlagefragen der Arbeitsgerichte Reutlingen und Bremen zu § 23 Abs. 1 KSchG. Immerhin kann das BVerfG die Vorlagefrage auch einschränken oder ausweiten.⁹⁰⁸

Dies hätte hier nahegelegt. Das arbeitsrechtliche BeschFG 1996 regelte nicht nur § 23 Abs. 1, sondern auch den Schutz vor betriebsbedingten Kündigungen gemäß § 1 Abs. 3 bis 5 KSchG neu und schwächte dabei die Rechtsposition der von betriebsbedingter Kündigung betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erheblich ab. Neben der Verdoppelung des Schwellenwertes nahm das arbeitsrechtliche BeschFG 1996 einschneidende Änderungen zur Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung in § 1 Abs. 3 KSchG vor, begrenzte die Vergleichskriterien auf vier und fügte mit § 1 Abs. 4 und 5 u.a. die Möglichkeit zur Vereinbarung einer Namensliste im Interessenausgleich der betriebsbedingt zu kündigenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ein. Bemerkenswert war daran auch, dass der Betriebsrat dadurch gewissermaßen zum „Mitkündigenden“ wurde. – Im Ergebnis ist die Sozialauswahl dann nur noch auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüfbar.⁹⁰⁹ Zusammen genommen führte dies zu erheblich schwächerem Schutz vor betriebsbedingter Kündigung als nach der Ursprungsfassung des KSchG 1951.⁹¹⁰

Da alle diese Neuregelungen zu §§ 1, 23 KSchG in demselben Gesetz enthalten waren, hätte sich eine Ausweitung der Prüfungsfragen der beiden Arbeitsgerichte durch das BVerfG angeboten.⁹¹¹ Das hätte das Ergebnis der verfassungsrechtlichen Prüfung beeinflussen können. Schon der Schwellenwert mit fünf Arbeitnehmern war nur verfassungsmäßig durch verfassungskonform zu beschränkende Auslegung des Betriebsbegriffs.

b) Prüfungsgegenstände: unterschiedliche Gesetzesfassungen

Das BVerfG legt jeweils die Fassung des Gesetzes zugrunde, die in jedem der Verfahren zu einem Mehr an Kündigungsschutz führte: den Schwellenwert „fünf Arbeitnehmer“ nach dem BeschFG 1985 und die Anrechnungsmodalität ohne den Ausschluss geringfügig Beschäftigter nach dem arbeitsrechtlichen

908 BVerfGE 132, S. 302, Rn. 39; 141, S. 82, Rn. 42.

909 KR-Bader, 12. Aufl. 2019, § 23 KSchG, Rn. 5ff.; § 23 Abs. 1 S. 3 ist seit 2003 dessen Satz 4.

910 Vgl. dazu auch D.II.1.c)bb).

911 Zur Ausweitung oder Einschränkung der Vorlagefragen vgl. *Bethge*, in: Maunz u.a., BVerfGG, 55. EL Oktober 2018, § 80 Rn. 155 mwN. Auch dies unterliegt dem freien Ermessen des BVerfG.

BeschFG 1996.⁹¹² Begründet wurde dieser unterschiedliche Prüfungsgegenstand nicht, was auch nicht ohne weiteres nahe lag, waren die Verfahren doch nicht verbunden worden.

Jedenfalls befindet das BVerfG beide Sätze des § 23 Abs. 1 KSchG für verfassungsmäßig – die Regelung zum Schwellenwert, dem Ausgangsverfahren entsprechend, wegen Zugrundelegung des Schwellenwerts „fünf Arbeitnehmer“ des BeschFG 1985 „plus“ verfassungskonform beschränkender Auslegung des S. 3 am Prüfungsmaßstab des Art. 3 Abs. 1 GG. Die Anrechnungsmodalität nach § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG ist nur verfassungsmäßig unter Anwendung der – im Ausgangsverfahren nicht geltenden – Neufassung im arbeitsrechtlichen BeschFG 1996. Mit Hilfe dieser unterschiedlichen Prüfungsgegenstände „retten“ die Beschlüsse § 23 Abs. 1 S. 2 und S. 3 KSchG vor Art. 3 Abs. 1 GG.

Verfahrensrechtlich problematisch daran ist die Zugrundelegung der Neufassung der Anrechnungsmodalität des § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG im arbeitsrechtlichen BeschFG 1996; dies allerdings weniger, weil sich der Vorlagebeschluss des Arbeitsgerichts Bremen explizit auf die Fassung des BeschFG 1985 bezogen hatte, sondern weil eine Norm in ihrer Neufassung nur dann Gegenstand eines eingeleiteten Normenkontrollverfahrens wird, wenn ihr Inhalt im Zuge der Gesetzesänderung im Wesentlichen gleich bleibt.⁹¹³ Das arbeitsrechtliche BeschFG 1996 hatte aber die Anrechnungsmodalität vollständig verändert. Auch führte die Zugrundelegung der Neufassung des § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG dazu, dass für den Ausgangsrechtsstreit nun das KSchG galt.⁹¹⁴

Begrifflich will im Übrigen nicht einleuchten, warum die Zugrundelegung einer anderen Gesetzesfassung der Anrechnungsmodalität eine „Reduktion“⁹¹⁵ derselben sein kann – so jedoch das BVerfG.

Die Verdoppelung des Schwellenwerts des § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG durch das arbeitsrechtliche BeschFG 1996 war eine ähnlich qualitativ neue Regelung wie die Änderung der Anrechnungsmodalität. Jedenfalls hätte die Verfassungswidrigkeit der Neufassung des verdoppelten Schwellenwerts näher gelegen als die des einfachen. Die Wahrscheinlichkeit einer Entscheidung in diesem Sinne wäre gestiegen, wenn weitere Umstände in die verfassungsrechtliche Abwägung eingeflossen wären – jedoch:

912 S. dazu D.II.4.d)bb).

913 BVerfGE 110, S. 33 (44) mwN.

914 BVerfGE 97, S. 186.

915 BVerfGE 97, S. 186 (196 „teleologische Reduktion“).

c) Erwägungen welchen Gesetzgebers?

Im Zusammenhang mit der „oszillierenden“ Berücksichtigung verschiedener Gesetzesfassungen des § 23 Abs. 1 KSchG durch das BVerfG in den Beschlüssen steht die allgemeine Frage nach der vom BVerfG zugrunde gelegten Fassung des KSchG:

Für den Ausgleich der kollidierenden Grundrechtspositionen im Gesetz kommt es auf die Einschätzung des Gesetzgebers an.⁹¹⁶ Es bleibt in dem Beschluss zu § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG (Schwellenwert) jedoch unklar, auf welchen Gesetzgeber sich das BVerfG bezieht.

Anders als sonst häufig zitiert der Beschluss weder aus den Gesetzesmaterialien zum BeschFG 1985, das Gegenstand der Richtervorlage war, noch aus denen zum KSchG 1951, das zur Kleinbetriebsklausel wortgleich mit dem vom BVerfG zugrunde gelegten BeschFG 1985 war, geschweige denn aus der ausführlichen Gesetzesbegründung zum arbeitsrechtlichen BeschFG 1996. Auf Letzteres bezieht sich der Beschluss womöglich deshalb nicht, weil er die Neufassung der Kleinbetriebsklausel (Schwellenwert von fünf auf zehn Arbeitnehmer) durch dieses Gesetz nicht zugrunde legt.

Die Materialien zum arbeitsrechtlichen BeschFG 1996 enthalten – anders als die zum BeschFG 1985 – umfangreiche Erwägungen auch zu den Änderungen des KSchG im Allgemeinen und zur Heraufsetzung des Schwellenwertes im Besonderen.

Nachdem sich in den Materialien auch zu den Änderungen des KSchG 1969 und 1978 zu den dafür maßgeblichen Gründen des Gesetzgebers nichts findet,⁹¹⁷ blieben die gesetzgeberischen Erwägungen zum Erlass des KSchG

916 BVerfGE 97, S. 169 (176f.); ständige Rechtsprechung, in methodischer Hinsicht folgt daraus z.B. die erhebliche Bedeutung der Entstehungsgeschichte eines Gesetzes. Dies gilt auch für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Kollisionsausgleichs.

917 Zur Entstehungsgeschichte vgl. erneut KR-Bader, § 23 KSchG, 12. Aufl. 2019, § 23 Rn. 1ff., sowie *Weigand*, Festschrift Etzel, a.a.O., S. 437ff.

1951. Auch sie, die dokumentiert sind, werden im Beschluss des BVerfG aber nicht in Bezug genommen.⁹¹⁸

Wären Erwägungen des Gesetzgebers zum arbeitsrechtlichen BeschFG 1996 zur Beurteilung durch das BVerfG, ob er seinen Gestaltungsfreiraum eingehalten hatte, ergiebig, jedoch für die Entscheidung über die Vorlage, die auf der Grundlage des BeschFG 1985 ergangen war, nicht einschlägig gewesen, so wären gesetzgeberische Erwägungen zur Änderung des § 23 KSchG im BeschFG 1985 zwar einschlägig, aber unergiebig gewesen: Es findet sich in der Gesetzesbegründung dazu nichts.⁹¹⁹ Deshalb bezieht sich das BVerfG womöglich auf die Gründe keines bestimmten Gesetzgebers, auch nicht auf die des Gesetzgebers zum KSchG 1951.

Der Beschluss stellt offenbar eigene Erwägungen zur Genese der Kleinbetriebsklausel an, statt sich auf die eines historischen Gesetzgebers zu stützen. Es wird noch nicht einmal klar, auf welchen Zeitraum der Kündigungspraxis und des Kündigungsschutzes im Kleinbetrieb und die dort herrschenden Verhält-

918 Zur Entstehungsgeschichte des KSchG vgl. die „Hattenheimer Entschliefungen“, RdA 1950, S. 63; dazu A. Hueck, a.a.O., S. 65; Entwurf eines Bundeskündigungsschutzgesetzes, RdA 1951, S. 58, mit Begründung, a.a.O., S. 61ff.; Hueck, RdA 1951, S. 281. Die Begründung zum Gesetzentwurf erwähnt zu den einzelnen Vorschriften, hier zum Schwellenwert, nichts. Im allgemeinen Teil erscheinen dagegen die „allgemeinen wirtschaftlichen Interessen des Arbeitnehmers“: „Der Entwurf sieht als dieses Rechtsgut den Arbeitsplatz und die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers an, die die Grundlagen seiner wirtschaftlichen und sozialen Existenz bilden (...), ohne dass noch für eine Abwägung Raum wäre, ob der Verlust des Arbeitsplatzes aus sonstigen, außerhalb des Arbeitsverhältnisses liegenden Gründen den Arbeitnehmer mehr oder weniger hart treffen würde. Der Schutz des Arbeitnehmers wird mit der Regelung des Entwurfs verbessert, ohne dass damit wirklich notwendige Kündigungen verhindert oder auch nur erschwert würden. Das Gesetz wendet sich nicht gegen Entlassungen, die aus triftigen Gründen erforderlich sind, sondern lediglich gegen solche Kündigungen, die hinreichender Begründung entbehren und deshalb als eine willkürliche Durchschneidung des Bandes der Betriebszugehörigkeit erscheinen.“, RdA 1951, S. 63 – Arbeitgeberinteressen kommen in diesen Aussagen der allgemeinen Begründung zum KSchG nur insoweit zum Tragen, als der Entwurf „wirklich notwendige Kündigungen“ nicht verhindern oder auch nur erschweren würde. Es überwiegt jedoch das „Rechtsgut“ des Arbeitnehmers, nämlich der Arbeitsplatz und die Betriebszugehörigkeit, die die Grundlagen seiner wirtschaftlichen und sozialen Existenz bilden. Dazu auch Hueck, RdA 1951, S. 284: „... wenn gewisse Gründe für eine Kündigung vorliegen, (wird man) für die Entscheidung, ob sie wichtig genug sind, um die Kündigung wirklich zu rechtfertigen, auch in Zukunft die Interessen beider Teile gegeneinander abwägen müssen. Immerhin ist aber der Akzent verlagert, der Ton liegt auf der Verstärkung des Kündigungsschutzes.“ Zur Diskussion um die Kleinbetriebsklausel berichtet Hueck u.a.: „Man hat bei der 2. Lesung des Gesetzes, die in diesem Punkte (der Heraufsetzung des betrieblichen Geltungsbereichs von drei auf fünf Arbeitnehmer, d. Verf.) die Abkehr von dem Regierungsentwurf brachte, immer wieder darauf hingewiesen, dass die Verhältnisse in den Kleinbetrieben anders lägen als im Großbetrieb. Das ist zweifellos richtig. Im Kleinbetrieb wird der Arbeitgeber durch den Zwang zur Fortsetzung eines ihm nicht mehr genehmen Arbeitsverhältnisses in Folge der engen Zusammenarbeit persönlich und im Hinblick auf die kleineren Verhältnisse unter Umständen auch finanziell besonders schwer belastet. (...) Auf der anderen Seite kann es keinem Zweifel unterliegen, dass je nach den Umständen auch eine Kündigung in Kleinbetrieben, die keinerlei Rücksicht auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers, die von ihm in der Vergangenheit geleisteten Dienste (...) im stärksten Grade sozialwidrig sein kann, und es ist bedauerlich, wenn der Arbeitnehmer dem schutzlos ausgeliefert ist.“, Hueck, a.a.O., S. 283.

919 Vgl. z. B. BT-Drs. 10/2102 vom 11.10.1984, Entwurf eines BeschFG 1985.

nisse und damit auch auf welche Fassung des KSchG sich der Beschluss zu § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG bezieht. – Nimmt es doch zum einen eine rechtstatsächliche Untersuchung vom Ende der 1970er Jahre, zum anderen einen Kommentar zum KSchG mit Stand von 1997 und schließlich die Arbeitsstättenzählung von 1987 in Bezug.⁹²⁰ In Anbetracht der erheblichen Gesetzesänderungen erstaunt dies.

Wenn es im Beschluss weiter heißt: „Bei Betrieben in dieser Größenordnung können die Verhältnisse durchaus noch so liegen, wie der Gesetzgeber annimmt“⁹²¹ – führt auch dies nicht zur Klärung, um welchen Gesetzgeber es dem BVerfG geht.

d) Beschäftigungs- oder mittelstandspolitische Erwägungen des Gesetzgebers?

Zu § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG (Anrechnungsmodalität Teilzeitbeschäftigter) sollen laut BVerfG⁹²² für den Gesetzgeber des BeschFG 1985 beschäftigungspolitische Gründe maßgeblich gewesen sein.⁹²³

In der Gesetzesbegründung zur Kleinbetriebsklausel im BeschFG 1985 war jedoch die Rede davon, die Ausnahme für Kleinbetriebe beruhe auf den besonders engen persönlichen Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern, die in diesen Betrieben in der Regel bestünden. Dies sind „psychologische“ und „mittelstandspolitische“ Erwägungen. Erst der Gesetzgeber des arbeitsrechtlichen BeschFG 1996 verfolgte eine beschäftigungspolitische „Generallinie“ (mehr Beschäftigung durch weniger Kündigungsschutz).

Womöglich meint das BVerfG aber die Verhältnisse gerade zum Zeitpunkt seiner Entscheidung im Jahre 1998. Jedoch bleibt auch dies unklar.⁹²⁴

920 BVerfGE, a.a.O., S. 169 (181). Allerdings bezieht sich das BVerfG im Beschluss zu § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG, aber auch nur dort, auf die Gesetzesbegründung zum BeschFG 1985; BVerfGE 97, S. 186 (188) unter Verweis auf den Gesetzentwurf der Bundesregierung zum BeschFG 1985, BT-Drs. 10/2102 v. 11.10.1984, S. 17 und 29. Danach ging es dem Gesetzgeber um eine Vermehrung von Teilzeitarbeitsplätzen in Kleinbetrieben. Mit diesem Schutzzweck sei es vereinbar, geringfügig Beschäftigte für die Ermittlung des Schwellenwerts unberücksichtigt zu lassen. Diese Erwägungen des Gesetzgebers betrafen die Anrechnungsmodalitäten von Teilzeitarbeit, nicht die Heraufsetzung des Schwellenwerts.

921 BVerfGE 97, S. 169 (183).

922 BVerfGE 97, S. 186 (188).

923 BVerfGE, a.a.O., S. 188.

924 Der vom BVerfG erwähnte Bericht der Bundesregierung über Kündigungspraxis und Kündigungsschutz, der bis zum 31.12.2000 vorliegen sollte (BT-Drs. 13/5107), wurde nicht erstattet. An der Entschließung hielt der Bundestag nicht fest. In der Zwischenzeit hatten sich die parlamentarischen Mehrheiten geändert (Gesetz vom 19.12.1998, BGBl. I, S. 3843); zur wechselvollen Geschichte des § 23 KSchG vgl. KR-Bader, a.a.O., § 23 Rn. 1-9.

Da das BVerfG die Erwägungen zur Kleinbetriebsklausel eines bestimmten historischen Gesetzgebers nicht expliziert, bleibt offen, worin in der von ihm zu entscheidenden Sache der Gestaltungsspielraum welches Gesetzgebers bestand. In Betracht kamen die Gesetzgeber der Jahre 1951 (Erlass des KSchG), 1985 (Erlass des BeschFG 1985) und 1996 (Erlass des arbeitsrechtlichen BeschFG 1996).

Zusammenfassend wird zur einen wie zur anderen Begründung des BVerfG zu Recht bemerkt, empirische Befunde oder wissenschaftliche Plausibilitäten seien „nicht dokumentiert“.⁹²⁵ Damit bleibt erneut offen, die Gründe welches Gesetzes das BVerfG erörtert.

e) **Keine Verfahrensverbindung durch das BVerfG**

Jede Anrechnungsmodalität, wie die sehr unterschiedlichen des § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG in den verschiedenen Gesetzesfassungen kann unmittelbaren Einfluss auf den Schwellenwert des § 23 Abs. 1 S. 2 haben. Beide Gegenstände sind auf das Engste miteinander verknüpft. Auch wenn beiden Verfahren Aussetzungs- und Vorlagebeschlüsse zweier Gerichte zu unterschiedlichen Zeitpunkten und unterschiedliche Prüfungsgegenstände zugrunde lagen, hätte deshalb die Verbindung der Verfahren nahegelegen und der Prozessökonomie gedient.⁹²⁶ Jedenfalls entscheidet das BVerfG darüber aber nach freiem Ermessen. Es hat die Verfahren nicht verbunden.

IV. **Gewichtung der kollidierenden Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmern im Beschluss des BVerfG zu § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG**

Die Rechtsgüter- und Interessenabwägung⁹²⁷ im Beschluss des BVerfG wirft Fragen auf:

1. **Die vom BVerfG einander gegenübergestellten „gewichtigen Belange“ der Parteien des Arbeitsverhältnisses**

Dem Schutzbereich des Art. 12 GG unterfalle das Interesse der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer am Erhalt ihres Arbeitsplatzes. Das BVerfG wirft – so der Beschluss – „gewichtige Belange“ der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in die Waagschale, erwähnt den Arbeitsplatz als ihre „wirtschaftliche Existenzgrundlage“ und Grundlage ihres „Lebenszuschnitts“, „Zeiten struktu-

925 KR-Bader, a.a.O., Rn. 16 mwN.

926 BVerfGE 12, S. 205 (223); Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2015, § 17 Rn. 21f.

927 BVerfGE 97, S. 169 (177ff., unter B.I.3.b sowie c, S. 177-180).

reller Arbeitslosigkeit“ sowie die begrenzten Leistungen der Arbeitslosenversicherung.

Dem stehe „das Interesse des Arbeitgebers gegenüber“ bzw. dem „widerstreite“ sein Interesse, in seinem Unternehmen nur Mitarbeiter zu beschäftigen, „die seinen Vorstellungen entsprechen“, und ihre Zahl auf das „von ihm bestimmte Maß zu beschränken“.⁹²⁸ Auch das Kündigungsrecht des Kleinunternehmers sei in hohem Maße schutzwürdig.⁹²⁹ Im Kleinbetrieb komme es auf die Leistungsfähigkeit und die Persönlichkeitsmerkmale jedes einzelnen Arbeitnehmers an. Das Vertrauensverhältnis zu jedem Mitarbeiter bekomme einen besonderen Stellenwert.⁹³⁰

2. Strukturelle Faktoren im Verhältnis Arbeit – Kapital hinreichend berücksichtigt?

Diese Gegenüberstellung der Interessen der Parteien des Arbeitsverhältnisses in Kleinbetrieben im Beschluss des BVerfG berücksichtigt arbeitsrechtliche und strukturelle Aspekte, die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers, Faktoren, die in Kleinbetrieben mindestens so stark wie in größeren wirken, nicht hinreichend:

a) Immanente Schranken des Kündigungsschutzes

Kündigungsschutz setzt nach sechsmonatiger Betriebszugehörigkeit ein (§ 1 KSchG). Bis dahin braucht der Arbeitgeber keinen sachlichen Grund, um zu kündigen. Gerade der Arbeitgeber im Kleinbetrieb, der oft dort präsent ist, kann aufgrund seiner „besonderen Nähe“ zum Betrieb wie zum einzelnen Arbeitnehmer dessen „Leistungsfähigkeit und Persönlichkeitsmerkmale“ und sein Vertrauensverhältnis zu ihm während der Wartezeit umfassend prüfen.⁹³¹

Der Ausschluss des Kündigungsschutzes aufgrund von § 23 Abs. 1 KSchG für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses ist jedenfalls für dieses vom BVerfG benannte Ziel nicht erforderlich.

In den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses muss bei Kündigung durch den Arbeitgeber auch nicht über eine Abfindung verhandelt werden.⁹³² Überdies ist die Kündigungsfrist während einer wie üblich sechs Monate dauernden Probezeit kürzer (§ 622 Abs. 3 BGB), und es besteht nur Anspruch auf anteiligen Urlaub (§ 4 BUrlG).

928 BVerfGE, ebd.

929 BVerfGE, a.a.O., S. 169 (177f. unter b).

930 BVerfGE, a.a.O.

931 Zu diesen Aspekten ebenfalls BVerfGE, a.a.O., S. 177f.

932 BVerfGE, a.a.O., S. 170.

§ 1a KSchG sieht nach Ablauf der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG bei betriebsbedingter Kündigung vor, dass der Arbeitgeber eine Abfindung in Höhe von 0,5 Monatsverdiensten für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses „ausloben“ kann, wenn der Arbeitnehmer keine Kündigungsschutzklage erhebt. Diese Möglichkeit spart Prozesskosten und ist insbesondere auf Klein- und Mittelbetriebe zugeschnitten.⁹³³ Diese Handlungsmöglichkeit des Arbeitgebers existierte zum Zeitpunkt der Beschlüsse des BVerfG im Jahre 1998 nicht.

b) Zur Kündigung funktional äquivalente oder ähnliche Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers

aa) Befristung des Arbeitsvertrages

Das BVerfG berücksichtigt auch nicht zur Kündigung funktional äquivalente Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers, wie z.B. die Befristung – und konnte sie zum Teil noch nicht berücksichtigen. – Die Befristungspraxis hat durch das TzBfG (2001) und die dazu ergangene Rechtsprechung des BAG, die grosso modo die Erfolgchancen einer Entfristungsklage vor allem bei den Tatbeständen der Sachgrundbefristung wie auch bei der erstmaligen sachgrundlosen Befristung immer weiter verringert hat, erheblich an Bedeutung gewonnen.⁹³⁴

In der Praxis schließt sich in zahlreichen Bereichen, insbesondere im öffentlichen Dienst, an eine zweijährige sachgrundlose Befristung, die nach Maßgabe von Tarifverträgen verlängert werden kann, häufig eine jahrelange Befristung mit sachlichem Grund an. Kommt es im Anschluss daran zum Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages, entfällt immerhin die sechsmonatige Wartezeit des § 1 KSchG.

Neben der Befristung kann die ordentliche Kündigung vereinbart werden (§ 15 Abs. 3 TzBfG). Hiervon wird mittlerweile fast stets Gebrauch gemacht. Besteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, kann zwecks Umwandlung in ein befristetes unabhängig von der Geltung der §§ 2, 4 KSchG eine Änderungskündigung erklärt werden.⁹³⁵ Die außerordentliche Kündigung kann arbeitsvertraglich nicht ausgeschlossen werden, ist also auch im befristeten Arbeitsverhältnis möglich.

933 Zur Entstehungsgeschichte, zum Normzweck und zur Bedeutung der Norm vgl. KR-*Spilger*, 12. Aufl. 2019, § 1a KSchG, Rn. 121ff.; die Einschätzung von *Spilger*, a.a.O., Rn. 11, die Norm habe in der Rechtspraxis keine signifikante Bedeutung, kann nicht bestätigt werden.

934 Vgl. *Wolter*, AuR 2011, S. 382.

935 Vgl. APS-*Künzl*, 5. Aufl. 2017, § 2 KSchG, Rn. 19 mwN.; KR-*Kreft*, 12. Aufl. 2019, § 2 KSchG, Rn. 47f. Die Wirksamkeit der Befristung im Rahmen der Änderungskündigung, den betrieblichen Geltungsbereich des KSchG gemäß § 23 unterstellt ist, nicht an den Gründen des § 1 Abs. 2 KSchG zu messen.

Diese Handlungsmöglichkeiten stehen auch Arbeitgebern in Kleinbetrieben nicht anders zur Verfügung als Arbeitgebern in größeren Betrieben

Zum Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG 1998 galt das TzBfG noch nicht. Die Praxis des Abschlusses befristeter Arbeitsverträge (§ 620 BGB a.F.) bestand zwar, das TzBfG hat die Befristung für die Arbeitsvertragsgestaltung jedoch attraktiver gemacht – nicht zuletzt dank der durchgängig restriktiven Rechtsprechung des BAG zur Befristungskontrolle – wie sonst mit dem Arbeitnehmer in der Klägerrolle.

Laut Analyse des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) ist die befristete Beschäftigung in Deutschland von ca. 1,3 Millionen Arbeitsverhältnissen 1996 auf 3,15 Millionen im Jahre 2017 angestiegen. Das entspricht einem Anteil von ca. 8,3 Prozent an allen Arbeitsverhältnissen.⁹³⁶

bb) Zuwachs atypischer Arbeitsverhältnisse

Nicht erörtert hat das BVerfG die auch 1998 schon vorhandenen zahlreichen Formen atypischer Beschäftigungsverhältnisse, die zugleich ein geringeres Maß an arbeitsvertraglicher Bindung für den Arbeitgeber bedeuten. So existierte seit langem zwar die Arbeitnehmerüberlassung, jedoch bei weitem nicht in dem Umfang und in der rechtlichen Ausformung, die sie nach 1998 erhielt.⁹³⁷

Andere Formen rechtlich verfasster Beziehungen zwischen Unternehmen und einzelnen abhängig Beschäftigter wie Jobsharing, Werkverträge und Scheinselbstständigkeit, die die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts zu vermeiden oder zu umgehen suchen, flexible Teilzeitarbeit, geringfügige Beschäftigung, Minijobs, Arbeit auf Abruf, Praktika und freie Mitarbeit⁹³⁸ existierten zum Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG ebenfalls. Auch diese Formen haben aber seitdem erheblich an Bedeutung gewonnen. Neben diesen Vertragsformen sind in späterer Zeit weitere, wie Ein-Euro-Jobs, Crowd Working usw. entstanden.

Gleich, ob althergebracht oder neu – sie sind jedenfalls Alternativen für Arbeitgeber auch in Kleinbetrieben, um eine arbeitsvertragliche Bindung abzuschwächen und damit die Kündigung, ggf. mit Kündigungsschutz zu vermeiden.

⁹³⁶ IAB-Kurzbericht 16/2018.

⁹³⁷ Zur Entstehungsgeschichte des AÜG und zu seinen diversen Änderungen vgl. *Schüren/Hamann*, AÜG, 5. Aufl. 2018, § 1 Rn. 19; als teilweises Äquivalent zur Arbeitnehmerüberlassung fungiert mehr und mehr werkvertragliche Gestaltung.

⁹³⁸ Vgl. hierzu den Überblick von *Horstmeier*, *Prekäre Beschäftigungsverhältnisse. Systematische Darstellung sämtlicher Beschäftigungsformen*, 2009; *Waltermann*, *Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? Gutachten B zum 68. DJT 2010; Zahlen zum Verhältnis von „prekär“ zu „normal“ Beschäftigten bei HK-ArbR/Däubler*, 4. Aufl. 2017, Einleitung, Rn. 94f.; *Waltermann*, a.a.O.

cc) Keine Berücksichtigung der Option von Betriebsübergängen und inverser Handlungsmöglichkeiten des Unternehmens

Der Arbeitgeber kann sich des Arbeitnehmers durch Betriebsübergang „entledigen“. Dazu ordnet er ihn zuvor dem übergehenden Betriebsteil zu,⁹³⁹ um dann nur diesen oder statt seiner „alles um ihn herum“ zu veräußern. Einem Betriebsteil kann auch lediglich eine einzelne Arbeitnehmerin bzw. ein einzelner Arbeitnehmer angehören.⁹⁴⁰ Die Zuordnung erlaubt die einfache „Trennung“ von Arbeitnehmern bzw. Teilen der Betriebsratsmitglieder oder des Betriebsratsvorsitzenden, denen auf diese Weise der Betrieb „unter den Beinen weggezogen wird“, oder von Teilen der Belegschaft, die dem Arbeitgeber z.B. zu „teuer“ sind, ohne Rechtskontrolle bezüglich der sozialen Rechtfertigung der Maßnahmen.⁹⁴¹

Ein personalpolitisch ausgerichtetes Interesse kann anstelle des Übergangs des Betriebs und damit der Arbeitsverhältnisse dahin gehen, den Betrieb gerade nicht übergehen zu lassen – durch Funktionsnachfolge.⁹⁴² Die Fremdvergabe von bisher im Betrieb wahrgenommenen Arbeitsaufgaben (Outsourcing) ohne Übertragung der wesentlichen Betriebsmittel ist, richtig gestaltet, kein Betriebsinhaberwechsel, lässt jedoch einen Überhang an Arbeitskräften entstehen, der die Trennung von Teilen der bisherigen Belegschaft, z.B. durch betriebsbedingte Kündigungen sachlich, auch im Wege der Massenentlassung, rechtfertigen kann.⁹⁴³

Diese Alternative zwischen Betriebsinhaberwechsel und Funktionsnachfolge erweitert die Handlungsoptionen des Arbeitgebers – auch dies war bereits zum Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG im Januar 1998 zwar geltende Sach- und Rechtslage, in der Praxis aber nicht in dem Maße „elaboriert“, wie es das mittlerweile ist.

Weitere personalpolitische Handlungsoptionen der Arbeitgeberseite, die auch Kleinunternehmen zur Verfügung stehen, relativieren die Bedeutung der zu-

939 APS-Steffan, a.a.O., § 613a BGB, Rn. 88 mwN.; Schmidt, Die Zuordnung von Arbeitnehmern durch Direktionsrecht als Umgehungsmaßnahme im Betriebsübergang, 2020, S. 149ff.

940 Dem Betriebsübergang bzw. Teilbetriebsübergang funktional äquivalente oder ähnliche Handlungsformen der Umstrukturierung stehen als Alternativen zur Kündigung Kleinbetrieben, insbesondere solchen, die in Konzerne eingebunden sind, ebenfalls vollumfänglich zur Verfügung.

941 Vgl. exemplarisch den Fall BAG v. 24.9.2015 – 2 AZR 562/14, NZA 2016, S. 366 („Ja-Sager/Nein-Sager“) m. Anm. Kloppenburg, juris PR-ArbR 32/2016, Anm. 2; vgl. ausführlich oben Erster Abschnitt, E.IV.

942 Schaub-Abrendt, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 117 Rn. 12f.; BAG vom 25.9.2008 – 8 AZR 607/07, NZA-RR 2009, S. 469; vgl. auch Zweiter Abschnitt, C. V.

943 Wobei die Fehleranfälligkeit des Massenentlassungsverfahrens aus Arbeitgebersicht nicht verkannt wird.

gunsten des Arbeitgebers notwendigen Kündigungsfreiheit des Arbeitsverhältnisses ebenfalls.⁹⁴⁴

dd) Organisation des Arbeitgebers; insbesondere gespaltene Arbeitgeberstellung

Handlungsoptionen für Arbeitgeber, sei es durch Betriebsübergang, sei es durch dessen Vermeidung, also unternehmensorganisatorische und personalpolitische Maßnahmen zu ihren Gunsten und zu Lasten der davon betroffenen Beschäftigten, bestehen bei subtilen, für Beschäftigte nur schwer erkennbaren und „flüchtigen“ Maßnahmen. Dazu zählen veränderte Organisationsformen des Arbeitgebers, d.h. vor allem Gemeinschaftsbetriebe, Gemeinschaftsunternehmen, Betriebsführung, Personalüberleitung und -gestellung, Unternehmens- und Betriebsspaltung usw. Auch die mit ihnen öfter verbundene gespaltene Arbeitgeberstellung oder die Spaltung in disziplinarische und fachliche Weisungsrechte, wie etwa in der Matrix-Organisation, komplizieren und schwächen die Rechtsstellung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer so, wie sie dadurch die des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis stärken. Ähnlich anspruchsvolle Fragen können sich stellen, wenn ein Arbeitnehmer in mehreren wirtschaftlichen Einheiten tätig ist („Doppelpositions-Arbeitsverhältnis“) und jede dieser wirtschaftlichen Einheiten auf einen anderen Erwerber übergeht.⁹⁴⁵

Das gilt z.B. für die Suche nach dem richtigen Ansprechpartner des Arbeitnehmers oder des Betriebsrats auf Arbeitgeberseite im Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen. Es bedurfte einer Reihe von Entscheidungen des BAG, die jeweilige Aktiv- oder Passivlegitimation bzw. Zuständigkeit, sei es des Vertragsarbeitgebers, sei es die der Leitungsstelle des Gemeinschaftsbetriebs zu klären.⁹⁴⁶

Es kann keine Rede davon sein, dass die sich dabei stellenden Fragen umfassend beantwortet sind. Erweist sich der jeweilige Adressat als der falsche, geht ein außergerichtliches oder gerichtliches Verfahren schon deshalb verlustig. Hinzu kommen die jederzeit gegebenen, für Außenstehende oft nicht nachvollziehbaren diversen Änderungsmöglichkeiten der Organisation des Arbeitgebers. Dies gilt z.B. für Begründung, Änderung oder Auflösung von Gemeinschaftsbetrieben.

⁹⁴⁴ *Willemsen*, NZA 2017, S. 953, unter Bezugnahme auf BAG, Urteil vom 25.8.2016 – 8 AZR 53/15, NZA-RR 2017, S. 123.

⁹⁴⁵ EuGH vom 26.3.2020 – C 344/18, *Facility Services*, NZA 2020, S. 503; Besprechung des Urteils durch *Löw/Stolzenberg*, NZA 2020, S. 1279; Hausmeister Tätigkeit für mehrere Objekte, die vor den Übergängen demselben Betriebsinhaber gehört hatten.

⁹⁴⁶ S. auch unten Fünfter Abschnitt, C.

Jedenfalls bewirken diese alternativen, funktional ähnlichen Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers für Umstrukturierungen insgesamt, dass er noch weniger auf das Kündigungsrecht angewiesen ist, als dies zu Zeiten des Beschlusses des BVerfG Anfang 1998 der Fall sein mochte. Diese Handlungsmöglichkeiten stehen auch dem Arbeitgeber in Kleinbetrieben zur Verfügung. Dadurch vertieft sich zugleich die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Hätte das BVerfG die damals bereits erprobten, weiteren Instrumente einer flexiblen Personalpolitik als Alternativen zur Kündigung in seine Entscheidung einbezogen, hätte die Abwägung in dem Beschluss ebenfalls anders ausfallen können. Erst recht gilt dies für eine Betrachtung auf der Grundlage der der Arbeitgeberseite mittlerweile zur Verfügung stehenden, sehr viel mehr als seinerzeit elaborierten Handlungsmöglichkeiten zur Vermeidung fester arbeitsvertraglicher Bindungen bzw. die zahlreichen personalpolitischen Alternativen zur Kündigung.

c) Strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers im Beschluss des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel?

Die Erkenntnis von der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Abschluss wie Durchführung von Arbeitsverträgen findet sich in ständiger Rechtsprechung des BVerfG.⁹⁴⁷ Im Beschluss zur Kleinbetriebsklausel ist bei Gegenüberstellung der Interessen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber in Kleinbetrieben für die verfassungsrechtliche Abwägung davon allerdings keine Rede. Stattdessen werden allgemein und vage nur „gewichtige Belange auf Seiten des Arbeitnehmers“ in die Waagschale geworfen.⁹⁴⁸

Mehr noch: Stellt der Beschluss auf Seiten des Kleinunternehmers als gleichgewichtig zu diesen Interessen des Arbeitnehmers doch solche des Arbeitgebers ein, die, anders als bei den Gegebenheiten auf Arbeitnehmerseite, kein existentielles Angewiesensein auf das Arbeitsverhältnis ausdrücken: Geschäftserfolg, Leistungsminderungen, die spürbar auf das Ergebnis durchschlagen, typischerweise Mitarbeit des Unternehmers als „Chef vor Ort“, geringere Finanzausstattung, bis hin zum Verwaltungsaufwand für einen Kündigungsschutzprozess.⁹⁴⁹

Diesen Interessen des Kleinunternehmers, bedeutsam wie sie sind, kommt nicht die existentielle „Wucht“ zu wie den Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer an Bestand und Fortbestand ihres Arbeitsverhältnisses. Wie

947 BVerfGE 84, S. 212 (229); s. schon oben C.IV.6.

948 BVerfGE 97, S. 169 (177).

949 BVerfGE, a.a.O., S. 177f.

die Abwägung zeigt, überwiegt für das BVerfG ungeachtet dessen das Interesse der Arbeitgeberseite, soll die Kleinbetriebsklausel doch verfassungsmäßig sein.

Schließlich werden in dem Beschluss die kollidierenden Grundrechtspositionen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht nur mit denen ihrer Arbeitgeber in Kleinbetrieben in Wechselwirkung erfasst und begrenzt, sondern Interessen von Arbeitgebern in Kleinbetrieben mit denen von Arbeitgebern in Großbetrieben.⁹⁵⁰ Nicht a prima vista einleuchten will, welchen verfassungsrechtlichen Bezug diese zu den Grundrechten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in Kleinbetrieben haben.

Das BVerfG verlangt in ständiger Rechtsprechung, die kollidierenden Grundrechtspositionen, insbesondere in bipolaren Rechtsverhältnissen, in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und beiderseits so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.⁹⁵¹ Für den Arbeitgeber liegt dieses Kriterium schon deshalb auf der Hand, weil er seine Berufsausübungsfreiheit in der Regel nur mit Hilfe von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern verwirklichen kann. Der Arbeitnehmer dagegen kann seinen Beruf auch außerhalb eines Arbeitsverhältnisses ausüben. – Dem BVerfG gilt dies – sehr vage – als ein „ökonomisches und soziales Beziehungsgeflecht“.⁹⁵²

3. Methodische Anforderungen an Feststellung und Auflösung von Kollisionen in mehrpoligen Rechtsverhältnissen

a) Prinzipien in der Rechtsprechung des BVerfG

Das BVerfG hat gelegentlich allgemeine methodische Anforderungen skizziert, wie die kollidierenden Grundrechte gemäß praktischer Konkordanz gegeneinander „wirken“ – so etwa im Beschluss, der das Verhältnis von durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zur Sicherung effektiven Rechtsschutzes in verwaltungsgerichtlichen Verfahren betraf.⁹⁵³ Demnach müsse das Gericht eine „ausdrückliche Abwägung unter Rückgriff auf subsumtionsfähige Kriterien vornehmen oder nachvollziehbar machen“. Auch bedürfe es einer „Konkretisierung und nachvollziehbaren Anwendung der der Abwägung zugrunde gelegten Kriterien“.⁹⁵⁴ Jedenfalls das

950 Z.B. BVerfGE 97, S. 169 (177, 178, 180); eine Kollision von Grundrechten von Arbeitgebern in Klein- mit denen von Arbeitgebern in Großbetrieben ist nicht ersichtlich.

951 BVerfGE 97, S. 169 (176).

952 BVerfGE 97, S. 169 (177).

953 BVerfGE 115, S. 205.

954 BVerfGE 115, S. 205 (246).

Abwägungsprogramm und die Plausibilität des Abwägungsergebnisses müssten erkennbar werden.⁹⁵⁵

Die „Darstellung der die Abwägung leitenden Gesichtspunkte in der gerichtlichen Entscheidung (leiste) einen wesentlichen Beitrag zur Konkretisierung des Abwägungsprogramms, zur Rationalisierung des Abwägungsvorgangs und zur Sicherung der Richtigkeit des Entscheidungsergebnisses“.⁹⁵⁶

In der Entscheidung zum Schutz des Samplings durch die Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG gegenüber der Berücksichtigung durch Art. 14 GG geschützter Leistungsschutzrechte des Tonträgerherstellers⁹⁵⁷ hat das BVerfG ebenfalls kursorische Hinweise zur Auflösung von Kollisionen gegeben: Es seien „Intensität und Ausmaß der Auswirkungen der verschiedenen Auslegungs- und Anwendungsvarianten auf die betroffenen Rechtsgüter beider Parteien zu ermitteln und bei der Entscheidung zu berücksichtigen“.⁹⁵⁸

b) Berücksichtigung methodischer Anforderungen im Beschluss des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel?

Der Beschluss zur Kleinbetriebsklausel legt bei der Kollisionsregelung der Grundrechte bzw. Interessen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gegenüber denen von Arbeitgebern aus Art. 12 Abs. 1 GG derartige methodische Reflexionen, die das BVerfG allerdings überwiegend erst in späterer Rechtsprechung formuliert hat, nicht zugrunde; vielmehr entscheidet es ohne Berücksichtigung des Ausmaßes der Auswirkungen verschiedener Auslegungs- und Anwendungsvarianten auf die betroffenen kollidierenden Rechtsgüter.

Weder nimmt es in dem Beschluss zur Kleinbetriebsklausel eine „ausdrückliche Abwägung unter Rückgriff auf subsumtionsfähige Kriterien vor“ noch macht es sie „nachvollziehbar“.⁹⁵⁹ Auch wird das Abwägungsprogramm des BVerfG nicht deutlich.⁹⁶⁰

Unklar ist, was das BVerfG unter Wechselwirkung versteht. Auch wird die „Wechselwirkung“ der Grundrechtspositionen der betroffenen Arbeitneh-

955 BVerfGE, a.a.O., S. 247.

956 BVerfGE, a.a.O., S. 236. Im Ergebnis nahm das BVerfG eine Verletzung des Grundrechts der Telekom aus Art. 12 Abs. 1 GG an. Art. 12 Abs. 1 GG beinhaltet auch das Interesse, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse nicht offenbaren zu müssen. Mehrfach erwähnt das Gericht auch in diese Entscheidung die Begriffe der bipolaren oder multipolaren Rechtsverhältnisse bzw. Konfliktlagen.

957 BVerfGE 142, S. 74; vgl. auch E 28, S. 243 (260 u.f.).

958 BVerfGE 142, a.a.O., Rn 85.

959 BVerfGE 115, S. 205 (246).

960 BVerfGE 115, S. 247; ähnlich verfährt z.B. die Kammerentscheidung des BVerfG vom 15.1.2015 zu § 613a BGB; vgl. BVerfG ZIP 2015, S. 445 mit BAG vom 15.11.2012 – 8 AZR 683/11, NJW 2013, S. 2379.

merinnen und Arbeitnehmer mit denen der Arbeitgeber, die vom Kündigungsschutz ausgenommen worden sind, nicht „erfasst“. Vielmehr wird⁹⁶¹ – ohne Darlegung einer Wechselwirkung – bloß festgestellt, der Interessengegensatz habe einen verfassungsrechtlichen Ausgleich gefunden.

V. Umsetzung der Maßgaben des BVerfG zum Betriebsbegriff durch die Rechtsprechung des BAG?

Zwischen der Rechtsprechung des BAG und der des BVerfG zum Kleinbetrieb und zum Betrieb im Allgemeinen bestehen erhebliche Unterschiede:

1. Typologie statt Teleologie

Laut BAG hat das BVerfG mit seinen Ausführungen zum Betriebsbegriff lediglich beispielhaft Gesichtspunkte angeführt, die für einen Kleinbetrieb bezeichnend sind, ohne dass sie wie die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Norm zu behandeln wären. Die Anwendung der Kleinbetriebsklausel setze nicht voraus, dass die „Einheit“ sämtliche vom BVerfG als charakteristisch benannten Merkmale eines Kleinbetriebs erfülle. Maßgebend sei vielmehr eine alle Umstände des Einzelfalls einbeziehende, wertende Gesamtbetrachtung dahingehend, ob die Anwendung der Kleinbetriebsklausel dem mit ihr verbundenen Sinn und Zweck noch hinreichend gerecht werde.⁹⁶²

Ob dies der Gesetzeskraft⁹⁶³ der Maßgaben des BVerfG zum Betriebsbegriff gerecht wird, ist fraglich. Denn der Betrieb gerät dem BAG auf diese Weise zum Typus, in dessen Merkmale es fälschlicherweise auch die Aspekte einfließen lässt, die im Beschluss des BVerfG allein für die Skizze der schutzwürdigen Belange des Arbeitgebers eines Kleinbetriebes relevant sind, die jedoch an der Gesetzeskraft seiner Aussagen zum Betriebsbegriff nicht teilhaben.⁹⁶⁴

Jedenfalls hält das BVerfG, anders als das BAG, eine am Sinn und Zweck der Klausel orientierte Interpretation des Betriebsbegriffs für verfassungsrechtlich geboten. Der Betriebsbegriff ist teleologisch und einschränkend zu interpretieren, wie es mehrfach explizit im Beschluss des BVerfG heißt.⁹⁶⁵ Dies ist etwas

⁹⁶¹ BVerfGE 97, S. 169 (178ff., cc sowie c).

⁹⁶² BAG vom 13.6.2002 – 2 AZR 327/01, II.1.d) der Gründe sowie vom 28.10.2010 – 2 AZR 392/08, Rn. 25.

⁹⁶³ Vgl. dazu Dritter Abschnitt, D.II.4.

⁹⁶⁴ BAG vom 28.10.2010, a.a.O., Rn. 21; versus BVerfGE 97, S. 169 (177f., B.I.3.b)bb) der Gründe). Die Direktiven des BVerfG zur verfassungskonformen Auslegung des Betriebsbegriffs finden sich nicht dort, sondern nur unter B.II.4.b)bb) der Gründe (S. 184f.).

⁹⁶⁵ BVerfGE, ebd.: Begriff nicht so eindeutig vorgeprägt, dass er im Zusammenhang des KSchG keiner einschränkenden Auslegung zugänglich wäre. Durch eine am Sinn und Zweck der Kleinbetriebsklausel orientierte Interpretation des Betriebsbegriffs ..., a.a.O., S. 184f.

anderes als die Zugrundelegung des Betriebsbegriffs als Typus. Ein einschränkend fungierender Typus ist nicht bekannt. Mehr noch:

Der Typus kann nur beschrieben werden, er wird nicht angewendet, unter ihn wird nicht subsumiert. Eindeutigere Ergebnisse als die Typologie kann die vom BVerfG geforderte teleologische Interpretation liefern, die den Begriff überdies restriktiv interpretiert und sich an den gesetzlichen Zielvorgaben sowie den Grundrechten orientiert. Der Typus bleibt demgegenüber „offen“, er kann in der Entscheidung die verschiedensten Resultate präsentieren. Beispielhaft zeigt sich dies an der ebenfalls typologisch verfahrenen Rechtsprechung zum Betriebsübergang gemäß § 613a BGB.⁹⁶⁶

Den Resümees von Joost⁹⁶⁷ ist auch in Anbetracht der vom BAG mehrfach verwendeten Typologie zuzustimmen:

Die Feststellung, wann ein Kleinbetrieb vorliegt, „... bereitet seit langem erhebliche Schwierigkeiten“.⁹⁶⁸ Dies beruht u.U. darauf, dass die „Bestandteile des Allgemeinbegriffs (des Betriebs) so unscharf (sind), dass sie eine verlässliche Rechtsanwendung nicht leiten können. Dies gilt insbesondere für das Begriffselement des ‚institutionalisierten Leitungsapparats‘ im Kern der Arbeitgeberfunktionen in personellen und sozialen Angelegenheiten.“⁹⁶⁹

Dieser Inhalt des Betriebsbegriffs, der der Rechtsprechung des BAG seit langem als entscheidend gilt, soll dem Kündigungsschutzrecht wie dem Arbeitsrecht im Allgemeinen zugrunde liegen. Der Beschluss des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel erwähnt ihn nicht, obwohl der Leitungsapparat zum Zeitpunkt seiner Entscheidung 1998 seit längerem „intronisiert“⁹⁷⁰ war.

Der Begriff des institutionalisierten Leitungsapparats ist keine Ausgestaltung der, kein Synonym für die vom BVerfG vorgegebene teleologische Auslegung des Betriebsbegriffs. So wie das BAG den Betriebsbegriff setzt, bleibe er „volitiv und konturenlos“. Eine Subsumtion unter ihn könne „nicht mehr gelingen,

966 Vgl. dazu oben Zweiter Abschnitt, C.VI.2.b) und d).

967 Joost, Anmerkung zu BAG v. 28.10.2010 – 2 AZR 392/08, AP Nr. 48 zu § 23 KSchG 1969.

968 Joost, a.a.O.

969 Joost, ebd., sowie ausführlich *ders.*, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988, S. 111ff.; vgl. dazu unten Fünfter Abschnitt, B.

970 Z.B. BAG vom 24.1.1996 – 7 ABR 10/95, AP Nr. 8 zu § 1 BetrVG 1972 Gemeinsamer Betrieb m. Anm. *Däubler*.

wenn es auf eine wertende Betrachtung aller denkbaren Umstände des Einzelfalles ankommen soll.⁹⁷¹

Relevant wird dies insbesondere für betriebliche Umstrukturierungen, die auch deshalb rechtlich ebenfalls nicht „greifbar“ sind.⁹⁷² Damit legt das BAG einen von den Vorgaben des BVerfG, insbesondere denen mit Gesetzeskraft, abweichenden Betriebsbegriff zugrunde.

Es stellen sich weitere Fragen an die Rechtsprechung des BAG in „Umsetzung“ des Beschlusses des BVerfG:

2. Ausnahme statt Einzelfall

Nach dem BVerfG kann der Begriff des Kleinbetriebes, für den das KSchG nicht gilt, auf „Einheiten beschränkt werden, für deren Schutz der Kleinbetrieb allein bestimmt ist.“⁹⁷³ Umgekehrt lässt sich durch teleologische Interpretation vermeiden, dass Kündigungsschutz nicht für „Einheiten“ gilt, für die der Schutzgedanke des § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG nicht zutrifft.⁹⁷⁴ – Zwischen den beiden Formeln des Beschlusses des BVerfG herrscht kein Regel-Ausnahme-Verhältnis, sondern es besteht die Alternative zwischen dem „wirklichen“ Kleinbetrieb, für den das KSchG nicht gilt, und dem „scheinbaren“, für den es gilt.

Anders dagegen die Rechtsprechung des BAG: Die Geltung des KSchG durch Rückgriff auf das Unternehmen oder auf andere betriebliche Einheiten kommt nur in Betracht, wenn die Anwendung des Betriebsbegriffs ohne diese Bezugnahme „unweigerlich zu einer sachwidrigen Ungleichbehandlung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer führen würde.“⁹⁷⁵ Diese vom BAG aufgestellte Regel bei seltenen Ausnahmen („nur“; „unweigerlich“) ist ebenfalls nicht kongruent mit der Vorgabe des BVerfG.

Es entspricht ihr umso weniger, als die Unternehmensorganisation in den letzten 30, 40 Jahren sich von relativer Selbstständigkeit zu strikt geführter Unter-

971 Joost, a.a.O. Vgl. im Übrigen die Erwägungen bei KR-Bader, 12. Aufl. 2019, § 23 KSchG, Rn. 31f., 66ff.; APS-Moll, 5. Aufl. 2017, § 23 KSchG, Rn. 39 mit der Beobachtung, Art und Inhalt der teleologischen Reduktion des Betriebsbegriffs würden nicht einheitlich beurteilt; a.a.O., Rn. 41ff.; HaKo-KSchR/Pfeiffer, 7. Aufl. 2021, § 23 KSchG, Rn. 10ff.; SPV, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 11. Aufl. 2015, Rn. 238ff.; KDZ-Deinert, 9. Aufl. 2014, § 23 KSchG, Rn. 10ff.; Münchner-HdbArbR, Bd. 2, 2018, § 110 Rn. 13ff., alle mwN.

972 Vgl. dazu Zweiter Abschnitt, C.V.

973 BVerfGE 97, S. 169 (184).

974 BVerfGE 97, S. 169 (185).

975 BAG vom 28.10.2010, a.a.O., Rn. 25.

nehmens- und Konzernorganisation gewandelt hat.⁹⁷⁶ Betriebe sind nicht mehr bloß im Einzelfall, sondern in der Regel – jedenfalls in viel größerem Maße als zum Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG – in seinen Worten „Teile größerer Unternehmen oder Konzernen, für die die Gesichtspunkte nicht zutreffen, die eine Benachteiligung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Kleinbetrieben rechtfertigen.“⁹⁷⁷

3. Einschränkung versus erweiterter Begriff des Kleinbetriebs

Das BVerfG zitiert den ursprünglichen Begriff des Betriebs. Darunter werde allgemein die organisatorische Einheit verstanden, innerhalb derer der Arbeitgeber bestimmte arbeitstechnische Zwecke verfolge.⁹⁷⁸

Das BAG vertritt seit langem als entscheidendes Merkmal, also als eines, das einen Betrieb „konstituiert“, über diese Formel hinaus, genauer: unabhängig von ihr, den „institutionellen Leitungsapparat“. Soll heißen, dass der Kern der Arbeitgeberfunktionen in personellen und sozialen Angelegenheiten von derselben institutionalisierten Leitung oder „Leitungsstelle“ im Wesentlichen selbstständig ausgeübt werden muss.⁹⁷⁹ In der vom BVerfG zitierten Definition erscheint dergleichen nicht.

Der institutionelle Leitungsapparat ist als Typus von großer Unbestimmtheit.⁹⁸⁰ Jedenfalls führt die Auslegung des institutionellen Leitungsapparats durch das BAG nicht nur zu keiner teleologischen, sondern auch zu keiner einschränkenden Auslegung des Begriffs des Kleinbetriebs. Der Typus des Betriebs beschränkt seinen Begriff nicht, sondern erweitert ihn ins Unbestimmte und Ungefähre. Auch dieser Maßgabe im Beschluss des BVerfG folgt die Rechtsprechung des BAG nicht.

4. Scharfe Trennung von Betrieb und Unternehmen?

Das BAG und mit ihm ein Großteil des Schrifttums beharrt als Konsequenz des Beschlusses des BVerfG darauf, Betrieb und Unternehmen im Kündigungsschutzrecht scharf voneinander zu unterscheiden. Dem BVerfG ging es dagegen darum, von den Fachgerichten durch deren verfassungskonforme Interpretation im Einzelfall klären zu lassen, wann Betrieb und Unternehmen gera-

976 Vgl. dazu Dritter Abschnitt, D.IV.

977 BVerfGE 97, S. 169 (184).

978 BVerfGE, ebd.

979 BAG vom 28.10.2010, a.a.O., Rn. 16f.; vgl. dazu unten Fünfter Abschnitt, C.I.

980 Vgl. auch dazu näher Fünfter Abschnitt, C.I.3.

de nicht zu unterscheiden, sondern als Präzisierung zu sehen seien:⁹⁸¹ Genauer sei der Begriff des Unternehmens, so der Beschluss des BVerfG. Auch diese Konkretisierung durch die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung ist daher nicht kongruent mit Vorgaben des BVerfG.

5. Praxisrelevanz des „Kündigungsschutzes erster und zweiter Klasse“

Die Maßgaben des BVerfG mit Gesetzeskraft zu den betrieblichen Besonderheiten, die zum Kündigungsschutz „erster Klasse“ im Kleinbetrieb, d.h. auch in Betrieben führen, die den Schwellenwert des § 23 KSchG nicht erreichen,⁹⁸² sind in der Praxis allerdings kaum wirksam geworden. Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung hat sie nicht konkretisiert.⁹⁸³ Womöglich ist dies auch unterblieben, weil Rechtsprechung und Schrifttum auf der scharfen Trennung von „Betrieb“ und „Unternehmen“ insistiert haben und weiterhin insistieren.

Dagegen sind die Aussagen in dem Beschluss des BVerfG zum „Kündigungsschutz zweiter Klasse“, die keine Gesetzeskraft haben, in der arbeitsgerichtlichen Praxis relevant geworden.⁹⁸⁴ – Vom verfahrensrechtlichen Standpunkt aus ein paradoxes Ergebnis.

E. Resümee; Ausblick

I. Resümee

Die Bedeutung des Beschlusses des BVerfG zum Schwellenwert für den betrieblichen Geltungsbereich des KSchG (§ 23 Abs. 1 S. 2) reicht über seinen engen Verfahrensgegenstand hinaus und betrifft die grundrechtliche Sicht auf Grundprobleme des Kündigungsschutzes wie des Arbeitsverhältnisses im Allgemeinen. Bei Herstellung praktischer Konkordanz zwischen Grundrechten des Arbeitgebers mit denen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ergeben sich aus dem Beschluss verfahrensrechtliche Fragen. Zwischen den Eingängen der Vorlagebeschlüsse (1986 bzw. 1992) und den Entscheidungen des BVerfG (1998) wurde das KSchG im arbeitsrechtlichen BeschFG 1996 durch

981 BVerfGE 97, S. 169 (184); vgl. im Einzelnen auch HK-KSchR/Pfeiffer, 7. Aufl. 2021, § 23 KSchG, Rn. 10ff.; APS-Moll, 5. Aufl. 2017, § 23 KSchG, Rn. 8ff., 39ff.

982 S. dazu oben D.II.5.

983 Die Urteile des BAG vom 15.3.2001 – 2 AZR 151/00, NZA 2001, S. 831, sowie vom 25.4.2001 – 5 AZR 360/99, NZA 2002, S. 87, sind insoweit nicht einschlägig.

984 Vgl. dazu die Nachweise bei APS-Moll, § 23 KSchG, Rn. 41a.; vgl. z.B. auch ArbG Reutlingen vom 20.10.1998 – 1 Ca 397/86, NZA-RR 1999, S. 82; der Vorlagebeschluss des ArbG Reutlingen vom 11.12.1986 ist veröffentlicht in NZA 1987, S. 522.

Verdoppelung des Schwellenwerts und Reduzierung des Schutzes vor betriebsbedingter Kündigung erheblich geändert (siehe oben D.I.2.).

Bindungswirkung nach § 31 Abs. 2 BVerfGG (Gesetzeskraft) hat der Beschluss nur für den „Kündigungsschutz Erster Klasse“ – mit der sich daraus ergebenden Notwendigkeit der verfassungskonformen, teleologisch und beschränkend verfahrenen Auslegung und Anwendung des Betriebsbegriffs (D.II.4.b). Dem „Kündigungsschutz zweiter Klasse“ (d.h. Schutz vor willkürlichen oder sachfremden Kündigungen usw.) kommt diese Bindungswirkung nicht zu.

Während die einschränkende und teleologische Auslegung des Betriebsbegriffs von der fachgerichtlichen Rechtsprechung kaum umgesetzt worden ist, womöglich mangels „passender Fälle“, spielt der keine Bindung entfaltende Kündigungsschutz nach Maßgabe der ohnehin bestehenden mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Arbeitsverhältnis in der Praxis eine nicht unerhebliche Rolle – ein paradoxes Ergebnis (D.II.5.).

Methodische Konsequenzen aus dieser Rechtsprechung des BVerfG zieht die fachgerichtliche Rechtsprechung zuweilen nicht hinreichend. Dies führt z.B. anstelle einer teleologisch orientierten Restriktion des Betriebsbegriffs zu einer nicht prognostizierbaren Typologie (oben D.V.1.) wie auch zu weiteren Abweichungen in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte, die Kündigungsschutz i.E. weiter minimieren (D.V.).

Dagegen bewertet der Beschluss des BVerfG widerstreitende Interessen zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses auf nicht unproblematische Weise (D. IV.):

Kündigungsschutz setzt erst nach mehr als sechsmonatiger ununterbrochener Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers ein (§ 1 Abs. 1 KSchG). Innerhalb dieses Zeitraums kann der Arbeitgeber gerade im Kleinbetrieb die Eignung des Arbeitnehmers hinreichend prüfen. Dies stellt das Gericht nicht in seine Abwägung ein (D.IV.2.).

Dasselbe gilt für die zahlreichen, zur Kündigung funktional äquivalenten Handlungsinstrumente des Arbeitgebers, von denen zum Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG viele schon bestanden. Seither haben sie sich fortentwickelt – zulasten der abhängigen Beschäftigung (D.IV.2.b).

Der Beschluss würdigt auch nicht hinreichend die im Arbeitsverhältnis im Allgemeinen, im Kleinbetrieb im Besonderen fehlenden Handlungsalternativen des einzelnen Arbeitnehmers, um seine subjektiven Rechte im Arbeitsverhältnis

nis, insbesondere im individuellen Arbeitsrecht, wirksam werden zu lassen (Zweiter Abschnitt, B. und C.).

II. Ausblick

Das BVerfG konnte 1998, zum Zeitpunkt seiner Entscheidung, die in den darauf folgenden zwanzig Jahren rapide und erheblich erweiterten Handlungsinstrumente der Arbeitgeber zwecks „Verbilligung“ oder Abbau von Arbeitsverhältnissen durch Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen nicht berücksichtigen. Deren Diskussion hat ergeben, dass den Erwägungen des BVerfG zur Bestimmung der kollidierenden Grundrechte zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aber schon für die arbeitsrechtliche Rechtslage des Jahres 1998 nicht, umso weniger aufgrund der ihr nachgehenden Rechtsentwicklungen zu folgen ist.⁹⁸⁵

Das BVerfG bezieht sich darauf, vergleichendes Zahlenmaterial, aus dem zu schließen sei, dass der Gesetzgeber die Verhältnisse bezüglich der von ihm vorgenommenen Grenzziehung gröblich verkannt hätte, liege nicht vor. Sollte der gemäß der Entschließung des Bundestages angeforderte Bericht über Kündigungspraxis und Kündigungsschutz etwas anderes ergeben, wäre der Gesetzgeber gehalten, seine Regelung zu überprüfen.⁹⁸⁶

Nach den Beschlüssen des BVerfG 1998 wurde eine Reihe von empirischen Studien erstellt.⁹⁸⁷ Die Studien aus den Jahren von 2000 bis 2005 haben keine beschäftigungsfördernden oder -hemmenden Wirkungen kündigungsschutzrechtlicher Schwellenwerte ergeben. Dies zeigte sich z. B. auch in der Anhö-

⁹⁸⁵ Vgl. ausführlich Erster und Zweiter Abschnitt.

⁹⁸⁶ BVerfGE 97, S. 169 (183f.).

⁹⁸⁷ Vgl. dazu *Weigand*, Kleine Geschichte der Kleinbetriebsklausel im allgemeinen Kündigungsschutzrecht, in: *Bader u.a.* (Hrsg.), Festschrift Etzel zum 75., 2011, S. 437 (460ff.); *Pfarr u.a.*, RdA 2004, S. 193, sowie *dies.*, Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit. Betriebliche Erfahrungen mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 2005. *Weigand*, a.a.O., S. 464 mwN., verweist auch auf das vom BVerfG unterstellte „Kleinbetriebsprofil“. Enge personale Bezüge würden zunehmend durch betriebliche Kennziffern und daran messbare Leistungen überlagert. Vgl. auch die Darstellung von *Fröhlich*, Betriebsgrößenunabhängigkeit und Monetarisierung des arbeitsrechtlichen Bestandschutzes, 2008, S. 181ff.: *Fröhlich* weist a.a.O., S. 182, zu Recht darauf hin, dass hinter den kleinen Organisationseinheiten größerer Unternehmen das Organisations- und Finanzpotential des ganzen Unternehmens stehe und die Wahrnehmung des BVerfG des Kleinbetriebes letztlich den taktischen Entscheidungen größerer Unternehmen zur organisatorischen Ausgestaltung der Unternehmensstruktur auch zwecks Umgehung des KSchG Tür und Tor öffne.

zung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung des Bundestages zum arbeitsrechtlichen BeschFG 1996.⁹⁸⁸

Zwischenzeitlich ist besser bekannt als 1997/98, dass die große Mehrheit der Betriebe mit einem erheblichen Prozentsatz der Beschäftigten aufgrund der Heraufsetzung des Schwellenwerts auf zehn regelmäßig Beschäftigte nicht mehr vom betrieblichen Geltungsbereich des KSchG erfasst werden. Auch liegt die umfangreiche Untersuchung der Hans-Böckler-Stiftung zu betrieblichen Erfahrungen mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen vor.⁹⁸⁹

Der Gesetzgeber hat trotz seines weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraums Maßstäbe für seine Prognose zu beachten. So muss er die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben und sich am erreichbaren Material orientieren.⁹⁹⁰ Er ist gehalten, die weitere Entwicklung und insbesondere die Auswirkungen seiner Regelungen zu beobachten und später ggf. zu korrigieren.⁹⁹¹

In einem anderen Kontext, dem Urteil des BVerfG zu mittelbaren Arbeitskämpffolgen gemäß § 116 AFG, heißt es unter dem Aspekt der Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie:

„Eine Einschätzung, von der der Gesetzgeber (...) in zunächst unbedenklicher Weise ausgeht, kann sich im Nachhinein als unzutreffend erweisen. Ursprünglich plausible Annahmen können durch die nachfolgende Entwicklung widerlegt, wohlbegründete Erwartungen hinsichtlich der komplexen Wirkungszusammenhänge enttäuscht werden. (...) Eine solche Entwicklung ist in dem Maße korrekturbedürftig, in dem sich zeigt, dass strukturelle Ungleichgewichte auftreten, die (...) in dem der Rechtsprechung gezogenen Rahmen nicht ausge-

988 Vgl. dazu BT-Drs. 13/4612 v. 10.5.1996 sowie 13/5107 v. 26.6.1996. In der Anhörung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung „... stellten die wissenschaftlichen Institute klar, dass es hinsichtlich zu erwartender Beschäftigungseffekte der angestrebten Maßnahmen für Deutschland keine empirischen Maßnahmen gibt. Hierauf wiesen alle Institute übereinstimmend hin, BT-Drs. 13/5107, S. 22. *Weigand*, a.a.O., S. 463 ff., kritisiert auch, dass die empirischen Studien nicht zur Kenntnis genommen worden seien. Eine Begründung für die Heraufsetzung des Schwellenwerts hätten die Gesetzgeber, abgesehen von erwünschten Beschäftigungseffekten, die nicht eingetreten seien, weder für die jeweiligen Betriebsgrößen noch für deren Veränderungen dokumentiert; so auch *KR-Bader*, a.a.O., § 23 KSchG, Rn. 18f.

989 *Pfarr u.a.*, Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit. Betriebliche Erfahrungen mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 2005.

990 BVerfGE 50, S. 290 (332ff.).

991 BVerfGE 95, S. 267 (314f.); 110, S. 177 (194); 123, S. 186 (242); 50, S. 290 (335f.).

glichen werden können. Der Gesetzgeber ist dann verpflichtet, Maßnahmen (...) zu treffen.“⁹⁹²

Wenn die Mängel „... in dem der Rechtsprechung gezogenen Rahmen ausgeglichen“ werden können, ist auch die Rechtsprechung zur Korrektur verpflichtet – wobei die verfahrensrechtliche Durchsetzbarkeit dieser Verpflichtung des Gesetzgebers wie der Rechtsprechung in den Sternen steht.

Jedenfalls steht aber die Gesetzeskraft des Beschlusses des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel (§ 23 Abs. 1 S. 2 KSchG) schon deshalb nicht entgegen, weil der Beschlusstenor lautet, dass § 23 Abs. 1 S. 2 i.d.F. des Gesetzes vom 26.4.1985, dem BeschFG 1985, nach Maßgabe der Entscheidungsgründe mit dem GG vereinbar war.

Soweit die Entscheidung des BVerfG zur Anrechnungsmodalität Teilzeitarbeitnehmer nach § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG ebenso tenoriert, fällt allerdings ins Gewicht, dass der Beschluss in den Gründen durch verfassungskonforme Auslegung, auf die in der Entscheidungsformel verwiesen wird („... nach Maßgabe der Entscheidungsgründe mit dem Grundgesetz vereinbar...“)⁹⁹³ sich auf die bis heute geltende Fassung des § 23 Abs. 1 S. 3 (nunmehr S. 4) KSchG durch das arbeitsrechtliche BeschFG 1996 bezieht. Diese Anrechnungsmodalität ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Dies gilt jedoch, wie dargelegt, nicht für die Heraufsetzung des Schwellenwerts von fünf auf zehn regelmäßig Beschäftigte.

Die erneute Befassung insbesondere mit diesem Schwellenwert ist auch aufgrund der „Alterung“ der Vorschrift geboten.⁹⁹⁴ Das BVerfG betont, dass die Aufgabe des Richters zur Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Ver-

992 BVerfGE 92, S. 365 (396 f.), hier: Maßnahmen zum Schutz der Koalitionsfreiheit; vgl. auch BVerfGE, a.a.O., Leitsatz 1, S. 365.

993 Vgl. *Jarass/Pieroth*, GG 16. Aufl. 2020, Art. 94 Rn. 4: Gesetzeskräftig werden die Gründe nur so weit, als auf sie – bei verfassungskonformer Auslegung – im Tenor verwiesen wird. Dies ist in der Entscheidung des BVerfG der Fall. Vgl. auch *Bethge*, in: *Maunz/Schmidt/Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG 54. EL 2020, § 31 BVerfGG, Rn. 274.

994 Auch der Schwellenwert hat wie übrige Elemente des KSchG eine wechselhafte Geschichte: Das arbeitsrechtliche BeschFG 1996 hatte den Schwellenwert von 5 auf 10 Arbeitnehmer angehoben. Das „Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte“ vom 19.12.1998 (BGBl. I, S. 3843) der gerade gewählten rot-grünen Bundesregierung hatte diese Änderungen im Wesentlichen wieder rückgängig gemacht und den Schwellenwert mit Wirkung vom 1.1.1999 erneut auf 5 Arbeitnehmer verringert. Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003 (BGBl. I, S. 3002) hob mit Wirkung ab 1.1.2004 den Schwellenwert erneut auf 10 Arbeitnehmer an; vgl. zur Entstehungsgeschichte des § 23 insbesondere *KR-Bader*, 12. Aufl. 2019, § 23 KSchG, Rn. 1–9.

hältnisse, insbesondere bei „... zunehmendem zeitlichen Abstand zwischen Gesetzesbefehl und richterlicher Einzelfallentscheidung besteht“.⁹⁹⁵

Aufgrund der Entwicklung der arbeitsrechtlichen Handlungsinstrumente im individuellen und kollektiven Arbeitsrecht ist für die Arbeitsbeziehungen im Allgemeinen, Arbeitsrecht in der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen im Besonderen sowie aufgrund von Rechtsprechung Handlungsbedarf zum Schutz der lohnabhängigen Arbeit entstanden, der, sei es den Gesetzgeber, sei es die Rechtsprechung, seien es beide, verpflichtet, Schutzmaßnahmen zu erlassen.

Indes: die Verletzung einer staatlichen Schutzpflicht, des objektivrechtlichen Gehalts eines Grundrechts kann zwar mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden.⁹⁹⁶ Jedoch ist dieser mit der Schutzpflicht verbundene grundrechtliche Anspruch im Blick auf den weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers nur darauf gerichtet, dass Vorkehrungen zum Schutz des Grundrechts getroffen werden, die nicht gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind.⁹⁹⁷

Danach dürfte eine Verfassungsbeschwerde auch aus diesen Gründen keinerlei Erfolgsaussichten haben. Alles würde stattdessen davon abhängen, dass entweder der Gesetzgeber tätig wird oder aber das BVerfG im Rahmen eines bei ihm anhängigen Verfahrens seine Rechtsprechung zum Teil neu justiert und an die veränderten Gegebenheiten in den industriellen Beziehungen anpasst. Dies mag insbesondere für die Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen gelten, die bisher als gesamtgesellschaftliches Problem der Arbeitsbeziehungen kaum wahrgenommen worden sind, vielmehr allein unter einzelwirtschaftlichen Aspekten diskutiert werden. Ungeachtet dessen spricht wenig bis nichts für eine erneute Befassung des Gesetzgebers oder auch des BVerfG.

995 BVerfGE 96, S. 375 (394).

996 BVerfGE 79, S. 174 (201f.).

997 BVerfGE 79, S. 202; E 142, S. 313 (337, Rn. 70). Vgl. aber auch – mit Bezug auf den Lebensschutz – E 88, S. 203 (262f.).

Vierter Abschnitt: Privatisierung, Umstrukturierung und Arbeitnehmergrundrechte

A. Privatisierung und Umstrukturierung durch und aufgrund von Gesetz

Gegenstand des Dritten Abschnitts waren vor allem Rechte und Grundrechte des Arbeitgebers in Kollision mit denen der von ihm beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und deren – ge Glückter oder auch nicht ge Glückter – Ausgleich durch Gesetz, insbesondere durch das KSchG.

Bei Privatisierung und damit verbundener Umstrukturierung durch die öffentlichen Hände, die ihrerseits unmittelbar grundrechtsgebunden sind (Art. 1 Abs. 3 GG), können Grundrechte der Arbeitsvertragsparteien nicht kollidieren. Kollidieren keine Grundrechte, ist auf dieser Ebene nichts abzuwägen. Für das einfache Arbeitsrecht gilt dies nicht. Die öffentliche Hand wird daraus berechtigt und verpflichtet – nicht anders als im Arbeitsverhältnis mit dem rein privaten Arbeitgeber.

Rechtsfragen der Umstrukturierung im Zusammenhang mit Privatisierung sollen exemplarisch ebenfalls anhand von Rechtsprechung des BVerfG⁹⁹⁸ erörtert werden – anhand zweier Beschlüsse, die das BVerfG kurz nacheinander erlassen hat: die Umstrukturierung und Privatisierung der Hamburger städtischen Krankenhäuser 2010⁹⁹⁹ sowie die Zusammenlegung und Privatisierung der Universitätskliniken Gießen und Marburg 2011.¹⁰⁰⁰ Diese Privatisierungsfälle sollen hier als Paradigma für die mit Umstrukturierung verbundene Privatisierung gelten. Im europäischen Vergleich sei der Privatisierungstrend bei den Krankenhäusern in Deutschland besonders „dynamisch“.¹⁰⁰¹

998 Beschluss vom 14.4.2010 – 1 BvL 8/08, BVerfGE 126, S. 29 (städtische Krankenhäuser Hamburg); Beschluss vom 25.1.2011 – 1 BvR 1741/09, BVerfGE 128, S. 157 (Universitätskliniken Gießen und Marburg).

999 BVerfGE 126, S. 29.

1000 BVerfGE 128, S. 157.

1001 *Blanke/Fedder* (Hrsg), *Privatisierung*, 2. Aufl. 2010, Teil 1, Rn. 178ff.; betrug der Anteil der privaten Träger von Krankenhäusern im Jahre 2000 noch 21,7 Prozent, erhöhte er sich bis 2018 auf 37,5 Prozent; Quelle: Statistisches Bundesamt, Veröffentlichungsdatum August 2020, Erhebungszeitraum 2000–2018.

Prüfungsgegenstände dieser beiden Entscheidungen des BVerfG sind Eingriffe durch und aufgrund Landesgesetzes. Prüfungsmaßstäbe der Entscheidung zur Privatisierung und Umstrukturierung der Hamburger Krankenhäuser sind Art. 3 Abs. 1 und 2 GG; im Beschluss zur Zusammenlegung und Privatisierung der hessischen Universitätskliniken ist es Art. 12 Abs. 1 GG.

Demgegenüber betrifft das anschließend (unter B.) erörterte Fraport-Urteil des BVerfG Eingriffe nicht durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes, sondern durch das formell privatisierte Unternehmen in Grundrechte seiner Besucher, Nutzer. Hier wird es zunächst auf Eingriffe in Grundrechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern von Fraport extrapoliert.¹⁰⁰² Diese gelten als *pars pro toto* für alle Arbeitnehmer formell privatisierter Unternehmen im Zuge ihrer Umstrukturierung.

I. Am Beispiel zweier Krankenhäuser

1. Die beiden Sachverhalte im Vergleich

Die kurz nacheinander ergangenen Beschlüsse des BVerfG zur Privatisierung und damit verbundener Umstrukturierung von Krankenhäusern als juristischen Personen öffentlichen Rechts betreffen Eingriffe in Grundrechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern durch den unmittelbar grundrechtsgebundenen (Art. 1 Abs. 3 GG) Landesgesetzgeber, also die „klassische“ Eingriffskonstellation der Grundrechte.

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens in Hamburg war bei den dortigen städtischen Krankenhäusern, zunächst Eigenbetrieb der Freien und Hansestadt, als Reinigungskraft beschäftigt. Arbeitgeberin war die Hansestadt.

Klägerinnen und Kläger in dem weiteren, hier erörterten Verfahren waren Krankenschwestern und Pfleger an den beiden Universitätskliniken Gießen und Marburg und gehörten als solche zum nichtwissenschaftlichen Personal. Die Kliniken waren Teil der beiden Universitäten, Körperschaften öffentlichen Rechts des Landes. Die Arbeitsverträge des nicht wissenschaftlichen Personals bestanden jedoch zunächst, vor Beginn der Zusammenlegung und Privatisierung, unmittelbar mit dem Land.¹⁰⁰³

¹⁰⁰² BVerfGE 128, S. 226.

¹⁰⁰³ Überblick von *Sandberger*, in: HSchR-Praxishandbuch, 3. Aufl. 2017, Kap. 9, Rn. 102ff., 358ff.; allgemein zur Privatisierung von Krankenhäusern *Blanke/Fedder* (Hrsg.), Privatisierung, 2. Aufl. 2010, Teil 1, Rn. 178ff.; *Gerstlberger/Siegel*, Öffentliche Dienstleistung: unverzichtbarer Baustein der Daseinsvorsorge, 2009; *Brandt/Schulten u.a.*, Euro im Ausverkauf, 2008, Teil 1, Rn. 178ff.

Im zweiten Schritt wurden die städtischen Krankenhäuser Hamburgs 1995 sowie die hessischen Universitätskliniken einschließlich Gießen und Marburg durch Landesgesetz zum 1.1.2001 in rechtsfähige Anstalten öffentlichen Rechts eingebracht. Die Anstalten wurden damit Arbeitgeberinnen der Beschäftigten.

Die Hamburger Anstalt Landesbetrieb Krankenhäuser (LBK) beauftragte im Jahre 2000 die C-GmbH, eine hundertprozentige Tochter des LBK Hamburg, mit den Reinigungsarbeiten in den Krankenhäusern. Die Arbeitsverhältnisse der im Reinigungsbereich tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, bisher mit Arbeitsverträgen zur Freien und Hansestadt Hamburg, gingen aufgrund eines Betriebsteilübergangs auf die C über. Auch die Klägerin des Ausgangsverfahrens wurde fortan von diesem Unternehmen beschäftigt.

Dagegen wurden die bisher in der Krankenversorgung und Verwaltung der Universitätskliniken Gießen und Marburg tätigen nicht wissenschaftlichen Beschäftigten unmittelbar kraft Gesetzes, des Gesetzes zur Errichtung des Universitätsklinikums Gießen und Marburg (UKG) in das Universitätsklinikum (UKGM) als rechtsfähige Anstalt öffentlichen Rechts übergeleitet,¹⁰⁰⁴ auch die Klägerin des Ausgangsverfahrens. Ein Widerspruchsrecht sah das Gesetz nicht vor.¹⁰⁰⁵

In Hamburg gingen die Arbeitsverhältnisse von der LBK AöR (alt) zum 1.1.2005 kraft Gesetzes auf die Betriebsanstalt „LBK Hamburg – Anstalt öffentlichen Rechts“ über. Die LBK Hamburg (alt) fungierte nur noch als Besitzgesellschaft. Die Arbeitnehmer wurden darauf hingewiesen, dass sie dem Übergang von LBK (alt) auf LBK (neu) widersprechen könnten.

Aufgrund RVO in beiden Ländern mit Ermächtigung zur Umwandlung durch Gesellschaftsvertrag wurden beide Anstalten durch Formwechsel zu GmbHs (formelle Privatisierung). In Bezug auf den LBK Hamburg erwarben danach die Asklepios GmbH die Anteilmehrheit an der GmbH, am UKGM die Rhön AG (materielle Privatisierung).

1995 hatte das Hamburger Gesetz zur Errichtung der Anstalt Landesbetrieb Krankenhäuser (LBK-HG), rechtsfähige Anstalt öffentlichen Rechts, für den Fall einer Überführung der AöR in eine andere Trägerschaft ohne Mehrheitsbeteiligung Hamburgs ein Rückkehrrecht der Beschäftigten in ein Arbeitsverhältnis zur Hansestadt geregelt. Dieses Recht beschränkte das Gesetz über den

1004 §§ 3, 22 UKG Hessen; vgl. BVerfGE 128, S. 157 (159ff.); vgl. auch *Sandberger*, a.a.O., Kap. 9, Rn. 315ff.
1005 Vgl. hierzu zusammenfassend *Kamm/Trümmer*, AuR 2007, S. 336, *Moll/Henke*, Anm. BAG AP Nr. 25 zu § 419 BGB Funktionsnachfolge = NZA 2006, S. 848.

Hamburgischen Versorgungsfonds – Anstalt öffentlichen Rechts – (HVFG) vom 21.11.2006 auf die Arbeitnehmer, die am 1.1.2005 dem LBK Hamburg AöR angehörten. Das traf für die Beschäftigten der C-GmbH einschließlich der Klägerin des Ausgangsverfahrens nicht zu, waren ihre Arbeitsverhältnisse doch schon im Jahr 2000 auf die C übergegangen. Andernfalls hätte ihnen ein Rückkehrrecht zugestanden.

Der Klägerin im Hamburger Ausgangsverfahren und ihren ca. 1200 Kolleginnen und Kollegen, die ebenfalls mit Arbeitsvertrag zur Stadt als Reinigungskräfte arbeiteten, hatte der Gesetzgeber des HVFG, anders als dem Großteil der übrigen Beschäftigten der Krankenhäuser, also ein Rückkehrrecht in ein Arbeitsverhältnis zur Hansestadt Hamburg vorenthalten.

Die nicht wissenschaftlichen Beschäftigten im hessischen UKGM einschließlich der Beschwerdeführerin der Verfassungsbeschwerde waren auf dieses kraft Gesetzes ohne Widerspruchsrecht von einem zum Land Hessen bestehenden Arbeitsverhältnis übergegangen.

Beide klagten auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses zur Freien und Hansestadt Hamburg bzw. zum Land Hessen.

2. Rechtsgrundlagen der hier betrachteten Umstrukturierungen und Privatisierungen

Maßgebend für die beiden Fälle, die zum BVerfG gelangten, waren Maßnahmegesetze der beiden Länder sowie § 613a BGB. Auch bei Privatisierungen sind oft die BÜ-RL 2001/23/EG (vgl. Art. 1 Ziff. 1 c)¹⁰⁰⁶ sowie § 613a BGB¹⁰⁰⁷ von besonderer rechtlicher und strategischer Bedeutung. Wie sich in den beiden „Krankenhaus-Fällen“ gezeigt hat, waren Grundrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach Art. 3 Abs. 1 und 2, 12 GG für das BVerfG und – diametral – das BAG im Revisionsverfahren der hessischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer¹⁰⁰⁸ streitentscheidend – für die Rechtsprechung, die sich bisher überwiegend auf der Ebene des § 613a BGB bzw. der BÜ-RL bewegt hatte, eine neue rechtliche Dimension.

Jedenfalls seit der Rechtsprechung des BVerfG zu den beiden „Krankenhaus-Fällen“ 2010/11 und aufgrund der Rechtsprechung des EuGH zur BÜ-RL sind ex- oder implizite gesetzliche Ausschlüsse von Widerspruchsrechten in der Diskussion.

1006 Zur Geltung der BÜ-RL vgl. EuArbRK/Winter, 3. Aufl. 2020, Art. 1 RL 2001/23/EG, Rn. 20ff.

1007 Vgl. ErfK/Preis, 21. Aufl. 2021, § 613a BGB, Rn. 15.

1008 BAG vom 18.12.2008 – 8 AZR 692/07 sowie 8 AZR 660/07, ZTR 2009, S. 534.

Weder aus der BÜ-RL noch aus der Rechtsprechung des EuGH zu ihr ergeben sich jedoch Vorgaben zum Widerspruchsrecht gegen einen Betriebsinhaberwechsel oder gar zu einem Rückkehrrecht zum ursprünglichen Arbeitsvertragspartner.¹⁰⁰⁹ Die RL harmonisiert das Recht des Betriebsübergangs nur teilweise.¹⁰¹⁰ Sehen Rechtsordnungen von Mitgliedstaaten Widerspruchs- oder Rückkehrrechte vor, regeln sie auch deren Ausgestaltung. Nach der Rechtsprechung des EuGH zur BÜ-RL steht der nicht rechtsgeschäftliche Betriebsinhaberwechsel, insbesondere der aufgrund Gesetzes, ihren Schutzregelungen jedenfalls nicht entgegen.

3. Die gerichtlichen Verfahren

Die Klage der Reinigungskraft in Hamburg, die seit 1987 im Arbeitsverhältnis zur Hansestadt gestanden hatte und ein Rückkehrrecht zur Stadt geltend machte, ging erstinstanzlich erwartungsgemäß verloren. Das Hamburgische Gesetz sah für die Klägerin ein Rückkehrrecht nicht vor. Das LAG Hamburg legte den Fall im Verfahren der konkreten Normenkontrolle dem BVerfG vor. Einschlägig waren ihre Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1 und 2 GG. Eingegriffen hatte der Hamburger Gesetzgeber.

In Hessen klagte die Arbeitnehmerin als Beschwerdeführerin auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses zum Land. Sie verlor in drei Instanzen. Sie und parallel acht weitere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer legten Verfassungsbeschwerde zum BVerfG ein. Ihre Sache wurde durch Beschluss des Ersten Senats des BVerfG entschieden, die acht weiteren zum Teil durch Kammerbeschluss entsprechend. In diesem Verfahren ging es um das Grundrecht der Beschwerdeführerin auf freie Wahl und Beibehaltung des Arbeitgebers als Ausprägung des Art. 12 Abs. 1 GG.

Das BVerfG stellte in beiden Verfahren Grundrechtsverletzungen fest und verpflichtete die Landesgesetzgeber zur Neuregelung bis 31.12.2010 bzw. 2011. Dies geschah.¹⁰¹¹

1009 *Preis/Sagan/Grau/Hartmann*, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 15 Rn. 97ff.

1010 Allerdings soll die RL nicht auf der Ermächtigungsgrundlage des Art. 153 AEUV (Sozialpolitik) beruhen, sondern auf der des Art. 115 AEUV, der den Rat ermächtigt, einstimmig RL zum Binnenmarkt zu erlassen; auf der Grundlage wäre auch eine Vollharmonisierung zulässig gewesen; *Preis u.a.*, a.a.O., § 15 Rn. 9f.; EUArbRK/*Schubert*, 3. Aufl. 2020, Art. 51 GRC, Rn. 25f.; *dies.*, EuZA 2020, S. 302 (306f.).

1011 Zur gesetzlichen Neuregelung in Hessen merkte der seinerzeitige Dekan des Fachbereichs Medizin der Universität Marburg, *Rothmund*, FAZ vom 11.4.2012, S. N 5 an: „Das hessische Reparaturgesetz trägt zwar den Titel ‚Zur Stärkung der Arbeitnehmerrechte‘, betriebsbedingte Kündigungen für rückkehrwillige Pflegekräfte werden aber ausdrücklich nicht ausgeschlossen.“; vgl. auch BAG vom 18.12.2008 – 8 AZR 692/07, a.a.O., Rn. 17, juris.

4. **Ausschluss des Widerspruchsrechts zulasten des Krankenpflegepersonals am Universitätsklinikum Gießen/Marburg (UKGM)**

Das hessische Gesetz und die entsprechende Verordnung zur Privatisierung und Umstrukturierung der Universitätskliniken Gießen und Marburg (UKGM) enthielten kein Widerspruchsrecht gegen die kraft Gesetzes, mit anderen Worten nicht durch Rechtsgeschäft, bewirkten Übergänge der Arbeitsverhältnisse.

Hätte die Klägerin des Ausgangsverfahrens ein Widerspruchsrecht gehabt und der „Überleitung in den Anstaltsdienst“ des Universitätsklinikums Gießen und Marburg widersprochen, wäre ihr Arbeitsverhältnis als Krankenschwester im Universitätsklinikum Marburg mit Arbeitsvertrag zum Land fortgesetzt worden. Da sie ohne Widerspruchsrecht widersprochen hatte, stand sie bis auf weiteres womöglich im Arbeitsverhältnis zur AÖR. – Jedenfalls setzte sie – im Arbeitsverhältnis zu welchem Arbeitgeber auch immer – ihre Tätigkeit am selben Arbeitsplatz fort wie bisher.

5. **Gemeinsamkeiten und Unterschiede der beiden Umstrukturierungen und Privatisierungen**

Beiden Fällen gemeinsam ist die grundrechtliche Relevanz unternehmens-, zeit- und maßnahmenübergreifender Planung und Durchführung von Umstrukturierung und Privatisierung, die maßgeblich die Landesgesetzgeber betrieben. Diese verliefen jeweils mit – freilich unterschiedlich „eingebetteten“ – Arbeitgeberwechseln; in Hamburg war das Ziel die Privatisierung auf die Asklepios GmbH, in den hessischen Universitätskliniken auf die Rhön AG.

Beide Fälle führen im Ergebnis zum Ausscheiden der Arbeitnehmerinnen aus dem öffentlichen Dienst und aus einem Arbeitsverhältnis zum Land – und damit zum Verlust eines höheren Maßes an Arbeitsplatzsicherheit als es Arbeitsverhältnisse außerhalb des öffentlichen Dienstes gewöhnlich in Aussicht zu stellen pflegen.

a) **Eingriffe**

Umstrukturierung und Privatisierung der Hamburgischen städtischen Krankenhäuser dauerten fast zwölf Jahre, die Zusammenlegung und Privatisierung der hessischen Universitätskliniken dagegen nur ca. ein halbes Jahr.

aa) **Beim UKGM**

Im Fall des Universitätsklinikums Gießen/Marburg wurde erstmals in das Grundrecht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf freie Wahl und Beibehaltung des Arbeitsvertragspartners (Art. 12 Abs. 1 GG) eingegriffen, als sie Anstalt öffentlichen Rechts wurden. Laut Gesetz, mit dem die beiden Klini-

ken zusammengelegt wurden, gingen die Arbeitsverhältnisse auf die neue AÖR über. Durch die anschließende Umwandlung der Universitätskliniken Gießen und Marburg AÖR in die Universitätskliniken Gießen und Marburg GmbH schied die Klägerin aus dem öffentlichen Dienst aus. Die materielle Privatisierung auf der „Gesellschafterebene“¹⁰¹² durch Erwerb jedenfalls der großen Mehrheit der Geschäftsanteile fand danach statt und war – wie sonst auf dieser „Ebene“ – kein Arbeitgeberwechsel.

bb) Bei den Hamburger städtischen Krankenhäusern

Im Fall der Hamburger Krankenhäuser lag der Eingriff des Gesetzgebers in Arbeitnehmergrundrechte vor verschiedenen Umstrukturierungsmaßnahmen und weit vor Übergang der Anteilsmehrheit auf die Asklepios GmbH. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens war bereits 1995 aus einem Arbeitsverhältnis zur Hansestadt Hamburg in eines zur AÖR übergegangen. Und im Jahre 2000 schied sie durch Betriebsübergang auf die Reinigungs-GmbH aus dem LBK AÖR und damit aus einem Arbeitsverhältnis im öffentlichen Dienst aus. Da die GmbH Tochter des LBK blieb und dieser Hamburg „gehörte“, hatte die Klägerin 2000 jedoch keinen Anlass, dem Betriebsübergang zu widersprechen.

Die weiteren Maßnahmen der Privatisierung und Umstrukturierung galten nicht für die C-GmbH und damit auch für die dort beschäftigten Reinigungskräfte nicht: Nach formeller Privatisierung der LBK im Jahr 2005 erließ der Hamburger Gesetzgeber im November 2006 das Gesetz zum Hamburgischen Versorgungsfonds (HVFG), mit dem – nur – den Beschäftigten der LBK, nicht aber denen der Reinigungs-GmbH, ein Rückkehrrecht in ein Arbeitsverhältnis zu Hansestadt eingeräumt wurde.

b) Von unmittelbarer Grundrechtsbindung zur Grundrechtsträgerschaft in beiden Fällen

Solange beide GmbHs in mittelbarer oder unmittelbarer Anteilsmehrheit der Länder standen, waren auch sie trotz ihrer privatrechtlichen Rechtsform gemäß Art. 1 Abs. 3 GG als gemischtwirtschaftliche Unternehmen¹⁰¹³ unmittelbar grundrechtsgebunden. Mit Erwerb der Anteilsmehrheit durch die rein privatwirtschaftlichen Krankenhausgesellschaften entfiel die unmittelbare Grundrechtsbindung und wurde durch die Grundrechtsträgerschaft ersetzt. An die Stelle der unmittelbaren trat damit die mittelbare Grundrechtsbindung, auch Drittwirkung der Grundrechte genannt.

¹⁰¹² Vgl. Erster Abschnitt, B.I.2.

¹⁰¹³ Nur Unternehmen im mehrheitlichen Anteilsbesitz der öffentlichen Hand werden hier gemischtwirtschaftliche Unternehmen genannt; vgl. BVerfGE 128, S. 226 (Fraport; S. 245 = Rn. 49); üblicherweise gelten als gemischtwirtschaftliche Unternehmen alle mit staatlichen und privaten Anteilsverhältnissen, also auch solche in staatlichem Minderheitsbesitz.

c) Arbeitnehmergrundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG bei Privatisierungen und Umstrukturierungen in der Rechtsprechung des BVerfG

Privatisierungen „berühren“ wegen des Wegfalls der Beschäftigung in einem öffentlich-rechtlich geprägten Arbeitsverhältnis die Berufswahlfreiheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.¹⁰¹⁴ Im Übrigen ist bei einem Betriebsübergang das Grundrecht auf Beibehaltung des Arbeitgebers und des Arbeitsplatzes betroffen, das der Berufswahl nach-, der Berufsausübung vorgelagert ist.¹⁰¹⁵

d) Das Verständnis des § 613a BGB in der Rechtsprechung des BVerfG

§ 613a Abs. 1 BGB sichere das Fortbestehen des Arbeitsplatzes des Arbeitnehmers trotz Betriebsübergangs; mit dem Widerspruch nach Abs. 6 werde außerdem seine privatautonome Entscheidung über die Person seines Vertragspartners geschützt.¹⁰¹⁶ Der Widerspruch gegen den Betriebsübergang beinhalte jedoch das Risiko einer betriebsbedingten Kündigung, wenn wegen des Betriebsübergangs beim alten Arbeitgeber kein Bedarf an seiner Arbeitskraft mehr bestehe.¹⁰¹⁷ Das Grundrecht gewähre keinen „unmittelbaren“ Schutz gegen den Verlust eines Arbeitsplatzes aufgrund privater Disposition¹⁰¹⁸ – soweit das BVerfG in der Entscheidung zur Zusammenlegung der Universitätskliniken Gießen und Marburg.

Der Beschluss des BVerfG erörtert dann Chancen und Risiken des Widerspruchs gegen den Betriebsübergang, der sich ggf. anschließenden betriebsbedingten Kündigung und einer gegen diese gerichteten Kündigungsschutzklage im Allgemeinen. Maßgebend ist für das BVerfG hier vor allem, dass die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie des Arbeitnehmers¹⁰¹⁹ ihm die Entscheidungsfreiheit über die Person seines Vertragspartners lassen muss. Mit „Person“ des Arbeitgebers kann nur dessen „Bonität“ für das Arbeitsverhältnis gemeint sein, etwa Sicherheit des Arbeitsplatzes, Verdienst, „Normalarbeitsverhältnis“ inklusive Betriebsrat, Tarifgebundenheit usw.¹⁰²⁰

1014 BVerfGE 128, S. 157 (185).

1015 BVerfGE 84, S. 133 (146f.); 128, S. 157 (176f.).

1016 BVerfGE 128, S. 157 (177).

1017 BVerfGE, a.a.O.

1018 BVerfGE, ebd.; vgl. dazu Dritter Abschnitt, C.II.3. und C.IV.4.

1019 BVerfGE, a.a.O., S. 157 (183, 185 u.).

1020 Gegenbegriff des Normalarbeitsverhältnisses ist die atypische, auch die prekäre Beschäftigung. Zu Letzterer vgl. z.B. *Horstmeier*, Prekäre Beschäftigungsverhältnisse. Systematische Darstellung sämtlicher Beschäftigungsformen, 2009. Das Normalarbeitsverhältnis wird unterschiedlich bestimmt; vgl. z.B. *HK-ArBR/Däubler*, 4. Aufl. 2017, Einleitung, Rn. 94ff.; *Waltermann*, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, B 9ff.; die Beiträge in *WSI-Mitt.*, 1/2017, Schwerpunktheft: Wird atypisch normal? Beschäftigung im Wandel; hier insbesondere die Beiträge von *Seifert*, a.a.O., S. 5ff. sowie *Sperber/Walwei*, a.a.O., S. 16ff.

Auch nach der RL 2001/23/EG müssen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Entscheidung über einen Widerspruch oder ggf. auch eine Kündigung zur Verhinderung des Übergangs frei treffen können.¹⁰²¹

Offen lässt der Beschluss des BVerfG, ob diese Entscheidungsfreiheit Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer als reale oder aber als lediglich frei von rechtlichen Zwängen zu verstehen ist.

II. Zur Umstrukturierung und Privatisierung der Hamburger städtischen Krankenhäuser im Einzelnen: Art. 3 Abs. 1 und 2 GG

Anstelle der detaillierten Erörterung der Abläufe beider Fälle mag es mit folgender Zusammenfassung sein Bewenden haben:

1. Die Entscheidung des BVerfG zu Art. 3 Abs. 1 GG

Gleichheitsgrundrechte haben keinen Schutzbereich, sie können „beeinträchtigt“ werden.¹⁰²² Anders als bei Freiheitsrechten kann ungleich auch durch Untertassen behandelt werden.¹⁰²³

Es schließt sich die Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung nach einem „stufenlosen, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierten verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab an, dessen Grenzen sich nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen.“¹⁰²⁴

a) Ungleichbehandlung; Beeinträchtigung

Beeinträchtigt wird das Grundrecht des Art. 3 GG, indem § 17 HVFG von 2006 den Beschäftigten der bereits 2000 ausgegliederten Reinigungs-GmbH C – und nur diesen – einschließlich der dort beschäftigten Klägerin des Ausgangsverfahrens das Rückkehrrecht in ein Arbeitsverhältnis zur Freien und Hansestadt Hamburg vorenthielt. Diese Ungleichbehandlung durch Begünstigungsauschluss wurde erst bei Gegenüberstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen von 1995 bis 2006, dem Erlass des HVFG, deutlich.¹⁰²⁵

1021 EuGH vom 12.11.1998 – C 399/96, Europieces, NZA 1999, S. 31, Rn. 38.

1022 Heun, HGR II, § 34 Rn. 40ff.

1023 Jarass/Pieroth, a.a.O., Vorbemerkung vor Art. 1 GG, Rn. 31.

1024 BVerfGE 129, S. 40 (69); 130, S. 131 (142).

1025 BVerfGE 126, S. 29 (43, C.I.2.a) vor aa).

b) Vergleichbarkeit

Eine Ungleichbehandlung (Beschäftigte der C-GmbH versus Beschäftigte der LBK) verletzt Art. 3 Abs. 1 GG, wenn zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen können.¹⁰²⁶ Dabei fällt auch ins Gewicht, ob die Ungleichbehandlung Auswirkungen auf grundrechtlich gesicherte Freiheiten hat – wie hier auf Art. 12 Abs. 1 GG.¹⁰²⁷ Solche Auswirkungen erhöhen die Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung.

Ungleichbehandlung setzt Vergleichbarkeit von Personen, Gruppen oder Sachverhalten, die verschieden behandelt werden, voraus.¹⁰²⁸ Die Vergleichbarkeit (zugleich mit der Verneinung eines Sachgrundes für die Differenzierung) der beiden Personengruppen erörtert der Beschluss des BVerfG wie folgt: Beide Personengruppen waren bei Kapitalgesellschaften, jeweils unter beherrschendem Einfluss der Stadt, beschäftigt. Die Stadt habe den gesamten Krankenhausbetrieb, also inklusive des Betriebsteils Reinigung, zuerst als Eigenbetrieb geführt und dann privatisiert.

Auch unter diesen Umständen leuchte die Gewährung einer Weiterbeschäftigung im öffentlichen Dienst durch Einräumung eines Rückkehrrechts zwar für bestimmte Arbeitnehmergruppen, nicht jedoch für die Reinigungskräfte, nicht ein. Ohnehin könne nicht gerechtfertigt werden, dass beispielsweise die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Verwaltung oder in der Haustechnik ein Rückkehrrecht erhielten, die Reinigungskräfte aber nicht.¹⁰²⁹

c) Keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Das BVerfG verneint die sachliche Rechtfertigung des Ausschlusses des Rückkehrrechts zulasten der Beschwerdeführer und der weiteren Beschäftigten der Reinigungs-GmbH in einem Zug mit der Darlegung der Vergleichbarkeit:

aa) Auswirkungen auf die Berufsfreiheit

Das BVerfG bezieht sich auf seine ständige Rechtsprechung, wonach der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers auch bei Art. 3 Abs. 1 GG umso geringer ist, „... je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrecht-

1026 BVerfGE 55, S. 72 (88); so genannte „neue Formel“ des Ersten Senats; BVerfGE 126, S. 29 (47f.).

1027 BVerfGE 126, S. 29 (48); zu den Auswirkungen auf Art. 12 Abs. 1 GG s. auch oben Dritter Abschnitt, C.III. und IV.

1028 Heun, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 24ff., 19; Kingreen/Poscher, Grundrechte, 31. Aufl. 2015, Rn. 485ff.; Podlech, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971, S. 29ff.

1029 BVerfGE, a.a.O., S. 29 (52 unter cc).

lich geschützter Freiheiten, hier der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), nachteilig auswirken kann.¹⁰³⁰

Jede Maßnahme der Privatisierung der Hamburger städtischen Krankenhäuser von 1995 bis zum HVFG 2006 für sich „berührte“ wegen des damit verbundenen Ausscheidens aus dem öffentlichen Dienst sogar die Freiheit der Berufswahl.¹⁰³¹ In der Entscheidung zum hessischen UKGM heißt es dazu zum Vergleich, ein Eingriff sei bereits die durch das Gesetz unmittelbar vollzogene Versetzung aus dem Landesdienst in den des Universitätsklinikums. Schon dadurch werde der Beschwerdeführer ohne ihre Zustimmung ein anderer als der gewählte Arbeitgeber zugewiesen¹⁰³² – nicht anders im Hamburger Fall aufgrund der Übertragung des Eigenbetriebs des Landes auf die AÖR.

Bloß den Anfangs- und den Endpunkt der Maßnahmen betrachtet bedeutete die gesamte Operation Ausscheiden aus dem öffentlichen Dienst und Aufgabe eines Arbeitsverhältnisses zur Hansestadt Hamburg mit der vergleichsweise höchsten Arbeitsplatzsicherheit, und zwar ohne Ausweichoption, d.h. hier ohne Chance zur Rückkehr in ein solches.

bb) Kontrollüberlegung: Zugehörigkeit beider Vergleichsgruppen zum selben Unternehmen unterstellt

Die in diesem Gesamtprozess inbegriffene Grundrechtsproblematik erschließt sich erst, wenn mit dem BVerfG die die beiden Arbeitnehmergruppen – das Vergleichspaar – betreffenden rechtlichen Rahmenbedingungen von 1995 bis 1.1.2007, ungeachtet der unterschiedlichen Unternehmenszugehörigkeiten einander gegenübergestellt werden.

Dies könnte durch eine Kontrollüberlegung, hier einen Vergleich der Arbeitsbedingungen, die Zugehörigkeit zum selben Unternehmen unterstellt, bekräftigt werden:

Wären die Klägerin des Ausgangsverfahrens und die weiteren 1180 Reinigungskräfte im Jahr 2000 nicht auf die C-GmbH outgesourct worden, sondern bei der LBK verblieben, wäre ein 2006 ausschließlich ihnen vorenthaltenes Rückkehrrecht eine manifeste, keine durch die Vorgeschichte der Umstrukturierungen, hier den Arbeitgeberwechsel auf die C im Jahre 2000, camouflierte Ungleichbehandlung gewesen.

1030 BVerfGE 126, S. 29 (48).

1031 BVerfGE 128, S. 157 (185; UKGM).

1032 BVerfGE 128, S. 157 (178).

Wenn die Klägerin des Ausgangsverfahrens, den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die C-GmbH hinweggedacht, vor wie nach 1995 am selben Arbeitsort dieselben Tätigkeiten ausgeführt hat und sich daran durch den Erwerb des Mehrheitsbesitzes seitens der Asklepios GmbH nichts geändert hat, sind die Arbeitsbedingungen jedenfalls seit 1995 (bzw. sogar seit 1987, dem Beginn des Arbeitsverhältnisses der Klägerin des Ausgangsverfahrens) unverändert geblieben. Dann müsste die Ungleichbehandlung durch Gesetz im Jahre 2006 sich auch deswegen besonders rechtfertigen.

Schließlich waren auch die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Rückkehrrechts zur Stadt gemäß HVFG bei materieller Privatisierung nicht erfüllt. Es bestand nur, wenn die Stadt den Besitz an den Krankenhäusern vollständig aufgab.¹⁰³³ Aber die Stadt hielt und behielt zunächst, bis zum Inkrafttreten des HVFG am 1.1.2007 jedenfalls mittelbar mit 50,1 Prozent die Mehrheit zunächst am LBK (alt), alsdann auch am LBK (neu).

d) „Ausweichoption“; „Perspektive einer sicheren Weiterbeschäftigung“ in den städtischen Krankenhäusern Hamburgs?

Ein Widerspruch von Beschäftigten des Teilbetriebs Reinigung gegen den Betriebsübergang auf die C-GmbH statt des Rückkehrrechts in ein Arbeitsverhältnis zur Hansestadt hätte der Klägerin keine tatsächliche, auf Dauer angelegte Beschäftigungsmöglichkeit beim LBK (alt) gewährleisten können – heißt es im Beschluss des BVerfG.

Auch sei ein Widerspruchsrecht für beide Arbeitnehmergruppen mangels Ausweichoption für eine tatsächliche, auf Dauer angelegte Beschäftigung ohne nennenswertes rechtliches oder wirtschaftliches Risiko¹⁰³⁴ sinnlos gewesen.¹⁰³⁵

Das BVerfG erwägt damit aber keine Weiterbeschäftigungspflicht als Alternative zur andernfalls naheliegenden rechtsgeschäftlichen Konsequenz eines Widerspruchs, der betriebsbedingten Kündigung. Die vom BVerfG als obiter dictum erörterte Ausweichoption prüft an Art. 3 Abs. 1 GG lediglich die Vergleichbarkeit und die Ungleichbehandlung der Personengruppen der Reinigungskräfte einerseits, der übrigen Beschäftigten andererseits.¹⁰³⁶ Es sind Seins-Aussagen zu Aussichten auf Weiterbeschäftigung der einen wie der anderen Personengruppe, nicht Sollens-Aussagen, etwa dergestalt, ohne die – ggf. erst noch zu schaffende – Perspektive einer sicheren Weiterbeschäftigung sei

1033 BVerfGE 126, S. 29 (45f.).

1034 BVerfGE, a.a.O., S. 29 (51).

1035 BVerfGE, a.a.O., S. 29 (48ff., unter b).

1036 BVerfG vom 15.1.2015 – 1 BvR 2796/13, ZIP 2015, S. 445; BVerfGE 128, S. 157 (177; UKGM).

eine Kündigung sozial nicht gerechtfertigt. Dergleichen kann dieser Passage des Beschlusses des BVerfG nicht entnommen werden.

Eine Pflicht des Gesetzgebers oder des Arbeitgebers selbst, die von Privatisierung und Umstrukturierung Betroffenen, die einem Betriebsinhaberwechsel widersprochen haben, vor Kündigung „unterzubringen“,¹⁰³⁷ bis hin zum „Freikündigen“ anderer Arbeitsplätze, lässt sich daraus ebenfalls nicht ableiten. Auch folgt aus diesem obiter dictum des BVerfG nicht, dass der umstrukturierende Arbeitgeber als Ultima Ratio vor Kündigung verpflichtet wäre, eine Ausweichoption erst zu schaffen, wenn keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten auf freien Arbeitsplatzplätzen (§ 1 Abs. 2 KSchG) nach Widerspruch gegen den Betriebsübergang und Kündigung vorhanden sind.

Anders als bei den Eingriffen des Gesetzgebers, die nicht an Unternehmensgrenzen gebunden sind,¹⁰³⁸ ergibt sich aus diesen Bemerkungen im Beschluss des BVerfG auch keine das einzelne Unternehmen übersteigende Rechtsposition des Arbeitnehmers, etwa ein konzerndimensionaler Weiterbeschäftigungsanspruch nach Kündigung.¹⁰³⁹

Abweichungen der Rechtsprechung des BAG¹⁰⁴⁰ von der des BVerfG zur Ausweichoption sind nicht erkennbar.

2. Art. 3 Abs. 2 GG

a) Die Begründung des BVerfG

Die Vorenthaltung des Rückkehrrechts für die Beschäftigten der Reinigungs-GmbH inklusive der Klägerin des Ausgangsverfahrens beeinträchtigt ihr Grundrecht auf Gleichberechtigung (Art. 3 Abs. 2 GG).

Der Landesgesetzgeber habe im Zuge der Privatisierung der Hamburger Krankenhausbetriebe Arbeitnehmerinnen benachteiligt, indem er das Rückkehrrecht auf die zuletzt bei den LBK Hamburg GmbH Beschäftigten beschränkte. Die Reinigungskräfte als Beschäftigte der C-GmbH waren von dieser Begünstigung ausgeschlossen.

1037 Zur Unterbringung von Schließung gesetzlicher Krankenkassen betroffener Arbeitnehmer nach § 164 Abs. 3 und 4 SGB V vgl. z.B. *Wolter*, Festschrift Bepler, 2012, S. 675.

1038 Vgl. dazu A.II.2. sowie II.3.b), A.III.1.b) und C.III.

1039 BAG vom 23.4.2008 – 2 AZR 1110/06, NZA 2008, S. 939; a.A. vor allem *Temming*, RdA 2018, S. 84.

1040 Überblick über die Rechtsprechung des BAG zur Weiterbeschäftigung nach § 1 Abs. 2 KSchG bei *KR-Rachor*, 12.Aufl. 2019, § 1 KSchG, Rn. 228ff.

Die geschlechtsspezifische Wirkung folge aus der (auch hier unternehmensübergreifend zu bestimmenden) Zusammensetzung der Berufsgruppen nach Geschlechtern.¹⁰⁴¹ Die Reinigungskräfte der C-GmbH waren zu 98,5 Prozent Frauen, während der Frauenanteil in den LBK GmbH 69,5 Prozent ausmachte. Diese Differenz löse „genau die Gefahr einer mittelbaren Diskriminierung aus, der Art. 3 Abs. 2 GG begegnen will“.¹⁰⁴²

Die Ungleichbehandlung ließe sich nur rechtfertigen, wenn sie auf hinreichenden sachlichen Gründen beruhe, die nichts mit einer geschlechtsbezogenen Benachteiligung zu tun hätten. Da das Land schon gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen habe, scheidet eine Rechtfertigung der mittelbaren geschlechtsspezifischen Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 2 GG erst recht aus.¹⁰⁴³

b) Schlussfolgerungen zur Gleichberechtigung bei weiteren Privatisierungen und Umstrukturierungen

Bei Privatisierungsmaßnahmen wie den hier vorliegenden könnte damit relevant sein, ob sich durch die bzw. nach der Privatisierung ein Unterschied in der Geschlechterquote innerhalb des Unternehmens wie u.U. auch unternehmensübergreifend, also etwa im Verhältnis der Geschlechter der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Ausgangs- zu dem im übergegangenen Unternehmen oder auch im entsprechenden Verhältnis übergegangener Unternehmen zueinander feststellen lässt.

Auch eine nicht sofort ins Auge fallende unterschiedliche Zusammensetzung der Belegschaften der in den Vergleich einbezogenen Unternehmen (98,5 Prozent zu 69,5 Prozent Frauenanteil) nach Geschlechtern reicht dem BVerfG zur Annahme einer geschlechtsspezifischen Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 2 GG.¹⁰⁴⁴

Geschlechtsneutral formulierte, im Ergebnis aber aufgrund natürlicher Unterschiede oder gesellschaftlicher Bedingungen relevante Faktoren, die überwiegend bloß ein Geschlecht betreffen,¹⁰⁴⁵ sind nur rechtmäßig, wenn sie auf hinreichenden sachlichen Gründen beruhen.

1041 BVerfGE, a.a.O., S. 29 (54).

1042 BVerfGE, a.a.O.

1043 BVerfGE, ebd.; vgl. auch BVerfGE 121, S. 241 (261f.).

1044 Vgl. auch BVerfGE 97, S. 186 (197), Vergleichsmaßstab hier und für Art. 3 Abs. 3 GG ist die „Gruppe von Arbeitnehmern, in der Frauen bekanntermaßen überrepräsentiert sind.“

1045 BVerfGE 97, S. 35 (43); 113, S. 1 (15).

3. Privatisierung und Umstrukturierung der Hamburger städtischen Krankenhäuser vor dem Hintergrund praktischer Erfahrungen mit Privatisierungen und Umstrukturierungen

a) Typischer Verlauf der Umstrukturierung – auch in diesem Fall

Nach einem hier zugrunde gelegten engeren Verständnis von Umstrukturierungen ändert sich die konkrete Arbeit der Beschäftigten und deren Anzahl durch den gesamten Prozess der Umstrukturierung bzw. Privatisierung nicht oder kaum.¹⁰⁴⁶ Davon ist vorliegend ebenfalls auszugehen, jedenfalls bis zum 1.1.2007, dem Zeitpunkt der Übernahme der Anteilmehrheit durch die Asklepios GmbH. Im Übrigen verlief die formelle Privatisierung bei den Asklepios Kliniken Langen-Seligenstadt in einer ähnlichen Schrittfolge.¹⁰⁴⁷

Das BVerfG bezieht sich auf einen bereits erwähnten typischen Aspekt der Praxis von Umstrukturierungen: Sie treffe mit den Reinigungskräften eine eher schwache Gruppe, die tendenziell weniger in der Lage sei, sich gegen eine Schlechterstellung zu wehren.¹⁰⁴⁸ – Schlechterstellung durch Vorenthaltung des Rückkehrrechts in ein Arbeitsverhältnis zur Freien und Hansestadt Hamburg.

Die „Stammebelegschaft“ war von der Umstrukturierung und Privatisierung nur insofern betroffen, als die Änderungen der Rechtsform von der Anstalt zur GmbH aufgrund von § 130 BetrVG einen Wechsel der betrieblichen Interessenvertretung von Personal- zu Betriebsräten nötig machten und dass das BetrVG an die Stelle des Hamburgischen PersVG trat. Landesgesetzlich wurde ein Übergangsmandat von einem halben Jahr gewährt. Die Dienstvereinbarungen wurden als Betriebsvereinbarungen fortbestehend deklariert. Die Unternehmensmitbestimmung wandelte sich von der Drittelparität in der Anstalt durch Landesgesetz (§ 5 LBKHG) zur – fast – vollen Parität gemäß MitbestG '76.

Weder an der Anzahl der betrieblichen Interessenvertretungen (mit Ausnahme einer eventuellen betriebsrätlichen Repräsentanz der Reinigungskräfte in der C-GmbH) noch an der Geltung der Tarifverträge änderte sich bis zum 1.1.2007 etwas.

1046 In diesem Sinne vgl. Zweiter Abschnitt, A.II.1.

1047 BAG vom 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A), NZA 2016, S. 373; EuGH vom 27.4.2017 – C 680/15, Asklepios, NZA 2017, S. 571 mit Anm. Klein, jurisPR-ArbR 20/2017, Anm. 1; sowie nachgehend BAG vom 30.8.2017 – 4 AZR 95/14, NZA 2018, S. 256; erneut war eine weniger durchsetzungsfähige Gruppe von Arbeitnehmern betroffen, nämlich Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Wirtschafts- und Versorgungsdienstes. Auch sie gingen auf ein nicht tarifgebundenes Unternehmen über, und zwar von der KLS GmbH auf die KLS Service GmbH i.G.

1048 BVerfGE, a.a.O., S. 29 (47, unter 3.a) der Gründe).

b) Relevanz des Gesamtprozesses der Privatisierung und Umstrukturierung

Das BVerfG erörtert den Gesamtprozess, und zwar sowohl in zeitlicher Hinsicht – der gesamte Prozess der Umstrukturierung dauerte fast zwölf Jahre – als auch unternehmensübergreifend. Dies liegt nahe, weil die Befugnisse der öffentlichen Hand, hier: des Hamburger Gesetzgebers nicht nur in den Grenzen gesellschaftsrechtlicher Gestaltung bestehen. Gesellschafts- und Unternehmensrecht binden staatliche Handlungsbefugnisse nicht.¹⁰⁴⁹

aa) Grundrechtsrelevanz

Der Grundrechtseingriff geschieht punktuell durch das Hamburgische Gesetz des Jahres 2006. Das BVerfG nimmt aber den Prozess der Privatisierung und Umstrukturierung insgesamt und unternehmensübergreifend¹⁰⁵⁰ in den Blick. Der bestand aus aufeinander abgestimmten gesetzlichen Maßnahmen und einem Rechtsgeschäft (Betriebsübergang auf die C-GmbH), notwendigen Bedingungen der Umstrukturierung und der damit verbundenen Privatisierung.

Das Vergleichspaar für die Prüfung des Art. 3 GG wird unternehmensübergreifend im Verhältnis der Beschäftigten der Reinigungs-GmbH zu allen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern der LBK gebildet. Der vom BVerfG zugrunde gelegte unternehmensübergreifende Vergleichsmaßstab ergibt sich auch hier aus der Maßnahme des Gesetzgebers.

bb) Arbeitsrechtsrelevanz

Das Arbeitsrecht nimmt dagegen in der Regel nur Bedacht auf die je einzelne Maßnahme, etwa unter dem Gesichtspunkt, ob sie ein Widerspruchsrecht der von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auslöst, ob die betriebliche Interessenvertretung der Beschäftigten oder die von ihr geschlossenen Betriebsvereinbarungen davon betroffen sind, ob die Tarifgebundenheit entfällt oder durch eine „niedrigere“ ersetzt wird. Stets geraten der arbeitsrechtlichen Prüfung nur der jetzige Rechtszustand in den Blick, bestenfalls die unmittelbar zuvor realisierte Maßnahme, die zu ihm geführt hat, also der letzte, davor liegende asset deal, der letzte share deal, die zuletzt durchgeführte Maßnahme der Privatisierung usw. So verfährt das BAG z.B. auch im Urteil zur Zusammenlegung und Privatisierung der Hessischen Kliniken,¹⁰⁵¹ gegen das sich die Verfassungsbeschwerde richtete.

1049 Diese pauschale Aussage gilt unbeschadet der Verteilung der Kompetenzen im Bund-Länder-Verhältnis, z.B. gemäß Art. 31, 142, 70ff., 83ff. usw. GG.

1050 Vgl. hierzu z.B. auch BVerfGE 99, S. 367 (393, unter 2.b).

1051 BAG vom 18.12.2008 – 8 AZR 692/07, z.B. Rn. 48 und 60; dies Urteil war Gegenstand von BVerfGE 128, S. 157; s. dazu näher sogleich; vgl. auch BAG vom 15.11.2012 – 8 AZR 683/11, DB 2013, S. 1419 mit BVerfG vom 15.1.2015 – 1 BvR 2796/13, ZIP 2015, S. 445.

Arbeitsrecht soll grundsätzlich nur betriebs- oder unternehmensweit gelten. So soll ein Weiterbeschäftigungsanspruch nach Kündigung nur unternehmensweit zustehen; die Sozialauswahl soll auf den Betrieb beschränkt sein.¹⁰⁵² Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz soll allenfalls im Rahmen des Unternehmens Anwendung finden. Konzern-Sachverhalte außerhalb der Regeln des BetrVG zum KBR anerkennt das Arbeitsrecht grundsätzlich nur bei vertraglicher Vereinbarung, darüber hinaus muss diese gegenüber dem damit alsdann zu belastenden Konzernunternehmen auch durchsetzbar sein – unbeschadet der Konzernleitungsmacht und ungeachtet dessen, dass die für das Arbeitsverhältnis unmittelbar relevante unternehmerische Maßnahmen in der Praxis oft in unternehmensübergreifenden Zusammenhängen stehen.

Kurz: Bei unmittelbarer Grundrechts- und Gesetzesbindung der handelnden Subjekte, hier des Landesgesetzgebers, sind für die Grundrechtsanwendung auch unternehmens- und maßnahmenübergreifende Sachverhalte mit arbeitsrechtlichem Bezug bedeutsam. Demgegenüber beschränkt sich ein vergleichbarer Sachverhalt als Organisationsmaßnahme, vom Arbeitgeber als materielles Privatrechtssubjekt durchgeführt, auf seinen Betrieb, sein Unternehmen und ist auf die je einzelne Maßnahme ohne Berücksichtigung ihrer zeitlich und sachlich übergreifenden Kontexte begrenzt.¹⁰⁵³

cc) Grundrechtswidrige „best practice“ bei Privatisierungen?

Somit erscheint dieser maßgeblich vom Hamburger Gesetzgeber im Zusammenwirken mit der Asklepios GmbH gesteuerte Prozess der Privatisierung und Umstrukturierung zwar als üblich und rechtlich wie sozialpolitisch gleichermaßen selbstverständlich, geradezu als Fall von „best practice“ oder „Industriestandards“ – nicht anders als ähnliche Maßnahmen außerhalb von Privatisierungsprozessen. Gleichwohl hat das BVerfG in diesem Zusammenhang mehrere Grundrechtsverletzungen festgestellt.

1052 BAG vom 31.5.2007 – 2 AZR 276/06, NZA 2008, S. 33.

1053 Dies kann hier nur zur Kenntnis genommen werden. Jedenfalls soll der Betriebsbegriff des Arbeitsrechts näher diskutiert werden; vgl. dazu unten Fünfter Abschnitt, B.

III. Das BVerfG zur Zusammenlegung und anschließenden Privatisierung der UKGM – Art. 12 Abs. 1 GG im Arbeitsverhältnis

1. Der Fall

a) Vergleich mit der Umstrukturierung und Privatisierung der Hamburger Krankenhäuser

In mehreren Schritten, ähnlich wie bei Privatisierung der städtischen Krankenhäuser Hamburgs, verlief auch die Umstrukturierung und Privatisierung der Universitätskliniken Gießen und Marburg:¹⁰⁵⁴ Einbringung beider Kliniken in eine AöR, Ermächtigung zum Formwechsel; demgemäß Umwandlung zur GmbH durch formelle Privatisierung mit dem Land Hessen zunächst als einzigem Gesellschafter; weitgehend materielle Privatisierung zum 1.2.2006 durch Verkauf von 95 Prozent der Geschäftsanteile an die Rhön AG. Mit Gesellschaftsvertrag vom 13.12.2005 an dem mittlerweile zur GmbH umgewandelten UKGM hatte sich das Land Zustimmungs- und Informationsrechte für wesentliche Geschäfte vorbehalten.

Was im Fall der Umstrukturierung und Privatisierung der Hamburger Krankenhäuser letztlich zur Verletzung der Grundrechte des Art. 3 GG führte, nämlich die Ausgliederung der Reinigungsaufgaben und Reinigungskräfte auf die C-GmbH, geschah im UKGM nicht. Stattdessen wurden die Arbeitsverhältnisse sämtlicher Beschäftigter, also des nicht wissenschaftlichen wie des wissenschaftlichen Personals bei den Universitätskliniken unmittelbar durch Gesetz (§ 3 Abs. 1 Satz 3 UKG) Arbeitnehmer des UKGM. Die hessische Landesregierung verordnete die Umwandlung des UKGM in eine GmbH. Klarstellend bestimmte die Verordnung, die bestehenden Arbeitsverträge blieben vom Formwechsel unberührt; ein Betriebsübergang finde nicht statt.

Die Abläufe der Privatisierung der UKGM waren transparenter als die der Umstrukturierung und Privatisierung der Hamburger städtischen Krankenhäuser. Auch war der Zeitraum von Beginn bis zum Ende der Privatisierung beim UKGM wesentlich kürzer als im Hamburger Fall: vom 1.7.2005 bis 31.1.2006.

Die bisher im Arbeitsverhältnis zum Land Hessen stehenden nicht wissenschaftlichen Beschäftigten beider Kliniken fanden sich am Ende, nach Durchlaufen der Teilschritte der Privatisierung, wie die übrigen Beschäftigten des UKGM, als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in einer mehrheitlich, zu 95 Prozent privatwirtschaftlich betriebenen Tochter des privaten Mehrheitsge-

¹⁰⁵⁴ BVerfGE 128, S. 157 (159-163).

sellschafters wieder, ohne Möglichkeit, den Fortbestand der Arbeitswelt zum Land geltend machen zu können.¹⁰⁵⁵

Erneut beschränkt sich die folgende Darstellung auf eine Momentaufnahme bis zum Zeitpunkt des jeweiligen Eingriffs: In Hamburg beeinträchtigte der Erlass des HVFG am 21.11.2006 Grundrechte aus Art. 3 GG; in Hessen griff zum 1.7.2005 das UKG ein – beides Ausgangspunkte, notwendige Bedingungen für Umstrukturierungen durch die beiden Krankenhausunternehmen, die erst nach materieller Privatisierung einsetzen.¹⁰⁵⁶

b) Gesamtzusammenhang der Privatisierung der hessischen Universitätskliniken

Auch bei der Privatisierung der beiden hessischen Universitätskliniken hat die Genese des Falles in der Entscheidung des BVerfG besondere Bedeutung für die Grundrechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern:

„Die Überleitung der Beschäftigungsverhältnisse in den Anstaltsdienst ist (...) bereits im Zusammenhang mit der geplanten Privatisierung zu sehen. Dadurch erhält der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG hier ein besonderes Gewicht (...). Schon im Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses war auch die materielle Privatisierung durch die fast vollständige Veräußerung der späteren Gesellschafteranteile des Landes an einen privaten Krankenhausbetreiber geplant.“¹⁰⁵⁷

Das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG gilt – in seiner Eingriffsdimension durch das hessische Gesetz – nicht anders als das des Art. 3 GG im Hamburger Fall, nämlich unternehmensübergreifend. Dies legt im Übrigen schon der Text des Art. 12 Abs. 1 GG nahe. Er schützt auch die Befugnis, einen Arbeitsplatz nach eigener Wahl beizubehalten. Der Arbeitsplatz meint den „räumlichen Ort wie die konkrete Betätigungsmöglichkeit“¹⁰⁵⁸ – nicht bloß innerhalb der Unternehmensgrenzen.

1055 BVerfGE 128, S. 157 (184).

1056 Vgl. dazu unten C.

1057 BVerfGE 128, S. 157 (178).

1058 *Jarass/Pieroth*, a.a.O., Art. 12 Rn. 11.

2. Die Entscheidung des BVerfG

a) Die Entscheidungsformel

Auf Verfassungsbeschwerde stellte der Tenor des Beschlusses des BVerfG zunächst fest, die Urteile des hessischen LAG und des BAG verletzen die Beschwerdeführerinnen und -führer in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG.

Außerdem sind nach der Entscheidungsformel § 3 Abs. 1 S. 1 und 3 des Gesetzes über die Errichtung des Universitätsklinikums Gießen und Marburg (UKG) „nach Maßgabe der Gründe mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar“.¹⁰⁵⁹ Die „Maßgabe der Gründe“ meint den Abschnitt, der die Unzumutbarkeit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) der gesetzlichen Regelung darlegt.¹⁰⁶⁰

Die Tenorierung „nach Maßgabe der Gründe“ verleiht dem Teil der Entscheidung des BVerfG, auf die sich die Maßgabe bezieht, Gesetzeskraft, § 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG. Damit gilt die Entscheidung allgemein und ist von staatlichen Organen wie von Privaten zu beachten.¹⁰⁶¹ Sie gilt folglich nicht nur zugunsten der einzelnen Beschwerdeführerin, sondern für alle nichtwissenschaftlichen Beschäftigten des UKGM.¹⁰⁶² Dem ist der hessische Gesetzgeber auf seine Weise nachgekommen.¹⁰⁶³

b) Inhalt der Entscheidung des BVerfG

Der Beschluss des BVerfG stellt Erwägungen zum Verhältnis von Kündigung und Kündigungsschutz zum rechtsgeschäftlichen Betriebsinhaberwechsel einerseits, zum gesetzlichen andererseits an:

Zunächst heißt es zum Kündigungsschutz im Allgemeinen: Es bestehe kein unmittelbarer (!, d. Verf.) Schutz gegen den Verlust des Arbeitsplatzes aufgrund privater Dispositionen. Dies schließt Schutz aufgrund der mittelbaren Wirkung der Grundrechte ein.¹⁰⁶⁴ Seiner Schutzpflicht auf Achtung der von der Arbeitnehmerin, vom Arbeitnehmer ausgeübten Arbeitsplatzwahl sei der Gesetzgeber im geltenden Kündigungsschutzrecht nachgekommen.¹⁰⁶⁵

1059 Zur Problematik einer solchen Tenorierung statt Nichtigerklärung des Gesetzes vgl. *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 95 Rn. 46ff.

1060 BVerfGE 128, S. 157 (182ff. = B.I.3.c)bb) der Gründe).

1061 *Lenz/Hansel*, BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 31 Rn. 39ff. Vgl. zur Gesetzeskraft auch oben, Dritter Abschnitt, D. II. 4.: BVerfGE 97, S. 169 sowie S. 186 (zu § 23 Abs. 1 KSchG – Schwellenwerte, S. 2, und Anrechnungsmodalität Teilzeitbeschäftigte, S. 3).

1062 Das Rubrum des Beschlusses des BVerfG weist nur eine Bf. aus, „Frau M.“ Acht weitere, parallele Verfassungsbeschwerden wurden zum Teil durch stattgebenden Kammerbeschluss erledigt, vgl. z.B. BVerfG – 1 BvR 1940/09, juris.

1063 Vgl. Gesetz zur Stärkung der Arbeitnehmerrechte am Universitätsklinikum Gießen und Marburg vom 16.12.2011, GVBl. I 2011, S. 816.

1064 Vgl. dazu oben Dritter Abschnitt C.IV.4.

1065 BVerfGE, a.a.O., B.I.2.a), S. 157 (176 u.f.; UKGM); vgl. auch bei Fn. 1011.

Beim rechtsgeschäftlichen Betriebsinhaberwechsel, bei dem der Arbeitgeber ohne Zustimmung des Arbeitnehmers und ohne Kündigung ausgewechselt wird, genügt der Gesetzgeber der ihm obliegenden Schutzpflicht durch Gewährleistung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses (§ 613a Abs. 1 BGB) und damit Erhalt des Arbeitsplatzes des Arbeitnehmers sowie – nach deutschem Recht – mit dem Widerspruchsrecht (§ 613a Abs. 6 BGB) und damit seiner privatautonomen Entscheidung über die Person seines Vertragspartners – bei Risiko einer betriebsbedingten Kündigung.¹⁰⁶⁶

Bei einem kraft Gesetzes vollzogenen Arbeitgeberwechsel wie hier gilt im Einzelnen: Das Land löst sich kraft Gesetzes, ohne Kündigung, vom Arbeitsverhältnis. Dies entziehe den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern den von ihnen gewählten Arbeitgeber. Durch den übergreifenden Planungszusammenhang der Privatisierung erhalte der darin liegende Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG besonderes Gewicht. Damit werde die Beschwerdeführerin nicht nur aus dem Landesdienst, sondern auch aus dem öffentlichen Dienst „entfernt“.¹⁰⁶⁷

Für die grundrechtliche Beurteilung sei zwischen der Zuweisung eines neuen Arbeitgebers, dem UKGM, und dem Entzug des alten, des Landes Hessen, zu unterscheiden. Ersteres wiege weniger schwer, denn der Arbeitnehmer könne auch ohne Widerspruchsrecht das Arbeitsverhältnis außerordentlich kündigen.¹⁰⁶⁸ Einschneidender sei der damit verbundene Verlust des alten Arbeitgebers. Da das Arbeitsverhältnis zum Ausgangsbetrieb nicht gekündigt wird, sondern übergeht, steht gegen diesen Entzug des Arbeitsverhältnisses kein Kündigungsschutz zu.

Zwar sei das Widerspruchsrecht weder verfassungsrechtlich¹⁰⁶⁹ noch europarechtlich¹⁰⁷⁰ geboten. Jedoch sei dieser Entzug des bisherigen Arbeitsverhältnisses unverhältnismäßig, weil unzumutbar. Art. 12 Abs. 1 GG schütze auch die freie Wahl des Arbeitsvertragspartners.

Der Eingriff in diese Freiheit, d.h. die fehlende Zubilligung des Widerspruchsrechts im UKG könne nicht damit gerechtfertigt werden, beim gewählten Vertragspartner entfielen Beschäftigungsmöglichkeiten, und der Arbeitnehmer müsse möglicherweise mit einer betriebsbedingten Kündigung rechnen. Der

1066 BVerfGE, a.a.O.

1067 BVerfGE, a.a.O., B.I.2.b), S. 157 (178 u.f.).

1068 BVerfGE, a.a.O., B.I.3.c)aa), S. 157 (181).

1069 Angedeutet in BVerfGE, a.a.O., B. I.3.c)bb), S. 157 (184).

1070 BVerfGE, a.a.O., B.II.2.a)bb), S. 157 (189); EuGH vom 16.12.1992 – C-132/91 u.a., Katsikas, NZA 1993, S. 169. Das Widerspruchsrecht ist unionsrechtlich nicht ausgestaltet, so EuGH, a.a.O.; vgl. näher EuArbRK/Winter, 3. Aufl. 2020, Art. 3 RL 2001/23/EG, Rn. 74ff.

Arbeitnehmer habe das Grundrecht, diese Risiken selbst abzuwägen. Der Gesetzgeber und die Gerichte könnten diese Entscheidung nicht „kraft vermeintlich besserer Einsicht“ statt seiner treffen.¹⁰⁷¹

Welches Ausmaß an realer Freiheit dieser privatautonomen Entscheidung, zugrunde liegt, bleibt offen. Jedenfalls, so das BVerfG, soll der Staat sie ihm nicht abnehmen dürfen.

3. Weitere Aspekte

a) Rechtsprechung zum Wechsel des Betriebsinhabers durch Rechtsgeschäft

aa) Wandel der Rechtsprechung vom Rechtsgeschäft zum Übergang des Arbeitsverhältnisses unmittelbar durch Gesetz

Der gesetzliche Übergang von Arbeitsverhältnissen, etwa im Zuge einer Privatisierung, ist nach dem Gesetzeswortlaut weder ein rechtsgeschäftlicher Wechsel des Betriebsinhabers (§ 613a Abs. 1 BGB) noch eine „vertragliche Übertragung“ (Art. 1 Ziff. 1 a BÜ-RL). Dementsprechend vertrat das BAG zunächst, auch in dem mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Urteil zum UKGM,¹⁰⁷² ein Widerspruchsrecht stünde dem Arbeitnehmer nach § 613a Abs. 6 BGB¹⁰⁷³ nicht zu. Laut BVerfG verletzte dies, wie dargestellt, Grundrechte.

Nach der BÜ-RL spielt dies Merkmal praktisch keine Rolle mehr. Eine vertragliche Übertragung wird nach der Rechtsprechung des EuGH sogar angenommen, wenn der Übergang auf einseitiger Entscheidung staatlicher Stellen wie des hessischen Landesgesetzgebers im UKG beruht.¹⁰⁷⁴ Jedenfalls seit Ablauf der Umsetzungsfrist der BÜ-RL (17.7.2001, Anhang I) soll sich der Einzelne nach Maßgabe der BÜ-RL auch beim Wechsel des Betriebsinhabers aufgrund von Bundes- oder Landesgesetz gegenüber dem staatlichen Arbeitgeber unmittelbar auf Art. 1 und 3 BÜ-RL berufen können.¹⁰⁷⁵

bb) Position des BVerfG

Obwohl dies zunächst naheliegend schien, hat das BVerfG in dem ersten Teil seines Beschlusses, der sich mit der Überleitung des Arbeitsverhältnisses der

1071 BVerfGE, a.a.O., B.I.3.c)bb), S. 157 (183ff.; 185 u.f.).

1072 BAG vom 18.12.2008 – 8 AZR 660/07, AP Nr. 366 zu § 613a BGB.

1073 Zum Widerspruchsrecht nach Maßgabe europäischen Arbeitsrechts vgl. EuArbRK/*Winter*, 3. Aufl. 2020, Art. 3 RL 2001/23/EG, Rn. 74.

1074 EuGH vom 6.9.2011 – C 108/10, Scattolon, NZA 2011, S. 1077, Rn. 63ff.; ErfK/*Preis*, 21. Aufl. 2021, § 613a BGB, Rn. 58; *Preis/Sagan/Grau/Hartmann*, a.a.O., § 15.26ff.; *Steffan*, NZA 2012, S. 473 (474).

1075 Vgl. näher EUArbRK/*Winter*, a.a.O., Art. 1 Rn. 40ff.

Kläger des Ausgangsverfahrens und Beschwerdeführerin vom Land auf das UKGM beschäftigt, zur BÜ-RL kein Wort verloren – anders als in dessen zweitem Teil, der die Rüge der Beschwerdeführerin zum Gegenstand hatte, ihr Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) sei verletzt, weil das BAG nicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV vorgelegt habe.¹⁰⁷⁶

Wenn die BÜ-RL, darauf weist der Beschluss des BVerfG ebenfalls zu Recht hin, ein Widerspruchsrecht, abweichend von Art. 3 Ziff. 1 Abs. 1 RL 2001/23/EG, also das Recht, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebsveräußerer herbeiführen zu können, auch nach der Rechtsprechung des EuGH gerade nicht enthält,¹⁰⁷⁷ hätte auch eine unionsrechtskonforme Auslegung des UKG anstelle der Erörterung der deutschen Rechtsquellen durch das BVerfG im ersten Teil seines Beschlusses ein solches Recht nicht eintragen können.

b) Kein Widerspruchsrecht bei massenhafter Ausübung?

Mit dem Ausschluss des Widerspruchsrechts, so das BVerfG, eröffne sich das Land rechtliche Möglichkeiten, die sonstigen Arbeitgebern nicht zur Verfügung stehen.¹⁰⁷⁸ Gerade die Rechtsfolge, die der Gesetzgeber dem Arbeitgeber sonst zumutet, nämlich die Erschwerung eines Betriebsübergangs durch eine – ggf. auch massenhafte – Ausübung des Widerspruchsrechts, solle den „...staatlichen Arbeitgeber zur Erleichterung des Privatisierungsprozess legitimieren, sich ohne (...) Widerspruchsrecht von Arbeitsverträgen lösen zu können.“¹⁰⁷⁹

Durch obiter dictum legitimiert das BVerfG zugleich die „Zumutung der ggf. auch massenhaften Ausübung des Widerspruchsrechts“ – die zwar eine Zumutung, als solche jedoch kein Missbrauch ist.¹⁰⁸⁰

c) Kein Widerspruchsrecht wegen Gefährdung der Patientenversorgung?

Konsequenzen des Widerspruchs gegen den Arbeitgeberwechsel hat bereits der Beschluss des BVerfG zur Umstrukturierung und Privatisierung der Ham-

1076 BVerfGE 128, S. 157, B. I. der Gründe (S. 175ff.) einerseits, B.II. (S. 186-192 der Gründe) andererseits.

1077 BVerfGE 128, S. 157 (191); vgl. EuGH u.a. vom 16.12.1992 – C-132/91, Katsikas, NZA 1993, S. 169.

Das BAG habe die „ausweitende Auslegung des Anwendungsbereichs der BÜ-RL durch den EuGH nicht übersehen“, so das BVerfG, a.a.O., S. 192 unter Verweis auf EuGH vom 14.9.2000 – C 343/98, Collino, NZA 2000, S. 1279.

1078 „Doppelrolle“ des Staates als Arbeitsvertragsparteien und Gesetzgeber; zur Doppelrolle als Gesetzgeber und Tarifvertragspartei vgl. BVerfGE 94, S. 268 (293) zur gesetzlichen „Tarifsperrre“ für Beschäftigte an Hochschulen gemäß § 57a S. 2 HRG.

1079 BVerfGE 128, S. 157 (184; UKGM).

1080 Die kollektive Ausübung des Widerspruchsrechts wird öfter als Missbrauch erörtert; vgl. dazu z.B. ErfK/Preis, 21. Aufl. 2021, § 613a BGB, Rn. 110f.; Schaub-Ahrendt, a.a.O., § 118 Rn. 54; BAG, AP Nr. 10 zu § 613a Unterrichtung; BAG, AP Nr. 368 zu § 613a BGB sowie Nr. 275 zu § 613a BGB.

burger Krankenhäuser bei Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG erwogen.¹⁰⁸¹ In der Entscheidung zum UKGM greift das BVerfG das Thema erneut auf, zitiert nun aber lediglich die in der Praxis und in der Rechtsprechung des BAG oft erwähnte Möglichkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Die im Urteil des BAG ebenfalls diskutierte Gefährdung der Patientenversorgung, der Wissenschaft u. dgl. bei Widerspruch gegen den Betriebsübergang¹⁰⁸² bleiben demgegenüber spekulativ, haben womöglich deshalb in der Entscheidung des BVerfG keinen Niederschlag gefunden.

d) Widerspruchsrecht in der Betriebsübergangsrichtlinie (Art. 3 RL 2001/23/EG)?

Art. 3 BÜ-RL verwehrt es Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nicht, dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber zu widersprechen. Auch verpflichtet die RL die Mitgliedstaaten nicht, die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses mit dem Veräußerer für den Fall vorzusehen, dass ein Arbeitnehmer sich frei entscheidet, den Arbeitsvertrag nicht mit dem Erwerber fortzusetzen. Die Richtlinie steht dem aber auch nicht entgegen.¹⁰⁸³ Dementsprechend kollidiert die RL auch nicht mit Art. 12 Abs. 1 GG und der dazu ergangenen Rechtsprechung des BVerfG.¹⁰⁸⁴

Der EuGH knüpft sein Verständnis der RL daran, dass der Arbeitnehmer sich frei entscheiden können muss, dem Übergang seines Arbeitsvertrags oder Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber zu widersprechen.¹⁰⁸⁵ Die Entscheidungsfreiheit des betroffenen Arbeitnehmers ist auch ausschlaggebendes Kriterium bei der Prüfung des Art. 12 GG in der Entscheidung des BVerfG.¹⁰⁸⁶ Da weder in der einen noch in der anderen Entscheidung Bedingungen oder Kriterien für diese Entscheidungsfreiheit genannt werden, ist davon auszugehen, dass die Rechtsprechung sie auch nicht enthält. Damit besteht im Grundsatz die volle Kündigungsfreiheit beider Parteien des Arbeitsverhältnisses im Kontext eines jeden Arbeitgeberwechsels.

1081 Vgl. BVerfGE 126, S. 29 (45ff.; städtische Krankenhäuser Hamburgs).

1082 Das BAG hatte in dem mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Urteil vom 18.12.2008 – 8 AZR 692/07, Rn. 57 sowie – 8 AZR 660/07, AP Nr. 366 zu § 613a BGB, Rn. 57, gemutmaßt, das Widerspruchsrecht wäre im Hinblick auf das offengelegte Privatisierungsziel in großem Umfang ausgeübt worden. Dies hätte ohne eingearbeitetes Personal die kontinuierliche Krankenversorgung gefährdet; auch wäre eine Beeinträchtigung von Forschung und Lehre an den Universitätskliniken zu befürchten gewesen. Anhaltspunkte dafür teilt das BAG nicht mit.

1083 EuGH vom 16.12.1992 – C-132/91, Rockfon, NZA 1993, S. 169; *Preis/Sagan/Grau/Hartmann*, a.a.O., § 15 Rn. 97ff.; *EuArbRK/Winter*, a.a.O.

1084 Vgl. auch BVerfGE 128, S. 157 (189 mwN. aus der Rechtsprechung des BAG; UKGM).

1085 EuGH, a.a.O., Rn. 14f.

1086 BVerfGE 128, S. 157 (185).

4. „Ausweichoption“ der widersprechenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im UKGM

In dieser Entscheidung hat das BVerfG, anders als im Fall der Umstrukturierung und Privatisierung der Hamburger städtischen Krankenhäuser,¹⁰⁸⁷ zur Ausweichoption des widersprechenden Arbeitnehmers nichts erwogen. Das Problem stellte sich in der Praxis beim UKGM nicht: Die Beschwerdeführerin hatte dort während der gesamten Dauer des Verfahrens von Juli 2005 bis Anfang 2011 und darüber hinaus eine solche Ausweichoption als Krankenschwester, auch an ihrem bisherigen Arbeitsplatz, mit Arbeitsvertrag zum Land Hessen – anders als die Reinigungskraft in den Hamburger Krankenhäusern.¹⁰⁸⁸ Diese Option haben die Klägerin und mit ihr zahlreiche weitere des nicht wissenschaftlichen Personals an beiden hessischen Kliniken ausgeübt.

Eine betriebsbedingte Kündigung nach dem Widerspruch der Klägerin hat das UKGM nicht erklärt.¹⁰⁸⁹ Sie als Beschwerdeführerin wurde trotz fehlenden Widerspruchsrechts während der gesamten Zeit weiterbeschäftigt. In beiden Kliniken galten überdies Dienstvereinbarungen, die betriebsbedingte Kündigungen bis zum 31.10.2010 ausgeschlossen hatten.

§ 1 des hessischen „Reparatur“-Gesetzes, mit dem das Land der Ziffer 2. der Entscheidungsformel des Beschlusses des BVerfG nachkam, räumte ein Rückkehrrecht in ein Arbeitsverhältnis zum Land ein. Diese musste innerhalb von sechs Monaten nach Inkrafttreten am 29.12.2011 ausgeübt worden sein.

Dem hessischen Verfahren eigneten daher nicht die Härten, die sich in den Hamburger Krankenhäusern zeigten; und erst recht nicht die Eingriffe bei Umstrukturierungen in den meisten anderen Branchen.

IV. Fazit: Privatisierung und Umstrukturierung – nicht anders als in stets privaten Betrieben

Die Darstellung in diesem Abschnitt hat sich auf Verfahrensschritte und dabei entstehende Rechtsprobleme bis zur formellen Privatisierung beschränkt. In den sich anschließenden Schritten nach dem „Händewechsel“ auf materiell Private fanden und finden zahlreiche weitere Umstrukturierungen der erwor-

1087 Vgl. dazu oben A.II.1.c)aa) sowie d).

1088 BVerfGE, a.a.O., S. 157 (185 unten); facherichtliche Entscheidung letztinstanzlich BAG vom 18.12.2008 – 8 AZR 692/07, Rn. 17.

1089 Dazu nehmen die Urteile des BAG vom 18.12.2008 – 8 AZR 692/07 sowie 660/07, gegen die Verfassungsbeschwerden erhoben wurden, nicht Stellung. Dies wäre zur Entscheidung des Rechtsstreits auch nicht erforderlich gewesen.

benen Betriebe und Unternehmen statt – ähnlich wie dies im Zweiten und Dritten Abschnitt exemplarisch dargestellt worden ist.¹⁰⁹⁰

Gelegentlich stehen noch Rückkehrrechte, Ansprüche von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aus Personalüberleitungsverträgen, Besitzstandsklauseln, Ausschlüsse betriebsbedingter Kündigungen und dergleichen im Wege. Diese laufen jedoch absehbar aus und erweisen sich, auch wenn sie noch gelten, kaum als Hindernis für Umstrukturierungen des materiell privaten Unternehmens. So lassen sich Ausschlüsse betriebsbedingter Beendigungskündigungen durch außerordentliche betriebsbedingte Kündigung mit Auslaufrist auf sieben Monate reduzieren.

Oder aber die Belegschaft wird mit Freiwilligenprogrammen „angesprochen“.¹⁰⁹¹ Der Umfang der Personalreduzierung durch Eigenkündigung oder durch Abschluss von Aufhebungsverträgen in den gewünschten Bereichen des Betriebs durch schonendere Varianten betrieblicher Abbauprogramme hängt erfahrungsgemäß nicht unwesentlich von der Höhe der angebotenen Abfindung ab.

B. Unmittelbare Grundrechtsbindung privatrechtlich verfasster Unternehmen bei Anteilsmehrheit der öffentlichen Hand

Ging es in diesem Vierten Abschnitt bisher um Eingriffe des Gesetzgebers in Grundrechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in öffentlichen Stellen, Eigenbetrieben und dergleichen, die umstrukturiert und/oder privatisiert worden sind, sollen nun Eingriffe in deren Grundrechte durch privatrechtlich verfasste Unternehmen in Anteilsmehrheit der öffentlichen Hand (gemischtwirtschaftliche Unternehmen)¹⁰⁹² selbst Thema sein. Vielfach sind diese Unternehmen zuvor formell privatisiert worden.

Privatrechtlich verfasste Unternehmen können nur in privater Rechtsform handeln. Als Arbeitgeber schließen sie Arbeitsverträge des privaten Rechts mit den Beschäftigten, gehen nicht etwa öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse ein. Wie für alle anderen privatrechtlichen Unternehmen und Arbeitgeber gilt für sie Arbeitsrecht in vollem Umfang.

1090 Vgl. z.B. Zweiter Abschnitt, A.III.

1091 Zu Freiwilligenprogrammen vgl. z.B. *Däubler*, NZA 2020, S. 10; *Lingemann/Otte*, DB 2015, S. 2640; *Fröblich*, ArbRB 2016, S. 345; *Lipinski*, AuA 2016, S. 135.

1092 Der Begriff wird hier nur bei Anteilsmehrheit der öffentlichen Hand verwendet.

Überdies sind diese Unternehmen der Rechtsprechung des BVerfG zufolge¹⁰⁹³ gemäß Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar, nicht bloß mittelbar grundrechtsgebunden, was zugleich voraussetzt, dass sie – in privatrechtlicher Rechtsform – in Grundrechte eingreifen können.

Die Grundrechtsgebundenheit kann im Rahmen des Aufgabenkreises nur eine vollständige sein – bei Kauf-, Geschäftsbesorgungs- und Werkverträgen nicht anders als bei Arbeitsverträgen. Wie sonst sind auch bei grundrechtsgebundenem privatrechtlichen Handeln je nach Fallkonstellation Schutzbereiche unterschiedlicher Grundrechte einschlägig. Bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen erstreckt sich die Grundrechtsbindung sowohl auf die nach außen gerichtete unternehmerische, erwerbswirtschaftliche Tätigkeit¹⁰⁹⁴ jeglicher Art¹⁰⁹⁵ als auch im Innenverhältnis auf die Arbeitsverhältnisse zu den von ihnen Beschäftigten.¹⁰⁹⁶

Dass gemischtwirtschaftliche Unternehmen „... in adäquater und weithin gleichberechtigter Weise wie Private die Handlungsinstrumente des Zivilrechts für ihre Aufgabenwahrnehmung (nutzen) und auch sonst am privaten Wirtschaftsverkehr (teilnehmen)“,¹⁰⁹⁷ gilt auch für die Arbeitsverhältnisse und die „Handlungsinstrumente“ des Arbeitsrechts.

Damit fragt sich, was unmittelbare Grundrechtsgebundenheit gemischtwirtschaftlicher Unternehmen im Arbeitsverhältnis im Allgemeinen, bei Umstrukturierung ihres Betriebs und Unternehmens im Einzelnen heißt. Von Bedeutung sein könnte sie vorzugsweise für die Füllung von Lücken des einfachen Rechts und bei Auslegung und Anwendung arbeitsrechtlicher Begriffe und Regelungen.

Das führt zu der Frage, ob unmittelbare Grundrechtsbindung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen von anderer Qualität ist als mittelbare Grundrechtsbindung im „rein“ privatrechtlich verfassten Arbeitsverhältnis – umso mehr, wenn berücksichtigt wird, dass nach neuerer Rechtsprechung des BVerfG die mittelbare Grundrechtsbindung nicht nur bei den „das Rechtsgebiet bestimmenden Leitbegriffen des Rechtsgebiets“ relevant wird, sondern

1093 BVerfGE 128, S. 226 („FRAPORT“); vgl. schon die Vorgänger-Rechtsprechung des BVerfG, z.B. E 21, S. 362 (369ff.); E 59, S. 231 (254f., B.I. der Gründe: auch keine allgemeine Grundrechtsfähigkeit, z.B. gemäß Art. 2 Abs. 1, 9 Abs. 3 GG).

1094 BVerfGE 128, S. 226 (248).

1095 BVerfG vom 19.7.2016 – 2 BvR 470/08, NJW 2016, S. 3153.

1096 Auch keine Grundrechtsfähigkeit, wenn „die Eigenschaft der juristischen Person des öffentlichen Rechts als Arbeitgeber in Betracht gezogen wird.“ BVerfGE 59, S. 231 (255), das ZDF als Anstalt öffentlichen Rechts betreffend.

1097 BVerfGE 128, S. 226 (248).

jede Auslegung und Anwendung von Privatrechtsnormen betrifft, insbesondere „zwingendes Recht“¹⁰⁹⁸ Überdies kann, so das BVerfG in ständiger Rechtsprechung, mittelbare Grundrechtsbindung der unmittelbaren nahe- oder gleichkommen.¹⁰⁹⁹

Womöglich kann die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Grundrechtsbindung mangels praktischer Relevanz nach diesen Modifikationen der Rechtsprechung des BVerfG inzwischen auf sich beruhen. Unberührt bleibt jedenfalls, dass Grundrechtsbindung die Grundrechtsberechtigung ausschließt.¹¹⁰⁰ Damit können Grundrechte Privater, die etwa mit gemischtwirtschaftlichen Unternehmen kontrahieren, mangels Grundrechtsberechtigung nicht mit deren Grundrechten in Kollision geraten.

Die unmittelbare Bindung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen gemäß Art. 1 Abs. 3 an die Grundrechte des GG hat das BVerfG im „Fraport-Urteil“ begründet. Es soll deshalb im Folgenden kurz dargestellt werden:

I. Das „Fraport“-Urteil: Eingriffe in Grundrechte Betriebsfremder durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen

1. Der Fall

Das zivilgerichtliche Verfahren und die Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des BGH betrafen Grundrechtseingriffe durch ein von der Fraport AG für den Frankfurter Flughafen ausgesprochenes Hausverbot gegen die „Aktivistin einer Initiative gegen Abschiebungen“.¹¹⁰¹ Sie hatte sich in den Räumen der Fraport AG auf der „Landseite“ mit fünf weiteren Personen versammelt und dort Flugblätter zu einer bevorstehenden Abschiebung verteilt. Darauf erhielt sie ein allgemeines Flughafenverbot. Ihre Klage gegen die Fraport AG auf Aufhebung des Verbots wurde vom BGH zurückgewiesen. Auf Verfassungsbeschwerde entschied das BVerfG auf Verletzung der Grundrechte der Beschwerdeführer aus Art. 8 und 5 GG.

Das Fraport-Urteil des BVerfG enthält Grundrechtseingriffe durch ein privatrechtlich verfasstes Unternehmen, allerdings nicht in Grundrechte der von der Fraport AG beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, sondern in solche außenstehender Dritter.

1098 BVerfGE 129, S. 78 (102); 142, S. 74 (Rn 82); *Jarass/Pieroth*, a.a.O., Art.1, Rn 54.

1099 Vgl. Dritter Abschnitt, C.II.2.b)aa) sowie C.IV.4.a).

1100 Vgl. dazu sogleich unter I. 2.

1101 BVerfGE 128, S. 226, Rn. 9.

Hier geht es in Anknüpfung an diese Entscheidung des BVerfG um Eingriffe in Grundrechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, wenn diese umstrukturieren.

2. Verfassungsrechtliche Aspekte des Fraport-Urteils

a) Grundsatz: Keine „Flucht ins Privatrecht“

Handelt der Staat durch privatrechtlich verfasste Unternehmen, an denen er Anteile hält, soll er sich der Grundrechtsbindung nicht durch „Flucht ins Privatrecht“ entziehen dürfen. Vielmehr sind nicht nur der Staat als Inhaber des Unternehmens, sondern auch dieses selbst unmittelbar grundrechtsgebunden; nach der Rechtsprechung des BVerfG allerdings nur, solange die öffentliche Hand die Anteilsmehrheit hält. Bei Anteilsminderheit besteht mittelbare Grundrechtsbindung der Privaten nicht anders, als wenn die öffentliche Hand an ihnen nicht beteiligt ist.

Zur Bestimmung der Beherrschung durch öffentliche Anteilseigner knüpft das BVerfG an §§ 16f. AktG an.¹¹⁰² Die Anteilsmehrheit stelle nicht auf konkrete Einwirkungsbefugnisse hinsichtlich der Geschäftsführung ab, sondern auf die Gesamtverantwortung für das Unternehmen. Detailliertere konzernrechtliche „Wertungen“ nimmt das Urteil des BVerfG nicht vor.¹¹⁰³

b) Entweder Grundrechtsbindung oder Grundrechtsberechtigung; Grundrechtsschranken

Nach dem „Konfusionsargument“ schließt die Grundrechtsbindung einer Person ihre Grundrechtsberechtigung aus.¹¹⁰⁴ Dies gilt auch für gemischtwirtschaftliche Unternehmen.

aa) Keine Kollision von Grundrechten

Da das gemischtwirtschaftliche Unternehmen grundrechtsverpflichtet ist, kann es weder zu Kollisionen von Grundrechten dieses Unternehmens mit Grundrechten von Bürgern noch mit Grundrechten der vom Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer kommen.¹¹⁰⁵ Die Versammlungsfreiheit der Beschwerdeführerin in der Fraport AG konnte deshalb

1102 BVerfGE 128, S. 226 (246 u.f.).

1103 Auch die Zurechnung von Anteilen gemäß § 16 Abs. 4 AktG wird nicht erörtert; vgl. dazu *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, § 16 Rn. 15ff.

1104 BVerfGE 128, S. 226 (244, 1 vor 1. der Gründe, dort als Obersatz formuliert; vgl. noch S. 247, 248, S. 259 usw.); zur Grundrechtsbindung vgl. *Möstl*, Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit, 1999; *Traut*, Die Corporate Governance von Kapitalgesellschaften der öffentlichen Hand, 2013, S. 293ff.; *Franz*, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, 2005, S. 681ff.

1105 Vgl. Horst *Dreier*, a.a.O., Vorbemerkungen vor Art. 1 Rn. 139ff. sowie 159; *Jarass/Pieroth*, a.a.O., Vorbemerkungen vor Art. 1 Rn. 48ff. sowie Rn. 18.

nicht mit deren Eigentumsgrundrecht nach Art. 14 GG kollidieren. Das gilt aber nur für die grundrechtliche Ebene. Kollisionen einfachen Rechts der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit dem ihrer Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber bleiben davon unberührt.

bb) Eingriff

(1) Freiwilligkeit des Vertragsschlusses; einseitige, belastende Maßnahmen im Arbeitsverhältnis

Da diese Unternehmen nur in privatrechtlicher Rechtsform handeln, durch Rechtsgeschäft oder faktisches Handeln, könnte sich ihre Grundrechtsbindung nur realisieren, wenn ihr Handeln in privater Rechtsform eingreifen könnte.¹¹⁰⁶ Das Urteil des BVerfG nimmt das implizit an – das Hausverbot der Fraport AG sei ein Eingriff gewesen.¹¹⁰⁷ Verfügt das gemischtwirtschaftliche Unternehmen, anders als etwa bei Verhängung eines Hausverbots, nicht über einseitige Entscheidungsgewalt, dürfte ein Eingriff nicht in Betracht kommen, insbesondere bei „freiwilligem Vertragsschluss“ nicht.¹¹⁰⁸ Darauf hebt das Urteil des BVerfG besonders ab.

(2) Eingriffe in das Arbeitsverhältnis durch das gemischtwirtschaftliche Unternehmen als Arbeitgeberin

Für das Arbeitsverhältnis mit gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ist die – nicht anders als in Arbeitsverhältnissen mit materiell Privaten bestehende – strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers zu beachten. Jedenfalls das laufende Arbeitsverhältnis auch zu gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ist überwiegend durch einseitige Weisungsbefugnisse des Arbeitgebers gekennzeichnet, denen gegenüber es auf Freiwilligkeit der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers nicht ankommt.

Ähnlich wie bei dem Hausverbot gegen die Demonstrantin durch Fraport dürfte daher das gemischtwirtschaftliche Unternehmen jedenfalls im laufenden Arbeitsverhältnis durch einseitige Maßnahmen als Arbeitgeber zulasten von Beschäftigten, also bei Rechtsgeschäften und Tathandlungen, bei Weisun-

1106 Eingriff ist jedes staatliche Handeln, das dem einzelnen ein Verhalten oder den Genuss eines Rechtsguts, die in den Schutzbereich eines Grundrechts fallen, ganz oder teilweise unmöglich macht, gleichgültig ob diese Wirkung final oder unbeabsichtigt, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder tatsächlich, mit oder ohne Befehl und Zwang eintritt; *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, 2011, § 51 Rn. 31; *Peine*, HGR III, 2009, § 57 Rn. 29ff.; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 31. Aufl. 2015, Rn. 259ff.; *Cremer*, Freiheitsrechte, 2003, S. 150ff.; *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, vor Art. 1 Rn. 78ff.

1107 BVerfGE, 128, z.B. S. 226 (250; 254; 259; 265); andernfalls würde die unmittelbare Grundrechtsbindung keinen Sinn machen.

1108 BVerfGE 128, S. 226 (248).

gen, Abmahnungen, Versetzungen, Abgruppierungen oder Kündigungen wie bei Betriebsübergängen in Arbeitnehmergrundrechte eingreifen.¹¹⁰⁹

Mögen Auswirkungen der Grundrechtsbindung in weiten Bereichen des Zivilrechts begrenzt sein, so das Urteil des BVerfG, gilt dies nicht, jedenfalls nicht in dem Maße für die einseitigen Handlungsbefugnisse des Arbeitgebers im laufenden Arbeitsverhältnis.

cc) Grundrechtsschranken

Der beiderseitige Grundrechtsgebrauch im „mehrpolygonen Rechts- und Grundrechtsverhältnis“ und seine Optimierung durch Wechselwirkung und praktische Konkordanz kommt mangels Grundrechtsträgerschaft des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens im Verhältnis zum Bürger nicht in Betracht. Es bringt gegenüber dem Grundrechtsgebrauch des Bürgers die Schranken der Grundrechte zur Geltung.¹¹¹⁰

Im Fraport-Urteil heißt das: Gesetzesvorbehalt im Sinne des Art. 8 Abs. 2 GG war – wie sonst – das zivilrechtliche Hausrecht gemäß §§ 903 S. 1, 1004 BGB.¹¹¹¹ Auch hier modifizierte die wertsetzende Bedeutung der Grundrechte der Art. 8 Abs. 1 und 5 Abs. 1 GG das Eigentums- und Hausrecht der Fraport AG.

Die Grundrechtsbindung und die ihr entsprechende fehlende Grundrechtsberechtigung sei aber nicht ohne Bedeutung, so das Urteil. Sie mache es notwendig, zivilrechtliche Befugnisse, insbesondere einseitig verbindliche Entscheidungen durch legitime Gemeinwohlzwecke am Maßstab der Grundrechte und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu rechtfertigen.¹¹¹²

dd) Funktional beschränkte Grundrechtsbindung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen

Eingriffsbefugnisse von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen gehen weniger weit als die des Gesetzgebers: Kompetenz- und Zuständigkeitsfragen regelt einfaches Recht, insbesondere Verfahrensrecht. Lässt dieses Fragen offen, gilt hinsichtlich der Reichweite der unmittelbaren Grundrechtsbindung des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens: Es kann bzw. darf nur eingreifen, soweit seine räumlichen, sachlichen und funktionellen Kompetenzen reichen –

¹¹⁰⁹ Vgl. Dritter Abschnitt, C. IV. 1. und 2. mwN.: Mit Abschluss und Kündigung des Arbeitsvertrags wird zugleich das Grundrecht des Art. 12 GG wahrgenommen.

¹¹¹⁰ Jarass/Pieroth, a.a.O., Art. 1 Rn. 48.

¹¹¹¹ BVerfGE 128, S. 226 (255, 257ff.).

¹¹¹² BVerfGE, 128, S. 226 (249).

also nur innerhalb seines „Verantwortungs- bzw. Herrschaftsbereichs“¹¹¹³ – im Übrigen nicht anders als der Gesetzgeber, der auch keine unbegrenzte Allzuständigkeit hat. Demzufolge ist das gemischtwirtschaftliche Unternehmen auch nur in diesem Rahmen unmittelbar grundrechtsgebunden. Außerhalb desselben müsste es demzufolge wie alle anderen Privaten mittelbar grundrechtsgebunden sein bzw. seine Rechte und Grundrechte müssten mit denen anderer Privater kollidieren.

ee) Beschränkung der Arbeitsverhältnisse auf Unternehmens- und Betriebsbezug

Für die Arbeitsverhältnisse in gemischtwirtschaftlichen Unternehmen im Besonderen bedeutet dies die grundsätzliche Begrenzung der unmittelbaren Grundrechtsbindung auf Unternehmen und Betrieb – nach Maßgabe sei es der überkommenen Begriffe, sei es eines qualitativ geänderten, industriellen Beziehungen angepassten, erst noch zu bestimmenden „modernen“ Unternehmens- und Betriebsbegriffs.¹¹¹⁴

Gegenüber den zeit-, unternehmens- und maßnahmenübergreifenden, umfassenden Kompetenzen des Gesetzgebers sind die Aufgaben und Befugnisse dieses privatrechtlich verfassten Teils der öffentlichen Verwaltung jedenfalls andersartig – das gemischtwirtschaftliche Unternehmen kann rechtsnormativ nur durch Abschluss von Betriebsvereinbarungen und Firmentarifverträgen handeln – und reichen weniger weit. Unabhängig davon kann es auch zu faktischen Eingriffen kommen. Ein solcher kann auch bei Kompetenzüberschreitung vorliegen.

Außerdem ist zu beachten:

ff) Unmittelbare Grundrechtsbindung des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens bei seiner Umstrukturierung

Die unmittelbare Grundrechtsbindung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens kann auch bei Umstrukturierungen seines Betriebs oder Unternehmens relevant sein. Skizziert werden soll dies an einigen Formen der Umstrukturierung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen:

(1) Betriebsspaltung im gemischtwirtschaftlichen Unternehmen

Führt das gemischtwirtschaftliche Unternehmen eine betriebsinterne Umstrukturierung durch, findet kein Arbeitgeberwechsel statt – nicht anders als

1113 *Jarass/Pieroth*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 13; *Groeger* (Hrsg.), Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 1.180; vgl. noch sogleich C.II. (Rückführbarkeit auf „dieselbe Quelle“).

1114 Vgl. zum Betriebsbegriff unten Fünfter Abschnitt, B.II.

bei Betriebsspaltung eines Unternehmens, an dem die öffentliche Hand keinen mehrheitlichen Anteilsbesitz hat. Bei Auf- wie bei Abspaltung des Betriebs des Unternehmens bleibt der Arbeitgeber in diesem wie in jenem Fall derselbe.¹¹¹⁵ Führte das gemischtwirtschaftliche Unternehmen bisher einen Betrieb, führt es jetzt einen weiteren. Das Unternehmen ist grundrechtsgebunden – mit wie vielen Betrieben, Nebenbetrieben, Betriebsteilen auch immer. Die unmittelbare Grundrechtsbindung setzt sich im bisherigen Umfang fort.

(2) Teilbetriebsübergang auf ein ebenfalls gemischtwirtschaftliches Unternehmen

Nichts anderes gilt, wenn die einer übergangsfähigen wirtschaftlichen Einheit im gemischtwirtschaftlichen Unternehmen zugeordneten Arbeitsverhältnisse¹¹¹⁶ durch einen Teilbetriebsübergang auf eines übergehen, an dem es seinerseits die Mehrheit der Anteile hält. Würden die Grundrechte dort aufgrund des Betriebsübergangs nicht mehr gelten, wäre dies ebenfalls „Flucht ins Privatrecht“,¹¹¹⁷ die jedoch die Grundrechtsbindung nicht abstreifen können soll – hier wie dort nicht. Auch in diesem Fall setzt sich die unmittelbare Grundrechtsbindung fort.

(3) Teilbetriebsübergang auf einen rein privaten Arbeitgeber bzw. auf einen im Minderheitsbesitz der öffentlichen Hand

Findet ein Übergang der Arbeitsverhältnisse im Wege des Teilbetriebsübergangs auf ein Unternehmen statt, an dem die öffentliche Hand keine oder nur die Minderheit der Anteile hält, besteht jedenfalls bei dieser und für diese Umstrukturierung des Unternehmens seine unmittelbare Grundrechtsbindung. Nach Vollzug des Teilbetriebsübergangs gelten aber Grundrechte wie sonst – sei es mittelbar, sei es in Kollision mit den Grundrechten anderer Privater.

3. Die Anteilmehrheit der öffentlichen Hand

Das Land Hessen, die Stadt Frankfurt am Main und die Bundesrepublik Deutschland besaßen zum fraglichen Zeitpunkt an der Fraport AG „zusammen ca. 70 Prozent der Aktien“.¹¹¹⁸ Ob und wenn ja wie die Anteile der drei Körperschaften öffentlichen Rechts an der Fraport AG koordiniert wurden, wird nicht mitgeteilt, auch nicht, ob einer der drei Gesellschafter für sich Mehrheitsbesitz hatte.¹¹¹⁹

1115 Vgl. näher Erster Abschnitt, E.V.; Zweiter Abschnitt, C.V.

1116 Vgl. dazu Zweiter Abschnitt, C.II.8. und IV.2.

1117 Vgl. dazu allgemein B.I.2.a).

1118 BVerfGE 128, S. 226 (227f., A.I.1. der Gründe).

1119 Dazu vgl. das Minderheitsvotum Schluckebier, a.a.O., S. 226 (269; 270f.); vgl. weiter BVerfGE 143, S. 246 („Atomausstieg“).

Im Verfahren vor dem BVerfG zum Atomausstieg¹¹²⁰ stand die Beschwerdebe-
rechtigung der Krümmel oHG infrage.¹¹²¹ Aus dem (mittelbaren) Streubesitz
der Bundesrepublik Deutschland an der E.ON Kernkraft GmbH und dem
ebenfalls mittelbaren 100 Prozent-Anteil des schwedischen Staates an der Vat-
tenfall GmbH ergab sich kein überwiegender Anteil der deutschen öffentli-
chen Gewalt an der Krümmel oHG, so dass sie beschwerde- und grundrechts-
berechtigt war.

II. Beeinträchtigung der Grundrechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern durch Arbeitgeber in Unternehmen bei Anteilsmehrheit der öffentlichen Hand

1. Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG zu den beiden Krankenhausfällen

In Anlehnung an die Entscheidung des BVerfG zur Privatisierung und Um-
strukturierung der städtischen Krankenhäuser Hamburgs soll es um Ungleich-
behandlungen von Arbeitnehmern und deren Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1
und 2 GG bei Umstrukturierungen durch den unmittelbar grundrechtsgebun-
denen Arbeitgeber gehen.

Außerdem kommen, Grundsätze der Entscheidung des BVerfG zur Zusam-
menlegung und Privatisierung der Hessischen Universitätskliniken sowie des
Fraport-Urteils weiterführend, Eingriffe in Grundrechte des Art. 12 Abs. 1 GG
von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern durch das gemischtwirtschaftliche
Unternehmen als Arbeitgeber in Betracht.

2. Gleichheitsgrundrechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeit- nehmern bei Umstrukturierung von im Mehrheitsbesitz der öffentlichen Hand stehenden Unternehmen durch diese

a) Gleichberechtigung von Männern und Frauen (Art. 3 Abs. 2 GG)

Naheliegend ist die Anknüpfung an Erwägungen des BVerfG zu Art. 3 Abs. 2
GG in seiner Entscheidung zu gesetzgeberischen Maßnahmen der Umstrukturi-
erung und Privatisierung der Hamburger städtischen Krankenhäuser. Zwe-
cke und Durchführungswege der Umstrukturierung dort sind typisch für die
langjährige Praxis der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen.
Dazu zählt, Randbereiche auszugliedern, in denen bevorzugt Niederqualifi-

1120 BVerfGE 143, S. 246.

1121 BVerfGE 143, S. 246, Rn. 203ff.

zierte, Geringverdiener, oft überprozentual viele Frauen beschäftigt sind.¹¹²² In der Ausgliederung aus dem Unternehmen auf ein solches mit geringeren Entgelten, ungünstigeren Arbeitsbedingungen und fehlender Tarifgebundenheit kann sich zeigen, dass davon im Verhältnis zu nicht ausgegliederten Unternehmensteilen mehr Frauen betroffen sind. Dazu müssten die Geschlechterverhältnisse und die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten in den in die Gleichheitsbetrachtung einzubeziehenden Betriebs- bzw. Unternehmensteilen jetzt und demnächst in den nun bestehenden Unternehmen (alt) und (neu) dargelegt werden.

Damit geht es um die Grundrechtsbindung an Art. 3 Abs. 2 GG¹¹²³, hier des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens selbst.

Die Umstrukturierung durch Betriebsübergang geschieht im Verhältnis zwischen den Unternehmen, in Hamburg also des LBK zu der Reinigungs-GmbH, ihrer Tochter, durch Rechtsgeschäft. Gegenüber den betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern geschieht dies einseitig durch den Arbeitgeber. In diesem Verhältnis liegt ein Eingriff vor. Der Arbeitnehmerin, hier insbesondere der Klägerin des Ausgangsverfahrens, wird der Vertragspartner ohne oder gegen ihren Willen einseitig entzogen.

Die Ausgliederung eines Unternehmensbereichs, etwa ein Teilbetriebsübergang, wird in der Regel sachlich begründet sein durch Funktion und Struktur des auszugliedernden Bereichs und beruht allein auf der nach ständiger Rechtsprechung des BAG arbeitsgerichtlich nicht überprüfbaren unternehmerischen Organisationsmaßnahme.

Sind in dem auszugliedernden Teil jedoch überprozentual viele Frauen gegenüber dem Verhältnis der Geschlechter im Unternehmen im Übrigen beschäftigt, kommt eine Beeinträchtigung des Art. 3 Abs. 2 GG durch das gemischtwirtschaftliche Unternehmen in Betracht, wenn sich die Arbeitsbedingungen zum Nachteil der Betroffenen ändern. Eine solche Ungleichbehandlung kann gerechtfertigt sein, wenn sie auf sachlichen Gründen beruht, die mit der geschlechtsbezogenen Benachteiligung nichts zu tun haben.¹¹²⁴ Die Differenzierung kann im Einzelfall nach der Art des Unterscheidungsmerkmals und dem „Maß“ der Unterscheidung gerechtfertigt sein.¹¹²⁵

1122 Vgl. Zweiter Abschnitt, B.II.5.b); Vierter Abschnitt, A.II.2.

1123 BVerfGE 126, S. 29 (53 mwN.; Hamburger städtische Krankenhäuser).

1124 BVerfGE, a.a.O., S. 54, C.II.2. der Gründe.

1125 BVerfGE 126, S. 29 (47 u.f., Vorgeschichte C.I.3.a) der Gründe).

b) Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

Der Beschluss des BVerfG zur Privatisierung und Umstrukturierung der Hamburger städtischen Krankenhäuser erörtert zu Art. 3 Abs. 1 GG, ob ein Widerspruch der Klägerin des Ausgangsverfahrens und der übrigen Reinigungskräfte gegen den Arbeitgeberwechsel eine „vernünftige Option“ hätte sein können.¹¹²⁶ Im Einzelnen heißt es: „Keine Perspektive einer sicheren Weiterbeschäftigung“; keine Auswechoption ohne nennenswertes rechtliches oder wirtschaftliches Risiko für die Reinigungskräfte.¹¹²⁷ Diese Ungleichbehandlung der Personengruppe der Reinigungskräfte durch den Hamburger Gesetzgeber im Vergleich zu allen übrigen Beschäftigten verletzte Art. 3 Abs. 1 GG.

Dies könnte auch gelten, wenn das gemischtwirtschaftliche Unternehmen Teile aus sich ausgegliedert hat, deren Beschäftigte dadurch in eine ähnlich prekäre Lage, also ohne Perspektive einer sicheren Weiterbeschäftigung, gerieten wie die Reinigungskräfte in den städtischen Hamburger Krankenhäusern.

C. Arbeitnehmergrundrechte in der Umstrukturierung materiell privater bzw. privat beherrschter Unternehmen¹¹²⁸

I. Von der Anteilmehrheit der Öffentlichen Hand an privatrechtlich verfassten Unternehmen zur Anteilsminderheit und zum materiell privatisierten Unternehmen

Ein privatrechtlich verfasstes Unternehmen in Anteilmehrheit der öffentlichen Hand ab 50,1 v.H.¹¹²⁹ unterliegt, wie gesehen, unmittelbarer Grundrechtsbindung, ist damit nicht grundrechtsberechtigt.

Bei Veräußerung von nicht mehr als 0,2 Prozent der Anteile durch die öffentliche Hand als Anteilsinhaber an einen privaten Anteilsinhaber, der nunmehr seinerseits 50,1 Prozent der Anteile hält, schlägt die Grundrechtsgebundenheit des Unternehmens in seine Grundrechtsberechtigung um, Art. 19 Abs. 3 GG als gegeben unterstellt.

1126 BVerfGE 126, S. 29 (50, C.I.3.b)bb)(2) der Gründe); vgl. bereits oben B.II.2.b) und D.II.

1127 BVerfGE, ebd.

1128 BVerfGE 128, S. 226 (248) „Fraport“.

1129 So im Fall der Privatisierung und Umstrukturierung der städtischen Hamburger Krankenhäuser, vgl. BVerfGE 126, S. 29 wie bei der Zusammenlegung und Privatisierung des UKGM, BVerfGE 128, S. 157.

Dem qualitativen Sprung von der Grundrechtsgebundenheit des öffentlichen Unternehmens in privater Rechtsform zur Grundrechtsberechtigung im Falle staatlicher Minderheitsbeteiligung an dem Unternehmen kann im konkreten Fall die „Härte der Grenze“ genommen werden, wenn mit dem BVerfG berücksichtigt wird:

II. Schlussfolgerungen für die Arbeitnehmergrundrechte bei Umstrukturierungen privatrechtlich verfasster Unternehmen

Hier wird die Grundrechtsberechtigung privatrechtlicher Unternehmen und die mittelbare Drittwirkung von Grundrechten der von ihr beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht mehr danach differenziert, ob die Unternehmen „... insbesondere in tatsächlicher Hinsicht in eine vergleichbare Pflichten- oder Garantienstellung (hineingewachsen sind), wie traditionell der Staat.“¹¹³⁰ Es sei also dahingestellt, ob eine Minderheitsbeteiligung des Staates besteht, wie hoch sie ist und ob in concreto eine Pflichten- oder Garantienstellung wie die des Staates besteht.

Die nun zu erörternde Konstellation unterscheidet sich von dem unmittelbar grundrechtsgebundenen, privatrechtlich verfassten Unternehmen in Anteilmehrheit der öffentlichen Hand vor allem dadurch, dass das Unternehmen grundrechtsberechtigt ist.

Damit bedarf es in Umstrukturierungsfällen, insbesondere in solchen, die von den Arbeitsgerichten zu entscheiden sind, der Berücksichtigung auch der Grundrechte des sich umstrukturierenden Unternehmens, und zwar in Abwägung gegen die von Umstrukturierungen betroffenen Arbeitnehmergrundrechte.

Der Grundrechtsschutz in materiell privatisierten Unternehmen ist kein anderer als in solchen, die stets in privater Hand waren. „Das private Universitätsklinikum kann sich auf den grundrechtlichen Freiheitsstatus ebenso berufen wie eine Privatklinik oder ein Arzt, und dies gilt auch für private Wasserversorger, Autobahnbetreiber oder Sicherheitsdienste.“¹¹³¹

Stehen Grundrechte, hier die aus Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 GG und Art. 12 GG, bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen im zeit- und unternehmensübergrei-

1130 BVerfGE 128, S. 226 (248, vor aa).

1131 Masing, Festschrift Bryde, 2013, a.a.O., S. 421ff. (422).

fenden Kontext, gilt demgegenüber für materiell privatrechtliche Unternehmen:

Bei der unmittelbaren Grundrechtsbindung waren nach der Rechtsprechung des BVerfG die Gesetzesvorbehalte des jeweils einschlägigen Grundrechts durch öffentliche Gemeinwohlinteressen bedingt, begrenzt, in diesem Sinne auszulegen und anzuwenden. Tritt an die Stelle der Grundrechtsverpflichtung die Grundrechtsberechtigung, gilt das Grundrecht des Unternehmens, vor allem des Art. 12 Abs. 1 GG in vollem Umfang und ist in der praktischen Konkordanz gegen die Arbeitnehmergrundrechte auch in den Umstrukturierungsfällen abzuwägen. Diese Kollision von Arbeitnehmer- mit Arbeitgebergrundrechten ist nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip aufzulösen.

Was den betriebs- und unternehmensübergreifenden Kontext der Maßnahmen angeht, hat der EuGH die „Reichweite“¹¹³² des Art. 141 Abs. 1 EG (jetzt Art. 157 AEUV) so bestimmt: Die unterschiedlichen Entgeltbedingungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten, müssten sich auf „ein und dieselbe Quelle“ zurückführen lassen. Andernfalls fehle eine Einheit, die für die Ungleichbehandlung verantwortlich sei und die die Gleichbehandlung wiederherstellen könnte. Dann könnten Arbeit und Entgelt dieser Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht auf der Grundlage dieser Bestimmung miteinander verglichen werden.¹¹³³

Der britische Equal Pay Act 1970 statuierte die Verpflichtung zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen im selben Beschäftigungsverhältnis. Das vorliegende Gericht hatte festgestellt, dass im Ausgangsstreit die beiden für die Vergleichbarkeit infrage kommenden Arbeitgeber nicht im Sinne des Equal Pay Act miteinander verbunden waren.

Damit steht infrage, wie „dieselbe Quelle“ zu bestimmen ist – nach dem Betriebsbegriff der Rechtsprechung des BAG und der herrschenden Meinung als institutionalisierter Leitungsapparat oder aber nach einem abweichenden Betriebsbegriff (Fünfter Abschnitt, C.), der hier zugrunde gelegt wird. Eine ähnliche Frage stellt sich zur Bestimmung des Bezugspunktes „derselben Quelle“, wenn es dabei auf das Unternehmen ankommt – als bloße Rechtsform des Gesellschafts- und Unternehmensrechts oder nach einem anderen Unterneh-

1132 EUArbRK/Franzen, 3. Aufl. 2020, Art. 157 AEUV, Rn. 16.

1133 EuGH vom 13.1.2004 – C 256/01, NZA 2004, S. 201, Rn. 34 sowie 46 mwN. (Allonby); vom 17.9.2002 – C 320/00, NZA 2002, S. 1144, Lawrence u.a.; dazu *Colneric*, Festschrift Wißmann, 2005, S. 535. Der EuGH geht in dem Urteil Allonby, a.a.O., Rn. 49, davon aus, dass dort keine miteinander verbundenen Arbeitgeber im Sinne des Equal Pay Act 1970 vorlagen. Was bei konzernverbundenen Arbeitgebern gelten würde, war nicht zu entscheiden.

mensbegriff, der auch die „sozialen Bezüge und die soziale Funktion“ des Unternehmens auf den Begriff bringt.¹¹³⁴

Die Position der von Umstrukturierung betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer als Grundrechtsberechtigung, die in materiell-privatrechtlichen Unternehmen keine andere ist als in solchen in Mehrheitsbesitz des Staates, macht die Abwägung der kollidierenden Grundrechtspositionen mit denen der Arbeitgeberseite nach Maßgabe des konkreten Einzelfalls notwendig. Dazu muss es aber nur kommen, wenn der Fall durch Anwendung einfachen Arbeitsrechts nicht entschieden werden kann, indem Kollisionen zwischen Recht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit Recht ihrer Arbeitgeber auf dieser Ebene durch praktische Konkordanz gelöst werden.

Gegenüber der bisherigen Auslegung und Anwendung einfachen Rechts in der Entscheidungspraxis der Arbeitsgerichte sind im Wesentlichen die beiderseitigen Grundrechte, nicht zuletzt die der Arbeitnehmer auch in Verfahren mit Bezug zur Umstrukturierung zugrunde zu legen und abzuwägen.

D. Zusammenfassung des Vierten Abschnitts

I. Überblick

Der Vierte Abschnitt hat Umstrukturierungen von Unternehmen und Betrieben zum Gegenstand, die mit Privatisierungen verbunden sind. Auch hier geht es um Grundrechte der dort beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Unterschieden wird dabei zwischen Eingriffen in Arbeitnehmergrundrechte durch oder aufgrund Gesetzes (A.) und solchen durch das bislang lediglich formell privatisierte Unternehmen selbst (B.).

Eingriffe der öffentlichen Hand, vor allem durch den Gesetzgeber, können zeit- und unternehmensübergreifend geschehen. Der Gesetzgeber ist nicht an Unternehmensgrenzen gebunden. So dauerte die mit Privatisierung verbundenen Umstrukturierung der Hamburger städtischen Krankenhäuser insgesamt zwölf Jahre und bezog mehrere Unternehmen ein, um den Zweck des Gesetzgebers, die materielle Privatisierung auf einen privatwirtschaftlichen Krankenhauskonzern, zu erreichen. Die Grundrechtsbetrachtung des BVerfG steht dementsprechend ebenfalls in einem unternehmensübergreifenden Kontext.

1134 BVerfGE 50, S. 290 (340f.). Vgl. zum vorenthaltenen Rückkehrrecht in ein Arbeitsverhältnis zur Hansestadt durch gesetzlich bewirkte Privatisierung der hamburgischen städtischen Krankenhäuser, dem Outsourcing der Reinigungs-GmbH und der dadurch entstandenen Verletzung der Grundrechte der zur Reinigungs-GmbH ausgegliederten Arbeitnehmerinnen aus Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 GG oben A.II.

Das im öffentlichen Mehrheitsbesitz stehende gemischtwirtschaftliche Unternehmen kann zwar nur in privater Rechtsform handeln, aber auch in dieser Rechtsform in Arbeitnehmergrundrechte eingreifen. Grundrechtseingriffe können insbesondere einseitige, belastende Maßnahmen des Arbeitgebers sein (Ausübung des Weisungsrechts, Zuordnung, Kündigung, Versetzung, Abmahnung, Abgruppierungen usw.).

Jedenfalls bei solchen Maßnahmen ist das gemischtwirtschaftliche Unternehmen als Arbeitgeber unmittelbar an Grundrechte auch der bei ihm Beschäftigten gebunden – nicht anders als bei sonstigen Maßnahmen und Rechtsgeschäften einschließlich erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit. Wird mehrheitlicher Anteilsbesitz der öffentlichen Hand an dem formell privatisierten Unternehmen durch Veräußerung Minderheitsbesitz, schlägt die unmittelbare Grundrechtsbindung in Grundrechtsberechtigung um.

II. Grundrechtseingriffe des Gesetzgebers

In Grundrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus Art. 3 Abs. 1 und 2 GG greift der Gesetzgeber in einem langjährigen Prozess der Umstrukturierung und Privatisierung der Hamburger städtischen Krankenhäuser ein. Die Vergleichspaare für die Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG werden zeit- und unternehmensübergreifend gebildet. Für die Verletzung des Grundrechts der betroffenen Arbeitnehmerin ist maßgebend, dass die Maßnahmen zugleich in ihre Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG eingreifen. Denn eine „Ausweichoption“, mit der sie sich keinem nennenswerten rechtlichen oder wirtschaftlichen Risiko ausgesetzt hätte, hatte sie nicht. Dies verstärkte das Gewicht der Ungleichbehandlung so weit, dass das Grundrecht des Art. 3 Abs. 1 GG verletzt war.

Im Vergleich der Arbeitsbedingungen der Beschäftigten des Unternehmens LBK gegenüber denen der Beschäftigten der Reinigungs-GmbH C, auf die das Arbeitsverhältnis der Klägerin des Ausgangsverfahrens gemäß § 613a BGB übergegangen war, lag eine geschlechtsspezifische Diskriminierung darin, dass der Klägerin, anders als den Beschäftigten des LBK Hamburg, ein Rückkehrrecht vorenthalten worden war, weil sie dem LBK aufgrund des fünf Jahre zuvor stattgefundenen Betriebsübergangs nicht mehr angehörte.

Der Anteil an weiblichen Beschäftigten in der Reinigung GmbH C war signifikant höher als im LBK GmbH (ca. 93 Prozent versus ca. 69 Prozent). Dieser unterschiedliche Anteil löse, so das BVerfG, damit genau die Gefahr einer mittelbaren Diskriminierung aus, der Art. 3 Abs. 2 GG begeben will.

Besonders ins Gewicht fällt die zeit- und unternehmensübergreifende Gleichheitsbetrachtung zu Art. 3 Abs. 1 und 2 GG gegenüber diesen Eingriffen. Sie dürfte in bestimmten Konstellationen¹¹³⁵ auch für Maßnahmen der mittelbaren Diskriminierung durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen einschlägig sein. Ansonsten bleibt es für die Gleichheitsgrundrechte, an die gemischtwirtschaftliche Unternehmen unmittelbar gebunden sind, bei der Beschränkung auf ihren Zuständigkeitsbereich. Nach der Rechtsprechung des EuGH bedeutet dies für die Gleichstellung von Männern und Frauen im Erwerbsleben (Art. 157 AEUV), dass die Ungleichbehandlung auf „ein und dieselbe Quelle zurückführbar“ sein muss.¹¹³⁶

Ging es im Fall der Hamburger städtischen Krankenhäuser um die gleichheitswidrige und geschlechtsdiskriminierende Vorenthaltung eines Rückkehrrechts in ein Arbeitsverhältnis zur Hansestadt im Verlauf der Privatisierung auf die Asklepios GmbH, so betraf das Klageverfahren nichtwissenschaftlicher Beschäftigter der hessischen Universitätskliniken Gießen und Marburg gegen das Land ein nicht vorgesehenes Widerspruchsrecht bei der Umstrukturierung im Wege des Gesetzes mit dem Ziel der Privatisierung auf die Rhön AG.

Das BVerfG stellte fest, Art. 12 GG sei verletzt, weil den Klägerinnen und Klägern ohne ihr Einverständnis der von ihnen gewählte Vertragspartner entzogen worden sei. Über das Risiko einer betriebsbedingten Kündigung bei Widerspruch gegen den Betriebsinhaberwechsel solle der Arbeitnehmer selbst entscheiden – auch wenn mit einem Widerspruchsrecht die Privatisierung möglicherweise nicht so reibungslos vonstattengehe wie ohne dasselbe. Jedenfalls seien Patientenversorgung und medizinische Forschung durch das Widerspruchsrecht nicht gefährdet. Auch in diesem Fall hat das BVerfG den Gesamtprozess der Privatisierung als einheitlich geplanten, zeitlich gestreckten und unternehmensübergreifenden reflektiert. Eingegriffen hat auch hier das Landesgesetz.

III. Grundrechtseingriffe des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens

Unter B. werden Eingriffe in Grundrechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, d.h. solchen in Anteilsmehrheit der öffentlichen Hand, erörtert. Dabei wird die Fraport-Recht-

¹¹³⁵ Vgl. Viertes Abschnitt, B.I.2.b)ee) sowie ff)(1)–(3).

¹¹³⁶ Das kann der Fall bei gesetzlichen oder behördlichen Regelungen sein, uU auch in Regelungen eines TV.

sprechung des BVerfG fortgeführt. Diese hatte Grundrechte von Bürgern aus Art. 8 und 5 GG in Räumen der Fraport AG auf der „Landseite“ zum Gegenstand. Die Fraport AG war mehrheitlich im Anteilsbesitz der öffentlichen Hände.

Was für die Grundrechte von Bürgern im räumlichen und Herrschaftsbereich des Unternehmens, zumal als „öffentlichem Raum“, gilt, muss auch für die Grundrechte dort beschäftigter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelten, namentlich für die Grundrechte aus Art. 3 und 12 GG, aber auch für die übrigen, wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 4, 5, 6, 8 und 9 usw. GG.

Eingriffe in Arbeitnehmergrundrechte der Beschäftigten des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens kommen insbesondere bei einseitigen Maßnahmen des Arbeitgebers in Betracht, ähnlich dem Hausverbot in dem Fall, der dem Urteil des BVerfG in Sachen Fraport zugrunde lag – wobei die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers im Vergleich zur persönlichen Lage der „Aktivistin“, die die Landseite des Fraport nur zur vorübergehenden Ausübung ihrer Grundrechte aus Art. 8 und 5 GG aufgesucht hatte, permanent besteht und wesentlich tiefer geht.

Eingriffe in Grundrechte beschränken sich auch in solchen Fällen auf die „Einflussphäre“ des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens. Jedenfalls für die unmittelbar geltenden Rechte aus Art. 157 AEUV sowie die Grundrechte der Art. 3 Abs. 1 und 2 GG sind die sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergebenden, notwendigen Zurechnungen zu „ein und derselben Quelle“ zu beachten – dies sind Ungleichbehandlungen bzw. Diskriminierungen, die auf Handlungen des Gesetzgebers oder von Behörden bzw. auf Tarifverträgen sowie auf allen Verträgen zwischen Privatpersonen beruhen.¹¹³⁷ Dies gilt auch für staatlich veranlasste Umstrukturierungsmaßnahmen, die die Grenzen des Unternehmens und Betriebs tangieren, zumeist verkleinern.¹¹³⁸

Auch in dieser Konstellation und mit diesen Beschränkungen sind eine Fülle typischer Konstellationen der Umstrukturierung und der damit verbundenen Privatisierung denkbar, die auch zu grundrechtlich problematischen Aspekten vor allem aufgrund von Art. 3 und 12 GG führen können.

1137 Vgl. hierzu erneut EuGH vom 17.9.2002 – C 320/00, Lawrence, BB 2002, S. 2126 m. Anm. *Schlachter*, vom 13.1.2004 – C 256/01, Allonby, NZA 2004, S. 201; *Colneric*, Entgeltgleichheit und Outsourcing. Die Urteile Lawrence und Allonby des EuGH, Festschrift für Wißmann, 2005, S. 535 (541f.). *Colneric* und *Schlachter* verweisen darauf, dass der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen auch Maßnahmen der Konzernleitungsmacht, die diese Ungleichheiten bewirkten, für auf „ein und dieselbe Quelle“ rückführbar hielt. Der EuGH hat dies nicht aufgegriffen.

1138 Vgl. Vierter Abschnitt, B.I.2.b)ee) und ff).

Fünfter Abschnitt: Alternativen

A. Rückblick auf den Ersten bis Vierten Abschnitt

Die vorangegangenen Abschnitte haben die Stellung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis als dessen Subjekt oder Objekt sowie die Geltung und Wirksamkeit von Arbeitsrecht in der Umstrukturierung erörtert. Dies waren erkenntnisleitende Gesichtspunkte.

Dafür wurden zum einen praxisrelevante Konstellationen der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen zugrunde gelegt (Erster, Zweiter und Vierter Abschnitt); zum anderen ging es um das dabei einschlägige Recht – vor allem einfaches Arbeitsrecht (im Zweiten Abschnitt), Primär- und Sekundärrecht der Union (Dritter Abschnitt, B.) und Grundrechte der Parteien des Arbeitsverhältnisses (Dritter Abschnitt, C. und D.). Faktische Grundlagen der rechtlichen Erörterungen, ihre Prüfungsgegenstände bzw. „Tatbestände“, waren die Beschreibung verbreiteter Elemente der unternehmerischen Praxis der Umstrukturierung sowie die Paraphrase dazu ergangener Rechtsprechung (Erster und Zweiter Abschnitt).

Dabei ergab sich ganz überwiegend eine Objektstellung des einzelnen Arbeitnehmers in der Umstrukturierung. Er ist darin potenziell wie aktuell diversen, zum Teil rechtlich fundierten Maßnahmen des Arbeitgebers zu seinem Nachteil ausgesetzt, denen gegenüber er als Einzelner kaum individualrechtliche Handlungsoptionen hat, die Erfolg versprechen. Insoweit kann auch keine Rede von Wirksamkeit der Vertragsfreiheit beider Parteien des Arbeitsverhältnisses sein. In der Umstrukturierung betätigt grundsätzlich allein der Arbeitgeber seine individuelle Vertragsfreiheit.

Die Rationalisierungszwecke von Umstrukturierungen führen zum einen zur „Verbilligung“ der Arbeitskraft bei Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses, zum anderen zum Personalabbau. Der wird realisiert durch Eigenkündigung, Aufhebungsverträge, Ablauf und Nichtverlängerung von Fristverträgen, Einstellungsstopp, Abbau von Leiharbeit, „Freiwilligenprogramme“ und ähnliche Formen des Personaleinsatzes. Die Unüberprüfbarkeit der betriebsbedingten Kündigung im Kündigungsschutzprozess (Kündigung als „strategische Reserve“) ist der wirksamste rechtliche Schutz zur Absicherung der jeweiligen Maßnahme gegen ihre Infragestellung durch die davon betroffenen Arbeitnehmer. Sie hat Vorwirkungen, bevor es zur Klage kommt.

Abschließend sind einige Alternativen zu diesen Zuständen der bloß schwachen Geltung und Wirksamkeit von Arbeitsrecht zugunsten des einzelnen Arbeitnehmers zu skizzieren. Das kollektive Arbeitsrecht, Tarifvertragsrecht und Tarifverträge, die Mitbestimmung, vor allem die betriebliche im BetrVG, sind hier nur am Rande behandelt worden, weil es bevorzugt um Ausprägung individueller Vertragsfreiheit im Arbeitsverhältnis und um die seiner Parteien als Subjekt bzw. Objekt ging. Alternativen zur Stärkung der Position der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch wenigstens teilweise Aufhebung ihrer Objektstellung können überwiegend im kollektiven Arbeitsrecht begründet sein.

B. Regelungsformen, -inhalte und -verfahren

I. Forderungen an den Gesetzgeber?

Alternativen müssten die Erhaltung und Stärkung der kollektiven Arbeitsbedingungen der von Umstrukturierungen und Privatisierungen aktuell oder potenziell betroffenen Beschäftigten zum Inhalt haben. Nach 45 Jahren permanenter, einander zum Teil überholender Umstrukturierungen und den zahllosen, grundlegenden betrieblichen und unternehmerischen Änderungsprozessen aufgrund von Umstrukturierungen,¹¹³⁹ ist es Zeit für eine Reform des BetrVG, die diesen Namen verdient und Rechte der Betriebsräte gegenüber den strukturellen Problemen aufgrund unternehmerischen Handelns im Betrieb bei Umstrukturierungen erheblich stärkt, und zwar sowohl ihre Beteiligungs-, als auch ihre Selbstorganisationsrechte. Auch sind die Arbeitsmärkte 2021 der 27 Mitgliedstaaten der EU völlig andere als die der Bundesrepublik Deutschland 1972. Damit sind auch die Arbeitsbedingungen fast 50 Jahre später völlig andere als seinerzeit.

Gleichwohl sind die Erwartungen an die praktische Realisierbarkeit von Aspekten, die diese grundlegenden Veränderungen widerspiegeln, nach den in den letzten Jahrzehnten gemachten Erfahrungen gering. Schon die Reform des BetrVG 2001 ist den rasanten Veränderungen der Arbeitsbeziehungen gegenüber der Reform des BetrVG 1972 nicht gerecht geworden,¹¹⁴⁰ immerhin hatten die erweiterten Regelungsmöglichkeiten einer Betriebsverfassung durch Kollektivvertrag (§ 3 BetrVG) trotz aller Schranken einige positive Wirkungen. Weitere substanzielle Änderungen sind kaum zu erwarten. Ein erster, pauscha-

1139 Vgl. oben Erster Abschnitt, A.V.

1140 Aktuelle, weitergehende Reformvorstellungen zum BetrVG, insbesondere zu § 3 BetrVG, bei *Klebe*, AuR 2020, S. 169; *Däubler/Kittner*, Geschichte der Betriebsverfassung, 2020, §§ 37–41.

ler Blick auf das Betriebsrätemodernisierungsgesetz vom 18. Juni 2021 bestätigt diese Einschätzung.

Auf einen „gnädigen Gesetzgeber“ war nach 1972 nicht mehr zu hoffen, auch in den Zeiten der rot-grünen Koalition 1998-2005 nicht. Künftig wird auf ihn ebenso wenig zu zählen sein. – Es sei denn, eine von breiteren Teilen der abhängig Beschäftigten und ihren Gewerkschaften gestützte Reformbewegung träte für diese Ziele längerfristig und nachhaltig ein. Jedenfalls gab es 2001 eine solche Bewegung nicht.¹¹⁴¹

II. Autonomes Recht aufgrund von Selbsthilfe durch Kollektivverträge (Betriebsvereinbarungen; Tarifverträge)

Traditionelle Handlungsform der Gewerkschaften und Betriebsräte ist die Selbsthilfe durch Kollektivvertrag. Ermächtigungsgrundlagen zum Abschluss von Kollektivverträgen zu einer autonomen Betriebsverfassung sind § 1 TVG und der – nach wie vor viel zu eng gefasste – § 3 BetrVG. Bleibt der Gesetzgeber gegenüber drängenden sozialen Problemen, die aus der Umstrukturierung entstehen, untätig, bleibt zur Wahrung der Interessen ohnehin kein anderer Weg als kollektivrechtliche „Selbsthilfe“ in Tarifverträgen (dazu unten D.) und Betriebsvereinbarungen.

III. Rechtsargumentation vor Arbeitsgerichten

Neben einem wenig hilfreichen Gesetzgeber und überkommenen, oft wesentlich effektiveren autonomen Handlungsformen von Betriebsräten und Gewerkschaften kommt als gleichsam tägliche Handlungsform die Anrufung der Arbeitsgerichtsbarkeit, üblicherweise in Verfahren des individuellen, gelegentlich solchen des kollektiven Arbeitsrechts und als Kläger, in Betracht („Rechtsargumentation“). Der Kläger bestimmt den Streitgegenstand und hat die Darlegungslast, der beklagte Arbeitgeber kann von seinem „first-mover-Vorteil“

1141 Vgl. den Gesetzentwurf des DGB des Jahres 1998: *DGB Bundesvorstand* (Hrsg.), Novellierungsvorschläge des DGB zum Betriebsverfassungsgesetz 1972; vgl. dazu u.a. die Stellungnahme von *Richardi*, NZA 2000, S. 161; besonders kritisch sah *Richardi* den typologisch gefassten Betriebsbegriff, a.a.O., S. 163: „...eher gelingt es, einen Pudding an die Wand zu nageln, als der typologischen Rechtsfindung Kriterien zu entnehmen, die eine eindeutige Festlegung ermöglichen.“ Ähnlich wird dies hier mit Bezug auf andere Kontexte gesehen; vgl. u.a. oben Zweiter Abschnitt, C.VI.2. Den ernüchternden Verlauf der Reformdiskussion um das BetrVG ab 1998 schildern *Däubler/Kittner*, a.a.O., S. 450ff.; vgl. auch *DKW-Trümmer*, 17. Aufl. 2020, § 1 Rn. 44ff.; weitergehende – und ebenfalls erfolglose – Vorschläge von *Burghardt u.a.*, AuR 2000, S. 205.

profitieren.¹¹⁴² Die Rechtsprechung entscheidet den konkreten Einzelfall. Selten hat sie erga-omnes-Wirkung (z.B. §§ 9 TVG, 97 Abs. 3, 98 Abs. 4 ArbGG). Jedenfalls ist sie „Rechtserkenntnisquelle“ für vergleichbare Fälle, wenn auch nicht Rechtsquelle. Das ändert nichts an ihren die sozialen Beziehungen nachhaltig und konkret strukturierenden Wirkungen – eben: durch ihre „quasi-Präjudizialität“ in ähnlichen Fällen. Insbesondere gilt dies für die höchstrichterliche Rechtsprechung.

Fallorientierung, Bindung an die Klageanträge und Entscheidungszwang der Gerichte bewirken oft, dass die ergangene Rechtsprechung nicht „passgenau“ für die anstehenden Probleme ist. Allerdings: Auch wo höchstrichterliche Rechtsprechung nicht gilt, ist sie allemal für „ähnliche“ Fälle wirksam.

Die Diskussion der Umstrukturierungsprozesse in den vorangegangenen Abschnitten hat gezeigt, dass auch Rechtsprechung Interessen und Rechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern allenfalls hier und da gestärkt hat. Jedoch ist die Rechtsprechung offen für ihre kritische Rezeption. Dies soll am Beispiel der Rechtsprechung zu einem grundlegenden Institut des Arbeitsrechts diskutiert werden – am Begriff des Betriebs. Strukturbestimmend ist dieser Begriff auch für die Umstrukturierung.

Dem von der Rechtsprechung des BAG bloß gesetzten, „einförmigen“ Betriebsbegriff soll ein normativ gestützter und differenzierter konfrontiert werden:

C. Insbesondere Rechtsargumentation: Alternativen zu Betriebsbegriffen der Rechtsprechung

I. Betriebsbegriff im Spiegel der Rechtsprechung und des Schrifttums

Die Praxis der Umstrukturierung von Betrieben und Unternehmen legt die Begriffe „Betrieb und Unternehmen“ in den ihnen von der Rechtsprechung des BAG und dem überwiegenden Schrifttum gegebenen Fassungen zugrunde. So ist bislang auch hier verfahren worden.

¹¹⁴² Vgl. oben Zweiter Abschnitt, C.VI.1.b).

Nun ist der Betriebsbegriff zu diskutieren. Der Begriff spielt „an diversen Stellen eine bedeutsame, wenn nicht sogar die entscheidende Rolle“.¹¹⁴³ Er ist Grundbegriff des Arbeitsrechts, der Betrieb ist eine seiner Grundlagen. Der Inhalt des Betriebsbegriffs kann erhebliche Implikationen für Umstrukturierungen haben.

1. Allgemeiner Betriebsbegriff und spezielle Betriebsbegriffe

Rechtsprechung und Schrifttum unterscheiden einen allgemeinen Betriebsbegriff und spezielle Betriebsbegriffe nach Maßgabe der Zwecksetzungen und Inhalte einzelner Gesetze.¹¹⁴⁴ Diese haben wie auch sonst bei Spezialität Vorrang vor jenem. Besondere, normativ gestützte Betriebsbegriffe legen – für ihren jeweiligen Anwendungsbereich – im europäischen Arbeitsrecht bei Massenentlassung den Begriff der ME-RL, bei Betriebsübergang den der BÜ-RL zugrunde, im deutschen Arbeitsrecht im Fall von Kündigung einen solchen des KSchG und für die Betriebsverfassung den des BetrVG. Ob der allgemeine Betriebsbegriff noch einen Anwendungsbereich hat, ist danach offen. Soweit etwa der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im Betrieb gilt, könnte ein allgemeiner Betriebsbegriff einschlägig sein. Jedenfalls ist aber etwa bei Massenentlassung neben dem besonderen Begriff des Betriebs nach der ME-RL ein Anwendungsbereich des allgemeinen Begriffs nicht erkennbar. Dies gilt auch für weitere besondere Betriebsbegriffe.

Für den Inhalt eines allgemeinen Begriffs des Betriebs soll es nach langjähriger Rechtsprechung des BAG zwar darauf ankommen, ob der institutionelle Leitungsapparat, der Kern der Arbeitgeberfunktionen in den sozialen und personalen Angelegenheiten, betroffen ist – etwa von einer Umstrukturierung. Über einen Betriebsübergang entscheidet nach der BÜ-RL aber, ob die wirtschaftliche Einheit beim neuen Betriebsinhaber ihre Identität bewahrt. Mit dem Leitungsapparat des allgemeinen Betriebsbegriffs hat dies nichts gemeinsam.¹¹⁴⁵

Nicht anders als bei den Betriebsbegriffen sind besondere Unternehmensbegriffe nach Sinn und Zweck des jeweils einschlägigen Gesetzes zu bestimmen.

Der Betriebsbegriff im Arbeitsrecht hat, die Betriebsbegriffe haben zunächst im Schrifttum, danach vor allem in der Rechtsprechung des BAG eine lange, diskontinuierliche Entwicklung erfahren. Diese soll skizziert werden:

1143 Joast, Anmerkung zu BAG v. 28.10.2010 – 2AZR 392/08, AP Nr. 48 zu § 23 KSchG 1969; Hueck, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band, 6. Aufl. 1959, § 16 I, mit der Skizze von Bereichen, in denen der Betrieb „von größter Wichtigkeit“ ist; vgl. auch Deinert u.a., Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2019, § 4 Rn. 31ff. mit Übersicht über den Betriebs- und Unternehmensbegriff in Mitbestimmungsgesetzen, im KSchG, in anderen arbeitsrechtlichen Gesetzen und im Sozialversicherungsrecht; Preis/Peramoto, 100 Jahre betriebsverfassungsrechtlicher Betriebsbegriff, in: Gräfl u.a. (Hrsg.), 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 571.

1144 Schaub-Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 17 Rn. 1f.

1145 Schaub-Linck, a.a.O., Rn. 2.

2. Jacobis Betriebs- und Unternehmensbegriff; Begrifflichkeiten der Praxis

a) Jacobis Definition

Die Diskussion um den Betriebsbegriff begann nicht in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung, sondern 1926 mit einem Beitrag Jacobis in der Festschrift für Ehrenberg.¹¹⁴⁶

Betrieb sei die „Vereinigung von persönlichen, sächlichen und immateriellen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines von einem oder von mehreren Rechtssubjekten gemeinsam gesetzten technischen Zwecks.“¹¹⁴⁷ Später hat Alfred Hueck diesen Betriebsbegriff um die „organisatorische Einheit“ ergänzt.¹¹⁴⁸ Komplementärbegriff Jacobis war der des Unternehmens, bei dem es nicht um den technischen, sondern um den wirtschaftlichen Zweck gehen sollte.

Jacobis Definitionen galten nur einem allgemeinen Begriff, nicht besonderen für einzelne Rechtsgebiete. Auch beanspruchten sie keine subsumtionsfähigen Allgemeinbegriffe für die Entscheidung von Streitfällen zu sein, sondern sollten ausschließlich der wissenschaftlichen Systematisierung und Begriffsbildung dienen.¹¹⁴⁹

b) Betrieb und Unternehmen in der Rechtsanwendung

Dementsprechend werden die Begriffsbestimmungen Jacobis zwar immer noch zitiert, subsumiert wird unter andere: Für den Betriebsbegriff in der praktischen Rechtsanwendung spielt der „technische Zweck“ im Sinne Jacobis keine Rolle. Der Rechtsprechung, insbesondere der des BAG, kommt es allein auf die Leitungsmacht in personellen und sozialen Angelegenheiten des BetrVG, auf eine institutionalisierte Leitung bzw. einen „Leitungsapparat“¹¹⁵⁰ an. Dazu ist in Jacobis Begriffsbildung nichts zu lesen.

1146 *Jacobis*, Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, 1926, auch in Festschrift für Victor Ehrenberg, 1929, S. 1ff.

1147 *Jacobis*, a.a.O., S. 9; vgl. auch die Darstellung bei *Richardi*, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 1 Rn. 16ff.; a.a.O., Rn. 18 zu Jacobis Unternehmensbegriff. Sinngemäßes Zitat bei BAG vom 19.7.2016 – 2 AZR 468/15, NZA 2016, S. 1196, Rn. 12. Zur Vorgeschichte des Betriebsbegriffs vor Jacobis Publikation vgl. *Joost*, a.a.O., S. 13ff.

1148 *Hueck, Alfred*, in: *Hueck-Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band, 6. Aufl. 1959, S. 80ff., unter Berufung auf die Beratungen im Arbeitsrechtsausschuss der Akademie für Deutsches Recht; vgl. auch *Preis/Peramoto*, a.a.O., S. 573.

1149 In *diesem Sinne Joost*, a.a.O., S. 48ff.

1150 Zusammenfassend bei *Schaub-Linck*, a.a.O., § 17 Rn. 1ff. zum Betriebsbegriff des Arbeitsrechts im Allgemeinen; *Schaub-Koch*, a.a.O., § 211 Rn. 2; zum Betriebsbegriff des BetrVG. Zur Entwicklung der Rechtsprechung des BAG vgl. ausführlich unten B. I. 3. und B. II.

Ähnlich beim Unternehmensbegriff: Nicht auf die wirtschaftlichen bzw. ideellen Zwecke im Sinne der Definition Jacobis kommt es an; Unternehmensbezug soll stattdessen „Arbeitgeberbezug“ sein, das Verhältnis zum Vertragsarbeitgeber betreffen.¹¹⁵¹ Als Rechtsträger sei das Unternehmen, das Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt, schließlich deren Arbeitgeber.¹¹⁵² Auch dieser Aspekt findet sich in Jacobis Unternehmensdefinition nicht.

Relevant sein soll Arbeitgeberbezug z.B. für den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, der in diesem Sinne also (auch) unternehmensweit gelten soll.¹¹⁵³ Nach Kündigung soll Anspruch auf Weiterbeschäftigung auf einem freien oder demnächst freiwerdenden Arbeitsplatz u.a. im Unternehmen bestehen; geschlossen wird dies aus § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 1b) KSchG.¹¹⁵⁴

Ähnlich wie beim arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz habe „unabhängig von der dogmatischen Ableitung die Prüfung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten letztlich nicht betriebs- oder unternehmensbezogen, sondern ‚arbeitgeberbezogen‘ zu erfolgen“;¹¹⁵⁵ zum Arbeitgeber „... synonym in diesem Zusammenhang: das Unternehmen oder die Gesellschaft.“¹¹⁵⁶

Der Unternehmensbegriff ist auch betriebsverfassungsrechtlich relevant – der Gesamtbetriebsrat ist für das Unternehmen zu bilden, was dort besagen soll nach Maßgabe der „rechtlichen Identität des betreibenden Unternehmers.“¹¹⁵⁷

c) Normativ gestützte Betriebsbegriffe als Alternative

Im Folgenden geht es nicht um den bzw. um die Unternehmens-, sondern nur um Betriebsbegriffe, insbesondere um die des BetrVG und des KSchG.

Betriebsbegriffe sind gesetzlich nicht definiert, sondern von der Rechtsprechung gesetzt, vorausgesetzt. Sie enthalten Anhaltspunkte für ihre immanente systematische und teleologische Interpretation. Damit kommt ihren Bestimmungen durch die Rechtsprechung, insbesondere durch die des BAG, entscheidende Bedeutung zu – nicht anders als zumeist sonst im Arbeitsrecht.

1151 BAG vom 9.6.2016 – 6 AZR 321/15, Rn. 15, ZTR 2016, S. 504; *Schaub-Linck*, a.a.O., § 112 Rn. 11 mwN.

1152 HK-ArbR/Däubler, 4. Aufl. 2017, §§ 611, 611a BGB, Rn. 128.

1153 Am gemeinsamen Vertragsarbeitgeber fehle es im Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen; vgl. *Kreimer*, in: *Küttner*, Personalbuch, 21. Aufl. 2021, Betrieb Rn. 16. Deswegen soll der Gleichbehandlungsgrundsatz dort nicht gelten. Zur unternehmensübergreifenden Geltung des Art. 3 Abs. 1 und 2 GG bei staatlichen Eingriffen vgl. dagegen Vierter Abschnitt, A.II.2. und 3.; B.I.2.b)ee) und ff).

1154 BAG vom 17.5.1984 – 2 AZR 109/83, NZA 1985, S. 489; *KR-Rachor*, 12. Aufl. 2019, § 1 KSchG, Rn. 575f.

1155 *APS-Kiel*, 5. Aufl. 2015, § 1 KSchG, Rn. 548;

1156 *APS-Kiel*, ebd.; diese Synonyme sollen nicht erörtert werden.

1157 *Fitting*, a.a.O., § 47 Rn. 10 mwN.

Der allgemeine Betriebsbegriff wie die besonderen im BetrVG und KSchG haben grundlegende Bedeutungswandel in der Rechtsprechung des BAG erfahren. Deren Nachvollzug soll im Folgenden Grundlage für die Diskussion mehrerer, möglichst weitgehend normativ gestützter, statt bloß gesetzter Betriebsbegriffe sein. Deshalb werden einige Etappen dieses Prozesses skizziert:

3. Positionswechsel der Rechtsprechung des BAG zum Betriebsbegriff

a) Rechtsprechung des BAG zum Betriebsbegriff vor 1982

aa) Der Zweite Senat des BAG 1957 zum Betriebsbegriff der Kleinbetriebsklausel des KSchG im Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen

Gegenstand des ersten Urteils des BAG zum Betriebsbegriff 1957¹¹⁵⁸ war gleich eine Synthese zwischen Betrieb und Unternehmen – der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen, seinerzeit ein nirgends geregelter Sonderfall des Arbeitsrechts. Außerdem ging es in diesem Urteil um die Kleinbetriebsklausel des KSchG, damals § 21 KSchG 1951 (keine Geltung des KSchG bei fünf Arbeitnehmern oder weniger im Betrieb).¹¹⁵⁹ Kern der Urteilsbegründung: Wenn jeder der beteiligten Unternehmer seinen eigenen Betriebszweck unabhängig von dem der anderen verfolge, also keine gemeinsame Betriebsleitung bestehe, blieben die Betriebe selbstständig. Verfolgten die mehreren Unternehmer einen gemeinsamen Betriebszweck und vereinheitlichten die Leitung, könne jedenfalls im Sinne des KSchG nicht mehr von zwei geteilten Betrieben die Rede sein.

Anknüpfend an Jacobis Definition geht es in dieser Entscheidung um die gemeinsame Verfolgung eines arbeitstechnischen Zwecks sowie die Leitung und Organisation des Betriebs durch mehrere Unternehmen gemeinsam.¹¹⁶⁰

1158 BAG vom 4.7.1957 – 2 AZR 86/55, AP Nr. 1 zu § 21 KSchG.

1159 Aus der Urteilsbegründung: Das Gesetz gehe davon aus, dass in Betrieben mit bis zu fünf Arbeitnehmern die persönlichen Beziehungen von Arbeitgeber zu Arbeitnehmern so eng seien, dass das Arbeitsverhältnis frei lösbar sein solle. Diese engen persönlichen Beziehungen entfielen allein durch die Betriebsgröße des Betriebs als solche; vgl. zur Kleinbetriebsklausel des § 23 KSchG die Diskussion der Erwägungen des BVerfG im Dritten Abschnitt.

1160 Die Hinweise des BAG an das LAG nach Zurückverweisung des Rechtsstreits bekräftigen und konkretisieren diese Kriterien.

bb) Beschluss des Ersten Senats des BAG 1963 zu Betrieben und Betriebsteilen i.S. des § 4 BetrVG

Der ausführliche Beschluss des BAG vom 1.2.1963¹¹⁶¹ betraf nicht einen kündigungsschutzrechtlichen, sondern einen betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff. Insbesondere ging es um die Abgrenzung des Betriebs von Betriebsteilen im Sinne des damaligen § 3 BetrVG¹¹⁶² innerhalb des Unternehmens.

Der Erste Senat ging einen anderen Weg als das Urteil des Zweiten Senats von 1957. Zwar erwähnte der Beschluss Jacobis Begriffsbildung noch, erörterte sie aber nicht, sondern nur für die Entscheidung des Falls relevanten „Merkmale.“ Als solche galten dem BAG gänzlich andere als in der Bestimmung durch Jacobi:¹¹⁶³ Das Hauptgewicht liege auf der Organisation. Dabei komme es weniger auf wirtschaftliche als auf arbeitstechnische Zwecke an. Vor allem gehe es um die Effizienz der Betriebsverfassung mit dem Betriebsrat als „berufenem Vertreter der Belegschaft“. Kein Betrieb mit der nötigen Arbeitnehmerzahl solle ohne Betriebsrat bleiben. Daher sei der Betrieb so abzugrenzen, dass er möglichst oberhalb der Grenze der Betriebsratsfähigkeit läge. Die Betriebsratsfähigkeit von Betriebsteilen (§ 3 BetrVG 1952) sei demzufolge eng auszulegen. Überschneidende Zuständigkeiten von Betriebsräten seien zu vermeiden. Es sei ein „möglichst enger Kontakt“ zwischen Betriebsrat und Belegschaft zu fordern.¹¹⁶⁴

Von großer Bedeutung sei eine „lebendige Betriebsgemeinschaft“, eine durch persönliche Zusammenarbeit erworbene Verbundenheit innerhalb der Belegschaft. Die Mitglieder des Betriebsrats müssten die Arbeitsbedingungen möglichst aus eigener Sachkunde beurteilen können. Entscheidend sei auch, wo die Entscheidungen des Arbeitgebers im „Mitbestimmungsraum“ getroffen würden. Es gehe um stabile Verhältnisse und die klare Abgrenzbarkeit des Betriebs.

Das BetrVG stelle für die Bildung des Betriebsrats in erster Linie auf die Arbeitnehmer ab. Der Arbeitgeber war in dieser Entscheidung für den Betriebsbegriff des BetrVG nur insofern relevant, als er als Verhandlungspartner des Betriebsrats auch gewissen internen Bindungen unterliegen, mehrere Betriebe

1161 BAG vom 1.2.1963 – 1 ABR 1/62, AP Nr. 5 zu § 3 BetrVG; mit Vorläuferentscheidung ebenfalls zum damaligen § 3 BetrVG, BAG vom 23.9.1960 – 1 ABR 9/59, AP Nr. 4 zu § 3 BetrVG. Hueck hatte bereits 1959, a.a.O., S. 83f. u.a. auf die technische Leitung und die Verbundenheit durch das Arbeitsverfahren Bezug genommen; vgl. im Übrigen auch *Preis/Peramoto*, a.a.O., S. 573ff.

1162 Jetzt § 4 BetrVG, der für die hier interessierende Problematik dem damaligen § 3 BetrVG sehr ähnlich ist. § 3 BetrVG 1952 lautete: „Nebenbetriebe und Betriebsteile gelten nur dann als selbstständige Betriebe, wenn sie räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt oder durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig sind.“

1163 Vgl. die Zusammenfassung der im Beschluss des Ersten Senats des BAG aufgeführten einzelnen Merkmale von *Joost*, a.a.O., S. 149ff. sowie von *Preis/Peramoto*, a.a.O., S. 575f.

1164 BAG, a.a.O., Bl. 604 R; die Kriterien aus diesem Beschluss greift die Entscheidung des Ersten Senats vom 5.6.1964 – 1 ABR 11/63, AP Nr. 7 zu § 3 BetrVG mit zustimmender Anmerkung *Wiedemann* auf.

haben und – anders als in dem Urteil des Zweiten Senats des BAG – auch mehrere arbeitstechnische Zwecke verfolgen könne.

Das BAG habe hiermit den „anerkennenswerten Versuch (unternommen), am Gesetzeszweck orientierte Wertungsgrundlagen für die Abgrenzung betrieblicher Einheiten aufzuzeigen und damit einem Anliegen zu entsprechen, das im Schrifttum durch die pauschale Anknüpfung an den allgemeinen Betriebsbegriff bei weitem zu kurz gekommen“ sei.¹¹⁶⁵

Der kündigungsschutzrechtliche Betriebsbegriff der Rechtsprechung des BAG von 1957 hatte den arbeitstechnischen Betriebszweck und die Leitung dieses Arbeitsprozesses durch mehrere Unternehmen hervorgehoben. Kern des betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffs der Rechtsprechung des BAG 1963/64 waren ebenfalls arbeitstechnische Zwecke sowie die möglichst enge Kooperation zwischen der Belegschaft und dem Betriebsrat als deren berufenem Vertreter. Vom institutionellen Leitungsapparat ist in dieser Rechtsprechung keine Rede.¹¹⁶⁶ Umgekehrt wird mit Etablierung des Leitungsapparats in der Rechtsprechung des BAG 1982 keine Rede mehr von einer effektiven Betriebsverfassung im Interesse der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sein.

cc) Betriebsbegriff des KSchG und des BetrVG bei zentral gelenkten Verkaufsstellen identisch?

Gegenstand eines weiteren Urteils des Zweiten, des „Kündigungsschutz-Senats“ des BAG war 1971¹¹⁶⁷ der Betriebsbegriff des § 23 KSchG. Der Arbeitgeber betrieb einen Einzelhandel mit zahlreichen Filialen in der ganzen Bundesrepublik. Insgesamt beschäftigte er dort bis zu 300 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Die Klägerin arbeitete in einer Filiale mit nicht mehr als fünf ständig beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Alle Zweigstellen zusammen mit der zentralen Verwaltungsstelle seien aufgrund der zentralen Organisation ein Betrieb, die einzelne Verkaufsstelle nur unselbstständiger Betriebsteil, so das Urteil.

„Immer schon dann, wenn die Leitung des Gesamtbetriebes auch nur das Recht hat, jederzeit unmittelbar in Einzelheiten der arbeitstechnischen Leitung einer Betriebsstätte einzugreifen“, liege ein Betrieb vor.¹¹⁶⁸ Auch in dieser Entscheidung geht es um die arbeitstechnische Leitung, nicht um die Arbeitgeberfunktionen in den personellen und sozialen Angelegenheiten. Dass bei ei-

¹¹⁶⁵ So zutreffend *Joost*, a.a.O., S. 149f.

¹¹⁶⁶ BAG vom 3.2.1965 – 4 AZR 461/63, AP Nr. 11 zu § 4 TVG Geltungsbereich.

¹¹⁶⁷ BAG vom 26.8.1971 – 2 AZR 233/70, AP Nr. 1 zu § 23 KSchG 1969.

¹¹⁶⁸ BAG vom 26.8.1971, a.a.O., Bl. 65 R.

ner Filialstruktur ein einheitlicher Betrieb die zentrale Organisation bzw. Leitung der arbeitstechnische Zwecksetzungen voraussetzt, liegt nahe.

Das Urteil legte sowohl den Betriebsbegriff des § 21 a.F. KSchG als auch den des § 3 a.F. BetrVG aus,¹¹⁶⁹ obwohl in dem Betrieb ein Betriebsrat offenbar nicht bestand, es also auf den betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff nicht ankam.

Telos des § 3 BetrVG¹¹⁷⁰ sei, „dass möglichst viele Arbeitnehmer durch einen gut erreichbaren und mit den persönlichen Verhältnissen vertrauten Betriebsrat betreut werden sollen“. Dieser Gedanke „versage bei Splitterabteilungen“ mit weniger als fünf Beschäftigten. Diese dürften deshalb nach Sinn und Zweck des BetrVG nicht als eigene Betriebe im Sinne des § 3 BetrVG gelten.

Das gesetzgeberische Motiv bei § 23 Abs. 1 KSchG sei dagegen der besondere Schutz für Kleinbetriebe wegen ihrer geringeren Leistungsfähigkeit. Dieser Grund entfalle, wenn derselbe Arbeitgeber zwar Filialen mit nicht mehr als fünf Arbeitnehmern betreibe, in allen Zweigstellen zusammen aber weit mehr Arbeitnehmer beschäftige. Beiden Gesetzen liegen demnach also unterschiedliche Zwecksetzungen zugrunde, die einen gemeinsamen Betriebsbegriff jedenfalls nicht nahelegen.

b) Grundlegend anderer Betriebsbegriff des KSchG und des BetrVG in der Rechtsprechung des BAG ab 1982 – der institutionelle Leitungsapparat

aa) Ein Unternehmen – mehrere Betriebe auf demselben Betriebsgelände; Urteil von 1982

In den 1980er Jahren hat insbesondere der u.a. für formelles Betriebsverfassungsrecht zunächst zuständige Sechste, bald darauf der neu gebildete, seitdem zuständige Siebte Senat des BAG zum Betriebsbegriff gänzlich andere Wege eingeschlagen – in betriebsverfassungsrechtlicher wie in kündigungsschutzrechtlicher Hinsicht.¹¹⁷¹ Die Rechtsprechung des Ersten und Zweiten Senats

1169 BAG, ebd.: Bei räumlich weiter Entfernung fingiere § 3 BetrVG den Betriebsteil als selbstständigen Betrieb. Die Fiktion impliziere, dass auch weit entfernte Betriebsteile als ein Betrieb gelten könnten. § 3 a.F. entspricht nun zum Teil § 4 BetrVG; § 21 a.F. KSchG entspricht jetzt § 23.

1170 § 3 BetrVG ist nun sein § 4.

1171 Aus den 1980er Jahren betreffen u.a. folgende Entscheidungen des BAG den institutionellen Leitungsapparat in kündigungsschutz- oder betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht oder in beidem: BAG vom 23.9.1982 – 6 ABR 42/81, AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG 1972; vom 23.3.1984 – 7 AZR 515/82, NZA 1984, S. 88; vom 13.6.1985 – 2 AZR 452/84, NZA 1986, S. 600, Rn. 35; vom 25.9.1986 – 6 ABR 68/84, NZA 1987, S. 708; vom 14.9.1988 – 7 ABR 10/87, NZA 1989, S. 190; auch vom 18.1.1990 – 2 AZR 355/89, NZA 1990, S. 977; vgl. auch DKW-Trümmer, a.a.O., § 1 Rn. 73, 78.

des BAG aus den 1950er bis 1970er Jahren wurde umstandslos aufgegeben und durch einen andersartigen Ansatz ersetzt. Der Sechste Senat musste dafür nicht den Großen Senat anrufen, war er jetzt doch statt des Ersten bzw. Zweiten zuständig. Jedoch erstaunt das komplette Übergehen der ausführlich begründeten Rechtsprechung des BAG aus früheren Zeiten, ohne zu begründen, warum an dieser Rechtsprechung nicht festgehalten wurde.

In dem Fall, den das BAG 1982 zu entscheiden hatte, ging es um ein Unternehmen, das eine Produktionsstätte mit mehreren tausend Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern auf demselben Gelände betrieb wie die Hauptverwaltung, in der weniger Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer als in der Produktionsstätte beschäftigt waren. Laut BAG waren beide jeweils ein Betrieb desselben Unternehmens, nicht sei der eine Betriebsteil des anderen. Es ging in dieser Entscheidung um den betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff bzw. den des Betriebsteils (§§ 1, 4 BetrVG).

Im Beschluss des BAG heißt es : „Wird von einem einheitlichen Leitungsapparat diese Aufgabe (ie die dem Betrieb obliegt) wahrgenommen, ist regelmäßig vom Vorliegen eines Betriebs i.S. des BetrVG auszugehen; (...) dafür, ob ein einheitlicher Betrieb, oder ob mehrere getrennte Betriebe anzunehmen sind, muss daher in erster Linie auf die Leitungsstruktur abgestellt werden.“¹¹⁷² Für diese entscheidend sei, wo der Kern der Arbeitgeberfunktionen im Bereich der personellen und sozialen Mitbestimmung auszuüben sei. Dort sei auch ein Betriebsrat zu bilden.¹¹⁷³ Räumliche Einheit und Verbundenheit von Belegschaften seien allenfalls „Orientierungshilfen“.¹¹⁷⁴

Diese Begriffsbestimmung, die das BAG seither verwendet, war neu und ebenfalls bloß gesetzt. Nun soll es also weder auf die arbeitstechnische Zweckbestimmung noch auf die zahlreichen weiteren Gesichtspunkte in der bisherigen Rechtsprechung des BAG ankommen, sondern allein auf die Organisationseinheit, die von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird.¹¹⁷⁵

bb) Kündigungsschutz im Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen; Urteil von 1984

Das Urteil des BAG vom 23.3.1984 übernimmt zum Kündigungsschutz im Gemeinschaftsbetrieb die Begriffsbestimmung des BAG zum Leitungsapparat im BetrVG aus dem Beschluss von 1982 im Unternehmen mit mehreren Betrie-

¹¹⁷² BAG vom 23.9.1982 – 6 ABR 42/81, AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG 1972, III.2.a) der Gründe.

¹¹⁷³ BAG, a.a.O., III.2.c) der Gründe.

¹¹⁷⁴ BAG, a.a.O., III.2.d) und e) der Gründe.

¹¹⁷⁵ Vgl. zur Zuständigkeit auf Arbeitgeberseite im Gemeinschaftsbetrieb – Leitungsapparat oder Vertragsarbeitsgeber – näher *Fitting*, a.a.O., § 1 Rn. 146ff.

ben.¹¹⁷⁶ Es geschieht in diesem Urteil also zweierlei: der kündigungsschutzrechtliche Betriebsbegriff wird umstandslos nach dem des BetrVG bestimmt; und was im Unternehmen mit mehreren Betrieben gilt, soll ebenso für den Betrieb mehrerer Unternehmen gelten. Auch dieses wird bloß gesetzt, nicht begründet.

cc) Betriebsverfassung im Unternehmen mit einem Betrieb oder mehreren Betrieben; Urteil von 1986

1986 bezieht die Rechtsprechung des BAG schließlich den Gemeinschaftsbetrieb konstituierenden institutionellen Leitungsapparat vom KSchG zurück auf den betriebsverfassungsrechtlichen Begriff des Unternehmens mit einem bzw. mehreren Betrieben.¹¹⁷⁷

Nach Absolvieren dieser begrifflichen „Scharaden“ in der Rechtsprechung des Sechsten und Siebten Senats verlief die weitere Rechtsprechung zum Betriebsbegriff in groben Zügen wie folgt:

dd) Vom institutionellen Leitungsapparat zur „Leitungsstelle“; Urteil von 1986

Die Rechtsprechung „personalisierte“ – neben geringfügigen Kurskorrekturen zu Elementen des Gemeinschaftsbetriebs – den institutionellen Leitungsapparat. So ist die Rede z.B. vom „Leiter der Vertriebsniederlassung K in Abstimmung mit dem Leiter der Vertriebsverwaltung F“ als Leitungsstelle.¹¹⁷⁸

ee) Irrelevante Vermutungstatbestände des § 1 Abs. 2 BetrVG 2001? Rechtsprechung von 2004

Schließlich handelte auch der Gesetzgeber: Nicht im KSchG, sondern im BetrVG 2001 hat der Betriebsbegriff des Gemeinschaftsbetriebs mehrerer Unternehmen Widerhall gefunden – in den Tatsachenvermutungen des § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BetrVG: Er wird vermutet, wenn die Betriebsmittel sowie die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von den Unternehmen zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke gemeinsam eingesetzt werden (Abs. 2 Nr. 1); oder wenn aufgrund einer Unternehmensspaltung ein Betrieb oder Betriebsteil einem der an der Spaltung beteiligten Unternehmen ohne wesentliche Änderung der Betriebsorganisation zugeordnet wird (Abs. 2 Nr. 2). Die Vermutungen greifen die Rechtsprechung des BAG zu Leitungsapparaten nicht auf, sondern Aspekte konkreter Arbeit (Nr. 1.) und der Betriebsorganisation (Nr. 2.),

1176 BAG, a.a.O., NZA 1984, S. 88, Rn. 28.

1177 Vgl. z.B. BAG vom 25.9.1986 – 6 ABR 68/84, NZA 1987, S. 224.

1178 BAG vom 20.9.1986, a.a.O., Rn. 26. Danach muss im Verfahren auch die vom darlegungspflichtigen Arbeitnehmer oder Betriebsrat zu spezifizierende Leitungsstelle zu substantiieren sein, was die trotz erleichterter Anforderungen oft für den Kläger in der Praxis kaum erfüllbaren Darlegungen zusätzlich erschwert.

anknüpfend an ältere Rechtsprechung. Ungeachtet dessen hält das BAG an seiner Rechtsprechung zum institutionellen Leitungsapparat fest.¹¹⁷⁹

c) Resümee; Schlussfolgerungen

aa) Entwicklung der Rechtsprechung des BAG seit 1982 zum Betriebsbegriff des BetrVG und des KSchG

Die Rechtsprechung des BAG seit 1982 legt einerseits den Betriebsbegriff für den Geltungsbereich des KSchG (§ 23) fest, andererseits den betriebsverfassungsrechtlichen der §§ 1 und 4 BetrVG, und zwar im Einzelbetrieb, im Unternehmen mit mehreren Betrieben und Betriebsteilen sowie im Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen. Ging es zunächst um den Betriebsbegriff gemäß §§ 1, 4 BetrVG als institutionellem Leitungsapparat in Unternehmen mit mehreren Betrieben oder Betriebsteilen,¹¹⁸⁰ erstreckte es diesen alsbald auf den Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen, zunächst für die Anwendung des KSchG, später des BetrVG. Alsbald übertrug die Rechtsprechung des BAG den Leitungsapparat als entscheidendes Kriterium auch auf die Konstellation „ein Betrieb – ein Unternehmen“.

Sie legt den institutionalisierten Leitungsapparat in den personellen und sozialen Angelegenheiten überall zugrunde, mit gleichem oder „im Wesentlichen gleichem“ Inhalt für den Gemeinschaftsbetrieb wie für den Betrieb mit nur einem Arbeitgeber, für den Betrieb bzw. den Betriebsteil im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne wie für den Betrieb gemäß KSchG. Allerdings gilt dies nach der Rechtsprechung des BAG und unstreitig nicht, soweit spezielle Begriffe Vorrang haben, insbesondere die der BÜ-RL und der ME-RL. Deren Betriebsbegriffe sind ebenfalls unstreitig.

Allerdings: Ist die Annahme eines institutionellen Leitungsapparats neben den Vertragsarbeitgebern zur Erfüllung gemeinsamer Zwecke der Unternehmen in einem Gemeinschaftsbetrieb als Leitkriterium nachvollziehbar, ist sein Sinn innerhalb desselben Unternehmens mit einem Betrieb ebenso wenig erkenn-

1179 Ständige Rechtsprechung des BAG; vgl. nur BAG vom 11.2.2004 – 7 ABR 27/03, NZA 2004, S. 618. Ob auf diese Weise das Gesetz ignoriert wird, bleibe offen. Jedenfalls werden die Vermutungstatbestände nicht angewandt.

1180 Seit den Urteilen des BAG vom 23.9.1982 – 6 ABR 42/81, a.a.O., sowie vom 25.9.1986, in dem es um den räumlichen Zusammenschluss zweier Betriebe ein und desselben Unternehmens ging. Zur Leitungsmacht bei Betrieben oder Betriebsteilen innerhalb ein und desselben Unternehmens vgl. z.B. BAG vom 21.6.1995 – 2 AZR 693/94, AP Nr. 16 zu § 1 BetrVG 1972; vom 31.5.2007 – 2 AZR 276/06, NZA 2008, S. 33 sowie vom 7.5.2008 – 7 ABR 15/07, NZA 2009, S. 328.

bar wie für den Betrieb für sich und für mehrere Betriebe bzw. Betriebsteile innerhalb des Unternehmens.¹¹⁸¹

Aus der im Betrieb verrichteten konkreten Arbeit und der Kooperation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer als wesentliches Merkmal des Betriebsbegriffs ist unter der Hand der Leitungs„apparat“ des Arbeitgebers geworden.¹¹⁸² Dieser nun arbeitgeberbezogenen anstelle der früheren arbeits„technischen“ Sicht galt die rechtliche Konstruktion – BGB-Gesellschaft, Leitungs„apparat“, institutioneller Leitungsapparat, „rechtliche“ Vereinbarung, die aus tatsächlichen Verhältnissen geschlossen werden könne – als sekundär. Was einen „Apparat“, gar einen „institutionellen Leitungsapparat“ ausmachen soll, wann eine „rechtliche“ Vereinbarung vorliegt, wann dagegen eine nicht rechtliche, bleibt unklar und undefiniert.

Der Betriebsbegriff des BetrVG in der Rechtsprechung des Ersten Senats des BAG der 1960er Jahre ist dabei ohne jede Begründung aufgegeben worden, nachgerade unter den Tisch gefallen.¹¹⁸³ Die auf den arbeitstechnischen Zweck bezogene Leitung in der älteren Rechtsprechung des Zweiten Senats des BAG spielt seit den 1980er Jahren keine Rolle mehr.

Die „Blickrichtung“ des institutionellen Leitungsapparats beinhaltet nun allein die Arbeitgeberbefugnisse, Aspekte unternehmerischer Herrschaft in den Arbeitsbeziehungen. Nicht mehr geht es um Organisation der zweckgebundenen, konkreten Arbeit im Betrieb bzw. in einer Betriebsorganisation, deren Betriebsverfassung sich an Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Betriebs ausrichtet.

Trümmer resümiert: Das BAG habe „den Betriebsbegriff auf die einfache Formel reduziert: Betrieb = Einheit der Organisation, Einheit der Organisation = einheitlicher Leitungsapparat, einheitlicher Leitungsapparat = Stelle, die die Kernaufgaben in den sozialen und personellen Mitbestimmungsangelegenheiten wahrnimmt“.¹¹⁸⁴

1181 Im Leitungsapparat müsse die Steuerung des Personaleinsatzes und die Nutzung der Betriebsmittel durch alle an ihm beteiligten Unternehmen erfolgen, so BAG vom 20.6.2005 – 7 ABR 57/04, NZA 2005, S. 1248. Die beteiligten Unternehmen müssten sich zur gemeinsamen Führung des Betriebs „rechtlich verbunden“ haben; BAG vom 14.9.1988 – 7 ABR 10/87, NZA 1989, S. 190, Rn. 18. – Was eine solche Verbindung ausmacht, wird nicht mitgeteilt.

1182 DKW-Trümmer, a.a.O., § 1 Rn. 66, 73, 78f. belegt, dass diese Definition des BAG nichts mehr mit der Jacobis zu tun hat.

1183 BAG vom 1.2.1963 – 1 ABR 1/62, a.a.O., sowie vom 5.6.1964 – 1 ABR 11/63 (mit Anm. Wiedemann), beide a.a.O.

1184 DKW-Trümmer, a.a.O., § 1 Rn. 67.

Ein allgemeiner Betriebsbegriff bringt in der ihm durch die Rechtsprechung des BAG seit 1982 gegebenen Fassung als Subjekt des Arbeitsverhältnisses ausschließlich den Arbeitgeber und dessen Interessen zum Ausdruck, sieht dagegen für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Rolle als bloßes Objekt vor.

bb) Insbesondere: unternehmensinterne Umstrukturierung und der Leitungsapparat

Laut neuerer Rechtsprechung des BAG sollen auch unternehmensinterne Umstrukturierungen allein durch – wenngleich nicht explizierte oder konkretisierte – Änderungen am Leitungsapparat bzw. an der Leitungsstelle geschehen – mit u.U. weitreichenden arbeitsrechtlichen Rechtsfolgen, insbesondere im Fall von Betriebsaufspaltungen: Ein Betrieb soll durch sie erlöschen – ähnlich wie das Unternehmen durch Unternehmensaufspaltung.¹¹⁸⁵ Damit verliert das Arbeitsverhältnis seine faktische und rechtliche Grundlage.

Für die Rechtsprechung des BAG kommen also auch für die Bestimmung des Betriebs betriebliche Maßnahmen „bloß auf dem Papier“, vage und kaum wahrnehmbare organisatorische Änderungen am Leitungsapparat und seinen Organigrammen als Betriebsaufspaltung mit weit tragenden Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse in Betracht.

cc) Unterschiede zwischen besonderen Betriebsbegriffen?

Divergenzen zwischen Betriebsbegriffen verschiedener Gesetze werden in Rechtsprechung und Schrifttum nur vage angesprochen.¹¹⁸⁶ So soll z.B. ein allgemeiner Betriebsbegriff „im Wesentlichen“ dem des BetrVG entsprechen.¹¹⁸⁷ Für § 23 KSchG gelte „daher im Wesentlichen“ der Betriebsbegriff des § 1 BetrVG.¹¹⁸⁸ Zuvor hatte das BAG dies schon für den Betrieb im Sinne der §§ 1, 15 und 17 KSchG gesagt.¹¹⁸⁹

Jedoch soll Sinn und Zweck des Betriebsbegriffs des BetrVG die orts- und – nach Rechtsprechung des BAG – arbeitgebernahe Repräsentanz für die Ausübung der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sein. Telos des Betriebs im Sinne des KSchG ist dagegen die Bestimmung des Rahmens, innerhalb dessen den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern Schutz vor ungerechtfertigter Kündigung gewährt wird. Jedoch: Weichen die Geset-

1185 Vgl. z.B. den Ja-Sager/Nein-Sager-Fall des BAG; Erster Abschnitt E.IV.; Zweiter Abschnitt, C.II.5. sowie C.V.4.a).

1186 Fitting, a.a.O., § 1 Rn. 92ff., 165 sowie 220ff.

1187 BAG vom 27.6.2019 – 2 AZR 38/19, Rn 21 mwN.

1188 BAG vom 2.3.2017 – 2 AZR 427/16, NZA 2017, S. 859, Rn. 15.

1189 BAG vom 19.7.2016 – 2 AZR 468/15, NZA 2016, S. 1196, Rn. 12; vom 17.1.2008, a.a.O., Rn. 15.

zwecke derart grundsätzlich voneinander ab, können die Betriebsbegriffe einander kaum entsprechen.

Auch meint das BAG, mangels entgegenstehender Hinweise sei davon auszugehen, dass der Betriebsbegriff im gesamten KSchG einheitlich gebraucht werde.¹¹⁹⁰ Dies kann jedenfalls für den Betriebsbegriff bei Massentlassungen nicht mehr zutreffen. Er bestimmt sich nach der ME-RL, nicht nach §§ 17ff. KSchG.¹¹⁹¹

dd) Von Rechtsprechung des BVerfG abweichende Rechtsprechung des BAG zum Betriebsbegriff

Bei der Diskussion der Rechtsprechung des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel im Vergleich zu der des BAG sind unterschiedliche Akzente der Rechtsprechung des BAG gegenüber der des BVerfG zum Betrieb und zum Betriebsbegriff festgestellt worden:¹¹⁹² Fordert das BVerfG zur Verfassungskonformität des kündigungsschutzrechtlichen Betriebsbegriffs dessen teleologische und beschränkende Auslegung, legt das BAG stattdessen eine typologische und erweiternde zugrunde. Geht die Rechtsprechung des BVerfG von der Alternative zwischen einem wirklichen und einem bloß scheinbaren Kleinbetrieb aus, gilt Letzterer der Rechtsprechung des BAG lediglich als seltene Ausnahme. Liegt der Rechtsprechung des BAG eine scharfe Trennung zwischen Betrieb und Unternehmen zugrunde, ging es dem Beschluss des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel stattdessen darum, in verfassungskonformer Auslegung durch die Fachgerichte klären zu lassen, wann der präzisere Begriff des Unternehmens gegenüber dem des Betriebs durchgreift.

Damit ist festzustellen, dass die Rechtsprechung des BAG zum Betriebsbegriff zum Nachteil der Arbeitnehmerseite von der des BVerfG abweicht, und zwar in mehrfacher Hinsicht. Begründet werden diese Abweichungen nicht.

ee) Zusammenfassende Kritik am allgemeinen Betriebsbegriff

Zusammenfassend heißt es im Schrifttum zum allgemeinen Betriebsbegriff: Der einheitliche Leitungsapparat als Entscheidungszentrum für viele Grundfragen des Arbeitsrechts und Arbeitnehmerschutzrechts, die an den Betrieb gebunden sind, knüpfe bloß an die Struktur des Arbeitgebers an, nicht an die Verbundenheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Nach dieser Rechtsprechung liegt es jedoch allein in der Hand des Arbeitgebers, durch Ver-

1190 BAG vom 19.7.2016, ebd.

1191 Vgl. dazu sogleich sowie *Oetker*, Massentlassung und Betriebsverfassung – Rückblick und Ausblick, in: Gräff u.a. (Hrsg.), 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 557 (565ff.).

1192 Vgl. dazu näher oben, Dritter Abschnitt, D.V.

änderung seiner Entscheidungsstrukturen den Arbeitnehmern gewissermaßen den Boden unter den Füßen wegzuziehen.¹¹⁹³

Der Leitungsapparat wird allein aus Arbeitgebersicht bestimmt. Das wertschöpfende Element in den Arbeitsbeziehungen, die in den Betrieb eingebrachte und betätigte Arbeitskraft, wird durch ein solches Verständnis ausgeblendet. Die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis wird dadurch nicht beschränkt, sondern vertieft. Dies geschieht auch durch die Fassung des Betriebsbegriffs als Typus.¹¹⁹⁴ Betrieb, Betriebsidentität und Leitungsapparat als Typen sind Leerformeln, die die von Umstrukturierungen betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in rechtlicher Hinsicht weitgehend zu Objekten des Handelns des Arbeitgebers machen.

4. Betriebsbegriffe im Schrifttum

Schrifttum zum BetrVG enthält zum Teil umfangreiche Erwägungen zum betriebsverfassungsrechtlichen wie auch zu einem allgemeinen Betriebsbegriff. Dazu benennt es fünf bis sieben Merkmale und gewichtet sie unterschiedlich.¹¹⁹⁵ Entscheidend bleibt dabei stets der institutionelle Leitungsapparat.

Teile des Schrifttums weichen davon ab. So hebt die Position Joosts auf die räumliche Einheit als entscheidendes Merkmal des Betriebsbegriffs bzw. der Betriebsbegriffe des BetrVG ab.¹¹⁹⁶

Weigand vertritt in der Kommentierung des § 17 KSchG zu den Betriebsbegriffen des KSchG ebenfalls einen von der herrschenden Meinung im Schrifttum abweichenden Standpunkt: „Eine organisatorische Einheit setzt eine einheitliche wirtschaftliche und technische Leitung, die räumliche Einheit, das Vorhandensein gemeinsamer Betriebseinrichtungen, die Verbundenheit durch das Arbeitsverfahren und die Identität des Betriebsinhabers voraus.“¹¹⁹⁷ Da-

1193 HK-ArbR/Däubler, a.a.O., Rn. 81ff., DKW-Trümmer, a.a.O., § 1 Rn. 53ff.; Inhalt und Stoßrichtung des Betriebsbegriffs sind auch Ausdruck der allgemeinen Dichotomie einer vom Arbeitnehmerinteresse bestimmten Schutzfunktion des Arbeitsrechts und arbeitsrechtlicher Grundbegriffe einerseits, einer arbeitgeberbezogenen Ordnungsfunktion andererseits; zu dieser Unterscheidung ebenfalls HK-ArbR/Däubler, a.a.O., Rn. 12ff.; DKW-Trümmer, ebd. („belegschaftsbezogene Momente Vorrang vor arbeitgeberbezogenen Momenten“).

1194 Vgl. dazu näher oben Zweiter Abschnitt, C.VI.2.

1195 Vgl. z.B. Richardi, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 1 Rn. 22ff.; GK-BetrVG/Franzen, 11. Aufl. 2018, § 1 Rn. 27ff.; Fitting, 30. Aufl. 2020, § 1 Rn. 88ff.

1196 Joost, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988, S. 232ff., dort vor allem zum Betriebsbegriff des BetrVG. Eine seiner Ausgangsfeststellungen lautet: das BetrVG verwende den Ausdruck Betrieb in vielen unterschiedlichen Regelungszusammenhängen. Joost lehnt, a.a.O., S. 242 ff., die einheitliche Leitung als Abgrenzungskriterium ab und favorisiert stattdessen eine arbeitnehmernahe Repräsentation. Diese setzt räumlichen Zusammenhang voraus.

1197 KR-Weigand, a.a.O., § 17 KSchG, Rn. 31, auch insoweit mwN.

nach geht es Weigand nicht um Arbeitgeberbefugnisse in personellen und sozialen Angelegenheiten, sondern um einheitliche wirtschaftliche und technische Leitung, was den Akzent diametral setzt. Die weiteren, von Weigand genannten Kriterien drücken ebenfalls nicht die Herrschaft des Arbeitgebers aus, sondern legen den konkreten Arbeitsprozess in räumlicher Einheit, in gemeinsamen Betriebseinrichtungen und in Verbundenheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch die Arbeit zugrunde¹¹⁹⁸ – enger als Joost, bei dem es im Ergebnis nur um die räumliche Einheit geht¹¹⁹⁹ – oder weiter, je nachdem, wie man will.

Däubler und Trümner schlagen ebenfalls abweichende Betriebsbegriffe vor, mit einem ähnlichen Merkmalskatalog wie der des BAG 1963¹²⁰⁰ in seinem Beschluss zu (seinerzeit) § 3 BetrVG: Ortsnahe und effektive Interessenvertretung; der Betriebsrat sei nicht nur Verhandlungspartner des Arbeitgebers, sondern auch Repräsentant der Belegschaft; Intensität und Häufigkeit der Kooperation zwischen den Beschäftigten; Arbeit auf demselben Gelände als Indiz; Arbeitszusammenhänge der Beschäftigten; Belegschaftsstruktur und bisherige Praxis.¹²⁰¹ Es könnte sich mit dieser Begrifflichkeit ebenfalls um eine Anlehnung an den Begriff der ME-RL handeln.

5. Betriebsbegriffe in Rechtsquellen europäischen Arbeitsrechts

Die „Identität der wirtschaftlichen Einheit“ (Art. 1 Ziff. 1 Buchst. b BÜ-RL) als „Schlüsselbegriff“ für den Geltungsbereich der BÜ-RL¹²⁰² hat mit Betriebsbegriffen des deutschen Arbeitsrechts wenig gemein,¹²⁰³ insbesondere nicht den

¹¹⁹⁸ Vgl. dazu oben 3.a)bb) sowie die Paraphrase der Merkmale in diesem Beschluss des BAG durch Joost, a.a.O., S. 149f. Im Beschluss des BAG vom 1.2.1963 ist die Effizienz der Betriebsverfassung im Verhältnis zu den Arbeitnehmern entscheidendes Kriterium des Betriebsbegriffs des BetrVG.

¹¹⁹⁹ Joost, a.a.O., S. 238ff.

¹²⁰⁰ Beschluss des Ersten Senats des BAG vom 1.2.1963, übrigens einen Tag nach Ausscheiden Nipperdeys als Präsident des BAG. Nipperdeys Präsidentschaft dauerte vom 12.4.1954 bis 31.1.1963. Sein Nachfolger Müller kam erst am 26.2.1963 ins Amt. Seine Präsidentschaft endete am 31.12.1980. Am 1.2.1963 war Nipperdey also nicht mehr, Müller noch nicht im Amt; zu Nipperdeys Rolle im Arbeitsrecht vgl. Preis, AuR 2016, H. 5, G 12 mwN.

¹²⁰¹ DKW-Trümner, a.a.O., § 1 Rn. 50ff.; HK-ArbR/Däubler, a.a.O., Rn. 81ff. Nach Franzen ist es in Erwiderung auf Däubler und Trümner Sache des Unternehmensträgers, sein Unternehmen so zu organisieren, wie er es für zweckmäßig hält. Das BetrVG könne nur nach Maßgabe der von ihm vorgegebenen Organisation zur Anwendung kommen; GK-BetrVG/Franzen, a.a.O., § 1 Rn. 43. Die Freiheit, das Unternehmen zu organisieren, schließt aber nicht aus, die daraus resultierenden Organisationsformen rechtlich zu bewerten.

¹²⁰² EuArbRK/Winter, RL 2001/23/EG, Art. 1 Rn. 6ff. zur Begriffsgeschichte: die „wirtschaftliche Einheit“ sei gemeinsamer Nenner für die Begriffe Unternehmen (-steil) oder Betrieb (-steil) der RL; Unternehmen und Betrieb für sich spielten in der Praxis „keine wesentliche Rolle“, so Preis/Sagan/Grau/Hartmann, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 15.16 mwN.

¹²⁰³ Vgl. ErfK/Preis, 21. Aufl. 2021, § 613a BGB, Rn. 5ff.; Deinert u.a., Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2019, § 96 Rn. 8ff. (16).

„institutionalisierten Leitungsapparat“. Auch lege der EuGH statt der Begriffe „Betrieb oder Betriebsteil“ gemäß Art. 1 Ziff. 1 Buchst. a RL den der wirtschaftlichen Einheit (Art. 1 Ziff. 1 Buchst. b) zugrunde.

Dem folge das BAG seit 1997.¹²⁰⁴ Es orientiere sich nicht mehr an § 613a BGB, sondern, wie der EuGH, an dem des identitätswahrenden Übergangs einer wirtschaftlichen Einheit gemäß Richtlinie.¹²⁰⁵

Auch der Betriebsbegriff der ME-RL ist ausschließlich unionsrechtlich zu bestimmen.¹²⁰⁶ Für alle im nationalen Massenentlassungsrecht verwendeten Begriffe, also auch für den Betriebsbegriff, seien nur das unionsrechtliche Begriffsverständnis sowie Auslegungsgrundsätze maßgeblich.¹²⁰⁷

Auf zwei Teilgebieten des Arbeitsrechts, die bei Umstrukturierungen von Betrieben und Unternehmen von praktischer Bedeutung sind, gelten zum betrieblichen Geltungsbereich unstreitig allein Begrifflichkeiten der beiden Richtlinien. Deren Begriffsinhalte sind jedenfalls ohne Bezug zu Leitungsapparaten, Leitungsstellen und deren Ausformungen. Nicht anders als sonst gilt daher: Soweit Rechtsbegriffe und Tatbestände des nationalen Arbeitsrechts entgegenstehen, sind sie nicht anzuwenden.¹²⁰⁸

Zum allgemeinen Kündigungsschutz¹²⁰⁹ besteht kein Sekundärrecht, damit auch nicht zu einem kündigungsschutzrechtlichen Betriebsbegriff. Zum Betriebsbegriff bzw. zu den Betriebsbegriffen des BetrVG (§§ 1, 4 BetrVG) enthält europäisches Arbeitsrecht ebenfalls nichts oder so gut wie nichts: Die EBR-RL gilt nicht für Betriebe, sondern für Unternehmen und Unternehmensgruppen.

Die Unterrichts- und Anhörungs-RL 2002/14/EG (UuA-RL) bestimmt in Art. 2 Buchst. b den Betrieb als eine „gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvor-

1204 ErfK/Preis, a.a.O., Rn. 6; Preis/Sagan/Grau/Hartmann, a.a.O., § 15.17, beide mwN.

1205 Vgl. hierzu näher Preis/Sagan/Grau/Hartmann, a.a.O., § 15.36ff.

1206 EuGH vom 7.12.1995 – C 449/93, Rockfon, NZA 1996, S. 471, sowie vom 30.4.2015 – C 80/14, US-DAW und Wilson, NZA 2015, S. 601, Rn. 45; 67. Zur Begriffsentwicklung vgl. Preis/Peramoto, Der Betriebsübergang – Szenen einer gestörten Beziehung zwischen BAG und EuGH, in: Bepler u.a. (Hrsg.), Festschrift Willemsen 2018, S. 359 (363ff.); Oetker, in: Gräfl u.a. (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Betriebsverfassung, a.a.O., S. 565ff.

1207 BAG vom 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, S. 1010, Rn. 32ff.: Soweit der Senat in früheren Entscheidungen auch ein nationales Begriffsverständnis zugrunde gelegt habe, halte er hieran nicht fest; vgl. im Übrigen – abweichend vom Urteil des Sechsten Senats des BAG in Bezug auf die Pflicht zur Vorlage an den EuGH, BAG vom 27.2.2020 – 8 AZR 215/19, in beiden Verfahren war Air Berlin klagt. Vgl. auch EUArbRK/Spelge, a.a.O., RL 98/59/EG, Art. 1 Rn. 20 sowie 58; vgl. auch die allgemeine Darstellung von KR-Weigand, 12. Aufl. 2019, § 17 KSchG, Rn. 31ff.

1208 Vgl. z.B. EuGH vom 17.4.2018 – C 414/16, Egenberger, NZA 2018, S. 569, Rn. 70ff.; hierzu auch BAG vom 25.10.2018 – 8 AZR 501/14, NZA 2019, S. 455, Rn. 32ff., 38 ff.

1209 Vgl. dazu oben Dritter Abschnitt, B.II.1. und 2.; zu Art. 30 GRC vgl. ebd.

schriften und Gepflogenheiten definierte Unternehmenseinheit, (...) in der kontinuierlich unter Einsatz personeller und materieller Ressourcen eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird.“ Zur Konkretisierung soll für das BetrVG auf die von Rechtsprechung und Schrifttum zum Betriebsbegriff nach § 1 BetrVG vertretenen Grundsätze Bezug genommen werden können.¹²¹⁰ Insofern hat diese RL ebenfalls keinen Anwendungsvorrang.

II. Alternativen zum Betriebsbegriff der Rechtsprechung des BAG

Dem von der neueren Rechtsprechung des BAG gesetzten allgemeinen Betriebsbegriff kann aus den unter I. genannten Gründen nicht gefolgt werden.

Überdies sind Grundrechte des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis, auch in Anwendung des Betriebsbegriffs, gegenüber kollidierenden Grundrechten des Arbeitgebers unzureichend ausgestaltet.¹²¹¹

Weitere Defizite dieses allgemeinen Betriebsbegriffs in der Bestimmung durch die Rechtsprechung des BAG, wie fehlende verfassungskonform beschränkende Auslegung des Betriebsbegriffs des § 23 KSchG nach Maßgabe der Rechtsprechung des BVerfG,¹²¹² legen eine erneute Reflexion des Begriffes ebenfalls nahe.

Dabei geht es im Folgenden vor allem um besondere Betriebsbegriffe. Sie stützen sich auf normative Erwägungen. Das könnte die Plausibilität des Begriffs erhöhen, statt den Begriff bloß zu setzen. Soweit ein allgemeiner Betriebsbegriff einen Anwendungsbereich haben sollte, spielt jedenfalls der Betriebsbegriff Jacobis dabei keine Rolle, weil er kein subsumtionsfähiger juristischer Allgemeinbegriff ist. Sein Zitat hilft folglich nicht bei der Falllösung.

Im Einzelnen:

1. Ausstrahlungswirkungen des europäischen auf das deutsche Arbeitsrecht

Über den Anwendungsbereich bei Massenentlassung und Betriebsübergang hinaus entfalten die beiden RL Wirkungen auch für Aspekte der Betriebsbegriff des KSchG und des BetrVG:

1210 Reichold, NZA 2003, S. 289 (292); EUArbRK/Weber, a.a.O., RL 2002/14/EG, Art. 2 Rn. 10ff.

1211 Vgl. dazu Dritter Abschnitt, D.IV.

1212 Vgl. dazu Dritter Abschnitt, C.II. und III.

a) Schluss aus dem Betriebsbegriff der ME-RL auf Betriebsbegriffe des KSchG

Für den Begriff des Betriebs beim Massenentlassungsschutz nach der ME-RL könne nicht auf den Gehalt des Betriebsbegriffs des KSchG oder des BetrVG „abgestellt“ werden. Denn er sei ein Begriff des Unionsrechts und damit losgelöst von den nationalen Begrifflichkeiten auszulegen.¹²¹³ Das trifft zu, schließt aber umgekehrt nicht aus, für den Betriebsbegriff des KSchG auf den der ME-RL abzustellen. Die „autonome Auslegung“ des Art. 1 Abs. 1 ME-RL gegenüber § 17 KSchG¹²¹⁴ sichert insoweit den Anwendungsvorrang des EU-Rechts.¹²¹⁵ Ein Gebot, ein Grundsatz, wonach das nationale Kündigungsschutzrecht dem europäischen Arbeitsrecht gegenüber eine ähnliche Autonomie hat wie dieses jenem gegenüber, besteht nicht. Das nationale Recht ist stets europarechtskonform auszulegen.

Jedenfalls haben die Regelungen zur Massenentlassung in der RL mit denen des KSchG ein gemeinsames Telos – Arbeitnehmerschutz. Anders als bei dem bloß gesetzten institutionalisierten Leitungsapparat, der diesen Schutzgedanken ohnehin nicht zum Ausdruck bringt, besteht für den Betrieb i.S. des allgemeinen Kündigungsschutzes immerhin ein normativer Anknüpfungspunkt – der Betriebsbegriff der ME-RL im Verständnis der Rechtsprechung des EuGH, die ebenfalls auf den von der RL intendierten Arbeitnehmerschutz verweist. Dies legt den systematischen Schluss nahe, dass der Betriebsbegriff der ME-RL auch für den des allgemeinen Kündigungsschutzes gemäß §§ 1 ff. KSchG maßgebend ist.

Dagegen spricht nicht, dass bei Massenentlassung neben Arbeitgebern und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ein weiterer „Akteur“ vorhanden ist – die Agentur für Arbeit. Ihre Einbeziehung, insbesondere durch die Betriebsparteien bei Verhandlungen über Interessenausgleich und Sozialplan, hat in der Praxis keinerlei Bedeutung. Wenn die ME-RL die „sozioökonomischen Folgen von Massenentlassungen im örtlichen Kontext und der dort vorhandenen sozialen Umgebung regelt“,¹²¹⁶ begründet dies die örtliche Zuständigkeit der Agentur für Arbeit, tangiert aber die Erstreckung des Betriebsbegriffs der ME-RL auf den des Kündigungsschutzes im Allgemeinen nicht.

1213 BAG vom 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, S. 1006, Rn. 32 und 49ff.

1214 Dazu näher *Oetker*, in: *Gräßl u.a.* (Hrsg.), 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 557 (565f.); ebenso BAG, ebd.

1215 Hinzuzufügen ist, dass mit der autonomen Auslegung des Betriebsbegriffs der ME-RL auch eine Anknüpfung an den Betriebsbegriff bzw. die Betriebsbegriffe des BetrVG unvereinbar ist; in diesem Sinne zu Recht *Oetker*, a.a.O.

1216 BAG, ebd.

Für § 15 KSchG, der betriebsverfassungsrechtlichen Organen ein höheres Maß an Kündigungsschutz verschafft als den übrigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern des Betriebs, gilt dies Telos der ME-RL zwar auch – § 15 KSchG bezweckt, nicht anders als die ME-RL, Arbeitnehmerschutz. § 15 KSchG ist es aber um den besonderen Schutz für Betriebsratsmitglieder und anderes „Personal“ der Betriebsverfassung aufgrund ihrer exponierten Stellung im Betrieb zu tun. Durch § 15 wird deshalb auch die Institution „Betriebsrat“ geschützt. Hierin liegen im Verhältnis zum allgemeinen Kündigungsschutz besondere Schutzgründe, ein anderes Telos, das einer Ausstrahlung des Betriebsbegriffs der ME-RL zuwiderläuft. Auch soll der Begriff der (stillgelegten) Betriebsabteilung im Sinne des § 15 Abs. 5 KSchG von dem des Betriebsteils in § 4 Abs. 1 BetrVG abweichen.¹²¹⁷ Insoweit können zur Bestimmung des Begriffs der Betriebsabteilung im Fall ihrer Stilllegung unstreitig auch Betriebsbegriffe des BetrVG nicht herangezogen werden.

b) Inhalt des Betriebsbegriffs der §§ 1, 17, 23 KSchG nach Maßgabe von Art. 1 ME-RL

aa) Der besondere kündigungsschutzrechtliche Betriebsbegriff der §§ 1, 17, 23 KSchG nach Maßgabe der ME-RL

Der kündigungsschutzrechtliche Betriebsbegriff hat den Inhalt, den ihm die ständige Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des Betriebsbegriffs der ME-RL gegeben hat: Betrieb im Sinne der ME-RL – und damit auch im Sinne der §§ 1, 17, 23 KSchG – ist die Einheit bzw. der Unternehmensteil, dem der Arbeitnehmer aufgrund der Erfüllung seiner Aufgaben angehört. Die Einheit muss eine gewisse Dauerhaftigkeit und Stabilität haben, zur Erledigung von Aufgaben bestimmt sein und über eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, Betriebsmitteln und Organisationsstrukturen verfügen.

Es kommt weder darauf an, ob die Leitung dieser Einheit selbstständig über die vorzunehmenden Kündigungen entscheiden kann, noch auf Selbstständigkeit in finanzieller, verwaltungsmäßiger oder wirtschaftlicher Hinsicht. Es genügt, wenn eine Betriebsleitung vorhanden ist, die dafür aufkommt, dass die Arbeit ordnungsgemäß ausgeführt wird,¹²¹⁸ wenn die Leitung für die ordnungsgemäße Durchführung der Arbeit sorgt und technische Probleme koordiniert. Räumliche Nähe wie nach § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BetrVG ist nicht erforderlich.

¹²¹⁷ Vgl. näher *KR-Kreft*, 12. Aufl. 2019, § 15 KSchG, Rn. 147f. mwN.

¹²¹⁸ EuGH vom 7.12.1995, *Rockfon*, a.a.O.; vom 15.2.2007 – C 270/05, *Athinaiki Chartopoiia*, NZA 2007, S. 119; BAG vom 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, S. 1006, Rn. 31ff., insbesondere Rn. 33 mit den einschlägigen Nachweisen aus der Rechtsprechung des EuGH; *Preis/Sagan/Naber/Sittard*, a.a.O., § 14.32ff.; *KR-Weigand*, 12. Aufl. 2019, § 17 KSchG, Rn. 31f. sowie 33ff.

Eine „unterscheidbare Einheit“, also einen Betrieb, nahm der EuGH auch in einem Fall an, in dem der Betriebsleiter nicht über eigene Entscheidungsbefugnisse jenseits der Koordinierung der Aufgaben vor Ort verfügte.¹²¹⁹ Um einen Betrieb zu leiten, müssten auch keine disziplinarischen Weisungsrechte oder sonstigen eigenständigen Befugnisse in Bezug auf personelle Maßnahmen ohne Beteiligung übergeordneten Leitungspersonals bestehen.¹²²⁰

Die Kriterien zur Bestimmung des Betriebs lauten zusammengefasst: „Unterscheidbare Einheit“ bzw. Unternehmensteil, dem die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Aufgaben angehören, gewisse Dauerhaftigkeit und Stabilität der Einheit, eine Gesamtheit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, Betriebsmitteln und Organisationsstrukturen; die Leitung hat nur die Aufgabe, dafür zu sorgen, dass die Arbeit ordnungsgemäß ausgeführt wird. Unabhängigkeit von übergeordnetem Leitungspersonal ist nicht erforderlich.

Zum Verhältnis des Betriebsbegriffs der BÜ-RL zu demjenigen der ME-RL resümiert das BAG die Rechtsprechung des EuGH: Der Betriebsbegriff der ME-RL, bei dem es für die Annahme eines Betriebs nur auf eine „unterscheidbare Einheit“ ankomme, gehe weiter als die für eine wirtschaftliche Einheit im Sinne der BÜ-RL erforderliche „funktionelle Autonomie“.¹²²¹ Daraus ist zu schließen, dass für die Entscheidung eines Falles, der weitere Begriff zugrunde zu legen ist, wenn der Schwerpunkt des Falles im Kündigungsschutz oder in einer Massenentlassung liegt.

bb) Insbesondere zu § 23 KSchG

Hierzu gelten die Grundsätze zur verfassungskonformen Auslegung des Betriebsbegriffs aufgrund der Rechtsprechung des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel.¹²²² Beim betrieblichen Geltungsbereich des KSchG ist der Betriebsbegriff des § 23 Abs. 1 KSchG teleologisch und beschränkend nach den dort vom BVerfG formulierten Aspekten für die verfassungskonforme Auslegung anzuwenden. Daneben ist auch insoweit der Betriebsbegriff der ME-RL maßgebend.

1219 EuGH vom 15.2.2007 – C-270/05, Athinaiki Chartopoiia, Rn. 31.

1220 Zu den für die Beschäftigten in kleinteiligen Organisationseinheiten, wie etwa im Einzelhandel, nachteiligen Konsequenzen des Betriebsbegriffs der ME-RL vgl. ebenfalls EuArbRK/*Spelge*, a.a.O., Rn. 58a. Der Fall betraf die Insolvenz von Woolworth in Großbritannien mit zahlreichen Filialen mit nur wenigen Beschäftigten; dazu EuGH vom 30.4.2015, USDAW und Wilson, a.a.O.

1221 BAG vom 13.2.2020, a.a.O., Rn. 49.

1222 Vgl. oben Dritter Abschnitt, C.III. und D.IV.

cc) Ergänzend: Allgemeiner Betriebsbegriff des KSchG nach Weigand

Ergänzend wird der von Weigand gesetzte allgemeine Betriebsbegriff des KSchG, d.h. des für das gesamte Gesetz einschlägigen zugrunde gelegt: „Eine organisatorische Einheit setzt eine einheitliche wirtschaftliche und technische Leitung, die räumliche Einheit, das Vorhandensein gemeinsamer Betriebseinrichtungen, die Verbundenheit durch das Arbeitsverfahren und die Identität des Betriebsinhabers voraus.“¹²²³

Dieser allgemeine Begriff des Betriebs im KSchG kommt ebenfalls ohne den institutionellen Leitungsapparat des Arbeitgebers aus, betont stattdessen die konkrete Arbeit und ihre Organisation. Auch dieser Bestimmung ist deshalb zu folgen, wenn es auf einen übergreifenden Begriff des Betriebs für die Anwendung der §§ 1ff., 23 KSchG ankommt. Für den besonderen Kündigungsschutz zugunsten von Organen der Betriebsverfassung bei Stilllegung eines Betriebs oder einer Betriebsabteilung nach § 15 Abs. 4 und 5 KSchG gilt dies allerdings nicht.

2. Betriebsbegriffe des BetrVG

Der Betriebsbegriff des BetrVG hat für die hier behandelte Thematik größte Relevanz bei unternehmensinternen Umstrukturierungen. Bei betriebsverfassungsrechtlichen Fragen der Umstrukturierung von Betrieben oder Betriebsteilen ist oft entscheidungserheblich, ob das umzustrukturierende Gebilde Betrieb im Sinne von § 1 BetrVG oder Betriebsteil gemäß von § 4 ist.

a) Normative Anknüpfungspunkte für einen Betriebsbegriff des BetrVG

§§ 1 und 4 BetrVG enthalten normative Anknüpfungspunkte für einen Betriebsbegriff des BetrVG:

aa) Anknüpfung an die Tatsachenvermutungen des Gemeinschaftsbetriebes (§ 1 Abs. 2 BetrVG)

In den Tatsachenvermutungen des § 1 Abs. 2 BetrVG wird nach dem kaum anders zu verstehenden Wortlaut, allerdings anders, als das BAG annimmt, nicht ein Leitungsapparat, sondern ein Gemeinschaftsbetrieb vermutet.¹²²⁴ Die Vermutungen gelten, wenn zur Verfolgung arbeitstechnischer Zwecke die Betriebsmittel sowie die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von den Unter-

¹²²³ KR-Weigand, a.a.O., § 17 KSchG, Rn. 31, auch insoweit mwN.

¹²²⁴ Für die Vermutung bloß eines Leitungsapparats BAG vom 22.6.2005 – 7 ABR 57/04, NZA 2005, S. 1248 (1250, B.II.2. der Gründe), allerdings im Widerspruch zum Wortlaut des § 1 Abs. 2 BetrVG.

nehmen gemeinsam eingesetzt werden oder wenn nach einer Spaltung sich die Organisation des Betriebs nicht wesentlich ändert.

Dies legt folgenden Schluss nahe: Wenn diese Tatsachen schon einen Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen vermuten lassen, lassen sie erst recht einen Betrieb vermuten, der kein Gemeinschaftsbetrieb ist. Inhalt dieser Vermutungen ist jedenfalls nicht der institutionelle Leitungsapparat.

bb) Anknüpfung an den Betriebsbegriff des BetrVG durch Umkehrschluss aus § 4 Abs. 1 BetrVG

Betriebsteile, die räumlich weit vom Hauptbetrieb entfernt und durch Aufgabenbereich und Organisation eigenständig sind, fingiert § 4 Abs. 1 BetrVG als selbstständige Betriebe. Sind die Betriebsteile weder das eine noch das andere, sind sie – reale, nicht fiktive – Bestandteile des Hauptbetriebes. Aus dieser Nichterfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 4 Abs. 1 BetrVG ergibt sich ein weiterer gesetzlicher Anknüpfungspunkt für einen Betriebsbegriff des BetrVG: Auch ohne Unternehmensspaltung konstituieren Identität oder Ähnlichkeit von Aufgabenbereich und Organisation sowie räumliche Nähe den Betrieb aus den in diesen Kontexten stehenden Teilen,¹²²⁵ jedenfalls einige seiner Begriffsmerkmale.

Die Begriffsbestimmungen in §§ 1 Abs. 2, 4 Abs. 1 BetrVG können, wenn es auf den Begriff des Betriebs in betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht ankommt, insbesondere bei unternehmensinternen Umstrukturierungen, d.h. solchen ohne Wechsel des Betriebsinhabers, Elemente einer solchen Bestimmung sein, gerade auch wenn kein Gemeinschaftsbetrieb oder Betriebsteile eines Betriebs infrage stehen.

Im Verfahren kann dabei auch von Belang sein, dass nach der Rechtsprechung des BAG die Tatsacheninstanzen einen erheblichen Beurteilungsspielraum haben.¹²²⁶

b) Setzung des betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffs im Übrigen – Anknüpfung an frühere Rechtsprechung des BAG

Kommt es bei sonstigen Streitigkeiten mit Schwerpunkt im BetrVG auf den Betrieb und den Betriebsbegriff an, wird hier neben den gesetzlichen Anknüpfungspunkten in §§ 1, 4 BetrVG der Betriebsbegriff des BetrVG für Zwecke der

¹²²⁵ So auch *Joost*, a.a.O., 1988, S. 233ff.; zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Werks von Joost enthielt das BetrVG, insbesondere sein § 4 BetrVG, diese Vermutungsregeln noch nicht.

¹²²⁶ BAG z.B. vom 9.12.2009 – 7 ABR 38/08, NZA 2010, S. 906; kritisch *DKW-Trümmer*, a.a.O., § 4 Rn. 53, 132.

Anwendung des BetrVG durch den Inhalt des Beschlusses des BAG vom 1.2.1963 mit dem dort aufgestellten Merkmalskatalog zugrunde gelegt.¹²²⁷

Das BAG bezieht die von ihm hervorgehobenen Merkmale aus dem gesetzlichen Sinn und Zweck einer Betriebsverfassung, mit einem Betriebsrat in Interaktion mit den Beschäftigten, seinen Wählerinnen und Wählern. Ein Telos des BetrVG ist die effiziente Vertretung der Rechte und Interessen der einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Der Beschluss des BAG bringt dies in seinem Merkmalskatalog zum Ausdruck.¹²²⁸ Die Dominanz des Arbeitgebers und seines Leitungsapparats wäre zweck- und systemfremd und wird zu Recht von dem Betriebsbegriff dieser Rechtsprechung des BAG vermieden. Eine Paraphrase der Entscheidung des BAG von 1963 besagt:¹²²⁹

(aa) Das Hauptgewicht liege auf der Organisation. Dabei komme es weniger auf wirtschaftliche als auf arbeitstechnische Zwecke an. Vor allem gehe es um die Effizienz der Betriebsverfassung mit dem Betriebsrat als „berufenem Vertreter der Belegschaft“.

(bb) Kein Betrieb mit der nötigen Arbeitnehmerzahl solle ohne Betriebsrat bleiben. Daher sei der Betrieb so abzugrenzen, dass er möglichst oberhalb der Grenze der Betriebsratsfähigkeit läge.

(cc) Die Betriebsratsfähigkeit von Betriebsteilen sei demzufolge eng auszulegen. Die Überschneidung der Zuständigkeiten von Betriebsräten sei zu vermeiden.¹²³⁰

(dd) Von großer Bedeutung sei eine „lebendige Betriebsgemeinschaft“, eine durch persönliche Zusammenarbeit erworbene Verbundenheit innerhalb der Belegschaft.

(ee) Die Mitglieder des Betriebsrats müssten die Arbeitsbedingungen möglichst aus eigener Sachkunde beurteilen können. Es sei ein enges Verhältnis zwischen Belegschaft und Betriebsrat erforderlich.

(ff) Es gehe um stabile Verhältnisse und die klare Abgrenzbarkeit des Betriebs.

1227 Vgl. die Paraphrase oben unter B.I.3.a)bb).

1228 Dies tun ganz ähnlich auch die allgemeinen Betriebsbegriffe von *Däubler* und *Trümner*, vgl. zu diesen oben B.I.4. Diese werden deshalb hier ebenfalls zugrunde gelegt, soweit Betriebsbegriffe des BetrVG keinen näheren Aufschluss bringen.

1229 Vgl. die Zusammenfassung der im Beschluss des Ersten Senats des BAG aufgeführten einzelnen Merkmale von *Joost*, a.a.O., S. 149ff., sowie von *Preis/Peramoto*, a.a.O., S. 575f.

1230 BAG, a.a.O., Bl. 604 R; die Kriterien aus diesem Beschluss greift die Entscheidung des Ersten Senats vom 5.6.1964 – 1 ABR 11/63, AP Nr. 7 zu § 3 BetrVG mit zustimmender Anm. *Wiedemann* auf.

(gg) Das BetrVG stelle für die Bildung des Betriebsrats in erster Linie auf die Arbeitnehmer ab.

(hh) Entscheidend sei auch, wo die Entscheidungen des Arbeitgebers im „Mitbestimmungsraum“ getroffen würden.

(ii) Der Arbeitgeber war in dieser Entscheidung für den Betriebsbegriff des BetrVG im Übrigen nur insofern relevant, als er als Verhandlungspartner des Betriebsrats auch gewissen internen Bindungen unterliegen, mehrere Betriebe haben und mehrere arbeitstechnische Zwecke verfolgen könne.

Diese teleologischen Aspekte oder einige von ihnen können die Entscheidung, ob ein Betrieb iS des BetrVG vorliegt, leiten.

Das BAG hat diese Rechtsprechung nach seinem Grundsatzbeschluss von 1963 und der Fortführung 1964 nicht weiterentwickelt, sondern 1982 umstandslos abgebrochen und durch einen qualitativ andersartigen Ansatz ersetzt, den des institutionalisierten Leitungsapparats des Arbeitgebers.

D. Insbesondere: Kollektivverträge zur Umstrukturierung – Gestaltungs- und Durchsetzungsfragen

I. Gestaltungsfragen

Erfahrungsgemäß kommen solche Tarifverträge als Firmentarifverträge, auch als firmenbezogene Verbandstarifverträge, ggf. unter Einbeziehung mehrerer Arbeitgeber als Vertragspartner in Betracht. Da die Gestaltungsmöglichkeiten, Motive und Ziele von Umstrukturierungen vielfältig sind, sind abstrakt-generelle Regelungen für möglichst alle denkbaren Fälle von Umstrukturierungen kaum praxisrelevant. Die „Fallhöhe“ zwischen allgemeinen Regelungsprinzipien und der konkreten Umstrukturierungsmaßnahme ist in Anbetracht der Vielfalt an Handlungsalternativen des Unternehmens zu groß.

Wird dagegen ein konkret anstehender Umstrukturierungsfall tarifvertraglich geregelt, gilt die Regelung u.U. nicht für weitere Umstrukturierungen. Werden bestimmte Fallkonstellationen tarifiert, kommt es in der Praxis vor, dass die nächste Umstrukturierung gerade (u.U. gezielt) in Lücken des Tarifvertrages fällt. Beispiel ist die tarifvertragliche Absicherung, Definition und Verstärkung einzelner Tatbestände der Betriebsänderung nach § 111 S. 3 BetrVG als betriebliche oder betriebsverfassungsrechtliche Regelungen des Tarifvertrages.

Die nächste Umstrukturierung betrifft keinen dieser Tatbestände, sondern Änderungen der Unternehmens- oder Konzernorganisation, also gleichsam „eine Ebene höher“.¹²³¹

Ein Beispiel für die Erhaltung der Tarifgebundenheit für den Fall einer konkret anstehenden Umstrukturierung durch Ausgliederung nach § 123 Abs. 3 UmwG enthält der Tarifvertrag für ein größeres Druckunternehmen. Die Regelung lautet auszugsweise:

„Die X GmbH (alt; übertragende Rechtsträgerin) und die Y GmbH (neu; übernehmende Rechtsträgerin) erklären übereinstimmend, dass sämtliche für die X geltenden Tarifverträge auf die Y übertragen werden, so dass die Y in sämtliche derzeit mit der X geltenden (...) Tarifverträge eintritt. Mit Eintritt des übernehmenden Rechtsträgers Y endet die bisherige Tarifgebundenheit des übertragenden Rechtsträgers X GmbH.“ In dem Fall waren sämtliche Arbeitsverhältnisse von X auf Y übergegangen.

Dieser – abgeschlossene – Tarifvertrag könnte „ausgehobelt“ werden, wenn die Arbeitsverhältnisse nicht auf Y, sondern ungeachtet der Vereinbarung, auf Z übergangen. Damit wäre der Vertrag lediglich noch nicht erfüllt – immer vorausgesetzt, diese Klausel wäre nach der feinsinnigen Unterscheidung eine Willens-, nicht bloße Wissenserklärung. Voraussetzung dafür, dass dies in dem hier gewählten Beispiel nicht geschah, war die Einigung aller Beteiligten einschließlich der zuständigen Gewerkschaft und unter Einbeziehung des Betriebsrats auf diese im Tarifvertrag vorausgesetzte Umstrukturierung.

Nicht beschränkt auf einen anstehenden Umstrukturierungsfall, sondern als Gegenleistung gegen erhebliche Gehaltsverzichte als Sanierungsbeitrag der Beschäftigten in Pflegebetrieben verzichteten die tarifgebundenen Arbeitgeber für die gesamte Laufdauer des TV auf Outsourcing:

„Die im Rubrum genannten Arbeitgeber verzichten für die Dauer der Laufzeit dieses Tarifvertrags auf Aus-, Um- und Neugründungen des erfassten Bereichs mit dem Ziel der Anwendung eines anderen Tarifrechts. Dies beinhaltet während der Laufzeit der Anwendungsvereinbarung auch den Verzicht auf Einstellungen zulasten des tarifgebundenen beschäftigten Bestandes bei einer/einem nicht an den ...TV gebundenen Einrichtungen/Unternehmen oder deren Tochtergesellschaft.“

¹²³¹ Vgl. dazu Sachverhalt und Beschluss des LAG Düsseldorf zur Eingliederung in einen anderen Betrieb sowie den dortigen Tarifvertrag, oben Zweiter Abschnitt, C.V.4.g).

Darüber hinaus könnte eine tarifvertragliche Regulierung der Umstrukturierung, sei sie generell-abstrakt, sei sie konkret-individuell dort ansetzen, von wo diese Umstrukturierungen gesteuert werden und ausgehen: Das ist fast stets die Konzernspitze. Nach der Rechtsprechung des BAG soll ein Konzern als solcher zwar nicht tariffähig sein.¹²³² Gleichwohl kennt die Praxis zahlreiche Kollektivvereinbarungen, die langjährig unbeanstandet durchgeführt werden, obwohl einiges für ihre Rechtsunwirksamkeit sprechen mag.

Wenn es um die Erhaltung des tarifvertraglichen Status quo ante geht, der durch Betriebsübergänge gemäß § 613a BGB gefährdet oder beseitigt werden könnte, könnte dies in tarifvertraglicher Regelungstechnik die Vereinbarung von obligatorischen Tarifverträgen bedeuten. Diese könnten beinhalten, das umstrukturierende Unternehmen als Tarifvertragspartei – rechtlich durchsetzbar – zu verpflichten, das „Zielunternehmen“ seinerseits zu verpflichten, dem Tarifwerk beizutreten.¹²³³

Verbreitet sind auch Kollektivverträge zur vom BetrVG abweichenden Betriebsverfassung. Sie regeln allerdings nur eine sachgerechte *Betriebsrätestruktur*, keine Betriebsstruktur, also nicht den Betrieb/das Unternehmen.¹²³⁴ Noch weniger betreffen sie den Prozess der Umstrukturierung (Schluss aus § 3 Abs. 5 BetrVG).

Die Rechtsgrundlage für den Abschluss von Tarifverträgen zur Umstrukturierung ist, wenn nicht § 3 BetrVG, dann § 1 TVG als Regelung betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Fragen. Sollte dies in Zweifel gezogen werden, kann immer noch Art. 9 Abs. 3 GG eingreifen. Das Grundrecht ermächtigt nicht nur zur Regelung von Arbeits- sondern auch von Wirtschaftsbedingungen.¹²³⁵ Wenn der Tarifvertrag mit Fragen der Umstrukturierung keine betrieblichen oder betriebsverfassungsrechtlichen Fragen und auch sonst keine Arbeitsbedingungen regeln sollte, regelt er Wirtschaftsbedingungen. Gedeckt ist er dann jedenfalls durch Art. 9 Abs. 3 GG.¹²³⁶ Zahlreiche solcher Vereinbarungen sind als Tarifverträge geschlossen worden und wirken in der Praxis.

1232 BAG vom 17.10.2007 – 4 AZR 1005/06, NZA 2008, S. 713; vgl. dazu *Däubler-Peter*, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl. 2016, § 2 Rn. 109ff.

1233 Einer solchen Regelung bedarf es nicht, wenn das „Zielunternehmen“ nach dem UmwG durch Spaltung entsteht; vgl. dazu den Überblick bei *Schaub-Treiber*, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 199 Rn. 3f.; *Bock*, Investorenvereinbarungen zur Sicherung von Arbeitnehmerinteressen, 2018; allgemein *Poscher*, Die Koalitionsfreiheit als ausgestaltungsbedürftiges und ausgestaltungsfähiges Grundrecht. Arbeitskämpfe um Ausgründungen und Umstrukturierung, RdA 2017, S. 235.

1234 BAG vom 21.9.2011 – 7 ABR 54/10, NZA-RR 2012, S. 186, Rn. 30, 47ff.; *Fitting*, a.a.O., § 3 Rn. 86ff.; der TV tangiert auch nicht die „betriebsverfassungsrechtliche Identität“ der zusammengefassten Betriebe: BAG vom 7.6.2011 – 1 ABR 110/09, NZA 2012, S. 110, Rn. 14.

1235 *Poscher*, RdA 2017, S. 235 (237f.).

1236 Diese Diskussion wird hier nicht erneut aufgegriffen.

Als Kollektivvereinbarungen bei Umstrukturierungen kommen solche in Betracht, die entweder eine bestimmte, einzelne Umstrukturierung regeln, also solche, die deren wirtschaftliche und soziale Folgen betreffen, was typischerweise in Sozialplänen¹²³⁷ oder auch Sozialtarifverträgen¹²³⁸ geschieht. Es kann sich aber auch um Kollektivvereinbarungen handeln, die Zulässigkeit, Inhalt und Ablauf bestimmter Formen von Umstrukturierungen regeln, also den Prozess selbst betreffen.

Die geltende Fassung des BetrVG enthält zu Umstrukturierungen nur unzureichende Beteiligungsrechte des Betriebsrats. Mitbestimmungspflichtig ist grundsätzlich nur der Sozialplan, wobei bei zahlreichen Umstrukturierungen, jedenfalls auf der Grundlage der Rechtsprechung des BAG, nicht einmal eine Betriebsänderung nach § 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG vorliegen muss.¹²³⁹ Dann kommt jedenfalls kraft Gesetzes ein Sozialplan nicht in Betracht.

Gleichwohl und ungeachtet dessen werden auf betrieblicher Ebene, wie auf anderen Feldern der Arbeitsbedingungen kollektivvertragliche Vereinbarungen dazu geschlossen. Rechtsgrundlage von Tarifverträgen zur Umstrukturierung sind § 3 BetrVG oder – jedenfalls für die kollektivvertragliche Regelung des Prozesses der Umstrukturierung – Art. 9 Abs. 3 GG.

Auf dieser Rechtsgrundlage sind sie – „rechtlich“ gesehen – auch erstreikbar.¹²⁴⁰ Dass für solche Tarifverträge gestreikt werden darf, heißt nicht, dass die für solche Tarifforderungen erforderliche Mobilisierung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelingt. Zuvor sind Bedingungen skizziert worden, die die „Kollektivierung“ solcher Prozesse erschweren. Gelingt eine Mobilisierung der Beschäftigten für derartige Umstrukturierungstarifverträge nicht, wird es bei der rechtlichen Erörterung sein Bewenden haben.

Summa summarum besagen die Praxiserfahrungen: Notwendige Bedingung für eine Wahrung der Interessen und Rechte der Arbeitnehmerinnen und Ar-

1237 Regelungsvorschläge z.B. bei *Dudenbostel u.a.*, Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen aus Arbeitnehmerperspektive, 2019, § 1, G.; *Bachmer u.a.*, Arbeitsrecht bei der Umstrukturierung von Unternehmen und Betrieben, 5. Aufl. 2018, § 8, 6. und 7.

1238 Vgl. zu schuldrechtlichen Vereinbarungen in Tarifverträgen die Übersicht bei *Däubler-Abrendt*, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl. 2016, § 1 Rn. 1215ff. mwN.; zu tariflichen Besetzungsregelungen und Personalmessungen vgl. z.B. *Däubler-Heuschmid-Klein*, a.a.O., § 1 Rn. 852ff. und *Däubler-Heuschmid*, a.a.O., § 1 Rn. 1011ff.

1239 Vgl. dazu auch oben Zweiter Abschnitt, C.II. vor 1.

1240 Vgl. dazu *Poscher*, a.a.O.; *Däubler*, Tarifverträge zur Unternehmenspolitik? Rechtliche Zulässigkeit und faktische Bedeutung, HSI-Schriftenreihe, Bd. 16, 2016; *ders.*, Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe? HSI-Schriftenreihe, Bd. 5, 2012; *C. Schubert*, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrix-Organisation, HSI-Schriftenreihe, Bd. 23, 2017, alle mwN.

beitnehmer ist die „Kollektivierung“ der Prozesse, gemeinsam durch Betriebsrat und tarifzuständige Gewerkschaft. Die effektivste Form ist der Abschluss und die praktische Umsetzung von Kollektivverträgen der betrieblichen Mitbestimmung und die in Tarifverträgen ausgeübte Tarifautonomie.

II. Durchsetzungsprobleme

Von den soeben skizzierten Regelungsvorschlägen ist durch Tarifvertrag Einiges, auch in der betrieblichen Mitbestimmung, beschränkt auf einzelne Betriebe oder Unternehmen und oft bloß befristet, etwa bis zum Ende der laufenden Amtszeit des Betriebsrats durchgesetzt. Die geschlossenen Betriebsvereinbarungen, Regelungsabreden oder sonstigen Absprachen im Betrieb wären öfter verfahrensrechtlich, vor allem aber aus faktischen Gründen kaum durchsetzbar, werden ungeachtet dessen aber vereinbart, weil auch der Arbeitgeber davon profitiert – und sei es, um längerfristig einen klar definierten Verhandlungspartner zu haben, woran ihm gelegen sein mag.

Durchsetzungsprobleme mögen im Einzelnen an der oft nur schwer durchschaubaren Konstruktion der Umstrukturierung und im Allgemeinen auch daran liegen, dass sich Betriebsräte nicht zuletzt aufgrund von permanenten Umstrukturierungen, immer neuen, komplexer werdenden und schneller aufeinanderfolgenden Herausforderungen im betrieblichen Alltag sowie einem mehr und mehr ausdifferenzierten Arbeits- und Betriebsverfassungsrecht gegenübersehen.

Umstrukturierungen und deren „Bausteine“, die auch die Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen, etwa die Individualisierung und Differenzierungen von Arbeitszeiten, Arbeitsentgelten und sonstigen Arbeitsbedingungen beinhalten und – gelegentlich irreführend – „betriebliches Bündnis für Arbeit“ heißen, beruhen nicht nur auf einseitigen Maßnahmen des Unternehmens. Sie sind in jahrzehntelanger Praxis auch vereinbart worden – mit Betriebsräten und Gewerkschaften. Und dies haben die Akteure beider Seiten des Arbeitsverhältnisses auf der einen Seite oft als interessengerecht und praktisch machbar erkannt.

Diese durch Betriebsvereinbarung, Regelungsabreden, auch durch Tarifvertrag vereinbarten, zahllosen „betrieblichen Bündnisse für Arbeit“ mit teils erheblichen, vorübergehenden oder gar dauerhaften Verzichtleistungen und Differenzierungen bei den Arbeitsbedingungen zulasten der Beschäftigten („Sanie-

rungsbeiträgen“¹²⁴¹ sind andererseits häufig in Drucksituationen geschlossen worden, die alternativlos waren, dies mitunter aber auch nur zu sein schienen.¹²⁴²

Derartige Szenarien liegen den langjährig und oft erprobten und optimierten, sei es (als „strategische Reserve“)¹²⁴³ bloß angekündigten, sei es ins Werk gesetzten Betriebsschließungen, Verlagerungen, Umstrukturierungen, Personalabbau oder Tarifausstieg zugrunde – seit Beginn der achtziger Jahre, verstärkt seit der deutschen Einigung 1990, der Privatisierung und Abwicklung des Volkseigentums der DDR, die Umstrukturierung der Wirtschaft eines ganzen Staates war; weiter verstärkt durch die ebenso abrupte Osterweiterung der EU 2004 bis 2015.

Der Anteil von Umstrukturierungen an diesen Prozessen dürfte erheblich sein, ist empirisch aber ebenfalls nicht belegt. Was an diesen Resultaten auf „innerer Schwäche“ von Betriebsräten und Gewerkschaften beruhte, um einen nicht konkretisierten Topos aus der Rechtsprechung des BVerfG zu zitieren,¹²⁴⁴ ist ebenso wenig klar.

1241 Eine der ersten Entscheidungen auf dieser Basis und zu dieser Thematik war die des BAG in Sachen „Burda“: Beschluss vom 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, NZA 1999, S. 887. Die jenem Fall zugrunde liegende Regelung war als Betriebsvereinbarung bezeichnet, aufgrund ihres Inhalts aber eine Regelungsabrede. Als Betriebsvereinbarung wäre sie schon an § 77 Abs. 3 BetrVG gescheitert. Zu „Bündnissen für Arbeit“ oder auch für „Arbeit und Wettbewerbsfähigkeit“ zuletzt *Däubler/Kittner*, Geschichte der Betriebsverfassung, 2020, § 39 IV. und V. Diese verbreiteten „betrieblichen Bündnisse für Arbeit“ sind nicht zu verwechseln mit dem tripartistischen „Bündnis für Arbeit, Ausbildung und Wettbewerbsfähigkeit“ des DGB mit der BDA und der rot-grünen Bundesregierung 1998-2003. Unmittelbar an das Scheitern dieses Bündnisses schlossen sich im März 2003 die Hartz-IV-Maßnahmen der Bundesregierung an.

1242 Das BAG erwähnt in seinem Urteil vom 30.8.2017 – 4 AZR 95/14, NZA 2018, S. 256 („Asklepios II“), Rn. 49, einige in betrieblichen Bündnissen für Arbeit vereinbarte Verzichtleistungen durch Änderung des Arbeitsvertrages des Großteils der Arbeitnehmer eines von einer Krise betroffenen Unternehmens. Die in diesem Urteil in Bezug genommenen Verzichtleistungen sind eher moderat. Als Gegenleistung verzichtet der Arbeitgeber des Öfteren für kurz oder lang auf den Ausspruch betriebsbedingter Beendigungskündigungen. In einem weiteren Urteil vom selben Tag – 4 AZR 443/15, NZA 2018, S. 363, Rn. 2 ff., erörtert der Senat das Kriterium der vom EuGH geforderten sowohl einvernehmlichen als auch einseitigen Anpassungsmöglichkeiten.

1243 Vgl. dazu oben Erster Abschnitt, A.IV.2.b).

1244 BVerfGE 92, S. 365 (396), Urteil zur Verfassungsmäßigkeit des damaligen § 116 AFG.

Literatur

- Abrendt, Martina:* Zum Bemessungsdurchgriff beim Sozialplan, RdA 2012, S. 340.
- Amlinger, Marc; Bispinck, Reinhard:* Dezentralisierung der Tarifpolitik – Ergebnisse der WSI-Betriebsrätebefragung 2015, WSI-Mitteilungen 2016, S. 211.
- Annuß, Georg; Stamer, Katrin:* Die Kündigung des Betriebsveräußerers auf Erwerberkonzept, NZA 2003, S. 1247.
- Arens, Wolfgang; Düwell, Franz Josef; Wichert, Joachim (Hrsg.):* Handbuch Umstrukturierung und Arbeitsrecht, 2008.
- Artus, Ingrid; Kraetsch, Clemens; Röbenack, Silke:* Betriebsratsgründungen. Typische Prozesse, Strategien und Probleme – eine Bestandsaufnahme, 2015.
- Ascheid, Reiner; Preis, Ulrich; Schmidt, Ingrid (Hrsg.):* Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017.
- Assmann, Heinz-Dieter/Schütze, Rolf A. (Hrsg.):* Handbuch des Kapitalanlagerechts, 5. Aufl. 2020.
- Bachner, Michael:* Individualarbeits- und kollektivrechtliche Auswirkungen des neuen Umwandlungsgesetzes, NJW 1995, S. 2881.
- Bachner, Michael; Gerhardt, Peter; Matthießen, Volker:* Arbeitsrecht bei der Umstrukturierung von Unternehmen und Betrieben, 5. Aufl. 2018.
- Bader, Peter; Fischermeier, Ernst u.a.:* KR-Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 12. Aufl. 2019.
- Bader, Peter; Lipke, Gerd-Albert; Rost, Friedhelm; Weigand, Horst (Hrsg.):* Festschrift für Gerhard Etzel zum 75. Geburtstag, 2011.
- Bauer, Jobst-Hubertus (Hrsg.):* Umstrukturierung. Handbuch für die arbeitsrechtliche Praxis, 3. Aufl. 2015.
- Bayreuther, Frank:* Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-) Selbstständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten, HSI-Schriftenreihe, Bd. 26, 2018.
- Bayreuther, Frank:* Neues zum Betriebsübergang aus Erfurt und Luxemburg, NZA 2020, S. 1505.
- Becker, Yvonne; Lange, Friederike (Hrsg.):* Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 3, 2014.
- Behrens, Martin; Helfen, Markus:* Sachzwang oder Programm? Tarifpolitische Orientierungen und OT-Mitgliedschaft bei deutschen Arbeitgeberverbänden, WSI-Mitteilungen 2016, S. 452.
- Benner, Christiane (Hrsg.):* crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit, 2014.
- Benz, Manuel:* Der Anwendungsbereich des § 613a BGB bei Privatisierungen, 2016.
- Bepler, Klaus; Hohenstatt, Klaus-Stefan; Preis, Ulrich; Schunder, Achim (Hrsg.):* Arbeitsrecht bei Änderung der Unternehmensstruktur, Festschrift Heinz Josef Willemsen zum 65. Geburtstag, 2018.

- Berg, Peter; Kocher, Eva; Schumann, Dirk (Hrsg.):* Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 5. Aufl. 2015.
- Besgen, Nicolai (Hrsg.):* Handbuch Führungskräfte, 2012.
- Bichlmeier, Wilhelm; Wroblewski, André:* Das Insolvenzhandbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2010.
- Bieder, Marcus:* Anmerkung zu EuGH: Back- und Insourcing unter der Betriebsübergangsrichtlinie, EuZA 2017, S. 67.
- Bispinck, Reinhard:* Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen – vom Niedergang zur Reform? WSI-Mitteilungen 2012, S. 496.
- Blank, Michael; Blanke, Hermann; Klebe, Thomas; Kümpe, Winfried; Wendeling-Schröder, Ulrike; Wolter, Henner:* Arbeitnehmerschutz bei Betriebsaufspaltung und Unternehmensteilung, 2. Aufl. 1987.
- Blanke, Thomas; Fedder, Sebastian (Hrsg.):* Privatisierung, 2. Aufl. 2010.
- Bock, Christian Friedrich:* Investorenvereinbarungen zur Sicherung von Arbeitnehmerinteressen, 2018.
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Hrsg.):* Weißbuch Arbeiten 4.0, Diskussionsentwurf, 2017.
- Brand, Torsten; Schulte, Thorsten u.a.:* Europa im Ausverkauf, 2008.
- Burghardt, Marion u.a.:* Plädoyer für eine Reform der Betriebsverfassung, AuR 2000, S. 205.
- Burgi, Martin:* Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999.
- Burkiczak, Christian; Dollinger, Wilhelm; Schorkopf, Frank (Hrsg.):* Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2015.
- Buschmann, Rudolf:* Anmerkung zum Urteil des EuGH iS AGET Iraklis, AuR 2017, S. 86.
- Buschmann, Rudolf:* Europäischer Kündigungsschutz, AuR 2013, S. 388.
- Calliess, Christian:* Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, S. 321.
- Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.):* EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011.
- Carlé, Dieter und Thomas (Hrsg.):* Die Betriebsaufspaltung, 2. Aufl. 2014.
- Chadna-Hoppe, Katja:* Das Vorliegen eines Betriebsübergangs bei der Neuvergabe staatlicher Aufträge, EuZA 2019, S. 255.
- Clemenz, Susanne; Krefß, Burghard; Krause, Rüdiger (Hrsg.):* AGB-Arbeitsrecht, 2013.
- Colneric, Ninon:* Gemeinschaftsrechtliche Informations- und Konsultationspflichten beim Betriebsübergang, in: Festschrift Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, 1990, S. 1129.
- Colneric, Ninon:* Entgeltgleichheit und Outsourcing. Die Urteile Lawrence und Allonby des EuGH, in: *Kobte, Wolfhard u.a. (Hrsg.), Arbeitsrecht im sozialen Dialog*, Festschrift für Hellmut Wißmann zum 65. Geburtstag, 2005, S. 535.
- Cremer, Wolfram:* Praktische Konkordanz als grundrechtliche Kollisionsauflösung, in: Festschrift Hans D. Jarass zum 70. Geburtstag, 2015, S. 175.
- Cremer, Wolfram:* Freiheitsrechte, 2003.
- Däubler, Wolfgang:* Der gebremste Sozialabbau, AuR 1987, S. 349.

- Däubler, Wolfgang*: Das Arbeitsrecht im neuen Umwandlungsgesetz, RdA 1995, S. 136.
- Däubler, Wolfgang*: Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe? HSI-Schriftenreihe, Bd. 5, 2012.
- Däubler, Wolfgang*: Herausforderungen für das Arbeitsrecht – Deregulierung, Globalisierung, Digitalisierung, AuR 2016, S. 325.
- Däubler, Wolfgang*: Tarifverträge zur Unternehmenspolitik? Rechtliche Zulässigkeit und faktische Bedeutung, HSI-Schriftenreihe, Bd. 16, 2016.
- Däubler, Wolfgang*: Einvernehmlicher Personalabbau bei drohender Krise? NZA 2020, S. 10.
- Däubler, Wolfgang* (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl. 2016.
- Däubler, Wolfgang; Bertzbach, Martin* (Hrsg.): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl. 2018.
- Däubler, Wolfgang; Hjort, Jens Peter; Schubert, Michael; Wolmerath, Martin* (Hrsg.): Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, 4. Aufl. 2017.
- Däubler, Wolfgang; Kittner, Michael*: Geschichte der Betriebsverfassung, 2020.
- Däubler, Wolfgang; Klebe, Thomas*: Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht? NZA 2015, S. 1032.
- Däubler, Wolfgang; Klebe, Thomas; Wedde, Peter* (Hrsg.): BetrVG, 17. Aufl. 2020.
- Dehmer, Hans Holger*: Betriebsaufspaltung, 4. Aufl. 2018.
- Deinert, Olaf*: Kernbelegschaften – Randbelegschaften – Fremdbelegschaften – Herausforderungen für das Arbeitsrecht durch Reduzierung von Stammbeschaften, RdA 2014, S. 65.
- Deinert, Olaf; Heuschmid, Johannes; Zwanziger, Bertram* (Hrsg.): Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2019.
- Deinert, Olaf; Maksimek, Elena; Sutterer-Kipping, Amelie*: Die Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts, HSI-Schriftenreihe, Bd. 30, 2020.
- Dieterich, Thomas*: Flexibilisiertes Tarifrecht und Grundgesetz, RdA 2002, S. 1.
- Dreier, Horst* (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2018.
- Dudenbostel, Antje; Markowski, Jürgen; Oberthür, Nathalie; Schlegel, Kathrin*: Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen aus Arbeitnehmerperspektive, 2019.
- Düwell, Franz Josef*: Umstrukturierung von Unternehmen, in: *Beseler, Lothar u.a.*, Arbeitsrechtliche Probleme bei Betriebsübergang, Betriebsänderung, Unternehmensumwandlung, 4. Aufl. 2011.
- Elking, Lennart*: Zuordnungsentscheidung und Versetzung vor Betriebsübergang, NZA 2014, S. 295.
- Ellguth, Peter*: Die betriebliche Mitbestimmung verliert an Boden, IAB-Forum 24. Mai 2018.
- Ellguth, Peter; Kohaut, Susanne*: Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung. Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2014, WSI-Mitteilungen 2015, S. 219.
- Ellguth, Peter; Trinczek, Rainer*: Erosion der betrieblichen Mitbestimmung – welche Rolle spielt der Strukturwandel?, WSI-Mitteilungen, H. 3/2016, S. 172.

- Emmerich, Volker; Habersack, Mathias; Schürnbrand, Jan:* Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019.
- Endemann, Aleksandra; Schramm, Florian:* Macht und Kündigungsschutz: eine empirische Analyse der Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehung, ZfRSoz 2012, S. 107.
- Eylert, Mario; Schinz, Reinhard:* Dynamische Bezugnahmeklauseln beim Betriebsübergang im Spannungsfeld zwischen nationalen und europäischen Regelungen, RdA 2017, S. 140.
- Falke, J.; Höland, Armin u.a.:* Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I und Bd. II, Forschungsberichte des BMAS, Arbeitsrecht 47, 1981.
- Fandel, Stefan/Hansch, Tobias:* Das Widerspruchsrecht gemäß § 613a Abs. 6 BGB bei Umwandlungen nach dem UmwG, unter Wegfall übertragender Rechtsträger, BB 2008, S. 2402.
- Fischer, Ulrich:* Die Eingliederung eines Betriebes oder Betriebsteiles nach § 21a BetrVG als Sonderfall der Betriebszusammenfassung, RdA 2005, S. 39.
- Fitting, Karl:* BetrVG, 30. Aufl. 2020.
- Forst, Gerrit:* Backsourcing und Insourcing als Betriebsübergang, ZESAR 2016, S. 192.
- Franz, Thorsten:* Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, 2005.
- Franzen, Martin; Gallner, Inken; Oetker, Hartmut (Hrsg.):* Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020.
- Franzen, Martin:* Europäisches Recht und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen in Deutschland, NZA-Beilage 3/2015, S. 77.
- Fröhlich, Claus Wilhelm:* Betriebsgrößenunabhängigkeit und Monetarisierung des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes, 2008.
- Fröhlich, Oliver:* Die Sozialplangestaltung als Herausforderung für die Beratungspraxis, ArbRB 2016, S. 345.
- Fuchs, Maximilian:* Die Bilanz des Europäischen Arbeitsrechts, ZESAR 2004, S. 5; 111.
- Gallner, Inken; Mestwerdt, Wilhelm; Nägele, Stefan (Hrsg.):* Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl. 2021.
- Gamillscheg, Franz:* Die Grundrechte im Arbeitsrecht, 1989.
- Gamillscheg, Franz:* Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997.
- Gaul, Björn:* Kehrtwende der Rechtsprechung zum Betriebsübergang im Dienstleistungsbereich, ZTR 1998, S. 1.
- Geisler, Sarah:* Insourcing aus arbeitsrechtlicher Sicht: Betriebsübergang und Geltung betrieblicher Regelungen im Fall der Rückverlagerung fremdvergebener Funktionen, 2011.
- Gerstlberger, Wolfgang; Schneider, Karsten:* Public Private Partnership in deutschen Kommunen, WSI-Mitteilungen 10/2008, S. 556.
- Gerstlberger, Wolfgang; Siegel, Philipp:* Öffentliche Dienstleistung: unverzichtbarer Baustein der Daseinsvorsorge, 2009.
- Gillen, Christoph; Vahle, Oliver:* Personalabbau und Betriebsänderung, NZA 2005, S. 1385.

- Grabitz, Eberhard; Hilf Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.):* Das Recht der Europäischen Union, Stand August 2020.
- Grau, Timon; Fischer, Katharina:* Anwendung „transformierter“ Kollektivbedingungen nach Kettenbetriebsübergang, NZA 2019, S. 1469.
- Grau, Timon; Flockenhaus, Patrick:* Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zum Betriebsübergang, NZA-RR 2019, S. 296.
- Groeger, Axel (Hrsg.):* Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, 3. Aufl. 2020.
- Grotmann-Höfling, Günter:* Die Arbeitsgerichtsbarkeit 2018 im Lichte der Statistik, AuR 2019, S. 452.
- Gün, Isaf; Hopmann, Benedikt; Niemerg, Reinhold (Hrsg.):* Gegenmacht statt Ohnmacht. 100 Jahre Betriebsverfassungsgesetz, 2020.
- Günther, Jens; Böglmüller, Matthias:* Einführung agiler Arbeitsmethoden – was ist arbeitsrechtlich zu beachten? NZA 2019, S. 273 sowie S. 417.
- Habersack, Matthias:* Umwandlungsgesetz, 2019.
- Habersack, Matthias; Mühlert, Peter O.; Schlitt, Michael (Hrsg.):* Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 4. Aufl. 2019.
- Hamm, Ingo; Rupp, Rudi:* Mitbestimmung bei Veräußerung und Restrukturierung, 2007.
- Hanau, Peter:* Deregulierung des Arbeitsrechts – Ansatzpunkte und verfassungsrechtliche Grenzen, 1997, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 154.
- Hanau, Peter:* Die Europäische GRCh – Schein und Wirklichkeit im Arbeitsrecht, NZA 2010, S. 1.
- Hanau, Peter:* 60 Jahre Bundesarbeitsgericht – eine Chronik, 2014.
- Hensche, Detlef:* Arbeitskämpfe in der Druckindustrie, AuR 2019, S. G 1.
- Heiderhoff, Bettina; Lohse, Sebastian; Schulze, Reiner (Hrsg.):* EU-Grundrechte und Privatrecht, 2016.
- Henssler, Martin; Willemsen, Heinz Josef; Kalb, Heinz-Jürgen (Hrsg.):* Arbeitsrecht. Kommentar, 9. Aufl. 2020.
- Herdegen, Matthias:* Europarecht, 21. Aufl. 2019.
- Heselhaus, Sebastian; Nowak, Carsten (Hrsg.):* Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2. Aufl. 2020.
- Hesse, Bernd:* Erzwungene Selbstständigkeit von Arbeitnehmern – Outsourcing, 2001.
- Heuschmid, Johannes; Hlava, Daniel:* Verfahren vor dem EuGH, NZA 2017, S. 429.
- Hlava, Daniel; Höller, Johannes; Klengel, Ernesto:* Verfahren vor dem EuGH, NZA 2019, S. 968; 1184; 1687.
- Hölters, Wolfgang (Hrsg.):* Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, 6. Aufl. 2005.
- Horstmeier, Gerrit:* Prekäre Beschäftigungsverhältnisse. Systematische Darstellung sämtlicher Beschäftigungsformen, 2009.
- von Hoyningen-Huene, Gerrit:* Betriebsbedingte Kündigungen in der Wirtschaftskrise, NZA 1994, S. 1009 f.
- Hueck, Alfred:* Der Hattenheimer Entwurf des Kündigungsschutzgesetzes, RdA 1950, S. 65.

- Hueck, Alfred*: Das Bundeskündigungsschutzgesetz, RdA 1951, S. 281.
- Hueck, Alfred*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band, 6. Aufl. 1959.
- Hümmerich, Klaus; Reufels, Martin (Hrsg.)*: Gestaltung von Arbeitsverträgen, 4. Aufl. 2019.
- Hüpers, Bernd, Karl Larenz*: Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart, 2010.
- Huffschmid, Jörg; Köppen, Margit; Rhode, Wolfgang (Hrsg.)*: Finanzinvestoren: Retter oder Raubritter? 2007.
- Jacobi, Erwin*: Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, in: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Victor Ehrenberg, 1929, S. 1.
- Jacobs, Matthias; Frieling, Tino*: Zum Dialog zwischen dem Vierten Senat, dem Generalanwalt Ives Bot und dem Europäischen Gerichtshof in der Rechtssache Asklepios – oder: Wie man das Brett an der dünnsten Stelle durchbohrt, in: *Bepler, Klaus u.a.* (Hrsg.), Festschrift Heinz Josef Willemsen, 2018, S. 197ff.
- Jarass, Hans D.*: GRCh, 4. Aufl. 2021.
- Jarass, Hans D.*: EU-Grundrechte und Privatrecht, in: *Heiderhoff, Bettina u.a.*, EU-Grundrechte und Privatrecht, 2016, S. 31.
- Jarass, Hans D.; Kment, Martin*: EU-Grundrechte, 2. Aufl. 2019.
- Jarass, Hans D.; Pieroth, Bodo*: GG, 16. Aufl. 2020.
- Jarass, Lorenz; Obermair, Gustav M.*: Steuerliche Aspekte von Private-Equity- und Hedge-Fonds, edition der Hans-Böckler-Stiftung 202, 2007.
- Joost, Detlev*: Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988.
- Junker, Abbo*: Der identitätswahrende Übergang einer wirtschaftlichen Einheit als Voraussetzung des Betriebsübergangs, EuZA 2019, S. 45.
- Junker, Abbo; Dietrich, Ute*: Schwellenwerte in arbeitsrechtlichen Gesetzen, NZA 2003, S. 1057.
- Kallmeyer, Harald*: UmwG, 7. Aufl. 2020.
- Kamm, Désirée; Trümner, Ralf*: Das Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer bei Übertragung von öffentlichen Einrichtungen durch Gesetz oder Verordnung, AuR 2007, S. 336.
- Kaufmann, Arthur*: Analogie und „Natur der Sache“: Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2. Aufl. 1982.
- Keller, Bernt*: Interessenvertretung bei atypischen Beschäftigungsverhältnissen – ein strategisches Dilemma, WSI-Mitteilungen 2017, S. 27.
- Kelsen, Hans*: Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960.
- Kersten, Jens; Meinel, Florian*: Grundrechte in privatrechtlichen öffentlichen Rechten, JZ 2007, S. 1127.
- Kingreen, Thorsten; Poscher, Ralf*: Grundrechte. Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020.
- Kittner, Michael*: Arbeitskampf, 2005.
- Klebe, Thomas*: Betriebsverfassung 2030: Zukunftsanforderungen und Weiterentwicklung, AuR 2020, S. 196.
- Klein, Thomas; Leist, Dominik*: Grundrechtsanwendung und Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenensystem, ZESAR 2020, S. 449.

- Kleinebrink, Wolfgang; Commandeur, Gert*: Der „neue“ Betriebsbegriff bei Massenentlassungen und dessen Folgen, NZA 2015, S. 853.
- Klengel, Ernesto*: Kollektivverträge im EU-Betriebsübergangsrecht, 2020.
- Kloepfer, Michael*: Verfassungsrecht II, 2011.
- Koberski, Wolfgang; Asshoff, Gregor; Winkler, Holger; Eustrup, Gabriele*: Arbeitnehmer-Entsendegesetz. Mindestarbeitsbedingungengesetz, 3. Aufl. 2011.
- Koch, Hans-Joachim; Rießmann, Helmut*: Juristische Begründungslehre, 1982.
- Kocher, Eva; Hensel, Isabell*: Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen – ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit, NZA 2016, S. 984.
- Kocher, Eva*: Massenentlassungen – Betriebsbegriff, ZESAR 2016, S. 86.
- Kocher, Eva; Sudhoff, Clemens*: Die Unternehmensumwandlung im Streik, NZA 2013, S. 875.
- Köstler, Roland; Müller, Matthias*: Aufsichtsratspraxis, 10. Aufl. 2013.
- Kobaut, Susanne*: Tarifbindung-der Abwärtstrend hält an, IAB-Forum, 24. Mai 2018.
- Kokert, Josef*: Der Begriff des Typus bei Karl Larenz, 1995.
- Krause, Rüdiger*: Digitale Transformation der Arbeitswelt und arbeitsrechtliche Regulierung, JbArbR, Bd. 54, 2017, S. 23.
- Krause, Rüdiger*: Individualvertragliche Verweisungen auf kollektivvertragliche Arbeitsbedingungen und unternehmerische Freiheit, in: *Bepler, Klaus u.a.* (Hrsg.), Festschrift Heinz Josef Willemsen, 2018, S. 257.
- Krause, Rüdiger*: Agile Arbeit und Betriebsverfassung, HSI-Schriftenreihe, Bd. 37, 2021.
- Krebber, Sebastian*: Die Unionsrechts- und Kompetenzakzessorietät des unionsrechtlichen Grundrechts-Schutzes im Bereich des Arbeitsrechts: Grundsatz und Ausnahme, EuZA 2016, S. 3.
- Kreitner, Jochen*: Betriebsübergang, in: *Rölller, Jürgen* (Hrsg.), Personalbuch, 2021.
- Kuhlen, Lothar*: Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, 1977.
- Kurz, Constanze; Rieger, Frank*: Arbeitsfrei: eine Entdeckungsreise zu den Maschinen, die uns ersetzen, 2013.
- Kußmaul, Heinz; Pfirmann, Armin; Tcherveniachki, Vassil*: Leveraged Buyout am Beispiel der Friedrich Grohe AG, DB 2005, S. 2533.
- Lakenberg, Thomas*: in: *Lieder, Jan* (Hrsg.), Münchner Handbuch Gesellschaftsrecht, Bd. VIII, 5. Aufl. 2018.
- Lakies, Thomas*: Zwei Jahre gesetzlicher Mindestlohn – Bilanz und Ausblick, AuR 2017, S. 53.
- Lakies, Thomas*: Art. 12 GG, in: *Däubler, Wolfgang; Hjort, Jens Peter; Schubert, Michael; Wolmerath, Martin* (Hrsg.), Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, 4. Aufl. 2017.
- Langner, Sören; Widhammer, Volker*: Abgrenzung zwischen Vorbereitungshandlung und Betriebs(teil-)Stilllegung, NZA 2011, S. 430.
- Larenz, Karl*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl. 1983.
- Larenz, Karl; Canaris, Claus-Wilhelm*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995.

- Laßmann, Nikolai; Mengay, Adrian; Riegel, Hans; Rupp, Rudi:* Handbuch Interessenausgleich und Sozialplan, 7. Aufl. 2016.
- Lechner, Hans; Zuck, Rüdiger:* Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 8. Aufl. 2019.
- Leimeister, Jan Marco; Zogaj, Shkodran:* Neue Arbeitsorganisation durch Crowdsourcing, Hans-Böckler-Stiftung, Arbeitspapier Nr. 287, 2013.
- dies.:* Crowdwork – digitale Wertschöpfung in der Wolke, in: *Benner, Christiane* (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? 2015, S. 9.
- Lenz, Christopher; Hansel, Ronald:* Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2015.
- Linsenmaier, Wolfgang:* Identität und Wandel – zur Entstehung von Übergangsmandaten nach § 21a BetrVG, RdA 2017, S. 128.
- Lipinski, Wolfgang:* Alternativen zum einseitigen Personalabbau – Freiwilligenprogramme, AuA 2016, S. 335.
- Löw, Hans-Peter; Stolzenberg, Hendric:* Die Aufspaltung eines Arbeitsverhältnisses als Folge eines Betriebsübergangs – Diener zweier Herren, NZA 2020, S. 1279.
- Löwisch, Manfred; Rieble, Volker:* Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl. 2017.
- Lutter, Marcus; Bayer, Walter; Vetter, Jochen:* Umwandlungsgesetz, 5. Aufl. 2014.
- Maihofer, Werner:* Die Natur der Sache, ARS. 44(1958), S. 145, zit. n. *Kaufmann, Arthur* (Hrsg.), Die ontologische Begründung des Rechts, 1965, S. 52.
- Masing, Johannes:* Grundrechtsschutz trotz Privatisierung, in: *Bäuerle, Michael; Wallrabenstein, Astrid* (Hrsg.), Demokratie – Perspektiven, Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag, 2013, S. 409.
- Maunz, Theodor; Schmidt-Bleibtreu, Bruno; Klein, Fritz; Bethge, Herbert* (Hrsg.): Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Stand: 2020.
- Meyer, Jürgen; Hölscheidt, Sven* (Hrsg.): Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019.
- Moll, Wilhelm:* Bedeutung und Voraussetzungen des Betriebsübergangs im Wandel, RdA 1999, S. 233.
- Möstl, Markus:* Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit, 1999.
- Mückl, Patrick; Fuhrott, Michael; Niklas, Thomas; Otto, Alexandra; Schwab, Stefan:* Arbeitsrecht in der Umstrukturierung, 4. Aufl. 2017.
- Müller-Glöge, Rudi; Preis, Ulrich; Schmidt, Ingrid* (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021.
- OECD* (Hrsg.): *Mercuring the Digital Transformation*, 2019.
- Oetker, Hartmut:* Zu den Auswirkungen der Auflösung des Gemeinschaftsbetriebs auf den Betriebsrat, EWiR 2004, S. 729.
- Oetker, Hartmut:* Massenerlassung und Betriebsverfassung – Rückblick und Ausblick, in: *Gräfl, Edith u.a.* (Hrsg.), 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 557.
- Osterloh, Lerke:* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 204.
- Panzer-Heemeier, Andrea/Schwipper, Markus:* Der gewillkürte Gemeinschaftsbetrieb unter Beteiligung einer Personalführungs-Gesellschaft im Praxistest, DB 2018, S. 2931.
- Pechstein, Matthias:* EU-Prozessrecht, 4. Aufl. 2011.

- Peine, Franz-Joseph*: Der Grundrechtseingriff, in: *Merten, Detlef; Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 2009, § 57.
- Peschka, Vilmos*: Grundprobleme der modernen Rechtsphilosophie, 1974.
- Picot, Gerhard; Schnitker, Elmar*: Arbeitsrecht bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, 2001.
- Pfarr, Heide; Bothfeld, Silke u.a.*: Personalpolitik und Arbeitsrecht-Differenzierung nach der Unternehmensgröße? RdA 2004, S. 193.
- Pfarr, Heide; Ullmann, Karen u.a.*: Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit. Betriebliche Erfahrungen mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 2005.
- Pistor, Katharina*: Der Code des Kapitals. Wie das Recht Reichtum und Ungleichheit schafft, 2019.
- Podlech, Adalbert*: Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 1971.
- Poscher, Ralf*: Die Koalitionsfreiheit als ausgestaltungsbedürftiges und ausgestaltungsfähiges Grundrecht. Arbeitskämpfe um Ausgründungen und Umstrukturierung, RdA 2017, S. 235.
- Preis, Ulrich*: Perspektiven der Arbeitsrechtswissenschaft, RdA 1995, S. 333.
- Preis, Ulrich; Steffan, Ralf*: Neue Konzepte des BAG zum Betriebsübergang nach § 613a BGB, DB 1998, S. 309.
- Preis, Ulrich (Hrsg.)*: Innovative Arbeitsformen. Flexibilisierung von Arbeitszeit, Arbeitsentgelt, Arbeitsorganisation, 2005.
- Preis, Ulrich (Hrsg.)*: Der Arbeitsvertrag, 5. Aufl. 2015.
- Preis, Ulrich*: Hans Carl Nipperdey – mythische Leitfigur des herrschenden deutschen Arbeitsrechts, AuR 2016, G 9.
- Preis, Ulrich*: Von der Antike zur digitalen Arbeitswelt, RdA 2019, S. 75.
- Preis, Ulrich; Peramoto, Alberto Povedano*: Der Betriebsübergang – Szenen einer gestörten Beziehung zwischen BAG und EuGH? in: *Bepler, Klaus u.a.* (Hrsg.), FS Willemsen, 2018, S. 359.
- Preis, Ulrich; Peramoto, Alberto Povedano*: 100 Jahre betriebsverfassungsrechtlicher Betriebsbegriff, in: *Gräfl, Edith u.a.* (Hrsg.), 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, S. 571.
- Preis, Ulrich; Sagan, Adam (Hrsg.)*: Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019.
- Raab, Thomas*: Anforderungen an den identitätswahrenden Übergang einer wirtschaftlichen Einheit – Die Voraussetzungen des Betriebsübergangs in den Fällen der Ausgliederung, Rückgliederung oder Auftragsnachfolge, EuZA 2019, S. 283.
- Räder, Evelyn*: AuR 2020, S. 389.
- Rebbahn, Robert*: Europäisches Arbeitsrecht, in: *Riesenhuber, Karl* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, S. 395.
- Reichhold, Hermann*: Durchbruch zu einer europäischen Betriebsverfassung - Die Rahmen-Richtlinie 2002/14/EG zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer, NZA 2003, S. 289.
- Reinecke, Gerd*: Arbeitsrecht nur in den Grenzen des Gesellschaftsrechts? AuR 2013, S. 338.

- Richardi, Reinhard*: Arbeitsrecht im Wandel der Zeit. Chronik des deutschen Arbeitsrechts, 2019.
- Richardi, Reinhard* (Hrsg.): BetrVG, 16. Aufl. 2018.
- Rieble, Volker*: „Blitzaustritt“ und tarifliche Verbindung, RdA 2009, S. 280.
- Rieble, Volker*: Betriebsführungsvertrag als Gestaltungsinstrument, NZA 2010, S. 1145.
- Rieble, Volker*: Betriebsführungsvertrag und Betriebsübergang, NZA 2018, S. 1000.
- Riebert, Christian; Nimmerjahn, Lutz*: MiLoG, 2. Aufl. 2017.
- Riebert, Christian; Nimmerjahn, Lutz*: 2 Jahre Mindestlohn – ein positives Zwischenfazit, AuR 2017, S. 45.
- Rödl, Florian*: Arbeitsverfassung, in: *v. Bogdandy, Armin; Bast, Jürgen* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 854.
- Rüthers, Bernd*: Beschäftigungskrise und Arbeitsrecht – zur Arbeitsmarktpolitik der Arbeitsgerichtsbarkeit, 1996.
- Ruffert, Matthias*: Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001.
- Ruffert, Matthias*: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht, JZ 2009, S. 389.
- Sachs, Michael* (Hrsg.): Grundgesetz, 8. Aufl. 2018.
- Säcker, Franz Jürgen*: Die Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz, 1978.
- Sagan, Adam*: Die kollektive Fortgeltung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen nach § 613a Abs. 1 Sätze 2-4 BGB, RdA 2011, S. 163.
- Sandberger, Georg*: Das Recht der Hochschulmedizin, in: *Hartmer, Michael; Detmer, Hubert*, Hochschulrecht. Ein Handbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2017, S. 460.
- Schaub, Günter*: Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019.
- Scheffczyk, Fabian; Wolter, Kathleen* (Hrsg.): Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 4, 2016.
- Schipp, Johannes*: Der Übergang von Arbeitsverhältnissen im betriebsmittelarmen Betrieb, NZA 2013, S. 238.
- Schlachter, Monika*: Entwicklungen im Individualarbeitsrecht unter dem Einfluss der Rechtsprechung des EuGH – erforderliche unentbehrliche Veränderungen, RdA 2009, Beilage 5/2009.
- Schlachter, Monika; Heinig, Hans Michael* (Hrsg.): Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2016.
- Schlaich, Klaus; Koriath, Stefan*: Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018.
- Schlewing, Anja*: Die aktuelle Rechtsprechung des BAG zur Anpassung der Betriebsrenten an den Kaufkraftverlust, RdA 2010, S. 364.
- Schmidt, Carlo*: Die Zuordnung von Arbeitnehmern durch Direktionsrecht als Umgehungsmaßnahme im Betriebsübergang, 2020.
- Schmidt, Ingrid* (Hrsg.): Jahrbuch des Arbeitsrechts, Gesetzgebung-Rechtsprechung-Literatur, zuletzt: Bd. 57, 2020.
- Schmidt, Reinhard H.; Spindler, Gerald*: Finanzinvestoren aus ökonomischer und juristischer Perspektive, 2008.
- Schmitt, Joachim; Hörtnagl, Robert*: Umwandlungsgesetz, 8. Aufl. 2018.

- Schnabel, Claus*: Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände: Organisationsgrade, Tarifbindung und Einflüsse auf Löhne und Beschäftigung, ZAF, Heft 2/3/2005.
- Schönhöft, Andreas; Lermen, Anke*: Der Gemeinschaftsbetrieb im Vergleich zur Arbeitnehmerüberlassung - eine Alternative zur Personalkostenenkung? BB 2008, S. 2515.
- Schrader, Peter*: Ist der betriebsverfassungsrechtliche Betriebsbegriff noch zeitgemäß? NZA 2019, S. 951.
- Schubert, Claudia*: Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft – Rückzug des Arbeitsrechts?, RdA 2018, S. 200.
- Schubert, Claudia*: Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, HSI-Schriftenreihe, Bd. 23, 2017.
- Schubert, Claudia*: Die Grundrechte-Charta der Europäischen Union als Mittel zur Expansion des Unionsrechts?, EuZA 2020, S. 302.
- Schüren, Peter; Hamann, Wolfgang*: AÜG, 5. Aufl. 2018.
- Schulze, Reiner; Janssen, André; Kadelbach, Stefan (Hrsg.)*: Europarecht, 4. Aufl. 2020.
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.)*: EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012.
- Schweibert, Ulrike*: Gewillkürter Gemeinschaftsbetrieb als zulässige Gestaltungsform?, in: *Bepler u.a. (Hrsg.)*, FS Willemsen, 2018, S. 499.
- Schweibert, Ulrike; Herrmann, Christoph*: Tarifverträge zur Regelung der Personalübernahme infolge eines Dienstleisterwechsels, NZA 2018, S. 1294.
- Seibt, Christoph H. (Hrsg.)*: Beck'sches Formularbuch Mergers and Acquisitions, 2. Aufl. 2011.
- Seifert, Hartmut*: Wie lassen sich Entwicklung und Strukturen atypischer Beschäftigung erklären?, WSI-Mitteilungen 2017, S. 5.
- Semler, Johannes; Stengel, Arndt u.a.*: Umwandlungsgesetz, 4. Aufl. 2017.
- Sieg, Rainer; Maschmann, Frank*: Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, 1. Aufl. 2005; 3. Aufl. 2020 mit *Göpfert, Burkard; Thum, Rainer*.
- Smets, Christoph*: Die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG und die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private, NVwZ 2019, S. 34.
- Söffing, Matthias; Micker, Lars*: Die Betriebsaufspaltung, 8. Aufl. 2020.
- Söllner, Alfred*: Der verfassungsrechtliche Rahmen für Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1989, S. 144.
- Spelge, Karin*: Die Gewährung von Massenentlassungsschutz im Europäischen Mehrebenensystem – Eine unlösbare Aufgabe? RdA 2018, S. 297.
- Sperber, Carina; Walwei, Ulrich*: Treiber des Erwerbsformenwandels: Wer hat welchen Job? WSI-Mitteilungen 2017, S. 16.
- Steffan, Ralf*: Neues vom EuGH zum Betriebsübergang: Was folgt aus „Scatolon“? NZA 2012, S. 473.
- Stein, Peter*: Freiheit und Dringlichkeit der unternehmerischen Entscheidung im Kündigungsschutzrecht, BB 2000, S. 457.
- Stern, Klaus*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/ 2, 1994.
- Streinz, Rudolf*: EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018.
- Streinz, Rudolf*: Europarecht, 11. Aufl. 2019.

- Strube, Sebastian*: Vom Outsourcing zum Crowdsourcing. Wie Amazons Mechanical Turk funktioniert, in: *Benner, Christiane* (Hrsg.), *Crowdwork – zurück in die Zukunft?* 2015, S. 75.
- Temming, Felipe*: EU-Osterweiterung: Wie beschränkt ist die Dienstleistungsfreiheit? RdA 2005, S. 186.
- Temming, Felipe*: Anerkennung und Grenzen eines konzerndimensionalen Kündigungsschutzes, RdA 2018, S. 84.
- Thüsing, Gregor*: Digitalisierung der Arbeitswelt - Impulse zur rechtlichen Bewältigung der Herausforderung gewandelter Arbeitsformen, S. 2016, S. 87.
- Traut, Johannes*: Die Corporate Governance von Kapitalgesellschaften der öffentlichen Hand, 2013.
- Treber, Jürgen*: Aktiv produktionsbehindernde Maßnahmen, 1996.
- Ulber, Daniel*: Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, 2010.
- Ulber, Jürgen* (Hrsg.): AÜG, 5. Aufl. 2017.
- Ulmer, Peter; Habersack, Matthias; Henssler, Martin*: Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018.
- Umnuß, Karsten*: Organisation der Betriebsverfassung und Unternehmerautonomie, 1993.
- Vossen, Reinhard*: Die Rechtsprechung zur Darlegungslast des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess bei Umorganisation von Arbeitsabläufen, in: *Beppler u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Willemsen*, 2018, S. 587.
- Waas, Bernd*: Zur rechtlichen Qualifizierung von Beschäftigten in der „Gig Economy“ – ein Blick in das Ausland, AuR 2018, S. 548.
- Waas, Bernd; Liebman, Wilma u.a.*: *Crowdwork – a Comparative Law Perspective*, HSI-Schriftenreihe, Bd. 22, 2017.
- Waltermann, Raimund*: Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? Gutachten B zum 68. DJT, 2010.
- Waltermann, Raimund*: Aktuelle Fragen des Mindestlohngesetzes, AuR 2015, S. 166.
- Waltermann, Raimund*: Aktuelle Tendenzen im Niedriglohnsektoren und in atypischer Beschäftigung, AuR 2018, S. 346.
- Wank, Rolf*: Die juristische Begriffsbildung, 1985.
- Wank, Rolf*: Arbeitsrecht und Methode, RdA 1999, S. 130.
- Wank, Rolf*: Auslegung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht, 2013.
- Weber, Christoph*: Neuere Rechtsprechung des EuGH zur Massenentlassungsrichtlinie, NZA 2016, S. 727.
- Weigand, Horst*: Kleine Geschichte der Kleinbetriebsklausel im allgemeinen Kündigungsschutzrecht, in: *Bader, Peter u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Gerhard Etzel zum 75. Geburtstag*, 2011, S. 437.
- Wenning-Morgenthaler, Martin*: Die Einigungsstelle, 7. Aufl. 2017.
- Westedt, Hans Hermann; Schmitz, Wolfgang*: Tarifverträge zur Veränderung der Arbeitsbedingungen bei Betriebsübergängen, Outsourcing und Unternehmensaufspaltung, JbArbR, Bd. 37, 2000, S. 59.
- Wiedemann, Herbert* (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz, 8. Aufl. 2019; 7. Aufl. 2007.

- Wiese, Günther u.a.*: GK-BetrVG, 11. Aufl. 2018.
- Willemsen, Heinz Josef*: „Freikauf durch Einkauf?“-Vermeidung des § 613 a BGB durch Austausch wesentlicher Betriebsmittel, NZA 2017, S. 953.
- Willemsen, Heinz Josef; Hobenstatt, Klaus-Stefan; Schnitker, Elmar; Schweibert, Ulrike; Seibt, Christoph H.*: Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 5. Aufl. 2016.
- Wißmann, Hellmut; Koberski, Wolfgang; Kleinsorge, Georg; Freis, Gerbild*: Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2008.
- Wolter, Henner*: Vom Volkseigentum zum Privateigentum. Art. 14 GG und subjektives Recht als Determinanten der industriellen Beziehungen im Einigungsprozess, 1998.
- Wolter, Henner*: Die Finanzmärkte, das Arbeitsrecht und die freie Unternehmerentscheidung, AuR 2008, S. 325.
- Wolter, Henner*: Hindernisse bei der Durchsetzung von Entfristungsansprüchen – ein Praxisbericht, AuR 2011, S. 382.
- Wolter, Henner*: Kurzer Prozess mit den Arbeitnehmern gesetzlicher Krankenkassen bei Schließung nach SGB V?, in: *Creutzfeldt, Malte u.a.* (Hrsg.), Arbeitsgerichtsbarkeit und Wissenschaft. Festschrift für Klaus Bepler zum 65. Geburtstag, 2012, S. 675.
- Wolter, Henner*: Die europäische Schuldenkrise und die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht, in: *Nolte, Jakob u.a.* (Hrsg.), Freundesgabe für Bernhard Schlink zum 70. Geburtstag, 2014, S. 339.
- Zundel, Frank*: Die Entwicklung des Arbeitsrechts im Jahr 2018, NJW 2019, S. 125; 269.





**In der Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts
für Arbeits- und Sozialrecht sind zuletzt erschienen:**

- Band 39** Eberhard Eichenhofer
Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte
ISBN 978-3-7663-7161-4
- Band 38** Olaf Deinert
Betriebsverfassung in Zeiten der Globalisierung
ISBN 978-3-7663-7120-1
- Band 37** Rüdiger Krause
Agile Arbeit und Betriebsverfassung
ISBN 978-3-7663-7119-5
- Band 36** Daniel Ulber/Kyra Klocke
Diskriminierung Minderjähriger bei der Wahl zum Betriebsrat
ISBN 978-3-7663-7115-7
- Band 35** Thorsten Kingreen
Exklusive Tariföffnungsklauseln
ISBN 978-3-7663-7059-47
- Band 34** Ninon Colneric/Simon Gerdemann
Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in deutsches Recht
ISBN 978-3-7663-7058-7
- Band 33** Bernd Waas
Mitbestimmung des Betriebsrats in Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb
ISBN 978-3-7663-7044-0
- Band 32** Daniel Ulber
Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung
ISBN 978-3-7663-7041-9
- Band 31** Ulrich Preis/Katharina Schwarz
Dienstreisen als Rechtsproblem
ISBN 978-3-7663-7031-0
- Band 30** Olaf Deinert/Elena Maksimek/Amélie Sutterer-Kipping
Die Rechtspolitik des Arbeits- und Sozialrechts
ISBN 978-3-7663-6932-1

Weitere Informationen zur Schriftenreihe: www.hugo-sinzheimer-institut.de

