

men werden soll bzw. muss. Sobald mit Blick auf die begrenzte Zahl der Übernahmen ein Auswahlprozess stattfinden muss, ist dies keine probate Regelungsform.

4. Um einen solchen Tarifvertrag möglichst effektiv zur Wirkung zu bringen, empfiehlt es sich, nach Abschluss die All-

gemeinverbindlicherklärung zu beantragen. Gerade in Branchen, in denen Störungen des Ablaufs öffentliche Interessen empfindlich beeinträchtigen, sprechen gute Argumente dafür, dass ein solcher Antrag bei Vorliegen der Voraussetzungen im Übrigen positiv beschieden werden kann. ■

Professor Dr. Volker Rieble*

Betriebsführungsvertrag und Betriebsübergang

Der 8. Senat des BAG hat am 25.1.2018 in vier Verfahren zur Frage Stellung genommen, inwieweit ein Betriebsführungsvertrag einen Betriebsübergang auslöst. Diese Entscheidungen versuchen, den Betriebsführungsvertrag als Gestaltungsmittel einzuhegen. Die Leitentscheidung 8 AZR 309/16, NZA 2018, 933 ist für die amtliche Sammlung vorgesehen; die Entscheidungen 8 AZR 308/16, 8 AZR 338/16, 8 AZR 524/16 laufen bis auf prozessuale Sonderheiten parallel, zumal es um denselben Vertrag geht. Die eigentliche Belastung folgt aus der Unklarheit der Entscheidung; das BAG sagt nicht klar, welche Maßstäbe für den Betriebsübergang künftig gelten. Das Gericht hat Probleme mit dem europäischen Recht und sieht Folgefragen im deutschen nicht.

I. Der krumme Fall

1. Das Werzalit-Betriebsführungskonzept

Den Entscheidungen des BAG liegt derselbe Betriebsführungsvertrag zugrunde: Die Werzalit GmbH & Co.KG sollte künftig nurmehr als Vermögensträger für „Immobilien [...] sowie das Anlagevermögen, die Lizenzrechte sowie die sonstigen Vermögensgegenstände“ fungieren und wollte den „Betrieb der Gesellschaft, auf eine „neu gegründete Schwester-gesellschaft in der Rechtsform einer GmbH & Co.KG“ übertragen. Diese „soll[te] die Produktion der W-Produkte als Lohnfertigung für die W GmbH & Co.KG übernehmen sowie die Bereiche Einkauf, Vertrieb, Marketing, Forschung und Entwicklung sowie das Rechnungswesen etc. für die W GmbH & Co.KG mittels Dienstleistungsverträgen erledigen [...] Die Arbeitsverhältnisse der W GmbH & Co.KG sollen auf die neu gegründete W I GmbH & Co.KG übergehen (Betriebsübergang gem. § 613 a BGB)“.

Der zentrale § 7 des Betriebsführungsvertrags lautet: „Handeln für Rechnung und im Namen von W/Bevollmächtigung | Die I W handeln bei ihrer Tätigkeit gem. § 6, sofern diese im Zusammenhang mit der Lohnfertigung und der Herstellung der W-Produkte ausgeführt wird, für welche W die Patentrechte und das Know-how besitzt, ausschließlich für Rechnung und im Namen von W. | Insofern erteilt W der I W Generalhandlungsvollmacht zur Vertretung von W bei allen Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen, bei denen das Gesetz eine Stellvertretung gestattet und die der Betrieb des Gewerbes von W mit sich bringt. Die I W dürfen von dieser Vollmacht nur für die Zwecke der Betriebsführung und im Rahmen dieses Auftrags Gebrauch machen.“ Bezeichnenderweise war die Geschäftsführung – was das BAG nicht mitteilt, aber den Tatbeständen der Vorinstanzen zu entnehmen ist – der Auftraggeberin und der Betriebsführungsgesellschaft anfänglich identisch.

Die Arbeitnehmer widersprachen dem durch den vermeintlichen Betriebsübergang bewirkten Übergang der Arbeitsverhältnisse nicht. Zum Streit kam es, weil die Betriebsführungsgesellschaft zwei Jahre später liquidiert und ihre drei

Betriebe stillgelegt werden sollten. Interessenausgleich und Sozialplan sahen Qualifizierungsmaßnahmen, aber keine Abfindungen vor. Daraufhin entsannen sich die klagenden Arbeitnehmer ihres früheren Arbeitgebers, bestritten nachträglich und erfolgreich den Betriebsübergang und begehrten die Fortsetzung ihres Arbeitsverhältnisses mit ihrem ursprünglichen Arbeitgeber.

Nachhaltig geholfen hat den Klägern der Prozessersfolg nicht: Die Gesellschaft hat eine Woche nach der BAG-Entscheidung Insolvenzantrag gestellt. Der Insolvenzverwalter kann nur einen kleinen Unternehmenskern erhalten (und veräußern); für die übrigen Arbeitnehmer bleibt es bei Entlassungen. Rückständige Löhne können nicht ausbezahlt werden.¹

2. Prozessverlauf

Weil Betriebe an unterschiedlichen Standorten (Berlin, Niederorschel, Oberstenfeld) betroffen waren, hatte das BAG mit drei Vorinstanzen zu tun: Das LAG Berlin-Brandenburg verneinte den Betriebsübergang, weil die Betriebsführungsgesellschaft nach außen gegenüber Kunden und Lieferanten nicht als Betriebsinhaber aufgetreten ist.² Das LAG Thüringen überwand mit einer „wertenden Betrachtung“ die formale Trennung der Gesellschaften, dabei aber auch darauf abgestellt, dass die Organvertreter jedenfalls anfangs identisch gewesen sind.³ Die intensive Bindung des Betriebsführers, der nicht mehr „Herr im eigenen Haus“ gewesen sei, bewirke die Arbeitgeberstellung des Auftraggebers. Das LAG Baden-Württemberg stellt ebenfalls auf den Marktauftritt „nach außen“, insbesondere gegenüber Kunden und Lieferanten, ab und sieht die unternehmerische Haftung als Aspekt.⁴ Das BAG hat in den Entscheidungen die Vorinstanzen bestätigt und die Revisionen zurückgewiesen.

Eine andere Kammer des LAG Berlin-Brandenburg hat den Betriebsübergang bejaht. Durch die eigenverantwortliche Übernahme der Lohnfertigung habe der Betriebsführer die allein erforderliche betriebliche Leitungsmacht erlangt.⁵ Der Fall musste erst durch die erfolgreiche Nichtzulassungsbeschwerde (8 AZN 936/16) und hängt jetzt in der Revision (8 AZR 78/17) – unterbrochen durch das Insolvenzverfahren.

* Der Autor lehrt Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht in München und forscht am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht. Der Beitrag setzt den Aufsatz über den Betriebsführungsvertrag als Gestaltungsmittel in NZA 2010, 1145 fort.

1 <http://www.marbacher-zeitung.de/inhalt.oberstenfeld-zaehes-ringen-bei-werzalit-ueber-die-hoehe-der-entscheidungen.17fd74d8-a1ab-4ae5-af09-b27fc326941.f.html> [8.8.2018]: Selbst wer den Arbeitsplatz behält, könne nur auf 5000 Euro auf seine „formalen Ansprüche“ erhalten.

2 LAG Berlin-Brandenburg, DStR 2016, 2236 = BeckRS 2016, 70093.

3 LAG Thüringen, Urt. v. 19.7.2016 – 1 Sa 406/15, BeckRS 2016, 73205.

4 LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 23.3.2016 – 2 Sa 35/15, BeckRS 2016, 68742 sowie Urt. v. 23.3.2016 – 2 Sa 46/15, BeckRS 2016, 68743.

5 LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 5.8.2016 – 3 Sa 247/16, BeckRS 2016, 120521.

Das *LAG Thüringen* berichtet von zwei entgegengesetzten Entscheidungen anderer Kammern des *LAG Berlin-Brandenburg*, die die klagenden Arbeitnehmer daran scheitern ließen, dass sie die Beweislast für den fehlenden Betriebsübergang trügen.

II. Die Erwägungen des Gerichts

1. Neues Tatbestandsmerkmal: Außenwirksame Betriebsverantwortung?

Der 8. Senat „begründet“ seine Entscheidung zum fehlenden Tatbestand des Betriebsübergangs in den Rn. 55–59 der Leitentscheidung 8 AZR 309/16 (NZA 2018, 933); in den anderen Urteilen sind die Gründe insoweit wortidentisch.⁶ Die abstrakte Neukonturierung des Betriebsübergangstatbestandes erfolgt in Rn. 35. Die Betriebsführerin habe „nicht die Verantwortlichkeit für den Betrieb der in Rede stehenden wirtschaftlichen Einheit übernommen“. Zentral ist die Wendung:

„Verantwortlich für den Betrieb einer wirtschaftlichen Einheit ist die Person, die die wirtschaftliche Einheit im eigenen Namen führt und nach außen als deren Inhaber auftritt. Der bisherige Inhaber muss seine wirtschaftliche Betätigung in dem Betrieb oder Betriebsteil einstellen [...] Danach reicht es nicht aus, lediglich im Verhältnis zur Belegschaft als Inhaber aufzutreten. Erforderlich ist vielmehr die Nutzung der wirtschaftlichen Einheit nach außen“.

Was damit gemeint ist, sagt der Senat nicht explizit. Will er dem *LAG Berlin-Brandenburg* folgen und auf die Außenbeziehungen zu Kunden und Lieferanten abstellen – also letztlich eine Einheit von unternehmerischer und arbeitgeberischer Verantwortung postulieren? Dahin deutet seine Rn. 60, in der der Senat eine abweichende Handhabungspraxis verneint und betont: Die Betriebsführungsgesellschaft habe „jedenfalls Verträge mit Kunden und Lieferanten nicht im eigenen, sondern im Namen der Beklagten geschlossen“. Das würde dann bedeuten, dass der Platz in der Wertschöpfungskette den Betrieb konstituiert. Nur sagt der Senat auch das nicht.

In der Subsumtion betont der Senat, dass der zentrale § 7 des Betriebsführungsvertrags auf eine Generalhandlungsvollmacht zielt, womit der Auftraggeber allein berechtigt und verpflichtet würde und schon deswegen die Inhaberschaft bei ihm verblieben sei. Dass die arbeitsrechtlichen Entscheidungen vom Betriebsführer im eigenen Namen getroffen wurden, sieht der Senat als bloße und unbeachtliche Folge des Rechtsirrtums über den Betriebsübergang (Rn. 38).

Damit bleibt die Entscheidung merkwürdig divergent: Wenn es im Recht des Betriebsübergangs einen Grundsatz der Einheit von unternehmerischer Tätigkeit gegenüber Kunden und Lieferanten gibt, dann kommt es allein darauf an, ob die unternehmerische Tätigkeit nunmehr vom Erwerber (also dem Betriebsführer) wahrgenommen wird. Die Art und Weise der Bevollmächtigung ist allenfalls sekundär von Bedeutung. Der Umstand, dass der Betriebsführer hier die Belegschaft in eigenem Namen führte, also die betrieblich-arbeitsorganisatorische Leitungsmacht ausübte, hat das BAG nicht „irritiert“.

Erstaunlich ist die Zitierweise: Das BAG meint, es habe dies schon bisher gesagt und zitiert seine Rettungsdienstentscheidung,⁷ die aber nur die Worte „umfassende Nutzung des Betriebs nach außen“ enthält, aber gerade nichts zu Kundschaft und Lieferanten des Rettungsdienstes sagt. Entscheidungserheblich für die Verneinung des Betriebsübergangs war dort vielmehr, dass der potenzielle Erwerber zu keinem

„Zeitpunkt den Betrieb Rettungsdienst nach außen hin selbst unterhalten, noch [...] dem Personal arbeitsrechtliche Weisungen im eigenen Namen als Arbeitgeber erteilt“ hat (Rn. 32). Dort stand nur eine bloße Funktionsnachfolge durch einen anderen Rettungsdienstleister in Rede, weswegen der Träger des Rettungsdienstes niemals Arbeitgeber geworden ist. In jener Entscheidung hat der Senat also gerade die Trennung von unternehmerischer und arbeitgeberischer Funktion akzeptiert und zentral darauf abgestellt, dass die neuen Dienstleister „nicht wie bei einer Betriebsführung im fremden Namen, als ‚verlängerter Arm‘ des Beklagten handeln, sondern eine eigene betriebliche Leitungs- und Organisationsbefugnis ausüben“ sollten (Rn. 49). Die zweite zitierte Entscheidung (BAG, NZA 2006, 597) spricht an der in Bezug genommenen Stelle (B I 1 c aa) zwar davon, dass „die Geschäftstätigkeit“ durch den neuen und „verantwortlichen“ Inhaber weitergeführt werden müsse. Aber ebenso klar:

„Verantwortlich ist die Person, die den Betrieb im eigenen Namen führt“ und „Betriebsinhaber ist nach den oben dargestellten Grundsätzen derjenige, der den Betrieb im eigenen Namen führt. Er muss nach außen als der Inhaber des Betriebs auftreten [...] Unmaßgeblich ist, worauf das LAG aber entscheidend abgestellt hat, wer wirtschaftlich die Geschicke des Betriebs bestimmt. Das muss nicht der Betriebsinhaber sein, das kann auch ein anderer sein, sofern er im Namen des Betriebsinhabers handelt.“

Damit hatte der Senat anders als jetzt durchaus auf die realen Stellvertretungsverhältnisse beim „echten“ Betriebsführungsvertrag abgestellt. „Nach außen“ meint dort also das Offenkundigkeitsprinzip der Stellvertretung, § 164 II BGB. Mit solchen Zitaten betreibt der Senat bewusst oder unbewusst einen irreführenden Bedeutungstausch. Was der Senat schon gesagt haben will, hat außer ihm niemand bemerkt.

Mit seiner eigenen Rechtsprechung und der eingehenden Literatur setzt sich das BAG nicht auseinander. In der Frischelager-Entscheidung hat der Senat ebenfalls einen Betriebsübergang verneint, aber weil nicht nachgewiesen war, dass die für den Senat damals entscheidende „gesamte Organisations- und Leitungsmacht über den Betrieb“ übergegangen war.⁸ Ebendort, Rn. 27 ff. legte der Senat dar, dass es auf die (zweifelsfrei übergegangenen) Kundenbeziehungen nicht ankomme, wenn der bisherige Arbeitgeber dieselbe Tätigkeit ausübe. Im Kern handelte es sich damals auch schon um eine Trennung von Unternehmer- und Arbeitgeberfunktion durch Betriebsführungsvertrag, nur eben spiegelbildlich zum hiesigen Fall: Die Unternehmerfunktion wurde abgetrennt und die Arbeitgeberfunktion blieb zurück. Dafür, dass die Richtung der Funktionsverlagerung einen Unterschied macht, spricht: nichts.

Die Diskussionen in der Literatur⁹ finden keine Erwähnung. Im Kern greift der Senat die alte Idee von Joost auf, der stärker auf die unternehmerische Tätigkeit abstellen woll-

6 BAG, NZA 2018, 933; Urt. v. 25.1.2018 – 8 AZR 338/16, BeckRS 2018, 2098; Urt. v. 25.1.2018 – AZR 524/16, BeckRS 2018, 13001.

7 BAG, NZA 2012, 1161.

8 BAG, NZA 2007, 1428 Rn. 23.

9 Statt aller Staudinger/Annuß, 2016, BGB, § 613 a Rn. 66 ff. zur zentralen Bedeutung der Betriebsorganisation, Rn. 72 zur prinzipiellen Unbeachtlichkeit der Kundschaft; MüKoBGB/Müller-Glöge, 7. Aufl. 2016, § 613 a Rn. 16, 21 f. zur zentralen Bedeutung der funktionsfähigen arbeitstechnischen Organisationseinheit, Rn. 27, 48 zur Kundschaft; Houben, NJW 2007, 2075.

te,¹⁰ was aber nach bislang einhelliger Meinung den Schutzzweck der Arbeitsplatzzerhaltung verfehlt.¹¹ Zu alledem sagt der *Senat* nichts. Nun müssen Urteile nicht gelehrsam zitieren; grundlegende Richtungsänderungen der Rechtsprechung müssen aber offengelegt werden. So gesehen: Der 8. *Senat* kann seine Rechtsprechungs-Qualität noch verbessern. Andererseits: In Ermangelung greifbarer Argumente hilft es, illiterat zu sein. Das hindert Störgefühle.

2. Keine konstitutive Wirkung der Unterrichtung über den Scheinbetriebsübergang

Für Selbstverständliches betreibt das BAG mehr Begründungsmühe: In Rn. 61–69 der Leitentscheidung legt er dar, dass die – falsche – Information über den Betriebsübergang keinen Arbeitgeberwechsel bewirken kann. Die richtige Information befristet nur das Widerspruchsrecht, das seinerseits den Tatbestand des Betriebsübergangs voraussetzt. Keinesfalls kann die falsche Information über einen Scheinbetriebsübergang nebst anschließender Untätigkeit des Arbeitnehmers den Arbeitgeberwechsel bewirken. Immerhin denkbar ist es, dass sich eine Betriebsführungsgesellschaft gegen Zweifel am Betriebsübergang dadurch absichert, dass sie Beförderungen oder Gehaltserhöhungen davon abhängig macht, dass die Arbeitgeberfunktion klargestellt wird (noch III 2).

Dem Vertrauensschutzbedürfnis solcher Arbeitgeber, die auf eine bislang einigermaßen stabile Rechtsprechung zum Betriebsübergang setzen, hätte sich nur dadurch Rechnung tragen lassen, dass die vom *Senat* verfügte Änderung nicht für die Vergangenheit greift. Dazu war der *Senat* offenbar nicht bereit. § 613 a VI BGB ist kein geeignetes Instrument für solchen Schutz.

3. Konzeptuelle Schwierigkeiten

a) *Defizite in der Bestandsschutzfunktion von § 613 a I BGB.* Wer Außenrechtsbeziehungen zu Kunden und Lieferanten und also die Funktion des Unternehmens (!) in der Wertschöpfungskette in den Betriebsbegriff des § 613 a BGB bzw. den Begriff der „wirtschaftlichen Einheit“ einbezieht, macht ein Fass auf: Zweck der Norm und der zugrundeliegenden BetriebsübergangsRL ist die Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen. Der Arbeitnehmer folgt dem Arbeitsplatz, weil ihm der Veräußerer sonst kündigen könnte. Wer den Tatbestand des Betriebsübergangs mit Tatbestandsmerkmalen auflädt, die nicht auf die Arbeitsorganisation, sondern auf andere Aspekte ausgerichtet sind, der lädt kündigungswillige Arbeitgeber dazu ein, den Betriebsübergang gezielt zu vermeiden, indem nur die Arbeitsplätze übertragen werden, nicht aber der unternehmerische Funktionszusammenhang. Diesen Gedanken hat *Willemsen* mit Blick auf die Rettungsdienstentscheidung des *Senats* zuerst formuliert.¹² Wer also einen Betrieb leeren will, gliedert zuerst die wichtigen Teile aus und schließt sodann einen Betriebsführungsvertrag unter Zurücklassung von Kunden und Lieferanten. Aus Sicht des *Senats* müsste dann der Betriebsübergang und der Arbeitgeberwechsel scheitern. Der Auftraggeber kann kündigen. „Brutaler“ wirkt sich das neue Verständnis auf den Arbeitnehmerschutz bei Spaltungen und Ausgliederungen aus (dazu III 2 b).

Interessanterweise hat der *Senat* in einer der Werzalit-Entscheidungen diese Frage mittelbar angesprochen: Im Fall 8 AZR 524/16 hat der Kläger nämlich einen *Beschäftigungsanspruch* geltend gemacht, dem der *Senat* stattgegeben hat (Rn. 69 ff.). Dabei sieht der *Senat*, dass die Beschäftigungspflicht mit der Unmöglichkeit entfällt, insbesondere also,

wenn der Arbeitgeber keinen Betrieb mehr unterhält (Rn. 71). Hier hob der *Senat* darauf ab, dass der Produktionsbetrieb noch besteht und im Eigentum des verurteilten wahren Arbeitgebers steht. Mit Recht betont der *Senat*, dass der Betriebsführungsvertrag als solcher nicht jede Zugriffsmöglichkeit vereitelt. Im konkreten Fall war offenbar zu wenig vorgetragen. Mit der der BAG-Entscheidung nachfolgenden Insolvenz hatte sich auch diese Frage erledigt. In allen anderen Fällen verlagert eine solche Handhabung den Unmöglichkeitseinwand ins Vollstreckungsverfahren. Die Beschäftigung durch den Arbeitgeber ist unvertretbare Handlung, also durch Zwangsgeld oder Zwangshaft zu vollstrecken, § 888 ZPO. Deren Festsetzung scheitert an der vom Vollstreckungsschuldner nachzuweisenden Unmöglichkeit. Der wolkige Tonfall des *Senats* verdeckt die entscheidende Frage: Der Arbeitgeber ist nämlich nicht verpflichtet, einen Arbeitsplatz zu schaffen, um einen Arbeitnehmer beschäftigen zu können. Er ist auch nicht verpflichtet, einen Betriebsführungsvertrag zu kündigen, um die Herrschaft über den Betrieb und seine Arbeitsplätze zurückzugewinnen. Es genügt – wie im Kündigungsrecht – dass der Arbeitgeber den Willen zur Betriebsführung vollständig und endgültig aufgibt.

Das wiederum bedeutet: Restrukturierungswillige Arbeitgeber könnten künftig den Tatbestand des Betriebsübergangs verhältnismäßig leicht verhindern, indem sie „Außenfunktionen“ zurücklassen. Sie könnten dann der Betriebsführungsgesellschaft erlauben, sich ihre Arbeitnehmer frei auszusuchen, genauer: frei zu entscheiden, wem sie eine Vertragsübernahme anbietet. Der Schutz des § 613 a I 1 BGB entfele.

b) *Abweichung gegenüber dem Teilübergang einzelner Funktionsbereiche.* Die Idee des *Senats*, den Arbeitnehmern über § 613 a I BGB ein mittelbares Recht auf Beibehaltung der bisherigen Unternehmensfunktionen gegenüber Kunden- und Lieferanten zu verschaffen, gerät in Friktion zu Teilbetriebsübergängen. Immer schon werden Teilfunktionen von Unternehmen nach § 613 a I BGB auf andere Rechtsträger übertragen – ohne dass dabei Kunden- oder Lieferantenbeziehungen notwendig mitübergehen müssten. Das gilt für Verwaltungseinheiten (Shared Service Center) ebenso wie für den Betrieb eines Lagers oder den Fuhrpark (Logistik), also sämtliche unternehmensinternen Dienstleistungen. Auf der anderen Seite werden Funktionen mit Außenbeziehungen ausgliedert, etwa in die Vertriebsgesellschaft, die die Kunden in eigenem Namen betreut. Der *Senat* müsste nun ein unternehmensorganisationsrechtliches Konzept entwickeln, an welchen Betriebsteilen die Kunden- und Lieferantenbeziehungen „kleben“ also dergestalt mit ihnen verbunden sind, dass ohne die Mitnahme der Außenbeziehungen der Betriebsübergang scheitert. Wenn die Kunden zum Vertrieb gehören, dann können sie für die Produktion kein maßgebliches Kriterium sein. Wenn die Lieferanten zum Einkauf rechnen, gilt das ebenso. Das produziert entsprechende Gestaltungskonzepte (unten III 1 a) und wirft Gleichheitsfragen auf. Entsprechenden Bemühungen der *Senats*rechtsprechung darf mit interessierter Neugier begegnet werden.

c) *Programmierte (verbotene) Arbeitnehmerüberlassung?* Was der *Senat* erstaunlicherweise nicht problematisiert, ist die verbotene Arbeitnehmerüberlassung als Ersatzgrund für

¹⁰ Joost, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im ArbR, 1988, 367 ff.

¹¹ Dazu *Annauß*, NZA 1998, 70.

¹² *Willemsen*, NZA 2017, 953 (957 f.).

die Arbeitgeberstellung des Betriebsführers, § 10 I 1 AÜG. Arbeitnehmerüberlassung verlangt ausschließlich die Ausübung des Direktionsrechts durch den Erwerber in eigenem Namen und damit deutlich weniger als der Betriebsübergang zumal im Verständnis der neuen Entscheidungen. Wenn also der Betriebsführer im Fall des gescheiterten Betriebsübergangs Arbeitgeberweisungen in eigenem Namen erteilt, dann ist das Arbeitnehmerüberlassung. Fehlt dem Auftraggeber der Betriebsführung als wahren Arbeitgeber die Verleiherlaubnis, so wird der Arbeitsvertrag in der Sekunde der Arbeitsaufnahme unwirksam, § 9 I Nr. 1 AÜG.¹³ Das neue Arbeitnehmerüberlassungsrecht verschafft dem Arbeitnehmer zwar ein „Festhaltenrecht“, doch muss er die Festhaltenserklärung erst einmal wirksam aussprechen, § 9 II AÜG. Das für den entschiedenen Fall maßgebende Recht kannte eine solche Festhaltenserklärung nicht; sie wurde zum 1.4.2017 eingeführt.

Erstaunlich ist diese Urteils-lücke, weil der Tatbestand des Urteils zumindest nahelegt, dass der Betriebsführer als Arbeitgeber in eigenem Namen aufgetreten ist. Der Betriebsführungsvertrag mit seinem § 7 und der dort genannten Generalvollmacht hat mit der Frage, ob die stellvertretungsrechtliche Offenkundigkeit in der tatsächlichen Handhabung gewahrt worden ist, nichts zu tun. Der *Senat* sieht sogar, worauf der Betriebsführungsvertrag zielt: „Diese Regelung unterstreicht aber nur, dass die Beklagte und die F nicht von einer Personalgestaltung, sondern von einem Betriebsübergang ausgingen“.¹⁴ Aber er geht nicht der Frage nach, ob der gescheiterte Betriebsübergang dann eben doch in die Arbeitnehmerüberlassung mündet. Ob sich die Parteien hierauf vor Gericht berufen haben, ist irrelevant. *Iura novit curia*.

Von Bedeutung ist das für jene Fälle, die eine gespaltene Betriebsführung – also Handeln in eigenem Namen gegenüber den Arbeitnehmern und in fremdem Namen gegenüber Kunden und Lieferanten – vereinbart haben und diese auch praktizieren. In ihrem Fall bewirkt die Ausübung des Direktionsrechts durch den Betriebsführer in eigenem Namen notwendig ein gesetzliches Arbeitsverhältnis nach § 10 I 1 AÜG, falls der Betriebsübergang scheitert. Vor einem Bußgeld nach § 16 AÜG sind sie in den Alt-Fällen gefeit, weil diese Rechtsprechungs-„Wende“ des *Betriebsübergangssenats* nicht vorhersehbar war (sie ist auch nur schwer nachvollziehbar).

d) *Betriebsverfassungsrechtliche Folgefragen*. Der Betriebsübergang ist auch ein Tatbestand der Betriebsverfassung, weswegen der 8. *Senat* in Konflikt mit dem 1. und 7. *Senat* geraten kann: Der Übergang des gesamten Betriebs bewirkt erstens den Erhalt und Übergang des bestehenden Betriebsrats;¹⁵ zweitens gelten Betriebsvereinbarungen normativ weiter¹⁶ und drittens ist der vollständige Betriebsübergang mitbestimmungsfrei.¹⁷ Die Werzalit-Entscheidung bezieht systemische Folgen für die Betriebsverfassung nicht in ihr Kalkül ein:

Soweit die Betriebsübergangsbegriffe gleichlaufen, bedeutet das Scheitern des Betriebsübergangs wegen zurückgelassener Außenbeziehungen, dass der Betriebsrat (und zunächst die Belegschaft) aus Sicht des § 613 a I BGB bei dem Auftraggeber des Betriebsführungsvertrags bleiben. Sollten die Arbeitnehmer nach § 10 AÜG zum Betriebsführer wechseln, so bliebe der Betriebsrat als Gremium zurück. Beim erstmals eingeschalteten Betriebsführer könnten Neuwahlen stattfinden. Ein Übergangs- oder Restmandat käme nicht in Betracht, weil der Betrieb beim Betriebsführer nicht mit demjenigen des Auftraggebers übereinstimmt. Teilfreigestellte Betriebsratsmitglieder gehen mit; vollfreigestellte wären von

§ 10 AÜG nicht erfasst, weil sie nicht zur Arbeitsleistung überlassen werden. Sie bleiben einsam beim Auftraggeber. Dort können sie gegebenenfalls nach § 15 IV KSchG gekündigt werden. Betriebsvereinbarungen, die der Betriebsrat mit dem Auftraggeber geschlossen hat, gelten dort, im entleerten Betrieb, ohne Adressaten weiter. § 613 a I 2 BGB kann den Arbeitnehmern beim Betriebsführer nicht helfen, weil es am Tatbestand des Betriebsübergangs fehlt. Ähnliche Probleme stellen sich, wenn Auftraggeber und Betriebsführer den nach § 613 a I 1 BGB gescheiterten Arbeitgeberwechsel durch Vertragsübernahme der Einzelarbeitsverhältnisse oder durch Spaltung und Ausgliederung nach dem Umwandlungsgesetz herbeiführen (noch III 2). Auch dann bleibt der Betriebsrat als Gremium mit seinen Betriebsvereinbarungen und einem (weithin) entleerten Betrieb zurück.

Auf der anderen Seite können gescheiterte Betriebsübergänge Mitwirkungsrechte des Betriebsrats nach §§ 111 ff. BetrVG auslösen. Nur der wirksame Betriebsübergang ist notwendig mitbestimmungsfrei. Der gescheiterte könnte als Betriebsstilllegung gewertet werden. Das mündet in die weitere spannende Frage, ob künftig Betriebsräte fürsorglich einen Anspruch auf Interessenausgleich und Sozialplan für den Fall geltend machen können, dass der Betriebsübergang scheitert. Wo Arbeitsgerichte einen Unterlassungsanspruch im vorläufigen Rechtsschutz gewähren, ist die Frage nach der vorbeugenden Abwehr der Betriebsstilllegung aufgeworfen. Das setzt freilich immer voraus, dass beim bisherigen Arbeitgeber noch ein Betriebsrat existiert. Sind die Arbeitsverhältnisse der Betriebsratsmitglieder und der Ersatzmitglieder anderswie auf den Betriebsführer übergegangen, so ist das Gremium erloschen; die Betriebsschließung mitbestimmungsfrei möglich.

Wollen 1. und 7. *Senat* solche Beschädigungen der Betriebsverfassung und ihrer Stabilität verhindern, so können sie über das entscheidungsharmonisierende Verfahren den *Großen Senat* nach § 45 ArbGG anrufen. Oder sie müssten für die Betriebsverfassung einen eigenständigen funktionalen Begriff des Betriebsübergangs entwickeln – was nicht ganz einfach wird. Denn ohne Arbeitsverhältnisübergang fehlt dem übergehenden Betriebsrat die Belegschaft. Man reibt sich die Augen.

4. Juridische Unklarheit als Steuerungskonzept?

Der 8. *Senat* legt kein klares Konzept seines Tatbestandsverständnisses vor, gibt keine Rechenschaft über Folgenabschätzung und Ausweichreaktionen und lässt jede systematische Einbettung missen. Im Kern hat er nur das Einzelfalljudikat getroffen, dass ihm „dieser“ Betriebsführungsvertrag missfällt – womöglich wegen der wirtschaftlichen Notlage der Betriebsführungsgesellschaft, die schon kurz nach ihrer Einschaltung stillgelegt worden ist. Die Arbeitnehmer sind so zumindest aus objektiver Sicht irreführt worden. Ob diese Vorgehensweise geplant oder zumindest in Kauf genommen war, womit dann ein institutioneller Rechtsmissbrauch dieselbe Entscheidung getragen hätte, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

Gleichwohl hat die Entscheidung erhebliche Bedeutung über den Fall hinaus: Betriebsführungskonzepte müssen ab jetzt die Gefahr einkalkulieren, dass eine auch deutlich sorgfälti-

13 Dazu BAG, NJOZ 2016, 1259 = AP AÜG § 1 Nr. 38 = NZA 2016, 1168 Os..

14 Leitentscheidung BAG, NZA 2018, 933 Rn. 59 = AP BGB § 613 a Nr. 474, entspr. in den anderen Ur.

15 MüKoBGB/Müller-Glöge, § 613 a Rn. 71.

16 StRspr BAG, NZA 2015, 1331 mwN.

17 StRspr, etwa BAG, NZA 1987, 523 = AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 18.

gere Gestaltung als im entschiedenen Fall letztlich am und im Betriebsübergang scheitert. Insbesondere die aus steuerlichen und gesellschaftsrechtlichen Gründen vielfach gewählte Gestaltung, den Betriebsführer in arbeitsrechtlichen und personalwirtschaftlichen Fragen eigenständig, also weisungsfrei und in eigenem Namen entscheiden zu lassen, aber die Außenbeziehungen zu Kunden und Lieferanten bei der unternehmerisch tätigen Gesellschaft zu belassen – so dass also die Betriebsführungsgesellschaft teils in eigenem und teils in fremdem Namen agiert (was stellvertretungsrechtlich ohne weiteres möglich ist) –, kann so und ohne Vorkehrungen nicht mehr empfohlen werden. Das Rechtsrisiko ist zu hoch.

Darin liegt die eigentliche Bedeutung der Entscheidung: Sie steuert das Organisationsverhalten der Unternehmen nicht durch konkrete und transparente rechtliche Vorgaben, an denen die Unternehmen sich rechtssicher orientieren können – sondern sie verbreitet „Angst“ im Sinne von Rechtsunsicherheit. Das Rechtsrisiko soll das Verhalten lenken. Seit *Justus Wilhelm Hedemanns* „Flucht in die Generalklauseln“ 1933 ist deren schädliche Wirkung für das Rechtssystem bekannt. Sonst bekämpft die Rechtsordnung Intransparenz und Informationsasymmetrien. Dieser *Senat* setzt auf sie. Das ist rechtsstaatlich fragwürdig und mündet in die skurrile Folgefrage, wie beteiligte Arbeitgeber jetzt noch hinreichend über einen Betriebsübergang nach § 613 a V BGB unterrichten sollen, wenn sie gar nicht wissen, ob der Tatbestand erfüllt ist. Sollen sie ihre Rechtsauffassung dartun und auf das Rechtsrisiko hinweisen? Müssen Gestaltungen, die einen Betriebsübergang zu vermeiden suchen, künftig eine fürsorgliche Information über einen nach der Rechtsprechung nur möglichen Betriebsübergang erteilen?

Was der *Senat* nicht bedenkt: Diese Unsicherheit trifft Arbeitnehmer ebenso: Die Betriebsführungsgesellschaft agiert nach seiner Auffassung als Schein-Arbeitgeber; wahrer Arbeitgeber ist die beauftragende Gesellschaft. Jegliche Rechtsgeschäfte des Schein-Arbeitgebers, von der vertraglichen Entgelterhöhung über Arbeitszeitänderungen bis zur Beförderung sind unwirksam: Die Betriebsführungsgesellschaft hat arbeitsrechtlich in eigenem Namen gehandelt; dies war offenkundig. Eine Auslegung nach § 164 I 2 BGB dahin, dass das unternehmensbezogene Rechtsgeschäft stets für den wahren Arbeitgeber abgegeben sein müsse, ist nicht möglich, wenn das Eigengeschäft der Betriebsführungsgesellschaft offenkundig und eindeutig gewollt ist. Der Vertretungswille ist autonom und folgt nicht den Wünschen des BAG. Überdies fehlt in den praktischen Fällen in aller Regel jedwede Vollmacht der Betriebsführungsgesellschaft, in arbeitsrechtlichen Fragen für den Auftraggeber zu handeln. Hier hülfe allenfalls eine Rechtsscheinvollmacht. Aus dem Rechtsirrtum über den Tatbestand des Betriebsübergangs indes einen Rechtsschein der Bevollmächtigung abzuleiten, geht zu weit. Auch Vertragsänderungsrechte der Arbeitnehmer (vor allem Teilzeit- und Elternzeitbegehren, Entgeltumwandlungen) können nur gegenüber dem richtigen Arbeitgeber geltend gemacht werden. Wer Unsicherheit über die Arbeitgeberstellung streut, erschwert dem Arbeitnehmer die Geltendmachung dieser Rechte gegenüber dem richtigen Arbeitgeber als zuständigem Adressaten.

Schließlich wird ein vermeintlich arbeitnehmerloser Auftraggeber in aller Regel eine etwa vorhandene Tarifbindung abstreifen. Tariftreue Reorganisationskonzepte münden in die Tarifgebundenheit der Betriebsführungsgesellschaft, wo sie mangels Belegschaft nicht wirkt. Die anderweitige Belegschaftszuordnung bedeutet: Eine jegliche Tarifentwicklung

nach dem Ende der Tarifgebundenheit des wahren Arbeitgebers geht an den Arbeitnehmern vorbei.

5. Vorlagepflicht an den EuGH?

a) *Abweichung von der Rechtsprechung des EuGH zum Betriebsübergangstatbestand.* Wenn der *Senat*, was wir nicht genau wissen, für die Betriebsinhaberschaft ernstlich eine Einheit von unternehmerischem Marktauftritt und arbeitsrechtlicher Leitungsmacht fordert, den Arbeitgeberwechsel insbesondere vom Marktauftritt gegenüber Kunden und Lieferanten abhängig macht, dann in der Tat wäre eine Vorlage an den *EuGH* nach Art. 267 III AEUV durch das letztinstanzliche Gericht unabweisbar gewesen: Der *EuGH* misst dem Kundenstamm eine relevante tatbestandliche Bedeutung für den Betriebsübergang nur bei betriebsmittelarmen Arbeitsorganisationen zu; bei den betriebsmittelintensiven, also gerade im produzierenden Gewerbe komme es dagegen primär auf die Nutzbarkeit der Betriebsmittel an. Das hat der *EuGH* mehrfach gesagt: In der Entscheidung *Merckx* betont der *EuGH*, dass die Übernahme des Vertriebsgebiets (und eines Teils der Belegschaft) für einen (betriebsmittelarmen) Autohändler den Betriebsübergang auslösen kann.¹⁸ Von konkreten Kunden- oder Lieferantenbeziehungen war in der Rechtsprechung des *EuGH* nicht die Rede. Für betriebsmittelintensive Betriebe hat der *EuGH* das nie gesagt. Insbesondere hat der *EuGH* auch klargestellt, dass die bloße Funktionsnachfolge, also die Tätigkeit für einen Kunden, gerade keinen Betriebsübergang bedeutet.¹⁹ Deswegen kann auch umgekehrt die Nichtübernahme von Kunden den Betriebsübergang nicht hindern.

Eben hieran rüttelt der *Senat*: Wenn „Außenbeziehungen“ auch beim betriebsmittelintensiven Unternehmen notwendiges Element des Betriebsübergangstatbestandes sind, dann ist eine „wertende Gesamtbetrachtung“ aller nach der *EuGH*-Rechtsprechung maßgeblichen Faktoren nicht mehr möglich. Anstelle der Gesamtschau tritt die Berücksichtigung eines ausschließlichen Einzelfaktors, dessen Fehlen jeden Betriebsübergang hindert. Die Vorlagepflicht war von der Revision explizit angesprochen. Der *Senat* setzt sich mit Art. 267 III AEUV nicht eigens auseinander, sondern behauptet implizit, sein Vorgehen stehe im Einklang mit der Rechtsprechung des *EuGH*. Der *Senat* zitiert mehrere *EuGH*-Entscheidungen,²⁰ die für diese Frage wenig hergeben. In Rn. 56 behauptet der *Senat* Übereinstimmung mit der *CELTEC*-Entscheidung des *EuGH*, die doch nur den maßgeblichen Zeitpunkt des Betriebsübergangs behandelt.²¹ So lässt sich der Vorlagepflicht nicht entkommen.

Überdies könnte selbst beim betriebsmittelarmen (Dienstleistungs-)Betrieb durch Zurücklassen der Kundenbeziehungen der Betriebsübergang trotz Übernahme der Kernbelegschaft verhindert werden. Auch das steht im Widerspruch zur *EuGH*-Rechtsprechung.²² In der *Securitas*-Entscheidung hat der *EuGH* gar explizit gesagt, dass der Verlust eines Kunden dem Betriebsübergang nicht entgegenstehen darf.²³

18 *EuGH*, ECLI:EU:C:1996:87 = NZA 1996, 413 Rn. 17 ff = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 9.

19 *EuGH*, ECLI:EU:C:1997:141 = NZA 1997, 433; so auch BAG, NZA 2012, 1161 = AP BGB § 613 a Nr. 426.

20 BAG, NZA 2018, 933 Rn. 50 = AP BGB § 613 a Nr. 474.

21 *EuGH*, ECLI:EU:C:2005:321 = Slg. 2005, I-4412 = NZA 2005, 681 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 1 – Celtec.

22 *EuGH* zul. ECLI:EU:C:2018:559 = NZA 2018, 1053 – Somoza Hermo.

23 *EuGH*, ECLI:EU:C:2017:780 = NZA 2017, 1379 Rn. 35 ff. = AP RL 2001/23/EG Nr. 16 – Securitas.

b) *Unternehmerfreiheit des Art. 16 GRCh*. Zudem ist die Unternehmerfreiheit des Art. 16 GRCh berührt, die das BAG in Anwendung der BetriebsübergangsRL nach Art. 51 I GRCh zu achten hatte. Eine Entscheidung des EuGH darüber, ob der Tatbestand des Betriebsübergangs dazu genutzt werden darf, die Trennung von Arbeitgeber- und Unternehmerfunktion zu verhindern und damit die unternehmerische Organisationsfreiheit einzuschränken, gibt es bislang nicht. Die Aktivierung der Unternehmerfreiheit im Recht des Betriebsübergangs hat der EuGH bislang für die Frage nach der dynamischen Bezugnahme Klausel beschäftigt.²⁴ Nachdem der Tarifsenaat des BAG den EuGH in seiner Asklepios-Vorlage – vorsichtig gesprochen – „veräppelt“ hat,²⁵ darf man gespannt sein, wie der EuGH auf eine entsprechende Vorlage etwa eines LAG zum Tatbestand des Betriebsübergangs reagiert. Immerhin konnte der Senat aufgrund der absehbaren Insolvenz sicher sein, dass im Werzalit-Fall keine Verfassungsbeschwerde wegen Verfehlung des gesetzlichen Richters erhoben wird.

III. Betriebsführungsvertrag tot oder reloaded?

Wer die Werzalit-Entscheidungen in ihrer schlimmstmöglichen Auslegung wahrnimmt, könnte am Betriebsführungsvertrag als Gestaltungsmittel (ver)zweifeln. Indes ist die Beratungspraxis lediglich aufgefordert, bestehende Konzepte zu verfeinern.

1. Abwehrende Reorganisationsmaßnahmen

a) *Fragmentierende Entkernung vor Betriebsführung*. Falls das BAG eine Einheit von Betrieb und Unternehmensfunktion postuliert und damit implizit einen Besitzstand an der bestehenden Unternehmensorganisation schützt, liegt es für gestaltungswillige Unternehmen nahe, eben diese Unternehmensorganisation vor Abschluss eines Betriebsführungsvertrags zu verändern – mit dem Ziel, dass die Außenbeziehungen zu Kunden und Lieferanten von der produzierenden Einheit getrennt und für eine wertende Betrachtung des Betriebsübergangs irrelevant geworden sind.

Die Außenbeziehungen zu Kunden lassen sich auf eine *Vertriebsgesellschaft* übertragen, die diese Absatzfunktion eigenständig wahrnimmt. Die Verselbstständigung der Vertriebsfunktion ist insbesondere in Konzernen aber auch bei mittelständischen Unternehmen ein gängiges Instrument. Das kann betriebswirtschaftlichen Effizienzzielen dienen, Kundennähe suchen, aber auch arbeitsrechtliches Gestaltungsmittel sein. In einer Vertriebsgesellschaft kann ein eigenständiges vertriebsorientiertes Vergütungssystem installiert werden – ohne dass Betriebsräte von produzierenden Einheiten mitzubestimmen hätten. Überdies ist die Neigung von Vertriebsmitarbeitern, sich in Betriebsräten zu organisieren, wenig ausgeprägt. Auch *Service und Wartung* beim Kunden lassen sich auf eine entsprechende Gesellschaft übertragen. Der Übergang der Kundenbeziehungen allein löst anerkanntermaßen keinen Betriebsübergang aus.²⁶ Digitale Plattformunternehmen (Airbnb, Uber, amazon als Marktplatz, Flixbus) halten die Kundenbeziehung von vornherein von der den Leistungsbeziehern fern; sie sind bloße Leistungsmittler.

Die Außenbeziehungen zu Kunden lassen sich durch eine *Separierung der Einkaufsfunktion* von der produzierenden Einheit trennen. Auch dafür sprechen vor allem betriebswirtschaftliche Gründe. Kleine Unternehmen können sich zu Einkaufsgemeinschaften verbinden oder einen Dienstleister mit der Warenversorgung beauftragen, wie das in der Hotellerie

praktiziert wird. Selbstredend kann die Einkaufsfunktion auch auf ein Konzernunternehmen übertragen werden. Irgendein Rechtsprinzip, wonach Vertrieb und Einkauf einerseits und Produktion andererseits in einer Hand sein müssten, gibt es nicht. Die Unternehmensorganisation ist frei – jedenfalls außerhalb des Betriebsübergangs.

Ein solchermaßen auf die Produktion reduziertes Unternehmen hat keine eigenständigen „Außenbeziehungen“ mehr, die für den Tatbestand des Betriebsübergangs relevant werden können. Ein solches Produktionsunternehmen hat in der Vertriebsgesellschaft einen Kunden und in der Einkaufsgesellschaft einen Lieferanten. Entschließt sich dieses Unternehmen nun, die Arbeitgeberfunktion auf eine Betriebsführungsgesellschaft zu übertragen, die ihrerseits von der Vertriebs- und der Einkaufsgesellschaft „bedient“ wird, so sind die etwaigen Anforderungen eines verschärften Betriebsübergangstatbestandes erfüllt. Die Betriebsführungsgesellschaft hat die in der Sekunde der Übernahme der Betriebsführung bestehenden Außenbeziehungen übernommen. Dass sie für Einkauf und Verkauf womöglich nur beschränkte Entscheidungsgewalt hat und also die vom BAG geforderte „Verantwortung“ nicht umfassend wahrnehmen kann, ist irrelevant. Denn für den Betriebsübergang kann es allein darauf ankommen, wie das Unternehmen unmittelbar vor der Funktionsübertragung organisiert ist.

b) *Umfassende Funktionsübertragung mit anschließender Korrektur*. Die zweite Organisationsmöglichkeit besteht darin, in einem ersten Schritt die Außenbeziehungen des Unternehmens zu Kunden und Lieferanten auf den Betriebsführer zu übertragen, der dann auch diese Außenkontakte in eigenem Namen („unechter Betriebsführungsvertrag“) wahrnimmt. Der Tatbestand des Betriebsübergangs ist dann zweifelsfrei erfüllt. Die eben beschriebene Übertragung der Außenbeziehungen auf Vertriebs- und Einkaufsgesellschaften kann nachträglich erfolgen. An dem ersten Betriebsübergang ändert das nichts.

Richtigerweise kann dieses zweiaktige Vorgehen auch so gestaltet werden, dass die Außenbeziehungen zu Kunden und Lieferanten zu einem späteren Zeitpunkt auf das bisherige Unternehmen, also den Auftraggeber des Betriebsführers rückübertragen werden. Der Übergang von Vertragsbeziehungen zu Dritten ist allein kein Betriebsübergang. Hieran zeigt sich der Denkfehler des BAG in der für die Unternehmen maßgeblichen bedrohlichsten Deutung: Wenn die „Außenbeziehungen“ zum notwendigen aber gerade nicht hinreichenden Tatbestandsmerkmal des Betriebsübergangs erhoben werden, führt das zu einer rechtlichen Asymmetrie. Diese wird genutzt werden.

c) *BAG als Beschleuniger der Fraktalisierung von Unternehmen*. Industrie 4.0 bringt neue Unternehmensorganisationsformen hervor. Bislang große Einheiten werden organisatorisch zu kleineren zerlegt, um die Anpassung an veränderte Umstände zu beschleunigen. Für Siemens hat der Vorstandsvorsitzende das anschauliche Bild vom Wechsel des schwerfälligen Tankers zum agilen, flexiblen koordinierten und leistungsfähigen Flottenverband geprägt. Dieser Trend zur Fraktalisierung von Unternehmen (Stichwort: Fraktale Fabrik statt linearem Taylorismus) in unternehmerische Teilfunk-

24 EuGH, ECLI:EU:C:2017:317 = NZA 2017, 571 = AP RL 2001/23/EG Nr. 13 – Asklepios, mwN.

25 Dazu Latzel, GPR 2017, 301 (302 f.).

26 BAG, NZA 2007, 1428 = AP BGB § 613 a Nr. 326 für ein Frischelager.

tionen mit hinreichender Selbständigkeit zur dynamischen Eigensteuerung kann sich unter dem Dach eines einheitlichen Rechtsträgers vollziehen – aber auch durch Ausgliederungen auf verselbstständigte Einheiten. In der Vergangenheit war das „Ausgliederungsgeschäft“ vielfach arbeitsrechtlich getrieben; vor allem Lohngefälle haben zur Verselbstständigung und Tariffucht von Kaufhausrestaurants, Logistikeinheiten usw. geführt.

Mit der Werzalit-Entscheidung setzt das BAG ein zusätzliches arbeitsrechtliches Fraktalisierungsmotiv: Wenn der Betriebsübergangstatbestand solchermaßen aufgeladen wird, dass die Reorganisation von kleinen und in den Unternehmensfunktionen getrennten Einheiten deutlich leichter fällt als diejenige größerer Einheiten mit gebündelten Unternehmensfunktionen, dann ist es für Unternehmen klug, die eigene Organisation restrukturierungsfähig zu halten. Wenn das Recht des Betriebsübergangs in bestimmten Konstellationen die Reorganisationsfähigkeit beschränkt, dann werden die Unternehmen diese Konstellationen meiden. Gerichte halten sich und ihr Richterrecht mitunter für eine Konstante der Macht; die Praxis dagegen nimmt sie als Umgebungsvariable wahr.

2. Alternatives Bewirken des Arbeitgeberwechsels

a) *Vertragsvorsorge durch Arbeitsvertragsübernahme.* Klassisches Instrument für den Arbeitgeberwechsel ist die gewillkürte Vertragsübernahme. Sie ist gesetzlich nicht geregelt, aber richterrechtlich anerkannt.²⁷ Erforderlich ist ein dreiseitiger Vertrag zwischen Alt-Arbeitgeber, Neu-Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer- oder ein zweiseitiger Vertrag mit Zustimmung der dritten Partei. Für Arbeitsverhältnisse ist fürsorglich die Schriftform des § 623 BGB zu beachten.²⁸ Wenn der Tatbestand des Betriebsübergangs scheitert, dann ist der Weg zur individuellen Vertragsnachfolge eröffnet. In keinem Fall kann der Vorwurf der „Umgehung“ von § 613 a BGB erhoben werden, wenn dessen Tatbestand nicht erfüllt ist.

Die beteiligten Unternehmen können also versuchen, die Arbeitnehmer zum „Übertritt“ in die Betriebsführungsgesellschaft zu bewegen und dabei auch klarstellen, dass der Arbeitsplatz beim bisherigen Arbeitgeber wegfällt. Zudem kann die Vertragsübernahme zwischenzeitliche Vertragsänderungen (Entgelterhöhungen, Beförderungen, Teilzeitabreden) sichern, die die Betriebsführungsgesellschaft als Scheinarbeitgeber sonst unwirksam geschlossen hätte (dazu II 4).

b) *Ausweichen auf Spaltung und Ausgliederung nach dem UmwG.* In Betracht kommt auch die umwandlungsrechtliche gewillkürte Universalsukzession als Instrument des Arbeitgeberwechsels. Wer die Anforderungen an den Betriebsübergang steigert, eröffnet umwandlungsrechtliche Spielräume. Bekanntermaßen bleibt § 613 a I BGB nach § 324 UmwG bei Umwandlungen „unberührt“. Richtigerweise folgt daraus eine Einschränkung der Spaltungswillkür bei Spaltungen und Ausgliederungen: Wenn ein Betrieb oder Betriebsteil auf den aufnehmenden Rechtsträger übergeht, dann dürfen die zugeordneten Arbeitsverhältnisse nicht von diesem getrennt werden.²⁹ Lässt sich aber der Tatbestand des Betriebsübergangs dadurch vermeiden, dass Kunden- und / oder Lieferantenbeziehungen entweder beim übertragenden Rechtsträger bleiben oder aber auf einen anderen aufnehmenden Rechtsträger übertragen werden, dann ist das Grundprinzip der willkürlichen Zuordnung von Rechtsverhältnissen rückeröffnet. Spaltungsplan oder -beschluss kön-

nen also nach der Konzeption des Gesetzes die Arbeitnehmer frei auf verschiedene Rechtsträger übertragen, ganz unabhängig davon, wohin ihre Arbeitsplätze wandern. § 613 a I BGB kann die Spaltungswillkür nur beschränken, wenn und soweit sein Tatbestand erfüllt ist. So gesehen eröffnet das BAG Reorganisationsspielräume. Aus einer Spaltung oder Ausgliederung kann eine Betriebsführungsgesellschaft als aufnehmender Rechtsträger hervorgehen, der die gewünschten Arbeitsverhältnisse frei zugeordnet werden können.

Allerdings will derselbe 8. Senat an die Stelle der Spaltungswillkür neuerdings ein Zustimmungsrecht des Arbeitnehmers zum Übergang seines Arbeitsverhältnisses setzen, das er unmittelbar aus Art. 12 I GG ableitet.³⁰ An die Stelle der Spaltungswillkür soll im zustimmungslosen Fall der Aufspaltung ein willkürliches Wahlrecht des Arbeitnehmers treten, mit dem er seinen Arbeitgeber wählen kann. Das ist gesetzwidrig, weil der Gesetzgeber die Universalsukzession nach UmwG unabhängig vom Willen der Vertragspartner ausgestaltet hat³¹ – indem er die tradierte Universalsukzession der Verschmelzung für die gewillkürte Spaltung nutzt. Auch Lieferanten und Kunden können sich ihren Vertragspartner nicht aussuchen – und auch bei ihnen ist vielfach die Unternehmerfreiheit als Berufsfreiheit betroffen. Als Sonderschutz der Arbeitnehmer hat das UmwG mit § 324 allein § 613 a BGB vorgesehen. Dessen Widerspruchsrecht dient allein der Abwehr eines unerwünschten und aufgezwungenen Arbeitgebers³² – aber nicht der Auswahl eines Wunscharbeitgebers. Auch bei Aufspaltungen ist ein Widerspruch möglich, der dann aber die Wirkung einer fristlosen Kündigung hat, weil der übertragende Rechtsträger erloschen ist.³³

Wenn der Senat meint, die Spaltungswillkür verstoße gegen das Grundgesetz, dann mag er eine Vorlage an das BVerfG nach Art. 100 GG prüfen. Freirechtliche Gesetzesergänzung ist ausgeschlossen. Ansonsten mag der BGH als das für zivilrechtliche Folgen von Umwandlungen primär zuständige Gericht den GmS-OGB anrufen. Im Übrigen werden diejenigen, die gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen planen, das Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers jedenfalls bei größeren Arbeitnehmerzahlen meiden, und so das vorsorgliche „Zurücklassen“ der Arbeitnehmer in einem entleerten Rechtsträger ermöglichen.

c) *Verbotene Arbeitnehmerüberlassung?* Die verbotene Arbeitnehmerüberlassung kann für Altfälle eine Heilung des am richterrechtlich verschärften Betriebsübergangstatbestand scheiternden Arbeitgeberwechsels bewirken (II 3 c). Ein Gestaltungskonzept für die Zukunft ist es schon wegen der Rechtswidrigkeit und der Sanktionsdrohung des § 16 AÜG nicht.

²⁷ Statt aller BGHZ 133, 71 = NJW 1996, 2156.

²⁸ Offengelassen BAG, NZA-RR 2012, 148 Rn. 25 mwN = AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 42.

²⁹ Kallmeyer/Willemsen, UmwG, 6. Aufl. 2017, § 324 Rn. 52; Semler/Stengel/Simon, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 324 Rn. 14 und § 323 Rn. 2, 24 ff.

³⁰ BAG, NZA 2018, 370 = AP BGB § 613 a Nr. 470.

³¹ Semler/Stengel/Leonard, UmwG, § 20 Rn. 8; Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, UmwStG, 7. Aufl. 2016, § 324 Rn. 24.

³² StRspr seit BAGE 26, 301 = NJW 1975, 1378 (1378) = AP BGB § 613 a Nr. 1; im Urt. v. 25.1.2001, NZA 2001, 840 (842) = AP BGB § 613 a Nr. 215 distanziert sich das BAG von der verfassungsrechtlichen Begr. des Widerspruchsrechts.

³³ Rieble, ZIP 1997, 301 (306) und NZA 2004, 1; Staudinger/Annuß, BGB, § 613 a Rn. 340; aA BAGE 126, 105 = NZA 2008, 815 Rn. 18 ff. mwN = AP BGB § 613 a Nr. 342: kein Widerspruchsrecht aufgrund teleologischer Reduktion; statt dessen Kündigungsrecht.

3. Insolvenztauglichkeit als Abwehrkonzept

Der entschiedene Fall endete nicht mit den Entscheidungen des BAG vom 25.1.2018 – sondern mit der Insolvenz der als Arbeitgeber festgestellten Werzalit-Gesellschaft. Die Arbeitnehmer büßen also ihre Annahmeverzugsentgeltansprüche weitgehend ein und bleiben auf den Prozesskosten sitzen. Die Klagewelle hat sich schlussendlich nicht gelohnt. Die Bereitschaft des BAG, bislang stabile arbeitsrechtliche Grundlagen auch rückwirkenden Rechtsrisiken auszusetzen, die nach mehrjährigem Prozessverlauf auch bedeutende finanzielle Auswirkungen haben können, wird manchen das Konzept des vermögensarmen und betriebsmittellosen Vertragsarbeitgebers schmackhaft machen. Prozesse, bei denen es wirtschaftlich nichts zu gewinnen gibt, werden in der Regel auch nicht geführt.

IV. Fazit

Dem 8. Senat hat es gefallen, den Tatbestand des Betriebsübergangs um das mögliche Element der Außenbeziehungen zu verschärfen, also die Stellung im Wertschöpfungsprozess gegenüber Kunden und Lieferanten zum Element des Betriebs als wirtschaftlicher Einheit zu machen. Die Literatur mit ihren gereiften Diskussionen werden nicht berücksichtigt. Über Folgen und Störungen im Recht des Betriebsübergangs, gegenüber Arbeitnehmerüberlassung und Betriebsverfassung macht sich der Senat keine Gedanken. Das europäische geprägte Recht des Betriebsübergangs mit dem Entscheidungsmonopol des EuGH wird nicht thematisiert, so dass eine Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 267 III AEUV greifbar ist und auch die Frage nach einer Verletzung des Prinzips des gesetzlichen Richters gestellt werden kann. ■

Rechtsanwalt Dr. Joachim Reichenberger*

Friktionen im sozialen Netz

Im Zentrum der nachfolgenden Ausführungen steht die Frage des Anspruchs auf Arbeitslosengeld I. Dabei soll neben den klassischen „Wegzugsfällen“ auch die, bei grenznah residierenden Arbeitgebers vielfach anzutreffende Konstellation der Grenzpendler erörtert werden, mithin von Beschäftigten, die bei ausschließlich ausländischen Wohnsitz lediglich zur Beschäftigung ins Inland pendeln. Schließlich sind auch Fallgestaltungen denkbar, in denen neben dem deutschen Wohnsitz, bereits zu Zeiten der Beschäftigung im Inland ein zusätzlicher ausländischer Wohnsitz bestand (sog Doppelwohnsitzfälle).

I. Einleitung

Deutschland verfügt im weltweiten Vergleich über ein sehr engmaschiges Netz der sozialen Sicherheit, in deren Zentrum bei Eintritt von Beschäftigungslosigkeit der Anspruch auf Arbeitslosengeld I steht.¹ Nicht selten war der bisher in Deutschland versicherungspflichtig Beschäftigte aber nur für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses in Deutschland bzw. denkt nach dessen Beendigung daran, eine neue Herausforderung im Ausland zu suchen.² In diesem grenzüberschreitenden Kontext stellt sich dann die Frage, ob die durch die Beitragsleistung zur gesetzlichen Sozialversicherung dem Grunde nach erworbene Ansprüche auch bei „Arbeitslosigkeit im Ausland“ geltend gemacht werden können. Diese Fragestellungen können bislang nicht als abschließend geklärt bezeichnet werden können.

II. Wegzugsfälle

Unter Wegzugsfällen sind Konstellationen zu verstehen, in denen der bislang im Inland Beschäftigte nach dem Ende des Beschäftigungsverhältnisses ins Ausland verzieht, um dort eine Anschlussbeschäftigung zu suchen. Fraglich ist, ob die arbeitslose Person aufgrund der bisherigen versicherungspflichtigen Beschäftigung in diesen Fällen den grundsätzlich bestehenden Anspruch auf Arbeitslosengeld I exportieren kann und bejahendenfalls, welche Konsequenzen sich hieraus für die übrigen Zweige der Sozialversicherung ergeben.

1. Arbeitslosengeld I

Anspruch auf Arbeitslosengeld I („ALG I“) hat nach § 137 SGB III derjenige, der arbeitslos ist, bei der Agentur für

Arbeit arbeitslos gemeldet ist und die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen erfüllt. Während die Erfüllung der Anwartschaftszeit (§ 142 SGB III) regelmäßig unproblematisch ist, stellt sich im grenzüberschreitenden Kontext insbesondere die Frage, ob die arbeitslose Person als Konkretisierung der Arbeitslosigkeit dem Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit zur Verfügung stehen kann (sog Verfügbarkeit gem. § 138 I Nr. 3 iVm Abs. 5 SGB III). Die Verfügbarkeit wiederum konkretisiert sich in der objektiven und subjektiven Verfügbarkeit, mithin der hier besonders interessierenden Frage der Erreichbarkeit (§ 138 V Nr. 2 SGB III) und der Arbeitsbereitschaft (§ 138 V Nr. 3 SGB III). Die subjektive Verfügbarkeit in Form der Arbeitsbereitschaft bringt die arbeitslose Person in der Arbeitslosmeldung zum Ausdruck.³ Die objektive Verfügbarkeit setzt ua voraus, dass die arbeitslose Person noch dergestalt dem deutschen Arbeitsmarkt zur Verfügung steht, dass sie Vorschlägen der Agentur für Arbeit zur beruflichen Eingliederung zeit- und ortsnah Folge leisten kann. Verfolgt die arbeitslose Person durch den Wegzug die Verbesserung der Wiedereingliederungschancen auf dem ausländischen und strebt gerade keine Eingliederung in den deutschen Arbeitsmarkt an, so scheidet ein Anspruch auf Arbeitslosengeld I aus.

Dieses Ergebnis ist auch unter dem Territorialitätsgrundsatz des § 30 SGB I folgerichtig.⁴ Danach schließt der fehlende Wohnsitz oder gewöhnliche Aufenthalt im Inland einen Anspruch auf Arbeitslosengeld I nach deutschem Recht grund-

* Der Autor ist Rechtsanwalt, Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth) sowie Dipl. Verwaltungswirt bei Flick Gocke Schaumburg, Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater Partnerschaft mbB in Bonn.

1 Betrachtet werden sollen versicherungspflichtige Personen. In der Arbeitslosenversicherung bspw. nach § 27 SGB III versicherungsfrei Beschäftigte werden regelmäßig nicht die versicherungsrechtlichen Voraussetzungen für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld erfüllen.

2 Die Zahl der arbeitslosen grenzüberschreitend tätigen Arbeitskräfte schätzt die Europäische Kommission auf 91700 p. a., von denen 53.500 Grenzgänger im Sinne der Verordnung sind; vgl. Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und Rates zur Änderung der VO 883/2004 (EG) und VO 987/2009 (EG) v. 13.12.2016 – abrufbar unter <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/DE/COM-2016-815-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF> (Stand 25.3.2018).

3 BeckOK SozR/Müller, 49. Edition, § 138 SGB III, Stand 1.12.2017, Rn. 105.

4 Aus dem Territorialitätsgrundsatz lässt sich ferner ableiten, dass es auf die Staatsangehörigkeit der arbeitslosen Person gerade nicht ankommt.